И. Н. ТРЕПИЦЫНЪ.

ПЕРЕХОДЪ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ

НА

ДВИЖИМЫЯ ИМУЩЕСТВА

ПОСРЕДСТВОМЪ ПЕРЕДАЧИ И СОГЛАШЕНІЯ.

ОДЕССА.
«Экономическая» типографія
1903.

ОПЕЧАТКИ.

Напечатано:	Надо:
Оглавленіе, глава I, § 6.	
Римское traditio	Римская traditio
Стран. 168, 1 строка снизу	
Parerga, S. III, 226 f.	Parerga, III, S. 226 f.
Стран. 302, 7 строка снизу	
попли	не пошли
Стран. 305, 13 строка снизу	
S. 344.	S. 334.

Печатано по распоряженію Правленія Императорскаго Новороссійскаго Университета.

И. д. Ректора *А. Деревицкій.*

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Стр.

Предисловіе III

Введеніе 1

Глава I. Римское право.

§ 1. Область примѣненія traditio 18

§ 2. Естественность traditio въ древне-римскомъ правѣ. 32

§ 3. Владѣніе и traditio въ законодательствѣ Юстиніана 47

§ 4. Общія замѣчанія о системѣ traditio въ Римѣ 136

§ 5. Причины сохраненія traditio въ Римѣ . . 187

§ 6. Римское traditio и владѣніе послѣ Юстиніана и въ новое время 224

Глава II. Новыя западно-европейскія законодательства.

§ 1. Общія замѣчанія 239

§ 2. Система соглашенія въ новыхъ законодательствахъ 245

§ 3. Система traditio въ новыхъ законодательствахъ 275

Глава III. Русское право.

§ 1. Владѣніе по русскому праву 322

§ 2. Передача или соглашеніе? 339

Стр.

Глава IV. Владѣніе и переходъ права собственности на движимыя имущества въ нашемъ будущемъ Гражданскомъ Уложеніи.

§ 1. Владѣніе 392

§ 2. Передача или соглашеніе? 403

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Наше время характеризуется, въ противоположность прежнимъ временамъ, между прочимъ, колоссальнымъ развитіемъ промышленности, торговли и вообще экономическаго оборота движимостей. Насколько онъ, этотъ оборотъ, громаденъ, видно хотя бы изъ того, что для юридической нормировки всей массы возникающихъ на этой почвѣ отношеній образовалась даже особая отрасль частнаго права, право торговое.

Благодаря господству раздѣленія труда, спекулятивному характеру торговаго оборота и вообще—сложности его, движимыя вещи большей частью не потребляются самимъ производителемъ, какъ это было въ отдаленныя патріархальныя времена, а долго еще обращаются на рынкѣ, переходя изъ собственности одного лица въ собственность другаго, прежде чѣмъ попадутъ въ руки потребителя. Во время этого странствованія имущества постоянно подвергаются многочисленнымъ случайностямъ ухудшенія и даже гибели и становятся объектами разнообразнѣйшихъ юридическихъ сдѣлокъ и отношеній, которыми такъ богатъ современный гражданскій оборотъ.

Вотъ въ виду этой сложности экономической и юридической жизни и оказывается чрезвычайно важнымъ, чтобы въ законѣ было точно опредѣлено, силою какихъ именно юридическихъ дѣйствій, а значитъ—и въ какой именно мо-

ментъ, право собственности на данную вещь переходитъ отъ одного лица къ другому. Тогда только мы будемъ знать, на комъ должна концентрироваться вся та масса юридическихъ отношеній, которыя имѣютъ своимъ объектомъ данное имущество.

Такое или иное разрѣшеніе нашего вопроса имѣетъ не только теоретическій, но и большой практическій интересъ[1]).

Въ самомъ дѣлѣ, переходъ имущества изъ собственности одного лица въ собственность другаго далеко не всегда совершается моментально, передачей изъ рукъ въ руки, и вотъ представимъ себѣ, что какъ-разъ въ теченіе этого юридическаго процесса переусвоенія вещи, она погибаетъ. По общепринятому теперь правовоззрѣнію, рискъ гибели вещи лежитъ на собственникѣ: casum sentit dominus, res perit domino. Но кто же въ моментъ гибели вещи былъ ея собственникомъ? — Вопросъ слишкомъ интересный для обѣихъ сторонъ: — если пріобрѣтатель, то онъ обязанъ уплатить отчуждателю условленную цѣну полностью, не смотря на неполученіе вещи; — если же собственникомъ остается пока отчуждатель, то весь убытокъ падаетъ на него одного.

Затѣмъ также важно для каждаго, а для торговца въ особенности, знать, съ какого момента онъ можетъ распоряжаться пріобрѣтаемымъ имъ имуществомъ, какъ своимъ собственнымъ, и съ какого момента онъ теряетъ это право по отношенію къ имуществу, имъ самимъ отчуждаемому: имѣя лишь обязательственное право на данное имущество, мы вступаемъ въ иныя сдѣлки относительно его, чѣмъ тогда, когда намъ принадлежитъ уже и право собственности, такъ какъ иначе въ длинной цѣпи сдѣлокъ, при неисполненіи или разрушеніи хотя бы одной изъ нихъ, можетъ воз-

---

[1]) Ср. *Huc*, Du transfert de la propriété en droit français, Recueil de l'académie de législation de Toulouse, t. XII, 1863, p. 255, 256.

никнуть для многихъ убыточное замѣшательство. Кромѣ того, здѣсь встаетъ передъ нами и грозный уголовный законъ, строго карающій за растрату чужаго имущества.

Далѣе представимъ себѣ случай, что та или другая вещь попала въ незаконное владѣніе третьяго лица. Виндицировать ее можетъ собственникъ. Но кому она въ данный моментъ принадлежитъ? — Опять отвѣтъ даетъ все то же ученіе о переходѣ права собственности.

Но и для лицъ постороннихъ, не участвующихъ въ отчужденіи и пріобрѣтеніи даннаго имущества, вопросъ о моментѣ перехода права собственности на него также далеко не безразличенъ. Сюда относятся кредиторы контрагентовъ. Каждому извѣстно, до какихъ размѣровъ развился теперь кредитъ. Въ гражданскомъ оборотѣ къ нему прибѣгаютъ очень многіе, а въ торговомъ мірѣ нѣтъ человѣка, который не дѣлалъ бы долговъ. Но не всѣ желаютъ, и не всѣ могутъ ихъ уплачивать. Отсюда — слишкомъ часто повторяющееся въ судебной практикѣ явленіе: наложеніе взысканія на имущество должника. Но такъ какъ каждый отвѣчаетъ за свои долги только *своимъ* имуществомъ, то здѣсь опять, — имѣетъ ли мѣсто несостоятельность, или нѣтъ,— рѣшающее значеніе и важнѣйшая роль принадлежитъ вопросу: кто собственникъ даннаго имущества въ данный моментъ, именно: принадлежатъ ли уже должнику вещи, имъ купленныя, но еще не полученныя, или — потерялъ ли онъ уже право собственности на вещи, имъ проданныя, но еще покупщику не переданныя?

Такимъ образомъ здѣсь кругъ заинтересованныхъ лицъ гораздо шире, и потому значеніе нашего вопроса гораздо больше.

Что касается дѣйствующихъ на западѣ Европы законодательствъ, то тамъ, какъ извѣстно, нашъ вопросъ рѣшается слѣдующимъ образомъ: кодексы германскихъ наро-

довъ, для перехода права собственности, считаютъ, подобно римскому праву, необходимой traditio, передачу вещи во владѣніе пріобрѣтателя, а во Франціи, Италіи, Англіи и нѣкоторыхъ другихъ странахъ довольствуются однимъ заключеніемъ соотвѣтствующаго договора, однимъ соглашеніемъ. Какъ тамъ, такъ и здѣсь вопросъ рѣшается, — хорошо ли, дурно ли, — но во всякомъ случаѣ опредѣленно.

Мы же, русскіе, отнюдь не можемъ похвалиться столь важной опредѣленностью законовъ въ столь важномъ вопросѣ: 1 ч. X т. Св Зак. прямаго и яснаго отвѣта не даетъ; его приходится извлекать изъ косвенныхъ указаній нашего закона, но тутъ, — естественное дѣло, — возникаютъ разногласія и колебанія, и вотъ, одна часть русскихъ юристовъ держится римско-германской системы передачи, а другая, — также и судебная практика, — проводитъ систему соглашенія.

Но жизнь и интересы оборота настоятельно требуютъ устойчиваго и однообразнаго рѣшенія выдвигаемыхъ вопросовъ и задачъ. Въ виду изложеннаго, цѣлью моей работы[1]) и является посильное разъясненіе, прежде всего, нашего дѣйствующаго права. Для этого я, прежде всего, считаю необходимымъ примѣненіе *историческаго* и *систематическаго* методовъ толкованія, тогда какъ почти всѣ наши изслѣдователи избраннаго мною вопроса пользуются преимущественно *буквальнымъ* толкованіемъ отдѣльныхъ статей и выраженій нашихъ казуистическихъ законовъ.

Благодаря этому различію въ методахъ изслѣдованія, я льщу себя надеждой, что моя работа, не явится повторе-

---

[1]) Эта работа представляетъ изъ себя передѣлку и значительное дополненіе моей статьи «Traditio или nudum pactum?», напечатанной въ №№ 9 и 10 Журнала Министерства Юстиціи за 1901 г.

ніемъ уже сказаннаго другими[1]), а во 2-хъ, приведетъ, можетъ быть, и къ болѣе убѣдительнымъ результатамъ.

Скажу напередъ,—de lege *lata* я стою за систему *соглашенія.*

Но кромѣ уясненія дѣйствующаго права, намъ необходимо установить еще и тѣ нормы, которыя для насъ желательны въ будущемъ.—У насъ теперь идутъ работы по составленію новаго гражданскаго уложенія. Отсюда — вторая цѣль моей работы: рѣшеніе вопроса, какая изъ двухъ указанныхъ системъ должна быть принята въ наше будущее уложеніе.

Для этого я предпринимаю изслѣдованіе римскаго права, а также и важнѣйшихъ новыхъ законодательствъ Западной Европы.

При этомъ, съ одной стороны, я, исходя изъ принципа закономѣрности всѣхъ явленій, имѣю въ виду установить общій законъ эволюціи юридическихъ институтовъ и на этомъ *историческомъ* основаніи построить свои предложенія для нашего будущаго кодекса. Съ другой же стороны, я поставилъ себѣ задачей изучить обѣ системы въ ихъ примѣненіи прежде и теперь, въ ихъ зависимости отъ остальныхъ условій юридической жизни и такимъ образомъ получить достаточный матеріалъ для сравнительной оцѣнки обѣихъ системъ съ точки зрѣнія *цѣлесообразности.*

Въ результатѣ и de lege ferenda я становлюсь на сторону системы соглашенія и высказываюсь противъ нашего проекта, принявшаго въ книгѣ пятой («Обязательства», ст. 224) систему передачи.

---

[1]) Г. *Змирловъ* указывалъ уже на *историческій* методъ (Договоры купли-продажи, запродажи и поставки по нашимъ законамъ, Журн. гражд. и угол. пр., 1882 г., кн. 3, стр. 31, 32), но рѣшающая роль принадлежитъ не ему одному. Проф. *Умовъ* указалъ совершенно правильно на *систематическій* методъ (Дареніе, стр. 150), но недостаточно полно воспользовался имъ.

Основательно это или нѣтъ, но таково мое крайнее разумѣніе, и я считаю своимъ долгомъ представить свои соображенія на судъ научной критики, потому что долгъ каждаго русскаго юриста—по мѣрѣ своихъ силъ содѣйствовать хотя и трудному, но за то великому и важному дѣлу созданія такъ давно всей Россіей ожидаемаго гражданскаго уложенія.

И. Т.

Варшава, 19 февраля 1903 г.

ВВЕДЕНІЕ.

Nihil commune habet proprietas cum possessione. Ulpianus ad edictum, l. 12 § 1 D. 41, 2.

Separata esse debet possessio a proprietate, l. 1 § 2 D. 43, 17.

Вопросъ о производномъ пріобрѣтеніи права собственности на движимыя имущества стоитъ въ тѣсной связи съ ученіемъ о владѣніи и о договорахъ; поэтому здѣсь, во введеніи, необходимо установить, прежде всего, тѣ важнѣйшія идеи, которыя будутъ лежать въ основѣ моего разсмотрѣнія положительныхъ законодательствъ по всѣмъ этимъ вопросамъ.

И вотъ, для начала, я хочу въ общихъ чертахъ,—пока безъ дальнѣйшаго обоснованія,—обрисовать понятіе владѣнія и понятіе права собственности и затѣмъ — то соотношеніе, въ которомъ они между собою находятся, но соотношеніе это не въ томъ его видѣ, въ какомъ оно является въ положительныхъ законодательствахъ, вылившись въ тѣ или иныя формы подъ вліяніемъ соображеній цѣлесообразности и политики права, а въ его, такъ сказать, чистомъ и простѣйшемъ видѣ, въ которомъ оно представляется намъ теоретически въ логическомъ отвлеченіи.

Итакъ, владѣніе, въ простѣйшемъ смыслѣ слова, и если его не смѣшивать съ другими понятіями, должно-бы означать фактическое обладаніе, реальное господство надъ тѣлесной вещью. Такое владѣніе пріобрѣтается съ пріобрѣтеніемъ дѣйствительной власти надъ вещью и продолжается до тѣхъ поръ, пока или владѣлецъ не прекратитъ (или не лишится) своего

владѣльческаго отношенія къ вещи, или кто нибудь другой не подчинитъ ее своему господству и вліянію. Эта фактическая власть не должна означать непремѣнно физическаго прикосновенія или физическаго держанія вещи въ своихъ рукахъ: я владѣю не только тѣми вещами, которыя находятся въ моемъ карманѣ, и не только той квартирой, въ которой я живу, и той мебелью, которая въ ней находится, но также и тѣмъ сѣномъ, которое сложено у меня въ полѣ. Здѣсь разница можетъ быть только въ *прочности* владѣнія: моимъ сѣномъ *легче* овладѣть кому-нибудь другому, чѣмъ, напр., книгами, находящимися у меня дома. Но тѣмъ не менѣе, пока такого овладѣнія моей вещью нѣтъ, она безспорно подлежитъ моей власти, моему воздѣйствію и распоряженію, а слѣдовательно находится въ моемъ владѣніи. При этомъ надо замѣтить, что владѣть можно, пли имѣя на то право, или-же и не имѣя никакого права, чисто фактически.

Теперь разсмотримъ понятіе права собственности. Это обширнѣйшее изъ вещныхъ правъ представляетъ намъ самое полное, въ предѣлахъ закона, юридическое господство надъ тѣлесными вещами. Именно, собственникъ имѣетъ право не только владѣть вещью, т. е. удерживать ее въ своемъ обладаніи, въ своей власти, но также право пользоваться ею, т. е. употреблять ее для удовлетворенія своихъ потребностей и извлекать изъ нея плоды, и, наконецъ, — право распоряжаться вещью, т. е. отчуждать и даже уничтожить ее.

Нѣтъ необходимости, что-бы вся эта полнота правомочій собственника всегда сосредоточивалась въ его собственномъ лицѣ; какъ владѣніе, такъ и пользованіе могутъ быть уступаемы—и при томъ не только вмѣстѣ, но и порознь — другимъ лицамъ; только право распоряженія составляетъ характерный и существенный признакъ права собственности; но и здѣсь, — кстати сказать, — возможны различныя ограниченія, напр., запрещеніе отчужденія, и все-же собственникъ остается собственникомъ, а его право, даже сведенное почти къ нулю, представляетъ изъ себя хоть и «голую» собственность—nuda proprietas —но все-же собственность, и, какъ только установленныя ограниченія отпадутъ, прекратятся, право собственности, безъ особыхъ актовъ пріобрѣтенія, собственной силой, возстановится во всей своей полнотѣ.

Сказанное выше о владѣніи относится и сюда: можно обходиться съ вещью, какъ съ собственной, т. е. владѣть, пользоваться и распоряжаться ею, или имѣя на то право, дѣйствительно будучи собственникомъ, или-же и не имѣя на это права, чисто фактически.

Итакъ, соотношеніе между собственностью и владѣніемъ состоитъ въ слѣдующемъ: это—понятія совершенно различныя: собственникъ *можетъ* и не быть владѣльцемъ, и, съ другой стороны, отъ владѣнія еще очень далеко до собственности. Какъ самый фактъ владѣнія есть только одинъ изъ элементовъ собственническаго отношенія къ вещи, такъ и право владѣнія есть только *одно* изъ правомочій собственника; это — *часть* цѣлаго понятія права собственности, часть совершенно самостоятельная: кто имѣетъ право владѣть вещью, тотъ можетъ и не имѣть права ни пользоваться, ни распоряжаться ею, и наоборотъ: кто имѣетъ право собственности, тотъ можетъ и не имѣть права ни на владѣніе, ни на пользованіе вещью.

Эта-же самостоятельность должна имѣть мѣсто, — я это особенно подчеркиваю,—и при пріобрѣтеніи владѣнія и права собственности; возможность пріобрѣтенія владѣнія безъ права собственности разумѣется сама собою, но должно быть допускаемо и обратное: пріобрѣтеніе права собственности безъ владѣнія, будетъ-ли то право на владѣніе, или-же самый фактъ владѣнія. Потребность въ такой раздѣльности можетъ возникнуть какъ въ тѣхъ случаяхъ, когда или отчуждатель нуждается во владѣніи, *или пріобрѣтатель не хочетъ или не можетъ* пріобрѣсти его немедленно, такъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда отчуждатель самъ не имѣетъ владѣнія и потому можетъ передать лишь то, что у него есть, т. е. право собственности безъ владѣнія.

Но это, какъ мнѣ кажется, простое теоретически и цѣлесообразное, — какъ я надѣюсь доказать *ниже*,—*практически*, пониманіе владѣнія и его отношенія къ праву собственности, что касается положительныхъ законодательствъ, отнюдь не является общимъ, а принадлежитъ исключительно русскому праву. Всѣ же другія законодательства,—и римское право, и кодексы новой Европы, — принимаютъ, подъ вліяніемъ различныхъ причинъ, иное понятіе владѣнія, устанавливаютъ неразрывную связь между собственностью и владѣніемъ въ томъ смыслѣ, что допускаютъ *производное пріобрѣтеніе права собственности* на дви-

жимыя вещи или, по примѣру римскаго права, только *посредствомъ* пріобрѣтенія владѣнія (германское право), или всегда *вмѣстѣ* съ владѣніемъ: оно, безъ особаго акта пріобрѣтенія, само собою слѣдуетъ за собственностью (французское право).

Вопросы эти имѣютъ свою обширную исторію, и вотъ теперь я хочу здѣсь дать ту историческую формулу, по которой совершалось развитіе вопроса о пріобрѣтеніи права собственности на движимыя имущества и о той роли, которую при этомъ играло ученіе о владѣніи.

Такъ, въ древнемъ Римѣ собственность была связана съ владѣніемъ въ томъ отношеніи, что для производнаго пріобрѣтенія права собственности (только эти случаи и относятся къ нашей темѣ) необходима была — сначала только для res nec mancipi, а потомъ и для всѣхъ вообще res corporales — передача, traditio, которая состояла именно въ пріобрѣтеніи владѣнія, а послѣднее пріобрѣталось въ періодъ до-классическій не иначе, какъ поступленіемъ вещи въ реальное, дѣйствительное обладаніе пріобрѣтателя. Затѣмъ, съ развитіемъ гражданскаго оборота, жизнь начала тяготиться требованіемъ передачи въ такомъ ея видѣ, и вотъ римскіе юристы классическаго періода изобрѣли идею представительства въ пріобрѣтеніи владѣнія и ввели въ жизнь очень искусную юридическую фигуру, constitutum possessorium, воспользовавшись тѣмъ обстоятельствомъ, что въ то время понятіе владѣнія далеко не совпадало съ понятіемъ реальнаго господства надъ вещью, при чемъ собственникъ всегда считался владѣльцемъ, такъ какъ лишь немногимъ детенторамъ было приписано владѣніе.

Этотъ constitutum possessorium былъ первымъ и важнѣйшимъ шагомъ по пути перерожденія системы traditio въ систему соглашенія.

Въ средніе вѣка каноническое право начало все больше и больше защищать такъ называемыхъ въ римскомъ правѣ детенторовъ, а нѣмецкія законодательства новаго времени возвели всѣхъ ихъ въ рангъ владѣльцевъ, закончивъ такимъ образомъ процессъ, начавшійся еще въ древнемъ Римѣ. На ряду съ этимъ въ пандектномъ правѣ оставалось и прежнее римское правило, что собственникъ почти всегда владѣлецъ, а германское право признаетъ это даже безъ исключеній. При такихъ условіяхъ оказывалось вполнѣ естественнымъ такое положеніе

дѣла, что право собственности не пріобрѣтается безъ владѣнія; но система traditio, какъ особый и спеціальный актъ пріобрѣтенія собственническаго владѣнія, потерявшаго всякую реальность, становилась все болѣе и болѣе фиктивной, и число всякаго рода символовъ все увеличивалось. Схоластическая юриспруденція продолжала, впрочемъ, увѣрять, что владѣніе есть не что *иное*, какъ реальное господство, но тутъ-же прибавляла такія поясненія, которыя совершенно уничтожали первое утвержденіе.

Однако новые нѣмецкіе кодексы и даже гражданское уложеніе Германской Имперіи продолжаютъ и теперь держаться этого теоретически сложнаго, а практически безполезнаго требованія «традиціи», хотя и довели ее до послѣдней степени призрачности.

Составители-же кодекса Наполеона, шагнувши далеко назадъ въ ученіи о владѣніи, въ то-же время совершенно правильно рѣшили—не ввести что-либо новое, неслыханное, а—сдѣлать *одинъ только, но правильный шагъ впередъ*: отбросить уже совершенно атрофировавшійся реквизитъ «traditio» и допустить такимъ образомъ пріобрѣтеніе права собственности силою одного договора. И здѣсь собственность пріобрѣтается хотя и не *посредствомъ*, но всегда *вмѣстѣ* съ владѣніемъ; въ этомъ смыслѣ собственность и владѣніе остаются неразрывными: собственникъ всегда владѣлецъ; но тамъ собственность переходила только за владѣніемъ, а здѣсь владѣніе само слѣдуетъ за собственностью.

Только въ русскомъ правѣ центръ тяжести владѣнія перенесенъ окончательно и исключительно на реальное господство, и собственникъ, не имѣющій у себя вещи, не считается владѣльцемъ. Такимъ образомъ собственность поставлена совершенно самостоятельно и въ пріобрѣтеніи своемъ не связана болѣе съ владѣніемъ: у насъ она пріобрѣтается не только не посредствомъ, но даже и безъ пріобрѣтенія владѣнія. Это — послѣдній шагъ въ упрощеніи теоріи пріобрѣтенія права собственности, который у всѣхъ, кромѣ насъ, стоитъ еще на очереди.

Такимъ образомъ русскому праву принадлежитъ честь сказать послѣднее и окончательное слово въ цѣлой исторіи нашего вопроса.

Итакъ, исторія развитія системы «traditio» есть исторія постепеннаго *перерожденія* этой системы въ систему соглашенія, а не исторія *замѣны* одного порядка другимъ.

Затѣмъ вопросъ о пріобрѣтеніи права собственности на движимыя имущества стоитъ, какъ я сказалъ вначалѣ, въ связи съ ученіемъ о договорахъ.

Договоры дѣлятся, между прочимъ, на обязательственные и вещные, въ зависимости отъ тѣхъ юридическихъ послѣдствій, которыя они производятъ.

Обязательственные договоры прошли, какъ извѣстно, въ различныхъ законодательствахъ слѣдующія однообразныя стадіи въ своемъ развитіи: договоры формальные, договоры реальные, договоры консенсуальные.

Я полагаю, что эта же формула историческаго развитія должна быть принята и для вещныхъ договоровъ: сначала были только формальные вещные договоры, затѣмъ появились реальные, и, наконецъ, появляются вещные договоры консенсуальные: законодатели начинаютъ, въ извѣстныхъ границахъ, считать возможнымъ установленіе вещныхъ правъ, въ частности—переходъ права собственности, силою одного соглашенія, solo consensu: безъ совершенія какихъ бы то ни было формальностей и безъ какого бы то ни было исполненія или осуществленія установляемаго права.

Но *развитіе вещныхъ договоровъ шло несравненно медленнѣе*, чѣмъ развитіе договоровъ обязательственныхъ. Такъ, древній Римъ, усвоившій въ значительной мѣрѣ идею консенсуальныхъ *обязательствъ*, оставилъ намъ лишь слабые и спорные намеки на консенсуальные *вещные* договоры (установленіе сервитутовъ безъ traditio; нѣкоторыя *исключенія изъ принципа* traditio при передачѣ права собственности: — церкви и благотворительныя учрежденія, товарищества). Вообще же для вещнаго дѣйствія договора тамъ требовалось или соблюденіе извѣстной формальности (mancipatio), или исполненіе принятой на себя обязанности (traditio).

Принципіальное признаніе *консенсуальныхъ* вещныхъ договоровъ—и именно для передачи права собственности на движимыя имущества—*является* дальнѣйшимъ шагомъ въ ихъ развитіи и принадлежитъ новому времени. Однако еще далеко не всѣ законодательства сдѣлали этотъ шагъ. Многіе считаютъ его не-

цѣлесообразнымъ, — объ этомъ можно спорить, но считать его невозможнымъ по самому существу дѣла теперь уже нельзя: возможность передачи права собственности однимъ соглашеніемъ, solo consensu, есть положительный фактъ.

Такова исторія этихъ двухъ юридическихъ институтовъ,— владѣнія и договоровъ, — приведшая насъ, каждая въ отдѣльности, къ общему результату: къ системѣ соглашенія.

Хороши-ли достигнутые этой исторіей результаты? По моему убѣжденію, хороши. По крайней мѣрѣ, система «traditio», въ виду своей фиктивности, не даетъ никакихъ выгодъ, ни теоретическихъ, ни практическихъ, а только усложняетъ дѣло. Поэтому я утверждаю: принять у насъ систему передачи, какъ это уже и сдѣлано въ нашемъ проектѣ гражданскаго уложенія, значитъ сдѣлать шагъ не впередъ, а назадъ и безъ достаточныхъ основаній.

Теперь я приступаю къ болѣе подробному и точному изложенію, разъясненію и обоснованію сказаннаго.

Начну съ римскаго права.

Извѣстно то громадное значеніе и авторитетъ, которыми прежде пользовалось и заслуженно пользуется теперь законодательство древняго Рима въ наукѣ частнаго права. Оно интересно не только для историка древнихъ законодательствъ; оно весьма поучительно и для тѣхъ, кто, какъ я въ настоящей работѣ, стремится, кромѣ разъясненія дѣйствующаго права, отыскать и тѣ нормы, которыя должны войти въ наше будущее гражданское уложеніе.

Но вопросъ въ томъ, какъ извлечь изъ римскаго права то, что есть въ немъ полезнаго для такой цѣли,—какъ воспользоваться чуждымъ законодательствомъ чуждаго намъ народа? Просто взять чужое растеніе и пересадить его на нашу почву?

Уже и a priori такой пріемъ не можетъ не возбуждать весьма серьезныхъ сомнѣній. Юридическіе институты являются продуктами жизни, а жизнь Рима и наша отдѣляются одна отъ другой цѣлымъ рядомъ вѣковъ. Въ этотъ промежутокъ времени слишкомъ многое измѣнилось весьма существенно. Особенно это относится къ торговому обороту, достигшему теперь такого развитія, о которомъ древніе римляне никакого представленія не имѣли. Можно-ли при такихъ условіяхъ переносить юридическіе институты древности въ наши новые кодексы безъ

спеціальнаго и подробнаго изслѣдованія пригодности ихъ для нашихъ условій?

Такія заимствованія нельзя дѣлать даже и изъ современныхъ намъ законодательствъ, а тѣмъ болѣе это относится къ римскому праву. Теперь уже прошло или, по крайней мѣрѣ, проходитъ то время, когда на римское право смотрѣли, какъ на неизсякаемый источникъ вѣчнаго разума, предъ положеніями котораго остается только преклоняться. Въ послѣднія десятилѣтія въ Германіи народилось иное направленіе въ изученіи римскаго права, — направленіе, во главѣ котораго стоялъ нынѣ уже отошедшій въ вѣчность знаменитый романистъ послѣдняго времени, Пернице. Эта школа—«историко-аналитическая», какъ ее называетъ у насъ, между прочимъ, проф. Юшкевичъ [1]), — борется именно съ воззрѣніемъ на римское право, какъ на начертаніе разума, и стремится изслѣдовать это законодательство исторически, чтобы такимъ образомъ познать его положительные элементы и избавиться отъ пристрастнаго отношенія къ современнымъ институтамъ права [2]). Это плодотворное направленіе имѣетъ на Западѣ такихъ видныхъ представителей, какъ Моммзенъ, Граденвицъ и др. У насъ-же единственными послѣдователями ихъ являются лишь нѣкоторые изъ учениковъ Пернице: г. Юшкевичъ и М. Я. Пергаментъ. Привѣтствуется это направленіе и г. Васьковскимъ [3]). Особенно-же ясную формулировку нашло оно въ изслѣдованіи г. Пергамента, посвященномъ вопросу о договорной неустойкѣ [4]). Тамъ говорится такъ: «Немаловажная польза отъ серьезнаго углубленія въ римскіе источники *для права современнаго* заключается, между прочимъ, именно въ томъ, чтобы, уловивъ римское положеніе во всей его совокупности, окраскѣ и обстановкѣ и уразумѣвъ *всѣ* вызвавшіе его мотивы и условія—соціальные, экономическіе, процес-

[1]) В. Юшкевичъ, Историко-аналитическое направленіе въ наукѣ римскаго права. Рѣчь, произнесенная передъ защитою магистерской диссертаціи въ Московскомъ Университетѣ. Ярославль, 1899.

[2]) Pernice, Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit. Bd. I, Halle, 1873, Vorwort, V.

[3]) Журн. Мин. Юст. 1899 г. № 7, стр. 154—156.

[4]) М. Я. Пергаментъ, Договорная неустойка и интересъ въ римскомъ и современномъ гражданскомъ правѣ, стр. 170.

суальные, формальные, философскіе и т. д. и т. д.,— *взвѣсить*, *примѣнимы-ли* эти мотивы и условія и къ нашей нынѣшней дѣйствительности и насколько, — и въ томъ, чтобы затѣмъ, въ случаѣ *отрицательнаго* отвѣта, съумѣть *отрѣшиться* отъ римскаго наслѣдія, какъ отслужившаго свою службу, съумѣть не влачить его за собой, а *отбросить*, какъ ненужный уже балластъ».

Итакъ, для того, чтобы изученіе римскаго права по нашему вопросу и для нашихъ цѣлей не оказалось антикварнымъ изслѣдованіемъ отжившихъ и намъ ненужныхъ нормъ, мы должны, не обольщаясь голымъ фактомъ существованія системы traditio въ римскомъ правѣ, уяснить себѣ тѣ причины, которыми она была вызвана въ Римѣ и подъ вліяніемъ которыхъ она видоизмѣнялась тамъ въ извѣстномъ направленіи. Въ сущности такимъ же образомъ мы разсмотримъ и *современныя* законодательства западной Европы, не только тѣ, которыми traditio принята, но также и тѣ, которыми она отвергнута: для правильнаго сужденія объ этой системѣ, намъ необходимо знать и то, почему и какъ нѣкоторые обходятся и безъ нея. Затѣмъ, когда зайдетъ рѣчь de lege ferenda, мы посмотримъ, имѣютъ ли мѣсто у насъ причины, которыя у другихъ народовъ дѣлали и дѣлаютъ необходимой систему передачи, или же такихъ причинъ у насъ нѣтъ.

Вотъ съ этой точки зрѣнія для насъ важно изученіе и римскаго права.

Но прежде чѣмъ обратиться къ этому законодательству не безынтересно съ той-же точки зрѣнія обратить вниманіе на вопросъ о томъ, насколько система передачи была распространенной у другихъ народовъ древности, была ли она во всѣхъ законодательствахъ институтомъ общепризнаннымъ. Дѣло въ томъ, что нѣкоторые ученые, особенно извѣстный Колеръ[1]), отрицаютъ это и говорятъ, что traditio была обязательной у однихъ только римлянъ, а другіе народы, хотя это и не совсѣмъ безспорный фактъ, допускали, будто бы, переходъ права собственности и безъ traditio.

---

[1]) J. Kohler. Vertrag und Uebergabe, § 6 въ Archiv für Bürgerl. Recht. Bd. 18. Heft 1, 1900.

Такъ, это прямо утверждаетъ тотъ же Колеръ относительно права индусовъ [1]).

Право Ислама хотя, правда, и требуетъ передачи для сдѣлокъ даренія, но въ то же время при важнѣйшей сдѣлкѣ торговаго оборота, при куплѣ-продажѣ, довольствуется, по словамъ Колера, однимъ заключеніемъ договора [2]).

Относительно греческаго права въ наукѣ существуетъ разногласіе въ виду трудности дать безспорное толкованіе одному отрывку изъ трактата Теофраста о законахъ.

Такъ, прежде всего Платнеръ и Гофманъ [3]) полагаютъ, что и по греческому праву необходимы для перехода права собственности traditio и уплата цѣны.

Платнеръ утверждаетъ это, впрочемъ, не безусловно: указывая на одинъ случай, когда продавцомъ было государство, и виндикація была дана, хотя вещь и не была еще передана, онъ различаетъ: если продавецъ государство, traditio не нужна, достаточно одного договора; если же продаетъ частное лицо, то до передачи собственность не переходитъ. За Платнеромъ, безъ дальнѣйшаго обоснованія, слѣдуетъ Майеръ [4]).

Противъ такого утвержденія и различенія возстаетъ Кайемеръ; онъ считаетъ болѣе правильнымъ распространить правило, касающееся, по Платнеру, только государства, на всѣ слу-

---

[1]) Kohler, op. cit., S. 64.

[2]) Kohler, op. cit., S. 65 и его же Neue Beiträge zum Islamrecht въ Zeitschrift für vergl. Rechtswissenschaft, Bd. 12, 1897, S. 14.

[3]) Platner, Process und Klagen bei den Attikern, Bd. II, 1825, S. 296; Hofmann, Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Rechts. Wien, 1870, S. 58 u. 111,—см. Caillemer, Le contrat de vente à Athènes въ Revue de législation ancienne et moderne française et étrangère, Paris, 1870—71, p. 636 et 640. Ср. еще Шулинъ, Учебникъ исторіи рим. права, перев. Щукина, М. 1893, стр. 351 сл., 363.

[4]) Mayer, Das Recht der Athener, Bd. II, 1866, S. 181, § 167, Anm., 11,—см. Caillemer, op. cit., p. 640.

О повсемѣстной распространенности traditio въ древности говоритъ еще Post, Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz, Bd. II, Oldenburg und Leipzig, 1895, S. 613, но Kohler, Vertrag und Uebergabe, S. 65, Anm. 73, совершенно правильно указываетъ на недостаточность основанія, приводимаго этимъ авторомъ въ пользу своего обобщенія: въ самомъ дѣлѣ, Post указываетъ только на право Ислама.

чаи отчужденія имуществъ и ссылается при этомъ на авторитетъ Дареста, спеціально изучавшаго трактатъ Теофраста о законахъ и пришедшаго къ выводу въ пользу системы соглашенія[1]). Правда, Дарестъ, какъ разсказываетъ тотъ же Кайемеръ[2]), измѣнилъ потомъ отчасти свое мнѣніе: греческое право требовало для перехода права собственности *даже между сторонами* соблюденія извѣстныхъ формальностей[3]). Колеблется Дарестъ и въ своей болѣе новой книгѣ, посвященной греческому праву[4]). Тамъ онъ приводитъ цѣликомъ отрывокъ изъ Теофраста, въ которомъ довольно пространно говорится о куплѣ-продажѣ, и въ то же время не отмѣчается опредѣленно моментъ перехода собственности. По поводу этого отрывка Дарестъ говоритъ, что все же неяснымъ остается вопросъ, который насъ занимаетъ. Относительно третьихъ лицъ *безспорно* необходима транскрипція контракта купли-продажи или же совершеніе равнозначущихъ формальностей. Но какъ относительно самихъ сторонъ? Система соглашенія весьма вѣроятна, но слова Теофраста могутъ быть истолкованы различно.

Такимъ образомъ недостатокъ въ прямыхъ указаніяхъ и точныхъ свѣдѣніяхъ относительно греческаго права мѣшаетъ намъ утверждать что либо категорически.

Въ самомъ дѣлѣ, почему Теофрастъ ничего не говоритъ намъ о traditio? Возможны три объясненія:—потому, что передача не требовалась,—потому, что она сама собою разумѣлась, —потому, наконецъ, что о передачѣ было сказано въ другомъ мѣстѣ трактата, которое до насъ не дошло.

---

[1]) Dareste, Le traité des lois de Théophraste, p. 27. — см. Caillemer, op. cit., p. 637 et suiv.

[2]) Caillemer, op. cit., p. 635, note 1.

[3]) Кайемеръ на это замѣчаетъ, что вѣдь это еще не traditio, но, правда, и не простое соглашеніе, стр. 637, прим. 2.

О «законныхъ формальностяхъ», но безъ дальнѣйшихъ поясненій говоритъ и Büchsenschütz, Besitz und Erwerb im griechischen Alterthume, Halle, 1869, S. 526.

[4]) Dareste, La science du droit en Grèce. Platon, Aristote. Théophraste. Paris, 1893, вообще стр. 305—310 и особ. стр. 310, примѣч. 1.

Далѣе за систему соглашенія въ греческомъ правѣ высказываются еще Германъ[1]), а также Мейеръ-Шёманъ и Липсіусъ[2]), затѣмъ Колеръ[3]) и Граденвицъ[4]). Но никто, кромѣ послѣдняго, не приводитъ никакихъ новыхъ доказательствъ въ пользу своего мнѣнія. Послѣдній же ученый, т. е. Граденвицъ, кладетъ въ основу своихъ утвержденій древніе папирусы, знакомящіе насъ съ египетско-греческимъ правомъ, и на основаніи ихъ говоритъ: хотя греческое право и не придерживалось вполнѣ такой системы, какой теперь держится французское право, тѣмъ не менѣе и римское требованіе «традиціи» было ему чуждо. Но далѣе оказывается, что собственность въ Греціи не достигла еще въ своемъ развитіи той абсолютности, которая свойственна ей теперь, а оставалась на степени относительнаго права. Такъ, изъ двухъ покупщиковъ одной и той же вещи имѣлъ преимущество, правда, первый, но если вещь попадала въ третьи руки, то онъ могъ получить ее въ свое обладаніе лишь тогда, если она не была украдена. Болѣе подробныхъ свѣдѣній авторъ, очевидно не имѣющій ихъ и самъ, не даетъ, и вопросъ остается открытымъ.

Наконецъ, слѣдовъ древне-греческаго права ищутъ еще въ средневѣковыхъ памятникахъ. Такъ, Кайемеръ сообщаетъ слѣдующее: въ XIII вѣкѣ въ Марсели, не смотря на то, что римское право давно уже сдѣлалось общимъ правомъ всего юга Франціи, постоянно постановлялось, что одно соглашеніе передаетъ право собственности, хотя бы и не было traditio.

Въ этомъ авторъ усматриваетъ вліяніе и ясные слѣды греческаго права, которое примѣнялось тамъ въ греческихъ колоніяхъ до завоеванія ихъ римлянами. Кайемеръ ссылается[5])

---

[1]) Hermann, Lehrbuch der griechischen Privatalterthümer, 1852, § 65, Anm. 11,—см. Caillemer, op. cit., p. 638, note 3.

[2]) Der Attische Process, vier Bücher von Moritz Hermann Eduard Meier und Georg Friedrich Schömann neu bearbeitet von Iustus Hermann Lipsius, Bd. II, Berlin, 1883—1887, S. 714, 715.

[3]) Kohler, Vertrag und Uebergabe въ Arch. für Bürgerl. R., Bd. 18, Heft 1, S. 64.

[4]) Gradenwitz, Einführung in die Papyruskunde, 1 Heft, Leipzig, 1900, S. 55, 103.

[5]) Caillemer, op. cit., p. 641, 642.

при этомъ на изслѣдованія Жиро[1]) и Фреске[2]). Однако эти авторы могутъ быть приведены скорѣе противъ мнѣнія Кайемера, чѣмъ за него. Такъ, Жиро цитируетъ слѣдующее мѣсто изъ Statuts municipaux de la ville de Salon: Item statuimus quod omnis emptio et venditio rata sit et firma perpetuo, si facta fuerit cum denario dei juridico et recepto, et ille denarius sit operis ecclesiae beati Laurentii [3]).

Это мѣсто нѣсколько разъясняетъ намъ, во 1-хъ, вопросъ о тѣхъ законныхъ формальностяхъ, о которыхъ говорятъ Дарестъ и Бюксеншюцъ. Здѣсь говорится объ уплатѣ денарія, а Фреске упоминаетъ еще и о percussio manus[4]), которыя только и мѣшаютъ договору купли-продажи быть чисто консенсуальнымъ контрактомъ (purement consensuel). Во 2-хъ, мы узнаемъ изъ этого закона о моментѣ perfectio договора купли-продажи. Вопроса же о переходѣ права собственности законъ этотъ совсѣмъ не касается, и потому мы остаемся въ прежнемъ сомнѣніи. Только другой законъ, приводимый Фреске изъ тѣхъ же статутовъ, устраняетъ это сомнѣніе, но только не въ томъ смыслѣ, какъ это думаетъ Кайемеръ.

Вотъ этотъ законъ: ex tunc (т. е. съ момента perfectio договора купли-продажи) rata et firma habeatur, quantum ad eos inde contrahentes et eorum heredes, ac si res ipsa fuisset ipsi emptori tradita, et pretium inde numeratum venditori [5]).

Здѣсь прямо говорится, что perfectio договора имѣетъ точно такое же дѣйствіе, какъ передача вещи и уплата цѣны въ римскомъ правѣ, т. е. переноситъ право собственности на покупщика. Но дѣло въ томъ, что это такъ лишь относительно сторонъ и ихъ наслѣдниковъ; слѣдовательно, въ отношеніи къ третьимъ лицамъ соглашеніе безсильно. — Здѣсь всплываетъ вопросъ объ относительной собственности въ греческомъ правѣ. Но, кромѣ этого, возможно еще сомнѣваться и въ томъ, насколько мѣстные статуты южной Франціи, хотя бы возникшіе

---

[1]) Giraud, Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge, t. II, Paris. 1846.

[2]) Fresquet. Étude sur les Statuts de Marseille au XIII-e siècle, Marseille. 1865.

[3]) Giraud. op. cit.. p. 254.

[4]) Fresquet, op. cit.. p. 94.

[5]) Ibidem. p. 95.

и подъ греческимъ вліяніемъ, могутъ въ XIII вѣкѣ по Р. Х. служить безспорнымъ средствомъ для толкованія законодательства, дѣйствовавшаго много вѣковъ назадъ. Право не остается неподвижнымъ, это живая сила, и многое могло измѣниться въ ту или другую сторону.

Таковы сомнѣнія относительно греческаго права.

Изъ другихъ законодательствъ древности Талмудъ находился подъ вліяніемъ римскаго права, хотя и воспринялъ его своеобразно: переходъ права собственности зависѣлъ или отъ уплаты цѣны, или отъ передачи документа о куплѣ-продажѣ, или, наконецъ, отъ передачи владѣнія; при дареніи же необходима передача или самой вещи, или только документа о состоявшейся сдѣлкѣ [1]).

Такимъ образомъ здѣсь пріобрѣтеніе владѣнія есть только *одно* изъ основаній перехода права собственности, но никакъ не единственное и абсолютно необходимое основаніе. Жаль только, что ни Колеръ, ни Рапапортъ не разъясняютъ намъ вопросовъ объ относительности и абсолютности права собственности у евреевъ, о дѣйствіи договоровъ и т. п.

Затѣмъ Колеръ идетъ и дальше въ отрицаніи повсемѣстнаго распространенія traditio; онъ утверждаетъ, будто бы и по германскому праву движимая собственность передавалась силою однихъ лишь договоровъ, и будто бы вся нѣмецкая литература среднихъ вѣковъ переполнена протестами противъ обратной тенденціи римскаго права [2]).

Такимъ образомъ система traditio изъ всѣхъ народовъ индо-германской семьи возникла и дѣйствовала, будто бы, у однихъ только римлянъ, да и тамъ она была, дескать, продуктомъ особенныхъ, спеціально римскому праву свойственныхъ причинъ, а именно: она возникла изъ mancipatio, когда ее начали примѣнять къ res nec mancipi.

Всего этого достаточно, говоритъ Колеръ, для того, чтобы ниспровергнуть «золотую сагу» о traditio, какъ объ институтѣ juris gentium, и вѣру въ естественность римскаго ученія [3]).

---

[1]) Kohler, Vertrag und Uebergabe, S. 65 и Rapaport, Der Talmud und sein Recht въ Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Bd. XIV, Heft 1 und 2, Dritter Theil, § 3, особ. стр. 103.

[2]) Kohler, op. cit., S. 64.

[3]) Ibidem, S. 65.

Однако, во 1-хъ, что касается германскаго права, то Колеръ самъ не цитируетъ ни одного сочиненія, въ которомъ нѣмцы выражали бы протестъ противъ римской traditio, и мнѣ лично не удалось нигдѣ встрѣтить ничего подобнаго, кромѣ школы естественнаго права, говорившей de lege ferenda, тогда какъ доказательствъ противнаго есть много и въ общихъ курсахъ нѣмецкаго частнаго права, и въ спеціальныхъ изслѣдованіяхъ о Gewere [1]). Поэтому я, принявши утвержденія Колера на вѣру въ своей статьѣ «Traditio или nudum pactum?» [2]), теперь склоненъ думать, что система передачи совсѣмъ не была чуждой характеру и строю древне-германскаго права, что́, какъ мнѣ кажется, согласно и съ общими воззрѣніями на развитіе юридическихъ институтовъ [3]): на первыхъ ступеняхъ исторіи требованіе передачи, какъ дѣйствія реальнаго, конкретнаго и, такъ сказать, осязательнаго, совершенно естественно у каждаго народа.

Во 2-хъ, что касается происхожденія traditio въ римскомъ правѣ изъ mancipatio, то Колеръ ссылается относительно этого на Лейста [4]). Однако въ указанномъ мѣстѣ подтвержденія этой мысли нѣтъ. Тамъ рѣчь идетъ совершенно о другомъ, и ни о распространеніи mancipatio на res nec mancipi, ни о результатахъ этого не говорится ни слова [5]).

---

[1]) Подробности ниже, при разсмотрѣніи германскаго права.

[2]) Журн. Мин. Юст., Декабрь 1901 г., стр. 187.

[3]) Die Sinnlichkeit ist die Vorstufe der Geistigkeit, говоритъ Іерингъ, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, III Theil, I Abth., 5-te Aufl.. Leipzig, 1898, S. 421.

[4]) Leist. Mancipation und Eigenthumstradition, Jena, 1865, S. 233 und ff. Это—§ 47. Geschichtliche Entwicklung der Eigenthumstradition.

[5]) Тамъ сначала отмѣчается сходство между mancipatio и traditio: если вещь отдается *за деньги*, то право собственности какъ при той, такъ и при другой сдѣлкѣ переходитъ лишь при условіи уплаты *или кредитованія* цѣны. Затѣмъ указывается и различіе: mancipatio оставалась торжественной куплей-продажей, даже когда начала примѣняться къ другимъ сдѣлкамъ. Того же нельзя сказать о traditio; она различна въ примѣненіи къ куплѣ-продажѣ и въ примѣненіи къ симулятивной продажѣ. Да и указанное выше сходство между mancipatio и traditio обусловливается не однородностью ихъ и не сходствомъ въ исторіи ихъ развитія, а сущностью и дѣйствіемъ купли-продажи, которое сказалось въ traditio и въ mancipatio, насколько эта по-

Наконецъ, въ 3-хъ, что касается вѣры въ естественность римскаго ученія, то я и самъ противникъ того мнѣнія, что римское ученіе обязательно для всѣхъ эпохъ и для всѣхъ народовъ, но тѣмъ не менѣе вообще долженъ сказать слѣдующее. — Въ концѣ концовъ, все, что пока открыто и извѣстно относительно права древнихъ народовъ, можетъ, самое большее, возбудить лишь нѣкоторое сомнѣніе въ общей распространенности системы traditio. Прямыхъ же и безспорныхъ показаній противъ нея, надо сознаться, нѣтъ. Но если бы они даже и были на лицо, то одинъ такой голый фактъ былъ бы для насъ мало поучителенъ. Для того, чтобы должнымъ образомъ понять какой либо правовой институтъ и оцѣнить его значеніе, необходимо познать его, согласно установленной нами точкѣ зрѣнія, во всей той совокупности условій, которыми онъ окруженъ, среди которыхъ онъ дѣйствуетъ, необходимо знать и его прошлую судьбу: почему и какъ онъ возникъ, почему и какъ онъ измѣнялся въ исторіи. Такъ и относительно traditio; одного факта, что у какихъ нибудь индусовъ она не была обязательной, слишкомъ мало для какого либо научнаго построенія. Для этого необходимо знать, что́ такое понимали индусы подъ правомъ собственности, напр., — была ли она у нихъ абсолютнымъ, или же только относительнымъ правомъ; далѣе необходимо знать, что́ они понимали и подъ владѣніемъ и на какой стадіи развитія договорнаго права они стояли; наконецъ, надо знать еще и то, съ какой системы они начали свою исторію: не съ системы ли traditio, и не пришли ли они лишь послѣ долгаго періода къ констатируемой нами у нихъ системѣ со-

---

слѣдняя является торжественной формой дѣйствительныхъ сдѣлокъ продажи (so weit diese nur die Solennisirung wirklicher Kaufgeschäfte war).

Вѣроятно, изъ этихъ послѣднихъ словъ Колеръ вывелъ свое положеніе, что traditio есть ничто иное, какъ неторжественная mancipatio. Однако изъ этого вытекаетъ, что будто бы обѣ сдѣлки, если устранить торжественность, по существу своему сходны, а между тѣмъ Лейстъ именно это отрицаетъ. Но Колеръ идетъ и дальше: traditio произошла, будто бы, изъ mancipatio путемъ устраненія торжественной обрядности. Это уже не вытекаетъ ни изъ какихъ словъ Лейста, и скорѣе можно предположить обратное: mancipatio произошла изъ traditio, когда законодатель, преслѣдуя извѣстныя цѣли, придалъ ей торжественную обрядность.

глашенія (что не только не подрывало бы «золотой саги», а напротивъ—подтверждало бы ее) и т. д.

Вмѣсто всего этого, въ нашемъ распоряженіи — одинъ голый фактъ, сомнительный въ своемъ спеціальномъ обоснованіи и противорѣчащій общимъ соображеніямъ. Но, само собой разумѣется. съ нимъ нельзя не считаться, разъ о немъ идетъ рѣчь въ ученой литературѣ.

Теперь мы обратимся къ римскому праву, которое несравненно основательнѣе и полнѣе изучено, и которое играло непосредственную роль въ правообразованіи почти всей новой Европы.

Здѣсь возможно изученіе traditio историческое и догматическое во всей юридической обстановкѣ ея примѣненія, а это дастъ намъ весьма обильный и важный по своей положительности матеріалъ и для установленія указаннаго выше историческаго закона развитія traditio, и—вмѣстѣ съ тѣмъ—для сужденій de lege ferenda.

ГЛАВА I.

Римское право.

§ 1. Область примѣненія traditio.

Римское право, съ точки зрѣнія вопроса о производномъ пріобрѣтеніи права собственности, ярко характеризуется системой traditio. Но только въ правѣ Юстиніана traditio сдѣлалась единственнымъ способомъ перехода собственности; въ періодъ же до-Юстиніановскій съ ней конкурировали въ этомъ отношеніи in jure cessio и mancipatio. Для уясненія спеціально изучаемой нами traditio, нужно прежде всего опредѣлить область ея примѣненія, а для этого необходимо кромѣ нея описать, хотя бы вкратцѣ, in jure cessio и mancipatio.

Обѣ эти сдѣлки были извѣстны еще до эпохи XII таблицъ[1]). Обѣ онѣ были торжественно-формальными и публичными актами, тогда какъ traditio была неформальной сдѣлкой. Первыя двѣ принадлежали къ числу такъ называемыхъ acquisitiones civiles, а послѣдняя—къ числу acquisitiones naturales[2]).

Но опишемъ каждую отдѣльно.

In jure cessio, въ качествѣ формы переноса права собственности[3]), представляла изъ себя мнимый судебный споръ, мни-

---

[1]) Fragm. Vat., 50: Quia et mancipationem et in jure cessionem lex XII tabularum confirmat. *Padeletti*, Lehrbuch der römischen Rechtsgeschichte, Berlin, 1879, S. 134.

[2]) *Sohm*, Institutionen des römischen Rechts, 8 u. 9 Aufl. 1899, § 62, S. 303.

[3]) Вообще же in jure cessio была актомъ абстрактнымъ, т. е. независимымъ отъ вызывавшей его causa: *Karlowa*, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, Berlin, 1877, S. 203. Благодаря этому, in jure cessio была не толь-

мое виндицированіе съ цѣлью юридическаго пріобрѣтенія[1]). Именно, отчуждатель и пріобрѣтатель, договорившись о передачѣ права собственности, отправлялись вмѣстѣ къ магистрату. Здѣсь пріобрѣтатель, *держа въ рукахъ самый предметъ сдѣлки*, если это была легко переносимая съ мѣста на мѣсто движимость, или часть его, напр., глыбу земли съ пріобрѣтаемаго земельнаго участка, выступалъ къ качествѣ истца-собственника, виндицирующаго свою вещь, а отчуждатель принималъ на себя роль отвѣтчика и вполнѣ соглашался съ утвержденіемъ своего противника-контрагента о принадлежности ему вещи. Магистратъ, на основаніи правила «confessus pro judicato est»[2]), присуждалъ право собственности истцу-покупщику, и такимъ образомъ желаемый сторонами переходъ права собственности совершался[3]).

In jure cessio, какъ актъ, совершаемый государственной властью, могла примѣняться ко всякаго рода вещамъ[4]) и во

ко формой переноса права собственности, но служила также для установленія сервитутовъ, для ихъ уничтоженія, для переноса tutela legitima mulierum, для переноса hereditas ab intestato delata. для отпущенія рабовъ на волю и т. п., *Шулгинъ*, Учебн. ист. рим. права, стр. 360.

[1]) *Baron*, Geschichte des römischen Rechts. Erster Theil: Institutionen und Civilprozess, Berlin, 1884. S. 136. *Girard*, Manuel élémentaire de droit romain, 2 éd., Paris, 1898, p. 285, 286. *Pellat*. Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété et sur l'usufruit, 2 éd. 1853, p. 18, 19. *Шулгинъ*, Учебникъ исторіи римскаго права, стр. 359 и сл. *Богольповъ*, Учебникъ исторіи римскаго права, Москва, 1895, стр. 160, 161.

[2]) *Karlowa*, Das Rechtsgeschäft. S. 203, Anm. 2. Ср. *Bechmann*, Der Kauf nach gemeinem Recht, Bd. I, Erlangen, 1876. S. 554, Anm. 1.

[3]) Описаніе обряда in jure cessio даетъ намъ Гай, Iust., II, 24: In jure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani, velut praetorem, vel apud praesidem provinciae is, cui res in jure ceditur, *rem tenens* ita dicit: Hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse ajo; deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit; idque legis actio vocatur, quae fieri potest etiam in provinciis apud praesides earum.

[4]) Fragm. Ulp., XIX, 9: In jure cessio quoque communis alienatio est et mancipi rerum et nec mancipi. *G. Cornil*, Étude sur la publicité de la propriété dans le droit romain, Bruxelles, 1890. p. 38.

всѣхъ случаяхъ ихъ отчужденія; не имѣя своей спеціальной области примѣненія, она отнюдь не исключала и не стѣсняла примѣненія и другихъ сдѣлокъ: mancipatio и traditio[1]), каждой въ своей сферѣ.

Для уясненія же взаимнаго отношенія послѣднихъ двухъ сдѣлокъ, необходимо имѣть въ виду своеобразное въ римскомъ правѣ раздѣленіе имуществъ (какъ res corporales, такъ и res incorporales) на двѣ категоріи: res mancipi и res nec mancipi.

По мнѣнію, на сколько мнѣ извѣстно, всѣхъ романистовъ, кромѣ Фойхта, стоящаго одиноко со своимъ мнѣніемъ, дѣленіе это ведетъ свое начало съ древнѣйшихъ временъ Рима. Оно установлено, можетъ быть, Сервіемъ Тулліемъ; во всякомъ случаѣ оно было извѣстно еще до появленія XII таблицъ[2]).

---

[1]) Такимъ образомъ in jure cessio даетъ намъ только отрицательную черту для опредѣленія области дѣйствія traditio; тѣмъ не менѣе остановиться на ней было необходимо, чтобы получить матеріалъ для *общей* характеристики производныхъ способовъ пріобрѣтенія права собственности въ древнемъ Римѣ, — характеристики, важной и для пониманія сущности traditio. См. слѣд. §.

[2]) Gajus, Inst., II, 47: (Item olim) mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore (auctore) traditae essent; idque ita lege XII tabularum cautum erat.

За глубокую древность указаннаго дѣленія вещей высказываются слѣдующіе ученые. *Danz*, Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts, Bd. I, 2 Aufl. 1871, § 119, S. 215. По его словамъ, такого же мнѣнія Niebuhr, Vangerow и др. *Esmarch*, Römische Rechtsgeschichte, 2 Aufl., 1877, § 45, S. 115, 116. *Padeletti*, Lehrbuch der Römischen Rechtsgeschichte, Berlin, 1879, S. 133, 136, Anm. 5. *Walter*, Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian, Bd. II, 3 Aufl., 1861, S. 178, 183. *Baron*, Geschichte des römischen Rechts, 1884, S. 129. *Bechmann*, Der Kauf nach gemeinem Recht, Erster Theil, Erlangen, 1876, § 14. *Hölder*, Institutionen des römischen Rechts. 2 Aufl., 1883, S. 146, 147. *L. Lange*, Römische Alterthümer, Bd. I, 3 Aufl., Berlin, 1876, S. 149. *P. Willems*, Le droit public romain depuis la fondation de Rome jusqu'à Iustinien, 4 éd., Paris-Berlin, 1880, p. 72 et suiv. *Huc*, Le formalisme de l'ancien droit romain въ Recueil de l'académie de législation de Toulouse, t. X., 1861, p. 43. *Ortolan*, Explication historique des Instituts de l'empereur Iustinien, t. I, 12 éd., Paris, 1883, n. 296, note. *Appleton*, Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne, t. I, Paris, 1889, n. 10, p. 33. *Maynz*, Cours de droit romain précédé d'une introduction contenant l'histoire de la législation et des institutions politiques de Rome,

Къ категоріи res mancipi, по свидѣтельству Ульпіана[1]), принадлежали: земельные участки и дома въ Италіи, сельскіе сервитуты, рабы, четвероногій рабочій и упряжной скотъ, кромѣ слоновъ и верблюдовъ. Остальныя вещи суть res nec mancipi.

Установить принципъ, лежавшій въ основаніи этого дѣленія, не смотря на множество сдѣланныхъ попытокъ, не удалось и до сихъ поръ. Можетъ быть, res mancipi — важнѣйшее имущество древне-римскаго сельскаго хозяйства, какъ думаютъ, напр., Моммзенъ, Паделетти, Зомъ и Эсмархъ[2]), или,—какъ думаетъ Бехманъ[3]), — основное имущество римскаго гражданина, что́, какъ мнѣ кажется, одно и то же, такъ какъ древній патріархальный Римъ жилъ главнымъ образомъ сельскимъ хозяйствомъ[4]). Но есть и другія предположенія.

---

t. I, 5 éd. 1891, § 91, p. 684 *G. Cornil*, Étude sur la publicité de la propriété dans le droit romain, Bruxelles, 1890, p. 36. *Шулгинъ*, Учебникъ ист. рим. права, стр. 281, 282. *Муромцевъ*, Гражданское право древняго Рима, Москва, 1883, § 71, стр. 168. *Богольповъ*, Учебникъ исторіи римскаго права, Москва, 1895, стр. 154, 161. Напротивъ, *Voigt*, Römische Rechtsgeschichte, Bd. I, 1892, S. 428, 437, 440, видя въ этомъ дѣленіи вещей правительственную мѣру къ поднятію падавшаго сельскаго хозяйства посредствомъ устраненія отъ него конкурентовъ перегриновъ, наводнившихъ Римъ послѣ счастливыхъ войнъ, относитъ это дѣленіе къ началу VII в. отъ основанія Рима.

[1]) Fragm. Ulp., XIX, 1: Omnes res aut mancipi sunt aut nec mancipi. Mancipi res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana qualis domus; item jura praediorum rusticorum, velut via, iter, actus, aquaeductus; item servi et quadrupedes, quae dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini. Ceterae res nec mancipi sunt; elefanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt.

[2]) *Padeletti*, Lehrb. der röm. Rechtsgeschichte, S. 133. *Esmarch*, Röm. Rechtsgeschichte, § 45. *Baron*, Gesch. des röm. R., S. 130. Сводъ различныхъ мнѣній см. у *Danz*, Lehrb. der Gesch. des röm. R., 1, § 119.

[3]) *Bechmann*, Der Kauf, I, S. 154.

[4]) *Богольповъ*. Учебн. ист. р. пр., § 3. Ср. *Шулгинъ*, Уч. ист. р. пр., стр. 11; тамъ и литература вопроса. Еще надо замѣтить, что граница между res mancipi и nec mancipi не оставалась все время на одномъ и томъ же мѣстѣ, а съ теченіемъ времени мѣнялась въ зависимости отъ различныхъ условій жизни римскаго государства. *Bechmann*, Der Kauf, I, S. 148. *Шулгинъ*, Учебн. ист. рим пр., стр. 282. Впрочемъ, эти измѣненія значительными не были.

Вотъ это-то дѣленіе имуществъ и имѣло значеніе границы для примѣненія traditio вплоть до признанія послѣдней сначала равносильнымъ (конецъ республиканскаго періода), а затѣмъ и единственнымъ (при Юстиніанѣ) способомъ пріобрѣтенія права собственности.

Именно, mancipatio, сдѣлка торжественно-формальная и публичная, передавала квиритскую собственность—dominium ex jure Quiritium — на res mancipi и при томъ такъ, что только посредствомъ mancipatio и можно было пріобрѣтать эти вещи въ собственность[1]). Кромѣ того, какъ сдѣлка привилегированная, mancipatio была въ то же время дѣйствительна и для res nec mancipi[2]).

Остановимся теперь нѣсколько на этой сдѣлкѣ, чтобы окончательно подготовить почву для детальнаго изученія спеціально интересующей насъ traditio.

По описанію Гая, mancipatio совершалась слѣдующимъ образомъ: въ присутствіи пяти свидѣтелей, полноправныхъ римскихъ гражданъ, вѣсовщикъ отвѣшивалъ продавцу нечеканенную мѣдь, служившую покупной цѣной, а пріобрѣтатель, *взявши въ руки покупаемую вещь* (ея наличность была необходима), произносилъ установленную торжественную фразу, въ которой онъ утверждалъ, что эта вещь принадлежитъ ему по праву квиритской собственности[3]), и пріобрѣтеніе совершалось.

---

[1]) *Ulp. Fragm.*, XIX, 3: Mancipatio propria species alienationis est rerum mancipi. *Gajus*, Inst., II, 22: Mancipi vero res sunt, quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam mancipi res sunt dictae.

[2]) Такъ *Bechmann*, Der Kauf, I, § 40, S 320—324 (только пріобрѣтатель не имѣлъ гарантіи на случай эвикціи), *Girard*, Manuel élém. de dr. rom., p. 286. Противъ этого *Pellat*, Exposé des principes généraux de la propriété et de l'usufruit, p. 15. *Шулгинъ*, Учебн. ист. р. пр., стр. 357, хотя и не безъ колебанія.

[3]) Gajus, Inst., I, 119: Est autem mancipatio... imaginaria quaedam venditio: quod et ipsum jus proprium civium Romanorum est. Eaque res ita aditur: adhibitis non minus qnam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio ejusdem conditionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipio accipit, *aes(?)tenens* ita dicit: hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse ajo, isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco. Въ этомъ описаніи, вмѣсто *aes* tenens ita

Сначала mancipatio была дѣйствительной куплей-продажей[1]), а затѣмъ она была распространена и на другія сдѣлки, при которыхъ дѣло шло о передачѣ права собственности (дареніе—venditio nummo uno[2]), fiducia при залогѣ) или другихъ правъ, не только вещныхъ (сервитуты), но также семейственныхъ (adoptio, manus) и наслѣдственныхъ (посредствомъ завѣщанія)[3]).

Такъ mancipatio превратилась въ imaginaria venditio, — тотъ же абстрактный характеръ, которымъ отличалась и in jure cessio.

Затѣмъ, что касается traditio, то это была простая неформальная сдѣлка, состоявшая въ томъ, что вещь, съ согласія отчуждателя, пріобрѣталась его контрагентомъ во владѣніе, при чемъ обѣ стороны должны были имѣть волю: одна — передать, а другая—пріобрѣсти право собственности.—«Переусвоеніе совершается посредствомъ передачи владѣнія», говоритъ Дернбургъ[4]).

---

dicit, *Bechmann* читаетъ: *rem* tenens, Der Kauf, I, S. 69; такъ и *Bethmann-Hollweg*, Der römische Civilprozess, Bd. I., Bonn, 1864, S. 131, Anm. 2.

О mancipatio вообще см. *Leist*, Mancipation und Eigenthumstradition. *Bechmann*, Der Kauf nach gem. R., Bd. I. *Sohm*, Inst., §§ 11, 12. *Walter*, Gesch. des röm. R., II, S. 179. *Pellat*, Exposé des princ. gén. de la propriété et de l'usufruit, p. 11—13. *Cornil*, Étude sur la publicité de la propriété, Thèses IV—VI. *Maynz*, Cours de droit romain, I, § 97. *Accarias*, Précis de droit rom., I, n. 222 et 224. *Giraud*, Recherches sur le droit de propriété chez les Romains, p. 217—230. *Cuq*, Les institutions juridiques des romains, I, p. 253—266. *Girard*, Manuel élém. de droit rom., p. 278—285. *Шулинъ*, Уч. ист. р. пр., стр. 353—359. *Боголѣповъ*, Уч. ист. р. пр., стр. 157, 158. Источники см. у *Danz*, Lehrb. der Gesch. des röm. R., I, § 123.

[1]) *Bechmann*, Der Kauf, I, S. 68.

[2]) См. *Leist*, op. cit., §§ 33, 35. Но и *Bechmann*, op. cit., I, S. 62 ff.

[3]) *Salkowski*, Lehrb. der Inst., § 79, S. 204. *Schilling*, Lehrb. für Inst. und Gesch. des röm. Privatrechts, II, § 153, S. 510. *Baron*, Gesch. des röm. R., S. 138 *Шулинъ*, Уч. ист. р. пр., стр. 356, 359, 360.

[4]) *Dernburg*, Pandekten, Bd. I, 6 Aufl., 1900, § 214 и Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens, Bd. III, Das Sachenrecht, 1901, § 10, S. 40, 41. См. и *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 8 Aufl., 1900, § 171, S. 780—781. *Keller*, Pandekten, Leipzig, 1861, § 128, S. 244, Anm. 1. *Salkowski*, Lehrb. der Inst., § 82, S. 213. *Sohm*, Inst., § 63, S. 304. *Cuq*, Les institutions juridiques des romains, II, p. 237. *Maynz*, Cours de droit romain, I. § 105, p. 725. *Accarias*, Précis de droit romain, I, n. 227, p. 577.

При этомъ ни для пріобрѣтенія владѣнія, ни для выраженія взаимной воли сторонъ о переходѣ права собственности не было установлено никакой спеціальной формы; здѣсь дѣйствовали общія положенія, которыя обращали вниманіе на сущность дѣла, а не на внѣшнее его проявленіе. Такъ, часто говорятъ о «*простой*» traditio въ противоположность торжественно-формальной mancipatio.

Вотъ эта-то traditio вначалѣ переносила право собственности только на res nec mancipi; этими вещами была строго ограничена область ея примѣненія съ полной силой дѣйствія[1]), и романисты спорятъ только о томъ, *съ какихъ поръ* traditio получила силу давать не одно лишь владѣніе, а даже и право собственности: одни относятъ это къ самымъ древнимъ временамъ[2]); другіе—къ эпохѣ XII таблицъ[3]); третьи—ко времени введенія въ Римѣ чеканенной монеты[4]); четвертые — ко времени исчезновенія legis actiones[5]); во всякомъ случаѣ traditio является однимъ изъ древнѣйшихъ способовъ пріобрѣтенія права собственности, и первоначально, какъ я уже сказалъ, только res nec mancipi и являлись годными для этого объектами. Что же касается res mancipi, то онѣ при traditio поступали только во *владѣніе* пріобрѣтателя, право же собственности — dominium ex

---

[1]) Gajus, Instit., II, 19: Res nec mancipi ipsa traditione pleno jure alterius fiunt. Сюда могутъ относиться, конечно, только res corporales: Incorporales res traditionem.... non recipere manifestum est, l. 43 § 1 D. 41, 1. Это именно потому, что при traditio право собственности пріобрѣтается посредствомъ пріобрѣтенія *владѣнія*, possideri autem possunt, quae sunt corporalia, l. 3 pr. D. 41, 2.

[2]) *Padeletti*, Lehrb. der röm. RG., S. 134. *Walter*, Gesch. des röm R., II, S. 183. См. *Cornil*, Étude sur la publicité de la propriété, p. 50—54. *Муромцевъ*, Гражд. пр. др. Рима, § 71.

[3]) *Zachariae*, Histoire du droit civil gréco-romain въ Revue historique de droit français et étranger, t. XV, 1869, p. 7. *Sohm*, Inst., 1899, § 14, S. 67.

[4]) *Ortolan*, Explication historique des Instituts de l'empereur Iustinien, I, n. 296. Но когда введена чеканенная монета? По мнѣнію однихъ, при Сервіи Тулліи, по мнѣнію другихъ—при децемвирахъ. *Bechmann*, Der Kauf, I, S. 156 ff. Ср. *Leist*, Mancipation und Eigenthumstradition. Iena. 1865. § 11, S. 54 ff.

[5]) *Girard*, Manuel élém. de droit rom., p. 286.

jure Quiritium — оставалось за отчуждателемъ; поэтому онъ не терялъ и rei vindicatio[1]), такъ что пріобрѣтатель оказывался и безправнымъ, и беззащитнымъ.

Таковы всѣ эти сдѣлки, и такова область примѣненія и дѣйствія traditio. Но это было такъ лишь до тѣхъ поръ, пока древній Римъ велъ сравнительно патріархальную и замкнутую жизнь.

Когда же условія и отношенія жизни усложнились какъ подъ вліяніемъ естественнаго роста потребностей и средствъ для ихъ удовлетворенія, такъ и вслѣдствіе внѣшнихъ войнъ, постепенно столкнувшихъ Римъ со всѣми цивилизованными народами древности, давшихъ ему несмѣтныя богатства[2]) и вызвавшихъ значительное развитіе оборота, внутренней и внѣшней торговли,—тогда не только in jure cessio, но и mancipatio стали все больше и больше выходить изъ употребленія, а ихъ мѣсто занимала—сначала, правда, лишь фактически—«*простая*» traditio. Это происходило, во 1-хъ, вслѣдствіе сравнительной сложности in jure cessio и mancipatio[3]): для каждой покупки надо

---

[1]) *Walter*, Geschichte des röm. Rechts, II, S. 178. *Sohm*, Inst., § 62, S. 303. *Warnkönig*, Bemerkungen über den Begriff der justa causa bei der Tradition въ Arch. für die civ. Praxis, Bd. VI, 1831, S. 124, 125. *Maynz*, Cours de droit rom., I, p. 684. *Ortolan*, Expl. hist. des Inst. de l'emp. Iustinien, I., n-os 296, 306, 312, 313. *Gajus*, Inst., II, 41: Si tibi rem mancipi neque mancipavero, neque in jure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex jure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias; semel enim impleta usucapione proinde pleno jure incipit, id est et in bonis et ex jure Quiritium tua res esse, ac si ea mancipata vel in jure cessa esset.

[2]) См., напр., *Appleton*, Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne, p. 33, note 7: Римъ послѣ первой пунической войны получилъ 19 милл. фр. (513 г.); послѣ второй (оконч. въ 553 г.) Карѳагенъ уплатилъ въ теченіе 50 лѣтъ 54 милл. франковъ. Кромѣ того, Сципіонъ привезъ съ собою массу серебра и неисчислимое количество рабовъ. Побѣда же надъ Греціей и разрушеніе Карѳагена (608 г.) принесли въ Римъ богатства буквально всего міра. Этотъ же авторъ ссылается на сочиненіе *Belot*, De la révolution économique et monétaire qui eut lieu à Rome au milieu de troisième siècle avant l'ère chrétienne, Paris, 1885.

[3]) *Dernburg*, Pandekten, I, 1900, § 193. *Богдановъ*, Учебн. ист. рим. пр., стр. 439. *Appleton*, op. cit., p. 33. *Cornil*, Étude sur la publicité de la propriété-

было отправляться вмѣстѣ съ продавцемъ къ магистрату и нести съ собою вещь или отыскивать шесть полноправныхъ римскихъ гражданъ, да и при томъ еще совершать mancipatio для каждой болѣе или менѣе объемистой вещи особо. Это было очень неудобно въ виду, напр., громаднаго развитія въ Римѣ торговли рабами. Кромѣ того, страннымъ казалось и то, что рѣдкія произведенія искусствъ, драгоцѣнные металлы и тому подобныя богатства могли быть пріобрѣтаемы простой передачей, а для продажи какого нибудь быка необходимы были сложныя формальности и большая трата времени[1]). Во 2-хъ, упадокъ in jure cessio и mancipatio объясняется еще узко-національнымъ характеромъ римскаго права вообще и этихъ сдѣлокъ въ частности: къ совершенію ихъ—этихъ acquisitiones civiles—были способны только лица, имѣвшія jus commercii,—по большей части, только римскіе граждане. Между тѣмъ въ торговлѣ, особенно внѣшней, принимала участіе огромная масса перегриновъ, иностранцевъ, не имѣвшихъ этого права[2]).

По всѣмъ этимъ причинамъ контрагенты все чаще и чаще ограничивались простой передачей вещей во владѣніе пріобрѣтателя[3]). Но, конечно, весьма чувствительнымъ препятствіемъ для этого упрощенія оборота, котораго настойчиво требовала жизнь, служила юридическая беззащитность пріобрѣтателей, въ свою очередь гибельная для того же самаго оборота.

Надо было, чтобы отставшій отъ жизни законъ сталъ на уровнѣ ея потребностей.

Эту задачу взяли на себя и выполнили являющіеся гордостью римской юриспруденціи знаменитые преторы. Не имѣя

---

té dans le droit romain, p. 44 et suiv. Въ это же время начали дѣлать отступленія отъ строгаго формализма mancipatio: разрѣшили манципировать недвижимости in absentia, *Voigt*, Röm. Rechtsgeschichte, I, § 35, S. 390.

[1]) *Appleton*, op. cit., p. 33.

[2]) *Accarias*, Précis, I, n. 210, 228. *Maynz*, Cours de droit romain, I, § 92, p. 686. *Walter*, Gesch. des röm. R., II, S. 186 ff. Это обстоятельство потеряло свое значеніе при Каракаллѣ, даровавшемъ права гражданства почти всѣмъ подданнымъ Рима, но тогда и пріобрѣтеніе по traditio было уже равнозначущимъ пріобрѣтенію по mancipatio: послѣдняя потеряла свой исключительный характеръ. *Walter*, op. cit., S. 187. *Maynz*, op. cit., p. 687.

[3]) *Dernburg*, Pand., I, § 193.

законодательной власти, они, какъ и во многихъ другихъ случаяхъ, стремились къ поставленной цѣли, такъ сказать, обходными путями, пользуясь частичными мѣрами.

Такъ, фактическое обладаніе пріобрѣтателей,—это rem in bonis habere, какъ его называютъ источники[1]),—постепенно получало все большую и большую защиту, а потому все большее практическое значеніе.

Происходило это слѣдующимъ образомъ. Прежде всего, въ случаяхъ виндикаціи со стороны квиритскаго собственника, преторы разрѣшили пріобрѣтателямъ-отвѣтчикамъ требовать включенія въ виндикаціонную формулу exceptio doli[2]). Такимъ образомъ судьѣ предписывалось удовлетворить искъ квиритскаго собственника лишь въ томъ случаѣ, если окажется, что онъ не дѣйствовалъ злоумышленно, а такъ какъ обратное требованіе проданной вещи, подъ предлогомъ несоблюденія предписанной закономъ формальности, не могло не быть признано злоумышленнымъ, то собственнику въ его искѣ всегда отказывали. Это первый шагъ, сдѣланный преторами для расширенія дѣйствія traditio. Онъ однако былъ недостаточенъ въ томъ отношеніи, что exc. doli имѣла чисто личный характеръ и потому не дѣйствовала противъ преемниковъ квиритскаго собственника, которымъ вещь могла быть имъ манципирована[3]). Тогда преторы создали другую эксцепцію для той же виндикаціонной формулы, exc. rei venditae et traditae[4]), которая имѣла силу и противъ третьихъ лицъ. Но сначала эта эксцепція могла защищать только пріобрѣтеніе по куплѣ-продажѣ, тогда какъ exc. doli не была связана тѣмъ или инымъ основаніемъ пріобрѣтенія. Съ теченіемъ времени и exc. rei vend. et trad. была распространена на вся-

---

[1]) Напр., Gajus, Inst., I. 54; II. 41; l. 52 D. 41, 1; l. 4 § 32 D. 44, 4.

[2]) *Dernburg*, Pandekten, I. § 193. *Voigt*, Röm. Rechtsgeschichte, I, S. 400. *Бобольтовъ*, Учебн. ист. рим. пр., стр. 434. *Maynz*, Cours de droit romain, I, п. 688. Ср. l. 4 § 32 D. 44, 4.

[3]) *Huc*, Du transfert de la propriété en droit français par l'effet des obligations въ Recueil de l'académie de législation de Toulouse, t. XII, 1863, p. 261.

[4]) *Walter*, Geschichte des röm. Rechts. II, S. 185, 186. *Sohm*, Inst., § 62, S. 303. *Voigt*, op. cit., I, S. 393. *Maynz*, loc. cit. *Huc*, op. cit., p. 262. Ср. Dig. lib. XXI, tit. III. *Dernburg*, loc. cit. и § 216.

кіе случаи пріобрѣтенія[1]). Эта защита посредствомъ эксцепцій всегда предполагаетъ владѣніе на сторонѣ пріобрѣтателя. Теперь оставалось еще помочь пріобрѣтателю въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ *терялъ* владѣніе вещью. Здѣсь эксцепцій было не достаточно; нуженъ былъ искъ. Преторы и передъ этимъ не остановились. Здѣсь надо имѣть въ виду, что для пріобрѣтателя, получившаго res mancipi по простой traditio, отнюдь не исключалась возможность, при наличности извѣстныхъ условій, превратиться по давности изъ простаго владѣльца въ квиритскаго собственника[2]), и такимъ образомъ фактъ несовершенія mancipatio терялъ свое значеніе. Дѣло только въ томъ, что для этого надо было ждать истеченія давностнаго срока. Вотъ этой то идеей давности и воспользовался,—хотя и совершенно своеобразно, въ духѣ римскихъ юристовъ, — преторъ Публицій: онъ допустилъ фикцію, что въ данный моментъ срокъ давности уже истекъ, и что, слѣдовательно, бонитарный обладатель является уже квиритскимъ собственникомъ. Ему была предоставлена для отысканія имущества изъ чужаго владѣнія actio in rem Publiciana[3]). Этотъ искъ имѣлъ такое же дѣйствіе, какъ и rei vindicatio.

Такимъ образомъ съ этихъ поръ rem in bonis habere стало означать практически, на дѣлѣ, то же самое, что владѣніе вещью

---

[1]) *Maynz*, op. cit., I., p. 689, note 13.

[2]) Gajus, Inst., II, 41. *Voigt*, op. cit., I, S. 391. *Bechmann*, Der Kauf, I, § 42. *Accarias*, Précis, I. n. 229. *Maynz*, op. cit., I, p. 688.

[3]) Gajus, Inst., IV, 36: Datur autem haec actio (т. е. actio Publiciana) ei, qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit. Nam quia non potest eam ex jure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse et ita quasi ex jure Quiritium dominus factus esset intendit.... Ср. tit. D. de Publiciana in rem actione, 6, 2 и § 4 J. 4, 6. Это была actio ficticia. *Walter*, Geschichte des röm. Rechts, II, S. 185. *Maynz*, Cours de dr. rom., I, p. 689. *Cuq*, Les institutions jurid. des romains, I, p. 507—512. *Pellat*, Exsposé des princ. génér. de la propriété et de l'usufruit, p. 36 et suiv. *Шухинъ*, Учебн. ист. рим. пр., стр. 311. *Voigt*, Röm. Rechtsgesch., I., S. 394. Кромѣ бонитарныхъ собственниковъ, actio Publiciana служила и добросовѣстнымъ пріобрѣтателямъ отъ *не*-собственника, не дождавшимся еще истеченія давностнаго срока. Въ этомъ значеніи a. Publ. была сохранена и Юстиніаномъ. *Maynz*, Cours, I, p. 690, 795—801. *Богольповъ*, Учебн. ист. рим. пр., стр. 437, пр. 8. *Dernburg*, Pandekten, I, § 194.

на правѣ собственности[1]): обладатель могъ владѣть вещью, пользоваться и распоряжаться ею; ему же принадлежали и плоды вещи, и во всемъ этомъ онъ имѣлъ защиту, равную защитѣ права собственности[2]). Но въ то же время и квиритскій собственникъ сохранялъ свое право; только это право было чисто номинальнымъ, это было nudum jus[3]), право безъ всякаго практическаго содержанія, и только въ томъ случаѣ, когда in bonis esse почему либо совершенно прекращалось, замершее dominium ex jure Quiritium возставало вновь во всей своей прежней силѣ[4]).

---

[1]) *Hureaux*, De la transmission de la propriété par actes entre-vifs въ Revue pratique de droit français, t. XXXII, 1871, n. 5, p. 9, 10. *Padeletti*, Lehrb. der röm. Rechtsgeschichte, S. 311, Anm. 6. *Sohm*, Inst., § 62, S. 303. *Voigt*, Röm. Rechtsgesch., I, § 35, S. 395, 396. *Муромцевъ*, Гражд. право древн. Рима, §§ 99, 147. При этомъ однако кто имѣлъ раба in bonis, а не въ квиритской собственности, тотъ, отпуская его на волю, доставлялъ ему не полное право римскаго гражданства, а лишь такую правоспособность, какую имѣли Latini Iuniani. Затѣмъ для такого обладателя были недоступны цивильные способы распоряженія данной вещью: in jure cessio, mancipatio, legatum per vindicationem. Но все это, конечно, только до истеченія давностнаго срока и до пріобрѣтенія такимъ образомъ *квиритской* собственности. *Voigt*, loc. cit. *Leist*, Mancipation und Eigenthumstradition, S. 115, 116. *Maynz*, Cours, I, p. 688. *Accarias*, Précis, I, n. 229. *Шулинъ*, Учебн. ист. рим. пр., стр. 52 сл., 260, 269 сл., 309, 310, 346. *Богольповъ*, Учебн. ист. рим. пр., стр. 435.

[2]) L. 52 D. 41, 1: Rem in bonis nostris habere intellegimur, quotiens possidentes exceptionem, aut amittentes ad reciperandam eam actionem habemus (т. е. actionem Publicianam), при чемъ in Publiciana actione omnia eadem erunt, quae in rei vindicatione diximus, l. 7 § 8 D. 6, 2. *Maynz*, Cours, I, p. 689. Однако если вещь попадала въ руки квиритскаго собственника, то дѣло нѣсколько усложнялось: Публиціанову иску можно было противопоставить exc. justi dominii. Тогда бонитарный обладатель могъ прибѣгнуть къ replicatio rei venditae et traditae, послѣ чего квиритскій собственникъ долженъ былъ уже сдаться окончательно. L. 16, 17 D. 6, 2; l. 4 § 32 D. 44, 4. *Богольповъ*, Учебн. ист. рим. пр., стр. 438. *Шулинъ*, Уч. ист. рим. пр., стр. 312, 313.

[3]) *Sohm*, Inst., § 62, S. 303. *Maynz*, Cours, I, p. 688. *Walter*, Geschichte des röm. Rechts. II, S. 187, 188. *Voigt*, Röm. Rechtsgesch., II, S. 639. *Шулинъ*, Учебн. ист. рим. пр., стр. 309.

[4]) *Шулинъ*, loc. cit.

Такъ въ римскомъ правѣ, которое знало первоначально только одинъ видъ собственности, выработалось постепенно два вида ихъ: на ряду съ квиритской возникла еще собственность, какъ ее теперь называютъ, бонитарная[1]).

Когда именно завершился или закончился этотъ процессъ образованія бонитарной собственности, съ точностью установить пока не удалось; но приблизительно это произошло въ VI—VII вѣкѣ по основаніи Рима[2]).

Не смотря однако на это уравненіе traditio съ in jure cessio и mancipatio въ ихъ функціи перенесенія права собственности, послѣдніе два способа не сразу вышли изъ употребленія. Такъ, свѣдѣнія о примѣненіи mancipatio восходятъ до IV в. по Р. Хр.[3]). Такъ какъ ей отдавали предпочтеніе предъ in jure cessio[4]), то надо полагать, что послѣдняя вышла изъ употребленія раньше. Во всякомъ случаѣ онѣ уже совершенно утратили свой прежній характеръ исключительности относительно res mancipi.

---

[1]) *Gajus*, Inst., II, 40. Ibidem, 54:.... cum apud cives romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis, vel ex jure Quiritium, vel ex utroque jure cujusque servus esse intellegitur), ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis ejus sit, etiamsi simul ex jure Quiritium ejusdem non sit; nam qui nudum jus Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intellegitur. *Dernburg*, Pandekten, I, § 193. *Padeletti*, Lehrbuch der röm. Rechtsgesch., S. 134, 308 — 310. *Walter*, Gesch. des. röm. Rechts, II, S. 177, 178, 185. *Sohm*, Inst., § 72. *Schilling*, Lehrb. für Inst. u. Gesch. des röm. Privatr., II, S. 146, 490 ff. *Giraud*, Recherches sur le droit de propriété chez les romains sous l'empire, Aix, 1838, p. 230—255. *Appleton*, Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne, t. I, Paris, 1889. *Cuq*, Les instit. jurid. des romains, I, p. 512—515. *Ortolan*, Explication hist. des Inst. de l'empereur Iustinien, I, n. 293, 307 — 309, 311. *Accarias*, Précis de dr. rom., I, n. 282. *Petit*, Traité élémentaire de droit romain, Paris, 1892, n. 148—154. *Шулгинъ*, Учебн. ист. рим. пр., § 71; о квиритской собственности—§ 69. Указаніе источниковъ см. у *Danz*, Lehrb. der Gesch. des röm. Rechts., I, S. 216, 217.

[2]) *Padeletti*, Lehrb. der röm. Rechtsgesch., S. 310, Anm. 5, S. 311, Anm. 7. *Appleton*, op. cit., p. 32, 33. *Voigt*, op. cit., S. 392. *Богольповъ*, Учебн. ист. рим. пр., стр. 441, 442.

[3]) *Baron*, Geschichte des röm. Rechts, S. 137. *Богольповъ*, Учебн. ист. рим. пр., стр. 608.

[4]) *Gajus*, Inst., II, 25. *Voigt*, op. cit., S. 390. Ср. *Baron*, loc. cit.

Наконецъ, въ правѣ Юстиніана мы уже не видимъ ни дѣленія имуществъ на res mancipi и res nec mancipi, ни двухъ видовъ собственности, ни in jure cessio съ mancipatio. Все это уже отжило свой вѣкъ, потеряло смыслъ, и потому, при пересмотрѣ и кодификаціи всего права, было отброшено[1]). Опять установляется единое понятіе права собственности; всѣ вещи, въ отношеніи ихъ пріобрѣтенія, уравниваются, и traditio возводится на степень единственнаго и исключительнаго способа производнаго ихъ пріобрѣтенія[2]).

Такимъ образомъ область примѣненія traditio, ограниченная первоначально вещами nec mancipi, постепенно[3]) увеличиваясь, побѣдоносно достигла въ правѣ Юстиніана всей той полноты, какая только была возможна по самому существу дѣла. Въ этомъ состоитъ *внѣшняя* исторія traditio въ римскомъ правѣ. Ея *внутренняя* исторія имѣетъ другой характеръ, но объ этомъ ниже, а теперь мы, ознакомившись съ фактомъ существованія и дѣйствія traditio въ Римѣ, перейдемъ къ объясненію этого факта и покажемъ всю цѣлесообразность и внутреннюю необходимость traditio для древняго Рима въ виду тѣхъ условій, причинъ и обстоятельствъ, которыя имѣли тамъ мѣсто.

---

[1]) C. un. C. De usucapione transformanda et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi, 7, 31. C. un. C. De nudo ex jure Quiritium tollendo, 7, 25. *Padeletti*, Lehrb. der röm. Rechtsgesch., S. 427. *Walter*, Gesch. des röm. R., II, S. 188. *Danz*, Lehrb. der Gesch. des röm. R., I, § 119, S. 215. *Maynz*, Cours de dr. rom., I, p. 690, 691. *Ortolan*, Explic. hist. des Instituts de l'emp. Iustinien, I, n. 341, 342. *Болольповъ*, Учебн. ист. рим. пр., § 359, стр. 608.

[2]) L. 20 C. 2, 3: Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. L. 50 pr. D. 6, 1: Si ager ex emptionis causa ad aliquem pertineat, non recte hac actione (т. е rei vindicatio) agi poterit, antequam traditus sit ager tuncque possessio amissa sit. L. 15 pr. C. 3, 32: Quotiens duobus in solidum praedium jure distrahitur, manifesti juris est eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem. *Dernburg*, Pandekten, I, § 211. *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, § 171, S. 779 ff.

[3]) За постепенность увеличенія области дѣйствія traditio—господствующее мнѣніе. Одинъ только, на сколько мнѣ извѣстно, Voigt (Röm. Rechtsgeschichte, I, S. 405, 408, 409. 431, 432, 437), въ зависимости отъ своего оригинальнаго взгляда на время происхожденія дѣленія вещей на res mancipi и nec mancipi, рисуетъ иную картину роста traditio. Но его мнѣніе стоитъ одиноко въ романистической литературѣ.

§ 2. Естественность traditio въ древне-римскомъ правѣ.

Описавши въ предыдущемъ §-ѣ in jure cessio, mancipatio и traditio, мы, для правильной оцѣнки ихъ (особенно traditio), должны теперь подчеркнуть и выставить на первый планъ то, что является главной сущностью и характерной чертой этихъ актовъ пріобрѣтенія.

Итакъ, что касается, прежде всего, in jure cessio и mancipatio, то здѣсь было существенно необходимо соблюденіе передъ опредѣленной обрядности: подражаніе судебному процессу, участіе свидѣтелей, произнесеніе спеціально установленныхъ формулъ, совершеніе извѣстныхъ дѣйствій и т. п., и все это — по указанной формѣ, не подлежащей измѣненіямъ, такъ что *безъ* соблюденія этого ритуала нѣтъ и юридическаго послѣдствія, нѣтъ перехода права собственности.

Сущность третьей сдѣлки, traditio, состоитъ, какъ совершенно правильно замѣчаетъ Келлеръ, въ пріобрѣтеніи владѣнія[1]), а для этого былъ необходимъ по древне-римскому праву дѣйствительный и, такъ сказать, осязательный переходъ *вещи* въ обладаніе пріобрѣтателя[2]).

Не безынтересно также то, что пріобрѣтеніе владѣнія далеко не было чуждо и первымъ двумъ сдѣлкамъ. Такъ, при совершеніи in jure cessio пріобрѣтатель, произнося извѣстную фразу: «Hunc ego hominem...», *держалъ пріобрѣтаемую движимость въ рукахъ*[3]), а при цедированіи недвижимыхъ имуществъ самъ судъ и стороны отправлялись къ объекту цессіи. Такъ

---

[1]) *Keller*, Pandekten, Bd. I, 1861, § 128, S. 244, Anm. 1.

[2]) *Ihering*, Geist, Bd. II, 2 Abtheil., 5 Aufl. 1898, S. 429. *Fr. Klein*, Sachbesitz und Ersitzung. Forschungen im Gebiete des römischen Sachenrechtes und Civilprozesses. Berlin, 1891, S. 4. *Chlamtacz*, Die rechtliche Natur der Uebereignungsart durch Tradition im römischen Recht. Leipzig, 1897, S. 35 (по поводу объясненія l. 9 § 3 D. 23, 3). *Huc*, Commentaire théorique et pratique du Code civil, t. V, Paris, 1893, p. 8. *Vermond*, Théorie générale de la possession en droit romain, Paris, 1895, n. 15. *Dernburg*, Pand., I, § 178, Anm. 1. На это намекаютъ и источники: Possessio appellata est a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit, l. 1 pr. D. 41, 2. Въ пользу мнѣнія Іеринга высказывается и *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs nach gem. Recht, Bd. I, Leipzig, 1885, S. 280—282; онъ только противъ крайностей въ этой гипотезѣ. Противъ Іеринга *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, Berlin, 1876, S. 245, Anm. 1, но безъ особыхъ основаній.

[3]) *Gajus*, Inst., II, 24. См. выше, § 1.

это было еще во времена XII таблицъ[1]). И только впослѣдствіи, съ развитіемъ оборота, были допущены нѣкоторыя послабленія: можно было однѣмъ сторонамъ со свидѣтелями пойти на пріобрѣтаемый земельный участокъ, удостовѣриться тамъ, въ чемъ нужно, а въ судъ принести лишь глыбу земли. Во время же Цицерона разрѣшалось продѣлать все это еще до открытія судебнаго засѣданія. То же и съ движимостями, которыя трудно было доставить въ судъ (стадо и т. п.): довольствовались частью цѣлаго[2]). Почти буквально то же самое относится и къ mancipatio: и здѣсь вещь должна была быть на лицо[3]), *надо был держать ее въ рукахъ*[4]), и только недвижимости впослѣдствіи стало возможно манципировать in absentia.

Въ виду этого Бехманъ и утверждаетъ, что первоначально пріобрѣтеніе владѣнія вещью при манципаціи было реальнымъ фактомъ: каждая манципація давала владѣніе[5]).

---

[1]) *Bethmann-Hollweg*, Der römische Civilpiozess, Bd. I, Bonn, 1864, S. 127, 128. *Cornil*, Étude sur la publicité de la propriété dans le droit romain, p. 38.

[2]) *Bethmann-Hollweg*, op. cit., I, S. 129, 130.

[3]) Gajus, Inst., I, 121: In eo solo praediorum mancipatio a caeterorum mancipatione differt, quod personae serviles et liberae, item animalia, quae mancipi sunt, nisi in praesentia sint, mancipari non possunt, adeo quidem, ut eum, qui mancipio accipit, *adprehendere* id ipsum, quod ei mancipio datur, necesse sit: unde etiam mancipatio dicitur, quia *manu res capitur*; praedia vero absentia solent mancipari. То же и *Ulp. Fragm.*, XIX, 6: Res mobiles non nisi praesentes mancipari possunt, et non plures simul, quam quot *manu capi* possunt; immobiles autem etiam plures et quae diversis locis sunt mancipari possunt. За реальность пріобрѣтенія и *Bechmann*, Der Kauf, I, § 7. Но этотъ авторъ противъ *этимологическихъ* соображеній Гая o mancipatio, S. 70.

[4]) *Sohm*, Inst., S. 49. *Baron*, Gesch. des röm. R., S. 137. *Voigt*, Röm. Rechtsgesch., II, § 108, S. 642. *Leist*, Mancipation u. Eigenthumstradition, S. 137. *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gem. R., Wien, 1867, S. 9, Anm. 15. *Rudorff* въ Das Recht des Besitzes von *Savigny*, 7 Aufl., Wien, 1865, Anhang, Num. 96, S. 671. *Bechmann*, Der Kauf, I, S. 69. *Cornil*, Étude sur la publicité de la propriété dans le droit romain, p. 36. См. и соотвѣтственное исправленіе текста Институцій Гая (I, 119) Бехманомъ и Бетманъ-Гольвегомъ: вмѣсто *aes* tenens,—*rem* tenens, выше, стр. 22, прим. 3.

[5]) *Bechmann*, op. cit., I, S. 68—70. Однако этотъ ученый совсѣмъ иначе

А французскій писатель, Тезаръ, именно въ пріобрѣтеніи владѣнія видитъ самую сущность mancipatio; по его мнѣнію, манципація была традиціей, которую всегда можно доказать, а традиція была манципаціей, лишенной доказательности[1]).

Но если даже и не идти такъ далеко, если въ схватываніи и держаніи манципируемой вещи видѣть лишь символъ, согласно съ Бетманъ-Гольвегомъ[2]), или—простую формальность, согласно съ Іерингомъ[3]), то и тогда въ этомъ capere и tenere, сохранившемся и до позднѣйшихъ временъ, нельзя не видѣть внѣшнее проявленіе или, такъ сказать, овеществленіе внутренней воли, направленной на пріобрѣтеніе вещи[4]). Во всякомъ же случаѣ довольно сложная обрядность остается весьма характернымъ признакомъ in jure cessio и mancipatio.

Если мы теперь обобщимъ эти характерныя черты каждой изъ трехъ сдѣлокъ, если мы приведемъ ихъ, такъ сказать, къ одному знаменателю, то общей существенной чертой всѣхъ ихъ окажется слѣдующее: пріобрѣтеніе права собственности совершается *замѣтнымъ во внѣшнемъ мірѣ образомъ*; это пріобрѣтеніе бросается, такъ сказать, въ глаза каждому постороннему наблюдателю; оно очевидно и осязательно; оно своей пластичностью оставляетъ по себѣ замѣтный для каждаго слѣдъ, такъ какъ совершается или публично, гласно (in jure cessio и mancipatio), или реально, конкретно (traditio).

Имѣя въ виду сказанное, я, отвергая traditio въ качествѣ lex ferenda, утверждаю: система traditio (такъ же, какъ in jure cessio и mancipatio) была совершенно естественна и нормальна

смотритъ на in jure cessio: въ ней пріобрѣтеніе владѣнія отходитъ совершенно на задній планъ, такъ какъ здѣсь имѣетъ мѣсто не пріобрѣтеніе, а судебное констатированіе и признаніе уже существующаго права. Ibidem, S. 71. Это такъ, конечно, только по внѣшнему виду, а не по существу. Противъ мнѣнія о пріобрѣтеніи владѣнія и при mancipatio—*Dernburg*, Pand., I, § 211, Anm. 3, но это относится, надо полагать, къ болѣе позднему времени.

[1]) *Thézard*, Les modes de transmission de la propriété. Étude de philosophie historique du droit въ Revue critique de législation et de jurisprudence, Nouvelle série, t. I, Paris, 1871—72, Chap. III, p. 700, 701. См. и *Cornil*, Étude sur la publicité de la propriété dans le droit rom., p. 36.

[2]) *Bethmann-Hollweg*, Der röm. Civilprozess, I, S. 130 ff.

[3]) *Ihering*, Geist, Bd. II, Abtheil. 2, S. 538.

[4]) *Karlowa*, Das Rechtsgeschäft, S. 184.

въ древне-римскомъ правѣ, потому что она вполнѣ соотвѣтствовала духу и строю этого примитивнаго права;—потому что она вполнѣ гармонировала съ другими институтами его и была отмѣчена однимъ, общимъ съ ними, характеромъ.

А характеръ этотъ, какъ констатируетъ Іерингъ, — матеріализмъ первобытнаго права. Дѣло въ томъ, что все примитивное мышленіе какъ отдѣльныхъ лицъ, такъ и цѣлыхъ народовъ реально (sinnlich), матеріалистично, конкретно, и духовное, отвлеченное начало освобождается отъ власти внѣшней формы, внѣшняго проявленія только послѣ долгаго періода, — пройдя, такъ сказать, долгую подготовительную школу.

Такимъ образомъ die Sinnlichkeit ist die Vorstufe der Geistigkeit[1]), — сначала осязательное, конкретное, и только послѣ этого—духовное, отвлеченное, абстрактное.

Этотъ естественный законъ развитія, которому подлежитъ все человѣческое мышленіе и знаніе, распространяется и на право. И это не противорѣчитъ природѣ права, которое вообще представляетъ изъ себя абстракцію: матеріализмъ коренится не въ существѣ первобытнаго права, а въ его внѣшнемъ проявленіи, въ его примѣненіи[2]).

Итакъ, «доступное внѣшнимъ чувствамъ, такое, что можно взять руками, или, по крайней мѣрѣ, что бросается въ глаза,—составляетъ, говоритъ Іерингъ, основную и характерную черту примитивнаго права: постоянный перевѣсъ внѣшней формы надъ внутренней идеей»[3]).

Это свое положеніе Іерингъ доказываетъ многими примѣрами[4]). Такую же идею проводятъ Корниль, Пелла́ и Фридманъ[5]). Теперь я и перехожу къ иллюстраціи изложеннаго принципа.

---

[1]) *Ihering*, Geist, II, Abth. 2, S. 421, 422.

[2]) Ibidem, S. 422.

[3]) Ibidem, S. 424. Іерингъ правильно считаетъ очень удачнымъ данное Цицерономъ опредѣленіе разницы между первобытнымъ правомъ и философіей въ ихъ отношеніи къ одной и той же проблемѣ: leges tollunt astutias, *quatenus manu tenere possunt*, philosophi – quatenus ratione et intelligentia.

[4]) Мы остановимся только на примѣрахъ изъ гражданскаго права. Характеристику уголовнаго права см. въ томъ же томѣ «Духа римскаго права» на стран. 424—427.

[5]) *Cornil*, Étude sur la publicité de la propriété dans le droit romain,

Возьмемъ прежде всего ученіе о субъектахъ. Матеріализмъ древне-римскаго права сказывался здѣсь въ томъ, что абстрактная universitas не признавалась въ качествѣ субъекта правъ[1]). Это потому, что отношеніе universitas къ имуществу, такъ сказать, не осязательно, не очевидно: часто нѣтъ никакого внѣшняго признака, который бы ясно показывалъ, что именно universitas, какъ таковая, а не ея представитель имѣетъ и осуществляетъ такое или иное право. Вслѣдствіе того же матеріалистическаго правопониманія въ древнѣйшемъ Римѣ не было (допущенной впослѣдствіи) фикціи, по которой личность наслѣдодателя продолжала существовать и послѣ его смерти. Такъ какъ до принятія кѣмъ либо наслѣдства не было *видимаго* хозяина, то наслѣдственная масса и считалась въ древнѣйшемъ правѣ имуществомъ безхозяйнымъ[2]).

То же первоначальное господство матеріализма и послѣдующее развитіе спиритуализма видно и въ ученіи объ объектахъ[3]). Вотъ что показываетъ намъ исторія *хозяйственнаго* развитія.—Вначалѣ были извѣстны лишь такія имущества, которыя можно видѣть и брать въ руки, quae tangi possunt, и только впослѣдствіи и постепенно вошли въ хозяйственно-экономическій оборотъ блага нематеріальныя, блага духовнаго порядка, и вотъ теперь кредитъ, талантъ, идея фигурируютъ въ нашемъ имущественомъ оборотѣ, какъ очень цѣнные объекты, наряду

---

p. 30 et suiv. *Pellat*, Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété et ses principaux démembrements, et particulièrement sur l'usufruit, 2 édition, Paris, 1853, p. 7. *H. Friedmann*, Die unkörperliche Sache. Zur Systematik des Privatrechts. Basel, 1900, S. 5, 6. Ср. и *Thézard*, Les modes de transmission de la propriété въ Revue critique de législation et de jurisprudence, Nouvelle série, t. I, 1871 — 72, p. 705, а также *Bechmann*, Der Kauf, I, S. 70 ff.

[1]) *Friedmann*, op. cit., S. 5, 9. Но ср. *Dernburg*, Pand., I, § 60. L. 1 pr. D. 1, 8: Quae (res) publicae sunt, nullius videntur in bonis esse; ipsius enim universitatis esse creduntur... (Gajus).

[2]) L. 1 pr. D. 1, 8:... res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt... *Friedmann*, op. cit., S. 5. *Dernburg*, Pand., III, —Die ruhende Erbschaft.

[3]) *Friedmann*, op. cit., S. 5 ff.

съ тѣлесными вещами, но какъ долго многіе изъ нихъ оставались въ неизвѣстности, и ими никто не пользовался[1])!

Нельзя не обратить вниманія еще и на дѣленіе вещей въ римскомъ правѣ на res corporales и на res incorporales. Замѣчательно въ этомъ то, что право собственности на первыя, это *невидимое* отношеніе къ вещи, относилось также къ вещамъ *тѣлеснымъ*[2]).

Далѣе то же противоположеніе двухъ началъ въ правѣ мы видимъ какъ въ отдѣльныхъ институтахъ права, такъ и въ цѣлыхъ его отдѣлахъ.

Таково прежде всего владѣніе.

Вотъ доказательства матеріалистическаго пониманія этого института въ древне-римскомъ правѣ. Первоначально для пріобрѣтенія владѣнія, какъ я уже указывалъ, требовалась apprehensio въ буквальномъ смыслѣ слова[3]). Одно же обозрѣніе вещи (напр., показываніе и обозрѣніе земельнаго участка съ башни, longa manu traditio) и т. п. акты, дающіе только *возможность* воздѣйствія на вещь и не являющіеся сами по себѣ этимъ воздѣйствіемъ, тогда считались недостаточными. Согласно съ той же идеей древнее право отказывало юридическимъ лицамъ въ спо-

---

[1]) *Ihering*, Geist, II, Abth. 2, S. 431. Уже и въ Римѣ силы человѣка являлись объектами хозяйственнаго оборота отдѣльно отъ ихъ носителя. Сюда относятся, напр., сервитутныя права на opera servorum et animalium. Эти права были наслѣдственны и, какъ объекты сдѣлокъ, допускали денежную оцѣнку и денежное возмѣщеніе. *Friedmann*, op. cit., S. 15. *Dernburg*, Pand., I, § 250. Сюда же относится рабочая сила рабовъ и животныхъ на различнаго рода мельницахъ. Затѣмъ и силы природы были извѣстны, хотя и далеко не въ такихъ размѣрахъ, какъ теперь, древнему Риму: въ 4 или 5 вв. по Р. Х. упоминается сила теченія воды въ качествѣ хозяйственной цѣнности совершенно независимо отъ обладанія той водной массой, которая эту силу производитъ. *Friedmann*, op. cit., S. 15—19. О значеніи имени, фирмы см. тамъ же стр. 29, 30. Конечно, все это далеко не то, что мы видимъ теперь.

[2]) *Ihering*, ibid., S. 438. *Dernburg*, Pand., I, § 67. *Cornil*, Étude sur la publicité de la propriété dans le droit romain, p. 31. *Keller*, Pand., § 42.

[3]) *Ihering*, ibid., S. 429. *Huc*, Commentaire théorique du Code civil, t. V, Paris, 1893, p. 8. *Friedmann*, op. cit., S. 5, 6. Послѣдній утверждаетъ даже, что все вещное право ведетъ свое начало отъ физическаго, тѣлеснаго отношенія субъекта къ объекту: Dominium rerum ex naturali possessione coepisse.

собности владѣть (личное физическое воздѣйствіе на вещь было невозможно), и только новое право признало эту способность[1]). Новымъ же правомъ допущено и пріобрѣтеніе владѣнія чрезъ представителей[2]). Древнее право считало владѣніе потеряннымъ всякій разъ, когда третье лицо овладѣвало вещью, — предполагается матеріалистическій взглядъ на владѣніе, какъ на физическое обладаніе вещью. Новое же право, какъ и въ ученіи о представительствѣ, отступило отъ этого взгляда въ сторону спиритуализма и внесло ограниченіе: владѣніе не считается потеряннымъ, если третье лицо захватило земельный участокъ *въ отсутствіи хозяина*[3]). Очень характерно также и то, что вначалѣ было извѣстно только владѣніе тѣлесными вещами, а впослѣдствіи возникло и владѣніе правами[4]). Всюду здѣсь—противоположеніе между матеріализмомъ древняго права и спиритуализмомъ новаго.

Тотъ же характеръ носитъ и usucapio. Въ древности—реквизиты преимущественно внѣшніе: годность вещи, отсутствіе извѣстныхъ пороковъ въ пріобрѣтеніи владѣнія (nec vi, nec clam, nec precario). Съ теченіемъ же времени появляются и чисто внутреннія условія: bona fides, а затѣмъ пріобрѣтаетъ значеніе и titulus putativus. Въ средніе вѣка каноническое право обращаетъ уже вниманіе и на mala fides superveniens[5]). — Таковъ постепенный ростъ спиритуалистическаго начала, которое не было свойственно первобытному праву.

Тѣмъ же характеромъ отмѣчено и обязательственное право. Рядомъ съ первоначальнымъ формализмомъ становится столь же примитивный реализмъ[6]), который, хотя и является уже *второй* стадіей въ развитіи обязательствъ, принадлежитъ тѣмъ не ме-

---

[1]) Эти два начала выразились въ l. 1 § ult. D. 41, 2 и въ l. 2 D. eod. *Ihering*, ibid., S. 429.

[2]) *Dernburg*, Pand., I, §§ 118, 119, 180. *Windscheid*, Lehrb. des Pandektenrechts, I, § 155. *Ihering*, ibid., S. 430.

[3]) L. 6 § 1, l. 7, l. 3 §§ 6, 7, 8, l. 25 § 2 D. 41, 2. *Ihering*, ibid., S. 430. *Windscheid*, ib., I, S. 704 und Anm. 8. *Bekker*, Das Recht d. Besitzes, § 24.

[4]) *Ihering*, ibid., S. 439. Ср. *Dernburg*, Pand., I, § 190. *Windscheid*, Lehrb. des Pandektenrechts, I, § 163. *Bruns*, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, Tübingen, 1848. О quasi possessio въ Римѣ—§§ 8, 9.

[5]) *Ihering*, ibid., S. 430.

[6]) *Dernburg*, Pand., II, § 7.

нѣе также къ эпохѣ матеріалистическаго правопониманія. Для реальныхъ обязательствъ вещь—res—является и основаніемъ, и цѣлью: каждое обязательство предполагаетъ, что должникъ получилъ что нибудь—какую нибудь res—отъ кредитора (de—habet=debet), а этотъ послѣдній, слѣдовательно, далъ должнику что либо (cre—dedit=credidit), и въ результатѣ каждое обязательство направлено на какое нибудь *dare*, каждое обязательство *rem* persequitur[1]). И только по истеченіи долгаго времени появились въ Римѣ обязательства консенсуальныя[2]),—значительный успѣхъ спиритуализма въ правѣ[3]), который, кстати сказать, такъ и не достигъ полнаго развитія въ Римѣ[4]). Только канонисты въ средніе вѣка поставили его на должную высоту, какъ основной и господствующій принципъ обязательственнаго права[5]).

Тотъ же матеріализмъ и въ залогѣ древняго права (pignus), пока hypotheca не установила и другое начало, спиритуалистическое[6]).

Наконецъ, такой же природой отличается и примитивнѣйшій способъ пріобрѣтенія права собственности, occupatio[7]).

Вотъ въ такой то юридической обстановкѣ, при такомъ общемъ характерѣ права регулировался и нашъ главный вопросъ,—вопросъ о переходѣ права собственности. Вполнѣ естественно, что нормировка и этого вопроса была всецѣло проникнута тѣмъ же матеріализмомъ. Въ самомъ дѣлѣ, теперь въ нашихъ юридическихъ конструкціяхъ, мы знаемъ *переходъ права*,

---

[1]) *Iheringy*, ibid., S. 440.

[2]) *L. Seuffert*, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge. Nördlingen, 1881, S. 1, 2. Когда именно возникли консенсуальные контракты, точно опредѣлить невозможно, *Petit*, Traité élémentaire de droit romain, Paris, 1892, n. 269. *Cuq* относитъ возникновеніе консенсуальной купли-продажи къ послѣднимъ вѣкамъ республики, Les institutions juridiques des romains, II, p. 400. *Voigt* даетъ точную дату: 2-я четверть VI в. ab u. c., Römische Rechtsgeschichte, I, S. 408, II, S. 653.

[3]) *Муромцевъ*, Гражд. право древняго Рима, § 121, стр. 280.

[4]) *Dernbury*, Pand., II, § 7.

[5]) Ibidem, § 8. *Seuffert*, op. cit., S. 4, 5 und § 6, S. 45 ff.

[6]) *Iheringy*, ibid., S. 427, Anm. 584d. См. *Dernburg*, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heut. röm. Rechts, Bd. I, Leipzig, 1860, § 5, S. 50 ff.

[7]) *Friedmann*, Die unkörperliche Sache, S. 5.

а не вещи,—циркуляцію *правъ*, а не вещей. Имущественный оборотъ, правильно понимаемый, есть установленіе, перенесеніе и прекращеніе *правъ*[1]). Между тѣмъ первобытное правосознаніе, еще неспособное къ абстрактнымъ операціямъ юридической мысли, видѣло только *внѣшнюю* сторону дѣла, и потому оно знало передачу *вещей*, а не передачу *правъ*[2]), и такимъ образомъ successio singularis,—вступленіе въ право другаго,—въ настоящемъ смыслѣ этого термина, не было извѣстно древне-римскому праву[3]). Возьмемъ in jure cessio и mancipatio. Здѣсь пріобрѣтатель не вступаетъ въ *права* отчуждателя, а беретъ себѣ *вещь, какъ свою собственную*, и цедентъ не передаетъ свое право, а судъ признаетъ право цессіонарія, который виндицируетъ *свое* имущество; при этомъ роль отчуждателя чисто отрицательная, пассивная[4]).

Не иначе это было первоначально и при traditio[5]). — Для передачи права собственности необходима была передача *вещи;* безъ передачи вещи первобытное правосознаніе не могло себѣ представить перемѣны собственниковъ.

Для объясненія этого же явленія указываютъ еще и на недостатки системы доказательствъ въ древнемъ правѣ[6]).

Именно разсуждаютъ слѣдующимъ образомъ. Для того, чтобы общественная власть могла защищать права отдѣльныхъ лицъ, она должна *знать* объ установленіи и существованіи

---

[1]) *Ihering*, ibid., S. 435. Что цѣнность вещи существенно состоитъ въ правѣ на нее, доказывается тѣмъ, что во время революціи цѣнность имуществъ падаетъ, а потомъ, по возстановленіи довѣрія къ порядку, опять поднимается. Ibidem.

[2]) *Ihering*, ibid., S. 435, 436. Эта замѣна одного понятія другимъ особенно легка еще потому, что въ собственности право и вещь, такъ сказать, покрываютъ другъ друга. Разговорная рѣчь даже и теперь отождествляетъ вещь и право собственности на нее. См., напр., *Hölder*, Institutionen des römischen Rechts, 2 Aufl. 1883, § 51, S. 143. *Cornil*, Étude sur la publicité de la propriété dans le droit romain, p. 31.

[3]) *Ihering*, ibid., S. 436—438.

[4]) *Ihering*, ibid., S. 436, 437. Такъ и при adoptio: одинъ *уничтожаетъ* продажей свое право для того, чтобы другой могъ потребовать признанія *своего собственнаго* права: идеи преемства нѣтъ. Ibid., S. 437.

[5]) Ibidem, S. 436.

[6]) *Huc*, Le formalisme de l'ancien droit romain въ Recueil de l'académie de législation de Toulouse, t. X, 1861, p. 25 et suiv.

этихъ правъ; истецъ долженъ быть въ состояніи доказать наличность своего права по той простой причинѣ, что можно и имѣть право, но если его нельзя доказать, то это все равно, что его и нѣтъ[1]). И вотъ, если мы представимъ себѣ народъ въ такую эпоху, когда соціальное состояніе его не позволяетъ организовать удовлетворительную систему доказательствъ, то необходимо придется прибѣгнуть и даже ограничиться бросающимися въ глаза *внѣшними* фактами и отдать имъ предпочтеніе предъ внутренними рѣшеніями нашей воли, не положившими ярко-замѣтнаго слѣда во внѣшнемъ мірѣ. А это именно такъ и было въ древнемъ Римѣ[2]): письменность развита не была[3]); что же касается свидѣтелей, то примитивныя правила объ оцѣнкѣ доказательствъ оставляли желать слишкомъ многаго.

Слѣдовательно, для пріобрѣтенія права собственности, съ разсчетомъ на защиту, была тогда необходима и неизбѣжна traditio, какъ пріобрѣтеніе реальнаго владѣнія, какъ перемѣщеніе самой *вещи* въ руки пріобрѣтателя; одно же соотвѣтственное соглашеніе сторонъ, какъ актъ неявный, скрытый и потому не имѣвшій въ тѣ времена доказательной силы, считалось недостаточнымъ[4]).

Въ этомъ объясненіи мы видимъ еще одинъ примѣръ все того же матеріализма, только взятый изъ другой области, изъ гражданскаго процесса. Если и теперь неформальные соглашенія и договоры часто бываетъ трудно доказать, то еще въ большей степени это относится къ начальной эпохѣ въ исторіи Рима. Каждая сдѣлка должна была оставлять по себѣ по возможности болѣе замѣтный и рельефный слѣдъ во внѣшней обстановкѣ, такъ какъ въ тѣ времена неразвитости и матеріализма человѣческихъ чувствъ все, quod tangi non potest, быстро и легко ускользало отъ вниманія, и пріобрѣтатель, поступившій,

---

[1]) *Huc*, op. cit., p. 26.

[2]) Ibid., p. 27.

[3]) Ibid., p. 27, 28. Всѣ, кто умѣлъ писать, писали однимъ почеркомъ, и только по приложенной печати можно было отличить рукопись одного отъ рукописи другаго.

[4]) Сказанное о traditio относится и къ mancipatio. Ibid., p. 28. *Giraud*, Recherches sur le droit de propriété chez les romains, sous la république et sous l'empire. Aix, 1838, p. 219.

хотя бы и вполнѣ правомѣрно, рисковалъ, въ случаѣ судебнаго спора, потерпѣть полное пораженіе.

Затѣмъ извѣстный французскій писатель, Апплетонъ, даетъ еще слѣдующую гипотезу о происхожденіи mancipatio и traditio въ Римѣ[1]).

Онъ исходитъ изъ той, чисто римской, по его словамъ, идеи, высказанной юристомъ Павломъ, по которой каждое правоотношеніе прекращается точно такимъ же образомъ, какимъ оно установлено[2]). И вотъ надо имѣть въ виду, что въ Римѣ, сейчасъ по его основаніи, дано было убѣжище всѣмъ бандитамъ и

---

[1]) *Appleton*, De la possession et des actions possessoires. Dijon, 1871, § 107.

[2]) L. 153 D. 50, 17 : Fere quibuscumque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur, cum quibus modis adquirimus, isdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua *utrumque* in contrarium actum est (Paulus).

«Utrumque» этого фрагмента и вся идея Павла безусловно невѣрны *для классическаго и Юстиніанова права*. *Ihering*, Der Besitzwille, Jena, 1889, S. 279 ff. противъ правильности этого обобщенія. На стр. 281, 282 онъ говоритъ : «Die Idee ist eine so durch und durch verfehlte, ungesunde, unhaltbare, dass jedes weitere Wort darüber ein verlorenes wäre».

Ср. и *Dernburg*, Pand., I, § 182. *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, I, § 156, Anm. 1. *Savigny*, Das Recht des Besitzes, 7 Aufl. von Rudorff, Wien, 1865, § 30, S. 338 und Anhang 100, 102. И тотъ же Павелъ въ другомъ мѣстѣ говоритъ : igitur amitti et animo solo potest, quamvis adquiri non potest, l. 3 § 6 D. 41, 2. Такъ и Папиньянъ, l. 44 § 2 D. 41, 2. Но объясняется это «utrumque» различно. Почти всѣ,—особенно Savigny, op. cit., S. 334, 335,—видятъ здѣсь «*или*» (ср. въ этомъ смыслѣ и указанное мѣсто изъ Виндшейда), но Дернбургъ uterque понимаетъ въ смыслѣ «оба» (см. и Латинско-русскій словарь къ источникамъ римскаго права Ѳ. Дыдынскаго) и, толкуя въ соотвѣтствующемъ смыслѣ изрѣченіе Павла, видитъ въ немъ прежнее, *старинное* правило, которое впослѣдствіи измѣнилось.—Что въ первыя времена Рима дѣйствительно могли требовать для прекращенія владѣнія in contrarium agi animo *et* corpore, это довольно вѣроятно въ виду реальнаго характера владѣнія въ тѣ времена ; если я и отказываюсь отъ владѣнія, но не выпускаю вещи изъ своихъ рукъ или изъ своего помѣщенія, то въ такомъ случаѣ трудно еще допустить прекращеніе владѣнія. Такимъ образомъ исходный пунктъ Апплетона, *самъ по себѣ для древняго времени*, о которомъ и идетъ рѣчь, можно признать только вѣроятнымъ, не болѣе. Ср. толкованіе l. 153 cit. у *Bekker'a*, Das Recht des Besitzes bei den Römern, Leipzig, 1880, S. 231, Anm. 1. *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs nach gemeinem Recht, Bd. I, Leipzig, 1885, S. 155 ff.

разбойникамъ Италіи. При такомъ составѣ населенія главными путями къ пріобрѣтенію и богатству служили битвы и грабежи: захватывались земли, стада, рабы, не считая мелкой добычи. При этомъ важнѣйшіе предметы (это были res mancipi) поступали въ общую собственность римскаго народа и продавались въ его пользу отдѣльнымъ лицамъ *путемъ изданія на этотъ предметъ особаго закона.* Сообразно съ этимъ и для каждаго дальнѣйшаго отчужденія этого имущества между частными лицами необходимъ былъ особый законъ. Такимъ закономъ, или подражаніемъ его изданію, и явилась сдѣлка mancipatio, совершавшаяся въ присутствіи представителей общины.—Такимъ образомъ отчужденіе совершалось подобно пріобрѣтенію.

Что же касается мелкой добычи (это были res nec mancipi), то она дѣлалась при грабежѣ частной собственностью захватившаго ее. Здѣсь такимъ образомъ первоначальное пріобрѣтеніе совершалось посредствомъ захвата никому не принадлежащей вещи (т. к. враги считались безправными). Поэтому и для дальнѣйшей передачи права собственности на res nec mancipi также необходимо было на одной сторонѣ прекращеніе, а на другой—пріобрѣтеніе владѣнія. Отсюда—traditio, въ которой также можно видѣть occupatio rei nullius, такъ какъ въ моментъ пріобрѣтенія отчуждатель отказывается отъ своего права.

Прежде всего, эта гипотеза кажется мнѣ сомнительной потому, что она исходнымъ пунктомъ своимъ беретъ одинъ только —сравнительно узкій—кругъ явленій, именно—войны и грабежи. Мнѣ кажется, что институтъ собственности имѣетъ въ своемъ основаніи разнообразнѣйшіе источники въ жизни человѣческаго общества,—что вообще правовые институты возникаютъ и формируются скорѣе и больше на мирной почвѣ, чѣмъ на военной и враждебной [1]).

Но если по этому вопросу и можно еще спорить въ виду отсутствія строго положительной почвы для категорическаго утвержденія чего либо, то во всякомъ случаѣ идея о прекращеніи владѣнія точно такимъ способомъ, какимъ оно пріобрѣтается, совершенно не вѣрна для права Юстиніана, а между тѣмъ область примѣненія traditio достигла наибольшаго развитія именно при Юстиніанѣ.

---

[1]) Проф. *Владимірскій-Будановъ*, Обзоръ исторіи русскаго права, 1888, стр. 84.

Кромѣ того, не подлежатъ, мнѣ кажется, сомнѣнію серьезные недостатки въ самомъ проведеніи этой гипотезы. Въ самомъ дѣлѣ, возьмемъ res mancipi; онѣ совершенно такъ же, какъ и res nec mancipi, впервые пріобрѣтались грабежомъ, оккупаціей, захватомъ владѣнія, а *прекращалось* пріобрѣтенное такимъ образомъ право — путемъ изданія закона и продажи вещи по соглашенію съ покупщикомъ. Между тѣмъ, авторъ, что касается этихъ res mancipi, считаетъ *первымъ* пріобрѣтеніемъ не захватъ вещи у враговъ, а отчужденіе ея со стороны государства. Но такое примѣненіе и такой счетъ совершенно неправильны. Въ самомъ дѣлѣ, почему же и для res *nec* mancipi первымъ пріобрѣтеніемъ считается не какое нибудь дальнѣйшее отчужденіе вражеской вещи оккупантомъ, а захватъ ея во владѣніе на войнѣ? *Нельзя же брать для различныхъ вещей различныя отправныя точки.* Правильнѣе было бы и для res mancipi первымъ пріобрѣтеніемъ считать захватъ вещи у непріятеля, а въ отчужденіи со стороны государства видѣть *прекращеніе* установленнаго оккупаціей права. Но тогда явилось бы новое затрудненіе: надо было бы въ этомъ отчужденіи, въ этомъ прототипѣ манципаціи, отыскать противоположность, «in contrarium actum» какого нибудь грабежа. Въ манципаціи-то, положимъ, видную роль, какъ мы видѣли, играло прекращеніе и пріобрѣтеніе владѣнія. Такъ ли это было и въ случаяхъ указаннаго отчужденія? Но допустимъ, что и здѣсь было то же самое. Все же и въ этомъ случаѣ требуетъ еще объясненія тотъ «*придатокъ*», который состоялъ въ изданіи закона, а при манципированіи — въ извѣстномъ формализмѣ словъ и дѣйствій, въ присутствіи свидѣтелей.

Вѣдь только способъ пріобрѣтенія res nec mancipi (чрезъ захватъ владѣнія) былъ данъ самими обстоятельствами дѣла (грабежи на войнѣ); для вещей же mancipi государство отступило отъ этого образца и выбрало само, по собственному вкусу и разумѣнію, *иной* способъ для распродажи награбленныхъ имуществъ. На чемъ же основанъ этотъ выборъ и это отступленіе (не на различіи же субъектовъ?), и какіе мотивы лежатъ въ его основѣ?

Только отвѣтъ на этотъ вопросъ дѣйствительно объяснилъ бы намъ происхожденіе mancipatio, но гипотеза Апплетона этого отвѣта не даетъ.

Я же, становясь на сторону матеріалистической теоріи Іеринга и другихъ, считаю возможнымъ объяснить все это слѣдующимъ образомъ. Реализмъ traditio и mancipatio, т. е. необходимость пріобрѣтенія владѣнія при той *и* другой сдѣлкѣ, объясняется вышеописаннымъ матеріализмомъ первобытнаго права. Это же объясненіе относится и къ формализму mancipatio: это только другой видъ все того же общаго понятія матеріализма. Но почему къ реализму mancipatio прибавленъ еще и формализмъ? Почему и здѣсь не ограничились однимъ неформальнымъ переходомъ владѣнія, а сдѣлали необходимымъ еще приглашеніе свидѣтелей и извѣстную обрядность словъ и дѣйствій? Это уже вліяніе другой потребности,—потребности въ *публичности* при установленіи права собственности на важнѣйшія въ гражданскомъ оборотѣ имущества[1]). И эта потребность удовлетворена, конечно, наиболѣе соотвѣтствующимъ духу и характеру времени и народа образомъ. А каковъ этотъ духъ и характеръ, мы уже видѣли:—всюду рельефная внѣшняя форма, на первомъ планѣ то, что мы теперь называемъ матеріализмомъ.

Да, матеріализмъ, вотъ та сила, которая налагала свой характеръ, свою властную руку на древніе институты права и даже вызывала ихъ къ жизни. Война же если и давала нѣкоторый матеріалъ для образованія права[2]), то для принятія его всякій разъ необходимо было, чтобы онъ соотвѣтствовалъ условіямъ повседневной текущей жизни и обычнаго оборота имуществъ, а иначе онъ отбрасывался, какъ негодный.

Итакъ, въ результатѣ для насъ прямо очевидна вся естественная необходимость такихъ сдѣлокъ, какъ mancipatio, а затѣмъ и traditio[3]). И наоборотъ,—было бы удивительнымъ и необъ-

---

[1]) *Cornil*, Étude sur la publicité de la propriété, Thèse I. Идея выдѣленія res mancipi въ особую группу аналогична той, по которой теперь особо выдѣляются недвижимости, *Bechmann*, Der Kauf, I, S. 148.

[2]) Mancipatio въ самомъ дѣлѣ имѣетъ такой видъ, какъ будто бы побѣдитель диктуетъ свои условія побѣжденному. Тотъ же характеръ и въ обрядѣ sponsio.

[3]) Это констатируютъ, между прочими, *Bremer*, Beitrag zur Lehre von dem Besitzerwerbe durch Stellvertreter въ Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, Neue Folge, Bd. 20, 1863, S. 57. *Puchta*, Cursus der Institutionen Bd. II, 1875, § 241, S. 215. Ср. и § 40 J. 2, 1.

яснимымъ фактомъ, если бы вмѣсто traditio, въ древне-римскомъ правѣ имѣла мѣсто система соглашенія, эта яркая представительница спиритуалистическаго начала.

Но все это было такъ, и такой характеръ имѣло право только въ первыя времена римской исторіи. Вся же послѣдующая исторія traditio въ Римѣ (и послѣ рецепціи римскаго права—въ Европѣ) есть исторія постепеннаго ослабленія и смягченія ея главнаго—и первоначально строгаго—реквизита дѣйствительной apprehensio. Матеріализмъ, вызвавшій traditio къ жизни, постепенно уступалъ, поддаваясь потребностямъ оборота, который все больше и больше тяготился требованіемъ реальной передачи. Наоборотъ, духовное, абстрактное начало все больше и больше выступало на первый планъ, видоизмѣняя въ соотвѣтственномъ направленіи характеръ юридическихъ институтовъ.

Die Sinnlichkeit ist die Vorstufe der Geistigkeit, говорили мы, со словъ Іеринга, для оправданія и объясненія матеріализма первобытнаго права вообще и traditio въ частности. Съ теченіемъ же времени начинаетъ заявлять о себѣ и другая сторона этого закона развитія правовыхъ идей: насколько матеріализмъ является естественнымъ въ первобытномъ правѣ, настолько же спиритуализмъ и абстракція неизбѣжны въ дальнѣйшихъ стадіяхъ развитія права. И въ концѣ концовъ это спиритуалистическое начало, вообще говоря, если есть для этого въ данномъ институтѣ подходящія условія, можетъ дойти до полнаго и исключительнаго господства надъ матеріализмомъ, какъ это и случилось съ системой traditio во Франціи. Но, конечно, на пути этого развитія могутъ встрѣтиться и такія обстоятельства, такія причины, которыя помѣшаютъ полному устраненію матеріализма. Именно послѣднее и имѣло мѣсто въ Римѣ. Спиритуализмъ сдѣлалъ тамъ большіе успѣхи въ системѣ traditio[1]), но до полнаго устраненія этого характернѣйшаго инсти-

---

[1]) Именно къ этому положенію дѣла надо отнести замѣчаніе *Huc'a*, будто бы римляне были *такъ мало матеріалистичны*, что они часто *оканчивали* тѣмъ, что главное вниманіе обращали на внутреннюю волю, а внѣшней стороной сдѣлки пренебрегали, Le formalisme de l'ancien droit romain, p. 72. Въ этомъ нѣтъ отрицанія матеріализма *древняго* римскаго права. Конечно, матеріализмъ не есть *вѣчный* законъ для *всѣхъ* эпохъ; поэтому весьма естественно, что и римляне *въ концѣ концовъ* склонились до извѣстной степени на сторону спиритуализма.

тута римскаго права дѣло не дошло. Почему? — На это были свои особыя причины. Онѣ имѣютъ для насъ глубокій интересъ, и мы на нихъ остановимся ниже особо. Теперь же ознакомимся сначала съ самымъ явленіемъ, подлежащимъ объясненію,—съ системой traditio въ той формѣ, въ какую она вылилась въ классическомъ и Юстиніановомъ правѣ, — посмотримъ на тѣ разрушенія, которыя внесъ спиритуализмъ въ матеріалистическую traditio, а затѣмъ уже перейдемъ къ тѣмъ причинамъ, которыя положили конецъ побѣдоносному шествію спиритуализма и не дали древнему Риму увидѣть и теперь еще, правда, подверженной спорамъ системы соглашенія.

§ 3. Владѣніе и traditio въ законодательствѣ Юстиніана.

Traditio, какъ способъ пріобрѣтенія права собственности[1]), предполагаетъ извѣстныя условія; изъ нихъ важнѣйшія для большей ясности представленія о ней мы отмѣтимъ здѣсь же,

[1]) О traditio въ этомъ смыслѣ, кромѣ пандектныхъ курсовъ Келлера, Виндшейда, Дернбурга и др., см. еще *Girard*, Manuel élémentaire de droit romain, 2 éd., Paris, 1898, p. 274 et suiv., 286—290. *Cuq*, Les institutions juridiques des romains, t. I, p. 267—270. *Petit*, Traité élémentaire de droit romain, Paris, 1892, n. 174—182. *Баронъ*, Система римскаго гражданскаго права, перев. съ 5-го изданія Л. Петражицкаго, вып. 2-й, 2-е изд., исправленное по 9-му нѣмецкому изданію, Москва, 1898, стр. 45—50. *Д. Азаревичъ*, Система римскаго права, т. I, Петербургъ, 1887, стр. 383—388. *Ефимовъ*, Догма римскаго права, стр. 331—336. Кромѣ того, есть и спеціальныя изслѣдованія, напр., *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht, Wien, 1867. *Verdalle*, De la tradition en droit français, Bourg. 1899 (traditio изслѣдуется во всѣхъ ея функціяхъ). *Biermann*, Traditio ficta. Ein Beitrag zum heutigen Civilrecht auf geschichtlicher Grundlage, Stuttgart, 1891. *Leist*, Mancipation und Eigenthumstradition, Jena, 1865. *Chlamtacz*, Die rechtliche Natur der Uebereignungsart durch Tradition im römischen Recht, Leipzig, 1897. *Kohler*, Vertrag und Uebergabe. Archiv für Bürgerliches Recht, Band 18, Heft 1, 1900. Его же, Der Dingliche Vertrag въ Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht, отдѣльное изданіе, Mannheim, 1883. *Müller-Erzbach*, Das Traditionsprinzip beim Erwerbe des Eigenthums, Inaugural-Dissertation, Göttingen, 1898.

чтобы затѣмъ остановиться уже исключительно на самомъ главномъ и существенномъ элементѣ этой сдѣлки.

Условія эти слѣдующія: легитимація тредента, соглашеніе сторонъ, пріобрѣтеніе владѣнія[1]).

Итакъ, прежде всего, тредентъ долженъ имѣть право на передачу права собственности. Въ этомъ отношеніи впереди всѣхъ стоитъ собственникъ данной вещи[2]). Но и здѣсь помѣхой могутъ оказаться различнаго рода запрещенія отчужденія[3]). Вмѣсто собственника, само собой разумѣется, можетъ распоряжиться вещью его уполномоченный или его законный представитель[4]). Надо только имѣть въ виду ничтожные размѣры, въ которыхъ свободное представительство допускалось въ Римѣ[5]). Если же и несобственникомъ совершено отчужденіе, то онъ можетъ впослѣдствіи одобрить его[6]).

Кромѣ того, и совершенно постороннія лица получаютъ въ извѣстныхъ случаяхъ право на передачу права собственности, принадлежащаго не имъ, а другому лицу. Таковы исполнители судебныхъ рѣшеній и закладопринимателі[7]). Римское право, въ лицѣ деспотическихъ правителей Рима и Византіи, установило еще совершенно исключительную привилегію въ пользу фиска, императора и императрицы: если они отчуждали

---

[1]) *Dernburg*, Pand., I, § 211, Ziff. 3.

[2]) L. 20 pr. D. 41, 1: Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil trensfert. Такъ же l. 6 C. 4, 51 и pr. J. 2, 8. *Keller*, Pandekten, Leipzig, 1861, § 126, S. 242. *Dernburg*, Pand., § 212. *Windscheid*, Lehrbuch, I, § 172.

[3]) *Keller*, Pand., § 126, S.241, 242. *Windscheid*, Lehrb. I, § 172a. *Dernburg*, Pand., I, § 217.

[4]) О прокураторахъ—l. 1 § 1 D. 1, 19. *Dernburg*, ibid., § 212, Ziffer 3. *Windscheid*, ibid., § 172, Anm. 2.

[5]) *Dernburg*, ibid., § 118. *Windscheid*, ibid., § 73; здѣсь и литература вопроса.

[6]) L. 165 D. 59, 17. *Dernburg*, ibid., §§ 84, 119, 122. *Windscheid*, ibid., § 83.

[7]) *Dernburg*, ibid., § 212: закладопринимателі отчуждаютъ однако по *собственному* праву. *Windscheid*, ibid., § 172, Anm. 4. Въ источникахъ см. § 1 J. 2, 8; l. 46 D. 41, 1.

чужую вещь, то собственникъ не имѣлъ права ее виндицировать, а получалъ только искъ о вознагражденіи убытковъ[1]).

Затѣмъ, для совершенія traditio необходимо соглашеніе контрагентовъ между собою; одинъ долженъ выразить волю передать господство надъ вещью, а другой—пріобрѣсти его[2]). Здѣсь примѣняются общія правила о волеизъявленіяхъ[3]). А вообще предполагается правоспособность сторонъ, а если онѣ дѣйствуютъ лично, то и дѣеспособность ихъ.

Наконецъ, для пріобрѣтенія права собственности по traditio необходимо пріобрѣтеніе владѣнія[4]).

Какъ и при другихъ сдѣлкахъ, при traditio возможны условія и другія модификаціи ея главнаго эффекта[5]). Но мы все это оставимъ въ сторонѣ, такъ какъ наша главная цѣль — изслѣдовать сущность traditio, самый принципъ traditio въ виду возможности другаго принципа: принципа соглашенія. Главнымъ-же и важнѣйшимъ съ этой точки зрѣнія элементомъ traditio является именно пріобрѣтеніе владѣнія. На этомъ мы и сосредоточимъ теперь наше вниманіе.

Но прежде, чѣмъ говорить о *пріобрѣтеніи* владѣнія, надо уяснить, хотя-бы приблизительно, общее ученіе о владѣніи[6]).

Къ сожалѣнію, въ наукѣ римскаго права до сихъ поръ нѣтъ полной *исторіи* этого важнѣйшаго и интереснѣйшаго института частнаго права[7]). Поэтому намъ придется ограничиться

---

[1]) L. 2, l. 3 C. 7, 37; § 14 J. 2, 6. *Keller*, Pand., § 126, Anm. 9, видитъ здѣсь не исключеніе и расширеніе права на отчужденіе, а особое *дѣйствіе* traditio. По Дернбургу, Pand., I, § 212, sub 4, здѣсь отчужденіе совершается также по *собственному* праву на основаніи привилегіи, которую Іерингъ ограничиваетъ случаями, когда фискъ *не знаетъ*, что вещь чужая. *Windscheid*, ibid., §§ 172, 165, Anm. 6.

[2]) L. 55 D. 44, 7. Но ср. и § 40 J. 2, 1. *Dernburg*, ibid., § 213 und Anm. 2. *Windscheid*, Lehrb., I, §§ 171 sub 1, 172 sub 6. Вопросъ о договорной природѣ traditio будетъ изслѣдованъ ниже.

[3]) *Windscheid*, ibid., § 172, sub 3.

[4]) L. 20 C. 2, 3. *Keller*, Pand., § 128. *Dernburg*, ibid., § 214. *Windscheid*, ibid., § 171, sub 2, § 172, sub 8. И ещё, напр., *Salkowski*, Lehrb. der Institutionen, § 82, S. 213. *Cuq*, Les institutions juridiques des romains, II, p. 237.

[5]) *Keller*, ibid., § 130. *Windscheid*, ibid., § 172, sub 7. *Dernburg*, ibid., § 215.

[6]) *Accarias*, Précis, I, n. 211.

[7]) *Муромцевъ*, Гражданское право древняго Рима, § 226, стр. 564.

изложеніемъ ученія о владѣніи лишь по классическому и, главнымъ образомъ, по Юстиніанову праву[1]). Ученіе это весьма сложно и далеко не отличается простотой и ясностью принциповъ, лежащихъ въ его основѣ[2]).

---

[1]) Владѣнію посвящена обширнѣйшая литература. Что касается римскаго права, то см. *Savigny*, Das Recht des Besitzes, 7 Aufl. von Rudorff, Wien, 1865. *Bruns*, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, Tübingen, 1848, Erster Abschnitt — das Römische Recht. Ero æe, Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts, Weimar, 1874. *Dernburg*, Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes. Festschrift zum fünfzigjährigen Stiftungsfest der Universität Zürich, Halle a. S., 1883. *Bekker*, Das Recht des Besitzes bei den Römern, Leipzig, 1880. Graf v. *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs nach gemeinem Recht, Bd. I, Leipzig 1885, Bd. II, 1888. *Randa*, Der Besitz nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes, des preussischen, französischen und italienischen, des sächsischen und züricherischen Gesetzbuches, 4 Aufl., Leipzig, 1895. *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz. Studien über alte Probleme. Berlin, 1876. *Fr. Klein*, Sachbesitz und Ersitzung. Forschungen im Gebiete des römischen Sachenrechtes und Civilprozesses, Berlin, 1891. *Strohal*, Succession in den Besitz nach römischem und heutigem Recht. Graz, 1885. *Ihering*, Ueber den Grund des Besitzesschutzes, Jena, 1869. *Его же*, Der Besitzwille, Jena, 1889. *W. Stintzing*, Zur Besitzlehre. Kritische Streifzüge, München, 1892. *Goldschmidt*, Studien zum Besitzrecht. Sklavenbesitz. Insbesondere: Tradition durch Urkunden. Possessio absentis. Verlust des Sklavenbesitzes. Berlin, 1888. *Baron*, Zur Lehre vom Besitzwillen въ Ihering's Jahrbücher, Bd. 29, 1890 (о теоріи Іеринга). *Saleilles*, Étude sur les éléments constitutifs de la possession, Dijon, 1894. *Vermond*, Théorie générale de la possession en droit romain, Paris, 1895. *Appleton*, De la possession et des actions possessoires, Dijon, 1871. *Cuq*, Recherches sur la possession à Rome sous la République et aux primiers siècles de l'empire въ Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, t. 18, 1894. *Molitor*, La possession, la revendication, la publicienne et les servitudes en droit romain avec rapports entre la législation romaine et le droit français, 2 éd., Paris, 1868. *Bourcart*, Étude historique et pratique sur les actions possessoires, Paris, 1880 (о владѣніи по римскому праву—Chapitre premier). Кромѣ того, см. извѣстные курсы Виндшейда (тамъ и литература), Дернбурга и многіе другіе. Интересна также статья проф. *Д. Гримма* «Къ вопросу о природѣ владѣнія по римскому праву» въ Журналѣ Юрид. Общ. за 1894 г., кн. 8.

[2]) Въ римскомъ ученіи о владѣніи нельзя искать единства идеи, выдержанности принципа, *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, Vorwort, III und

Прежде всего надо имѣть въ виду существенно важное раздѣленіе обладателей имуществъ на двѣ категоріи: однимъ римское право приписывало юридическое владѣніе, possessio или possessio civilis, т. е. владѣніе въ собственномъ смыслѣ, а другимъ — только лишь держаніе, detentio или possessio naturalis [1]).

Различіе это, окончательно выяснившееся только въ классическомъ правѣ [2]), имѣло очень важное практическое значеніе. Такъ, только юридическіе владѣльцы пользовались особой такъ называемой поссессорной защитой [3]), ускоренной и отрѣшенной отъ вопросовъ о правѣ, такъ что и воры защищались наравнѣ съ собственниками и даже *противъ* собственниковъ, при чемъ этимъ послѣднимъ оставалось въ такихъ случаяхъ предъявить искъ петиторный, направляющійся на изслѣдованіе права, и тогда уже вопросъ рѣшался не провизорно, какъ при владѣльческой защитѣ, а окончательно. Но и для имѣющихъ право (а такихъ большинство) владѣльческая защита была очень пригодна въ виду своей быстроты и упрощенности: зачѣмъ начинать сложный, продолжительный и дорого стоющій петиторный процессъ, когда можно добиться побѣды надъ противникомъ, сославшись на одинъ лишь фактъ юридическаго владѣнія? Простые-же детенторы этого преимущества не имѣли.

Кромѣ того, владѣніе, при извѣстныхъ условіяхъ, могло служить для пріобрѣтенія права собственности по давности [4]).

S. 71. *Bekker*, Das Recht des Besitzes bei den Römern, S. 317, 350—352 винитъ въ этомъ самихъ римскихъ юристовъ. См. объ этомъ *Dernburg*, Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes, S. 2, 3. *Strohal*, Succession, S. 121 ff.

[1]) Терминологія римскихъ источниковъ, — Savigni, Das Recht des Besitzes, § 7, S. 69 ff. *Dernburg*, Pand., I, § 175. *Windscheid*, Lehrb., I, § 148, Anm. 12, S. 654. L. 3 § 3 D. 41, 2; l. 2 § 1 D. 41, 5; l. 9 D. 6, 1.

[2]) *Dernburg*, Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des röm. Rechts, S. 60. См. упрекъ Павла по адресу Квинта Муція, l. 3 § 23 D. 41, 2. Pegasus зналъ это различіе уже точно, l. 9 D. 6, 1. Ibid., S. 61. Нечего и говорить о Помпоніи и Ульпіанѣ, l. 10 § 1 D. 41, 2. *Cuq*, Recherches sur la possession à Rome sous la République et aux premiers siècles de l'empire въ Nouvelle Revue historique de droit français et éntranger, t. 18, n. 33.

[3]) *Savigny*, Das Recht des Besitzes, § 2, S. 30—32. *Windscheid*, Lehrb., I, § 148, S. 644 ff. *Dernburg*, Pand., I, § 169, Ziff. 3 *Bourcart*, Étude historique et pratique sur les actions possessoires, p. 8 et suiv. *Randa*, Der Besitz nach österr. Rechte, § 6, S. 150 ff.

[4]) *Savigny*, Das Recht des Besitzes, § 2, S. 29, 30. *Dernburg*, Pand., I, § 169, Ziff 3. *Brinz*, Lehrbuch der Pandekten, Bd. I, 2 Aufl. 1873, S. 496. *Wind-*

Не безразлично также и такъ называемое публиціаново право владѣльца [1]). Всѣ эти преимущества — это jus possessionis [2]) — принадлежали, какъ сказано, только юридическимъ владѣльцамъ.

Кто-же считался въ Римѣ владѣльцемъ? Для отвѣта на этотъ вопросъ надо пересчитать поименно всѣ категоріи владѣльцевъ, такъ какъ, по жестокой иронiи судьбы надъ юридической наукой, ни одно изъ существующихъ опредѣленій владѣнія не даетъ никакой возможности угадать, кто считался владѣльцемъ по римскому праву, и кто детенторомъ.

Итакъ, по классическому праву [3]), владѣніе приписывалось прежде всего лицамъ, которыя присваивали вещь себѣ, какъ собственную, — все равно, добросовѣстно или недобросовѣстно: убѣжденія въ наличности права собственности — opinio dominii — не требовалось; поэтому владѣніе имѣли, кромѣ дѣйствительныхъ и мнимыхъ собственниковъ, также разбойники, воры и т. п.[4]).

Всѣ-же остальныя лица, имѣвшія чужія вещи у себя по найму, арендѣ, ссудѣ, поклажѣ, залогу и т. п., считались первоначально простыми детенторами, а владѣніе оставалось у ихъ контрагентовъ, присваивавшихъ въ свое исключительное обладаніе отданныя по сдѣлкамъ вещи [5]). И только впослѣдствіи,

---

scheid, Lehrb., I, § 148, S. 652. *Bourcart*, op. cit., p. 6 et suiv. Ср. *Randa*, op. cit., § 6, S. 172.

[1]) *Dernburg*, Pand., I, § 194, Ziff. 3, § 228. *Windscheid*, Lehrb., I, § 199.

[2]) Для терминологіи см., напр., l. 44 pr. D. 41, 2. *Randa*, Der Besitz, S. 12, Anm. 10.

[3]) Исходнымъ-же пунктомъ развитія владѣнія служитъ, по мнѣнію Нибура и Дернбурга, обладаніе государственными землями, ager publicus, которыя государство, оставляя за собой право собственности, отдавало отдѣльнымъ лицамъ въ потомственное владѣніе и пользованіе. Для защиты этихъ лицъ и былъ созданъ interdictum uti possidetis. *Dernburg*, Entwicklung und Begriff des jurist. Besitzes. Его-же Pand., I, § 171. *Богольповъ*, Учебникъ ист. рим. права, § 235, стр. 427 и сл.

[4]) *Dernburg*, Pand., I, § 173, Ziff. 1. Его-же Entwicklung und Begriff des jurist. Besitzes, S. 62. L. 3 § 22 D. 41, 2 :... possideatur aut bona fide, aut non bona fide. *Brinz*, Lehrb. der Pand., I. S. 495, 496.

[5]) L. 8 D. 13, 6: Rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus. L. 1 § 22 D. 43, 16: Quod servus vel procurator vel colonus tenent, dominus creditur possidere. L. 25 § 1 D. 41, 2: Et per colonos et inqui-

въ теченіе II и III вв. по Р. Хр.,[1]), были признаны владѣльцами еще закладопринимателі, прекаристы, секвестраріи, а также, что касается недвижимостей, — эмфитевты и суперфиціаріи, но такъ, что владѣніе *давностное* оставалось все-же у претендента на присвоеніе себѣ вещи, а во всѣхъ другихъ отношеніяхъ — особенно, что касается владѣльческой защиты, — владѣніе принадлежало перечисленнымъ лицамъ[2]).

Всѣ-же остальныя лица такъ и остались простыми держателями.

Таковы категоріи владѣльцевъ и детенторовъ по римскому праву.

Для *пріобрѣтенія* владѣнія были необходимы corpus и animus[3]):

---

linos aut servos nostros possidemus. L. 17 § 1 D. 16, 3: Rei depositae proprietas apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est. *Savigny*, Das Recht des Besitzes, § 23. *Keller*, Pand., § 115. *Dernburg*, Pand., I, § 174.

[1]) *Муромцевъ*, Граждан. право древняго Рима, § 227, особ. стр. 568.

[2]) *Savigny*, Das Recht des Besitzes, S. 119—121 und §§ 24, 25. *Bruns*, Das Recht des Besitzes, § 2, S. 5 ff. *Keller*, Pand., §§ 115, 118. *Dernburg*, Entwicklung und Begriff des jurist. Besitzes, S. 63, 64. Ero-же Pand., I, § 173. *Windscheid*, Lehrb., I, § 149, Anm. 6. *Ihering*, Der Besitzwille, S. 382 ff., 385 ff., 389 ff. *Bourcart*, Étude hist. et prat. sur les actions poss., p. 3—5. L. 16 D. 41, 3:... qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet; quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet... Такъ и l. 1 § 15 D. 41, 2. L. 39 D. 41, 2: Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res: nam si omittendae possessionis causa, et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio ejus partibus non procederet, at si custodiae causa deponatnr, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat. Такъ и l. 17 § 1 D. 16, 3. L. 4 § 1 D. 43, 26: Meminisse autem nos oportet eum, qui precario habet, etiam possidere. Ho cp. l. 6 § 2 D. 43, 26: Is, qui rogavit, ut precario in fundo moretur, non possidet, sed possessio apud eum, qui concessit, remanet.

[3]) L. 3 § 1 D. 41, 2: Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore. L. 8 eod.:... nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest... Послѣднее буквально повторяетъ и l. 153 D. 50, 17. См. и. Rec. Sent. Pauli, V, 2, § 1. *Savigny*, Das Recht des Besitzes, § 13, S. 205, 206. *Keller*, Pand., § 118, S. 224 ff. *Randa*, Der Besitz nach österr. R., § 11, S. 402. *Windscheid*, Lehrb., I, § 153, Anm. 1. *Dernburg*, Pand., I, § 177. *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, § 40, S, 199, 200. *Bekker*, Das Recht des Besitzes bei den Römern, § 23, S. 182 ff. *Exner*, Die Lehre vom

corpus, по господствующему ученію [1]), — фактическая власть, фактическое господство надъ вещью; animus — воля владѣть вещью, какъ собственной [2]), или — шире и правильнѣе — владѣть вещью *для себя* [3]).

Для *сохраненія*-же владѣнія достаточно было и одной соотвѣтствующей воли [4]), а реальная власть, corpus, могла быть уступлена и другому по арендѣ, ссудѣ и т. п. (см. выше). При этомъ получившій corpus дѣлался детенторомъ, такъ какъ имѣлъ только animus *alieno nomine* possidendi, а не animus rem *sibi* habendi, необходимый для понятія владѣнія. Animus въ этой послѣдней формѣ оставался у уступившаго corpus лица, которое и сохраняло за собою владѣніе и его защиту [5]).

Уже изъ приведенныхъ положеній ясно видно, что владѣніе далеко не всегда оказывалось фактическимъ господствомъ, реальной властью надъ вещью. Въ самомъ дѣлѣ, что это у меня за господство и фактическая власть, напр., надъ лошадью, которая отдана мною кому-нибудь на болѣе или менѣе продолжительный срокъ въ пользованіе: для работъ, для поѣздокъ на охоту и т. п.? Или какую фактическую власть я сохраняю надъ чемоданомъ, отданнымъ мною кому-нибудь для поѣздки въ Америку или для совершенія кругосвѣтнаго путешествія?

Rechtserwerb ducrh Tradition, S. 86, 87 *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, I, S. 88, 252. При этомъ Виндшейдъ обращаетъ вниманіе на то, что нужны не просто animus и corpus, а взаимное ихъ сцѣпленіе. Въ совпаденіи-же ихъ во времени надобности нѣтъ, прибавляетъ Ранда.

[1]) *Randa*, Besitz, S. 2 ff. *Dernburg*, Pand., I, § 169: Besitz—possessio—ist die reale Herrschaft über die Sachgüter. *Windscheid*, Lehrb., I, § 148, S 640: Eine Sache besitzen heisst, sie thatsächlich in seiner Gewalt haben. Широкое пониманіе apprehensio, рекомендуемое господствующей школой (см., напр., *Dernburg*, Pand., I, § 178), не мѣняетъ основной идеи.

[2]) *Savigny*, Das Recht des Besitzes, S. 109, 110. *Bruns*, Das Recht des Besitzes, S. 469. *Windscheid*, Lehrb., I, § 149, Anm. 5. *Randa*, Der Besitz, S. 2.

[3]) *Dernburg*, Pand., I, § 172.

[4]) L. 4 C. 7, 32: Licet possessio nudo animo adquiri non possit, tamen solo animo retineri potest. L. 30 § 5 D. 41, 2:... retinere enim animo possessionem possumus... *Dernburg*, Pand., I., § 183, Anm. 1.

[5]) L. 18. pr. D. 41, 2: Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere... possidet, cujus nomine possidetur. *Windscheid*, Lehrb., I, § 149, Anm. 1.

Такъ это относительно владѣнія, какъ извѣстнаго *состоянія*. Когда-же мы обратимся къ подробному изученію вопроса о *пріобрѣтеніи* владѣнія по классическому и Юстиніанову праву, то увидимъ, что и тамъ уже мало осталось той реальности и того матеріализма, которые мы наблюдали въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ.

Что-же такое владѣніе — и какъ извѣстное состояніе, и въ процессѣ своего пріобрѣтенія?

Разсмотримъ важнѣйшія изъ существующихъ теорій по этому вопросу.

Господствующая теперь теорія видитъ во владѣніи реальную власть, фактическое господство надъ вещью, соединенное съ волей исключительнаго присвоенія себѣ этой вещи. Эта теорія, окончательно выработанная только въ XIX в., ведетъ свое начало съ тѣхъ поръ, когда еще только началась нѣкоторая научная обработка римскаго права.

Такъ, еще предшественники глоссаторовъ понимали владѣніе въ смыслѣ чисто физическаго, тѣлеснаго обладанія [1]).

Такого-же мнѣнія держались и глоссаторы [2]). Здѣсь Азо намѣчаетъ основные элементы владѣнія: corpus и animus, при чемъ владѣніе онъ опредѣлялъ такъ: possessio est *corporalis rei detentio*, corporis et animi item juris adminiculo concurrente.

Это-же опредѣленіе принято и Аккурсіемъ [3]). Но подъ это опредѣленіе многіе случаи владѣнія и его пріобрѣтенія не подходили; отсюда—рядъ исключеній [4]); отсюда—понятіе *фиктивной* traditio [5]), которое устранилъ только Савиньи [6]).

---

[1]) *Biermann*, Traditio ficta, Stuttgart, 1891, S. 34. Къ этому давали поводъ и источники. Такъ, l. 1 pr. D. 41, 2 говоритъ: Possessio appellata est a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit. *Bruns*, Das Recht des Besitzes, § 1, S. 1 ff.

[2]) *Savigny*, Das Recht des Besitzes, S. 5, 6, 10. *Bruns*, Das Recht des Besitzes, §§ 11—13. *Biermann*, Traditio ficta, S. 37. Въ общемъ ученіе этого періода очень несовершенно. *Bruns*, op. cit., S. 104.

[3]) *Bruns*, op. cit., S. 105.

[4]) *Biermann*, op. cit., S. 40 ff.

[5]) Ученіе о traditio ficta возникло еще въ римской практикѣ, *Strohal*, Succession in den Besitz nach römischem nnd heutigem Recht, S. 200, 201. См. *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österr. und gem. Recht, S. 153 ff.

[6]) *Savigny*, Das Recht des Besitzes, § 14, S. 206 ff.

Ученіе глоссаторовъ было цѣликомъ принято не только комментаторами [1]), но и учеными эпохи Ренессанса (Алціатъ, Молина и др.) [2]). Это-же относится и къ представителямъ практическаго направленія, usus modernus Pandectarum [3]). Вообще-же въ средніе вѣка ни одно направленіе, кромѣ школы французскихъ юристовъ, не создало ничего для насъ поучительнаго [4]). Хотя и французскимъ юристамъ не хватало еще философскаго пониманія владѣнія [5]), тѣмъ не менѣе уже Донеллъ, по признанію Іеринга, изложилъ очень ясно ту теорію владѣнія, которая имѣетъ сторонниковъ, подъ авторитетомъ Савиньи, отчасти и теперь [6]).

Собственно-же эпоху въ ученіи владѣнія сдѣлалъ только этотъ послѣдній ученый, выпустивши въ 1803 г. первымъ изданіемъ свою знаменитую книгу: «Das Recht des Besitzes». Идеи этого сочиненія служатъ еще и теперь, хотя и съ значительными поправками, основаніемъ для сужденій и споровъ о владѣніи [7]).

Сущность теоріи Савиньи состоитъ въ слѣдующемъ.

Въ основаніи понятія владѣнія лежитъ понятіе detentio. Это такое состояніе, при которомъ мы имѣемъ физическую возможность не только сами воздѣйствовать на вещь, но и устранять воздѣйствіе другихъ [8]). Понятіе detentio уясняется далѣе сравненіемъ ея съ собственностью: право собственности есть

---

[1]) *Biermann*, Traditio ficta, S. 67 ff.

[2]) Ibid., S. 154 ff. *Bruns*, Das Recht des Besitzes, § 31, S. 252 ff.

[3]) *Biermann*, op. cit., S. 218 ff.

[4]) *Bruns*, op. cit., S. 104, S. 246 ff., S. 252. *Modderman*, Die Reception des römischen Rechts, Iena, 1875, S. 27, 101—103.

[5]) *Bruns*, op. cit., S. 367, 368.

[6]) *Ihering*, Der Besitzwille, S. 249. Но см. *Bruns*, op. cit., S. 368, 369.

[7]) *Dernburg*, Pand., I, § 169, Anm. 1. *Windscheid*, Lehrb., I, § 148, S. 640, Anm. Но см. и *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs nach gem. Recht, Bd. I, Vorwort, S. X.

[8]) *Savigny*, Das Recht des Besitzes, S. 26. Въ первыхъ изданіяхъ своей книги Савиньи считалъ даже необходимымъ для понятія владѣнія, чтобы чужое воздѣйствіе было прямо *невозможно*, Ibid., S. 26, Anm. 1. Но, въ виду противорѣчія такого требованія съ возможностью нарушенія владѣнія, онъ впослѣдствіи смягчилъ свое опредѣленіе. Однако и въ такомъ смягченномъ видѣ опредѣленіе это слишкомъ строго и узко для классическаго и Юстиніанова римскаго права, какъ это признано теперь всѣми романистами.

юридическая возможность воздѣйствовать по своему усмотрѣнію на вещь и устранять другихъ отъ этого воздѣйствія; detentio-же является *осуществленіемъ* этого права; detentio — состояніе *фактическое*, соотвѣтствующее праву собственности, какъ состоянію *юридическому* [1]). Но detentio сама по себѣ еще не есть владѣніе; для того, чтобы она превратилась во владѣніе, необходимо, чтобы detentor *желалъ* ея, необходима *воля владѣть*, animus possidendi [2]). Въ виду взаимнаго соотвѣтствія detentio и права собственности, эта воля должна быть направлена на осуществленіе права собственности. Осуществлять-же можно, вообще говоря, или чужое, или свое право. Для понятія владѣнія необходима воля осуществлять *свое* право собственности, animus domini или animus sibi habendi [3]).

---

[1]) Параллель между владѣніемъ и собственностью была установлена еще французскими юристами XVI вѣка. *Bruns*, Das Recht des Besitzes, S. 412. Она подчеркивается и современными пандектистами: *Brinz*, Lehrb. der Pandekten, I, S. 492. *Dernburg*, Pand., I, § 169, Ziff. 2. *Windscheid*, Lehrb., I, § 149, S. 657, Anm. 5. — *Муромцевъ*, Гражд. право др. Рима, § 225, стр. 558. Но эта то параллель, если только она правильна для римскаго права, именно и показываетъ, что владѣніе совсѣмъ не есть власть или господство надъ вещью въ смыслѣ возможности воздѣйствовать на нее: собственность есть *невидимое* и *неосязаемое* отношеніе лица къ вещи; возможность воздѣйствія на вещь отнюдь не входитъ въ понятіе права собственности, какъ такой элементъ, отсутствіе котораго разрушало-бы самое понятіе этого права: вещь можетъ быть потеряна, и возможность воздѣйствія на нее можетъ быть утрачена, тѣмъ не менѣе право собственности остается. Правда, и о владѣніи, какъ физическомъ господствѣ, говорятъ, что его нельзя понимать узко а напротивъ, — надо понимать это господство очень широко: это не есть непосредственная физическая власть; собственно нужна только *возможность* фактическаго распоряженія. *Randa*, Der Besitz, S. 2, 3. *Dernburg*, Pand., I, § 169, Ziff. 1. Однако, возможность и дѣйствительность далеко не одно и то-же.

[2]) *Savigny*, Das Recht des Besitzes, S 109. L. 3 § 1 D. 41, 2.

[3]) Источники не знаютъ термина animus domini; они говорятъ объ animus possidentis и т. п. L. 1 § 20 D. 41, 2. L. 3 § 3 D. eod. L. 41 D. 12, 1. *Dernburg*, Pand., I, § 172 въ концѣ. *Windscheid*, Lehrb., I, § 149, S. 657, Anm. 5. *Bruns*, Das Recht des Besitzes, S. 469. *Brinz*, Lehrb. der Pand., I, S. 496. Animus domini встрѣчается еще у Донелла, *Bruns*, op. cit., S. 368. Что при этомъ можетъ и не быть убѣжденія въ дѣйствительной наличности права собственности, opinio dominii, на это я уже указывалъ.

Если же обладатель осуществляетъ и признаетъ *чужое* право собственности, то владѣнія нѣтъ, есть только detentio. Такимъ образомъ признакъ, отличающій владѣніе отъ держанія, состоитъ *въ направленіи* воли [1]),— признакъ внутренній, а не внѣшній; оттого и теорія эта называется субъективной [2]).

Однако данныхъ объясненій еще мало. Подъ выставленное Савиньи понятіе воли не подходитъ владѣніе закладопринимателей, прекаристовъ и другихъ, которые признаютъ чужое право собственности, владѣютъ *не* отъ своего имени и тѣмъ не менѣе причисляются къ владѣльцамъ. Ихъ владѣніе Савиньи объясняетъ слѣдующимъ образомъ. Владѣніе, разсматриваемое какъ право [3]), можетъ быть отчуждаемо: владѣлецъ первоначальный, владѣлецъ въ собственномъ смыслѣ, можетъ передать право владѣнія другому лицу, которое будетъ *для него* осуществлять право собственности, и которое, собственно говоря, не должно бы называться владѣльцемъ, но все же называется таковымъ. Такимъ образомъ, кромѣ первоначальнаго владѣнія, есть еще владѣніе «*производное*», основывающееся на первоначальномъ владѣніи другаго лица. Въ обоихъ видахъ владѣнія detentio совершенно одинакова; вся разница въ направленіи воли владѣльца: у одного animus *domini*, у другаго — animus *alieno nomine* habendi [4]).

Но не правильно было бы думать, что воля является здѣсь верховнымъ рѣшителемъ вопроса, и что, слѣдовательно, производное владѣніе возможно всякій разъ, когда есть соотвѣтствую-

---

[1]) И Bruns подчеркиваетъ то обстоятельство, что не отсутствіе или наличность воли рѣшаютъ вопросъ, а именно *направленіе* воли, Das Recht des Besitzes, S. 467.

[2]) *Ihering*, Der Besitzwille, S. 7, 8.

[3]) *Savigny*, Das Recht des Besitzes, § 5, S. 43 ff.

[4]) *Savigny*, op. cit., S. 119, 120. Теорія «производнаго» владѣнія установлена впервые Lauterbach'омъ, юристомъ-практикомъ XVIII в., *Ihering*, Der Besitzwille, S. 250. Французской-же школѣ юристовъ не удалось справиться съ этимъ вопросомъ. Такъ, Донеллъ волю владѣльца квалифицировалъ, какъ animus domini, но при этомъ совсѣмъ не объяснялъ, какъ это соединить съ тѣмъ владѣніемъ, которое теперь называется производнымъ. Другіе-же ученые — Куяцій, а позже и Потье — и въ этомъ видѣ владѣнія усматривали владѣніе въ собственномъ смыслѣ, но почему? — опять объясненія нѣтъ. *Bruns*, Das Recht des Besitzes, S. 368, 369.

щая воля, напр, при арендѣ, ссудѣ и т. п. Нѣтъ, производное владѣніе есть исключеніе изъ общаго понятія владѣнія, и потому оно можетъ быть допускаемо лишь тамъ, гдѣ это положительно опредѣляется закономъ (закладъ, прекаріумъ, секвестръ)[1]).

Такова въ общихъ чертахъ теорія Савиньи. Ее приняли многіе выдающіеся юристы XIX столѣтія: Пухта[2]), Вангеровъ[3]), Брунсъ[4]), Келлеръ[5]), Виндшейдъ[6]), Ранда[7]), Дернбургъ[8]) и другіе, а въ послѣднее время нашлись и противники: Іерингъ[9]), Пининскій[10]) и др.[11]).

Однако и приверженцы теоріи Савиньи не всѣ слѣдуютъ ей безусловно; нѣкоторыми внесены въ нее поправки, иногда очень существенныя.

Такъ, напр., Дернбургъ нашелъ необходимымъ расширить понятіе владѣльческой воли: источники нигдѣ не говорятъ объ animus'ѣ domini; они знаютъ только animus rem sibi habendi; этотъ послѣдній должны принять и мы; тогда и всѣ случаи такъ наз. производнаго владѣнія подойдутъ подъ общее понятіе владѣнія; дѣло значительно упростится, такъ какъ образуется

---

[1]) *Savigny*, Das Recht des Besitzes, S. 120, 121.

[2]) *Puchta*, Pandekten, 1872, § 125, — безусловный послѣдователь Савиньи.

[3]) *Vangerow*, Lehrbuch der Pandekten, I, § 200, Anm. 1.

[4]) *Bruns*, Das Recht des Besitzes, §§ 1, 2 und S. 469.

[5]) *Keller*, Pandekten, § 115.

[6]) *Windscheid*, Lehrb. des Pandektenrechts, I, § 149, Anm. 5—7.

[7]) *Randa*, Der Besitz nach österreichischem Rechte, S. 39, S. 41: Nicht in der Grundanschauung — nur in der Fassung bedarf die Savigny'sche Theorie der Korrektur.

[8]) *Dernburg*, Pand., I, § 169 ff.

[9]) *Ihering*, Ueber den Grund des Besitzesschutzes. Ero-же Der Besitzwille.

[10]) *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs nach gem. Recht, 2 Bände.

[11]) У насъ проф. *Гримма*, Къ вопросу о природѣ владѣнія по римскому праву, Журналъ Юридич. Общества, 1894 г., кн. 8, стр. 70, справедливо говоритъ объ этомъ направленіи буквально слѣдующее: «Нельзя не признать, что вся эта теорія построена на чисто формальныхъ принципахъ и оперируетъ при помощи чисто схоластическихъ пріемовъ. Но это только полбѣды. Важнѣе то, что она страдаетъ вопіющими противорѣчіями». Здѣсь авторъ имѣетъ въ виду допущенную возможность фактическаго господства чрезъ представителей и теорію производнаго владѣнія.

единое понятіе владѣнія, и устранятся исключенія и аномаліи, и все это—согласно съ источниками: они ничего не знаютъ объ *исключительномъ* характерѣ производнаго владѣнія [1]).

Какъ это ни убѣдительно, однако, напр., Виндшейдъ остается въ сущности при прежнемъ пониманіи владѣльческой воли [2]).

Далѣе, самый выдающійся противникъ Савиньи, Іерингъ, отвергаетъ даже совершенно значеніе волй, какъ фактора, опредѣляющаго различіе между владѣніемъ и держаніемъ [3]). Но мы этотъ въ высшей степени спорный вопросъ оставимъ въ сторонѣ и займемся исключительно вторымъ элементомъ владѣнія, corpus'омъ, такъ какъ весь центръ тяжести и весь интересъ противоположенія между системой traditio и системой соглашенія сосредоточивается именно на *внѣшней* сторонѣ владѣнія и traditio.

Здѣсь, особенно при описаніи способовъ apprehensio, мы увидимъ, какіе успѣхи сдѣлалъ спиритуализмъ [4]) какъ подъ дѣйствіемъ общихъ причинъ, способствующихъ его развитію, такъ и въ

---

[1]) *Dernburg*, Pand., I, § 172. Такого-же мнѣнія Мандри, Кирульфъ, Бёкингъ.

[2]) *Windscheid*, Lehrb., I, § 149, Anm. 5. Такъ-же и Ранда.

[3]) *Ihering*, Der Besitzwille. Къ нему примкнулъ всецѣло *Baron*, Zur Lehre vom Besitzwillen въ Iherings Iahrbücher, Bd. 29, 1890, S. 193 ff. У насъ г. *Муромцевъ*, Гражданское право древняго Рима, § 225, стр. 559 слл. И проф. *Гримм* считаетъ идею Іеринга въ общемъ вѣрной на томъ основаніи, что право не можетъ (?) имѣть дѣла съ внутренними явленіями. Журн. Юридич. Общества 1894, кн. 8, стр. 72. Противъ Іеринга—*Windscheid*, Lehrb., I, § 148, Anm. 4 a, S. 644 ff., *Randa*, Der Besitz, S. 50 ff., См. *W. Stintzing*, Zur Besitzlehre, München, 1892, S. 19 ff. У насъ—проф. *Шершеневичъ*, Учебникъ русскаго гражданскаго права, 3 изд. 1901, стр. 202, и проф. *Гольмстенъ* въ Русскомъ граждан. правѣ Мейера, 8 изд. 1902, стр. 256.

[4]) Подобнымъ-же образомъ и въ томъ-же смыслѣ выражается и Колеръ: spiritualisirt, vergeistigt. Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 18, Heft 1, 1900, § 1, S. 1. Это относится, впрочемъ, только къ пріобрѣтенію владѣнія по traditio и именно, прибавлю я,—съ цѣлью пріобрѣтенія права собственности. Пріобрѣтеніе-же владѣнія по односторонней occupatio или-же хотя-бы и по traditio, но для другихъ цѣлей: для заклада, секвестра, гораздо въ большей степени сохранило матеріалистическій характеръ. См. *Dernburg*, Pand., I, § 178. *Brinz*, Possessionis traditio въ Iahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, Bd. III., 1859, S. 16—19, 56. *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, I, S. 238, 239. *Molitor*, La possession, n. 27. *Vermond*, Théorie générale de la possession en dr. rom., n. 18, 19.

частности подъ вліяніемъ требованій оборота, всегда ищущаго болѣе легкихъ средствъ для достиженія своихъ цѣлей. Мы увидимъ также, что и до полнаго устраненія матеріализма, съ котораго началось развитіе traditio въ Римѣ [1]), дѣло также не дошло. Спиритуализація traditio въ Римѣ въ классическій и вообще въ императорскій періодъ совершалась еще гдѣ-то посрединѣ между двумя конечными пунктами. Но въ какой именно точкѣ? — Во 1-хъ, это явленіе такого рода, что здѣсь точныя измѣренія не возможны, а во 2-хъ, компиляція Юстиніана составлена изъ сочиненій юристовъ, жившихъ на протяженіи нѣсколькихъ вѣковъ, — періодъ слишкомъ большой для того, чтобы правовые институты, постоянно развивающіеся, представлялись одинаковыми каждому юристу. Отсюда—сугубая трудность дать на основаніи римскихъ источниковъ правильное и точное опредѣленіе corpus'a или detentio [2]). Тѣмъ не менѣе надо признать, что формула Савиньи (владѣніе съ внѣшней, объективной стороны есть физическая возможность воздѣйствовать на вещь и устранять воздѣйствіе другихъ, а пріобрѣтеніе владѣнія — установленіе, начало этой возможности) слишкомъ узка; она стоитъ ближе, чѣмъ слѣдуетъ, къ начальному пункту развитія traditio и напоминаетъ довольно живо прежнее пріобрѣтеніе реальнаго господства надъ вещью.

Противъ Савиньи и по этому вопросу выступилъ Іерингъ въ своемъ сочиненіи «Объ основаніи защиты владѣнія». Онъ указалъ, между прочимъ, на слѣдующее рѣшеніе Прокула [3]). Охотникъ разставилъ сѣти для ловли звѣрей, и въ эти сѣти поймался дикій кабанъ. Спрашивается, достаточно ли этого для пріобрѣтенія владѣнія, или же охотникъ долженъ еще *узнать* о поимкѣ кабана? И будетъ ли имѣть мѣсто кража, если кто либо другой возьметъ кабана себѣ прежде, чѣмъ охотникъ узнаетъ о его поимкѣ? Прокулъ высказывается въ пользу пріобрѣтенія владѣнія въ тотъ самый моментъ, когда звѣрь попалъ въ ло-

---

[1]) Это признаютъ, кромѣ цитированныхъ выше авторовъ, еще *Arndts*, Lehrb. der Pandekten, 1879, § 135, S. 212 и *Harburger*, Das const. possess., S. 17, 18.

[2]) Всѣ пишущіе о владѣніи, какъ указалъ еще Савиньи, отмѣчаютъ тѣ колоссальныя затрудненія, которыя представляются при изученіи этого вопроса. *Savigny*, Das Recht des Besitzes, S. 25. *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, I, Einleitung, S. 1.

[3]) L. 55 D. 41, 1. *Ihering*, Ueber den Grund des Besitzesschutzes, S. 163.

вушку; знаніе объ этомъ охотника не существенно: summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit. Но вѣдь въ данномъ случаѣ предполагается, что «возможности непосредственнаго воздѣйствія на вещь и устраненія чужаго воздѣйствія» именно не было. Правда, Савиньи предполагаетъ, что при поимкѣ кабана *присутствовалъ* охотникъ, разставившій сѣти [1]), но разбираемый фрагментъ подтвержденія этой мысли не даетъ [2]), а скорѣе устраняетъ ее [3]).

Такимъ образомъ приведенное рѣшеніе расходится съ формулой Савиньи; слѣдовательно, эта послѣдняя не правильна. Это признаютъ теперь всѣ [4]), и уже никто не возвращается къ реальной конструкціи владѣнія и его пріобрѣтенія, господствовавшей до Савиньи [5]).

Такъ, Дернбургъ прямо говоритъ, что въ понятіе владѣнія совсѣмъ не входитъ непремѣнно физическое, видимое держаніе вещи [6]); достаточно и того, чтобы, имѣя въ виду обычный ходъ

---

[1]) *Savigny*, Das Recht des Besitzes, S. 222, 223.

[2]) Это признаетъ даже послѣдователь Савиньи, *Randa*, Der Besitz nach österr. Rechte, § 11, S. 404, Anm. 4 b.

[3]) *Ihering*, loc. cit.

[4]) *Dernburg*, Pand., I, § 178, Anm. 4. *Bekker*, Das Recht des Besitzes, bei den Römern, S. 183 ff. *Randa*, Der Besitz nach österr. Rechte, § 11, S. 38, 39, 405 ff. *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, I, S. 61 ff. *Strohal*, Succession in den Besitz, S. 95, 96. *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 88, 89, Anm. 7. *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, § 49, S. 238 ff. *Windscheid*, Lehrb., I, § 153, Anm. 7. *Муромцевъ*, Гражданское право древняго Рима, § 225, стр. 557. *Fr. Klein*, Sachbesitz und Ersitzung, S. 1.

[5]) *Fr. Klein*, loc. cit.

[6]) *Dernburg*, Pand., I, § 169, Ziff. 1: Der Besitz ist ein *physisches Verhältniss*. Aber er ist nicht nothwendig etwas *Sinnliches*. Противъ необходимости физическаго прикосновенія къ вещи для пріобрѣтенія ея высказывается также *Savigny*, Das Recht des Besitzes, § 14, S. 206, 207. Но онъ всегда требуетъ присутствія пріобрѣтателя при вещи, S. 216 ff. *Bruns*, Das Recht des Besitzes, S. 466. *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 89, Anm. 8. *Windscheid*, Lehrb., I, § 153, Anm. 3. *Vermond*, Théorie générale de la possession en droit romain, n. 15, 21. *Wodon*, Traité théorique et pratique de la possession et des actions possessoires, t. I, 2 éd., n. 187. *Bourcart*, Étude historique et pratique sur les actions possessoires, p. 2. Такъ и источники: ... non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu, l. 1 § 21 D. 41, 2.

дѣлъ, можно было разсчитывать на фактическое распоряженіе вещью [1]). Есть-ли эта возможность, или ея нѣтъ, это можетъ быть видно только изъ всей совокупности фактовъ, сопровождающихъ пріобрѣтеніе владѣнія [2]).

Виндшейдъ считаетъ излишнимъ требованіе, чтобы владѣлецъ могъ устранять чужое воздѣйствіе на вещь: совсѣмъ не нужно, чтобы владѣлецъ былъ сильнѣе каждаго, кому можетъ прійти въ голову мысль овладѣть данной вещью [3]); для моего владѣнія нужно только, чтобы въ данный моментъ владѣлъ я, а не кто-либо другой [4]). Ранда довольствуется, какъ уже сказано, одной *возможностью* фактическаго распоряженія [5]).

Вообще-же многими признается невозможнымъ дать одну общую формулу, которая охватывала-бы все разнообразіе явленій [6]). Если-же такія формулы и даются тѣмъ не менѣе нѣкоторыми учеными, то онѣ не находятъ общаго признанія.

Такъ, напр., Экснеръ даетъ слѣдующее *приблизительное* описаніе *владѣнія*: *оно* пріобрѣтено тогда, когда объ обладателѣ можно сказать, что онъ *имѣетъ вещь*, а не только, что онъ *можетъ* ее получить или получитъ *въ будущемъ* [7]).

По справедливому мнѣнію Ранда, это обходъ вопроса, а не рѣшеніе его [8]).

Баронъ рѣшающимъ признакомъ считаетъ наличность custodia: какъ только она установлена, владѣніе движимой вещью

---

[1]) *Dernburg*, Pand., I, §§ 169, 178. L. 3 § 13 D. 41, 2: ... hactenus possideri, id est quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus.

[2]) *Dernburg*, ibid., § 178. Виндшейдъ рѣшающую роль приписываетъ усмотрѣнію судьи, Lehrb., I, § 153, S. 668, 669. Такъ и *Randa*, Der Besitz, S. 405, Anm. 5. Послѣдній авторъ указываетъ и на die vernünftige Lebensanschauung, ibid. *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, I, S. 240, 241, говоритъ о vernünftige Lebenssitte.

[3]) Съ этой точки зрѣнія надо смотрѣть на l. 22 D. 41, 2: non videtur possessionem adeptus is, qui ita nactus est, ut eam retinere non possit.

[4]) *Windscheid*, Lehrb., I, § 153, Anm. 4.

[5]) *Randa*, Der Besitz, S. 3.

[6]) *Windscheid*, ibid., § 153, S. 668. *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 88ff. *Randa*, Der Besitz, S. 407. *Strohal*, Succession, S. 130.

[7]) *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 89.

[8]) *Randa*, Der Besitz, S. 405, Anm. 5.

пріобрѣтено. Custodia можетъ состоять или въ личной охранѣ вещи пріобрѣтателемъ, или въ помѣщеніи ея въ такомъ мѣстѣ, на которое владѣлецъ имѣетъ власть или которое владѣльцу уступлено [1]).

Эта теорія не нашла общаго признанія потому, что она не подтверждается источниками [2]).

Іерингъ видитъ во владѣніи фактическое осуществленіе собственности, Thatsächlichkeit, Sichtbarkeit des Eigenthums [3]), и говоритъ: «способъ, какимъ собственникъ осуществляетъ свое право, долженъ служить масштабомъ и для рѣшенія вопроса о наличности владѣнія» [4]). Подъ указанной Thatsächlichkeit des Eigenthums Іерингъ разумѣетъ такое нормальное внѣшнее положеніе вещи, при которомъ она исполняетъ свое экономическое назначеніе служить человѣку [5]). Если вещь находится въ такомъ нормальномъ положеніи, то наличность владѣнія очевидна; если же вещь находится не въ такомъ положеніи, въ какомъ она нормально служитъ собственнику, значитъ, владѣніе прекратилось.

Вотъ, напр., строевой лѣсъ, сложенный на мѣстѣ для постройки, а вотъ — принесенный ко мнѣ теченіемъ рѣки.

Вотъ въ лѣсу сѣти для ловли звѣрей, а вотъ тамъ-же — карманные часы.

Въ первомъ случаѣ есть владѣніе, во второмъ нѣтъ его [6]).

Противъ *такого* параллелизма съ собственностью возстаетъ Ранда [7]): источники постоянно предупреждаютъ противъ смѣшенія собственности и владѣнія [8]); поэтому нельзя вопросъ о

---

[1]) *Баронъ*, Система римскаго гражданскаго права, вып. 2, 2-е изд. 1898 г., § 116.

[2]) *Randa*, Der Besitz, § 11, S. 408, Anm. 11. *Rudorff* въ Das Recht des Besitzes von Savigny, Anhang 71, S. 640 ff. *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 109 ff. Anmerkung. *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, § 49, S. 238 ff. *Ihering*, Ueber den Grund des Besitzesschutzes, S. 186, Anm. 171a.

[3]) *Ihering*, Ueber den Grund des Besitzesschutzes, S. 45, 144, 179.

[4]) Ibid., S. 160. У насъ раздѣляетъ это мнѣніе г. *Муромцевъ*, Гражданское право древняго Рима, § 225, стр. 558.

[5]) *Ihering*, op. cit., S. 179.

[6]) Ibid., S. 189, 190.

[7]) *Randa*, Der Besitz, S. 42, 43.

[8]) L. 12 § 1 D. 41, 2 и мн. др.

собственности дѣлать какъ-бы преюдиціальнымъ для вопроса о владѣніи: тогда нарушится присущая владѣнію самостоятельность и независимость отъ вопросовъ о правѣ. Кромѣ того, нельзя одно понятіе объяснять другимъ понятіемъ, также требующимъ объясненія: получится заколдованный кругъ [1]).

Затѣмъ, если формула Іеринга во многихъ случаяхъ приводитъ и къ удовлетворительнымъ результатамъ, то есть также довольно много случаевъ, когда она оказывается невѣрной: вещь находится въ нормальномъ положеніи, а между тѣмъ владѣнія нѣтъ (напр., вещь находится у лица, не имѣющаго способности владѣть), или наоборотъ: положеніе вещи очевидно ненормально, а владѣніе отрицать нельзя (цѣнные предметы, спрятанные въ лѣсу) [2]). Наконецъ, теорія Іеринга не обнимаетъ случаевъ такъ наз. производнаго владѣнія: закладопринимательне обращается съ вещью такъ, какъ собственникъ, и тѣмъ не менѣе онъ владѣетъ [3]).

---

[1]) Послѣднее возраженіе принадлежитъ Буркгарду. *Randa*, Der Besitz, S. 42, Anm. 6. Противъ объясненія владѣнія понятіемъ права собственности высказывается и послѣдователь Іеринга, Пининскій, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, I, S. 164, 381, 382.

[2]) *Randa*, op. cit., S. 43 f.

[3]) На это обращаетъ вниманіе проф. *Гриммъ*, Къ вопросу о природѣ владѣнія по римскому праву, Журн. Юридич. Общества, 1894 г., кн. 8, стр. 71. *W. Stntzing*, Zur Besitzlehre, S. 21. Противъ указанной формулы Іеринга также Виндшейдъ, Lehrb., I, § 153, Anm. 8, *Дернбургъ*, Pand., I, § 178, Anm. 5. Вообще противъ Іеринга *Kipp* въ Lehrb. des Pandektenrechts von Windschcid, I, 1900, § 148, Anm. 4a, S. 648, *Panda*, Der Besitz, S. 37 ff. Соглашаются съ основными идеями Іеринга, но считаютъ нужными нѣкоторыя поправки *Пининскій*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, I, S. 160 ff., *Штрогаль*, Succession in den Besitz nach röm. und heut. Recht, S. 127.

Во французской литературѣ отрицательно относятся къ Іерингу *Saleilles*, Étude sur les éléments constitutifs de la possession, напр., n. 129, *Cuq*, Recherches sur la possession à Rome sous la République et aux premiers siècles de l'empire въ Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, t. 18, 1894, n. 34. По мнѣнію проф. Гримма, loc. cit., стр. 70, Іерингъ однако поставилъ вопросъ о владѣніи на жизненную, конкретную почву и устранилъ схоластику. И это вѣрно. Пусть и у него есть недостатки и ошибки, но добыть истину можно только *его* методомъ. См. однако *Windscheid*, Lehrb., I, § 148, Anm. 4a, S. 648, Ziff. II, S. 646, Buchstabe c.

Графъ Пининскій выдвигаетъ въ качествѣ существеннаго признака владѣнія хозяйственную связь лица съ вещью: нужна не физическая близость субъекта къ объекту, а фактическое *служеніе* вещи извѣстному лицу. Хозяйственное употребленіе вещей, извлеченіе изъ нихъ пользы предполагаетъ длящееся отношеніе къ вещи. Это отношеніе и есть владѣніе [1]). Пріобрѣтеніе движимой вещи по traditio совершается тогда, «когда эта вещь по волѣ пріобрѣтателя, хотя-бы и при помощи традента, ставится въ такое положеніе, что она оказывается перешедшей въ хозяйственное служеніе пріобрѣтателю» [2]).

И эта теорія подвергается оспариванію. Виндшейдъ и Ранда видятъ въ формулѣ Пининскаго только лишь образное — и при томъ неудачное — выраженіе, приводящее къ господствующей идеѣ фактической власти. Въ самомъ дѣлѣ, для того, чтобы вещь могла служить намъ хозяйственно, нужно, чтобы она находилась подъ нашей властью [3]). Поэтому-то практической разницы между обѣими теоріями не такъ много, какъ думаетъ Пининскій. Но она есть, при чемъ объяснить ее нельзя въ пользу Пининскаго. Такъ, напр., нѣкоторые помѣщики выпускаютъ въ свой лѣсъ различныхъ дикихъ птицъ, чтобъ развести ихъ для охоты. То же дѣлается и съ рыбой въ прудахъ. Здѣсь птицы и рыбы служатъ такимъ образомъ свою хозяйственную службу, но владѣніе ими не пріобрѣтается, а наоборотъ, — теряется. И съ другой стороны, какіе-нибудь хозяйственные предметы, вслѣдствіе наступившей негодности ихъ, мы сваливаемъ въ углу своего двора. Здѣсь эти предметы перестаютъ хозяйственно служить намъ, но владѣніе ими не прекращается [4]).

---

[1]) *Piniński*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, I, S. 26. Ту-же идею проводятъ *Kohler* и *Lenel*. *Randa*, Der Besitz, S. 59, Anm. 29. Затѣмъ къ этому воззрѣнію примкнулъ и *Iеринъ*, Der Besitzwille, S. 481—483. Сюда же относится ученіе Штрогаля, Succession, S. 126. У насъ принялъ эту теорію, хотя и съ важной поправкой, сдѣланной подъ вліяніемъ Беккера, проф. *Гриммъ*, Журналъ Юридич. Общ., 1894, кн. 8, стр. 73, 74.

[2]) *Piniński*, op. cit., S. 252, 262.

[3]) *Windscheid*, Lehrb., I, § 153, Anm. 8, S. 670. *Randa*, Der Besitz, S. 59.

[4]) *Randa*, op. cit., S. 59, 60.

Кромѣ того, справедливо упрекаютъ Пининскаго еще и въ томъ, что его теорія одинаково обнимаетъ и владѣніе, и detentio, — и владѣніе вещами, и владѣніе правами [1]).

Наконецъ, надо изложить еще одну интересную попытку объясненія природы владѣнія по римскому праву, сдѣланную у насъ, подъ вліяніемъ Беккера и Пининскаго, проф. Гриммомъ [2]).

Основную причину невыясненности ученія о владѣніи проф. Гриммъ видитъ «въ смѣшеніи или, по крайней мѣрѣ, недостаточно послѣдовательномъ разграниченіи владѣнія, какъ фактическаго или точнѣе хозяйственнаго отношенія съ одной стороны, и владѣнія, какъ права на особаго рода защиту, съ другой» [3]).

Между тѣмъ необходимо различать оба эти вида владѣнія. И вотъ проф. Гриммъ даетъ слѣдующія опредѣленія.

«Владѣніе въ *экономическомъ* смыслѣ есть фактическая принадлежность вещи къ составу хозяйства даннаго лица, каковая даетъ возможность пользоваться вещью согласно ея назначенію» [4]).

«Владѣніе-же въ *юридическомъ* смыслѣ есть право на особаго рода защиту, именуемую поссессорной» [5]).

Оно можетъ быть связано съ экономическимъ владѣніемъ, но можетъ имѣть мѣсто и отдѣльно отъ него. Здѣсь возможны три группы случаевъ.

---

[1]) *Randa*, op. cit., S. 62. *Гриммъ*, Журн. Юридич. Общества, 1894, кн. 8, стр. 71. Наконецъ, Гиршъ указываетъ еще и на то, что источники часто говорятъ о власти (potestas, apprehensio), но совсѣмъ не упоминаютъ объ *экономическихъ* отношеніяхъ. *Randa*, op. cit., S. 60, Anm. 31. Однако, обобщенія и установленіе принциповъ — дѣло науки, а не законодателя. А если римскіе юристы берутъ на себя и первую роль, то ихъ мнѣнія не обязательны. См. *Kohler*, Vertrag und Uebergabe, Archiv f. Bürg. R., Bd. 18, Heft 1, S. 70, *Ihering*, Der Besitzwille, S. 273.

[2]) Журн. Юридич. Общества, 1894, кн. 8, стр. 68—82.

[3]) Ibid., стр. 68. Ср. *Bekker*, Das Recht des Besitzes bei den Römern, S. 232—234. О различномъ значеніи и характерѣ владѣнія въ различныхъ институтахъ права говоритъ, также ссылаясь на Беккера, и т. *Муромцевъ*, Гражданское право древняго Рима, § 226, стр. 565.

[4]) Журн. Юридич. Общества, 1894, кн. 8, стр. 73. Это та-же мысль, что у Іеринга и Пининскаго.

[5]) Тамъ-же, стр. 74.

a) Экономическій владѣлецъ въ то-же время признается и юридическимъ владѣльцемъ, т. е. пользуется защитой. Сюда относятся: собственникъ (дѣйствительный или мнимый), закладопринимательль, прекаристъ, секвестрарій, а также эмфитевта и суперфиціарій, насколько они признавались владѣльцами [1]).

b) Одно лицо — экономическій владѣлецъ, а другое — юридическій. Именно, экономическое владѣніе принадлежитъ арендаторамъ, нанимателямъ, коммодатаріямъ, депозитаріямъ и т. п.; у нихъ владѣльческой защиты нѣтъ; они — простые детенторы. Юридическое владѣніе и поссессорный искъ принадлежатъ тому, отъ кого эти лица получили вещи, кромѣ, конечно, случаевъ *подъ*-найма и т. п. [2]).

c) Оба лица — и экономическій, и юридическій владѣлецъ — пользуются владѣльческой защитой. Такъ это при usus и usus fructus.

Однако это противорѣчило-бы правилу о недопущеніи compossessio plurium in solidum. Во избѣжаніе упрека въ этомъ римскіе юристы начали различать владѣніе *вещью* и владѣніе *правомъ*: имѣющій личный сервитутъ владѣлъ правомъ, а собственникъ — вещью [3]).

Совершенно вѣрной въ этой теоріи мнѣ кажется мысль объ отсутствіи единства въ понятіи владѣнія по римскому праву [4]); тѣ случаи и примѣры владѣнія, которые мы знаемъ изъ источниковъ, нельзя обнять какимъ нибудь однимъ принципомъ; какой принципъ ни взять, всегда окажется непослѣдовательность въ его

---

[1]) Тамъ-же, стр. 77.

[2]) Тамъ-же, стр. 78.

[3]) Тамъ-же, стр. 78, 79. Авторъ замѣчаетъ по этому поводу: «Нельзя сказать, чтобы подобная терминологія могла быть признана удачной съ точки зрѣнія логики и здраваго смысла». И въ самомъ дѣлѣ, здѣсь мы имѣемъ одинъ изъ самыхъ яркихъ примѣровъ того, какъ далеко понятіе владѣнія ушло отъ идеи власти и господства надъ вещью: у меня, въ моемъ хозяйствѣ, вещь находится въ теченіе всей моей жизни безпрерывно, я пользуюсь ею, обрабатываю, извлекаю плоды и т. д., а у собственника въ это время нѣтъ ничего, кромѣ nudum jus dominii, и тѣмъ не менѣе этому самому собственнику законъ приписываетъ владѣніе *вещью*, а я владѣю только *правомъ!*

[4]) *Bekker*, Das Recht des Besitzes, S. 33, 41, 92, 220, 335 ff., 349 ff. 361, 365. Ту же идею поддерживаетъ, какъ сказано, и *Meischeider*. У насъ — *Муромцевъ*, Граждан. право др. Рима, § 226, стр. 565.

проведеніи, всегда окажутся, какъ мы видѣли, случаи и примѣры, которые этому принципу противорѣчатъ и съ нимъ расходятся.

Въ полной силѣ это относится и къ господствующей теоріи владѣнія, какъ фактическаго господства надъ вещью. Я уже указывалъ на отсутствіе фактической власти у собственника, когда онъ отдаетъ свои вещи другимъ лицамъ въ depositum, commodatum и проч. [1]). Беккеръ то же самое видитъ въ правилахъ о сохраненіи или продолженіи владѣнія [2]). Здѣсь оказывается, что во владѣніи не всегда можно видѣть какое либо длящееся состояніе. Владѣніе не рѣдко оказывается суммой извѣстнаго рода правомочій, которыя совершенно такъ, какъ и всѣ другія права, будучи разъ пріобрѣтенными, остаются за даннымъ лицомъ безъ какого либо содѣйствія съ его стороны до тѣхъ поръ, пока не наступитъ какое нибудь обстоятельство, *уничтожающее* эти правомочія [3]). А безъ особаго и спеціальнаго прекращенія этихъ правомочій они продолжаютъ существовать, продолжаютъ принадлежать данному лицу, хотя бы оно и не имѣло фактической власти.

Тутъ особенно характерной оказывается возможность владѣть черезъ другихъ, animo solo [4]). И при этомъ, если это другое лицо умретъ или сойдетъ съ ума, или, наконецъ, отдастъ вещь третьему лицу въ наемъ, то владѣніе остается во всякомъ случаѣ за нами [5]). Мало того, если нашъ рабъ, черезъ котораго

---

[1]) Господствующее ученіе, впрочемъ, въ этихъ случаяхъ не видитъ никакого противорѣчія себѣ, но такимъ образомъ понятіе фактической власти дѣлается совершенно фиктивнымъ. Для того же, чтобы оно было реальнымъ и дѣйствительнымъ понятіемъ, оно должно удовлетворять слѣдующему правилу: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris, l. 3 § 5 D. 41, 2.

[2]) *Bekker*, op. cit., § 24, S. 218 ff. Вообще противъ Беккера *Strohal*, Succession, S. 120—124.

[3]) Ibid., S. 219. Длящееся состояніе видитъ во владѣніи *Strohal*, Succession, S. 51, 119.

[4]) L. 1 § 24 D. 43, 16: sive autem corpore, sive animo possidens. L 32 pr. D. 41, 2: possessionem tamen per eum (pupillum) retinemus. *Bekker*, op. cit., S. 219, 220, 226.

[5]) L. 25 § 1 D. 41, 2: Et per colonos et inquilinos aut servos nostros possidemus; et si moriantur aut furere incipiant aut alii locent, intellegimur nos retinere possessionem. Ср. l. 40 § 1 eod., l. 44 § 2 eod. *Bekker*, op. cit., S. 222, 223.

мы владѣемъ земельнымъ участкомъ, выгонитъ насъ изъ этого земельнаго участка, то наше владѣніе, не смотря на такое полное и рѣшительное прекращеніе нашего господства надъ вещью, все же продолжается: владѣя рабомъ, мы владѣемъ и земельнымъ участкомъ, изъ котораго насъ этотъ самый рабъ выгналъ [1])!

Отсюда мы видимъ, что составные элементы владѣнія, animus и corpus, обладаютъ различными качествами въ зависимости отъ того, идетъ ли рѣчь о пріобрѣтеніи, или же о сохраненіи владѣнія [2]).

Далѣе, приведенные примѣры, по справедливому мнѣнію Беккера, показываютъ всю непримѣнимость стариннаго правила: «владѣлецъ тотъ, *у кого мы ясно видимъ физическое обладаніе вещью*». Это правило, въ виду противорѣчія его фактамъ [3]), постепенно переродилось въ другое положеніе: «владѣлецъ тотъ, *кто однажды сдѣлался таковымъ*» [4]). Такимъ образомъ первоначальное «*кто владѣетъ?*» замѣнено новымъ «*кто долженъ владѣть?*»—По классическому праву, отвѣтомъ на этотъ *послѣдній* вопросъ и рѣшался вопросъ о владѣніи [5]). Въ связи съ этимъ стоятъ exceptiones vitiosae possessionis: кто пріобрѣлъ владѣніе отъ другаго vi, clam или precario, тотъ противъ этого другаго не имѣетъ никакихъ владѣльческихъ преимуществъ [6]): — идея *фактическаго* господства уступаетъ иногда мѣсто идеѣ *юридическаго* господства [7]). А иногда фактическое господство вполнѣ совпадаетъ съ понятіемъ владѣнія въ собственномъ смыслѣ [8])

---

[1]) L. 40 pr. D. 41, 2: Si de eo fundo. quem cum possiderem pignori tibi dedi, servus tuus te deiciat, adhuc te possidere ait, quoniam nihilo minus per ipsum servum possessionem retineas. *Bekker*, op. cit., S. 225.

[2]) *Bekker*, op. cit., S. 231.

[3]) Ibid., S. 231. См. еще l. 12 § 3 D. 7, 1; l. 13 pr., l. 15, l. 3 § 7, 8, l. 6 § 1, l. 18 § 3, l. 25 § 2, l. 46 D. 41, 2. *Strohal*, Succession, S. 54 ff.

[4]) Ibid., S. 230.

[5]) Ibid., S. 233, 234.

[6]) Ibid., S. 233.

[7]) Ibid., § 30, S. 335 ff. Да и защитники идеи фактическаго господства выражаются очень растяжимо. Такъ, *Randa*, Der Besitz, S. 3, подъ *физическимъ* господствомъ понимаетъ лишь *возможность* (слѣдоват., *не* наличность?) фактическаго распоряженія вещью. *Brinz*, Lehrb. der Pand., I, S. 494, во владѣніи видитъ не самое господство, а лишь *условіе* для господства.

[8]) *Bekker*, op. cit., S. 350, 351. Особенно блестяще уничтожается теорія фактическаго господства Штрогалемъ, Succession, S. 52—66.

(см. выше теорію проф. Гримма). Однимъ словомъ, единства принципа нѣтъ [1]).

Съ этимъ обстоятельствомъ, справедливо говоритъ Беккеръ, надо примириться; при изслѣдованіи вопроса о владѣніи это обстоятельство надо постоянно имѣть въ виду; только при такомъ направленіи научнаго изслѣдованія намъ удастся пролить свѣтъ на тѣ многія неясности, которыми загроможденъ этотъ труднѣйшій вопросъ частнаго права [2]).

Къ сожалѣнію, въ этомъ направленіи сдѣлано еще очень мало, а между тѣмъ, насколько я могу судить объ этомъ, это—единственный правильный путь къ истинѣ.

Таковъ тотъ матеріалъ, изъ котораго составляется понятіе владѣнія, и таковы тѣ важнѣйшія теоріи, которыя пытаются дать надлежащее объясненіе этому сложному матеріалу.

---

[1]) Такимъ образомъ правильными оказываются слова Арндса, Lehrb. der Pand., S. 212: иногда тамъ, гдѣ фактическое отношеніе есть, владѣніе не признается, такъ какъ нѣтъ правовыхъ послѣдствій, а иногда наоборотъ: гдѣ фактическаго отношенія нѣтъ, все же признается наличность владѣнія, такъ какъ право даетъ лицу юридическія средства защиты и другія правомочія. См. и *Windscheid*, Lehrb., I, § 148, S 653, § 150, S. 660, Ziff. 2. Противъ изложенной теоріи Беккера высказываются *Randa*, Der Besitz, S. 58 и *Windscheid*, Lehrb., I, § 148, Anm. 11, S. 653. Ранда говоритъ, что ученіе римскихъ юристовъ никогда не производило на него такого впечатлѣнія, что будто бы они исходили не изъ единаго основнаго принципа; естественное различіе мнѣній сказывалось только въ *примѣненіи* принципа къ отдѣльнымъ случаямъ. Однако это субъективное соображеніе не можетъ опровергнуть положительныхъ фактовъ, приводимыхъ Беккеромъ. Далѣе Ранда признаетъ основательность различенія владѣнія, какъ состоянія, и владѣнія, какъ совокупности извѣстныхъ правомочій, но въ этихъ двухъ видахъ владѣнія онъ видитъ лишь причину и слѣдствіе, такъ что противорѣчія между ними нѣтъ. Соглашаясь съ этимъ, я долженъ однако замѣтить, что, въ виду полной неизвѣстности для насъ «*причины*» (possessio), практическое значеніе имѣетъ только «*слѣдствіе*» (jus possessionis). Что касается затѣмъ возраженія Виндшейда, то оно покоится на фикціи. Possessio, говоритъ Виндшейдъ, обозначаетъ всегда фактическое отношеніе, но только это отношеніе иногда дѣйствительно существуетъ, а иногда только лишь считается существующимъ. Но вѣдь это схоластика! Далѣе, впрочемъ, Виндшейдъ вполнѣ признаетъ, что невозможно установить тотъ принципъ, на основаніи котораго римское право видѣло владѣніе тамъ, гдѣ его въ дѣйствительности не было. Но въ этомъ-то и дѣло. Ср. еще *Strohal*, Succession in den Besitz, S. 36 ff., insbes. S. 40, S. 142 ff.

[2]) *Bekker*, op. cit., S. 365, 366.

Изъ всего сказаннаго о владѣніи по римскому праву необходимо особо подчеркнуть два обстоятельства. Первое изъ нихъ, имѣетъ ближайшее отношеніе къ вопросу о traditio по *римскому* праву; значеніе же втораго обнаружилось только въ *новѣйшихъ* законодательствахъ. Первое состоитъ въ томъ, что владѣніе *собственниковъ* и лицъ, присваивающихъ себѣ право исключительнаго обладанія, *не имѣло реальности*: для того чтобы имѣть владѣніе, отнюдь не нужно было держать вещь въ рукахъ (насколько дѣло идетъ о движимостяхъ); можно было владѣть и на очень большомъ разстояніи; можно было владѣть и не лично, а черезъ другихъ; такимъ образомъ владѣніе было явленіемъ ни для кого не замѣтнымъ [1]): *увидѣть* его нельзя было, а чтобъ найти его, надо было положительно *знать*, гдѣ оно находится, да при этомъ нельзя отрицать и немаловажнаго значенія начитанности въ Corpus'ѣ juris civilis. Уже и отсюда видно, что въ требованіи установленія *такого* владѣнія для пріобрѣтенія права собственности было не много стѣснительнаго для оборота. Воочію же мы убѣдимся въ этомъ сейчасъ, при разсмотрѣніи, какъ совершалась apprehensio. Но теперь замѣчу здѣсь же, что собственническое владѣніе (Eigenbesitz, какъ выражается новое нѣмецкое уложеніе) съ теченіемъ времени все болѣе и болѣе утрачивало и тѣ немногія черты реальности, которыя оно имѣло раньше [2]), чѣмъ и благопріятствовало сохраненію системы traditio.

Теперь—второе обстоятельство. Уже въ Римѣ получило начало и другое теченіе въ институтѣ владѣнія: возведеніе отдѣльныхъ категорій детенторовъ *sine* animo domini въ рангъ владѣльцевъ; таковы закладопринимателя, секвестраріи, прекаристы. Въ этой категоріи явленій мы видимъ діаметрально про-

---

[1]) Кромѣ указанныхъ выше, см. еще и *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, I, S. 231, Anm. 1.

[2]) Кромѣ авторовъ, указанныхъ на стр. 32, прим. 2, еще и *Bekker*, Das Recht des Besitzes, S. 234, предполагаетъ, что владѣніе въ древнее время было явленіемъ замѣтнымъ для глазъ и матеріальнымъ. Конечно, въ виду недостатка въ историческихъ свѣдѣніяхъ, трудно доказать это вѣроятное предположеніе. Я же особенно настаиваю на матеріальномъ или реальномъ характерѣ въ древнее время не столько владѣнія, какъ состоянія, сколько—способовъ *пріобрѣтенія* владѣнія.

тивоположное тому, что наблюдается въ собственническомъ владѣніи: зарожденіе и постепенный ростъ владѣнія, именно какъ реальнаго фактическаго господства надъ вещью. Начавшись въ Римѣ, этотъ процессъ, захватывая все больший и больший кругъ детенторовъ, закончился только въ новой Европѣ. Въ русскомъ правѣ оба эти процесса—спиритуализація собственническаго владѣнія и матеріализація владѣнія въ лицѣ детенторовъ—достигли своего конечнаго пункта: понятіе собственническаго владѣнія внѣ условій давности, какъ сплошная и ненужная фикція, отпало совсѣмъ, а владѣніе въ качествѣ *реальнаго* господства получило исключительное признаніе. Результатъ—отсутствіе у насъ системы traditio въ виду невозможности ея примѣненія при такихъ условіяхъ.

Такова зависимость traditio отъ такой или иной постановки владѣнія въ томъ или иномъ законодательствѣ.

Относительно *римскаго* права мы должны сказать, что тамъ институтъ владѣнія ничуть не мѣшалъ системѣ traditio. Въ этомъ мы сейчасъ убѣдимся съ особою наглядностью, когда отъ этихъ общихъ разсужденій о владѣніи вообще перейдемъ къ непосредственно важному для насъ вопросу о *пріобрѣтеніи* владѣнія. Здѣсь мы увидимъ, съ какой громадной эластичностью и готовностью положительный законъ облегчалъ и упрощалъ систему traditio, какъ бы спасая ее отъ сокрушительныхъ и гибельныхъ для нея натисковъ постоянно ищущаго упрощенія оборота. Эта то уступчивость traditio въ связи съ другими причинами,—которыя сами по себѣ были ей чужды, а по дѣйствію оказались ей благопріятными,—и сохранила ее въ Римѣ.

Но объ этомъ ниже, а теперь переходимъ къ подробностямъ вопроса о *пріобрѣтеніи* владѣнія.

Здѣсь въ теченіе долгаго времени образовалось много типическихъ способовъ пріобрѣтенія примѣнительно къ различной обстановкѣ каждой категоріи случаевъ [1]). Съ этими типическими способами, начиная съ физической передачи вещи изъ рукъ въ руки и кончая простымъ соглашеніемъ сторонъ [2]), мы теперь и познакомимся.

---

[1]) *Dernburg*, Pand., I, § 178. *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 95.

[2]) Ср. *Randa*, Der Besitz, S. 405. Онъ лѣстницу ослабленія матеріальной стороны traditio опускаетъ внизъ только до «присутствія» сторонъ при пріобрѣтаемой вещи. Съ требованіемъ присутствія однако не всѣ согласны. См. ниже.

Что физическая, непосредственная передача вещи изъ рукъ въ руки была вполнѣ пригодна для пріобрѣтенія владѣнія, въ этомъ, конечно, никто не сомнѣвался. Вопросъ только въ томъ, какія и когда были возможны *отступленія* отъ такой передачи.

Такъ какъ римское право имѣетъ интересъ (особенно для русской юриспруденціи) историческій, а не догматическій, то мы и разсмотримъ отдѣльные случаи, по возможности, въ порядкѣ ихъ образованія въ Римѣ, при чемъ не будемъ придавать особаго значенія примиренію противорѣчащихъ мѣстъ: необходимое для практическаго примѣненія римскаго права, это примиреніе можетъ помѣшать раскрытію исторической правды, — отдѣльные юристы, жившіе при томъ въ различные вѣка, не могли обо всемъ думать одинаково [1]).

Вотъ съ этой-то точки зрѣнія мы и разсмотримъ теперь отдѣльные способы пріобрѣтенія владѣнія, при чемъ будемъ имѣть въ виду только вещи движимыя.

Итакъ, въ то время, какъ при односторонней оккупаціи юристы I вѣка по Р. Хр. требовали еще реальнаго захвата вещи [2]), нѣкоторые изъ тѣхъ-же юристовъ при traditio довольствовались уже болѣе упрощенными способами пріобрѣтенія: спиритуализація этой стороны владѣнія сдѣлала уже значительные успѣхи.

Такъ, юристъ I в., Лабеонъ, училъ, что если при продажѣ кучи бревенъ продавецъ разрѣшитъ покупщику взять дрова, а этотъ послѣдній поставитъ стражу надъ ними, то уже съ этого момента traditio считается совершившеюся [3]). То-же и при продажѣ вина въ амфорахъ, если всѣ онѣ находятся въ одномъ мѣстѣ. И при этомъ безразлично, самъ-ли пріобрѣтатель будетъ охранять купленное, или-же, по его порученію, кто-либо другой [4]).

---

[1]) Ср. *Bekker*, Das Recht des Besitzes bei den Römern, S. 193, 194, 237. *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, Vorwort, III und S. 71. *М. Я. Пергаментъ*, Договорная неустойка и интересъ въ римскомъ и современномъ гражданскомъ правѣ, стр. 134, прим. 2.

[2]) L. 3 §§ 3, 18 D. 41, 2; l. 15 D. 10, 4. *Fr. Klein*, Sachbesitz und Ersitzung, S. 5. *Dernburg*, Pand., I, § 178, Anm. 1. Это измѣниться не можетъ.

[3]) L. 51 D. 41, 2. *Strohal*, Succession, S. 184.

[4]) Самъ Лабеонъ видитъ здѣсь пріобрѣтеніе владѣнія animo solo: quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo (loc. cit.) и говоритъ далѣе такъ: etiamsi corpore acervus aut amphorae adprehensae

Это-же рѣшеніе принято Яволеномъ, юристомъ II вѣка, и Павломъ въ III в., но они пошли и дальше: для пріобрѣтенія владѣнія на вещи громоздкія и тяжелыя, которыя трудно переносить съ мѣста на мѣсто, совсѣмъ не обязательно тѣлесное, физическое прикосновеніе къ нимъ: достаточно и посмотрѣть на такую вещь, если только стороны выразили соотвѣтственную волю возлѣ самой вещи, — in re praesenti [1]). Здѣсь дѣло обходилось уже и безъ установленія стражи, безъ custodia [2]).

non sunt, nihilo minus traditae videantur. *Savigny*, Das Recht des Besitzes, S. 218. *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 97, Anm. 28. *Randa*, Der Besitz, § 11. S. 417, Anm. 22. *Dernburg*, Pand., I, § 178, Anm. 6. *Fr. Klein*, Sachbesitz und Ersitzung, S. 5. *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, I, S. 277 ff., видитъ здѣсь лишь *начало* пріобрѣтенія владѣнія, которое законъ считаетъ уже законченнымъ, S. 276, 277; — съ установленіемъ стражи хотя и начинается уже приведеніе вещи въ хозяйственную связь съ пріобрѣтателемъ, S. 283, но часть corpus'a остается все еще у отчуждателя, и этой-то части corpus'a недостаетъ пріобрѣтателю, S. 284, 285. Въ этомъ объясненіи Пининскаго *Randa*, op. cit., S. 61, видитъ непослѣдовательность и невѣрность его своимъ-же собственнымъ утвержденіямъ. Но отъ точно такого-же упрека не свободенъ, по моему мнѣнію, и самъ Randa: вѣдь и онъ, говоря о фактическомъ господствѣ, довольствуется одною лишь *возможностью* его. И это понятно: отдѣльные виды пріобрѣтенія владѣнія при traditio образовались подъ вліяніемъ столкновенія двухъ противоположныхъ началъ: стараго матеріализма и новаго спиритуализма. Поэтому ни одинъ принципъ, претендующій на исключительность, не можетъ выдержать критики.

[1]) L. 1 § 21 D. 41, 2: non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu. L. 74 D. 18, 1. *Dernburg*, Pand., I, § 178, Anm. 2. *Fr. Klein*, Sachbesitz und Ersitzung, S. 13, 14. *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, § 48, S. 231. *Strohal*, Succession, S. 182—184. *Pininski*, op. cit., I, S. 268, видитъ здѣсь «den unkörperlichen Besitzerwerb», «die unkörperliche Tradition». Здѣсь, по его мнѣнію, S. 269, хозяйственная связь между лицомъ и вещью не возникаетъ, но законъ признаетъ наличность и traditio, и владѣнія. Существенно *присутствіе* обѣихъ сторонъ при вещи и ихъ взаимная воля о переходѣ владѣнія, S. 273. За необходимость присутствія сторонъ въ этомъ и подобныхъ случаяхъ *Savigny*, Das Recht des Besitzes, § 16, S. 216 ff.

[2]) Это относится только къ такимъ вещамъ, которыя передать въ буквальномъ смыслѣ нельзя и которыя могутъ оставаться гдѣ угодно, хоть и на площади, напр., тяжелыя колонны: принятія особыхъ мѣръ къ охранѣ обычаи оборота не требуютъ. Только при такихъ условіяхъ достаточно одного договора для пріобрѣтенія владѣнія, *Pininski*, op. cit., I, S. 300 ff., S. 305.

Далѣе установился такой взглядъ, что если ужъ и требуется реальное овладѣніе вещью, то во всякомъ случаѣ не считалось необходимымъ, чтобы это было сдѣлано непремѣнно лично самимъ пріобрѣтателемъ.

Возьмемъ, напр., такой случай: кто-нибудь предлагаетъ подарокъ мужу, а этотъ приказываетъ передать вещь его женѣ. Юліанъ, также юристъ II вѣка, рѣшилъ, что передача женѣ равносильна передачѣ мужу: perinde enim habendum, atque si ego acceptam et rem meam factam uxori meae dedissem [1]).

Подобный-же случай и въ такомъ-же смыслѣ былъ разрѣшенъ гораздо позже и юристомъ Павломъ [2]). У него формулировка казуса еще шире: вмѣсто пріобрѣтателя, вещь можетъ быть, по его приказанію, передана и его прокуратору, и вообще кому-бы то ни было, а не только лицу подвластному. Но за то Павелъ требуетъ наличности вещи при заключеніи договора, тогда какъ Юліанъ этого условія не выставлялъ.

Но и въ тѣхъ случаяхъ, когда владѣніе пріобрѣталось самимъ акцептантомъ, все-же не было необходимости въ его *личномъ* и непосредственномъ участіи въ актѣ пріобрѣтенія *отъ начала до самаго конца.* Достаточно было, напр., если я, пріобрѣтая какую-нибудь вещь, прикажу продавцу положить эту вещь въ моемъ домѣ. Мое присутствіе *при исполненіи* этого приказанія не требовалось: владѣніе пріобрѣтается, говоритъ знаменитый Цельзъ, хотя-бы никто не прикоснулся къ вещи [3]).

---

[1]) L. 3 § 13 D. 24, 1.

[2]) L. 1 § 21 D. 41, 2: Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam Priscus ait, idemque esse, si nummos debitorem jusserim alii dare; non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu. *Savigny*, Das Recht des Besitzes, § 16, S. 217. *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, § 48, S. 232. *Fr. Klein*, Sachbesitz und Ersitzung, S. 19. *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, I, S. 270–273. Этотъ авторъ также настаиваетъ на необходимости praesentia rei.

[3]) L. 18 § 2 D. 41, 2: Si venditorem quod emerim deponere in mea domo jusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit. Такъ и Ульпіанъ, l. 9 § 3 D. 23, 3: quid enim interest, inferantur volente eo in domum ejus, an ei tradantur? *Savigny*, Das Recht des Besitzes, § 17, S. 226 ff. *Dernburg*, Pand., I, § 178, Anm. 6. *Windscheid*, Lehrb., I, § 153,

По поводу этого рѣшенія въ литературѣ возбуждено два вопроса. Во 1-хъ, въ какой именно моментъ пріобрѣтается здѣсь владѣніе? Цельзъ этого не опредѣляетъ. Экснеръ полагаетъ, что, кромѣ дѣйствительнаго помѣщенія вещи въ домѣ, нужно еще, чтобы пріобрѣтатель получилъ свѣдѣніе объ этомъ: только тогда будутъ на лицо оба существенные элемента владѣнія, corpus и animus [1]). Мнѣ кажется болѣе правильнымъ мнѣніе Пининскаго: *вообще* для пріобрѣтенія владѣнія не достаточно, чтобы вещь поступила въ извѣстное положеніе относительно кого-либо [2]); *въ данномъ-же случаѣ* особаго полученія свѣдѣній пріобрѣтателемъ не нужно, достаточно помѣщенія вещи въ домѣ [3]). И въ самомъ дѣлѣ, воля пріобрѣтателя выражена уже раньше, въ моментъ отдачи приказанія, а совпаденіе ея по времени съ установленіемъ corpus'а не требуется [4]). Апплетонъ идетъ еще дальше: владѣніе пріобрѣтается уже въ тотъ моментъ, когда отдается приказаніе положить вещь въ домѣ; ждать исполненія этого приказанія не нужно [5]). Однако это означало-бы полную отмѣну traditio и установленіе на ея мѣсто системы соглашенія, чего въ Римѣ не было.

Затѣмъ, во 2-хъ, спрашивается, что собственно надо понимать подъ «домомъ» пріобрѣтателя? Прежде всего Савиньи полагаетъ, что домъ можетъ быть и чужой для пріобрѣтателя, лишь-бы этотъ послѣдній имѣлъ власть надъ нимъ, напр., жилъ въ немъ [6]). И Экснеръ считаетъ правильнымъ слово «домъ» понимать въ

Anm. 6. *Randa*, Der Besitz, § 11, S. 418, 419. *Fr. Klein*, Sachbesitz und Ersitzung, S. 18. *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 102—104, 107—109. *Bekker*, Das Recht des Besitzes, S. 184 ff. *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, § 48, S. 233, 234. *Vermond*, Théorie générale de la possession en droit romain, n. 19.

[1]) *Exner*, op. cit., S. 92, Anm. 14. Онъ ссылается на l. 1 § 3 D. 41, 2: безумные, малолѣтніе, спящіе не могутъ пріобрѣсти владѣнія, quia affectionem tenendi non habent.

[2]) *Pininski*, op. cit., I, S. 263.

[3]) Ibid., S. 254 ff. Это вытекаетъ и изъ цитированной выше l. 9 § 3 D. 23, 3.

[4]) *Randa*, Der Besitz, § 11, S. 402.

[5]) *Appleton*, De la possession et des actions possessoires, § 92.

[6]) *Savigny*, Das Recht des Besitzes, § 17, S. 227.

широкомъ смыслѣ [1]). Очень широко примѣняетъ эту мысль Іерингъ: вещь можетъ быть положена не только въ домѣ, но также въ саду, во дворѣ и даже въ полѣ пріобрѣтателя [2]). Такого-же мнѣнія и Пининскій [3]). Я согласенъ, что слово «домъ» не слѣдуетъ понимать буквально: scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem [4]); я согласенъ далѣе, что подъ это понятіе могутъ подойти и дворъ, и садъ пріобрѣтателя, но подводить сюда и поле логически не правильно: слово «домъ» такого значенія имѣть не можетъ, а позитивный законъ также не даетъ для этого основанія. Іерингъ и Пининскій въ своемъ мнѣніи исходятъ изъ принятыхъ ими общихъ принциповъ, и съ этой стороны ихъ мнѣніе послѣдовательно, но дѣло въ томъ, что самые эти принципы ихъ не правильны, а съ разрушеніемъ фундамента падаетъ и то, что на немъ построено.

Далѣе, въ томъ-же II в. юристъ Яволенъ считалъ достаточнымъ, чтобы отчуждатель положилъ отчуждаемую имъ вещь не только въ домѣ пріобрѣтателя, но и вообще *на виду* у него, пріобрѣтателя (in conspectu meo) [5]).

При этомъ Савиньи, Экснеръ, Ранда и Пининскій правильно требуютъ присутствія сторонъ при вещи [6]). И при этомъ Ранда и Экснеръ считаютъ необходимымъ такое положеніе дѣла, чтобы ничто не мѣшало въ любой моментъ овладѣть вещью: —

---

[1]) *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 104, Anm. 41.

[2]) *Ihering*, Ueber den Grund des Besitzesschutzes, S. 195.

[3]) *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, I, S. 246, 247. Этимъ Пининскій пользуется, чтобъ еще одинъ разъ подчеркнуть, что пріобрѣтеніе владѣнія совсѣмъ не состоитъ въ установленіи фактическаго господства надъ вещью.

[4]) L. 17 D. 1, 3, Celsus.

[5]) L. 79 D. 46, 3: Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem si in conspectu meo ponere te jubeam, efficitur, ut et tu statim libereris, et mea esse incipiat; nam tum, quod a nullo corporaliter ejus rei possessio detinetur, adquisita mihi et quodammodo manu longa tradita existimanda est. *Windscheid*, Lehrb., I, § 153, Anm. 5, S. 668. *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, § 48, S. 231, 232.

[6]) *Savigny*, Das Recht des Besitzes, § 16, S. 216, 217. *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 96, 97. *Randa*, Der Besitz, § 11, S. 411, 412. *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, I, S. 270—273.

только при этомъ условіи, говоритъ второй изъ нихъ, corpus et tactus не нужны, и достаточно пріобрѣтенія oculis et affectu.

По этому поводу нельзя не замѣтить слѣдующаго.

Въ разобранномъ казусѣ отчуждатель исполнилъ все, къ чему онъ былъ обязанъ, и сдѣлалъ пріобрѣтеніе владѣнія, въ смыслѣ фактическаго господства надъ вещью, вполнѣ возможнымъ, но пріобрѣтатель пока еще не воспользовался ни своимъ правомъ, ни этой возможностью. Такимъ образомъ здѣсь дѣло идетъ не о пріобрѣтеніи *реальнаго господства* надъ вещью, а лишь объ установленіи *возможности* такого пріобрѣтенія, а между тѣмъ *владѣніе*, possessio, несомнѣнно пріобрѣтается. Слѣдовательно, владѣніе и реальное господство — понятія различныя.

Такимъ образомъ здѣсь оправдываются приведенныя мною выше слова Бринца, что владѣніе есть только *условіе* для господства, но не самое господство.

Это-же самое относится и къ пріобрѣтенію владѣнія посредствомъ передачи ключей отъ того помѣщенія, въ которомъ находятся пріобрѣтаемыя вещи, — напр., отъ погреба, въ которомъ хранятся боченки съ виномъ

Здѣсь только возбуждаетъ безконечные споры вопросъ о томъ, необходимо-ли передать ключи *возлѣ* даннаго помѣщенія, или-же это можно сдѣлать и вдали отъ него.

Такъ, юристъ Гай ничего не знаетъ объ этомъ требованіи [1]). Это — II вѣкъ. И въ III в. Павелъ также ничего не говоритъ о praesentia rei [2]). Между тѣмъ его современникъ, Папиніанъ, требуетъ, чтобъ ключи были переданы непремѣнно apud horrea [3]). А Юстиніанъ въ своихъ Институціяхъ опять умалчиваетъ объ этомъ реквизитѣ [4]).

---

[1]) L. 9 § 6 D. 41, 1: Item si quis merces in horreo repositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.

[2]) L. 1 § 21 D. 41, 2: et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerint.

[3]) L. 74 D. 18, 1: Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint; quo facto confestim emptor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea.

[4]) § 45 J. 2, 1: Item si quis merces in horreo depositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem. Хотя здѣсь, какъ и въ цитированной выше l. 9, говорится о

Такой законодательный матеріалъ вызвалъ рѣзкое раздѣленіе мнѣній и въ юридической литературѣ.

Такъ, юристъ XVII и начала XVIII в. Ioh. Voet, поддерживалъ мнѣніе Папиньяна [1]). Затѣмъ ученые XVIII в. были противъ необходимости praesentia rei [2]). Въ XIX в. Савиньи выступаетъ на защиту болѣе строгаго мнѣнія Папиньяна [3]). Въ такомъ-же смыслѣ рѣшаетъ вопросъ Экснеръ [4]) и многіе французскіе юристы [5]). Въ Германіи-же Дернбургъ и Бирманъ — противъ необходимости praesentia rei [6]). Есть и среднія мнѣнія: Пининскій считаетъ неуклонное требованіе praesentia rei педантичнымъ; важно лишь то, чтобы отчуждатель могъ перестать заботиться о вещи, а пріобрѣтатель получилъ возможность распоряжаться ею [7]). Такого-же мнѣнія и Ранда, видящій здѣсь вопросъ факта [8]). А Салейль полагаетъ, что рѣшеніе вопроса мѣнялось съ теченіемъ времени, но *въ концѣ концовъ* въ Римѣ перестали требовать praesentia rei [9]).

По поводу этихъ вопросовъ не безынтересно привести еще и мнѣніе Колера.

переходѣ только права собственности, а не владѣнія, но, въ виду общихъ правилъ о пріобрѣтеніи права собственности по римскому праву, пріобрѣтеніе владѣнія здѣсь разумѣется само собою.

[1]) *Johannis Voet*, Commentarius ad Pandectas, Tom. I. 1778, lib. XII, Tit. I, n. 5.

[2]) *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 158.

[3]) *Savigny*, Das Recht des Besitzes, S. 223 ff.

[4]) *Exner*, op. cit., S. 99—102.

[5]) *Wodon*, Traité théorique et pratique de la possession, t. I, 2 éd., 1877, n. 197. *Molitor*, La possession, 2 éd., n. 29. *Vermond*, Théorie générale de la possession en droit romain, n. 21. *Appleton*, De la possession et des actions possessoires, § 91.

[6]) *Dernburg*, Pand., I, § 178, Anm. 8. *Riermann*, Traditio ficta, S. 398.

[7]) *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, I, § 15, S. 285 ff.

[8]) *Randa*, Der Besitz, § 11, S. 420.

[9]) *Saleilles*, Étude sur les éléments constitutifs de la possession, n. 37—39. См. еще по этому вопросу: *Fr. Klein*, Sachbesitz und Ersitzung, S. 14, 15, 20. Оба эти автора видятъ здѣсь пріобрѣтеніе владѣнія animo solo. *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, § 51, S. 250 ff., § 48, S. 235, Anm. 3. *Strohal*, Succession in den Besitz, S. 88 ff., 183. *Ihering*, Ueber den Grund des Besitzesschutzes,

Онъ, исходя изъ понятія владѣнія, какъ фактическаго господства, которое можетъ быть пріобрѣтено только дѣйствительно, реально и отнюдь не посредствомъ замѣняющихъ его знаковъ, — совершенно справедливо говоритъ слѣдующее. Кто въ Берлинѣ передаетъ ключи отъ дома на Дунаѣ, тотъ не передаетъ владѣнія; думать иначе значило бы думать нѣчто непонятное. Но представлять себѣ дѣло такъ, что передача ключей производитъ *то же самое слѣдствіе*, что и передача дома (т. е. переходъ права собственности), было бы вполнѣ разумно. Поэтому символическая traditio совсѣмъ не есть передача *владѣнія*; это—форма, имѣющая то же самое вещное дѣйствіе, что и передача владѣнія[1]).

Это однако не совсѣмъ точно для *римскаго* права: тамъ владѣніе не было *реальнымъ*, фактическимъ господствомъ надъ вещью, если имѣть въ виду времена Гая и Папиньяна. Пріобрѣтенія реальной власти нѣтъ не только при передачѣ ключей въ отдаленіи отъ пріобрѣтаемой вещи, какъ это предполагается въ примѣрѣ Колера, но даже и при условіи ближайшей praesentia rei, какъ на это совершенно правильно указываетъ Гольдшмидтъ: вѣдь у традента можетъ быть *нѣсколько* одинаковыхъ ключей[2])!

Отсюда необходимо заключить, что въ данной категоріи случаевъ владѣніе является ничѣмъ инымъ, какъ совокупностью извѣстнаго рода правомочій. Здѣсь на первый планъ выступаетъ *правовая* природа владѣнія, а древній матеріализмъ въ ослабленной степени сказывается лишь въ необходимости внѣшнихъ знаковъ, внѣшней обрядности для пріобрѣтенія этихъ особыхъ правомочій, называвшихся владѣніемъ.

Но идемъ дальше. Мы уже видѣли, что еще въ I в. при покупкѣ бревенъ или вообще строеваго лѣса передача ихъ по-

---

S. 207—209. Іерингъ въ требованіи praesentia rei видитъ отголоски первобытнаго матеріализма въ понятіи владѣнія. *Marinier*, Étude sur la possession et les actions possessoires въ Revue critique de législation et de jurisprudence, t. 14, Paris, 1859, n. 28, p. 356. *Saleilles*, op. cit., n. 38—41: владѣніе пріобрѣтается *безъ* матеріальной apprehensio.

[1]) Annalen der Grossherzoglichen Badischen Gerichte, Bd. 40, S. 237, 238.

[2]) *Goldschmidt*, Studien zum Besitzrecht, Berlin, 1888, S. 15, Anm. 43.

купщику замѣнялась установленіемъ стражи надъ ними. Позже юристъ Павелъ еще больше ослабилъ фактическую власть пріобрѣтателя, признавши, что для пріобрѣтенія владѣнія достаточно наложить лишь свои мѣтки на купленныя бревна: videri autem trabes traditas, quas emptor signasset[1]). Впрочемъ, Ульпіанъ высказываетъ обратное мнѣніе: мѣтка кладется не для замѣны traditio, а *по большей части* для того, чтобы избѣжать смѣшенія купленныхъ предметовъ съ другими подобными[2]). Но это противорѣчіе лишь кажущееся: изъ приводимаго Ульпіаномъ мотива его рѣшенія видно, что надо различать обстоятельства каждаго даннаго казуса, такъ что если стороны имѣютъ въ виду только предупредить замѣну одного предмета другимъ, то въ наложеніи мѣтки дѣйствительно нѣтъ traditio; если же имѣется въ виду пріобрѣтеніе владѣнія, то наложеніе мѣтки вполнѣ пригодно и для этой цѣли[3]).

Таковы тѣ важнѣйшія спиритуалистическія облегченія traditio, которыя выработались въ теченіе классическаго періода сравнительно съ реальной передачей *вещи* въ древнѣйшій періодъ римскаго права. Но и при такомъ положеніи дѣла все же traditio далеко не рѣдко оказывалась затруднительной для сторонъ въ виду необходимости совершать каждое пріобрѣтеніе *лично*, а не черезъ другихъ.

Представимъ себѣ, что одинъ изъ контрагентовъ или бо-

---

[1]) L. 15 (14) § 1 D. 18, 6.

[2]) L. 51 § 2 D. 18, 6: Si dolium signatum sit ab emptore, Trebatius ait traditum id videri, Labeo contra, quod et verum est; magis enim ne summutetur signari solere, quam ut traditum videatur.

[3]) Такого мнѣнія держатся *Dernburg*, Pand., I, § 178, Anm. 7, *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, I, S. 293—299. *Saleilles*, Étude sur les éléments constitutifs de la possession, n. 43, а вообще n. 42—45. Вообще по этому вопросу см. *Savigny*, Das Recht des Besitzes, § 16, S. 219, *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 96, Anm. 23, S. 155, 156, 171, *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, § 53, S. 255 ff., *Randa*, Der Besitz, § 11, S. 415—417, *Strohal*, Succession in den Besitz, S. 91 f., *Goldschmidt*, Studien zum Besitzrecht, S. 15, Anm. 43. Изъ нихъ Экснеръ въ наложеніи мѣтки видитъ не corpus, а выраженіе владѣльческой воли и предполагаетъ apprehensio уже совершившеюся раньше. Салейль полагаетъ, что здѣсь дѣло обходится безъ матеріальной apprehensio.

ленъ, или занятъ другими дѣлами, или находится въ отсутствіи, и вотъ сдѣлка совершенно не возможна.

Личное установленіе каждымъ своихъ правоотношеній есть одна изъ характернѣйшихъ чертъ римскаго гражданскаго права: ut unusquisque sibi adquirat, quod sua interest[1]). Эта идея до того прочно коренилась въ римскомъ правосознаніи, что даже и въ правѣ Юстиніана не дошли еще до признанія свободнаго представительства въ пріобрѣтеніи *правъ*[2]).

Только совершенно спеціальныя постановленія смягчали отчасти суровость этого правила. Такъ, допускалось *законное* представительство для малолѣтнихъ, умалишенныхъ, муниципій

---

[1]) L. 38 § 17 D. 45, 1. Это прекрасно очерчено Дернбургомъ въ его Пандектахъ, т. I, § 80.—*Die Selbsterschaffung des Rechtes der Betheiligten* durch ihren *Willen* war das Ideal der Römer. И вотъ примѣры. Домъ моего сосѣда угрожаетъ мнѣ обваломъ; но мой сосѣдъ не обязанъ изъ-за этого ремонтировать свой домъ и, въ случаѣ дѣйствительнаго обвала, не обязанъ возмѣщать понесенные мною убытки. За то я имѣю право до обвала потребовать, чтобы мой сосѣдъ самъ обязался посредствомъ стипуляціи къ возмѣщенію могущихъ случиться убытковъ—cautio damni infecti. Отказъ его дать такое обязательство влекъ невыгодныя для него послѣдствія, но за то если онъ по стипуляціи отвѣчалъ въ концѣ концовъ за убытки, то эта отвѣтственность вытекала изъ лично имъ самимъ принятаго обязательства. Второй примѣръ: для вступленія въ бракъ требовалось разрѣшеніе родителей, и отецъ не имѣлъ права отказать въ этомъ безъ достаточныхъ основаній. Но если это тѣмъ не менѣе случалось? Тогда *принуждали* отца дать нужное согласіе, и выходило такъ, что дѣти вступали въ бракъ *всегда по волѣ родителей!* Та же идея и въ процессѣ: многіе важнѣйшіе акты процесса совершались на основаніи *договора сторонъ.* Поэтому, между прочимъ, въ древнѣйшее время процессъ совсѣмъ не былъ возможенъ, если къ магистрату не являлись обѣ стороны одновременно для заключенія нужнаго договора. См. и *Windscheid*, Lehrb., I, § 73, Anm. 4. *Боголѣповъ*, Учебникъ ист. рим. пр., § 277, стр. 493.

[2]) *Gajus*, Inst., II, 95: Ex his apparet, per liberos homines, quos neque juri nostro subjectos habemus, neque bona fide possidemus, item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habemus, neque justam possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse. Et hoc est, quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse. *Paulus*, Rec. Sent., V, 2, 2: Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest. § 5 J. 2, 9—почти дословно воспроизводятся цитированныя слова Гая. L. 11 § 6 D. 13, 7: Per liberam autem personam pignoris obligatio

и т. п.[1]) Затѣмъ, все *пріобрѣтенное* рабами и вообще подвластными лицами поступало въ имущество домовладыки ipso jure, при чемъ однако *обязанности* на послѣдняго не переходили[2]). Наконецъ, все совершенное, въ предѣлахъ извѣстныхъ обязанностей, капитаномъ судна (magister navis) или прикащикомъ

---

nobis non adquiritur. L. 126 § 2 D. 45, 1: per liberam personam.... obligationem nullam adquirere possumus. L. 38 § 17 D. 45, 1: Alteri stipulari nemo potest... L. 73 § 4 D. 50, 17: Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest. L. 11 D. 44, 7: Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt, et ideo neque stipulari, neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus. См. еще l. 43 § 1 D. 23, 3; l. 3 pr. D. 43, 24. *Dernburg*, Pand., I, § 118. *Windscheid*, Lehrb., I, § 73, S. 295—297. *Keller*, Pand., § 61. *Mitteis*, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechtes, Wien, 1885, § 4, S. 32 ff. *Vermond*, Théorie générale de la possession, n. 48, 51, 52. О представительствѣ см. еще *Schlossmann*, Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Rechte, Leipzig, 1881. *Ihering*, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte въ Jahrbücher für die Dogmatik, Bd. I, Heft 3, 1856, S. 273 ff. *Savigny*, Obligationenrecht, Bd. II, 1853, § 54 ff. Его же System des heutigen römischen Rechts, Bd. III, 1840, § 113. *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, II, § 10, S. 212 ff. *Harburger*, Das constitutum possessorium im römischen und heutigen Rechte, Erlangen, 1881, § 4, S. 12 ff. У насъ *Богольповъ*, Учебникъ ист. рим. права, § 277, стр. 493—496, § 278, стр. 496, 497. *Казанцевъ*, Ученіе о представительствѣ въ гражданскомъ правѣ, 1879.

Mitteis, op. cit., видитъ причину недопущенія въ Римѣ свободнаго представительства, во 1-хъ, въ особенностяхъ формализма цивильныхъ сдѣлокъ, S. 13 ff., и во 2-хъ—во введеніи actiones institoria и exercitoria, S. 23 ff. Другія объясненія см. тамъ же, S. 9 ff.

[1]) *Dernburg*, Pand., I, § 119, Ziff. 3, Buchstabe c). *Богольповъ*, Учебникъ ист. рим. права, стр. 494.

[2]) *Dernburg*, Pand., I, § 118. *Windscheid*, Lehrb., I, § 73, S. 298. *Vermond*, Théorie générale de la possession, n. 49, 50. *Богольповъ*, Учебникъ ист. рим. права, § 277, стр. 494. Это не было представительствомъ въ точномъ смыслѣ: пріобрѣтеніе переходило на домовладыку помимо воли подвластнаго и безъ воли и сознанія домовладыки. L. 38 § 17 D. 45, 1: Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur. L. 126 § 2 D. 45, 1: per liberam personam, quae neque juri nostro subjecta est, neque bona fide nobis servit, obligationem nullam adquirere possumus.

надъ какимъ нибудь промышленнымъ предпріятіемъ (institor), или лицомъ, получившимъ пекулій, — переходило не только въ активной, но и въ пассивной части на собственника судна (exercitor navis), на предпринимателя, на лицо, давшее имущество въ пекулій[1]).

Во всѣхъ же остальныхъ случаяхъ приходилось прибѣгать къ *посредственному* представительству: мандатарій совершалъ сдѣлку *на свое имя*, а затѣмъ уже по *второй* сдѣлкѣ передавалъ все пріобрѣтенное, весь активъ и пассивъ, своему довѣрителю[2]).

Такъ это было, повторяю, относительно пріобрѣтенія *правъ*.

Совсѣмъ иначе былъ рѣшенъ вопросъ о пріобрѣтеніи *владѣнія* чрезъ посредство свободныхъ лицъ. Вначалѣ и здѣсь имѣли мѣсто нѣкоторыя ограниченія[3]), но за то уже въ классическій періодъ было постепенно[4]) допущено вполнѣ свободное представительство: сначала чрезъ посредство такъ называемыхъ прокураторовъ[5]), а затѣмъ, въ виду неустойчивости понятія прокуратора[6]),—и чрезъ посредство любаго свободнаго лица[7]).

---

[1]) L. 1 pr. D. 14, 1; l. 1 D. 14, 3; § 4, 5 J. 4, 7. Характерно начало перваго фрагмента изъ указанныхъ здѣсь: Utilitatem hujus edicti patere nemo est qui ignoret. *Dernburg*, Pand., I, § 118, Ziff. 2, Bd. II, § 13. *Windscheid*,, Lehrb., Bd. I, § 73, S. 298, Bd. II, § 482, S. 1036 ff., § 484, S. 1049 ff. *Keller*, Pand., §§ 238, 239. *Боголѣповъ*, Учебникъ ист. рим. права, стр. 494—496.

[2]) *Dernburg*, Pand., I, § 117, Ziff. 2. *Windscheid*, Lehrb., I, § 73, S. 297.

[3]) Это видно изъ сопоставленія l. 41 D. 41, 3 и l. 1 C. 7, 32: въ первомъ фрегментѣ изъ Нерація слышны еще отголоски прежнихъ ограниченій: quamvis per procuratorem possessionem apisci nos *jam fere conveniat.* Между тѣмъ позже императоры Северъ и Антонинъ выражаются уже рѣшительно и опредѣленно: Per liberam personam ignoranti quoque adquiri possessionem.... tam ratione utilitatis, quam juris pridem receptum est. *Windscheid*, Lehrb., I, § 73, Anm. 11, S. 298.

[4]) Исторію этого процесса см. у Пининскаго, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, II, S. 225, Anm. 1.

[5]) *Dernburg*, Pand., I, § 119. Ср. *Schlossmann*, Der Besitzerwerb durch Dritte, §§ 10, 11, insbes. S. 103: прокураторъ — Mann für Alles. Противъ Шлоссмана *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, II, S. 216 ff., S. 220.

[6]) *Dernburg*, Pand., I, § 180, Ziff. 2.

[7]) *Paulus*, Sent., V, 2, 1: Possessionem adquirimus animo et corpore: animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. L. 53 D. 41, 1: Ea, quae

Таково *господствующее* ученіе о представительствѣ по римскому праву Есть и отступающія мнѣнія Савиньи[1]) и Шлоссмана[2]), но они не нашли общаго признанія.

---

civiliter adquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti *stipulationem*; quod *naturaliter* adquiritur, sicuti est *possessio*, per quemblibet, volentibus nobis possidere, adquirimus. См. также l. 1 C. 4, 27; l. 1 C. 7, 32 cit; l. 20 § 2 D. 41, 1; l. 11 § 6 D. 13. 7. *Dernburg*, loc. cit. *Windscheid*, Lehrb., I, § 73, Anm. 11, не видитъ въ этомъ противорѣчія принципу личнаго пріобрѣтенія правъ, такъ какъ при пріобрѣтеніи владѣнія имѣетъ мѣсто представительство не въ волеизъявленіи, а въ фактѣ, in dem factischen Haben der Sache.

[1]) Савиньи, Obligationenrecht, II, § 54 ff., на основаніи цитированной выше l. 53 D. 41, 1, полагаетъ, что свободное представительство было допущено въ Римѣ для *всѣхъ неформальныхъ* сдѣлокъ, и только при сдѣлкахъ *формальныхъ* оно считалось невозможнымъ. Однако *Дернбургъ*, Pand., I, § 118, Anm. 12, и *Виндшейдъ*, Lehrb., I, § 73, Anm. 14, утверждаютъ, что въ указанномъ фрагментѣ противоположеніе дѣлается не между сдѣлками формальными и неформальными,—не между jus civile и jus naturale,—а между пріобрѣтеніемъ *права* и установленіемъ *факта*. То же и *Keller*, Pand., § 61, Anm. 8.

[2]) *Schlossmann*, Der Besitzerwerb durch Dritte, различаетъ *пріобрѣтеніе* правъ черезъ посредство другаго лица, съ одной стороны, и всякія другія юридическія дѣйствія: принятіе обязанностей, отреченіе отъ правъ, сохраненіе правъ, веденіе процесса и т. п., съ другой стороны, S. 47, 48, 76; въ виду этого онъ говоритъ: неправильно утверждаютъ, что римское право *принципіально* отвергало свободное представительство; отвергалась возможность только *пріобрѣтенія* правъ; объ этомъ только и говорятъ источники, S. 43 ff., S. 78. Почему же пріобрѣтеніе правъ чрезъ свободныхъ лицъ не допускалось? — Во избѣжаніе эксплоатаціи бѣдныхъ богатыми: Der Unterdrücker will aus dem Freien ein «Erwerbsinstrument» machen; das Recht sagt: per liberam personam adquiri non potest, S. 71. Невозможность пріобрѣтенія чрезъ свободныхъ лицъ распространялась и на *владѣніе*, S. 79 ff., S. 142, 143. Исключеніе, какъ и относительно пріобрѣтенія правъ, было сдѣлано только для прокураторовъ, S. 86, 87. Понятіе прокуратора—§§ 10, 11, S. 89 ff. «Mann für Alles», S. 103. Отсюда оставалось сдѣлать одинъ только шагъ до признанія свободнаго предетавительства, но прекращеніе въ III в. творческой дѣятельности римской юриспруденціи помѣшало этому, S. 157.

Противъ объясненія разбираемой особенности римскаго права соціально-политическими соображеніями возстаетъ *Mitteis*, Die Lehre von der Stellvertretung, S. 11: не можетъ быть, чтобъ народъ въ періодъ образованія обычнаго права руководствовался столь глубокими теоретическими и политическими цѣлями; также трудно приписать эти идеи и классическимъ

Послѣ этихъ общихъ замѣчаній, мы теперь, въ виду осо-

юристамъ. Оставляя разбираемый вопросъ о представительствѣ пока въ сторонѣ, я хочу принципіально и вообще сказать, что это мнѣніе Миттейса мнѣ кажется неправильнымъ: не нужно только представлять себѣ дѣло такъ, какъ будто бы данный народъ въ одинъ прекрасный моментъ, еще на зарѣ своей исторіи, *вдругъ* создаетъ себѣ опредѣленную, всесторонне и стройно обдуманную цѣль или даже цѣлую систему и затѣмъ, въ теченіе многихъ вѣковъ, неуклонно стремится къ достиженію этой цѣли. Конечно, такое явленіе совершенно неправдоподобно и не возможно. Дѣло происходитъ иначе. Право создается постепенно подъ давленіемъ ближайшихъ причинъ, мелкихъ факторовъ и въ виду такихъ же ближайшихъ и частичныхъ цѣлей. Сознанія же той *общей* идеи, того, подчасъ очень глубокаго и первобытному уму совершенно недоступнаго, принципа, который постоянно осуществляется въ развитіи даннаго юридическаго института, — этого сознанія у лицъ, вносящихъ *всего лишь по одной лептѣ* въ *общее и великое дѣло* созданія права, совершенно естественно и не бываетъ, особенно въ первобытныя времена. Это уже дѣло ученыхъ юристовъ прослѣдить и изслѣдовать каждое юридическое явленіе и уловить ту идею, которой оно проникнуто, которой оно создано, и которой оно живетъ:—сознаніе и уразумѣніе идеи слѣдуетъ *послѣ* ея осуществленія. Другое дѣло въ наше время: теперь мы въ состояніи и напередъ ставить себѣ совершенно сознательно опредѣленныя цѣли, да и то жизнь можетъ мѣнять наши планы иногда очень существенно, такъ какъ нельзя же предвидѣть всѣхъ тѣхъ обстоятельствъ, которыя встрѣтятся на пути къ поставленной цѣли: созданіе права есть дѣло многихъ вѣковъ, а не одного поколѣнія. Но и съ такими ограниченіями нельзя того же самаго сказать о римскихъ юристахъ: какъ ни прославили они себя геніальной способностью проникать въ *детали* каждаго мелкаго вопроса, все же они были слабѣе насъ въ пониманіи и объясненіи общихъ идей и основныхъ принциповъ права.

Если же мы теперь опять возвратимся къ причинамъ ограниченія представительства въ Римѣ, то я готовъ вполнѣ согласиться съ Миттейсомъ, что причины эти лежали *не тамъ*, гдѣ ихъ ищетъ Шлоссманъ. Такъ, Дернбургъ, Pand., I, § 118, совершенно правильно выставляетъ противъ Шлоссмана тотъ фактъ, что римляне вполнѣ допускали и признавали оказываніе различнаго рода *услугъ* — ministerium—при заключеніи сдѣлокъ, а также—исполненіе всякаго рода обязанностей посыльнаго и т. п., что́ носитъ гораздо въ большей степени рабскій характеръ, чѣмъ роль свободнаго представителя. Затѣмъ, прибавлю я, и вся постановка владѣнія въ римскомъ правѣ говоритъ также противъ Шлоссмана: какая это защита свободы однихъ противъ другихъ, когда вся масса арендаторовъ, коммодатаріевъ, депозитаріевъ и т. д. была беззащитна противъ произвола собственниковъ? *Iherinq*,

бой важности для насъ ученія о представительствѣ[1]), перейдемъ къ нѣкоторымъ деталямъ его.

Именно, надо указать на тѣ условія, которыя сопровождаютъ пріобрѣтеніе владѣнія чрезъ представителя[2]).

И вотъ, во 1-хъ, представитель долженъ совершить apprehensio по уже указаннымъ общимъ правиламъ о пріобрѣтеніи или установленіи corpus'a[3]). Здѣсь въ свою очередь возможно представительство[4])

Во 2-хъ, apprehensio должна быть совершена съ намѣреніемъ пріобрѣсти владѣніе для представляемаго[5]). Такъ какъ внутреннія движенія души человѣка очень подвижны и не под-

---

Der Besitzwille, Cap. XVI, S. 364 ff. Очевидно, въ Римѣ о свободѣ и равенствѣ заботились мало.

Вообще теорія Шлоссмана. какъ бы освѣжающе она ни дѣйствовала, побуждая все къ новой и новой повѣркѣ разъ установившихся ученій, общаго признанія далеко не нашла. *Dernburg*, Pand., I, § 180, Anm. 1. *Windscheid*, Lehrb., I, § 73, Anm. 3, § 155, Anm. 1.

[1]) Здѣсь лежитъ основаніе constitutum possessorium'a, сыгравшаго въ исторіи traditio роль огромной важности.

[2]) Вообще см. *Savigny*, Das Recht des Besitzes, § 26, S. 304 ff. *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 125 ff. *Randa*, Der Besitz, § 20, S. 535 f. *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, § 60 ff., S. 269 ff. *Windscheid*, Lehrb., I, § 155, S. 678. Здѣсь же, Anm. 7a, *Kipp* излагаетъ особую теорію Lenel'я. *Appleton*, De la possession et des actions possessoires, § 104. *Митюковъ*, Курсъ римскаго права, Кіевъ, 1883, стр. 112, 113.

[3]) *Dernburg*, Pand., I, § 180. *Meischeider*, op. cit., § 61. *Harburger*, Das constitutum possessorium, § 4, S. 14.

[4]) *Harburger*, op. cit., S. 16. *Ruhstrat*, Ueber das constitutum possessorium въ Iherings Jahrbücher für die Dogmatik, Bd. XIV, S. 357. L. 30 § 6 D. 41, 2: Si ego tibi commodavero, tu Titio, qui putet tuum esse, nihilominus ego id possideo. Et idem erit, si colonus meus fundum locaverit aut is, apud quem deposueram, apud alium rursus deposuerit. Et id quamlibet per plurium personam factum observandum ita erit. *Dernburg*, Pand., I, § 180, Anm. 14.

[5]) *Dernburg*, Pand., I, §§ 180, Ziff. 4. *Windscheid*, Lehrb., I, § 155, S. 678, 679. *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, § 61, Ziff. 3, S. 271 ff. *Harburger*, Das const. possessorium, S. 14. L. 1 § 20 D. 41, 2: Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis adquiritur. Cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam dumtaxat suam accommodarent, nobis non possunt adquirere.

даются контролю, то здѣсь дѣйствуетъ правило, по которому такъ наз. reservatio mentalis не имѣетъ юридическаго значенія, т. е. если, напр., вещь передается традентомъ представителю для его принципала, а представитель, зная это, имѣетъ однако волю пріобрѣсти вещь для себя, но воли этой прямо и ясно не высказываетъ, то считается, что онъ согласенъ съ традентомъ, и потому владѣніе пріобрѣтается принципаломъ, а не представителемъ[1]).

Въ 3-хъ, и представляемый долженъ имѣть волю пріобрѣсти владѣніе чрезъ представителя[2]). Эта воля можетъ быть выражена *до* совершенія представителемъ apprehensio (порученіе, полномочіе, — представительство въ собственномъ смыслѣ) или же *послѣ этого*: — послѣдующее одобреніе и принятіе совер-

---

[1]). Источники противорѣчатъ. По Юліану, принципалъ не пріобрѣтаетъ владѣнія *чрезъ вѣроломнаго представителя*, l. 37 § 6 D. 41, 1: Si, cum mihi donare velles, jusserim te servo communi meo et Titii rem tradere, isque hac mente acciperet, ut rem Titii faceret, nihil agetur; nam et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceret, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur. Обратнаго мнѣнія Ульпіанъ, l. 13 D. 39, 5: Qui mihi donatum volebat, servo communi meo et Titii rem tradidit; servus vel sic accepit, quasi socio adquisiturus, vel sic, quasi mihi et socio: quaerebatur quid ageret, et placet, quamvis servus hac mente acceperit, ut socio meo vel mihi et socio adquirat, mihi tamen adquiri, nam et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi adquirit. Попытокъ примирить это противорѣчіе было сдѣлано много. *Savigny*, Das Recht des Besitzes, S. 306. *Randa*, Der Besitz, § 20, Anm. 27, S. 570. *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 136, Anm. 39. *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, II, S. 542 ff. *Dernburg*, Pand., I, § 180, Anm. 15. *Windscheid*, Lehrb., I, § 155, S. 680. *Ihering*, Mitwirkung für fremde Bechtsgeschäfte въ Iherings Jahrbücher für die Dogmatik, Bd. I, 1857, S. 312 ff., insbes. S. 319, 320. *Его же* Uebertragung der Reivindicatio auf Nichteigenthümer, ibid., S. 142. *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, S. 271 ff. Нѣкоторые считаютъ противорѣчіе неустраниымъ. *Bekker*, Das Recht des Besitzes, § 23c, S. 213 f. *Mitteis*, Die Lehre von der Stellvertretung, S. 140, Anm. 145.

[2]) Rec. Sent. Pauli, V, 2, 1: Passessionem adquirimus. . . *animo utique nostro*, corpore vel nostro vel alieno. *Dernburg*, Pand., I, § 180, Ziff. 4. *Windscheid*, Lehrb., I, § 155, S. 686. *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, § 62, S. 278 ff. *Harburger*, Das const. possessorium, S. 13, 14. *Appleton*, De la possession et des actions possessoires, § 104.

шеннаго представителемъ[1]). Въ первомъ случаѣ не требуется, чтобы представляемый имѣлъ въ виду и опредѣленную вещь, и опредѣленный способъ apprehensio; достаточно и общаго порученія, напр., управлять всѣмъ имуществомъ[2]).

Наконецъ, надо еще замѣтить, что представитель долженъ имѣть только общую правоспособность, а не ту спеціальную, которая была бы необходима для данной сдѣлки, если бы онъ заключалъ ее для себя лично. Это потому, что контрагентомъ является представляемый, а не представитель[3]).

Легко себѣ представить, какое существенное облегченіе было внесено допущеніемъ представительства въ дѣло пріобрѣтенія владѣнія: каждый могъ во много разъ увеличить свою дѣятельность въ этомъ направленіи. Личное присутствіе и участіе пріобрѣтателя въ каждой сдѣлкѣ больше не требовалось, и потому время и пространство потеряли значительную часть своего тормозящаго оборотъ вліянія.

Но въ то же самое время фактъ допущенія представительства имѣетъ для насъ и другое значеніе: по моему убѣжденію, онъ неопровержимо доказываетъ, что владѣніе въ описываемую эпоху отнюдь не было фактическимъ господствомъ надъ вещью. Въ самомъ дѣлѣ, если мой представитель имѣетъ фактическую власть надъ вещью, то это можетъ означать только то, что *я*

---

[1]) *Dernburg*, Pand., I, § 84, Ziff. 2, § 119, Ziff. 3. *Harburger*, Das const. poss., S. 15, Anm. 13. *Windscheid*, Lehrb., I, § 74, S. 313 ff. L. 7 pr. C. 4, 28: Omnis ratihabitio prorsus trahitur et confirmat ea ab initio, quae subsecuta sunt. — Результатъ одинъ и тотъ же, но это не есть представительство въ собственномъ смыслѣ слова.

[2]) L. 49 § 2 D. 41, 2: possessio per procuratorem ignoranti quaeritur. Такъ же и § 5 J. 2, 9. Только *Savigny*, Das Recht des Besitzes, S. 315 f., понимаетъ это узко. Средняго мнѣнія *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, II, S. 222—224. Остальные за широкое пониманіе общаго порученія. *Dernburg*, Pand., I, § 180, Anm. 16. *Windscheid*, Lehrb., I, § 155, S. 686. *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 133, Anm. 29. *Randa*, Der Besitz, § 20, S. 550 und Anm. 12. *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, § 63, S. 284 ff. *Bekker*, Das Recht des Besitzes, S. 208. *Harburger*, Das const. poss., S. 13, 14.

[3]) *Dernburg*, Pand., I, § 119, Ziff. 3, § 117, Ziff. 1. Ср. *Mitteis*, Die Lehre von der Stellvertretung, S. 110. *Randa*, Das Eigenthumsrecht, Erste Hälfte, 2 Aufl., Leipzig, 1893, S. 369 ff.

получаю право на эту власть,—что мой представитель принимаетъ на себя *обязанность* предоставить данную вещь мнѣ; но при этомъ отнюдь еще нельзя сказать, что я *уже имѣю вещь въ моей власти*: отъ обязанности еще очень далеко до ея исполненія: ожиданіе чего нибудь или право на полученіе чего либо совсѣмъ не тождественно съ осуществленіемъ надежды, съ реализаціей права: *должникъ можетъ не исполнить своей обязанности*; поэтому онъ то именно и является самымъ опаснымъ лицомъ для установленія нашего господства надъ вещью[1]).

Въ виду изложенныхъ соображеній совершенно правильны слова юриста Павла: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris[2]). Это положеніе не правильно только для *римскаго* права, но именно потому, что тамъ владѣніе не было фактическимъ господствомъ, или же этотъ характеръ владѣнія существенно ослаблялся до полной утраты въ нѣкоторыхъ случаяхъ. Такъ, прежде всего, относительно передачи ключей совершенно правильно мнѣніе Колера: если владѣніе есть фактическая власть, то оно можетъ быть пріобрѣтаемо только дѣйствительно, реально, а не посредствомъ замѣняющихъ его знаковъ[3]). Непосредственно же о представительствѣ говоритъ Зайцъ: во владѣніи, какъ реальномъ фактѣ, представительство не возможно ни фактически, ни логически: если я стою здѣсь, то могу ли я *вмѣсто Васъ* здѣсь стоять? Могу ли я за Васъ ѣсть, пить, спать[4])?

«Вопіющее противорѣчіе» между пониманіемъ владѣнія, какъ фактической власти, и допущеніемъ представительства совершенно справедливо усматриваетъ также проф. Гриммъ[5]).

Если же тѣмъ не менѣе представительство въ пріобрѣтеніи владѣнія допускалось, то изъ этого съ неустранимой необ-

---

[1]) *Müller-Erzbach*, Das Traditionsprinzip beim Erwerbe des Eigenthums, Göttingen, 1898, S. 18.

[2]) L. 3 § 5 D. 41, 2.

[3]) *Kohler*, Annalen der Grossherzogl. Badischen Gerichte, Bd 40, S. 238.

[4]) *Seitz*, Verhandl. des 15 deutsch. Juristentages, II, S. 117—119.

[5]) *Д. Гриммъ*, Журналъ Юридич. Общества, 1894 г., кн. 8, стр. 69, 70. Ту же идею проводитъ *Müller-Erzbach*, Das Traditionsprinzip beim Erwerbe des Eigenthums, S. 16. 18.

ходимостью вытекаетъ слѣдующее: то ученіе, которое видитъ во владѣніи или—точнѣе—въ его внѣшней сторонѣ, въ corpus'ѣ, фактическое господство, не правильно.

Идея представительства сыграла очень важную роль въ многовѣковой исторіи traditio. Чтобы понять все ея значеніе, намъ необходимо остановиться теперь на томъ частномъ примѣненіи этой идеи, которое съ такимъ остроуміемъ было сдѣлано Юриномъ Цельзомъ. Именно, разрѣшеніемъ *каждому* свободному лицу быть представителемъ въ пріобрѣтеніи владѣнія Цельзъ, сдѣлавъ одинъ только шагъ дальше, воспользовался въ томъ направленіи, что разрѣшилъ *и каждому отчуждателю-траденту* быть представителемъ своего пріобрѣтателя[1]). Такимъ образомъ, вмѣсто *трехъ* лицъ—отчуждателя, пріобрѣтателя и представителя, —признано было достаточнымъ участіе всего лишь *двухъ* лицъ: отчуждателя и пріобрѣтателя, — совершенно такъ же, какъ и безъ представительства; это потому, что отчужденіе и представительство слились въ одномъ лицѣ. А это, въ свою очередь, не могло не привести къ еще большему облегченію apprehensio, чѣмъ мы это видѣли въ выше описанныхъ примѣрахъ: если пріобрѣтеніе вещи и отъ посторонняго лица не представляло уже особыхъ затрудненій, то и рѣчи не могло быть о трудности пріобрѣтенія чрезъ представителя-традента той вещи, которая и безъ того уже находилась въ его владѣніи: corpus и apprehensio были сведены къ нулю. О личности же самого пріобрѣтателя нечего и говорить: онъ могъ сидѣть сложа руки, такъ какъ его участіе въ пріобрѣтеніи владѣнія ничѣмъ не отличалось отъ участія въ пріобрѣтеніи правъ.

Способъ пріобрѣтенія, о которомъ здѣсь идетъ рѣчь, называется теперь «constitutum possessorium». Вотъ знаменитое рѣшеніе Цельза, которымъ онъ былъ введенъ въ римскую жизнь: Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere; nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio; nec idem est possidere et alieno nomine possidere, nam possidet, cujus nomine possidetur; procurator alienae possessioni praestat ministerium, l. 18 pr. D. 41, 2.

---

[1]) *Dernburg*, Pand., I, § 181, Ziff. 1. *O. Bähr*, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, München und Leipzig, 1883, S. 64.

Теперь намъ надо разсмотрѣть отдѣльные вопросы, касающіеся этого способа пріобрѣтенія владѣнія; тогда передъ нами выяснится сущность и основной характеръ constitutum possessorium'a.

И вотъ, прежде всего замѣтимъ, что для пріобрѣтенія владѣнія на основаніи этого фрагмента нужны въ общемъ тѣ же условія, что и вообще для traditio: годныя лица, вещи и соотвѣтственныя воля и дѣйствіе. Но есть и нѣкоторыя особенныя условія, такъ какъ здѣсь мы имѣемъ дѣло съ частнымъ примѣненіемъ общаго понятія traditio[1]). Имѣя въ виду тѣ и другія условія, отмѣтимъ слѣдующія: традентъ, который въ данномъ случаѣ называется еще и конституентомъ, не только долженъ имѣть владѣніе[2]), но долженъ быть еще способенъ потерять владѣніе animo solo[3]) и долженъ имѣть способность быть представителемъ[4]). Пріобрѣтатель, само собой разумѣется, долженъ имѣть способность къ пріобрѣтенію владѣнія[5]).

И вотъ, первый и важнѣйшій вопросъ: какимъ именно образомъ совершается пріобрѣтеніе владѣнія?

Господствующее мнѣніе объясняетъ это такъ.—Указанныя лица должны прійти, по поводу годной для отчужденія вещи, къ взаимному соглашенію, по которому отчуждатель дѣлается представителемъ пріобрѣтателя, по порученію этого послѣдняго[6]), и обязывается впредь владѣть не для себя, а для своего контрагента[7]). Это само собою не подразумѣвается, но источники не требуютъ и спеціальнаго изъявленія его: оно можетъ явствовать изъ обстоятельствъ дѣла[8]).

---

[1]) *Biermann*, Das constitutum possessorium, Berlin, 1885, S. 14.

[2]) Ibidem.

[3]) Ibidem, S. 18.

[4]) Ibidem, S. 25.

[5]) Ibidem.

[6]) *Vermond*, Théorie générale de la possession, n. 53: мандатъ здѣсь не возможенъ; здѣсь только изъ цѣлесообразности сберегается трудъ на двойную передачу.

[7]) *Piniński*, op. cit., II, S. 239, 241. О договорной природѣ const. possessorium'a говоритъ и *Bähr*, Urtheile des Reichsgerichts mit Besprechungen, S. 64. Но ср. *Harburger*, Das const. possessorium, S. 36, 42.

[8]) *Harburger*, Das const. possessorium, S. 37, 70, 71. *Dernburg*, Pand., I, § 181, Anm. 4. *Behrend*, Verhandlungen des 15-ten deutsch. Juristentages, I,

И вотъ, при наличности всѣхъ необходимыхъ условій, конституентъ превращался изъ юридическаго владѣльца въ простаго держателя вещи, а пріобрѣтатель получалъ юридическое владѣніе и связанныя съ нимъ правомочія. Общее правило о пріобрѣтеніи владѣнія примѣнялось слѣдующимъ образомъ: animus у пріобрѣтателя былъ безспорно, а въ качествѣ corpus'а онъ пользовался, благодаря допущенію представительства, владѣніемъ конституента. Такимъ образомъ здѣсь ничего исключительнаго не было, и владѣніе пріобрѣталось не фиктивно, а дѣйствительно [1]).

Таково, говорю я, ученіе господствующей школы [2]). Нѣко-

S. 75. *Maynz*, Cours, I, § 106, p. 729. *Molitor*, La possession, n. 45. *Appleton*, De la possession, § 105. См. для примѣра l. 77 D. 6, 1. Такъ это теперь; въ средніе же вѣка требовалась торжественная форма волеизъявленія: «constituo me possidere nomine tuo; и даже спорили, можно ли вмѣсто «constituo» сказать «confiteor». Здѣсь замѣтимъ кстати, что эта формула, ведущая свое начало еще отъ глоссаторовъ, по всей вѣроятности, дала и названіе описываемому способу пріобрѣтенія владѣнія—«constitutum possessorium». *Dernburg*, Pand., I, § 181, Anm. 3. *Biermann*, Traditio ficta, S. 51. *Harburger*, op. cit.. S. 4, 5. Однако за необходимость прямаго указанія на представительство и теперь *Kroschel*, Arch. für die Civ. Praxis, Bd. 72, S. 261.

[1]) *Savigny*, Das Recht des Besitzes, S. 206 ff., 236, 318, 323. *Dernburg*, Pand., I, § 181, Anm. 3. *Windscheid*, Lehrb., I, § 155, Anm. 8 b., S. 684. До Савиньи здѣсь видѣли *фиктивную* передачу. Такъ, Leyser говорилъ, что const. possessorium есть inter traditiones fictas nobilissima species, *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 143, Anm. 54; *Harburger*, Das const. possessorium, S. 4, Anm. 4. Азо видѣлъ въ этомъ способѣ пріобрѣтенія владѣнія mirabile mundi, — *Exner*, loc. cit. *Kohler*, Vertrag und Uebergabe, S. 9. *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, II, S. 248. *Biermann*, Das constitutum possessorium, S. 10, 11, 60. *Exner*, Verhandlungen des Fünfzehnten deutschen Juristentages, Bd. I, 1880, S. 3, 4. *Behrend*, ibid., S. 74. *Maynz*, Cours de droit romain, I, § 106, p. 729. *Molitor*, La possession, n. 45. *Appleton*, De la possession et des actions possessoires, §§ 91, 105. Но см. *Strohal*, Succession in den Besitz, S. 7 ff.

[2]) См. еще о constitutum possessorium'ѣ — *Windscheid*, Lehrb., I, § 155, S. 684, 685, Anm. 8 b. *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, § 64, S. 289 ff. *Ihering*, Der Besitzwille, S. 210 ff. Доклады Exner'a, Behrend'a и Leonhard'a —Verhandlungen des 15 deutsch. Juristentages, Bd. I, 1880. *Ruhstrat*, Ueber das constitutum possessorium, Iherings Jahrbücher, Bd. 14, 1875, S. 341 ff. *Randa*, Der Besitz, § 20, начиная съ 555 страницы. *Kroschel*, Zur Lehre vom

торые же ученые выражаютъ эту мысль особенно рельефно. Такъ, Экснеръ требуетъ, чтобы конституентъ началъ держать вещь для пріобрѣтателя не только на словахъ, но *и на дѣлѣ*[1]). Затѣмъ Рустратъ, ограничивающій constitutum possessorium только тѣми случаями, когда традентъ имѣетъ, кромѣ юридическаго владѣнія, еще и detentio, считаетъ необходимымъ, чтобы конституентъ совершилъ *новую apprehensio* спеціально для своего контрагента[2]). Крошель также требуетъ, чтобы традентъ измѣнилъ замѣтнымъ для постороннихъ образомъ свое отношеніе къ вещи, и вообще онъ факты считаетъ важнѣе волеизъявленія[3]).

Однако съ такимъ пониманіемъ constitutum possessorium'а нельзя согласиться.

Вотъ что говоритъ по этимъ вопросамъ совершенно, какъ мнѣ кажется, правильно Штрогаль. Иногда дѣйствительно въ случаяхъ constitutum possessorium'а имѣетъ мѣсто такое положеніе дѣла, при которомъ въ самомъ дѣлѣ возможно реальное овладѣніе вещью, т. е. такое овладѣніе, какое необходимо для односторонней occupatio. Но такъ бываетъ не всегда: представимъ себѣ случай, когда традентъ сохраняетъ за собою владѣніе animo solo (земельный участокъ въ горахъ, недоступный зимою). Нѣтъ никакого основанія отрицать здѣсь возможность constitutum possessorium'а[4]). Но и съ другой стороны, нѣтъ никакой возможности утверждать, что здѣсь возможна какая либо apprehensio, какое либо обновленіе corpus'а[5]). Но если мы возьмемъ и тѣ

---

constitutum possessorium, besonders über die causa detentionis, Arch. für die civ. Praxis, Bd. 72, 1887, S. 257 ff. *Баронъ*, Система римскаго гражданскаго права, вып. 2, изд 2-е, § 117, стр. 14—16. *Азаревичъ*, Система римскаго права, т. I, стр. 348—351. *Ефимовъ*, Догма римскаго права, стр. 279, 280.

[1]) Verhandl. des 15 deutsch. Juristentages, I, S. 7, 8.

[2]) *Ruhstrat*, Iher. Jahrb., Bd. 14, S. 341, 359, 360.

[3]) *Kroschel*, Zur Lehre vom constitutum possessorium, besonders über die causa detentionis, Archiv für die Civ. Praxis, Bd. 72, 1887, S. 257 ff. *Windscheid*, Lehrb., I, § 155, Anm. 8b.

[4]) За отрицаніе *Windscheid*, Lehrb., § 155, Anm. 8 c. Противъ Виндшейда *Kroschel*, Arch. für die Civ. Praxis, Bd. 72, S. 264—266. *Biermann*, Das const. possessorium, S. 50.

[5]) *Strohal*, Succession in den Besitz, S. 189, 190. *Harburger*, Das const. possessorium, S. 16 ff., 20 ff. Такъ еще Bartolus: in casu praedicto non requiritur actus, sed solus animus, ibid., S. 21, Anm. 20. Противъ этого

случаи, когда отчуждаемая вещь находится у конституента, то и здѣсь мнѣ кажется, что новая apprehensio совершается только въ курсахъ пандектнаго права, а не въ дѣйствительности. Въ самомъ дѣлѣ, я продаю свою библіотеку или домашнюю обстановку, выговаривая себѣ право пользоваться этими вещами въ теченіе всей моей жизни или же до извѣстнаго срока. Или я продаю свой земельный участокъ и тутъ же беру его въ аренду. Кромѣ заключенія соотвѣтствующаго договора, что́ я долженъ еще сдѣлать съ этими вещами, для того, чтобы пріобрѣсти ихъ во владѣніе для моего контрагента? Я не могу назвать въ видѣ примѣра ни одного дѣйствія, которое не вызвало бы улыбки и не показалось бы насмѣшкой надъ здравымъ смысломъ и надъ дѣйствительностью.

Правда, бываютъ и такіе случаи, когда дѣйствительно надъ отчуждаемой вещью совершается какое нибудь внѣшнее дѣйствіе. Напр., я покупаю въ магазинѣ какую нибудь вещь и прошу ее сохранить для меня до слѣдующаго дня. Обыкновенно эту вещь упаковываютъ и кладутъ на другое мѣсто. Но существенной необходимости въ этомъ нѣтъ, и constitutum possessorium отъ этихъ дѣйствій, вызываемыхъ удобствами, а не юридическими соображеніями, не зависитъ.

Или вотъ еще примѣръ: я покупаю на передвижной выставкѣ картину съ правомъ получить ее только по окончаніи предположеннаго передвижниками турнэ. Что дѣлаютъ съ этой картиной въ знакъ пріобрѣтенія мною владѣнія и собственности? Самое большее—привѣшиваютъ къ ней ярлычекъ съ надписью: «продана». Но это имѣетъ только то значеніе, чтобы избѣжать излишнихъ разговоровъ съ тѣми любителями искусства, которые, не зная, что они опоздали, также пожелали бы пріобрѣсти ту же самую картину. Мое же владѣніе и мое право пріобрѣтается до наложенія этого знака и отъ его упущенія не зависитъ.

мнѣнія *Ruhstrat*, op. cit. Сказанное въ текстѣ, какъ мнѣ кажется, подтверждается и источниками. См., напр., l. 28 C. 8, 53 (54): отчуждается какая либо вещь, и въ то же время устанавливается отчуждателемъ въ свою пользу узуфруктъ. По этому поводу императоры Гонорій и Ѳеодосій говорятъ: eam (rem) continuo tradidisse credatur, при чемъ—*ne quid amplius requiratur*, quo magis videatur facta traditio, sed *omnimodo idem sit* in his causis usumfructum retinere, quod tradere: удержаніе узуфрукта *замѣняетъ* передачу во *всякомъ случаѣ*. См. *Strohal*, op. cit., S. 190, Anm. 32.

Въ виду изложеннаго я присоединяюсь къ той проводимой многими учеными мысли, что *при constitutum possessorium'ѣ владѣніе пріобрѣтается animo solo, однимъ соглашеніемъ*[1]). Эта мысль необходимо должна быть принята еще и въ виду тѣхъ указанныхъ выше случаевъ, когда никакая apprehensio даже и не возможна, а между тѣмъ владѣніе пріобрѣтается. А это еще разъ доказываетъ правильность принимаемаго мною ученія о владѣніи, какъ о совокупности извѣстныхъ правомочій (possessio=jus possessionis).

Далѣе, природа и характеръ constitutum possessorium'а уясняются изъ ближайшаго разсмотрѣнія правилъ, касающихся личности конституента. Во 1-хъ, возможенъ ли constitutum possessorium со стороны отчуждателя, который и самъ владѣетъ черезъ другаго? Вопросъ этотъ очень споренъ. Но все же большинство ученыхъ отвѣчаетъ на него утвердительно[2]).

---

[1]) *Harburger*, op. cit., S. 21, 34: corpus уже есть на лицо. *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, I, S. 237: одно соглашеніе достаточно не потому, что corpus уже есть, а потому, что желаніе хозяйственнаго обладанія достаточно выражено уже раньше. *Bähr*, Urteile des Reichsgerichts, S. 64, 65: const. possessorium нарушилъ правило, по которому для перехода права собственности требовалась реальная передача господства. При этомъ l. 20 C. 2, 3, какъ абстрактное правило, часто нарушаемое исключеніями, теряетъ свою цѣнность. Oberappellationsgericht въ Дрезденѣ высказался въ 1864 г. такъ: const. possessorium является исключеніемъ изъ того правила, по которому право собственности можетъ быть передаваемо только посредствомъ реальной traditio, а не простымъ договоромъ. Seufferts Archiv, Bd. 19, Nr 15; цитирую по указанному выше сочиненію Рустрата, S. 364, 365, который высказывается противъ этого объясненія. Даже Дернбургъ, Pand., I, § 181, говоритъ о *замѣнѣ* тѣлесной передачи волеизъявленіемъ и о передачѣ владѣнія посредствомъ волеизъявленія. Противъ этого *Exner*: владѣніе пріобрѣтается только дѣйствіемъ, а не словами, Verhandlungen des 15 deutschen Juristentages, I, S. 6. Однако это противорѣчитъ фактамъ.

[2]) *Savigny*, Das Recht des Besitzes, S 320, Anm. 1. *Exner*, Verhandlungen des 15 deutsch. Juristentages, I, S. 9, 10. *Ziebarth*, Die Realexecution und die Obligation. Mit besonderer Rücksicht auf die Miethe erörtert nach römischem und deutschem Recht in Vergleich mit dem preussischen. Halle, 1866, S. 6, 7, 146. *Harburger*, Das const. possessorium, S. 24—27. *Dernburg*, Pand., I, § 181, Anm. 8. *Kroschel*, Zur Lehre vom const. possessorium, Arch. f. die Civ. Praxis, Bd. 72, S. 264—267.

Только Рустратъ и Бэръ относятся къ нему отрицательно[1]). Но доводы ихъ, мнѣ кажется, не правильны. Такъ, Рустратъ говоритъ: нельзя допускать constitutum possessorium'а, когда земельный участокъ отданъ, напр., въ аренду, такъ какъ въ этихъ случаяхъ могутъ потерпѣть интересы арендаторовъ. Однако этотъ мотивъ скорѣе пригоденъ для законодателя, чѣмъ для истолкователя положительнаго права, и именно для древняго Рима онъ съ этой стороны не правиленъ: тамъ арендаторы совсѣмъ не пользовались вниманіемъ и заботливой охраной со стороны законодателей. Какъ мы видѣли, ихъ отношеніе къ имуществу считалось не владѣніемъ, а простымъ держаніемъ, лишеннымъ поссессорной защиты. Кромѣ того, въ Римѣ дѣйствовало правило, по которому продажа земельнаго участка прекращала арендные договоры (kauf bricht Miethe). Такимъ образомъ всѣ права и преимущества были на сторонѣ собственника, а арендаторъ не только не смѣлъ мѣшать собственнику въ осуществленіи имъ своихъ правъ, но даже могъ совершенно противозаконно быть согнаннымъ съ арендуемаго имъ земельнаго участка. Таковъ привилегированный аристократизмъ собственниковъ и рабское положеніе арендаторовъ въ Римѣ.

Этимъ, я думаю, вполнѣ опровергается мнѣніе Рустрата[2]).

Что касается, далѣе, Бэра, то онъ потому стоитъ противъ возможности constitutum possessorium'а въ данной категоріи случаевъ, что здѣсь отчуждатель не можетъ замѣнить corpus пріобрѣтателя своимъ держаніемъ: вещь находится у третьяго лица.

Но constitutum possessorium совсѣмъ не требуетъ детенціи въ лицѣ конституента, какъ длительнаго состоянія. Это можно

---

[1]) *Ruhstrat*, Iherings Jahrbücher, Bd. 14, S. 341, 343 ff., S. 359—367. *Bähr*, ibid., Bd. 26, S. 331 ff. Повидимому, такого же мнѣнія и *Windscheid*, Lehrb., I, § 155, Anm. 8 c, но его аргументы касаются вопроса о causa detentionis, который будетъ разсмотрѣнъ ниже. См. *Vermond*, Théorie générale de la possession, n. 53.

[2]) Кромѣ того, по мнѣнію Экснера, Рустратъ, отрицая здѣсь возможность constitutum possessorium'а, извращаетъ понятіе представительства: не представитель осуществляетъ владѣніе для меня, а я самъ осуществляю свое владѣніе чрезъ представителя. Verhandlungen des 15 deutsch. Juristentages, I, S. 9, 10. Ниже, при разсмотрѣніи traditio brevi manu, мы встрѣтимся съ еще однимъ аргументомъ въ пользу принимаемаго мною мнѣнія.

вывести, между прочимъ, изъ l. 30 § 6 D. 41,2[1]) И при этомъ новый детенторъ, получившій вещь конституента, можетъ даже и не знать, кому вещь въ данный моментъ принадлежитъ, и для кого онъ долженъ владѣть. Слѣдовательно, какъ его воля и согласіе, такъ и самая detentio безразличны.

Такимъ образомъ *сохраненіе* владѣнія конституентомъ для пріобрѣтателя несомнѣнно возможно и безъ detentio. Весь вопросъ сводится къ тому, возможно ли *пріобрѣтеніе* владѣнія не имѣющимъ detentio конституентомъ для своего контрагента? Безъ сомнѣнія возможно, лишь бы только онъ совершилъ новую apprehensio. Но только не можетъ быть, чтобы совершеніе такой apprehensio дѣйствительно требовалось: вѣдь здѣсь пришлось бы совершить двойную передачу, а это римскимъ правомъ было именно устранено чрезъ constitutum possessorium (и traditio brevi manu).

Итакъ, каждый владѣлецъ, имѣетъ ли онъ детенцію, или нѣтъ, способенъ къ совершенію constitutum possessorium'a: независимое отъ детенціи jus possessionis можетъ быть передано въ обоихъ случаяхъ совершенно одинаково.

Теперь спрашивается, во 2-хъ, можетъ ли представитель—арендаторъ, депозитарій и т. п.—безъ воли и вѣдома настоящаго владѣльца совершить constitutum possessorium? Дернбургъ совершенно правильно отрицаетъ это[2]). Такъ и Бирманъ[3]). И въ самомъ дѣлѣ, l. 18 pr. D. 41, 2 говоритъ: «чѣмъ я *владѣю* для себя, тѣмъ я могу владѣть и для другаго». И далѣе: «я *перестаю владѣть* и дѣлаю владѣльцемъ другаго». Слѣдовательно, владѣніе у конституента должно быть на лицо. Затѣмъ, если во владѣніи видѣть jus possessionis, то мнѣ кажется правильнымъ и необходимымъ примѣненіе сюда правила: nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet[4]). Однако Гарбургеръ допускаетъ

---

[1]) Указанное мѣсто источниковъ—l. 30 cit.—оправдываетъ слѣдующее рѣшеніе Дернбурга: я поручаю своему мондатарію купить для меня лошадь, а онъ, въ свою очередь, поручаетъ получить и привести въ конюшню купленную лошадь своему кучеру; это второе порученіе ничуть не мѣшаетъ мнѣ пріобрѣсти владѣніе.

[2]) *Dernburg*, ibid., § 181, Anm. 8. Ср. *Windscheid*, Lehrb., I, § 155, Anm. 8. Отрицаетъ и *Pininski*, op. cit., II, S. 27—38.

[3]) *Biermann*, Traditio ficta, S. 401, Anm. 110.

[4]) L. 54 D. 50, 17. *Strohal*, Succession, S. 3. Противъ этого *Randa*, Der Besitz, S. 485, 486.

и здѣсь constitutum possessorium, и это на томъ основаніи, что пріобрѣтеніе владѣнія есть актъ односторонній,—что во владѣніи нѣтъ successio[1]). Не соглашаясь съ этимъ утвержденіемъ, я долженъ однако оговориться. Я вполнѣ признаю, что въ разбираемой категоріи случаевъ возможно *одностороннее* пріобрѣтеніе владѣнія. Въ самомъ дѣлѣ, представимъ себѣ, что пріобрѣтатель беретъ собственными руками вещь съ согласія детентора и уноситъ ее съ намѣреніемъ присвоить ее себѣ окончательно. Здѣсь владѣніе пріобрѣтается несомнѣнно. Но будетъ ли это traditio или constitutum possessorium? Конечно, нѣтъ[2]); а потому не будетъ и тѣхъ послѣдствій, которыя обыкновенно вытекаютъ изъ этого послѣдняго: напр., такое владѣніе, какъ незаконное и не сопровождаемое соотвѣтствующимъ договоромъ съ *управомоченнымъ* лицомъ, не пригодно, по римскому праву, для пріобрѣтенія права собственности.

Что же касается самаго основанія мнѣнія Гарбургера, что во владѣніи нѣтъ successio, то, какъ показываютъ новѣйшія изслѣдованія[3]), это утвержденіе сомнительно. На этомъ общемъ вопросѣ мы остановимся ниже, когда изложимъ въ ихъ частностяхъ всѣ отдѣльные способы пріобрѣтенія владѣнія. А теперь идемъ дальше въ разсмотрѣніи constitutum possessorium'а.

Мы уже разсмотрѣли болѣе или менѣе подробно вопросъ о личности конституента и о томъ, какъ здѣсь владѣніе пріобрѣтается съ *внѣшней* стороны, т. е. насколько здѣсь нужна матеріальная apprehensio. Теперь намъ остается разсмотрѣть *внутреннюю* сторону пріобрѣтенія права собственности посредствомъ constitutum possessorium'а, т. е. тѣ соглашенія или договоры, которые для этого необходимы.

Прежде всего, для пріобрѣтенія права собственности необходимо, конечно, заключеніе соотвѣтствующаго договора о переходѣ исключительнаго обладанія вещью на пріобрѣтателя.

---

[1]) *Harburger*, Das const. possessorium, S. 82, 83.

[2]) Constitutum possessorium есть частное примѣненіе traditio, а traditio, какъ способъ пріобрѣтенія владѣнія, а чрезъ него и права собственности, требуетъ, какъ мы видѣли выше, легитимаціи тradента на отчужденіе; простой же детенторъ этой легитимаціи не имѣетъ. См. *Pininski*, op. cit., II, S. 38 и *Strohal*, Iherings Jahrbücher, Bd. 27, S. 352, 355.

[3]) См. пока *Strohal*, Succession in den Besitz.

Здѣсь, какъ увидимъ ниже, возникаетъ вопросъ о необходимости основанія для этого перехода (causa traditionis). Затѣмъ, что касается спеціально constitutum possessorium'а, является очень спорнымъ вопросъ о необходимости такого договора, который являлся бы основаніемъ *оставленія* вещи у конституента (causa detentionis). Скажемъ иначе: достаточно ли для пріобрѣтенія владѣнія по constitutum possessorium'у одного волеизъявленія со стороны традента-представителя, что онъ впредь будетъ держать вещь для пріобрѣтателя (обстрактный const. possessorium), или же нуженъ еще договоръ, напр., найма, узуфрукта, поклажи и т. п., который служилъ бы причиной оставленія вещи у конституента (каузальный const. possessorium)?

Вопросъ этотъ имѣетъ важное практическое и теоретическое значеніе. Если мы примемъ обстрактный constitutum possessorium, то пріобрѣтеніе владѣнія значительно упростится, сведется къ одному только соглашенію сторонъ, и придется признать, что принципъ traditio имѣетъ здѣсь важное и существенное исключеніе, которое можетъ имѣть очень широкое примѣненіе.

Если же, наоборотъ, мы примемъ теорію каузальности constitutum possessorium'а, то его примѣненіе, во 1-хъ, затруднится вслѣдствіе его большей сложности самого по себѣ и вслѣдствіе большей трудности процессуальнаго осуществленія основываемыхъ на немъ правъ; во 2-хъ,—существенно сократится, такъ какъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда каузальнаго договора нѣтъ, владѣніе считаться пріобрѣтеннымъ не будетъ. Особенно это относится къ тѣмъ теоріямъ каузальности, которыя выставляютъ наиболѣе строгія условія.

Хотя этотъ вопросъ о causa detentionis касается, собственно говоря, *внутренней* стороны пріобрѣтенія владѣнія, тѣмъ не менѣе онъ интересенъ и для нашего постояннаго противоположенія двухъ системъ: traditio—съ внѣшней стороны—и соглашенія. Въ этомъ мы убѣдимся, во 1-хъ, при разсмотрѣніи слѣдующихъ стадій развитія, которому подвергся constitutum possessorium; а во 2-хъ,—при разсмотрѣніи вопроса de lege ferenda. Наконецъ, и полнота изложенія требуетъ также остановиться на этомъ вопросѣ.

Согласія, какъ я уже сказалъ, и по этому вопросу нѣтъ[1]).

Многіе ученые высказываются за необходимость causa detentionis[2]); много также есть и противниковъ этого мнѣнія[3]).

Въ пользу первой теоріи Экснеръ ссылается на слѣдующее. Во 1-хъ, по l. 48 D. 41, 2 владѣніе не пріобрѣтается, если отчуждатель ограничивается только заявленіемъ на письмѣ, что

[1]) О прежнихъ теоріяхъ по нашему вопросу см. *Harburger*, Das const. possessorium, S. 6, 7. *Kohler*, Vertrag und Uebergabe, Arch. f. Bürg. Recht, Bd. 18, Heft 1, § 2 ff. *Biermann*, Traditio ficta, въ соотвѣтствующихъ мѣстахъ книги; тамъ же и судебная практика. *Exner*, защитникъ теоріи каузальности, указываетъ, между прочимъ, на Донелла, какъ на приверженца той же теоріи, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 144, Anm. 56. Донеллъ говоритъ яко бы слѣдующее: «constituit autem quis,... si ejus rei... usum sibi *ex aliqua justa causa* retineat. Со словъ Экснера такое же пониманіе мнѣнія Донелла принято и Іерингомъ, Der Besitzwille, S. 210, Anm. 1. Однако *Kohler*, op. cit., S. 12, Anm. 17 обнаружилъ здѣсь грубую ошибку. Полный текстъ Донелла гласитъ слѣдующее: Constituit autem quis, se nostro nomine possidere, aut verbis, aut re aliqua et facto. Verbis, si dicat, se id constituere. Re et facto, si ejus rei, quam mihi dominus idemque possessor traditam vult, usum sibi ex aliqua justa causa retineat, dum aut retinet sibi usumfructum, aut rem a me conducit vel precario accipit. Такимъ образомъ и простое заявленіе о держаніи впредь вещи для пріобрѣтателя, по словамъ Донелла, представляетъ изъ себя constitutum possessorium, —результатъ діаметрально противоположный утвержденію Экснера.

[2]) *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 143 ff. и Verhandlungen des 15 deutsch. Iuristentages, I, S. 7, 8. *Behrend*, Verhandl. des 15 deutsch. Iuristentages, I, S. 82. *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, II, S. 239, 243 ff. *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, § 64, S. 290, 291. *Ihering*, Der Besitzwille, S. 210—212. *Randa*, Der Besitz, § 20, S. 562. *Harburger*, Das constitutum possessorium, S. 38 ff., 66, 67. Но и въ теоріи каузальности опять есть свои подраздѣленія.

[3]) *Savigny*, Das Recht des Besitzes, § 27, S. 319, 320. *Dernburg*, Pand., I, § 181, Ziff. 1. *Bähr*, Urteile des Reichsgerichts, S. 66. Ero-me, Zur Besitzlehre въ Iherings Jahrbücher, Bd. 26, N. F. 14, 1888, S. 328, 329. *Biermann*, Das const. possessorium, S. 48 ff. *Goldschmidt*, Studien zum Besitzrecht, S. 14, 15, Anm. 42. *Kroschel*, Zur Lehre vom const. possessorium, besonders über die causa detentionis въ Archiv für die Civ. Praxis, Bd. 72, 1887, S. 257 ff., 264. *Brunner*, Verhandlungen des 15 deutsch. Iuristentages, I, S. 110. *Müller-Erzbach*, Das Traditionsprinzip beim Erwerbe des Eigenthums, S. 22 ff.

вещь передана[1]). Во 2-хъ, всѣ мѣста источниковъ, которыя говорятъ о пріобрѣтеніи владѣнія чрезъ constitutum possessorium, имѣютъ въ виду такую или иную causa detentionis: наемъ, узуфруктъ и т. п.[2]). При этомъ Экснеръ не считаетъ однако необходимой объективную дѣйствительность сдѣлокъ этого рода, а довольствуется и субъективной наличностью ихъ[3]). Такъ и Ранда[4]). Другіе же послѣдователи теоріи каузальности требуютъ, чтобы сдѣлка была непремѣнно дѣйствительна объективно. Таковы Пининскій и Майшайдеръ[5]). Но есть еще и другія ограниченія. Такъ Берендъ, принимая теорію Экснера субъективной каузальности, считаетъ однако нужнымъ допустить лишь такія каузальныя сдѣлки, которыя даютъ отчуждателю *пользованіе* вещью, и исключить отсюда сдѣлку поклажи, такъ какъ о ней источники ни въ одномъ изъ приводимыхъ примѣровъ не упоминаютъ[6]).

---

[1]) Praedia cum servis donavit eorumque se tradidisse possessionem litteris declaravit. Si vel unus ex servis, qui simul cum praediis donatus est, ad eum, qui donum accepit, pervenit, mox in praedia remissus est, per servum praediorum possessionem quaesitam ceterorumque servorum constabit.

[2]) L. 77 D. 6, 1: Quaedam mulier fundum non marito donavit per epistulam et eundem fundum ab eo conduxit. L. 28 C. 8, 53: Quisquis rem aliquam donando vel in dotem dando vel vendendo usum fructum ejus retinuerit. L. 35 § 5 C. eod.: Sed si quidem in omnibus supra dictis casibus usus fructus fuerit a donatore retentus, et traditionem jure intellegi fieri. L. 15 § 2 D. 2, 8: Creditor, qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat aut sibi traditam, aut precario debitori concessam. *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 144, Anm. 56.

Обыкновенно сюда же относятъ и societas omnium bonorum, l. 1 § 1 D. 17, 2: In societate omnium bonorum omnes res, quae coeuntium sunt, continuo communicantur; l. 2 eod.: quia licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire. *Savigny*, Das Recht des Besitzes, S. 322, 323. *Dernburg*, Pand., I, § 211, Anm. 2. *Windscheid*, Lehrb., I, § 171, Anm. 2. Противъ этого *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, S. 292. *Ihering*, Der Besitzwille, S. 211, Anm. 1.

[3]) *Exner*, Verhandl. des 15 deutsch. Juristentages, I, S. 8.

[4]) *Randa*, Der Besitz, § 20, S. 562, при чемъ наличность этой сдѣлки можетъ быть и не замѣтной для третьихъ лицъ, ibid., Anm. 19 h. Противъ этого *Пининскій*, op. cit., II. S. 246 ff.

[5]) Соотвѣтствующія мѣста ихъ сочиненій указаны выше, стр. 102, пр. 2.

[6]) Verhandl. des 15 deutsch. Juristentages, I, S. 82.

Наконецъ, Виндшейдъ держится средняго между обѣими главными теоріями взгляда: нѣтъ никакого основанія требовать особую causa для пріобрѣтенія *владѣнія*, если традентъ изъявилъ волю держать вещь, съ согласія пріобрѣтателя, для этого послѣдняго[1]). Для пріобрѣтенія же *права собственности* и Виндшейдъ считаетъ необходимой наличность causa detentionis[2]). При этомъ о constitutum possessorium'ѣ цитируемый ученый говоритъ слѣдующее: «дѣло должно стоять такъ, чтобы, если бы вещь была передана пріобрѣтателю, то она должна была бы быть возвращена траденту; вотъ эта то двойная передача и можетъ быть сбережена»[3]). Слѣдовательно, constitutum possessorium возможенъ только тамъ, гдѣ возможна *реальная* передача вещи пріобрѣтателю.

Таковы теоріи каузальности. Разсмотримъ ближе ихъ основанія.

Прежде всего l. 48 D. 41, 2, какъ совершенно правильно учитъ Бирманъ, не имѣетъ ничего общаго съ causa detentionis[4]). И въ самомъ дѣлѣ, въ указанномъ фрагментѣ рѣчь идетъ о дареніи земельнаго участка вмѣстѣ съ рабами, при чемъ считается недостаточнымъ письменное *заявленіе* дарителя, что владѣніе уже передано, а требуется *дѣйствительное совершеніе traditio*, хотя, конечно, и въ очень облегченной формѣ[5]): въ данномъ случаѣ достаточно только *одному* рабу прійти къ одаренному и возвратиться, по его приказанію, обратно.

Итакъ, здѣсь нѣтъ ни представительства, ни constitutum possessorium'а; здѣсь высказывается только слѣдующее: nudum pactum не достаточенъ, нужна traditio. Между тѣмъ приверженцы теоріи каузальности даютъ другую формулу: nudum pactum

---

[1]) *Windscheid*, Lehrb., I, § 155, Anm. 8a, S. 684.

[2]) Ibid., Anm. 8b, S. 685. Подобное же различіе дѣлаютъ также *Exner* и *Leonhard*, Verhandlungen des 15 deutsch. Juristentages, I, S. 3, 95. Ниже, Anm. 8c, ibid., Windscheid говоритъ: Es ist eben nicht anzuerkennen, dass Uebergabe (Tradition) und Besitzverschaffung identisch seien.

[3]) *Windscheid*, Lehrb., I, § 155, Anm. 8c. Ср. *Ihering*, Der Besitzwille, S. 210, 211. Противъ Виндшейда *Biermann*, Das const. possessorium, S. 50, и *Kroschel*, Arch. für die Civ. Praxis, Bd. 72, S. 264, 265.

[4]) *Biermann*, Das const. possessorium, S. 48. Такъ и *Müller-Erzbach*, Das Traditionsprinzip, S. 22, Anm. 9.

[5]) *Bähr*, Zur Besitzlehre, Iherings Jahrbücher, Bd. 26, N. F. 14, S. 323.

не достаточенъ, нужна causa detentionis. Но traditio и causa detentionis не одно и то же, и на послѣднюю въ l. 48 cit. нѣтъ ни малѣйшаго намека.

Но, можетъ быть, другія изъ указанныхъ мѣстъ источниковъ даютъ для нея основаніе? Я и на это отвѣчаю отрицательно. Въ самомъ дѣлѣ, предъ нами, съ одной стороны, широко формулированная l. 18 pr. D. 41, 2 и, съ другой стороны, рядъ отдѣльныхъ казусовъ, въ которомъ constitutum possessorium сопровождается каждый разъ какой нибудь causa detentionis. Можно ли сюда примѣнить то правило систематическаго толкованія, по которому болѣе широкая норма ограничивается болѣе узкой нормой[1]), трактующей о томъ же предметѣ? По моему мнѣнію, —нѣтъ. Это правило приложимо только къ *нормамъ*, какъ *абстрактнымъ* положеніямъ права. Нашъ же матеріалъ не таковъ. У насъ только l. 18 pr. cit. является абстрактной нормой; всѣ же остальные фрагменты даютъ намъ отдѣльные *конкретные* казусы. Изъ этихъ казусовъ мы можемъ почерпнуть только то, что, при наличности causa detentionis, constitutum possessorium также имѣетъ мѣсто и вполнѣ дѣйствителенъ. Но насколько существенна causa detentionis? Въ какихъ сдѣлкахъ она можетъ проявляться? Допустимъ ли въ этой роли depositum? Отвѣтить на эти вопросы, на основаніи лишь отдѣльныхъ *казусовъ*, нельзя: такое ограниченіе могла бы дать, повторяю, только *абстрактная* норма, а таковой въ нашемъ распоряженіи нѣтъ.

Такимъ образомъ для требованія субъективной, а тѣмъ болѣе объективной causa detentionis, какъ условія существеннаго, *основаній нѣтъ*. Не имѣетъ основанія и устраненіе сдѣлки поклажи, предлагаемое Берендомъ: признаковъ исключительнаго перечня въ нашихъ казусахъ также нѣтъ[2]).

Но я отнюдь не хочу утверждать, что и одинъ nudum pactum, напр., заявленіе: «traditio совершена», способенъ, по Юстиніанову праву, перенести владѣніе (и собственность) на пріобрѣтателя. Противъ этого извѣстная l. 20 C. 2, 3 и l. 4 C. 7,

---

[1]) L. 80 D. 50, 17: In toto jure generi per speciem derogatur.

[2]) Противъ Behrend'a *Harburger*, Das const. possessorium, S. 65, Anm. 16; онъ ссылается на широкую редакцію l. 18 pr. D. 41, 2. См. и Verhandlungen des 15 deutsch. Juristentages, II, S. 91. *Windscheid*, Lehrb., I, § 155, Anm. 8b. *Müller-Erzbach*, loc. cit.

32. Поэтому я считаю неправильнымъ мнѣніе Виндшейда, допускающаго пріобрѣтеніе владѣнія силою одного такого заявленія[1]).

Я настаиваю, подобно Крошелю, на необходимости присоединенія къ договору traditio еще одного договора, но не о causa detentionis, а *о представительствѣ*[2]). Эти договоры на дѣлѣ часто сближаются, но они не тождественны. Итакъ, не causa detentionis, а допущеніе представительства—l. 53 D. 41, 2 — даетъ constitutum possessorium'у надлежащее мѣсто между требованіемъ traditio, съ одной стороны, и отрицаніемъ такого же дѣйствія за nudum pactum, съ другой стороны. И если мы разсмотримъ ближе l. 18 pr. cit., то ясно увидимъ ея тѣснѣйшую связь съ идеей именно представительства. Въ самомъ дѣлѣ, о переходѣ владѣнія Цельзъ выражается такъ: я перестаю владѣть и *дѣлаю другаго владѣльцемъ ministerio meo*. Что же это за ministerium? Отвѣтъ смотри въ концѣ фрагмента: *procurator* alienae possessioni *praestat ministerium*, — дѣйствіями *прокуратора* пріобрѣтатель получаетъ владѣніе, а прокураторъ, какъ извѣстно, есть *представитель*. Что же касается causa detentionis, то о ней нѣтъ ни слова, и изъ самой природы constitutum possessorium'а, построеннаго очевидно на идеѣ представительства, ея вывести нельзя. Если же въ источникахъ всѣ казусы, касающіеся constitutum possessorium'а, говорятъ о какой нибудь causa, то этимъ доказывается лишь то, что causa въ большинствѣ случаевъ дѣйствительно имѣетъ мѣсто. Но считать ее *существенно* необходимой не правильно. Каждый, въ качествѣ представителя, можетъ пріобрѣсти для другаго домъ, и не нанимая въ немъ квартиры. Воля сдѣлать другаго владѣльцемъ, конечно, — говоритъ Дернбургъ, — должна имѣть какое нибудь субъективное основаніе; но указывать на это основаніе или доказывать его нѣтъ

---

[1]) Кромѣ того, мнѣніе Виндшейда не послѣдовательно: разъ *владѣніе* пріобрѣтается, по его мнѣнію, и безъ causa, то нѣтъ никакого основанія установлять иныя правила для пріобрѣтенія *права собственности по traditio*. Здѣсь вѣдь все дѣло именно въ пріобрѣтеніи владѣнія *согласно волѣ традента*; всѣ же другія условія необходимыя для traditio все равно надо предполагать, такъ какъ они отъ causa detentionis не зависятъ и ею не восполняются. *Randa*, Der Besitz, § 20, Anm 19g. Его же Das Eigenthumsrecht, 1893, § 12, S. 325, Anm. 22.

[2]) *Kroschel*, Archiv für die Civ. Praxis, Bd. 72, S. 261. Вполнѣ теорію Крошеля я однако не раздѣляю.

надобности[1]). А еслибы судъ и потребовалъ какихъ либо доказательствъ, то онъ, по мнѣнію Бэра, проявилъ бы неумѣстное любопытство (eine ganz unberechtigte Neugier)[2]). При всемъ этомъ causa detentionis всякій разъ, когда она имѣетъ мѣсто, можетъ оказать важную помощь при интерпретаціи constitutum possessorium'a[3]) для открытія въ немъ представительства, которое не всегда выражается въ сдѣлкѣ явно[4]).

Во всякомъ же случаѣ, требованіе наличности особой causa detentionis, еслибы оно и было основательно, усложняло бы только внутреннюю сторону сдѣлки, соглашеніе, не касаясь существенной стороны traditio, внѣшней. Такимъ образомъ принципъ traditio могъ бы выиграть только количественно, а не качественно[5]).

Кромѣ спасенія принципа traditio, требованію causa detentionis приписываютъ еще способность предупреждать или устранять симулятивныя сдѣлки.

Но Дернбургъ совершенно резонно замѣчаетъ противъ этого: кто задумалъ симулятивный переходъ владѣнія, тому уже не трудно придумать и сдѣлку, которая оправдывала бы оставленіе вещи у конституента[6]).

Теперь, въ концѣ концовъ, необходимо замѣтить, что constitutum possessorium имѣлъ громадное значеніе въ исторіи системы traditio. Но значеніе это было различно въ различныя эпохи. Въ Римѣ constitutum possessorium во всякомъ случаѣ *сохранялъ* систему traditio, потому что сглаживалъ ея недостатки, уменьшалъ ея неудобства; благодаря ему, системой traditio не могли

---

[1]) ... genügt der beiderseitige Wille, um den andern Theil zum Besitzer zu machen. *Dieser Wille muss natürlich subjektif einen Grund haben*, aber dieser Grund braucht nicht nachgewiesen zu werden. Pand., I, § 181, Ziff. 1.

[2]) *Bähr*, Urtheile des Reichsgerichts, S. 66.

[3]) *Biermann*, Das const. possessorium, S. 54.

[4]) Но см. *Kroschel*, Arch. für die Civ. Praxis, Bd. 72, S. 261, 262.

[5]) Ср. *Müller-Erzbach*, Das Traditionsprinzip, S. 23. *Biermann*, Das const. possessorium, S. 50.

[6]) *Dernburg*, Pand., I, § 181, Anm. 5. *Bähr*, Urtheile des Reichsgerichts, S. 68. *Brunner*, Verhandlungen des 15 deutsch. Juristentages, I, S. 122, 123. Вообще противъ возможности бороться съ обманомъ. *Leonhard*, ibid., S. 95, 96. См. еще тамъ же, стр. 92 слѣд., 97. При голосованіи съѣздъ высказался за каузальность de lege ferenda, ibid., S. 128.

особенно тяготиться. Въ новое же время во Франціи, какъ увидимъ ниже, наоборотъ: constitutum possessorium *уничтожилъ* систему traditio, превративши ее изъ болѣе или менѣе реальнаго факта просто въ стилистическій оборотъ рѣчи въ сдѣлкахъ отчужденія.

Послѣ этой важнѣйшей въ системѣ traditio фигуры мы перейдемъ къ описанію способа пріобрѣтенія владѣнія, который является какъ бы обратной стороной constitutum possessorium'a и называется traditio brevi manu[1]).

Сюда относятся тѣ случаи, когда detentio находится не у отчуждателя или его представителя, а у самого пріобрѣтателя. Этотъ могъ получить вещь въ свое держаніе по какой нибудь сдѣлкѣ (наемъ, *поклажа* и т. п.), заключенной раньше совершенно самостоятельно и независимо отъ предположеннаго впослѣдствіи отчужденія и пріобрѣтенія. Здѣсь собственникъ сохраняетъ за собою владѣніе, а его контрагентъ имѣетъ только простое держаніе. И вотъ, при наличности такого положенія дѣла, стороны приходятъ къ соглашенію о переходѣ права собственности на детентора.

Если держаться буквально предписанія traditio, то въ подобныхъ случаяхъ пришлось бы совершать двойную передачу. Римскіе юристы признали это излишнимъ и допустили здѣсь переходъ владѣнія *силою одного соглашенія стороны, solo animo*[2]):

---

[1]) *Dernburg*, Pand., § 181, Ziff. 2. *Ефимовъ*, Догма рим. права, стр. 279.

[2]) § 44 I. 2, 1: Interdum ediam *sine traditione nuda voluntas sufficit domini ad rem transferendam*, veluti si rem, quam tibi aliquis commodavit aut locavit aut apud te deposuit, vendiderit tibi aut donaverit. Quamvis enim ex ea causa tibi eam non tradiderit, *eo tamen ipso, quod patitur tuam esse*, statim adquiritur tibi proprietas perinde ac si eo nomine tradita fuisset. Такъ же l. 9 § 5 D. 41, 1. L. 9 § 9 D. 12, 1: Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti. Nerva Proculus etiam *antequam moveantur* condicere quasi mutua tibi haec posse ajunt, et est verum, ut et Marcello videtur, *animo enim coepit possidere*. L. 9 § 1 D. 6, 2: Si quis rem apud se depositam vel sibi commodatam emerit vel pignori sibi datam, *pro tradita erit accipienda*, si post emptionem apud eum remansit. См. еще l. 62 pr. D. 21, 2. *Savigny*, Das Recht des Besitzes, § 19, S. 242 ff. *Randa*, Der Besitz, S. 425, 426. *Keller*, Pand., § 118, S. 227. *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, II, § 5, S. 100—113. *Exner*, Rechtserwerb durch Tradition, S. 109. *Bähr*, Zur Besitzlehre, Iherings Iahrbücher, Bd. 26, N. F. 14, S. 325. *Appleton*, De la possession, § 91.

corpus уже установленъ раньше, хотя и по другому основанію[1]); въ совпаденіи же возникновенія corpus'a и animus'a во времени надобности нѣтъ[2]).

Здѣсь также возникаетъ вопросъ подобный тому, съ какимъ мы уже встрѣчались при разсмотрѣніи constitutum possessorium'a: необходимо ли, чтобы пріобрѣтатель-детенторъ *лично* имѣлъ вещь у себя въ моментъ соглашенія, или же traditio brevi manu возможна и въ тѣхъ случаяхъ, когда детенторъ, въ свою очередь, отдалъ вещь кому нибудь въ наемъ, аренду и т. п.? Отъ такого или иного рѣшенія этого вопроса зависитъ, конечно, не самый принципъ traditio brevi manu, а лишь величина той области, гдѣ этотъ способъ пріобрѣтенія владѣнія можетъ имѣть примѣненіе.

Личной детенціи требуетъ Рустратъ[3]). Противъ него Штрогаль[4]) и Гарбургеръ[5]). Они указываютъ на тѣ случаи, когда доступъ къ вещи невозможенъ, и, слѣдовательно, невозможна и apprehensio, а между тѣмъ нѣтъ закона, который исключалъ бы возможность пріобрѣтенія въ такихъ случаяхъ. Слѣдовательно, владѣніе пріобрѣтается animo solo.

Указывается и на то, что ни одинъ изъ фрагментовъ, относящихся къ brevi manu traditio не выставляетъ такого требованія, чтобы пріобрѣтатель лично держалъ вещь. А разъ въ законѣ такого различія не дѣлается, и къ тому же постоянно повторяется о пріобрѣтеніи владѣнія animo solo, то и мы вводить это различіе не должны.

Послѣднее разсужденіе мнѣ кажется совершенно правильнымъ.

---

[1]) При этомъ интересно то, что для примѣненія traditio brevi manu совсѣмъ нѣтъ необходимости, чтобы детенторъ держалъ вещь отъ имени *отчуждателя-собственника*. Наоборотъ, достаточно всякое отношеніе къ вещи, которое, при соединеніи съ соотвѣтственной волей управомоченнаго лица, можетъ представить собою дѣйствительную traditio. Такимъ образомъ вещь можетъ быть получена детенторомъ и отъ третьяго лица. *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, II, S. 111.

[2]) *Randa*, loc. cit. Такимъ образомъ многіе авторы и здѣсь никакого исключенія не усматриваютъ, напр., *Appleton*, loc. cit.

[3]) *Ruhstrat*, Iherings Jahrbücher, Bd. 14, S. 360 ff.

[4]) *Strohal*, Succession in den Besitz, S. 188, 189.

[5]) *Harburger*, Das const. possessorium, S. 24—27.

Далѣе, на основаніи сказаннаго Гарбургеръ приходитъ къ слѣдующему выводу: такъ какъ при traditio brevi manu и не имѣя detentio можно пріобрѣсти владѣніе, то, слѣдовательно, и при constitutum possessorium'ѣ — въ виду тѣсной связи между этими двумя способами пріобрѣтенія — также вполнѣ возможно пріобрѣтеніе владѣнія для другаго, хотя бы конституентъ и не имѣлъ лично у себя детенціи[1]).

Это и есть то «еще одно» доказательство въ пользу принятаго мною взгляда, которое я выше, въ соотвѣтствующемъ мѣстѣ, обѣщалъ привести (стр. 98, пр. 2).

Наконецъ, еще одна подробность. Могу ли я пріобрѣсти право собственности, также не прибѣгая къ двойной передачѣ, а силою одного соглашенія, если я раньше уже получилъ какимъ нибудь образомъ *не detentio, а владѣніе* (по залогу, прекаріуму)? На это источники отвѣчаютъ утвердительно[2]).

Отсюда, мнѣ кажется, можно вывести и другое заключеніе, касающееся раньше разсмотрѣнной категоріи случаевъ. — Если я отчуждаю кому нибудь вещь въ собственность и *оставляю* себѣ *не detentio, а владѣніе* по залогу, прекаріуму и т. п., то и здѣсь достаточно одного соглашенія, двойная передача не нужна, и право собственности перейдетъ на пріобрѣтателя[3]) (чрезъ const. possessorium).

Не правильно было бы однако думать, что въ этихъ случаяхъ право собственности переходитъ *безъ* владѣнія. Здѣсь надо имѣть въ виду то раздѣленіе владѣнія на два вида, на которое нами было уже отчасти указано выше[4]), именно: владѣніе собственническое и реальное владѣніе — держаніе закладопринимателей, прекаристовъ, секвестраріевъ и другихъ[5]). И вотъ, въ

---

[1]) *Harburger*, loc. cit.

[2]) L. 21 § 1 D. 41, 1: Si rem meam *possideas*, et eam velim tuam esse, fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit. *Savigny*, Das Recht des Besitzes, S. 243, 244. *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, II, S. 100, Anm. 1. *Bekker*, Das Recht des Besitzes, S. 88, Anm. 1, прибавляетъ сюда еще l. 32 pr. D. 41, 3: Si fur rem furtivam a domino emerit et pro tradita habuerit, desinet eam pro furtiva possidere et incipiet pro suo possidere.

[3]) Ср. *Ihering*, Der Besitzwille, S. 211.

[4]) Стр. 53, прим. 2 и стр. 72, 73.

[5]) *Siegm. Klein*, Der mittelbare Besitz des B. G. B., 1899, S. 9, 10.

только что описанныхъ случаяхъ право собственности пріобрѣтается вмѣстѣ съ *собственническимъ* владѣніемъ, но безъ реальнаго владѣнія, на сторонѣ котораго, при такомъ раздвоеніи, остаются и интердикты.

Наконецъ, мы переходимъ къ описанію послѣдняго способа совершенія traditio, именно къ тому, который описанъ въ l. 1 C. 8, 53 (54):

Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis, et ipsorum mancipiorum traditionem factam intellegis, et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere. *Impp. Severus et Antoninus AA. Lucio.*

Дѣло идетъ о дареніи рабовъ, и по этому поводу постановляется: необходимая traditio считается совершившеюся, если даритель передастъ одаренному документы, удостовѣряющіе его, дарителя, право собственности на этихъ рабовъ; поэтому, если-бы даритель отказался впослѣдствіи выдать пріобрѣтателю и самихъ рабовъ, то одаренный, въ виду совершившагося уже перехода права собственности, могъ бы предъявить къ дарителю вещный искъ.

Итакъ, передача документа замѣняетъ передачу раба; съ передачей документа пріобрѣтатель получаетъ и владѣніе, и право собственности на самого раба[1]).

Эти положенія и ихъ обоснованіе возбуждаютъ однако въ литературѣ много споровъ[2]).

Такъ, прежде всего, Савиньи (если оставить въ сторонѣ болѣе старую литературу) въ первыхъ изданіяхъ своего изслѣдованія о владѣніи объяснялъ это мѣсто чрезъ constitutum possessorium[3]). Однако разбираемый фрагментъ не даетъ для этого основанія: ни изъ чего не видно, чтобы даритель выговаривалъ себѣ право или обязывался сохранить за собою detentio въ ка-

---

[1]) «Einen unkörperlichen Akt» видитъ здѣсь *Pininski*, Sachbesitzerwerb, I, S. 408. Пріобрѣтеніе владѣнія безъ матеріальной apprehensio усматриваетъ и *Saleilles*, Étude sur les éléments constitutifs de la possession, n. 37, 46—49.

[2]) Литературу см. у Виндшейда, Lehrb., I, § 153, Anm. 10, S. 672.

[3]) *Savigny*, Das Recht des Besitzes, S. 221. Anm. 1. Такъ и *Leonhard*, см. *Pininski*, Sachbesitzerwerb, I, S. 409.

чествѣ представителя одареннаго[1]). Впослѣдствіи Савиньи отказался отъ этого объясненія и принялъ другое, установленное еще глоссаторами: при передачѣ документовъ предполагается *присутствіе* рабовъ, которое именно и даетъ возможность воздѣйствовать на нихъ, т. е. даетъ пріобрѣтателю владѣніе[2]).

Однако, при такомъ объясненіи, надо было бы допустить, что законодатель пропустилъ въ своемъ рѣшеніи самое важное обстоятельство, отъ котораго зависитъ пріобрѣтеніе владѣнія и права собственности, а это, по мнѣнію Дернбурга, не вѣроятно[3]). Правда, Савиньи, какъ бы предвидя такое возраженіе, замѣчаетъ, что данный фрагментъ взятъ изъ рескрипта, а въ рескриптахъ, какъ рѣшеніяхъ на отдѣльные случаи, нельзя искать *полнаго* перечисленія и объясненія всѣхъ условій необходимыхъ вообще для даннаго рода сдѣлокъ: въ рескриптѣ дается отвѣтъ *только* на предложенный частный вопросъ. Но уже и самъ Савиньи старается оправдать свое мнѣніе тѣмъ, что другія объясненія содержатъ въ себѣ *еще большія натяжки*[4]).

Мнѣ кажется однако, что требованіе присутствія раба не основательно, какъ это доказывается многими учеными.

«Поистинѣ удивительно то объясненіе, замѣчаетъ Пининскій[5]), которое говоритъ, что владѣніе пріобрѣтается не такимъ способомъ, о какомъ идетъ рѣчь въ разбираемомъ фрагментѣ, а какимъ то совершенно другимъ»!

И въ самомъ дѣлѣ, если рабы присутствуютъ при заключеніи договора, то почему стороны не ограничиваются простой и уже очень облегченной передачей, резонно спрашиваетъ Гольдшмидтъ[6]). А Майшайдеръ прямо утверждаетъ, что разбираемый

---

[1]) *Pininski*, op. cit., I, S. 400, 409. *Harburger*, Das const. possessorium, S. 77. *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, § 52, S. 253. Ср. и *Goldschmidt*, Studien zum Besitzrecht, S. 14—16.

[2]) *Savigny*, Das Recht des Besitzes, S. 220, 221. Такого же мнѣнія *Randa*, Der Besitz, S. 441, Anm. 53. *Wodon*, Traité théorique et pratique de la possession, I, n. 197. *Molitor*, La possession, n. 29. *Appleton*, De la possession, § 91.

[3]) *Dernburg*, Pand., I, § 178, Anm. 13. Такъ и *Goldschmidt*, Studien zum Besitzrecht, S. 5.

[4]) *Savigny*, op. cit., S. 221.

[5]) *Pininski*, Sachbesitzerwerb, I, S. 400.

[6]) *Goldschmidt*, loc. cit.

фрагментъ имѣетъ въ виду именно *отсутствіе* раба: еслибы онъ присутствовалъ, то даритель ограничился бы однимъ устнымъ приказаніемъ рабу служить впредь новому господину, а такъ какъ онъ отсутствуетъ, то и нуженъ какой нибудь другой знакъ перехода раба къ другому господину; такимъ знакомъ и доказательствомъ и служитъ instrumentum emptionis[1]).

Ту же идею проводитъ и Салейль: еслибы рабы присутствовали, то не было бы сомнѣній, и не было бы повода обращаться къ императору за разъясненіемъ, а если сомнѣнія возникли, то, значитъ, рабы не присутствовали[2]).

Я вполнѣ присоединяюсь къ послѣднему соображенію; оно ничуть не обезсиливается и особой природой императорскихъ рескриптовъ.

Итакъ, согласно вполнѣ ясному[3]) смыслу разбираемой l. 1 cit., передача документовъ *сама по себѣ* производитъ переходъ владѣнія и права собственности на пріобрѣтателя[4]).

Напрасно только Гольдшмидтъ настаиваетъ, что понятіе владѣнія, какъ фактической власти, здѣсь не терпитъ пораженія[5]). Это пораженіе очевидно, и романисты, по выраженію Бруннера, безъ всякаго успѣха напрягаютъ всѣ свои силы, чтобъ привести разбираемый фрагментъ въ согласіе съ господствующей теоріей владѣнія[6]).

Теперь намъ остается опредѣлить объемъ примѣненія l. 1 cit.

---

[1]) *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, S. 253, 254. Противъ Савиньи и *Rudorff*, Das Recht des Besitzes von Savigny, Anhang 63, S. 636 ff. *Strohal*, Succession in den Besitz, S. 186, Anm. 27; этотъ ученый ссылается еще и на l. 48 D. 41, 2, по которой для пріобрѣтенія владѣнія на рабовъ отнюдь не требуется присутствіе всѣхъ ихъ. *Pininski*, Sachbesitzerwerb, I, S. 404.

[2]) *Saleilles*, Étude sur les éléments constitutifs de la possession, n. 30, 46.

[3]) *Pininski*, op. cit., I, S. 401, 402.

[4]) *Goldschmidt*, Studien, S. 4, 16. *Pininski*, op. cit., S. 408.

[5]) Studien, S. 16.

[6]) *Brunner*, Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde, Bd. I, 1880, S. 115, Anm. 5. *Strohal*, Succession in den Besitz, S. 186 ff., видитъ здѣсь одно изъ доказательствъ возможности *производнаго* пріобрѣтенія владѣнія. Противъ этого *Goldschmidt*, Studien, S. 16.

Кажется, правильно мнѣніе тѣхъ, которые видятъ здѣсь jus singulare: l. 1 cit. примѣнима только къ отчужденію *рабовъ*[1]).

Пининскій обращаетъ вниманіе на вообще совершенно особый характеръ всего института владѣнія рабами[2]), а также и на то, что только для раба, какъ существа одушевленнаго, совершенно достаточна какимъ бы то ни было образомъ засвидѣтельствованная воля отчуждателя, чтобъ перейти во владѣніе новаго господина[3]).

До сихъ поръ мы разсматривали такіе случаи, когда отчуждатель имѣетъ у себя владѣніе, по крайней мѣрѣ, собственническое, и когда такимъ образомъ переходъ права собственности можетъ совершиться однимъ изъ описанныхъ способовъ пріобрѣтенія по traditio[4]).

Теперь намъ остается еще упомянуть о той категоріи случаевъ, когда собственникъ *не имѣетъ владѣнія*,—когда владѣльцемъ оказывается третье (добросовѣстное или недобросовѣстное) лицо.

Напр., я продаю или дарю кому нибудь мою вещь, но передъ совершеніемъ traditio эту вещь отнимаетъ у меня кто нибудь силой или какимъ нибудь образомъ похищаетъ, такъ что traditio дѣлается невозможной.

---

[1]) *Brunner*, op. cit., S. 115, 116. *Pininski*, Sachbesitzerwerb, I, S. 402 ff. Ср. *Meischeider*, Besitz, S. 254, 255. *Goldschmidt*, op. cit., S. 16. *Salleiles*, Étude sur les élémente constitutifs de la possession, n. 49.

[2]) См. объ этомъ *Bekker*, Das Recht des Besitzes, § 9, S. 58 ff. *Goldschmidt*, op. cit., S. 11.

[3]) *Pininski*, op. cit., I, S. 406—408. См. еще по поводу l. 1 cit. *Ihering*, Ueber den Grund des Besitzesschutzes, S. 206. *Exner*, Rechtserwerb durch Tradition, S. 156, 157: необходимъ документъ, доказывающій право отчуждателя, а не документъ о настоящемъ отчужденіи; такъ и *Goldschmidt*, op. cit., S. 16. О теоріи Барона—*Goldschmidt*, op. cit., S. 6, и *Rudorff*, Das Recht des Besitzes von Savigny, Anhang 1, S. 561, 562. *Harburger*, Das const. possessorium, S. 78, видитъ въ l. 1 cit. символическую traditio. Противъ этого *Goldschmidt*, Studien, S. 16, *Molitor*, La possession, n. 29, *Appleton*, De la possession, §§ 90, 91. Ср. *Pininski*, op. cit., S. 409, *Bähr*, Zur Besitzlehre, Iherings Jahrbücher, Bd. 26, N. F. 14, S. 324, 325.

[4]) См. еще исключительную l. 23 C. 1, 2. *Dernburg*, Pand., I, § 211, Anm. 2. *Thibaut*, Arch. für die Civ. Praxis, Bd. 20, S. 2—10.

Римскій законъ предписываетъ въ такихъ случаяхъ, чтобы отчуждатель цедировалъ пріобрѣтателю свою rei vindicatio[1]).

Такимъ образомъ здѣсь цессія является *принудительной*. Но возможно и такое положеніе дѣла, которое выдвигаетъ вопросъ о возможности *добровольной* цессіи вещнаго иска. Напр., собственникъ теряетъ владѣніе вещью, относительно которой онъ пока еще не вступалъ ни въ какія сдѣлки, но послѣ утраты владѣнія хочетъ этой вещью какъ нибудь распорядиться: продать, подарить и т. п. Не имѣя владѣнія, собственникъ прибѣгаетъ къ цессіи rei vindicatio своему контрагенту, что́ также считалось по римскому праву возможнымъ[2]).

Вообще цессія виндикаціоннаго иска, въ виду отчужденія права собственности, выступаетъ на сцену тогда (и только тогда), когда traditio ни въ одной изъ своихъ модификацій не возможна[3]).

---

[1]) L. 31 D. 19, 1: Si ea res, quam ex empto praestare debebam, vi mihi adempta fuerit; quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius, quam actiones persequendae ejus praestari a me emptori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit. Actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi praestare debebo, ut omne lucrum ac dispendium te sequatur. L. 35 § 4 D. 18, 1: Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat: si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus pater familias suis rebus adhibet, quam si praestiterit et tamen rem perdidit, securus esse debet, ut tamen scilicet vindicationem rei et condictionem exhibeat emptori. Unde videbimus in personam ejus, qui alienam rem vendiderit, cum is nullam vindicationem aut condictionem habere possit, ob id ipsum damnandus est, quia, si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emptorem transferre. См. еще l. 81 (80) pr. D. 47, 2; l. 14 pr. eod.; l. 21 in fine D. 18, 4; § 3a J. 3, 23. *Stampe*, Arch. für die Civ. Praxis, Bd. 80, N. F. 30, S. 314 ff.

[2]) L. 9 C. 4, 39: Certi et indubitati juris est ad similitudinem ejus, qui personalem redemerit actionem et utiliter eam movere suo nomine conceditur, et eum, qui in rem actionem comparaverit, eadem uti posse facultate. Cum enim actionis nomen generale est omnium sive in rem sive in personam actionum et apud omnes veteres juris conditores hoc nomen in omnibus pateat, nihil est tale, quod differentiam in hujusmodi utilibus actionibus possit introducere. *Stampe*, loc. cit., S. 319.

[3]) Произвольной *замѣнѣ* традиціи цессіей мѣшала бы во всякомъ случаѣ l. 20 C. 2, 3. Ср. по этому поводу неправильное разсужденіе *Müller-Erzbach'a*, Das Traditionsprinzip, S. 40.

И вотъ для всѣхъ этихъ случаевъ возникаетъ вопросъ · какое значеніе и какія послѣдствія принадлежатъ этой цессіи виндикаціи? А именно: остается ли тѣмъ не менѣе необходимымъ для цессіонарія пріобрѣтеніе владѣнія, или же для пріобрѣтенія права собственности достаточно и одного полученія rei vindicatio?

Вообще вопросъ о цессіи вещныхъ исковъ, въ виду крайней недостаточности законодательнаго матеріала, разработанъ въ литературѣ весьма неудовлетворительно: во всемъ ученіи о цессіи нѣтъ почти ни одного положенія, которое пользовалось бы общимъ признаніемъ[1]).

Тѣмъ не менѣе всѣ, кромѣ Мюллеръ-Эрцбаха, признаютъ, что цессія rei vindicatio не переноситъ сама по себѣ *права* собственности; право собственности подлежитъ, не смотря на цессію, особому пріобрѣтенію чрезъ овладѣніе вещью; только съ пріобрѣтеніемъ владѣнія пріобрѣтается право собственности[2]).

Но что же даетъ rei vindicatio цессіонарію?

Здѣсь мнѣнія очень расходятся.

Безспорно цессіонарій можетъ требовать вещь отъ всѣхъ тѣхъ, отъ кого могъ бы требовать и самъ цедентъ[3]). Но очень споренъ вопросъ о прочности и устойчивости этого права цессіонарія. Такъ, Іерингъ учитъ, что цедентъ различнѣйшими способами можетъ обратить въ ничто право цессіонарія: можетъ отказаться отъ своего права собственности, можетъ отчудить

---

[1]) Обзоръ и подробную критику новой литературы по вопросу о цессіи даетъ *Stampe*, Die Lehre von der Abtretuug der Vindikation, Archiv für die Civ. Praxis, Bd. 80, N. F. Bd. 30, 1893, S. 305—427. Литературу, появившуюся послѣ 1893 года, см. у Виндшейда, Lehrb., II, § 337. Къ указанному тамъ прибавить еще: *Müller-Erzbach*, Das Traditionsprinzip beim Erwerbe des Eigenthums, 1898, S. 32—41.

[2]) *Dernburg*, Pand., I, § 225, Ziff. 1. *Windscheid*, Lehrb., I, § 337, Ziff. 4. *Exner*, Rechtserwerb durch Tradition, S. 193. *Ihering*, Uebertragung der Reivindicatio auf Nichteigenthümer (Cession derselben, reiv. utilis, Connossement), Iherings Jahrbücher, Bd. I, 1856, S. 119. Іерингъ цитируетъ l. 6 D. 39, 5:... quasi traditio enim facta videtur, cum eximitur domini voluntate, и l. 47 D. 6, 1:... si res absens sit, tunc cum possessionem ejus.... nactus sit. *Stampe*, op. cit., S. 353, 354. *Maynz*, Cours de droit romain, I, § 106, p. 729, note 14.

[3]) *Stampe*, op. cit., S. 334 ff.

свое право другому, напр., посредствомъ легата, можетъ и самъ предъявить къ владѣльцу виндикаціонный искъ, не утраченный окончательно путемъ цессіи, наконецъ, можетъ цедировать тотъ же искъ другому лицу; — все это обезсиливаетъ право перваго цессіонарія[1]).

Но есть и другое мнѣніе, по которому цессіонарій получаетъ прочное и устойчивое право, на которое не оказываютъ вліянія никакія дальнѣйшія распоряженія со стороны цедента[2]).

Ни одно изъ этихъ мнѣній не имѣетъ твердаго основанія въ источникахъ. Однако, повидимому, въ пользу послѣдняго взгляда говоритъ то обстоятельство, что цессіонарій имѣетъ право виндикаціи даже противъ самого собственника на тотъ случай, еслибы послѣдній вновь пріобрѣлъ владѣніе[3]).

Но это право, какъ оно ни вѣроятно, нѣкоторыми оспаривается[4]).

Спорнымъ также оказывается важный для насъ вопросъ о томъ, имѣетъ *ли* цессіонарій право *виндикаціи* противъ тѣхъ третьихъ лицъ, которыя, *съ согласія собственника*, вступаютъ во владѣніе вещью, и такимъ образомъ пріобрѣтаютъ право собственности по правиламъ о traditio? Іерингъ отказываетъ цес-

---

[1]) *Ihering*, op. cit., S. 109—111, 116. *Exner*, op. cit., S. 193 ff. *Stampe*, op. cit., S. 336 ff.

[2]) *Müller-Erzbach*, op. cit., S. 39. *Stampe*, op. cit., S. 342 ff.

[3]) Это право цессіонарія также оспаривается нѣкоторыми учеными. Оно опирается на l. 63 D. 6, 1: Si culpa non fraude quis possessionem amiserit, quoniam pati debet aestimationem, audiendus erit a judice, si desideret, ut adversarius actione sua cedat; cum tamen praetor auxilium quandoque laturus sit quolibet alio possidente, nulla captione adficietur. *Ipso quoque, qui litis aestimationem perceperit, possidente, debet adjuvari;* nec facile audiendus erit ille, si velit postea pecuniam, quam ex sententia judicis periculo judicati recepit, restituere. См. и аналогичную l. 11 § 2 D. 2, 1. За возможность виндикаціи противъ цедента Дернбургъ, Pand., I, § 225, Anm. 2. Штампе, op. cit., S. 387, S. 393 ff., insbes. S. 405 ff. *Müller-Erzbach*, op. cit., S. 37. *Bähr*, Zur Cessionslehre, Iherings Jahrbücher, Bd. I, Heft. 1, S. 443, 444. Раньше такъ и Виндшейдъ, Lehrb., II, § 337, Anm. 5; затѣмъ онъ впалъ въ сомнѣніе.

[4]) Сюда принадлежитъ, напр., *Exner*, op., cit., S. 193, Anm. 129.

сіонарію въ этомъ искѣ[1]). А другіе, напр., Шмидъ, даютъ ему это право на основаніи l. 4 § 27—31 D. 44, 4[2]).

Рѣшая эти вопросы въ пользу цессіонарія, Мюллеръ-Эрцбахъ уравниваетъ такимъ образомъ этого послѣдняго собственнику и потому особое пріобрѣтеніе владѣнія считаетъ излишнимъ[3]).

Дѣйствительно, еслибы здѣсь сомнѣній не было, то положеніе цессіонарія равнялось бы приблизительно положенію бонитарныхъ собственниковъ: nudum jus цедента не имѣло бы практическаго значенія[4]).

Но, въ виду отсутствія прочныхъ основаній, я оставляю этотъ вопросъ открытымъ.

---

[1] Такова traditio сама по себѣ.

Теперь намъ необходимо коснуться очень спорнаго вопроса о томъ, *достаточно ли такой traditio для перехода права собственности, или же для этого необходима еще наличность той* сдѣлки или того основанія — вообще той causa, — на основаніи или въ виду которой совершается traditio. Скажемъ точнѣе: необходимо ли объективное существованіе основанія, вызывающаго традицію, такъ что если его въ дѣйствительности нѣтъ, то и право собственности не перейдетъ на пріобрѣтателя, или же достаточно и субъективнаго убѣжденія сторонъ въ томъ, что соотвѣтствующая causa дѣйствительно существуетъ: ея недѣйствительность переходу права собственности не помѣшаетъ[5]).

Напр., я уплачиваю кому нибудь извѣстную сумму денегъ для погашенія долга, котораго въ дѣйствительности, какъ оказывается, нѣтъ. Или: я предлагаю моему депозитарію хранящіеся

---

[1]) *Ihering*, loc. cit., S. 110.

[2]) *Stampe*, op. cit., S. 344, 345.

[3]) *Müller-Erzbach*, op. cit., S. 37 f.

[4]) Прибавить къ сказанному, что вся *экономическая* сторона rei vindicatio принадлежитъ цессіонарію: онъ имѣетъ, по выраженію Дернбурга, die *Ausübung* fremden Rechtes in *seinem Interesse*. Pand., I, § 225, Ziff. 1.

[5]) Необходимо отличать эту causa traditionis отъ causa detentionis при constitutum possessorium'ѣ. Первая есть то основаніе, по которому вещь *передается пріобрѣтателю*; вторая—то основаніе, по которому вещь *оставляется у отчуждателя*. А такъ какъ это вещи различныя, то и рѣшеніе вопроса о causa также можетъ быть различно въ обоихъ случаяхъ.

у него мои часы оставить себѣ за извѣстную сумму денегъ, а онъ, не отрицая поклажи, оставляетъ ихъ себѣ въ подарокъ [1]).

При системѣ каузальности traditio право собственности въ этихъ случаяхъ не перейдетъ, и если вещь уже находится у пріобрѣтателя, то тradентъ можетъ возстановить свое отношеніе къ имуществу посредствомъ вещнаго иска, actio in rem. При системѣ же абстрактности, при которой causa traditionis значенія не имѣетъ, право собственности въ обоихъ случаяхъ переходитъ на пріобрѣтателя окончательно, и тradентъ для защиты своихъ интересовъ можетъ воспользоваться только личнымъ искомъ, actio in personam.

Различіе состоитъ далѣе въ слѣдующемъ. Во 1-хъ, хотя бы вещь еще находилась у перваго пріобрѣтателя, и ее можно было бы отличить отъ другихъ подобныхъ вещей, тѣмъ не менѣе тradентъ, снабженный только личнымъ искомъ, долженъ былъ бы сравняться съ другими кредиторами пріобрѣтателя, а при вещномъ искѣ онъ можетъ виндицировать свою вещь спеціально для себя и независимо ни отъ кого. Во 2-хъ, имѣя вещный искъ, можно отобрать свою вещь при извѣстныхъ условіяхъ и у третьяго лица; искъ же личный этого права не даетъ ни въ какомъ случаѣ [2]).

Такимъ образомъ практическое различіе обѣихъ системъ очень важно.

Важно также и ихъ различное вліяніе на оборотъ вообще. Такъ, абстрактная traditio протежируетъ пріобрѣтателямъ [3]): при ней каждое пріобрѣтеніе, такъ сказать, прочнѣе, устойчивѣе: оборотъ ускоряется; ему не угрожаютъ судебные споры и опроверженія, вынуждающія, кромѣ закономѣрности самой traditio, изслѣдовать еще вопросъ о наличности и юридической дѣйствительности того основанія, которымъ данное отчужденіе вызвано. Съ другой стороны, система каузальности traditio выше всего ставитъ не оборотъ самъ по себѣ, а его закономѣрность и пра-

---

[1]) Примѣръ взятъ у *Strohal'я*, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Iherings Jahrbücher, Bd. 27, N. F. Bd. 15. 1889, S. 344.

[2]) Ibid., S. 406, 407.

[3]) *Leonhard*, Der Allgemeine Theil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1900, § 69, S. 267. *Strohal*, op. cit., S. 389.

вильность: пусть обращеніе имуществъ будетъ совершаться нѣсколько медленнѣе, за то въ сдѣлкахъ будетъ больше осторожности, а если тѣмъ не менѣе ошибка произойдетъ, то справедливыя требованія потерпѣвшаго традента будутъ удовлетворены полнымъ возстановленіемъ прежняго состоянія: возвращеніемъ самой вещи, а не ея эквивалента или какихъ нибудь убытковъ.

Обѣ системы представляютъ такимъ образомъ свои выгодныя и невыгодныя стороны.

Какъ же этотъ важный вопросъ регулировался въ римскомъ правѣ?

Источники не даютъ намъ возможности сказать что нибудь категорически, такъ какъ главныя мѣста, сюда относящіяся, содержатъ въ себѣ непримиримое противорѣчіе.

Такъ, мы имѣемъ прежде всего общее постановленіе въ l. 31 pr. D. 41, 1:

> Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua alia justa causa praecesserit.

Здѣсь мысль ясна. За то въ рѣшеніяхъ отдѣльныхъ казусовъ Юліанъ и Ульпіанъ высказываютъ діаметрально противоположныя мнѣнія.

Такъ, Юліанъ слѣдующимъ образомъ высказывается въ пользу абстрактности:

> Cum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi; nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus, l. 36 D. 41, 1.

Итакъ, передаю тебѣ земельный участокъ, думая, что долженъ это сдѣлать на основаніи завѣщанія, а ты основаніе передачи видишь въ стипуляціи. Или: передаю тебѣ деньги въ подарокъ, а ты принимаешь ихъ въ заемъ. Въ обоихъ случаяхъ, по мнѣнію Юліана, нѣтъ никакихъ основаній противъ перехода права собственности.

Наоборотъ, Ульпіанъ, приводя изъ Юліана только второй

примѣръ, рѣшаетъ его въ обратномъ смыслѣ: нѣтъ ни даренія, ни займа, и право собственности на деньги остается у традента[1]).

При такомъ состояніи источниковъ не удивительно, что и наука въ различныя времена и въ лицѣ различныхъ своихъ представителей склонялась и склоняется то въ ту, то въ другую сторону.

Такъ, еще выдающіеся юристы среднихъ вѣковъ держались противоположныхъ мнѣній: Куяцій стоялъ за каузальность, а Донеллъ—за абстрактность[2]).

То же разногласіе и въ новое время. До Савиньи была очень распространена теорія каузальности. Савиньи же сдѣлалъ крутой поворотъ въ пользу теоріи абстрактности[3]).

При mancipatio, говоритъ Савиньи въ своемъ Обязательственномъ правѣ, совсѣмъ не упоминается о justa causa. Но и при traditio она имѣетъ совсѣмъ не то значеніе, какое ей обыкновенно приписываютъ. Такъ, нѣкоторые думаютъ, что передачѣ должно предшествовать направленное на нее обязательство, или что traditio должна представлять изъ себя solutio. Это вызвано словомъ «praecesserit» (l. 31 pr. D. 41, 1). Но никакого обязательства нѣтъ, напр., при подачѣ милостыни[4]). Въ дѣйствительности justa causa имѣетъ иное значеніе. Дѣло въ томъ, что передача совершается, какъ извѣстно, для различныхъ цѣлей: 1) для найма, залога, поклажи и т. п.; 2) для купли-продажи, мѣны[5]). Въ первой категоріи случаевъ стороны не желаютъ перехода права собственности, а во второй — желаютъ. Слѣдовательно, traditio переноситъ право собственности не сама по себѣ,

---

[1]) L. 18 D. 12, 1: Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipis, Julianus scribit donationem non esse, sed an mutua sit videndum, et puto nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit.

[2]) *Kindel*, Konsensprinzip oder § 1, I, 10, A. L. R.? Iherings Jahrbücher, Bd. 29, 1890, S. 423. *Exner*, Rechtserwerb durch Tradition, S. 323.

[3]) *Dernburg*, Pand., I, § 213, Anm. 8. Старую литературу указываетъ *Hofmann*, Die Lehre vom titulus und modus acquirendi und von der justa causa traditionis, 1873. А затѣмъ см. Виндшейда, Lehrb., I, § 171, Anm. 5, *Karlowa*, Das Rechtsgeschäft, § 33, S. 204 ff. *Randa*, Das Eigenthumsrecht, S. 283, Anm. 45.

[4]) *Savigny*, Obligationenrecht, Bd. II, 1853, § 78, S. 256.

[5]) Ibid., S. 256, 257.

а лишь при наличности согласной воли обѣихъ сторонъ. Поэтому то l. 9 § 3 D. 41, 1 и § 40 J. 2, 1[1]) и говорятъ объ этой волѣ, совсѣмъ не упоминая о justa causa[2]). Justa causa имѣетъ лишь то значеніе, что часто только изъ нея и можно узнать объ указанной волѣ сторонъ, такъ какъ при самой traditio эта воля почти никогда не высказывается и не повторяется[3]).

Савиньи нашелъ много послѣдователей. Таковы Пухта[4]), Варнкёнигъ[5]), Вангеровъ[6]), Келлеръ[7]), Вехтеръ[8]), Кунце[9]), Бринцъ[10]), Арндсъ[11]), Гнейстъ[12]), Майеръ[13]), Экснеръ[14]), Гофманъ[15]), Карлова[16]), Ранда[17]), Хламтачъ[18]), Виндшейдъ[19]) и др.

Но въ этой большой группѣ юристовъ единомыслія нѣтъ.

---

[1]) L. 9 § 3 D. 41, 1: Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, jure gentium nobis adquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi. Почти дословно это же повторяетъ и § 40 cit.

[2]) *Savigny*, op. cit., II, S. 257.

[3]) Ibid., S. 260. При mancipatio же эта воля высказывается опредѣленно, и потому о требованіи какой либо causa не можетъ быть и рѣчи.

[4]) *Puchta*, Cursus der Institutionen, Bd. II, 1875, § 241, S. 216, 217.

[5]) *Varnkönig*, Bemerkungen über den Begriff der justa causa bei der Tradition, Archiv für die Civ. Praxis, Bd. VI, 1831, S. 114 ff.

[6]) *Vangerow*, Lehrbuch der Pandekten, I, 1876, § 311, Anm. 3.

[7]) *Keller*, Pandekten, § 127, S. 243.

[8]) *Wächter*, Pandekten, II, 1881, § 131, S. 113.

[9]) *Kuntze*, Cursus des römischen Rechts, I, 1869, § 506, S. 392.

[10]) *Brinz*, Lehrbuch der Pandekten, I, 1873, § 150, S. 582.

[11]) *Arnds*, Lehrbuch der Pandekten, 1879, § 145, S. 231, 232.

[12]) *Gneist*, Die formellen Verträge, Berlin, 1845, S. 122—124.

[13]) *O. Mayer*, Die justa causa bei Tradition und Usucapion, 1871, § 2.

[14]) *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 74—85 und Beilage I, S. 317—337.

[15]) *Hofmann*, Die Lehre vom titulus und modus acquirendi und von der justa causa traditionis, 1873, S. 65 ff.

[16]) *Karlowa*, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, § 33, S. 204 ff., insbes. S. 208 f.

[17]) *Randa*, Das Eigenthumsrecht, § 11, S. 282 ff.

[18]) *Chlamtacz*, Die rechtliche Natur der Uebereignungsart durch Tradition, § 10, S. 93 ff.

[19]) *Windscheid*, Lehrb., I, § 171, Anm. 5, § 172, Anm. 15, 16a, § 98, Anm. 1 a. E.

У нихъ сходство скорѣе отрицательное: ни одинъ изъ нихъ не требуетъ объективно-дѣйствительной сдѣлки, какъ основанія traditio. Но затѣмъ ихъ мнѣнія расходятся во многомъ[1]).

Наиближе къ Савиньи стоятъ Вангеровъ, Арндсъ и Виндшейдъ.

Послѣдній также указываетъ на то, что, напр., дареніе можетъ быть совершено непосредственной передачей вещи безъ всякаго предварительнаго договора (Handgeschenk), что̀, по его мнѣнію, ясно доказываетъ возможность и дѣйствительность traditio *безъ* предшествующей causa[2]).

На это Ранда, который высказывается противъ объективной causa, совершенно справедливо замѣчаетъ, что нѣтъ никакой необходимости, чтобы основаніе traditio непремѣнно *предшествовало* ей: оно можетъ и совпадать съ передачей, напр., при подачѣ милостыни, можетъ даже возникнуть и послѣ передачи, какъ это мы видимъ въ brevi manu traditio[3]).

Далѣе, Варнкенигъ[4]) и Пухта[5]) видятъ causa въ самой волѣ сторонъ, направленной на переходъ права собственности. Это—крайнія мнѣнія. Другіе не идутъ такъ далеко. Напр., Гнейстъ и Бринцъ, говорятъ, что распоряженіе имуществомъ безъ всякаго основанія было бы безсмысленнымъ; собственность переносится волей сторонъ, но эта воля должна имѣть какую нибудь причину, causa; тѣмъ не менѣе это требованіе скорѣе психологическое, чѣмъ юридическое. Карлова требуетъ даже указанія causa въ виндикаціонномъ искѣ и считаетъ не совсѣмъ правильнымъ мнѣніе, видящее въ Юліанѣ крайняго защитника абстрактности traditio[6]).

Ранда различаетъ causa въ *субъективномъ* смыслѣ (внутренняя побудительная причина) и causa въ *объективномъ* смыслѣ

---

[1]) Классификацію даетъ *Randa*, op. cit., § 11, Anm. 52, S. 288.

[2]) *Windscheid*, ibid., § 171, Anm. 5.

[3]) *Randa*, Das Eigenthumsrecht, § 11, Anm. 52, S. 287.

[4]) *Varnkönig*, op. cit., S, 126. Этому противорѣчитъ l. 31 pr. D. 41, 1, но авторъ видитъ здѣсь не болѣе, какъ парадоксъ Павла, S. 130.

[5]) *Puchta*, loc. cit. Противъ этого *O. Mayer*, op. cit., § 1.

[6]) *Karlowa*, op. cit., S. 208, 209. Авторъ различаетъ Zweckwille и Mittelswille: traditio служитъ лишь средствомъ для достиженія цѣли. При этомъ Mittelswille есть лишь Theilwille, который нуждается еще въ формѣ или въ causa. См. *Randa*, op. cit., § 11, Anm. 47, S. 284, Anm. 50, S. 287.

(сдѣлка купли-продажи, мѣны, вообще titulus). Для дѣйствительности traditio (въ противоположность обязательствамъ) необходима только causa въ *субъективномъ* смыслѣ; и только эта causa должна быть доказана въ процессѣ[1]).

По мнѣнію Экснера, causa представляетъ собою не только техническій терминъ для одной опредѣленной причины извѣстнаго послѣдствія, но часто она является суммой не связанныхъ между собою фактовъ и обстоятельствъ, которые стоятъ въ болѣе или менѣе близкой связи съ другимъ извѣстнымъ фактомъ и потому имѣютъ для этого послѣдняго извѣстное значеніе[2]). Въ чемъ же заключается это значеніе? Оно заключается въ томъ, что justa causa не есть *положительный* реквизитъ traditio; это есть *отрицательное* условіе ея: требовать causa для traditio нѣтъ основанія, но въ нѣкоторыхъ своихъ видахъ causa можетъ *помѣшать* переходу права собственности[3]). Виды эти слѣдующіе: дареніе между супругами, дареніе свыше установленнаго размѣра, купля-продажа безъ уплаты цѣны, нарушеніе S. C. Vellejanum или S. C. Macedonianum, сознательное принятіе недолжнаго[4]). Эти частныя исключенія отнюдь не уничтожаютъ самостоятельности traditio и ея независимости отъ матеріальной causa. Такимъ образомъ traditio является въ концѣ концовъ актомъ абстрактнымъ, а не матеріальнымъ или каузальнымъ[5]).

Ранда упрекаетъ Экснера въ слишкомъ широкомъ пониманіи и опредѣленіи causa: нерѣдко бываетъ въ дѣйствительности, что *вообще* пригодная causa можетъ въ *данномъ случаѣ*, при особыхъ обстоятельствахъ, оказаться непригодной[6]). Карлова въ

---

[1]) *Randa*, op. cit., S. 286, 287.

[2]) *Exner*, op. cit., S. 330.

[3]) Ibid., S. 336, 337.

[4]) L. 3 § 10 D. 24, 1; l. 3 § 11 D. eod. L. 34 C. 8, 53 (54). § 41 J. 2, 1; l. 19 D. 18, 1. L. 23 C. 4, 29; l. 32 § 2 D. 16, 1. L. 14 D. 12, 1. L. 43 pr. D. 47, 2. *Exner*, op. cit., S. 332, 333. Въ общемъ сюда же примыкаетъ и *Hofmann*, но онъ дѣлаетъ и нѣкоторыя отступленія отъ приведеннаго ученія отрицательно вліяющихъ causae. Die Lehre vom titulus und modus acquirendi, § 10.

[5]) *Exner*, ibid., S. 336.

[6]) *Randa*, Das Eigenthumsrecht, § 11, Anm. 52, S. 288.

теоріи Экснера видитъ противорѣчіе источникамъ, которые всегда говорятъ о causa, какъ о *положительномъ* реквизитѣ[1]).

Въ общемъ о тѣхъ авторахъ, которые стоятъ за необходимость субъективной causa, можно сказать, что они держатся средняго мнѣнія: не отвергаютъ causa совсѣмъ, но и не настаиваютъ на необходимости объективной ея дѣйствительности.

Но есть среднее мнѣніе и въ другомъ смыслѣ. — Я имѣю въ виду теорію Лейста. Она состоитъ въ слѣдующемъ[2]). Ни теорія каузальности, ни теорія абстрактности не можетъ быть принята. Въ дѣйствительности всѣ causae, кромѣ купли-продажи, имѣютъ лишь одно значеніе: констатировать дѣйствительную наличность и фактическую возможность animus'a transferendi и accipiendi dominii. Въ случаяхъ же купли-продажи, наоборотъ, causa настолько связана съ traditio, что одного констатированія указанной воли оказывается не достаточно, а требуется исполненіе еще и другихъ нормъ, касающихся купли-продажи. Въ послѣднемъ случаѣ имѣетъ мѣсто, по терминологіи Лейста, causa essentialis, а во всѣхъ другихъ случанхъ—causa declarativa. Что касается *источниковъ*, то авторъ, *въ подтвержденіе* своей теоріи, ссылается на §§ 40, 41 J. 2, 1. Въ первомъ параграфѣ подчеркивается значеніе воли при отчужденіи, а во второмъ купля-продажа выдѣляется въ особую категорію и ставится отдѣльно отъ всѣхъ другихъ сдѣлокъ:

> Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur. Venditae vero res et traditae non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo satisfecerit...

Итакъ, traditio ex causa venditionis есть сдѣлка каузальная или матеріальная, а traditio при всякой другой causa есть сдѣлка абстрактная или формальная; но и для этой послѣдней вопросъ о causa важенъ настолько, чтобы положительно убѣдиться, что *въ данномъ случаѣ* не имѣетъ мѣста causa venditionis[3]).

---

[1]) *Karlowa*, Das Rechtsgeschäft. S. 205.

[2]) *Leist*, Mancipation und Eigenthumstradition, § 42, S. 207 ff.

[3]) Ibid., S. 277. Противъ теоріи Лейста высказываются *Exner*, op. cit., S. 328—330, S. 336, Anm. 19 и *Karlowa*, op. cit., S. 206, 207.

Таковы вкратцѣ нѣкоторыя изъ тѣхъ теорій, которыя болѣе или менѣе ослабляютъ значеніе causa для перехода права собственности.

Но уже давно началось въ нѣмецкой юридической литературѣ и обратное теченіе.

Такъ, еще въ 70-хъ годахъ прошлаго столѣтія Колеръ выступилъ на защиту мнѣнія тѣхъ немногихъ юристовъ, которые держались теоріи каузальности[1]).

Колеръ различаетъ договоры исполнительные и основные; послѣдніе индивидуальны и каузальны; о первыхъ того же сказать нельзя. Между тѣмъ почти всѣ распространяютъ черты исполнительныхъ договоровъ на основные вещные договоры. Отсюда неправильный результатъ въ видѣ теоріи абстрактности[2]).

Въ то же самое время и Бехманъ проповѣдывалъ теорію каузальности. Для древнѣйшаго римскаго права основанія приводились имъ слѣдующія[3]). Traditio есть прежде всего *фактъ* и, какъ таковой, не имѣетъ опредѣленной юридической физіономіи; но traditio *является* фактическимъ исполненіемъ опредѣленнаго намѣренія, и вотъ это то намѣреніе даетъ передачѣ юридическое значеніе. Такъ, traditio можетъ служить для передачи или detentio, или владѣнія (юридическаго или производнаго), или, наконецъ, права собственности. Но и воля передать собственность не существуетъ сама по себѣ въ абстракціи; она, наоборотъ, является имманентной составной частью той *цѣли*, для которой нуженъ данный переходъ права собственности. Эта цѣль въ житейскомъ обиходѣ, совершенно согласно съ психологіей, понимается какъ нѣчто единое и цѣлое; напр., единую цѣль подарить что нибудь никогда не разлагаютъ на двѣ такія части: 1) на волю передать собственность и 2) на цѣль сдѣлать это въ видѣ дара,—особенно не разлагаютъ такъ, чтобы первое не зависѣло отъ втораго. Если же въ правѣ и дѣлаются подобныя

---

[1]) *Kohler*, Gesammelte Abhandlungen aus dem gem. und franz. Civilrecht, Der dingliche Vertrag, S. 26–28. Отдѣльное изданіе изъ Анналовъ баденскихъ судовъ за 1874 годъ, т. 40.

[2]) Ср. его же Vertrag und Uebergabe, Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 18, Heft. 1, § 17, S. 110 ff.

[3]) *Bechmann*, Der Kauf nach gem. Recht, I, S. 314, 315.

аналитическія разложенія, то они, пожалуй, и необходимы въ какомъ нибудь отношеніи, но не признать ихъ очень искуственными ни въ какомъ случаѣ нельзя. Итакъ, traditio является фактическимъ средствомъ для реализаціи индивидуально опредѣленныхъ цѣлей. Неправильной была бы формула: «Я сдѣлалъ тебя собственникомъ и теперь жду эквивалента, такъ какъ собственность передана venditionis causa». Правильно можно сказать только такъ: «Взамѣнъ твоихъ денегъ ты получаешь мою вещь». Такимъ образомъ, по мнѣнію Бехмана, traditio есть актъ не формальный, а матеріальный или каузальный.

Затѣмъ въ пользу каузальности traditio высказался и Пининскій[1]).

Если бы, говоритъ онъ, traditio имѣла абстрактный характеръ, то въ такомъ случаѣ было бы невозможнымъ извѣстное разногласіе между Юліаномъ и Ульпіаномъ по вопросу о значеніи ошибки относительно causa (l. 18 pr. D. 12, 1 и l. 36 D. 41, 1). Рѣшеніе Юліана неправильно объяснять тѣмъ, что онъ будто бы держался теоріи абстрактности; нѣтъ, въ данномъ случаѣ ошибка ему казалась *несущественной*: — вотъ чѣмъ онъ руководился въ своемъ рѣшеніи. И вообще абстрактность не вытекаетъ изъ существа передачи собственности. Абстрактность оправдывается и можетъ имѣть мѣсто только при особыхъ обстоятельствахъ, напр., когда традентъ окончательно отдаетъ вещь, отказывается отъ нея и прерываетъ съ пріобрѣтателемъ всякія дальнѣйшія юридическія отношенія, или если, при данныхъ обстоятельствахъ, causa traditionis оказывается совершенно безразличной для сторонъ. Вообще слѣдуетъ признать, что causa traditionis имѣетъ весьма существенное значеніе для договора. На это указываютъ и *источники*[2]). Отсутствіе или недѣйствительность causa особенно должна поражать переходъ

---

[1]) *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, II, S. 242, Anm. 2.

[2]) L. 31 pr. D. 41, 1. Этотъ фрагментъ нами уже цитированъ выше. L. 24 C. 3, 32: Nullo justo titulo praecedente possidentes ratio juris quaerere prohibet dominium. *Gajus*, Inst., II, 20: Itaque si tibi... argentum tradidero sive ex venditionis causa, sive ex donationis, sive alia ex causa, tua fiet ea res. *Ulpianus*, Fragm., XIX, 7: Harum rerum (рѣчь идетъ о res nec mancipi) dominium ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex justa causa traditae sunt nobis.

права собственности въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣтъ реальнаго перехода вещи въ руки пріобрѣтателя, т. е. во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда corpus apprehensionis ослабляется, особенно при constitutum possessorium'ѣ. Въ самомъ дѣлѣ, абстрактность имѣетъ цѣлью установить прочность пріобрѣтенія. Но къ constitutum possessorium'у это не приложимо, такъ какъ получился бы нецѣлесообразный результатъ. Именно, представимъ себѣ, что кто нибудь совершилъ передачу чрезъ constitutum possessorium, и затѣмъ causa этой передачи оказалась бы недѣйствительной, *напр.*, *отдано недолжное*. Въ этомъ случаѣ конституентъ, держащій въ своихъ рукахъ спорную вещь, имѣлъ бы въ свою защиту только condictio, искъ личный, а еслибы онъ вздумалъ обращаться съ вещью, какъ съ собственной, то онъ подлежалъ бы отвѣтственности за furtum! И это—за незнаніе чисто теоретическаго различія между оспариваемостью и недѣйствительностью передачи права собственности. Пининскій отказывается допустить, чтобы практическіе римляне допустили такое *тонкое* регулированіе своихъ юридическихъ отношеній. Это общее разсужденіе подтверждается и тѣмъ обстоятельствомъ, что источники не даютъ никакихъ основаній къ принятію теоріи абстрактности для перехода права собственности чрезъ constitutum possessorium, между тѣмъ какъ доказательство противнаго, хотя и не совсѣмъ ясно высказанное, намъ даетъ l. 28 D. 41, 2.[1]).

Главнымъ же представителемъ и защитникомъ идеи каузальности traditio является въ наше время Штрогаль[2]).

По мнѣнію этого ученаго, теорія абстрактности вызвана, во 1-хъ, сомнительнымъ фрагментомъ изъ Юліана (l. 36 cit.),

---

[1]) Si aliquam rem possideam et eandem postea conducam, an amittam possessionem? multum refert in his, quid agatur: primum enim refert, utrum sciam me possidere, an ignorem, et utrum quasi non meam rem conducam, an quasi meam, et sciens meam esse, utrum quasi proprietatis respectu, an possessionis tantum. Nam et si rem meam tu possideas et ego emam a te possessionem ejus rei vel stipuler, utilis erit et emptio et stipulatio, et sequitur, ut et precarium et conductio specialiter possessionis solius conducendae vel precario rogandae animus interveniat. См. однако *Harburger*, Das const. possessorium, S. 69 ff.

[2]) *Strohal*, op. cit., Iherings Jahrbücher, Bd. 27, S. 335 ff.

который по всей вѣроятности интерполированъ, какъ это утверждаетъ Ленель, во 2-хъ,—реакціей противъ старой теоріи, различавшей titulus и modus acquirendi: школа Савиньи низвела значеніе титула до нуля и такимъ образомъ пришла къ теоріи абстрактности[1]).

Свое же мнѣніе авторъ обосновываетъ слѣдующимъ образомъ. Онъ ставитъ вопросъ: можетъ ли облатъ отдѣлить предложеніе передачи отъ предложенія каузальной сдѣлки и принять только первую, отвергнувши вторую? Напримѣръ, А. даетъ В. вексель въ тысячу рублей въ уплату своего долга; В. принимаетъ вексель, но говоритъ, что долгъ уже уплоченъ, и вексель останется въ счетъ возможныхъ будущихъ долговъ. Или: депонентъ А. свои хранящіеся у В. часы предлагаетъ этому послѣднему оставить себѣ за 30 рублей. Депозитарій В. поклажи не отрицаетъ, но часы оставляетъ себѣ какъ подарокъ. Наконецъ: А. посылаетъ В. со слугой двухъ быковъ, чтобъ получить за нихъ лошадь Х.; В. быковъ оставляетъ себѣ, но говоритъ, что лошадь Х. уже продана, а потому за быковъ онъ посылаетъ 300 рублей[2]).

Въ теоріи, допускающей здѣсь переходъ права собственности, Штрогаль видитъ нарушеніе здраваго смысла. Противъ этой теоріи и источники. Такъ, что касается перваго примѣра, то Сцевола и Ульпіанъ въ сознательномъ принятіи недолжнаго видятъ furtum и отрицаютъ переходъ права собственности[3]). Во второмъ примѣрѣ собственность не можетъ перейти до уплаты цѣны (§ 41 J. 2, 1), хотя бы В и согласился на покупку. Тѣмъ болѣе она не перейдетъ, если В. не принимаетъ купли-продажи[4]). Для третьяго примѣра въ источникахъ нѣтъ прямаго рѣшенія,

---

[1]) Ibid., S. 358, 364.

[2]) Ibid., S. 343, 344.

[3]) L. 18 D. 13, 1: Furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit. L. 43 pr. D. 47, 2: Falsus creditor, hoc est is, qui se simulat creditorem, si quid acceperit, furtum facit, nec nummi ejus fient. *Strohal*, op. cit., S. 344, 345. *Randa*, Das Eigenthumsrecht, § 11, Anm. 52 a. E., потому отрицаетъ здѣсь переходъ права собственности, что здѣсь нѣтъ согласія въ волѣ передать собственность, такъ какъ акцептантъ принимаетъ уплату не solvendi, а furandi causa. Ср. *Karlova*, Das Rechtsgeschäft, S. 210, 211.

[4]) *Strohal*, op. cit., S. 346.

но за то есть слѣдующія пригодныя для насъ указанія. Если отчужденіе совершается представителемъ, имѣющимъ *специальное* порученіе, то право собственности не переходитъ, если мандатарій нарушаетъ условія порученной ему каузальной сдѣлки, напр., продаетъ дешевле, чѣмъ поручено. На это указываетъ l. 1 § 3 D. 21, 3[1]). Отсюда вытекаетъ прямой выводъ, что собственность не перейдетъ и тогда, когда мандатарій вмѣсто продажи совершитъ дареніе[2]). Точно такъ же и тогда, если другая сторона выставитъ другую causa. Въ самомъ дѣлѣ, еслибы въ моментъ предложенія оффереитъ имѣлъ еще вещь у себя, то, видя несогласіе относительно causa, онъ не отдалъ бы вещи. Если же вещь уже отдана, то удерживающій и присваивающій ее совершаетъ furtum[3]).

Теперь представимъ себѣ, что во всѣхъ трехъ нашихъ примѣрахъ A. имѣетъ представителя, который извращаетъ оферты своего принципала такимъ образомъ, что облатъ совершенно добросовѣстно присваиваетъ себѣ вещи оффереита. Здѣсь нѣтъ никакого furtum. Но перейдетъ ли право собственности? Авторъ для всѣхъ трехъ примѣровъ отвѣчаетъ отрицательно; пріобрѣтено будетъ только владѣніе, да и то односторонне[4]).

Правильность этого заключенія авторъ доказываетъ ссылкой на l. 9 § 5 D. 41, 1 и l. 1 D. 46, 3, которыя говорятъ о causa, какъ о существенно важномъ обстоятельствѣ[5]). Затѣмъ

---

[1]) Si quis rem meam vendidit minoris, quam ei mandavi, non videtur alienata et, si petam eam, non obstabit mihi haec exceptio, quod verum est. То же говорятъ и l. 5 §§ 3, 4 D. 17, 1, потому что diligenter... fines mandati custodiendi sunt, l. 5 § 1 eod. *Strohal*, op. cit., S. 347.

[2]) *Strohal*, ibid., S. 348.

[3]) Ibid., S. 349, 350.

[4]) Ibid., S. 351, 352.

[5]) L. 9 § 5 D. 41, 1: Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam commodavi aut locavi tibi aut apud te deposui, vendidero tibi. Licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa emptionis apud te esse, tuam efficio. L. 1 D. 46, 3: Quotiens quis debitor ex pluribus causis unum debitum solvit, est in arbitrio solventis dicere, quod potius debitum voluerit solutum, et quod dixerit, id erit solutum; possumus enim certam

авторъ указываетъ еще на тѣ мѣста источниковъ, которыя мы цитировали выше, при изложеніи теоріи Пининскаго[1]). Наконецъ, ошибочность теоріи абстрактности ясно сказывается въ тѣхъ случаяхъ, когда право передается исключительно дѣйствіемъ каузальной сдѣлки, какъ это имѣетъ мѣсто при установленіи сервитутовъ, при цессіи обязательствъ и т. п.[2]). Сюда же надо отнести и пріобрѣтеніе права собственности чрезъ traditio brevi manu, также происходящее дѣйствіемъ одного согласія (l. 21 § 1 D. 41, 1). Если во всѣхъ этихъ случаяхъ уничтожить causa, то не останется ровно ничего такого, что могло бы произвести желаемый юридическій эффектъ[3]).

При всемъ этомъ и Штрогаль признаетъ, конечно, существованіе въ римскомъ правѣ такихъ случаевъ, когда, не смотря на порокъ въ causa, право собственности все же переходитъ окончательно на пріобрѣтателя, а традентъ получаетъ только личный искъ; это область дѣйствія condictiones[4]). Съ другой же стороны, въ такихъ случаяхъ, какъ donatio inter virum et uxorem, угроза, неуплата цѣны при куплѣ-продажѣ, традентъ получаетъ actio in rem, и его право собственности возстановляется[5]).

Къ этой теоріи Штрогаля отнесся съ безусловной похвалой Якоби[6]).

---

legem dicere ei quod solvimus; quotiens vero non dicimus, in quod solutum sit, in arbitrio est accipientis, cui potius debito acceptum ferat, dummodo in id constituat solutum, in quod ipse, si deberet, esset soluturus, quoque debito se exoneraturus esset, si deberet, id est in id debitum, quod non est in controversia, aut in illud, quod pro alio quis fidejusserat, aut cujus dies nondum venerat; aequissimum enim visum est creditorem ita agere rem debitoris, ut suam ageret и т. д. *Strohal*, ibid., S. 353, 354.

[1]) L. 31 pr. D. 41, 1; § 41 J. 2, 1; Gajus, Inst., II, 20; Fragm. Ulpiani, XIX, 7. *Strohal*, ibid., S. 357.

[2]) *Strohal*, ibid., S. 390. Ср. *Karlowa*, Das Rechtsgeschäft, § 35, S. 223 ff., § 42, S. 270, 271.

[3]) *Strohal*, op. cit., S. 355.

[4]) Ibid.. S. 386, 387.

[5]) Ibid., S. 387, 388.

[6]) *Jacoby*, Annalen des Deutschen Reiches, 1890, S. 67.

Вообще теорію каузальности раздѣляютъ еще Ленель [1]), Герзонъ [2]), Киндель [3]), Вендтъ [4]) и др.

Даже и Дернбургъ, который раньше стоялъ на сторонѣ абстрактности, значительно измѣнилъ, подъ вліяніемъ Штрогаля, свое мнѣніе въ пользу каузальности. Теперь онъ учитъ слѣдующимъ образомъ. Traditio хотя и можетъ имѣть абстрактный характеръ, но ни въ какомъ случаѣ не имѣетъ его постоянно. Относительно этого существуютъ выработанныя сообразно съ цѣлями и потребностями оборота для различнаго рода сдѣлокъ различныя предположенія. Эти то предположенія и должны примѣняться въ случаяхъ сомнѣнія. Такъ, traditio является абстрактной обыкновенно тогда, когда исполняемая сдѣлка лежитъ въ прошедшемъ времени или, по крайней мѣрѣ, считается тамъ лежащей. Сюда относится, напр., уплата несуществующаго долга. Если же traditio совершается въ виду сдѣлки, которая еще только имѣетъ быть заключенной въ будущемъ, то при сомнѣніи надо принять, что переходъ права собственности возможенъ только при условіи дѣйствительнаго заключенія предположенной сдѣлки, такъ какъ это обстоятельство по обычаямъ оборота является молчаливымъ условіемъ передачи [5]).

Изъ разсмотрѣнія всѣхъ этихъ теорій и разбираемыхъ въ нихъ рѣшеній римскихъ юристовъ можно, какъ мнѣ кажется, вывести слѣдующее.

Изъ общаго постановленія l. 31 pr. D. 41, 1 вытекаетъ, что causa во всякомъ случаѣ не безразлична для перехода права собственности; но въ то же время изъ этого правила есть и положительныя исключенія: такова область примѣненія, напр.,

---

[1]) *Lenel*, Quellenforschungen in den Edictcommentaren, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd. III, Roman. Abtheilung, 1882, S. 114. Его же Stellvertretung und Vollmacht, Iherings Jahrbücher, Bd. 36, 1896, S. 78.

[2]) *Gerson*, Archiv für Bürgerliches Recht, II, S 69. Авторъ противъ абстрактности передачи *движимостей*.

[3]) *Kindel*, Iherings Jahrbücher, Bd. 29, S. 397, 398.

[4]) Ibidem, S. 409.

[5]) *Dernburg*, Pand., I, § 213, Ziff. 3. L. 36 D. 41, 1 авторъ, согласно съ Ленелемъ, считаетъ интерполированной: въ ней шла рѣчь о mancipatio, которая была дѣйствительно абстрактна, ibid., Anm. 9.

condictio indebiti. Затѣмъ имѣетъ значеніе *характера* causa: незаконное основаніе передачи, напр., дареніе между супругами, исключаетъ переходъ права собственности. Далѣе важно *сознаніе* акципіента: сознательное принятіе недолжнаго есть furtum, а furtum не можетъ быть основаніемъ для пріобрѣтенія права собственности.

Эти положенія, мнѣ кажется, можно считать безспорными. Но въ нихъ указаны еще не всѣ факторы, имѣющіе значеніе для нашего вопроса. Именно, ни одна изъ разсмотрѣнныхъ теорій не отмѣчаетъ съ должной рельефностью той роли, которую играютъ здѣсь интересы и воля сторонъ. Только Дернбургъ и Пининскій до извѣстной степени обращаютъ на это свое вниманіе. А между тѣмъ здѣсь, какъ мнѣ кажется, заключается главное основаніе для рѣшенія нашего вопроса. Вѣдь вопросъ о causa *не есть вопросъ публичнаго права*: требованіе causa служитъ интересамъ исключительно частныхъ лицъ, и потому *при сомнѣніи* именно съ этой точки зрѣнія и слѣдуетъ смотрѣть на вопросъ о causa. Такъ, нельзя допускать, чтобы традентъ вопреки своей дѣйствительной волѣ лишался своего имущества. Разъ положительный законъ молчитъ, то слѣдуетъ предполагать, что имущество передается только въ виду дѣйствительнаго существованія такой или иной causa. Но и съ другой стороны, если изъ обстоятельствъ дѣла видно, что для традента causa безразлична, то было бы педантизмомъ требовать и здѣсь объективной наличности ея.

Наконецъ, очень важна и форма совершенія traditio, какъ на это указалъ Пининскій и отчасти Штрогаль: во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда матеріальная сторона traditio ослабляется, преимущественное значеніе получаетъ соглашеніе сторонъ и каузальная сдѣлка.

Такимъ образомъ traditio въ разсматриваемомъ отношеніи является сдѣлкой *смѣшанной*.

Эти положенія наилучше, какъ мнѣ кажется, выражены Крюкманомъ, который дѣлаетъ наиболѣе, по моему мнѣнію, глубокій анализъ вопроса о causa.

Такъ, онъ выставляетъ, прежде всего, слѣдующія руководящія положенія. Въ видѣ общаго правила, достаточно одной

субъективной наличности causa[1]); при разногласіи сторонъ относительно нея, должна найти осуществленіе та causa, которую имѣетъ въ виду традентъ, а не акципіентъ, кромѣ однако тѣхъ случаевъ, когда акципіентъ дѣйствуетъ недобросовѣстно, такъ какъ въ этомъ случаѣ онъ совершаетъ furtum. Если же для традента характеръ causa безразличенъ, то достаточно осуществленія и causa акципіента[2]). Таковы основныя и руководящія положенія Крюкмана. Вооружившись ими, авторъ приступаетъ къ разсмотрѣнію всѣхъ возможныхъ въ дѣйствительности комбинацій съ causa.

Первый примѣръ:

1. Объективная causa есть на лицо.
2. Обѣ стороны знаютъ ее.
3. Обѣ стороны желаютъ перехода права собственности.
4. Обѣ стороны вполнѣ согласны и относительно causa, и относительно перехода права собственности.

Это — нормальный случай, и здѣсь переходъ права собственности ясенъ и безспоренъ[3]).

Второй примѣръ:

1. Объективная causa есть на лицо.
2. Обѣ стороны имѣютъ въ виду различныя causa (одинъ думаетъ о легатѣ, другой—о стипуляціи).
3. Обѣ стороны желаютъ перехода права собственности.

Здѣсь такимъ образомъ разногласіе касается только *характера* causa, но она сама существуетъ безспорно[4]). Здѣсь нѣтъ основанія отрицать переходъ права собственности, и потому соотвѣтствующее рѣшеніе Юліана совершенно правильно[5]).

Третій примѣръ:

1. Есть нѣсколько объективныхъ causa (напр., нѣсколько договъ).
2. Стороны знаютъ ихъ всѣ.

---

[1]) *P. Krückmann*, Ueber abstracte und causale Tradition und § 929 B. G. B. Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 13, Heft 1, S. 5—7.

[2]) Ibidem, S. 2, 5.

[3]) Ibidem, S. 2.

[4]) *Strohal*, op. cit., S. 364 отрицаетъ въ этомъ примѣрѣ наличность causa. Крюкманъ не соглашается съ этимъ.

[5]) *Krückmann*, op. cit., S. 2.

3. Обѣ стороны желаютъ перехода права собственности.
4. Обѣ стороны имѣютъ въ виду различныя causa.

Здѣсь право собственности перейдетъ и именно по той causa, которую имѣетъ въ виду должникъ, такъ какъ въ данномъ отношеніи выборъ предоставляется по общему правилу должнику[1]).

Четвертый примѣръ:
1. Объективной causa нѣтъ.
2. Стороны думаютъ однако, что causa есть.
3. Обѣ стороны желаютъ перехода права собственности.
4. Полное согласіе и относительно мнимой causa, и относительно перехода права собственности.

Сюда относится, напр., уплата недолжнаго. Собственность въ этихъ случаяхъ переходитъ; вся система condictiones доказываетъ это. Если же акципіентъ находится in mala fide, то онъ права собственности, какъ совершающій furtum, не пріобрѣтаетъ[2]).

Наконецъ, пятый примѣръ.

Здѣсь все такъ, какъ и въ четвертомъ примѣрѣ, кромѣ того, что каждая сторона представляетъ себѣ иную (мнимую) causa.

При такихъ условіяхъ собственность перейдетъ лишь тогда, когда осуществляется causa традента, такъ какъ иначе пострадали бы его интересы: напр., онъ даетъ взаймы, а акципіентъ принимаетъ въ подарокъ. Но возможно и такое положеніе дѣла, что традентъ спеціально заинтересованъ въ осуществленіи именно своей causa, хотя бы обратное и не причиняло ему матеріальнаго ущерба; напр.,—*или бери вотъ эту сумму въ* даръ, или же я совершенно отказываюсь что либо дать, хотя бы и взаймы. Здѣсь также безъ осуществленія causa традента собственность не перейдетъ. Если же, наоборотъ, causa для традента безразлична, то возможенъ переходъ собственности и по causa акципіента[3]).

Эта теорія стоитъ, по моему мнѣнію, наиближе къ истинѣ:

---

[1]) Ibid.. S. 3.
[2]) Ibid., S. 4.
[3]) Ibid., S. 4, 5.

она согласуется и съ общими положеніями права, и съ положительными постановленіями римскаго закона[1]).

Съ точки зрѣнія этой же теоріи слѣдуетъ смотрѣть и на разногласіе между Юліаномъ и Ульпіаномъ. Одна сторона хочетъ подарить, а другая принимаетъ деньги въ заемъ,—по теоріи Крюкмана здѣсь собственность можетъ перейти, а можетъ и не перейти: все зависитъ отъ особыхъ обстоятельствъ каждаго отдѣльнаго случая, но эти то обстоятельства намъ и не сообщаются; намъ дается только голый фактъ, но этого мало: голый фактъ, смотря по конкретной обстановкѣ, можетъ подпасть подъ оба рѣшенія одинаково[2]).

Такова система traditio въ своихъ частностяхъ. Теперь намъ нужно сдѣлать о ней нѣкоторыя общія замѣчанія.

---

§ 4. Общія замѣчанія о системѣ traditio въ Римѣ.

Изъ предыдущаго изложенія видно, насколько владѣніе изъ дѣйствительной фактической власти надъ вещью переродилось съ теченіемъ времени въ *право* владѣнія, въ jus possessionis, и насколько, въ зависимости отъ этого, спиритуализировалась первоначально матеріальная и реальная traditio.

Сопоставленіе различныхъ формъ этой послѣдней, установившихся въ теченіе всей исторіи древняго Рима, дало основаніе особой классификаціи, которая со временъ глоссаторовъ господствовала вплоть до Савиньи[3]).

Именно, какъ я уже указывалъ выше[4]), старая доктрина исходнымъ пунктомъ своихъ конструкцій брала понятіе владѣнія, какъ реальной власти надъ вещью, и понятіе traditio, какъ дѣйствительной передачи вещи изъ рукъ въ руки. И вотъ, только такую traditio прежде и считали дѣйствительной, истинной традиціей[5]). Такъ, напр., Винніусъ говорилъ: traditio... vera..,

---

[1]) Однако противъ Крюкмана *Kohler*, Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 18, Heft 1, S. 111, Anm. 121.

[2]) Ср. *Dernburg*, Pand., I, § 213, Anm. 9.

[3]) *Randa*, Der Besitz, § 11, S. 428.

[4]) Стран. 55. См. и указанную тамъ литературу.

[5]) *Savigny*, Das Recht des Besitzes, S. 207.

quae in re molibi est de manu in manum translatio, in re soli—in possessionem inductio[1]).

Само собой разумѣется, что съ такимъ узкимъ пониманіемъ владѣнія и traditio не могли быть согласованы случаи traditio съ ослабленнымъ матеріальнымъ элементомъ. Отсюда—въ противоположность traditio vera seu propria—категорія traditiones impropriae[2]). Эти traditiones impropriae дѣлились на двѣ категоріи. Во 1-хъ, сюда причислялись constitutum possessorium, traditio brevi manu и traditio longa manu[3]). Здѣсь, по мнѣнію старой школы, traditio нѣтъ совсѣмъ. На это прямо указываетъ и Гай: interdum etiam *sine traditione* nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam[4]). Если же тѣмъ не менѣе въ указанныхъ случаяхъ и видятъ передачу, то это—фикція. Отсюда первый видъ traditiones impropriae—traditio ficta[5]). Затѣмъ идетъ второй рядъ отступленій отъ traditio vera. Это—наложеніе мѣтокъ, передача документовъ, передача ключей. Здѣсь также нѣтъ настоящей передачи, но за то все же совершается нѣкоторый actus corporalis, который *замѣняетъ* собою дѣйствительную передачу и служитъ ея символомъ. Поэтому и названіе этихъ видовъ передачи—traditio symbolica[6]). Но, что касается терминологіи, то иногда и эта категорія случаевъ подводится вмѣстѣ съ первой категоріей подъ одно общее названіе traditio ficta, которое получаетъ въ такомъ примѣненіи болѣе широкое значеніе[7]).

При всемъ этомъ какъ traditio ficta, такъ и traditio symbolica, по общему признанію, имѣли совершенно одинаковое дѣйствіе и значеніе съ дѣйствительной передачей: пріобрѣталось

---

[1]) *Exner*, Rechtserwerb durch Tradition, S. 153, Anm. 2.

[2]) *Exner*, ibid., S. 153, 154. *Strohal*, Succession in den Besitz, S. 3.

[3]) О traditio longa manu говоритъ l. 79 D. 46, 3. См. выше, стр. 78, прим. 5.

[4]) L. 9 § 5 D. 41, 1.

[5]) *Exner*, op. cit., S. 154.

[6]) *Exner*, ibid., S. 155 ff. Авторъ приводитъ (S. 159) слова Губера: Symbolicam vocamus, cum non res ipsa traditur, sed actus aliquis repraesentans traditionem celebratur. См. еще *Strohal*, Succession, S. 2, Anm. 2. *Dernburg*, Pand., I, § 178 a. E. *Randa*, Der Besitz, § 11, S. 429, Anm. 40 a.

[7]) *Exner*, op. cit., S. 166, Anm. 39.

и владѣніе, и право собственности[1]). Вліяніе описываемой теоріи практически сказывалось только въ томъ, что всѣ случаи символической и фиктивной traditio, *какъ исключительные*, подлежали ограничительному толкованію и примѣненію[2])

Противъ этой доктрины вооружился впервые съ большимъ успѣхомъ Савиньи.

Онъ путемъ подробнаго разсмотрѣнія всѣхъ отдѣльныхъ видовъ traditio[3]) доказалъ неправильность исходнаго положенія старой теоріи: въ римскихъ источникахъ нѣтъ ни одного фрагмента, который бы требовалъ передачи вещи изъ рукъ въ руки и вообще — физическаго прикосновенія къ ней. Наоборотъ, юристъ Павелъ даже прямо устраняетъ это требованіе, говоря: Non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu (l. 1 § 21 D. 41, 2)[4]). И дѣйствительно, согласно источникамъ, достаточно одной *физической возможности* воздѣйствія на вещь, чтобъ считать ее пріобрѣтенной во владѣніе. Такимъ образомъ необходимо принять гораздо болѣе широкое (и соотвѣтствующее источникамъ) понятіе apprehensio и traditio[5]), и тогда всѣ случаи такъ называемой фиктивной и символической traditio потеряютъ свой исключительный характеръ и подойдутъ подъ единое общее (и правильное) понятіе traditio[6]).

Это ученіе Савиньи сдѣлалось общепринятымъ, и старая теорія была отвергнута[7]).

---

[1]) Zasius, комментируя l. 1 § 21 D. 41, 2, говоритъ: ex traditione ficta vel simulata adquiritur vera possessio. *Strohal*, Succession, S. 2, Anm. 2. *Exner*, op. cit., S. 160, 161. По свидѣтельству Экснера (S. 175, Anm. 66), только Cornelius van Eck и Pufendorf утверждали, что символическая передача, хотя и не даетъ владѣнія, однако вполнѣ пригодна для пріобрѣтенія права собственности. Однако это мнѣніе никѣмъ не было принято. О символической traditio см. еще *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, § 51, S. 250 ff.

[2]) *Randa*, Der Besitz, § 11, Anm. 40, S. 429.

[3]) *Savigny*, Das Recht des Besitzes, §§ 15, 16, 17.

[4]) *Savigny*, ibid., § 14, S. 212.

[5]) Ibid., S. 210, 211.

[6]) Ibid., § 18, S. 236.

[7]) Савиньи въ этомъ отношеніи слѣдуютъ *Exner*, op. cit., S. 161: старая теорія вызвана неправильнымъ пониманіемъ источниковъ. *Dernburg*, Pand., I, § 178 a. Е.: возможно только одно изъ двухъ: или имѣетъ мѣсто истинная

Однако въ послѣднее время начало проявляться и другое, болѣе благопріятное отношеніе къ старой теоріи.

Такъ, Іерингъ заявляетъ, что онъ очень далекъ отъ того, чтобы видѣть здѣсь извращеніе понятія о владѣніи; напротивъ, онъ видитъ здѣсь дальнѣйшее развитіе этого понятія[1]).

И Штрогаль замѣчаетъ противъ Савиньи и Экснера, что порицаемая многими конструкція прежнихъ ученыхъ находится въ большемъ соотвѣтствіи съ источниками, чѣмъ утвержденіе Савиньи, по которому каждая longa manu traditio представляетъ изъ себя дѣйствительную apprehensio[2]).

Мнѣ кажется, что наше отношеніе къ теоріи о символической и фиктивной traditio можетъ и должно быть различно въ зависимости отъ той точки зрѣнія, на которую мы станемъ.

Именно, Corpus juris civilis можно разсматривать какъ совокупность юридическихъ нормъ, одновременно и въ неразрывной связи установленныхъ Юстиніаномъ. Это точка зрѣнія судебнаго, практическаго примѣненія права. И съ этой точки зрѣнія Савиньи совершенно правъ: для опредѣленія понятія apprehensio и traditio необходимо принять во вниманіе *есть* установленные и допущенные способы ихъ совершенія; это общее обозрѣніе дѣйствительно не даетъ основанія понимать передачу узко, какъ de manu in manum translatio, а разъ apprehensio получаетъ широкое значеніе, то велѣдствіе этого совсѣмъ не остается мѣста для какихъ бы то ни было другихъ видовъ traditio.

Но такъ какъ римское право у насъ не дѣйствуетъ, то эта точка зрѣнія для насъ не интересна и не поучительна.

---

traditio, или совсѣмъ нѣтъ никакой traditio. *Pininski*, Sachbesitzerwerb, II, § 6, S. 115 ff., 132 ff.: символическая traditio чужда римскому праву; она возникла только въ партикулярныхъ кодексахъ новой Германіи и de lege ferenda не можетъ быть рекомендуема. *Randa*, Der Besitz, § 11, S. 428 f. *Molitor*, La possession, n. 29: символическая traditio имѣла бы мѣсто въ римскомъ правѣ, еслибы тамъ не требовалась praesentia rei для пріобрѣтенія владѣнія, а такъ какъ praesentia rei была необходима, то и символической traditio въ Римѣ не было. *Maynz*, Cours, I, § 106, p. 729 утверждаетъ, что и при const. possessorium[1]ѣ, и при traditio brevi manu имѣетъ мѣсто дѣйствительное, реальное пріобрѣтеніе владѣнія.

[1]) *Ihering*, Ueber den Grund des Besitzesschutzes, S. 207.

[2]) *Strohal*, Succession, S. 201. Противъ Іеринга и Штрогаля *Randa*, Der Besitz, § 11, Anm. 40a a. E., S. 430.

Гораздо важнѣе для насъ другая точка зрѣнія, состоящая въ историко-аналитическомъ изученіи нашего вопроса.

Съ точки зрѣнія *историческаго развитія* traditio въ Римѣ (а не догматическаго положенія ея въ законодательствѣ Юстиніана) мы не можемъ не признать, что дѣйствительно исходнымъ пунктомъ послужила матеріальная, реальная передача вещи изъ рукъ въ руки. Это мы видимъ, во 1-хъ, изъ того, что только такая traditio свойственна первымъ ступенямъ въ развитіи права (см. выше § 2); во 2-хъ, — изъ того, что всѣ упрощенія и облегченія передачи, т. е. именно всѣ тѣ виды traditio, которые подводятся разбираемой теоріей подъ понятіе символа или фикціи, возникли далеко не сразу, а вырабатывались и входили въ жизнь на протяженіи всѣхъ трехъ вѣковъ славной дѣятельности знаменитыхъ римскихъ юристовъ. Всѣ эти виды упрощенной traditio постоянно *прибавлялись* къ первоначальному и основному виду ея, къ translatio de manu in manum, и, *по отношенію къ этой послѣдней*, дѣйствительно представляли изъ себя или совершенную фикцію, когда никакого физическаго воздѣйствія на вещь не происходило совсѣмъ, или же символъ, когда внѣшнее дѣйствіе хотя и совершалось, но лишь такое, которое *замѣняло* или напоминало истинную передачу.

Можетъ быть, этимъ видамъ traditio можно дать и лучшую въ своихъ частностяхъ классификацію (вопросъ не въ этомъ), но несомнѣнно то, что эти виды представляли собою, какъ говоритъ и Іерингъ, несомнѣнный прогрессъ и дальнѣйшее развитіе traditio. Въ самомъ дѣлѣ, трудно себѣ представить, въ какихъ тискахъ находился бы оборотъ, еслибы не было ни longa manu traditio, ни constitutum possessorium'а и т. д., и единственной формой передачи была бы de manu in manum translatio! Достаточно обратить вниманіе на то, что не было и нѣтъ ни одного законодательства, которое въ концѣ концовъ не допустило бы этихъ облегченій и упрощеній. А въ республиканскомъ Римѣ ихъ не было, и только въ императорскій періодъ они появились. Какъ же не видѣть въ нихъ прогресса и дальнѣйшаго развитія? И почему бы эти историческія стадіи не отмѣтить такой классификаціей, какъ traditio vera, traditio symbolica, traditio ficta?

Мнѣ даже кажется, что и сами римскіе юристы въ своихъ рѣшеніяхъ исходятъ изъ понятія реальнаго владѣнія и

реальной передачи, *какъ изъ основнаго понятія*, и именно этому основному понятію противопоставляютъ дальнѣйшія новообразованія въ системѣ traditio, что́ вполнѣ оправдываетъ разбираемую теорію.

Возьмемъ юриста Павла, фрагментами котораго по преимуществу нормируется владѣніе въ Дигестахъ. Онъ, знакомый со всѣми видами упрощенной traditio, въ основу своего ученія о владѣніи кладетъ тѣмъ не менѣе чисто матеріальный взглядъ на него: possessio appellata est... a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit[1]). И затѣмъ, допуская apprehensio oculis et affectu[2]), чему онъ противопоставляетъ ее? —захвату вещи corpore et tactu[3]). Вотъ гдѣ та основа, съ которой сравниваются и на фонѣ которой оттѣняются позднѣйшія новообразованія.

Или возьмемъ рѣшеніе Цельза, l. 18 § 2 D. 41, 2[4]): для пріобрѣтенія владѣнія достаточно, чтобы вещь, по приказанію пріобрѣтателя, была перенесена въ его домъ; при этомъ Цельзъ продолжаетъ: *хотябы къ этой вещи никто не прикоснулся.*

То же самое у Лабеона и Яволена[5]): для пріобрѣтенія владѣнія достаточно custodiam ponere, хотябы *тѣлесной apprehensio и не было.*

Всюду здѣсь ясно сквозитъ та мысль, что несомнѣнной считается только передача вещи изъ рукъ въ руки; всѣ же упрощенія traditio вводятся какъ *отступленія* отъ этой основной ея формы, а потому каждый разъ надо спеціально указывать, что вводимое упрощеніе равно реальной передачѣ.

При всемъ этомъ и фиктивный характеръ traditio также ясно оттѣняется римскими юристами.

Такъ, только что упомянутая l. 51 D. 41, 2 оканчивается такъ: *nihilo minus* traditae *videantur*,—дескать, естественно подумать, что здѣсь traditio нѣтъ совсѣмъ, *тѣмъ не менѣе* ее *надо считать* совершенной. Также и по l. 79 D. 46, 3[6]): Яволенъ о

---

[1]) L. 1 pr. D. 41, 2.
[2]) L. 1 § 21 D. 41, 2.
[3]) Ibidem.
[4]) См. выше, стр. 76, пр. 3.
[5]) L. 51 D. 41, 2. См. стр. 74.
[6]) См. выше стр. 78, пр. 5.

вещи, переданной не изъ рукъ въ руки, говоритъ, что все же ее *надо считать* въ нѣкоторомъ родѣ *переданной* «длинною рукою»! Очевидно, самъ Яволенъ видѣлъ здѣсь фикцію, потому что *только* для фикціи и можетъ понадобиться представленіе объ удлиненіи рукъ больше ихъ натуральной величины.

Несомнѣнную фикцію мы видимъ еще въ l. 2 D. 17, 2[1]). Здѣсь Гай прямо говоритъ, что, собственно говоря, дѣйствительной (т. е. реальной, матеріальной) traditio здѣсь нѣтъ, но тѣмъ не менѣе надо вѣрить или считать, предполагать (credere), что она совершена. Тотъ же юристъ уже прямо отрицаетъ наличность передачи при traditio brevi manu[2]), когда онъ говоритъ: Interdum etiam *sine traditione* nuda voluntus domini sufficit ad rem transferendam. Замѣчательно, что эта же самая редакція принята и Юстиніаномъ въ свои Институціи.

Почему именно здѣсь, по мнѣнію Гая, нѣтъ traditio? Потому, что нѣтъ *реальной* передачи. А если бы Гаю сказать, что *тѣмъ не менѣе* здѣсь traditio есть, то какъ бы онъ ее назвалъ? —конечно, не иначе, какъ традиціей фиктивной.

Итакъ, разбираемая теорія фиктивной traditio имѣетъ основанія и въ римскомъ правѣ[3]).

Послужившія для нея основой упрощенія передачи были вызваны многими причинами (о нихъ — въ слѣдующемъ параграфѣ), а слѣдствіемъ своимъ они имѣли облегченіе производнаго пріобрѣтенія права собственности[4]), хотя нельзя отрицать, что и это послѣднее обстоятельство, цѣнное само по себѣ, могло, въ свою очередь, служить немалымъ стимуломъ спиритуализаціи traditio.

Тѣ же самыя явленія, о которыхъ мы сейчасъ говорили, породили и другое ученіе: нѣкоторые юристы говорятъ о successio во владѣніи, о *производномъ* пріобрѣтеніи владѣнія[5]).

---

[1]) См. стр. 103, пр. 2.

[2]) Стр. 108, пр. 2.

[3]) Противъ этого *Pininski*, Sachbesitzerwerb, II, S. 120.

[4]) Ср. *Pininski*, op. cit., II, S. 133.

[5]) *Brinz*, Possessionis traditio, Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, Bd. III, 1859, S. 16—56. *Strohal*, Succession in den Besitz, 1885. Рецензія *Eck'a* на послѣднее сочиненіе въ Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. 32, 1886, S. 599, 600. *Pininski*, Sachbesitzerwerb, II, §§ 1—3, S. 1—67. *Bier-*

Правда, господствующее мнѣніе рѣшительнѣйшимъ образомъ отвергаетъ эту идею и настаиваетъ на исключительно *первоначальномъ* характерѣ пріобрѣтенія владѣнія[1]). Однако господство этой теоріи, начавшись только со времени Савиньи, въ послѣднее время замѣтно уменьшается подъ натискомъ противоположнаго теченія: теорія successio стремится стать опять господствующей, какъ это и было раньше, въ теченіе многихъ вѣковъ, вплоть до Савиньи[2]).

И дѣйствительно, теорія successio имѣетъ многое за себя. Такъ, нельзя, прежде всего, отрицать, что пріобрѣтеніе владѣнія чрезъ traditio совершается нерѣдко далеко иначе, чѣмъ въ случаяхъ односторонней occupatio: факты, вполнѣ достаточные для traditio, могутъ иногда оказаться совсѣмъ недостаточными для occupatio[3]). И именно, при traditio ослабленіе матеріальнаго элемента доходитъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ до того, что онъ *самъ по себѣ* дѣлается непригоднымъ для *самостоятельнаго* пріобрѣтенія владѣнія. Такъ, напр., самовольное овладѣніе ключами само по себѣ не дѣлаетъ меня господиномъ того, что ими заперто. А при constitutum possessorium'ѣ если и совершается apprehensio (допустимъ, что господствующее ученіе въ этомъ отношеніи право), то ужъ никакъ не пріобрѣтателемъ, а самимъ отчуждателемъ.

Такимъ образомъ для пріобрѣтенія владѣнія дѣйствительно не остается ничего, кромѣ взаимнаго соглашенія сторонъ,—кромѣ договора. И вотъ исключительно *силою одного договора*, хотя бы и реально заключеннаго[4]), переходитъ владѣніе съ одного

---

mann, Traditio ficta, S. 396. *Ihering*, Ueber den Grund des Besitzesschutzes, S. 199 ff. Всюду здѣсь имѣется въ виду successio singularis, а не universalis.

[1]) *Savigny*, Das Recht des Besitzes, § 5, S. 44, 45. *Rudorff*, ibid., Anhang 15, S. 571—574. *Exner*, Rechtserwerb durch Tradition, S. 11, Anm. 23. *Dernburg*, Pand., I, § 177. *Windscheid*, Lehrb., I, § 153, Anm. 9, 10, S. 671 ff. *Randa*, Der Besitz, § 11, S. 413, § 15, S. 485 ff. У послѣднихъ авторовъ см. и литературу вопроса.

[2]) *Strohal*, Succession, S. 1. *Pininski*, Sachbesitzerwerb, II, S. 2. *Biermann*, Traditio ficta, S. 144.

[3]) *Pininski*, Sachbesitzerwerb, II, S. 19, 64. *Strohal*, Succession, I Cap. *Windscheid*, Lehrb., I, § 153, Anm. 10, S. 673. См. выше, стр. 60, прим. 4. Ср. *Savigny*, Das Recht des Besitzes, § 18, S. 240.

[4]) Реальный элементъ, этотъ отголосокъ прежней матеріальности traditio, заключается, напр., въ передачѣ ключей, въ наложеніи мѣтокъ и т. п.

субъекта на другаго безъ всякой перемѣны въ фактическомъ положеніи вещи, — безъ какого бы то ни было установленія господства надъ нею[1]).

Но договоръ о передачѣ владѣнія, какъ двусторонняя юридическая сдѣлка, долженъ удовлетворять извѣстнымъ условіямъ, характернымъ именно для successio.

Условія эти слѣдующія: 1) традентъ долженъ самъ имѣть владѣніе или же полномочіе на передачу чужаго владѣнія; 2) воля передать владѣніе должна исходить отъ право- и дѣеспособнаго лица; 3) должно имѣть мѣсто дѣйствительное соглашеніе сторонъ о передачѣ и пріобрѣтеніи владѣнія[2]).

Итакъ, съ одной стороны, возможность пріобрѣтенія владѣнія *внѣ* условій односторонней occupatio доказываетъ, что владѣніе можетъ быть пріобрѣтаемо и не первоначальными способами; съ другой же стороны, зависимость пріобрѣтенія владѣнія въ соотвѣтствующихъ случаяхъ отъ юридическихъ качествъ и дѣйствій *обѣихъ* сторонъ и отъ дѣйствительности совершаемой ими сдѣлки доказываетъ, что владѣніе можетъ быть пріобрѣтаемо и производно, по successio.

Наконецъ, ничто не мѣшаетъ и соединенію въ одномъ пріобрѣтеніи признаковъ и successio, и occupatio; такъ это бываетъ при передачѣ вещи изъ рукъ въ руки.

Теперь посмотримъ, что господствующая теорія выдвигаетъ противъ идеи successio во владѣніи.

По словамъ Пининскаго, главнымъ и, собственно говоря, единственнымъ аргументомъ здѣсь служитъ то соображеніе, что владѣніе есть фактъ, а къ фактамъ идея successio совсѣмъ не примѣнима. Пининскій совершенно правильно замѣчаетъ на это слѣдующее. Еслибы владѣніе было дѣйствительно res facti, то это соображеніе было бы правильно. Но дѣло въ томъ, что владѣніе въ значительной степени представляетъ изъ себя res juris, а разъ это такъ, то нѣтъ никакого основанія отрицать

Безъ этихъ придатковъ къ договору обойтись нельзя было, но и фактическаго господства, въ настоящемъ смыслѣ слова, они не давали: detentio оставалась у традента. А въ constitutum possessorium'ѣ мы имѣемъ уже чисто *консенсуальный* договоръ: здѣсь часто нѣтъ даже никакихъ намековъ на apprehensio.

[1]) Объ этомъ см. *Pininski*, Sachbesitzerwerb, II, S. 120, 126.

[2]) *Pininski*, op. cit., II, S. 27 ff., 38 ff., 42 ff.

successio въ тѣхъ случаяхъ, когда связанныя съ владѣніемъ правомочія переходятъ съ одного субъекта на другаго совершенно такими же способами, какими совершается производное пріобрѣтеніе правъ. И если переданное такимъ образомъ право называютъ *тѣмъ же самымъ* правомъ, то почему и въ переданномъ владѣніи не видѣть *то же самое* владѣніе[1])?

Далѣе, Ранда, отрицая возможность successio во владѣніи, утверждаетъ, что владѣніе пріобрѣтателя *всегда является новымъ* владѣніемъ, совершенно независимымъ ни отъ личности традента, ни отъ сдѣлки, по которой оно пріобрѣтено[2]).

Однако это обобщеніе не вѣрно, и здѣсь необходимо разграниченіе различныхъ видовъ пріобрѣтенія.

Не подлежитъ прежде всего никакому сомнѣнію, что на ряду съ successio во владѣніи мы имѣемъ сплошь и рядомъ случаи первоначальнаго пріобрѣтенія. Такова, прежде всего, односторонняя occupatio. Но даже и сама traditio, какъ я только что указалъ, можетъ удовлетворять условіямъ и первоначальнаго пріобрѣтенія, напр., при передачѣ вещи изъ рукъ въ руки, когда пріобрѣтатель вполнѣ реально овладѣваетъ ею. Но съ другой стороны, нельзя отрицать и того, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ traditio[3]) *нѣтъ* условій первоначальнаго пріобрѣтенія, и владѣніе пріобрѣтается sine apprehensione. Въ самомъ дѣлѣ, допустимъ, что, получивъ, напр., ключи отъ погреба, гдѣ хранится пріобрѣтенное мною вино, или наложивъ мѣтки на купленныя бревна, я этимъ только и ограничиваюсь и куда нибудь ухожу. Владѣніе пріобрѣтено, но вѣдь detentio и фактическая власть остается у традента. Если представители господствующей теоріи и утверждаютъ противное, то въ этомъ нельзя не видѣть большой натяжки. Не точно даже утвержденіе, что въ этихъ случаяхъ только *ослабляется*, а не устраняется требованіе тѣлеснаго воздѣйствія на вещь[4]). Передача ключей, по моему мнѣнію, можетъ быть только

---

[1]) *Piniński*, ibid., S. 8. Авторъ даже не считаетъ необходимымъ, чтобы владѣніе было *чистой* res juris. И понятіе владѣнія, какъ длящагося фактическаго состоянія, также, по мнѣнію Пининскаго, не противорѣчитъ идеѣ successio, S. 8, 9.

[2]) *Randa*, Der Besitz, § 15, S. 485, 486.

[3]) Они указаны выше. См. еще *Strohal*, Succession, S. 2, 3 und Cap. IV, Successionsfälle, S. 166 ff.

[4]) *Randa*, op. cit., S. 486.

условіемъ для установленія господства, но сама по себѣ этого господства не даетъ, а наложеніе мѣтокъ самое большее можетъ быть лишь *признакомъ* окончательнаго рѣшенія воли; constitutum possessorium даетъ лишь *право* на установленіе фактическаго господства, да и то лишь при извѣстныхъ условіяхъ, напр., по истеченіи договора найма. И если положительный законъ со всѣми этими дѣйствіями и фактами связываетъ переходъ владѣльческихъ правомочій (jus possessionis), то переходъ этотъ совершается исключительно силою соглашенія сторонъ[1]). Самостоятельнаго же и независимаго установленія господства со стороны пріобрѣтателя здѣсь нѣтъ. Единственно, что производитъ здѣсь переходъ jus possessionis, это—двусторонняя сдѣлка, договоръ, а потому и эффектъ ея, переходъ владѣнія, вполнѣ зависитъ отъ ея дѣйствительности. А это именно и доказываетъ, что владѣніе здѣсь не новое, а прежнее, — не самостоятельное, а зависимое. Допустимъ на минуту, что данная сдѣлка недѣйствительна по той, напр., причинѣ, что ключи передаются не владѣльцемъ, а детенторомъ, или потому, что соглашеніе недѣйствительно (titulus putativus) и т. п., и мы должны будемъ признать, что переходъ владѣнія не состоится.

Но и въ тѣхъ случаяхъ, когда при traditio мы получаемъ владѣніе, надо, согласно сказанному выше, различать два рода пріобрѣтенія, первоначальное и производное, въ ихъ, такъ сказать, чистомъ видѣ, т. е. первоначальное, пріобрѣтенное *внѣ условій traditio* и *successio*, и производное, пріобрѣтенное *внѣ условій occupatio*. Повидимому, само по себѣ владѣніе будетъ одинаково въ обоихъ случаяхъ. Но это такъ лишь на первый (и при томъ поверхностный) взглядъ, такъ какъ юридическое значеніе обоихъ видовъ владѣнія весьма различно[2]). Такъ, будучи сходны относительно владѣльческой защиты, эти два вида пріобрѣтенія владѣнія существенно различаются въ своемъ значеніи для пріобрѣтенія права собственности *по traditio*. Согласно сущности traditio, право собственности пріобрѣтается только чрезъ владѣніе, пріобрѣтенное *про-*

---

[1]) Относительно constitutum possessorium'a это признаетъ даже и *Randa*, loc. cit.

[2]) Объ этомъ см. *Pininski*, Sachbesitzerwerb, II, S. 12, 13. Даже и владѣніе *само по себѣ* можетъ быть поставлено въ зависимость отъ дѣйствительности traditio. Это еще настойчивѣе указываетъ на successio.

изводно, т. е. съ согласія традента и по дѣйствительной сдѣлкѣ. Владѣніе же, пріобрѣтенное самостоятельно и независимо отъ условій traditio, можетъ, самое большее, привести только къ давности, для которой пригоденъ, напр., и titulus putativus[1]).

Наконецъ, Ранда прибѣгаетъ къ слѣдующей reductio ad absurdum теоріи successio. По словамъ Пининскаго и Штрогаля, говоритъ онъ[2]), даже и тотъ, кто пріобрѣлъ владѣніе деривативно, рано *или поздно должень* установить надъ вещью свою фактическую власть, изъ чего Ранда выводитъ заключеніе, что именно чрезъ это самое владѣлецъ перестаетъ быть сукцессоромъ, — *результатъ*, конечно, странный. Дѣло только въ томъ, что его основа не вѣрна. Штрогаль дѣйствительно выражается такъ, что можетъ подать поводъ къ указанному заключенію[3]), но именно лишь *выражается; мысль* же у него нѣсколько иная. А Пининскій даже и своими выраженіями не подаетъ повода къ недоразумѣніямъ[4]) Дѣйствительная мысль обоихъ авторовъ состоитъ въ слѣдующемъ. То отношеніе къ вещи, которое устанавливается для *пріобрѣтенія* ея, нерѣдко оказывается недостаточнымъ для *пользованія* вещью, и потому пріобрѣтатель, желающій не только имѣть вещь въ своемъ владѣніи, но и пользоваться ею, естественно долженъ установить болѣе близкое отношеніе къ ней, а это можетъ оказаться подобнымъ односторонней occupatio, и, *коль скоро* это случается, владѣніе (какъ таковое, само по себѣ) получаетъ новое основаніе, а потому перестаетъ нуждаться въ прежнемъ основаніи.

Къ этому однако надо прибавить слѣдующее. Во 1-хъ, въ дѣйствительномъ установленіи фактической власти надъ вещью

---

[1]) *Pininski*, op. cit., II, S. 16. *Dernburg*, Pand., I, § 220, Ziff. 3.

[2]) *Randa*, Der Besitz, S. 488.

[3]) Selbst Derjenige, welcher Besitz zunächst nur derivativ erworben hat, *muss*.... naturgemäss früher oder später dazukommen, die vom Besitzvormann begonnene Ausübung des Eigenthumsinhalts durch Setzung neuerlicher Ausübungsacte wieder aufzunehmen.... *Strohal*, Succession, S. 236. Курсивъ принадлежитъ мнѣ.

[4]) Diese Abhängigkeit des Besitzverhältnisses von der Traditionserklärung dauert jedoch nur zeitweise. Sie verschwindet, *sobald* durch das fernere Benehmen des Erwerbers seine wirthschaftliche Relation zur Sache eine nähere wird.... *Pininski*, Sachbesitzerwerb, II, S. 63. Курсивъ принадлежитъ мнѣ.

совсѣмъ нѣтъ абсолютной необходимости; можно провладѣть вещью вплоть до ея новаго отчужденія, не пользуясь ею; это можетъ быть безсмысленно въ хозяйственномъ отношеніи, но значеніе и сила *владѣнія* отъ этого ничуть не уменьшатся. Во 2-хъ, совершеніе occupatio *послѣ* traditio не всегда, какъ я уже говорилъ, устраняетъ значеніе этой послѣдней: для пріобрѣтенія права собственности необходима дѣйствительность именно traditio, и она совсѣмъ не замѣняется позднѣйшей оккупаціей[1]).

Если все сказанное мною вѣрно, то должны пасть сами собою и всѣ тѣ возраженія, которыя приводитъ противъ successio Дернбургъ.

Онъ говоритъ: successio во владѣніи нѣтъ, а есть только послѣдовательность во времени; владѣніе пріобрѣтателя не тождественно съ владѣніемъ тредента и отъ него не зависитъ; пріобрѣтатель и тогда дѣлается владѣльцемъ, когда тредентъ владѣнія не имѣлъ, а былъ, напр., только депозитаріемъ; владѣніе пріобрѣтателя не дѣлается порочнымъ отъ того, что владѣніе тредента было порочно; наконецъ, и объемъ владѣнія пріобрѣтателя не зависитъ отъ объема владѣнія тредента[2]).

Все это справедливо только для *одностороннято* пріобрѣтенія владѣнія, но если нужно пріобрѣтеніе по traditio, то утвержденія Дернбурга сейчасъ же оказываются неприложимыми. Такъ, самъ же онъ говоритъ, что лицо, не имѣющее владѣнія, не способно къ совершенію constitutum possessorium'a[3]). Я съ этимъ вполнѣ согласенъ. Но только этимъ опровергается выше приведенное ученіе Дернбурга.

И въ этомъ примѣрѣ возможно, вообще говоря, пріобрѣтеніе владѣнія, но оно будетъ уже первоначальнымъ, а для этого послѣдняго нужны другія условія, и оно произведетъ другія послѣдствія.

Вотъ на этомъ различіи я и настаиваю.

Не можетъ быть, далѣе, поколеблено ученіе о преемствѣ во владѣніи и такими выраженіями источниковъ, какъ, напр.,

---

[1]) Поэтому приведенныя въ послѣдней цитатѣ слова Пининскаго «Sie *verschwindet*» могутъ относиться только къ владѣнію *самому по себѣ*, о которомъ собственно только и идетъ рѣчь у Пининскаго.

[2]) *Dernburg*, Pand., I, § 177 am E.

[3]) Ibid., § 181, Anm. 8.

«Apiscimur autem possessionem *per nosmet ipsos*[1]): недостатки теоретическихъ конструкцій римскихъ юристовъ хорошо извѣстны[2]).

Наоборотъ, рѣшенія отдѣльныхъ казусовъ, имѣющіяся въ источникахъ, даютъ гораздо болѣе прочное основаніе для изложенной теоріи[3]).

Вотъ, прежде всего, l. 33 D. 41, 2[4]): если продавецъ земельнаго участка поручилъ кому нибудь ввести покупщика во владѣніе, а покупщикъ до и безъ этого ввода самъ овладѣлъ земельнымъ участкомъ, то, по выраженію Помпонія, *non recte* emptor per se in possessionem veniet.

Что это значитъ?

Пининскій склоненъ отрицать здѣсь совершенно пріобрѣтеніе владѣнія[5]).

Мнѣ кажется однако, что онъ идетъ слишкомъ далеко, и что мнѣніе Ранда болѣе правильно: владѣніе здѣсь пріобрѣтено, но только оно не можетъ быть названо *recta* possessio[6]). И въ самомъ дѣлѣ, вѣдь въ казусѣ именно говорится, что покупщикъ самовольно вступилъ во владѣніе. Ранда только неправильно *оцѣниваетъ* этотъ фактъ. Въ дѣйствительности здѣсь отрицается

---

[1]) L. 1 § 2 D. 41, 2.

[2]) Это же относится и къ l. 2 § 3 D. 43, 1, которая даетъ interdictum *apiscendae*, а не retinendae possessionis покупщику земельнаго участка, которому мѣшаютъ осуществлять право проѣзда или прохода, принадлежавшее продавцу. На это указываетъ также *Dernburg*, Pand., I, § 177, Anm. 5. Противъ него *Strohal*, Succession, S. 194: для рѣшенія вопроса о томъ, имѣетъ ли въ данномъ случаѣ мѣсто successio, рѣшающее значеніе имѣетъ сущность даннаго случая, а не то выраженіе, которое употребилъ, говоря о немъ, римскій юристъ.

[3]) Къ этому отрицательно относится *Randa*, Der Besitz, § 15, Anm. 14a, S. 489, но, какъ мнѣ кажется, не основательно. Вѣрнѣе *Pininski*, Sachbesitzerwerb, II, § 3, S. 27 ff.

[4]) Fundi venditor etiamsi mandaverit alicui, ut emptorem in vacuam possessionem induceret, priusquam id fieret, non recte emptor per se in possessionem veniet. Item si amicus venditoris mortuo eo, priusquam id sciret aut non prohibentibus heredibus id fecerit, recte possessio tradita erit; sed si id fecerit, cum sciret dominum mortuum aut cum sciret heredes id facere nolle, contra erit.

[5]) *Pininski*, op. cit., II, S. 31, 32.

[6]) *Randa*, loc. cit.

traditio[1]): ея мѣсто занимаетъ occupatio. Отсюда уже и дальнѣйшее послѣдствіе: переходъ права собственности не возможенъ, такъ какъ для этого необходима именно traditio, а не occupatio.

Такимъ образомъ мы здѣсь видимъ и различные *способы* пріобрѣтенія владѣнія, и различное *значеніе* ихъ.

Затѣмъ интересна также l. 11 D. 41, 1[2]) въ связи съ l. 29 D. 41, 2[3]). Эти фрагменты указываютъ на необходимость дѣеспособности въ лицѣ тредента. Такъ, съ одной стороны, потерять *фактическую* сторону владѣнія, *перестать* владѣть *corpore* пупиллъ можетъ и безъ содѣйствія тутора; съ другой же стороны, *отчудить* владѣніе, перестать владѣть *animo* безъ тутора нельзя.

Что это за различіе?

Здѣсь во второмъ случаѣ, въ противоположность первому, рѣчь идетъ объ активномъ участіи въ юридической сдѣлкѣ отчужденія и передачи владѣнія, а для этого нужна дѣеспособность тредента, такъ какъ иначе переходъ владѣнія не возможенъ.

Даже Ранда и Виндшейдъ видятъ здѣсь отступленіе отъ понятія владѣнія и вліяніе права на владѣніе[4]). Но если наряду съ первоначальнымъ пріобрѣтеніемъ допустить и successio во

---

[1]) Ср. *Pininski*, ibid., S. 30.

[2]) Pupillus quantum ad adquirendum non indiget tutoris auctoritate, alienare vero nullam rem potest nisi praesente tutore auctore, et ne quidem possessionem, quae est naturalis, ut Sabinianis visum est, quae sententia vera est.

[3]) Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, non ut animo, sed ut corpore desinat possidere, quod est enim facti, potest amittere. Alia causa est, si forte animo possessionem velit amittere: hoc enim non potest.

Объ этихъ двухъ рѣшеніяхъ см. *Savigny*, Das Recht des Besitzes, § 32, Anm. 4, S. 355, 356. *Strohal*, Succession, S. 45, 46. *Pininski*, op. cit., II, S. 38 ff. *Randa*, op. cit., § 15, Anm. 14 a. *Bekker*, Das Recht des Besitzes, § 28, S. 312. *Windscheid*, Lehrb., I, § 153, Anm. 10. *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, § 69, S. 313 ff.

[4]) *Randa*, Der Besitz, § 22, S. 590, Anm. 10: In diesem Falle zeigt sich.... der modifizirende Einfluss des Rechtes auf den Besitz. *Windscheid*, Lehrb., I, § 156, Anm. 11, S. 706: In dem Letzteren liegt eine wirkliche Abweichung von der Consequenz aus dem Begriffe des Besitzes.

владѣніи, каждое при соотвѣтствующихъ условіяхъ, то ничего исключительнаго здѣсь не будетъ.

Наконецъ, что касается необходимости дѣйствительнаго соглашенія сторонъ для перехода владѣнія, то защитники successio ссылаются въ этомъ отношеніи на l. 34 pr. D. 41, 2 и l. 18 § 1 eod.

Правда, нельзя не признать, что взаимное отношеніе этихъ двухъ фрагментовъ очень спорно[1]), и потому на нихъ трудно построить убѣдительныя положенія. Но необходимость дѣйствительнаго соглашенія контрагентовъ имѣетъ уже достаточныя основанія и въ томъ, что изложено выше. Остальное будетъ указано ниже.

Наконецъ, для окончательнаго уясненія юридической природы traditio необходимо еще остановиться спеціально на вопросѣ о договорномъ характерѣ этого способа пріобрѣтенія права собственности.

Итакъ, является ли traditio договоромъ, или нѣтъ?

Почти всѣ выдающіеся юристы XIX в.[2]) отвѣчаютъ на этотъ вопросъ утвердительно и именно видятъ въ traditio такъ называемый *«вещный договоръ»*[3]).

Сюда относятся Савиньи[4]), Пухта[5]), Келлеръ[6]), Кунце[7]),

---

[1]) *Pininski*, op. cit., II, S. 42 ff. *Strohal*, Succession, S. 176 ff. *Meischeider*, op. cit., S. 317 ff. *Dernburg*, Pand., I, § 182, Ziff. 2 a. E. und Anm. *Windscheid*, Lehrb., I, § 156, Anm 10.

[2]) Теорія прежнихъ вѣковъ, начиная съ эпохи глоссаторовъ, излагаетъ *Chlamtacz*, Die rechtliche Natur der Uebereignungsart durch Tradition im römischen Recht, Leipzig, 1897, S. 2—7.

[3]) Ibidem, S. 8. См. еще *F. Endemann*, Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuchs, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 3 u. 4 Aufl., 1898, Bd. II, Th. 1, Sachenrecht, § 17, S. 64 f.

[4]) *Savigni*, System, III, 1840, S. 310—313. Его же Obligationenrecht, II, § 78, S. 256, 257, Anm. m.

[5]) *Puchta*, Cursus der Institutionen, Bd. II, 1875. System und Geschichte des röm. Privatrechts, § 241, S. 216, 217. Его же Vorlesungen über das heutige römische Recht, I, 1873, § 148, S. 335.

[6]) *Keller*, Pandekten, I, 1866, § 127, S. 285.

[7]) *Kuntze*, Cursus des römischen Rechts, I, 1869, § 506, S. 391.

Вехтеръ[1]), Арндсъ[2]), Бринцъ[3]), Экснеръ[4]), Гофманъ[5]), Лейстъ[6]), Зомъ[7]), Унгеръ[8]), Ранда[9]), Колеръ[10]), Баронъ[11]), Виндшейдъ[12]), Дернбургъ[13]) и другіе[14]).

Такъ, Савиньи въ указанномъ мѣстѣ своей «Системы» устанавливаетъ, прежде всего, самое понятіе договора. Договоромъ называется соединеніе нѣсколькихъ лицъ въ одномъ согласномъ волеизъявленіи, которымъ и опредѣляются ихъ юридическія отношенія[15]).

---

[1]) *Wächter*, Pandekten, II, § 131, S. 109.

[2]) *Arnds*, Lehrbuch der Pandekten, 1879, § 63, Anm. 2, § 145, Anm. 1, S. 232.

[3]) *Brinz*, Lehrbuch der Pandekten, IV, 1892, § 561, Anm. 32, S. 256. См. и Bd. I, § 137, Anm. 9—12, § 138, Anm. 26 fg., 57, § 141, Anm. 4—8, § 150, nach Anm. 14, Bd. III, § 482, Anm. 3.

[4]) *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 8.

[5]) *Hofmann*, Die Lehre vom titulus und modus adequirendi und von der justa causa traditionis, Wien, 1873, S. 138.

[6]) *Leist*, Mancipation und Eigenthumstradion, § 41, S. 204—207.

[7]) *Sohm*, Ueber Vertragsschluss unter Abwesenden und Vertragsschluss mit einer persona incerta, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. 17, N. F. Bd. 2, S. 16, 30 ff. Его же Das Recht der Eheschliessung. Weimar, 1875, S. 79 ff.

[8]) *Unger*, System des österr. allgem. Privatrechts, II, 1876, § 93, S. 170, 171.

[9]) *Randa*, Das Eigenthumsrecht, § 11, S. 268, 269.

[10]) *Kohler*, Der dingliche Vertrag, Gesammelte Abhandlungen aus dem gem. und franz. Civilrecht, S. 1, Anm. Его же Vertrag und Uebergabe, Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 18, Heft 1, § 8, S. 70 ff.

[11]) *Baron*, Pandekten, 9 Aufl., Leipzig, 1896, § 131, S. 252 ff.

[12]) *Windscheid*, Lehrb., I, § 171, Anm. 3, S. 780, 781.

[13]) *Dernburg*, Pand., § 213, Ziff. 1.

[14]) *Chlamtacz*, Die rechtliche Natur, S. 8, указываетъ еще на Макельдея, Айзеле, Штремпеля и Тилля. Я укажу на *Planck'a*, Bürgerliches Gesetzbuch, I, S. 196, Erl. 2.

[15]) *Savigny*, System, III, S. 309. *Unger* поправляетъ Савиньи: договоры вообще касаются не только правъ самихъ сторонъ, но также и правъ лицъ постороннихъ. На это нельзя возражать, что въ такомъ случаѣ и судебныя рѣшенія оказались бы договорами, — нельзя потому, что для договоровъ все же остается характернымъ «соединеніе нѣсколькихъ сторонъ». System des österr. allgem. Privatrechts, II, § 78, S. 41, Anm. 10.

Затѣмъ онъ говоритъ слѣдующее:

Договоры имѣютъ мѣсто въ международномъ, государственномъ и частномъ правѣ. Что касается послѣдняго, то здѣсь договоры встрѣчаются во всѣхъ его отдѣлахъ[1]).

И въ частности, traditio является истиннымъ, дѣйствительнымъ договоромъ, такъ какъ въ ней можно видѣть всѣ признаки понятія договора. Въ самомъ дѣлѣ, она содержитъ въ себѣ взаимное волеизъявленіе двухъ контрагентовъ, направленное на передачу владѣнія и права собственности, и затѣмъ уже именно этой волей сторонъ опредѣляются ихъ правоотношенія. Правда, эта воля, сама по себѣ, не достаточна и не производитъ желаемаго сторонами юридическаго эффекта; для этого необходимо еще *дѣйствительное пріобрѣтеніе владѣнія.* Но это обстоятельство отнюдь не измѣняетъ сущности лежащаго въ основѣ всей сдѣлки договора.

Затѣмъ въ «Обязательственномъ правѣ»[2]) Савиньи подробнѣе останавливается на анализѣ traditio. Эта послѣдняя, говоритъ онъ, совершается для двоякаго рода цѣлей: 1) для найма, залога, поклажи и т. п., 2) для купли-продажи, мѣны и т. п.

Въ чемъ различіе этихъ двухъ категорій? — Въ первой категоріи случаевъ дѣло не идетъ о передачѣ права собственности, а во второй категоріи случаевъ стороны именно желаютъ этого перехода. Слѣдовательно, traditio переноситъ собственность не сама по себѣ, а силою согласной воли обѣихъ сторонъ. Поэтому-то значеніе воли при traditio и подчеркивается источниками римскаго права[3]). Поэтому, наконецъ, и слѣдуетъ

---

[1]) Эту же теорію проводилъ затѣмъ и *Böcking:* область договоровъ не ограничивается установленіемъ обязательственныхъ отношеній, договоры имѣютъ мѣсто, кромѣ области публичнаго права, во всѣхъ отдѣлахъ частнаго права: таковы договоры о владѣніи, о собственности, о вещныхъ правахъ и о правахъ семейственныхъ. Pandekten des römischen Privatrechts aus dem Standpuncte unseres heutigen Rechtssystems oder Institutionen des gemeinen deutschen Civilrechts, Bd. I, 2 Aufl., Bonn, 1853, § 106, S. 362, 363 Та же теорія и у Виндшейда, Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, S. 323.

[2]) Loc. cit.

[3]) § 40 J. 2, 1: Per traditionem quoque jure naturali res nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem

въ traditio видѣть договоръ, но только не обязательственный, а вещный.

Подобныя же идеи, но болѣе широко, развиваетъ и Экснеръ.

Въ договорѣ вообще Экснеръ видитъ взаимное согласіе воли auctor'a и пріобрѣтателя относительно того, что извѣстное право перваго переходитъ ко второму.

Характеръ устанавливаемаго права сообщается и договору. Такъ, вообще говоря, посредствомъ договора можно устанавливать обязательственныя, вещныя, семейственныя и наслѣдственныя права. Сообразно съ этимъ мы и говоримъ о договорахъ обязательственныхъ, вещныхъ, семейственныхъ и наслѣдственныхъ[1]).

Но единеніе воли нѣсколькихъ лицъ не всегда достаточно само по себѣ для произведенія задуманнаго юридическаго эффекта. Положительное право предъявляетъ для этого различныя требованія. Между прочимъ сюда относится требованіе такой или иной *формы* договора. И вотъ, что касается вещныхъ договоровъ, т. е. имѣющихъ цѣлью пріобрѣтеніе вещныхъ правъ, то они изстари принадлежали и принадлежатъ къ договорамъ въ этомъ смыслѣ формальнымъ. Таковы въ Римѣ Mancipatio, In jure cessio и Traditio, а въ Германіи — Scotatio, Effestucatio и др.[2]).

Установивши свою точку зрѣнія, Экснеръ переходитъ дальше къ разсмотрѣнію самой traditio и говоритъ слѣдующее.

Отдача вещи вмѣстѣ съ соотвѣтствующимъ ей принятіемъ той же вещи представляетъ изъ себя внѣшнее дѣйствіе, которое само по себѣ юридически безразлично и можетъ получить различнѣйшій смыслъ. Юридическое значеніе tradere пріобрѣтаетъ лишь тогда, когда оно является матеріальнымъ выраженіемъ юридическаго волеизъявленія, юридической сдѣлки. Такимъ об-

---

domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. Точно такую же редакцію имѣетъ и l. 9 § 3 D. 41, 1.

[1]) *Exner*, op. cit., S. 4. По юридическому эффекту различаетъ договоры и *Zachariae von Lingenthal*, Handbuch des französischen Civilrechts, bearbeitet von *Crome*, Bd. I, 1894, § 120, Anm. 3, S. 331. Такъ же *Ефимовъ*, Догма римскаго права, СПБ., 1901, стр. 424.

[2]) Ibidem, S. 7.

разомъ когда кручение вещи имѣетъ то значение, что пріобрѣтатель, принимая вещь, получаетъ по договору вещное право на нее, тогда «*tradere*» является формой вещнаго договора. И вотъ, этотъ самый договоръ, заключенный въ *этой* формѣ, и есть traditio или передача въ техническомъ смыслѣ этого слова[1]).

Въ понятіе traditio не входятъ такимъ образомъ ни тѣ вещные договоры, которые заключаются безъ всякой формы (какъ во французскомъ правѣ), ни тѣ вещные договоры, которые заключаются въ какой нибудь другой формѣ (Mancipatio, In jure cessio въ Римѣ). Наконецъ, сюда не относится и та traditio, которая является пустой формой, лишенной существеннѣйшаго момента,—указанной воли сторонъ[2]).

Итакъ, traditio (въ техническомъ смыслѣ этого термина) есть договорное пріобрѣтеніе вещнаго права въ формѣ овладѣнія вещью, которое совершается пріобрѣтателемъ съ согласія auctor'a.

Здѣсь пріобрѣтеніе права является цѣлью, а пріобрѣтеніе владѣнія—средствомъ, при чемъ силою договора пріобрѣтается только право, а пріобрѣтеніе владѣнія совершается односторонней дѣятельностью пріобрѣтателя[3])

Описанные здѣсь вещные договоры имѣютъ, по словамъ того же Экснера, свои особенности.

Для насъ важно только слѣдующее. Вещный договоръ можетъ служить для исполненія обязательственнаго договора, но самъ подлежать исполненію не можетъ. Это объясняется его содержаніемъ: здѣсь имѣется въ виду не ожиданіе полученія чего либо, а обладаніе, — не обѣщаніе только, а дѣйствительное, настоящее dare[4]).

Затѣмъ и Келлеръ даетъ основанія своего взгляда на traditio, какъ на договоръ.

Основаніе это заключается въ томъ, что ошибка въ объектѣ и въ личности того или другаго контрагента дѣлаетъ tra-

---

[1]) Ibidem, S. 8.
[2]) Ibidem, S. 9.
[3]) Ibidem, S. 10, 11.
[4]) Ibidem, S. 6.

ditio недѣйствительной и пріобрѣтеніе владѣнія и права собственности невозможнымъ[1]).

Отсюда видно, что только *при согласіи обѣихъ сторонъ* относительно существенныхъ элементовъ ихъ сдѣлки возможенъ извѣстный юридическій эффектъ, а это и указываетъ именно на договорную природу этой сдѣлки.

Арндсъ[2]), подобно Савиньи, Бёкингу и Экснеру, вооружается противъ мнѣнія, по которому договоры пригодны для установленія только *обязательственныхъ* отношеній, и утверждаетъ, что *вещныя* права точно такъ же могутъ быть установляемы посредствомъ договоровъ[3]), къ которымъ онъ, какъ указано выше, причисляетъ и traditio.

Кунце[5]) эту же самую идею обосновываетъ на выраженіяхъ самихъ римскихъ юристовъ. Напр., Яволенъ говоритъ:

> In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio, sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id, quod inchoatur, non potest. L. 55 D. 44, 7.

---

[1]) *Keller*, Pandekten, I, 1866, § 127, S. 286, 287. L. 34 pr. D. 41, 2: Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus... non puto errantem adquirere.

L. 35 D. 41, 1: Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis dominium, et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit.

L. 37 § 6 D. 41, 1: Si, cum mihi donare velles, jusserim te servo communi meo et Titii rem tradere, isque hac mente acciperet, ut rem Titii faceret, nihil agetur: nam et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur. Quod si servus communis hac mente acceperit, ut duorum dominorum faceret, in parte alterius domini nihil agetur. Такъ же и *Unger*, System, II, S. 171, Anm. 8.

[2]) Loc. cit.

[3]) Въ послѣднее время въ такомъ же смыслѣ высказался и *Regelsberger*, Pandekten, I, § 149, S. 543.

[4]) Loc. cit.

Теперь перейдемъ къ новѣйшимъ пандектистамъ, признающимъ за traditio договорный характеръ.

Виндшейдъ[1]),подобно Экснеру, также усматриваетъ въ traditio договоръ, точнѣе—*форму* вещнаго договора[2]), но по послѣднему вопросу онъ отказывается спорить о названіяхъ и настаиваетъ только на слѣдующемъ.

Передача, т. е. установленіе, согласно волѣ сторонъ, фактическаго отношенія, не есть что либо *присоединяющееся* къ договору о переходѣ собственности; въ передачѣ нельзя также видѣть и *восполненія* этого договора. По правильному мнѣнію, traditio есть необходимое *выраженіе* указаннаго договора. Sie ist der Eigenthumsübertragungsvertrag. И если договоръ о переходѣ права собственности предшествуетъ передачѣ, то онъ непремѣнно повторяется въ ней; договоръ же о переходѣ собственности, не нашедшій своего выраженія въ traditio, не имѣетъ должнаго юридическаго значенія: самое большее, ему можетъ принадлежать *обязательственное* дѣйствіе.

Дернбургъ[3]) также, считая передачу вещнымъ договоромъ,

---

[1]) Loc. cit.

[2]) Форму вещнаго договора видитъ въ traditio и *Sohm*. Онъ говоритъ: traditio общаго права есть, какъ извѣстно, юридическая сдѣлка и именно — договоръ передачи (ein Traditionsvertrag). Traditio есть изъявляемое въ формѣ передачи владѣнія соглашеніе о переходѣ права собственности отъ тредента къ акципіенту. Zeitschrift für das ges. Handelsrecht, Bd. 17, S. 17. Почти также выражается и Колеръ въ Анналахъ Баденскихъ судовъ.—Передача или установленіе вещнаго права совершается посредствомъ согласнаго волеизъявленія двухъ лицъ, т. е. посредствомъ договора При этомъ законъ можетъ еще требовать и особой формы для волеизъявленія. Но сущность дѣла отъ этого не измѣнится: главнымъ и существеннымъ элементомъ останется все таки воля сторонъ. Annalen der Grossherzoglich Badischen Gerichte, Bd. 40, 1874, Der dingliche Vertrag im französischen Becht, S. 232.

[3]) Loc. cit. Дернбургъ также ссылается на цитированныя нѣсколько выше § 40 J. 2, 1 и l. 55 D. 44, 7. Кромѣ того, указываются еще извѣстная l. 36 D. 41, 1 и затѣмъ—l. 37 § 1 D. eod. Послѣдняя говоритъ: Si unus ex dominis servo communi pecuniam donavit, in potestate domini est, quemadmodum servo communi pecuniam donet. Nam si hoc solum egerit, ut ea separetur a suis rationibus et in peculio servi sit, manebit ejusdem domini proprietas. Si vero eo modo pecuniam servo communi donaverit, quomodo alienis servis donare solemus, fiet sociorum communis pro portione, quam in

въ то же время видитъ въ ней *форму* переусвоенія[1]).

Таковы главнѣйшія соображенія, приводимыя въ пользу договорной природы traditio.

Въ общемъ и главномъ къ этой теоріи примыкаю и я.

Теперь, прежде чѣмъ приступить къ изложенію ученія противниковъ этой теоріи, я считаю болѣе удобнымъ выяснить свою точку зрѣнія на этотъ спорный и важный для пониманія всего института traditio вопросъ. Это потому, что я принимаю теорію договорной traditio не цѣликомъ и подчеркиваю особенно нѣкоторые элементы ея; благодаря этимъ модификаціямъ, у меня окажется меньше разногласія съ противниками договорной теоріи, и такимъ образомъ изложеніе вопроса нѣсколько упростится.

Прежде всего, я вполнѣ принимаю положеніе Савиньи, Экснера и другихъ, по которому посредствомъ договоровъ могутъ быть устанавливаемы не только обязательственныя отношенія, но также и вещныя; а разъ это положеніе вѣрно, то и *понятіе вещнаго договора* имѣетъ точно такое же право на всеобщее признаніе, какимъ пользуется понятіе *обязательственнаго договора;* различіе между ними состоитъ главнымъ образомъ въ различіи того юридическаго эффекта, который они производятъ.

Что *старая* теорія отрицала за соглашеніемъ сторонъ силу установленія вещныхъ правъ, это объясняется особымъ толкованіемъ римскихъ источниковъ, говорящихъ о causa и о traditio. Процессъ перехода права собственности считали сложнымъ и видѣли въ немъ два элемента: titulus, т. е. основаніе для пріобрѣтенія права собственности (это былъ договоръ), и modus acquirendi, т. е. осуществленіе или самый способъ перехода вещнаго права (это была traditio)[2]).

---

servo habebunt. Наконецъ, Дернбургъ ссылается еще и на l. 10 D. 39, 5: Absenti, sive mittas qui ferat, sive quod ipse habeat sibi habere eum jubeas, donari recte potest. Sed si nescit rem, quae apud se est, sibi esse donatam, vel missam sibi non acceperit, donatae rei dominus non fit, etiamsi per servum ejus cui donabatur missa fuerit, nisi ea mente servo ejus data fuerit, ut statim ejus fiat.

[1]) *Dernburg*, Pand., I, § 211, Anm. 2.

[2]) Объ этомъ см. *Förster-Eccius*, Preussisches Privatrecht, Bd. III, 1892, § 172, S. 186. Спеціальное изслѣдованіе далъ *Hofmann*, Die Lehre vom titulus und modus adquirendi und von der justa causa traditionis, Wien, 1873. См. также *Arnds*, Lehrbuch der Pandekten, § 188, Anm. 1, и *F. Endemann*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II, Th. 1, § 17, S. 66, Anm. 10.

Эта теорія, почерпнутая изъ римскаго права, на которое въ старыя времена смотрѣли, какъ на ratio scripta для всѣхъ временъ, была принята, между прочимъ, прусскимъ Ландрехтомъ[1]) и считалась единственно возможной и правильной. Договору она самостоятельнаго значенія при установленіи вещныхъ правъ не давала.

Теперь эта теорія уже давно отвергнута; положенія римскаго права непреложными законами уже не считаются. Въ нашемъ далеко ушедшемъ впередъ запасѣ юридическихъ идей занимаетъ уже видное мѣсто та истина, что и посредствомъ одного лишь договора, безъ traditio, возможенъ переходъ вещнаго права, напр., права собственности.

Теоретически это высказано еще Гроціемъ въ его книгѣ «De jure belli et pacis»[2]), гдѣ онъ говоритъ: de venditione et emptione notandum, etiam sine traditione, ipso contractus momento transferri dominium posse, atque id esse simplicissimum. Теперь это положеніе раздѣляется уже очень многими.

Практически эта идея уже и осуществилась на дѣлѣ во французскомъ[3]), итальянскомъ[4]) и англійскомъ[5]) законодатель-

---

[1]) Das Allgem. Landrecht, I, 9, § 1: Die äusseren Handlungen, durch welche das Eigenthum erworben wird, bestimmen die verschiedenen Erwerbungsarten (Modus acquirendi). § 2: Der gesetzliche Grund, vermöge dessen diese äusseren Handlungen die Kraft haben, dass dadurch das Eigenthum erworben werden kann, wird der Titel des Eigenthums genannt.

[2]) Lib. II, Cap. 12, n. 15.

[3]) Code civil. art. 711, 1138, 1583. Уже и здѣсь слѣдуетъ обратить вниманіе на *теоретически* неправильную редакцію art. 711, который говоритъ, что la propriété des biens s'acquiert et se transmet... par l'effet des *obligations*. Здѣсь слѣдовало бы сказать: par l'effet du *consentement*, такъ какъ возникновеніе *вещнаго* права изъ *обязательственной* сдѣлки дѣйствительно не возможно. На это уже совершенно правильно указано Виндшейдомъ въ его Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, Düsseldorf, 1847, S. 323 ff., 327—330, 345, 346. Ср. *Sohm*, Das Recht der Eheschliessung aus dem deutschen und canonischen Recht geschichtlich entwickelt, Weimar, 1875, S. 80.

[4]) Codice Civile, § 1125: Nei contratti che hanno per oggetto la translazione della proprietà o di altro diritto, *la proprietà* o il diritto *si transmette e si acquista per effetto del consenso*, legittimamente manifestato.

[5]) Англійскій законъ 20 февраля 1894 г. о куплѣ-продажѣ движимыхъ вещей (Sale of Goods Act, 1893), ст. 17, § 1 и ст. 18, § 1.

ствахъ, по которымъ, дѣйствительно, одно соглашеніе, одинъ *договоръ*, переноситъ *вещное* право, право собственности, на движимыя имущества съ одного контрагента на другаго. Это фактъ очевидный и общеизвѣстный.

Я не могу поэтому согласиться съ проф. Шершеневичемъ, который полагаетъ, что «*договору, по существу его, чуждо установленіе вещной связи, онъ создаетъ лишь право требованія и такимъ путемъ подготовляетъ вещное право*»[1]).

Но откуда вытекаетъ, что самое *существо* договора противится возникновенію изъ него вещнаго права? Можно, пожалуй, оспаривать *цѣлесообразность* принятія въ кодексъ такого способа пріобрѣтенія права собственности, но для отрицанія самой *возможности* такой функціи договора, по моему мнѣнію, нѣтъ ровно никакихъ основаній[2]).

Но здѣсь надо сдѣлать нѣкоторыя разъясненія: надо точнѣе опредѣлить мѣсто вещнаго договора въ сдѣлкѣ переусвоенія движимыхъ вещей и такимъ образомъ показать, что этотъ договоръ есть явленіе дѣйствительное и реальное.

Дѣло въ томъ, что, напр., по французскому праву, для пріобрѣтенія права собственности на движимость заключается *только договоръ купли-продажи*. А куплю-продажу слишкомъ привыкли, подъ вліяніемъ романистической теоріи, считать исключительно *обязательственнымъ* контрактомъ. Между тѣмъ во французскомъ правѣ купля-продажа есть сдѣлка сложная. Она устанавливаетъ отношенія и обязательственныя (обязанность уплаты

Inhülsen утверждаетъ, что правило о переходѣ права собственности силою одного лишь соглашенія существуетъ въ Англіи еще со второй половины XV вѣка! Zeitschrift für Internationales Privat- und Strafrecht, Bd. VI, 1896, S. 213.

[1]) *Шершеневичъ*, Учебникъ русскаго гражданскаго права, 3 изд., стр. 245.

[2]) *Vangerow* отрицаетъ эту функцію за *римскими* pactiones и stipulationes, но *вообще* правило объ установленіи вещныхъ правъ посредствомъ договоровъ онъ считаетъ хотя и не слишкомъ мудрымъ, но все же цивилистически возможнымъ. Lehrbuch der Pandekten, I, § 350, Anm. 1.

Kohler еще въ 1874 году писалъ: договоръ является факторомъ, одинаково имѣющимъ мѣсто и дѣйствіе во *всемъ* имущественномъ правѣ (а слѣдовательно, и въ вещномъ правѣ). Это показали уже Гроцій, Пуффендорфъ, Кантъ и Гегель. Такимъ образомъ «догма вещнаго договора можетъ теперь считаться неопровержимой». Annalen der Bad. Gerichte, Bd. 40, S. 233.

цѣны, отвѣтственность за evictio, за пороки вещи и т. д.), и вещныя (переходъ права собственности).

Разъ изъ купли-продажи вытекаетъ два рода существенно различныхъ отношеній, какъ это намъ съ очевидностью показываетъ юридическій анализъ этой сдѣлки, то мы, основываясь на вполнѣ основательной и цѣлесообразной классификаціи договоровъ по ихъ ѣффекту, необходимо должны признать, что купля-продажа французскаго права представляетъ собою *соединеніе двухъ договоровъ*: обязательственнаго и вещнаго[1]).

Конечно, стороны, заключающія договоръ купли-продажи, могутъ не имѣть никакого понятія о двойственности ея элементовъ, но это ничуть не мѣняетъ сущности дѣла, такъ какъ не подлежитъ ни малѣйшему сомнѣнію тотъ фактъ, что стороны дѣйствительно желаютъ и перехода права собственности (вещный договоръ), и принятія или возложенія обязанности по уплатѣ цѣны и т. д. (обязательственный договоръ), — *по всьмъ этимъ вопросамъ стороны несомнѣнно приходятъ къ обоюдному соглашенію*; слѣдовательно, заключеніе этихъ двухъ соглашеній или договоровъ — фактъ несомнѣнный. А затѣмъ уже дѣло науки, а не контрагентовъ — классифицировать и конструировать эти дѣйствительныя и реальныя волеизъявленія.

Такимъ образомъ вещный договоръ въ куплѣ-продажѣ отнюдь не есть какая либо теоретическая фикція; вещный договоръ есть вполнѣ реальное явленіе, есть дѣйствительное соглашеніе сторонъ, направленное на перенесеніе вещнаго права, и мы выдѣляемъ, и должны выдѣлять, этотъ договоръ особо потому, что и вообще мы не сваливаемъ въ одну кучу всѣ юридическія понятія, а класеифицируемъ ихъ по ихъ особымъ внутреннимъ или внѣшнимъ качествамъ и признакамъ. И въ частности, вещный договоръ по своимъ особенностямъ и по своей роли въ гражданско-правовыхъ институтахъ вполнѣ оправдываетъ это выдѣленіе и даже требуетъ его.

Все это мы говоримъ, имѣя въ виду договоръ купли-продажи по французскому, итальянскому и англо-американскому законодательствамъ.

Можно ли то же самое сказать о сдѣлкахъ отчужденія по римскому праву и по германскимъ законодательствамъ, по которымъ

---

[1]) Такъ *Kohler*, Der dingliche Vertrag, S. 30.

одного договора, напр., купли-продажи не достаточно для перехода права собственности, а требуется еще совершеніе traditio?

Такъ какъ здѣсь договоръ купли-продажи не устанавливаетъ вещнаго права, то, съ перваго взгляда, можно было бы подумать, что *здѣсь* этотъ договоръ совершенно однороденъ по своему составу: это договоръ *исключительно обязательственный.*

Однако такой взглядъ я считаю не вполнѣ точнымъ.

И въ римско-германской куплѣ-продажѣ, кромѣ обязательственнаго контракта, нельзя не видѣть также и соглашенія сторонъ, направленнаго на *вещное* дѣйствіе, на переходъ права собственности[1]). Этотъ переходъ права собственности является главнѣйшей и существеннѣйшей цѣлью сдѣлки купли-продажи[2]).

---

[1]) Подтвержденіемъ этого могутъ служить слова *Zitelmann'a*. Объ исполненіи обязательства посредствомъ перенесенія права собственности Цительманъ говоритъ: «Здѣсь передъ нами *два* волеизъявленія: одно направлено на переходъ права собственности, а другое—на погашеніе обязательства. Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 275.

[2]) Animus dominii transferendi и animus dominii accipiendi. Это выраженіе вполнѣ точно только для современной германской купли-продажи. Напр., новое Общегерманское Уложеніе постановляетъ: Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigenthum an der Sache zu verschaffen (§ 433, Abs. 1). См. *Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Lieferung 4, 1898, S. 227, Ziff. 6, sub a. *A. Engelmann*, Das alte und das neue bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluss des Handelsrechts, Berlin, 1899, § 119, S. 325. *Dernburg*, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, Bd. II, Abth. 2, § 167, S. 2. Такъ же это было по Прусскому Ландрехту, I, 11, § 1. Такъ это и теперь по Австрійскому Уложенію, § 1053. Саксонское Уложеніе возлагаетъ однако на продавца обязанность передать покупщику лишь владѣніе, § 1089. По римскому же праву договоръ о переходѣ *права собственности* не былъ куплей-продажей; это былъ неисковой pactum, который только при исполненіи превращался въ исковой contractus innominatus. *Wächter*, Pand., II, § 204, S. 460, Beilage I, 2. Французскій цивилистъ, Aubépin, говоритъ: купля-продажа въ Римѣ возлагала на продавца не обязанность сдѣлать покупщика собственникомъ, а лишь предоставить ему, посредствомъ передачи, свободное пользованіе вещью: in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere, l. 11 § 2 D. 19, 1, а это обстоятельство производило затѣмъ и дальнѣйшее дѣйствіе: если традентъ собственникъ, то и покупатель дѣлался собственникомъ; если же у традента права собственности не было, то онъ дѣлался отвѣтственнымъ за evictio. Цитируемый фрагментъ выражается такъ: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evic-

Тотъ, кому данная вещь не нужна, не станетъ покупать ея! Точно также и тотъ, кто не желаетъ лишиться права собственности на какую либо изъ своихъ вещей, не понесетъ ея на рынокъ для продажи.

Столько сходства въ куплѣ-продажѣ по обѣимъ группамъ законодательствъ.

---

tionis nomine venditorem obligat. Ср. и l. 20 pr. D. 41, 1. Для покупщика остается въ послѣднемъ случаѣ еще въ запасѣ давность. Если же стороны заключали договоръ о переходѣ права собственности, то это былъ contractus innominatus: do ut des. *Aubépin*, Origines et progrès en France du droit coutumier, féodal et privé, sur la nature des ventes, échanges et promesses de vente jusqu'au temps de Pothier въ Revue critique de législation et de jurisprudence, t. 14, Paris, 1859, p. 181, 182. *Молиторъ* высказываетъ такія же положенія и цитируетъ еще l. 30 § 1 D. 19, 1: venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat и l. 25 § 1 D. 18, 1: Qui vendidit, necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti spopondit. *Molitor*, Les obligations en droit romain avec l'indication des rapports entre la législation romaine et le droit français, t. I, 2 éd., Paris, 1866, n. 367. См. еще *Dernburg*, Pand., II, § 94, Ziff. 2. *Windscheid*, Lehrb., II, § 389, Ziff. 1, S. 608 сближаетъ римское право съ новыми кодексами Германіи, потому что и въ самомъ контрактѣ купли-продажи видитъ отчасти вещное дѣйствіе; см. его Lehrb., Bd. I. § 177, § 321, § 365, Bd. II, § 389, Anm. 2. Наконецъ, Кюнъ совершенно резонно замѣчаетъ: не слѣдуетъ преувеличивать указанной особенности римскаго права: римляне не отрицаютъ, что купля-продажа имѣетъ цѣлью перенесеніе права собственности; они только не видятъ въ этомъ conditio sine qua non; продавецъ обязанъ былъ сдѣлать все, чтобы дать покупщику собственность, но только это не было условіемъ дѣйствительности сдѣлки. *Cuq*, Les institutions juridiques des romains, II, p. 404. Это же формулируетъ и Молиторъ (loc. cit.) слѣдующимъ образомъ: *предметъ* купли—перенесеніе гарантіи за спокойное обладаніе, *дѣйствіе* же купли—переходъ права собственности, если оно есть у продавца.

Такимъ образомъ *конечная* цѣль купли-продажи и у римлянъ—переходъ права собственности, хотя законъ и предписывалъ довольствоваться меньшимъ; но и это меньшее—защищаемое противъ всѣхъ (кромѣ собственника) обладаніе—по характеру своему значительно приближается къ вещному праву, во всякомъ случаѣ существенно отличаясь отъ обязательственныхъ отношеній. *Karlowa* формулируетъ это же слѣдующимъ образомъ: Der Verkäufer ist wohl zur Uebergabe mit *animus dominii transferendi*, aber nicht zum *dare*, d. h. zur Uebergabe mit der Wirkung des Eigenthumserwerbs verpflichtet. Das Rechtsgeschäft S. 212. Въ виду сказаннаго я и допускаю въ текстѣ нѣкоторую неточность выраженія.

Но есть и существенное различіе: въ Римѣ отчужденіе было актомъ сложнымъ, части котораго—соглашеніе (напр., договоръ купли-продажи) и traditio — могли и не совпадать во времени (см. ниже стр. 74); кромѣ того, вещный договоръ римско-германской купли-продажи не имѣетъ *положительнаго* юридическаго дѣйствія до тѣхъ поръ, пока онъ не осуществленъ, пока онъ, такъ сказать, не проявленъ въ реальномъ мірѣ, или, говоря конкретнѣе, — пока не послѣдуетъ traditio[1]). Здѣсь этотъ вещный договоръ, до момента своей реализаціи въ traditio, до того юридически безсиленъ, что каждая сторона можетъ совершенно свободно нарушить его, и тогда, конечно, никакого перехода права собственности не послѣдуетъ (вопросъ объ отвѣтственности *по обязательству* насъ здѣсь не интересуетъ).

Это, какъ нельзя лучше, доказывается рѣшеніемъ Ульпіана слѣдующаго казуса. — Нѣкто, въ видѣ подарка, позволилъ мнѣ брать камень изъ его каменоломни; какъ только камень мною вынутъ, онъ переходитъ въ мою собственность, такъ какъ здѣсь происходитъ въ нѣкоторомъ родѣ traditio, и тогда уже даритель даже и запрещеніемъ вывозить этотъ камень не можетъ лишить меня права собственности на него. Но представимъ себѣ другой случай. Кто нибудь купилъ у меня камень въ каменоломнѣ, и вотъ, прежде чѣмъ камень успѣли вынуть, я раскаялся въ этой сдѣлкѣ и запретилъ выемку; тогда, говоритъ Ульпіанъ, — *meus lapis durat*—*камень остается моимъ*[2]).

То есть, скажемъ мы, вещный договоръ, не успѣвши *реализоваться*, пропадаетъ безслѣдно, и только тогда, когда къ нему присоединяется осуществляющая его traditio, онъ, этотъ договоръ, вступаетъ въ полную и притомъ окончательную силу и дѣйствіе, такъ что послѣ этого ни о какомъ исполненіи дѣйствительно рѣчи быть уже не можетъ (вспомнимъ характеристику вещныхъ договоровъ, данную Экснеромъ); все, чего желаютъ

---

[1]) *Karlowa* говоритъ: Сдѣлка о перенесеніи права собственности получаетъ юридическое значеніе только съ того момента, когда пріобрѣтателю предоставляется фактическая сторона собственности (die Thatsächlichkeit des Eigenthums) т. е. возможность полнаго осуществленія этого права. Владѣніе и право собственности возникаютъ тогда одновременно. Das Rechtsgeschäft, S. 217.

[2]) L. 6 D. 39, 5: ... si is, qui a me emerat, sive mercede conduxerat, ut paterer eum sibi jure eximere, si antequam eximat, me paenituerit, meus apis durat, si postea, ipsius factum avocare non possum.

стороны, *уже* есть на лицо (я имѣю въ виду *вещную* сторону купли продажи)[1]). Вотъ здѣсь и необходимо подчеркнуть, такъ сказать, *отрицательное* значеніе, которое принадлежитъ вещному договору до момента совершенія traditio, а именно: *безъ* соотвѣтствующаго соглашенія сторонъ, т. е. когда этого соглашенія не было совсѣмъ, или когда оно имѣло мѣсто, но къ моменту traditio уничтожилось, распалось,—traditio въ свою очередь оказывается безсильной произвести желательное дѣйствіе.

Такимъ образомъ traditio и договоръ должны органически слиться въ одно неразрывное цѣлое, какъ душа и тѣло.

Наконецъ, если мы обратимся къ древнѣйшему римскому праву, къ Mancipatio и In jure cessio, то и въ этихъ сдѣлкахъ я вмѣстѣ съ Виндшейдомъ также склоненъ видѣть вещный договоръ[2]). Ибо какъ можно представить себѣ иначе добровольное отчужденіе имущества однимъ лицомъ и такое же добровольное пріобрѣтеніе того же имущества другимъ лицомъ? Необходимо здѣсь должно имѣть мѣсто *взаимное соглашеніе сторонъ* по этому предмету.

Если же затѣмъ это соглашеніе, этотъ договоръ, для полученія юридической силы, долженъ, по предписанію закона, принять или вылиться въ особаго рода форму, которая не совсѣмъ отчетливо отпечатываетъ обоюдный, договорный характеръ основной сдѣлки, то это, по моему мнѣнію, нисколько не мѣняетъ сущности сдѣлки.

Къ тому же въ Mancipatio и In jure cessio даже и нѣтъ особаго затемнѣнія договорнаго ихъ характера.

---

[1]) Замѣчу здѣсь же кстати, что все сказанное о куплѣ-продажѣ соотвѣтственно относится и къ другимъ сдѣлкамъ отчужденія, каковы дареніе, мѣна и т. п.

[2]) Виндшейдъ говоритъ такъ: «древнѣйшее римское право требовало *заключенія договора* передъ представителями общины или въ присутствіи суда (mancipatio, in jure cessio), и въ обоихъ случаяхъ – еще особой формы выраженія воли». Lehrb., I, § 171, Anm. 3, S. 780. Въ сущности такого же взгляда держится и историкъ французскаго права *Viollet*. Въ самомъ дѣлѣ онъ говоритъ: Въ Римѣ право собственности на недвижимыя и на сродныя имъ другія вещи передавалось *сложнымъ* актомъ, манципаціей, въ которой можно различать: 1) *контрактъ*, 2) *traditio*, 3) *передачу права собственности*. Это былъ актъ формальный и синтетическій. Histoire du droit civil français, 2 édition, Paris, 1893, p. 605. За договорную природу и *Schönemann*, Die Servituten, S. 141. Ср. и *Pernice*, Parerga, III, S. 203.

Правда, поведеніе пріобрѣтателя въ обрядѣ Mancipatio похоже на поведеніе побѣдителя, *односторонне* диктующаго побѣжденному свои условія дальнѣйшихъ отношеній. Но все же Mancipatio есть *частно*-правовая сдѣлка, и она совершается въ присутствіи отчуждателя, который, слѣдовательно, имѣетъ полную возможность заявить свой протестъ въ случаѣ несогласія съ условіями пріобрѣтателя, и при этомъ онъ можетъ вполнѣ основательно разсчитывать на поддержку находящихся здѣсь же свидѣтелей. Этимъ я хочу сказать, что сходство Mancipatio съ заключеніемъ мира послѣ войны только формальное, внѣшнее, а по существу здѣсь — юридическая сдѣлка при одинаковой обезпеченности правъ каждой изъ сторонъ, и если, при такихъ условіяхъ, отчуждатель не противорѣчитъ словамъ и дѣйствіямъ пріобрѣтателя, то мы съ полнымъ правомъ можемъ утверждать, что этимъ онъ *выражаетъ свое полное согласіе* на переходъ права собственности. А если это такъ, то, значитъ, и здѣсь мы имѣемъ договоръ.

То же самое относится и къ In jure cessio: пріобрѣтатель высказываетъ извѣстныя утвержденія передъ судомъ, а отчуждатель съ ними *соглашается*, а соглашеніе двухъ или нѣсколькихъ лицъ, установляющее юридическія отношенія, называется договоромъ[1]). Форма соглашенія, которую придаетъ ему законъ, можетъ быть различна, а сущность остается одна и та же.

---

[1]) Понятіе договора по Савиньи указано выше. Изъ новѣйшихъ писателей опредѣленіе договора даютъ *Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. I, 1897, объясненія къ § 145, S. 196. *Hölder*, Kommentar zum Allgemeinen Theil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900, S. 321. *Leonhard*, Der Allgemeine Theil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900, § 69, S. 262. Изъ нихъ послѣдній говоритъ такъ: «договоръ есть соглашеніе нѣсколькихъ лицъ объ одной и той же по своему содержанію сдѣлкѣ». Planck, имѣетъ въ виду такую волю, которая имѣетъ мѣсто при юридическихъ сдѣлкахъ (der rechtsgeschäftliche wille). Такая воля въ лицѣ, по крайней мѣрѣ, двухъ сторонъ должна слиться въ единую волю для произведенія одного и того же юридическаго дѣйствія, при чемъ эта объединенная воля должна получить достаточное выраженіе. Въ послѣднемъ отношеніи необходимо, чтобы одна сторона объявила свою волю другой сторонѣ и такимъ образомъ сдѣлала предложеніе, а другая сторона должна принять это предложеніе, и объ этомъ принятіи, по общему правилу (хотя есть и исключенія), должно быть объявлено сторонѣ, сдѣлавшей предложеніе.

Къ вещному договору, который составною частью входитъ въ Mancipatio и In jure cesssio, относится то же самое (лишь съ небольшимъ измѣненіемъ), что было сказано по поводу traditio: вещный договоръ не имѣетъ юридической силы до тѣхъ поръ, пока онъ не выльется въ особую, закономъ установленную, *форму*. А разъ онъ въ эту форму выльется, то и здѣсь (при Mancipatio точно такъ же, какъ и при traditio) сейчасъ же проявитъ себя особое его, какъ договора *вещнаго*, качество или свойство: ничего не остается для исполненія, нечего больше ждать и требовать, вещное право *уже* установлено. Но и съ другой стороны, если договоръ *не воплотится* въ предписанную для него форму, то онъ совершенно безразличенъ и ничтоженъ, его какъ бы совсѣмъ и не было,—явленіе нисколько не удивительное для древняго Рима, который, не смотря на геніальное развитіе своего гражданскаго права, не дошелъ однако до общаго признанія юридической силы за всѣми соглашеніями, за всѣми nuda pacta.

Но подведемъ итоги сказанному, чтобы сдѣлать потомъ дальнѣйшій шагъ въ развитіи нашей темы.

Итакъ, вещный договоръ французскаго права вступаетъ въ силу и производитъ вещное дѣйствіе въ самый моментъ своего неформальнаго заключенія.

Вещный же договоръ римскаго права нуждается для этого еще въ нѣкоторыхъ добавленіяхъ. Это одно изъ двухъ: или соглашеніе сторонъ должно принять особую торжественную *форму*

Противъ послѣдняго положенія возражаетъ *Hölder:* для договора необходимо единеніе воли сторонъ, но нѣтъ основанія требовать, чтобы эта воля непремѣнно выражалась, съ одной стороны, въ предложеніи, а съ другой стороны—въ принятіи этого предложенія, и дѣйствительно, продолжаетъ Hölder, есть цѣлый рядъ случаевъ, когда договоръ заключается не посредствомъ *обмѣна волеизъявленій*, а посредствомъ *общихъ дѣйствій*. Такъ, напр., дѣти, продолжая послѣ смерти отца сообща вести хозяйство, этимъ самымъ могутъ установить договоръ товарищества. Но *Regelsberger* обращаетъ вниманіе на то обстоятельство, что для понятія договора необходимо, чтобы стороны *сознательно* стремились *общими силами* къ одной и той же цѣли: договоръ есть не простая сумма двухъ или нѣсколькихъ волеизъявленій, а *объединеніе* ихъ. Pandekten, I, (Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft) Leipzig, 1893, § 149, Ziff. 1, S. 544.

(Mancipatio), или же вещный договоръ изъ области nudum pactum долженъ перейти въ стадію своего осуществленія, своей *реализаціи*: фактическая сторона отношенія должна быть устроена согласно волѣ сторонъ.

Не напоминаетъ ли эта конструкція вещныхъ договоровъ тѣхъ трехъ стадій, которыя пройдены въ своемъ развитіи договорами *обязательственными?*

По моему мнѣнію, здѣсь—полная аналогія: Mancipatio есть вещный договоръ *формальный* (подобно stipulatio и другимъ); traditio есть вещный договоръ *реальный*[1]) (подобно римскому займу, поклажѣ и т. п.); наконецъ, французское право создало вещный говоръ *консенсуальный.*

Что касается *обязательственныхъ* договоровъ, то указанные три вида проявленія ихъ являются вполнѣ естественными (а потому и имѣющими мѣсто всюду) историческими стадіями въ ихъ развитіи. На это я уже указывалъ выше[2]).

---

[1]) Для этого утвержденія я, кромѣ разсматриваемыхъ явленій, нахожу поддержку и въ литературѣ. Такъ, *Bekker*, упомянувъ о формальныхъ и реальныхъ сдѣлкахъ, замѣчаетъ:—«противоположеніе, которое ни въ какомъ случаѣ нельзя ограничивать областью контрактовъ или обязательственныхъ договоровъ». Das Recht des Besitzes, S. 87.

[2]) Стр. 38, 39. Тамъ указана и соотвѣтствующая литература. См. еще Учебникъ ист. рим. права *Шулина*, въ русскомъ переводѣ 1893 г., стр. 328 и слѣд. (stipulatio и sponsio), стр. 336 сл. (expensilatio), стр. 348 сл. (купля-продажа), стр. 363 сл., стр. 368 (консенсуальная купля-продажа). О превращеніи купли-продажи въ консенсуальный контрактъ см. *Bechmann*, Der Kauf, I, § 54 и слѣд. Исторію развитія обязательственныхъ договоровъ въ Римѣ даютъ также *Padeletti*, Lehrbuch der römischen Rechtsgeschichte, S. 154 ff., 337, 338. *Voigt*, Römische Rechtsgeschichte, S. 405 ff. *Cuq*, Les institutions juridiques des romains, I, p. 595 et suiv., II, p. 399 suiv. *Maynz*, Cours de droit romain, II, §§ 207, 208 suiv. *Viollet*, Histoire du droit civil français, p. 589 suiv. *Thézard*, De l'influence des relations commerciales sur le developpement du droit privé въ Revue critique de législation et de jurisprudence, Nouvelle serie, t. III. Paris, 1873–1874, p. 103- 112. *Его же* Les modes de transmission de la propriété въ той же Revue, Nouv. serie, t. I, p. 696, 697. *Petit*, Traité élémentaire de droit romain, n. 268—274. *Муромцевъ*, Гражданское право древняго Рима, § 121, стр. 280. См. также русскій переводъ Институцій римскаго права *Зома*, § 65 и слѣд. Однако см. *Pernice*, Parerga, S. III, 226 f.

Точно такія же стадіи (и это также вполнѣ естественно) проходили въ своемъ развитіи и вещные договоры, съ тою только разницей, что развитіе вещныхъ договоровъ шло гораздо медленнѣе, чѣмъ развитіе договоровъ обязательственныхъ.

Такъ, послѣдніе еще въ самомъ Римѣ дошли до стадіи консенсуальности. Правда, консенсуальность не получила тамъ *общаго* признанія[1]), но все же четыре контракта (купля-продажа, наемъ, товарищество и порученіе) успѣли получить чисто-консенсуальный характеръ. Общее же признаніе значенія обязательствъ за неформальными соглашеніями послѣдовало въ средніе вѣка[2]), а теперь эта идея, какъ извѣстно, является уже общепринятымъ и общепризнаннымъ принципомъ обязательственнаго права.

Не такъ, повторяю, быстро шло развитіе вещныхъ договоровъ.

Древній Римъ создалъ только формальные и реальные вещные договоры: Mancipatio и Traditio.

Однако при этомъ надо замѣтить еще слѣдующее.

Во 1-хъ, съ нѣкоторой вѣроятностью можно предполагать, что и римское право знало консенсуальный вещный договоръ *при установленіи сервитутовъ*, а именно — можно предполагать, хотя это вопросъ и спорный, что для установленія сервитутовъ и по римскому праву достаточно было одного соотвѣтствующаго соглашенія сторонъ, такъ что въ quasi-traditio надобности не было.

Такъ и учатъ многіе, начиная съ Савиньи[3]): Пухта[4]), Кел-

---

[1]) Кромѣ указанной литературы, см. еще *Dernburg*, Pand., II, § 7, Ziff. 4. Въ источникахъ находимъ слѣдующее. L. 7 § 4 D. 2, 14: nuda pactio obligationem non perit. L. 15 D. 19, 5: ex pacto actionem non oriri. L. 10 C. 2, 3: quod dici solet, ex pacto actionem non nasci. L. 3 C. 4, 64: Ex placito permutationis re nulla secuta constat nemini actionem competere, nisi stipulatio subjecta ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem.

[2]) *Dernburg*, Pand., II, § 8. *Seuffert*, Zur Geschiche der obligatorischen Verträge, §§ 1, 6, 14. *Alauzet*, Histoire de la possession et des actions possessoires en droit français, Paris, 1849, p. 246.

[3]) *Savigny*, System des heut. röm Rechts, II, § 91, S. 2[89] ff., III, S. 312, 313. Ero me Das Recht des Besitzes, § 45, S. 577.

[4]) *Puchta*, Pandekten, 1872, § 167, Anm. f.

леръ[1]), Арндсъ[2]), Зомъ[3]), Дернбургъ[4]) и Виндшейдъ[5]). По словамъ послѣдняго, это—мнѣніе господствующее.

Но Вангеровъ[6]), Бринцъ[7]), Карлова[8]) и Ленель[9]) считаютъ болѣе правильной старую теорію, по которой одного договора не достаточно для установленія сервитута, и нужна еще quasi-traditio. Вангеровъ ссылается, между прочимъ, на то, что договоръ, по принципамъ римскаго права, не можетъ имѣть *вещнаго* дѣйствія. Но Дернбургъ справедливо видитъ въ этомъ утвержденіи petitio principii. Затѣмъ Вангеровъ ссылается на аналогію съ правомъ собственности и распространяетъ на сервитуты l. 20 C. 2, 3. Дернбургъ и на это правильно отвѣчаетъ, что, во 1-хъ, аналогія съ правомъ собственности совсѣмъ не принуждаетъ насъ распространять на сервитуты всѣ тѣ нормы, которыя установлены для права собственности, а во 2-хъ, что касается въ частности l. 20 C. 2, 3, то она уже потому не можетъ быть безъ всякой критики относима къ сервитутамъ, что въ ней наряду съ traditio рѣчь идетъ и объ usucapio, между тѣмъ сервитуты по usucapio пріобрѣтаемы быть не могутъ.

Кромѣ того, противники черпаютъ свои аргументы и изъ спеціальныхъ изрѣченій источниковъ[10]). Но твердыхъ основаній они здѣсь не находятъ, скорѣе наоборотъ.

---

[1]) *Keller*, Pandekten, 1866, § 180. Этотъ авторъ ссылается на Институціи Гая, II, 31, въ которыхъ объ установленіи сервитутовъ говорится такъ: pactionibus et stipulationibus id efficere potest. Ученіе Вангерова о договорахъ Келлеръ признаетъ неправильнымъ.

[2]) *Arnds*, Lehrbuch der Pandekten, 1879, § 188, Anm. 1. Признанію за договорами силы установленія вещныхъ правъ, въ частности сервитутовъ, мѣшала старинная теорія о титулѣ и модусѣ пріобрѣтенія. Теперь эта теорія отвергнута.

[3]) *Sohm*, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. 17, S. 18.

[4]) *Dernburg*, Pand., I, § 251, Ziff. 3, § 252.

[5]) *Windscheid*, Lehrb., I, § 212, Anm. 1, S. 962 ff. Сюда принадлежатъ еще *A. Schmidt*, Die Bestellung der jura in re aliena durch Vertrag und durch Tradition, Jahrbuch des gem. deutsch. Rechts, Bd. III, 1859, S. 268 ff. *Schönemann*, Die Servituten, Leipzig, 1866, S. 137 ff., 143. *Sintenis*, Das practische gemeine Civilrecht, Bd. I, Aufl. 2, Leipzig, 1860, S. 581—583.

[6]) *Vangerow*, Lehrb. der Pandekten, I, § 350, Anm. 1.

[7]) *Brinz*, Lehrb. der Pandekten, I, 1873, § 197 und Anm. 4, 9.

[8]) *Karlowa*, Das Rechtsgeschäft, S. 123.

[9]) *Lenel*, Iherings Jahrbücher, Bd. 19, S. 183.

[10]) См. *Vangerow*, loc. cit.

Кромѣ того, и самъ Вангеровъ для *нѣкоторыхъ* случаевъ считаетъ достаточнымъ одинъ договоръ. Именно: при установленіи *отрицательныхъ* сервитутовъ, а также при удержаніи для себя сервитута на отчуждаемый земельный участокъ.

Для насъ интересенъ самый принципъ, самая идея консенсуальнаго вещнаго договора, а не количественное распространеніе или дѣйствіе этого принципа въ Римѣ.

А потому, имѣя даже лишь такую скромную область примѣненія этого принципа, мы уже получаемъ право сказать, что и въ древнемъ Римѣ, въ области сервитутовъ, были, хотя бы только отчасти, извѣстны консенсуальные вещные договоры: эта третья стадія въ развитіи вещныхъ договоровъ уже начинала, такъ сказать, казуистически заявлять о себѣ.

Это все, что касается сервитутовъ.

Кромѣ того, консенсуальный вещный договоръ извѣстенъ былъ и въ римской ипотекѣ: залоговое отношеніе устанавливалось *безъ* передачи вещи во владѣніе кредитора[1]).

Во 2-хъ, начало консенсуальности вещныхъ договоровъ начало проявляться и въ самой traditio древняго Рима.

Развитіе правовыхъ институтовъ подлежитъ тому общему правилу, что въ природѣ и ея движеніи впередъ скачковъ нѣтъ, и все развивается, переходя изъ одной стадіи въ другую, съ величайшей постепенностью.

Поразительный примѣръ естественнаго и постепеннаго превращенія системы traditio въ систему nudum pactum мы увидимъ ниже, когда будемъ разсматривать французское право, но этотъ процессъ превращенія реальнаго договора въ консенсуальный начался еще въ древнемъ Римѣ.

Этотъ процессъ есть ничто иное, какъ отмѣченный уже мною процессъ спиритуализаціи traditio, происходившей какъ подъ давленіемъ развивавшагося оборота, такъ и подъ вліяніемъ общаго развитія правосозерцанія древнихъ римлянъ, по-

---

[1]) L. 1 D. 13, 7: Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, esti non traditum est. См. еще l. 3, 4, 6 D. 20, 2. *Dernburg*, Pand., I, § 265, Ziff. 1, § 266. Ziff. 1, § 278, Ziff. 1. *Vangerow*, Lehrb. § 372, Anm. 1. *Windscheid*, Lehrb., I, § 230, Ziff. 1. *Шулинъ*, Учебникъ ист. рим. права, стр. 415. *Schönemann*, Die Servituten, S. 144.

степенно привыкавшихъ къ абстрактному юридическому мышленію.

Итакъ, повторяю, вещный договоръ traditio въ законодательствѣ Юстиніана является не исключительно реальнымъ: въ нѣкоторыхъ случаяхъ онъ чисто консенсуаленъ. Сюда относится именно всѣ тѣ случаи, когда traditio состояла въ одномъ соглашеніи сторонъ, — когда при этомъ не происходило никакихъ матеріальныхъ или внѣшнихъ перемѣнъ, во внѣшнемъ, реальномъ мірѣ. Таковъ главнымъ образомъ constitutum possessorium; такова далѣе traditio brevi manu; таково же и отчужденіе рабовъ посредствомъ передачи особаго рода документовъ: письменная форма, сама по себѣ, не дѣлаетъ договоръ ни формальнымъ, ни реальнымъ.

Такимъ образомъ мы видимъ, что принципъ консенсуальности вещныхъ договоровъ пробивалъ себѣ дорогу еще въ Римѣ, но лишь по частямъ и урывками. При такомъ положеніи дѣла, конечно, въ Римѣ не могло еще возникнуть *общаго* понятія консенсуальныхъ вещныхъ договоровъ: для этого въ дѣйствительной жизни еще не было матеріала; его не давали даже *обязательственные* договоры.

Такъ древній Римъ и остановился на половинѣ пути къ консенсуальности, какъ общему принципу договорнаго права. Закончить этотъ многовѣковой путь судьба предоставила новымъ народамъ. — Съ такой поразительной медленностью человѣчество отвоевываетъ себѣ новыя идеи!

Послѣ этихъ общихъ замѣчаній о вещныхъ договорахъ мы можемъ возвратиться къ болѣе подробному выясненію договорной природы спеціально интересующей насъ въ данный моментъ римской traditio.

Traditio, говорю я, есть реальчый вещный договоръ (кромѣ указанныхъ случаевъ консенсуальности).

При этомъ я, вмѣстѣ съ Колеромъ, считаю нужнымъ оговориться: *traditio сама по себѣ*, этотъ *внѣшній* актъ оставленія владѣнія одной стороной и пріобрѣтенія его другой стороной, *не есть договоръ*[1]). Да и переходъ права собственности производитъ не сама по себѣ traditio, а лишь traditio *при наличности*

---

[1]) *Kohler*, Gesammelte Abhandlungen, Der dingliche Vertrag, S. 1, Anm.

соотвѣтствующаго соглашенія сторонъ. И вотъ это то соглашеніе и является вещнымъ договоромъ. А такъ какъ, съ другой стороны, и этотъ договоръ самъ по себѣ также не производитъ вещнаго дѣйствія, а нуждается для этого во внѣшнемъ актѣ перехода владѣнія соотвѣтственно устанавливаемому вещному праву, то мы, по аналогіи съ такими реальными контрактами, какъ mutuum, depositum, commodatum и pignus, и называемъ разсматриваемый вещный договоръ *реальнымъ* договоромъ.

Слѣдовательно, traditio сама по себѣ есть тотъ элементъ или тотъ факторъ, который дѣлаетъ договоръ реальнымъ[1]). Точнѣе, это—*способъ заключенія* вещнаго договора или *способъ снабженія его юридической силой*. Это «заключеніе» или это «снабженіе» является само по себѣ, съ внѣшней стороны, иногда одностороннимъ актомъ захвата владѣнія, пріобрѣтателемъ, иногда такимъ же односторонним актомъ оставленія или предоставленія владѣнія со стороны традента и наконецъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ—обоюднымъ дѣйствіемъ сторонъ, когда вещь передается изъ рукъ въ руки[2]).

Но для того, чтобы этотъ переходъ владѣнія представилъ собою traditio въ техническомъ смыслѣ слова, онъ долженъ быть совершенъ *въ виду и на основаніи* соотвѣтствующаго *соглашенія* сторонъ, такъ какъ, напр., односторонній захватъ владѣнія, совершенный *безъ* согласія собственника, не только не произведетъ перехода права собственности, но, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, даже рискуетъ найти свою квалификацію въ уголовномъ кодексѣ.

Итакъ, договоръ безъ traditio не производитъ вещнаго дѣйствія, но и съ другой стороны, traditio безъ договора также безсильна въ измѣненіи частно-правовыхъ отношеній: здѣсь одинъ элементъ одухотворяется другимъ, и только ихъ согласное сліяніе въ нѣчто единое даетъ юридическую сдѣлку. Но здѣсь опять возможно одно изъ двухъ: какъ замѣтилъ еще Савиньи, передача одинаково служитъ и сдѣлкѣ, напр., найма имущества, и сдѣлкѣ отчужденія его Что́ именно должно наступить,

---

[1]) *Karlowa*, говоритъ о traditio, что она предоставляетъ пріобрѣтателю возможность *фактическаго осуществленія* права собственности. Das Rechtsgeschäft, S. 217. Ср. и *Leist*, Mancipation und Eigenthumstradition, S. 265.

[2]) *Windscheid*, Lehrb., I, § 171. Anm. 3 in fine.

это всецѣло зависитъ отъ воли, отъ соглашенія сторонъ, и именно,—я на это обращаю особенное вниманіе,—отъ *согласной* воли *обѣихъ* сторонъ. Это съ *абсолютной необходимостью* вытекаетъ изъ самаго *существа* дѣла, что́ бы ни говорилъ положительный законъ. Въ самомъ дѣлѣ, какъ это я пріобрѣту право собственности вотъ на эту лошадь, если я этого не желаю? Или, наоборотъ, какимъ такимъ образомъ я лишусь права собственности на мою библіотеку, если я объ отчужденіи ея и слышать не хочу? (Я имѣю въ виду случаи *добровольнаго* заключенія сдѣлокъ). Измѣнится ли дѣло, если я, оставаясь при томъ же намѣреніи, упомянутую лошадь какимъ либо образомъ поставлю въ свою конюшню? или если я свою библіотеку почему либо, но только не въ цѣляхъ отчужденія, перевезу въ квартиру лица, желающаго пріобрѣсти ее? Нѣтъ, дѣло не измѣнится: если источники говорятъ «nemo errans rem suam amittit», то съ такимъ же правомъ можно подчеркнуть и обратную сторону дѣла: nemo errans rem alienam adquirit. А прибавьте къ этимъ внѣшнимъ актамъ согласную волю другой стороны (въ первомъ примѣрѣ—пріобрѣтателя, а во второмъ—отчуждателя), такъ, чтобы получилось соглашеніе о переходѣ вещи въ исключительное обладаніе другаго контрагента, и вся картина сейчасъ же измѣнится: получится вещный эффектъ.

Таково существенное значеніе соглашенія сторонъ.

Это соглашеніе можетъ быть установлено въ сдѣлкѣ отчужденія и раньше совершенія traditio, но оно должно въ такомъ случаѣ *продолжаться* до самаго момента совершенія traditio[1]), такъ какъ въ противномъ случаѣ сдѣлка не состоится, и вступитъ въ силу l. 6 D. 39, 5: si, antequam eximat, me paenituerit, meus lapis durat.

Затѣмъ соглашеніе можетъ состояться и такимъ образомъ, что сначала выражаетъ свою волю отчужденія только традентъ, а пріобрѣтатель, ничего не высказывая, черезъ нѣкоторый промежутокъ времени прямо приступаетъ къ перенесенію вещи въ свое владѣніе: возможенъ вѣдь и tacitus consensus (но именно *consensus*!), и захватъ владѣнія можетъ быть конклюдентнымъ фактомъ. Такимъ образомъ процессъ соглашенія можетъ *закончиться* въ самомъ актѣ traditio. Наконецъ, возможно установленіе и *всего* соглашенія *цѣликомъ* въ самый моментъ совершенія traditio.

[1]) *Повторять* заключенный раньше договоръ нѣтъ надобности.

Такъ или иначе, но соглашеніе сторонъ существенно важно для traditio[1]), и безъ него никакая traditio въ мірѣ не установитъ и не передастъ вещнаго права.

Это все то же самое, что происходитъ и при обязательственномъ реальномъ договорѣ, напр., займа. Сегодня стороны могутъ придти къ соглашенію обо всѣхъ условіяхъ этой сдѣлки, а деньги будутъ переданы должнику только завтра. Договоръ фактически заключенъ сегодня, но юридическую силу получитъ онъ (*юридически* будетъ онъ заключенъ) только завтра. Завтра не потребуется повтореніе всѣхъ его условій, но необходимо должно предполагаться, что стороны остаются при сдѣланныхъ волеизъявленіяхъ, иначе сдѣлка займа не можетъ состояться.

Таково значеніе traditio съ положительной стороны.

Теперь остается еще посмотрѣть на нее съ отрицательной стороны.

Можно ли traditio назвать *формой* вещнаго договора? — Нѣтъ, traditio *предполагаетъ* вещный договоръ, но послѣдній можетъ быть заключенъ, какъ мы видѣли, и до совершенія traditio. Слѣдовательно, считая traditio формой договора, мы должны были бы допустить, что форма выраженія не совпадаетъ во времени съ тѣмъ, что́ подлежитъ выраженію, а между тѣмъ это не допустимо[2]).

Теперь посмотримъ, какіе аргументы приводятся противниками теоріи о договорной природѣ traditio.

Аргументы эти двоякаго рода: одни касаются существа дѣла, другіе же основываются лишь на томъ *представленіи*, ко-

---

[1]) См. еще *A. Schmidt*, Bekkers Jahrbuch, III, S. 278.

[2]) Такъ аргументируетъ *Bekker*, Das Recht des Besitzes, S. 88: Form und Inhalt können im Leben nicht getrennt auftreten. Противъ пониманія traditio, какъ *формы* договоровъ, выступаютъ также *Zitelmann*, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig, 1879, S. 274, по такому же основанію: Die Form der Erklärung könnte natürlich der Erklärung selbst niemals vorausgehen. *Karlowa*, Das Rechtsgeschäft, S. 217. *Brinz*, Lehrbuch, I, 1873, § 150. *Leist*, Mancipation und Eigenthumstradition, S. 265, въ traditio видитъ die nothwendige *Verkörperung* des Actes. *Dernburg*, Pand., I, § 211, Anm. 2, все таки продолжаетъ считать передачу формой вещнаго договора, подобно Савиньи, Экснеру, Виндшейду и другимъ. Въ послѣднее время опять противъ этого *F. Endemann*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II, Th. 1, § 19, S. 73.

торое *римскіе юристы* имѣли о traditio и о договорахъ[1]).

Изъ приводящихъ аргументы перваго рода упомяну прежде всего Аффольтера[2]).

Этотъ авторъ высказывается вообще противъ слишкомъ большихъ обобщеній юридическихъ понятій и въ частности — противъ расширенія понятія договора подведеніемъ подъ него, напр., вещноправовой traditio. Всѣ тѣ, которые считаютъ traditio договоромъ, вынуждены, говоритъ Аффольтеръ, въ каждой передачѣ владѣнія видѣть два волеизъявленія, не смотря на то, что въ этомъ актѣ обыкновенно не бываетъ того, что, по обычной терминологіи, называется волеизъявленіемъ[3]). Въ зависимости отъ этого приходится и самое понятіе договора опредѣлять такъ, чтобы въ него не входило требованіе волеизъявленія (Erklärung), напр.,—договоръ есть соглашеніе (Einverständniss) двухъ или нѣсколькихъ лицъ о наступленіи извѣстныхъ юридическихъ послѣдствій. Но такимъ широкимъ опредѣленіемъ договора догма права удовольствоваться, по мнѣнію Аффольтера, не можетъ[4]). Далѣе авторъ неоднократно констатируетъ, что traditio, — предпринимается ли она для передачи собственности или владѣнія, или же для установленія залога и т. п.,—всегда предполагаетъ *соглашеніе* сторонъ, ихъ consensus[5]). Но только признаніе изъ за одного этого обстоятельства за traditio договорной природы ничуть, дескать, не помогаетъ лучше и полнѣе уяснить сущность этой сдѣлки[6]). И это все—благодаря расширенію понятія договора исключеніемъ изъ него реквизита волеизъявленія.

Остановимся пока на этихъ соображеніяхъ Аффольтера.

Мнѣ эти доводы кажутся неубѣдительными. Въ самомъ дѣлѣ, почему не желательно установленіе *широкихъ* понятій въ въ догмѣ права? Вѣдь мы тамъ уже имѣемъ издавна и болѣе

---

[1]) *Строгое и точное* разграниченіе авторовъ по этимъ двумъ категоріямъ однако не возможно.

[2]) *Affolter*, Zur Lehre vom Vertrage, Archiv für Bürgerliches Recht, Band 8, Heft 1. 1894.

[3]) Loc. cit. S. 1.

[4]) Loc. cit. S. 2.

[5]) Loc. cit. S. 25, 27, 29, 30.

[6]) Loc. cit. S. 27, 29.

широкія понятія, напр., понятіе юридической сдѣлки, и, кажется, затемненія теоріи отъ этого не происходитъ никакого. Дѣло особенной части гражданскаго права установить отдѣльные виды одного общаго понятія и опредѣлить особенности и отличительныя черты каждаго вида. Это вполнѣ примѣнимо и къ договорамъ; это и дѣлается въ современной теоріи: договоры дѣлятся на обязательственные, вещные и т. д., при чемъ Дернбургъ прямо заявляетъ, что вещные договоры имѣютъ и свои особенности[1]). На это же указываетъ, какъ мы видѣли выше, и Экснеръ[2]).

И съ другой стороны, какъ мы можемъ не признавать наличности договора тамъ, гдѣ имѣетъ мѣсто дѣйствительное *соглашеніе* сторонъ,—гдѣ юридическое дѣйствіе вызывается именно *согласной волей* контрагентовъ? Основывать это отрицаніе на томъ, что это соглашеніе не выражается въ извѣстной формѣ обмѣна волеизъявленій, по моему мнѣнію, не основательно: внутренняя природа юридическаго явленія существеннѣе, чѣмъ его внѣшнее проявленіе. Въ этомъ случаѣ я ссылаюсь на приведенное выше опредѣленіе договора, данное Гёльдеромъ, который высказывается именно противъ реквизита обмѣна оферты и акцепта.

Наконецъ, Аффольтеръ говоритъ, что причисленіе traditio къ договорамъ безполезно. Если бы это было даже и правильно, то я энергичнѣйшимъ образомъ готовъ утверждать, что отрицаніе наличности договора тамъ, гдѣ онъ въ дѣйствительности имѣетъ мѣсто, даже прямо вредно. Я вообще склоненъ думать, что наша теорія права, къ сожалѣнію, не слишкомъ мало грѣшитъ противъ требованія избѣгать натяжекъ, фикцій, все называть настоящими именами[3]). Такъ это и здѣсь. Но, кромѣ вреда, здѣсь ничего нѣтъ.

Итакъ, считая сущностью договора соглашеніе, а не его форму, я считаю невозможнымъ причислить traditio къ *односторонним* юридическимъ дѣйствіямъ и причисляю её къ договорамъ,- потому что юридическій эффектъ ея является результатомъ *согласной воли двухъ сторонъ*.

---

[1]) *Dernburg*, Pand.. I. § 213. Ziff. 1.

[2]) *Exner*, Rechtserwerb durch Tradition. S. 4—6.

[3]) Для примѣра взять хотя бы только теоріи владѣнія: въ чемъ онѣ только не увѣряютъ!

Далѣе Аффольтеръ допускаетъ еще одну неправильность. Онъ говоритъ слѣдующее. Многіе видятъ различіе между передачей владѣнія (Besitzestradition) и передачей собственности (Eigenthumstradition) въ томъ, что въ первомъ случаѣ воли передать собственность нѣтъ, а во второмъ эта воля будто бы есть. Это, по мнѣнію Аффольтера, не правильно[1]), и вотъ почему. При передачѣ вещи въ собственность, правда, контрагенты обыкновенно думаютъ, что право собственности переходитъ съ одного на другаго, однако такое представленіе можетъ отсутствовать, и тѣмъ не менѣе право собственности можетъ перейти: напр., акципіентъ можетъ думать, что пріобрѣтаемая имъ вещь тра-денту не принадлежитъ, и потому право собственности перейти не можетъ, и тѣмъ не менѣе такой пріобрѣтатель, если его предположеніе ошибочно, дѣлается собственникомъ. Изъ этого извѣстнаго факта[2]) Аффольтеръ выводитъ заключеніе, что передача собственности отличается отъ передачи владѣнія только однимъ *объективнымъ* признакомъ: у традента должно быть на лицо право собственности вмѣстѣ, конечно, съ правомъ распоряженія этой собственностью; воля же отчуждателя, его желаніе перехода именно *права собственности* не имѣетъ юридическаго значенія: какъ въ одномъ, такъ и въ другомъ случаѣ воля одинаково направляется лишь на передачу вещи въ полное пользованіе; это одинаково — Wille die Sache zu vollem Genusse zu übertragen.

Вотъ это-то утвержденіе о сходствѣ воли въ обоихъ видахъ traditio я и считаю неправильнымъ. Если при передачѣ собственности стороны и не всегда могутъ *вѣрить* въ дѣйствительный переходъ права собственности, то во всякомъ случаѣ этотъ переходъ *долженъ* быть *конечнымъ* пунктомъ ихъ желанія, потому что нельзя же допустить переходъ права собственности по сдѣлкѣ *безъ соотвѣтствующей воли сторонъ*. Это не опровергается и той особенностью римскаго права, что тамъ такія сдѣлки, какъ купля-продажа, дареніе и др., направлялись не на передачу права собственности, а лишь на предоставленіе свободнаго habere licere (объ этомъ см. выше). Съ этой послѣдней точки

---

[1]) Loc. cit., S. 25, 26. Ср. и *Lenel*, Parteiabsicht und Rechtserfolg, Iherings Jahrbücher Bd. 19, N. F. Bd. 7, 1880, S. 166, 167.

[2]) См. *Dernburg*, Pand., I, § 213, Anm. 1.

зрѣнія волю традента и акципіента точнѣе — и единственно правильно — формулируетъ Дернбургъ: пріобрѣтатель собственности по traditio долженъ имѣть намѣреніе получить *по возможности неограниченное господство* надъ вещью, а отчуждатель долженъ именно *въ этомъ смыслѣ* совершить передачу[1]). Это «по возможности неограниченное господство» несомнѣнно обнимаетъ собою *и* право собственности, *если* есть на лицо соотвѣтствующія условія. Отчуждатель не имѣетъ права *завѣдомо ограничить* свою обязанность предоставленіемъ одного лишь habere licere: это означало бы оставленіе права собственности за собою, и пріобрѣтатель при такомъ направленіи воли *ни въ какомъ случаѣ* не пріобрѣталъ бы права собственности, даже, если бы это право было у традента на лицо. Такимъ образомъ воля сторонъ хотя бы и косвенно, все же направляется на переходъ права собственности[2]).

Діаметрально противоположное надо сказать о направленіи воли при передачѣ одного лишь владѣнія. Здѣсь имѣется въ виду совсѣмъ не «по возможности полное господство», а *завѣдомо ограниченное* господство; здѣсь стороны *завѣдомо не желаютъ* перехода права собственности, и если это право есть у традента, то этотъ послѣдній *завѣдомо* сохраняетъ его за собой, и оно на акципіента не переходитъ.

Такимъ образомъ содержаніе и направленіе воли въ обоихъ видахъ traditio существенно различно, и именно этотъ *субъективный* признакъ кладетъ свой характерный отпечатокъ на traditio въ различныхъ ея примѣненіяхъ[3]).

---

[1]) Loc. cit.

[2]) Ср. *Windscheid*, Lehrb., II, § 389, Anm. 3, S. 608, 609.

[3]) *Lenel*, вмѣсто воли, направленной на перенесеніе *права собственности*, говоритъ о волѣ сторонъ, направленной на передачу *вещи*, Parteiabsicht und Rechtserfolg, Iherings Jahrbücher, Bd. 19, S. 165, 173 ff. Это замѣчаніе для большинства конкретныхъ случаевъ правильно, но этимъ не опровергается и сказанное въ текстѣ: вопросъ касается того, какъ стороны формулируютъ свою волю. Конечно, не всѣ тренты и не всѣ акципіенты одинаково знакомы съ тонкостями ученія о юридическихъ сдѣлкахъ, о traditio и т. п., и потому не всѣ они даютъ своей волѣ юридически-точную формулировку, но если бы имъ учинить подробный допросъ и дать необходимыя разъясненія, то несомнѣнно они приняли бы формулу, предлагаемую Дернбургомъ и не смѣшали бы пріобрѣтенія владѣнія съ пріобрѣтеніемъ собственности. Вотъ этимъ-то дѣйствительнымъ внутреннимъ содержаніемъ воли и рѣшается дѣло.

Теперь намъ легче разсмотрѣть и другія теоріи того же порядка.

Такъ, Бремеръ[1]) нѣсколько иначе опровергаетъ теорію договорной traditio. Въ отличіе отъ Аффольтера, Бремеръ оставляетъ какъ бы въ тѣни то обстоятельство, что traditio предполагаетъ *соглашеніе* сторонъ. Бремеръ стремится обосновать переходъ собственности на *одностороннемъ* дѣйствіи, но не такъ, какъ это дѣлаютъ источники (§ 40 J. 2, 1 и l. 9 § 3 D. 41, 1), по которымъ рѣшающее значеніе имѣетъ voluntas domini: не волей традента, а осуществленіемъ воли *акципіента* пріобрѣтается право собственности. Воля отчуждающаго не въ силахъ передать собственность; примѣръ — передача вещи безумному. Воля отчуждающаго достаточна лишь для *прекращенія* права собственности, а не для пріобрѣтенія. Такимъ образомъ воля отчуждающаго даетъ лишь *возможность* пріобрѣтенія.

Этими положеніями Бремеръ подчеркиваетъ односторонній характеръ traditio.

Однако дальше тотъ же авторъ говоритъ слѣдующее.

Traditio, съ точки зрѣнія традента, есть оставленіе собственности *подъ тѣмъ предположеніемъ*, что другое лицо посредствомъ овладѣнія вещью установитъ для себя новое право собственности. Съ точки же зрѣнія акципіента, traditio является пріобрѣтеніемъ владѣнія для пріобрѣтенія права собственности *съ согласія* прежняго собственника[2]) Въ послѣднемъ случаѣ, говоритъ Бремеръ, на сторонѣ пріобрѣтателя нужно то же самое, что и при occupatio[3]).

Вотъ эти-то опредѣленія, по моему мнѣнію, и устраняютъ совершенно мысль о какой бы то ни было односторонности traditio. Здѣсь не простая derelictio; здѣсь вещь оставляется только

Правда, это содержаніе устанавливается не самими сторонами: у нихъ не всегда есть полное пониманіе юридической природы той сдѣлки, которую онѣ предпринимаютъ; это содержаніе устанавливается наукой, закономъ, судьей, но какъ? совершенно произвольно? Нѣтъ,—согласно цѣлямъ и стремленіямъ сторонъ, подчиняющихъ свои сдѣлки закону и судьѣ.

[1]) *Bremer*, Beitrag zur Lehre von dem Besitzerwerbe durch Stellvertreter, Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, N. F. Bd. 20, 1863, S. 56—61.

[2]) *Bremer*, op. cit., S. 60, 61. Курсивъ принадлежитъ мнѣ.

[3]) Ibidem, S. 61—63.

для того, чтобы она была пріобрѣтена другимъ лицомъ: безъ этого предположенія вещь не была бы оставлена. И съ другой стороны, пріобрѣтатель беретъ вещь не по *одностороннему* рѣшенію своей воли, не такъ, какъ при occupatio, а *съ согласія* отчуждателя; сходство съ occupatio здѣсь только *внѣшнее*. Такимъ образомъ съ внутренней стороны оба эти акта, оставленіе вещи и ея пріобрѣтеніе, тѣснѣйшимъ образомъ между собою связаны *соглашеніемъ сторонъ*, такъ что одинъ актъ совершенно не возможенъ безъ другаго[1]). Слѣдовательно, повторю я еще разъ, traditio должна быть признана договоромъ.

Это можно оспаривать, только исходя, подобно Аффольтеру, изъ болѣе узкаго понятія договора. На такомъ основаніи и отрицалъ договорный характеръ traditio, напр., Шёйрль[2]), который говорилъ: въ существѣ права собственности нѣтъ никакого основанія, по которому можно было бы требовать для traditio чего либо другаго, кромѣ *совпаденія* (Zusammentreffen) согласной воли традента и акципіента, направленной на переходъ права собственности; для совпаденія же такихъ волъ очевидно никакого договора не нужно.

Таковы же соображенія, которыя приводитъ Шлоссманъ[3]). Пріобрѣтеніе владѣнія, говоритъ онъ, всегда одностороннее, все равно, совершается ли occupatio, или traditio Поэтому хотя эту послѣднюю и называютъ договоромъ, но ея «двусторонность» заключается лишь въ томъ, что воля и дѣйствія обѣихъ сторонъ стоятъ здѣсь «*въ извѣстной гармоніи*», такъ что дѣйствія одного служатъ «*базисомъ*» для дѣйствій другаго.

Наконецъ, на то же самое, между прочимъ, указываетъ и

---

[1]) *Windscheid*, Lehrb., I, § 171, Anm. 3, S. 781. Бремеръ односторонне подчеркиваетъ дѣятельность пріобрѣтателя; такъ же односторонне подчеркивается дѣятельность традента къ относящейся сюда терминологіи (traditio, передача права собственности). Истина же лежитъ въ слѣдующемъ. Хотя фактически въ одномъ случаѣ выступаетъ на первый планъ одна сторона дѣла, а въ другомъ другая, однако для юридической теоріи обѣ стороны дѣла имѣютъ совершенно одинаковое значеніе.

[2]) *Scheurl*, Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts, Erlangen, 1853, VIII, Sacherwerb durch Tradition, S. 206.

[3]) *Schlossmann*, Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Rechte, S. 32.

Хламтачъ[1]), самый видный теперь противникъ ученія о договорной природѣ traditio. Онъ приводитъ опредѣленія договора, данныя Виндшейдомъ, Дернбургомъ и Регельсбергеромъ, по которымъ для понятія договора требуется не только *совпаденіе* двухъ волъ, но еще особенное ихъ сцѣпленіе и субъективное сліяніе въ одно цѣлое.

Однако эти соображенія въ сущности не отрицаютъ *согласія* сторонъ. Ибо разъ двѣ воли встрѣчаются одна съ другой (Zusammentreffen Бремера) или становятся между собой въ извѣстную «гармонію» (по Шлоссману), то развѣ это не означаетъ ихъ сліянія въ одно цѣлое (по Хламтачу)? Вѣдь онѣ именно *совмѣстнымъ дѣйствіемъ* производятъ извѣстный юридическій эффектъ, а въ такомъ случаѣ свести этотъ послѣдній къ *одностороннему* акту нельзя: тогда дѣйствія одного не были бы «*базисомъ*» для дѣйствій другаго.

По поводу послѣдняго вопроса приведу еще мнѣніе Фёрстера, который также по существу дѣла считаетъ невозможнымъ дать научное обоснованіе понятію вещныхъ договоровъ[2]).

Спеціально о traditio онъ говоритъ слѣдующее[3]).

«Актъ пріобрѣтенія есть *односторонній захватъ* владѣнія; уступка же прежняго владѣльца является только *отрицательнымъ предположеніемъ* этого захвата. Если законъ постановляетъ при этомъ, что уступка владѣнія должна быть сдѣлана «въ пользу другаго», то отсюда возникаетъ только кажущійся договоръ. Въ самомъ дѣлѣ, для пріобрѣтенія владѣнія со всѣмъ не существенно, чтобы оно было предоставлено прежнимъ владѣльцемъ пріобрѣтателю. Соглашенія объ этомъ можетъ и не быть, и тѣмъ не менѣе простое оставленіе прежняго владѣнія даетъ пріобрѣтателю полную возможность пріобрѣсти его для себя».

Однако Экціусъ[4]) справедливо спрашиваетъ: «Но можно-ли въ такомъ случаѣ говорить о передачѣ?» Конечно, нельзя, отвѣчу я за него. Экціусъ продолжаетъ: простымъ оставленіемъ

---

[1]) *Chlamtacz*, Die rechtliche Natur der Uebereignungsart durch Tradition, § 8, S. 81 ff.

[2]) Preussisches Privatrecht. Auf der Grundlage des Werkes von Dr. F. Förster bearbeitet von Dr. M. Eccius, Bd. III, Berlin, 1892, § 178, Anm. 33, S. 259.

[3]) Ibidem, § 160, S. 44.

[4]) Ibidem, § 160, Anm. 52 und S. 44, 45.

вещи лицо обязанное совершить traditio не исполнило бы своей обязанности. При traditio владѣніе должно быть оставлено прежнимъ владѣльцемъ не такъ, чтобы его могъ захватить *каждый*, а именно такъ, чтобы оно оказалось предоставленнымъ *пріобрѣтателю*[1]). А это предполагаетъ молчаливое или явное соглашеніе, и вотъ въ этомъ то соглашеніи, которое отличается отъ causa traditionis, нельзя не видѣть договора[2]).

Вотъ это то совершенно правильное разсужденіе вполнѣ обнаруживаетъ необходимость полнаго объединенія воли одного и другаго контрагента; невозможность видѣть здѣсь два отдѣльныхъ акта—derelictio и occupatio—указываетъ на взаимную обусловленность и зависимость двухъ воль; изъ необходимости ихъ внутренняго единенія вытекаетъ невозможность приписывать юридическое дѣйствіе ихъ волѣ *одной* какой нибудь стороны. И все это—не смотря на отсутствіе формальныхъ признаковъ оферты и акцепта. Слѣдовательно, эти признаки не существенны. Слѣдовательно, далѣе, исходный пунктъ теорій Аффольтера, Шёйрля, Шлоссмана и Хламтача (узкое понятіе договора) не правиленъ (договоръ надо понимать шире), а потому должны быть отвергнуты и самыя теоріи.

По поводу всего сказаннаго надо замѣтить еще слѣдующее. Изложенная теорія касается основныхъ, типическихъ случаевъ traditio. Но затѣмъ надо имѣть въ виду и то, что жизненныя явленія отнюдь не могутъ быть цѣликомъ уложены въ «строго» и точно очерченныя рамки нашихъ категорій и понятій: кромѣ чистыхъ или типическихъ случаевъ, въ каждомъ правовомъ институтѣ могутъ встрѣчаться и примѣры смѣшанные или переходные къ другой категоріи явленій[3]).

Но изъ-за этихъ особенныхъ случаевъ нельзя же разрушать *основное* понятіе того или другаго института: въ противномъ случаѣ мы не удержали бы ни одной научной категоріи въ нашихъ классификаціяхъ.

---

[1]) См. сказанное о теоріи Бремера.

[2]) Хотя здѣсь рѣчь идетъ о прусскомъ правѣ, но теорія Экціуса имѣетъ и общее значеніе. О ней см. еще тамъ же, Bd. I, § 28, S. 153.

[3]) По этому поводу интересно обратить вниманіе на юридическую природу публичнаго обѣщанія—promissio popularis. См., напр., *Elster*, Die Lehre von der Auslobung nach Gem. Recht und B. G. B., Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 18, Heft 1, 1900, S. 125—128.

Этимъ я заканчиваю разсмотрѣніе дѣла по существу.

Теперь мы перейдемъ ко второй группѣ аргументовъ: *римскіе юристы* не считали traditio договоромъ.

На это указывалъ тотъ же самый Шлоссманъ, который впослѣдствіи призналъ, какъ мы только что видѣли, что хотя въ traditio и нѣтъ договора, но все же есть извѣстная «гармонія» между волей традента и акципіента. До образованія этой послѣдней теоріи Шлоссманъ, въ своемъ спеціальномъ изслѣдованіи о договорѣ[1]), сводилъ сущность traditio, по римскимъ источникамъ, къ автономной волѣ традента (l. 9 § 3 D. 41, 1 и § 40 J. 2, 1).

Затѣмъ противъ договорной природы traditio выступилъ Пернице, по которому traditio имѣетъ чисто фактическую природу (ein natürlicher Akt) и служитъ лишь придаткомъ неформальной купли-продажи[2]). Пернице вполнѣ соглашается съ указанной теоріей Шлоссмана, высказанной послѣднимъ въ своемъ изслѣдованіи о договорѣ[3]). Пернице указываетъ далѣе, что римскіе юристы ни въ Mancipatio, ни въ In jure cessio, ни, наконецъ, въ traditio не видѣли договора[4]), хотя, напр., въ Mancipatio, какъ указываетъ Бехманъ, и очевидна двусторонность сдѣлки[5])-

Но при всемъ этомъ Пернице особенно подчеркиваетъ то обстоятельство, что такова была теорія именно *римскихъ юристовъ*[6]), которые никакія соглашенія, кромѣ обязательственныхъ, договорами не считали[7]).

Въ то же время и у римскихъ юристовъ, по словамъ того же Пернице, нельзя отрицать нѣкоторой «*склонности*» (Hinneigung) конструировать traditio, какъ договоръ[8]).

---

[1]) *Schlossmann*, Der Vertrag, Leipzig, 1876, S. 94.

[2]) *Pernice*, Labeo, Bd. III, Erste Abtheilung, 1892, S. 96, 244.

[3]) *Pernice*, Kritische Beiträge zur Lehre von den Rechtsgeschäften, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. 25, N. F. Bd. 10, 1880, S. 109 ff.

[4]) *Pernice*, Parerga, III, Zur Vertragslehre der römischen Juristen, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd. 9, Roman. Abtheilung, 1888, S. 203, 204.

[5]) *Bechmann*, Der Kauf, I, S. 190.

[6]) *Pernice*, Parerga, III, S. 202, S. 205, Anm. 1.

[7]) Ibidem, S. 200.

[8]) Ibid., S. 205, Anm. 1.

Да иначе, я думаю, и быть не можетъ. Вотъ, напр., опредѣленіе traditio, которое даетъ Пернице *согласно* съ римскими источниками: traditio есть фактическое дѣйствіе, посредствомъ котораго *воля традента* переноситъ владѣніе и собственность на *выразившаго свое согласіе пріобрѣтателя*[1]).

Какая же это односторонность сдѣлки, когда для ея юридическаго дѣйствія нужна согласная воля обѣихъ сторонъ?!

Тѣмъ не менѣе *римскіе юристы* договора здѣсь не видѣли.

Это обнаружили въ послѣднее время съ особенной обстоятельностью въ Италіи Перощи (Perozzi, Della tradizione), а въ Германіи—Хламтачъ[2]).

Послѣдній особенно подробно и всесторонне обосновываетъ свой взглядъ.

Сначала онъ старается показать, что тѣ фрагменты, которые приводятся обыкновенно въ пользу договорнаго характера traditio, въ дѣйствительности этого не доказываютъ[3]).

Затѣмъ авторъ переходитъ къ положительнымъ доказательствамъ своего положенія[4]), которое заключается въ томъ, что traditio является актомъ сложнымъ: одинъ элементъ ея — воля традента, а другой—пріобрѣтеніе владѣнія акципіентомъ[5]).

Однако безспорныхъ результатовъ авторъ не достигаетъ[6]).

---

[1]) Ibidem, S. 204:... Tradition, die... als naturaler Akt erscheint, durch den der Wille des Tradenten dem einverstandenen Erwerber Besitz und Eigenthum verschafft.

[2]) *Chlamtacz*, Die rechtliche Natur der Uebereignungsart durch Tradition im römischen Recht, 1897.

[3]) Loc. cit., § 1, S. 22 ff. Это—l. 10 D. 39, 5; l. 55 D. 44, 7; § 40 J. 2, 1=l. 9 § 3 D. 41, 1; l. 9 § 3 D. 23, 3; l. 36 D. 41, 1 и l. 37 § 1 D. eod.

[4]) Loc. cit., § 38 ff.

[5]) Loc. cit., S. 22.

[6]) Такъ по поводу l. 55 D. 44. 7 см. *Dernburg*, Pand., I, § 213, Anm. 2 (хотя и по адресу Шлоссмана). Но и съ другой стороны—*Pernice*, Parerga, III, S. 204, Anm. 2. Затѣмъ противъ Хламтача—*Kohler*, Vertrag und Uebergabe, Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 18, Heft 1, § 8, S. 70 ff. См. также признаніе и самого Хламтача, что нѣкоторые фрагменты могутъ быть истолкованы и въ пользу *договорной* природы traditio, напр., стр. 23 и 35. Хламтачъ указываетъ и дальнѣйшую литературу по толкованію относящихся сюда источниковъ.

Да, впрочемъ, для насъ это совершенно безразлично. Мы изучаемъ *traditio*, а не то, что́ о ней думали римскіе юристы. Мы изучаемъ, такъ сказать, *положительные факты* traditio (а не *представленія* о ней) для того, чтобы уяснить себѣ ея природу,—чтобы оцѣнить ея жизнеспособность и примѣнимость въ нашемъ новомъ правѣ. Для открытія того закона или пути, по которому traditio развивается, мы стараемся охватить возможно бо́льшую область наблюденія; поэтому мы долго останавливаемся и на положеніи traditio въ чуждомъ для насъ Римѣ: тамъ протекли нѣкоторыя особенно для насъ интересныя стадіи въ ея эволюціи, — стадіи, *по своему общему характеру*, могущія быть поучительными и для насъ.

Въ виду такой цѣли нашей работы, для насъ важенъ только *положительный*, *объективный матеріалъ*, который мы находимъ въ римскомъ правѣ. Конструкціи же римскихъ юристовъ, какъ нѣчто *субъективное* и выражающее въ себѣ скорѣе состояніе *теоріи* права, а не самое право, къ нашей темѣ не относятся, и разсмотрѣніе ихъ въ нашу задачу не входитъ. Это тѣмъ болѣе, что въ дѣлѣ конструированія правовыхъ явленій мы, по нѣмецкому выраженію Колера, стоимъ не головой даже, а цѣлой башней выше римлянъ[1]). Въ частности же, что касается договоровъ, то Пернице очень ясно показалъ, до чего несовершенна была теорія римскихъ юристовъ[2]).

Итакъ, къ *римской* traditio мы примѣняемъ *современную* конструкцію, а эта послѣдняя приводитъ насъ къ выводу, что traditio—вещный договоръ въ указанномъ выше смыслѣ.

Этимъ мы и закончимъ разсмотрѣніе римской traditio, самой по себѣ.

Теперь мы переходимъ къ вопросу о томъ, какія причины *сохранили* систему traditio въ Римѣ, — почему, не смотря на указанный естественный процессъ спиритуализаціи, traditio не превратилась еще въ древнемъ Римѣ въ систему соглашенія,— чѣмъ это перерожденіе было задержано.

---

[1]) *Kohler*, Vertrag und Uebergabe, S. 70. Несовершенство конструкцій римскихъ юристовъ констатируетъ также и *Bekker*, Das Recht des Besitzes, S. 317.

[2]) *Pernice*, Parerga, III, S. 195 и затѣмъ ср. S. 200, 205, 208, 210, 212, 215, 218 и др.

Разсмотрѣніе этихъ причинъ, возможное только *послѣ* подробнаго изученія самой traditio въ ея деталяхъ, очень важно и существенно для пониманія ея сущности, а слѣдовательно и для рѣшенія вопроса о ея примѣнимости и о ея необходимости въ наше время. Простой фактъ существованія traditio въ такомъ хотя бы и *геніальномъ* законодательствѣ, какимъ является римское право, очевидно, самъ по себѣ, не можетъ служить основаніемъ введенія или сохраненія системы traditio и у насъ.— Намъ надо знать тѣ *причины*, которыя не только вызвали, но и поддерживали систему traditio какъ въ Римѣ, такъ и въ новыхъ законодательствахъ, и затѣмъ намъ надо посмотрѣть на нашъ собственный юридическій бытъ: есть ли въ немъ такія же или хотя бы подобныя условія, требующія введенія traditio у насъ, или же, можетъ быть, наоборотъ, нашъ юридическій укладъ прямо даже *противится* системѣ traditio и требуетъ, какъ своего логическаго и практическаго слѣдствія, признанія и поддержанія у насъ системы соглашенія.

Пока мы будемъ говорить лишь о римскомъ правѣ.

Итакъ —

§ 5. Причины сохраненія traditio въ Римѣ.

Почему спиритуализація traditio въ Римѣ остановилась на половинѣ дороги, т. е. почему мѣсто traditio еще въ Римѣ не занялъ nudum pactum, какъ это слѣдовало бы по принятому нами общему закону развитія юридическихъ институтовъ?

На то были, отвѣчу я, свои особыя и важныя причины. Причины эти имѣютъ различный характеръ и различное значеніе.

Такъ, обратимъ, прежде всего, наше вниманіе на самый близкій системѣ traditio институтъ — на институтъ владѣнія, который несомнѣнно отражаетъ на себѣ важные соціальные и экономическіе интересы[1]).

Этотъ институтъ, какъ мы отчасти это уже видѣли, подвергался нѣкоторымъ измѣненіямъ въ теченіе исторіи Рима, но

[1]) См., напр., *Dernburg*, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, Bd. III, Das Sachenrecht, 1901, § 13, S. 47. *Ihering*, Der Besitzwille, Cap. 8, 16. Если Іерингъ и ошибается въ объясненіи нѣкоторыхъ частностей вопроса, то путь, на которомъ онъ стоитъ, мнѣ кажется во всякомъ случаѣ вѣрнымъ.

для насъ при этомъ важно то, что, при всѣхъ этихъ измѣненіяхъ, постановка владѣнія постоянно оставалась благопріятной для системы traditio. Во 1-хъ, apprehensio, входящая составною частью въ traditio, все время неуклонно облегчалась, такъ что, при тогдашнемъ развитіи оборота, не было серьезныхъ основаній жаловаться на сложность системы traditio и на трудности пользованія ею: законодатель дѣлалъ все (или почти все), чего жизнь требовала. Во 2-хъ, важно и то, что, при всѣхъ своихъ измѣненіяхъ, владѣніе, въ качествѣ jus possessionis, всегда оказывалось въ рукахъ богатыхъ владѣющихъ классовъ, т. е. въ рукахъ или собственниковъ, или, по крайней мѣрѣ лицъ настолько богатыхъ, что имъ было доступно наслѣдственное арендованіе чужихъ помѣстій съ прочно установленнымъ хозяйствомъ (эмфитевзисъ и суперфиціесъ), или, наконецъ,—въ рукахъ капиталистовъ, ссужающихъ деньгами нуждающихся въ нихъ (залогъ). Сильные экономически, они пользовались еще и преимуществомъ юридическимъ: владѣніемъ и владѣльческой защитой, и все это на счетъ краткосрочныхъ арендаторовъ, коммодатаріевъ, поклажепринимателей и тому подобной черни, необезпеченной и оперировавшей чужимъ имуществомъ[1]). Кромѣ экономическаго неравенства, въ рабскомъ Римѣ не было и демократическаго равенства всѣхъ передъ закономъ; основнымъ устоемъ жизни тогда было аристократическое первенство сильныхъ и богатыхъ надъ слабыми и бѣдными.

И вотъ, что касается собственниковъ, то система traditio вполнѣ соотвѣтствовала указанному положенію дѣла, снабжая каждаго собственника, уже въ самый моментъ пріобрѣтенія имъ собственности, владѣльческой защитой.

Слѣдовательно, traditio должна была сохраняться до тѣхъ поръ, пока сохранялись указанные порядки. Порядки же сохранялись въ теченіе *всей* жизни Рима[2]); сохранилась вмѣстѣ съ ними и система traditio.

---

[1]) Такимъ образомъ защита *собственности* не была единственнымъ мотивомъ при защитѣ владѣнія, какъ это утверждалъ Іерингъ, Ueber den Grund des Besitzesschutzes.

[2]) Нѣкоторые императоры, впрочемъ, стремились къ защитѣ слабыхъ противъ сильныхъ, т. е. къ равенству, *H. Monnier*, Études de droit Byzantin, partie 2, Paris, 1900, p. 43 suiv., 49 suiv. Но отъ этого основной характеръ римской жизни не измѣнился.

Однако по поводу сказаннаго возможно двоякое сомнѣніе.

Во 1-хъ, могутъ сказать: не система traditio зависѣла отъ такой или иной тенденціи въ распредѣленіи владѣльческой защиты, а какъ разъ наоборотъ, владѣльческая защита стояла въ прямой зависимости отъ того факта, что при каждомъ пріобрѣтеніи собственности совершалась traditio.

Такое возраженіе, если только оно возможно, я считаю неправильнымъ. Въ самомъ дѣлѣ, Дернбургъ въ названномъ нѣсколько выше сочиненіи своемъ говоритъ слѣдующее: «Одна изъ важнѣйшихъ соціальныхъ проблемъ есть установленіе отношенія между владѣющими для себя (Eigenbesitz) и владѣющими для другаго (Fremdbesitz)»[1]).

Въ виду этой несомнѣнной истины невозможно, мнѣ кажется, предположить, чтобы такіе важные вопросы рѣшались не сами по себѣ и совершенно самостоятельно, а ставились въ полную зависимость отъ юридической техники той или иной сдѣлки, того или иного способа пріобрѣтенія права собственности. Поэтому то я на первый планъ ставлю вопросъ о распредѣленіи владѣльческой защиты, а техникѣ пріобрѣтенія права собственности отвожу второе мѣсто, служебное.

Въ это же самое время я думаю, что въ указанной дилеммѣ совсѣмъ и нѣтъ такого рѣзкаго противоположенія, какъ это на первый взглядъ можетъ показаться: traditio, первоначально созданная матеріализмомъ права, могла потомъ оказаться слугою и другихъ цѣлей, могла вступить съ ними въ гармоническое единеніе, такъ что эти цѣли могли сыграть далеко не безразличную роль въ дѣлѣ именно *сохраненія* traditio, совершенно независимо отъ того, утратилъ или нѣтъ свою силу и свое дѣйствіе тотъ факторъ, который *первоначально* создалъ систему traditio.

Теперь мы перейдемъ ко второму сомнѣнію.

Именно, во 2-хъ, могутъ сказать, что указанная нами тенденція—снабженіе собственниковъ владѣльческой защитой—осуществима и безъ traditio: она одинаково можетъ быть удовлетворена и системой соглашенія, какъ это мы видимъ теперь во

---

[1]) *Dernburg*, Das bürgerl. Recht, loc. cit. Въ римскомъ правѣ къ первой категоріи относились владѣльцы cum animo domini, т. е. главнымъ образомъ собственники, а ко второй категоріи—детенторы.

Франціи, гдѣ и безъ traditio каждый собственникъ считается владѣльцемъ и имѣетъ владѣльческую защиту противъ всѣхъ тѣхъ лицъ, которымъ онъ по такимъ или инымъ сдѣлкамъ отдаетъ свои вещи въ пользованіе, сохраненіе и т. п. Слѣдовательно, протекція собственности не можетъ считаться причиной сохраненія системы traditio.

Такіе доводы, *вообще говоря*, пожалуй, могли бы быть и правильными, но въ нашемъ вопросѣ необходимо считаться съ конкретными обстоятельствами той эпохи и того народа, о которыхъ идетъ рѣчь.

Обстоятельства же эти въ свою очередь распадаются на два пункта.

Во 1-хъ, тотъ примитивный матеріализмъ права, которымъ traditio первоначально была создана, не утратилъ своей силы и своего вліянія даже и въ правѣ Юстиніана. Это ясно видно, напр., изъ положенія въ то время обязательственныхъ договоровъ: *общаго признанія юридической силы за всякимъ* консенсуальнымъ pactum въ то время еще не было. Постепенно Римъ къ этому приближался, но тѣмъ не менѣе его исторія шла въ этомъ отношеніи не такимъ быстрымъ темпомъ, чтобы къ концу политическаго существованія Рима закончить и процессъ спиритуализаціи его права.

Такъ общія черты примитивнаго правообразованія дѣйствовали одновременно съ сложными соціально-политическими — а можетъ быть и экономическими (вопросъ этотъ вполнѣ не выясненъ)—причинами и приводили къ одному и тому же результату, къ *сохраненію системы traditio*.

Слѣдовательно, въ распоряженіи древняго Рима для достиженія указанныхъ цѣлей (протежированія собственности) было только *одно* средство: система traditio; для овладѣнія же и другимъ — *вообще* возможнымъ — средствомъ римской юридической мысли пришлось бы сдѣлать *большой* скачекъ, къ которому она еще не была подготовлена: мы теперь знаемъ, что и новое французское право приняло систему соглашенія далеко не непосредственно послѣ *такой* traditio, какая была въ Римѣ: ей надо было пройти еще нѣкоторыя дальнѣйшія стадіи своей спиритуализаціи. Но, кромѣ того, какая громадная разница въ полетѣ реформаторской мысли современной теоріи права и древне-римской!

Здѣсь мы подходимъ ко второму обстоятельству, которое также мѣшало Риму воспользоваться для своихъ цѣлей системой соглашенія. Обстоятельство это — *консерватизмъ римской юриспруденціи.*

Это былъ консерватизмъ *идей*, но не практики: запросамъ практической жизни римскій законодатель отвѣчалъ съ достаточной отзывчивостью[1]); но при этомъ онъ всегда старался обходиться старыми институтами (хотя бы и вливая въ нихъ новое содержаніе), старыми терминами: привязанность къ слову была велика, и это не только въ первый періодъ исторіи Рима, но и во времена создавшихъ славу Рима преторовъ[2]). Правда, отдѣльные случаи признанія, что traditio не составляла и въ Римѣ абсолютной необходимости, мы уже видѣли. Напр., Гай говорилъ прямо, что иногда *и безъ traditio* возможно пріобрѣтеніе вещи[3]). Но такія либеральныя мысли особаго распространенія не получали. Наоборотъ, типично-римскимъ складамъ мысли,— по крайней мѣрѣ, въ данномъ отношеніи,— отличались юристы Павелъ и Яволенъ, которые говорятъ, что даже и тогда, когда не происходитъ никакихъ внѣшнихъ перемѣнъ, тѣмъ не менѣе передачу *надо*(?!) считать совершившеюся[4]). При этомъ Яволенъ прибѣгаетъ еще и къ фикціи «длинной руки». Изъ этого наглядно видно, до чего стойко держались римскіе юристы разъ принятаго принципа: ни передъ чѣмъ они не останавливались (даже передъ вытягиваніемъ рукъ!), чтобы увидѣть traditio и тамъ, гдѣ ея уже не было.

Конечно, при всѣхъ описанныхъ условіяхъ нельзя ждать, чтобы Римъ дѣлалъ какіе либо скачки въ образованіи своего права. А это приводитъ не къ чему иному, какъ все къ тому же сохраненію прежней traditio.

Но, можетъ быть, traditio, сохраняемая изъ за соотвѣтствія хотя бы и глубокимъ, но для нея самой постороннимъ цѣлямъ, оказывалась вслѣдствіе этого плохимъ средствомъ для своей не-

---

[1]) См., напр., *Karlowa*, Römische Rechtsgeschichte, Bd. I. Leipzig, 1885, S. 478, 479.

[2]) *Муромцевъ*, Гражданское право древняго Рима, § 80, стр. 184. О преторской юриспруденціи—тамъ же, § 116. *Leist*, Mancipation und Eigenthumstradition, S. 173.

[3]) L. 9 § 5 D. 41, 1.

[4]) L. 51 D. 41, 2. и l. 79. D. 46, 3.

посредственной цѣли, для переусвоенія имуществъ? — На это *для римскаго права* я отвѣчаю вполнѣ отрицательно.

Здѣсь мы переходимъ къ изложенію такихъ обстоятельствъ, которыя должны съ гораздо большею наглядностью и убѣдительностью показать намъ, что римская система traditio, *благодаря юридической обстановкѣ своего примѣненія*, стояла *очень близко* къ системѣ соглашенія, а потому гражданскій оборотъ пока не имѣлъ практическаго интереса (очень важное обстоятельство!) требовать ни дальнѣйшей спиритуализаціи traditio, ни замѣны ея системой соглашенія. Результатъ и здѣсь тотъ же самый: сохраненіе системы traditio.

Въ чемъ же состояла эта особая обстановка примѣненія traditio, которая оказывала такое дѣйствіе?

Сюда относятся вопросы о переходѣ риска при куплѣ-продажѣ, о распредѣленіи доходовъ или плодовъ, приносимыхъ отчуждаемой вещью, а также объ издержкахъ, падающихъ на вещь, съ момента заключенія договора купли-продажи по моментъ совершенія traditio.

Какъ увидимъ ниже, отношенія эти регулировались римскимъ правомъ такъ, какъ еслибы право собственности переходило на пріобрѣтателя уже въ самый моментъ perfectio договора купли-продажи, не дожидаясь совершенія traditio[1]). Благодаря этому обстоятельству, естественное стремленіе гражданскаго и торговаго оборота къ системѣ соглашенія ослаблялось весьма существеннымъ образомъ.

Чтобы положительно убѣдиться въ этомъ, мы должны разсмотрѣть указанные вопросы подробнѣе.

Начнемъ съ вопроса о переходѣ риска, periculum, съ продавца на покупщика.

Здѣсь римское право постановляло: хотя право собственности при куплѣ-продажѣ переходитъ только въ моментъ совершенія traditio, тѣмъ не менѣе рискъ случайной гибели или случайнаго ухудшенія вещи переходитъ на покупщика уже въ моментъ perfectio договора купли-продажи. По латыни это положеніе формулируется кратко: periculum est emptoris Практически это значитъ слѣдующее: покупщикъ долженъ уплатить покупную цѣну въ полномъ объемѣ даже и тогда, если послѣ заключенія

---

[1]) *Müller Erzbach*, Das Traditionsprinzip, S. 45—49.

договора купли-продажи вещь, безъ всякой вины продавца, погибаетъ совершенно или же подвергается частичной порчѣ, и потому не передается покупщику совсѣмъ или передается въ худшемъ состояніи, чѣмъ бы слѣдовало по договору[1]).

Положеніе это, расходящееся съ простымъ и яснымъ требованіемъ логики, по которому каждый несетъ рискъ гибели только своихъ собственныхъ вещей, пока обратное не установлено спеціальнымъ договоромъ, породило массу споровъ и огромную литературу[2]). Впрочемъ, споры эти касаются главнымъ образомъ того *основанія*, на которомъ держится правило «periculum est emptoris»; *самый же фактъ* существованія этого правила въ римскомъ правѣ стоитъ въ господствующемъ мнѣніи, не смотря на нѣкоторыя сомнѣнія, вполнѣ твердо[3]), а для насъ именно это послѣднее обстоятельство и важно.

---

[1]) *Dernburg*, Pand., II, § 96. *Windscheid*, Lehrb., II, § 390.

[2]) Литературу указываютъ *Loewy*, Die Unmöglichkeit der Leistung bei zweiseitigen Schuldverhältnissen, Berlin. 1888, S. 7, 8. *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen, Bd. II, Berlin, 1895, S. 42, Anm. 2. *Windscheid*, Lehrb., II, § 321, Anm. 13, 18, § 390, Anm. Изъ французской литературы см. *Molitor*, Obligations, I, n. 425 suiv. *Accarias*, Précis de droit rom., II, n. 612 et note 2, page 306. Другія сочиненія будутъ указываемы въ соотвѣтствующихъ мѣстахъ. Старую литературу разсматриваетъ *Sintenis*, Das practische gemeine Civilrecht, Bd. II, Leipzig, 1681, S. 468 ff., Anm. 38 ff.

[3]) Въ свое время отрицалъ это правило Куяцій, но онъ потомъ призналъ его. *Wächter*, Ueber die Frage: Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen? Archiv für die Civ. Praxis, Bd. 15, 1832, S. 190, Anm. 3. *Dernburg*, Pand., II, § 96, Anm. 2. Теперь разбираемое правило пользуется всеобщимъ признаніемъ, какъ положительный фактъ. Изъ старой литературы см., напр., *Wächter*, loc. cit., S. 190. *Vangerow*, Lehrbuch, Bd. III, 1876, § 591, Anm. IV, S. 207, f. *Madai*, Die Lehre von der Mora, Halle, 1837, § 45, S. 276 ff. *Mühlenbruch*, Doctrina Pandectarum, Volumen II, 1839, § 395, S. 358—361. Для новой литературы—*Windscheid*, Lehrb., II, § 321, Anm. 18. *Wetter*, Les obligations en droit romain, t. I, Gand-Paris, 1883, § 17, p. 88. Въ послѣднее время сдѣлалъ попытку существенно *ограничить* разбираемое правило *Puntschart*, Die fundamentalen Rechtsverhältinsse des römischen Privatrechts, Innsbruck, 1885. На этой теоріи мы нѣсколько остановимся ниже; теперь же замѣтимъ только, что она далеко не нашла большаго распространенія. См. рецензію *Eck'a* въ Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. 33, N. F. Bd. 18, 1886, S. 141 ff. *Windscheid*, Lehrb., II, § 321, Anm. 18. *Wendt*, Lehrbuch der Pandekten, Jena, 1888, § 212, S. 519, 520. *Hellmann*, рецензія въ Kritische Vierteljahresschrift, Bd. 30, N. F. Bd. 11, 1888, S. 216 ff.

Итакъ, посмотримъ сначала, на чемъ основывается утвержденіе о примѣненіи въ Римѣ правила «periculum est emptoris».

Прежде всего, это правило мы находимъ въ Институціяхъ Юстиніана, § 3 J. 3, 23:

> Cum autem emptio et venditio contracta sit.... periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine deiectis longe minor aut deterior esse coeperit: emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est.

Здѣсь не только устанавливается самое правило, но, между прочимъ, указывается и на двойственный характеръ риска: periculum interitus, рискъ полной гибели вещи, и periculum deteriorationis, рискъ ухудшенія вещи[1]).

Дальнѣйшія доказательства даютъ l. 5 § 2 D. 18, 5, l. 1 pr.[2]), l. 4 § 1[3]), l. 7 pr. D. 18, 6, l. 11 § 12 D. 43, 24[4]), l. 14 pr. D. 47, 2[5]), l. 1[6]), 4[7]), 6[8]) C. 4, 48. Всѣ эти мѣста источниковъ въ различныхъ выраженіяхъ и по поводу различныхъ казусовъ единодушно повторяютъ одну и ту же мысль: послѣ за-

---

Если же нѣкоторыя мѣста источниковъ и возбуждаютъ сомнѣнія, то имъ даютъ удовлетворительное объясненіе *Dernburg*, Pand., II, § 96, Anm. 2, и *Girard*, Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1896. p. 529, note 4.

[1]) *Hofmann*, Ueber das Periculum beim Kaufe, S. 3. *Windscheid*, Lehrb., II, § 390, Anm. 2.

[2]) ... emptoris erit damnum....

[3]) ... omne periculum ad emptorem pertinere....

[4]) ... statim post venditionem contractam periculum ad emptorem spectat....

[5]) ... et sane periculum rei ad emptorem pertinet....

[6]) Post perfectam venditionem omne commodum et incommodum.... ad emptorem pertinet.

[7]) ... periculo emptoris rem distractam esse, in dubium non venit.

[8]) Mortis casus ancillae distractae etiam ante traditionem sine mora venditoris delatam non ad venditorem, sed ad emptorem pertinet....

ключенія договора купли-продажи рискъ переходитъ на покупщика.

Въ виду такой массы доказательствъ существованія въ Римѣ указаннаго правила, а также въ виду, можно сказать, полнаго признанія его господствующимъ мнѣніемъ не только прежнихъ юристовъ, но и современныхъ, и мы принимаемъ это правило, какъ безспорно доказанное.

Намъ нужно только опредѣлить условія и область его примѣненія.

Мы должны при этомъ постоянно имѣть въ виду, что правило «periculum est emptoris» предполагаетъ *отсутствіе вины* продавца въ томъ, что вещь погибла или ухудшилась[1]); какъ ухудшеніе, такъ и гибель вещи должны быть чисто случайными (casus)[2]), такъ какъ въ противномъ случаѣ должны быть примѣняемы совсѣмъ другія правила.

Теперь можно перейти къ подробностямъ[3]).

Во 1-хъ, для перехода риска требуется, чтобы стороны пришли къ соглашенію по всѣмъ существеннымъ пунктамъ договора купли-продажи: должно быть закончено заключеніе договора; другими словами: должна наступить perfectio договора. Это прямо говоритъ l. 8 pr. D. 18, 6[4]):

---

[1]) Это показываютъ § 3 J. 3, 23 in fine, а также l. 4, l. 6 C. 4, 48.

[2]) О различномъ значеніи фактическаго казуса и юридическаго см. *Hartmann*, Juristischer Casus und seine Prästation bei Obligationen auf Sachleistung insbes. beim Kauf, Iherings Jahrbücher, Bd. 22, 1884, S. 417 ff., результатъ на стран. 495, 496: Покупщикъ съ момента perfectio купли-продажи или подобной ей сдѣлки несетъ весь рискъ, если вещь безъ вины продавца погибаетъ или ухудшается въ общемъ фактическомъ — матеріальномъ — смыслѣ; но онъ не несетъ этого риска относительно *юридическаго* казуса, особенно если еще въ лицѣ продавца прекратилось право на вещь. Съ особеннымъ одобреніемъ принимаетъ эту теорію Виндшейдъ для истолкованія сомнительной l. 33 D. 19, 2, Lehrb., II, § 390, Anm. 3a, S. 617. Такъ же *Cuq*, Les institutions juridiques des romains, II, p. 406, note 1. Ср. и *Dernburg*, Pand., II, § 96, Anm 2 in fine. Ограниченіе, вводимое Гартманомъ, если оно и правильно, можетъ имѣть лишь количественное значеніе; принципъ же остается тотъ самый.

[3]) Вообще см. *Careis*, въ Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, herausgegeben von *Endemann*, Bd. II, § 270, S. 637 ff.

[4]) Это, по выраженію Пунтшарта,—Cardinalstelle для вопроса о переходѣ риска. *Puntschart*, Die fundamentalen Rechtsverhältnisse, S. 214, 215.

Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio; tunc enim sciemus, cujus periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet (Paulus).

Когда же наступаетъ моментъ perfectio договора купли-продажи? Въ томъ же фрагментѣ юристъ Павелъ говоритъ:

Et si id, quod venierit, appareat, quid, quale, quantum sit[1]), sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio.

Итакъ, должно быть на лицо соглашеніе о предметѣ и цѣнѣ купли-продажи[2]).

Во 2-хъ, какъ это видно изъ приведеннаго фрагмента, договоръ долженъ быть заключенъ *pure*, т. е. обязательство не должно быть заключено подъ *отлагательнымъ* условіемъ, такъ какъ иначе perfectio наступитъ только въ моментъ исполненія условія[3]). При этомъ въ моментъ исполненія условія вещь должна еще существовать: рискъ *гибели* несетъ продавецъ[4]). Если же въ теченіе этого времени вещь только *ухудшилась*, то, по прямому указанію источниковъ, этотъ periculum deteriorationis падаетъ на покупщика[5]). Отмѣнительное же условіе, не задерживая вообще вступленія въ силу сдѣлки, не задерживаетъ и перехода риска[6]).

---

[1]) *Puntschart*, op. cit., S. 215 и *Regelsberger*, Ueber die Tragung der Gefahr beim Genuskauf, Archiv für die Civ. Praxis, Bd. 49, 1866, S. 188 вставляютъ здѣсь слово «quantum» и читаютъ такъ: quantum sit et pretium.

[2]) По вопросу о perfectio купли-продажи см. еще pr. J. 3, 23 и l. 9 D. 18, 1. *Dernburg*, Pand., II, § 96, S. 265: Zur *Perfektion* wird der *Abschluss* des Kaufgeschäftes erfordert. *Windscheid*, Lehrb., II, § 390, S 617, Ziff. 1.

[3]) L. 7 pr. D. 18, 1: condicionales autem venditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit condicio. *Wendt*, Lehrbuch, § 251, S. 611, 612. *Dernburg*, Pand., II, § 96, sub a. *Windscheid*, Lehrb., II, § 390, sub b. *Hofmann*, Ueber das Periculum, § 30, S. 83 ff *Loewy*, Die Unmöglichkeit der Leistung, § 12, S. 57 ff.

[4]) L. 8 pr. D. 18, 6: et quod pretii solutum est repetetur, ... si pendente condicione res exstincta fuerit. L. 8 pr. D. 18, 1: Nec emptio, nec venditio sine re, quae veneat, potest intellegi.

[5]) L. 8 pr. D 18, 6: sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris.

[6]) *Windscheid*, Lehrb., II, § 390, Anm. 10. *Loewy*, Die Unmöglichkeit der Leistung, § 12, S. 59 ff.

Въ 3-хъ, необходимо, чтобы указанное соглашеніе сторонъ было направлено на индивидуально опредѣленную вещь[1]). Это явствуетъ изъ того, что *до* момента индивидуализаціи объекта не можетъ наступить perfectio купли-продажи: l. 35 § 5 D. 18, 1, l. 34 § 5 D. eod., l. 1 § 1 D. 18, 6, l. 2 C. 4, 28.

Эти мѣста источниковъ показываютъ, между прочимъ, что къ индивидуально-опредѣленнымъ вещамъ относятся и вещи замѣнимыя: хлѣбъ въ зернѣ, вино, масло, металлы и т. п.; нужно только, чтобъ было опредѣлено, напр., *какая именно* бочка вина или—какой именно грузъ хлѣба проданъ[2]). Такимъ образомъ, если какое нибудь количество замѣнимыхъ вещей продается цѣликомъ, оптомъ—per aversionem—за одну опредѣленную цѣну, не зависящую отъ такого или иного измѣренія продаваемаго количества, то въ такихъ случаяхъ, въ виду точной и полной опредѣленности объекта, perfectio договора вполнѣ совпадаетъ съ его заключеніемъ, и рискъ переходитъ на покупщика немедленно[3]).

Если же вещи продаются не оптомъ, тогда надо различать.

а) При полной опредѣленности объекта[4]), можетъ нѣкото-

---

[1]) *Hofmann*, Ueber das Periculum, § 15, S. 41 ff. *Loewy*, op. cit., §§ 6, 7, S. 34 f.

[2]) *Windscheid*, Lehrb., II, § 390, Anm. 6.

[3]) L. 35 § 5 D. 18, 1. Здѣсь сначала указывается, что при замѣнимыхъ вещахъ perfectio можетъ наступать, вообще говоря, въ различные моменты: In his, quae pondere numero mensurave constant, veluti frumento vino oleo argento, modo ea servantur, quae in caeteris, ut simulatque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio, modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa adpensa adnumeratave sint. Дальше опредѣляется, когда именно имѣетъ мѣсто первый случай. Nam si *omne* vinum vel oleum vel frumentum vel argentum *quantumcumque esset uno pretio* venierit, idem juris est, quod in ceteris rebus. Такое же рѣшеніе даетъ и § 6 того же фрагмента: Ergo et si grex venierit, si quidem universaliter uno pretio, perfecta videtur, postquam de pretio convenerit. См. еще l. 62 § 2 D. 18, 1, l. 4 §§ 1, 2 D. 18, 6. *Dernburg*, Pand., II, § 96 in fine: *Windscheid*, Lehrb., II, § 390, Anm 11. *Wendt*, Lehrbuch, § 251, S. 610. *Hofmann*, Ueber das Periculum, § 16, S. 45 f.

[4]) *Regelsberger*, Archiv für die Civ. Praxis, Bd. 49, S. 184. То же самое—Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 13, S. 105. *Hofmann*, Ueber das Periculum beim Kaufe, S. 133.

рое время оставаться неизвѣстной покупная сумма. Напр., продается все вино, находящееся въ такомъ-то погребѣ, по такой-то цѣнѣ за ведро; или продается весь хлѣбъ, находящійся на такомъ-то кораблѣ, по такой-то цѣнѣ за пудъ, при чемъ въ первомъ случаѣ остается пока неизвѣстнымъ число ведеръ вина, а во второмъ — число пудовъ хлѣба: и то и другое опредѣлится только черезъ измѣреніе и взвѣшиваніе; только тогда, значитъ, опредѣлится и полная цѣна покупаемаго количества (купля-продажа ad mensuram)[1]).

Что касается periculum interitus, то никто не оспариваетъ того положенія, что этотъ рискъ лежитъ на продавцѣ впредь до того момента, пока измѣреніемъ, взвѣшиваніемъ и т. п. не установится точный размѣръ покупной суммы[2]). Но за то очень спорнымъ является вопросъ объ *основаніи* такого разрѣшенія вопроса о рискѣ и о томъ, кто несетъ рискъ *ухудшенія* вещи, periculum deteriorationis.

Такъ, Моммзенъ усматривалъ здѣсь *условную* куплю-продажу, т. е. заключенную подъ такимъ условіемъ, что цѣна будетъ установлена чрезъ послѣдующее измѣреніе или взвѣшиваніе[3]). И теперь такого же мнѣнія держатся Дернбургъ[4]) и Винд-

[1]) *Hofmann*, Ueber das Periculum, § 49, S, 133 ff. *Loewy*, Die Unmöglichkeit der Leistung, § 18, S. 82 ff.

[2]) *Regelsberger*, Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 13, S. 106. Вопросъ этотъ ясно рѣшается источниками. L. 35 § 5 D. 18, 1: quod si vinum ita venierit, ut in singulas amphoras, item oleum, ut in singulos metretas, item frumentum, ut in singulos modios, item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur, quaeritur, quando videatur emptio perfici. Quod similiter scilicet quaeritur et de his, quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata admensa adpensave sint, *quia venditio quasi sub hac condicione videtur fieri*, ut in singulos metretas aut in singulos modios quos quasve admensus eris, aut in singulas libras quas adpenderis, aut in singula corpora quae adnumeraveris. L. 2 C. 4, 48: Cum convenit, ut singulae amphorae vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione periculum vini mutati emptoris qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit. Также и l. 1 § 1 D. 18, 6.

[3]) *Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht, I: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse, Braunschweig, 1853, S. 338, 339.

[4]) *Dernburg*, Pand. II, § 96, sub b.

шейдъ[1]). Это мнѣніе, повидимому, согласно и съ источниками: приведенная выше l. 35 § 5 D. 18, 1 дѣйствительно содержитъ соотвѣтствующее этому взгляду выраженіе:... quia venditio quasi sub hac condicione videtur fieri, ut.... Согласно съ этимъ указанные авторы примѣняютъ здѣсь l. 8 pr. D. 18, 6 и относятъ рискъ ухудшенія вещи на счетъ покупщика[2]). Противъ этого объясненія вмѣстѣ съ его послѣдствіемъ выступилъ Регельсбергеръ, который разсуждаетъ слѣдующимъ образомъ.

Въ измѣреніи и взвѣшиваніи продаваемыхъ вещей нельзя видѣть условіе потому, что этого измѣренія покупщикъ можетъ требовать искомъ, тогда какъ, по ясному указанію источниковъ, требовать исполненія условія нельзя[3]). Кромѣ того, есть и такія указанія въ источникахъ, по которымъ *всякій* рискъ лежитъ на продавцѣ[4]). Поэтому Регельсбергеръ принимаетъ это послѣднее рѣшеніе[5]) и считаетъ выраженіе источниковъ (l 35 § 5 cit.) объ «*условности*» этого рода купли неточнымъ[6]). Что же

---

[1]) *Windscheid*, Lehrb., II, § 390, S. 620, 621.

[2]) Это послѣднее положеніе принимаетъ и *Hofmann*, Ueber das Periculum, S. 136, хотя и по другому основанію: цѣна установлена относительно *количества* (сколько получу, за столько и заплачу), но не относительно *качества*.

[3]) L. 41 pr. in fine D. 18, 1: Si vero sub condicione facta emptio est, non poterit agi, ut conditio impleatur. *Regelsberger*, Archiv für die Civ. Praxis, Bd. 49, S. 189 ff.

[4]) L. 2 C. 4, 48. Здѣсь разсматривается два вида купли-продажи: купля-продажа ad mensuram, которую мы изучаемъ въ настоящій моментъ, и купля-продажа per aversionem. Въ первомъ случаѣ рискъ лежитъ на продавцѣ, во второмъ—на покупщикѣ. Далѣе говорится такъ *Haec omnia* locum habent non solum si vinum, sed etiam si oleum vel frumentum vel his similia venierint et ea *aut deteriora aut penitus corrupta* fuerint. Это значитъ: вопросъ о рискѣ разрѣшается по указаннымъ правиламъ *одинаково, погибнетъ ли вещь совсѣмъ, или же только подвергнется порчѣ*. Согласно съ этимъ выражается и l. 35 § 7 D. 18, 1: *omne* periculum ad venditorem pertinere.

[5]) Такъ и *Goldschmidt*, Der Kauf auf Probe oder auf Besicht, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. I, 1858, S. 79, 80.

[6]) Да и сами римскіе юристы не настаиваютъ на его точности: они говорятъ: *quasi* sub condicione. Но чѣмъ эта неточность вызвана? *Regelsberger*, Archiv für die Civ. Praxis, Bd. 49, S. 188 видитъ здѣсь доктринальное основаніе: римскіе юристы хотѣли свести переходъ риска къ единому моменту, къ perfectio договора, и потому отрицали perfectio даже тогда, когда сто-

касается воли сторонъ, то она (вопреки Гоффману) направляется не только на количество, но *и на качество*: сколько получу пшеницы такого качества, какое она имѣетъ теперь, за столько и заплачу по условленной цѣнѣ[1]).

Это послѣднее рѣшеніе, объединяющее рискъ гибели и рискъ ухудшенія въ одномъ лицѣ, мнѣ кажется болѣе правильнымъ: видѣть здѣсь условіе мнѣ кажется искусственнымъ пріемомъ, который не имѣетъ достаточнаго обоснованія ни по существу, ни въ источникахъ[2]).

b) Теперь возьмемъ обратный разсмотрѣнному случай: при полной извѣстности цѣны и всей покупной суммы, остается индивидуально неопредѣленнымъ *объектъ* договора. Неопредѣленность можетъ быть неограниченной или ограниченной: напр., продается *вообще* 100 пудовъ пшеницы по такой-то цѣнѣ за пудъ, или продается 100 пудовъ пшеницы *изъ такого-то склада*. Въ обоихъ случаяхъ мы имѣемъ res in genere[3]).

Моммзенъ и здѣсь усматривалъ условіе и, въ зависимости отъ этого, примѣнялъ и сюда l. 8 pr. D. 18, 6, относя рискъ гибели ни счетъ продавца, а рискъ ухудшенія вещи—на счетъ покупщика впредь до выдѣленія вещи изъ genus'a[4]).

роны уже оказывались связанными и не могли произвольно отступиться отъ своихъ обязанностей. Ibidem, S. 187. Другое объясненіе даетъ *Goldschmidt*, op. cit., S. 80: купля-продажа дѣйствительно не была perfecta, пока не была окончательно установлена подлежащая уплатѣ сумма. Это объясняется древнеримскимъ понятіемъ купли-продажи, которая была договоромъ реальнымъ, предполагающимъ и полную опредѣленность вещи, и полную возможность немедленной уплаты (взвѣшиванія) цѣны. Противъ этого объясненія *Regelsberger*, Krit. Vierteljarsschrift, Bd. 13, S. 106.

[1]) *Regelsberger*, Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 13, S. 109.

[2]) См. и *Wendt*, Lehrbuch § 251, S. 610.

[3]) Только въ первомъ случаѣ вещь является чисто-генерической, и здѣсь необходимо замѣтить, что, по господствующему теперь мнѣнію, предметомъ купли-продажи въ Римѣ не могли быть вещи *чисто*-генерическія. *Brinz*, Lehrbuch II, Th. 2, 1882, § 325, S. 696. *Goldschmidt*, Der Kauf auf Probe oder auf Besicht, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, I, S. 109. *Bechmann*, Der Kauf, II, 1884, S. 331, 335. *Karlowa*, Römische Rechtsgeschichte, Bd. II, S. 615, 616. *Dernburg*, Pand., II, § 94, S. 257. Однако см. *Ihering*, Jahrbücher für die Dogmatik, Bd. IV, S. 405. *Windscheid*, Lehrb., II, § 386, Anm. 5.

[4]) *Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht, I, S. 340—342.

Противъ этого справедливо высказываются, напр., Гольдшмидтъ[1]) и Виндшейдъ[2]). Господствующее мнѣніе теперь *весь* рискъ относитъ на счетъ продавца впредь до индивидуализаціи вещи. Но за то много спорятъ о томъ, *какія дѣйствія и въ какой моментъ* приводятъ къ нужной индивидуализаціи объекта[3]). Наиболѣе важные результаты достигнуты здѣсь Тёлемъ и Іерингомъ. Первый установилъ такъ наз. Ausscheidungstheorie: для perfectio купли-продажи достаточно, чтобы продавецъ *выдѣлилъ* нужное количество вещей изъ всей массы ихъ и *сообщилъ* объ этомъ покупщику; воля одного и знаніе другаго достаточны для перехода риска[4]).

Іерингъ выставилъ Lieferungstheorie: при продажѣ res in genere рискъ переходитъ не въ моментъ выдѣленія, а въ тотъ моментъ, когда продавецъ совершаетъ все то, что онъ обязался совершить по договору, при чемъ исполненіе происходитъ въ мѣстѣ нахожденія продавца, если только онъ не обязался доставить вещь покупщику; выдѣленіе же вещи не всегда нужно и не всегда достаточно[5]).

Въ пользу этой теоріи высказываются Вендтъ[6]), Дернбургъ[7]) и другіе[8]).

Есть еще и Individualisirungstheorie Беккера: индивидуальная опредѣленность объекта можетъ наступить и безъ исполне-

---

[1]) Zeitschrift für das ges. Handelsrecht, Bd. I, S. 79, 80.

[2]) *Windscheid*, Lehrb. II, § 390, Anm. 9.

[3]) См. обзоръ различныхъ теорій у *Puntschart'a*, Die fundamentalen Rechtsverhältnisse, S. 264 ff.

[4]) *Thöl*, Das Handelsrecht, 6 Aufl., Leipzig, 1879, § 261 ff. Противъ этой теоріи *Dernburg*, Pand., II, § 96, Anm. 10. *Regelsberger*, Archiv für die Civ. Praxis, Bd. 49, S. 197, 198. *Wendt*, Lehrbuch, § 251, S. 610. За теорію Тёля—*Mommsen*, Beiträge, I, S. 342. *Puchta*, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Bd. II, Leipzig, 1874, § 360, Anm. 2, S. 218.

[5]) *Ihering*, Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontracte, Jahrbücher für die Dogmatik, Bd. 4, 1861, S. 366, 438.

[6]) *Wendt*, Lehrbuch, S. 610, 611.

[7]) *Dernburg*, Pand. II, § 96, Anm. 10.

[8]) Напр., *Kohler*, Annahme und Annahmeverzug, Iherings Jahrbücher, Bd. 17, 1878, S. 264, 265, 395 ff.

нія, безъ traditio, просто въ силу соотвѣтствующаго соглашенія сторонъ[1]).

До извѣстной степени объединяетъ эти теоріи Виндшейдъ, говоря о концентрированіи купли-продажи на опредѣленныхъ вещахъ посредствомъ дѣйствительнаго исполненія *или* соглашенія сторонъ[2]).

Такъ же поступаетъ и Регельсбергеръ, устанавливая для различныхъ случаевъ различные способы индувидуализаціи — выдѣленіе, соглашеніе сторонъ, передачу — и предоставляя при этомъ окончательное рѣшеніе вопроса волѣ сторонъ[3]).

Это приспособленіе къ особенностямъ каждой отдѣльной категоріи случаевъ мнѣ кажется единственно правильнымъ пріемомъ[4]). Я же самъ ограничиваюсь общимъ очеркомъ безъ подробнаго разсмотрѣнія указанныхъ выше теорій и ихъ деталей потому только, что это не входитъ въ мою задачу. Какъ бы различныя *детали* вопроса о переходѣ риска ни рѣшались, для меня важна *общая постановка и рѣшеніе* этого вопроса въ Римѣ. —Именно для меня важно то обстоятельство, что *римское право ставило и рѣшало вопросъ о periculum такъ, какъ его ставятъ и рѣшаютъ законодательства, принявшія систему соглашенія*[5]).

---

[1]) Jahrbuch des gemeinen Rechts, Bd. 5, 1862, S. 382 ff.

[2]) *Windscheid*, Lehrb., II, § 390, S. 618.

[3]) Archiv für die Civ. Praxis, Bd. 49, S. 212. Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 13, S. 109 ff.

[4]) См. еще *Mommsen*, Beiträge, I, S. 341, Anm. 23 in fine и *Loewy*, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 63, по поводу *Savigny*, Das Obligationenrecht, I, § 38 объ альтернативныхъ и генерическихъ обязательствахъ.

[5]) Этого нельзя было бы сказать, еслибъ была вѣрна теорія Пунтшарта, Die fundamentalen Rechtsverhältnisse. Но, какъ отмѣчено выше, эта теорія, въ виду ея противорѣчія источникамъ, почти никѣмъ не принята, и изложенное ученіе по прежнему остается господствующимъ. Все таки вкратцѣ я изложу эту теорію. Ея ограничивающее значеніе состоитъ въ томъ, что Пунтшартъ иначе понимаетъ perfectio купли-продажи, о которой говоритъ l. 8 pr. D. 18, 6. (Вообще о perfectio см. § 6, S. 48 ff.; спеціально же о perfectio при куплѣ-продажѣ—§ 18, S. 215 ff.). Именно Пунтшартъ говоритъ слѣдующее. Для всѣхъ областей частнаго права perfectio означаетъ не окончаніе—въ противоположность началу—и не исполненіе, а вступленіе въ полную силу, въ полное дѣйствіе (Vollwirksamkeit) S. 55. Эта perfectio, въ примѣненіи къ куплѣ-продажѣ, согласно l. 8 pr. D. 18, 6, наступаетъ (не

Простое сопоставленіе законодательныхъ опредѣленій убѣдитъ насъ въ этомъ.

Code civil[1]). O res in specie art. 1583 говоритъ: Elle (la vente) est parfaite.... et la propriété est acquise.... dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. Вмѣстѣ съ собственностью естественно переходитъ и рискъ.

Это показываетъ art. 1138: L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée. Къ условной куплѣ-продажѣ относится art 1182: Lorsque l'obligation a été contractée sous une condition suspensive, la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'événement de la condition. Куплю-продажу per aversionem опредѣляетъ art. 1586: Si... les

---

въ моментъ заключенія договора, какъ учитъ господствующее мнѣніе, а) въ тотъ моментъ, когда вещь должна уже быть передана, а цѣна — уплочена. А для этого вещь должна быть готова къ передачѣ, а цѣна—къ уплатѣ, т. е. вещь должна получить индивидуальную опредѣленность, а цѣна должна уже быть выражена такой или иной цифрой. S. 216. При этомъ для perfectio и для перехода риска не нужна дѣйствительная передача; достаточно и того, чтобъ продавецъ былъ *въ дѣйствительности* (effectiv) *готовъ* передать вещь, и передача не осуществилась только *по винѣ покупщика*. S. 217, 218. Такимъ образомъ законъ, по соображеніямъ справедливости, переноситъ рискъ съ продавца, который ему подвергся, на покупщика, который ему хотя и не подвергся, но *подвергся бы*, если бы traditio *по его винѣ* не была отложена. S. 219, 220. Таковы общія положенія автора о переходѣ риска при куплѣ-продажѣ, основываемыя имъ на l. 8 pr. D. 18, 6. Конечно, это существенное ограниченіе нашего правила: допускать переходъ риска только тогда, когда продавецъ совершенно готовъ къ передачѣ, и эта передача не осуществляется только благодаря покупщику. Однако *Eck*, Zeitschrift für das ges. H. R., Bd. 33, S. 144, справедливо говоритъ, что на эти реквизиты въ l. 8 pr. D. 18, 6 нѣтъ ни малѣйшаго намека, и что попытка Пунтшарта втиснуть эти реквизиты во всѣ другія мѣста источниковъ не можетъ не возбудить живѣйшаго протеста. Эти реквизиты безусловно *достаточны* для перехода риска; но считать ихъ и *необходимыми* основаній нѣтъ.

[1]) Ср. *Hofmann*, Ueber das Periculum, § 19, S. 49 ff., § 32, S. 87. *Gareis*, въ Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, herausgegeben von *W. Endemann*, Bd. II, Leipzig, 1884, § 270, S. 651, 652. Судебную практику (старую) указываетъ *Merlin*, Répértoire universel et raisonné de jurisprudence, t. 36, Bruxelles, 1828, p. 73 ss.

marchandises ont été vendues en bloc, la vente est parfaite, quoique les marchandises n'aient pas encore été pesées, comptées ou mesurées. Какой смыслъ имѣетъ здѣсь perfectio, показываетъ art. 1585, трактующій о куплѣ-продажѣ ad mensuram: Lorsque les marschandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, *en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur* jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées.

Какъ видимъ, въ существѣ своемъ, это все тѣ же правила, что и въ римскомъ правѣ[1]). Только остается безъ опредѣленія вопросъ о переходѣ риска при продажѣ res in genere. Лоранъ и Бюфнуаръ рѣшаютъ его въ томъ смыслѣ, что право собственности—а слѣдовательно и рискъ—переходитъ въ моментъ индивидуализаціи вещи, для чего, между прочимъ,—но не исключительно,— можетъ служить и traditio (соединеніе Individualisirungstheorie съ Lieferungstheorie)[2]).

Совершенно такимъ же образомъ рѣшаются наши вопросы и Итальянскимъ Уложеніемъ[3]), которое также держится, по образцу кодекса Наполеона, системы соглашенія.

Наконецъ, таковы же по существу правила и новаго англійскаго закона 1893 — 1894 года: art. 20 въ сопоставленіи съ art. 16—19[4]).

Изъ законодательствъ, оставшихся вѣрными системѣ traditio, лишь нѣкоторыя, какъ, напр., Саксонское Уложеніе[5]),

---

[1]) *Zachariae von Lingenthal*, Handbuch des französischen Civilrechts, bearbeitet von *Crome*, 8 Aufl., Bd. II, Freiburg i. B., 1894, § 279, S. 242, 243, § 311, S. 379. *Demolombe*, Curs de Code Napoleon, t. 24, n. 420 et suiv.

[2]) *Laurent*, Principes de droit civil, t. 16, Paris, 1893, n. 210, 359. *Bufnoir*, Propriété et contrat, Paris, 1900, p. 46, 47.

[3]) Codice civile del regno d'Italia, 1449—1451, 1163.

[4]) Sale of Goods Act, 1893. Переводъ *H. Levy-Ullmann* и *Ed. Barclay*: La législation anglaise sur la vente des meubles. Loi de codification du 20 février 1894. Paris, 1896. См. также *Inhülsen*, Die neue gesetzliche Formulierung der englischen Rechtssätze über den Waarenkauf, Zeitschrift für Internationales Privat- und Strafrecht, Bd. 7, S. 214—220. *W. Blackstone*, Commentaires sur les lois anglaises, переводъ съ 15 изданія Chompré, t. III, Paris, 1823, p. 446.

[5]) Критика не даромъ упрекала Саксонское Уложеніе въ близости къ учебнику римскаго права. *Шершеневичъ*, Курсъ гражданскаго права, т. I, вып.

Швейцарскій союзный законъ объ обязательствахъ 1881 года и Сводъ гражданскихъ узаконеній губерній прибалтійскихъ проводятъ подобныя же положенія. Въ первомъ § 866 говоритъ: Bei Verträgen, welche auf Veräusserung einer dem Stücke nach bestimmten Sache gehen, hat der auf die Leistung der Sache Berechtigte den Zufall, welcher die Leistung unmöglich macht, die Gefahr, von Zeit des Vertragsabschlusses an zu tragen, sofern nicht besondere Gründe die Annahme des Gegentheiles rechtfertigen. Dasselbe gilt, wenn die Sache durch Zufall verschlechtert worden ist. Куплю-продажу ad mensuram предусматриваетъ § 867: Sollen Sachen aus einer Gattung überlassen werden und bedürfen die einzelnen Sachen einer Ausscheidung aus der Gattung durch Zuzählung Zuwiegung oder sonst, so trägt der Berechtigte den Zufall erst von Zeit der in Gemässheit des Vertrages erfolgten Ausscheidung an. Значеніе перехода риска опредѣляетъ § 868: покупная цѣна должна быть уплочена безъ всякаго уменьшенія.

Подобнымъ же образомъ и Швейцарскій законъ объ обязательствахъ въ ст. 204 говоритъ: «За исключеніемъ случаевъ, когда противное вытекаетъ изъ обстоятельствъ или изъ особыхъ соглашеній, какъ выгоды, такъ и страхъ за вещь переходятъ на пріобрѣтателя съ момента заключенія договора объ отчужденіи; если отчужденная вещь была опредѣлена лишь по ея роду, то сверхъ того необходимо, чтобы она была выдѣлена, а если вещь должна быть переслана въ другое мѣсто, чтобы отчуждатель сдалъ ее для отправки. Если договоръ поставленъ въ зависимость отъ условія, то страхъ за гибель вещи переходитъ на пріобрѣтателя лишь съ наступленіемъ условія»[1]).

Наконецъ, ст. 3863 Свода гражд. узакон. губерній Прибалтійскихъ говоритъ: «Послѣ заключенія продажи, хотя бы даже купленная вещь и не была еще передана, весь страхъ, т. е. вредъ, который послѣдуетъ ей отъ неустранимаго случая, бу-

---

2, Казань, 1902, стр. 312. Но въ данномъ отношеніи это Уложеніе упрека не заслуживаетъ: подобно римскому праву, оно сдѣлало уступку требованіямъ оборота, шагъ за шагомъ стремящагося къ системѣ соглашенія. См. и *Hartmann*, по поводу 1-го проекта Общегерманскаго уложенія. Archiv für die Civ. Praxis, Bd. 73, S. 386 ff.

[1]) Цитирую по изданію нашей редакціонной коммисіи по составленію гражданскаго уложенія, СПБ., 1891.

детъ ли то погибель ея или поврежденіе, несетъ покупщикъ». Въ слѣдующихъ статьяхъ того же Свода опредѣляются подробности этого общаго правила.

Другія же современныя системы traditio регулируютъ данное отношеніе совсѣмъ иначе: вещь можетъ быть вполнѣ опредѣленной, perfectio договора можетъ быть несомнѣнной, и тѣмъ не менѣе periculum переходитъ на покупщика *только въ моментъ передачи вещи*, въ моментъ перехода права собственности. Такъ постановляетъ Прусскій Ландрехтъ[1]); исключеніе дѣлается только для продажи per aversionem или для продажи вещи — wie sie steht und liegt[2]). Таковы же правила и Австрійскаго Уложенія[3]): вопросъ рѣшается одинаково для купли-продажи и для мѣны; случай имѣется въ виду не только фактическій, матеріальный, но и юридическій; для продажи per aversionem такое же исключеніе, какъ и въ Прусскомъ Ландрехтѣ. Далѣе, такимъ же образомъ рѣшенъ вопросъ и новѣйшимъ законодательнымъ актомъ, Общегерманскимъ Уложеніемъ 1896 года, которое въ § 446 Abs. 1 постановляетъ: Mit der Uebergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Сюда же относится и § 323[4]).

---

[1]) Das Allgem. Landrecht für die Preussischen Staaten, I, 11, §§ 95, 96, 100. *Hofmann*, Ueber das Periculum, §§ 17, 18, S. 46 ff., S. 87. *Gareis*, Endemann's Handbuch, II, § 270, S. 649, 650.

[2]) Das Allgem. Landrecht. I, 11, § 117. Это исключеніе объясняется самой сущностью договора.

[3]) Das allgem. bürgerliche Gesetzbuch für das Kaiserthum Oesterreich, §§ 1064, 1048, 1049. *Hofmann*, Ueber das Periculum, §§ 20—24, S. 52 ff., S. 87. *Gareis*, Endemann's Handbuch, II, § 270, S. 650, 651.

[4]) *Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Liefer. 4, Aufl. 2, Berlin, 1898, S. 236, 237. 238. *Dernburg*, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. Die Schuldverhältnisse, Bd. II, Abth. 2, §§ 174, 175, S. 25—29. *A. Engelmann*, Das alte und das neue bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluss des Handelsrechts, Berlin, 1899, § 119, S. 326. *Matthias*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. Bd. I, 1899, § 109, S. 458, 459. Этотъ же принципъ былъ принятъ и первымъ проэктомъ (§ 463), не смотря на его общій романистическій характеръ. и это порицалъ *Hartmann*, Der Civilgesetzentwurf. Archiv für die Civ. Praxis, Bd. 73, N. F. Bd. 23, 1888, S. 385—387. Впрочемъ, мнѣнія о законодательной цѣнности римскаго принципа рѣзко расходятся. *Müller-Erzbach*, Traditionsprinzip, S. 48, правильно говоритъ, что Общегерманское уложеніе проводитъ принципъ traditio строже, чѣмъ его проводило даже само римское право.

Наконецъ, то же правило принято и нашимъ проектомъ гражданскаго уложенія, какъ это видно изъ ст. 226 книги пятой (Обязательства): При продажѣ движимаго имущества продавецъ несетъ страхъ за случайное поврежденіе проданнаго имущества до передачи его покупщику[1]).

---

[1]) Въ объясненія Редакціонной Коммисіи къ указанной статьѣ (т I, стр. 494, 495) вкралась довольно существенная неточность. Именно, Коммисія ссылается на соотвѣтствіе принятого ею правила обычаямъ и судебной практикѣ. Но послѣднее положительно невѣрно. Слишкомъ извѣстенъ тотъ фактъ, что наша судебная практика уже давно приняла систему соглашенія: для перехода права собственности на res in specie считается достаточнымъ одно заключеніе договора. Это констатируетъ въ той же самой книгѣ, на стр. 485—487, и сама Коммисія. Такова же практика Петербургскаго Коммерческаго Суда и 4-го Департамента Сената: *Вильсонъ*, Судебная практика по торговымъ дѣламъ, СПБ., 1896, стр. 260—262. См. и проф. *Гольмстена*, О торговыхъ сдѣлкахъ по русскому праву, Журналъ Юридич. Общества, 1894, кн. 3, стр. 15; тамъ же ссылка на *Мартенса*, Практика Петербургскаго Коммерч. Суда за 1880—1881 гг., стр. 211. А разъ это такъ, то несомнѣнно наша судебная практика держится правила «periculum est *emptoris*»: не можетъ же рискъ остаться на продавцѣ, когда покупщикъ сдѣлался уже собственникомъ. Такимъ образомъ нашъ проектъ принялъ, вопреки утвержденію Коммисіи, систему *не согласную* съ воззрѣніями судебной практики. Остается, значитъ, только согласіе съ обычнымъ правомъ. Это фактъ вѣрный. Коммисія ссылается на *Пахмана*, Обычное гражданское право въ Россіи, т. I, СПБ., 1877, стр. 130, 131. Такія же указанія даетъ и г-жа *Ефименко*, Договоръ купли-продажи по обычаямъ, преимущественно торговымъ, Юридическій Вѣстникъ, 1879, т. II, стр. 925. Однако я лично не далъ бы этимъ указаніямъ перевѣса надъ указаннымъ направленіемъ нашей судебной практики, и вотъ почему. Прежде всего, наши свѣдѣнія объ обычномъ правѣ крайне скудны: проф. Пахманъ ссылается на одно рѣшеніе Волостнаго Суда Московской губерніи и на одно такое же рѣшеніе, постановленное въ Тамбовской губерніи, а г-жа Ефименко почерпнула свои свѣдѣнія изъ разспросовъ лицъ торговаго званія въ Воронежѣ и въ г. Богучарѣ Воронежской губерніи. А каковы обычаи въ тысячахъ другихъ волостей нашего обширнаго отечества? Возведя результаты нашихъ поистинѣ микроскопическихъ наблюденій въ общій законъ, создадимъ ли мы норму согласную съ правосознаніемъ — не говорю уже всего, но хотя бы — большей половины нашего народа? Отвѣтить на это утвердительно нѣтъ возможности, нѣтъ основанія. А между тѣмъ вотъ, съ другой стороны, передъ нами кассаціонная практика Сената (кромѣ практики Петерб. Коммерч. Суда), уже два-три десятка лѣтъ успѣшно

Изъ сдѣланныхъ сопоставленій неопровержимо вытекаетъ заключеніе, что такія системы traditio, какъ римская, *относительно вопроса о рискѣ* совершенно сходны съ системой соглашенія: римское право регулировало вопросъ о рискѣ совершенно такъ же, какъ онъ регулировался бы, если бы въ Римѣ право собственности на res in specie переходило на покупщика въ моментъ заключенія договора[1]). Слѣдовательно, *въ этомъ от-*

примѣняющая систему соглашенія однообразно во всей обширной области дѣйствія 1 ч. X тома. Чему отдать предпочтеніе? Но есть и еще одно важное обстоятельство: система traditio наблюдается у насъ въ сравнительно захолустныхъ и еще патріархальныхъ уголкахъ Россіи, а система соглашенія съ ея правиломъ «periculum est emptoris» примѣняется въ самыхъ бойкихъ и передовыхъ мѣстахъ нашего оборота. По естественному ходу вещей, надо ожидать, что именно эта послѣдняя система и завоюетъ будущее. Поэтому именно ее и слѣдовало бы принять въ наше будущее гражданское уложеніе: оно должно смотрѣть впередъ, а не назадъ!

[1]) Каково же основаніе такихъ постановленій римскаго права? По этому вопросу существуетъ много теорій, но согласія нѣтъ. Такъ какъ для меня интересно главнымъ образомъ *значеніе* правила «periculum est emptoris», а не *причины*, вызвавшія его къ жизни, то я ограничусь лишь краткимъ указаніемъ только на нѣкоторыя теоріи.

Такъ, Гофманъ видитъ въ правилѣ «periculum est emptoris» полное противорѣчіе съ основными принципами римскаго права и считаетъ его правиломъ *греческаго* происхожденія, *Hafmann*, Ueber das Periculum beim Kaufe, Wien, 1870, S. 22, Beilage II, S. 169, 170, 175 ff., S. 187. См. и *Caillemer*, Le contrat de vente à Athènes. Revue de législation ancienne et moderne française et étrangère, Paris, 1870—71, p. 645. Ср. *Hermann-Meier-Schömann*, Der Attische Prozess, Bd. II, S. 715, Anm. 672.

Противъ Гофмана Пернице замѣчаетъ, что его объясненіе въ сущности ничего не объясняетъ, такъ какъ по прежнему остается неяснымъ, почему же римляне сдѣлали несогласное со своимъ правомъ заимствованіе. *Pernice*, Labeo, I, S. 462, Anm. 26. Такъ и *Regelsberger*, Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 13, S. 104.

Іерингъ основалъ иную теорію: покупщикъ несетъ рискъ потому, что обыкновенно *онъ виноватъ* въ томъ, что передача вещи не совершается сейчасъ же по заключеніи договора, какъ это дѣлалось при первоначальной, примитивной формѣ купли-продажи. Конечно, если передача откладывается въ интересахъ продавца, то слѣдовало бы на него же возложить и рискъ, но такое правило повело бы на дѣлѣ къ массѣ процессовъ и споровъ о томъ, въ чьихъ интересахъ traditio отложена въ каждомъ данномъ случаѣ. Въ

ношеніи римской системѣ traditio дальше было уже некуда идти: *этой своей стороной* она уже совпадала съ системой соглашенія. Вотъ въ этомъ—*частичномъ*—смыслѣ я считаю совершенно пра-

---

виду этого практическаго неудобства, римское право и переносило рискъ *всегда* на покупщика,—что и вѣрно для большинства случаевъ,—при чемъ оно предоставило сторонамъ самимъ регулировать этотъ вопросъ и иначе, согласно своимъ цѣлямъ и желаніямъ. *Ihering*, Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontract. Jahrbücher für die Dogmatik, Bd. III, 1859, S. 463 ff. Отчасти такъ и *Bechmann*, Der Kauf, II, §§ 134, 135 und S. 334. Это положеніе отвергаетъ Дернбургъ, справедливо усматривая въ предположеніи о виновности покупщика произвольную фикцію. *Dernburg*, Pand., II, § 96, Anm. 3. Особенно см. *Petrażycki*, Die Lehre vom Einkommen, Bd. II, S. 45, Anm. 2.

Гартманъ считаетъ справедливымъ переносить рискъ на покупщика потому, что продавецъ, обязавшись передать ему вещь, не можетъ уже продать ее никому другому и такимъ образомъ не можетъ уже освободить себя отъ нежелательныхъ послѣдствій гибели или ухудшенія вещи. *Hartmann*, Der Civilgesetzentwurf, das Aequitätsprincip und die Richterstellung, Archiv für die Civ. Praxis, Bd. 73, N. F. Bd. 23, 1888, S. 386. Дернбургъ, loc. cit., отвергаетъ и эту теорію, такъ какъ при суспензивномъ условіи продавецъ находится въ подобномъ же положеніи, и тѣмъ не менѣе римское право не освобождало его отъ риска.

Самъ Дернбургъ видитъ основаніе нашего правила въ особой структурѣ римскихъ синаллагматическихъ сдѣлокъ. Именно, сдѣлки эти состоятъ изъ двухъ взаимныхъ обѣщаній, изъ двухъ взаимныхъ обязанностей, которыя съ одной стороны самостоятельны, а съ другой находятся между собою въ болѣе или менѣе тѣсной зависимости. Насколько тѣсна эта зависимость? Положительный законъ можетъ опредѣлить это различно. Римское право, воздерживаясь отъ крайностей, регулировало это отношеніе слѣдующимъ образомъ: въ моментъ заключенія синаллагматическаго договора каждый изъ контрагентовъ получалъ *самостоятельное и исковое* притязаніе (Anspruch) на обѣщанное исполненіе (Leistung). Однако если какая нибудь сторона сама не исполняетъ своей обязанности *въ нарушеніе договора*, то она и въ своемъ требованіи исполненія можетъ быть устранена посредствомъ exceptio. Къ нашему вопросу такая структура синаллагматическихъ сдѣлокъ имѣетъ слѣдующее отношеніе. Покупщикъ обязался уплатить цѣну. Онъ долженъ и исполнить это. Но въ виду неполученія вещи, онъ могъ бы продавцу, требующему уплаты, противопоставить exceptio, если бы продавецъ не передавалъ вещи въ нарушеніе договора. А такъ какъ нарушенія договора нѣтъ: передачѣ мѣшаетъ случай, а не вина тредента, то не можетъ имѣть мѣста и exceptio, т. е. цѣна

вильной и Entäusserungstheorie Виндшейда и другихъ. Надо только сохранять за ней ту формулировку, которую далъ ей Шёйрль (loc. cit.): въ моментъ заключенія договора пріобрѣте-

---

должна быть уплочена. *Dernburg*, Pand., II, § 20. Его же Die Compensation nach römischem Rechte mit Rücksicht auf die neueren Gesetzgebungen, Heidelberg, 1854, S. 75, 76. *Cornil*, L'évolution historique de la vente consensuelle et la loi 50 D. 19, 1, Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, t. 25, Paris, 1901, p. 157, 158. *Girard*, Manuel élémentaire de droit romain, p. 531, 532. Противъ этой теоріи *Cuq*, Les institutions juridiques des romains, II, p. 406, note 2: римляне сознавали единство купли-продажи и тѣсную связь ея частей; доказательство—l. 50 D. 19, 1. *Brinz*, Lehrb., II, Abtheil. 2, 1882, S. 697, Anm. 22.

Виндшейдъ устанавливаетъ Entäusserungstheorie: природа купли-продажи, служащей для *отчужденія*, привела къ такому взгляду, по которому,—что касается отношеній самихъ сторонъ,—проданная вещь и безъ traditio считается выдѣленной изъ имущества продавца и перешедшей въ имущество покупщика. *Windscheid*, Lehrb., II, § 321, S. 306, § 390, S. 616, 617. Такого же мнѣнія *Scheurl*, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts, Bd. II, Heft 1, Erlangen, 1854, S. 64. *Keller*, Pandekten, Bd. II, 1867, § 328, S. 57. *Mommsen* сначала колебался: Beiträge zum Obligationenrecht, Abtheil. 3, Braunschweig, 1855, S. 422, Anm. Но затѣмъ и онъ примкнулъ къ теоріи Виндшейда: Erörterungen aus dem Obligationenrecht, Heft 1, Braunschweig, 1859, S. 29, ссылаясь на l. 5 § 2 D. 18, 5, l. 14, 15 D. 23, 3. *Bernhöft*, Beitrag zur Lehre vom Kauf, Iherings Jahrbücher, Bd. 14, 1875, S. 59, 62, 101. Вообще онъ приводитъ много фрагментовъ, въ которыхъ venditio отождествляется съ alienatio, S. 79—81. *Lenel*, Parteiabsicht und Rechtserfolg, Iherings Jahrbücher, Bd. 19, N. F. Bd. 7, 1880, S. 210 ff., S. 215: die *wirthschaftliche* Herrschaft kann dem Käufer auch ohne Tradition sofort prästirt werden. *Brinz*, Lehrb., Bd. II, Abtheil. 1, 1879, § 242, S. 106, Anm. 17, Bd. II, Abtheil. 2, 1882, § 325, S. 696, 697. Авторъ указываетъ въ пользу теоріи Виндшейда на невозможность *купли-продажи* res *in genere*. *R. Stintzing*, Necessario sciendum est quando perfecta sit emptio, Iherings Jahrbücher, Bd. 10, 1869, S. 177 ff., 195 ff. Въ Россіи — *Муромцевъ*, Гражданское право древняго Рима, § 121, 122: въ общежитіи смотрѣли на куплю-продажу, какъ на способъ пріобрѣтенія права собственности; это и отразилось на нѣкоторыхъ постановленіяхъ законовъ, между прочимъ,—на правилѣ о рискѣ.

Противъ этой теоріи Дернбургъ, Pandekten, II, § 94, Anm. 6: покупщикъ, самовольно овладѣвшій вещью, считался praedo; кромѣ того, теоріи Виндшейда противорѣчитъ возможность продажи чужихъ вещей. *Karlowa*, Das Rechtsgeschäft, S. 212—214, указываетъ, между прочимъ, на мѣсто emptio-venditio въ системѣ Пандектовъ. *Puntschart*, Die fundamentalen Rechtsverhält-

ніе (не совершается, а) *начинается*: die Erwerbung der Sache *beginnt* beim Kaufvertrag schon mit der Abschliessung desselben.

Такое пониманіе Entäusserungstheorie вполнѣ мирно уживается съ такимъ явленіемъ, какъ запрещеніе самовольнаго овладѣнія вещью[1]): это запрещеніе объясняется *незаконченностью* начавшагося пріобрѣтенія. Этимъ же объясняется хотя и неточ-

---

nisse, S. 15 ff. Между прочимъ онъ указываетъ на l. 67 D. 50, 16: Alienatum non proprie dicitur, quod adhuc in dominio venditoris manet, venditum tamen recte dicetur. S. 17. *Koeppen*, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, Iherings Jahrbücher, Bd. 11, 1871, S. 391 f., Anm. 497: теорія Виндшейда противорѣчитъ источникамъ, напр., l. 11 § 2, l. 13 D. 19, 1, § 2 J. 2, 7. *Bechmann*, Der Kauf, I, S. 612, 613. Пернице выставилъ теорію довольно близкую къ теоріи Виндшейда. По его мнѣнію, такія особенности купли-продажи, какъ переходъ риска въ моментъ ея perfectio, а также требованіе bona fides при usucapio pro emptore съ того же момента, необходимость для перехода собственности уплаты цѣны и, наконецъ, exceptio non adimpleti contractus при искѣ ex vendito,—объясняются только, какъ остатки первоначальной реальной природы купли-продажи въ первыя времена ея исторіи. *Pernice*, Labeo, I, S. 456, 457. Этой же теоріи держится и *Petrażycki*, Die Lehre vom Einkommen, Bd. II, S. 43, 44: консенсуальная купля-продажа развилась изъ реальной, но и въ своей новой формаціи она сохранила нѣкоторыя черты предшествующей эпохи. Это—дѣйствіе «исторической vis inertiae». Того же взгляда *Saleilles*, Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemand, Paris, 1890, p. 196, 197, *Cuq*, Les Institutions juridiques des romains, II, p. 406. Противъ этой теоріи — *Муромцевъ*, Гражд. право др. Рима, § 123: 1) для принятія реальнаго періода нѣтъ никакихъ основаній въ источникахъ; 2) правило о переходѣ риска появилось только въ императорскій періодъ и удовлетворительно объясняется другими причинами; 3) противъ принятія реальнаго періода говоритъ обязанность покупщика *сначала* уплатить цѣну: исполненіе начинается не съ передачи, какъ это слѣдовало бы въ виду реальной природы купли-продажи. Признаюсь, и на меня теорія знаменитаго Пернице производитъ впечатлѣніе теоріи, придуманной въ тиши кабинета, вдали отъ базара житейской суеты. Трудно допустить, чтобы такой практическій народъ, какъ римляне, въ теченіе многихъ вѣковъ высшаго развитія своего права держался по одной лишь инерціи уже не соотвѣтствующихъ его праву остатковъ старины и не попытался измѣнить отжившія правила о рискѣ, имѣющія такую огромную практическую важность.

[1]) См. выше возраженія Дернбурга противъ теоріи Виндшейда.

ное, но тѣмъ не менѣе часто встрѣчающееся въ источникахъ отождествленіе venditio съ alienatio[1]). Такому взгляду въ сущности не противорѣчатъ и мѣста источниковъ, *опровергающія* теорію Вендшейда[2]): о *полномъ* совпаденіи римской системы traditio съ системой соглашенія говорить, конечно, нельзя: до передачи продавецъ остается собственникомъ. Наконецъ, формулѣ Шёйрля не противорѣчитъ и возможность продажи чужихъ вещей: и по теоріи Шёйрля, покупщикъ въ моментъ заключенія договора еще не дѣлается собственникомъ, право собственности остается еще у того, у кого оно было и раньше; рискъ-же можетъ перейти и безъ собственности[3]), и вопросъ о немъ будетъ разрѣшенъ различно, смотря по bona или mala fides контрагентовъ[4]).

Въ этомъ «*началѣ пріобрѣтенія*» мы имѣемъ такимъ образомъ такую юридическую фигуру, которая, къ нашему смущенію, не укладывается ни въ одну изъ нашихъ классификаціонныхъ формулъ. Съ точки зрѣнія общепринятой классификаціи, проф. Петражицкій вполнѣ послѣдовательно признаетъ, что римское право не познало «*истинной природы*» консенсуальной купли-продажи[5]). Однако я готовъ утверждать, что, скорѣе наоборотъ, наши классификаціи построены безъ надлежащаго пониманія классифицируемыхъ явленій.— Юридическіе институты въ теченіе своей жизни претерпѣваютъ не мало измѣненій, которыя происходятъ обыкновенно съ большою медленностью и постепенностью; при этомъ нѣкоторыя кодификаціи захватываютъ тотъ или иной институтъ въ какой нибудь средней стадіи его развитія, когда въ немъ еще борятся иногда діаметрально противоположныя начала. Вполнѣ естественно и согласно съ «истинной природой» вещей, что институтъ, въ такомъ своемъ состояніи зарегистрованный законодателемъ, нельзя будетъ ухо-

---

[1]) См. выше доводы Berngöft'a въ пользу Entäusserungstheorie.

[2]) См. выше доводы Koeppen'a и другихъ противъ Entäusserungstheorie.

[3]) Periculum стоитъ очень близко къ праву собственности, но не связанъ съ нимъ неразрывно. Такъ, рискъ можетъ перейти *раньше* права собственности, но не можетъ перейти *позже* этого права, если нѣтъ особаго условія.

[4]) См. *Windscheid*, Lehrb., II, § 390, S. 621, Ziff. 2 und Anm. 15, 16.

[5]) *Petražycki*, Einkommen, II, S. 45.

жить ни въ одинъ изъ нашихъ классификаціонныхъ ящичковъ. Но, разъ законодатель отмѣтилъ истинный фактъ, то упрекать его въ непониманіи истинной природы той или иной сдѣлки значило бы то же самое, что посылать упреки самой жизни за то, что она въ своемъ творчествѣ не справляется съ нашими классификаціями. Римская traditio классическаго и Юстиніанова права находилась именно въ такой переходной стадіи своего развитія, совмѣщая въ себѣ наряду съ качествами, свойственными ея «истинной природѣ», еще и нѣкоторыя такія черты, которыя, съ точки зрѣнія общепринятой классификаціи, принадлежатъ системѣ соглашенія. Но постепенность—общее правило каждой эволюціи. Какъ увидимъ ниже, и французы поставили у себя систему соглашенія на мѣсто traditio совсѣмъ не посредствомъ рѣзкаго скачка, а совершенно незамѣтно, можно сказать, — одной перемѣной терминологіи, такъ какъ то, что у нихъ *называлось* traditio, было уже *въ дѣйствительности* простымъ соглашеніемъ.

Далѣе проф. Петражицкій утверждаетъ, что римское правило о рискѣ не соотвѣтствовало и потребностямъ оборота[1]). Просто невѣроятно! Такой практическій народъ, какъ римляне, народъ, прославившійся своею чуткостью къ запросамъ жизни, и благодаря этому качеству создавшій замѣчательную систему права, и вдругъ — относительно купли-продажи, центральной сдѣлки всего оборота, оказался поразительно инертнымъ и въ теченіе многихъ вѣковъ самаго интенсивнаго творчества въ правѣ оставался подъ дѣйствіемъ правилъ, идущихъ въ разрѣзъ съ потребностями оборота! Въ области идей и теоріи римляне были консервативны, но нельзя этого сказать о матеріальныхъ интересахъ. Если бы подобныя застарѣлости были возможны въ римскомъ правѣ, то оно ни въ какомъ случаѣ не достигло бы такого развитія и такого значенія, какое за нимъ всѣми признается.

На этомъ основаніи мнѣ кажется гораздо болѣе вѣроятнымъ, что правило «periculum est emptoris» было не остаткомъ старины, а предвосхищеніемъ будущаго, и это еще тѣмъ болѣе, что *мое объясненіе вполнѣ гармонируетъ съ общимъ ходомъ развитія traditio*, съ ея медленнымъ, но неуклоннымъ приближеніемъ

---

[1]) Loc. cit.

къ системѣ соглашенія, тогда какъ теорія Пернице-Петражицкаго далеко не вполнѣ свободна отъ дальнѣйшаго вопроса: *почему же* «историческая vis inertiae» проявила себя въ такомъ слишкомъ неподходящемъ случаѣ (противорѣчіе истинной природѣ и несоотвѣтствіе потребностямъ оборота) такимъ невѣроятнымъ образомъ?

Однако для моей теоріи достаточно и меньшаго результата: не пускаясь въ изслѣдованіе *причинъ*, создавшихъ римское правило о рискѣ, я могу ограничиться констатированіемъ лишь *дѣйствія* или *значенія* этого правила. *Значеніе это состоитъ въ частичномъ совпаденіи римской traditio съ системой соглашенія.* Здѣсь особенно интересно то, что это положеніе врядъ ли можетъ быть кѣмъ либо оспариваемо, и въ частности оно не противорѣчитъ и теоріи Пернице, хотя послѣдняя въ такой формѣ и не высказываетъ его. Но идемъ дальше. Это «частичное совпаденіе», какъ положительный фактъ не могло не оказать извѣстнаго вліянія на совершавшійся въ Римѣ процессъ спиритуализаціи traditio, а именно: *при указанномъ правилѣ о рискѣ, система traditio можетъ вообще дольше удержать свою позицію, такъ какъ тѣмъ больше она похожа на систему соглашенія, тѣмъ меньше является интереса стремиться къ этой послѣдней.*

Всѣ указанныя положенія пріобрѣтутъ гораздо болѣе конкретной ясности, когда мы, покончивъ съ вопросомъ о periculum, перейдемъ къ вопросу о commodum rei[1]).

Здѣсь также дѣйствовало несвойственное «истинной природѣ» купли-продажи[2]) правило, по которому commodum ejus esse debet, cujus periculum est[3]). По этому правилу покупщику

---

[1]) См. особенно *Mommsen*, Erörterungen aus dem Obligationenrecht, Heft 1, Braunschweig, 1859. *Ihering*, Abhandlungen aus dem Römischen Recht, Leipzig, 1844.

[2]) Жизнь иногда съ обидной небрежностью относится къ нашимъ теоретическимъ построеніямъ!

[3]) Буквально такъ выражается § 3 J. 4, 23. И другія мѣста источниковъ вопросъ о commodum близко связываютъ съ вопросомъ о periculum. Такъ, l. 7 D. 18, 6 говоритъ: . . . periculum esset emptoris: *sic igitur* et commodum ejus esse debet. L. 1 C. 4, 48: Post perfectam venditionem omne commodum *et* incommodum... ad emptorem pertinet. Однако въ такомъ общемъ видѣ это правило оказывается неточнымъ. *Mommsen*, op. cit., S. 51. *Windscheid*, Lehrb., II, § 327, S. 329.

должны быть предоставлены вся прибыль, всѣ выгоды и плоды отъ купленной имъ вещи, которые возникли послѣ perfectio договора, но *до* совершенія передачи[1]).

Въ частности здѣсь надо различать слѣдующее. Commodum бываетъ двухъ родовъ: акцессорный и замѣняющій. Commodum перваго рода *прибавляется* къ вещи, такъ что получается res *и* commodum. Commodum втораго рода *замѣняетъ* вещь, такъ что остается commodum *вмѣсто* res[2]). Затѣмъ commodum перваго рода—акцессорный—въ свою очередь, дѣлится на два вида: онъ можетъ выразиться или въ такомъ улучшеніи вещи, что оно не получаетъ самостоятельнаго существованія, а поглощается вещью, или—въ такомъ улучшеніи, которое имѣетъ самостоятельное существованіе[3]).

Всѣ эти виды commodum имѣютъ различное значеніе.

Такъ, что касается, прежде всего, акцессорнаго commodum, не имѣющаго самостоятельнаго существованія[4]), то сюда относится какъ materіальная accessio (alluvio, adjunctio), такъ и accessio юридическая (расширеніе права, отпаденіе ограниченій), при чемъ этого вида commodum поступаетъ въ пользу *каждаго* кредитора (напр., и при наймѣ), такъ что для купли-продажи здѣсь никакой особенности нѣтъ[5]).

Особенность купли-продажи начинается тамъ, гдѣ имѣетъ

---

[1]) *Dernburg*, Pand., II, § 98, Ziff. 1. *Windscheid*, Lehrb., II, § 389, S. 613. *Wendt*, Lehrbuch, § 252, S. 614, *Baron*, Pandekten, § 287, sub II, S. 526. *Bernhöft*, Iherings Jahrbücher, Bd. 14, S. 122. *Puchta*, Vorlesungen, Bd. II, § 272, S. 109 ff. *Keller*, Pandekten, II, 1867, § 328, S. 57. *Arnds*, Lehrbuch, 1879, § 302. *Cuq*, Les institutions juridiques des romains, II, p. 405. *Molitor*, Obligations, I, n. 416 suiv. *Муромцевъ*, Граждан. право древняго Рима, § 122.

[2]) *Mommsen*, op. cit., S. 2, 3.

[3]) Op. cit., S. 16.

[4]) Op. cit., § 3, S. 16 ff.

[5]) *Windscheid*, Lehrb., II, § 327, Anm. 5. Сюда относятся § 3 J. 3, 23: Sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accesit, ad emptoris commodum pertinet. То же объ alluvio говоритъ и l. 7 pr. D. 18, 6. L. 10, § 1 D. 23, 3: Si praediis inaestimatis aliquid accessit, hoc ad compendium mulieris pertinet. L. 16 D. 32 имѣетъ въ виду легаты: Saepe legatum plenius restituetur fideicommissario, quam esset relictum, veluti si alluvione ager auctus esset vel etiam insulae natae.

мѣсто акцессорный commodum, имѣющій *самостоятельное* существованіе[1]).

Этотъ commodum въ извѣстномъ объемѣ принадлежитъ (въ отличіе отъ другихъ договоровъ) покупщику уже съ момента perfectio договора, хотя передача вещи и переходъ права собственности и отложены на будущее время[2]). Основаніе этого правила, по мнѣнію Моммзена, лежитъ въ томъ, что уже съ момента perfectio купли-продажи вещь у римлянъ считалась какъ бы принадлежащей покупщику[3]).

Въ какомъ же именно объемѣ commodum этого вида принадлежалъ покупщику? Моммзенъ установилъ такое общее правило: покупщикъ можетъ требовать выдачи только commodum *ex re*, т. е. такихъ прибылей и выгодъ, которыя принесены самой вещью или которыя до извѣстной степени сами собой выпадаютъ на долю собственника[4]). Пухта проводитъ ту мысль, что, не смотря на отсрочку исполненія, результатъ долженъ быть такой же, какъ еслибы исполненіе послѣдовало въ самый моментъ perfectio купли-продажи[5]).

Эти общія положенія Моммзенъ развиваетъ въ деталяхъ слѣдующимъ образомъ.

Плоды и выгоды должны проистекать изъ вещи безъ особой дѣятельности продавца: его дѣятельность можетъ состоять развѣ только въ perceptio, т. е. въ собираніи прибылей или въ сниманіи плодовъ[6]). Такъ, продавецъ долженъ отдать покупщику вмѣстѣ съ проданнымъ земельнымъ участкомъ также вновь

---

[1]) *Mommsen*, op. cit., § 4, S. 26 ff.

[2]) Ibidem.

[3]) *Mommsen*, op. cit., S. 29, 50.

[4]) *Mommsen*, op. cit., S. 54. *Ihering*, Abhandlungen, S. 7, 8, 19. При этомъ Моммзенъ замѣчаетъ, что этотъ объемъ выдаваемыхъ выгодъ совсѣмъ не можетъ быть объясненъ правиломъ «commodum ejus esse debet, cujus periculum est». Онъ можетъ быть объясненъ только тѣмъ основаніемъ, на которое онъ, Моммзенъ, указываетъ: мнѣніемъ о переходѣ собственности въ моментъ perfectio купли-продажи.

[5]) *Puchta*, Vorlesungen, II, § 272, S. 110. Ср. *Mommsen*, op. cit., S. 54, Anm. 1.

[6]) *Mommsen*, op. cit., S. 55.

образовавшійся въ рѣкѣ островъ[1]), снятые и полученные плоды[2]), принадлежащую собственнику половину найденнаго въ землѣ клада[3]). Вмѣстѣ съ проданнымъ рабомъ продавецъ обязанъ отдать и все то, что этотъ рабъ пріобрѣлъ своими трудами, или что ему досталось въ видѣ подарковъ, въ видѣ наслѣдства или легата[4]).

Если же вещь послужила только *поводомъ* для пріобрѣтенія, то на полученную выгоду покупщикъ права не имѣетъ. Такъ, продавшій наслѣдство не обязанъ выдать полученное имъ по ошибкѣ indebitum[5]). Не имѣетъ права покупщикъ и на то, что получено продавцомъ, благодаря особой его дѣятельности. Сюда относится, напр., дичь, убитая продавцомъ на отчужденномъ земельномъ участкѣ[6]).

О всѣхъ плодахъ и прибыляхъ, подлежащихъ выдачѣ покупщику, надо замѣтить, что выдачѣ подлежитъ не только то, что въ дѣйствительности получено, но также и то, что продавецъ могъ бы получить, если бы не имѣла мѣста его небрежность[7]).

Далѣе очень спорнымъ является вопросъ о томъ, можетъ ли покупщикъ требовать выдачи наемныхъ и арендныхъ де-

---

[1]) L. 30 pr. D. 41, 1: Ergo si insula nata adcreverit fundo meo et inferiorem partem fundi vendidero, ad cujus frontem insula non respicit, nihil ex ea insula pertinebit ad emptorem eadem ex causa, qua nec ab initio quidem ejus fieret, si jam tunc, cum insula nasceretur, eijusdem partis dominus fuisset.

[2]) L. 16 C. 4, 49: Post perfectam venditionem fetus quidem pecorum emptori.... restitui debere notissimum est.

[3]) L. 7 § 12 D. 24, 3, l. 63 § 4 D. 41, 1. *Ihering*, Abhandlungen, S. 8.

[4]) *Mommsen*, op. cit., S. 57. *Ihering*, op. cit., S. 29. L. 13 § 18 D. 19, 1: Si quid servo distracto venditor donavit ante traditionem, hoc quoque restitui debet: hereditates quoque per servum adquisitae et legata omnia, nec distinguendum, cujus respectu ista sint relicta. Item quod ex operis servus praestitit venditori, emptori restituendum est, nisi ideo dies traditionis ex pacto prorogatus est, ut ad venditorem operae pertinerent. Исключеніемъ является лишь то, что пріобрѣтено рабомъ при помощи *вещей продавца*: non tamen si quid ex re venditoris. l. 13 § 13 D. 19, 1.

[5]) *Mommsen*, op. cit., S. 58, 59. L. 2 § 7 D. 18, 4.

[6]) *Mommsen*, op. cit., S. 60. *Windscheid*, Lehrb., II, § 327, Anm. 7. L. 26 D. 22, 1: Venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet. *Ihering*, op. cit., S. 7.

[7]) *Mommsen*, op. cit., S. 62, 63.

негъ, полученныхъ продавцомъ за промежутокъ времени между perfectio купли-продажи и traditio. Еще Куяцій останавливался надъ этимъ вопросомъ и отвѣчалъ на него отрицательно[1]). Отрицаютъ это право также Іерингъ[2]) и Моммзенъ[3]). Основаніе отрицанія заключается въ томъ, что наемныя деньги добываются не ex re, а чрезъ личную дѣятельность продавца[4]), развѣ только продавецъ является negotiorum gestor'омъ покупщика. При этомъ еще различаютъ и то, когда договоръ найма заключенъ: *до* или *послѣ* perfectio купли-продажи[5]). Однако Дернбургъ считаетъ этотъ взглядъ не имѣющимъ основанія въ источникахъ и полагаетъ, что покупщикъ имѣетъ право и на наемныя деньги. Дернбургъ ссылается на совершенно общее указаніе Ульпіана: Item si quid ex operis servorum vel vecturis jumentorum vel navium quaesitum est, emptori praestabtiur, l. 13 § 13 D. 19, 1[6]).

Наконецъ, мы переходимъ къ тому commodum, который *замѣняетъ* собою проданную вещь[7]). Здѣсь возложеніе риска на покупщика является уже прямой причиной полученія commodum. Сюда относятся слѣдующіе случаи. Напр., вещь уничтожается у продавца третьимъ лицомъ, такъ что передача дѣлается невозможной. Иски противъ такихъ третьихъ лицъ принадлежатъ прежде всего собственнику вещи, если же она продана, то покупщикъ можетъ требовать цедированія себѣ этихъ

---

[1]) *Ihering*, Abhandlungen, S. 64.

[2]) Ibidem, S. 63 ff.

[3]) *Mommsen*, op. cit., S. 61, § 10, S. 124 ff.

[4]) *Ihering*, op. cit., S. 58 ff. L. 21 D. 18, 4: ... non ex re, sed propter negotiationem percipitur. Болѣе подробно *значеніе этого правила опредѣляетъ* Іерингъ въ указанномъ мѣстѣ.

[5]) *Mommsen*, op. cit., S. 126.

[6]) *Dernburg*, Pand., II, § 98, Anm. 5. Дернбургъ, признаетъ, что l. 13, § 11 D. eod. будто бы противорѣчитъ выставленному положенію: Si in locatis ager fuit, pensiones utique ei cedent, qui locaverit. Но это мѣсто удовлетворительно объясняется въ связи съ предыдущимъ §-омъ: продавцу принадлежатъ, думаетъ Дернбургъ, только тѣ арендныя деньги, которымъ къ моменту продажи уже наступилъ срокъ. Подобно Дернбургу и *Molitor*, Obligations, I, n. 419, p. 519.

[7]) *Mommsen*, op. cit., § 7, S. 76 ff., insbes. § 8, S. 85—87. И вопросъ объ арендныхъ деньгахъ Моммзенъ и Іерингъ относятъ сюда же.

исковъ. То же самое имѣетъ мѣсто при кражѣ[1]), при порчѣ вещи[2]), *при отнятіи ея силой*[3]) *и т. п.*

Таковы въ общемъ постановленія римскаго права о плодахъ и прибыляхъ, доставляемыхъ проданной вещью.

Таковы же постановленія и нѣкоторыхъ новыхъ законодательствъ, держащихся системы traditio. Сюда относятся Саксонское Уложеніе (§ 869), Швейцарскій Союзный Законъ объ обязательствахъ (ст. 204) и Сводъ гражданскихъ узаконеній губерній прибалтійскихъ (ст. 3870, 3871). Въ то же время другая группа держащихся системы traditio законодательствъ рѣшаетъ этотъ вопросъ далеко иначе: прибыль, выгоды и доходы поступаютъ въ распоряженіе покупщика *лишь со времени передачи ему самой вещи*, т. е. послѣ перехода на покупщика права собственности. Сюда относятся Прусскій Ландрехтъ (I, 11, §§ 105, 106), Австрійское Уложеніе (§§ 1064, 1050), новое Общегерманское Уложеніе (§§ 446, Abs. 1) и нашъ проектъ гражданскаго уложенія (книга 5, ст. 225).

Если мы теперь эти два различныхъ рѣшенія нашего вопроса сравнимъ съ тѣмъ регулированіемъ вопроса о commodum, какое имѣетъ мѣсто въ *системахъ соглашенія*, то мы наглядно убѣдимся, что *и въ этомъ отношеніи римская система traditio совпадаетъ съ системой соглашенія:* и при этой послѣдней, въ виду перехода права собственности въ моментъ perfectio купли-продажи, съ того же момента всѣ прибыли и доходы отъ вещи естественно принадлежатъ покупщику.

Конечно, нельзя не отмѣтить и немаловажное различіе между римской системой и системой соглашенія: при послѣдней покупщикъ получаетъ непосредственное право на прибыль и доходы, а при системѣ traditio ему принадлежитъ лишь требованіе выдачи всего этого. Кромѣ того, возбуждаетъ сомнѣнія,

---

[1]) L. 14 pr. 47, 2: Actio furti принадлежитъ продавцу, et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit.

[2]) L. 13 § 12 D. 19, 1: Sed et si quid praeterea rei venditae nocitum est, actio emptori praestanda est, damni forte infecti vel aquae pluviae arcendae vel Aquiliae vel interdicti quod vi aut clam.

[3]) См. предыдущее примѣчаніе въ концѣ. То же говоритъ и l. 31 pr. D. 19, 1.

напр., вопросъ о судьбѣ наемной платы по римскому праву[1]). Но тѣмъ не менѣе приближеніе римской системы къ системѣ соглашенія остается все же весьма замѣтнымъ и весьма существеннымъ.

Это приближеніе или совпаденіе сказывается, наконецъ, еще и въ томъ, что покупщикъ обязанъ, по римскому праву, возмѣстить продавцу всѣ тѣ необходимыя и полезныя издержки, которыя этотъ послѣдній сдѣлалъ въ промежутокъ времени между perfectio купли-продажи и передачей вещи покупщику[2]). Возложеніе на покупщика расходовъ на вещь за время *до* ея передачи соотвѣтствуетъ, собственно говоря, также системѣ соглашенія, а не системѣ traditio: при послѣдней,—дѣло продавца, а не покупщика, заботиться о томъ, чтобы въ назначенный для передачи моментъ вещь находилась въ соотвѣтствующемъ договору состояніи.

Если мы теперь соединимъ въ одно цѣлое постановленія римскаго права о periculum, commodum и impensae, то мы должны будемъ сказать подобно проф. Петражицкому, что *въ Римѣ посредствомъ одного только соглашенія достигался такой же самый экономическій результатъ или эффектъ, какой возможенъ только при переходѣ права собственности въ моментъ perfectio договора купли-продажи*[3]). Это же самое положеніе французскій ученый, Кюкъ, выражаетъ слѣдующимъ образомъ: *все*

---

[1]) Сводъ гражд. узаконеній губерній прибалт., ст. 3871, 554, разрѣшилъ этотъ вопросъ такъ, какъ его для римскаго права рѣшилъ Дернбургъ: арендная и наемная плата «раздѣляется между продавцомъ и покупщикомъ соразмѣрно тому времени, въ теченіе котораго каждый изъ нихъ несъ страхъ». И при этомъ—ссылка на l. 13 § 13 D. 19, 1.

[2]) L. 13 § 22 D. 19, 1: Praeterea ex vendito agendo consequetur etiam sumptus, qui facti sunt in re distracta, ut puta si quid in aedificia distracta erogatum est: scribit enim Labeo et Trebatius esse ex vendito hoc nomine actionem. Idem et si in aegri servi curationem impensum est ante traditionem aut si quid in disciplinas, quas verisimile erat etiam emptorem velle impendi. Hoc amplius Labeo ait et si quid in funus mortui servi impensum sit, ex vendito consequi oportere, si modo sine culpa venditoris mortem obierit. Такъ же l. 13, l. 16 C. 4, 49, *Windscheid*, Lehrb., II, § 389, Ziff. 2, S. 614. *Dernburg*, Pand., II, § 97, Ziff. 3, *Petražycki*, Einkommen, I, S. 311, 312. *Molitor*, Obligations, I, n. 411. *Муромцевъ*, Гражданское право древняго Рима, § 122.

[3]) *Petražycki*, Einkommen, II, S. 43.

должно происходить такъ, какъ если бы купля-продажа была реализована уже въ моментъ заключенія договора[1]).

Я перефразирую эту мысль такъ: въ *экономическомъ* отношеніи римская система traditio *совпадала* съ системой соглашенія. Обстоятельство это, конечно, очень важно, и потому весьма естественно то явленіе, что, въ виду такого положенія дѣла, римская traditio утрачивала значительную долю интенсивности въ своемъ стремленіи къ *полному* перерожденію въ систему соглашенія.

Здѣсь мы видимъ одинъ изъ примѣровъ того, какъ древніе римляне, номинально сохраняя свои старые принципы, вносили въ нихъ новое содержаніе и такимъ образомъ, при внѣшнемъ консерватизмѣ, въ сущности неизмѣнно шли впередъ въ развитіи своего права.

Но остановимся еще нѣсколько на добытыхъ результатахъ.

Покупщикъ, согласно сказанному, дѣлался въ моментъ perfectio купли-продажи,—если можно такъ выразиться,—*экономическимъ собственникомъ*, а продавецъ до момента передачи сохранялъ за собою, такъ сказать, *юридическую собственность*.

Но какую она имѣетъ для продавца цѣнность? Это — nudum jus, являющееся для продавца скорѣе обузой, чѣмъ какимъ нибудь имущественнымъ благомъ. Такъ, продавецъ долженъ беречь вещь и относиться къ ней съ такою же заботливостью, съ какою хорошій хозяинъ относится къ своимъ собственнымъ вещамъ: за каждое упущеніе продавецъ долженъ будетъ удовлетворить покупщика[2]). И при всемъ этомъ почти всю пользу, извлекаемую изъ вещи, надо, какъ мы видѣли, отдавать покупщику. Единственное, что остается у продавца, это — возможность распорядиться своимъ правомъ собственности: можно заложить вещь или, въ случаѣ повышенія цѣнъ, продать и передать ее другому покупщику[3]). Это и есть та «юридическая собственность», на которую мы указали выше. Дѣло только въ томъ,

---

[1]) *Cuq*, Les institutions juridiques des romains, II, p. 403, 407.

[2]) L. 35 § 4 D. 18, 1: ... talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus pater familias suis rebus adhibet. *Dernburg*, Pand., II, § 98, Ziff. 2.—При этомъ продавцу ставится въ вину всякая небрежность: l. 23 D. 50, 17. *Windscheid*, Lehrb., II, § 389, S. 612, Anm. 10.

[3]) См. *Hofmann*, Ueber das Periculum, §§ 51, 52, S. 137 ff.

что и этотъ залогъ, и эта вторичная продажа, правильные сами по себѣ, окажутся дѣйствіями продавца, нарушающими принятое имъ на себя обязательство, а потому онъ обязанъ будетъ возмѣстить потерпѣвшей сторонѣ всѣ понесенные ею убытки[1]). Это послѣднее обстоятельство сплошь и рядомъ фактически совершенно парализуетъ остающееся у продавца право распоряженія разъ проданной вещью: только выгода можетъ вообще побудить къ вторичной продажѣ но ея то здѣсь часто и нѣтъ. Въ самомъ дѣлѣ, покупную плату получитъ въ *двойномъ* размѣрѣ нельзя: ее уплотитъ только тотъ, кто получитъ вещь, а другой прибѣгнетъ къ exceptio non adimpleti contractus[2]). Сомнителенъ только тотъ случай, когда дважды проданная вещь *погибнетъ* до совершенія traditio. Дернбургъ полагаетъ, что продавецъ можетъ тогда требовать уплаты цѣны съ обоихъ покупщиковъ, но и то лишь при томъ условіи, что продавецъ, совершая вторую продажу, былъ in bona fide[3]). А Іерингъ и Виндшейдъ даже и въ этомъ случаѣ признаютъ за продавцомъ право лишь съ *одного* покупщика требовать уплаты цѣны[4]). Но если бы утвержденіе Дернбурга и было правильно, то и тогда, въ виду такихъ условій, какъ bona fides и гибель вещи, нельзя было бы говорить о возможности *сознательнаго* пользованія со стороны продавца его «юридической собственностью»: только *случайно* она можетъ преподнести ему пріятный сюрпризъ въ видѣ двойной продажной цѣны; въ видѣ же общаго правила она никакой цѣнности не имѣетъ[5]).

Эти выводы позволяютъ намъ сказать: если бы римскіе законодатели, при указанныхъ условіяхъ, замѣнили систему tra-

---

[1]) L. 1 pr. D. 19, 1: Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, hoc est quod rem habere interest emptoris: hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel empta est. А что такое уплата интереса, см. *Dernburg*, Pand., II, § 45.

[2]) *Dernburg*, Pand., II, § 20.

[3]) *Dernburg*, loc. cit., § 96, Anm. 4.

[4]) *Ihering*, Beiträge, Jahrbücher für die Dogmatik, Bd. III, S. 453 ff. *Windscheid*, Lehrb., II, § 390, Anm. 17. Здѣсь же указывается и литература вопроса.

[5]) Соотношеніе между экономической собственностью и юридической собственностью напоминаетъ противоположеніе между собственностью бонитарной и квиритской.

ditio системой соглашенія, то это, повидимому, столь рѣзкое измѣненіе оказалось бы почти незамѣтнымъ на сторонѣ продавца. Болѣе ощутительнымъ оказалось бы это новшество на сторонѣ покупщика: при всемъ своемъ громадномъ сходствѣ съ собственникомъ, покупщикъ не могъ однако, до полученія вещи въ свое владѣніе, распоряжаться ею, какъ своей *собственностью:* онъ не могъ передать ее во владѣніе и собственность другаго[1]); ему были доступны только нѣкоторыя *обязательственныя* сдѣлки по поводу купленной вещи[2]). Однако и здѣсь практическая разница не такъ велика, какъ это кажется съ перваго взгляда. Во 1-хъ, надо имѣть въ виду, что торговый оборотъ въ Римѣ былъ несравненно меньше развитъ, чѣмъ оборотъ современный: тамъ вещи пріобрѣтались чаще для личнаго пользованія, чѣмъ для перепродажи. Поэтому невозможность дальнѣйшей передачи вещи въ Римѣ казалась несравненно меньшимъ ограниченіемъ, чѣмъ теперь у насъ. Во 2-хъ, нельзя упускать изъ виду и того обстоятельства, что покупщику, имѣющему въ виду дальнѣйшую передачу вещи, часто ничто не мѣшало и со своимъ продавцомъ условиться о немедленной передачѣ: отсрочка traditio дѣлается не только въ интересахъ одного продавца.

Оба эти обстоятельства, по моему мнѣнію, существенно сглаживаютъ неполноту правъ покупщика.

Такимъ образомъ совпаденіе римской системы traditio съ системой соглашенія въ практическомъ отношеніи было довольно велико.

А это, повторяю, не могло не ослабить въ значительной степени ту интенсивность, съ которой система traditio въ Римѣ стремилась къ перерожденію въ систему соглашенія. Результатъ—сохраненіе traditio въ Римѣ.

Если другія изъ указанныхъ мною причинъ сохраненія traditio и могутъ возбуждать сомнѣнія въ виду отсутствія *наглядной связи* между ними и traditio, то за то консервативное

---

[1]) О закладѣ я не говорю, потому что и при системѣ соглашенія закладъ движимой вещи не возможенъ безъ передачи владѣнія. См., напр., Code Napoleon, art. 2071.

[2]) Возможна даже и продажа, но только подъ особымъ условіемъ: сначала самому пріобрѣсти вещь. *Dernburg*, Pand., II, § 94, Ziff. 1.

дѣйствіе указаннаго нами совпаденія двухъ противоположныхъ системъ, по своей наглядности, мнѣ кажется, никакому сомнѣнію подлежать не можетъ.

Однако, не смотря на указанные факты, процессъ спиритуализаціи traditio не прекратился. Онъ продолжался и послѣ Юстиніана, выражаясь во все большемъ и большемъ облегченіи способовъ пріобрѣтенія владѣнія,—въ освобожденіи ихъ отъ матеріальныхъ реквизитовъ.

Къ этой дальнѣйшей исторіи римской traditio мы теперь и обратимся.

§ 6. Римская traditio и владѣніе послѣ Юстиніана и въ новое время.

Римское право не погибло вмѣстѣ съ паденіемъ римскаго государства. Какъ геніальное произведеніе, законодательство древняго Рима отличается поразительной живучестью: въ Германіи оно дѣйствовало вплоть до послѣдняго времени, оказывая громадное вліяніе на образованіе права у новыхъ народовъ[1]).

Вмѣстѣ съ римскимъ правомъ продолжала свое существованіе и дѣйствіе и римская система traditio съ ея способами пріобрѣтенія владѣнія.

Въ теченіе долгой своей жизни, эта система не подвергалась больше никакимъ *законодательнымъ* передѣлкамъ: все время она оставалась закономъ въ такомъ его видѣ, какъ это было установлено Юстиніаномъ въ Corpus'ѣ juris civilis.

Въ Византіи, по свидѣтельству Цахаріэ, на общее ученіе Юстиніанова права о сущности права собственности и о его пріобрѣтеніи и прекращеніи законодатели смотрѣли, какъ на ученіе, которое само собою разумѣется, а потому они не всегда считали нужнымъ даже вкратцѣ упоминать о немъ въ своихъ законодательныхъ сборникахъ[2]).

---

[1]) *Шершеневичъ*, Курсъ гражданскаго права, т. I, вып. 2, § 40, стр. 207 и слѣд.

[2]) *Zachariä von Lingenthal*, Geschichte des griechisch-römischen Rechts, 3 Aufl., Berlin, 1892, § 56, S. 215. Эклога совсѣмъ не затрогиваетъ ученія о собственности. Прохейронъ и Эпанагоге даютъ только отдѣльныя и частичныя постановленія по этому вопросу. Базилики прямо воспроизводитъ соотвѣтствующіе титулы Дигестъ и Кодекса.

Что же касается новыхъ народовъ, то и здѣсь римская traditio, гдѣ только она дѣйствовала, продолжала въ сущности своей нормироваться все тѣми же законами Юстиніана, которые мы уже разсмотрѣли выше.

Такимъ образомъ съ *этой* стороны у насъ больше нѣтъ новаго матеріала для изученія.

Далѣе слѣдуетъ *теоретическая* разработка института римской traditio. Но съ одной группой *новыхъ* теорій, которыя разсматриваютъ traditio, какъ lex lata, мы уже познакомились выше; съ другой группой теорій, разсматривающихъ traditio, какъ lex ferenda, мы познакомимся ниже. Что же касается *старыхъ* теорій, то онѣ мало пригодны къ освѣщенію нашего главнаго вопроса,—вопроса о цѣнности traditio для современнаго оборота. Поэтому на этихъ послѣднихъ теоріяхъ мы будемъ останавливаться мало и лишь мимоходомъ.

Наконецъ, остается вопросъ о примѣненіи traditio *на практикѣ*. На этомъ то вопросѣ мы теперь и остановимся главнымъ образомъ.

Эта сторона дѣла, — практическое примѣненіе того или инаго юридическаго института въ жизни, — имѣетъ, по моему мнѣнію, первостепенное значеніе. Здѣсь мы слышимъ голосъ самой жизни съ ея протестами противъ теоріи и закона и съ ея указаніями нужныхъ реформъ, и нерѣдко печальны бываютъ послѣдствія, когда ни теорія, ни законодатели не внемлютъ этому голосу.

Что касается вообще римскаго права, рецепированнаго новыми народами, то этотъ голосъ жизни сказался здѣсь въ томъ общеизвѣстномъ фактѣ, что *римское право вступило въ дѣйствіе*, напр., въ Германіи, не въ чистомъ своемъ видѣ, а въ измѣненномъ, но только измѣненія эти производились сплошь и рядомъ не *законодательнымъ* путемъ, а выдвигавшимися практической жизнью *обычаями*[1]).

Вотъ тутъ-то и поучительно для насъ посмотрѣть, какъ *жизнь* оцѣнила изученную нами римскую traditio и способы

---

[1]) Это констатируетъ, напр., *Landsberg*, Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum. Leipzig, 1883, Einleitung, S. IX. То же говоритъ и *Brunner*, Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde, Berlin, 1880, S. 113.

apprehensio въ ихъ чистомъ видѣ, и какія измѣненія практика нашла нужнымъ внести въ писанный законъ[1]).

Обративши вниманіе на эту сторону дѣла, мы увидимъ, что, какъ ни близко уже стояла римская traditio къ системѣ соглашенія, тѣмъ не менѣе, когда она была рецепирована въ Германіи, то гражданскій и торговый оборотъ не удовольствовался этимъ ея состояніемъ и неотступно требовалъ все большаго и большаго смягченія матеріальной стороны римскихъ способовъ пріобрѣтенія владѣнія, а потому и здѣсь исторія traditio и apprehensio является такой же исторіей ихъ постепенной спиритуализаціи, какую мы уже наблюдали въ періодъ до-Юстиніановскій.

Богатый матеріалъ, освѣщающій эту сторону дѣла, собранъ Бирманомъ въ его книгѣ «Traditio ficta»[2]). Этой книгой мы и воспользуемся для намѣченной нами цѣли.

Бирманъ разсматриваетъ происходившія измѣненія[3]) по отдѣльнымъ періодамъ. Такъ же поступимъ и мы.

---

[1]) И Бруннеръ обращаетъ вниманіе на важность изученія права не только въ видѣ писаннаго закона, но также еще и въ видѣ актовъ юридическихъ сдѣлокъ. Op. cit., Einleitung.

[2]) *Joh. Biermann*, Traditio ficta. Ein Beitrag zum heutigen Civilrecht auf geschichtlicher Grundlage, Stuttgart, 1891. См. интересное введеніе: авторъ посылаетъ упрекъ Савиньи за то, что этотъ глава исторической школы, въ разрѣзъ со своими основными положеніями о развитіи права, не принималъ во вниманіе тѣхъ измѣненій, которыя внесены обычаями въ римское право, и выдавалъ за дѣйствующее въ Германіи право римскія нормы въ такомъ ихъ видѣ, въ какомъ онѣ были редактированы Юстиніаномъ. Савиньи оправдываетъ свое направленіе необходимостью очистить римское право отъ всѣхъ тѣхъ наслоеній, которыя привнесены въ римское право безъ дѣйствительной надобности невѣжествомъ и глупостью средневѣковой науки. Противъ такого взгляда на изученіе средневѣковыхъ новообразованій въ римскомъ правѣ справедливо возстаетъ Бирманъ: главной цѣлью изслѣдованія въ данной области должно быть рѣшеніе вопроса, сдѣлалось ли то или иное положеніе *правомъ*, или нѣтъ; *происхожденіе* же даннаго положенія, т. е. то обстоятельство, просвѣщеннымъ или невѣжественнымъ юристомъ это положеніе впервые установлено,—должно быть для насъ безразличнымъ.

Бирманъ остроумно заключаетъ: Man muss also sozusagen *Savigny*'scher sein, als *Savigny* selber.—Einleitung, S. 4—6.

[3]) О дальнѣйшемъ развитіи traditio см. и *Strohal*, Succession, S. 199 ff.

Періодъ до глоссаторовъ.

Здѣсь, прежде всего, начиная уже съ VI-го вѣка по Р. Х., практика начала обходить правило о каузальности constitutum possessorium'a [1]): получили большое распространеніе сдѣлки объ отчужденіи недвижимостей съ удержаніемъ узуфрукта въ пользу продавца. Такія сдѣлки оказывались удобными, съ одной стороны, потому, что при нихъ передача вещи считалась ненужной, а съ другой стороны, потому, что узуфруктъ могъ быть чисто фиктивнымъ: пріобрѣтатель пользовался вещью въ дѣйствительности неограниченно. Фиктивность удержанія узуфрукта сказывалась въ тѣхъ срокахъ, на которые онъ устанавливался. Такъ, сохранившіеся документы частныхъ сдѣлокъ указываютъ на сроки въ 30 дней, даже въ 5 дней[2]), а однимъ актомъ 13-го вѣка узуфруктъ былъ установленъ срокомъ всего только на 1 часъ[3])!

Такія сдѣлки послужили посредствующей ступенью къ слѣдующему шагу: передачу вещи начали замѣнять передачей документа, въ которомъ выражалось заявленіе владѣльца о переходѣ вещи въ обладаніе пріобрѣтателя[4]). Въ послѣдующія времена post-глоссаторы энергично оспаривали возможность передавать владѣніе и собственность «solo verbo», но въ то же время они сами констатировали, что практика шла наперекоръ ихъ ученію[5]).

При этомъ возбуждаетъ нѣкоторыя сомнѣнія вопросъ, насколько всѣ эти новшества распространялись на движимыя иму-

---

[1]) См. выше стр. 101 слѣд.

[2]) *Savigny*, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter. Bd. II, Ausgabe 2, Heidelberg, 1834, § 66, S. 187. *Biermann*, op. cit., S. 19 ff. На эти сдѣлки и ихъ фиктивность указываетъ и *Mitteis*, Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs, 1891, S. 509.

[3]) *Brunner*, Urkunde, S. 118.

[4]) *Biermann*, op. cit. S. 22. *Brunner*, op. cit., S. 113, 114. Это не было новостью даже и при Юстиніанѣ: отчужденіе рабовъ по с 1 C. 8, 53. Ibid., S. 115. Такъ и *Mitteis*, loc. cit. *Pininski*, Sachbesitzerwerb, I, S. 323 также признаетъ тотъ фактъ, что такова была Vulgarpraxis, но только, подобно Савиньи, подчеркиваетъ противорѣчіе этой практики чисто-римскому закону.

[5]) *Biermann*, op. cit., S. 29.

щества. Бруннеръ высказывается противъ этого распространенія[1]). А Бирманъ говоритъ, что, по одному законодательному сборнику (lex Romana Curiensis), новыя измѣненія traditio относились одинаково и къ движимостямъ[2].) Вообще за это послѣднее и Миттейсъ[3]). Во всякомъ случаѣ, принципіальный характеръ наступившихъ измѣненій остается тотъ же.

Періодъ глоссаторовъ.

Теоретически глоссаторы дали распространительное толкованіе разсмотрѣнной нами выше[4]) l. 1 C. 8, 53 (54): они считали возможнымъ замѣнять передачу вещи передачей документа не только при дареніи, но и при куплѣ-продажѣ и т. п., и не только при сдѣлкахъ объ отчужденіи *рабовъ*, но относили сюда и всякіе другіе предметы[5]). Кромѣ того, глоссаторы часто высказывали мысль о ненужности особой causa detentionis при constitutum possessorium'ѣ[6]). Вообще corpus acquirendi содержитъ у глоссаторовъ меньше матеріальныхъ элементовъ, чѣмъ это слѣдовало бы по *чисто*-римскимъ законамъ[7]).

Практика той эпохи особенно охотно восприняла ученіе объ абстрактности constitutum possessorium'а[8]) и такимъ образомъ сдѣлала еще одинъ важный шагъ по пути къ системѣ соглашенія.

Эпоха послѣ глоссаторовъ.

Послѣдователи глоссаторовъ теоретически работали въ томъ же направленіи, что и глоссаторы[9]). Они дали этому направленію дальнѣйшее развитіе въ его деталяхъ[10]).

---

[1]) *Brunner*, Urkunde, S. 127.

[2]) *Biermann*, op. cit., S. 30.

[3]) *Mitteis*, Reichsrecht und Volksrecht, S. 509.

[4]) Стр. 111 слѣд.

[5]) *Biermann*, op. cit., S. 47—49. Были, конечно, и противники такого толкованія. Во всякомъ случаѣ новая теорія обнимаетъ уже и движимыя вещи.

[6]) *Biermann*, op. cit., S. 51 ff.

[7]) *Biermann*, op. cit., S. 63.

[8]) *Biermann*, op. cit., § 3, S. 63.

[9]) *Biermann*, op. cit., Kap. IV, S. 67 ff.

[10]) *Biermann*, op. cit., S. 144 ff.

Такъ, что касается пріобрѣтенія владѣнія, то на мѣсто римскаго принципа установленія фактическаго господства первоначальнымъ способомъ была поставлена идея successio во владѣніи. Хотя эта идея и не была выражена прямо, но она характерно проявляется въ слѣдующихъ двухъ правилахъ: 1) для дѣйствительности фиктивной traditio требовалось, чтобы отчуждатель самъ былъ владѣльцемъ; здѣсь даже примѣняли правило: Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet; 2) justa causa traditionis требовалась и при фиктивной traditio. Всѣмъ этимъ владѣніе ставилось почти на одну доску съ правомъ собственности: владѣніе здѣсь рельефно обрисовывалось, какъ *jus* possessionis. Constitutum possessorium во всѣхъ своихъ деталяхъ обнаруживаетъ принятый имъ абстрактный характеръ; онъ здѣсь часто называется просто pactum или contractus, и при этомъ дѣлаются признанія, что правило «Traditionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur» уже потеряло свое прежнее значеніе.

Для насъ во всемъ этомъ важно то, что такіе же самые принципы и идеи были руководящими *и въ практикѣ* того времени[1]): дѣйствительная жизнь охотно принимала эти «извращенія» *чисто*-римскаго права и сочувствовала имъ[2]).

Эпоха возрожденія и рецепціи до Савиньи.

Здѣсь, особенно къ концу этого періода, теорія, отчасти и подъ вліяніемъ школы естественнаго права, сдѣлала почти окончательные шаги къ устраненію системы traditio[3]).—Въ constitutum possessorium'ѣ подчеркивается договорная природа. Получаетъ еще болѣе широкое толкованіе 1. 1 C. 8, 53 объ instrumentalis traditio. Начинаютъ, наконецъ, прямо утверждать, — хотя, конечно, и не единодушно,—что и владѣніе, и право собственности могутъ быть передаваемы и посредствомъ одного лишь соглашенія сторонъ, но только требуютъ, чтобы воля контрагентовъ была выражена *формально*: посредствомъ какого нибудь символа и т. п.

---

[1]) *Biermann*, op. cit., S. 146.

[2]) *Brunner* вообще говоритъ, что практика обращаетъ больше вниманія на потребности жизни, чѣмъ на юридическую логику. Urkunde, I, S. 113.

[3]) *Biermann*, op. cit., S. 153 ff., 217 ff.

Такимъ образомъ описываемая эволюція не была еще доведена исторіей до ея «естественнаго конца»: хотя бы до теоретическаго признанія перехода владѣнія и собственности силой *неформальнаго* соглашенія сторонъ[1]).

А что дѣлаетъ практика этой эпохи? Хотя въ теоріи были и противоположные указаннымъ взгляды, тѣмъ не менѣе практика усвоила и проводила въ жизнь все, что было самаго либеральнаго въ теоретическихъ построеніяхъ описываемой эпохи[2]).

Наконецъ,—*судебная практика Общаго права (gemeines Recht) въ 19-мъ вѣкѣ.*

Разсмотрѣніе отдѣльныхъ способовъ совершенія traditio[3]) показываетъ намъ, что и практика послѣдняго времени, отступая во многихъ существенныхъ отношеніяхъ отъ постановленій *чисто*-римскаго права, являлась выразительницей той же самой тенденціи, которая такъ опредѣленно была намѣчена въ предыдущія эпохи.

Если оставить въ сторонѣ встрѣчающіяся и здѣсь разногласія и противорѣчія, то общимъ принципомъ современнаго римскаго права,—что касается двусторонняго пріобрѣтенія владѣнія,—можно считать принципъ successio, а не принципъ фактическаго господства. Этотъ послѣдній принципъ сохранился только для первоначальнаго и односторонняго пріобрѣтенія владѣнія. Такимъ образомъ практикой было установлено существенное въ этомъ отношеніи различіе между occupatio и traditio[4]). Пріобрѣтеніе владѣнія по traditio безъ установленія фактической власти имѣетъ мѣсто, прежде всего, въ случаяхъ traditio

---

[1]) *Biermann*, op cit., S. 284—290. Кромѣ Бирмана, эту эволюцію считаетъ вполнѣ естественной еще и *Schönemann*, Die Servituten, S. 142 ff. Этотъ авторъ правильно констатируетъ, что римское право успѣло отрѣшиться отъ естественнаго первобытнаго матеріализма въ институтахъ ипотеки и сервитутовъ; что же касается права собственности, то эта задача осталась на долю новыхъ законодательствъ. S. 143, Anm. 14.

[2]) *Biermann*, op. cit., S. 320, 321. *Bähr*, Zur Besitzlehre, Iherings Jahrbücher, Bd. 26, S. 326. Однако см. *Pininski*, Sachbesitzerwerb, I, S. 315 ff.

[3]) *Biermann*, op. cit., S. 367 ff.

[4]) *Biermann*, op. cit., S. 395 ff. Принципъ successio и вытекающее отсюда различіе между occupatio и traditio далеко не были чуждыми и *чисто*-римскому праву, какъ это я старался выяснить выше, стр. 142 слѣд.

посредствомъ передачи отчуждателемъ документа о своемъ пріобрѣтеніи отчуждаемой вещи. Пріобрѣтатель, получившій такой документъ, не можетъ ни другихъ устранять отъ воздѣйствія на вещь, ни самъ распоряжаться ею. Для понятія же фактическаго господства необходима хотя бы одна изъ этихъ возможностей. До Савиньи практиковалась traditio и посредствомъ составленія новаго документа объ отчужденіи. Послѣ Савиньи это отмѣнено не было; слѣдовательно, и эту форму traditio также можно считать дѣйствующей. То же относится и къ передачѣ зданій посредствомъ передачи ключей. Для передачи движимыхъ вещей, запертыхъ въ какомъ либо зданіи, судебная практика считаетъ достаточной передачу ключей отъ этого зданія, хотя бы эта передача совершилась и вдали отъ зданія. Здѣсь, конечно, также нельзя видѣть установленія фактическаго господства. Все дѣло сводится, въ концѣ концовъ, къ обмѣну волеизъявленій[1]). Принципъ successio проявляется далѣе въ примѣненіи на практикѣ *абстрактнаго* constitutum possessorium'а. Проводившуюся здѣсь теоріей идею представительства судебная практика не приняла: о волѣ отчуждателя быть представителемъ пріобрѣтателя никто не спрашивалъ; судъ интересовался только наличностью воли отчудить и пріобрѣсти. Такимъ образомъ правило о пріобрѣтеніи владѣнія animo et corpore осталось только для односторонняго пріобрѣтенія; двустороннее же пріобрѣтеніе совершалось уже animo solo. Constitutum possessorium въ дѣйствительности превратился при этомъ въ простую формулу, которую употребляли только для того, чтобы обходить законы о traditio: владѣніе, а съ нимъ вмѣстѣ—въ соотвѣтствующихъ случаяхъ — и право собственности пріобрѣтались въ сущности путемъ обмѣна неформальныхъ волеизъявленій, т. е. посредствомъ договора[2]).

Что это былъ за договоръ? По моему мнѣнію, это былъ *консенсуальный вещный договоръ* въ соединеніи съ такимъ же обязательственнымъ договоромъ. А вся система пріобрѣтенія права собственности была системой traditio только номинально; на дѣлѣ это была уже система соглашенія. Но создана была эта система соглашенія не закономъ, а обычаемъ. Говоря иначе, *система соглашенія была продиктована самой жизнью.* Этому об-

---

[1]) *Biermann*, op. cit., S. 398 ff.

[2]) *Biermann*, op. cit., S. 400, 401.

стоятельству я придаю значеніе первостепенной важности и вижу въ немъ основной аргументъ въ пользу системы соглашенія, какъ lex ferenda: жизнь лучше всѣхъ теоретиковъ знаетъ свои нужды, а потому никогда не слѣдуетъ пренебрегать ея указаніями Задерживать же ея развитіе уже отвергнутыми ею нормами, хотя бы и взятыми въ *чистомъ* ихъ видѣ было бы просто насиліемъ. Не во всемъ «чистота» является благомъ: сохраненіе права въ теченіе многихъ вѣковъ въ чистомъ его видѣ равносильно его смерти. Конечно, и практика можетъ сбиваться съ истиннаго пути, но только въ данномъ случаѣ объ этомъ говорить нельзя: здѣсь предъ нами эволюція, которая *въ одномъ и томъ же направленіи* совершалась въ теченіе *девятнадцати вѣковъ*! Что эта эволюція совершалась не безъ колебаній и не безъ противорѣчій въ періодъ судебно-практическій, это не уменьшаетъ значенія добытыхъ результатовъ.—Во 1-хъ, нѣкоторыя колебанія и противорѣчія вполнѣ свойственны образованію каждаго обычая; обычаи не возникаютъ сразу во всей своей опредѣленности и законченности. Во 2-хъ, нѣкоторыя колебанія и противорѣчія не должны быть въ данномъ случаѣ принимаемы въ разсчетъ потому, что отмѣченная нами спиритуализація traditio была *основнымъ* мотивомъ многовѣковаго развитія, поглощавшимъ своей массой отдѣльныя консервативныя проявленія судебной практики[1]).

Таковы результаты, которые даетъ намъ изученіе римскаго права какъ въ его древній періодъ, когда оно было писаннымъ закономъ, такъ и въ его новый періодъ, когда оно видоизмѣнялось дѣйствіемъ обычаевъ.

Теперь намъ надо разсмотрѣть, что сдѣлано по нашему вопросу въ законодательствахъ новыхъ народовъ: что принято или отвергнуто изъ результатовъ, данныхъ исторіей римскаго права, и что создано своего собственнаго, римскому праву неизвѣстнаго.

Но прежде, чѣмъ перейти къ разсмотрѣнію новыхъ законодательствъ, я считаю нужнымъ отмѣтить и другое важное измѣненіе,—происшедшее въ институтѣ владѣнія. Измѣненіе это

---

[1]) Я не цитирую массы относящихся сюда судебныхъ рѣшеній, вполнѣ полагаясь на тотъ матеріалъ, который собранъ въ книгѣ Бирмана.

пока не имѣетъ непосредственнаго отношенія къ принципу traditio, но ниже важность этого отношенія скажется во всей своей силѣ.

Здѣсь я имѣю къ виду *принятіе подъ защиту всякаго реальнаго обладанія* и такимъ образомъ—*демократизацію римскаго аристократическаго института владѣнія.*

Какъ мы уже видѣли, Юстиніаново римское право давало владѣльческую защиту почти исключительно однимъ собственникамъ: кромѣ собственниковъ, въ Римѣ защищались,—что касается обладанія движимостями, — еще только закладопринимателя, секвестраріи и прекаристы[1]). Всѣ же остальные обладатели чужаго имущества, наниматели, арендаторы, поклажепринимателя и т. п.,—считались простыми «держателями» и владѣльческой защиты не имѣли.

Правосознаніе новыхъ народовъ такимъ порядкомъ уже не довольствуется[2]), и потому судебная практика Общаго права въ Германіи охотно восприняла существенное измѣненіе римскихъ началъ, впервые установленное канонистами и развитое итальянской наукой, — измѣненіе, состоявшее въ распространеніи владѣльческой защиты на многіе классы детенторовъ, обойденныхъ римскимъ правомъ[3]). Достигнуто это было установленіемъ сначала особой exceptio spolii, а затѣмъ и прямаго иска, actio spolii[4]).

Въ высшемъ своемъ развитіи рекуператорная владѣльческая защита получила въ судебной практикѣ, благодаря actio spolii, слѣдующее положеніе[5]).

---

[1]) Стр. 52, 53.

[2]) При разсмотрѣніи новыхъ кодексовъ мы убѣдимся въ этомъ наглядно.

[3]) *Boitard* объясняетъ эту реформу постоянными смутами, происходившими въ средніе вѣка: безъ владѣльческой защиты обладаніе детенторовъ было бы совершенно необезпеченнымъ. Leçons de procédure civile, continuées et completées par *Colmet-Daage*, 14 éd., mise au courant et refondue par *E. Glasson*, t. I, Paris, 1885, p. 679.

[4]) *Dernburg*, Pand., I, § 189. *Windscheid*, Lehrb., I, § 162.

[5]) Подробности даютъ *Dernburg*, loc. cit., *Windscheid*, loc. cit., § 162a. *Wendt*, Lehrb., § 110, S. 310, 311. *Bruns*, Das Recht des Besitzes, § 27, S. 219 ff. *Bruns*, Die Besitzklagen, §§ 21—24, S. 226 ff. *Stobbe*, Handbuch des Deutschen Privatrechts, Bd. II, 2 Aufl., Berlin, 1883, § 77, Ziff. 6, S. 45 ff. *Randa*, Der Besitz, S. 217 ff.

Имѣется въ виду возстановленіе потерянаго владѣнія. Но при этомъ не требуется непремѣнно, чтобы владѣніе было отнято силой; достаточно, чтобы лишеніе вещи произошло противъ воли или *безъ* воли обладателя: сюда могутъ относиться не только принужденіе, но и обманъ[1]).

Истцомъ можетъ быть не только юридическій владѣлецъ, но и детенторъ, по крайней мѣрѣ, такой, который держитъ у себя вещь въ собственномъ интересѣ, напр., наниматель, арендаторъ, а также каждый, кто имѣетъ jus retentionis[2]).

Искъ можетъ быть направленъ не только противъ непосредственнаго виновника лишенія владѣнія, но также и противъ всякаго третьяго *лица*, *которое пріобрѣло* вещь, *зная о* противозаконномъ лишеніи владѣнія[3]).

---

[1]) *Bruns*, Das Recht des Besitzes, S. 227. Его же Die Besitzklagen, S. 252 ff. *Stobbe*, Handbuch, II, S. 47. Такова же тенденція и нѣмецкаго права, *Laband*, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters, Königsberg, 1869, S. 196 f. Въ 18 вѣкѣ сюда же относили даже одну только помѣху или тревогу владѣнія. *Bruns*, Das Recht des Besitzes, S. 396. Противъ этого Савиньи. *Stobbe*, loc. cit.

[2]) По вопросу о распространеніи владѣльческой защиты на детенторовъ и на какихъ именно, было не мало колебаній. Нѣкоторыя судебныя рѣшенія давали защиту арендатору даже противъ собственника, а другія рѣшенія отказывали въ такой защитѣ. *Stobbe*, Handbuch, II, § 77, S. 45, 46, Anm. 29. *A. Engelmann*, Das alte und das neue bürgerliche Recht Deutschlands, § 173, S. 483. Ср. *Bekker*, Das Recht des Besitzes, S. 378, 379. *Вендтъ* цитируетъ слѣдующее разсужденіе Германскаго Имперскаго суда: «Мнѣніе, по которому actio spolii принадлежитъ только юридическому владѣльцу, не можетъ быть признано правильнымъ. На практикѣ actio spolii выработалась въ такой искъ, который имѣетъ цѣлью самую широкую защиту противъ самоуправства и насилія». Entscheidungen in Civilsachen, Bd. 5, N. 42, S. 164. *Wendt*, Lehrbuch, § 111, S. 311. См. еще *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, S. 119 ff. *Windscheid*, Lehrb., I, § 162a, Anm. 7b in fine. *Wendt*, Das Faustrecht oder Besitzvertheidigung und Besitzverfolgung, Jena, 1883, S. 1 ff., 6 ff., 12. Однако Брунсъ не даетъ иска детентору противъ собственника, если этотъ послѣдній доказываетъ свое право собственности. Die Besitzklagen, S. 233, 234.

[3]) И въ этомъ отношеніи объемъ примѣненія actio spolii возбуждалъ нѣкоторое разногласіе. Такъ, напр., старая практика допускала искъ даже противъ *добросовѣстныхъ* третьихъ лицъ. Но это распространеніе было потомъ отвергнуто, какъ нецѣлесообразное. *Dernburg*, Pand., I, § 189, Anm. 10.

Объектомъ иска служатъ совершенно одинаково какъ недвижимыя вещи, такъ и движимыя, и даже права[1]).

По старой теоріи, доказывать истецъ долженъ былъ только фактъ своего владѣнія и потери вещи, а уже дѣло отвѣтчика было доказать правомѣрность своего пріобрѣтенія. Однако впослѣдствіи практика возложила на истца обязанность доказать и фактъ неправомѣрнаго лишенія владѣнія[2]).

Давность для actio spolii принята практикой тридцатилѣтняя[3]).

Искъ этотъ господствующее мнѣніе считаетъ поссессорнымъ, а не петиторнымъ[4]).

Таковы въ общемъ положенія, принятыя практикой въ Германіи въ отступленіе отъ *чисто*-римскаго права[5]).

Stobbe, Handbuch, II, S. 46. *Bruns*, Das Recht des Besitzes, S. 394, 395. *Bruns*, Die Besitzklagen, § 22, S. 246 ff. *Windscheid*, Lehrbuch, I, § 162a, S. 734 Дѣйствіе иска противъ третьихъ лицъ *malae* fidei съ особенной энергіей защищаетъ Іерингъ, Der Besitzwille, S. 459.

[1]) *Bruns*, Die Besitzklagen, § 23, S. 249, 250. *Dernburg*, Pandekten, I § 189, Ziff. 1 b. *Windscheid*, Lehrb., I, § 162a, 5. *Wendt*, Lehrbuch, S. 310.

[2]) *Bruns*, Das Recht des Besitzes, S. 396. *Bruns*, Die Besitzklagen, S. 251. *Stobbe*, Handbuch, II, S. 47, 48. Однако Дернбургъ и теперь держится старой теоріи, какъ основанной на постановленіи папы Иннокентія IV, Pand., I, § 189, 1, c. Такую же точку зрѣнія защищаетъ и *Bähr*, Zur Besitzlehre, Iherings Jahrbücher, Bd. 26, S. 303, 304.

[3]) Такъ *Дернбургъ*, Pand., I, § 189, 1, f. и *Виндшейдъ*, Lehrb., I, § 162a, 6. Но *Bruns* считаетъ это мнѣніе сомнительнымъ, Die Besitzklagen, S. 260 f

[4]) *Bruns*, Die Besitzklagen, S. 212 ff.

[5]) Замѣчательно происхожденіе этого нововведенія въ каноническомъ правѣ. Наиболѣе полную исторію этого вопроса даетъ *Bruns*, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. См. также *Maassen*, Zur Dogmengeschichte der Spolienklage, Bekkers Jahrbuch, III, S. 227 ff. Обоимъ этимъ авторамъ во многомъ слѣдуетъ *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, S. 144 ff., 166 ff. Брунсъ разсказываетъ намъ, что римская церковь задолго до дѣйствительнаго появленія exc. spolii стремилась установить ее для защиты своихъ интересовъ, но это сначала никакъ не удавалось въ виду противодѣйствія свѣтской власти. S 136. Но, продолжаетъ Брунсъ, чего церковь не могла добиться прямымъ путемъ, того она вполнѣ достигла черезъ посредство Лже-Исидора путемъ обмана и подлога S. 137. Именно. Лже-Исидоръ въ своихъ декреталіяхъ помѣстилъ совершенно новыя постановленія, выдавши ихъ за постановленія нѣкоторыхъ соборовъ S. 137 ff. Принципъ по-

Противъ этихъ новообразованій еще въ началѣ 18 вѣка возсталъ Бёмеръ[1]), а въ 19 вѣкѣ на нихъ обрушился Савиньи, затѣмъ Пухта[2]). Въ теоріи было произведено большое замѣшательство, но практика сохранила actio spolii, лишь нѣсколько ограничивъ область ея примѣненія[3]).

Другіе же выдающіеся юристы нашего времени, которые обращаютъ больше вниманія на запросы жизни, чѣмъ на сохраненіе, во что бы то ни стало, *чисто*-римскихъ началъ, высказываются въ пользу принятаго практикой расширенія владѣльческой защиты. Сюда относятся, между прочимъ, Штоббе[4]),

---

становленій Лже-Исидора слѣдующій: епископъ, выгнанный изъ своего мѣста жительства и лишенный своей власти и своего имущества (episcopus exspoliatus), можетъ отклонять отъ себя всякіе иски и обвиненія, пока не будутъ ему возвращены и его власть, и отнятое имущество; это по тѣмъ соображеніямъ, что, внѣ этихъ условій, епископу трудно вести процессъ, и онъ можетъ оказаться обвиненнымъ даже при полной своей правотѣ. S. 144. Своими постановленіями Лже-Исидоръ давалъ епископамъ не только exceptio, но и actio spolii, хотя еще и не въ видѣ самостоятельнаго иска. S. 148. Какъ видимъ, у Лже-Исидора совсѣмъ не было мысли о томъ значеніи, какое пріобрѣли впослѣдствіи его постановленія для свѣтскихъ людей и для гражданскаго оборота. Лже-Исидоръ преслѣдовалъ, собственно говоря, политическія цѣли: защиту епископовъ, а не детенторовъ. S. 149. Затѣмъ постановленія Лже-Исидора принимаются въ Декретъ Граціана. Здѣсь они получили такое систематическое расположеніе, что и подали поводъ къ очень широкому пониманію и примѣненію, далеко перешедшему первоначальныя границы. S. 163 ff. Опять замѣчательно то, что и Граціанъ далеко не имѣлъ въ виду наступившаго впослѣдствіи громаднаго расширенія въ теоріи и на практикѣ смысла принятыхъ имъ постановленій. S. 166. Такъ и *Alauzet*, Histoire de la possession, p. 213—216. Такимъ образомъ Брунсъ, въ концѣ концовъ, приписываетъ происхожденіе exc. и actio spolii «*подлогу, небрежности и непониманію*»! S. 170. Но и здѣсь, какъ учитъ Бирманъ, происхожденіе нормы безразлично; важно лишь то, что она вошла въ дѣйствующее право.

[1]) *Bruns*, Das Recht des Besitzes, S. 392, 393. *Stobbe*, Handbuch, II, S. 44, 45.

[2]) *Bruns*, op. cit., S. 417. *Windscheid*, Lehrbuch, I, § 162a, S. 733. *Savigny*, Das Recht des Besitzes, § 50, S. 509 ff. *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, S. 120.

[3]) *Bruns*, op. cit., S. 418. *Windscheid*, loc. cit. *Dernburg*, Pand. I, § 189.

[4]) *Stobbe*, Handbuch, II, S. 46: новое право склонно видѣть владѣніе всюду, гдѣ есть animus rem sibi habendi.

Дернбургъ[1]), Виндшейдъ[2]), Бэръ[3]) и особенно Іерингъ[4]).

Наибольшее значеніе въ данномъ случаѣ имѣетъ отзывъ Іеринга, въ виду его особенной чуткости къ интересамъ практической жизни, для которой и подъ давленіемъ которой, собственно говоря, и создаются всѣ частно-правовые институты[5]).

Къ числу поклонниковъ расширенія понятія владѣнія и владѣльческой защиты вполнѣ присоединяюсь и я.

Въ описанномъ нововведеніи мы видимъ такимъ образомъ дальнѣйшее развитіе владѣнія въ томъ направленіи, которое обозначилось еще въ древнемъ Римѣ; наряду съ *собственническимъ* владѣніемъ постепенно пріобрѣтаетъ все большее и большее значеніе реальное обладаніе *чужимъ* имуществомъ[6]), при чемъ владѣніе перваго рода постепенно утрачиваетъ всякую реальность, превращаясь въ особаго рода право (отсюда—спиритуализація traditio), а владѣніе чужимъ имуществомъ отличается именно матеріальностью, какъ своимъ характернымъ признакомъ, не подлежащимъ, по самому существу своему, никакой спиритуализаціи.

---

[1]) *Dernburg*, Pand., I, § 189, Ziff. 1, a. Расширеніе владѣльческой защиты соотвѣтствуетъ правосознанію новаго времени.

[2]) *Windscheid*, Lehrb., II, S. 733, видитъ здѣсь восполненіе пробѣла, имѣвшаго мѣсто въ римскомъ правѣ.

[3]) *Bähr* проводитъ ту идею, что владѣніе, — а слѣдовательно и защиту, — надо признавать всякій разъ, когда мы имѣемъ вещь въ нашемъ домѣ или вообще въ нашемъ «спрятѣ» (in Gewahrsam haben). Zur Besitzlehre. Iherings Jahrbücher, Bd. 26, S. 259 ff., 286 ff.

[4]) Расширеніе владѣльческой защиты является въ высшей степени здоровой идеей, и разъ она установилась въ практикѣ, то устранять ее изъ-за ея несоотвѣтствія римскимъ принципамъ было бы большой несообразностью: мы отнюдь не имѣемъ нужды быть болѣе римлянами, чѣмъ сами римляне. *Ihering*, Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen Jahrbücher für die Dogmatik, Bd. 23, 1885, S. 263, 288. Его же Der Besitzwille, S, 457 ff.

[5]) Къ числу защитниковъ разсмотрѣннаго нововведенія относятся еще *A. Engelmann*, Das alte und das neue bürgerliche Recht Deutschlands, § 173, S. 483. *F. Endemann*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, Th. 1, § 26, S. 104. Наконецъ, къ защитникамъ actio spolii можно отнести до извѣстной степени и Брунса: и онъ не отрицаетъ, что защита детенторовъ во всякомъ случаѣ имѣетъ нѣкоторое основаніе. *Bruns*, Die Besitzklagen, S. 236 ff.

[6]) См. выше стр. 72, 73.

Если же мы возьмемъ владѣніе въ его цѣломъ, то, согласно сказанному, должны будемъ констатировать на одной сторонѣ спиритуализацію владѣнія, а на другой — увеличеніе области реальнаго владѣнія. Оба эти процесса настолько же естественны, насколько и цѣлесообразны.

Обративши вниманіе на взаимное соотношеніе обоихъ видовъ владѣнія, мы натолкнемся на соціальную проблему огромной важности и трудности[1]). И вотъ, здѣсь мы видимъ, что вопросъ о владѣніи и traditio не только стоитъ въ связи съ такими практическими интересами, которые имѣютъ къ нему непосредственное отношеніе, но онъ имѣетъ и гораздо болѣе глубокія историческія и соціальныя основанія.

Теперь намъ надо посмотрѣть, какъ отнеслись новыя законодательства къ продиктованнымъ самой жизнью результатамъ историческаго развитія римскаго и Общаго права.

Такъ какъ мы почти всѣ важнѣйшіе вопросы теоретически уже изслѣдовали болѣе или менѣе полно на постановленіяхъ римскаго права, то естественно обрисовка нашего главнаго вопроса по новымъ законодательствамъ будетъ сравнительно болѣе краткой.

---

[1]) *Dernburg*, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, Bd. III, § 13, S. 47. *F. Endemann*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, Th. 1, § 26, S. 104. Таковы же идеи и Іеринга. Der Besitzwille, S. 98 ff., 364 ff.

ГЛАВА II.

Новыя западно-европейскія законодательства.

§ 1. Общія замѣчанія.

Въ этой главѣ мы обратимъ вниманіе на всѣ важнѣйшія изъ западно-европейскихъ законодательствъ, но болѣе подробно разсмотримъ только два главныхъ представителя различныхъ системъ: французскій кодексъ съ его системой соглашенія и общегерманское уложеніе съ его системой передачи. Вокругъ этихъ двухъ кодексовъ сгруппируются и всѣ остальные.

На всѣхъ этихъ законодательствахъ мы увидимъ, въ какихъ разнообразныхъ комбинаціяхъ они воплотили въ себѣ всѣ тѣ различные элементы нашего вопроса, о которыхъ мы говорили выше (владѣніе, рискъ гибели вещи, плоды и доходы отъ вещи и т. п.): одни кодексы сдѣлали замѣтный шагъ впередъ въ одномъ отношеніи, но за то пошли назадъ въ другомъ, и наоборотъ.

Вообще же я думаю, что послѣднее слово въ многовѣковой исторіи нашего института—перехода права собственности—еще не сказано ни однимъ кодексомъ западной Европы.

Великая честь сказать это слово принадлежитъ, по моему крайнему разумѣнію, нашей скромной 1-й части X тома Свода Законовъ, которую такъ рѣдко хвалятъ и такъ часто (и, надо сознаться, справедливо) упрекаютъ въ различнаго рода несовершенствахъ.

Но объ этомъ—въ главѣ третьей, а теперь—западно-европейскія законодательства.

Исторіей этихъ законодательствъ въ ея подробностяхъ мы заниматься не будемъ: все равно она повроется послѣдними

результатами въ видѣ нормъ того или другаго кодекса. Но нѣкоторыми краткими историческими справками воспользоваться необходимо. Здѣсь я имѣю въ виду такія справки, которыя еще разъ подтверждаютъ правильность и общность принятаго нами закона развитія юридическихъ институтовъ: матеріализмъ замѣняется спиритуализмомъ.

Прежде всего, этотъ законъ подтверждается здѣсь, въ новой Европѣ, на уже извѣстномъ намъ примѣрѣ: на договорахъ. По свидѣтельству многихъ историковъ права, населившія Европу племена, какъ стоявшія на низкой ступени правоваго развитія, не знали еще договоровъ консенсуальныхъ, а, сообразно со своимъ примитивнымъ правосознаніемъ, пользовались договорами формальными и реальными. По салическому закону[1]) пятаго или шестаго вѣка, у германскихъ племенъ было только два вида контрактныхъ обязательствъ: fides facta и res praestita. Въ первомъ случаѣ требовалось соблюденіе предписанныхъ формальностей, а во второмъ исполненіе обязательства хотя бы одной стороной, т. е. главнымъ образомъ—предоставленіе вещи[2]).

---

[1]) Объ этомъ законѣ проф. Шершеневичъ говоритъ: Наиболѣе раннимъ, а потому наиболѣе интереснымъ съ исторической точки зрѣнія является сборникъ салическихъ франковъ, Lex Salica. Изъ всѣхъ сборниковъ онъ наименѣе подвергся римскому вліянію, а потому въ наибольшей чистотѣ передаетъ германское право. Составленіе его относится ко времени франкскаго короля Клодвига (481—511). — Курсъ гражданскаго права, т. I, вып. 2, стр. 213.

[2]) *Viollet*, Histoire du droit civil français, 2 éd., Paris, 1893, p. 394 et suiv. *Esmein*, Études sur les contrats dans le très ancien droit français, Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, t. IV, Paris, 1880, p. 660 suiv. *Guetat*, Histoire élémentaire du droit français depuis ses origines gauloises jusqu'à la rédaction des codes modernes. Paris, 1884, p. 218 suiv. *Aubépin*, Origines, p. 186 констатируетъ въ германскомъ правѣ формы отчужденія, подобныя римской mancipatio. *Laboulaye*, Histoire du droit de propriété foncière en occident. Paris, 1839, p. 137 suiv., находитъ въ германскомъ правѣ подобіе римской in jure cessio, p. 139. *Wetter*, Le droit romain et le droit germanique dans la monarchie franque, 2-me partie, Paris, 1900, p. 10 suiv. И этотъ авторъ проводитъ параллель съ правомъ римскимъ и обобщаетъ сходство въ развитіи договоровъ, p. 8, 9. *Sohm*, Das Recht der Eheschliessung, S. 24 f. *Schulte*, Lehrbuch der deutschen Reichs- und Rechtsgeschichte, 5 Aufl., Stuttgart, 1881, § 155, S. 504, § 162, S. 520, 521.

Еще въ 9 вѣкѣ, по словамъ Віолле купля-продажа и traditio составляли у германцевъ такой аггрегатъ, который рѣшительно не поддавался разложенію юридическимъ анализомъ[1]). А затѣмъ, съ теченіемъ времени, начали считать достаточнымъ и частичное исполненіе обязанности; отсюда задатки, а затѣмъ и обычай передавать такъ наз. *denarius dei*: это монета, которая не засчитывалась въ цѣну, а давалась лишь для приданія силы соглашенію[2]). Въ формальныхъ контрактахъ — также постепенное ослабленіе внѣшнихъ реквизитовъ: начинаютъ считать достаточнымъ, напр., одинъ ударъ по рукамъ (la paumée), и договоръ дѣлался обязательнымъ[3]).

И только въ 13 в. появляется, а лишь въ 15 в. упрочивается принципъ общей обязательности всякаго рода неформальныхъ соглашеній, — принципъ консенсуальности обязательственныхъ договоровъ[4]). Конечно, каноническое и римское право

Franken, Geschichte des französischen Pfandrechts, Bd. I, Das französische Pfandrecht im Mittelalter, §§ 4, 5, S. 43 ff. *Stobbe*, Handbuch, III, § 165, S. 61 ff., § 184, S. 239. *Stobbe*, Reurecht und Vertragsschluss nach älterem deutchen Recht, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. 13, Weimar, 1878, S. 212—215. *Grimm*, Deutsche Rechtsalterthümer, 4 Ausgabe, Bd. II, Leipzig, 1899, S. 145 ff. *Glasson*, Éléments du droit français consideré dans ses rapports avec le droit naturel et l'économie politique, Paris, 1884, t. I, p. 402. Противъ господствующей теоріи Зома и его послѣдователей высказался *Thévenin*, Contributions à l'histoire du droit germanique, Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, t. III, Paris, 1879, p. 329—331. Съ сомнѣніемъ относится къ періоду до 13 в. *Witte*, Die bindende Kraft des Willens im altdeutschen Obligationenrecht, Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Bd. 6, 1867, S. 449, 455. Для періода же послѣ 13 в. авторъ отрицаетъ необходимость соблюденія формальностей. S. 457 f. Ср. *Beseler*, System des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. II, 1853, § 119, S. 285 f. *Warnkönig*, Französische Staats- und Rechtsgeschichte, Bd. II, S. 531, стоитъ еще на старой точкѣ зрѣнія, которая потомъ съ успѣхомъ была опровергнута Зомомъ. Такъ теперь *Siegel*, Deutsche Rechtsgeschichte, 1895, S. 427. 428.

[1]) *Viollet*, op. cit., p. 608.

[2]) *Esmein*, op. cit., p. 677, 678. *Guétat*, op. cit., p. 220, 451.

[3]) *Esmein*, op. cit., p. 680. *Guétat*, op. cit., p. 451.

[4]) *Viollet*, op. cit., p. 601. *Esmein*, op. cit., p. 683, 688. *Glasson*, Éléments du droit français, I, p. 403.

оказали здѣсь большое вліяніе, но это только одна сторона дѣла; съ другой стороны, нужна была и подготовленная почва для воспріятія и дальнѣйшаго культивированія этого новаго начала[1]).

Эта эволюція въ исторіи договорнаго права совершенно подобна той, которую мы наблюдали въ Римѣ, и французскіе историки совершенно правильно считаютъ ее явленіемъ *общимъ и естественнымъ*[2]).

Кромѣ того, новыя законодательства представляютъ и новый примѣръ, указывающій на ту же самую спиритуализацію права.

Я имѣю въ виду измѣненіе той цѣли, которую купля-продажа преслѣдовала въ Римѣ. Тамъ, какъ мы уже видѣли, на *первомъ* планѣ имѣлось въ виду предоставленіе покупщику спокойнаго *владѣнія*, хотя *въ концѣ концовъ* это и приводило къ переходу *права собственности*. А новые кодексы, лишь за нѣкоторыми исключеніями, на первый планъ выдвигаютъ именно переходъ *права собственности*: это главная обязанность продавца, и покупщикъ отнюдь не обязывается теперь закономъ довольствоваться чѣмъ либо меньшимъ, напр., полученіемъ хотя бы и безспорнаго владѣнія: пока право собственности не передано, продавецъ не можетъ считать свою обязанность исполненной[3]).

---

[1]) Поэтому-то французскіе юристы приняли правило римскаго преторскаго эдикта о дѣйствительности pacta *безъ римскихъ ограниченій*. *Esmein*, op. cit., p. 691.

[2]) *Viollet*, op. cit., p. 595. Ср. *Aubépin*, Origines, p. 190. *Laboulaye*, Histoire du droit de propriété, p. 141, 142. См. также *Schönemann*, Die Servituten, S. 142–144. Ср. *Portalis*, Discours, rapports et travaux inédits sur le code civil, Paris, 1844, p. 237.

[3]) Das Allgem. Landrecht für die Preussischen Staaten, I, 11, § 1: Das Kaufsgeschäft ist ein Vertrag, wodurch der eine Kontrahent zur Abtretung des Eigenthums einer Sache, und der andere zur Erlegung einer bestimmten Geldsumme dafür, sich verpflichtet. Das allgem. bürgerl. Gesetzbuch für das Kaiserthum Oesterreich, § 1053: Durch den Kaufvertrag wird eine Sache um eine bestimmte Summe Geldes einem Andern überlassen. Er gegört, wie der Tausch, zu den Titeln ein Eigenthum zu erwerben. Das Bürgerl. Gesetzbuch für das Deutsche Reich, § 433, Abs. 1: Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigenthum an der Sache zu verschaffen.

Итакъ, римское право говоритъ о пріобрѣтеніи *вещи*, а

Такъ и нашъ проектъ, кн. 5, ст. 186: По договору продажи продавецъ передаетъ или обязуется передать опредѣленное недвижимое или движимое имущество въ собственность покупщику за условленную денежную сумму (покупную цѣну). Сюда же надо отнести и Швейцарскій союзный законъ объ обязательствахъ 1881 г., ст. 229, какъ это особенно видно изъ его французскаго текста, говорящаго о передачѣ la propriété et la jouissance. *Stobbe*, Handbuch, Bd. III, 1885. § 184, S. 240 *Förster*, Preussisches Privatrecht, Bd. II, 1896, § 124, S. 43, § 125, S. 60. *A. Engelmann*, Das alte und das neue bürgerl. Recht Deutschlands, § 119, S. 325. *Dernburg*, Das bürgerl. Recht des Deutsch. Reichs, Bd. II, Abtheil. 2, § 167, S. 2. Объясненія къ нашему проекту, кн. 5, т. I, стр. 398 сл. Наконецъ, таковъ же принципъ и французскаго кодекса, хотя онъ и выражается еще по римски. Art. 1582: La vente est une convention, par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. О продавцѣ art 1603 говоритъ: Il a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend. *Planiol*, Traité élémentaire de droit civil, t. II, Paris, 1900, p. 431. *Mourlon*, Répétitions écrites sur le code civil, deuxième édition, revue et mise au courant par *Demangeat*, t. III, Paris, 1892, n. 453 suiv. *Toullier*, Le droit civil français, suivant l'ordre du code, t. 16, Continuation par *Duvergier*, t. I, Paris, 1835, n. 217. *Duranton*, Cours de droit français, t. 16, Paris, 1833, n. 18. Этотъ послѣдній авторъ объясняетъ романистичность выраженій французскаго кодекса вліяніемъ Потье. И въ самомъ дѣлѣ, Потье, комментируя римское право, проповѣдывалъ и его положенія. Oeuvres de *Pothier* annotées et mises en correlations avec le code civil et la législation actuelle par *Bugnet*, t. III, Paris, 1847, n. 1. Такъ училъ и *Domat*, также имѣвшій большое вліяніе на редакторовъ французскаго кодекса: Les lois civiles dans leur ordre naturel, t. I, Paris, 1777, liv. 1, tit. 2, sect. 2, n. 3. Римское правило и въ дѣйствительности примѣнялось въ старомъ французскомъ правѣ. *Aubépin*, Origines, p. 417, 418. 426. Сказанное о французскомъ кодексѣ надо отнести и къ итальянскому, такъ какъ послѣдній былъ составленъ подъ большимъ вліяніемъ перваго: см. §§ 1447, 1462, 1463, 1481. О передачѣ права собственности говоритъ и англійскій законъ о куплѣ-продажѣ,—Sale of Goods Act, 1893,—ст. 1, § 1.

Но есть и такіе кодексы, которые остались при старомъ правилѣ. Это —Саксонское Уложеніе и Сводъ гражданскихъ узаконеній губерній прибалтійскихъ. Первое въ § 1082 постановляетъ: Kauf ist der Vertrag, durch welchen der Eine dem Anderen eine Sache.... gegen einen in Gelde bestehenden Preis überträgt oder zu übertragen verspricht. Сводъ въ ст. 3831 такимъ же образомъ говоритъ: Купля есть договоръ, которымъ одна сторона обѣщаетъ другой обратить въ ея имущество, за уплату условленной денежной суммы, извѣстную вещь или извѣстное право. См. и ст. 3872. —

новыя законодательства имѣютъ въ виду пріобрѣтеніе *права*: замѣна матеріализма спиритуализмомъ ясна[1]).

Это и не удивительно; саксонское уложеніе вообще отличается своей близостью къ учебнику римскаго права, а Сводъ въ значительной своей части прямо основанъ на римскихъ источникахъ.

[1]) Проф. Дювернуа въ описанномъ измѣненіи цѣли и содержанія договора купли-продажи видитъ шагъ назадъ, сдѣланный этимъ договоромъ въ своемъ историческомъ развитіи (Конспектъ лекцій по гражданскому праву, СПБ., 1894, стр. 376). Доказывается это слѣдующимъ образомъ. Въ свою первоначальную эпоху куплю-продажа имѣла форму Realkauf'a или Naturalkauf'a, все содержаніе котораго заключалось въ переходѣ объектовъ изъ рукъ въ руки,—черта, при которой такого рода сдѣлка оказывается умѣстной лишь въ первобытную эпоху зарождающихся торговыхъ отношеній и натуральнаго хозяйства (стр. 372). Въ Римѣ классическаго періода произошло полное обособленіе обязательственнаго элемента отъ вещнаго, благодаря чему установился совершенно другой кругъ примѣненія купли-продажи какъ для лицъ способныхъ ее совершать (отсутствующіе, несобственники), такъ и для вещей, способныхъ быть ея предметомъ (res futurae, res speratae). Наряду съ этимъ измѣнилось и самое содержаніе обязательства: имѣется въ виду не dare, а habere licere praestare (стр. 373, 374). Новые же кодексы возвращаются къ давно пережитой эпохѣ Realcauf'a: вмѣсто владѣнія, цѣлью купли-продажи ставится опять переходъ права собственности (стр. 376, 377). Вотъ въ этомъ-то смыслѣ проф. Дювернуа и постановляетъ свой приговоръ: «относительно этого вопроса, говоритъ профессоръ, современные кодексы несомнѣнно стоятъ на низшей стадіи, чѣмъ римское право» (стр. 376). Съ этимъ утвержденіемъ согласиться я не могу. Возложеніе на продавца обязанности передать право собственности, а не одно лишь спокойное владѣніе отнюдь не обозначаетъ дѣйствительнаго возвращенія къ первобытнымъ формамъ купли-продажи. Дѣло въ томъ, что и теперь вполнѣ возможны сдѣлки, направленныя на предоставленіе не собственности, а владѣнія; кромѣ того, и теперь возможно отчужденіе и res speratae, и res futurae, и res in genere и т. п.; проф. Дювернуа и самъ указываетъ на Lieferungsvertrag, какъ на смягчающее обстоятельство; кромѣ того, у насъ есть такія сдѣлки, какъ поставка и запродажа, дающія возможность произвольно варьировать содержаніе сдѣлокъ объ отчужденіи. А гдѣ купля-продажа и не разложилась на свои разновидности, тамъ разнообразію интересовъ съ полнымъ успѣхомъ можетъ служить — и служитъ — общій принципъ обязательности всѣхъ не противныхъ закону соглашеній. Вотъ при такихъ-то окружающихъ обстоя-

§ 2. Система соглашенія въ новыхъ законодательствахъ.

А. Французское право.

Изъ континентальныхъ законодательствъ французское право первое[1]) сдѣлало тотъ рѣшительный, но и естественный шагъ, къ которому привела его исторія traditio: эта честь принадлежитъ кодексу Наполеона.

Произошло это слѣдующимъ образомъ.

Въ современной Франціи съ древнѣйшихъ временъ большимъ вліяніемъ пользовалось римское право, особенно въ южной ея половинѣ (pays du droit écrit)[2]). Римское право не только дѣйствовало тамъ само по себѣ, но оно вносило свой духъ и свой характеръ даже въ образованіе туземныхъ обычаевъ. И въ частности, что касается сдѣлокъ отчужденія, то для перехода права собственности во Франціи вплоть до появленія Ко-

---

тельствахъ, въ такую юридическую среду вошло описанное измѣненіе. Почемъ знать?—Если бы не было такой юридической среды, то, можетъ быть, не произошло бы и указанное измѣненіе. Но разъ оно произошло, то, во всякомъ случаѣ, область дѣйствія купли-продажи не только не съузилась, а даже наоборотъ, — расширилась: кромѣ всего того, что было въ Римѣ, мы имѣемъ и еще одну, *новую* модификацію купли-продажи.

Въ виду изложеннаго я считаю неточной и ту квалификацію, которую проф. Дювернуа даетъ разбираемому новшеству, когда онъ говоритъ: «Здѣсь ясно сказывается различіе между римскимъ идеализмомъ и современнымъ реализмомъ» (стр. 377).—Все, что было въ Римѣ идеалистическаго, остается и теперь, а наступившее измѣненіе является—въ виду наличной юридической обстановки — не *возвращеніемъ назадъ*, *а дополненіемъ* къ римской куплѣ-продажѣ, и при томъ—дополненіемъ спиритуалистическимъ: въ замѣнѣ обладанія *вещью* обладаніемъ *правомъ* нельзя видѣть первобытнаго реализма, если только не разумѣть подъ этимъ терминомъ различныя вещи.

[1]) Объ англійскомъ правѣ скажемъ ниже. Тамъ развитіе права шло въ значительной степени независимо отъ континентальныхъ вліяній. *Шершеневичъ*, Курсъ гражд. права, т. I, вып. 2, стр. 339, 340, 342.

[2]) *Шершеневичъ*, Курсъ гражд. пр., т. I, вып. 2, § 41, стр 216 слѣд. *Aubépin*, Origines, p. 187, 190, 426, 429, 432. *Alauzet*, Histoire de la possession et des actions possessoires en droit français, Paris, 1849, p. 225 et suiv., p. 246.

декса Наполеона считалась необходимой, какъ и въ правѣ римскомъ, передача вещи, traditio[1]).

При этомъ во Франціи, какъ и въ практикѣ Общаго права въ Германіи, спиритуализація traditio сдѣлала огромные успѣхи, превратившись въ такъ называемую *tradition feinte* и существуя больше теоретически, чѣмъ практически[2]).

Особенное же и рѣшающее значеніе для судьбы traditio имѣла развившаяся во Франціи такъ наз. *clause de constitut*, а также *clause de dessaisine-saisine*. Это особыя оговорки, употреблявшіяся въ актахъ объ отчужденіи и вошедшія въ практику еще въ 16 или 17 вѣкѣ. Состояли онѣ въ заявленіи продавца о передачѣ имъ всѣхъ своихъ правъ на вещь покупщику и о сохраненіи или держаніи этой вещи впредь для покупщика[3]). При частомъ и однообразномъ примѣненіи этихъ оговорокъ въ документахъ о куплѣ-продажѣ и т. п. сдѣлкахъ, въ практикѣ

---

[1]) Oeuvres de *Pothier*, annotées par *Bugnet*, t. III, Vente, n. 318. *Duranton*, Cours de droit français, t. 16, n. 18. *Troplong*, Le droit civil, t. I, Paris, 1834, Vente, n. 38. *Verdalle*, De la tradition en droit français, Bourg, 1899, p. 12. *Hureaux*, Revue pratique de droit français, t. 32, p. 13. *Laurent*, Principes, t. 16, n. 366. *Aubry et Rau*, Cours de droit civil français, t. II, Paris, 1897, p. 420. *Planiol*, Traité élémentaire de droit civil, t. I, 1900, n. 1358. *Bufnoir*, Propriété et contrat, Paris, 1900, p. 40. Но въ нѣкоторыхъ кутюмахъ дѣйствовала уже и система соглашенія. *Bourjon*, Le droit commun de la France et la coutume de Paris, réduits en principes, t. I, Paris, 1770, p. 458—461. Но были и неясности въ этомъ отношеніи. *Aubépin*, Origines et progrès, p. 427 et suiv. *Glasson*, Éléments du droit français, I, p. 403.

[2]) Oeuvres de *Pothier*, annotées par *Bugnet*, t. III, n. 314, 321. *Hureaux*, Revue pratique de droit français, t. 32, p. 13 et suiv., p. 23. *Viollet*, Histoire du droit civil français, p. 608, 609. *Planiol*, Traité élém., I, n. 1358, 1359. Большой матерьялъ по исторіи traditio во Франціи даетъ также *Kohler*, Vertrag und Uebergabe, Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 18, Heft 1. § 4, S. 13 ff. См. еще *Warnkönig*, Französische Staats- und Rechtsgeschichte, Bd. II, Geschichte der Rechtsquellen und des Privatrechts, Basel, 1848, S. 563: напр., считалось достаточнымъ, не совершая traditio, отмѣтить въ документѣ продажи, что передача уже совершена. *Glasson*, Éléments du droit français, I, p. 403.

[3]) Для той же цѣли считались пригодными и многія другія оговорки: объ удержаніи вещи на основаніи найма, на основаніи установленія узуфрукта и т. п. *Planiol*, Traité, I, n. 1359.

скоро установился взглядъ, что каждая изъ такихъ оговорокъ, какъ, напр., constitutum possessorium, равна передачѣ, и что такимъ образомъ наличность одной изъ упомянутыхъ оговорокъ даетъ право считать traditio совершившеюся, а слѣдовательно и право собственности *вмѣстѣ съ владѣніемъ*—перешедшимъ на покупщика. Какъ только этотъ взглядъ, не смотря на нѣкоторые протесты, укрѣпился въ практикѣ, clause de dessaisine-saisine сдѣлалась обычной принадлежностью всѣхъ сдѣлокъ объ отчужденіи, превратилась въ обычную ихъ форму, такъ что нотаріусы по собственному почину вносили ее въ документы; что же касается traditio, то она, даже въ смягченномъ своемъ видѣ, въ дѣйствительности вышла изъ употребленія и никогда больше не совершалась, если только ея примѣненія не требовали спеціально интересы сторонъ[1]).

Что могли сдѣлать лучшаго редакторы гражданскаго кодекса при такомъ положеніи дѣла, какъ не санкціонировать то, что еще до нихъ — и безъ нихъ — стало уже совершившимся фактомъ? Въ самомъ дѣлѣ, къ чему послужило бы сохраненіе въ новомъ кодексѣ послѣднихъ обломковъ одряхлѣвшей отъ времени traditio,—обломковъ въ видѣ какой то магической формулы, которой въ жизни никогда не произносилъ и не имѣлъ въ виду ни одинъ контрагентъ, потому что она не имѣла никакого практическаго значенія, а держалась лишь благодаря колоссальному престижу римскаго права и исторической vis inertiae!

И мы видимъ, что редакторы французскаго кодекса дѣйствительно, не внеся по существу ничего новаго, санкціониро-

---

[1]) *Pothier*, въ изданіи *Bugnet*, t. 9, Paris, 1846, Traité du droit de domaine de propriété, n. 208, 213. Свидѣтельство Потье особенно важно потому, что его сочиненія послужили однимъ изъ источниковъ Кодекса Наполеона. См. *Шершеневичъ*, Курсъ гр. права, т. I, вып. 2, стр. 260. И вотъ Потье именно указываетъ на то, что, благодаря одному лишь помѣщенію clause de constitut въ сдѣлку объ отчужденіи, traditio считалась совершенной, и пріобрѣтатель дѣлался владѣльцемъ, а чрезъ это и собственникомъ. То же самое говоритъ Потье и въ своемъ Coutume d'Orleans, изд. *Bugnet*, t. I, 1845, n. 20—22. См. еще *Loysel-Laurière*, Institutes coutumières, t. II, 2 éd., 1783, p. 135. *Aubépin*, Origines, p. 418, 419, 431. *Hureaux*, Revue pratique t. 32, p 13, 49, note 1. *Viollet*, Histoire du droit civil français, p. 609, 610. *Aubry et Rau*, Cours, II, § 207, p. 420. *Verdalle*, De la tradition, p. 12. *Bufnoir*, Propriété et contrat, p. 42.

вали положеніе, созданное юридической жизнью[1]); они правильно рѣшили *упростить формулу сдѣлокъ объ отчужденіи*, вычеркнувши изъ нея сдѣлавшуюся обычной принадлежностью стиля clause de dessaisine-saisine[2]) и постановивши (art. 711), что впредь для пріобрѣтенія или перехода права собственности на имущества достаточно одного соотвѣтствующаго договора: La propriété des biens s'acquiert et se transmet.... par l'effet des obligations. То же самое и въ такой же общей формѣ, но только съ большими подробностями говоритъ и art. 1138: L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.—Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrées; encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier. Въ частности о куплѣ-продажѣ art. 1583 говоритъ: Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur, à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé. Art. 938 то же самое говоритъ о даренiи, а art. 1703—о мѣнѣ[3]).

Что все это значитъ?

— На мѣсто прежнихъ договоровъ *съ* clause de dessaisine-saisine поставлены такіе же договоры *безъ* этой clause: она — самое большое—можетъ подразумѣваться, но прямаго упоминанія о ней больше не требуется[4]). Слѣдовательно, *и безъ особой clause de dessaisine-saisine договоры купли-продажи, даренія и т. п. впредь должны имѣть такую же силу и дѣйствіе, какія они имѣли до тѣхъ поръ при наличности этой clause*[5]).

---

[1]) *Bufnoir*, Propriété et contrat, p. 45. *Viollet*, Histoire du droit civil français, p. 611.

[2]) *Planiol*, Traité, I, n. 1363.

[3]) *Fenet*, Recueil complet des travcaux préparatoires du Code civil, t. 13, p. 230: Bigot-Préameneu объ art. 1138.

[4]) *Domat*, Les loix civiles dans leur ordre naturel, t. I. Paris, 1777, p. 51. *Aubépin*, Origines et progrès, p. 431. *Bufnoir*, Propriété et contrat, p. 46. *Verdalle*, De la tradition, p. 13.

[5]) *Portalis* о принятой въ кодексъ системѣ соглашенія говорилъ: Il s'opère par le contrat une sorte de *tradition civile*, qui consomme le transport du droit, — какъ бы совершается traditio; значитъ, говорю я, должны

Такъ дѣйствіемъ, повидимому, совершенно малозначущимъ —упрощеніемъ канцелярскаго стиля— произведена—или, сказать точнѣе: санкціонирована— грандіозная реформа въ гражданскомъ законодательствѣ. Именно эта незначительность сдѣланнаго редакторами французскаго кодекса шага ясно показываетъ намъ, что traditio въ то время существовала уже только въ теоріи и въ канцеляріяхъ нотаріусовъ, а не въ дѣйствительной жизни[1]).

Этотъ шагъ, съ исторической точки зрѣнія, кажется намъ простымъ, естественнымъ и необходимымъ[2]), хотя, конечно, римскій юристъ и увидѣлъ бы въ немъ неслыханную ересь[3]). Здѣсь произошла не быстрая и радикальная ломка основныхъ понятій гражданскаго права; здѣсь лишь подведенъ итогъ долгому и крайне медленно совершавшемуся процессу въ правообразованіи[4]); здѣсь редакторы кодекса на мѣсто сложной, запутавшейся въ фикціяхъ и внутреннихъ противорѣчіяхъ, системы traditio поставили, безъ всякихъ мудрствованій, простую и немногосложную систему соглашенія.

Здѣсь надо, впрочемъ, сдѣлать двѣ оговорки.

Во 1-хъ, идея возведенія системы соглашенія въ законъ принадлежитъ не исключительно редакторамъ французскаго кодекса; они только осуществили то, что уже и раньше проповѣдывалось такими выдающимися представителями школы естественнаго права, какъ, напр., Гуго Гроцій и Пуфендорфъ[5]).

наступитъ такія же послѣдствія, какія имѣютъ мѣсто при дѣйствительномъ совершеніи traditio. *Locré*, La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français, t. 14, Paris, 1828, p. 145, 146. *Bufnoir*, Propriété et contrat, p. 45.

[1]) *Planiol*, Traité, I, n. 1359. *Appleton*, De la possession, § 106.

[2]) Систему соглашенія считаютъ естественнымъ переходомъ отъ первобытнаго матеріализма *Toullier*, Le droit civil français, t. 4, 5 éd., 1830, n. 55, 56, *Troplong*, Le droit civil, De la vente, t. I, Paris, 1834, n. 40. *Viollet*, Histoire, p. 608, 612. *Glasson*, Éléments du droit français, I, p. 404.

[3]) Monstrueuse hérésie aux jeux d'un jurisconsulte romain,—выраженіе *Віолля*, Histoire, p. 608

[4]) *Viollet*, Histoire, p. 608, 612. Этотъ авторъ говоритъ: Ainsi s'élabore en quelque mille ans une idée nouvelle! Отрицаетъ характеръ существеннаго нововведенія за системой соглашенія и *Planiol*, Traité, n. 1362.

[5]) *Hugonis Grotii* de jure belli ac pacis libri tres, Lipsiae, 1758, lib. II, cap. 8, § 25: Atqui supra diximus, ad dominii translationem naturaliter

Во 2-хъ, описанная clause de dessaisine-saisine развилась на оборотѣ съ *недвижимостями*, и нѣкоторые авторы совсѣмъ отрицаютъ или, по крайней мѣрѣ, подвергаютъ сомнѣнію то утвержденіе, что такія же clauses и съ такимъ же дѣйствіемъ примѣнялись и при отчужденіи вещей движимыхъ[1]). Разсматривая практику Общаго права въ Германіи, мы видѣли, что тамъ, напр., абстрактный constitutum possessorium въ послѣднее время одинаково примѣнялся и въ сдѣлкахъ о движимостяхъ. Слѣдовательно, въ этомъ фактѣ, вообще говоря, нѣтъ ничего невозможнаго. Что же касается въ частности французскаго права, то мнѣ не удалось нигдѣ найти какія либо положительныя доказательства, что во Франціи дѣло обстояло иначе. Во всякомъ же случаѣ французскій Code civil несомнѣнно уравнялъ въ данномъ отношеніи оба рода имуществъ: ни въ одной статьѣ его не проводится въ этомъ отношеніи ни малѣйшаго различія, а вездѣ рѣчь идетъ въ такихъ общихъ выраженіяхъ, которыя совершенно одинаково обнимаютъ собою какъ имущества недвижимыя, такъ и вещи движимыя. Такимъ образомъ только съ этой стороны и можно было бы утверждать, — да и то лишь съ слабой

non requiri; quod et ipsi Jurisconsulti in quibusdam casibus agnoscunt. Lib. II, cap. 12, § 15: De venditione et emtione notandum, etiam sine traditione, ipso contractus momento, transferri dominium posse, atque id esse simplicissimum: ita Senecae venditio *alienatio est*, *rei suae jurisque sui in alium translatio*: nam et ita fit in permutatione. *Pufendorf*, De jure naturae et gentium libri octo, tomus primus, Francofurti et Lipsiae, 1759, lib. IV, cap. 9, § 8: Hisce positis adparet omnino per sola pacta transire posse dominium, prout id consideratur nude tanquam qualitas moralis, et prout abstrahit a possessione: verum prout illud etiam aliquid physicae facultatis intelligitur continere, per quam statim actu exerceri queat, praeter pacta etiam traditionem requiri. Подъ этими словами Пуфендорфъ помѣщаетъ такое примѣчаніе: Imo jure Naturae nihil obest, quo minus Dominium tanquam jus *morale* per simplicem conventionem sine apprehensione possessionis transeat.

Вліяніе этого ученія на французскихъ кодификаторовъ констатируютъ многіе писатели. *Viollet*, Histoire, p. 611. *Aubépin*, Origines et progrès, p. 427. *Laurent*, Principes, t. 16, n. 355. *Planiol*, Traité, I, n. 1360.

[1]) *Argou*, Institution au droit français, t. II, 1787, p. 212, 213. *Loysel-Laurière*, Institutes coutumières t. II, p. 135. *Hureaux*, Revue pratique, t. 32, n. 36 p. 49, note 1. *Warnkönig*, Französische Staats- und Rechtsgeschichte, Bd. II, S. 563, 564.

долей убѣдительности, — что редакторы кодекса внесли въ него нѣчто новое.

Послѣдній фактъ, — уравненіе, въ разсматриваемомъ отношеніи, движимостей съ недвижимостями,—необходимо приводитъ насъ къ слѣдующему выводу: пріобрѣтеніе движимостей совершается по кодексу Наполеона *совершенно такъ же*, какъ и пріобрѣтеніе недвижимостей, т. е. въ моментъ perfectio договора купли-продажи или даренія и т. п. на пріобрѣтателя переходитъ *и владѣніе, и право собственности* (потому что, повторяю, и при clause de constitut имѣло бы мѣсто то же самое, а кодексъ договоры *съ* такими clauses замѣнилъ договорами *безъ* всякихъ clauses).

Итакъ, мы установили слѣдующіе факты — Юридическая жизнь довела систему traditio до разложенія, до фактическаго перерожденія въ систему соглашенія; школа естественнаго права, свободная отъ сложившихся исторически предубѣжденій, пропагандировала теоретически систему соглашенія; наконецъ, редакторы Кодекса Наполеона возвели практиковавшуюся уже въ жизни систему соглашенія въ законъ, сбросивши съ нея не подобавшую ей маску старой traditio.

Теперь намъ надо разсмотрѣть французскую систему соглашенія въ ея частностяхъ.

Прежде всего, мы займемся подробнѣе вопросомъ, который въ системѣ traditio играетъ первенствующую роль,—вопросомъ о пріобрѣтеніи *владѣнія* при пріобрѣтеніи права собственности. Право собственности, какъ мы уже видѣли, пріобрѣтается силой одного лишь соглашенія. Пріобрѣтается ли вмѣстѣ съ этимъ и владѣніе, или же для пріобрѣтенія владѣнія необходимо особое дѣйствіе, apprehensio? — Вопросъ это спорный. Здѣсь имѣютъ значеніе art. 1604—1606[1]).

Я считаю правильнымъ то мнѣніе, по которому владѣніе

---

[1]) Art. 1604: La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur. Art. 1605: L'obligation de délivrer les immeubles est remplie de la part du vendeur lorsqu'il a remis les clefs, s'il s'agit d'un bâtiment, ou lorsqu'il a remis les titres de propriété. Art. 1606: La délivrance des effets mobiliers s'opère,—Ou par la tradition réelle, — Ou par la remise des clefs des bâtiments qui les contiennent,—Ou même par le seul consentement des parties, si le transport ne peut pas s'en faire au moment de la vente, ou si l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre.

переходитъ на пріобрѣтателя *вмѣстѣ* съ правомъ собственности, при чемъ никакого особаго акта передачи для этого не нужно.

Это мнѣніе поддерживается во Франціи такими выдающимися юристами, какъ Дюрантонъ[1]), Далло[2]), Сирей[3]), Белимъ[4]), а въ послѣднее время—Обри и Ро[5]) и Бюфнуаръ[6]).

[1]) *Duranton*, Cours de droit français suivant le code civil, t. 21, n. 197, 394. Авторъ ссылается на art. 2269, по которому bona fides при давности должна имѣть мѣсто уже въ моментъ пріобрѣтенія; пріобрѣтеніе же совершается въ моментъ perfectio договора; слѣдовательно, въ этотъ же моментъ переходитъ и владѣніе, такъ какъ требованіе bona fides *безъ* владѣнія не имѣло бы смысла.

[2]) *Dalloz*, Jurisprudence générale du royaume. Répértoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence, Nouvelle édition, t. III, Paris, 1846, n. 237: хотя вещь и остается еще у продавца, но онъ уже не держитъ её cum animo domini; продавецъ не имѣетъ больше права владѣнія: оно, будучи составною частью полнаго права собственности, вслѣдствіе этого переходитъ на пріобрѣтателя въ тотъ же самый моментъ, когда переходитъ и собственность, т. е. въ моментъ заключенія договора. Съ этого же момента пріобрѣтателю принадлежатъ и владѣльческіе иски.

Авторъ правильно говоритъ о *правѣ владѣнія:* собственническое владѣніе давно уже превратилось изъ реальнаго обладанія въ невидимую связь лица съ вещью,—въ особаго рода право. Правильно также и установленіе *различныхъ* правилъ для первоначальнаго и производнаго пріобрѣтенія владѣнія, n. 217.

[3]) *Sirey*, Code civil annoté, n. 10.

[4]) *Belime*, Traité du droit de possession et des actions possessoires, 1842, n. 183—187. Пріобрѣтатель въ моментъ заключенія договора дѣлается владѣльцемъ, потому что въ этотъ именно моментъ отчуждатель теряетъ animus domini и такимъ образомъ превращается въ простаго детентора. Передача можетъ быть нужна только для detentio, но не для права владѣнія. Такимъ образомъ и владѣльческіе иски принадлежатъ пріобрѣтателю съ момента perfectio договора, какъ это принято и судебной практикой.

[5]) *Aubry et Rau*, Cours, II, § 179, p. 113: отчуждатель въ силу заключенной сдѣлки перестаетъ держать вещь на свое имя и держитъ ее для пріобрѣтателя. Для *первоначальнаго* же пріобрѣтенія нужны corpus и animus, p. 111.

[6]) *Bufnoir*, Propriété et contrat, p. 198: для *первоначальнаго* пріобрѣтенія владѣнія нужны animus и corpus; если же дѣло идетъ о *переходѣ* владѣнія съ одного лица на другое, то, весьма понятно, владѣніе можетъ быть перенесено безъ всякаго какого бы то ни было матеріальнаго акта apprehensio.—Это совершенно правильное различіе; одинаковыя правила здѣсь не примѣнимы.

Однако еще большее число юристовъ Франціи отстаиваетъ противоположное мнѣніе: соглашеніемъ передается только право собственности, а для перехода владѣнія нужна особая apprehensio, délivrance.

Сюда принадлежатъ Прудонъ [1]), Тролонъ [2]), Маркадэ [3]), Біошъ [4]), Водонъ [5]), Апплетонъ [6]), Талеръ [7]), Лоранъ [8]), и Планіоль [9]).

---

[1]) *Proudhon*, Traité du domaine de propriété, ou de la distinction des biens, considérés principalement par rapport au domaine privé, t. II, Dijon, 1839, n. 497, p. 63, 64.

[2]) *Troplong*, Le droit civil, De la vente, t. I, n. 266, 276: для перехода владѣнія необходима передача; договоръ купли-продажи переноситъ только право собственности.

[3]) *Marcadé*, Explication théorique et pratique du code civil, t. VI, Paris, 1894, p. 233, 234. Даже и délivrance недостаточна для пріобрѣтенія владѣнія: посредствомъ délivrance продавецъ только подготовляетъ вещь для пріобрѣтенія, а уже дѣло покупщика дѣйствительно пріобрѣсти владѣніе.—Авторъ очевидно смѣшиваетъ detentio съ тѣмъ собственническимъ владѣніемъ, которое уже давно превратилось въ jus possessionis. См. объ этомъ различіи *Boitard*, Leçons de procédure civile, t. I, n. 625, и *Bioche*, Traité des actions possessoires, Paris, 1865, n. 2. Послѣдній авторъ спеціально предупреждаетъ противъ смѣшенія этихъ понятій.

[4]) *Bioche*, op. cit., n. 199, 204.

[5]) *Wodon*, Traité théorique et pratique de la possession et des actions possessoires, t. I, 2 éd. Bruxelles, 1877, n. 1, 5, 195. Авторъ является большимъ поклонникомъ Савиньи и утверждаетъ, что новое французское право повторяетъ римскую теорію. Въ виду сказаннаго, авторъ учитъ, что владѣніе представляетъ изъ себя простой фактъ, не имѣющій ничего общаго съ правомъ собственности; поэтому-то и правила о пріобрѣтеніи владѣнія не могутъ быть одинаковыми съ правилами о пріобрѣтеніи собственности. На этомъ основаніи авторъ сильно вооружается противъ той же теоріи, по которой владѣніе можетъ быть пріобрѣтаемо solo consensu. II art. 1604 Code civ. показываетъ, что договоръ купли-продажи не переноситъ владѣнія: délivrance, т. е. передача владѣнія есть одна изъ обязанностей продавца, которую онъ долженъ исполнить на основаніи договора.

Противъ послѣдняго соображенія Белимъ, op. cit., n. 184, правильно замѣчаетъ, что délivrance имѣетъ лишь слѣдующее значеніе: она переноситъ вещь въ личное пользованіе пріобрѣтателя и освобождаетъ продавца отъ обязанности сохранять проданную вещь. Кромѣ того, нельзя не упрекнуть автора и въ томъ, что онъ прилагаетъ *романистическую* теорію Савиньи и Мюленбруха

Доводы обѣихъ партій я считаю недостаточными въ томъ смыслѣ, что ни одинъ авторъ не становится на историческую точку зрѣнія, которая для даннаго вопроса имѣетъ, по моему мнѣнію, рѣшающее значеніе, такъ какъ она приводитъ постановленія кодекса въ органическую связь съ исторической почвой, ихъ создавшей, а потому и могущей дать имъ правильное освѣщеніе.

Это совершенно вѣрно отмѣтилъ г. Винаверъ, который въ одной своей статьѣ[1]) говоритъ:

«Слѣдующее за кодификаторами поколѣніе комментаторовъ

къ *французскому* институту владѣнія такъ, какъ будто бы владѣніе во всѣ эпохи и во всѣхъ законодательствахъ имѣетъ одну и ту же природу; факты показываютъ обратное, и потому отнюдь нельзя судить о владѣніи того или другаго законодательства a priori; наоборотъ, надо исходнымъ пунктомъ брать исторію и положительный законъ каждаго даннаго народа.

[6]) *Appleton*, De la possession, §§ 299, 300. И во французскомъ правѣ дѣйствуетъ римское правило, что владѣніе не можетъ быть пріобрѣтаемо solo consensu. Переходъ собственности не измѣняетъ дѣла: владѣніе не зависитъ отъ собственности и имѣетъ свои особенные способы пріобрѣтенія. Затѣмъ авторъ по поводу art. 1604 говоритъ то же самое, что и Водонъ. Такимъ образомъ продавецъ впредь до передачи вещи остается владѣльцемъ и сохраняетъ за собою владѣльческіе иски.

[7]) *Thaller*, Traité élémentaire de droit commercial, 2 éd., 1900, n. 1024.

[8]) *Laurent*, Principes, t. 32, 1878, n. 266. Авторъ рѣшаетъ вопросъ a priori. Онъ говоритъ: Законъ не даетъ правилъ о пріобрѣтеніи владѣнія, но правила эти вытекаютъ изъ самаго понятія владѣнія. Именно, владѣніе есть держаніе вещи съ намѣреніемъ владѣть ею, какъ собственной. Отсюда слѣдуетъ.... и т. д. Все это прекрасно, но дѣло въ томъ, что данное Лораномъ опредѣленіе владѣнія, какъ принадлежащее новѣйшимъ романистамъ, совсѣмъ не соотвѣтствуетъ той разновидности владѣнія, о которой въ данномъ случаѣ идетъ рѣчь.

[9]) *Planiol*, Traité, t. II, n. 1506. Разсужденія Планіоля подобны разсужденіямъ Лорана. Планіоль говоритъ: если соглашеніе можетъ передать собственность, которая представляетъ изъ себя право, то изъ этого еще не слѣдуетъ, что тѣмъ же самымъ соглашеніемъ можетъ быть передано и владѣніе, которое является фактомъ.

Если бы владѣніе было дѣйствительно таково, какимъ его себѣ представляетъ Планіоль, то, конечно, его разсужденіе было бы правильно.

[1]) *Винаверъ*, Дареніе и завѣщаніе, Журналъ Мин. Юстиціи, 1899 г., № 5, стр. 25, 26.

во многомъ ложно поняло свою задачу. Вмѣсто того, чтобы органически возстановлять искалѣченные неосторожною рукою составителей живые еще институты права, — связывать разъединенныя части, — дать непримиреннымъ элементамъ слиться въ самой жизни путемъ судебнаго толкованія, комментаторы замерли въ слѣпомъ поклоненіи передъ великимъ созданіемъ національнаго генія, остановились передъ нимъ, какъ передъ замкнутымъ въ себѣ самомъ цѣлымъ, подлежащимъ уразумѣнію *только изъ самого себя — съ помощью одной лишь формальной діалектики*».

Такъ это и съ нашимъ вопросомъ. Ко времени составленія Кодекса Наполеона исторія довела уже систему traditio до того, что владѣніе и собственность пріобрѣтались силой одного *лишь соглашенія*, безъ *всякой* apprehensio, лишь бы только соглашеніе это имѣло извѣстную форму, т. е. въ немъ должна была быть помѣщена clause de constitut или какая нибудь другая ей подобная. Редакторы Кодекса не дѣлаютъ ничего, кромѣ *упрощенія формулы сдѣлокъ объ отчужденіи*: прежде для пріобрѣтенія собственности нужна была особая clause, а теперь собственность будетъ передаваться и безъ всякихъ clauses. Вотъ и все. На какомъ же основаніи говорятъ здѣсь о полномъ отдѣленіи собственности отъ владѣнія, о переходѣ собственности *безъ* владѣнія? Такая крупная реформа должна быть спеціально выражена, и такое утвержденіе должно имѣть твердое основаніе. А французскіе комментаторы или говорятъ о владѣніи совершенно отвлеченно, не сообразуясь съ положительнымъ французскимъ правомъ, въ которомъ собственническое владѣніе давно уже изъ факта превратилось въ jus possessionis[1]), или же цитируютъ также мало идущія къ дѣлу теоріи Савиньи и Мюленбруха (напр., Водонъ). Правда, дѣлаются ссылки и на положительный законъ (Водонъ и Аппллетонъ, art. 1604—1606), но дѣло въ томъ, что этотъ положительный законъ, взятый самъ по себѣ, внѣ исторической преемственности, вполнѣ свободно допускаетъ и обратное толкованіе (какъ это показалъ Белимъ, см. выше)[2]).

---

[1]) Ср. *Belime*, Traité du droit de possession, n. 13, 17. и *Bioche*, Traité, n. 3.

[2]) Слово «possession», употребленное редакторами въ art. 1601, само по себѣ, какъ аргументъ *буквальнаго* толкованія, не можетъ измѣнить дѣла:

Здѣсь мы убѣждаемся, что буквальный смыслъ закона не достаточенъ для основательнаго рѣшенія вопроса. Это-то и дѣлаетъ необходимымъ обращеніе къ исторіи, а исторія совершенно ясно и убѣдительно показываетъ намъ, что редакторы Кодекса Наполеона сдѣлали лишь слѣдующее: *система traditio, уже и раньше превратившаяся въ систему соглашенія по своему существу, превращена въ эту послѣднюю и по своей формѣ.*

Ни о какомъ отдѣленіи права собственности отъ владѣнія не было рѣчи, и ни изъ какого закона это отдѣленіе съ необходимостью не вытекаетъ. Какъ прежде, такъ и теперь собственность безъ владѣнія не пріобрѣтается. Измѣнилось только ихъ взаимное соотношеніе: прежде въ сдѣлкахъ объ отчужденіи имѣлось въ виду *habere licere praestare*, и владѣніе, идя впереди, влекло за собою собственность; теперь на первый планъ ставится переходъ *собственности*, и владѣніе *слѣдуетъ* за нею: — изъ предводителя владѣніе превратилось въ скромнаго спутника, это такъ, но старинная связь между ними не порвана.

Все это, повторяю, совершенно одинаково относится какъ къ недвижимостямъ, такъ и къ движимостямъ.

Это утвержденіе относительно движимостей не подрывается тѣмъ обстоятельствомъ, что, какъ утверждаютъ французскіе юристы, движимыя вещи, по французскому праву, въ виду art. 2279[1]),

---

art. 2236 также говоритъ о «*владѣніи*» арендаторовъ, поклажепринимателей и т. п., и тѣмъ не менѣе, кромѣ Тролона, ни одинъ французскій юристъ не приписываетъ этимъ лицамъ владѣнія въ собственномъ смыслѣ этого слова. *Laurent*, Principes, t. 32, 1878, n. 263.

[1]) Art. 2279: En fait de meubles, la possession vaut titre.--Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient. На основаніи этого закона полученіе вещи въ реальное обладаніе ведетъ сразу и непосредственно къ пріобрѣтенію права собственности. Но только надо имѣть въ виду, что слишкомъ широкое постановленіе приведенной статьи ограничивается требованіемъ добросовѣстности отъ пріобрѣтателя, какъ это показываетъ art. 1141: Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, *pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi.*

На art. 2279 мы еще остановимся ниже.

не имѣютъ владѣльческой защиты [1]); этотъ фактъ — можетъ свидѣтельствовать объ отсутствіи *практическаго* значенія у владѣнія движимостями: поссессорный искъ оказывается просто ненужнымъ въ виду крайняго упрощенія петиторнаго иска о движимыхъ вещахъ [2]), и потому иски о владѣніи не имѣютъ мѣста. Это свидѣтельствуетъ о слишкомъ тѣсномъ сліяніи владѣнія съ правомъ собственности, даже о поглощеніи владѣнія собственностью, но отнюдь не объ отдѣленіи собственности отъ владѣнія: не о пріобрѣтеніи собственности *безъ* владѣнія. Если эта связь не замѣтна для практика, то историко-юридическій анализъ обнаруживаетъ ее, какъ мнѣ кажется, съ несомнѣнностью.

По поводу вопроса объ указанномъ соотношеніи между собственностью и владѣніемъ я замѣчу здѣсь же слѣдующее. Такъ какъ французское право, въ данномъ отношеніи, не отдѣлило собственности отъ владѣнія [3]), а между тѣмъ прогрессъ, по об-

---

[1]) *Alauzet*, Histoire de la possession, p. 289. *Bruns*, Das Recht des Besitzes, S. 450. *Zachariä*, Handbuch des französischen Civilrechts, Bd. I, Freiburg, 1894, § 159, S. 467. *Dalloz*, Jurisprudence générale du royaume. Répértoire, t. III, n. 491. *Henrion de Pansey*, De la compétence des juges de paix, 8 éd., Paris, 1827, Chap. 45, § III, *Garsonnet*, Précis de procédure civile, Paris, 1885, n. 160. *Wodon*, Traité, n. 357. *Boitard*, Leçons de procédure civile, I, n. 627, p. 685, 686. *Garnier*, Traité des actions possessoires, 2 éd., 1835, p. 194 et suiv. *Barre*, Bürgerliches Gesetzbuch und Code civil, 2 Aufl., 1897, § 25, S. 40.

[2]) *Boitard*, Leçons, I, n. 627, p. 685.

[3]) Это совершенно правильно констатируетъ *Seligman*, Questions sur la possession, Revue critique de législation et de jurisprudence, t. IV, 1854, p. 72: Le droit français n'a pas complètement séparé la possession de la propriété. Въ такомъ же смыслѣ выражается и *Boitard*, Leçons, I, p. 678: Режимъ собственности и владѣнія движимостями заимствованъ изъ германскаго права, сливавшаго собственность и владѣніе. Поэтому если *Bufnoir*, Propriété et contrat, p. 40, 41, и говоритъ, что въ дѣйствительности собственность не зависитъ отъ владѣнія, то это означаетъ лишь то, что мы *теоретически*—а во многихъ случаяхъ и практически — различаемъ оба эти института. Но дѣло въ томъ, что *полной* раздѣльности этихъ институтовъ нигдѣ, кромѣ русскаго права, нѣтъ: нигдѣ они не ведутъ *вполнѣ самостоятельной* жизни и нерѣдко сливаются вмѣстѣ; такой именно случай пріобрѣтенія права собственности. Такъ было и въ Римѣ; въ такомъ ограниченномъ смыслѣ надо

щему правилу, сопровождается дифференціаціей[1]), то, значитъ, мы должны признать, что французское право именно съ этой стороны и не достигло конечнаго пункта своего развитія.

Я надѣюсь доказать ниже, что по русскому праву собственность пріобрѣтается *безъ* владѣнія, и если я это дѣйствительно докажу, то надо будетъ признать, что послѣдній шагъ въ развитіи системъ traditio и соглашенія принадлежитъ именно русскому праву.

Планіоль, обозрѣвая исторію нашего вопроса, отмѣчаетъ двѣ стадіи въ его развитіи: римскую (классическій періодъ) и французскую (Кодексъ Наполеона). Я предложу ниже и третью стадію,—русскую (1 ч. X т. Св. Зак.).

Теперь мы переходимъ къ слѣдующему вопросу: какого рода собственность устанавливается, по французскому праву, соглашеніемъ сторонъ, — абсолютная и дѣйствительная противъ всѣхъ третьихъ лицъ, или же относительная, имѣющая значеніе только для контрагентовъ, такъ что третьи лица могутъ ее игнорировать?

Я, все съ той же исторической точки зрѣнія, высказываюсь въ пользу перваго мнѣнія. Въ самомъ дѣлѣ, французская система соглашенія есть ничто иное, какъ окончательно спири-

---

понимать слова Ульпіана: Nihil commune habet proprietas cum possessione.

Однако всѣ тѣ, кто отрицаетъ переходъ владѣнія solo consensu, говорятъ о полномъ отдѣленіи владѣнія отъ собственности. Такъ, напр., *Wodon*, Traité, I, n. 1.

[1]) *Dareste* въ рецензіи на сочиненіе *Alauzet* о владѣніи говоритъ въ Revue de législation et de jurisprudence, 1849, p. 319: различеніе собственности и владѣнія принадлежитъ лишь передовымъ цивилизаціямъ. Римскіе юристы могли уже сказать: nihil commune habet possessio cum proprietate, но для среднихъ вѣковъ такое утвержденіе было бы уже не вѣрно. То же самое говоритъ *Dareste* и въ рецензіи на сочиненіе *Parieu*, въ той же Revue за 1850 г., p. 407. Ср. и *Troplong*, Le droit civil, De la vente, I, n. 220, 273.

Все зависитъ отъ *степени* прогресса: Dareste сравниваетъ римское право съ такими законодательствами, гдѣ нѣтъ *рѣшительно никакого* представленія о собственности и владѣніи, какъ о различныхъ институтахъ права. А я сопоставляю римское и французское законодательства, достигшія *частичнаго* (хотя бы и строгаго) раздѣленія собственности и владѣнія, съ *конечнымъ* пунктомъ развитія, когда эти институты достигаютъ *полной* раздѣльности.

туализированная система traditio: собственность и владѣніе пріобрѣтаются вмѣстѣ, какъ и при системѣ traditio; различны только формулы договора, существо же дѣла одинаково; слѣдовательно, и юридическій эффектъ долженъ быть одинаковъ: — переходъ *абсолютнаго* права собственности, дѣйствительнаго и противъ третьихъ лицъ.

Во французской литературѣ это послѣднее положеніе подвергалось прежде довольно большимъ сомнѣніямъ, но теперь оно принято, можно сказать, подавляющимъ большинствомъ голосовъ.

Споръ и здѣсь велся не на исторической основѣ, а на положеніяхъ Кодекса, какъ замкнутаго въ самомъ себѣ цѣлаго. Впрочемъ, въ данномъ случаѣ дѣло обстоитъ такъ, что и Кодексъ самъ по себѣ даетъ, въ концѣ концовъ, отвѣтъ вполнѣ опредѣленный, хотя и не говоритъ о нашемъ вопросѣ спеціально.

Поводъ къ недоразумѣніямъ отчасти подали сами редакторы Кодекса. Такъ, въ art. 1583 они говорятъ о perfectio купли-продажи «*между сторонами*» (entre les parties) и о пріобрѣтеніи права собственности покупщикомъ «*относительно продавца*» (à l'égard du vendeur).

Кромѣ того, нѣкоторые юристы ошибочно толковали упомянутые нами выше art. 2279 и 1141, по которымъ если вещь, проданная одному лицу, продается *и передается* послѣ этого другому лицу, то право этого послѣдняго предпочитается праву перваго покупщика.

Вотъ изъ этихъ обстоятельствъ нѣкоторые комментаторы и заключали, что, значитъ, соглашеніе производитъ лишь *относительное* право собственности,—что для третьихъ лицъ никакого перехода собственности впредь до передачи вещи нѣтъ,— что продажа ничуть не мѣшаетъ кредиторамъ продавца обращать свое взысканіе на проданное имущество, разъ оно еще находится въ рукахъ ихъ должника, и т. д.[1]).

---

[1]) *Toullier*, Le droit civil français, 5 éd., t. VI, 1830, n. 205, t. VII, 1830, n. 35, 36. *Duvergier*, Le droit civil français, suivant l'ordre du code, *Toullier*, t. 16, Continuation par *Duvergier*. t. I, Paris, 1835, n. 251—253. *Bonnier*, De la transmission de la propriété par l'effet des obligations, Revue de législation et de jurisprudence, t. VI, 1837, p. 437 et suiv. *Huc*, Du transfert de la propriété en droit français par l'effet des obligations, Recueil de l'académie de

Всѣ же новые юристы почти единогласно переходъ собственности считаютъ вполнѣ дѣйствительнымъ и противъ третьихъ лицъ, отвергая доводы противниковъ, какъ неправильные и недостаточные[1]).

А именно, что касается art. 1583, то указанныя выраженія его объясняются совсѣмъ не намѣреніемъ создать ненужный институтъ относительной собственности, а ходомъ работъ по

---

législation de Toulouse, t. XII, 1863, p. 267, 272, 287 et suiv. Такое же мнѣніе защищалось и въ законодательномъ собраніи *Faur*'омъ. *Locré*, La législation civile, commerciale et criminelle de la France, t. 14, Paris, 1828, p. 191. Но основаніе приводится не достаточное: Faure говоритъ, что *обязательства* не могутъ вредить третьимъ лицамъ, которыя въ нихъ не участвуютъ. Само по себѣ, это положеніе вѣрно, но въ данномъ случаѣ имѣетъ мѣсто не обязательство, а *вещный договоръ*, которымъ устанавливаются отношенія абсолютнаго характера. Теперь этого мнѣнія держатся еще *Zachariä*, Handbuch des französischen Civilrechts, I, 1894, § 122, S. 333 ff., тотъ же *Huc*, Commentaire théorique et pratique du Code civil, t. VII, 1894, Art. 1138, p. 145 и *Cornil*, L'évolution historique de la vente consensuelle et la loi 50 D. de actionibus empti et venditi, Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, 1901, p. 159, 160.

Въ созданіи нежелательнаго института относительной собственности упрекаетъ французскихъ редакторовъ и наша Редакціонная Коммисія по составленію новаго гражданскаго уложенія, Объясненія къ 5 книгѣ, т. I, стр. 489.

[1]) *Duranton*, Cours, t. 16, n. 19, t. 10, n. 431. *Delvincourt*, Cours de code civil, t. III, p. 351, 352, t. II, p. 740. *Demolombe*, Cours de Code Napoleon, t. 24, n. 468, 469. *Folleville*, Possession des meubles, Revue pratique de droit français, jurisprudence, doctrine, législation, t. 27, Paris, 1869, p. 210—215. *Demante*, Cours analytique de code civil, continué par *Colmet de Santerre*, t. 5, 2, éd., 1883, n. 57 bis, III. *Larombière*, Théorie et pratique des obligations, t. I, 1885, art. 1141, n. 18. *Hureaux*, Revue pratique, t. 32, n. 37. *Molitor*, Les obligations en droit romain, p. 4, 5. *Le Roux de Bretagne*, Nouveau Traité de la prescription en matière civile, t. I, Paris, 1869, n. 245. *Marcadé*, Explication théorique et pratique du code civil, t. III, 8 éd., Paris, 1894, n. 4, 6, t. IV, 1892, n. 489, t. VI, 1894, art. 1583, sub III. *Mourlon*, Répétitions écrites sur le code civil, 2 éd. par *Demangeat*, t. III, Paris, 1892, n. 471. *Laurent*, Principes, t. 16, 5 éd., 1893, n. 360, 363, t. 24, n. 132. *Bufnoir*, Propriété et contrat, p. 61, 62. *Planiol*, Traité, n. 1369. *E. Ripert*, Essai sur la vente commerciale, Paris, 1875, p. 78. *Baudry-Lacantinerie*, Précis, t. II, Paris, 1899, n. 875. *Guillouard*, Traités de la vente et de l'échange, t. I, n. 27, 48, 49.

составленію Кодекса: редакторы, затрудняясь окончательнымъ разрѣшеніемъ вопроса о транскрипціи недвижимостей, все откладывали его къ концу работы, и вотъ, не желая предрѣшать этого вопроса, помѣстили въ art. 1583 указанныя выраженія, чтобы не быть связанными впослѣдствіи[1]).

Что же касается art. 2279 и 1141, то въ нихъ защитники traditio не оцѣнили по достоинству ни общаго значенія этихъ статей, ни требованія bona fides отъ пріобрѣтателя.

Въ самомъ дѣлѣ, французское право, какъ всѣ новыя законодательства и въ отличіе отъ римскаго права, защищаетъ добросовѣстное пріобрѣтеніе движимостей, въ *реальное* владѣніе cum animo domini, признавая пріобрѣтателей собственниками и охраняя ихъ отъ виндикаціонныхъ исковъ, хотя бы вещь была пріобрѣтена и отъ *не*-собственника[2]). Такимъ образомъ, дѣйствительно, покупщикъ, купившій движимую вещь и получившій ее въ свое реальное обладаніе, предпочитается купившему ту же самую вещь хотя бы и раньше, но не потребовавшему передачи ея.

Но дѣло въ томъ, что такое «*предпочтеніе*» дается лишь такому пріобрѣтателю, который дѣйствуетъ *добросовѣстно* (art. 1141). Слѣдовательно, во всѣхъ случаяхъ *недобросовѣстнаго* пріобрѣтенія будетъ имѣть мѣсто виндикація, и такимъ образомъ, абсолютная сила пріобрѣтенія по соглашенію проявится вполнѣ. Кромѣ того, сюда же надо отнести и пріобрѣтеніе—хотя бы и реальное и добросовѣстное—вещей краденыхъ и утерянныхъ; здѣсь также не исключается виндицированіе ихъ[3]).

Такимъ образомъ, если система соглашенія и оказывается *иногда* безсильной противъ третьихъ лицъ, то дѣло здѣсь совсѣмъ

---

[1]) *Locré*, La législation civile, commerciale et criminelle, t. 14, p. 237, n. 8—объясненія *Grenier* въ трибунатѣ. *Demolombe*, Cours, t. 24, n. 439. *Laurent*, Principes, t. 16, n. 360. *Aubry et Rau*, Cours, II, § 207, p. 422, 423.

[2]) Сжатый, но содержательный очеркъ этого вопроса даетъ *Carlin*, Niemand kann auf einen Anderen mehr Recht übertragen, als er selbst hat. Giessen, 1882.

[3]) Подробности опредѣляетъ art. 2280: Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté.

не въ traditio, а въ добросовѣстности пріобрѣтателя и въ особыхъ качествахъ вещи. Что здѣсь дѣйствительно рѣшающее значеніе принадлежитъ не traditio, это доказывается еще и тѣмъ, что указанная защита добросовѣстнаго пріобрѣтенія движимостей имѣетъ мѣсто и въ такихъ законодательствахъ, которыя держатся именно системы traditio. И тамъ пріобрѣтатель, получившій вещь въ руки, предпочитается тому, кто пріобрѣлъ и владѣніе, и собственность, напр., при посредствѣ traditio longa manu или constitutum possessorium'a и т. п.[1]). При обѣихъ системахъ одинаково возможно, что первый пріобрѣтатель дѣлается самымъ настоящимъ собственникомъ, его право вполнѣ дѣйствительно и сильно противъ всѣхъ и каждаго, а продавецъ *теряетъ* это право, онъ *перестаетъ* быть собственникомъ. Но затѣмъ, *если* наступаютъ условія art. 2279 и 1141, то право собственности безъ воли и согласія и стоящаго собственника вещи (въ нашемъ примѣрѣ —*перваго* пріобрѣтателя) пріобрѣтается *вторымъ* пріобрѣтателемъ, который получаетъ вещь отъ *не*-собственника.

Итакъ, въ art. 2279 и 1141 мы имѣемъ совершенно особый способъ пріобрѣтенія права собственности, основываемый на соображеніяхъ цѣлесообразности (споспѣшествованіе торговому обороту) и имѣющій *вполнѣ самостоятельное* мѣсто — въ такой или иной модификаціи — во всѣхъ новыхъ кодексахъ. И во всѣхъ кодексахъ этотъ способъ пріобрѣтенія собственности при столкновеніи беретъ перевѣсъ не только надъ системой соглашенія, но и надъ системой traditio, поскольку и послѣдняя не является *реальной* передачей вещи изъ рукъ въ руки.

Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что art. 2279 и 1141 лишь *количественно* ограничиваютъ дѣйствіе системы соглашенія (равно какъ и системы traditio), но отнюдь не измѣняютъ *принципіальнаго* значенія этихъ системъ: какъ по той, такъ и по другой системѣ пріобрѣтается право одинаково абсолютное. То же обстоятельство, что это право, при извѣстныхъ условіяхъ, можетъ утратиться, не мѣняетъ характера этого права и не умаляетъ

---

[1]) *Laurent*, Principes, t. 16. n. 364, приводитъ обратный примѣръ: вещь передается второму покупщику по правиламъ системы traditio, и все же онъ не получитъ собственности, если это не была передача *реальная*. — Слѣдовательно, дѣло не въ traditio.

значенія того способа, которымъ оно пріобрѣтено: все равно здѣсь утрачивается *абсолютное*, а не относительное право. Въ противномъ случаѣ намъ пришлось бы допустить, что и вообще нѣтъ такого способа, которымъ можно было бы пріобрѣсти право, дѣйствительное противъ третьихъ лицъ: вѣдь и «*предпочитаемый второй покупщикъ*», если только онъ не держитъ свое имущество у себя подъ спудомъ, ничѣмъ не застрахованъ отъ того, что пріобрѣтенная имъ съ побѣдой надъ «*первымъ покупщикомъ*» вещь попадетъ въ руки того же самаго продавца и имъ будетъ продана *и передана*, по всѣмъ правиламъ art. 1141, *третьему* покупщику. Побѣда опять окажется на сторонѣ послѣдняго пріобрѣтателя. Значитъ, и traditio, въ самомъ строгомъ и реальномъ видѣ, безсильна противъ третьихъ лицъ?! Вотъ до чего доводитъ опровергаемое ученіе.

Въ виду изложеннаго, я принимаю слѣдующія положенія: по французскому праву, силою одного лишь соглашенія на пріобрѣтателя переносится не только владѣніе, но и право собственности въ своемъ качествѣ абсолютности и полной дѣйствительности противъ третьихъ лицъ, при чемъ не исключается дѣйствіе и другихъ способовъ пріобрѣтенія права собственности, такъ какъ право неограниченнаго виндицированія движимостей новыми законодательствами отвергнуто.

Въ переводѣ на болѣе конкретный языкъ это означаетъ: силою одного лишь договора, напр., купли-продажи пріобрѣтатель получаетъ: 1) виндикаціонный искъ противъ втораго пріобрѣтателя той же самой вещи, если послѣдній находится in mala fide; 2) виндикаціонный искъ противъ каждаго владѣльца, даже и противъ добросовѣстнаго, если данная вещь была у продавца украдена или имъ утеряна; 3) виндикаціонный искъ противъ кредиторовъ продавца, арестовавшихъ купленную, но еще не полученную нашимъ пріобрѣтателемъ вещь[1]).

А разъ все это такъ, то и самое соглашеніе, въ той его части, которая имѣетъ своимъ содержаніемъ разбираемый эффектъ—переходъ владѣнія и собственности—я считаю правильнымъ квалифицировать, согласно выше изложенной теоріи,—

---

[1]) *Demolombe*, Cours, t. 24, n. 470—472. *Hureaux*, Revue pratique, t. 32, n. 37. *Larombière*, Théorie et pratique des obligations, t. I, n. 18. *Levé*, Code de la vente commerciale, p. 107—109.

какъ *вещный договоръ* и при томъ — договоръ *консенсуальный*. Такъ и называетъ этотъ договоръ новѣйшій французскій цивилистъ, Бюфнуаръ[1]), который говоритъ, что терминъ «*contrat réel*» начинаетъ акклиматизироваться во французской литературѣ.

Наконецъ, намъ остается еще указать на тѣ условія, при которыхъ упомянутый вещный консенсуальный договоръ производитъ описанное нами дѣйствіе, т. е. переходъ владѣнія и права собственности.

Условія эти слѣдующія[2]). Во 1-хъ, должна имѣть мѣсто perfectio договора, т. е., напр., при куплѣ-продажѣ стороны должны придти къ окончательному соглашенію о предметѣ и цѣнѣ (art. 1583).

При этомъ суспензивныя *условія* откладываютъ дѣйствіе договора впредь до исполненія условія[3]); отлагательные же *сроки* такого дѣйствія не имѣютъ: они отсрочиваютъ только *исполненіе* обязательствъ[4]).

Во 2-хъ, вещь должна быть индивидуально опредѣленной,—res in specie[5]),—такъ какъ только такія вещи пригодны для установленія на нихъ вещныхъ правъ: пріобрѣтеніе въ собственность или отдача въ закладъ, напр., *какой нибудь* лошади гнѣдой масти и среднихъ достоинствъ, по самому существу своему не возможны; res in genere могутъ быть объектомъ только обязательственныхъ отношеній. Право же собственности на нихъ устанавливается въ моментъ ихъ индивидуализаціи[6]).

---

[1]) *Bufnoir*, Propriété et contrat, p. 52.

[2]) *Bufnoir*, op cit., p. 46—48.

[3]) Art. 1181: L'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties. — Dans le premier cas, l'obligation ne peut être exécutée qu'après l'événement.—Dans le second cas, l'obligation a son effet du jour où elle a été contractée.

[4]) Art. 1185: Le terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution. Сказанное въ текстѣ говоритъ *Toullier*, Le droit civil français, t. VI, n. 202, note 1, и *Delvincourt*, Cours, t. II, p. 740. Ср. *Planiol*, Traité, I, n 1365.

[5]) *Marcadé*, Explication théorique, t. III, n. 4. *Zachariä*, Handbuch des franz. Civilrechts, Bd. I, § 121, S. 332. Сюда же относится и продажа оптомъ, en bloc, по art. 1586.

[6]) *Laurent*, t. 24, n. 159, t. 16, n. 359, *Bufnoir*, Propriété et con-

Въ 3-хъ, отчуждатель долженъ самъ имѣть право собственности на отчуждаемую вещь: нельзя передать другому то, чего не имѣешь самъ. Art. 1599 постановляетъ: La vente de la chose d'autrui est nulle[1]).

---

trat, p. 46, 47.

Такимъ образомъ продажа генерически опредѣленныхъ вещей—поставка русскаго права и Lieferungsvertrag Прусскаго Ландрехта—вполнѣ возможна и при системѣ соглашенія. Вообще, что касается качествъ объекта, то съ этой стороны система соглашенія никакихъ препятствій и ограниченій для оборота не ставитъ. *Leré*, Code de la vente commerciale, p. 3—7, 15, 16; объектомъ могутъ быть res futurae, res speratae, res in genere, res alienae. Не всѣ только юристы согласны относительно того, въ какой именно моментъ переходитъ право собственности, напр., на вещи, опредѣленныя генерически. *Thaller*, Traité, n. 1024, требуетъ *передачи* вещи. За индивидуализацію *Planiol*, Traité, I, n. 1368. *Baudry-Lacantinerie*, Précis, III, n. 509. *Guillouard*, Traité de la vente et de l'échange, t. I, Paris, 1889, n. 28—47.

[1]) Постановленіе это возбуждаетъ не мало разногласій во французской литературѣ. См., напр.. *Zachariä*, Bd. II, § 331, 2, S. 464 ff. Но разсмотрѣніе ихъ относится къ болѣе широкому вопросу о куплѣ-продажѣ, а не къ спеціальному вопросу о переходѣ права собственности и о системѣ соглашенія. Во всякомъ случаѣ не безынтересно отмѣтить, что отчужденіе чужихъ вещей отнюдь не исключается ни системой соглашенія вообще, ни французскимъ правомъ въ частности. Необходимо только, чтобы договору было дано соотвѣтствующее содержаніе, а именно, — продавецъ можетъ обязаться: или пріобрѣсти сначала для себя вещь и затѣмъ передать ее въ собственность покупщику, или же—склонить собственника къ передачѣ вещи покупщику *Planiol*, Traité, II, n. 1476. *Molitor*, Les obligations en droit romain, n. 74, p. 112, 113, n. 383, p. 486. Молиторъ, кромѣ, того, считаетъ art. 1599 не примѣнимымъ къ *торговой* куплѣ-продажѣ; но это мнѣніе почти всѣми отвергается. *Laurent*, Principes, t. 24, n. 104—107. Авторъ видитъ здѣсь не куплю-продажу, а contractus innominatus. Къ этому послѣднему утвержденію присоединяюсь и я: если стороны заключаютъ договоръ именно *купли-продажи* безъ дальнѣйшихъ оговорокъ, то это указываетъ на ихъ волю немедленно передать и получить право собственности. Но такой договоръ относительно чужой вещи не возможенъ. Здѣсь, какъ указано выше, договоръ долженъ направляться или на предварительное пріобрѣтеніе вещи продавцомъ, или на склоненіе собственника вещи къ ея продажѣ. Но такой договоръ, дѣйствительно, нельзя назвать куплей-продажей въ виду отсутствія самаго характернаго ея признака: соглашенія о передачѣ и пріобрѣтеніи собственности. Поэтому договоръ этотъ, какъ спеціально въ законѣ не опредѣленный, и является однимъ изъ contractus innominatus. Законовъ для него служитъ

Вотъ при наличности этихъ условій соглашеніе сторонъ объ отчужденіи вещи и производитъ описанное дѣйствіе, равное дѣйствію, производимому «традиціей»[1]).

Но законъ о такомъ дѣйствіи соглашенія принадлежитъ къ категоріи не принудительныхъ, а диспозитивныхъ нормъ. Поэтому всецѣло отъ воли и интересовъ сторонъ зависитъ опре-

---

общее постановленіе art. 1134 C. civ. Кромѣ того, Лоранъ совершенно правильно указываетъ на большое значеніе во всемъ этомъ вопросѣ, которое имѣетъ art. 2279. Ibidem, n. 110. См. еще по этому вопросу *Baudry-Lacantinerie*, Précis, t. III, n. 501 Это ограниченіе содержанія договора или обязательства не является особенностью системы соглашенія: и при системѣ traditio продавецъ чужой вещи ни къ чему большему обязаться не можетъ *Dernburg*, Pand. II, § 94, II, 1: Der Verkäufer ist verbunden, sie (fremde Sache) zu beschaffen, und wenn ihm dies nicht möglich ist, zur Schadloshaltung des Käufers verpflichtet. Прусскій Ландрехтъ, I, 5, § 46 ff., I, 11, §§ 19, 139, 159, 160. *Förster-Eccius*, Preussisches Privatrecht, Bd. II, S. 49, 50. *Dernburg*, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts, Bd. II, 5 Aufl., Halle, 1897, § 134, S. 348. *Treitschke*, Der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel nach römischem Rechte und den wichtigsten neueren Gesetzgebungen, Aufl. 2, Gera, 1865, § 9, S. 34. *Koch*, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, 8 Aufl., Berlin-Leipzig, Bd. I, 1884, S. 722, Anm. 24. Австр. Уложеніе, § 923. Саксонское Уложеніе, § 798. Новое Общегерманское Уложеніе обходитъ этотъ вопросъ молчаніемъ, но, по основательному предположенію Дернбурга, держится такихъ же началъ, какъ и римское право. *Dernburg*, Das bürgerl. Recht des Deutschen Reichs, Bd. II, Abtheil. 2, § 169, S. 7. Motive, Bd. II, S. 181. Такимъ образомъ различіе между обѣими системами лишь формальное: при системѣ соглашенія *купля-продажа* чужихъ вещей не возможна, а *отчужденіе* допускается свободно; при системѣ же traditio *и купля-продажа* чужихъ вещей возможна. Оборотъ отъ этого различія нисколько не терпитъ. См. еще *Zachariä*, Handbuch, II, § 329 о запродажѣ, art. 1589, и о другихъ модификаціяхъ въ содержаніи договора купли-продажи.

[1]) При всемъ этомъ необходимо однако постоянно имѣть въ виду правила о доказательствахъ на тотъ случай, если возникнетъ споръ о самомъ фактѣ заключенія договора или же о его содержаніи. Это также одинаково относится и къ системѣ traditio; и эта слишкомъ рѣдко оставляетъ *матеріальные* слѣды заключенія сдѣлки.

Французскій Code civil, art. 1341, допускаетъ свидѣтельскія показанія лишь при цѣнѣ иска не свыше 150 франковъ; въ остальныхъ случаяхъ необходима письменная форма. *Mourlon*, Répétitions écrites, t. III, n. 494. *Bufnoir*, Propriété et contrat, p. 57.

дѣлить дѣйствіе соглашенія и какъ нибудь иначе[1]), напр.,—поставить переходъ права собственности въ необходимость отъ передачи, отъ traditio!—система соглашенія не завистлива.

Эта, такъ сказать, гибкость и эластичность системы соглашенія, способность ея служить всевозможнымъ цѣлямъ и интересамъ не можетъ не быть признанной большимъ достоинствомъ въ глазахъ живаго и подвижнаго торговаго оборота.

Такова система соглашенія въ томъ ея видѣ, въ какомъ она установлена французскимъ гражданскимъ Кодексомъ.

Теперь уже единогласно признается, что такова же она и во французскомъ *торговомъ* правѣ.

Въ самомъ дѣлѣ, въ пользу необходимости traditio для торговой купли-продажи высказались только Деламарръ и Ле Пуатвенъ[2]). Но это единственное мнѣніе никѣмъ не раздѣляется за исключеніемъ, впрочемъ, нашей Редакціонной Коммисіи по составленію новаго гражданскаго уложенія[3]).

Насколько основательно это мнѣніе, видно изъ нижеслѣдующаго.

Указанные авторы ссылаются на выраженіе оффиціальныхъ мотивовъ къ французскому торговому кодексу. Дѣйствительно, у Локрэ[4]) ясно сказано: «*нужна передача*». Но почему она нужна? Оффиціальные «мотивы» не приводятъ никакихъ мотивовъ. А вѣдь нельзя же, *безъ дальнѣйшихъ основаній* выраженіямъ «мотивовъ» придавать значеніе закона. Кромѣ того, важно еще и то, что также въ мотивахъ,—хотя, правда, и къ *гражданскому* кодексу,—говорится, что система соглашенія вообще цѣлесообразная для гражданскаго права, *еще болѣе благопріятна для*

---

[1]) *Baudry-Lacantinerie*, Précis de droit civil, t. III, Paris, 1900, p. 281. *Levé*, Code de la vente commerciale, Paris, 1892, p. 77, 78, 105. *Planiol*, Traité, I, n. 1366. Это мнѣніе имѣетъ основаніе и въ законѣ, какъ это видно изъ art. 1134 C. civ.: Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.—Elles ne peuvent être revoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que loi autorise.—Elles doivent être exécutées de bonne foi. См. еще *Couetoux*, Des Achats et Ventes, p. 129, 130, 141 et suiv. *Zachariä*, Handbuch, Bd. I, § 121, S. 333.

[2]) *Delamarre et Le Poitvin*, Traité théorique de droit commercial, Paris, 1861, t. IV, n. 49, 132.

[3]) Объясненія къ книгѣ 5, т. I, стр. 491.

[4]) *Locré*, La législation, t. 17, p. 43, n. 19.

торговаго права, такъ какъ она значительно облегчаетъ торговый оборотъ[1]).

Затѣмъ, Локрэ разсказываетъ, что по одному частному вопросу о примѣненіи торговыхъ и гражданскихъ законовъ былъ запрошенъ французскій Conseil d'état. Разсмотрѣвъ этотъ вопросъ вообще, Conseil d'état издалъ слѣдующій avis (въ концѣ 1811 года): «коммерческіе суды должны судить и рѣшать возникающіе вопросы сообразно своему убѣжденію на основаніи выраженій и духа кодекса; и, въ случаѣ молчанія послѣдняго,— на основаніи общаго права и торговыхъ обычаевъ»[2]).

Однако этотъ avis не былъ опубликованъ въ Bulletin des lois, и вотъ нѣкоторые объясняютъ это тѣмъ, что сразу была замѣчена его ошибочность. Но въ курсѣ торговаго права Ліонъ Кана приводится *совершенно сходное* съ этимъ avis мнѣніе Локрэ, а онъ, будучи секретаремъ Conseil d'état, былъ, конечно, хорошо освѣдомленъ по данному вопросу»[3]).

А вотъ еще также оффиціальный мотивъ къ закону 23 мая 1863 г. о залогѣ: «авторы торговаго кодекса приняли, по всѣмъ вопросамъ, за основу своей работы принципы и правила гражданскаго кодекса, не считая даже нужными спеціальныя ссылки на него; при этомъ стремились только дополнить ихъ или измѣнить, когда это вызывается потребностями торговли»[4]).

Такимъ образомъ, на почвѣ оффиціальныхъ мотивовъ опровергаемое мнѣніе опоры не находитъ.

Не находитъ оно ея и въ ученіи о взаимномъ соотношеніи источниковъ гражданскаго и торговаго права.

Изъ французскихъ писателей, напр., Пардессю располагалъ источники торговаго права въ слѣдующемъ порядкѣ: 1) торговый кодексъ, 2) общее право, насколько оно примѣнимо къ торговлѣ и не измѣнено спеціальными законами, 3) обычаи торговли, когда законъ молчитъ. И затѣмъ о нѣкоторыхъ сдѣл-

---

[1]) *Portalis*, Discours, rapports et travaux inédits sur le code civil, Paris, 1844, Exposé des motifs du projet de loi, relatif à la forme et à la nature de la vente, p. 238.

[2]) *Locré*, Esprit du code de commerce, Paris, 1812, t. VII, p. 7, 8.

[3]) *Lyon-Caen et Renault*, Traité de droit commercial, 2 éd., t. I, Paris, 1889, n. 75.

[4]) Ibidem.

кахъ,— въ томъ числѣ и о куплѣ-продажѣ,— названный авторъ говоритъ, что онѣ регулируются общимъ правомъ, *кромѣ особенностей, вносимыхъ торговыми законами*[1]).

Каковы же тѣ законы, которые сюда относятся?

Code de commerce куплѣ-продажѣ посвящаетъ всего лишь одну статью,— art. 109,— да и та говоритъ не о переходѣ права собственности, а о способахъ *доказыванія* этой сдѣлки.

Ліонъ-Канъ въ названномъ своемъ курсѣ устанавливаетъ, правда, иной (и, кажется, болѣе правильный) порядокъ источниковъ торговаго права: торговые обычаи поставлены выше гражданскихъ законовъ[2]). Но рѣшеніе нашего главнаго вопроса отъ этого не мѣняется: многія сдѣлки почти не были опредѣлены въ торговомъ кодексѣ именно въ разсчетѣ на кодексъ гражданскій. Такова именно и купля-продажа. И вообще гражданскіе законы должны быть примѣняемы всюду, гдѣ потребности торговли не требуютъ иныхъ нормъ. Что нѣтъ торговыхъ *законовъ*, вводящихъ эти иныя нормы, это мы уже видѣли. Но, можетъ быть, есть такіе обычаи? Однако ихъ никто не указываетъ. Изъ характера же торговыхъ отношеній необходимость traditio также не вытекаетъ[3]).

---

[1]) *Pardessus*, Cours de droit commercial, t. I, Paris, 1825, p. 225—229.

[2]) *Lyon-Caen et Renault*, op. cit., t. I. n. 79, 82.

[3]) *Portalis*, Discours, p. 238. *Lyon-Caen et Renault*, Traité, I, n. 74, 75. *Bédarride*, Droit commercial, Paris, 1862, livre 1, titre 7, n. 115. *Ripert*, Essai sur la vente commerciale, p. 78. *Rivière*, Répétitions écrites sur le code de commerce, 4 éd., Paris, 1865, p. 12—14, 263, 265, 269, 270. *Persil et Croissant*, Commentaire sur les commissionnaires et sur les achats et ventes, Paris, 1836, p. 280. *Couetoux*, Des Achats et ventes de marchandises entre commerçants, Paris, 1874, p. 135 et suiv. *Alauzet*, Commentaire du code de commerce et de la législation commerciale, t. I, 2 éd., Paris, 1868, n. 9, t. II, éd. 1856, n. 558, 560, 565, t. III, 1868, n. 1196. *Massé*. Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil, 3 éd., t. III. 1874, n. 1591. *Boistel*, Manuel de droit commercial, Paris, 1887, n. 24, 450. *Levé*, Code de la vente commerciale, Paris, 1892, p. 77, 101, 102. *Valabrègue*, Nouveau cours de droit commercial, Paris, 1898, n. 1, 11, 226, 227. *Boeuf*, Résumé de répétitions écrites sur le droit commercial et maritime, 15 éd., Paris, 1901, Introduction, p. VI, VII, p. 176, Ero æ Résumé sur le code civil, t. I, 4 éd., Paris, 1900, p. 487, 488, *Thaller*. Traité, 1900, n. 48, 998, 1008.

Таково мнѣніе всѣхъ юристовъ. Такова же и судебная практика[1]).

Теперь, прежде чѣмъ перейти къ другимъ законодательствамъ, мы бросимъ еще взглядъ на вопросъ, пока не стоящій въ непосредственномъ отношеніи къ системѣ соглашенія, но имѣющій большое значеніе для расчистки пути къ разсмотрѣнію русскаго законодательства. Здѣсь я имѣю въ виду развитіе *реальнаго* владѣнія. Мы уже видѣли, какіе значительные успѣхи оно сдѣлало въ каноническомъ правѣ и въ судебной практикѣ Общаго права въ Германіи.

Что создано въ этомъ направленіи французскимъ юридическимъ геніемъ? — Къ сожалѣнію, приходится констатировать, что въ этомъ отношеніи французское право не только не пошло впередъ и не восприняло результатовъ, добытыхъ міровымъ законодательствомъ римскимъ, а даже наоборотъ: французское право, что касается реальнаго владѣнія, пошло, съ моей точки зрѣнія, назадъ. Въ самомъ дѣлѣ, во Франціи, гдѣ раньше, чѣмъ гдѣ бы то ни было на континентѣ, идея равенства приняла форму закона,— гдѣ весь народъ боролся не на жизнь, а на смерть противъ всякаго рода привилегій и преимуществъ и гдѣ эти привилегіи (право майоратовъ, субституцій и т. п.) съ жаромъ уничтожались законами революціоннаго періода[2]),— въ этой самой Франціи владѣніе и владѣльческая защита предоставлены *исключительно* однимъ только собственникамъ! Всѣ же остальные обладатели чужаго имущества — арендаторы, наниматели, поклажепринимthemли и т. п.— владѣльцами не признаются[3]). Даже закладопринимatели, которымъ римское право

---

[1]) *Sirey*, Code de commerce annoté, Paris, 1820, p. 2. *Lyon-Caen*, Traité, I, n. 75.

[2]) *Шершеневичъ*, Курсъ гражданскаго права, т. I, вып. 2, стр. 252, 253.

[3]) Одинъ только *Troplong* въ каждой detentio видитъ владѣніе. См., напр., его Le droit civil, De la prescription, t. I, n. 239. Но всѣ остальные комментаторы приписываютъ владѣніе только собственнику. Такъ главнымъ образомъ *Laurent*, Principes, t. 32, n. 263. Основаніемъ для обѣихъ мнѣній служитъ одинъ и тотъ же art. 2236: Ceux qui possèdent pour autrui, ne prescrivent jamais, par quelque laps de temps que ce soit. — Ainsi le fermier, le dépositaire, l'usufruitier, et tous autres qui détiennent précairement la chose du propriétaire, ne peuvent la prescrire.— Тролонъ говоритъ: здѣсь о фермерахъ, депозитарахъ и т. п. говорится, что они «*владѣютъ*»; но

давало интердикты, и тѣ ихъ теперь не имѣютъ.— Не даромъ геніальный Кодексъ получаетъ упреки въ капиталистическихъ симпатіяхъ[1]).

Такимъ образомъ французское право не является для насъ посредствующимъ звеномъ въ исторіи *реальнаго* владѣнія: здѣсь культивируется только владѣніе *собственническое*.

В. Итальянское право.

Французская система соглашенія принята также итальянскимъ уложеніемъ[2]).

Вообще о переходѣ права собственности на пріобрѣтателя дѣйствіемъ одного лишь соглашенія говоритъ ст. 1125.

Въ переводѣ Зарудnаго[3]) она гласитъ:

Лоранъ возражаетъ: законъ говоритъ, что эти лица владѣютъ *для другаго*, слѣдовательно, только это другое лицо и имѣетъ владѣніе. Тролонъ ссылается еще и на art. 2228, въ которомъ владѣніе опредѣляется, какъ detentio: La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom. Но Лоранъ и здѣсь не видитъ основанія для мнѣнія Тролона: хотя законъ и характеризуетъ владѣніе детенціей, но онъ не говоритъ, что каждая detentio есть владѣніе. Эти «*другіе*», черезъ которыхъ собственникъ владѣетъ, являются прекарными детенторами, не болѣе, и при этомъ если собственникъ владѣетъ черезъ фермера, то не возможно, по французскому праву, чтобъ и этотъ фермеръ имѣлъ владѣніе. Тролонъ, наконецъ, говоритъ: фермеръ, отдавшій вещь другому въ подънаемъ, самъ владѣетъ черезъ этого подъ-нанимателя. Но Лоранъ и съ этимъ не соглашается. По закону владѣетъ только собственникъ, а фермеръ, отдавшій вещь другому, не имѣетъ даже и detentio. Этого же мнѣнія держатся *Belime*, Traité du droit de possession, n. 7, 45, *Boitard*, Leçons, I, n. 630, *Duranton*, Cours, t. 21, n. 190. Буатаръ, n. 625, говоритъ, что старые французскіе юристы больше проникались римскими идеями о владѣніи, чѣмъ новшествами каноническаго права. А я нахожу, что даже и римское право въ этомъ отношеніи не оказало достаточнаго вліянія. См. еще *Aubry et Rau*, Cours, t. II, Paris, 1897, § 180, p. 121, 125.

[1]) *Шершеневичъ*, Курсъ гражд. права, т. I, вып. 2, стр. 263.

[2]) *Зарудный*, Гражданское уложеніе Итальянскаго королевства и русскіе гражданскіе законы. Часть 2, СПБ., 1869, стр. 106, 107.

[3]) *Зарудный*, op. cit., часть 1. По этому же переводу я буду цитировать и другія статьи Итальянскаго уложенія.

«Въ договорахъ, имѣющихъ предметомъ передачу собственности или другого права, собственность или право передается и пріобрѣтается дѣйствіемъ выраженнаго законно согласія, и вещь остается на страхѣ и рискѣ пріобрѣтателя, хотя бы передача ея еще не послѣдовала».

Относительно купли-продажи то же самое постановляетъ ст. 1448:

«Продажа считается совершившеюся между сторонами, и право собственности пріобрѣтается по закону покупщикомъ въ отношеніи къ продавцу въ минуту совершенія условія относительно вещи и ея стоимости, хотя еще не послѣдовало ни передачи вещи, ни уплаты ея стоимости».

Наконецъ, тѣ же правила, по ст. 1550, примѣняются и къ мѣнѣ:

«Мѣна приводится въ дѣйствіе вслѣдствіе простаго согласія, какъ и продажа».

Во всемъ этомъ сказалось огромное вліяніе Кодекса Наполеона[1]).

Что касается владѣнія, то Итальянское уложеніе, подобно французскому кодексу, также для понятія владѣнія требуетъ *собственнической* воли (ст. 685—687). Но въ то же время отъ насилія и скрытнаго захвата имущества (движимаго или недвижимаго) защищается *каждый* даже противъ собственника (ст. 695, 696). Въ остальномъ о владѣніи по Итальянскому уложенію слѣдуетъ сказать то же самое, что было сказано о владѣніи по французскому кодексу.

С. Англійское право.

Англійское право также для перехода права собственности на движимыя имущества считаетъ достаточнымъ одно согласіе[2]).

Эта система, имѣвшая мѣсто въ обычномъ правѣ, какъ почти вся масса гражданскаго права въ Англіи, въ послѣднее время подтверждена положительнымъ закономъ, относящимся къ куплѣ-продажѣ.

---

[1]) *Шершеневичъ*, Курсъ гражданскаго права, т. I. вып. 2, стр. 273—277.

[2]) *W. Blackstone*, Commentaires sur les lois anglaises, перев. съ 15 изд. *Chompré*, t. III, Paris, 1823, p. 441 ss., 446. *Pavitt*, Le droit anglais codifié, Paris, 1885, p. 47, 61.

Законъ этотъ—Sale of Goods Act 1893[1]). Къ нашему вопросу непосредственное отношеніе имѣютъ §§ 16—18: если нѣтъ условій, и если вещь опредѣлена индивидуально, то право собственности на нее переходитъ въ моментъ соглашенія сторонъ объ этомъ переходѣ. Въ этихъ же параграфахъ предусматриваются и различныя модификаціи, могущія при этомъ имѣть мѣсто[2]).

Очень замѣчательнымъ въ англійскомъ правѣ мнѣ кажется то, что и здѣсь въ началѣ исторіи, какъ и всюду, считалась необходимой traditio[3]), но затѣмъ, начиная уже со второй половины 15-го вѣка, въ Англіи устанавливается система соглашенія[4]),— устанавливается не законодателемъ,— можетъ быть, воспитавшимся на римскомъ правѣ,— а *самой жизнью*, путемъ *обычаевъ*.

Это послѣднее обстоятельство является въ моихъ глазахъ весьма внушительнымъ аргументомъ въ пользу цѣлесообразности и жизнеспособности системы соглашенія вообще: иначе англійское право не ввело бы у себя этой системы.

Что касается института владѣнія въ англійскомъ правѣ

---

[1]) Я цитирую этотъ законъ по французскому переводу *Levy-Ullmann* и *Barclay*. La législation anglaise sur la vente des meubles, Paris, 1896. См. еще *Wertheim*, Wörterbuch des Englischen Rechts, Berlin, 1899, S. 487—491. *Lehr*, Éléments de droit civil anglais, Appendice renfermant l'exposé des modifications apportées au droit civil anglais depuis 1885, par *Dumas*, Paris, 1899, n. 627—632, p. 31, 32. *Inhülsen*, Die neue gesetzliche Formulierung der englischen Rechtssätze über den Warenkauf, Zeitschrift für Internationales Privat- und Strafrecht, Bd. VI, S. 290, Bd. VII, S. 213. Объ этомъ новомъ англійскомъ законѣ съ большой похвалой отзывается *Lyon-Caen*, Seances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, Décembre 1894, p. 821, 822, хотя разбора по существу и не дается.

[2]) Подробности излагаетъ *Inhülsen*, loc. cit., Bd. VII, S. 214 ff.

[3]) Объ этомъ свидѣтельствуетъ выдающійся англійскій юристъ 13 вѣка *Bracton* въ своей книгѣ De legibus et consuetudinibus Angliae libri quinque. Онъ говоритъ (fol. 11b): Item donationum alia incepta et non perfecta, ut si de donatione convenerint, et instrumentum inde confectum fuerit et homagium captum tamen non sufficiunt haec omnia, nisi traditio subsequatur. Я цитирую по книгѣ *Gundermann'a*, Englisches Privatrecht, I Theil, Besitz und Eigenthum in England, Tübingen, 1864, S. 204, Anm. 9.

[4]) *Inhülsen*, op. cit., Bd. VII, S. 213.

то и здѣсь повторяется многое такое, что мы видѣли уже въ правѣ римскомъ: corpus, animus, apprehensio, владѣніе чрезъ представителя[1]). Но вмѣстѣ съ тѣмъ есть и важныя отличія. Такъ, владѣніе въ Англіи не выработалось въ такой строго очерченный и самостоятельный институтъ, какой мы видѣли въ римскомъ правѣ.— Прежде всего, что касается движимыхъ имуществъ, то владѣніе ими совсѣмъ не выступаетъ отдѣльно отъ права собственности[2]). Въ отношеніи же недвижимости владѣніе, прежде всего, не отличается единствомъ понятія, а представляетъ изъ себя нѣкоторую скалу различныхъ модификацій: напр., seisin наслѣдственнаго владѣльца, possessio срочнаго арендатора и т. п.[3]). При всемъ этомъ необходимо затемняется и вопросъ о защитѣ *владѣнія самого по себѣ*: указанные выше англійскіе юристы указываютъ какъ на особенность своего права, на возможность представлять возраженія о правѣ собственности противъ владѣльческаго иска. По этому не совсѣмъ правъ Гундерманнъ, когда онъ въ англійскомъ правѣ находитъ подобіе actio spolii[4]). Срочному арендатору и самъ Гундерманъ приписываетъ *вещный* искъ, а не спеціально владѣльческій[5]).

Такимъ образомъ по вопросу о владѣніи и англійское законодательство, еще во многомъ сохраняющее остатки прежняго феодальнаго режима, даетъ намъ также мало поучительнаго, какъ и законодательство французское,— хотя и по другимъ причинамъ.

Наконецъ, не мѣшаетъ отмѣтить тотъ фактъ, что англійское право дѣйствуетъ кромѣ Англіи, еще въ Сѣверо-американскихъ Соединенныхъ штатахъ, за исключеніемъ лишь весьма

---

[1]) *Markby*, Elements of law, 2 éd., 1874, ch. VIII, p. 166 ss. *Holland*, The Elements of Jurisprudence, 1880, p. 123 ss., 127—129. *Holmes*, The common Law, 1882, lect. VI, p. 206 ss. *Gundermann*, Englisches Privatrecht, I, S. 312.

[2]) *Randa*, Der Besitz, § 1, Anm. 13b, S. 18, 19.

[3]) *Gundermann*, op. cit., S. 309, 310, 314.

[4]) *Gundermann*, op. cit., S. 224. Противъ него и *Randa*, Der Besitz, § 1, Anm. 13b.

[5]) *Gundermann*, op. cit., S. 310. Ср. и *Holland*, loc. cit., — derivative possession.

немногихъ отдѣльныхъ штатовъ[1]). Тамъ же дѣйствуетъ поэтому и система соглашенія[2]).

§ 3. Система traditio въ новыхъ законодательствахъ.

Здѣсь я имѣю въ виду главнымъ образомъ Прусскій Ландрехтъ, Австрійское и Саксонское уложенія и, наконецъ, новое Общегерманское уложеніе.

Въ названныхъ кодексахъ, подлежащихъ обсужденію въ этомъ параграфѣ, система traditio, какъ и въ Римѣ, всецѣло покоится на институтѣ владѣнія, а этотъ послѣдній, подъ вліяніемъ различныхъ началъ, сложился весьма различно въ отдѣльныхъ кодексахъ[3]): въ однихъ много сходства съ тѣмъ, что мы видѣли въ Римѣ, въ другихъ—существенныя отличія.

Поэтому, чтобы лучше расчистить почву для изложенія нашего главнаго вопроса, вопроса о traditio, я начну съ ученія о владѣніи.

А. Древне-германская Gewere.

Однимъ изъ составныхъ элементовъ, вошедшихъ въ большей или меньшей степени въ понятіе владѣнія по новымъ кодексамъ, является древне-германская Gewere.

Къ сожалѣнію, понятіе Gewere и до сихъ поръ, не смотря на массу потраченныхъ силъ, остается невыясненнымъ и спорнымъ[4]).

Одинъ изъ выдающихся современныхъ германистовъ, Гирке, опредѣляетъ понятіе Gewere слѣдующимъ образомъ[5]).

Gewere, какъ это показываетъ и самое названіе, представ-

---

[1]) *Шершеневичъ*, Курсъ гражд. права, т. I, вып. 2, стр. 353.

[2]) *Васьковскій*, Учебникъ гражд. права, вып. 2, 1896, стр. 135.

[3]) *Franken*, Lehrbuch des Deutschen Privatrechts, 1894, § 50, S. 383.

[4]) *Franken*, Lehrbuch, § 20, S. 171. Невыясненность понятія Gewere объясняется, между прочимъ и тѣмъ, что этотъ институтъ, какъ и другіе, не оставался одинаковымъ въ теченіе цѣлаго ряда столѣтій своего существованія.

[5]) *Gierke*, Die Redeutung des Fahrnissbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena, 1897, S. 2, 3.

ляетъ изъ себя внѣшнее одѣяніе (vestitura) вещнаго права. Прежде всего здѣсь имѣется въ виду фактическая власть надъ вещью, но это не исключительно такъ: еще въ раннюю эпоху германской исторіи Gewere начала принимать характеръ правоваго отношенія къ вещи и выработалась, въ концѣ концовъ, въ общую внѣшнюю форму, въ которой проявлялись различныя вещныя права[1]), при чемъ, въ зависимости отъ различія матеріальныхъ вещныхъ правъ, принимала различную форму и представлявшая собою эти права Gewere. Въ тѣхъ случаяхъ, когда имѣло мѣсто реальное обладаніе, Gewere называлась тѣлесной (leibliche Gewere); юридическое обладаніе называлось идеальной Gewere (ideelle Gewere). Послѣдняя имѣла мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда собственникъ не лично эксплоатировалъ свое имущество, а отдавалъ его другимъ за какое либо вознагражденіе[2]).

Что касается въ частности движимыхъ вещей, то нѣкоторые писатели относятъ понятіе Gewere вообще только къ вещамъ недвижимымъ, подводя движимыя вещи подъ Gewere владѣльца того земельнаго участка, на которомъ эти движимости находятся[3]).

---

[1]) *Schulte* говоритъ слѣдующимъ образомъ: Gewere не совпадала съ вещнымъ правомъ и сама не была особымъ правомъ; Gewere обозначала *фактъ осуществленія права на вещь*. Lehrbuch der Deutschen Reichs- und Rechtsgeschichte, S. 473.

[2]) *Stobbe*, Handbüch des Deutschen Privatrechts, Bd. II, Berlin, 1883, § 72, S. 12, 14. *Heusler*, Institutionen des Deutschen Privatrechts, Bd. II, 1886, § 113, S. 189. *Schröder*, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 2 Aufl., 1894, § 35, S. 267. *Gerber*, System des Deutschen Privatrechts, 17 Aufl., Jena, 1895, § 68, S. 124, 125. *Laband*, Die vermögensrechtlichen Klagen, S. 164, 165. *Franken*, Lehrbuch, S. 171. *Beseler*, System des gemeinen deutschen Privatrechts, I, Berlin, 1873, § 79, S. 283. *Gengler*, Das Deutsche Privatrecht, 4 Aufl., Erlangen und Leipzig, 1892, § 38, S. 130.

Такъ, напр., изъ приведенныхъ авторовъ Штоббе выражается слѣдующимъ образомъ: Die Gewere hat, wer das Gut in Nutz und Gelde hat und den Zins daraus nimmt. А Герберъ говоритъ, что для наличности Gewere нуженъ не animus domini, а animus utendi fruendi: поэтому Герберъ признаетъ Gewere и за арендаторами. То же объ animus'ѣ говоритъ и *Gengler*, op. cit., S. 131, Ziff. 3.

[3]) *Stobbe*, Handbuch, II, S. 13.

Но, напр., Гёйзлеръ признаетъ и вполнѣ самостоятельную Gewere на движимыя вещи: нужно только имѣть такую вещь въ своихъ рукахъ, въ своей *дѣйствительной* власти[1]),— понятіе грубое, говоритъ Франкенъ, но надо имѣть въ виду, что первые германцы стояли на еще болѣе ранней ступени развитія своего права, чѣмъ первые поселенцы Италіи, положившіе начало древне-римскому праву[2]).

Таково приблизительно понятіе Gewere или владѣнія по германскому праву.

Въ общемъ оно было шире, чѣмъ въ Римѣ, и это обстоятельство оказало впослѣдствіи, какъ увѣряютъ германисты, большое вліяніе на практику общаго права, чѣмъ, впрочемъ, не отрицается и вліяніе каноническаго права[3]).

Что касается затѣмъ самостоятельной защиты Gewere вообще, то въ началѣ германской исторіи ея не было. Gewere имѣла своимъ слѣдствіемъ лишь процессуальныя преимущества въ доказываніи иска. Защита Gewere появляется только въ 13 вѣкѣ[4]).

Но идемъ дальше. Такъ какъ Gewere была внѣшней формой вещныхъ правъ, то вполнѣ послѣдовательно было то положеніе, по которому для пріобрѣтенія какого нибудь вещнаго права,— напр., права собственности,— было необходимо пріобрѣтеніе Gewere. При этомъ для пріобрѣтенія движимыхъ вещей нужна была *тѣлесная* Gewere, замѣтная внѣшнимъ образомъ перемѣна держанія вещи, а для пріобрѣтенія недвижимостей служила главныхъ образомъ *идеальная* Gewere[5]).— Вотъ и система traditio, которая вполнѣ соотвѣтствовала тому состоянію права, какое мы видимъ у древне-германскихъ племенъ: тогда внѣшняя сторона правоотношеній стояла на первомъ планѣ, а

---

[1]) *Heusler*, Institutionen, II, § 113, S. 189, 190. *Schröder*, Lehrbuch, § 61, S. 685, 686. *Stobbe*, Handbuch, II, § 72, S 13. *Gengler*, Das Deutsche Privatrecht, S. 132.

[2]) *Franken*, Das französische Pfandrecht, I, S. 292.

[3]) *Stobbe*, Handbuch, II, § 75, Ziff. 3, S. 32, 33.

[4]) *Gerber*, System, § 68, S. 125. *Stobbe*, Handbuch, II, § 72, S. 10, 11, § 75, S. 30 ff.

[5]) *Gierke*, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes, S. 12.

юридическая отступала на второй[1]). Тѣмъ же примитивнымъ характеромъ права объясняется и то, что понятіе Gewere служило въ тѣ отдаленныя времена средствомъ или орудіемъ *юридической техники*: оперировать надъ неуловимыми внутренними признаками каждаго матеріальнаго права было не подъ силу тогдашней юриспруденціи и потому она предпочитала обращаться къ внѣшней формѣ проявленія права, къ Gewere[2]).

Всѣ эти факты вполнѣ подтверждаютъ поддерживаемую мною теорію матеріализма примитивныхъ институтовъ права.

Описанные элементы германскаго владѣнія столкнулись во время рецепціи римскаго права съ институтомъ владѣнія, который выработался въ Римѣ и модифицировался у канонистовъ.

Изъ этого сложнаго матеріала и черпали свои опредѣленія всѣ новые кодексы, отдавая преимущество и перевѣсъ то чисторимскому праву, то послѣдующимъ измѣненіямъ его въ судебной практикѣ на германской почвѣ[3]).

Римское право выдвинуло главнымъ образомъ вопросъ о владѣльческой защитѣ, тогда какъ германская Gewere, какъ сказано выше, этого вопроса особенно не касалась, ограничиваясь вліяніемъ на постановку и распредѣленіе доказательствъ въ процессѣ[4]).

Такимъ образомъ въ общемъ надо сказать, что дальнѣйшее развитіе чистонаціональнаго германскаго института владѣнія въ эпоху рецепціи римскаго права пріостановилось[5]).

---

[1]) *Gerber*, System, § 61, S. 108. *Schulte*, Lehrbuch, § 146, S. 469, говоритъ, что древне-германское право меньше развило точныя юридическія понятія, чѣмъ разнообразныя *формы* отношеній, и вообще въ древне-германскомъ вещномъ правѣ далеко не вполнѣ точно разграничивались право и фактъ.

[2]) *Gerber*, System, § 61, S. 109.

[3]) *Stobbe*, Handbuch, II, S. 31, 32. *Förster-Eccius*, Preussisches Privatrecht, Bd. III, Berlin, 1896, § 157, S. 17. *Beseler*, System, § 80, S. 286, 287. *Franken*, Lehrbuch, S. 174 ff., 383. *Gengler*, Das D. Privatrecht, § 39, S. 135. *Heydemann*, Einleitung in das System des Preussischen Civilrechts, Bd. I, 1861, S. 325 f.

[4]) *Stobbe*, Handbuch, II, S. 30. Кромѣ того, римское право внесло *однообразіе* въ нормы о владѣніи движимостями и недвижимостями. S. 40.

[5]) *Siegel*, Deutsche Rechtsgeschichte. Berlin, 1895, § 144, S. 404.

Сейчасъ мы увидимъ, въ какія разнообразныя формы вылилось владѣніе въ новыхъ кодексахъ.

Сравнительно въ наибольшемъ соотвѣтствіи съ результатами, достигнутыми исторіей владѣнія, оказывается Прусскій Ландрехтъ 1794 г.

B. Прусскій Ландрехтъ.

Институтъ владѣнія поставленъ въ этомъ Ландрехтѣ слѣдующимъ образомъ.

Ландрехтъ, какъ и римское право, знаетъ двоякое отношеніе лица къ вещи: detentio или держаніе и владѣніе въ собственномъ смыслѣ. Но граница между ними теперь проводится совсѣмъ другая[1]).

Такъ, по опредѣленію Дернбурга[2]), detentio или Gewahrsam представляетъ изъ себя внѣшнимъ образомъ замѣтное держаніе вещи кѣмъ либо въ своемъ фактическомъ распоряженіи, владѣніемъ же называется такая же фактическая власть, но соединенная съ волей осуществлять ее *для себя*[3]).

Такимъ образомъ понятіе владѣнія по прусскому праву гораздо шире, чѣмъ это было по праву римскому: теперь для понятія владѣнія отнюдь не нуженъ animus domini, совершенно достаточенъ animus rem sibi habendi въ самомъ широкомъ смыслѣ этого термина: область detentio ограничивается однимъ обладаніемъ для другаго, т. е. обладаніемъ по представительству и безъ личнаго пользованія вещью, куда относятся прекаріумъ и секвестръ[4])

---

[1]) *Förster-Eccius*, Preussisches Privatrecht, III, § 157, S. 18. Подробности ученія о владѣніи по новымъ кодексамъ вообще даетъ *Roth*, System des Deutschen Privatrechts, III, 1886, § 224 ff., S. 54 ff.

[2]) *Dernburg*, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Bd. I, 5 Aufl., Halle a. S., 1894, § 149, S. 331.

[3]) Landrecht I, 7, § 1: Wer das physische Vermögen hat, über eine Sache mit Ausschliessung Anderer zu verfügen, der hat sie in seiner Gewahrsam, und wird Inhaber derselben genannt. § 3: Wer aber eine Sache in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, unmittelbar oder durch Andere, in seine Gewahrsam nimmt, der wird Besitzer der Sache. *Förster-Eccius*, Preussisches Privatrecht, III, § 157, S. 18. *Bornemann*, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, Bd. I, Berlin, 1842, § 52 ff., S. 228 ff.

[4]) Landrecht, I, 7, § 2: Auch der ist ein blosser Inhaber, der eine Sache nur in der Absicht, darüber für einen Andern oder in dessen Namen zu verfügen, in

Слѣдовательно владѣльцами по прусскому праву являются и закладопринимателн, и узуфруктуары, и даже арендаторы и наниматели, за которыми римское право признавало только держаніе[1]).

За то и съ другой стороны воры и грабители, которымъ римское право давало владѣніе, теперь владѣльцами не признаются вслѣдствіе неправомѣрности пріобрѣтенія вещи[2]).

Практически однако область владѣнія расширяется еще тѣмъ, что владѣльческая защита,— это главное преимущество владѣльца,— дается и простымъ детенторамъ,— правда, только противъ третьихъ лицъ, а не противъ тѣхъ, отъ кого вещь получена[3]). Это послѣднее лицо можетъ во всякое время потребо-

---

seiner Gewahrsam hat. LR., I, 21, § 231: Ist weder die Art und der Zweck des Gebrauchs, noch die Dauer desselben bestimmt, so ist derjenige, welchem der Gebrauch eingeräumt worden, für einen blossen Inhaber zu achten. LR., I, 14, § 123: Zu gerichtlichen Klagen und deren Beantwortung ist der allgemeine Auftrag einer Verwaltung in der Regel nicht hinreichend. § 124: Davon sind die Fälle ausgenommen, wo die Gesetze auch einem blossen Inhaber zur Klage wegen entnommener oder gestörter Gewahrsam zulassen. LR., I, 7, § 141: Gegen Gewalt muss jeder Inhaber und Besitzer geschützt werden. *Dernburg*, Lehrbuch, I, S. 331.

[1]) *Dernburg*, Lehrbuch, I, S. 331.

[2]) Landrecht, I, 7, § 96: Durch Handlungen unerlaubter Privatgewalt kann der Besitz einer Sache niemals erlangt werden. § 97: Ebensowenig können durch Gewalt erzwungene, oder durch Betrug veranlasste Handlungen oder Duldungen den Besitz eines Rechts bewirken. § 98: Auch durch heimlich unternommene Handlungen kann der Besitz im rechtlichen Sinne weder erworben noch fortgesetzt werden. *Dernburg*, Lehrbuch, I, S. 331. Но это спорно, S. 355, Anm. 9. Противъ признанія владѣнія за praedo рѣшительно высказывается *Koch*, Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Besitz nach Preussischem Recht, in Vergleichung mit dem gemeinen Recht, Berlin, 1826, S. 5.

[3]) LR., I, 7, § 141: Gegen Gewalt muss jeder Inhaber und Besitzer geschützt werden. § 142: Er ist berechtigt, Gewalt mit Gewalt abzuwehren, wenn die Hülfe des Staats zu spät kommen würde, einen unersetzlichen Verlust abzuwenden. См. и § 143. Далѣе § 162 говоритъ: Der blosse Inhaber kann die seiner Gewahrsam entkommene Sache nur von demjenigen, der sie ohne allen Rechtsgrund im Besitze hat, zurückfordern. *Förster-Eccius*, Preussisches Privatrecht, III, § 157, S. 18. *Dernburg*, Lehrbuch, I, § 158, S. 355. *Heydemann*, Einleitung, S. 370. *Koch*, Versuch einer systemat. Darstellung der Lehre vom Besitz, § 4, S. 23, § 23, S. 142.

вать вещь обратно, и держатель обязанъ ему повиноваться[1]).

Таково значеніе простой detentio относительно третьихъ лицъ и владѣльцевъ.

Теперь намъ надо уяснить себѣ положеніе самихъ владѣльцевъ,

Что они защищаются противъ третьихъ лицъ и противъ своихъ детенторовъ, это очевидно.

Но въ какомъ отношеніи стоятъ такіе владѣльцы, какъ арендаторы, наниматели и т. п. къ тѣмъ лицамъ (обыкновенно собственникамъ), отъ которыхъ вещь получена?

Здѣсь надо имѣть въ виду слѣдующее дѣленіе владѣнія на два вида по Прусскому Ландрехту: владѣніе полное и владѣніе неполное — vollständiger u. unvollständiger Besitz. Обладаніе вещью, какъ собственной, есть полное владѣніе, обладаніе же вещью, хотя и не въ видѣ собственности, но все же для себя и особенно для осуществленія какого нибудь права на вещь называется владѣніемъ неполнымъ[2]). Къ послѣдней категоріи именно и относятся арендаторы, коммодатаріи и прочіе. Оба эти вида владѣнія относительно одной и той же вещи могутъ существовать одновременно.

И вотъ, что касается отношеній этихъ неполныхъ владѣльцевъ къ полнымъ владѣльцамъ, Прусскій Ландрехтъ отдаетъ всѣ преимущества *неполному* владѣльцу: этотъ послѣдній, пока продолжается его право на владѣніе, не обязанъ уступать переданной ему вещи полному владѣльцу и даже можетъ требо-

---

[1]) LR., I, § 144: Den blossen Inhaber kann der, in dessen Namen derselbe besitzt, der Gewahrsam aus eigener Macht zu allen Zeiten entsetzen. § 164: Dem letzten Besitzer, von welchem er (т. е. держатель) die Sache in seine Gewahrsam erhalten hat, ist er dieselbe auf dessen jedesmaliges Erfordern zurückzugeben befugt und schuldig. *Dernburg*, Lehrbuch, I, § 158, S. 355. *Daniels*, System des Preussischen Civilrechtes, I, § 225, S. 401.

[2]) LR., I, 7 § 6: Wer eine Sache oder ein Recht, zwar als fremdes Eigenthum, aber doch in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen in seine Gewahrsam übernommen hat, der heisst ein unvollständiger Besitzer § 7. Vollständiger Besitzer heisst der, welcher eine Sache oder ein Recht als sein eigen besitzt. *Dernburg*, Lehrbuch, I, S. 332. *Förster-Eccius*, Preussisches Privatrecht, III, § 157, S. 19, 20. *Heydemann*, Einleitung in das System des Preuss. Privatrechts, I, 328. *Stobbe*, Handbuch, II, § 75, S. 34.

вать возстановленія своего владѣнія, если оно нарушено полнымъ владѣльцемъ[1]).

Итакъ, въ Прусскомъ Ландрехтѣ мы видимъ огромное расширеніе области владѣнія и особенно владѣльческой защиты (демократизація владѣнія). Это обстоятельство, а также и то, что владѣльческая защита сплошь и рядомъ дается даже противъ такъ наз. полныхъ владѣльцевъ, съ очевидностью показываетъ намъ, что основаніемъ владѣльческой защиты здѣсь служитъ не какое нибудь протежированіе тѣмъ или инымъ классамъ лицъ, а сохраненіе общественнаго мира, общественнаго порядка и спокойствія: прежде всего провизорно сохраняется наличный фактъ, а если онъ не согласуется съ правомъ, то для этого есть суды съ ихъ петиторнымъ производствомъ.— Необходимо признать эту идею въ высшей степени здоровой и заслуживающей подражанія.

Теперь подведемъ результаты съ тѣхъ двухъ точекъ зрѣнія, которыя мы установили еще при разсмотрѣніи римскаго права: съ точки зрѣнія *реальнаго* владѣнія и съ точки зрѣнія *собственническаго* владѣнія.

Въ первомъ отношеніи мы должны констатировать огромные успѣхи Прусскаго Ландрехта сравнительно съ чисто-римскимъ правомъ,— успѣхи, подготовленные канонистами, судебной практикой общаго права и дальнѣйшимъ развитіемъ германскихъ элементовъ владѣнія.

Во второмъ отношеніи мы не можемъ не констатировать наличности собственническаго владѣнія въ Прусскомъ Ландрехтѣ, этого существеннаго условія и предположенія системы traditio: какъ ни сильно развилось реальное владѣніе, оно было еще далеко отъ того, чтобы собою вытѣснить совершенно владѣніе собственническое и тѣмъ сдѣлать систему traditio невозможной. Поэтому, съ другой стороны, мы должны сказать: разъ собственническое владѣніе имѣетъ мѣсто, тогда ничто не мѣшаетъ

---

[1]) LR. I, 7, § 169: Der unvollständige Besitzer ist, solange sein Besitzrecht dauert, keinem Andern, selbst nicht dem vollständigen Besitzer oder dem Eigenthümer, zu weichen schuldig. § 170: In ebendem Masse ist er auch auf Wiederherstellung seines Besitzes gegen Jeden anzutragen berechtig. Cp. *Dernburg*, Lehrbuch, I. § 158, Anm. 15. *Förster-Eccuis*, Preussisches Privatrecht, III, § 162, S. 91. *Bornemann*, Systemat. Darstellung des Preuss. Civilrechts, I, § 63, S. 266 ff.

имѣть мѣсто и системѣ traditio; вопросъ только въ томъ, какъ она обставлена въ своихъ деталяхъ.

Теперь мы переходимъ къ изложенію ученія о traditio по прусскому праву.

Какъ ни великъ былъ прогрессъ, сдѣланный къ концу 18 вѣка спиритуализаціей traditio[1]), все же Прусскій Ландрехтъ сохранилъ эту послѣднюю въ цѣлости[2]), хотя, конечно, и со многими изъ тѣхъ упрощеній, которыя были выработаны предшествующей исторіей[3]).

И здѣсь, по Прусскому Ландрехту, для совершенія traditio необходимы правоспособность и извѣстныя правомочія контрагентовъ[4]); необходима и согласная воля сторонъ соотвѣтствующаго содержанія[5]), а главное — необходимо пріобрѣтеніе юридическаго владѣнія: это основной реквизитъ traditio[6]). При всемъ этомъ вещный договоръ traditio является здѣсь договоромъ каузальнымъ, а не абстрактнымъ: для пріобрѣтенія собственности нуженъ, согласно старой теоріи, не только Modus, но и Titulus, т. е. не только внѣшнее дѣйствіе (въ данномъ случаѣ traditio), но и такое законное *основаніе*, благодаря которому внѣшнее дѣйствіе получаетъ силу или способность перенести право собственности на пріобрѣтателя. Такимъ основаніемъ для посред-

---

[1]) И въ Пруссіи возникали еще передъ изданіемъ Прусскаго Ландрехта мнѣнія о томъ, что, можетъ быть, для пріобрѣтенія недвижимости достаточно или одного соглашенія о внесеніи въ поземельныя книги соотвѣтствующей надписи, или признанія, что traditio уже совершена. Однако ни возведенія этого послѣдняго въ общее правило, ни распространенія его на движимости (какъ во Франціи) въ Прусскомъ Ландрехтѣ не послѣдовало. *Dernburg*, Lehrbuch, I, § 238, S. 575.

[2]) LR., I, 10. § 1: Die mittelbare Erwerbung des Eigenthums einer Sache erfordert, ausser dem dazu nöthigen Titel, auch die wirkliche Uebergabe derselben. *Dernburg*, Lehrb., I, § 238. S. 575.

[3]) *Biermann*, Traditio ficta, S. 349—360. *Dernburg*, Lehrbuch, I, §§ 152, 153, S. 337 ff. Подробности,—но по различнымъ законодательствамъ сразу, —даетъ *Roth*, System des Deutschen Privatrechts, III, Tübingen, 1886, § 254, S. 297 ff. *Bornemann*, Systemat. Darstellung des Preuss. Civilrechts, I, S. 250 ff., II, S. 124 ff.

[4]) *Dernburg*, Lehrbuch, I, § 238, II, Ziff. 4—6, S. 577, 578.

[5]) *Dernburg*, Lehrb., I, § 238, I, S. 574, 575. *Förster-Eccius*, Preussisches Privatrecht, III, § 178. S. 256.

[6]) *Dernburg*, Lehrbuch, I, § 238, II, Ziff. 1, S. 576.

ственнаго пріобрѣтенія права собственности можетъ быть, кромѣ закона и судебнаго рѣшенія, волеизъявленіе сторонъ, т. е. соотвѣтствующій договоръ[1]).

Итакъ, для пріобрѣтенія права собственности посредствомъ передачи необходимо пріобрѣтеніе владѣнія. Для этого пригодно каждое дѣйствіе, которое даетъ пріобрѣтателю возможность пользоваться и распоряжаться вещью лично или черезъ другаго[2]), въ частности считается пригоднымъ даже простое волеизъявленіе тредента объ уступкѣ владѣнія пріобрѣтателю, если только этотъ послѣдній получаетъ такимъ образомъ возможность распоряжаться вещью[3]). Возможность *устранять другихъ* отъ воздѣйствія на вещь, какъ это требовалъ Савиньи для римскаго права, Прусскимъ Ландрехтомъ не требуется[4]).

Дернбургъ изъ этихъ общихъ положеній правильно выводитъ заключеніе, что для совершенія traditio пригодны и такія дѣйствія, какъ напр., перенесеніе вещи тредентомъ въ какое нибудь помѣщеніе пріобрѣтателя: въ домъ, садъ, дворъ и т. п. А при извѣстныхъ обстоятельствахъ достаточно даже сложить

---

[1]) LR., I, 10, § 1 cit.; I, 9, § 2: Der gesetzliche Grund, vermöge dessen diese äusseren Handlungen die Kraft haben, dass dadurch das Eigenthum erworben werden kann, wird der Titel genannt. I, 10, § 2: Der Titel zur mittelbaren Erwerbung des Eigenthums kann durch Willenserklärungen, Gesetze und rechtliches Erkenntniss begründet werden. *Dernburg*, Lehrbuch, I, § 238, S. 576, § 186, S. 425 ff. Спеціальное изслѣдованіе даетъ *Hofmann*, Die Lehre vom titulus und modus adquirendi und von der justa causa traditionis, Wien, 1873. *Förster-Eccius*, Preussisches Privatrecht, III, § 178, S. 256, 257. Достаточенъ и мнимый титулъ, S. 259. Очень восхваляетъ эту систему Ландрехта *Lenz*, Studien und Kritiken im Gebiet des preussischen, römischen und deutschen Rechts, Greifswald, 1847, S. 43 ff. *Daniels*, System des Preussischen Civilrechtes, Bd. I, Berlin, 1866, § 219, S. 391 ff.

[2]) LR., I, 7, § 51: Dazu ist jede Handlung hinreichend, welche den neuen Besitzer in den Stand setzt, die Sache selbst, oder durch andere zu gebrauchen, und darüber zu verfügen.

[3]) LR. I, 7, § 59: Die blosse Willenserklärung des bisherigen Besitzers ist hinreichend, den Bezitz einer Sache zum Vortheile eines Andern zu erledigen, insofern dieser dadurch in den Stand gesetzt wird, über die Sache zu verfügen.

[4]) *Biermann*, Traditio ficta, S. 349, 350.

вещи и на открытомъ или публичномъ мѣстѣ: такъ возможно пріобрѣтеніе кучи камней, сложенныхъ на площади. Пріобрѣтатель даже и не обязанъ присутствовать при этомъ складываніи камней; достаточно, чтобы оно произошло съ нашего вѣдома, и чтобы третьи лица знали, что камни сложены для насъ. Эта извѣстность факта и будетъ достаточнымъ основаніемъ для защиты нашего владѣнія[1]).

Далѣе, кромѣ передачи, дающей дѣйствительную власть надъ вещью, Прусскій Ландрехтъ, согласно старой теоріи, считаетъ пригодной и передачу символическую[2]). Дернбургъ говоритъ поэтому о «*настоящей*» и «*ненастоящей*» traditio[3]).

Къ символической traditio относится уже извѣстное намъ по римскому праву *наложеніе мѣтокъ*. Знаки для этого, разъ нѣтъ спеціальнаго предписанія закона, могутъ быть выбираемы по свободному усмотрѣнію сторонъ, лишь бы только выбранные знаки ясно обнаруживали намѣреніе тредента оставить владѣніе и намѣреніе пріобрѣтателя — получить владѣніе, и все это при томъ условіи, чтобы ничто не мѣшало пріобрѣтателю взять вещь въ свое реальное, тѣлесное обладаніе[4]).

Затѣмъ передача вещи можетъ быть замѣнена *передачей ключей* отъ помѣщенія, въ которомъ данная вещь находится.

---

[1]) *Dernburg*, Lehrbuch, I, § 153, S. 340, 341.

[2]) LR., I, 7, § 61: Die Uebergabe kann nicht nur körperlich, aus Hand in Hand, sondern auch durch Zeichen (symbolisch) geschehen. *Förster-Eccius*, Preussisches Privatrecht, III, § 160, S. 48, 49. *Heydemann*, Einleitung S. 354, 355.

[3]) Eigentliche und uneigentliche Tradition — заглавіе § 152-го, Lehrbuch, I.

[4]) LR., I, 7, § 62: Die Zeichen können, wo die Gesetze nicht besondere Ausnahmen machen, willkürlich gewählt werden. § 63: Nur müssen dieselben von der einen Seite die Absicht, den Besitz zu erledigen, und von der andern, denselben zu ergreifen, hinlänglich andeuten. § 64: Auch muss die symbolische Uebergabe von der Beschaffenheit sein, dass der körperlichen Besitznehmung ferner nichts im Wege stehe. *Dernburg*, Lehrbuch, I, § 152, Ziff. 1. Такъ какъ здѣсь требуется возможность реальнаго овладѣнія вещью, то Дернбургъ полагаетъ, что здѣсь, собственно говоря, происходитъ дѣйствительная передача. *Biermann*, Traditio ficta, S. 351—353. *Förster-Eccius*, Preussisches Privatrecht, III, § 160, S. 49.

При этомъ законъ не требуетъ, чтобъ эта передача была совершена *вблизи* помѣщенія[1]).

Далѣе, traditio можетъ быть совершаемо чрезъ посредство такъ наз. *Anweisung*.

Здѣсь имѣется въ виду такой случай, когда отчуждаемая вещь находится не у традента, а у третьяго лица. При такомъ положеніи дѣла нужно, чтобы тредентъ приказалъ держателю вещи держать ее впредь для другаго лица, для пріобрѣтателя. Передача считается совершившеюся въ тотъ моментъ, когда новый владѣлецъ принимаетъ указанную Anweisung, при чемъ отвѣтственность держателя передъ новымъ владѣльцемъ начинается лишь съ того момента, когда именно онъ, держатель, узнаетъ объ Anweisung[2]).

Этотъ способъ передачи, какъ замѣчаетъ Бирманъ (loc. cit.), римлянамъ не былъ извѣстенъ.

Наконецъ, передача можетъ быть совершена и посредствомъ одного лишь соотвѣтствующаго *волеизъявленія*[3]).

---

[1]) LR., I, 7, § 65: So können Waaren und andere Effekten, welche in einem verschlossenen Behältnisse sich befinden, durch Aushändigung der Schlüssel übergeben werden. *Dernburg*, Lehrbuch, I, S. 338. *Förster-Eccius*, Preussisches Privatrecht, III, § 160, S. 50.

[2]) LR., I, 7, § 66: Wenn der, welcher die Sache im Namen des bisherigen Besitzers innehat, von demselben angewiesen wird, den Besitz im Namen des neuen Besitzers fortzusetzen, so ist die Uebergabe vollzogen. § 67: Der Besitz der angewiesenen Sache oder Summe fängt von dem Augenblicke an, wo die Anweisung von dem neuen Besitzer angenommen worden. § 68: Doch wird der Inhaber der angewiesenen Sache oder Summe dem neuen Besitzer erst von der Zeit an verantwortlich, da er die Anweisung in sichere Erfahrung gebracht hat. *Dernburg*, Lehrbuch, I, § 152, Ziff. 2, S. 339. *Biermann*, Traditio ficta, S. 353, 354. *Förster-Eccius*, Preussisches Privatrecht, III, § 160, S. 50, 51. *Heydemann*, Einleitung, S. 356.

[3]) LR., I, 7, § 70: Wenn aber der bisherige Besitzer seinen Willen, dem bisherigen Inhaber die Rechte des Besitzes einzuräumen, auf eine rechtsbeständige Weise erklärt, so ist diese Erklärung als eine neue Uebergabe anzusehen. § 71: Auch alsdann ist die Uebergabe des Besitzes für vollzogen zu achten, wenn der bisherige Besitzer seinen Willen, die Sache nunmehr für einen Andern in seiner Gewahrsam zu halten, rechtsgültig erklärt hat. § 72: Daher ist die Erklärung des bisherigen Eigenthümers, dass er sich von seiner Sache nur den Nicssbrauch vorbehalte, zur Einräumung des Besitzes an denjenigen, zu dessen Besten die Erklärung geschieht,

Во 1-хъ, это возможно, въ случаѣ такъ наз. *traditio brevi manu*: традентъ-владѣлецъ предоставляетъ владѣніе тому, кто уже и раньше имѣлъ у себя вещь традента по какому либо основанію.

Во 2-хъ, это возможно и въ случаѣ *constitutum possessorium'a*: традентъ-владѣлецъ изъявляетъ волю впредь держать вещь для пріобрѣтателя. Эта воля явствуетъ обыкновенно изъ тѣхъ выраженій договора объ отчужденіи, въ которыхъ траденту предоставляется пользованіе вещью въ видѣ найма, узуфрукта и т. п.; нѣтъ надобности въ заключеніи особаго договора о такомъ оставленіи вещи у традента.

Здѣсь особенно интересно то, что считался достаточнымъ и *абстрактный* constitutum possessorium[1]).

При всемъ этомъ надо замѣтить, что пріобрѣтать владѣніе можно было и чрезъ представителей[2]).

Таковы способы передачи, допускаемые Прусскимъ Ландрехтомъ. Всѣ эти способы, при наличности соотвѣтствующей сдѣлки, *совершенно одинаково* даютъ пріобрѣтателю право собственности на пріобрѣтаемую вещь.

Въ то же время всѣ эти способы предполагаютъ, что у отчуждателя есть на лицо владѣніе.

Но какъ передать право собственности, когда у отчуждателя *нѣтъ владѣнія*? Въ такихъ случаяхъ только и остается цедировать пріобрѣтателю виндикаціонный искъ, и тогда цессіонаръ *по полученіи владѣнія вещью* сдѣлается собственникомъ[3]).

---

hinreichend. § 73: Miethet oder pachtet der bisherige Eigenthümer eines Grundstücks dasselbe von einem Andern, so vertritt dieser Vertrag zugleich die Stelle der Einräumung des Vollständigen Besitzes. *Dernburg*, Lehrb., I, § 152, Ziff. 3, S. 339, 340. *Biermann*, Traditio ficta, S. 354, 355. *Förster-Eccius*, Preussisches Privatrecht, III, § 160, S. 51 ff. *Heydemann*, Einleitung, S. 357.

[1]) *Dernburg*, Lehrbuch. I, § 152, Anm. 12, S. 340. *Biermann*, op. cit., S. 355. Это вопросъ, впрочемъ, не безспорный.

[2]) LR., I, 7, § 45: Nur insofern Rechte durch die Verträge eines Anderen erlangt werden können, kann auch der Besitz durch die Handlung eines Andern erworben werden. *Dernburg*, Lehrb., I, § 154, S. 343 ff. *Förster-Eccius* Preussisches Privatrecht, III, § 160, S. 59 ff.

Вообще Прусскій Ландрехтъ различаетъ непосредственное пріобрѣтеніе владѣнія и посредственное.

[3]) *Dernburg*, Lehrb., I, § 238, II, Ziff. 1, S. 576.

Теперь намъ надо замѣтить, что не всѣ описанные способы передачи имѣютъ одинаковую силу противъ третьихъ лицъ. Именно, если вещь передается одному лицу въ собственность посредствомъ *символической* передачи, а затѣмъ та же вещь передается другому пріобрѣтателю въ *реальное* обладаніе, то въ концѣ концовъ право собственности приписывается прусскимъ закономъ второму пріобрѣтателю, а не первому[1]).

Конечно, это право дѣйствуетъ не безусловно, а лишь *при незнаніи* втораго пріобрѣтателя о совершенной уже символической передачѣ[2]).

Это явленіе даетъ мнѣ поводъ сдѣлать слѣдующее замѣчаніе.— При системѣ соглашенія, какъ мы уже видѣли, также возможны аналогичные казусы, и разрѣшаются они совершенно аналогичнымъ образомъ. Если противники системы соглашенія указываютъ на это обстоятельство, какъ на доказательство невозможности послѣдовательнаго проведенія этой системы[3]), то я обращаю вниманіе на то, что *съ такимъ же точно правомъ* этотъ упрекъ можно послать и по адресу системы traditio: различные виды передачи объявляются закономъ достаточными для пріобрѣтенія права собственности, а потомъ при ближайшемъ разсмотрѣніи дѣла, оказывается, что далеко не всѣ они дѣйствительны противъ третьихъ лицъ! Въ чемъ же здѣсь преимущество? Мало того, если ужъ говорить о преимуществѣ, то оно должно быть отдано именно системѣ соглашенія, какъ болѣе простой: противоположеніе между простымъ неформальнымъ соглашеніемъ и реальной передачей каждому ясно; что же касается traditio, то она, съ точки зрѣнія реальности, имѣетъ такую массу степеней и оттѣнковъ, что объ отдѣльныхъ ея видахъ споры неизбѣжны, какъ это мы и видимъ относительно constitutum possessorium'a. И такъ какъ дѣло стоитъ такъ, что

---

[1]) LR., I, 7, § 74: Der, welchem eine Sache körperlich übergeben worden, hat in Ansehung der aus dem Besitze entspringenden Rechte den Vorzug vor dem, welchem die Uebergabe bloss durch Anweisung oder durch Zeichen geschehen ist. *Dernburg*, Lehrb., I, § 152, S. 340. *Biermann*, Traditio ficta, S. 356, 357. Спорятъ только о томъ, уступаетъ ли реальной передачѣ и constitutum possesorium. Дернбургъ отрицаетъ это, loc. cit., Anm. 15, а Бирманъ настаиваетъ на этомъ, loc. cit. *Bornemann*, Systemat. Darstellung des Preuss. Civilrechts, I, § 60, S. 257. II, § 115, S. 130.

[2]) LR., I, 19, § 5; I, 10, § 25. Argum. a minore ad majus.

[3]) Такъ между прочимъ и *Franken*, Lehrbuch, S. 385.

одни виды traditio имѣютъ силу и противъ третьихъ лицъ, а другіе виды *той же самой* traditio такой силы не имѣютъ, то въ теоретическомъ отношеніи это гораздо больше похоже на внутреннее противорѣчіе, чѣмъ столкновеніе, напр., французской системы соглашенія со ст. 2279 и 1141 Code civil: въ этомъ послѣднемъ случаѣ мы размежевываемъ области дѣйствія двухъ совершенно самостоятельныхъ и отличныхъ другъ отъ друга способовъ пріобрѣтенія собственности; такія разграниченія вполнѣ естественны и понятны; въ системѣ же traditio *одному и тому же* способу пріобрѣтенія собственности приходится придавать то одно, то другое значеніе, да еще и не безъ существенныхъ сомнѣній.

Однако это — отвлеченіе нѣсколько въ сторону.

Возвращаясь къ нашей ближайшей темѣ, мы должны, въ концѣ концовъ, признать, что система traditio въ Прусскомъ Ландрехтѣ стояла уже на довольно высокой ступени своего развитія, хотя еще и не былъ сдѣланъ тотъ важный шагъ, къ которому призывала школа естественнаго права и на который рѣшились, нѣсколько лѣтъ спустя, редакторы французскаго кодекса.

Впрочемъ, и Прусскій Ландрехтъ проводилъ систему traditio далеко не такъ рѣзко, какъ это кажется съ перваго взгляда, но только онъ шелъ къ системѣ соглашенія не прямыми, а косвенными путями.

Здѣсь я имѣю въ виду чрезвычайно оригинальное юридическое явленіе, возбуждающее не мало споровъ въ литературѣ и извѣстное подъ названіемъ *jus ad rem*. Это — право, стоящее гдѣ-то посрединѣ между правомъ обязательственнымъ и вещнымъ, и потому и совмѣщающее въ себѣ черты того и другаго съ явнымъ однако преобладаніемъ элементовъ послѣдняго[1]).

Проявляется это право въ слѣдующемъ.

Если одна и та же индивидуально-опредѣленная вещь отчуждается послѣдовательно двумъ лицамъ, то хотя бы она была

---

[1]) *Dernburg*, Lehrbuch, I, § 184, S. 419 ff. Дернбургъ видитъ здѣсь личный искъ, основанный на dolus'ѣ пріобрѣтателя. S. 420. *Шрёдеръ* указываетъ, какъ на отличительную черту древне-германскаго права, на отсутствіе строгой и точной границы между правомъ обязательственнымъ и вещнымъ. *Schröder*, Lehrbuch der deutsch. Rechtsgeschichte, § 11, S. 61.

и передана (даже реально!) второму пріобрѣтателю, тѣмъ не менѣе первый пріобрѣтатель можетъ потребовать отъ втораго пріобрѣтателя возвращенія себѣ вещи, если этотъ послѣдній въ моментъ совершенія traditio *зналъ* о существованіи перваго, т. е. раньше заключеннаго договора продажи[1]).

Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія романистической теоріи, мы должны были бы признать здѣсь ненормальность или извращеніе юридическихъ принциповъ[2]). Въ самомъ дѣлѣ, пріобрѣтатель, установившій пока лишь обязательственное право относительно своего контрагента побѣждаетъ другаго пріобрѣтателя той же вещи, успѣвшаго уже получить вещь въ свое реальное обладаніе и тѣмъ получившаго право собственности на нее.

Въ то же время здѣсь нельзя не констатировать прямое противорѣчіе системѣ traditio и новую форму приближенія къ системѣ соглашенія: одно заключеніе договора даетъ хотя и не право собственности, но во всякомъ случаѣ обширныя вещныя правомочія: вещь существенно закрѣпляется за первымъ пріобрѣтателемъ.

Такимъ образомъ, сравнивая римскую traditio съ прусской, мы можемъ сказать: *римская* traditio приближалась къ системѣ соглашенія въ *экономическомъ* отношеніи, а прусская traditio походитъ на систему соглашенія въ *юридическомъ* отношеніи: заключеніе договора не даетъ пріобрѣтателю никакихъ выгодъ отъ вещи, но за то устанавливаетъ прочную связь между пріобрѣтателемъ и вещью.

Въ самомъ дѣлѣ, обратимъ теперь вниманіе на *экономическую* сторону дѣла,— на регулированіе вопроса о periculum et

---

[1]) LR., I, 10, § 25: Auch der, welcher zur Zeit der Eintragung oder Uebergabe den früher entstandenen Titel eines Andern weiss, kann zum Nachtheile desselben die früher erhaltene Eintragung oder Uebergabe nicht vorschützen. I, 19, § 4: Wenn also zwei oder mehrere zu einer und ebenderselben Sache von dem Besitzer derselben ein persönliches Recht erlangt hatten, so schliesst zwar derjenige, dessen persönliches Recht durch die Einräumung des Besitzes in ein dingliches übergegangen ist, den andern aus. § 5: Kann aber der Besitznehmer überführt werden, dass ihm das zu derselben Sache erlangte persönliche Recht des andern zur Zeit der Besitzergreifung schon bekannt gewesen sei, so kann er sich seines durch die Uebergabe entstandenen dinglichen Rechts gegen denselben nicht bedienen.

[2]) *Dernburg*, Lehrbuch, I, § 184, Anm. 2.

commodum rei при важнѣйшей сдѣлкѣ гражданскаго и торговаго оборота, въ которой traditio играетъ свою главную роль,— при куплѣ-продажѣ.

Мы уже видѣли, какъ этотъ вопросъ разрѣшается римскимъ правомъ: traditio тамъ существовала почти только номинально.

Тамъ же мы отмѣтили мимоходомъ, что Прусскій Ландрехтъ принялъ обратное рѣшеніе: рискъ гибели и плоды вещи переходятъ на пріобрѣтателя только съ момента передачи ему вещи: LR., I, 11, §§ 95, 100 cit.[1]).

Чѣмъ вызвано и чѣмъ оправдывается такое рѣшеніе вопроса?— Дернбургъ, что касается риска, указываетъ на соотвѣтствіе этого рѣшенія древне-германскимъ воззрѣніямъ и общему принципу «casum sentit dominus», а разъ такимъ образомъ рискъ несетъ продавецъ, то по правилу «commodum ejus esse debet, cujus periculum est» ему же должны принадлежать и выгоды отъ вещи[2]).

Итакъ, мотивы приводятся историческаго и доктринальнаго свойства.

Однако исторія, вообще говоря, показываетъ намъ не только то, что надо дѣлать, но также и то, чего и не надо дѣлать: въ теченіе долгихъ вѣковъ отдѣльные институты права измѣняются иногда до неузнаваемости; поэтому отвѣчать на какой нибудь юридическій вопросъ такъ или иначе потому, что на него отвѣчали точно такимъ же образомъ лѣтъ 500—800 назадъ, весьма рискованно.— Отвѣтъ надо искать прежде всего въ потребностяхъ оборота.

Такъ же несостоятельны, *сами по себѣ*, и доктринальные мотивы: не жизнь существуетъ для логическихъ построеній, а наоборотъ, и въ гражданскомъ правѣ мы очень часто видимъ отступленія отъ прямолинейной логики.

---

[1]) *Förster-Eccius*, Preussisches Privatrecht, Bd. II, 7 Aufl., Berlin, 1896, § 125, S. 71, 72. *Daniels*, System des Preussischen Civilrechtes, Bd. II, Berlin, 1866, § 373, S. 124. *Koch*, Das Recht der Forderungen nach Gemeinem und nach Preussischem Rechte, Bd. III, Berlin, 1859, S. 746, 757, 758. *Bornemann*, Systemat. Darstellung des Preuss. Civilrechts, Bd. III, 1843, § 176, S. 26 ff.

[2]) *Dernburg*. Lehrb., Bd II, 4 Aufl., 1889, §§ 138, 139, S. 371—373. *Stobbe*, Handbuch, III, 1885, § 184, S. 243. *Laband*, Die vermögensrechtlichen Klagen, S. 153, 154.

Итакъ, требуетъ ли самъ гражданскій оборотъ такихъ нормъ по нашему вопросу, какія далъ Прусскій Ландрехтъ?

Къ сожалѣнію, отвѣта на этотъ вопросъ въ литературѣ Прусскаго Ландрехта я не нахожу.

Окончательные результаты изученія Прусскаго Ландрехта состоятъ въ слѣдующемъ.

Реальное владѣніе сдѣлало большіе успѣхи сравнительно съ римскимъ правомъ; собственническое владѣніе и его пріобрѣтеніе посредствомъ traditio стоитъ также на довольно большой высотѣ; что же касается обстоятельствъ, сопровождающихъ систему traditio, то вмѣсто приближенія къ системѣ соглашенія въ экономическомъ отношеніи Прусскій Ландрехтъ приближается къ ней въ юридическомъ отношеніи.

C. Австрійское Уложеніе.

Австрійское уложеніе не даетъ намъ ничего новаго и существеннаго по нашему вопросу.

Въ частности, что касается реальнаго владѣнія, то Австрійское уложеніе не восприняло общей тенденціи къ его расширенію: владѣльцами признаются *только* лица, обладающія вещами cum animo *domini*, и такимъ образомъ ни закладопринематели, ни коммодатаріи и т. п. владѣнія не имѣютъ. Говоря иначе, понятія *реальнаго* владѣнія нѣтъ совсѣмъ; есть только владѣніе собственническое, какъ и по французскому праву[1]).

---

[1]) Das allgem. bürgerl. Gesetzbuch für das Kaiserthum Oesterreich, § 309: Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsame hat, heisst ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer.

Krainz-Pfaff, System des österreichischen allgemeinen Privatrechs, 2 Aufl. Bd. I, Wien, 1894, § 167, S. 438. *Randa*, Der Besitz nach österreichischem Rechte, § 1, S. 29, 30. *Stobbe*, Handbuch, II, § 75, S. 33, 34. *Roth*, System des Deutschen Privatrechts, Bd. III, Tübingen, 1886, § 224, Anm. 3, S. 54. *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, § 23, S. 126. *Zeiller*, Commentar, Bd. II, Abtheil. 1. S. 39 ff. *Stubenrauch*, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch vom 1 Juni 1811, Bd. I, Wien, 1854, S. 630 ff. *Bruns*, Das Recht des Besitzes, § 52, S. 456 ff. *Winiwarter*, Das Oesterreichische bürgerliche Recht systematisch dargestellt und erläutert, Bd. II, 2 Aufl. Wien, 1839, § 19, S. 31, 32. *Kirchstetter-Maitisch*, Commentar zum Oesterreichischen Allgemeinen

Въ зависимости отъ этого и владѣльческая защита предоставляется только тѣмъ, кто имѣетъ *собственническое* владѣніе[1]).

Односторонность этого положенія существенно однако смягчается тѣмъ, что Австрійское Уложеніе въ широкихъ размѣрахъ допускаетъ владѣніе *правами*, въ томъ числѣ и правами *обязательственными*: правомъ по найму, по арендѣ, по ссудѣ и т. п.[2]). Такимъ образомъ, если наниматели, коммодатаріи и т. п. лица не имѣютъ провизорной защиты въ своемъ обладаніи *вещами*, то они получаютъ её, какъ владѣльцы того или иного *права*, а результатъ почти одинаковъ[3]).

Переходимъ къ системѣ traditio, которая и здѣсь является необходимой для пріобрѣтенія права собственности[4]).

---

bürgerlichen Gesetzbuch mit vorzüglicher Berücksichtigung des gemeinen deutschen Privatrechts, 3 Aufl., Leipzig und Wien, 1876, S. 164 ff.

[1]) Австр. Уложеніе говоритъ о защитѣ только владѣнія, но не detentio. § 339: Der Besitz mag von was immer für einer Beschaffenheit sein, so ist niemand befugt, denselben eigenmächtig zu stören. Der gestörte hat das Recht, die Untersagung des Eingriffes, uud den Ersatz des erweislichen Schadens gerichtlich zu fordern. § 344: Zu den Rechten des Besitzes gehört auch das Recht, sich in seinem Besitze zu schützen, und in dem Falle, dass die richterliche Hülfe zu spät kommen würde, Gewalt mit angemessener Gewalt abzutreiben. Uebrigens hat die politische Behörde für die Erhaltung der öffentlichen Ruhe, so wie das Strafgericht für die Bestrafung öffentlicher Gewaltthätigkeiten, zu sorgen.

Krainz-Pfaff, System, I, § 167, S. 438, § 180. S. 470, 471. Особенно подробно мотивируетъ указанный взглядъ *Randa*, Der Besitz, § 7, S. 176 ff. Нѣкоторые однако приписываютъ владѣльческую защиту и детенторамъ, но, кажется, не основательно. Таковъ, напр., *Burckhard*, System des Oesterreichischen Privatrechts, Dritter Theil, Erste Abtheilung, Wien, 1885, S. 11. Сюда же относится и *Winiwarter*, Das Oesterr. bürgerl. Recht, II, § 45, S. 77—79 Мотивъ указывается тотъ, что защита основывается не спеціально на владѣніи, а на общихъ принципахъ, воспрещающихъ насиліе и самоуправство. *Kirchschtetter-Maitisch*, Commentar, S. 183.

[2]) *Krainz-Pfaff*, System, I, § 167, S. 438. Особенно же *Randa*, Der Besitz, § 24, S. 654 ff. Основаніемъ служитъ широкая редакція § 311-го Австр. Уложенія: Alle körperliche und unkörperliche Sachen, welche ein Gegenstand des rechtlichen Verkehres sind, können im Besitz genommen werden.

[3]) Такъ рѣшаетъ вопросъ *Randa*, Der Besitz, § 7, S. 178 ff. Но вопросъ это спорный. *Kirchschtetter-Maitisch*, Commentar, S. 183.

[4]) Австр. Улож., § 423: Sachen, die schon einen Eigenthümer haben,

И здѣсь должны имѣть мѣсто обычныя и намъ уже извѣстныя условія: прежде всего, традентъ долженъ самъ быть или собственникомъ или лицомъ, управомоченнымъ на отчужденіе данной вещи, а затѣмъ должны быть на лицо всѣ условія, необходимыя для дѣйствительности договора: право- и дѣеспособность сторонъ, ихъ согласная воля и т. п.[1]); наконецъ, необходима передача и пріобрѣтеніе собственническаго владѣнія, такъ какъ въ этомъ и состоитъ сущность traditio.

Австрійское Уложеніе уже различаетъ пріобрѣтеніе владѣнія посредственное и непосредственное[2]).

Traditio состоитъ, конечно, въ *посредственномъ* пріобрѣтеніи владѣнія.

Здѣсь Австрійское Уложеніе устанавливаетъ, безъ существенныхъ измѣненій, въ общемъ такіе же правила и способы пріобрѣтенія, какіе мы уже видѣли и въ практикѣ общаго права, и въ Прусскомъ Ландрехтѣ: кромѣ реальной передачи вещи изъ рукъ въ руки, допускается и передача замѣняющихъ вещи знаковъ, документовъ и т. п.; допускаются также traditio longa manu, traditio brevi manu и constitutum possessorium; наконецъ, допускается пріобрѣтеніе владѣнія и черезъ представителей[3]).

---

werden mittelbar erworben, indem sie auf eine rechtliche Art von dem Eigenthümer auf einen Andern übergehen. § 424: Der Titel der mittelbaren Erwerbung liegt in einem Vertrage.... § 425: Der blosse Titel gibt noch kein Eigenthum. Das Eigenthum und alle dingliche Rechte überhaupt können, ausser den in dem Gesetze bestimmten Fällen, nur durch die rechtliche Uebergabe und Uebernahme erworben werden. *Krainz-Pfaff*, System, I, § 206, S. 533, 534. *Randa*, Das Eigenthumsrecht mit besonderer Rücksicht auf die Werthpapiere des Handelsrechtes nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes und der neueren Gesetzbücher, Erste Hälfte, Leipzig, 1893, § 11, S. 265, 266. *Winiwarter*, Das Oesterreichische bürgerliche Recht, II, S. 195 ff.

[1]) *Krainz-Pfaff*, System, I, § 206, S. 535, 536. *Randa*, Das Eigenthumsrecht, § 11, S. 268, 269, 271 f. *Kirchstetter-Maitisch*, Commentar, S. 221 ff.

[2]) § 314: Den Besitz sowohl von Rechten, als von körperlichen Sachen erlangt man entweder unmittelbar, wenn man freistehender Rechte und Sachen; oder mittelbar, wenn man eines Rechtes, oder einer Sache, die einem Andern gehört, habhaft wird. *Krainz-Pfaff*, System, I, § 171, S. 452.

[3]) Австр. Улож., § 426: Bewegliche Sachen können in der Regel nur durch körperliche Uebergabe von Hand zu Hand an einen Andern übertra-

При всѣхъ этихъ достоинствахъ австрійская система traditio стоитъ однако въ экономическомъ отношеніи дальше отъ системы соглашенія, чѣмъ стояла римская traditio, такъ какъ весь commodum rei впредь до передачи вещи поступаетъ въ собственность продавца: Уложеніе §§ 1064 и 1050[1]).

---

gen werden. § 427: Bei solchen beweglichen Sachen aber, welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Uebergabe zulassen, wie bei Schuldforderungen, Frachtgütern, bei einem Waarenlager oder einer andern Gesammtsache, gestattet das Gesetz die Uebergabe durch Zeichen; indem der Eigenthümer dem Uebernehmer die Urkunden, wodurch das Eigenthum dargethan wird, oder die Werkzeuge übergibt, durch die der Uebernehmer in den Stand gesetzt wird, ausschliessend den Besitz der Sache zu ergreifen; oder, indem man mit der Sache ein Merkmal verbindet, woraus jedemann deutlich erkennen kann, das die Sache einem Andern überlassen worden ist. § 428: Durch Erklärung wird die Sache übergeben, wenn der Veräusserer auf eine erweisliche Art seinen Willen an den Tag legt, dass er die Sache künftig im Namen des Uebernehmers inne habe; oder dass der Uebernehmer die Sache, welche er bisher ohne ein dingliches Recht inne hatte, künftig aus einem dinglichen Rechte besitzen solle. *Krainz-Pfaff*, System, I, §§ 173, 174, 176, S. 455 ff., § 206, S. 533, 534. Особенно подробно и обстоятельно—*Randa*, Das Eigenthumsrecht, § 12, S. 304 ff.; о представительствѣ—§ 11, S. 278 ff. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ символической передачи Экснеръ отрицаетъ переходъ владѣнія; не отрицая при этомъ перехода права собственности. *Exner*, Rechtserwerb dürch Tradition, S. 166 ff., 174, 175. Противъ него *Biermann*, Traditio ficta, S. 345, 346. И въ самомъ дѣлѣ, владѣніе далеко не является *реальнымъ* обладаніемъ, а потому оно легко переносится на другаго. Текстъ закона (§ 427) допускаетъ символическую передачу только въ тѣхъ случаяхъ, когда передача реальная не возможна въ виду особыхъ свойствъ вещи. *Zeiller*, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, Bd. II, Abtheil. 1, Wien und Triest, 1812, S. 223, Ziff. 1, толкуетъ однако эту статью шире: достаточно и того, чтобы изъ-за требованія реальной передачи происходило замедленіе или неудобство. Такъ и *Biermann*, op. cit., S. 341, 342. Вообще см. еще *Stubenrauch*, Das allgem. bürgerl. Gesetzbuch, S. 810 ff. О constitutum possessorium'ѣ см. *Treitschke*, Der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel, nach römischem Rechte und den wichtigsten neueren Gesetzgebungen, 2 Auff., Gera, 1865, § 61, S. 236 ff. *Winiwarter*, Das Oesterreichische bürgerl. Recht, II, S. 199 ff.

[1]) *Krainz-Pfaff*, System, II, § 364, S. 193. *Stubenrauch*, Das allgem. bürgerl. Gesetzbuch, Bd. III, Wien, 1858, S. 241, 255 f. *Zeiller*, Commentar,

Наконецъ, и въ юридическомъ отношеніи австрійская traditio стоитъ дальше отъ системы соглашенія, чѣмъ traditio прусская, такъ какъ вопросъ о двухъ послѣдовательныхъ продажахъ одной и той же вещи рѣшается чисто по римски: собственность пріобрѣтаетъ тотъ покупщикъ, которому вещь раньше передана, при чемъ добросовѣстность никакой роли не играетъ[1]).

Такимъ образомъ, въ концѣ концовъ, Австрійское Уложеніе не сдѣлало никакихъ успѣховъ ни въ одномъ изъ разсматриваемыхъ нами отношеній.

D. Саксонское Уложеніе.

Гораздо выше Австрійскаго Уложенія стоитъ, въ разсматриваемыхъ нами отношеніяхъ, Уложеніе Саксонское.

Правда, владѣніе и здѣсь, подъ вліяніемъ Савиньи, ограничено лишь тѣми лицами, которыя имѣютъ animus *domini*[2])

Bd. III, Abtheil. 1, S. 346, 364 ff. *Treitschke*, Der Kaufcontract, § 83 ff., S. 299 ff. *Winiwarter*, Das Oesterreichische bürgerliche Recht, Bd. IV, 1844, § 168, S. 254 ff., § 180, S. 270, 271.

[1]) Австр. Улож., § 430: Hat ein Eigenthümer eben dieselbe bewegliche Sache an zwei verschiedene Personen, an Eine mit, an die Andere ohne Uebergabe veräussert; so gebührt sie derjenigen, welcher sie zuerst übergeben worden ist; doch hat der Eigenthümer dem verletzten Theile zu haften. *Krainz-Pfaff*, System, I, § 40, S. 89. *Randa*, Das Eigenthumsrecht, § 11, S. 301, 302. А если одна и таже вещь одному передана символически, а другому реально, то побѣждаетъ тотъ, кому первому вещь передана. *Zeiller*, Bd. II, Abtheil. 1, S. 228. *Stubenrauch*, Das allgem. bürgerl. Gesetzbuch, I, S. 816 ff. *Winiwarter*, Das Oesterreichische bürgerl. Recht, II, § 121, S. 204 ff. Однако возможна уголовная отвѣтственность пріобрѣтателя, если онъ пользуется ошибкой или незнаніемъ другаго пріобрѣтателя, чтобъ причинить ему вредъ.

[2]) Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, § 186: Wer eine Sache thatsächlich in seiner Macht hat, ist Inhaber, und wenn er den Willen hat, an der Sache für sich Eigenthum auszuüben, Besitzer derselben. *Siebenhaar*, Lehrbuch des Sächsischen Privatrechts, Leipzig, 1872, § 175, S. 282 ff. *Siebenhaar* und *Siegmann*, Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen, Bd. I, Leipzig, 1864, S. 194, 195. Редакторы Саксонскаго Уложенія были подъ сильнымъ вліяніемъ Савиньи. *Stobbe*, Handbuch, II, § 75, S. 33, 34. *Roth*, System, Bd. III, § 224, S. 54, Anm 3. *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, § 23, S. 126.

но за то въ практическомъ отношеніи сдѣлано важное отступленіе, состоящее въ томъ, что провизорная защита дается *каждому*, у кого вещь отнята силой или кто держалъ ее у себя либо для пользованія, либо для обезпеченія[1]).

Затѣмъ, что касается производнаго пріобрѣтенія права собственности на движимыя имущества, то и здѣсь требуется передача въ смыслѣ пріобрѣтенія владѣнія cum animo domini и при обычныхъ условіяхъ[2]).

Способы пріобрѣтенія владѣнія чрезъ traditio и здѣсь въ общемъ тѣ же, что и въ другихъ кодексахъ: реальная передача, traditio longa manu, передача ключей (согласно римскому праву,— *вблизи* того помѣщенія, въ которомъ отчуждаемая движимость заперта), traditio brevi manu, constitutum possessorium и т. п.[3]).

---

[1]) Саксон. Уложеніе, § 208: Die Besitzklage steht auch Dem zu, welcher eine Sache zur Benutzung oder zum Zwecke seiner Sicherung inne hat. *Siebenhaar*, Lehrbuch, § 183, S. 299. Его же Commentar, I, S. 204. Это распространеніе владѣльческой защиты на детенторовъ объясняется практическими потребностями. *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz, § 23, S. 126.

[2]) Саксон. Уложеніе, § 253: Durch Uebergabe wird das Eigenthum einer beweglichen Sache erworben, wenn der Besitz derselben in der Absicht, Eigenthum zu übetragen, übergeben wird. § 254: Die Eigenthumserwerbung durch Uebergabe setzt voraus, dass der Uebergebende handlungsfähig ist, das er das Eigenthum der Sache hat oder später erwirbt oder sonst aus einem Rechtsgrunde zu der Veräusserung befugt ist, ferner, dass der Besitz in der Absicht, Eigenthum zu übertragen und zu erlangen, übergeben und empfangen wird, oder ein der Uebergabe gleichstehender Fall vorliegt. Erwirbt der Uebergebende erst nach der Uebergabe das Eigenthum, so geht dasselbe vom Zeitpunkte dieser Erwerbung an auf den Empfänger über. *Siebenhaar*, Lehrbuch, § 194, S. 319 ff. Его же Commentar, I, S. 242 ff. *Roth*, System, III, § 254, S, 297 ff. Передача здѣсь является договоромъ, и *Roth*, S. 299, относится къ этому вполнѣ одобрительно.

[3]) Саксон. Уложеніе, § 199: Die Uebergabe einer beweglichen Sache geschieht dadurch, dass der bisherige Besitzer Demjenigen, welcher den Besitz erwerben soll, die Sache einhändigt oder sie vor demselben mit dessen Einwilligung hinlegt, oder die Schlüssel zn dem Behältnisse, in welchem sie sich befindet, in dessen Nähe übergiebt, oder dass mit Einwilligung des Ersteren der Letztere den Besitz ergreift. § 200: Ist Jemand Inhaber einer Sache und erwirbt er dieselbe von dem bisherigen Bezitzer, so erlangt er den Besitz derselben mit dem blossen Willen, an der Sache für sich Eigen-

Наконецъ, Саксонское Уложеніе, подражая римскому праву, приписываетъ плоды вещи покупщику уже съ момента perfectio договора купли-продажи, чѣмъ и приближается къ системѣ соглашенія въ экономическомъ отношеніи[1]), тогда какъ австрійская traditio оказывается романистичнѣе, чѣмъ даже traditio римская.

Е. Швейцарское право.

Въ Швейцаріи «на чрезвычайно небольшомъ пространствѣ, какъ справедливо говоритъ проф. Шершеневичъ, дѣйствуютъ одновременно многочисленные и крайне разнообразные источники[2])» права. Общаго гражданскаго кодекса тамъ еще нѣтъ. Объединеніе произведено пока лишь въ области обязательственнаго (и торговаго) права Швейцарскимъ Союзнымъ Закономъ объ обязательствахъ 14 іюня 1881 года. Остальныя части общаго гражданскаго права пока находятся лишь въ проектѣ, который опубликованъ въ 1900 году.[3]).

Этототъ послѣдній проектъ предполагаетъ признавать владѣніе не только за собственниками, но и за всѣми реальными обладателями имущества[4]), а Союзный законъ объ обязатель-

---

thum auszuüben. § 201: Wird durch ein Rechtsgeschäft des bisherigen Besitzers mit einem Anderen der Besitz des Ersteren in eine Inhabung für den Letzteren verwandelt, so ist diess als eine Uebergabe des Besitzes an diesen anzusehen. Ist ein Dritter Inhaber der Sache für den bisherigen Besitzer, so muss zu dem den Uebergang des Besitzes bezweckenden Rechtsgeschäfte die Anweisung des Besitzers an den Dritten hinzukommen, die Inhabung für den neuen Besitzer fortzusetzen. § 202: Die Bezitzerwerbung durch gesetzliche Vertreter ist nach deren Handlung und Willen zu beurtheilen. *Siebenhaar*, Lehrbuch, §§ 178—182, S. 290 ff. Его же Commentar, I, S. 200, 201.

[1]) Саксон. Улож., §§ 1091, 869 cit. *Siebenhaar*, Lehrbuch, § 364, S. 601, § 365, S. 603. Его же Commentar, Bd. II, 1865, S. 122, 123, 213. *Stobbe*, Handbuch, III, § 184, Ziff. 5, S. 243, 244.

[2]) *Шершеневичъ*, Курсъ гражданскаго права, т. I, вып. 2, стр. 333.

[3]) Code civil suisse. Avant-projet du département fédéral de justice et police. Lausanne, 1900.

[4]) § 961: Celui qui tient une chose en sa puissance en a la possession. § 962: Lorsque le possesseur remet la chose à un autre pour lui conférer soit un droit de servitude ou de gage, soit un droit personnel, tous deux ont la possession de la chose.

ствахъ требуетъ для передачи права собственности совершенія traditio[1]).

При этомъ «какъ выгоды, такъ и страхъ за вещь переходятъ на пріобрѣтателя съ момента заключенія договора объ отчужденіи»[2]).

Е. Испанскій кодексъ 1889 г.

Здѣсь владѣніе признается только за тѣми лицами, которыя имѣютъ animus *domini*[3]).

Для перехода права собственности на движимыя вещи необходимо совершеніе traditio[4]).

---

[1]) § 199: Для перехода въ силу договора права собственности на движимыя вещи требуется передача владѣнія ими. § 200: Передача вещи совершается: 1) врученіемъ вещи пріобрѣтателю, 2) доставленіемъ пріобрѣтателю средствъ распоряжаться вещью съ устраненіемъ всѣхъ другихъ лицъ. § 201: Передача владѣнія вещью, находящеюся въ рукахъ третьяго лица, признается также состоявшеюся, если отчуждатель вещи поручитъ этому третьему лицу хранить вещь впредь для новаго пріобрѣтателя. § 202: Допускается, въ видѣ исключенія, передача пріобрѣтателю владѣнія и такою вещью, которая остается въ рукахъ ея отчуждателя, если право оставить вещь у себя вытекаетъ изъ особаго правоотношенія, напримѣръ изъ договора найма. Такая передача владѣнія недѣйствительна по отношенію къ третьимъ лицамъ, если имѣла цѣлью причинить имъ вредъ; судъ разрѣшаетъ этотъ вопросъ по свободному усмотрѣнію, принимая въ соображеніе всѣ обстоятельства дѣла. Статьи эти я цитирую по изданію нашей Редакціонной Коммисіи, СПБ., 1891. *Schneider-Fick*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 2 Aufl., Zürich, 1883, S. 176 ff.

[2]) Тотъ же Союзный законъ 1881 г., § 204. *Schneider-Fick*, op. cit., S. 178, 179.

[3]) § 430: La possession naturelle est la détention d'une chose, ou la jouissance d'un droit par une personne. La possession civile est cette même détention, ou cette même jouissance, unie à l'intention de considérer la chose, ou le droit, comme sa propriété. — Code civil espagnol, promulgué le 24 juillet 1889, traduit et annoté par *A. Levé*. *Lehr*, Éléments de droit civil espagnol, Paris, 1880, p. 199 ss.

[4]) Испан. кодексъ, § 1095: Le créancier a droit aux fruits de la chose du moment où naît l'obligation de la lui livrer. Néanmoins il n'acquiert pas de droit réel sur elle tant qu'elle ne lui a pas été livrée. *Levé*, Code civil espagnol, Introduction, p. XX ss. *Lehr*, Éléments, p. 216 ss.

Рискъ за вещь и право на плоды отъ нея переходятъ на пріобрѣтателя уже съ момента заключенія договора объ отчужденіи[1]).

Изъ двухъ пріобрѣтателей одной и той же вещи право собственности получаетъ тотъ, кто первый получилъ вещь и уплатилъ покупную цѣну[2]).

G. Общегерманское Уложеніе 1896 г.

Таковъ былъ важнѣйшій законодательный матеріалъ, имѣвшійся у германскихъ и романскихъ народовъ по нашему вопросу, когда объединенная Германія работала надъ созданіемъ единаго для всей имперіи гражданскаго уложенія[3]).

Какъ ни великъ и какъ ни разнообразенъ былъ такимъ образомъ опытъ западной Европы въ данномъ отношеніи; какъ ни обширна, далѣе, была литература — французская, но особенно нѣмецкая — по нашему вопросу, тѣмъ не менѣе Германія приступала къ дѣлу кодификаціи и совершала это великое дѣло, — по крайней мѣрѣ, по нашему вопросу, — съ огромной и похвальной основательностью.

Такъ, въ частности, такимъ отдѣльнымъ вопросамъ, какъ traditio и constitutum possessorium было въ теченіе работъ коммисіи посвящено два отдѣльныхъ съѣзда германскихъ юристовъ: 14-й и 15-й въ самомъ концѣ 70-хъ годовъ. Только вопросу о владѣніи не повезло въ послѣднемъ отношеніи: онъ обсуждался лишь *послѣ* изданія *втораго* проекта, на 24-мъ съѣздѣ германскихъ юристовъ, въ концѣ 90-хъ годовъ прошлаго столѣтія.

Однако, не смотря на такія, повидимому, очень благопріятныя условія, Германіи пришлось выдержать горькое разочарованіе, прежде чѣмъ получить уложеніе, годное для законодательной санкціи; первый проектъ, появившійся въ 1888 году, подвергся жестокой критикѣ за его романистическій, чуждый

---

[1]) Испан. кодексъ, § 1095 cit. *Lehr*, Éléments, p. 377, n. 603.

[2]) *Lehr*, Éléments, p. 377, n. 604.

[3]) Только испанскій кодексъ появился нѣсколько позже, *по окончаніи* работъ первой коммисіи. Швейцарскій же Союзный законъ объ обязательствахъ естественно имѣлся въ виду и первой нѣмецкой коммиссіей.

германскому правосознанію, характеръ и законодательнаго утвержденія не получилъ[1]).

Пришлось, скрѣпя сердце, избрать вторую коммисію и вырабатывать второй проектъ.

Этотъ послѣдній былъ изготовленъ къ 1896 году, получилъ законодательную санкцію и съ 1 января 1900 года вступилъ въ дѣйствіе во всей Германіи подъ названіемъ «Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich».

Постановленія этого Gesetzbuch'a по нашему вопросу насъ главнымъ образомъ и интересуютъ. Но предварительно мы бросимъ хотя бы бѣглый взглядъ и на первый проектъ обще-германскаго уложенія. Хотя въ немъ есть и много недостатковъ, но все же онъ представляетъ собою совсѣмъ не безразличное явленіе въ кодификаціи общегерманскаго права, а потому пройти его полнымъ молчаніемъ, какъ мнѣ кажется, нельзя.

Особенно неудачны постановленія перваго проекта о владѣніи[2]).

Мотивы къ этимъ постановленіямъ, примыкаютъ, говоритъ Гирке, «исключительно къ яко бы соотвѣтствующей чисто-римскому праву теоріи Савиньи, какъ будто она является откровеніемъ вѣчной истины. При этомъ о германской Gewere не упоминается совсѣмъ. Не обращается вниманія и на преобразованіе римскаго владѣнія въ старой теоріи и практикѣ подъ воз-

---

[1]) *Шершеневичъ*, Курсъ гражданскаго права, т. I, вып. 2, стр. 314 слѣд. *Дювернуа*, Изъ курса лекцій по гражд. праву. Введеніе и часть общая. 2 изд., СПБ., 1895, стр. 158 слѣд. Среди германскихъ юристовъ см. особенно *Gierke*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Leipzig, 1889.—Его общій приговоръ см. на стр. 1 и 2.

[2]) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung, § 797 ff. Сюда относятся *Motive* zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. III, Sachenrecht, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig, 1888, S. 78 ff. По приговору Вэра, первый проектъ въ ученіи о владѣніи послѣдовалъ ложному ученію Савиньи и именно самымъ слабымъ сторонамъ его. *O. Bähr*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 30, N. F. Bd. 11, 1888, S. 481. *Reatz*, Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin, 1890, S. 749 ff. *Dernburg*, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, Bd. III, Das Sachenrecht, 1901, § 10, S. 41, 42. *Ihering*, Der Besitzwille, S, 470 ff.

дѣйствіемъ той же Gewere. Оставлены въ сторонѣ и тѣ существенныя исправленія теоріи Савиньи, которыя сдѣланы Іерингомъ, Беккеромъ, Дернбургомъ, Бэромъ и другими. Съ напыщенной важностью проходятъ «мотивы» мимо тѣхъ формъ, въ которыя вылился институтъ владѣнія въ такихъ великихъ новыхъ кодификаціяхъ, какъ Прусскій Ландрехтъ и Австрійское Уложеніе. Наконецъ, не возбуждается никакихъ вопросовъ ни о народномъ правосознаніи, ни о качествахъ и достоинствахъ дѣйствительной нѣмецкой правовой жизни. Вмѣсто всего этого «Мотивы» даютъ цѣлую сѣть самыхъ тонкихъ дедукцій и конструкцій»[1]).

Таковъ суровый, но и справедливый приговоръ Гирке.

Теперь разсмотримъ нѣкоторыя детали.

Изъ § 797 вытекаетъ, что владѣніе признается только за тѣми лицами, у которыхъ есть animus domini; всѣ же остальныя лица,— арендаторы, коммодатаріи, пожизненные владѣльцы и даже закладопринимателі,— отводятся въ разрядъ простыхъ детенторовъ[2]).

Но практически это отступленіе отъ германскихъ началъ смягчается тѣмъ, что владѣльческая защита дается каждой detentio, даже больше,— эта защита, собственно говоря, дается *только* detentio, а истинные владѣльцы пользуются поссессорной защитой лишь въ ограниченныхъ размѣрахъ[3]).

Въ самомъ дѣлѣ, § 814 запрещаетъ какъ отнимать вещь, такъ и безпокоить въ обладаніи вещью каждаго детентора безъ всякихъ различій. А § 815 даже уполномачиваетъ детентора силу отражать силой и отнятое силой возвращать такой же силой, при

---

[1]) *Gierke*, Der Entwurf eines b. G. B., S. 294. См. еще S. 30 ff.

[2]) § 797: Der Besitz einer Sache wird erworben durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache (Inhabung) in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben (Besitzwille). *Gierke*, Der Entwurf, S. 295, 296. Этотъ ученый справедливо упрекаетъ составителей проекта за то, что они пошли по пути, намѣченному Прусскимъ Ландрехтомъ. Въ нормахъ проекта Гирке видитъ «доктринальное насиліе». *Strohal*, Zum Besitzrecht des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Iherings Jahrbücher, Bd. 31, N. F. Bd. 19, 1892, S. 10—12, 20, 21.

[3]) *Gierke*, Der Entwurf, S. 306 ff. *Wendt*, Besitz und Gegenvorschläge, Archiv für die Civ. Praxis, Bd. 74, 1889, S. 135, 138.

чемъ прямо говорится, что эти полномочія принадлежатъ детентору даже противъ того, для кого детенторъ держитъ вещь, т. е. противъ владѣльца[1]). Кромѣ этой самопомощи и самозащиты, каждый детенторъ получаетъ, по проекту, и *судебную* провизорную защиту[2]).

Что же касается самого владѣльца, то онъ, безсильный противъ самого детентора, пользуется указанной *судебной* защитой лишь на ряду съ детенторомъ, а самостоятельно онъ выступаетъ только въ тѣхъ случаяхъ, когда его детенторъ, лишенный вещи, не желаетъ принять ее обратно[3]).

Мотивы объясняютъ такую постановку поссессорной за-

---

[1]) § 814: Niemand darf, soweit nicht das Gesetz für besondere Fälle ein Anderes bestimmt, ohne den Willen des Inhabers einer Sache demselben die Inhabung entziehen oder ihn darin stören (verbotene Eigenmacht). § 815: Der Inhaber einer Sache ist berechtigt, verbotener Eigenmacht sich mit Gewalt zu erwehren. Ist eine bewegliche Sache dem Inhaber durch verbotene Eigenmacht weggenommen, so ist derselbe berechtigt, dem auf der That betroffenen oder bei sofortiger Nacheile erreichten Thäter die Sache mit Gewalt wieder abzunehmen. Die.... bezeichneten Rechte stehen dem Inhaber auch gegenüber demjenigen zu, für welchen er die Sache innehat.

Strohal порицаетъ эту беззащитность владѣльца, Zum Besitzrecht, Iherings Jahrbücher, Bd. 29, N. F. Bd. 17, 1890, S. 355.

[2]) § 819: Derjenige, welchem die Inhabung durch verbotene Eigenmacht entzogen ist, hat gegen den Inhaber, welcher ihm gegenüber fehlerhaft innehat, den Anspruch auf Wiedereinräumung der Inhabung. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der frühere Inhaber gegenüber dem gegenwärtigen Inhaber fehlerhaft innehatte. § 820: Ist der Inhaber durch verbotene Eigenmacht in der Inhabung gestört, so hat er gegen den Störer den Anspruch auf Wiederaufhebung der Störung; sind weitere Störungen nach den Umständen zu besorgen, so kann er die Verurtheilung des Störers zur Unterlassung weiterer Störungen verlangen. Die Vorschriften des ersten Absatzes finden keine Anwendung, wenn der gestörte gegenüber dem Störer fehlerhaft innehat.

[3]) § 821: Ist der Inhaber nicht zugleich der Besitzer, so stehen die nach den §§ 819, 820 für den Inhaber begründeten Rechte auch dem Besitzer zu. Will der frühere Inhaber in dem Falle der Entziehung der Inhabung diese nicht wieder übernehmen, so kann der Besitzer fordern, dass die Inhabung ihm selbst eingeräumt werde. Отсюда вытекаетъ, по мнѣнію Штрогаля что если detentio нарушается съ согласія детентора, то владѣлецъ поссессорной защиты не имѣетъ. *Strohal*, Zum Besitzrecht, Iherings Jahrbücher, Bd. 29, S. 355.

щиты тѣмъ, что она должна имѣть цѣлью не осуществленіе какого либо субъективнаго права, а сохраненіе и возстановленіе существующаго распредѣленія господства надъ вещами между отдѣльными лицами; господство же это принадлежитъ не владѣльцамъ, какъ ихъ понимаетъ проектъ, а именно детенторамъ; поэтому то въ ихъ руки отдана и защита[1]).

Мысль эта, конечно, прекрасна, но только не слѣдовало доводить ее до крайностей, предоставляя поссессорную защиту *каждому* детентору *безъ исключенія.*

Гирке указываетъ на слѣдующіе случаи, когда владѣлецъ-собственникъ можетъ попасть прямо въ нелѣпое положеніе. Кто либо возвращается въ свое собственное имѣніе изъ путешествія и видитъ, что его движимость присвоена невѣрными сторожами, а дверь въ его квартиру самовольно заперта его же собственнымъ лакеемъ. Если хозяинъ, въ виду такого положенія дѣла, нарушитъ спокойное держаніе своихъ сторожей и поручитъ слесарю взломать замокъ, то, по правиламъ проекта, онъ окажется виновнымъ въ запрещенномъ насиліи и будетъ побѣжденъ въ поссессорномъ процессѣ[2]).

Нѣкоторыя ограниченія, хотя и трудно опредѣлить ихъ границы, непремѣнно должны быть вносимы въ общее правило защиты реальнаго обладанія[3]).

Перейдемъ теперь къ вопросу о переходѣ права собственности по разбираемому проекту.

Здѣсь принята система traditio: по § 874 проекта, для перенесенія права собственности на движимую вещь посредствомъ юридической сдѣлки необходима передача вещи и заключеніе договора о переходѣ права собственности на пріобрѣтателя[4]).

---

[1]) *Motive*, Bd. III, S. 109.

[2]) *Gierke*, Der Entwurf, S. 307. Такъ же и *Wendt*, Archiv für die Civ. Praxis, Bd. 74, S. 140, 141.

[3]) *Strohal*, Zum Besitzrecht, Iherings Jahrbücher, Bd. 29, S. 354. *O. Bähr*, Krit. Vierteljahresschrift, Bd. 30, S. 486, 488: *Wendt*, Besitz und Inhabung, Archiv für die Civ. Praxis, Bd. 74, S. 139: согласно потребностямъ жизни необходимо выдѣлять detentio nomine alieno. См. еще S. 141, 151.

[4]) § 874: Zur Uebertragung des Eigenthums an einer beweglichen Sache durch Rechtsgeschäft ist ein zwischen dem Eigenthümer und dem Erwerber unter Uebergabe der Sache zu schliessender Vertrag erforderlich, welcher die Willenserklärung der Vertragschliessenden enthält, dass der

По указанію Мотивовъ, здѣсь подъ передачей вещи разумѣется передача владѣнія, и сюда относятся §§ 803 — 805 проекта. При этомъ прибавляется, что сюда же въ качествѣ дополненія должны быть привлекаемы и другія нормы, относящіяся къ пріобрѣтенію владѣнія[1]).

Тѣмъ не менѣе Штрогаль[2]) правильно констатируетъ, что первый проектъ отличаетъ пріобрѣтеніе владѣнія по traditio и пріобрѣтеніе владѣнія первоначальное (по occupatio и т. п.).

Но возвратимся къ §§ 803—805; они постановляютъ слѣдующее.

Прежде всего, § 803 Abs. 1 имѣетъ въ виду, такъ сказать, обыкновенную передачу владѣнія: она состоитъ въ томъ, что одна сторона *предоставляетъ* другой свое владѣніе, а эта другая сторона *пріобрѣтаетъ* его. Для пріобрѣтенія же владѣнія, какъ говоритъ цитированный нами выше § 797, необходимы установленіе detentio надъ вещью и animus domini. Далѣе § 803 Abs. 2 продолжаетъ, что если пріобрѣтатель находится въ такомъ положеніи относительно вещи, что можетъ въ любой моментъ и совершенно по своему усмотрѣнію осуществлять фактическую власть надъ нею, то достаточно и одного взаимнаго волеизъявленія сторонъ о предоставленіи и пріобрѣтеніи владѣнія[3]).

Если здѣсь corpus traditionis и улетучивается почти совершенно, то Штрогаль совершенно резонно замѣчаетъ, что въ этомъ нѣтъ ровно никакой бѣды[4]).

Eigenthum auf den Erwerber übergehen soll. При этомъ дѣлается ссылка на § 829, который устанавливаетъ абстрактность указаннаго договора *Motive*, Bd. III, S. 89 ff., 333 ff. *Gierke*, Der Entwurf, S. 300 ff., 335 ff.

[1]) *Motive*, Bd. III, S. 344, Ziff. 3.

[2]) *Strohal*, Zum Besitzrecht, Iherings Jahrbücher, Bd. 31, S. 26, 27.

[3]) § 803: Mittels Uebergabe wird der Besitz einer Sache erworben, wenn der Besitz von dem bisherigen Besitzer dem Erwerber eingeräumt und von diesem ergriffen wird. Die Willenserklärung des bisherigen Besitzers, dass er den Besitz einräume, und die Willenserklärung des Erwerbers, dass er den Besitz ergreife, genügen für den Erwerb des Besitzes, wenn der Erwerber sich thatsächlich in der Lage befindet, die Gewalt über die Sache beliebig auszuüben. *Бэръ* говоритъ: въ законѣ рѣчь идетъ о передачѣ *владѣнія*, между тѣмъ какъ сами стороны имѣютъ въ виду совсѣмъ не владѣніе, а собственность; такъ слѣдовало бы говорить и закону. *Bähr*, Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 30, S. 491.

[4]) *Strohal*, Zum Besitzrecht, Iherings Jahrbücher, Bd. 31, S. 29—31.

На тотъ случай, когда вещь находится въ detentio третьяго лица, § 804 постановляетъ, что для передачи такой вещи во владѣніе пріобрѣтателя надо, чтобы традентъ приказалъ детентору впредь держать вещь для пріобрѣтателя, и чтобы пріобрѣтатель выразилъ свою владѣльческую волю передъ традентомъ или детенторомъ. Но и при этихъ условіяхъ владѣніе перейдетъ на пріобрѣтателя только въ томъ случаѣ, *если детторъ согласится* держать вещь впредь для пріобрѣтателя[1]).

Вотъ это послѣднее условіе вызвало порицаніе въ литературѣ[2]).

§ 805 регулируетъ извѣстный намъ constitutum possessorium. Если традентъ-владѣлецъ по какой либо сдѣлкѣ съ пріобрѣтателемъ получаетъ право или обязывается удержать вещь у себя въ качествѣ простаго детентора, то для передачи владѣнія достаточно, чтобы традентъ въ согласіи съ пріобрѣтателемъ изъявилъ по адресу сего послѣдняго свою волю впредь держать вещь для пріобрѣтателя. А если традентъ управомоченъ представлять другаго во владѣніи, то въ такомъ случаѣ достаточно со стороны традента *всякаго* дѣйствія, лишь бы изъ него явствовала воля впредь держать вещь для представляемаго имъ пріобрѣтателя[3]).

---

[1]) § 804: Die in der Inhabung eines Anderen befindliche Sache kann von dem Besitzer einem Dritten dadurch übergeben werden, dass der bisherige Besitzer den Inhaber anweist, die thatsächliche Gewalt fortan für den Dritten auszuüben, und dieser gegenüber dem bisherigen Besitzer oder dem Inhaber den Besitzwillen erklärt. Der Besitz wird von dem Dritten nicht erworben, wenn der Inhaber unverzüglich nach dem Empfange der Anweisung gegenüber dem bisherigen Besitzer oder dem Dritten der Anweisung widerspricht. *Motive*, Bd. III, S. 95. *Gierke*, Der Entwurf, S. 301, 302.

[2]) *Strohal*, Zum Besitzrecht, Iherings Jahrbücher, Bd. 31, S. 39 ff. *Wolff*, Gutachten aus dem Anwastande, S. 623. Такъ и *Reatz*, ibid., S. 770, 771. Съ другой же стороны Вендтъ въ § 804 видитъ правило, которое само собой разумѣется, Archiv für die Civ. Praxis, Bd. 74, S. 164.

[3]) § 805: Die Uebergabe einer in der Inhabung des Besitzers befindlichen Sache an einen Anderen kann, wenn der Besitzer auf Grund eines zwischen ihm und dem Anderen bestehenden besonderen Rechtsverhältnisses befugt oder verpflichtet ist, die Sache als Inhaber zu behalten, dadurch bewirkt werden, dass der bisherige Besitzer im Einverständnisse mit dem Anderen diesem den Willen erklärt, die thatsächliche Gewalt fortan für denselben auszuüben. Ist der bisherige Besitzer berechtigt, den Anderen in Ansehung

Наконецъ, что касается traditio brevi manu, то проектъ не даетъ спеціальныхъ нормъ для нея, а Мотивы указываютъ, что для этого вида передачи достаточнымъ основаніемъ можетъ служить указанный выше § 803 Abs. 2: если вещь доступна распоряженію пріобрѣтателя, то особой передачи не нужно; ее замѣняетъ соглашеніе контрагентовъ[1]).

Таковы въ общемъ не представляющія ничего особо важнаго правила перваго проекта о разныхъ видахъ *traditio*.

Все это то болѣе, то менѣе удачныя варіаціи на ту основную тему, которая дана еще древнимъ Римомъ.

Если же мы обратимъ, наконецъ, вниманіе на вопросъ о переходѣ риска и о распредѣленіи плодовъ вещи при куплѣ-продажѣ, то мы увидимъ, что traditio разсматриваемаго проекта стоитъ дальше отъ системы соглашенія, чѣмъ стояла traditio римская: рискъ и плоды вещи остаются за традентомъ впредь до передачи вещи покупщику[2]).

Теперь мы можемъ перейти ко *второму* проекту, который и является теперь уже дѣйствующимъ кодексомъ для всей германской имперіи.

Второй проектъ или,—какъ его теперь лучше называть,—Общегерманское Уложеніе внесло существеннѣйшія исправленія и улучшенія въ институтъ владѣнія.

---

des Besitzerwerbes zu vertreten, so genügt zum Besitzewerbe des Anderen jede Handlung des bisherigen Besitzers, durch welche der letztere den Willen kundgiebt, die thatsächliche Gewalt fortan für den Anderen auszuüben. *Motive*, Bd. III, S. 97 ff., 335, 336. *Gierke*, Der Entwurf, S. 302, 303. *Bähr*, Krit. Vierteljahresschrift, Bd. 30, S. 492 ff. Этотъ авторъ всякія ограниченія constitutum possessorium'а находитъ излишними.

[1]) *Motive*, Bd. III, S. 94.

[2]) § 463 Abs. 1: Der Verkäufer trägt die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung sowie die Lasten der verkauften Sache bis zur Uebergabe der letzteren an den Käufer. Bis zur Uebergabe gebühren dem Verkäufer die Nutzungen der Sache. *Motive*, Bd. II, S. 322 ff. *Gierke*, Der Entwurf, S. 236. *Гахенбургъ* по поводу перваго проекта высказываетъ ту мысль, которую я привелъ выше, а именно,—что римляне, перенося рискъ гибели и плоды вещи на пріобрѣтателя уже въ моментъ заключенія договора, стояли на пути къ тому результату, котораго достигли впослѣдствіи французы (Code civil, art. 1583). Сами же римляне остановились на половинѣ дороги, вслѣдствіе чего и получилась юридическая непослѣдовательность. *Hachenburg*, Gutachten aus dem Anwaltstande, S. 122.

Въ этомъ отношеніи Общегерманское Уложеніе является дальнѣйшимъ развитіемъ и приведеніемъ въ болѣе стройную систему тѣхъ началъ, которыя были установлены Прусскимъ Ландрехтомъ, удачно воспринявшимъ результаты исторіи.

Общегерманское Уложеніе рѣшительно,— хотя и не исключительно,— становится на сторону реальнаго обладанія: по § 854, владѣніемъ здѣсь называется *фактическая власть* надъ вещью. О волѣ уже рѣчи нѣтъ.

Поэтому закладопріниматели, арендаторы, наниматели, коммодатаріи, депозитаріи и т. п. лица являются владѣльцами, и притомъ — владѣльцами въ самомъ полномъ и точномъ смыслѣ слова, а не такъ, какъ это было еще въ Прусскомъ Ландрехтѣ, который видѣлъ въ этихъ случаяхъ владѣніе неполное или несовершенное[1]).

При этомъ не оставлены однако безъ владѣнія и собственники; они наряду съ нанимателями, хранителями и имъ подобными *непосредственными* владѣльцами являются также владѣльцами, но *посредственными*. § 868 говоритъ такъ: если кто нибудь владѣетъ вещью, какъ пожизненный владѣлецъ, закладопріниматель, хранитель или на какомъ нибудь другомъ основаніи, благодаря которому онъ является относительно другаго лица

---

[1]) B. G. B., § 854: Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache erworben. *Dernburg*, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, Bd. III, § 11, S. 42, 43. *Gierke*, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht, S. 1 ff. *F. Endemann*, Einführung in das Studium des bügerl. Gesetzbuchs, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd. II, Th. 1, § 29, S. 116. *Engelmann*, Das alte und das neue bürgerl. Recht Deutschlands, § 166, S. 468, 470. *Strohal*, Der Sachbesitz nach dem B. G. B., Iherings Jahrbücher, Bd. 38, 1898, S. 1–4. *Bekker*, Der Besitz beweglicher Sachen Iherings Jahrbücher. Bd. 34, 1895, S. 8. 24, 25. *Kniep*, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht, Jena, 1900, S. 2. 6. *Покровскій*, Основные вопросы владѣнія въ новомъ германскомъ уложеніи, Вѣстникъ права, 1899, кн. 1, стр. 97. *Wendt*, Der mittelbare Besitz des bürgerlichen Gesetzbuches, Archiv für die Civ. Praxis. Bd. 87, 1897, S. 41. *Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch, Liefer. 10, 1 u. 2 Aufl., 1900, S. 28, 29. *Haidlen*, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten, Bd. II, 1897, S. 23. *Buhl*, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Berlin, 1901, § 4, S. 20.

или управомоченнымъ, или обязаннымъ въ теченіе извѣстнаго срока держать вещь за собою, то въ такихъ случаяхъ и это другое лицо является также владѣльцемъ, хотя и *посредственнымъ*[1]).

Посредственнаго владѣльца Беккеръ называетъ Auchbesitzer'омъ, а Эндеманъ предлагаетъ другое названіе: Nochbesitzer[2]).

Если вещь сдается, напр., въ наемъ послѣдовательно нѣсколькимъ лицамъ, то *каждый сдавшій* вещь въ наемъ будетъ посредственнымъ владѣльцемъ[3]). Такимъ образомъ посредственное владѣніе не связано неразрывно ни съ собственностью, ни съ волей владѣть вещью какъ собственной[4]). И съ другой стороны, само собою разумѣется, что лицо, имѣющее animus domini, можетъ въ то же самое время имѣть у себя и *непосредственное* владѣніе.

Во всякомъ же случаѣ какъ посредственное, такъ и непосредственное владѣніе, связанное съ волей обладать вещью какъ собственной, представляетъ изъ себя особый видъ владѣнія, *владѣніе собственническое*, Eigenbesitz[5]).

---

[1]) B. G. B. § 868: Besitzt Jemand eine Sache als Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Miether, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der Andere Besitzer (mittelbarer Besitz).

F. Endemann, Einführung, Lehrbuch, Bd. II, Th. 1, § 29, S. 117, 124. *Cosack*, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, Jena, 1900, § 185, S. 63 f. Вообще о посредственномъ владѣніи — *S. Klein*, Der mittelbare Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bonn, 1899. См. еще *Kniep*, Der Besitz des Bürgerl. Gesetzbuches, S. 7 ff. *Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch, Liefer. 10, S. 54 ff.— Понятіе посредственнаго владѣнія введено, прежде всего, для того, чтобы опредѣлить, кому еще принадлежитъ владѣльческая защита, кромѣ непосредственныхъ владѣльцевъ.

[2]) *Bekker*, op. cit., Iherings Jahrbücher, Bd. 34, S. 10. *Endemann*, Einführung, Bd. II, Th. 1, § 32, S. 125, Anm. 2.

[3]) *Gierke*, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes, S. 7, 8. *Bekker*, Der Besitz beweglicher Sachen, Iherings Jahrbücher, Bd. 34, S. 47. § 871 B. G. B.: Steht der mittelbare Besitzer zu einem Dritten in einem Verhältnisse der im § 868 bezeichneten Art, so ist auch der Dritte mittelbarer Besitzer.

[4]) *Strohal*, Iherings Jahrbücher, Bd. 38, S. 28.

[5]) B. G. B., § 872: Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist

Сущность посредственнаго владѣнія состоитъ, по ученію Штрогаля, въ слѣдующемъ[1]).

Во 1-хъ, посредственное владѣніе предполагаетъ всегда владѣніе непосредственное.

Во 2-хъ, посредственный владѣлецъ всегда имѣетъ требованіе о выдачѣ ему вещи. Но нельзя наоборотъ сказать, что каждый, имѣющій притязаніе на выдачу ему вещи, является поэтому посредственнымъ владѣльцемъ. Такъ, напр., покупщикъ res in specie такое притязаніе имѣетъ, но владѣнія у него нѣтъ, если онъ еще не пріобрѣлъ его особо.

Въ 3-хъ, посредственное владѣніе только потому не является настоящимъ владѣніемъ, что законъ приписываетъ это послѣднее другому лицу. Поэтому какъ только это другое лицо отпадаетъ, посредственное владѣніе сейчасъ же превращается въ непосредственное безъ всякихъ особыхъ актовъ пріобрѣтенія.

Наконецъ, въ 4-хъ, при наличности посредственнаго владѣнія, владѣніе непосредственное всегда является ввѣреннымъ на время.

Возведя всякое фактическое и реальное обладаніе на степень владѣнія, Общегерманское Уложеніе вполнѣ цѣлесообразно сдѣлало изъ этого общаго правила исключеніе. § 855 говоритъ: если кто нибудь осуществляетъ фактическую власть надъ вещью для другаго лица въ его домашнемъ хозяйствѣ или въ его предпріятіи, или въ какомъ нибудь подобномъ положеніи, благодаря которому онъ долженъ повиноваться указаніямъ этого другаго лица относительно вещи, то владѣльцемъ признается только это другое лицо[2]).

Eigenbesitzer. *Strohal*, Der Sachbesitz, Iherings Jahrbücher, Bd. 38, S. 13. *Dernburg*, Das bürgerl. Recht, Bd. III, § 12, S. 45. *Cosack*. Lehrbuch, Bd. II, § 185, S. 65. *Kniep*, Der Besitz des Bürgerl. Gesetzbuches, S. 16 ff. *Planck*. Bürgerl. Gesetzbuch, Liefer. 10. S. 62.

[1]) *Strohal*. Der Sachbesitz, Iherings Jahrbücher, Bd. 38, S. 18 ff.

[2]) B. G. B. § 855: Uebt Jemand die thatsächliche Gewalt über eine Sache für einen Anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältniss aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der Andere Besitzer. *Wendt*, Archiv für die Civ. Praxis. Bd 87, S. 41, 42. *Kniep*, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 35 ff. *Planck*, Bürgerl. Gesetz-

Такимъ образомъ понятіе подчиненной и безправной detentio сохранено и въ Общегерманскомъ Уложеніи. Согласно потребностямъ жизни, это такъ и должно быть: реальное держаніе вещи въ нѣкоторыхъ случаяхъ бываетъ до того несамостоятельнымъ, что возводить его въ рангъ владѣнія со всѣми важными послѣдствіями этого послѣдняго было бы совершенно нецѣлесообразно. Такъ, напр,. нельзя же признать владѣніе и владѣльческую защиту за моей кухаркой, когда она въ кухнѣ перемываетъ мою посуду. Но дѣло въ томъ, что опредѣлить точными признаками границы такого несамостоятельнаго или зависимаго обладанія не удалось Общегерманскому Уложенію, да и вообще это очень не легко[1]).

Но перейдемъ къ практически очень важному вопросу о защитѣ владѣнія.

Этотъ вопросъ осложняется и затрудняется для Общегерманскаго Уложенія тѣмъ, что здѣсь одна и та же вещь сплошь и рядомъ можетъ находиться во владѣніи двухъ лицъ: у непосредственнаго и посредственнаго владѣльца[2]).

---

buch, Liefer. 10. S. 35. Denkschrift, S. 109. *Haidlen*, Bürgerl. Gesetzbuch, Bd. II, S. 24. *Buhl*, Das Recht der beweglichen Sachen, S. 21, 22.

[1]) Штрогаль указываетъ, какъ на рѣшающій, на признакъ *зависимости*: надо держать вещь *для другаго* и *зависѣть* отъ этого другаго. Но зависимость не смѣшивать съ обязательственной связанностью. Напр., даю моему другу, ѣдущему въ Женеву, часы для починки; сюда § 855 B. G. B. не относится. Другіе же признаки вѣрнаго критерія не даютъ. Таковъ, напр., признакъ услуженія: какой нибудь торговецъ посылаетъ своего приказчика на Востокъ для установленія торговыхъ связей; здѣсь приказчикъ несомнѣнно владѣетъ ввѣренными ему товарами, хотя онъ и находится въ услуженіи у своего хозяина. И съ другой стороны, несамостоятельность обладанія возможна и безъ услуженія, напр., сестра хозяйки, помогающая въ домашнемъ хозяйствѣ, не есть слуга, и тѣмъ не менѣе она не владѣетъ вещами хозяйки. Такъ же невѣренъ и признакъ обладанія *для другаго:* напр., обѣдая въ ресторанѣ, я держу ножъ и вилку для *себя*, въ кафе держу газету для *себя*, и тѣмъ не менѣе я не владѣлецъ этихъ вещей. *Strohal*, Der Sachbesitz, Iherings Jahrbücher, Bd. 38, S. 5—13. То же самое повторяетъ и проф. *Покровскій*, Вѣстникъ права, 1899, кн. 1, стр. 109, 110. См. еще *Bekker*, Iherings Jahrbücher, Bd. 34, S. 43 ff. *Dernburg* обращаетъ вниманіе на «внѣшнимъ образомъ замѣтное отношеніе зависимости». Das bürgerl. Recht, Bd. III, § 14, S. 49.

[2]) *F. Endemann*, Einführung, Bd. II, Th. 1, § 29, S. 117. Исторически

Въ особой запискѣ къ проекту Общегерманскаго Уложенія говорится, что владѣльческая защита должна имѣть своей цѣлью обезпеченіе общественнаго мира путемъ охраны внѣшняго господства лица надъ вещами[1]). —Идея вполнѣ и единственно цѣлесообразная[2]). Посмотримъ, какъ она осуществлена въ своихъ деталяхъ.

§§ 859, 861 и 862 B. G. B. отдаютъ право на владѣльческую защиту во всѣхъ ея видахъ главнымъ образомъ *непосредственному* владѣльцу: онъ можетъ силой отражать силу и возвращать отнятое; онъ можетъ требовать и судебной владѣльческой защиты какъ для устраненія безпокойства его владѣнія со стороны кого либо, такъ и для возстановленія неправильно нарушеннаго, прекращеннаго владѣнія[3]).

Что касается самозащиты (§ 859), то § 860 уполномочиваетъ и несамостоятельныхъ обладателей (§ 855) помогать въ этомъ отношеніи непосредственному владѣльцу[4]).

освѣщаетъ вопросъ о защитѣ владѣнія *Gierke*, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes, S. 46 ff.

[1]) Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs nebst drei Anlagen, Berlin, 1896, S. 109.

[2]) Такъ высказываются *F. Endemann*, Einführung, Bd. II, Th. 1, § 25, S. 95, 96. Проф. *Покровскій*, Вѣстникъ права, 1899, кн. 1, стр. 93.

[3]) § 859: Der Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren. Wird eine bewegliche Sache dem Besitzer mittelst verbotener Eigenmacht weggenommen, so darf er sie dem auf frischer That betroffenen oder verfolgten Thäter mit Gewalt wiederabnehmen. § 861: Wird der Besitz durch verbotene Eigenmacht dem Besitzer entzogen, so kann dieser die Wiedereinräumung des Besitzes von demjenigen verlangen, welcher ihm gegenüber fehrlerhaft besitzt. А что такое die Fehlerhaftigkeit des Besitzes, см. § 858. § 862: Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitze gestört, so kann er von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen. Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen. Но далѣе эти же самые §§-ы ставятъ условіе, чтобы истецъ не былъ самъ виновнымъ передъ отвѣтчикомъ въ нарушеніи или прекращеніи владѣнія. *Kniep*, Der Besitz des Bürgerl. Gesetzbuches, S. 312 ff. *Planck*, Bürgerl. Gesetzbuch, Liefer. 10, S. 43 ff.

[4]) 860: Zur Ausübung der dem Besitzer nach § 859 zustehenden Rechte ist auch derjenige befugt, welcher die thatsächliche Gewalt nach § 855 für den Besitzer ausübt. *Bekker*, Iherings Jahrbücher, Bd. 34, S. 45, 46. *Wendt*, Archiv für die Civ. Praxis, Bd. 87, S. 42.

Эти положенія сравнительно просты и ясны.

Но вотъ одной изъ важнѣйшихъ соціальныхъ проблемъ является рѣшеніе вопроса объ отношеніяхъ между посредственными и непосредственными владѣльцами.

Общегерманское Уложеніе посредственному владѣльцу не даетъ самостоятельной защиты, особенно противъ непосреднаго владѣльца[1]).

Посредственный владѣлецъ является лишь *вспомогательнымъ* защитникомъ непосреднаго владѣнія: по § 869, если непосредственное владѣніе нарушается такъ или иначе, то означенные въ §§ 861 и 862 иски принадлежатъ *и* посредственному владѣльцу; содержаніемъ его исковъ должна быть однако только помощь *непосредственному* владѣльцу, и только въ томъ случаѣ, если непосредственный владѣлецъ *не можетъ или не желаетъ* получить отнятую у него вещь обратно, посредственный владѣлецъ можетъ потребовать эту вещь въ свое непосредственное обладаніе[2]).

---

[1]) *Dernburg*, Das bürgerl. Recht, Bd. III, § 23, S. 71, 72. *Engelmann*, Das alte und das neue bürgerl. Recht Deutschlands, § 174, S. 484, 485. *Endemann*, Einführung, Bd. II, Th. 1, § 32, S. 127, 128. *Strohal*, Der Sachbesitz, Iherings Jahrbücher, Bd. 38. S. 43 ff. *Bekker*, Iherings Jahrbücher, Bd. 34, S. 42. Однако, по мнѣнію Беккера, если непосредственный владѣлецъ совершаетъ такія дѣйствія, на которыя онъ не имѣетъ права, ни какъ владѣлецъ, ни какъ арендаторъ, коммодатарій и т. п., или если непосредственный владѣлецъ лишаетъ посредственнаго владѣльца его владѣнія, то въ такихъ случаяхъ даже и посредственный владѣлецъ имѣетъ поссессорную защиту противъ непосреднаго владѣльца. Ibidem. S. 68, 69. Ранда приходитъ въ ужасъ отъ вводимой Общегерманскимъ Уложеніемъ беззащитности посредственныхъ владѣльцевъ (обыкновенно собственниковъ). *Randa*, Der Besitz, Vorwort zur 4 Auflage, S. VIII ff. Protokolle, 2 Les., S. 3729 ff.

[2]) § 869: Wird gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt, so stehen die in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche auch dem mittelbaren Besitzer zu. Im Falle der Entziehung des Besitzes ist der mittelbare Besitzer berechtigt, die Wiedereinräumung des Besitzes an den bisherigen Besitzer zu verlangen; kann oder will dieser den Besitz nicht wiederübernehmen, so kann der mittelbare Besitzer verlangen, dass ihm selbst der Besitz eingeräumt wird. *Dernburg*, Das bürgerl. Recht, Bd. III, § 24, S. 74. *Kniep*, Der Besitz des Bürgerl. Gesetzbuches, S. 421 ff., 431 ff. *Planck*, Burgerl. Gesetzbuch, Liefer. 10, S. 59 f. *Haidlen*, Bürgerl. Gesetzbuch, Bd. II, S. 38. *Gierke* даетъ владѣльческую защиту посредственному владѣльцу и противъ непосреднаго, такъ какъ онъ вообще уравниваетъ

Такимъ образомъ посредственное владѣніе не равно по своему значенію владѣнію непосредственному[1]).

Впрочемъ, вопросъ это спорный: Гирке даетъ посредственному владѣльцу такую же защиту, какъ и непосредственному, и вообще утверждаетъ, что каждая норма закона, говорящая вообще о «владѣніи», должна быть распространяема и на посредственное владѣніе[2]).

Мнѣ кажется болѣе правильнымъ первое мнѣніе.

Въ общемъ нормировку института владѣнія въ Общегерманскомъ Уложеніи надо признать очень удачной и соотвѣтствующей современному правосознанію[3]).

эти два вида владѣнія. Verhandlungen des 24 Deutschen Juristentages, Bd. III, 1898, S. 37, 38. Такъ же значительно расширяетъ правомочія посредственнаго владѣльца *Buhl*, Das Recht der bewegl. Sachen, S. 38 ff. Гертнеръ также уравниваетъ посредственнаго владѣльца съ непосредственнымъ въ отношеніи къ поссессорной защитѣ. Основанія черпаются и изъ текста закона (*auch*..., Besitzer, § 868), и изъ исторіи: нѣмецкому праву двойное владѣніе извѣстно издавна. *Gaertner*, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und neuerem deutschen Recht, Breslau, 1901, S. 151, 153 ff.

[1]) Такого мнѣнія *Strohal*, Der Sachbesitz, Iherings Jahrbücher, Bd. 38, S. 29. И *Bekker* посредственное владѣніе называетъ *субсидіарнымъ* владѣніемъ, Iherings Jahrbücher, Bd. 34, S. 22. *Wendt*, Archiv für die Civ. Praxis, Bd. 87, S. 48. Его же докладъ на 24 съѣздѣ юристовъ, Verhandlungen, Bd. III, S. 3 ff. *Dernburg*, Das bürgerl. Recht, Bd. III, § 13, S. 47, 48. *Matthiass*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1899, S. 7. Protokolle, 2 Les., S. 3942 ff.

[2]) *Gierke*, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes, S. 7, Anm. 15. См. и его докладъ на 24 съѣздѣ юристовъ, Verhandlungen, Bd. III, S. 29 ff. О разногласіяхъ въ коммисіи сообщаетъ, между прочимъ, *Planck*, Bürgerl. Gesetzbuch, Liefer. 10, S. 58.

[3]) Такъ *Wendt*, Der mittelbare Besitz, Archiv für die Civ. Praxis, Bd. 87, S. 40 f. *F. Endemann*, Einführung, Bd. II, Th. 1, § 26, S. 99, 100. Этотъ авторъ указываетъ и на соціальную роль владѣнія и его защиты: въ древнемъ Римѣ, согласно политическому и хозяйственному положенію дѣлъ, законодатели отказывали во владѣльческой защитѣ соціально зависимымъ людямъ, каковы, напр., арендаторы и т. п.; а гдѣ интересы имущихъ классовъ не затрагивались, тамъ и владѣльческая защита допускалась, какъ это было, напр., относительно закладопринимателей. Ibid., S. 104. На эту же причину измѣненій въ институтѣ владѣнія указываетъ и *Strohal*, Iherings Jahrbücher, Bd. 38, S. 2. Выше при объясненіи особенностей римскаго права, я уже при-

Главная заслуга разбираемаго Уложенія состоитъ въ постановкѣ на должную высоту *реальнаго обладанія*. Съ этой стороны, можно сказать вмѣстѣ съ Барономъ, закончилась правовая эволюція, начавшаяся еще въ древнемъ Римѣ[1]).

Одно только не сдѣлано: не устранено такъ называемое *посредственное* владѣніе.

Я, согласно ученію Вендта[2]), держусь того мнѣнія, что въ дѣйствительности нѣтъ ровно никакой надобности въ институтѣ посредственнаго владѣнія. Оно только и можетъ, такъ сказать, служить доктринальную службу. И въ Общегерманскомъ Уложеніи посредственное владѣніе является такимъ же «*орудіемъ юридической техники*», какимъ была, по словамъ Гербера, Gewere въ древне-германскомъ правѣ[3]). Но что было естественно прежде, то является излишнимъ теперь. Впрочемъ, такіе видные германскіе юристы, какъ Гирке[4]), Штрогаль[5]) и др., считаютъ посредственное владѣніе институтомъ необходимымъ и полезнымъ. Подробнѣе мы остановимся на этомъ вопросѣ ниже, когда будемъ говорить de lege ferenda.

А теперь перейдемъ къ ученію о переходѣ права собственности на движимыя вещи посредствомъ передачи.

Мы уже разсмотрѣли столько различныхъ комбинацій системы traditio, что изложеніе системы Общегерманскаго Уложенія во всей ея полнотѣ было бы излишнимъ повтореніемъ.

Поэтому не уменьшая полноты обрисовки этой системы, мы можемъ тѣмъ не менѣе ограничиться лишь общими указаніями особенностей Общегерманскаго Уложенія: детали будутъ понятны сами собой.

водилъ эти соображенія. Но *Randa* неодобрительно отзывается о владѣніи по B. G. B., главнымъ образомъ изъ-за беззащитности собственниковъ, какъ посредственныхъ владѣльцевъ. Der Besitz, Vorwort zur vierten Auflage, S. VIII ff.

[1]) *Baron*, Zur Lehre vom Besitzwillen, Iherings Jahrbücher, Bd. 29, 1890, S. 235, 236.

[2]) *Wendt*, Archiv für die Civ. Praxis, Bd. 87, S. 42 ff. Ср. и *Planck*, Bürgerl. Gesetzbuch, Liefer. 10, 1 und 2 Aufl., Berlin, 1900, S. 54, Ziff. 1.

[3]) *Gerber*, System des Deutschen Privatrechts, § 61, S. 108, 109.

[4]) *Gierke*, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes. S. 7, Anm. 15.

[5]) *Strohal*, Iherings Jahrbücher, Bd. 38, S. 17, 18.

Общегерманское Уложеніе не отказалось отъ системы traditio, хотя и существенно ее упростило.

По § 929, для перенесенія права собственности на движимую вещь необходимо, чтобы собственникъ *передалъ* вещь пріобрѣтателю, и чтобы оба контрагента пришли къ *соглашенію* о переходѣ права собственности[1]).

Итакъ, во 1-хъ, необходимо «*соглашеніе*» сторонъ (Einigung) о переходѣ права собственности.

Природа этого соглашенія возбуждаетъ въ литературѣ споры: слѣдуетъ ли подъ этой Einigung понимать *договоръ*, какъ это прямо и говорилъ *первый* проектъ, или же Einigung не есть договоръ?

На этотъ вопросъ надо отвѣтить утвердительно: *Einigung есть договоръ*. Вторая коммисія замѣнила терминъ Vertrag другимъ терминомъ Einigung только потому, что она благоразумно не хотѣла брать на себя задачи теоретической конструкціи[2]).

Договоръ о переходѣ права собственности надо отличать отъ каузальнаго договора купли-продажи, даренія и т. п.: вещный договоръ здѣсь абстрактенъ[3]).

---

[1]) § 929: Zur Uebertragung des Eigenthums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigenthümer die Sache dem Erwerber übergiebt und beide darüber einig sind, dass das Eigenthum übergehen soll.

Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. III, § 99, S. 280. *Buhl*, Das Recht der bewegl. Sachen, S. 56 f.

[2]) *Leonhard*, Der Allgemeine Theil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900, § 69, S. 263, 268. По его словамъ, таково же мнѣніе и *Eck'a*. *Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, 2 Aufl.; 1898, S. 196, ad § 145 B. G. B. Ibidem, Liefer. 10, S. 15–17. *Matthiass*, Lehrbuch, Bd. II, S. 47. *Dernburg*, Das bürgerliche Recht, Bd. III, § 100, S. 280. *Cosack*, Lehrbuch, II, § 198, S. 116, 117. *Strohal*, Iherings Jahrbücher, Bd. 38. S. 81—83. *F. Endemann*, Einführung, S. 61, 62, 71, Anm. 3. Спеціально вопросомъ о значеніи «Einigung» въ Общегерманскомъ Уложеніи занимается *Bruck*, Die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin, 1900. *Buhl*, Das Recht der bewegl. Sachen, S. 56.

[3]) *Matthiass*, Lehrbuch, II, S. 47. *Dernburg*, Das bürgerliche Recht, Bd. III, § 100, S. 281. *A. Engelmann*, Das alte und das neue bürgerl. Recht Deutschlands, § 175, S. 489, 490, § 187, S. 519. *F. Endemann*, Einführng, S. 67. *Kohler*, Archiv für Bergl. Recht, Bd. 18, Heft 1. S. 110 ff. *Planck*, Bürgerl. Gesetzbuch, Liefer. 16, S. 179. Protokolle, 2 Les., S. 3676.

Затѣмъ, во 2-хъ, надо, чтобы традентъ былъ собственникомъ отчуждаемой вещи[1]). Если же онъ не собственникъ, тогда вопросъ рѣшается спеціальными нормами о защитѣ добросовѣстнаго пріобрѣтенія: § 932 ff.

Наконецъ, въ 3-хъ, необходима *передача* вещи пріобрѣтателю.

Но, конечно, требованія *реальной* передачи нѣтъ. Ее замѣняютъ уже извѣстныя намъ traditio brevi manu, constitutum possessorium, цессія виндикаціоннаго иска, traditio longa manu[2]).

Кромѣ того, въ торговомъ правѣ сдѣлано и положительное исключеніе для отчужденія кораблей[3]).

Но и помимо этого исключенія, какъ говоритъ Штрогаль, для перехода собственности нѣтъ безусловной необходимости въ пріобрѣтеніи владѣнія[4]).

Такъ же отзывается и Дернбургъ: отчужденіе совершается иногда посредствомъ передачи, а иногда *безъ* передачи[5]).

Въ правильности этихъ обобщеній мы сейчасъ убѣдимся.

Намъ здѣсь необходимо обратить вниманіе главнымъ обра-

---

[1]) *Matthiass*, Lehrbuch, II, S. 47. *Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch, Liefer. 16, 1901, S. 178, Ziff. 1.

[2]) § 929, Abs. 2: Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Uebergang des Eigenthums. § 930: Ist der Eigenthümer im Besitze der Sache, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, dass zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältniss vereinbart wird, vermöge dessen der Ewerber den mittelbaren Besitz erlangt. § 931: Ist ein Dritter im Besitz der Sache, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, dass der Eigenthümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt. *Matthiass*, Lehrbuch, II, S. 48. Къ traditio longa manu относится § 854, Abs. 2: Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. См. *Strohal*, Iherings Jahrbücher, Bd. 38, S. 77, Anm. 71 и *Randa*, Der Besitz, Vorwort zur vierten Auflage, S. XV, Anm. 14.

[3]) *Dernburg*, Das bürgerl. Recht, Bd. III, § 101, S. 286. Но для кораблей ведутся особые реестры.

[4]) *Strohal*, Der Sachbesitz, Iherings Iahrbücher, Bd. 38, S. 42, Anm. 48.

[5]) *Dernburg*, Das bürgerl. Recht, Bd. III, § 99, S. 280. Объ *исключеніяхъ* изъ требованія передачи говоритъ и *Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch, Liefer. 16, S. 179.

зомъ только на тѣ особенности, которыя вызваны новымъ построеніемъ владѣнія.

Такъ, что касается, прежде всего, brevi manu traditio, то здѣсь, по римскому праву и ему подобнымъ законодательствамъ, пріобрѣтатель изъ детентора превращался въ юридическаго владѣльца, а традентъ переставалъ быть владѣльцемъ, такъ какъ передавалъ свое владѣніе пріобрѣтателю.

По Общегерманскому Уложенію пріобрѣтатель уже и самъ является непосредственнымъ владѣльцемъ; ему противостоитъ традентъ въ качествѣ посредственнаго владѣльца. При такихъ условіяхъ traditio brevi manu производитъ лишь прекращеніе посредственнаго владѣнія въ лицѣ традента и прибавленіе *собственническаго* владѣнія (Eigenbesitz) въ лицѣ пріобрѣтателя къ имѣвшему мѣсто и раньше непосредственному владѣнію.

Правда, и по Общегерманскому Уложенію возможенъ такой же процессъ перехода владѣнія, какой совершался по нормамъ римскаго права. Это въ тѣхъ случаяхъ, когда пріобрѣтателемъ является зависимый держатель вещи, который на основаніи § 855 владѣльцемъ не признается: онъ также *изъ детентора* превратится во владѣльца [1]).

Constitutum possessorium также совершается нѣсколько иначе, чѣмъ это было въ Римѣ.

Тамъ, въ Римѣ, традентъ, имѣющій юридическое владѣніе, дѣлалъ, по договору, владѣльцемъ пріобрѣтателя, а самъ превращался въ простаго детентора.

Здѣсь, по Общегерманскому Уложенію, традентъ по прежнему остается владѣльцемъ; онъ теряетъ только собственническую волю; а пріобрататель получаетъ посредственное владѣніе.

При этомъ надо замѣтить, что Общегерманское Уложеніе не знаетъ абстрактнаго constitutum possessorium'а и требуетъ causa detentionis согласно § 868 [2]).

---

[1]) *Strohal*, Iherings Jahrbücher, Bd. 38, S. 77. *Dernburg*, Das bürgerliche Recht, Bd. III, § 101, S. 284. *Cosack*, Lehrbuch, II, § 187, S. 75, § 199, S. 126. *Kniep*, Der Besitz des Bürgerl. Gesetzbuchs, S. 255, 256. *Buhl*, Das Recht der bewegl. Sachen, S. 27.

[2]) *Strohal*, Iherings Jahrbücher, Bd. 38, S. 78, 91, 92. *Dernburg*, Das bürgerl. Recht, Bd. III, § 101, S. 285. *A. Engelmann*, Das alte und das neue bürgerl. Recht Deutschlands, § 167, S. 474. *Cosack*, Lehrb., Bd. II, § 187, S.

О цессіи виндикаціоннаго иска (когда отчуждаемая вещь находится въ непосредственномъ владѣніи третьяго лица) можно замѣтить слѣдующее.— Въ отличіе отъ перваго проекта, Общегерманское Уложеніе не ставитъ переходъ владѣнія и собственности въ зависимость отъ согласія или несогласія непосредственнаго владѣльца, чѣмъ, конечно, распоряженіе вещью со стороны собственника существенно облегчается[1]).

Кромѣ того,— и это особенно интересно,— законъ не требуетъ достиженія пріобрѣтателемъ непосредственнаго владѣнія вещью, а довольствуется однимъ лишь заключеніемъ договора объ уступкѣ иска.— Это настоящая система соглашенія! Cosack правильно замѣчаетъ (loc. cit., S. 127), что здѣсь связь съ владѣніемъ порвана совершенно: собственность пріобрѣтается *безъ* владѣнія.

Наконецъ, скажемъ нѣсколько словъ о traditio longa manu: § 854, Abs. 2.

Традентъ во время соглашенія долженъ самъ имѣть *непосредственное* владѣніе. Если же онъ только посредственный владѣлецъ, тогда надо обращаться къ только что описанной цессіи иска Если, наконецъ, традентъ совсѣмъ не имѣетъ никакого владѣнія, то и передача его совсѣмъ невозможна. Такъ, напр., не можетъ передать владѣнія другому зависимый обладатель по § 855. Конечно, контрагентъ такого держателя можетъ, вообще говоря, пріобрѣсти владѣніе; но это будетъ пріобрѣтеніе *перво-*

71, 73, § 199, S. 124. *F. Endemann*, Einführung, S. 145, 146, 315. *Bekker*, Iherings Jahrbücher, Bd. 34, S. 49, 50. Ср *Kniep*, Der Bezitz des Bürgerl. Gesetzbuches, S. 253, 254. *Kohler*, Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 18, Heft 1, S. 73 ff. *Planck*, Bürgerl. Gesetzbuch, Liefer. 16, S. 182, 183. *Buhl*, Das Recht der beweglichen Sachen, S. 27, 28, 57—59. Protokolle, 2 Les., S. 3680 ff.

[1]) Сюда, кромѣ § 931, относится еще § 870: Der mittelbare Besitz kann dadurch auf einen Anderen übertragen werden, dass diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird. *Strohal*, Iherings Jahrbücher, Bd. 38, S. 92—94. *Dernburg*, Das bürgerl. Recht, Bd. III, S 285. *Cosack*, Lehrbuch, II, § 187, S. 71, 72, § 199, S. 125, 127. *F. Endemann*, Einführung, § 80, S. 316. *Kohler*, Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 18, Heft 1, S. 86 ff. *Planck*, Bürgerl. Gesetzbuch, Liefer. 16, S. 183, 184, Liefer. 10, S. 60, 61. *Buhl*, Das Recht der bewegl. Sachen, S. 59, 60. Protokolle, 2 Les., S. 3693 f.

начальное (по § 854, Abs. 1), а не производное, а потому и послѣдствій совершенія *traditio* не будетъ.

Кромѣ того, на сторонѣ пріобрѣтателя необходимо, чтобы онъ имѣлъ *возможность* получить или взять вещь въ свое непосредственное владѣніе[1]).

Замѣчательно, что законъ уже не ставитъ никакихъ формальныхъ ограничительныхъ условій для перехода владѣнія: нѣтъ рѣчи ни о близости къ вещи и ни о чемъ либо подобномъ.

Здѣсь также нельзя не констатировать большое приближеніе къ системѣ соглашенія.

Штрогаль видитъ здѣсь высшій пунктъ той эволюціи, которая началась еще въ Римѣ на основаніи l. 1 C. de donat. 8, 54[2]).

Въ дополненіе къ описанію различныхъ способовъ совершенія traditio надо прибавить, что въ совершеніи этомъ, вмѣсто самихъ сторонъ, могутъ участвовать ихъ представители.

Эффектъ и здѣсь будетъ получаться различный въ зависимости отъ того отношенія, въ которомъ находятся между собою представитель и представляемый.

Такъ, если между ними установлено отношеніе, подходящее подъ § 868, то представитель окажется непосредственнымъ владѣльцемъ, а его принципалъ — посредственнымъ.

Если же представитель стоитъ въ зависимости отъ своего принципала, предусмотрѣнной § 855-мъ, то непосредственное владѣніе сразу возникнетъ въ лицѣ принципала, а представитель будетъ простымъ держателемъ[3]).

Это обозрѣніе способовъ совершенія traditio по Общегерманскому Уложенію показываетъ намъ съ достаточной ясностью, до какого высокаго и даже крайняго предѣла доведена здѣсь спиритуализація traditio.

Отчасти законъ довольствуется одной лишь *возможностью* пріобрѣтенія владѣнія и не требуетъ дѣйствительнаго пріобрѣтенія (traditio longa manu). Отчасти же система traditio дер-

---

[1]) *Strohal*, Iherings Jahrbücher, Bd. 38, S. 84—90. *Bekker*, Iherings Jahrbücher, Bd. 34, S. 61. *Buhl*, Das Recht der beweglichen Sachen, S. 26, 27.

[2]) *Strohal*, Iherings Jahrbücher, Bd. 38. S. 79—81.

[3]) *F. Endemann*, Bd. II, Th. 1, § 39, S. 161—163. *Bekker*, Iherings Jahrbücher, Bd. 34, S. 49, 50.

жится на *посредственномъ владѣніи*, которое имѣетъ только теоретическую функцію, служа «*орудіемъ юридической техники*» и не имѣя никакого практическаго значенія: всѣ представляемыя имъ выгоды могутъ быть достигаемы гораздо проще и безъ него[1]).

Въ Римѣ пріобрѣтеніе владѣнія было цѣлью и основнымъ содержаніемъ всякаго пріобрѣтенія вещи, и разъ пріобрѣтенное владѣніе давало тамъ важныя преимущества поссессорной защиты.

Теперь же купля-продажа, дареніе и тому подобныя сдѣлки имѣютъ своимъ содержаніемъ переходъ права *собственности* (§ 433), а не одного только владѣнія, и при томъ пріобрѣтеніе посредственнаго владѣнія приноситъ поссессорную защиту въ самыхъ слабыхъ размѣрахъ. Къ чему тогда и сохранять его? А безъ него пала бы и система traditio, существующая, какъ правильно говоритъ Колеръ, скорѣе номинально, чѣмъ въ дѣйствительности[2]).

Какъ бы то ни было, повторяю, система traditio Общегерманскаго Уложенія, *сама по себѣ*, стоитъ очень близко къ системѣ соглашенія.

За то экономическая сторона отчужденія регулируется, какъ мы уже видѣли выше, далеко не такъ, чтобы это могло напоминать систему соглашенія: плоды и прибыль отъ вещи принадлежатъ, по § 446, всецѣло *продавцу* впредь до передачи вещи[3]).

Мюллеръ-Эрцбахъ по этому поводу замѣчаетъ: принципъ traditio проводится Общегерманскимъ Уложеніемъ строже, чѣмъ онъ проводился римскимъ и общимъ правомъ[4]).

Этимъ мы заканчиваемъ разсмотрѣніе иностранныхъ законодательствъ и переходимъ къ русскому праву.

---

[1]) Этотъ вопросъ мы обсудимъ подробнѣе въ главѣ IV, когда будемъ говорить de lege ferenda.

[2]) *Kohler*, Vertrag und Uebergabe, Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 18, Heft 1, S. 1, 95.

[3]) *Stammler*, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin, 1897, S. 131 ff. *Matthiass*, Lehrbuch, Bd. II, § 104, S. 436. *Dernburg*, Das bürgerliche Recht, Bd. II, Abtheil. 2, § 175, S. 29. *Planck*, Bürgerl. Gesetzbuch, Liefer. 4, 1898, S. 236 ff.

[4]) *Müller-Erzbach*, Das Traditionsprinzip beim Erwerbe des Eigenthums, S. 48.

ГЛАВА III.

Русское право.

§ 1. Владѣніе по русскому праву.

Наши законы о владѣніи очень недостаточны, а потому и неудивительно, что и въ теоріи, и въ судебной практикѣ имѣютъ мѣсто весьма существенныя разногласія.

Такъ, прежде у насъ господствовало мнѣніе, что русское право знаетъ только владѣніе *собственническое*, т. е. господство надъ вещью cum animo domini.

Такого мнѣнія держались Морошкинъ[1]), Варадиновъ[2]), Мейеръ[3]), Неволинъ[4]), Поповъ[5]) и др.[6]). И теперь эта теорія имѣ-

---

[1]) *Морошкинъ*, Разсужденіе о владѣніи по началамъ россійскихъ законовъ, Москва, 1837.

[2]) *Варадиновъ*, Изслѣдованія объ имущественныхъ или вещественныхъ правахъ по законамъ русскимъ. Статья вторая — О правѣ владѣнія. СПБ., 1855.

[3]) *Мейеръ*, Русское гражданское право. Этого автора я цитирую по изданію Вицына-Гольмстена, СПБ., 1902, стр. 254 слѣд.

[4]) *Неволинъ*, Исторія россійскихъ гражданскихъ законовъ, т. II, СПБ., 1851, § 258, стр. 109.

[5]) *Поповъ*, Владѣніе и его защита по русскому гражданскому праву. Журналъ гражд. и угол. права, 1874, кн. 3 и 5.

[6]) *Любавскій*, Юридическія монографіи и изслѣдованія, т. I, СПБ., 1867. *Кавелинъ*, Права и обязанности по имуществамъ и обязательствамъ, 1879, стр. 69. Не особенно опредѣленно г. *Побѣдоносцевъ*, Курсъ гражданскаго права, часть I, стр. 150 сл., 170 сл. Однако *защита* признается за каждымъ детенторомъ. Такъ и Судебное руководство, №№ 114, 118, 119. Въ виду этого послѣдняго обстоятельства, г. Побѣдоносцева можно отнести *и* ко второй группѣ цивилистовъ: его ученіе занимаетъ *среднее* мѣсто между обѣими теоріями.

етъ представителей въ лицѣ проф. Шершеневича[1]) и г. Анненкова[2]).

Въ послѣднее же время все больше и больше привлекаетъ послѣдователей обратная теорія, по которой владѣніемъ въ собственномъ смыслѣ является у насъ всякое *реальное* обладаніе вещью, совершенно независимо отъ воли владѣть вещью какъ собственной, такъ что владѣльцами надо считать у насъ и закладопринимателей, и арендаторовъ, и поклажепринимателей и т. п.

Представителями этой послѣдней теоріи являются гг. Юреневъ[3]), Змирловъ[4]), Васьковскій[5]), Фридштейнъ[6]) и проф. Дювернуа[7]), Загоровскій[8]) и Никоновъ[9]).

Къ этой же группѣ присоединяюсь въ общемъ и я, съ тою лишь оговоркой, что я, согласно съ проф. Дювернуа, вижу въ 1 ч. X т. *два вида владѣнія*, существенно различныхъ по своимъ

---

[1]) *Шершеневичъ*, Учебникъ русскаго гражданскаго права, 3 изд., Казань, 1901, стр. 201 сл.

[2]) *Анненковъ*, Система русскаго гражданскаго права, т. II, СПБ., 1895, стр. 495. Здѣсь же можно найти полныя указанія на литературу вопроса. Анненковъ также, какъ и г. Побѣдоносцевъ владѣльческую защиту признаетъ за каждымъ детенторомъ. Стр. 576.

[3]) *Юреневъ*, Искъ о защитѣ владѣнія по русскимъ законамъ. Журналъ гражд. и угол. права, 1875, кн. 2.

[4]) *Змирловъ*, О недостаткахъ нашихъ гражданскихъ законовъ. Журн. гражд. и угол. права, 1883, кн. 5

[5]) *Васьковскій*, Понятіе владѣнія по русскому праву. Журналъ Мин. Юстиціи, 1896, № 4. Его же Учебникъ гражданскаго права, вып. II, СПБ., 1896, стр. 38 слѣд.

[6]) *Фридштейнъ*, О владѣльческомъ искѣ по дѣйствующему русскому праву. Вѣстникъ права, 1900, № 7.

[7]) *Дювернуа*, Пособіе къ лекціямъ по гражданскому праву. Часть особенная, вып. 1, СПБ., 1899, стр. 9.

[8]) *Загоровскій*, Журналъ Юридич. Общества, 1894, кн. 8, критика и библіографія, стр. 17. — рецензія на Учебникъ рус. гражд. права Шершеневича. По крайней мѣрѣ, авторъ *для защиты* не требуетъ animus'a domini.

[9]) *Никоновъ*, Владѣніе по русскому праву. Словарь юридическихъ и государственныхъ наукъ подъ редакціей Волкова и Филипова, СПБ., т. I, 2002 слѣд.

свойствамъ, значенію и характеру: — владѣніе реальное или защищаемое и владѣніе давностное[1]).

Разберемъ доводы и соображенія, приводимые въ пользу того и другаго взгляда.

Прежде всего упомянемъ объ отправной точкѣ зрѣнія г. Попова, очень обстоятельнаго защитника опровергаемой мною теоріи.

Указавъ на неудовлетворительность нашихъ законовъ о владѣніи, авторъ замѣчаетъ: «Но дѣло въ томъ, что основныя истины римской теоріи владѣнія не могутъ же совсѣмъ игнорироваться русскимъ правомъ; онѣ — эти истины, общечеловѣчны, а при помощи ихъ изслѣдователю всегда есть возможность, исходя изъ общихъ положеній, связывать въ одно, привести, такъ сказать, къ общему знаменателю разрозненныя и отрывочныя постановленія русскаго права. Предлагаемый трудъ именно имѣетъ въ виду такой опытъ комментированія отечественныхъ законовъ римскою теоріею владѣнія»[2]).

Нечего и говорить, что путь, избранный авторомъ, ведетъ не къ цѣли, а *отъ цѣли*. Институтъ владѣнія, какъ и всѣ другіе институты права, въ различныхъ законодательствахъ и въ различныя эпохи, какъ мы это уже и видѣли, имѣетъ весьма различныя очертанія. Какъ же это можно говорить о вѣчныхъ и общечеловѣческихъ истинахъ? Изученіе римскаго права для насъ безусловно полезно, но лишь въ томъ отношеніи, что оно раскрываетъ намъ внутреннюю лабораторію своего правообразованія: оно показываетъ намъ, *какъ и почему* владѣніе принимаетъ такую, а не иную структуру. Но при этомъ слишкомъ неправильно утверждать, что нормы, выработанныя римлянами при своей особой культурной, экономической и соціальной обстановкѣ, всегда и для всѣхъ на вѣчныя времена должны оставаться непреложными[3]).

Нѣтъ, у каждаго народа можетъ быть свое особое пони-

---

[1]) Два вида владѣнія, — реальное и *собственническое* (а не спеціально давностное), — усматриваетъ въ 1 ч. X т. и наша Редакціонная Коммисія по составленію проекта гражданскаго уложенія. Гражданское Уложеніе, книга III, Вотчинное право. Объясненія, т. I, СПБ., 1902, стр. 451 и слѣд.

[2]) *Попова*, Журн. гр. и угол. права, 1874, кн. 3, стр. 56, 57.

[3]) Г. *Змирлова* правильно говоритъ, что въ наукѣ права нѣтъ непреложныхъ выводовъ. Журн. гр. и угол. права, 1883, кн. 5, стр. 113.

маніе права и свои особые институты права. Чтобы опредѣлить, каковы эти институты, надо прибѣгать не къ теоріямъ Савиньи, а къ положительному праву даннаго народа и отсюда черпать свои опредѣленія[1]).

Къ этому источнику,— въ данномъ случаѣ къ 1 ч. X т ,— мы теперь и переходимъ.

Владѣніе, *вообще говоря*, можетъ представлять изъ себя или полную, или частичную *параллель* права собственности.

Въ первомъ случаѣ понятіе владѣнія вмѣщаетъ въ себѣ тѣ функціи, которыя принадлежатъ и собственнику: держаніе вещи въ своей власти, извлеченіе изъ вещи различныхъ выгодъ и, наконецъ, распоряженіе вещью. Разница между собственностью и такъ понимаемымъ владѣніемъ лишь та, что собственникъ выполняетъ всѣ указанныя функціи, *имѣя на нихъ право*, а владѣлецъ можетъ выполнять тѣ же функціи *и безъ права*. Это есть владѣніе *собственническое*, это,— по выраженію Іеринга,— die Thatsächlichkeit des Eigenthums.

Во второмъ же случаѣ владѣніе по своему содержанію далеко не совпадаетъ съ собственностью, а является лишь частью его: для владѣнія не нужно выполнять *всѣ* функціи, входящія въ понятіе права собственности, владѣніе въ собственномъ и спеціальномъ смыслѣ представляетъ изъ себя только *одну* изъ этихъ функцій, именно — держаніе вещи въ своей власти, все равно, по праву или безъ права на это. Другія же блага, входящія въ право собственности,— пользованіе и распоряженіе,— могутъ быть и въ другихъ рукахъ.

Съ развитіемъ гражданскаго оборота,— какъ и при всякой другой эволюціи,— все сложное и единое подвергается дифференціаціи, разложенію на свои составныя части.

Такъ, въ частности, и эксплоатація имуществъ въ гражданскомъ оборотѣ принимаетъ массу разновидностей; развивается много типовъ сдѣлокъ, каждый съ особымъ содержаніемъ, такъ что всевозможнѣйшія и разнообразнѣйшія цѣли оборота находятъ свое удовлетвореніе на этой юридической почвѣ.

Такъ и право собственности разлагается на свои составныя части, могущія отдѣльно фигурировать на рынкѣ: одному мо-

---

[1]) И г. Поповъ разсматриваетъ наши положительные законы, но все сквозь призму теоріи Савиньи.

жетъ принадлежать распоряженіе, другому владѣніе, а третьему пользованіе одной и той же вещью[1]).

При такомъ состояніи права, уже не нужно для одной, напр., цѣли обезпеченія передавать цѣликомъ все право собственности, какъ это было въ Римѣ во времена fiducia[2]).

Благодаря возможности *всесторонней* эксплоатаціи имуществъ, цѣнность ихъ, конечно, сильно увеличивается.

Наша 1 ч. X т., не смотря на то, что она вообще считается крайне несовершеннымъ и примитивнымъ источникомъ права, стоитъ въ данномъ отношеніи вполнѣ на высотѣ указанныхъ требованій.

Владѣніе, пользованіе и распоряженіе различаются нашимъ закономъ вполнѣ отчетливо, и при томъ владѣніе въ спеціальномъ смыслѣ, какъ реальное обладаніе вещью, отличается отъ владѣнія въ широкомъ смыслѣ, какъ фактической параллели собственности,— владѣнія, имѣющаго, правда, мѣсто только *при отсутствіи* у даннаго лица права собственности, такъ что *собственники*, по моему мнѣнію, такого владѣнія у насъ не имѣютъ.

Но обратимся къ доказательствамъ этихъ положеній.

Ст. 420 1 ч. X т. прямо описываетъ содержаніе права собственности, какъ «власть, въ порядкѣ, гражданскими законами установленномъ, исключительно и независимо отъ лица посторонняго *владѣть, пользоваться и распоряжать*» пріобрѣтеннымъ имуществомъ.

Согласно съ этимъ 1 ч. X т. особо предусматриваетъ случаи, когда собственность заключаетъ въ себѣ *всѣ* возможныя правомочія, и случаи, когда нѣкоторыя правомочія изъ нея выдѣляются (въ томъ числѣ и владѣніе) и передаются другимъ лицамъ. Въ первомъ случаѣ «право собственности есть полное», ст. 423 1 ч. X т., а во второмъ случаѣ «право собственности бываетъ неполнымъ», ст. 432 1 ч. X т., напр., п. 5 и 6:— «когда отдѣляется отъ него право владѣнія и пользованія» или «когда отдѣляется отъ него право распоряженія».

---

[1]) Ср. *Dareste*, Отчетъ о работѣ *Alauzet*, Revue de législation et de jurisprudence, 1849: La distinction de la propriété et de la possession appartient à une civilisation très avancée, p. 319.

[2]) Такъ это было и у насъ. *Владимірскій-Будановъ*, Обзоръ исторіи русскаго права, изд. 3, 1900, стр. 590.

Какъ же именно владѣніе можетъ отдѣляться отъ права собственности? И въ какомъ отношеніи собственность и владѣніе тогда между собою находятся?

Отвѣтъ даютъ слѣдующія статьи 1 ч. X. тома.

Ст. 513: «Владѣніе, когда оно соединено въ одномъ лицѣ съ правомъ собственности, есть существенная *часть* самаго сего права».

Ст. 514: «Но когда частный владѣлецъ, удержавъ за собою право собственности по укрѣпленію, *отдѣлитъ отъ него владѣніе* и передастъ или уступитъ оное другому по *договору, дарственной записи или другому какому либо акту*, тогда сіе *отдѣльное* владѣніе составляетъ само по себѣ особое право, коего пространство, пожизненность, или срочность опредѣляется тѣмъ самымъ актомъ, коимъ оно установлено».

Ст. 521: Вотчинникъ, не смотря на то, что имущество его находится по законно-совершеннымъ актамъ во временномъ отдѣльномъ владѣніи постороннято лица, можетъ однакожъ уступить, или передать кому либо, по своему произволу, принадлежащее ему право собственности на таковое имущество, впрочемъ не стѣсняя тѣмъ правъ отдѣльнаго владѣнія».

Эти статьи содержатъ въ себѣ слѣдующія положенія.

Во 1-хъ, понятіе владѣнія есть *часть* понятія собственности.

Во 2-хъ, эта часть можетъ выдѣляться изъ цѣлаго и имѣть самостоятельное существованіе. Выдѣленіе происходитъ посредствомъ всякаго рода актовъ и договоровъ; слѣдовательно, сюда относятся закладъ, аренда, наемъ, поклажа и т. п.

Въ 3-хъ, собственность, не смотря на выдѣленіе изъ нея владѣнія, способна, въ свою очередь, къ полной самостоятельности: собственникъ, *хотя и не имѣетъ владѣнія*, можетъ тѣмъ не менѣе вполнѣ свободно передать свое право собственности другому лицу, которое и пріобрѣтаетъ въ такихъ случаяхъ *все, кромѣ владѣнія*, такъ какъ это послѣднее находится въ рукахъ третьяго лица, и нарушать его нельзя.

Такъ говоритъ законъ.

А мы на этомъ основаніи можемъ — и должны! — сказать слѣдующее.

Во 1-хъ, владѣніе у насъ принадлежитъ всѣмъ тѣмъ ли-

цамъ, которыя держатъ вещь въ своей реальной власти,— по найму, арендѣ, поклажѣ и т. п.

Во 2-хъ, собственникъ, отдавшій свою вещь кому нибудь во владѣніе по одной изъ указанныхъ сдѣлокъ, самъ eo ipso теряетъ владѣніе, перестаетъ быть владѣльцемъ. Это подтверждается, между прочимъ, и систематическимъ положеніемъ разбираемыхъ статей въ 1 ч. X т.: онѣ находятся въ отдѣленіи (отд. V, гл. II, разд. II, кн. II), озаглавленномъ такъ: «О правѣ владѣнія и пользованія *отдѣльномъ* отъ права собственности».

А разъ это такъ, то, значитъ, у насъ въ понятіе владѣнія не входитъ animus domini, причиняющій столько хлопотъ западно европейской юриспруденціи.

Наше владѣніе подобно непосредственному владѣнію Общегерманскаго Уложенія, которое также устранило признакъ какой бы то ни было воли[1]).

У насъ владѣніемъ, прежде всего и въ спеціальномъ смыслѣ этого слова[2]), называется *всякое фактическое и реальное обладаніе вещью*[3]).

Наконецъ, въ 3-хъ, разбираемыя статьи показываютъ, что у насъ право собственности можетъ быть пріобрѣтаемо *безъ владѣнія* такъ же легко и просто, какъ и вмѣстѣ съ владѣніемъ.

Другими словами это значитъ, что у насъ нѣтъ системы traditio.

Но объ этомъ мы еще будемъ говорить ниже. А теперь остановимся пока на вопросѣ о владѣніи самомъ по себѣ.

1 ч. X т., опредѣливши такимъ образомъ понятіе владѣнія, его отношеніе къ праву собственности и затѣмъ — виды владѣ-

---

[1]) Объ устраненіи реквизита воли Общегерманскимъ Уложеніемъ совершенно правильно говоритъ проф. Покровскій, возражая Дернбургу. Вѣстникъ права, 1899, кн. 1, стр. 97—99. О русскомъ правѣ см. *Васьковскій*, Учебникъ, вып. II, стр. 40.

[2]) Неточность въ употребленіи термина «владѣніе» достигаетъ у насъ колоссальныхъ предѣловъ. См., напр., *Васьковскій*, Учебникъ граждан. права, вып. 2, стр. 39. Объясненія къ книгѣ III проекта гражданскаго уложенія, т. I, стр. 428 слѣд.

[3]) *Васьковскій*, указ. соч., стр. 40. Такъ же и въ Журн. Мин. Юстиціи, 1896, № 4, стр. 52, 53. *Змирловъ*. Журн. гр. и угол. права, 1883, кн. 5, стр. 114.

нія (законное и незаконное и т. д., ст. 523 и слѣд.), указываетъ, наконецъ, юридическое *значеніе* владѣнія:

«Всякое, даже и незаконное, владѣніе охраняется правительствомъ отъ насилія и самоуправства дотолѣ, пока имущество не будетъ присуждено другому и сдѣланы надлежащія по закону, о передачѣ онаго, распоряженія». Ст. 531 1 ч. X т.

Такимъ образомъ у насъ, каждый арендаторъ, каждый поклажепріниматель имѣетъ самостоятельные владѣльческіе иски для отраженія насилія и самоуправства, направляемыхъ противъ его владѣнія[1]).

Эти иски безспорно могутъ быть направляемы противъ третьихъ лицъ.

А противъ собственника?

По моему мнѣнію,— и противъ собственника[2]). Это явствуетъ, во 1-хъ, изъ того, что собственникъ въ разсматриваемыхъ нами случаяхъ не владѣетъ, а во 2-хъ,— изъ того, что, по ст. 531, *основаніемъ* защиты владѣнія является устраненіе «*насилія и самоуправства*», а собственникъ, выгоняющій жильца изъ отданной ему квартиры или отнимающій у кредитора заложенную у него вещь, совершаетъ ничуть не меньшее насиліе и самоуправство, чѣмъ и всякое третье лицо.

Таково у насъ *реальное* владѣніе[3]).

Кромѣ этого, нашъ законъ говоритъ еще о владѣніи и въ совершенно иномъ смыслѣ,— о *владѣніи давностномъ*[4]).

---

[1]) *Юреневъ*, Журн. гр. и угол. права, 1875, кн. 2, стр. 3, 10. *Дювернуа*, указ. соч., стр. 9. *Васьковскій*, Учебникъ гражд. права, вып. II, стр. 40. *Фридштейнъ*, Вѣстн. права, 1900, № 7, стр. 43 слѣд., 51, 52. *Загоровскій*, Журн. Юрид. Общ., 1894, кн. 8, стр. 17—въ отдѣлѣ критики и библіографіи. *Побѣдоносцевъ*, Суд. руководство, № 117, стр. 37, 38. Конечно, представители обратной теоріи отрицаютъ владѣльческую защиту этихъ лицъ. Напр., *Шершеневичъ*, Учебникъ рус. гражд. права, стр. 215. Но не такъ гг. *Побѣдоносцевъ* и *Анненковъ*, какъ я указалъ выше.

[2]) *Юреневъ*, въ указ. мѣстѣ, стр. 9, 10. *Фридштейнъ*, въ указ. статьѣ, стр. 71, 72. Это отрицаетъ г. *Побѣдоносцевъ*, Суд. руководство, № 118, стр. 38. *Васьковскій*, Учебникъ, вып. II, стр. 53. Конечно, противъ этого проф. *Шершеневичъ*, Учебникъ, стр. 215.

[3]) Владѣніе «въ единственно правильномъ смыслѣ», какъ говоритъ г. Васьковскій въ своемъ Учебникѣ, вып. II, стр. 40

[4]) *Дювернуа*, Пособіе къ лекціямъ по гражд. праву. Часть особ., вып. 1, стр. 9.

Ст. 533: «Спокойное, безспорное и непрерывное *владѣніе въ видѣ собственности* превращается въ право собственности, когда оно продолжится въ теченіе установленной закономъ давности».

Ст. 560: «Для силы давности надобно владѣть *на правѣ собственности*, а не на иномъ основаніи. Какъ по сему одно пользованіе не составляетъ основанія къ праву собственности, то всѣ тѣ, которымъ даны казенныя земли въ пользованіе на извѣстныхъ условіяхъ, или для извѣстнаго употребленія, не могутъ пріобрѣсти въ свою собственность, по праву давности, казенныхъ земель, состоящихъ въ ихъ пользованіи, какъ бы долго то пользованіе ни продолжалось».

Ст. 567: «Давность владѣнія считается съ того времени, когда началось безспорное владѣніе имуществомъ. Владѣніе не считается начавшимся, когда прежній владѣлецъ можетъ доказать актами, что въ сіе самое время онъ еще управлялъ и распоряжалъ тѣмъ имуществомъ, какъ своею собственностію».

Здѣсь мы имѣемъ понятіе владѣнія, *параллельное* понятію права собственности: владѣть *въ видѣ собственности*, какъ показываетъ и самый этотъ терминъ, значитъ осуществлять фактически *всѣ* тѣ правомочія, которыя составляютъ право собственности, — значитъ относиться къ вещи такъ, какъ къ ней относится собственникъ, т. е. не только владѣть ею въ спеціальномъ смыслѣ слова, но также еще и пользоваться, и распоряжаться ею, отдавая ее въ залогъ, въ наемъ и т. п.

И все это непремѣнно должно сопровождаться собственническими намѣреніями (animus domini, Eigenbesitz Общегерманскаго Уложенія), такъ какъ тотъ, кто самъ отрицаетъ у себя волю быть собственникомъ, никогда, конечно, не пріобрѣтаетъ чужой вещи въ собственность.

Для насъ интересно то, что давностное владѣніе, по самой идеѣ своей, можетъ имѣть мѣсто лишь тамъ, гдѣ *нѣтъ* права собственности: давностное владѣніе есть *способъ пріобрѣтенія* права собственности, и какъ только право собственности пріобрѣтается, давностное владѣніе eo ipso сейчасъ же прекращается, уничтожается: вмѣсто давностнаго владѣнія возникаетъ собственность, а давностное владѣніе теряетъ всякое юридическое значеніе: къ пріобрѣтенію по давности оно уже привело, а владѣльческой защиты оно, само по себѣ, никогда не имѣетъ.

Кромѣ этихъ двухъ видовъ владѣнія, 1 ч. X т. не знаетъ никакого третьяго вида.

Изъ этого мы заключаемъ, что у насъ совсѣмъ нѣтъ института *собственническаго* владѣнія или владѣнія *посредственнаго*, какъ его называетъ Общегерманское Уложеніе, т. е. такого владѣнія, которое *всегда* оставалось бы въ лицѣ собственника, не смотря на уступку другимъ лицамъ реальнаго или непосредственнаго владѣнія.

Въ виду этого послѣдняго обстоятельства, мы, забѣгая нѣсколько впередъ, можемъ теперь сказать уже окончательно, что такой системы traditio, какую мы видѣли въ изученныхъ нами законодательствахъ, у насъ нѣтъ. Это доказывается отсутствіемъ у насъ собственническаго владѣнія, безъ котораго возможна только traditio, какъ реальная передача вещи изъ рукъ въ руки.

У насъ дифференціація пошла дальше, чѣмъ въ разсмотрѣнныхъ нами кодексахъ: у насъ,— и только у насъ!— право собственности совершенно свободно отъ неотступной опеки владѣнія: собственность можно и пріобрѣтать, и отчуждать какъ вмѣстѣ, такъ *и безъ* владѣнія.

Поэтому только мы и можемъ, въ виду 1 ч. X т., сказать:

Nihil commune habet proprietas cum possessione.

Всѣ же остальные кодексы на это отдѣленіе собственности и владѣнія должны еще смотрѣть какъ на свою ближайшую задачу: separata esse *debet* possessio a proprietate.

Приписывая 1-й части X тома́ совершеніе послѣдняго шага въ развитіи владѣнія, я однако не утверждаю, что между развитіемъ владѣнія на Западѣ и у насъ есть какая либо преемственная связь; я не утверждаю и того, что владѣніе русскаго права прошло сначала всѣ тѣ стадіи развитія, которыя имѣли мѣсто на Западѣ, и уже послѣ того, въ концѣ концовъ, приняло теперешнюю свою форму.

Я утверждаю только то, что владѣніе русскаго права *логически* является послѣднимъ звеномъ для исторіи владѣнія на Западѣ.

Уже и Общегерманское Уложеніе едва не сдѣлало этого

послѣдняго шага: посредственное владѣніе подвергается нападкамъ и въ Уложеніе принято не единогласно[1]).

Нашъ же гражданскій законъ могъ сдѣлать этотъ важный шагъ и самостоятельно[2]).

Итакъ, у насъ два вида владѣнія: реальное и давностное.

Можно ли объединить ихъ, подвести подъ одно *общее* понятіе?

Я рѣшительно отвѣчаю: нѣтъ, Это понятія несоединимыя.

Въ самомъ дѣлѣ, разсмотримъ характерные признаки того и другаго.

Владѣніе реальное есть *часть* собственности, а владѣніе давностное является *полной параллелью* собственности, т. е. совпадаетъ съ нею по содержанію.

Для владѣнія реальнаго detentio существенно важна, а для владѣнія давностнаго detentio безразлична.

Во владѣніи реальномъ animus domini мѣста не имѣетъ, а владѣніе давностное безъ этого animus'а не возможно.

Владѣніе реальное защищается владѣльческими исками, но никогда не приводитъ къ пріобрѣтенію права собственности, а владѣніе давностное само по себѣ не защищается, но за то весь свой смыслъ имѣетъ въ томъ, что служитъ способомъ пріобрѣтенія права собственности.

По всѣмъ пунктамъ полное противорѣчіе и взаимное отрицаніе! А потому никакое объединеніе не возможно.

Но такъ какъ, по правильному замѣчанію проф. Шершеневича, защита является самымъ характернымъ свойствомъ или признакомъ владѣнія[3]), то я основнымъ видомъ владѣнія считаю владѣніе *реальное*; владѣніе же давностное приходится считать владѣніемъ лишь на основаніи положительнаго закона. О желательныхъ же измѣненіяхъ рѣчь будетъ ниже.

---

[1]) *Wendt*, Der mittelbare Besitz des bürgerlichen Gesetzbuches, Archiv für die Civ. Praxis, Bd. 87, 1897. Protokolle, 2 Les., S. 3729.

[2]) *Поповъ* говоритъ: русское право осталось внѣ вліянія римскаго права, а самостоятельно тоже не могло создать теорію владѣнія. Журн. гр. и угол. права, 1874, кн. 3, стр. 127. Но на чемъ основано такое утвержденіе?

[3]) *Шершеневичъ*, Учебникъ рус. гражд. права, 3 изд., стр. 207. *Поповъ* также говоритъ, что вся теорія владѣнія сводится къ защитѣ его. Назван. журналъ, стр. 74.

Таково, по моему мнѣнію, ученіе о владѣніи, въ его общихъ чертахъ, по 1 ч. X т.

Однако, какъ уже сказано выше, изложенная теорія раздѣляется не всѣми.

Какіе же доводы приводятся противниками изложенной теоріи?

Морошкинъ приводилъ основанія филологическаго характера. Онъ указывалъ на то, что еще съ XII вѣка въ нашихъ юридическихъ памятникахъ понятіе завладѣнія выражалось словомъ «*освоить*». Такъ это было и въ Судебникѣ Іоанна IV, и въ Литовскихъ граматахъ, и въ Уложеніи ц. Ал. Мих. Въ этомъ терминѣ выступаетъ духовная сторона владѣнія: владѣть значитъ *волю дѣять*. А потому у насъ для владѣнія необходимъ animus domini[1]).

На это г. Васьковскій совершенно правильно замѣчаетъ, что выраженіе «*волю дѣять*» совсѣмъ не показываетъ, что воля здѣсь непремѣнно должна быть *собственническая*. Что же касается термина «освоить», то онъ потому не можетъ имѣть рѣшающаго значенія, что у насъ до конца 18 вѣка институтъ владѣнія не имѣлъ самостоятельнаго значенія и существованія, и словомъ *владѣніе* обозначали *собственность*, какъ очень часто обозначаютъ и теперь, и не только въ обыденной рѣчи, но и въ законахъ,—отсюда его двусмысленность, а потому и недостовѣрность[2]).

Идемъ дальше.

Г. Поповъ, напр., говоритъ: «Основное правило гражданскаго права, по которому наниматель вообще не имѣетъ юридическаго владѣнія, а только детенцію, очевидно нарушается данною теоріею, какъ нарушается и граница, отдѣляющая детенцію отъ владѣнія и состоящая именно въ поссессорной защитѣ послѣдняго[3]).

Само собой разумѣется, что никакихъ подобныхъ «*основныхъ*» правилъ, дѣйствительныхъ «*вообще*» не существуетъ.

Но г. Поповъ приводитъ и положительныя доказательства.

Это, во 1-хъ,—ст. 560 1 ч. X т., въ которой фигурируетъ animus domini. Въ отвѣтъ же на возраженіе, что эта статья

---

[1]) *Морошкина*, О владѣніи, стр. 112. 113.

[2]) *Васьковскій*, Учебникъ, вып. 2, стр. 40, 41.

[3]) *Поповъ*, loc. cit., стр. 130.

относится только къ давности, г. Поповъ указываетъ на ст. 2 т. X ч. 2, по которой защита дается только «*дѣйствительному*» владѣнію. Хотя этотъ предикатъ и не попалъ въ ст. 531 1 ч. X т., тѣмъ не менѣе имъ нельзя пренебрегать, такъ какъ 2 ч. X т., что касается матеріальнаго права, имѣетъ дѣйствіе и теперь. Терминъ же «*дѣйствительное*» владѣніе указываетъ именно на требованіе animus'a rem sibi habendi, а потому простые детенторы (наниматели и т. п.) у насъ не защищаются и владѣльцами не признаются[1]).

Однако г. Фридштейнъ вполнѣ основательно замѣчаетъ, что «*дѣйствительное* владѣніе есть попросту владѣніе наличное, фактическое, такое, которое существуетъ въ дѣйствительности»; требованіе же animus'a rem sibi habendi изъ этого термина отнюдь не вытекаетъ[2]).

Кромѣ того, г. Поповъ указываетъ на то, что при наймѣ имѣетъ мѣсто, по ст. 1691 1 ч. X т., не уступка владѣнія, а «*отдача въ содержаніе*». Поэтому здѣсь и нельзя говорить о владѣніи. Но какъ же быть со ст. 513 и 514?— Въ нихъ надо признать неточность выраженія[3]).

Г. Фридштейнъ совершенно правильно вооружается и противъ этихъ аргументовъ. «Отдача въ содержаніе» примѣнима только къ собственнику. Съ точки же зрѣнія арендатора нельзя говорить объ отдачѣ въ содержаніе[4]). Слѣдовательно, этотъ терминъ совсѣмъ не является характернымъ, существеннымъ и исчерпывающимъ для даннаго отношенія. Да и почему неточна редакція именно ст. 513, 514, а не ст. 1691?

Проф. Шершеневичъ указываетъ еще на ст. 1314 Уст. гражд. судопр.:

«Частныя лица и общества, владѣющія имуществами казенныхъ управленій на правѣ пользованія, въ случаѣ нарушенія кѣмъ либо ихъ владѣнія, могутъ и непосредственно отъ себя предъявлять иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія».

«Если бы, говоритъ проф. Шершеневичъ, это было общимъ правиломъ, то о немъ не зачѣмъ было говорить. Законъ

---

[1]) *Поповъ*, loc. cit., стр. 131—137.

[2]) *Фридштейнъ*, Вѣстн. права, 1900, № 7, стр. 48, 49.

[3]) *Поповъ*, loc. cit., стр. 65, 132,

[4]) *Фридштейнъ*, loc. cit., стр. 47, 48.

въ этомъ случаѣ дѣлаетъ исключеніе изъ предполагаемаго имъ общаго правила, когда такой искъ можетъ быть предъявленъ только собственникомъ или дѣйствительнымъ владѣльцемъ, а не держателемъ»[1]).

Этотъ argumentum a contrario, конечно, не является *прямымъ* доказательствомъ романистической теоріи. Онъ создаетъ лишь извѣстнаго рода *вѣроятность* въ ея пользу. Но и эта вѣроятность очень не велика: наши законы не такъ ужъ полны, чтобъ нѣкоторыя повторенія или подтвержденія считать излишними или видѣть въ этихъ повтореніяхъ указаніе на исключительный случай.

Во всякомъ же случаѣ мы здѣсь переходимъ въ область предположеній, не имѣющихъ твердаго основанія[2]).

Далѣе проф. Шершеневичъ приводитъ слѣдующее соображеніе въ свою пользу: «Законъ нигдѣ не проводитъ различія между владѣніемъ, подлежащимъ поссессорной защитѣ и владѣніемъ, превращающимся съ теченіемъ времени въ право собственности, а потому если для втораго законъ требуетъ признака «въ видѣ собственности» «на правѣ собственности», то нѣтъ основанія устранять этотъ признакъ для перваго случая»[3]). Это разсужденіе я считаю неправильнымъ.

Давностное владѣніе имѣетъ особенное значеніе и особенный характеръ. Это, если такъ можно выразиться, possessio specialis[4]). А спеціальныя нормы распространительному толко-

---

[1]) *Шершеневичъ*, Учебникъ рус. гражд. права, стр. 215. Такъ и г. *Поповъ*, loc. cit., стр. 138.

[2]) *Загоровскій*, Журн. Юрид. Общества, 1894, кн. 8, критика и библіографія, стр. 17. *Юреневъ*, Журн. гражд. и угол. права, 1875, кн. 2, стр. 3, 4. Оба эти автора говорятъ, что нѣтъ никакого основанія дѣлать исключеніе для арендаторовъ казенныхъ земель. *Фридштейнъ*, Вѣстн. права, 1900, № 7, стр. 49, 50. Ст. 1314 совсѣмъ не есть исключеніе изъ общаго принципа: она не расширяетъ, а съуживаетъ права арендатора. Она имѣетъ въ виду не столько интересы арендатора, сколько интересы казны, и стремится, чтобы искъ сдѣлался извѣстнымъ казенному управленію, а затѣмъ постановляетъ, что арендаторъ имѣетъ меньшія права здѣсь, чѣмъ при арендѣ частныхъ земель: «къ дальнѣйшему затѣмъ ходу производства примѣняются правила, установленныя для дѣлъ казеннаго управленія».

[3]) *Шершеневичъ*, Учебникъ, стр. 203.

[4]) На исключительный характеръ давности указываетъ и г. *Васьковскій*, Журн. Мин. Юст., 1896, № 4, стр. 58.

ванію и примѣненію не подлежатъ, если на это нѣтъ *прямыхъ* указаній. А гдѣ эти прямыя указанія? Иностранныя законодательства показываютъ намъ, что давностное владѣніе *всегда* сопровождается animus'омъ domini (иначе это и быть не можетъ), но наряду съ такимъ владѣніемъ вполнѣ возможно владѣніе *и безъ* такого animus'a. *Вообще говоря*, такое владѣніе возможно и у насъ. Но какъ у насъ *на самомъ дѣлѣ*? У насъ въ однихъ случаяхъ законъ говоритъ о владѣніи, умалчивая о собственической волѣ (ст. 513, 514); въ другихъ случаяхъ эта воля прямо требуется (давность). При такомъ положеніи дѣла, по моему мнѣнію, подлежитъ доказыванію не то, что animus domini у насъ *не нуженъ* для общаго понятія владѣнія, а то, что этотъ animus *нуженъ*. А доказывать это, приписывая общее значеніе завѣдомо спеціальному указанію, не правильно.

Остальные доводы проф. Шершеневича имѣютъ условный характеръ: сначала требуется доказать, что у насъ всякое держаніе есть владѣніе[1]).

Но я думаю, что всѣмъ сказаннымъ это положеніе уже доказано вполнѣ.

Теперь разсмотримъ нѣкоторыя детали.

Напр., существуетъ ли у насъ ограниченіе владѣнія, какъ реальнаго обладанія, установленное § 855-мъ Общегерманскаго Уложенія? Есть ли у насъ категорія зависимыхъ держателей, не признаваемыхъ владѣльцами?

Я думаю, что есть.

Изъ ст. 514 1 ч. X т. видно, что реальное держаніе признается владѣніемъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда собственникъ «*отдѣляетъ*» отъ своей собственности владѣніе *и передаетъ или уступаетъ оное другому по договору, дарственной записи, или другому какому либо акту*», и только при этихъ условіяхъ «*сіе отдѣльное владѣніе составляетъ само по себѣ особое право*».

Когда же я беру прислугу въ свой домъ, то я и не думаю *выдѣлять* изъ своей собственности владѣніе моей обстановкой и *уступать* его по какому бы то ни было *договору или акту* прислугѣ. Мой договоръ съ прислугой ограничивается личными услугами и платежемъ жалованья, а о какой бы то ни было уступкѣ моихъ вещей въ ея владѣніе нѣтъ и рѣчи.

---

[1]) *Шершеневичъ*, тамъ же.

То же самое надо сказать и о тѣхъ случаяхъ, когда носильщикъ на вокзалѣ переноситъ вмѣстѣ со мною мои вещи;— когда въ театрѣ я даю своему сосѣду бинокль полюбоваться минуту-другую той или иной картиной;— когда въ кафе я беру въ руки газету для прочтенія и т. п.

Всюду здѣсь можно говорить о личныхъ услугахъ, о любезности и т. п., но никакого *выдѣленія* владѣнія изъ собственности и *уступки* его другому здѣсь нѣтъ.

Наконецъ, разсмотримъ еще одинъ вопросъ,—вопросъ о владѣльческой защитѣ *движимостей*.

Мнѣнія и здѣсь раздѣлились: одни[1]) считаютъ такую защиту возможной, другіе отрицаютъ ее[2]).

Я присоединяюсь къ первому мнѣнію.

Въ самомъ дѣлѣ, ст. 531 никакого различія между движимостями и недвижимостями не дѣлаетъ, а потому не вправѣ его дѣлать и мы.

Не дѣлаетъ этого различія и законъ процессуальный: ст. 29 п. 4 Уст. Гражд. Судопр., а оффиціальные мотивы къ этой статьѣ прямо относятъ владѣльческую защиту *и* къ вещамъ движимымъ[3]).

---

[1]) *Шершеневичъ*, Учебникъ, стр. 214, 215. *Васьковскій*, Учебникъ, стр. 54. *Анненковъ*, Система рус. гражд. права, т. II, стр. 574, 575. *Юреневъ*, Журн. гражд. и угол. права, 1875, кн. 2, стр. 41—49. *Змирловъ*, Журн. гр. и угол. права, 1883, кн. 5, стр. 120. *Малышевъ*, Курсъ гражданскаго судопроизводства, т. I, изд. 2, СПБ., 1876, стр. 151, 152. *Гольмстенъ*, Учебникъ рус. гражд. судопроизводства, 2 изд., СПБ., 1894, стр. 56. Такъ и анонимный авторъ статьи «Защита владѣнія движимыми вещами», Юридич. Газета, 1899, № 50. Здѣсь очень кстати приводится § 1006 Общегерманскаго Уложенія, по которому, при наличности презумпціи собственности за владѣльцемъ, тѣмъ не менѣе поссессорная защита распространяется и на движимости. Тамъ говорится такъ: Zu Gunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermuthet, dass er Eigenthümer der Sache sei. Dies gilt jedoch nicht einem früheren Besitzer gegenüber, dem die Sache gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist, es sei denn, dass es sich um Geld oder Inhaberpapiere handelt.

[2]) *Дювернуа*, Пособіе къ лекціямъ, часть особ., вып. 1, стр. 21, 22. *Фридштейнъ*, Вѣстн. права, 1900, № 7, стр. 67—70. *Поповъ*, Журн. гр. и угол. права, 1874, кн. 5, стр. 86—94. *Побѣдоносцевъ*, Курсъ, I, стр. 174. Такова по преимуществу и практика Сената.

[3]) Судебные Уставы 20 ноября 1864 года, съ изложеніемъ разсужденій

Тѣмъ не менѣе, какъ сказано, есть противники перваго взгляда. Они ссылаются на ст. 534 1 ч. X т., по которой «движимыя вещи почитаются собственностію того, кто ими владѣетъ, доколѣ противное не будетъ доказано».

И вотъ, напр., г. Фридштейнъ (въ указанномъ мѣстѣ) говоритъ: «разъ владѣніе движимостью признается законнымъ предположеніемъ права собственности на нее, то невозможно изъять движимость изъ чужаго владѣнія, не опровергнувъ этого предположенія. Опроверженіе же это по существу своему сведется къ иску о правѣ собственности».

Однако это разсужденіе не идетъ къ дѣлу.

Владѣльческая защита имѣетъ своей цѣлью не вообще «*изъятіе*» вещи изъ чужаго владѣнія, а *возвращеніе* отнятой вещи. О правѣ собственности въ поссессорномъ процессѣ, на основаніи ст. 73 Уст. Гражд. Судопр., даже и говорить нельзя. Истецъ долженъ только доказать, что онъ владѣлъ данной вещью, и что его владѣніе нарушено отвѣтчикомъ, и тогда, по правильному мнѣнію г. Васьковскаго, «судъ обязанъ возстановить его владѣніе, хотя бы право собственности на данную вещь не только предполагалось принадлежащимъ отвѣтчику по ст. 534, но и дѣйствительно ему принадлежало[1]).

Итакъ, повторяю, владѣнія собственническаго у насъ нѣтъ; есть только частная разновидность его: владѣніе давностное. Основнымъ же типомъ владѣнія у насъ является владѣніе реальное, одинаковое для движимостей и недвижимостей. Непосредственное отношеніе вопроса о владѣніи къ нашему главному вопросу о traditio сказывается здѣсь во всей своей полнотѣ: *системы traditio, какъ это явствуетъ изъ ученія о владѣніи, у насъ нѣтъ: собственность можно пріобрѣтать и безъ владѣнія; сльдовательно, никакой передачи у насъ не требуется.*

А еслибы нашъ законъ и требовалъ «передачи», то эта послѣдняя была бы возможна, при наличности описанныхъ формъ владѣнія, единственно въ видѣ *реальной передачи изъ рукъ въ руки.*

на коихъ они основаны, изданные Государственною Канцеляріею. 2 изд., СПБ., 1867, стр. 45.

[1]) *Васьковскій*, Учебникъ, вып. II, стр. 54. Такъ и проф. *Гольмстенъ*, указ. соч., стр. 56.

Но такъ далеко не идетъ ни одинъ изъ защитниковъ системы traditio по нашему закону.

Во всякомъ случаѣ,—требуетъ или не требуетъ 1 ч. X т. совершенія передачи для перехода права собственности на движимыя имущества?

Рѣшеніе этого вопроса составитъ содержаніе слѣдующаго параграфа.

§ 2. Передача или соглашеніе?

Два лагеря: Мейеръ[1]), Оксъ[2]), Цитовичъ[3]), Шершеневичъ[4]), Загоровскій[5]), Юреневъ[6]) и др.[7])—за систему традиціи; Умовъ[8]), Змирловъ[9]), Нечаевъ[10]), Васьковскій[11]) (послѣдній нерѣшительно)

[1]) *Мейеръ*, Русское гражданское право, 8 изд. Вицына-Гольмстена, СПБ., 1902, стр. 302 слѣд.

[2]) *Оксъ*, Виндикація, Журн. гражд. и угол. права, 1874, кн. 3.

[3]) *Цитовичъ*, Обязательства по русскому гражданскому праву, Конспектъ лекцій, 1894, стр. 46 слѣд. Его же Учебникъ торговаго права, 1891, стр. 225.

[4]) *Шершеневичъ*, Учебникъ рус. гражд. права, 3 изд., 1901, стр. 247 слѣд.

[5]) *Загоровскій*, О пріобрѣтеніи права собственности на движимыя имущества посредствомъ передачи, Юридическій Вѣстникъ, 1890, кн. 7 и 8.

[6]) *Юреневъ*, О различіи между договорами запродажи и купли-продажи движимаго имущества и договоромъ поставки по русскимъ законамъ, Журн. гражд. и угол. права, 1881, кн. 5.

[7]) *Побѣдоносцевъ*, Курсъ гражд. права, т. I, 1896, стр. 350, 352. *Анненковъ*, Система рус. гражд. права, т. II, стр. 256. *Кавелинъ*, Права и обязанности по имуществамъ и обязательствамъ въ примѣненіи къ русскому законодательству, стр. 75—79. *Пестржецкій*, О договорѣ купли-продажи, Журналъ гр. и угол. права, 1874, кн. 1. *Кунцынъ*, Право собственности по опредѣленію его въ сводѣ законовъ, Журн. Мин. Юст., 1866, стр. 426. Неизвѣстный авторъ въ Судебномъ Вѣстникѣ за 1867 г., № 251.

[8]) *Умовъ*, Дареніе, его понятіе, характеристическія черты и мѣсто въ системѣ права, Москва, 1876, стр. 162—164.

[9]) *Змирловъ*, Договоры купли-продажи, запродажи и поставки по нашимъ законамъ. Журн. гражд. и угол. права, 1882. кн. 3, стр. 38.

[10]) *Нечаевъ*, Купля-продажа, Энциклопедическій Словарь Брокгауза, кн. 33.

[11]) *Васьковскій*, Учебникъ гражд. права, вып. II, стр. 136—138.

и др.[1])—за систему соглашенія. На сторонѣ послѣдняго мнѣнія стоитъ также объяснительная записка къ нашему проекту обязательствъ[2]), кассаціонная практика Сената[3]) и судебная практика С.-Петербургскаго коммерческаго суда[4]).

Такимъ образомъ оба лагеря обставлены прекрасно, и каждый настойчиво защищаетъ свое мнѣніе[5]).

Главная масса приводимыхъ при этомъ соображеній стоитъ, какъ я уже сказалъ выше, въ грамматическомъ, словесномъ толкованіи отдѣльныхъ статей нашихъ законовъ.

Послѣдуемъ и мы за ними по тому же пути и будемъ бороться съ защитниками традиціи ихъ же оружіемъ, но прибѣгая при этомъ еще и къ соображеніямъ историческаго и систематическаго характера.

Однимъ изъ важнѣйшихъ доводовъ въ пользу системы передачи считается ст. 707 1 ч. X т.: «Укрѣпленіе правъ на имущества производится: 1) крѣпостными, нотаріальными, явочными или домашними актами; 2) передачею самаго имущества или вводомъ во владѣніе онымъ».

Здѣсь разсуждаютъ обыкновенно слѣдующимъ образомъ:

---

[1]) *Никоновъ*, Вѣстникъ права, 1902, № 1, стр. 261—263, — рецензія на мою статью «Traditio или nudum pactum?», помѣщенную въ Жур. Мин. Юст., 1901, ноябрь и декабрь. *Думашевскій*, Судебная практика, Журн. Мин. Юстиціи, 1867, стр. 410. *Марковъ*, Гражданская практика кассаціоннаго сената, СПБ., 1869, стр. 111. *Невзоровъ*, Periculum rei при куплѣ-продажѣ. Юридическая лѣтопись, 1892, кн. 7. *Нерсесовъ*, Торговое право, Москва, 1896, стр. 178.

[2]) Гражданское Уложеніе. Книга пятая. Обязательства. Объясненія, т. I, стр. 485.

[3]) Таково теперь господствующее направленіе судебной практики. Номера рѣшеній можно найти въ любомъ сборникѣ, напр., у *Боровиковскаго*, объясненія къ ст. 1510 1 ч. X т.

[4]) *Вильсонъ*, Судебная практика по торговымъ дѣламъ. Рѣшенія Петерб. Коммерч. Суда и Правит. Сената (4 Д-та и Общаго Собр.). СПБ., 1896, стр. 260 слѣд. Наша Редакціонная Коммисія *односторонне* выбрала рѣшенія 4 Д-та Сената, требующія передачи.

[5]) Проф. *Гольмстенъ* стоитъ на особой точкѣ зрѣнія: центръ тяжести онъ переноситъ на вопросъ о переходѣ риска: съ переходомъ риска должна переходить и собственность. На этомъ основаніи въ русскомъ правѣ авторъ видитъ систему соглашенія. Журн. Юрид. Общества, 1894, кн. 3—О торговыхъ сдѣлкахъ по русскому праву, стр. 15, 16.

какъ для пріобрѣтенія права собственности на недвижимость нуженъ крѣпостной актъ и вводъ во владѣніе, такъ же точно для пріобрѣтенія движимостей необходима, кромѣ договора, передача вещи.

Такимъ образомъ выдвигается вопросъ о существенности и необходимости ввода во владѣніе для недвижимостей. Вопросъ спорный. Гг. Мейеръ, Энгельманъ, Любавскій, Юреневъ, а въ послѣднее время и проф. Шершеневичъ. считаютъ вводъ существенно необходимымъ[1]). Съ другой стороны, гг. Побѣдоносцевъ, Змирловъ и Васьковскій, а также Сенатъ въ своихъ рѣшеніяхъ (напр., 1879 г. № 331; 1893 г. № 107) — противъ необходимости ввода[2]).

Основаніемъ для сужденія служатъ: исторія вопроса, а также ст. 707, 1416 и 1509 1 ч. X т., ст. 1432 уст. гражд. суд. и соотвѣтствующія статьи нотаріальнаго положенія.

И вотъ г. Побѣдоносцевъ[3]), разсмотрѣвши исторически старый нашъ порядокъ пріобрѣтенія недвижимостей,— справку и вотчинную записку,— и борьбу его съ новымъ порядкомъ крѣпостнаго совершенія актовъ, находитъ, что къ XIX столѣтію перевѣсъ оказывается за послѣднимъ: «Крѣпостной актъ получилъ значеніе совершеннаго рѣшительнаго титула, на которомъ

---

[1]) *Мейеръ*, Русское гражд. право, стр. 304 слѣд. *Энгельманъ*, О пріобрѣтеніи права собственности на землю по русскому праву. СПБ., 1859, стр. 136—138. *Любавскій*, Юридическія монографіи и изслѣдованія. т. III, СПБ., 1875, стр. 231—234. *Юреневъ*, Журн. гражд. и угол. права, 1881, кн. 5, стр. 132, 133. *Шершеневичъ*, Учебникъ рус. гражд. права, стр. 249 слѣд. Сюда же надо отнести и *Кавелина*, Права и обязанности, стр. 79, хотя, правда, онъ въ то же время говоритъ о вводѣ, что это «*одна формальность*», состоящая въ возвѣщеніи о новомъ собственникѣ.

[2]) *Побѣдоносцевъ*, Курсъ, т. I, § 38, стр. 277 слѣд., стр. 291 слѣд. *Змирловъ*, Журн. гражд. и угол. права, 1882, кн. 3, стр. 41, 42. *Васьковскій*, Учебникъ, вып. II, стр. 138, 139. Сюда же относятся *Загоровскій*, Журн. Юридич. Общества, 1894, кн. 8, стр. 21, 22. *Марковъ*, Ипотечная система и законодательныя работы по введенію ея въ Россіи. Журн. гражд. и торговаго права, 1872, кн. 2, стр. 209. *Хоткевичъ*, Вводъ во владѣніе недвижимымъ имуществомъ и удостовѣреніе въ безвѣстномъ отсутствіи. Москва, 1873, стр. 3—10. *Ужовъ*, Дареніе, стр. 164—166. *Думашевскій*, Судебная практика, Журн. Мин. Юст., 1867, стр. 410. *Исаченко*, Русское гражданское судопроизводство т. II, вып. 1, СПБ., 1901, стр. 142. *Анненковъ*, Система, т. II, стр. 269, 270.

[3]) *Побѣдоносцевъ*, въ указ. мѣстѣ своего курса.

утверждается и основаніе, и пріобрѣтеніе права собственности. Дальнѣйшаго удостовѣренія о пріобрѣтеніи уже не требовалось» .... «Минута этого укрѣпленія (т. е. пріобрѣтенія) совпадаетъ съ минутой окончательнаго совершенія акта». Отсюда ст. 1416 и 1509 1 ч. X т. По первой изъ нихъ, «если одно и то же недвижимое имѣніе будетъ продано двумъ разнымъ лицамъ, то имѣніе утверждается за тѣмъ изъ двухъ покупщиковъ, котораго купчая крѣпость совершена прежде». По второй, «по полученіи на пріобрѣтенное съ публичнаго торга имѣніе данной или купчей, пріобрѣтатель таковаго имѣнія вступаетъ въ полное право собственности и можетъ свободно отчуждать оное; прежде же полученія сего акта уступка пріобрѣтеннаго имъ на торгѣ права не дозволяется».

А каково значеніе ст. 707?

Она сама указаній не даетъ, но во всякомъ случаѣ изъ нея никакъ не слѣдуетъ выводъ, будто бы у насъ «выражено значеніе ввода во владѣніе, какъ передачи права на недвижимое имущество и укрѣпленіе сего права».

Хотя такой выводъ и встрѣчается въ нашей юридической литературѣ, но его слѣдуетъ признать неправильнымъ, потому что «съ соблюденіемъ или съ опущеніемъ формальности законъ не связываетъ практическаго послѣдствія».

Таково было положеніе дѣла предъ изданіемъ новыхъ Судебныхъ Уставовъ.

Но вотъ въ 1866 г. появляется новый законъ о вводѣ во владѣніе; это ст. 1432 уст. гражд. суд, по которой «отмѣченный.... въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ день ввода во владѣніе недвижимымъ имѣніемъ считается началомъ дѣйствительной передачи и укрѣпленія права на имущество», и при этомъ сдѣлана ссылка на ст. 707 1 ч. X т. Правило это, несмотря на указанную ссылку, г. Побѣдоносцевъ считаетъ въ сущности новымъ, и отмѣтку ввода въ крѣпостномъ реестрѣ — дѣйствіемъ существеннымъ. Самый же вводъ и при этомъ правилѣ остается, по мнѣнію г. Побѣдоносцева, на второмъ планѣ: все равно, совершается ли онъ въ дѣйствительности, или же вводный листъ составляется формальнымъ порядкомъ; существенна только отмѣтка. Такимъ образомъ, «на основаніи этого правила, первый пріобрѣтатель имущества закрѣпляетъ за собою вотчинное право (противу послѣдующихъ пріобрѣтателей отъ того же передатчика)

не по времени совершенія купчей (какъ было постановлоно въ 1416 ст. зак. гражд.), а по времени отмѣтки ввода». Поэтому крѣпостной актъ *только вмѣстѣ* съ этой отмѣткой даетъ *безусловное* право на вещь; если же отмѣтки нѣтъ, то право оказывается относительнымъ: имѣя полную силу противъ продавца, оно можетъ подвергнуться спору (и не выдержать этого спора) со стороны третьихъ лицъ.

Но если никакого спора нѣтъ, то и такой относительный собственникъ воленъ распоряжаться совершенно свободно и безпрепятственно своимъ имуществомъ, и въ частности «нѣтъ законнаго повода правительству въ лицѣ своихъ агентовъ, служащихъ частнымъ лицамъ посредниками для совершенія актовъ, — отказывать безспорному владѣльцу въ законномъ средствѣ къ очужденію вотчинныхъ правъ», или, говоря иначе, старшіе нотаріусы должны довольствоваться въ такихъ случаяхъ представленіемъ крѣпостныхъ актовъ и не должны требовать доказательствъ совершенія ввода во владѣніе.

Такимъ образомъ г. Побѣдоносцевъ, хотя и отрицаетъ существенность самаго ввода, за то сильно выдвигаетъ впередъ отмѣтку ввода въ реестрѣ, и это—на основаніи 1432 ст. уст. гражд. суд. и вопреки ст. 1416 1 ч. X т.

Вполнѣ раздѣляя отрицательное отношеніе къ вводу, я думаю однако, что статьѣ 1432 напрасно придается новаторское значеніе. По моему, она не внесла рѣшительно ничего новаго. Но объ этомъ ниже.

Другой изслѣдователь нашего гражданскаго права, проф. Шершеневичъ, также придаетъ ст. 1432 уст. гражд суд. большое значеніе, но нашъ вопросъ рѣшаетъ въ томъ смыслѣ, что именно самый вводъ во владѣніе необходимъ и имѣетъ существенное значеніе[1])-

Однако на болѣе правильной точкѣ зрѣнія стоитъ, по моему, г. Васьковскій[2]). Онъ (какъ и г. Побѣдоносцевъ) отмѣчаетъ прежде всего, что ст. 707 1 ч. X т. *въ текстѣ своемъ* не опредѣляетъ значенія упоминаемыхъ въ ней актовъ; но затѣмъ ст. 1432 уст. гражд. суд., если ее разсматривать въ связи съ другими постановленіями о вводѣ въ томъ же уставѣ, оказывается

---

[1]) *Шершеневичъ*, Учебникъ, 3 изд., стр. 249 слѣд.

[2]) *Васьковскій*, Учебникъ, вып. II, стр. 138, 139.

имѣющей значеніе лишь публичнаго оглашенія о переходѣ права собственности (какъ это полагаетъ и г. Змирловъ): матеріальнаго права она не касается. Такъ и Сенатъ: онъ видитъ въ ней лишь процессуальное значеніе (рѣш. 1879 г. № 331).

Рѣшающая же роль въ нашемъ вопросѣ принадлежитъ, по мнѣнію г. Васьковскаго (вопреки мнѣнію проф. Шершеневича), нотаріальному положенію (ст. 157, 158, 178[1]), а главное—ст. 1416 1 ч. X т.[1]).

Такимъ образомъ и теперь не вводъ во владѣніе и не отмѣтка о вводѣ, а купчая крѣпость (или вообще крѣпостной актъ), какъ и прежде, рѣшаетъ дѣло: въ моментъ ея окончательнаго совершенія и утвержденія пріобрѣтается право одинаково сильное, какъ противъ продавца, такъ и противъ другихъ, позднѣйшихъ покупщиковъ того же имущества.

Таково въ концѣ концовъ поддерживаемое мною мнѣніе, и ст. 1432 уст. гражд. суд. его не мѣняетъ.

Теперь я постараюсь представить нѣкоторыя соображенія въ пользу этого взгляда.

Причина разногласія, какъ видно изъ приведенныхъ мнѣній, лежитъ главнѣйшимъ образомъ въ ст. 1432 уст. гражд. суд.

Для устраненія этой причины необходимо сначала уяснить себѣ понятіе «*укрѣпленія*» правъ по нашему закону и отношеніе этого «укрѣпленія» правъ къ «*пріобрѣтенію*» ихъ. Только послѣ этого можно будетъ правильно истолковать указанную статью, которая именно этими двумя терминами подаетъ поводъ къ сомнѣніямъ. А затѣмъ разсмотримъ и другія постановленія нашихъ законовъ о занимающемъ насъ вводѣ во владѣніе. Итакъ, прежде всего, что касается пріобрѣтенія правъ, то—это понятіе

---

[1]) Ст. 178[1] Нот. Полож. говоритъ: «Старшій нотаріусъ, немедленно по внесеніи акта о *переходѣ права собственности* на недвижимое имущество въ реестръ крѣпостныхъ дѣлъ, сообщаетъ *о таковомъ переходѣ*, для свѣдѣнія, подлежащей Земской или Городской Управѣ . . . . . съ точнымъ обозначеніемъ какъ самаго имущества, такъ равно фамилій и званій *прежняго и новаго владѣльцевъ*. — Даже и проф. Шершеневичъ придаетъ этой статьѣ значеніе нѣкоторой опоры для системы соглашенія, но при этомъ все таки говоритъ: «не слѣдуетъ забывать, что она (т. е. ст. 178[1]) является позднѣйшею вставкою, не имѣющею непосредственнаго отношенія къ разсматриваемому вопросу». Стр. 249. Однако мнѣ кажется, что отношеніе здѣсь самое непосредственное, а позднее происхожденіе статьи, конечно, дѣла не мѣняетъ.

извѣстное, встрѣчающееся во всѣхъ законодательствахъ. Понятіе же «*укрѣпленія*», какъ особый юридическій терминъ, извѣстно только русскому праву. При этомъ необходимо замѣтить, что укрѣпленіе одинаково относится нашимъ законоиъ къ правамъ на недвижимыя и къ правамъ на движимыя вещи: ни ст. 707 1 ч. X т., спеціально говорящая объ укрѣпленіи, ни другія статьи нашихъ законовъ не дѣлаютъ никакого различія, а, какъ извѣстно, ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.

Что же собственно означаетъ это «*укрѣпленіе*»?

Разсмотримъ 1 ч. X т. Здѣсь мы видимъ прежде всего, что названія второй и третьей книгъ, а также 3-го раздѣла 2-й книги говорятъ *о пріобрѣтеніи и укрѣпленіи* правъ на имущества.

Затѣмъ первыя двѣ главы разд. 3-го книги 2-ой съ заключающимися въ нихъ статьями говорятъ *только о пріобрѣтеніи* и при этомъ въ нихъ ни разу не упоминается ни о вводѣ, ни о передачѣ. Глава же 3-я говоритъ объ укрѣпленіи, и при этомъ здѣсь сейчасъ же рѣчь заходитъ о вводѣ и упоминается о передачѣ.

А въ частности ни одна статья этой главы, говорящая о пріобрѣтеніи, не упоминаетъ ни о вводѣ, ни о передачѣ (ст. 711 и слѣд.). Съ другой же стороны, ст. 708 говоритъ объ укрѣпленіи, и въ ней упоминаются вводъ во владѣніе и передача. Изъ всего этого слѣдуетъ (и это нашъ первый выводъ), что, по нашему закону, *пріобрѣтеніе и укрѣпленіе не одно и то же; это—понятія различныя.*

Съ другой же стороны, недвижимыя имущества *пріобрѣтаются*, по ст. 1416 и 1509 1 ч. X т., путемъ крѣпостныхъ *актовъ*, а вещи движимыя, по ст. 711 1 ч. X т.,—посредствомъ *актовъ* домашнихъ, каковыми являются словесныя соглашенія, въ виду ст 1531 1 ч. X т., какъ на это указалъ г. Змирловъ[1]). Отсюда —второй выводъ: *акты и пріобрѣтеніе сближаются у насъ въ томъ смыслѣ, что первые служатъ средствомъ* (хотя и не единственнымъ) *для втораго.*

Однако названіе третьей главы (3 разд., 2 кн.): «О порядкѣ укрѣпленія правъ на имущества *или* объ актахъ вообще»

---

[1]) *Змирловъ*, Журн. гражд. и угол. права, 1882, кн. 3, стр. 52.

можетъ подать поводъ къ отождествленію *укрѣпленія* и актовъ, но это было бы неправильно. Прежде всего, противъ этого тѣ основанія, на которыхъ построенъ нашъ второй выводъ. Кромѣ того, изъ разсмотрѣнія содержанія упомянутой главы мы видимъ, что въ ней рѣчь идетъ объ укрѣпленіи *и* объ актахъ *отдѣльно* (а потому въ такомъ смыслѣ надо исправить и заглавіе); и въ дальнѣйшемъ эти двѣ вещи *нигдѣ* больше не смѣшиваются, а, наоборотъ, различаются: такъ, по ст. 708, совершеніе актовъ опредѣляется положеніемъ о нотаріальной части и правилами, къ этой статьѣ приложенными. Вводъ же во владѣніе регулируется, въ виду ст. 709, уставомъ гражданскаго судопроизводства и приложеніемъ къ этой же 709 статьѣ. Далѣе различіе видно изъ главъ 4 и 5 того же 3 раздѣла: обѣ онѣ говорятъ объ актахъ, но ни о вводѣ, ни о передачѣ не упоминаютъ ни однимъ словомъ. Съ другой же стороны, ст. 714 и слѣд. также говорятъ объ актахъ, но въ связи съ пріобрѣтеніемъ, а не укрѣпленіемъ.

Отсюда—третій выводъ: *акты и укрѣпленіе—понятія различныя; акты, служа* (согласно второму выводу) *средствомъ для пріобрѣтенія правъ, никогда не служатъ средствомъ для ихъ укрѣпленія.*

Если сопоставимъ эти выводы со ст. 707, то получимъ и четвертый выводъ, по которому *средствомъ укрѣпленія, въ собственномъ смыслѣ, служатъ вводъ во владѣніе и передача*, такъ какъ акты относятся къ *пріобрѣтенію.*

Попали же акты въ ст. 707, говорящую собственно объ укрѣпленіи, а не о пріобрѣтеніи, потому что укрѣпленіе немыслимо безъ предшествующаго пріобрѣтенія: нельзя укрѣплять то, что еще не пріобрѣтено.

Конечно, можно (и даже лучше) о различныхъ вещахъ говорить отдѣльно, но въ данномъ случаѣ это совмѣстное упоминаніе не должно вести къ путаницѣ понятій: отличіе укрѣпленія отъ актовъ и отъ пріобрѣтенія, какъ я старался показать выше, достаточно ясно выражено системой 1 ч. X т.

Что касается передачи, то необходимо оговориться здѣсь же, что изъ сказаннаго отнюдь нельзя выводить, будто передача отправляетъ у насъ *только* функцію укрѣпленія. Какъ въ любомъ законодательствѣ, такъ и у насъ она можетъ имѣть раз-

личное значеніе[1]): она можетъ быть, напр., способомъ пріобрѣтенія права собственности (напр., при поставкѣ). Это обстоятельство ничуть не подрываетъ теоріи соглашенія: все дѣло въ томъ, когда, при какихъ сдѣлкахъ она выступаетъ въ такой роли. Поэтому для защищаемаго мною взгляда ничуть не опасны такія, напр., соображенія, что будто бы ст. 420 и 416 1 ч. X т. говорятъ о передачѣ именно, какъ о способѣ пріобрѣтенія права собственности. Это вполнѣ возможно и понятно. Это имѣетъ мѣсто и во французскомъ правѣ (при отчужденіи вещей, опредѣленныхъ только родовыми признаками). Но для теоріи передачи этого мало: для нея надо доказать (*на ней* лежитъ этотъ onus probandi), *что передача выступаетъ въ такой роли именно при купль-продажѣ вещей индивидуально опредѣленныхъ*. Доказывается это или нѣтъ, увидимъ ниже.

Таковы положенія и выводы, добываемые изъ разсмотрѣнія 2-й книги 1 ч. X т.

Дальнѣйшее подтвержденіе ихъ мы находимъ въ книгѣ третьей.

Такъ, общее названіе книги говоритъ о пріобрѣтеніи *и* укрѣпленіи. И въ самомъ дѣлѣ, въ ея содержаніи имѣется и то, и другое. Но затѣмъ всѣ три раздѣла (странное совпаденіе!) говорятъ въ своихъ названіяхъ *только* о пріобрѣтеніи. Почему бы не замолвить слова и объ укрѣпленіи подобно 3-му раздѣлу 2-й книги?

Однако это умолчаніе вполнѣ правильно и естественно. Такъ, разд. 2 говоритъ о наслѣдованіи по закону, разд. 3 говоритъ о мѣнѣ и куплѣ, разд. 1—о дарственномъ пріобрѣтеніи (пожалованіемъ, дареніемъ и т. д.). Но вѣдь и наслѣдованіе, и мѣна, и купля—это все способы именно *пріобрѣтенія* правъ (согласно примѣч. къ ст. 699 1 ч. X т.), а такъ какъ пріобрѣтеніе и укрѣпленіе, какъ мы видѣли, понятія различныя, то въ названія этихъ раздѣловъ даже нельзя было бы вставить слово «укрѣпленіе», и, наоборотъ, изъ того факта, что это слово пропущено, мы заключаемъ о солидарности 3-й книги со 2-ю по нашему вопросу. Такимъ образомъ надо признать, что редакція названій отдѣльныхъ раздѣловъ третьей книги выбрана сознательно и правильно: она послѣдовательно проводитъ дальше

---

[1]) См., напр., *Verdalle*, De la tradition en droit français, Bourg, 1899.

идею, намѣченную раньше, чѣмъ еще разъ подтверждаетъ сдѣланные нами выводы.

То же обстоятельство, что тѣмъ не менѣе къ описанію почти каждаго способа *пріобрѣтенія* прибавляется въ книгѣ третьей по нѣсколько статей о вводѣ и передачѣ, какъ это и напередъ обѣщается общимъ названіемъ этой книги, не должно приводить къ мысли, что и вводъ, и передача также являются необходимыми именно *для пріобрѣтенія*.

Это потому, что, во 1-хъ, названія отдѣльныхъ раздѣловъ (особенно 2-го и 3-го) явно отнимаютъ у нихъ такое значеніе Во 2-хъ, то же самое дѣлаетъ и названіе отдѣленія 5-го (гл. 2, разд. 3, кн. 3): «О передачѣ проданныхъ имуществъ и вводѣ во владѣніе имуществами, пріобрѣтенными по купчимъ крѣпостямъ». Особенно ясно опредѣляется здѣсь значеніе ввода: имущества *пріобрѣтаются* посредствомъ купчихъ крѣпостей, а потомъ совершается вводъ во владѣніе этими *уже пріобрѣтенными* имуществами.

Не сказано: пріобрѣтаются и укрѣпляются купчими крѣпостями, и, съ другой стороны, не сказано: пріобрѣтаются купчими крѣпостями *и* вводомъ.

Что это? случайность и неточность? — Система традиціи объяснить этого не можетъ. Но примите систему соглашенія, и все будетъ точно, правильно и сознательно, а не случайно. Сказанное о вводѣ вполнѣ распространяется и на передачу, потому что законъ, сближая ихъ и обсуждая всегда вмѣстѣ, очевидно придаетъ имъ одинаковое значеніе.

Наконецъ, въ 3-хъ, одинъ фактъ упоминанія о вводѣ и передачѣ при способахъ пріобрѣтенія самъ по себѣ ровно ничего не даетъ для теоріи передачи: и французскій Code civil въ концѣ вопроса о куплѣ-продажѣ говоритъ о *передачѣ* проданныхъ вещей. Это такъ естественно, да и гдѣ же въ другомъ мѣстѣ говорить о ней? И вотъ, во Франціи, если система соглашенія и подвергается сомнѣніямъ (впрочемъ, неправильно), то отнюдь не съ этой точки зрѣнія.

Мало, повторяю, упомянуть о передачѣ; надо опредѣлить ея значеніе, а это дѣлаетъ у насъ только *система* 1 ч. X т.

Итакъ, 3-я книга подтверждаетъ то, что мы нашли во 2-й. Для дальнѣйшихъ выводовъ разсмотримъ книгу 4-ю. Здѣсь ни разу, ни однимъ словомъ не упоминается объ укрѣпленіи.

Если сопоставимъ это съ содержаніемъ 4-й книги, имѣющей своимъ предметомъ *обязательственныя* отношенія, а также съ тѣмъ обстоятельствомъ, что объ укрѣпленіи также нѣтъ рѣчи ни при залогѣ, ни при сервитутахъ, то получимъ пятый выводъ, что *укрѣпленіе пріурочивается только къ праву собственности.*

Съ другой же стороны, 4-я книга очень часто говоритъ о передачѣ. Передача выполняетъ здѣсь различныя функціи: напр., при наймѣ имущества она является *исполненіемъ обязательства*, а при поставкѣ — *способомъ пріобрѣтенія права собственности.* Такъ какъ ни то, ни другое не называется при этомъ *укрѣпленіемъ*, то мы видимъ и здѣсь подтвержденіе тѣхъ нашихъ положеній, что укрѣпленіе не имѣетъ мѣста при обязательственныхъ сдѣлкахъ и не служитъ способомъ пріобрѣтенія ни правъ вообще, ни права собственности въ частности.

Все это говоритъ противъ системы передачи. Для этой послѣдней необходимо одно изъ двухъ: или считать акты средствомъ укрѣпленія, или же признать такимъ средствомъ и акты, и вводъ съ передачей[1]).

Первое невозможно, между прочимъ, и потому, что въ такомъ случаѣ пришлось бы признать, что права сначала укрѣпляются, а потомъ уже пріобрѣтаются; вѣдь сначала заключается договоръ (актъ), а потомъ уже передается вещь. Второе (но это относится и къ первому) невозможно потому, что въ такомъ случаѣ терминъ «укрѣпленіе» утратилъ бы всякій опредѣленный смыслъ, и, какъ замѣняющій собою и другіе термины, онъ оказался бы излишнимъ и даже нежелательнымъ, такъ какъ, въ виду особаго его названія, возникаетъ идея о существованіи и какого-то особаго, только имъ опредѣляемаго, явленія, имѣющаго уже между тѣмъ въ дѣйствительности другое, болѣе понятное и общеупотребительное названіе (акты, пріобрѣтеніе). Кромѣ того, въ такомъ случаѣ поперемѣнное употребленіе терминовъ «пріобрѣтеніе» и «укрѣпленіе» на всемъ протяженіи 2-й и 3-й книгъ 1 ч. X т. то вмѣстѣ, то отдѣльно одинъ отъ другаго, а также полное умолчаніе объ «укрѣпленіи» въ 4-й книгѣ пришлось бы признать полной случайностью, а такой результатъ уже и самъ по себѣ весьма сомнителенъ. Но мною

---

[1]) *Змирловъ*, Журн. гражд. и угол. права, 1882, кн. 3, стр. 52.

приведены уже и *положительныя* доказательства того, что въ этомъ отношеніи нашъ законъ проводитъ опредѣленную и строго выдержанную (а не случайную) мысль, такъ что ни въ одномъ случаѣ нельзя одинъ терминъ замѣнить другимъ.

Поэтому всѣ добытые мною выше выводы я позволяю себѣ считать единственно правильными. А разъ это такъ и въ дѣйствительности, то на основаніи всѣхъ ихъ мы приходимъ теперь къ слѣдующимъ результатамъ.

1) Правоотношенія 3-й книги 1 ч. X т. нельзя считать правоотношеніями обязательственными. Слѣдовательно, купля-продажа, мѣна и дареніе,— относительно которыхъ собственно только и идетъ рѣчь и споръ,— суть договоры вещные.

2) Передача вещи при этихъ сдѣлкахъ не служитъ способомъ пріобрѣтенія права собственности; это же относится и ко вводу во владѣніе. Слѣдовательно, право собственности пріобрѣтается въ моментъ соглашенія (на движимости) или при утвержденіи крѣпостнаго акта (на недвижимости).

Здѣсь мнѣ, можетъ быть, скажутъ, что всѣ эти мои выводы въ значительной мѣрѣ основаны на заглавіяхъ, а заглавія—не законы, слѣдовательно, и выводы оказываются висящими на воздухѣ.

Да, заглавія не законы, но они указываютъ намъ точку зрѣнія, съ которой надо смотрѣть на помѣщенныя подъ ними статьи; они указываютъ намъ, далѣе, взаимное соотношеніе отдѣльныхъ частей законодательства, т. е. уясняютъ намъ систему его, а все это существенно необходимо для систематическаго толкованія,— необходимо для того, чтобы каждому закону придать именно ему соотвѣтствующее значеніе и освѣщеніе. Вотъ поэтому-то пользоваться заглавіями, какъ средствомъ толкованія, вполнѣ возможно и даже необходимо.

Такимъ образомъ, по поводу вопроса о значеніи ввода, мы пришли къ положительнымъ даннымъ въ пользу системы согласшенія и къ отрицательному отвѣту на вопросы о существенности ввода во владѣніе.

Для полнаго разъясненія послѣдняго вопроса и ст. 1432 уст. гражд. суд. намъ остается еще опредѣлить *положительными* чертами юридическія функціи ввода.

Итакъ, что собственно обозначаетъ собою укрѣпленіе?

По моему, укрѣпленіемъ называется *согласованіе факта съ*

правомъ, а именно: передача, врученіе собственнику *уже пріобрѣтеннаго* имъ и ему принадлежащаго имущества. Нуженъ или нѣтъ для этого особый терминъ, и удачно ли онъ выбранъ нашимъ закономъ, это другой вопросъ, но значеніе его, какъ мнѣ кажется, именно таково и только таково.

Согласно съ этимъ и подобно ст. 707, можетъ быть (а въ виду сдѣланной на нее ссылки и *должна* быть) объясняема и ст. 1432 уст. гражд. суд. По этой статьѣ, только съ момента ввода право собственности считается переданнымъ *и* укрѣпленнымъ. Совершенно вѣрно! *До* ввода оно было *только переданнымъ*; укрѣпленнымъ его назвать было нельзя; теперь же на лицо и то, и другое. Только съ этого момента *начинается дѣйствительное* (выраженіе ст. 1432), полное обладаніе: юридическое *и фактическое*.

Никакое другое объясненіе этой статьи не можетъ быть допущено еще и по слѣдующему соображенію.

Какъ извѣстно, *до* появленія ст. 1432 уст гражд. суд. вопросъ о взаимномъ соотношеніи между купчей крѣпостью и вводомъ во владѣніе, а также и о значеніи послѣдняго рѣшался, конечно, по ст. 1416 1 ч. X т. Но вотъ появляется ст. 1432 уст. гражд. суд. Была ли она призвана измѣнять нормы 1 ч. X т.? Нѣтъ, она сама ссылается на 1 ч. X т. Это ясно показываетъ, что не только ничего новаго не вводится, а, наоборотъ, во избѣжаніе сомнѣній, устанавливается связь между охранительнымъ производствомъ и дѣйствующимъ матеріальнымъ правомъ.

Итакъ, вотъ каково единственно, какъ мнѣ кажется, возможное объясненіе «укрѣпленія»; и вотъ здѣсь опять обнаруживается несущественность ввода во владѣніе для пріобрѣтенія права собственности на недвижимость.

Теперь разсмотримъ еще другія постановленія нашихъ законовъ, касающіяся ввода, и именно ст. 1523, 991 и 992 1 ч. X т., приводимыя проф. Шершеневичемъ для поддержанія противоположнаго защищаемому здѣсь мнѣнія[1]). По первой изъ нихъ, если кто въ уѣздѣ или въ городѣ купитъ землю, домъ или иное строеніе, то онъ *обязанъ* объявить купчую крѣпость установленнымъ порядкомъ (ст. 709) въ надлежащемъ судебномъ мѣстѣ.

---

[1]) Учебникъ русск. гражд. пр., 3 изд., стр 247.

Законъ говоритъ: «*обязанъ*», но при этомъ не установляетъ ни срока исполненія, ни послѣдствій неисполненія этой обязанности, и потому она оказывается не обязательной; это—lex imperfecta.

Гораздо рѣшительнѣе и энергичнѣе говоритъ о вводѣ ст. 991, трактующая о превращеніи дарственныхъ записей въ духовныя завѣщанія и духовныхъ завѣщаній—въ дарственныя записи. О послѣднихъ говорится:

«Вводъ во владѣніе недвижимымъ имуществомъ по дарственной записи долженъ слѣдовать *немедленно по совершеніи акта* и *ни въ какомъ случаѣ* не можетъ быть отсроченъ до смерти дарителя».

Немедленно! Однако сейчасъ же прибавлено: лишь бы *не послѣ* смерти дарителя. Такимъ образомъ, если одаренный промедлитъ со вводомъ лѣтъ 10 или 20, а даритель проживетъ и того больше, то бѣды не произойдетъ никакой.

Правда, здѣсь (ст. 991) обойтись *совсѣмъ безъ ввода*, повидимому, нельзя. Но это имѣетъ свое особое значеніе.

Извѣстна существенная разница между пріобрѣтеніемъ имущества по даренію и по праву наслѣдованія: за долги дарителя не отвѣчаютъ, а долги наслѣдодателя надо уплатить. И вотъ, представимъ себѣ, что кто-нибудь свое имущество по завѣщанію передаетъ еще при жизни своей въ собственность кому-нибудь постороннему или же тому самому лицу, которому это же имущество должно было бы достаться и по праву наслѣдованія (см. рѣш. Сената за 1872 г., № 765).

Если это духовное завѣщаніе удовлетворяетъ всѣмъ условіямъ, предписаннымъ для дарственныхъ записей, то одаренный можетъ имъ въ этомъ смыслѣ и воспользоваться, въ силу ст. 991. Но вотъ одаренный къ вводу во владѣніе не приступаетъ. Черезъ нѣкоторое время умираетъ даритель, и имущество оказывается въ рукахъ одареннаго (допустимъ, что онъ же и наслѣдникъ), но по какому праву? Даръ или наслѣдство? Вопросъ очень важный и для обладателя имущества и для кредиторовъ дарителя-наслѣдодателя.

Послѣдніе будутъ правы, требуя уплаты долговъ наслѣдодателя. Для избѣжанія этого одаренный долженъ былъ *до смерти* (физической или юридической) произвести «конверсію» духовнаго завѣщанія въ дарственную запись, потому что *послѣ* смерти наступаютъ немедленно и ipso jure отношенія *наслѣд-*

ственнаго права (ст. 1254 1 ч. X т.), такъ что нашему безпечному одаренному теперь остается или оставить имущество за собой, но уже въ качествѣ *наслѣдства*, или же совсѣмъ отречься отъ него (ст. 1255 1 ч. X т.).

Если же вводомъ пренебрежетъ одаренный, не принадлежащій къ числу наслѣдниковъ, то онъ, съ момента смерти дарителя, не будетъ имѣть, конечно, ровно никакихъ правъ на имущество; оно поступитъ къ наслѣдникамъ, и тѣ скажутъ одаренному: jura scripta sunt vigilantibus!

Вотъ, во избѣжаніе этихъ потерь и недоразумѣній, въ интересахъ столь важной опредѣленности юридическихъ отношеній законъ и предлагаетъ одареннымъ такими (ст. 991) духовными завѣщаніями произвести вводъ во владѣніе. По поводу просьбы о вводѣ судъ кстати рѣшитъ вопросъ, можетъ ли въ самомъ дѣлѣ данное духовное завѣщаніе быть признано дарственной записью. Въ самомъ же вводѣ выразится и принятіе дара со стороны одареннаго (ст. 973 и слѣд. 1 ч. X т.), и оффиціальное оглашеніе какъ этого принятія, такъ и превращенія духовнаго завѣщанія въ дарственную запись[1]).

Безъ ввода же духовное завѣщаніе, недѣйствительное въ качествѣ таковаго и не признанное оффиціально дарственной записью (самъ одаренный не компетентенъ въ этомъ), такъ и будетъ оставаться документомъ безъ всякаго эффекта, пока смерть дарителя не уничтожитъ даже и самую *возможность* воспользоваться имъ по ст. 991: имущество заберутъ наслѣдники.

Существеннымъ во всемъ этомъ является признаніе судомъ наличности дарственнаго акта и принятіе даренія одареннымъ. Но вѣдь это не принадлежитъ къ существу ввода. Только въ особенныхъ случаяхъ статьи 991 вводъ является единственнымъ средствомъ, чтобы вызвать первое и выразить второе. Именно въ этомъ его отличительная здѣсь особенность и важность (законодатель резонно счелъ излишнимъ установлять особую новую процедуру для этихъ дѣлъ и воспользовался вводомъ).

Главная же сущность ввода,—оглашеніе пріобрѣтенія,—и здѣсь, на общемъ основаніи, не играетъ существенной роли; оно *совпадаетъ* съ важными моментами, но не производитъ ихъ.

---

[1]) *Ужовъ*, Дареніе, стр. 168—171.

И вотъ, что здѣсь вводъ ничѣмъ не отличается особеннымъ, объ этомъ прямо и ясно говоритъ ст. 992 1 ч. X т.[1]).

Такимъ образомъ и эти статьи нашихъ законовъ не даютъ, какъ мнѣ кажется, основанія къ измѣненію защищаемаго нами взгляда на вводъ во владѣніе.

Защитники традиціи, какъ упомянуто выше, указывая, наоборотъ, на существенность ввода, заключаютъ отсюда о такой же существенности и передачи[2]), такъ какъ въ ст. 707 1 ч. X т. она поставлена на ряду съ вводомъ, въ одномъ и томъ же пунктѣ этой статьи.

Я охотно присоединяюсь къ этому параллелизму, но только у меня получается обратный результатъ вслѣдствіе противоположнаго взгляда на значеніе ввода.

Здѣсь кстати замѣтить, что на эту параллель можно смотрѣть и съ другой стороны, какъ это дѣлаетъ г. Побѣдоносцевъ, который обращаетъ вниманіе не на то, что передача стоитъ въ ст. 707 на ряду съ вводомъ, а на то, что вводъ «поставленъ наравнѣ съ *простою*, *безгласною* передачею имущества»[3]). Каково же, дескать, послѣ этого значеніе ввода!

Такимъ образомъ этотъ параллелизмъ, какъ его ни взять, оказывается врагомъ системы традиціи.

Далѣе, въ защиту системы передачи приводится ст. 1510 1 ч. X т.: «Передача отъ продавца покупщику проданнаго движимаго имущества совершается дѣйствительнымъ покупщику врученіемъ самаго сего имущества или поступленіемъ онаго въ его распоряженіе».

Здѣсь, говорятъ намъ[4]), законъ уравниваетъ врученіе вещи съ пріобрѣтеніемъ распоряженія, а вѣдь распоряженіе составляетъ существенный элементъ права собственности. Слѣдовательно, именно врученіемъ, передачей и переносится право собственности.

---

[1]) «При вводѣ во владѣніе недвижимымъ имуществомъ по дарственнымъ записямъ, наблюдается тотъ же самый порядокъ, какой установленъ вообще для ввода во владѣніе по недвижимымъ имуществамъ (ст. 709)».

[2]) Напр., г. *Юреневъ*, Журн. гражд. и угол. пр., 1881, кн. 5.

[3]) Вотчинныя права, стр. 294.

[4]) *Оксъ*, Журн. гражд. и угол. пр., 1874, кн. 3, стр. 76 и 77; г. *Юреневъ*, ibid., 1881, кн. 5, стр. 132.

Однако проф. Дювернуа совершенно правильно замѣчаетъ, что здѣсь именно «не разъяснено, насколько она (т. е. передача) необходима»[1]).

А вѣдь въ этомъ то вся и сила. На самомъ дѣлѣ статья эта имѣетъ цѣлью опредѣлить, *какъ* передается *имущество*, *а не значеніе* этой передачи, и вотъ здѣсь и опредѣляется, что передачу не слѣдуетъ понимать слишкомъ узко: достаточно предоставить только возможность овладѣть или распоряжаться вещью.

Интересно то, что и французскій Code civil, какъ мы уже видѣли, имѣетъ совершенно тождественную статью (art. 1604): «Передача есть перенесеніе проданной вещи во власть и обладаніе (en la puissance et possession) покупщика», и однако никто не указываетъ на нее, какъ на противорѣчіе системѣ соглашенія. И съ другой стороны, въ нашемъ проектѣ обязательствъ, въ отдѣлѣ «Продажа», именно подъ рубрикой «Передача», имѣется ст. 194 слѣдующаго содержанія:

«Передача движимаго имущества совершается врученіемъ его покупщику или предоставленіемъ имущества инымъ путемъ въ распоряженіе покупщика».

И что же? Именно этой статьей нашъ проектъ устанавливаетъ систему традиціи, которой онъ держится? Конечно, нѣтъ. Объяснительная записка (т. I, стр. 433) говоритъ: «Способы передачи проданнаго движимаго имущества указаны примѣнительно къ ст. 1510 т. X ч. 1»...

Такимъ образомъ въ обѣихъ статьяхъ рѣчь идетъ о *способахъ* передачи. Для опредѣленія же *значенія* передачи нужна другая статья или другая редакція. И нашъ проектъ даетъ такую статью (224): «Право собственности... переходитъ къ покупщику... при продажѣ движимаго имущества—со времени передачи». Это совсѣмъ другое дѣло.

Все сказанное о ст. 1510 совершенно одинаково относится и къ ст. 993 1 ч. X т.: она такъ же точно формулирована и имѣетъ такое же точно значеніе[2]).

---

[1]) Пособіе къ лекціямъ, ч. особ., вып. 1, 1899, стр. 108.

[2]) «Передача подареннаго движимаго имущества совершается врученіемъ даримой вещи тому, кому оная назначается, и поступленіемъ въ его распоряженіе».

Затѣмъ необходимость передачи усматриваютъ изъ ст. 1511 1 ч. X т., по которой покупщикъ именно при передачѣ вещи можетъ потребовать отъ продавца поручительства въ принадлежности ему продаваемой вещи.

Оксъ аргументируетъ такъ: поручительство интересно *только* при пріобрѣтеніи права собственности; здѣсь поручительство требуется при передачѣ вещи; слѣдовательно, именно при передачѣ пріобрѣтается право собственности[1]).

Такого же мнѣнія и г. Юреневъ[2]).

Однако въ этомъ силлогизмѣ не вѣрна первая посылка; поручительство можетъ быть интересно *и помимо* пріобрѣтенія собственности. Напр., Умовъ[3]) обращаетъ вниманіе на то, что при передачѣ происходитъ обыкновенно окончательный разсчетъ, такъ что съ этого момента покупщикъ рискуетъ уже всей покупной суммой, тогда какъ до передачи дѣло шло лишь можетъ быть, о задаткѣ. Отсюда весьма существенный интересъ поручительства. Говорится же о поручительствѣ именно при передачѣ потому, что имѣется въ виду самый обыкновенный случай продажи изъ рукъ въ руки. И, по моему мнѣнію, этотъ взглядъ, какъ одинаково возможный, серьезно оспаривать нельзя.

А разъ возможно и такое толкованіе ст. 1511, то она перестаетъ служить опорой для системы традиціи.

Разсмотримъ еще ст. 1380 1 ч. X т., по которой «мѣна движимыхъ имуществъ можетъ быть производима и безъ письменнаго укрѣпленія одною взаимною передачею...» Оксъ видитъ здѣсь систему передачи[4]). Умовъ совсѣмъ не видитъ этого; онъ изъ этой статьи выводитъ заключеніе, что, значитъ, мѣна можетъ быть производима и письменными актами *безъ* передачи[5]).

Уже одна эта возможность приноровленія этой статьи и къ той, и къ другой системѣ ослабляетъ ея значеніе для нашего вопроса.

Если же мы посмотримъ на разбираемую статью еще съ исторической точки зрѣнія, то изъ ея источника (Улож. Ц. Ал.

---

[1]) Жур. гр. и уг. пр., 1874, кн. 3, стр. 84.
[2]) Жур. гр. и уг. пр., 1881, кн. 5, стр. 132.
[3]) Дареніе, стр. 184, 185.
[4]) Журн. гражд. и угол. права, 1874, кн. 3, стр. 78.
[5]) Дареніе, стр. 183.

Мих., гл. XXI, ст. 75) увидимъ, что въ прежнія времена отчужденіе даже движимыхъ вещей было обставлено очень сложными формальностями: письменная форма была необходима[1]).

При составленіи же Свода законовъ времена и взгляды оказались иными, и на вопросъ, какъ быть съ мѣной движимостей, ст. 1380 отвѣчаетъ: долой всѣ прежнія формальности! Такимъ образомъ законодатель имѣлъ въ виду *освободить* оборотъ отъ формальностей, а не предписать ихъ. То же обстоятельство, что въ законѣ говорится о *передачѣ*, само по себѣ ничего не доказываетъ: *значеніе* передачи этимъ не опредѣляется (какъ въ этомъ мы уже убѣдились выше).

И французскій Code civil выражается такимъ же образомъ. Art. 1702 гласитъ: «Мѣна есть контрактъ, посредствомъ котораго стороны взаимно *передаютъ* одну вещь за другую». Здѣсь также говорится о передачѣ, но о *значеніи* ея говоритъ слѣдующій article (1703): «Мѣна совершается однимъ соглашеніемъ подобно куплѣ-продажѣ». У насъ, къ сожалѣнію, такого опредѣленія нѣтъ, это правда, но за то нѣтъ и прямаго требованія передачи, а что не требуется, безъ того можно обойтись. Значитъ, передача не существенна.

Мало помогаетъ дѣлу и указаніе Окса на залоговое право[2]), которое несомнѣнно требуетъ передачи движимости.

Я опять сошлюсь на французское право, въ которомъ самымъ благополучнымъ образомъ уживаются рядомъ передача закладываемой вещи и система соглашенія. Это и понятно: вся сущность и весь интересъ заклада въ томъ именно и состоитъ, чтобы вещь находилась въ рукахъ кредитора. Но это—спеціальная особенность только заклада, а не вещнаго права вообще[3]).

Наконецъ, идутъ доказательства изъ другихъ областей нашего права: изъ торговаго права и изъ процесса.

Такъ, Оксъ указываетъ на ст. 1949, п. 3 устава торговой несостоятельности. Теперь это—ст. 570 уст. суд. торг. Въ ней говорится: «Къ имуществу несостоятельнаго принадлежатъ

---

[1]) «...а поличное куплено, а въ книги не записано, и купчіе и поруки нѣтъ, и того у кого поимаются за поличное пытать».

[2]) Loc. cit., стр. 89, 90.

[3]) *J. Kohler*, Gesammelte Abhandlungen, отдѣльное изданіе 1883 г., Der dingliche Vertrag, S. 35.

также: . . . . п. 3) договоры, несостоятельнымъ учиненные, но съ той или другой стороны еще не исполненные. Если исполненіемъ договора имущество несостоятельнаго можетъ получить какое-либо приращеніе или предохранено быть отъ ущерба, то конкурсное управленіе приводитъ договоръ въ исполненіе; въ противномъ случаѣ, предоставляетъ сторонамъ, въ оном участвующимъ, искать на массѣ наравнѣ съ другими заимодавцами».

Такъ какъ здѣсь не дѣлается различія между договорами о выдачѣ вещи и договорами о дѣйствіи, то, по мнѣнію Окса, сюда входятъ мѣна и купля. И вотъ, смотря по выгодности, конкурсное управленіе можетъ выдать покупщику проданную вещь, а можетъ и не сдѣлать этого. Но такое отношеніе къ *чужимъ* вещамъ невозможно. Слѣдовательно, заключаетъ Оксъ, проданная вещь до передачи ея остается въ собственности продавца[1]).

Умовъ склоненъ видѣть въ ст. 570 указаніе только на обязательства по договорамъ, потому что вопросъ о переходѣ собственности подробно развивается не въ этой, а въ предыдущихъ статьяхъ, при чемъ передачѣ придается мало значенія[2]).

Я согласенъ съ этимъ положеніемъ, но только хотѣлъ бы его иначе обосновать.

Законъ говоритъ о *неисполненныхъ* договорахъ. Слѣдовательно, сюда не относятся ни такіе договоры, которые уже исполнены, ни такіе, которые, по самому существу своему, не подлежатъ исполненію. Къ послѣдней категоріи относятся, какъ я уже говорилъ выше, *вещные* договоры, устанавливающіе какое-либо вещное право, въ томъ числѣ и право собственности. Послушаемъ, что говоритъ о нихъ Экснеръ.

«Было бы безсмысленно говорить объ исполненіи вещнаго договора, такъ какъ нѣтъ ничего, что могло бы быть исполненнымъ; разъ договоръ получилъ вообще юридическую силу, тогда акцептанту нечего болѣе ждать, онъ имѣетъ уже вещное право въ силу заключенія договора»[3]).

Далѣе о значеніи передачи по *французскому* праву тотъ же авторъ говоритъ: «это общая, одинаково и на всякомъ треть-

---

[1]) Loc. cit., стр. 75.

[2]) *Умовъ*, Дареніе, стр. 181.

[3]) *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 6.

емъ лицѣ лежащая обязанность не удерживать у себя вещь собственника. Такъ какъ промиссаръ посредствомъ одного nudum pactum сдѣлался собственникомъ, то онъ можетъ въ силу своего права требовать выдачи вещи какъ отъ прежняго собственника, такъ и отъ всякаго третьяго лица посредствомъ rei vindicatio»[1]).

Совершенно иначе, конечно, стоитъ дѣло при куплѣ-продажѣ, когда право собственности пріобрѣтается только при передачѣ вещи. Тогда купля-продажа принадлежитъ къ договорамъ обязательственнымъ и, впредь до передачи вещи,—къ договорамъ неисполненнымъ.

Такимъ образомъ вопросъ, можно или нѣтъ подвести куплю-продажу подъ категорію договоровъ неисполненныхъ, а значитъ и подъ 3 п. ст. 570 уст. суд. торг., зависитъ всецѣло отъ того, какой системы,—соглашенія или передачи,—держится наше законодательство. Но вѣдь въ этомъ то и весь вопросъ. Ст. 570 п. 3 отнюдь не рѣшаетъ этого вопроса. Напротивъ, она сама, область ея примѣненія, зависитъ отъ такого или иного рѣшенія этого вопроса: напр., при первой системѣ мы подведемъ подъ нее нашу поставку, а при второй—и куплю-продажу[2]).

Далѣе, въ торговомъ правѣ Оксъ указываетъ еще на ст. 1944 (теперь ст. 565 уст. суд. торг.): «Если товары, купленные въ другихъ мѣстахъ, внутри или за границею, на счетъ несостоятельнаго, по заказу его, поступили въ его распоряженіе прежде несостоятельности, тогда они почитаются имуществомъ его; буде же придутъ они послѣ открытія несостоятельности, то они не входятъ въ составъ конкурсной массы, кромѣ того только случая, когда высылатель ихъ долженъ несостоятельному такую же сумму, какой тѣ товары стоятъ, или когда сей послѣдній, до открытія несостоятельности своей, принялъ уже вексель, данный на него высылателемъ въ суммѣ тѣхъ товаровъ».

Тутъ я сошлюсь на Умова, по мнѣнію котораго эта статья не рѣшаетъ вопроса, потому что въ ней есть постороннія соображенія; по этой статьѣ выходило бы, что право собственности переходитъ даже и не при передачѣ, а по уплатѣ цѣны или что

---

[1]) *Exner*, op. cit., S. 6, Anm. 10.

[2]) Ср. рѣшеніе Сената за 1879 г., № 283.

переходъ его зависитъ отъ наличности долговыхъ отношеній [1]).

Да и новѣйшіе защитники передачи уже не пользуются статьями о несостоятельности, очевидно, въ виду ихъ исключительности. А проф. Загоровскій прямо заявляетъ, что пользоваться ими не слѣдуетъ [2]). И мнѣ кажется, что это совершенно вѣрно.

Послѣднія доказательства Оксъ черпаетъ [3]) (это самый обстоятельный защитникъ передачи) изъ процессуальнаго права, изъ 2 ч. X т. Теперь это—т. XVI, ч. 2, законы о судопр. гражд., ст. 6 и 7 (по изд. 1892 г.).

Ст. 6 говоритъ: «къ вотчинному судопроизводству принадлежатъ: ... п. 3) споры о правѣ собственности на движимыя имущества». Ст. 7: «къ исковому судопроизводству принадлежатъ: 1) всѣ споры по исполненнымъ договорамъ и обязательствамъ»... См. и теперь: ст. 691 и 693 1 ч. X т.; ст. 29, п. 1 и ст. 349 уст. гражд. суд.

Здѣсь проводится различіе между тяжбой и искомъ. Первое обозначало иски вещные, а къ нимъ относили и споры о правѣ собственности на вещи движимыя. Второе обнимало иски личные и всѣ споры по неисполненнымъ договорамъ.

И вотъ, Оксъ говоритъ, что споры по куплѣ-продажѣ, въ случаѣ неисполненія продавцомъ своей главной обязанности, передачи вещи, должны были относиться къ исковому судопроизводству, а потому здѣсь о переходѣ права собственности при заключеніи договора и рѣчи быть не можетъ. Эти же правила дѣйствуютъ и теперь.

По поводу этого приходится повторить то же самое, что было сказано по поводу ст. 570 уст. суд. торг.: если у насъ принята система передачи, то купля-продажа можетъ быть договоромъ неисполненнымъ, и тогда она подлежала бы судопроизводству исковому; если же у насъ дѣйствуетъ система соглашенія, то купля-продажа необходимо должна быть отнесена къ тяжебному производству; но вотъ въ томъ то все и дѣло, какой системы держится нашъ законъ. Указанныя статьи этого вопроса не рѣшаютъ, а сами зависятъ отъ него.

---

[1]) *Умовъ*, Дареніе, стр. 189.
[2]) Юридич. Вѣстн., 1890, № 7 и 8, стр. 287.
[3]) Журн. гр. и уг. пр., 1874, кн. 3, стр. 74, 75.

Таковы доводы защитниковъ традиціи.

Перейдемъ теперь къ доводамъ, которые приводятся обыкновенно въ пользу противоположнаго взгляда.

Здѣсь также указывается цѣлый рядъ статей изъ нашихъ законовъ.

Обратимся прежде всего къ примѣчанію при ст. 699 1 ч. X. т.: «способы пріобрѣтенія... суть: 1) способы дарственные и безмездные, а именно: пожалованіе, выдѣлъ имущества дѣтямъ отъ родителей, даръ, духовное завѣщаніе; 2) наслѣдство; 3) способы обоюдные, каковы суть мѣна и купля; 4) договоры и обязательства».

Предполагается, что и мѣной, и куплей безъ передачи можетъ быть пріобрѣтаемо право собственности,—мнѣніе защитниковъ французской системы у насъ.

Противъ этого защитники передачи возражаютъ по существу въ томъ смыслѣ, что здѣсь рѣчь идетъ о пріобрѣтеніи правъ *вообще*, а не спеціально о правѣ собственности, а потому для системы соглашенія здѣсь поддержки нѣтъ [1]).

Однако мѣна и купля, по природѣ своей вообще, способны установлять или вещное право, право собственности, или обязательственное право.

Общность выраженія цитированнаго примѣчанія отнюдь не исключаетъ возможности предположенія, что къ мѣнѣ и куплѣ пріурочивается именно *вещный эффектъ*.

Такъ ли это въ дѣйствительности, само примѣчаніе, конечно, не говоритъ; отвѣта надо искать въ другихъ статьяхъ закона; но мы уже видѣли всѣ доводы въ пользу системы передачи. Окончательная оцѣнка ихъ будетъ возможна только по разсмотрѣніи также и всѣхъ доводовъ въ пользу обратнаго взгляда.

Такимъ образомъ хотя въ самомъ этомъ примѣчаніи *прямой* поддержки защищаемаго мною взгляда и нѣтъ, но за то и противорѣчія ему также нѣтъ,—это признаетъ даже г. Оксъ [2]) —а для насъ уже и это важно.

Кромѣ того, проф. Загоровскій приводитъ и формальныя

---

[1]) *Оксъ*, Журн. гр. и уг. пр., 1874, кн. 3, стр. 72. *Загоровскій*, Юр. В., 1890, № 7 и 8, стр. 288, 289.

[2]) Въ цитиров. журналѣ, стр. 73.

возраженія противъ примѣчанія къ ст. 699: примѣчанія не суть законы, а потому ихъ въ разсчетъ принимать нельзя [1]).

Дѣйствительно, въ Обозрѣніи историческихъ свѣдѣній о Сводѣ законовъ (стр. 166, 167) высказывается такая мысль, но вѣдь тамъ же говорится, что примѣчанія «могутъ быть полезны къ лучшему уразумѣнію закона», а въ данномъ случаѣ намъ вѣдь это только и нужно.

Съ другой стороны, г. Оксъ хочетъ обезцѣнить наше примѣчаніе указаніемъ на то, что оно, не имѣя подъ собою цитатъ, является просто логическимъ обобщеніемъ, при чемъ не проводится чрезъ систему закона и чуждо духу его.

Однако уже г. Умовъ опровергъ эти упреки [2]): если логическое обобщеніе сознательно вводится въ систему, то мы *должны* привести его въ связь съ нею, и послѣднія двѣ книги 1 ч. X т. написаны дѣйствительно по указанной схемѣ, а потому она совсѣмъ не чужда нашему закону.

А вѣдь оспаривать, что 1 ч. X т. слѣдуетъ французскому Code civil въ общей системѣ своей, кажется, нельзя. Подражаніе констатируютъ многіе изъ нашихъ ученыхъ [3]).

Но, правда, эти аргументы служатъ во всякомъ случаѣ не болѣе, какъ лишь *косвенной* поддержкой для нашей теоріи.

Если же искать въ 1 ч. X т. *прямаго* отвѣта на вопросъ, *какъ пріобрѣтаются* движимыя вещи, то слѣдутъ обратиться къ ст. 711, которая прямо заявляетъ, что движимыя имущества *пріобрѣтаются* «по однимъ словеснымъ договорамъ и соглашеніямъ».

Однако г. Юреневъ видитъ въ этой статьѣ указаніе лишь на *форму* соглашенія, а не на способъ пріобрѣтенія [4]).

Конечно, если пользоваться только буквальнымъ толкованіемъ, то статья эта можетъ допустить и это послѣднее объясненіе.

---

[1]) Въ цитир. статьѣ, стр. 288, 289.

[2]) Дареніе, стр. 178, 179.

[3]) Проф. *Владимірскій-Будановъ*, Обзоръ исторіи русск. права, 3 изд., 1900, стр. 288. *Умовъ*, Дареніе, стр. 150. Г. *Нечаевъ*, Энциклопедич. Словарь Брокгауза, кн. 33, стр. 41. Проф. *Дювернуа*, Пособіе къ лекціямъ, часть особ., вып. I, 1899, стр. 109. Такъ и г. *Зжирловъ*.

[4]) Журн. гр. и уг. пр., 1881, кн. 5, стр. 133.

Но я опять подчеркиваю, что отнюдь ничего нѣтъ невозможнаго и въ первомъ объясненіи этой статьи.

Для того же, чтобы рѣшить этотъ вопросъ основательно и убѣдительно, необходимо привести ст. 711 въ связь съ общимъ ученіемъ 1 ч. X т. о пріобрѣтеніи правъ.

Въ началѣ этого параграфа я уже постарался это сдѣлать,— насколько удачно, судить, конечно, не мнѣ, но во всякомъ случаѣ несомнѣнно то, что только такимъ путемъ и возможно прійти къ правильному освѣщенію и уразумѣнію отдѣльныхъ статей и иногда случайныхъ выраженій закона.

Съ установленной же мною точки зрѣнія, ст. 711 указываетъ именно на *способъ пріобрѣтенія*, и только попутно указывается *форма* соглашенія.

Затѣмъ ссылаются на ст. 1513 и 1514 1 ч. X т. Умовъ [1]) видитъ здѣсь вполнѣ ясное доказательство системы соглашенія. Г. Змирловъ [2]) того же мнѣнія, такъ какъ иначе принужденіе продавца къ передачѣ не могло бы имѣть мѣста: это было бы насиліемъ надъ собственностью продавца; принужденіе же покупщика къ принятію было бы нецѣлесообразностью.

Съ такою же рѣшительностью г. Оксъ отвергаетъ приведенное объясненіе и видитъ здѣсь *понудительное исполненіе* обязательства. Онъ говоритъ: «понудительное исполненіе, о которомъ говорятъ ст. 1513—1522, по своему существу примѣняется въ отношеніяхъ личныхъ, договорныхъ и чуждо отношеній, обусловливаемыхъ правомъ собственности».

«Если бы покупщикъ пріобрѣталъ силою договора право собственности, то ему нечего было бы просить объ исполненіи договора; ему бы слѣдовало виндицировать» [3])...

И въ другомъ мѣстѣ: «ст. 1514 и 1522, устанавливая понудительное исполненіе договора купли-продажи движимости, тѣмъ самымъ исключаютъ предположеніе о томъ, что русское право усвоило значеніе купли-продажи, принятое французскимъ правомъ» [4]).

---

[1]) Дареніе, стр. 163.

[2]) Журн. гр. и уг. пр., 1882, кн. 3, стр. 50.

[3]) Оксъ, «Виндикація», стр. 84, 85.

[4]) Ibid., стр. 82. См. и мнѣніе г. *Юренева*, Журн. гр. и уг. пр., 1881, кн. 5, стр. 131, а также г. *Змирлова*, Журн. гр. и уг. пр., 1882, кн. 3, стр. 45.

Однако если мы посмотримъ на законодательства Западной Европы и даже Сѣверной Америки, то увидимъ, что всѣ они, хотя и въ различной мѣрѣ, знаютъ институтъ понудительнаго исполненія и что даже институтъ этотъ съ теченіемъ времени все больше и больше развивается [1]).

Примѣняется понудительное исполненіе обязательствъ и въ нашей судебной практикѣ.

См., напр., рѣш. Сената за 1880 г., № 118 [2]). Это—на основаніи ст. 569, 570 и 1513 1 ч. X т., а также ст. 1210 и 1211 уст. гражд. суд. Но правильно-ли это? Дѣйствительно-ли нашъ законъ даетъ на это право? Мнѣ кажется, что правильно.

Но только я положительно утверждаю и настаиваю при этомъ, что понудительное исполненіе отнюдь не исключаетъ возможности дѣйствія у насъ въ то же время системы соглашенія.

И доказательствомъ этому служитъ опять-таки само же французское право. Оно держится системы соглашенія, и въ то же время въ Code civil помѣщенъ art. 1610 слѣдующаго содержанія: «если продавецъ не совершитъ передачи въ условленное между сторонами время, то покупщикъ можетъ, по своему выбору, требовать или уничтоженія сдѣлки продажи, или передачи ему самой вещи (sa mise en possession: ввода его во владѣніе), если опозданіе произошло по винѣ самого продавца».

Code civil содержитъ art. 1136, по которому обязательство или договоръ о *dare* заключаетъ въ себѣ обязанность передать вещь и сохранять ее до передачи подъ страхомъ уплаты убытковъ.

Демоломбъ [3]) и Лоранъ [4]) объясняютъ эту статью также въ смыслѣ допущенія понудительнаго исполненія обязательствъ, направленныхъ на *dare*. Допускается понудительное исполненіе также въ Италіи, а тамъ тоже дѣйствуетъ система соглашенія.

Такимъ образомъ, система соглашенія и понудительное ис-

---

[1]) См. Объяснит. зап. къ нашему проекту обязательствъ, т. I, ст. 196 и мотивы къ ней. Очевидно, жизнь этого требуетъ. Поэтому я не согласенъ съ отзывомъ г. *Зѣкрлова* объ этомъ институтѣ.

[2]) Другія указанія — у г. *Боровиковскаго* «Законы гражданскіе», при ст. 570.

[3]) Cours de Code Napoleon, Paris, 1868, t. 24, n. 399, 400.

[4]) Principes, Paris, 1893, t. 16, n. 194—196.

полненіе совершенно благополучно уживаются рядомъ, не исключая другъ друга. Да это и понятно. Купля-продажа французскаго права, кромѣ вещнаго эффекта, перенесенія права собственности, налагаетъ еще и обязательства:-- на продавца: 1) передать вещь, 2) отвѣчать за evictio;—на покупщика: 1) принять вещь, 2) уплатить цѣну вещи. Это сдѣлка сложная [1]). И вотъ на первую обязанность какъ продавца, такъ и покупщика, и можетъ быть направлено понужденіе. Въ результатѣ получится переходъ вещи изъ владѣнія одного лица во владѣніе другаго. Система традиціи именно съ этимъ пріобрѣтеніемъ владѣнія покупщикомъ связываетъ и переходъ права собственности, а система соглашенія ограничивается однимъ владѣніемъ: право собственности переходитъ раньше, въ моментъ заключенія договора.

Вотъ въ такомъ именно смыслѣ мнѣ кажется правильнымъ мнѣніе проф. Загоровскаго (хотя онъ и держится противоположнаго взгляда): «очевидно, что въ статьяхъ этихъ (1513, 1514, 1519) идетъ рѣчь не о вещной, а объ обязательственной сторонѣ договора продажи» [2]).

Поэтому покупщикъ имѣетъ не только виндикаціонный искъ, но и искъ личный, основанный на обязательственномъ элементѣ купли-продажи.

Итакъ, я—за понудительное исполненіе, подобно г. Оксу, но только придаю ему совершенно другое значеніе: поддержкой для системы передачи оно не служитъ, потому что отнюдь не исключаетъ системы соглашенія; но послѣднюю, правда, оно тоже не поддерживаетъ: обѣ равно возможны.

Наконецъ, въ пользу системы соглашенія приводятся ст. 634—636 уст. торговаго. Въ этихъ статьяхъ пространно и подробно говорится о составленіи и содержаніи маклерскихъ записокъ о куплѣ-продажѣ, и при этомъ—ни слова о передачѣ, несмотря на всю пространность этихъ статей! А между тѣмъ, вѣдь, съ какой стати самому взваливать на себя различныя требованія? Вотъ въ данномъ случаѣ понадобилась особая письменная форма, и законъ сейчасъ же ее подробно описалъ, и, конечно, никто не станетъ оспаривать ея необходимость. Такъ

---

[1]) *Kohler*, Gesammelte Abhandl., особ. изд. 1883 г., Der dingliche Vertrag, S. 30.

[2]) Цитир. статья, стр. 289.

должна быть спеціально и прямо предписана и передача: вѣдь это тоже особый реквизитъ, самъ собою изъ природы вещей не вытекающій [1]). А гдѣ она предписана? Мы видѣли только упоминанія о ней, но это, какъ ясно показываетъ сравненіе съ французскимъ правомъ, совсѣмъ не доказываетъ ея необходимости и значенія, какъ способа пріобрѣтенія права собственности.

Съ другой же стороны, мы видѣли даже и положительныя указанія на систему соглашенія. А это уже очень много: для установленія системы соглашенія достаточно, собственно говоря, только *умолчать* о необходимости передачи [2]).

Теперь я постараюсь выдвинуть еще одинъ доводъ въ пользу защищаемаго мною взгляда, именно—сравнить тѣ *конечные результаты*, къ которымъ приводитъ та и другая система. Для этого надо разсмотрѣть понятіе, взаимное соотношеніе и размѣщеніе въ 1 ч. X т. трехъ сдѣлокъ: купли-продажи, запродажи и поставки.

Finis coronat opus: по результатамъ судятъ о каждомъ дѣлѣ!

Разсмотримъ же эти розультаты и для начала допустимъ, что у насъ въ самомъ дѣлѣ дѣйствуетъ система передачи. Что тогда получится? Это очень ярко изображаетъ проф. Шершеневичъ [3]). Тогда какъ на Западѣ извѣстна только одна купля-продажа, у насъ она разбита, говоритъ профессоръ, на три вида «*по едва уловимымъ признакамъ*». Здѣсь нѣтъ «*юридическихъ признаковъ различія*». Здѣсь—смѣшеніе понятій! Что же касается, въ частности, запродажи, то она оказывается по мнѣнію (совершенно справедливому, съ точки зрѣнія системы передачи) того же профессора, совершенно излишнею. Она имѣла бы смыслъ, если бы право собственности переходило по одному соглашенію, чего однако у насъ нѣтъ.

---

[1]) Противъ этого проф. *Шершеневича*, въ Учебникѣ русск. гражд. пр., стр. 245: «Договору, по существу его, чуждо установленіе вещной связи». Но, вѣдь, это противорѣчить фактамъ: еще въ Римѣ договоромъ устанавливались сервитуты (хотя это и спорно); у французовъ — устанавливается право собственности (это беспорно).

[2]) О необходимости положительнаго требованія передачи говоритъ и г. *Васьковскій* въ Учебникѣ гражд. пр., вып. 2, стр. 138.

[3]) Учебникъ рус. гражд. права, стр. 452, 454.

Картина, конечно, безотрадная.

Теперь допустимъ, наоборотъ, что у насъ принята система соглашенія. Что получится теперь? По моему, сдѣлки разграничатся слѣдующимъ образомъ.

Для купли-продажи—вещи, индивидуально опредѣленныя и состоящія въ собственности продавца; право собственности переходитъ при соглашеніи. Для поставки—вещи, опредѣленныя только по роду, генерическія; право собственности поставщика безразлично [1]); пріобрѣтатель же дѣлается собственникомъ только при передачѣ вещи.

Запродажа—договоръ о заключеніи впослѣдствіи договора купли-продажи, pactum de pacto contrahendo, имѣющій полный raison d'être, какъ это признаетъ и проф. Шершеневичъ.—Различіе ясное и опредѣленное. Здѣсь уже нельзя говорить о смѣшеніи понятій.

Уже одно это сопоставленіе результатовъ принятія системы передачи говоритъ прямо противъ нея. И такъ какъ это соображеніе—*систематическаго* толкованія, а теорія передачи держится исключительно на *буквальномъ* толкованіи, то не остается сомнѣнія, что перевѣсъ долженъ быть признанъ за системой соглашенія: легче пожертвовать отдѣльными (неудачными) выраженіями закона, чѣмъ признать цѣлую сдѣлку (цѣлый рядъ статей о запродажѣ) совершенно излишнею и констатировать почти *полную неразличимость цѣлыхъ трехъ сдѣлокъ и вообще признать* смѣшеніе понятій. И это тѣмъ болѣе вѣрно и прямо необходимо, что въ данномъ случаѣ эта жертва очень мала и легка: изъ того, что *уже* сказано, мы видѣли и,—смѣю думать,—убѣдились, что, во 1-хъ, всѣ статьи, якобы проводящія систему передачи, безъ всякихъ натяжекъ приноравливаются и къ системѣ соглашенія, а во 2-хъ, имѣются и положительныя доказательства въ пользу послѣдней; изъ того же, что *будетъ* сказано, мы, надѣюсь, убѣдимся, что предлагаемое понятіе и характеристическія черты разбираемыхъ сдѣлокъ или прямо выражены въ законѣ, или необходимо вытекаютъ изъ тѣхъ общихъ положеній, которыя лежатъ въ основѣ изучаемыхъ нами сдѣлокъ.

---

[1]) Эти признаки отвергаетъ г. *Рихтеръ* (Жур. гр. и уг. пр., 1881, кн. 5, стр. 139 и сл.), но его толкованіе основывается исключительно на буквѣ закона.

Итакъ, разсмотримъ эти три сдѣлки въ ихъ подробностяхъ.

Я уже указывалъ, что не только общая система 1 ч. X т. очень сходна съ системой французскаго кодекса, какъ это констатируютъ очень многіе изъ нашихъ ученыхъ, но и въ частности при выработкѣ нормъ о куплѣ-продажѣ, редакторы нашего Свода должны были, по инструкціи Сперанскаго, слѣдовать тому же французскому образцу [1]). Для насъ важно, что этотъ послѣдній держится системы соглашенія. Но, кромѣ этого, есть еще и другія интересныя для насъ замѣчанія Сперанскаго въ его объяснительной запискѣ. Къ нимъ мы прежде всего и обратимся.

Тамъ, напр., говорится: «распоряженіе имуществомъ бываетъ двояко: 1) совершенное отчужденіе; 2) отдача въ наймы, въ оброкъ, въ содержаніе».

Изъ этого сопоставленія видно, что 2-ой пунктъ обнимаетъ собою *не совершенное* отчужденіе.

При этомъ къ 1-му пункту отнесена вся 3 книга 1 ч. X т., а ко 2-му п.—4-я книга. Такимъ образомъ изъ нашихъ трехъ сдѣлокъ купля-продажа считается способомъ *совершеннаго* отчужденія, а, напр., поставка—*не совершеннаго*. Въ чемъ же именно эта разница? Вѣдь и при поставкѣ вещь въ концѣ-концовъ переходитъ въ собственность пріобрѣтателя, т. е. отчуждается «*совершенно*», и тѣмъ не менѣе поставка не отнесена къ категоріи способовъ совершеннаго отчужденія. При системѣ передачи, этотъ вопросъ, какъ мнѣ кажется, разрѣшить нельзя. При системѣ же соглашенія отвѣтъ вполнѣ ясенъ: поставка даетъ только обязательственное право на вещь, а купля-продажа даетъ вещное право, право собственности на нее; поэтому тамъ отчужденіе не совершенное: нужна еще передача, а здѣсь отчужденіе совершенное: никакія прибавки не нужны.

Далѣе Сперанскій говоритъ: «должно отличать договоръ о продажѣ или запродажный договоръ отъ самой продажи; запродажный договоръ производитъ обязательство продать въ извѣстный срокъ и на извѣстныхъ условіяхъ. Продажа, напротивъ,

---

[1]) Объяснительная записка гр. Сперанскаго о содержаніи и расположеніи Свода Законовъ Гражданскихъ, Архивъ историч. и практич. свѣдѣній: относящихся до Россіи, изд. *Калачова*, кн. 2, 1859, «О куплѣ», стр. 21, «имѣть въ виду Titre sixième du Code civil, начиная съ art. 1582». — Это очень важное указаніе.

есть дѣйствіе, factum, основанное на согласіи,... она не производитъ обязательства, но есть или совершеніе, или свидѣтельство состоявшагося уже и вступившаго въ исполненіе обязательства».

Здѣсь прямо заявляется, что купля-продажа не производитъ обязательства. Это относится *очевидно* къ самому процессу переусвоенія имущества, и только къ нему, потому что не сталъ же бы Сперанскій отрицать обязательственныя отношенія изъ купли-продажи по уплатѣ цѣны, по отвѣтственности за эвикцію и т. п. Слѣдовательно, купля продажа не есть *обязательство* передать право собственности, купля-продажа *сама* производитъ эту передачу, т. е., скажемъ мы, купля-продажа есть *вещный* договоръ, а не обязательственный.

Это вполнѣ гармонируетъ съ причисленіемъ ея къ способамъ «*совершеннаго*» отчужденія. Съ другой же стороны, запродажа производитъ не болѣе, какъ обязательство. Это и понятно.

Съ изложеннымъ въ Объяснительной запискѣ вполнѣ совпадаетъ и дѣйствительное систематическое расположеніе всѣхъ трехъ разсматриваемыхъ нами сдѣлокъ. Въ самомъ дѣлѣ, единое понятіе купли-продажи разбито у насъ на три части. Казалось бы, естественнѣе всего помѣстить ихъ рядомъ въ одной и той же книгѣ 1 ч. X т., и, держись наше законодательство системы передачи, это такъ и случилось бы, ибо какой смыслъ разъединять по существу своему одинаковыя (обязательственныя) сдѣлки? Для этого нѣтъ никакого резона. И именно всѣ ихъ слѣдовало бы помѣстить въ 4-ой книгѣ, трактующей объ обязательствахъ изъ договоровъ. Но на дѣлѣ поступили иначе: поставку и запродажу отнесли къ обязательствамъ, а куплю-продажу выдѣлили изъ ихъ общества и помѣстили въ 3-ьей книгѣ, имѣющей своимъ предметомъ отношенія болѣе сложныя, чѣмъ чисто обязательственныя отношенія 4-ой книги, а именно—отношенія «*совершеннаго*» отчужденія. Положимъ, поставку и куплю-продажу сравнительно, можетъ быть, легче разъединить, но о запродажѣ самое умѣстное было бы повести рѣчь именно при куплѣ-продажѣ. Однако ничего этого не случилось, а все наоборотъ: и единое понятіе купли-продажи раздѣлено на три вида, и всѣ эти разновидности размѣщены въ двухъ книгахъ довольно своеобразно, и эта своеобразность не ограничивается однимъ выдѣленіемъ купли-продажи изъ общества поставки и запро-

дажи, но осложняется еще тѣмъ, что именно въ одной книгѣ съ куплей-продажей помѣщены также мѣна и дареніе, которыя по французскому праву совершенно подобны куплѣ-продажѣ по своему *вещному* дѣйствію, т. е. по перенесенію права собственности въ моментъ соглашенія. Удивительное совпаденіе!

Съ точки зрѣнія теоріи передачи, все это или случилось совершенно случайно, или не имѣетъ никакого особаго смысла. Съ точки же зрѣнія системы соглашенія, все это логично, гармонично и понятно. Изъ двухъ же объясненій одного и того же явленія приводящее къ безсмыслицѣ всегда устраняется, а приводящее къ цѣлесообразности принимается. Здѣсь такою является система соглашенія; она и должна быть принята.

Однако проф. Загоровскій полагаетъ, что Объяснительная записка, наоборотъ, держится именно системы традиціи. Въ запискѣ, между прочимъ, говорится: «второй видъ пользованія относится къ движимымъ имуществамъ (первый касается недвижимыхъ), когда пользованіе соединено съ предшествующимъ укрѣпленіемъ, съ правомъ собственности. Въ семъ видѣ оно, такъ же, какъ и владѣніе, не составляетъ особаго права, но есть послѣдствіе самаго укрѣпленія. Сіе послѣдствіе совершается передачею (traditio) и значитъ то же, что и укрѣпленіе»[1]).

Я утверждаю, наоборотъ, что эти слова не только не опровергаютъ, но даже прямо подтверждаютъ защищаемую мною теорію и, въ частности,— мое объясненіе «укрѣпленія». Въ самомъ дѣлѣ, здѣсь рѣчь идетъ о той категоріи явленій, когда собственникъ является въ то же время и пользователемъ вещи. Объ этомъ пользованіи именно говорится, что оно, какъ и владѣніе, не будучи особымъ правомъ, достигается передачей; передача же въ этомъ случаѣ есть не что иное, какъ укрѣпленіе.

Развѣ это не то же самое, что говорилъ выше я: укрѣпленіе, совершаемое передачей, не служитъ источникомъ правъ, а лишь приспособляетъ факты къ праву?

Но, можетъ быть, возможно и другое объясненіе вопроса о такомъ, а не иномъ распредѣленіи нашихъ трехъ сдѣлокъ въ двухъ книгахъ. Можетъ быть, кто-нибудь скажетъ: куплю-продажа выдѣлена изъ общества поставки и запродажи не потому, что она имѣетъ вещный характеръ, тогда какъ послѣднія явля-

---

[1]) Юрид. Вѣстн., 1890, № 7 и 8, стр. 287, 288.

ются, по существу, обязательствами, а потому, что поставка и запродажа, да и вообще всѣ сдѣлки 4-ой книги, являются договорами, а купля-продажа, по мнѣнію Сперанскаго, не есть договоръ; слѣдовательно, ей и не мѣсто въ 4-ой книгѣ 1 ч. X т.

Противъ этого можно возразить, что вѣдь и въ 3-ьей книгѣ имѣютъ мѣсто сдѣлки несомнѣнно договорнаго характера. Такъ, о дареніи ст. 973 говоритъ, что «даръ почитается недѣйствительнымъ, когда отъ него отречется тотъ, кому оный назначенъ». Такимъ же несомнѣнно договорнымъ характеромъ отличается и мѣна, такъ какъ, по ст. 1379, «мѣна движимыхъ имуществъ оставляется на волю и взаимное согласіе ихъ хозяевъ».

Кромѣ того (замѣтимъ кстати), мнѣ даже кажется, что Сперанскій, собственно говоря, и не отрицаетъ договорной природы купли-продажи, какъ это принято думать [1]). Въ самомъ дѣлѣ, Сперанскій, какъ мы видѣли, говоритъ: «продажа... есть дѣйствіе... основанное на согласіи». Или: «у нихъ (у французовъ) купля есть договоръ, а у насъ—послѣдствіе состоявшагося соглашенія». Въ основѣ купли-продажи лежитъ такимъ образомъ всегда «*согласіе*», «*соглашеніе*», т. е. договоръ, а уже самая купля-продажа есть *послѣдствіе* этого договора.

Различіе между этой конструкціей и господствующей теперь—въ томъ, что мы главное вниманіе обращаемъ на причину, а Сперанскій—на послѣдствіе ея. Мы говоримъ: купля-продажа есть договоръ о переходѣ права собственности, а Сперанскій говоритъ: купля-продажа есть переходъ права собственности, основанный на договорѣ. Принципіальной разницы здѣсь нѣтъ совсѣмъ, и только неудачное выраженіе мысли Сперанскаго подаетъ поводъ къ недоразумѣніямъ [2]).

Такимъ образомъ главной и единственной причиной, такъ сказать, выселенія купли-продажи изъ 4-ой книги служитъ то, что она есть договоръ вещный, а не обязательственный, 4-ая же книга говоритъ объ обязательствахъ.

---

[1]) *Любавскій*, Юридическія монографіи и изслѣдованія, т. III, стр. 84—86.

[2]) Недоразумѣніе вызвано, кажется, въ значительной степени не сущностью дѣла, а обычнымъ смѣшеніемъ понятій договора и обязательства. И наши законы называютъ куплю-продажу *договоромъ*; таковы статьи 1490 и 1514 1 ч. X т.; но это, конечно, не превращаетъ ее въ обязательство.

Это—все, что касается систематическаго положенія нашихъ трехъ сдѣлокъ. Теперь надо разсмотрѣть характеристическія особенности каждой изъ нихъ въ отдѣльности.

Разсмотримъ сначала запродажу, какъ наименѣе возбуждающую сомнѣнія [1]).

Запродажа въ нашемъ законодательствѣ сравнительно поздняго происхожденія. По свидѣтельству г. Змирлова [2]), впервые упоминается о ней у насъ въ 1773 г. относительно недвижимости и въ 1782 г.—относительно движимости (уст. благочинія, ст. 179 [3]). Изъ этихъ и немногихъ послѣдующихъ узаконеній и составился матеріалъ для соотвѣтствующихъ статей 1 ч. X тома.

Что для запродажи требуется индивидуальная опредѣленность вещи, согласно ст. 1686 1 ч. X т., противъ этого, кажется, никто не споритъ.

Безспорно также и то, что запродажа производитъ только обязательственное отношеніе.

Но возбуждаетъ сомнѣнія вопросъ о томъ, можно-ли запродавать *чужія* вещи. Ст. 1682 1 ч. X т. говоритъ, между прочимъ: «*свое*» имущество.

Изъ этого г. Змирловъ заключаетъ, что запродающій долженъ быть собственникомъ объекта сдѣлки [4]).

Противъ этого г. Ильяшенко замѣчаетъ, что ст. 1682 позднято происхожденія: ея не было даже и въ Сводѣ 1842 года [5]).

Такимъ образомъ до 50-хъ годовъ было безусловно можно запродавать чужія вещи. Кромѣ того, этотъ реквизитъ противорѣчилъ-бы самому понятію запродажи, какъ сдѣлки обязательственной.

На дѣлѣ она главное значеніе только и имѣетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда запродающій не имѣетъ права собственности на предметъ сдѣлки.

---

[1]) О запродажѣ см. *Ильяшенко*, «Договоръ запродажи съ точки зрѣнія будущаго гражданскаго уложенія». Жур. гр. и уг. пр., 1889, кн. 5.

[2]) Жур. гр. и уг. пр., 1882, кн. 3, стр. 55.

[3]) Однако см. *Ильяшенко*, loc. cit., стр. 17—19 и 22, 23: и въ этомъ законѣ рѣчь идетъ собственно о недвижимыхъ имуществахъ.

[4]) Loc. cit., стр. 57.

[5]) Loc. cit., стр. 42.

Въ виду всего этого не слѣдуетъ придавать неосторожному и запоздалому намеку закона такого большаго значенія. Надо признать правильнымъ мнѣніе г. Ильяшенко, поддерживаемое также гг. Юреневымъ[1]), Рихтеромъ[2]) и проф. Шершеневичемъ[3]), что для запродажи пригодны и чужія вещи: отдѣльное слово должно уступить передъ сущностью сдѣлки.

Сравнимъ теперь поставку и куплю-продажу. Поставка—договоръ несомнѣнно обязательственный: она помѣщена въ книгѣ «О обязательствахъ»; предметомъ служатъ res in genere (ст. 1737: «извѣстнаго рода вещи», ст. 1738: «поставка матеріаловъ, припасовъ и вещей»); въ зависимости отъ этого не требуется,—потому что и не можетъ требоваться,—чтобы поставщикъ былъ собственникомъ отчуждаемой вещи. А изъ всего этого вытекаетъ, что пріобрѣтатель получаетъ право собственности только при передачѣ вещи или въ тотъ моментъ, когда объектъ договора индивидуализируется: это существенно необходимо для установленія права собственности. Такъ какъ, далѣе, по ст. 1737 1 ч. X т., за поставку вещей другая сторона обязывается «учинить денежный платежъ», то необходимо признать, что поставка есть купля-продажа (въ широкомъ смыслѣ), но только ограниченная генерическими вещами; res in specie стоятъ внѣ ея области. Проф. Цитовичъ кратко и мѣтко формулируетъ это такъ: «покупка in genere есть поставка»[4]).

Чѣмъ же отличается купля-продажа отъ поставки? Только объектомъ? Т. е. для поставки—res in genere, для купли-продажи—res in specie, а всѣ правоотношенія (эта сердцевина каждой сдѣлки) совершенно одинаковы и тамъ, и здѣсь, т. е. обязательственныя? Такъ склонна думать теорія передачи.

Однако одного различія въ предметѣ было бы слишкомъ мало для раздѣленія единой сдѣлки на двѣ: одно различіе объекта совсѣмъ не вызываетъ этого раздѣленія, и, какъ извѣстно, ни одинъ кодексъ, проводящій систему традиціи, не дѣлаетъ такого раздѣленія.

Исключеніемъ является, въ нѣкоромъ родѣ, прусскій ланд-

---

[1]) Жур. гр. и уг. пр., 1881, кн. 5, стр. 127.

[2]) Ibid. стр. 141.

[3]) Учебникъ рус. гр. пр., стр. 452.

[4]) *Цитовичъ*, Обязательства по рус. гражд. праву, 1894, стр. 51.

рехтъ (I, 11, § 981), но и тотъ выдѣлилъ поставку въ особую сдѣлку совсѣмъ по другой причинѣ: поставку отъ купли-продажи долженъ былъ отличать *трудовой элементъ*, а не различіе объекта, такъ что, по ученію Suarez'a, каждая поставка проходила, такъ сказать, двѣ стадіи: *до* исполненія это—contractus facio ut des, а *послѣ* исполненія это—купля-продажа[1]).

Можетъ быть, то же самое имѣетъ мѣсто и у насъ?

Къ такой мысли подаетъ поводъ даже и нашъ законъ: онъ говоритъ о подрядахъ и поставкахъ вмѣстѣ, сближаетъ ихъ, а подрядъ характеризуется именно трудовымъ элементомъ.

И въ нашей литературѣ Неволинъ[2]) поставку считаетъ разновидностью подряда и въ послѣднемъ отыскиваетъ характеристическія черты для различенія поставки и купли-продажи.

Также и г. Побѣдоносцевъ не различаетъ понятій поставки и подряда, такъ какъ они слиты въ законѣ[3]). А г. Пахманъ прямо говоритъ: «При поставкѣ существеннымъ признакомъ является оказаніе услугъ по доставленію вещи. При куплѣ-продажѣ этого нѣтъ»[4]).

Ту же идею проводитъ и г. Рихтеръ, утверждая, что предметомъ поставки служитъ предпріятіе, чѣмъ она и отличается отъ купли-продажи[5]). Онъ констатируетъ много примѣровъ смѣшенія въ законѣ понятій подряда и поставки.

Однако, что касается нашего *закона*, то указанное сближеніе является только кажущимся. Такимъ же образомъ нашъ законъ «*сближаетъ*» заемъ и ссуду имуществъ, говоря о нихъ въ одной и той же главѣ. Но кто же станетъ утверждать, что нашъ законъ смѣшиваетъ эти сдѣлки и не дѣлаетъ между ними различія?

Очевидно, слѣдуетъ признать, что помѣщеніе двухъ сдѣлокъ въ одну главу и совмѣстная регулировка ихъ отнюдь не имѣютъ *въ нашей системѣ* значенія сліянія и обезразличенія этихъ сдѣлокъ; ужъ скорѣе наоборотъ: одна сдѣлка оттѣняется отъ другой.

---

[1]) *Koch*, Allgem. Landrecht für die Preussischen Staaten, 8 Aufl. 1884, Bd. I, § 978, Anm. 74.

[2]) Исторія россійскихъ гражд. законовъ, т. II, стр. 119.

[3]) Курсъ гражданскаго права, ч. III, 1896, стр. 424 слѣд.

[4]) Журн. гражд. и угол. права, 1881, кн. 6, стр. 166.

[5]) Ibid., стр. 146.

Такова особенность нашей системы въ *данномъ* отношеніи.

Итакъ, мысль о сліяніи нашимъ закономъ понятій подряда и поставки слѣдуетъ признать сомнительной.

Одно уже существованіе въ томъ же самомъ законѣ, а также и въ жизни, этихъ двухъ названій указываетъ, по мнѣнію г. Гордона[1]), на различіе этихъ сдѣлокъ. Но если бы даже и признать наличность сліянія, то во всякомъ случаѣ, по мнѣнію того же юриста, возводить погрѣшности закона въ принципъ нельзя, такъ какъ для насъ обязательны только *постановленія* закона, а не его *понятія*, а потому, если законъ называетъ одну сдѣлку именемъ другой, мы не обязаны этому слѣдовать.

Но разсмотримъ поближе поставку Прусскаго Ландрехта. Тамъ она, какъ было уже указано, несмотря на дѣйствіе системы традиціи, выдѣляется въ особую сдѣлку, и это дѣлается въ виду якобы присущаго ей трудоваго элемента. Такъ, § 981 (L. R., I, § 11) говоритъ: «кто обязывается за извѣстную цѣну доставить (verschaffen) другому извѣстную вещь, тотъ называется поставщикомъ (Lieferant)».

Другихъ примѣровъ и основаній выдѣленія нѣтъ.

Однако эта идея теоретически совершенно неосновательна. Извѣстно, сколько безполезныхъ и напрасныхъ хлопотъ причинило прусской цивилистикѣ и судебной практикѣ это отдѣльное существованіе поставки.

Одинъ изъ лучшихъ комментаторовъ прусскаго законодательства, Кохъ[2]), прямо говоритъ, что обязанностью поставщика служитъ *dare*, а не *facere*, а потому и поставка, по существу своему, есть купля-продажа; помѣщеніе же поставки среди договоровъ о дѣйствіяхъ есть ошибка, признанная почти всѣми.

Конечно, продолжаетъ тотъ же авторъ, доставка (Verschaffen) есть дѣйствіе, но оно совершается поставщикомъ не для заказчика, а для себя, чтобы быть въ состояніи исполнить договоръ. Какъ, когда и откуда добывается вещь, это не касается правъ заказчика, если онъ въ концѣ концовъ получаетъ то, что̀ условлено[3]).

---

[1]) Жур. гр. и уг. пр., 1881, кн. 6, стр. 157, 158.

[2]) Allgem. Landrecht f. die Preussischen Staaten, Bd. I, S. 978, Anm. 74.

[3]) Ср. и мнѣніе г. *Змирлова* о предпріятельскомъ характерѣ поставки, Жур. гр. и уг. пр., 1882, кн. 3, стр. 68.

Въ виду этого справедливаго соображенія, въ послѣднее время, какъ свидѣтельствуетъ Фёрстеръ[1]), изслѣдователи начали отказываться отъ трудоваго элемента (Verschaffung), какъ характеристическаго признака поставки, обращаясь къ объекту ея, хотя законъ и не даетъ для этого опоры. Объектомъ поставки, говорятъ, служатъ товары in genere. Но здѣсь новое затрудненіе: чѣмъ отличить тогда поставку отъ купли-продажи замѣнимыхъ вещей? Тогда писатели Общаго права начали указывать на срокъ, какъ на отличительный признакъ. Но въ такомъ случаѣ чѣмъ отличается поставка отъ купли-продажи на срокъ?

Словомъ, затрудненіямъ нѣтъ конца, а такъ какъ вопросъ рѣшить все-таки необходимо, то и образовалась цѣлая масса несогласныхъ между собою теорій[2]).

И все это потому, что нѣтъ опредѣленныхъ характеристическихъ признаковъ, которые отличали бы поставку отъ купли-продажи, какъ это констатировала и прусская судебная практика[3]).

Въ виду этого уже коммисія по составленію германскаго торговаго уложенія 1861 года вполнѣ правильно признала совершенно излишними особыя нормы для поставки, отличающіяся отъ нормъ регулирующихъ куплю-продажу.

§ 338 говоритъ: «правилами о куплѣ-продажѣ должны регулироваться и тѣ торговыя сдѣлки, предметомъ которыхъ является поставка количества замѣнимыхъ вещей за опредѣленную цѣну».

Съ появленіемъ этой статьи поставка Прусскаго Ландрехта прекратила свое существованіе для общегерманскаго торговаго права.

Германская наука также относится къ поставкѣ, какъ особой сдѣлкѣ, отрицательно[4]).

Такимъ образомъ, въ концѣ концовъ, нельзя сказать, чтобы изъ нашего *закона* вытекала *необходимость* признать у

---

[1]) Preussisches Privatrecht, 1896, Bd. II, S. 97 ff.

[2]) См. еще и *Treitschke*, Der Kaufcontract, § 9, S. 26, 27.

[3]) См. *Koch*, ibid., § 978, Anm. 74.

[4]) См. напр., *W. Endemann'a* (Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, 1884, Bd. II, § 258, III).

насъ существованіе *прусской* поставки. *Теоретическихъ* же основаній также для этого нѣтъ: идея прусской поставки совершенно несостоятельна.

Какое же право имѣемъ мы приписывать нашему закону завѣдомо несостоятельныя идеи, когда самъ законъ не настаиваетъ на этомъ прямо и опредѣленно? И это тѣмъ болѣе, что мы имѣемъ прямое указаніе въ Объяснительной запискѣ Сперанскаго, что при установленіи ученія о куплѣ-продажѣ редакторы нашего Свода законовъ слѣдовали *французскому* образцу. Правда, во французскомъ кодексѣ поставка не выдѣлена въ особую сдѣлку, а у насъ ее выдѣлили такъ же, какъ и въ Прусскомъ Ландрехтѣ. Но это отступленіе отъ французскаго образца и подражаніе прусскому чисто внѣшнее и формальное, а потому оно ничего не доказываетъ.

Въ виду этого слѣдуетъ признать, что у насъ поставка есть одинъ изъ видовъ общаго понятія купли-продажи. Таково теперь и господствующее мнѣніе. Я приводилъ уже опредѣленіе поставки, данное проф. Цитовичемъ: «покупка in genere есть поставка». Такого же мнѣнія о ней и проф. Шершеневичъ, причемъ онъ трудовой элементъ считаетъ не характеристическимъ признакомъ поставки, а наоборотъ, признакомъ подряда, *отличающимъ* его отъ поставки[1]). Въ пользу такого же мнѣнія склоняется и проф. Дювернуа[2]).

Такимъ образомъ Прусскій Ландрехтъ является единственнымъ кодексомъ, въ которомъ поставка выдѣлена въ особую сдѣлку. Но тамъ было и особое основаніе: трудовой элементъ. У насъ этого основанія нѣтъ; у насъ природа поставки та же, что и у купли-продажи въ широкомъ смыслѣ. Но такъ какъ, тѣмъ не менѣе, поставка и у насъ все же выдѣлена въ особую сдѣлку, необходимо заключить, что самая купля-продажа имѣетъ у насъ *другую* природу, чѣмъ въ Германіи. Если поставка у насъ есть сдѣлка обязательственная, переносящая право собственности на пріобрѣтателя только въ силу передачи вещи, то купля-продажа у насъ *не можетъ быть* такою же обязательственной сдѣлкой, основанной на системѣ традиціи,—потому не можетъ быть, что основаніемъ поставки пришлось бы признать одно

---

[1]) Учебникъ русск. гражд. пр., стр. 455, 456.

[2]) Конспектъ лекцій по гражд. праву, 1894, стр. 396, 397.

лишь различіе въ объектѣ, но при системѣ традиціи это не имѣло бы оправданія[1]).

Другое дѣло при системѣ соглашенія, когда купля-продажа, въ собственномъ смыслѣ, является вещнымъ договоромъ, переносящимъ право собственности на покупщика въ самый моментъ соглашенія. И при такой куплѣ-продажѣ вполнѣ мыслимы и законны обязательственныя сдѣлки отчужденія, въ смыслѣ германской купли-продажи. Здѣсь природа обѣихъ сдѣлокъ и правоотношенія сторонъ совершенно различны, и потому раздѣленіе ихъ на двѣ сдѣлки вполнѣ понятно и резонно, хотя конечно, и не необходимо: французскій Code civil предпочелъ не выдѣлять поставку въ особую сдѣлку. Но разъ выдѣленіе сдѣлано, то это даетъ намъ полное право заключить, что нашимъ законодательствомъ принята именно система соглашенія: въ противномъ случаѣ выдѣленіе не имѣло бы мѣста.

Теперь еще нѣсколько словъ о значеніи *срока* при поставкѣ. Защитники теоріи передачи, не имѣя подъ руками достаточно характерныхъ признаковъ для отличенія поставки отъ купли-продажи, обращаются между прочимъ и къ сроку, и дѣйствительно, по ст. 1742 ч. 1 т. X, опредѣленіе его необходимо въ договорахъ поставки. Однако система традиціи здѣсь мало выигрываетъ, потому что опредѣленіе срока не принадлежитъ къ *существу* поставки: онъ возможенъ при многихъ сдѣлкахъ гражданскаго права, и если гдѣ онъ не обозначенъ, то всякому понятно, что исполненія обязанности можно требовать немедленно; поэтому предписаніе ст. 1742 слѣдуетъ признать не имѣющимъ абсолютнаго значенія; срокъ — *naturale*, но не *essentiale negotii*. Въ качествѣ же отличительнаго признака онъ намъ совсѣмъ не нуженъ: различіе очень ясно и безъ него.

Покончивъ такимъ образомъ съ поставкой, теперь разсмотримъ подробнѣе куплю-продажу. Мы видѣли уже, что въ систематическомъ отношеніи она *противопоставлена* поставкѣ. Изъ этого необходимо заключить, что она представляетъ изъ себя куплю-продажу *французскаю* типа, что подтверждается, какъ уже указано, и объяснительной запиской Сперанскаго.

Съ этимъ гармонируетъ (и это подтверждаетъ) то обсто-

---

[1]) А наше подражаніе французскому кодексу даже прямо говоритъ противъ этого.

ятельство, что, по нашимъ законамъ, продавать можно только *собственныя* вещи (ст. 1384, 1386, 1389 1 ч. X т.), и при томъ не состоящія подъ запрещеніемъ (ст. 1388).

Именно такое же правило видимъ мы и во французскомъ кодексѣ (art. 1599)[1]). Этотъ реквизитъ существеннымъ образомъ связанъ съ системой соглашенія: уже въ самый моментъ заключенія договора переносится на покупщика право собственности; естественно, что для этого продавецъ долженъ быть самъ собственникомъ продаваемой вещи; иначе купля-продажа не состоится въ самой существенной своей части[2]).

И наоборотъ, при системѣ традиціи этотъ реквизитъ оказывается совершенно излишнимъ: договоръ купли-продажи установляетъ пока только лишь обязательственное отношеніе; право собственности въ моментъ заключенія договора не переходитъ; слѣдовательно, полному дѣйствію послѣдняго ничто пока не мѣшаетъ. Другое дѣло, конечно, при традиціи, при передачѣ, которая завершаетъ собою отчужденіе. При передачѣ вещи передается право собственности, и потому оно должно быть на лицо у тредента въ этотъ моментъ, но и только въ этотъ моментъ; раньше же въ немъ нѣтъ никакой необходимости. (При всемъ этомъ я имѣю въ виду случаи, когда передача вещи совершается *послѣ* заключенія договора купли-продажи, являясь во времени актомъ отдѣльнымъ отъ этого договора).

Въ виду сказаннаго, отчужденіе чужихъ вещей допускалось римскимъ правомъ: rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est (l. 28 D. 18,1). Допускается оно и Общегерманскимъ уложеніемъ (см. Motive, Bd. II, S. 181). Ничего противъ него не имѣетъ и Австрійское уложеніе (§ 923). Само собой разумѣется, что права третьихъ лицъ (т. е. собственниковъ) такими сдѣлками не затрогиваются, какъ на это опредѣленно указываетъ Саксонское уложеніе (§ 798).

Допускалось отчужденіе чужихъ вещей даже и французскимъ правомъ, пока оно держалось системы передачи. А какъ только послѣдняя была замѣнена системой соглашенія,

---

[1]) «Продажа чужой вещи ничтожна».

[2]) Такого же мнѣнія и г. *Зжирловъ*, Жур. гражд. и угол. права, 1882, кн. 3, стр. 57.

сейчасъ же вмѣстѣ съ ней появился и указанный art. 1599[1]), какъ необходимое дополненіе, какъ необходимое слѣдствіе новой системы. Это—мнѣніе многихъ французскихъ юристовъ[2]).

Таково взаимное отношеніе указанныхъ явленій.

Отсюда выводъ: если данный кодексъ проводитъ систему соглашенія, то онъ долженъ требовать (или требуетъ) и права собственности у продавца; и наоборотъ: если данный кодексъ требуетъ права собственности у продавца, значитъ, онъ проводитъ систему соглашенія.

Правильность этихъ положеній не можетъ и не должна быть опровергаема примѣромъ Прусскаго Ландрехта: онъ держится системы передачи и въ то же время, повидимому, требуетъ права собственности у продавца.

Такъ, Прусск. L. R, I, 11, § 19 говоритъ; «для заключенія дѣйствительной купли-продажи требуется, чтобы продавецъ имѣлъ право распоряжаться правомъ собственности на (данную) вещь....».

Въ виду этого § 139 (ibidem) постановляетъ:

«Если обѣ стороны явно заключили договоръ о чужой вещи, то онъ долженъ разсматриваться, какъ сдѣлка о дѣйствіи третьяго лица». Но это только тогда, если стороны прямо и ясно упомянули въ договорѣ, что имѣется въ виду вещь *чужая*; одного знанія объ этомъ недостаточно (примѣчаніе къ этому параграфу въ указанномъ комментаріи Коха, т. I). «Въ такомъ случаѣ»,— говоритъ Дернбургъ, «продавецъ долженъ приложить стараніе къ тому, чтобы покупщикъ получилъ условленную вещь, и онъ отвѣчаетъ или за это стараніе, или и за успѣхъ, смотря по договору»[3]).

Здѣсь совершенно не кстати въ сдѣлкѣ отчужденія, какъ и въ поставкѣ, подчеркивается и выдвигается на первый планъ трудовой элементъ, объектомъ сдѣлки выставляется facere вмѣсто dare.

При чемъ здѣсь третье лицо и его дѣйствія? Послѣднія совершенно не поддаются воздѣйствію сторонъ и предметомъ

---

[1]) *Laurent*, Principes, 1893, t. 24, n. 100.

[2]) *Laurent*, ibid., n. 101, 113. *Baudry-Lacantinerie*, Précis de droit civil, 1886, t. III, p. 273—274. *Folleville*, Essai sur la vente de la chose d'autrui, 1872, p. 7, 8.

[3]) Lehrbuch des Preussischen Privatrechts, 1897, Bd. II, S. 348.

ихъ права быть не могутъ. И старанія продавца также, какъ и при поставкѣ, для покупщика совершенно безразличны: ему нужна вещь, а не эти старанія. Для дѣйствій есть другія сдѣлки: наемъ, порученіе, коммисія или, наконецъ, contractus innominatus: do, ut facias.

Таковы теоретическія соображенія вообще.

Но и на дѣлѣ, что касается Прусскаго Ландрехта, его постановленія считаются не точно формулированными.

Такъ, Кохъ говоритъ, что истинная мысль закона состоитъ въ слѣдующемъ: отчужденіе, *перенесеніе права собственности*, ничтожно[1]); но договоръ вполнѣ обязателенъ и имѣетъ слѣдствіемъ отвѣтственность за evictio[2]) (если покупщикъ не зналъ положенія дѣла).

Фёрстеръ держится такого мнѣнія: «Объектъ не долженъ быть непремѣнно собственнымъ для продавца»... «Продажа чужой вещи сама по себѣ дѣйствительна и обязательна»[3]).

Поэтому Трейтшке[4]) замѣчаетъ: «Нельзя, слѣдовательно, сказать, что продажа чужой вещи по прусскому праву совершенно недѣйствительна, хотя другая статья (цитированный § 19) и можетъ подать поводъ къ такому заключенію».

Да и въ самомъ дѣлѣ, кромѣ конструированія продажи чужой вещи, какъ сдѣлки о дѣйствіи третьяго лица, договоры этого рода во всемъ остальномъ, какъ говоритъ Дернбургъ, имѣютъ дѣйствіе купли-продажи и по Прусскому Ландрехту.

Такъ, продавецъ обязанъ дать вещь или возмѣщеніе покупщику по правиламъ эвикціи. Послѣднее, правда (и это вполнѣ естественно), только тогда, если покупщикъ не зналъ, что вещь чужая (I, 11 § 159).

Далѣе. Продавецъ, лишь позже узнавшій, что онъ не собственникъ, не можетъ изъ-за этого отступиться отъ договора. И покупщикъ не можетъ отказаться отъ вещи, хотя она при заключеніи договора и не принадлежала продавцу, если только эта вещь своевременно передается продавцомъ ему, покупщику.

---

[1]) Но это сказывается, конечно, только при traditio.

[2]) Комментарій, т. I, стр. 722, прим. 24.

[3]) Preussisches Privatrecht, 1896, Bd. II, S. 49.

[4]) Der Kaufcontract, 1866, S. 34.

При этомъ безразлично, зналъ или нѣтъ покупщикъ объ отсутствіи права собственности у продавца[1]).

Иначе по французскому праву. Здѣсь одни видятъ относительную, а другіе—даже абсолютную ничтожность *самой сдѣлки, самаго договора*[2]).

Если принять даже первое мнѣніе, то и тогда даже знавшій о положеніи дѣла покупщикъ, хотя и не можетъ требовать въ случаѣ эвикціи уплаты убытковъ,— потому что самъ зналъ, на что шелъ,— тѣмъ не менѣе можетъ потребовать уничтоженія сдѣлки[3]), что отнюдь не возможно по прусскому праву. При эвикціи вещи, по французскому праву, *во всякомъ случаѣ* можно потребовать возвращенія цѣны вещи[4]). А по прусскому праву, если покупщикъ зналъ, что вещь чужая, такое требованіе не допускается (I, 11, § 159).

Таково существенное различіе обоихъ кодексовъ, даже при видимомъ сходствѣ ихъ въ отношеніи къ праву собственности продавца. Не будемъ также упускать въ концѣ концовъ изъ виду, что редакція соотвѣтственнаго постановленія Прусскаго Ландрехта (I, 11, § 19), какъ уже указано, не точна, и что *вообще разбираемый реквизитъ не соотвѣтствуетъ самой природѣ обязательственной купли-продажи*, наконецъ,— что Прусскій Ландрехтъ является *единственнымъ* кодексомъ, соединяющимъ систему передачи съ (неудачно и не кстати выраженнымъ) требованіемъ наличности права собственности у продавца.

Имѣя въ виду все это, что мы должны сказать о 1-й части X тома, которая постановляетъ также, что продавать можно только собственныя вещи? Можемъ ли мы приписать ей неточную и, въ существѣ своемъ, неправильную идею Прусскаго Ландрехта?

На это мы отнюдь не имѣемъ права, во-1-хъ, потому, что,

---

[1]) *Dernburg*, Lehrb. des Preuss. Privatrechts, Bd. II, S. 349.

[2]) *Zachariä-Crome*, Handbuch des franz. Civilrechts, 1894, Bd. II, S. 465. Anm. 25.

[3]) *Laurent*, Principes, t. 24, n. 114.

[4]) *Laurent*, ibid., n. 122, 123. Но и по французскому праву, какъ я уже указывалъ выше, возможно отчужденіе чужой вещи; только это будетъ не продажа, а contractus innominatus. А у насъ это будетъ или запродажа, или поставка.

какъ уже мною разъ упоминалось, наша купля-продажа построена по *французскому* образцу (Объяснит. зап. Сперанскаго), а, во-2-хъ, потому, что и вообще нельзя приписывать законодательству несостоятельныя и единственныя въ своемъ родѣ идеи, разъ оно само не проводитъ ихъ явно и опредѣленно.

Слѣдовательно, мы должны примѣнить здѣсь выставленное выше положеніе: *разъ нашъ законъ требуетъ наличности права собственности у продавца, значитъ, онъ держится системы соглашенія.*

Переходимъ къ разсмотрѣнію вопроса о томъ, въ какой именно моментъ право собственности должно быть на лицо?

Такъ какъ оно необходимо собственно и только для того, чтобы былъ возможенъ переходъ его къ покупщику, то, съ этой общей точки зрѣнія, казалось бы, что это право должно быть на лицо уже въ моментъ заключенія договора только въ тѣхъ случаяхъ, когда имѣется въ виду *немедленный* переходъ его. Если же переходъ права собственности поставленъ въ зависимость отъ истеченія извѣстнаго срока или отъ исполненія отлагательнаго условія, то право собственности нужно только въ моментъ наступленія срока или исполненія условія,—не раньше.

Однако мнѣ кажется, что *наша* купля-продажа не допускаетъ ни отлагательныхъ сроковъ, ни такихъ же условій: у насъ возможны только резолютивныя условія.

Я уже цитировалъ слова Объяснительной записки, по которой купля-продажа «не производитъ обязательства» (имѣется въ виду самое существо сдѣлки: переходъ права собственности); она есть «дѣйствіе, factum»; она есть «или *совершеніе* или свидѣтельство *состоявшагося* уже и *вступившаго въ исполненіе обязательства*».

Отсюда видно, что куплей-продажей устанавливается не *ожиданіе* перехода права собственности, а наоборотъ: этой сдѣлкой *совершается*, *производится* этотъ переходъ. А разъ это такъ, то отлагательные сроки и условія противорѣчили бы характеру и назначенію этой сдѣлки. Эту мысль объяснительной записки я принимаю и считаю правильной потому, что она вполнѣ совпадаетъ съ мыслью самого закона.

Въ самомъ дѣлѣ, ст. 1389 1 ч. X т. даетъ очень ясное указаніе по этому вопросу. Она, подобно ст. 1384 и 1386, также

говоритъ, что продавать можно только *собственное* имущество[1]), и затѣмъ продолжаетъ: «*посему* продажа имущества, которое впредь можетъ принадлежать продавцу по наслѣдству, недѣйствительна».

Статья эта то второй своей части казуистична: она говоритъ только о наслѣдствѣ вмѣсто того, чтобы высказаться болѣе общимъ образомъ. Но въ то же время эта вторая часть тѣснѣйшимъ образомъ связана съ первой словомъ «*посему*»; въ первой же части высказано *общее* положеніе. Изъ этой связи мы вправѣ заключить, что продажа будущаго наслѣдства упомянута лишь какъ примѣръ,—что это не единственный случай, а слѣдствіе и иллюстрація общаго правила.

Далѣе, изъ статьи этой видно, что продавать будущее наслѣдство запрещается *только потому*, что оно въ моментъ заключенія договора не принадлежитъ продавцу, а не по какимъ-либо другимъ причинамъ (напр., въ виду несоотвѣтствія добрымъ нравамъ и т. п.).

Поэтому нельзя согласиться съ г. Рихтеромъ[2]), утверждающимъ, что нигдѣ не сказано, чтобы собственность и при продажѣ на срокъ требовалась уже въ самый моментъ заключенія договора.

Приведенная статья опровергаетъ это мнѣніе, не допуская сроковъ совсѣмъ.

Конечно, дѣло закона ограничивать такъ или иначе силу и дѣйствіе установляемыхъ имъ сдѣлокъ и договоровъ[3]), и вотъ въ данной статьѣ именно содержится такое ограниченіе: вещные договоры не дѣйствуютъ на будущее время, т. е. вступленіе ихъ въ дѣйствіе не можетъ быть откладываемо на будущее время. Хорошо или нѣтъ это ограниченіе,—это другой вопросъ, но законъ таковъ. И при этомъ мы не можемъ не принять этого ограниченія: оно выражено ясно и опредѣленно; для него написана особая, спеціальная статья. Это не то, что требованіе права собственности при запродажѣ: тамъ его выво-

---

[1]) Вообще исторію вопроса см. у г. *Змирлова*, Жур. гражд. и угол. пр., 1882, кн. 3, стр. 33 и сл.

[2]) Жур. гражд. и угол. пр., 1881, кн. 5, стр. 140, 141.

[3]) Во Франціи art. 1584 разрѣшаетъ условія и сроки, но тамъ нѣтъ особой сдѣлки «поставки».

дятъ изъ одного слова «*свое*» (ст. 1682 1 ч. X т.), которое навѣрно брошено случайно. Кромѣ того, то требованіе рѣшительно ничѣмъ не вызывается и ни на чемъ не основывается[1]), тогда какъ указанное ограниченіе дѣйствія вещныхъ договоровъ можетъ имѣть и серьезныя основанія[2]).

Та же мысль о невозможности откладыванія момента перехода права собственности[3]) при куплѣ-продажѣ гармонируетъ и съ раздѣленіемъ этой сдѣлки отчужденія на три вида: если мы желаемъ отсрочить пріобрѣтеніе права собственности, то къ нашимъ услугамъ есть запродажа и поставка. Такимъ образомъ, этимъ ограниченіемъ оборотъ нисколько не стѣсняется.

Итакъ, сроки и условія (отлагательные) при куплѣ-продажѣ *не допускаются*; *собственность переходитъ* всегда и только въ моментъ заключенія договора, а потому уже въ этотъ моментъ и самъ продавецъ долженъ быть собственникомъ.

Поэтому вполнѣ правъ былъ Сенатъ, когда онъ въ 1870 г. (рѣш. № 1381) постановилъ, что договоръ купли-продажи можетъ быть совершаемъ не иначе, какъ на имущество, состоящее въ дѣйствительномъ обладаніи продавца,— а не могущее поступить къ нему, *какимъ бы то ни было образомъ*, впослѣдствіи[4]).

Поэтому же правъ и проф. Шершеневичъ, относящій отчужденіе будущаго урожая сѣна въ такомъ-то имѣніи къ запродажѣ (индивидуально опредѣленная вещь и отсутствіе права собственности), а не къ куплѣ-продажѣ[5]), какъ это дѣлаетъ Се-

---

[1]) Даже наоборотъ: къ запродажѣ часто потому и прибѣгаютъ, что у продавца нѣтъ права собственности.

[2]) См. *Kohler* въ Archiv für Bürg. Recht, Bd. 18, H. 1, Vertrag und Uebergabe, § 16.

[3]) Отложить же, отсрочить передачу *вещи* вполнѣ возможно.

[4]) И въ рѣш. 1871 г. № 910 требуется, чтобы имущество состояло «въ дѣйствительномъ владѣніи отчуждающаго». То же и въ рѣш. 1868 г., № 788.

[5]) Учебникъ рус. гражд. пр., стр. 442. Г. *Змирловъ*, считая пригодными для запродажи только вещи собственныя, необходимо видитъ здѣсь поставку. Жур. гражд. и угол. пр., 1882, кн. 3, примѣч. на стр. 64. Но это мнѣніе неправильно въ своемъ основаніи.

нать въ рѣш. 1880 г. № 94, отступившій уже отъ прежней теоріи.

Однако защищаемое мнѣніе не раздѣляется мотивами къ нашему проекту обязательствъ (т. I, стр. 387), но причины приводятся нѣсколько особенныя. Такъ, сначала обращается вниманіе на ст. 1384 и 1389 1 ч. X т. и говорится, что «изъ этихъ постановленій вытекаетъ, будто право собственности на продаваемое имущество и распоряженіе имъ должны принадлежать продавцу уже во время заключенія договора продажи». Это совершенно вѣрно, но потомъ мотивы продолжаютъ: «Между тѣмъ, предметомъ продажи могутъ быть(?) не только наличныя, но и *будущія* или *ожидаемыя* вещи, напр., издѣлія будущаго производства будущій урожай, т. е. такія вещи, которыя въ моментъ заключенія договора не существуютъ и, слѣдовательно, не находятся еще въ распоряженіи продавца». При этомъ дѣлаются ссылки на рѣшенія Сената и на Труды экспедиціи по хлѣбной торговлѣ. Что же это за сопоставленіе? — Съ одной стороны законъ, а съ другой—Сенатъ и экспедиція по хлѣбной торговлѣ! Законъ говоритъ: нужно право собственности при заключеніи договора, а Сенатъ и экспедиція отрицаютъ это, и *на этомъ основаніи* «Мотивы» признаютъ законъ не точнымъ и неправильнымъ! Это невозможное сопоставленіе и неправильный выводъ [1]).

Изъ требованія права собственности необходимо и само собою вытекаетъ и другое требованіе: продаваемая вещь должна быть индивидуально-опредѣленной.

Г. Васьковскій правильно говоритъ: «предметомъ вещныхъ правъ могутъ быть только вещи индивидуально-опредѣленныя, предметомъ же обязательствъ—и родовыя. Такъ, нельзя имѣть права собственности на лошадь вообще, но можно обязаться доставить другому лицу лошадь, не опредѣляя, какую именно» [2]).

Такъ какъ продавецъ долженъ быть собственникомъ уже въ моментъ заключенія договора, то и индивидуальная опредѣленность вещи должна имѣть мѣсто въ то же самое время. Если же индивидуализація откладывается на будущее время, то это

---

[1]) Къ такому же пріему прибѣгаетъ и г. *Юреневъ*, Жур. гражд. и угол. права, 1881, кн. 5, стр. 129.

[2]) Учебникъ гражд. права, вып. I, стр. 87.

будетъ не купля-продажа, а поставка; и право собственности перейдетъ только при передачѣ. (Но можно, конечно, при этой индивидуализаціи заключить новый договоръ,—договоръ купли-продажи,—и тогда достаточно будетъ и этого втораго соглашенія).

Что касается нашего закона, то онъ здѣсь оказывается непослѣдовательнымъ или, по крайней мѣрѣ, выражается не точно. Такъ, ст. 1515 1 ч. X т. говоритъ о вещахъ, подлежащихъ измѣренію и взвѣшиванію. Ст. 1516 говоритъ не о «*томъ же*» имуществѣ, а объ имуществѣ «*той самой доброты*» и о соотвѣтствіи его образцамъ. Послѣднее см. и въ ст. 1518.

Эти выраженія подаютъ поводъ думать, что у насъ возможна и купля-продажа res in genere. Такъ это и говоритъ теперь Сенатъ во всѣхъ своихъ рѣшеніяхъ, хотя раньше онъ держался обратнаго мнѣнія: въ указанномъ уже рѣшеніи 1870 г. № 1381 говорилось, что продавать можно только имущество *опредѣленное*[1]). Теперь, повторяю, мнѣніе Сената измѣнилось[2]), но вѣдь въ такомъ случаѣ нельзя было бы требовать права собственности у продавца уже въ самый моментъ заключенія договора, какъ это дѣлаетъ ст. 1389 1 ч. X т. Тогда пришлось бы предположить, что право собственности нужно только въ моментъ его перехода къ покупщику,—въ моментъ, который можетъ быть и отложенъ отлагательнымъ условіемъ или срокомъ, а потому и опредѣленность вещи окажется пока ненужной, изъ чего и вытекаетъ, что для купли-продажи годятся и res in genere.

Чему отдать предпочтеніе?

По моему,—статьѣ 1389. Это потому, что, съ одной стороны, она очень опредѣленна и ясна для того, чтобы можно было ее игнорировать, а съ другой стороны,—ст. 1515, 1516 и 1518 такой опредѣленностью не отличаются и ихъ можно отнести и къ вещамъ опредѣленнымъ[3]). Вещи, подлежащія измѣренію и взвѣшиванію, очень легко поддаются индивидуализаціи: напр., весь хлѣбъ въ зернѣ, находящійся въ такомъ-то складѣ, —вещь вполнѣ опредѣленная.

---

[1]) То же и въ рѣш. 1871 г., № 910.

[2]) Рѣш. 1880 г., № 94 и 1886 г., № 83.

[3]) См., напр., «Виндикація» г. *Окса*, Жур. гражд. и угол. права, 1874, кн. 3, стр. 83.

Такимъ образомъ, сомнѣнія, которыя возбуждаетъ ст. 1515, устраняются легко.

Труднѣе это сдѣлать по отношенію къ ст. 1516 и 1518. Но и здѣсь это не невозможно. Такъ, въ источникѣ ст. 1516, въ указѣ отъ 26 августа 1727 г. (П. С. З., № 5145) говорится: «кто у кого товаръ торговалъ и осматривалъ прежде заключенія мира и взявъ образцы за печатью и въ томъ утвердились письменно или при свидѣтеляхъ....»

Разъ вещь осмотрѣна, взяты образцы ея, и именно она и куплена,—значитъ, она уже вполнѣ индивидуализирована. Это не то, что при поставкѣ: должна быть передана вещь, родъ и качество которой опредѣляются вообще, не при наличности самой вещи.

Нѣтъ, здѣсь, при куплѣ-продажѣ, образцы берутся съ самаго предмета сдѣлки, осмотрѣннаго и одобреннаго, и потомъ образцы эти нужны покупщику для того, чтобы при пріемѣ вещи имѣть возможность убѣдиться, что это именно та самая вещь, которая куплена.

Именно въ такомъ смыслѣ *надо* понимать эти статьи въ виду ст. 1384, 1386 и особенно ст. 1389.

Такое пониманіе, кромѣ того, какъ уже сказано, не противорѣчитъ цѣлесообразности, не стѣсняетъ оборота: всѣ возможныя комбинаціи отчужденія находятъ для себя выраженіе въ разсмотрѣнныхъ трехъ сдѣлкахъ: куплѣ-продажѣ, запродажѣ и поставкѣ.

Господствующее мнѣніе[1]) также за опредѣленность вещей для купли-продажи.

Впрочемъ, проф. Шершеневичъ объ указанныхъ характеристическихъ чертахъ этихъ сдѣлокъ говоритъ, что онѣ выставляются практикой по необходимости и вытекаютъ не изъ существа договоровъ, а изъ обыкновеннаго способа ихъ совершенія и исполненія. Но это потому, что проф. Шершеневичъ держится системы традиціи. Если же принять систему соглашенія, то черты эти окажутся именно вытекающими изъ существа договоровъ, и при томъ же, вѣдь, онѣ имѣютъ твердую опору въ положительномъ законѣ.

---

[1]) Проф. *Цитовичъ*, Обязательства по рус. гражд. пр., 1894, стр. 44. Проф. *Шершеневичъ*, Учебникъ рус. гражд. пр., стр. 442, 455.

Но есть и другія основанія для противоположнаго мнѣнія о разбираемомъ реквизитѣ.

Такъ, г. Рихтеръ[1]), кромѣ ст. 1516, 1518 и 1519 1 ч. X т., указываетъ на ст. 1496.

Дѣйствительно, статья эта говоритъ просто о «количествѣ товара или вещей по сортамъ и добротѣ». Здѣсь хотятъ видѣть указаніе на res in genere. Но это опять то самое грамматическое толкованіе, которое, цѣпляясь за букву, ни на что больше не обращаетъ вниманія.

Для выясненія истиннаго ея смысла, надо разсмотрѣть эту статью въ связи съ другими ея сосѣдками и съ точки зрѣнія того института, выраженіемъ котораго она служитъ.

Изъ ст. 1489 и особенно изъ 4-го примѣчанія къ ней, а также изъ ст. 1490 и 1491 видно, что здѣсь рѣчь идетъ о продажѣ съ аукціона негодныхъ и ненужныхъ вещей, инструментовъ, матеріаловъ и вообще всякаго движимаго имущества, принадлежащаго различнымъ государственнымъ и общественнымъ учрежденіямъ. И вотъ предварительно производится всѣмъ этимъ вещамъ опись и оцѣнка, при чемъ соображаются съ первоначальной ихъ стоимостью, затѣмъ вызываются желающіе торговаться, и имъ предоставляется, конечно, видѣть продаваемыя вещи.

И здѣсь-то происходитъ торгъ, а затѣмъ и переторжка. Изъ описанія этой процедуры видно, что здѣсь каждая вещь индивидуализируется и въ спискѣ получаетъ свой особый номеръ. Статья же 1496 не можетъ быть редактирована иначе въ виду особаго характера такихъ вещей, какъ старое бѣлье, доски, камень и т. п. Но и эти вещи вполнѣ допускаютъ индивидуализацію.

То же самое слѣдуетъ сказать и объ описаніи товаровъ въ маклерскихъ запискахъ, о которыхъ упоминаетъ г. Рихтеръ, а также и о 2 п. ст. 2167 1 ч. X т. (п. 2 теперь отмѣненъ).

Это все такъ относительно купли-продажи.

Что же касается мѣны и даренія, то и къ нимъ необходимо отнести описанную систему соглашенія[2]) съ требованіемъ

---

[1]) Жур. гражд. и угол. пр., 1881, кн. 5, стр. 141, 142.

[2]) Такъ это во французскомъ правѣ: art. 938 и 1703. Такъ же я понимаю и рѣш. нашего Сената 1874 г., № 370 и 1876 г., № 554.

индивидуальной опредѣленности вещи и принадлежности ея отчуждающему: систематическое положеніе мѣны и даренія приравниваетъ ихъ совершенно въ куплѣ продажѣ [1]).

Но что̀ сказать о допустимости отлагательныхъ условій и сроковъ? Мнѣ кажется, что и здѣсь слѣдуетъ отвѣтить отрицательно.

Въ нашемъ законѣ не только мѣна, но и дареніе поставлены на одной доскѣ съ продажей (выдѣлены изъ 4-ой книги и помѣщены въ 3-ей книгѣ).

А продажа у насъ, какъ мы видѣли, откладыванія перехода права собственности не допускаетъ. Затѣмъ важно и то, что вопросъ этотъ касается вещнаго права, а вещныя права, ихъ типы и модификаціи частному творчеству не подлежатъ, для нихъ должна быть положительная основа въ законѣ. Послѣдній же такой основы не даетъ. Такъ, ст. 1379 1 ч. X т. говоритъ, правда, что «мѣна движимыхъ имуществъ оставляется на волю и взаимное согласіе ихъ хозяевъ», но это, въ соотвѣтствіи съ ст. 1374, запрещающей мѣняться недвижимыми имуществами, имѣетъ только тотъ смыслъ, что мѣна *не запрещается* относительно *движимостей;* вопросъ же о томъ, *какъ* можно модифицировать переходъ права собственности, этой статьей не рѣшается. Это же относится и къ дарені̀ю. Ст. 976 говоритъ объ условіи [2]), но это—modus, возложеніе, а не conditio въ техническомъ смыслѣ этого слова. Ст. 975 также говоритъ объ условіяхъ, но о какихъ?—«О *образѣ пользованія* и управленія даримымъ имуществомъ», а не о переходѣ права собственности. Итакъ, и здѣсь, въ самыхъ сдѣлкахъ мѣны и даренія, откладывать переходъ права собственности нельзя.

Но если сторонамъ тѣмъ не менѣе нужно заключить не простую, а условную сдѣлку мѣны или даренія?—Этой потребности можетъ съ успѣхомъ удовлетворить *обѣщаніе* мѣны или

---

[1]) Проф. *Шершеневичъ* (Учебн. рус. гражд. пр., стр. 457) замѣчаетъ однако, что нашъ законъ не требуетъ, чтобы мѣняющій былъ собственникомъ вещи. Конечно, прямаго требованія нѣтъ, но я думаю, что это объясняется вообще бѣдностью опредѣленій въ нашихъ законахъ, а не отсутствіемъ такого требованія и на самомъ дѣлѣ.

[2]) «Если даръ учиненъ подъ условіемъ, и условіе, со стороны получившаго даръ, не исполнено, то даръ возвращается дарителю».

даренія,—сдѣлка обязательственная (а не вещная), contractus innominatus или pactum, напримѣръ, de dono dando.

Такія сдѣлки, и безъ особыхъ опредѣленій закона, вполнѣ возможны у насъ въ силу ст. 1528—1530 1 ч. X т. Но только, конечно, здѣсь, съ наступленіемъ срока или съ исполненіемъ условія, право собственности силою раньше заключеннаго договора уже не перейдетъ, а понадобится новое соглашеніе или передача.

Таковы наши дѣйствующіе законы въ общемъ и въ частностяхъ, что касается перехода права собственности при запродажѣ, куплѣ-продажѣ и поставкѣ.

Теперь намъ остается еще рѣшить вопросъ, какія нормы о владѣніи и о переходѣ права собственности на движимости заслуживаютъ принятія въ наше будущее Гражданское Уложеніе.

Вопросъ этотъ уже разрѣшенъ въ опубликованныхъ частяхъ проекта (кн. 3 и 5), но, къ сожалѣнію, какъ мнѣ кажется, неудовлетворительно.

Въ слѣдующей главѣ мы поговоримъ объ этомъ подробно.

ГЛАВА IV.

Владѣніе и переходъ права собственности на движимыя имущества въ нашемъ будущемъ Гражданскомъ Уложеніи.

---

§ I. Владѣніе.

Мы видѣли, какъ исторія постепенно привела законодательства къ признанію поссессорной защиты за всякимъ фактическимъ обладаніемъ вещами: имѣвшее мѣсто въ Римѣ протежированіе собственникамъ (субъективный принципъ) замѣнено охраной общественнаго мира, охраной фактическаго, наличнаго распредѣленія имуществъ и устраненіемъ самоуправства и насилія (объективный принципъ).

Эти послѣднія идеи приняты нѣмецкой литературой, Общегерманскимъ Уложеніемъ и 1-й частью X т. св. законовъ.

Этотъ же принципъ считаю единственно цѣлесообразнымъ и я.

Его же вполнѣ убѣдительно защищаетъ у насъ проф Покровскій [1]).

На діаметрально противоположной точкѣ зрѣнія стоитъ наша Редакціонная Коммисія.—Въ «Объясненіяхъ»[2]) говорится,

---

[1]) *Покровскій*, Владѣніе въ русскомъ проектѣ гражданскаго уложенія, Журн. Мин. Юст., 1902, № 10. На такой же точкѣ зрѣнія стоялъ во Франціи *Garnier*, Traité des actions possessoires, 1835, p. 75. Но тамъ защита владѣнія построена на иномъ началѣ. См. и *Seligmann*, Revue de législation et de jurisprudence, 1850, p. 264, 265. Это—кромѣ указанной въ своемъ мѣстѣ германской литературы.

[2]) Гражданское Уложеніе. Книга третья. Вотчинное право. Проектъ Высочайше учрежденной Коммисіи по составленію Гражданскаго Уложенія. Томъ первый. СПБ., 1902, стр. 430 и слѣд. Такъ во Франціи *Boitard*, Leçons de procédure civil, t. I, n. 628, p. 691.

что ставитъ публичный интересъ общественнаго спокойствія на первый планъ свойственно только *первоначальному* устройству гражданскихъ обществъ; при современномъ же положеніи законодательства нельзя (?) уже ограничиваться исключительною цѣлью охраненія публичнаго интереса. Теперь владѣніе должно быть защищаемо въ виду предположенія,—обыкновенно соотвѣтствующаго дѣйствительности,—что владѣніе основано на правѣ собственности; что въ каждомъ данномъ случаѣ оно законно (стр. 434).

Если бы эта основная точка зрѣнія Коммисіи была послѣдовательно осуществлена и въ дѣйствительности, то получились бы весьма нецѣлесообразныя послѣдствія, какъ это ясно показалъ проф. Покровскій въ указанной выше статьѣ [1]).

Именно, тогда пришлось бы признать, что кто не можетъ быть собственникомъ, тотъ не можетъ быть и владѣльцемъ. Отсюда вытекало бы, напримѣръ, что еврей, поселившійся внѣ черты осѣдлости, оказался бы лишеннымъ владѣльческой защиты противъ перваго встрѣчнаго проходимца, который бы вздумалъ выгонять этого еврея изъ занимаемой имъ квартиры [2]).

Это касается *субъектовъ* владѣнія. Не лучше стояло бы дѣло и относительно *объектовъ*. Такъ какъ объектомъ права собственности ве могутъ быть *части* вещи, то это же самое пришлось бы распространить и на владѣніе: пришлось бы признать, напримѣръ, что владѣть *квартирой* нельзя, такъ какъ это *часть* дома. Результатъ—лишеніе владѣльческой защиты почти всего городскаго населенія.

Однако, къ счастью, указанный принципъ Коммисіи имѣетъ только *теоретическое* значеніе: на проектѣ онъ отразился только отчасти. Проектъ признаетъ владѣльцами и снабжаетъ владѣльческой защитой не только тѣхъ, кто имѣетъ animus domini, но также и тѣхъ, кто держитъ у себя имущество на основаніи какого-либо вотчиннаго или договорнаго права.

Въ самомъ дѣлѣ, Проектъ говоритъ слѣдующее.

Ст. 137: «Кто владѣетъ имуществомъ, какъ своимъ соб-

---

[1]) Журн. Мин. Юст., 1902, № 10, стр. 30 и слѣд.

[2]) Проф. *Покровскій* правильно усматриваетъ здѣсь «какое то анархическое представительство въ общественныхъ интересахъ, едва ли терпимое въ государствѣ сколько нибудь культурномъ». Тамъ же, стр. 33.

ственнымъ, тотъ имѣетъ владѣніе самостоятельное (въ видѣ собственности). Всякое иное владѣніе, въ силу вотчиннаго или договорнаго права, признается производнымъ. Одно и то же имущество можетъ быть въ самостоятельномъ владѣніи одного лица и вмѣстѣ съ тѣмъ въ производномъ владѣніи другого лица».

Это подобно непосредственному и посредственному владѣнію Общегерманскаго Уложенія.

Далѣе, о защитѣ владѣнія нашъ Проектъ говоритъ такъ.

Ст. 140: «Всякое, даже незаконное, владѣніе охраняется закономъ отъ самовольнаго нарушенія, пока это владѣніе не будетъ прекращено надлежащимъ по закону распоряженіемъ о передачѣ имущества отъ владѣющаго имъ другому лицу».

Въ слѣдующихъ затѣмъ статьяхъ опредѣляется подробнѣе личная защита владѣнія самимъ владѣльцемъ и судебная защита посредствомъ исковъ retinendae и recuperandae possessionis.

Итакъ, защищается «*всякое*» владѣніе. Слѣдовательно, защиту получаетъ, по Проекту, не только владѣлецъ самостоятельный, но также и владѣлецъ производный[1]).

Такимъ образомъ на дѣлѣ Проектъ держится именно того принципа (охраны общественнаго порядка), держаться котораго, по мнѣнію составителей Проекта, теперь «*уже нельзя*»[2]).

Правда, дѣйствіе этого принципа ограничивается въ проектѣ тѣмъ обстоятельствомъ, что для пріобрѣтенія владѣнія требуется не только поступленіе имущества во власть лица, но также и *намѣреніе* его владѣть имуществомъ для самого себя[3]).

Отсюда вытекаетъ, что лица, которыя не имѣютъ *воли* владѣть, не имѣютъ и владѣльческой защиты. А не имѣетъ воли *владѣть* тотъ, кто *вообще* не можетъ имѣть серьезной воли,—таковы дѣти, душевно больные,—а также и тотъ, кто *не знаетъ* о поступленіи въ его власть той или другой вещи.

Такимъ образомъ,—воспользуемся примѣрами проф. Покров-

---

[1]) *Покровскій*, тамъ же, стр. 42. Не опредѣляется только, въ какомъ соотношеніи между собою находятся оба эти владѣльца при требованіи защиты.

[2]) *Покровскій*, тамъ же, стр. 36.

[3]) Ст. 136: «Владѣніе пріобрѣтается поступленіемъ имущества во власть лица въ соединеніи съ намѣреніемъ его владѣть имуществомъ для самого себя».

скаго[1]),—ребенокъ покупаетъ себѣ въ лавочкѣ лакомства, дѣти набрали въ лѣсу грибовъ, и вотъ нашъ Проектъ оставляетъ ихъ беззащитными. Еще примѣръ: у меня во дворѣ находится вещь, попавшая туда какъ либо безъ моего вѣдома. Забравшійся ко мнѣ воръ схватилъ её, но я застаю его какъ разъ въ этотъ моментъ.—Проектъ отдаетъ предпочтеніе вору передъ тѣмъ лицомъ, въ сферѣ господства котораго вещь находилась и находится!

Проф. Покровскій правильно говоритъ, что «съ точки зрѣнія интересовъ культурнаго правопорядка, внѣшняя, объективная сфера господства должна признаваться неприкосновенной для всякаго произвола и насилія». И это тѣмъ болѣе, что «внутреннее субъективное настроеніе господина этой сферы для третьихъ лицъ неизвѣстно и потому должно быть безразлично»[2]).

Какъ мы видѣли выше, Проектъ въ значительной мѣрѣ и охраняетъ эту «внѣшнюю, объективную сферу господства». Но только реквизитъ воли вноситъ сюда ограниченіе.

И почему Редакціонная Коммисія сочла нужнымъ прибѣгать къ этому субъективному элементу владѣнія?

Теоретически онъ крайне сложенъ и запутанъ. *Практически* онъ нецѣлесообразенъ, и потому Общегерманскимъ Уложеніемъ отвергнутъ[3]). Наконецъ,—если правильна моя теорія,—субъективный элементъ не имѣетъ у насъ и *историческаго* основанія: въ 1 ч. X т. его нѣтъ.

По всѣмъ этимъ причинамъ нельзя его рекомендовать и для будущаго Уложенія.

Принципъ охраны общественнаго спокойствія ограничивается проектомъ и еще въ одномъ отношеніи: по ст. 145, производные владѣльцы не имѣютъ владѣльческой защиты противъ *собственниковъ* имущества.

Именно, ст. 145 говоритъ: «Не имѣютъ владѣльческихъ исковъ ни собственникъ противъ производныхъ отъ него владѣльцевъ, ни эти послѣдніе противъ собственника и другихъ лицъ, производящихъ свое владѣніе отъ того же собственника».

---

[1]) *Покровскій*, въ указ. статьѣ, стр. 39. Ср. *Strohal*, Iherings Jahrbücher, Bd. 38, S. 71 ff. *Bekker*, ibid., Bd. 34, S. 39, 40.

[2]) Тамъ же, стр. 40.

[3]) *Покровскій*, тамъ же, стр. 36 и сл.

Между этими лицами, говоритъ проф. Покровскій, «санкціонируется полная владѣльческая анархія, господство кулачнаго права»[1]).

Такимъ образомъ приходится констатировать, что нашъ проектъ не проводитъ послѣдовательно, собственно говоря, ни субъективнаго, ни объективнаго принципа, а это, конечно, удовлетворительнымъ рѣшеніемъ вопроса назвать ни въ какомъ случаѣ нельзя.

Кромѣ означенныхъ поправокъ, я хотѣлъ бы предложить еще одну, хотя и сознаю, что господствующее мнѣніе, по всей вѣроятности, не раздѣлитъ моего взгляда.

Именно, я считаю совершенно излишнимъ понятіе *собственническаго* владѣнія, которое въ нашемъ Проектѣ называется владѣніемъ *самостоятельнымъ*, а въ Общегерманскомъ Уложеніи— владѣніемъ *посредственнымъ*.

Въ нашей литературѣ отстаиваетъ цѣлесообразность посредственнаго владѣнія проф. Покровскій[2]). На Западѣ такого же мнѣнія почти вся литература[3]). Но тамъ же проф. Вендтъ высказывается *противъ* этой особой разновидности владѣнія[4]). То же самое высказывалось и въ коммисіи при обсужденіи втораго проекта Общегерманскаго Уложенія[5]), но только, какъ извѣстно, безъ успѣха.

Предложеніе мое основывается на *теоретическихъ* соображеніяхъ.

Въ *практическомъ* же отношеніи я никакихъ особыхъ измѣненій не предлагаю.

---

[1]) Тамъ же, стр. 44. Коммисія, не смотря на нѣкоторые протесты, сочла достаточными иски изъ контракта о *правѣ* той или другой стороны на тѣ или другія дѣйствія. Объясненія, т. I, стр. 486, 487.

[2]) *Покровскій*, Основные вопросы владѣнія въ новомъ германскомъ уложеніи, Вѣстникъ права, 1899, № 1, стр. 104 и слѣд.

[3]) *Strohal*, Der Sachbesitz, Iherings Jahrbücher, Bd. 38, S. 17 ff. *F. Endemann*, Einführung, Bd. II, Th. 1, § 32, S. 125 ff. *Gierke*, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht, S. 7, Anm. 15. *Randa*, Der Besitz, Vorwort zur vierten Auflage, S. VIII ff.

[4]) *Wendt*, Der mittelbare Besitz des bürgerlichen Gesetzbuches, Archiv für die Civ. Praxis, Bd. 78, 1897, S. 42 ff., 48—50. Ср. *Dernburg*, Das bürgerl. Recht, Bd. III, § 13, S. 48.

[5]) Protokolle, S. 3729.

Такъ, я вполнѣ согласенъ съ мнѣніемъ проф. Покровскаго, что собственники, отдающіе свое имущество во владѣніе другимъ лицамъ, должны быть надѣлены владѣльческой защитой не только противъ третьихъ лицъ (въ полномъ объемѣ и безъ всякой зависимости отъ непосредственнаго владѣльца), но въ извѣстныхъ случаяхъ—и противъ своихъ арендаторовъ, поклажепринимателей и т. п., именно въ тѣхъ случаяхъ, когда эти послѣднія лица нарушаютъ или измѣняютъ разъ установившійся status quo, разъ установившееся положеніе вещи.

Проф. Покровскій выражаетъ эту идею слѣдующимъ образомъ.

«Въ каждый данный моментъ существуетъ извѣстное установившееся отношеніе и того и другаго лица къ вещи; это отношеніе и есть тотъ фактъ, который съ точки зрѣнія гражданскаго мира и порядка долженъ быть охраненъ отъ всякаго произвола и насилія»[1]).

Поэтому если мой арендаторъ начнетъ рубить лѣсъ, или мой квартирантъ—ломать мой домъ, или, наконецъ, лицо, получившее для какой нибудь цѣли мои движимыя вещи, начнетъ употреблять ихъ совершенно несоотвѣтственно ихъ назначенію[2]), то законъ долженъ придти мнѣ на помощь и дать возможность быстро остановить измѣненія и сохранить status quo.

Конечно, весьма возможно, что на всѣ указанныя дѣйствія непосредственный владѣлецъ имѣетъ несомнѣнное право, а я, явившись съ поссессорной защитой, незаконнымъ образомъ, и безъ всякаго основанія, помѣшаю ему осуществлять его права. Но вѣдь совершенно же одинаково возможно и обратное положеніе дѣла.

Здѣсь то и выясняется главный смыслъ поссессорной защиты: *наличное положеніе дѣла должно быть сохраняемо, а если оно не соотвѣтствуетъ праву, то заинтересованнымъ лицамъ предоставляется идти въ судъ и тамъ разбираться въ своихъ правахъ окончательно.*

Однако при всемъ этомъ я нахожу нецѣлесообразнымъ

---

[1]) *Покровскій*, Журн. Мин. Юст., 1902, № 10, стр. 45.

[2]) Напр., нанявшій у меня лошадь продаетъ ее третьему лицу,—примѣръ *Endemann'a*, Einführung, Bd. II, Th. 1, § 32, S. 126.

называть владѣльцами всѣхъ тѣхъ, которые отдаютъ свое имущество во владѣніе другимъ лицамъ.

Это потому, что я считаю очень желательной *точность* научной терминологіи. Допуская же «посредственное» (или «самостоятельное») владѣніе, мы однимъ и тѣмъ же словомъ называемъ діаметрально противоположныя и совсѣмъ несоединимыя понятія [1]) (см. выше сопоставленіе реальнаго и давностнаго владѣнія по 1 ч. X т.). Отсюда сложность и трудность теоріи владѣнія [2]), а главное—логическія натяжки, роняющія престижъ этой самой теоріи.

Бэръ совершенно основательно говоритъ, что утвержденіе, будто бы собственникъ, отдавшій кому либо свою вещь во владѣніе, сохраняетъ въ то же время и самъ фактическую власть надъ нею—есть eine conventionelle Lüge der Jurisprudenz! [3]).

И при томъ все это—безъ необходимости, съ одной стороны, и безъ пользы, съ другой стороны.

Въ самомъ дѣлѣ, остановимся подробнѣе на этомъ вопросѣ.

Во 1-хъ, собственники, и безъ причисленія ихъ къ категоріи владѣльцевъ, могутъ, если это нужно, имѣть владѣльческую защиту: вѣдь защищаются не столько *владѣльцы*, сколько *владѣніе*, какъ общественный миръ, какъ фактическое распредѣленіе и расположеніе имуществъ. Но кто же имѣетъ право защищать это владѣніе? — Всякій, кто въ охранѣ даннаго иму-

---

[1]) Правда, проф. *Покровскій* полагаетъ, что «посредственный владѣлецъ не совсѣмъ утрачиваетъ свои фактическія отношенія къ вещи». Вѣстн. права, 1899, № 1, стр. 104. Такъ въ Германіи, напр., *Mathiass*, Lehrbuch, Bd. II, § 2, S. 6. Однако относительно *движимостей* это была бы слишкомъ большая натяжка. Что же касается *недвижимостей*, то это можетъ казаться вѣроятнымъ, но лишь потому, что здѣсь вообще владѣніе не всегда бываетъ осязательно-реальнымъ. Не даромъ *Bekker* требуетъ отдѣленія владѣнія движимостями отъ владѣнія недвижимостями. Zur Reform des Besitzrechts, Iherings Jahrbücher, Bd. 30, S. 249, 250.

[2]) Проф. Шершеневичъ основательно высказываетъ серьезное опасеніе, въ состояніи ли будутъ нѣмецкіе юристы уловить всѣ тѣ виды и оттѣнки владѣнія, которые созданы Общегерманскимъ Уложеніемъ. И Беккеръ констатируетъ въ этомъ уложеніи Nebeneinandersein und Ineinandergreifen verschiedener Besitzarten! Iherings Jahrbücher, Bd. 34, S. 70. Ср. *Strohal*, ibid., Bd. 29, S. 366 ff

[3]) *Bähr*, Kritische Vierteljahresschrift, Bd. 30, 1888 S. 488.

щества заинтересованъ. Заинтересованнымъ же является не только тотъ, въ чьихъ рукахъ данное имущество находится, но также и тотъ, отъ кого это имущество реальнымъ обладателемъ получено.

Вотъ законъ и долженъ просто сказать, что владѣльческую защиту имѣютъ не только владѣльцы, но и тѣ лица, отъ которыхъ владѣльцы получили то или другое имущество въ свое владѣніе [1]).

Обыкновенно же поступаютъ иначе: сначала пишутъ одну статью закона, въ которой признаютъ лицъ этой послѣдней категоріи *также владѣльцами*, а затѣмъ пишутъ другую статью закона, въ которой опредѣляютъ размѣры владѣльческой защиты, принадлежащей этимъ «также-владѣльцамъ».

Въ результатѣ—двойная работа и два вида владѣнія, на столько различныхъ въ существѣ своемъ, что ихъ нельзя подвести подъ одно понятіе. Такъ это относительно теоріи. Практическій же результатъ одинъ и тотъ же.

Во 2-хъ, говорятъ, что безъ «посредственнаго» владѣнія было бы невозможно пріобрѣтеніе владѣнія чрезъ представителя (constitutum possessorium), а слѣдовательно и пріобрѣтеніе права собственности [2]).

Прежде всего утвержденіе, что безъ владѣнія нельзя пріобрѣсти права собственности, можно объяснить только привычкой къ старымъ романистическимъ конструкціямъ. Съ другой же стороны, этотъ вопросъ сводится къ спору о словахъ, а не о дѣлѣ: согласно только что сказанному, ничто не мѣшаетъ признать за каждымъ собственникомъ право на владѣльческую защиту и безъ всякихъ фикцій о пріобрѣтеніи владѣнія.

Такъ и дѣлаетъ нашъ Проектъ въ ст. 146:

«Вмѣстѣ съ пріобрѣтеніемъ права собственности на имущество пріобрѣтатель, хотя и не вступившій еще во владѣніе, пріобрѣтаетъ и владѣльческіе иски, принадлежавшіе бывшему собственнику, отъ котораго къ нему перешло право собственности».

---

[1]) Именно такую постановку дѣла предлагаетъ *Вендтъ*, Archiv für die Civ. Praxis, Bd. 87, S. 50. То же самое предлагалось нѣкоторыми и въ комиссіи при обсужденіи Общегерманскаго Уложенія. Protokolle, S. 3729.

[2]) *Strohal*, Iherings Jahrbücher, Bd. 38, S. 18.

Приписывать же собственнику, при такихъ условіяхъ, какое либо *владѣніе* нѣтъ надобности: если вещь находится у представителя, то онъ ею и владѣетъ, а право собственности не теряетъ способности къ отчужденію, какъ бы оно ни ограничивалось; даже jus nudum способно къ отчужденію; ограниченія права могутъ вліять на *цѣнность* имущества; способность же къ отчужденію зависитъ только отъ ограниченій собственника въ *распоряженіи* имуществомъ.

Наконецъ, въ 3-хъ, могутъ возникнуть сомнѣнія относительно *давности*[1]): что станется съ пріобрѣтеніемъ по давности, когда не будетъ ни посредственнаго, ни собственническаго владѣнія?

Я отвѣчаю: останется то же самое, что есть и теперь, но только опредѣленія и понятія будутъ болѣе точны и просты.

Силою давности *фактическое* отношеніе превращается въ *юридическое*. Поэтому для пріобрѣтенія *права собственности* надо,—въ теченіе извѣстнаго времени и при извѣстныхъ условіяхъ,—*относиться къ вещи такъ, какъ къ ней относился бы собственникъ*, надо дѣлать то, что дѣлалъ бы собственникъ. И вотъ съ извѣстнаго момента наступаетъ измѣненіе: то, что раньше дѣлалось *фактически*, теперь уже можно дѣлать на основаніи соотвѣтствующаго *права*.—*Фактъ* собственности,—die Thatsächlichkeit des Eigenthums,—превращается силою давности въ *право* собственности.

Такимъ образомъ статьи о давности должны говорить о фактическомъ осуществленіи права собственности, объ обращеніи съ имуществомъ, какъ съ своимъ собственнымъ, объ отношеніи къ имуществу, какъ къ своему собственному и т. п. Никакого особаго владѣнія здѣсь не нужно.

То не бѣда, что обыденная рѣчь прибѣгаетъ здѣсь къ слову «владѣніе»[2]): обыденная рѣчь слишкомъ не точна и измѣнчива; вносить ее въ законъ не слѣдуетъ; законодатель долженъ выражаться точно и опредѣленно, а судьи всегда поймутъ обывателя.

Господствующая же теорія (и законодательства) вмѣсто

---

[1]) *Strohal*, ibid., Bd. 29, S. 367 ff.

[2]) Ср. *Городысскій*, Замѣчанія на проектъ книги третьей гражданскаго уложенія о вотчинномъ правѣ. Журн. Мин. Юст., 1902, № 9, стр. 258.

того, чтобы каждое особое явленіе называть и особымъ терминомъ, во всѣхъ разобранныхъ случаяхъ оперируетъ при помощи владѣнія и,—что еще болѣе удивительно,—стремится всѣ несоединимыя разновидности владѣнія свести къ одному общему понятію—фактическаго господства лица надъ вещью.

Владѣніе является и теперь такимъ же «*орудіемъ юридической техники*», какимъ въ древне-германскомъ правѣ была Gewere[1]).

Однако, что было естественно прежде, то уже не пригодно теперь.

Если же тѣмъ не менѣе теорія и теперь прибѣгаетъ къ владѣнію, какъ къ «орудію юридической техники», то я это объясняю такимъ же консерватизмомъ идей, какой имѣлъ мѣсто и въ древнемъ Римѣ.

На основаніи изложеннаго, я считаю наиболѣе цѣлесообразнымъ установить въ законѣ только *одинъ* видъ владѣнія въ техническомъ смыслѣ слова, именно—владѣніе *реальное* или *дѣйствительное*, т. е. такое, какое имѣютъ закладопринимателі, коммодатаріи, поклажепринимателі и т. п., а также, конечно, и сами собственники или лица, присваивающія себѣ вещь cum animo domini, когда вещь находится въ ихъ дѣйствительномъ обладаніи[2]).

Владѣльцами не слѣдуетъ признавать при этомъ *зависимыхъ держателей* чужаго имущества, которое собственниками *не уступается* въ самостоятельное владѣніе[3]).

Это разграниченіе должно быть дѣлаемо на основаніи *объективныхъ* признаковъ; *субъективный* же элементъ—воля, animus —вообще не долженъ входить въ конструкцію владѣнія[4]).

---

[1]) *Endemann* прямо говоритъ, что причиной созданія особаго вида владѣнія, именно—посредственнаго, послужило большое расширеніе области *непосредственнаго* владѣнія. Einführung, Bd. II, Th. 1, S. 125. А *Планкъ* эту причину видитъ въ желаніи *такимъ способомъ* опредѣлить кругъ лицъ, которымъ принадлежитъ защита. Bürgerliches Gesetzbuch, Liefer. 10, S. 54 Ср. *Kah*, Annalen der Grossherzogl. Bad. Gerichte, Bd. 65, 1899, S. 299.

[2]) Ср. *Bekker*, Zur Reform des Besitzrechts, Iherings Jahrbücher, Bd. 30, S. 319 ff.

[3]) *Bekker*, loc. cit., S. 326. *Strohal*, Iherings Jahrbücher, Bd. 29, S. 357 ff.

[4]) Такъ и *Городысскій*, Журн. Мин. Юст., 1902, № 9, стр. 257.

Основаніемъ защиты владѣнія долженъ быть признанъ также объективный принципъ—*сохраненіе* фактическаго распредѣленія и положенія имуществъ впредь до судебнаго рѣшенія вопроса о *правомѣрности* этого распредѣленія и положенія.

На этомъ основаніи и въ этихъ предѣлахъ владѣльческая защита должна быть предоставлена, конечно, владѣльцамъ,—не только противъ третьихъ лицъ и зависимыхъ держателей, но также и противъ тѣхъ, отъ кого имущество во владѣніе получено. Эти же послѣднія лица,—въ ихъ числѣ и собственники,—должны также имѣть владѣльческую защиту противъ третьихъ лицъ безусловно, а противъ реальныхъ владѣльцевъ—лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда переступаются обычныя или уже установившіяся границы употребленія имущества или пользованія имъ.

Примѣнительно къ traditio такая конструкція владѣнія будетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ невозможность пріобрѣтенія владѣнія черезъ представителя[1]) (представительство въ фактахъ не возможно), а потому и—невозможность constitutum possessorium'a. Сама же traditio, какъ способъ пріобрѣтенія права собственности посредствомъ пріобрѣтенія владѣнія, возможна была бы только въ реальной формѣ передачи имущества изъ рукъ въ руки. А такъ какъ такая форма не желательна, въ виду ея чрезмѣрной стѣснительности для оборота, то пришлось бы допустить возможность пріобрѣтенія права собственности на res in specie *безъ* владѣнія, *безъ* передачи, силой одного лишь вещнаго (консенсуальнаго и каузальнаго) договора, какъ это уже и происходитъ у насъ подъ дѣйствіемъ 1 ч. X тома и кассаціонной практики Сената[2]).

Но, можетъ быть, это не практично, не цѣлесообразно? Можетъ быть, оборотъ *страдаетъ* отъ системы соглашенія? Можетъ быть, система traditio, особенно въ своей усовершенствованной формѣ, представляетъ такія выгоды и преимущества,

---

[1]) *Kohler*, Annalen der Grossherzoglich Badischen Gerichte, Bd. 40, S. 238. *Bekker*, Iherings Jahrbücher, Bd. 30, S. 325. *Strohal*, Iherings Jahrbücher, Bd. 38, S. 18, 70.

[2]) Вопросъ объ ограниченіи системы соглашенія защитой добросовѣстнаго пріобрѣтенія (Hand wahre Hand) стоитъ особо и самостоятельно. Область дѣйствія соглашенія ограничивается количественно, но не принципіально.

что ее *необходимо* ввести въ наше будущее уложеніе, какая бы сложность въ институтѣ владѣнія этимъ ни была вызвана?

Разрѣшеніемъ этихъ вопросовъ мы займемся въ слѣдующемъ параграфѣ.

---

§ 2 [1]). Передача или соглашеніе?

По этому вопросу de lege ferenda я рѣшительно высказываюсь въ пользу системы соглашенія.

Это—по двумъ основаніямъ. Во 1-хъ, система traditio никакихъ приписываемыхъ ей выгодъ и преимуществъ въ дѣйствительности не имѣетъ; а во 2-хъ, система соглашенія болѣе проста, естественна и удобна для оборота.

Вопросъ о преимуществахъ той и другой системы обсуждается многими авторами какъ на Западѣ, такъ и у насъ, но особенно обстоятельному изслѣдованію онъ былъ подвергнутъ на 14 и 15 съѣздахъ германскихъ юристовъ, когда шли работы по составленію проекта Общегерманскаго Уложенія.

Спеціально вопросомъ о traditio занимался 14-й съѣздъ (на 15 съѣздѣ разсматривался constitutum possessorium), и въ конечномъ результатѣ съѣздъ высказался *въ пользу* системы traditio.

Нѣкоторые защитники этой системы и теперь указываютъ, между прочимъ, и на это обстоятельство, какъ на особый аргументъ въ пользу своего взгляда.

Однако, если изучить подробно все, что говорилось на 14 съѣздѣ, то окажется, что traditio взяла верхъ только *числомъ голосовъ* при голосованіи, да и то въ одномъ изъ отдѣленій съѣзда она прошла лишь при *ничтожномъ* большинствѣ[2]).

Сущность же доводовъ, приводившихся за и противъ traditio, въ результатѣ своемъ болѣе благопріятна системѣ соглашенія, чѣмъ системѣ traditio: въ пользу послѣдней ничего не

---

[1]) Этотъ параграфъ точно также, какъ и § 2 предыдущей главы является передѣлкой моей статьи «Traditio или nudum pactum?», помѣщенной въ Журн. Мин. Юст., 1901, №№ 9 и 10.

[2]) Verhandlungen des vierzehnten deutschen Juristentages, Bd. II, 1878, S. 267 и тамъ же, S. 57.

сказано убѣдительнаго,—таково, по крайней мѣрѣ, мое впечатлѣніе и убѣжденіе.

Итакъ, разсмотримъ тѣ доводы, которые приводятся въ пользу необходимости traditio.

Прежде всего, имѣя въ виду третьихъ лицъ, указываютъ на ту особенность вещнаго права (въ противоположность обязательственному), что оно «устанавливаетъ по своему публичному значенію всеобщую обязанность, всеобщее признаніе правъ собственника и всеобщее имъ подчиненіе». Поэтому «возникновеніе и существованіе вещныхъ правъ зависятъ не отъ одной частной воли, но должны быть еще обставлены такими внѣшними признаками и условіями, которые приводили бы во всеобщее сознаніе принадлежность вещнаго права тому или другому субъекту». Вотъ такимъ то признакомъ и служитъ владѣніе, traditio [1]).

Это—очень распространенная мысль не только на Западѣ, но и у насъ [2]).

Ее же проводитъ и нашъ проектъ Обязательствъ [3]).

Однако теперь даже и многіе защитники системы traditio сознаютъ, что въ *этомъ* отношеніи traditio безполезна: никакой публичности и гласности переходу права собственности она не сообщаетъ.

Такъ, напр., Дернбургъ, хотя и указываетъ, что передача владѣнія сообщаетъ переходу права собственности публичность (Offenkundigkeit), которая очень важна для интересовъ третьихъ лицъ, тѣмъ не менѣе тутъ же прибавляетъ, что есть, конечно, *и такія формы передачи владѣнія*, при которыхъ ни переходъ этого послѣдняго, ни переходъ права собственности внѣшнимъ

---

[1]) *Motive* zu dem Entwurfe eines B. G. B., III, S. 333. *Warnkönig*, über den Begriff der justa causa bei der Tradition, Archiv für die Civ. Praxis, Bd. VI, 1831, S. 123, 124. *Wächter*, Pandekten, Bd. II, 1881, § 131, S. 114. *Maynz*, Cours de droit romain, I, § 105, p. 725, 726. *Cuq*, Les institutions juridiques des romains, II, p. 235. Такого же мнѣнія были старые австрійскіе ученые. *Randa*, Das Eigenthumsrecht, § 11, Anm. 13, S. 270. *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 307, Anm. 61.

[2]) *Оксъ*, Журн. гражд. и угол. права, 1874, кн. 3, стр. 65, *Шершеневичъ*, Учебникъ рус. гражд. права, стр. 245.

[3]) Объясненія къ книгѣ пятой проекта гражданскаго уложенія, т. I, стр. 24.

образомъ не проявляются; эти формы суть—constitutum possessorium и traditio brevi manu [1]).

Другіе же ученые выражаются даже и болѣе опредѣленно. Такъ, Ранда[2]) говоритъ, что изъ передачи третьи лица не могутъ вывести никакого достовѣрнаго заключенія о переходѣ права собственности: для этого необходимо знать *causa* traditionis, т. е. тотъ договоръ, который лежитъ въ основаніи передачи. Такимъ образомъ получается совершенно обратный результатъ: не традиціей объясняется договоръ, а наоборотъ,—договоромъ объясняется традиція! Здѣсь выступаетъ полная несостоятельность традиціи въ указанномъ отношеніи. Это признаетъ и Экснеръ[3]), убѣжденный, впрочемъ, защитникъ этой системы.

То же самое констатируетъ, наконецъ, и наша Редакціонная Коммисія въ своихъ объясненіяхъ къ ст. 4 обязательствъ.

Тамъ говорится: «въ этомъ отношеніи передача имущества, сама по себѣ, представляется нецѣлесообразнымъ средствомъ. Во-первыхъ, она не есть исключительная принадлежность установленія вотчинныхъ отношеній; какъ осуществленіе обязательственныхъ отношеній, напр., по найму движимыхъ и недвижимыхъ имуществъ, такъ и возникновеніе таковыхъ по ссудѣ, поклажѣ, займу совершается также посредствомъ дѣйствительной передачи имущества. Лицо, не участвующее въ передачѣ—принятіи имущества, не можетъ изъ этого событія сдѣлать правильное заключеніе о свойствѣ установляемаго отношенія» [4]).

И въ самомъ дѣлѣ, если бы даже пренебречь указанной двусмысленностью traditio, то все же окажется неустранимымъ недоумѣніе: какъ такъ можно говорить о публичности и извѣстности перехода права собственности, когда передачу сплошь и рядомъ замѣняетъ constitutum possessorium, а этотъ послѣдній,

---

[1]) *Dernburg*, Pandekten, Bd. I, Abtheil. 2, 1900, § 221. Такъ и *Thur*, Eigenthumserwerb an Mobilien nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch verglichen mit dem Rechte des Code civil, Zeitschrift für französisches Civilrecht, Bd. 30, 1899, S. 529.

[2]) Loc. cit.

[3]) Loc. cit. Такъ и *Endemann*, Zeitschrift fü das ges. Handelsrecht, Bd. 38, 1891, S. 326. *Seitz*, Verhandlungen des 14 deutsch. Juristentages. Bd. I, S. 65, 66. *Petersen*, Verhandlungen des 14 deutsch. Juristentages, I, S. 181, 182.

[4]) Объясненія къ кн. 5, т. I, стр. 25.

какъ бы его строго ни обставляли, представляетъ изъ себя, въ концѣ концовъ простой договоръ [1]) (или совокупность договоровъ, если требовать causa detentionis); *видимой* же перемѣны въ положеніи имущества не происходитъ никакой. А потому третьи лица,—напр., кредиторы продавца,—никакого представленія ни о принадлежности, ни о переходѣ имуществъ имѣть не могутъ[2]).

Если допускаютъ, что при системѣ соглашенія могутъ найтись люди, которые, желая избавить мнимаго продавца отъ платежа долговъ, будутъ готовы утверждать, что движимое имущество послѣдняго, хотя и находится еще у него, принадлежитъ уже имъ по куплѣ-продажѣ, которой въ дѣйствительности однако не было, то какое основаніе утверждать, что при системѣ традиціи тѣ же самыя лица не будутъ настаивать на принадлежности имъ того же имущества, ссылаясь на constitutum possessorium, котораго также точно въ дѣйствительности не было[3])?

Конечно, однихъ утвержденій мало: утвержденія надо доказать. Но какая же разница въ доказываніи при системѣ соглашенія и при constitutum possessorium'ѣ?—Гарантія,—или точнѣе сказать: отсутствіе гарантіи,—въ обоихъ случаяхъ одинаково.

Дѣло не въ системахъ: причина зла лежитъ въ природѣ человѣческой, и *объ* наши системы *одинаково* безсильны въ дѣлѣ его искорененія[4]). (А потому предпочтенія заслуживаетъ система болѣе простая).

---

[1]) Такъ *Endemann*, Zeitschrift für das ges. Handelsrecht, Bd. 38, S, 328, 329. *Bähr*, Urtheile des Reichsgerichts, S. 64. *Petersen*, Verhandlungen des 14 Juristentages, I, S. 179.

[2]) *Levé*, Code de la vente commerciale, p. 117. *Heinsen*, Verhandlungen des 14 deutsch. Juristentages, Bd. II, S. 48, 49.

[3]) *Dernburg*, Pandekten, I, § 181, Anm. 5. *Гирке*, защитникъ системы traditio, утверждаетъ даже, что именно въ случаяхъ simulatio стороны и позаботятся сочинить фиктивную сдѣлку объ оставленіи имущества у продавца. *Gierke*, Der Entwurf eines B. G. B., S. 303. *Biermann*, Das constitutum possessorium, § 65, считаетъ требованіе causa detentionis ни на чемъ не основаннымъ. *Bähr* считаетъ его безполезнымъ, Urtheile, S. 68. Такъ и *Bekker*, Iherings Jahrbücher, Bd. 34, S. 80. *Wiener*, Verhandl. des 15 Juristentages, Bd. II, S. 92, 93.

[4]) *Wiener*, Verhandl. des 14 deutsch. Juristentages, Bd. II, S. 51, 52. *Petersen*, ibidem, S. 261.

Если бы возложить на нихъ предупрежденіе и пресѣченіе преступленій, то пришлось бы, какъ говоритъ Колеръ[1]), уничтожить половину обычныхъ сдѣлокъ нашего оборота и вернуться, прибавлю я, къ тому тяжелому для гражданскаго права и оборота времени, когда Петръ Великій въ одномъ изъ своихъ указовъ предписалъ крѣпостную форму для всѣхъ сдѣлокъ даже о движимыхъ имуществахъ[2])

Именно необходима крѣпостная форма или же система traditio, *но въ такой формѣ*, при которой право собственности переходило бы *только* при *реальной* передачѣ вещи[3]). Но и этого послѣдняго ограниченія было бы мало: вѣдь можно передать вещь и потомъ сейчасъ же, по сдѣлкѣ найма, поклажи и т. п., взять ее обратно,—третьи лица опять ничего не будутъ знать[4]). Поэтому къ требованію реальной передачи необходимо было бы прибавить *запрещеніе* пріобрѣтателю въ теченіе болѣе или менѣе продолжительнаго срока (пока всѣ третьи лица не узнаютъ о совершившемся переходѣ имущества въ другія руки!) вступать въ какія бы то ни было сдѣлки съ отчуждателемъ, связанныя съ возвращеніемъ ему пріобрѣтеннаго отъ него имущества.

Весьма замѣчательно однако то обстоятельство, что именно такой законъ и былъ изданъ въ 1848 г. въ Бременѣ[5]), но за-

---

[1]) *Kohler*, Vertrag und Uebergabe, Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 18, Heft, 1, S. 61. Бэръ резонно замѣчаетъ, что и римляне требовали передачи навѣрно не въ цѣляхъ полицейскаго надзора. *Bähr*, Krit. Vierteljahresschrift, Bd. 30, S, 492.—И не въ цѣляхъ публичности, утверждаетъ *Appleton*, De la possesion, § 107.

[2]) *Ильяшенко*, Договоръ запродажи съ точки зрѣнія будущаго гражданскаго уложенія. Журн. гражд. и угол. права, 1889, кн. 5, стр. 19.

[3]) Ср. *Pininski*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, I, S. 231: Если считается нужнымъ ограничить произволъ сторонъ, то надо переходъ правъ связать съ измѣненіемъ фактовъ (конечно, для всякаго замѣтныхъ?).

[4]) *Leonhard*, Verhandl. des Juristentages, I, S. 95, 96, 106.

[5]) Nach einer Bremer Verordnung (in Betr. des Uebergangs des Eigenthums an bewegl. Sachen) v. 25 Aug. 1848, § 4b soll Eigenthum nur durch reelle Tradition übergehen und die Verabredung unwirksam sein, «dass der Erwerber den veräusserten Gegenstand für den Veräusserer oder dieser denselben für den Erwerber besitzen soll (constitutum possessorium)». Подобный же законъ былъ изданъ 3 апр. 1876 г. и въ Ольденбургѣ. Его

тѣмъ этотъ законъ не нашелъ подражанія ни въ одномъ законодательствѣ[1])!

Да и въ самомъ дѣлѣ, вѣдь и такого закона было бы мало: пріобрѣтатель можетъ отдать купленную вещь въ наемъ, поклажу и т. п. не отчуждателю, а какому нибудь постороннему лицу, и третьи лица опять попадутъ впросакъ. Слѣдовательно, для охраны третьихъ лицъ отъ ошибокъ, пришлось бы вообще запретить владѣніе чужимъ имуществомъ, на какомъ бы то ни было основаніи[2]). Но вѣдь это значило бы совершенно остановить гражданскій и торговый оборотъ! Такъ далеко, конечно, никто не идетъ.

Почти всѣ[3]), лишь за нѣкоторыми исключеніями[4]), требуютъ и de lege ferenda сохраненія constitutum possessorium'a.

Съ симулятивными же сдѣлками хотятъ бороться, или вводя реквизитъ causa detentionis, или предоставляя сомнительные случаи на свободное усмотрѣніе судьи[5]).

---

§ 32 гласитъ: Die Veräusserung einer beweglichen Sache unter der Verabredung, dass der Veräusserer sie fortan für den Erwerber inne haben solle (constitutum possessorium), hat Driiten gegenüber keine Wirksamkeit». *Stobbe*, Handbuch, Bd. II, § 148, Anm. 5, S. 636.

[1]) *Behrend* считаетъ это даже и нежелательнымъ: фраудулезныя сдѣлки не устранялись бы, а скорѣе формально прикрывались бы, Verhandlungen des 15 deutsch. Juristentages, Bd. I, S. 77.

[2]) *Wiener*, Verhandl. des 15 Juristentages, II, S. 97, 98.

[3]) *Dernburg*, Pandekten, I, § 181. *Kohler*, Annalen der Badischen Gerichte, Bd. 40, S. 239, *Strohal*, Iherings Jahrbücher, Bd. 31, S. 34, 35. *Bornemann*, Verhandlungen des 14 deutschen Juristentages, Bd. I, 1878, S. 118. *Albrecht*, Ibidem, Bd. II, S. 35. *Behrend*, Verhandl. des 15 Juristentages, Bd. I, S. 78. *Leonhard*, Ibidem, S. 98, 99.

[4]) *Wolff*, Gutachten aus dem Anwaltstande, 1890, S. 623, 624. *Drechsler* Verhandlungen des 14 deutsch. Juristentages, Bd. II, S. 44, 45.

[5]) *Demolombe*, Cours de Code Napoléon, t. 24, n. 472. *Bähr*, Kritische Vierteljahresschrift, Bd. 30, S. 492 (за усмотрѣніе судьи), *Strohal*, Iherings Jahrbücher, Bd. 31, S. 35, 36 (за causa detentionis). *Bornemann*, Verhandl. des 14 deutsch. Juristentages, Bd. I, S. 118 (то же). *Enneccerus*, Ibidem, Bd. II, S. 50 (то же). *Petersen*, Ibidem, Bd. II, S. 54 (за усмотрѣніе судьи). *Leonhard* правильно говоритъ, что нельзя изъ-за мошенниковъ писать законы стѣснительные и для честныхъ людей. Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 25, 1881, S. 514.

Но дѣло въ томъ, что первое средство не дѣйствительно: симулирующіе куплю-продажу могутъ, какъ я уже говорилъ выше, съ одинаковымъ успѣхомъ симулировать и наемъ, поклажу и т. п.; второе же средство *совершенно одинаково* примѣнимо и полезно (или безполезно) при обѣихъ системахъ.

Слѣдовательно, третьимъ лицамъ отъ системы traditio нѣтъ никакой ни прибыли, ни обезпеченности [1]).—Ужъ слишкомъ мало въ ней замѣтной для каждаго реальности [2]).

Публичность и обезпеченность третьихъ лицъ дѣйствительно великое благо для оборота, но только оно можетъ быть достигнуто отнюдь не системой traditio. Здѣсь нужна *защита добросовѣстнаго пріобрѣтенія*: кто пріобрѣлъ движимую вещь bona fide и cum animo domini въ свое реальное обладаніе хотя бы и отъ не собственника, тотъ долженъ быть свободенъ отъ виндикаціоннаго иска [3]).

---

[1]) *Kohler*, Annalen der Grossherzogl. Bad. Gerichte, Bd. 40, S. 238, 239. *Caillemer* говоритъ именно о полномъ отсутствіи публичности вещныхъ правъ въ Римѣ. Revue de législation ancienne et moderne française et étrangère, 1870—71, p. 647. *Appleton*, De la possession et des actions possessoires, § 107. *Пининскій* видитъ преувеличеніе въ томъ утвержденіи, по которому владѣніе считается чѣмъ-то видимымъ и замѣтнымъ. *Pininski*, Der Thatbestand des Besitzererwerbs, I, S. 161. *Belime*, Traité du droit de Possession, n. 182, о traditio въ старомъ французскомъ правѣ говоритъ: это правило, которое за себя не имѣетъ ничего, кромѣ своей древности, благопріятствовало совершенію всевозможныхъ обмановъ! *Leonhard*, Verhandl. des 15 Juristentages Bd. I, S. 97: traditio—*тайный* актъ. Дать полную защиту кредиторамъ нѣтъ возможности. S. 106. *Wiener* правильно утверждаетъ, что когда системой traditio хотятъ защищать кредиторовъ продавца, то смѣшиваютъ двѣ различныхъ вещи: не *пріобрѣтеніе* владѣнія вмѣстѣ съ собственностью можетъ быть имъ ясно и полезно, а *продолженіе* владѣнія, но этого не даетъ никакая система: продавецъ всегда можетъ по какой нибудь сдѣлкѣ получить вещь обратно, и такимъ образомъ всякая ясность положенія дѣла утратится, Verhandl. des 15 Juristentages, Bd. I, S. 85, 86. *Petersen* утверждаетъ, что передачей публичность не достигается. Verhandl. des 14 Juristentages, Bd. II, S. 40.

[2]) *Kohler*, Annalen der Bad. Gerichte, Bd. 40, S. 237, восклицаетъ: Und wie farblos und abgeblasst ist die Tradition in den neueren Gesetzbüchern!

[3]) *Petersen*, Verhandlungen des 14 deutsch. Juristentages, I, 182, 183. Установить публичность *перехода* права собственности не возможно; поэтому

Система же traditio для этихъ цѣлей не пригодна, а потому ее надо признать только излишнимъ усложненіемъ и обремененіемъ оборота, судей-практиковъ и юристовъ-теоретиковъ[1]).

Итакъ, для третьихъ лицъ traditio не можетъ быть полезна. Сознавая это, Экснеръ совсѣмъ отказывается отъ этого довода, но за то выставляетъ другой: не третьи лица получаютъ возможность отличать вещные договоры отъ обязательственныхъ, а сами контрагенты.

Напр., заключается такой договоръ.

А. говоритъ: «даю тебѣ мою лошадь за 200 гульденовъ». В. отвѣчаетъ: «принимаю». Договоръ заключенъ, но какой? Только обязательственный, или же перешла уже и собственность? Си-

---

остается только ограничить *дѣйствіе* права собственности, т. е. ограничить виндицированіе движимостей. А при ограниченіи виндицированія одинаково пострадаетъ и покупщикъ, пріобрѣвшій вещь по одному договору, и покупщикъ, пріобрѣвшій ее по constitutum possessorium'у (если вещь продана и *передана* другому покупщику). Ibidem, Bd. II, S. 252, 253. Такой же исходъ предлагаетъ и *Leonhard*, Verhandl. des 15 Juristentages, Bd. I, S. 107.

[1]) *Kohler*, Annahme und Annahmevertrag, Iherings Jahrbücher, Bd. 17, 1879, S. 320, Anm. 1. *Kohler*, Annalen der Bad. Gerichte, Bd. 40, S. 237: Und diese symbolische Tradition ist wieder der Tummelplatz der unerquicklichsten Streitigkeiten. *Беккеръ* говоритъ: въ результатѣ господствующей теоріи—такое право, котораго никогда не пойметъ народная масса, которая должна однако жить по этому праву: даже юристы, и тѣ впадаютъ въ сомнѣнія и противорѣчія; и при всемъ этомъ самые нежелательные изворотыпри конкурсѣ и ему подобныхъ обстоятельствахъ нисколько не устраняются. Iherings Jahrbücher, Bd. 34, S. 54. *Зайцъ* на 14 съѣздѣ германскихъ юристовъ говорилъ: подумайте только, что дѣловые люди, купцы, путешественники, крестьяне должны на ярмаркахъ, биржахъ, въ дорогѣ имѣть съ собою все, что они покупаютъ и продаютъ: товары, цѣнныя бумаги, скотъ, пшеницу! Verhandlungen, Bd. I, S. 69.—*Seitz*. Этотъ же референтъ (S. 57) обращаетъ вниманіе на тотъ случай, когда вещь украдена у собственника; этотъ послѣдній, не имѣя владѣнія, не можетъ и передать другому права собственности на нее, а воръ имѣетъ полную возможность продажи: — очевидно, что владѣнію придается не соотвѣтствующее ему значеніе сравнительно съ правомъ. *Petersen* также утверждаетъ, что какъ требованіе causa detentionis, такъ и вообще traditio вмѣстѣ съ constitutum possessorium'омъ возбуждаютъ больше сомнѣній и споровъ, чѣмъ система соглашенія. Varhandlungen des 14 deutsch. Juristentages, Bd. I, S. 179, 180, Bd. II, S. 54.

стема соглашенія не даетъ ключа къ разгадкѣ, а traditio, говоритъ Экснеръ, рѣшаетъ дѣло ясно [1]).

Противъ этого уже съ давнихъ поръ и правильно возстаетъ Колеръ [2]).

Онъ видитъ здѣсь аргументъ чисто доктринальнаго свойства, противорѣчащій опыту странъ, въ которыхъ дѣйствуетъ система *соглашенія*; защищать теперь формализмъ сдѣлокъ совершенно несвоевременно. Теперь, когда формализмъ почти совершенно устраненъ, когда на биржахъ заключаются сдѣлки на милліоны безъ всякихъ формальностей, нецѣлесообразно было бы, говоритъ Колеръ, покупая ботинки, требовать отъ сапожника непремѣнно передачи, чтобы этимъ отмѣтить переходъ права собственности.

Затѣмъ, защитники traditio указываютъ на то, что необходимость передачи способствуетъ болѣе сознательному отношенію контрагентовъ къ отчужденію и пріобрѣтенію права собственности. Такъ, Ранда говоритъ: traditio тѣмъ хороша, что она служитъ «возбудителемъ (Wecker) юридическаго сознанія»; она отмѣчаетъ фазу окончательнаго рѣшенія воли о бытіи или небытіи и о такомъ или иномъ бытіи юридической сдѣлки [3]).

Въ такомъ же родѣ учитъ и Савиньи: рѣшеніе о какомъ нибудь важномъ дѣлѣ рѣдко можетъ состояться сразу; обыкновенно ему предшествуетъ состояніе нерѣшительности; и только путемъ постепенныхъ и незамѣтныхъ переходовъ выясняется зрѣлая воля; вотъ тутъ-то форма и является вѣрнымъ признакомъ окончательнаго рѣшенія [4]).

Разсчетъ здѣсь ведется, очевидно, такой: если кто недостаточно думалъ при заключеніи договора, то, авось, онъ проявитъ зрѣлую волю при передачѣ.

Вотъ изъ вниманія къ такимъ-то контрагентамъ законъ и дѣлитъ процессъ пріобрѣтенія имуществъ на двѣ стадіи. Однако противъ такой опеки надъ слабыми можно имѣть многое.

---

[1]) *Exner*, Rechtserwerb durch Tradition, S. 306, 307.

[2]) *Kohler*, Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 18, Heft 1, S. 61, 62.

[3]) *Randa*, Das Eigenthumsrecht, § 11, S. 269. Такъ и проф. Загоровскій, Юридич. Вѣстникъ, 1890, № 7 и 8, стр. 280. *Petersen* высказывается однако противъ опеки надъ сторонами. Verhandl. des 14 Juristentages, II, S. 37, 38. Это и правильно: опека здѣсь совершенно безполезна.

[4]) *Savigny*, System des hent. röm. Rechts, Bd. III, S. 238.

Во-первыхъ, съ какой стати затруднять *весь* оборотъ изъ за *немногихъ*, мало думающихъ и нуждающихся во внѣшнихъ подталкиваніяхъ, субъектовъ?—Jura scripta sunt vigilantibus!

Во вторыхъ, и этимъ немногимъ система передачи можетъ помочь только тогда, когда она не совпадаетъ съ договоромъ, такъ какъ иначе не будетъ времени одуматься.

Поэтому для послѣдовательности пришлось бы предписать, чтобы передача, въ значеніи способа пріобрѣтенія права собственности, *всегда* откладывалась на нѣкоторое время послѣ заключенія договора.

Въ третьихъ, идя по тому же пути, пришлось бы вообще усилить формализмъ въ правѣ, тогда какъ исторія права есть исторія постепеннаго, но неуклоннаго освобожденія отъ формализма, и наше время отнюдь не склонно возвращаться къ нему.

Въ четвертыхъ, наконецъ, по самому существу своему, это воспитательное средство весьма сомнительно. Законъ долженъ *настаивать* на исполненіи принятой обязанности по правилу: не давши слова, крѣпись, а давши, держись. А здѣсь выходитъ, что какъ будто бы законъ *потакаетъ* нарушенію принятыхъ на себя обязательствъ. Онъ какъ бы говоритъ: «ты необдуманно вступилъ въ обязательство?—Ничего, у тебя есть время нарушить его». Такія рѣчи не къ лицу закону. Нѣтъ, Экснеръ правильно говоритъ, что послѣ заключенія сдѣлки уже поздно думать о ея послѣдствіяхъ[1]).

Такія же идеи проводилъ и Порталисъ, одинъ изъ редакторовъ кодекса Наполеона.

Онъ становится на *моральную* точку зрѣнія. Онъ говоритъ, что каждый свободенъ вступать въ сдѣлку, но разъ договоръ заключенъ, то уже первый долгъ каждаго—исполнить обѣщанное: тутъ уже ни свободы, ни выбора нѣтъ, и было бы абсурдомъ,—продолжаетъ Порталисъ,—если бы контрагенты имѣли право уклоняться отъ своихъ обязанностей и не исполнять ихъ[2]).

Далѣе, защитники traditio указываютъ на невозможность послѣдовательнаго проведенія системы соглашенія или на ея

---

[1]) *Exner*, op. cit., S. 306.

[2]) *Portalis*, Discours, rapports et travaux inédits sur le code civil, Paris, 1844, p. 239. Такъ и на 14 съѣздѣ герман. юристовъ. *Seitz*, Verhandl., I, S. 58.

внутреннее противорѣчіе, вызываемое защитой добросовѣстнаго пріобрѣтенія, напр., по art. 2279 и 1141 французскаго кодекса[1]).

Но я уже указывалъ выше, насколько это утвержденіе не основательно[2]): защита добросовѣстнаго пріобрѣтенія, какъ институтъ совершенно самостоятельный, вполнѣ умѣстна при обѣихъ системахъ.

Что же касается взаимныхъ столкновеній, то отъ нихъ не свободна и система traditio, такъ какъ и здѣсь передача не всегда бываетъ реальной; слѣдовательно, въ случаѣ вторичной продажи, и здѣсь первый покупщикъ одинаково можетъ остаться при одномъ лишь искѣ о возвратѣ цѣны и о возмѣщеніи убытковъ[3]).

По поводу двойныхъ продажъ проф. Шершеневичъ говоритъ, что, правда, съ требованіемъ передачи соединены нѣкоторыя практическія неудобства: продавецъ до передачи сохраняетъ за собой право собственности и потому можетъ продать ту же вещь другому. Однако еще большія, дескать, неудобства возможны при системѣ соглашенія: если вещь остается послѣ продажи у продавца, то онъ и здѣсь можетъ продать ее другому, при чемъ эта вторая продажа будетъ недѣйствительна, и пострадаетъ уже не первый, а второй покупщикъ. При этомъ профессоръ прибавляетъ: «а между тѣмъ легче было первому покупщику предупредить подобное стеченіе правъ пріобрѣтеніемъ владѣнія, чѣмъ второму собрать свѣдѣнія о принадлежности пріобрѣтаемой вещи[4]).

Однако ни въ какомъ особомъ собираніи свѣдѣній нѣтъ надобности; надо только поступать вполнѣ добросовѣстно, и тогда,

---

[1]) *Bornemann*, Verhandlungen des 14 Juristentages, Bd. I, S. 116. *Randa*, Das Eigenthumsrecht, S. 271. *Albrecht*, Verhandl. des 14 Juristentages, Bd. II, S. 31.

[2]) См. еще *Endemann*, Zeitschrift für das ges. Handelsrecht, Bd. 38, S. 327: art. 2279 даже *подтверждаетъ* систему соглашенія; если въ теченіе 3 лѣтъ сохраняется виндикація, то, значитъ, право собственности *было уже пріобрѣтено* и именно—договоромъ. Авторъ видитъ здѣсь ein seltsames Missverständniss. *Seitz*, Verhandl. des 14 Juristentages, I, S. 64, Anm. 5, S. 70—74. *Petersen*, Verhandlungen des 14 Juristentages, I, S. 183, 184.

[3]) *Seitz*, Verhandlungen des 14 Juristentages, I, S. 67.

[4]) *Шершеневичъ*, Учебникъ рус. гражданскаго права, стр. 245, 246.

въ случаѣ *реальнаго* пріобрѣтенія вещи вторымъ покупщикомъ, законъ будетъ на его сторонѣ, и онъ не пострадаетъ. Если же второй покупщикъ дѣйствовалъ недобросовѣстно, или такъ же, какъ и первый, не позаботился о пріобрѣтеніи реальнаго владѣнія, то конечно, ему остается пенять только на себя, а система соглашенія тутъ не при чемъ.

Съ другой же стороны, то обстоятельство, что при системѣ traditio договоръ купли-продажи самъ по себѣ не даетъ покупщику ровно никакой власти надъ вещью, и продавецъ сохраняетъ право передать эту вещь другому лицу, при чемъ первый покупщикъ долженъ будетъ одинаково уступить и добросовѣстному, и *недобросовѣстному* конкурренту,—это обстоятельство, какъ признаетъ и проф. Шершеневичъ, является дѣйствительнымъ минусомъ системы traditio.

Положимъ, что, разъ даннымъ законодательствомъ принята система traditio, то каждый долженъ знать это и быть готовымъ къ подобнаго рода неожиданностямъ, но все же *законная* возможность *mala fide* нарушать принятыя на себя обязательства не можетъ быть полезна и желательна ни въ нравственномъ, ни въ экономическомъ отношеніяхъ.

Наконецъ, проф. Загоровскій въ числѣ другихъ, уже разсмотрѣнныхъ, доводовъ приводитъ еще такой: traditio удовлетворяетъ практической цѣли при пріобрѣтеніи права собственности: она переноситъ фактическую власть, владѣніе [1]).

Однако здѣсь никакого преимущества нѣтъ: система соглашенія отнюдь не исключаетъ возможности немедленной передачи вещи покупщику, если это ему нужно и интересно [2]). Но за то, съ другой стороны, бываютъ случаи, когда у продавца нѣтъ владѣнія; здѣсь traditio является уже настоящимъ тормазомъ: отчужденіе или невозможно совсѣмъ, или производится окольными путями (уступка rei vindicatio [3]).

Этимъ и исчерпываются, кажется, всѣ соображенія *практическаго* свойства.

Далѣе идутъ аргументы *теоретическаго* характера.

Выше я уже указывалъ на утвержденіе, по которому идея

---

[1]) *Загоровскій*, Юридич. Вѣстникъ, 1890, № 7 и 8, стр. 280, 281.

[2]) *Petersen*, Verhandl. des 14 Juristentages, I, S. 185.

[3]) *Kohler*, Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 18, Heft, 1, S. 62, 63,

объ установленіи *вещнаго* права силою одного лишь неформальнаго *договора* будто бы противорѣчитъ самому существу этого послѣдняго,—утвержденіе, противорѣчащее фактамъ и не имѣющее основанія въ теоріи [1]).

То же самое говорилъ на 14 съѣздѣ германскихъ юристовъ Борнеманъ: теоретически правильнѣе, чтобы обязательство (?) не устанавливало непосредственной власти надъ вещью; очень важно сохранить въ чистотѣ(?) существо обязательственнаго договора и не примѣшивать къ нему постороннихъ элементовъ; юридическая власть надъ вещью должна только *подготовляться* договоромъ [2]).

Однако такія пожеланія *самостоятельнаго* значенія имѣть не должны; они умѣстны только при томъ предположеніи, что они находятся въ полномъ соотвѣтствіи съ потребностями оборота (Борнеманъ, впрочемъ, такъ и думаетъ). Если же оборотъ требуетъ *упрощенія* сдѣлокъ (какъ это и есть, я думаю, въ дѣйствительности), то этому требованію наши классификаціонныя категоріи должны уступать безусловно.

Почти всѣ разобранныя соображенія въ пользу системы передачи приводитъ, между прочими, и Ранда, но онъ, по его словамъ, не упускаетъ при этомъ изъ виду ихъ «*относительное и ограниченное значеніе*».

Самымъ же главнымъ доводомъ въ пользу этой системы служитъ, по его мнѣнію, то обстоятельство, что «принятіе обратнаго, французскаго принципа внесло бы въ господствующую конструкцію такую ломку, значеніе которой во всѣхъ направленіяхъ не такъ то легко было бы и опредѣлить» [3]).

По моему же, это именно и есть самый слабый аргументъ въ пользу какого бы то ни было мнѣнія. Дескать, правило, само по себѣ, пожалуй, и хорошо, но все-таки его надо отвергнуть, такъ какъ иначе теоретики не будутъ знать, что̀ съ нимъ дѣлать при систематикѣ и конструкціи права,—нѣтъ, не жизнь и ея потребности для теоретиковъ и ихъ конструкцій, а теоретики со всѣми своими конструкціями для жизни [4]).

---

[1]) См. еще *Petersen*, Verhandlungen des 14 Juristentages, I, S. 174.

[2]) *Bornemann*, Verhandlungen des 14 deutsch. Juristentages, Bd. I, S. 113, 114.

[3]) *Randa*, Das Eigenthumsrecht, S. 270, 271.

[4]) *Leonhard*, Verhandlungen des 15 Juristentages, II, S. 104.

Подобнымъ же образомъ говоритъ и проф. Шершеневичъ: «принципъ признанія права собственности въ силу одного договора вноситъ нѣкоторую неясность въ обязательства. Возьмемъ договоръ купли-продажи. Непосредственною цѣлью установленнаго обязательства было пріобрѣтеніе покупщикомъ права собственности. Если допустить, что эта цѣль достигается въ моментъ установленнаго согласія, то какое, спрашивается, юридическое основаніе обязанности продавца передать впослѣдствіи, а до того времени сохранять проданную вещь? Очевидно, что такую обязанность нельзя выводить изъ договора купли-продажи [1]).

Съ этимъ я также согласиться не могу.

Эту обязанность можно и слѣдуетъ выводить изъ договора купли-продажи. Я представляю это себѣ слѣдующимъ образомъ. Договоръ купли-продажи есть договоръ сложный. Онъ состоитъ прежде всего изъ нѣсколькихъ *обязательственныхъ* элементовъ: уплата цѣны, передача вещи, отвѣтственность въ случаѣ эвикціи и т. п.; при системѣ же соглашенія, сюда прибавляется и *вещный* элементъ: переходъ права собственности [2]).

При этомъ передача вещи—одна изъ существеннѣйшихъ обязанностей продавца. Почему она не можетъ быть отсроченной и послѣдовать *послѣ* перехода права собственности? Ничто не мѣшаетъ этому. Вещный эффектъ совсѣмъ не имѣетъ свойства пресѣкать остальныя обязательственныя отношенія: напр., и послѣ traditio остается обязанность *(изъ той же купли-продажи)* отвѣчать за скрытые пороки вещи, отвѣчать за эвикцію. Итакъ, дѣйствительно, пріобрѣтеніе права собственности есть непосредственная и главная цѣль купли-продажи; но этимъ *не исчерпывается все содержаніе этой сдѣлки*, и достиженіемъ этой цѣли *не прекращаются остальныя, несомнѣнно содержащіяся въ договорѣ и на немъ основанныя, обязанности и правоотношенія.*

Наконецъ, передачу для пріобрѣтенія права собственности оправдываютъ необходимостью передачи для *залога* вещи [3]).

Однако эта аналогія съ закладомъ не основательна.

---

[1]) *Шершеневичъ*, Учебникъ, стр. 246.

[2]) *Kohler*, Annalen der Badischen Gerichte, Bd. 40, S. 245.

[3]) Напр., *Drechsler*, Verhandl. des 14 Juristentages, II, S. 44, 45. *Dernburg*, ibid., S. 45.

Это—совершенно спеціальная особенность именно заклада, чтобы движимая вещь находилась въ рукахъ кредитора все время впредь до прекращенія даннаго правоотношенія.

Здѣсь такимъ образомъ необходима, собственно, не такъ traditio, какъ именно это непрерывное обладаніе вещью. Здѣсь, напр., непригодно посредственное владѣніе, или, по крайней мѣрѣ, оно должно быть совершенно ясно въ этомъ своемъ значеніи для третьихъ лицъ. Здѣсь, наконецъ, не допускается обратная передача вещи должнику по сдѣлкѣ найма, храненія и т. п.

Все это не приложимо къ праву собственности[1]).

Вотъ все, насколько я знаю, что говорятъ вообще въ пользу системы traditio.

Однако предписывая traditio, законодатель какъ бы принимаетъ на себя несвойственную опеку надъ сторонами. Онъ какъ бы говоритъ имъ: «хотя вы уже и совершеннолѣтни; хотя вы и купцы; однако запрещаю вамъ передавать право собственности по одному лишь договору»[2]).

Бруннеръ правильно считаетъ нужнымъ предоставить сторонамъ самимъ опредѣлять моментъ перехода права собственности[3]).

А для этого необходима именно система соглашенія: только тогда выборъ момента будетъ свободенъ.

Тогда какъ система соглашенія отличается своей простотой и отвѣчаетъ насущной потребности оборота въ быстротѣ и легкости сношеній[4]),— traditio иногда прямо тормозитъ и всегда усложняетъ оборотъ, защита ея оказывается защитой

---

[1]) *Kohler*, Vertrag und Uebergabe, Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 18, Heft 1, S. 59. *Wiener*, Verhandl. des 14 Juristentages, II, S. 51, *Exner*, Verhandl. des 15 Juristentages, I, S. 12.

[2]) *Petersen*, Verhandl. des 14 Juristentages, II, S. 53.

[3]) Verhandl. des 15 Juristentages, II, S. 109. *Dernburg* выразился противъ этого, Verhandl. des 14 Juristentages, II, S. 256.

[4]) *Endemann*, Zeitschrift für das ges. Handelsrecht, Bd. 38, S. 327, указываетъ на благопріятный опытъ Франціи. О быстротѣ оборота говоритъ *Thaller*, Traité élémentaire de droit commercial, 1900, n. 1026. Далѣе *Petersen* указываетъ на слѣдующія преимущества: система соглашенія даетъ немедленно 1) вещный искъ противъ третьихъ лицъ, недобросовѣстныхъ владѣльцевъ, 2) возможность дальнѣйшаго отчужденія вещи, что очень важно въ торговлѣ. Verhandl. des 14 Juristentages, II, S. 42, 254.

формализма[1]), а между тѣмъ всѣ выгоды и преимущества, якобы получаемыя отъ нея, оказываются мнимыми, призрачными. Они были бы отчасти дѣйствительны лишь тогда, еслибы не было исключеній (constitutum possessorium); но устранить исключенія—абсолютно невозможно; такъ далеко никто не идетъ: исключенія служатъ главнымъ украшеніемъ traditio.

Если же главнымъ достоинствомъ правила служитъ возможность не примѣнять его, то, значитъ, пришла пора это правило уничтожить, а на его мѣсто поставить исключенія, т. е. систему соглашенія[2]).

Такимъ образомъ, съ другой стороны, лучшее достоинство традиціи оказывается и ея злѣйшимъ врагомъ.

Таковъ тотъ заколдованный кругъ, въ которомъ находится римско-германская система.

Вотъ въ виду всѣхъ этихъ фактовъ и соображеній, редакторы нашего проекта обязательствъ дѣлали выборъ между двумя системами.

Предпочтеніе отдано римской системѣ: ст. 224[3]).

Почему? Защита ея во многомъ отличается отъ той, съ которой мы до сихъ поръ имѣли дѣло.

Такъ, прежде всего, что касается *положительныхъ* достоинствъ передачи, то изъ нихъ указывается только на одно: возможность отличать вещные договоры отъ обязательственныхъ, но, какъ уже было упомянуто выше, traditio признана въ этомъ отношеніи нецѣлесообразной[4]), такъ что только защита добросовѣстнаго пріобрѣтенія, не связанная впрочемъ съ существомъ передачи, служитъ вспомогательнымъ средствомъ для упроченія пріобрѣтенія движимостей[5]).

О другихъ положительныхъ качествахъ traditio не упоминается или потому, что разбирать научные вопросы во всей ихъ полнотѣ считается неумѣстнымъ въ мотивахъ къ закону,

---

[1]) *Kohler*, Annalen der Bad. Gerichte, Bd. 40, S. 241.

[2]) *Petersen*, Verhandlungen des 14 deutsch. Juristentages, Bd. II, S 44, 52, 53, 251.

[3]) «Право собственности на проданное имущество переходитъ къ покупщику . . . . . при продажѣ движимаго имущества—со времени передачи». Подробности см. въ книгѣ третьей проекта, ст. 98—101.

[4]) Объясненія къ книгѣ 5, т. I, стр. 25.

[5]) Тамъ же, стр. 28.

или же, можетъ быть, и потому, что и въ эти остальныя достоинства также потеряна вѣра.

Затѣмъ предпринимается, такъ сказать, *отрицательная* защита: устраняются упреки, обыкновенно посылаемые традиціи.

Такъ, «Объясненія» говорятъ: «противъ передачи, какъ способа пріобрѣтенія права собственности, указываютъ на то, что передача есть фактъ матеріальный, составляющій лишь послѣдствіе или исполненіе договора и могущій имѣть значеніе развѣ только по вопросу о переходѣ владѣнія, право же собственности существуетъ независимо отъ владѣнія, и переходъ этого права естественно долженъ зависѣть отъ воли собственника и отъ соглашенія его съ пріобрѣтателемъ» (Laurent, t. 16, §§ 355 и сл.)[1]).

На это «Объясненія» возражаютъ, что «при этомъ упускается изъ вида, что передача есть именно реальная сдѣлка, заканчивающая продажу, какъ договоръ обязательственный, и что въ ней, въ этой передачѣ, выражается именно окончательная воля хозяина уступить вещь другому лицу, а также и согласіе пріобрѣтателя на принятіе вещи».

Но почему же нельзя выразить окончательную волю въ одинъ пріемъ, а непремѣнно нужно два раза повторить ее?

Отчужденіе, вообще говоря, можетъ, а иногда и должно быть обязательственнымъ (если можно такъ выразиться): продажа res in genere, продажа чужой вещи: здѣсь нерѣдко требуется, кромѣ договора, еще особый актъ заканчивающій продажу. Но если вещь индивидуализирована и принадлежитъ продавцу, и оба контрагента рѣшили совершить куплю-продажу, къ чему, спрашивается, эти скучныя повторенія одного и того же? Требовать ихъ значитъ или признавать какое-то особое безсиліе воли у контрагентовъ, или не цѣнить чужаго труда и времени.

Договоръ въ этихъ случаяхъ долженъ быть признанъ вещнымъ, а потому и не нуждающимся въ особомъ «*заканчиваніи*».

Наконецъ, — говорится въ «Объясненіяхъ», — противники traditio указываетъ на то, что «и система передачи, какъ способъ пріобрѣтенія права собственности, допускаетъ случаи пе-

---

[1]) Тамъ же, стр. 491.

рехода этого права независимо отъ передачи имущества, въ особенности оставленіе проданнаго товара, по соглашенію сторонъ, у продавца (constitutum possessorium) и, слѣдовательно, возможность раздвоенія фактическаго распоряженія имуществомъ».

Этотъ упрекъ мотивы смягчаютъ тѣмъ, что такіе случаи составляютъ «исключеніе, которое законъ можетъ обставить извѣстными условіями и ограниченіями», какъ, напр., это дѣлаетъ Швейцарскій законъ, ст. 202.

Дѣйствительно, по Швейцарскому обязательственному праву (art. 199) требуется вообще traditio, но затѣмъ art. 202 постановляетъ, что передача считается состоявшеюся даже и тогда когда вещь остается въ рукахъ продавца въ силу особаго соглашенія, напр., по договору найма[1]). Что же касается этого послѣдняго, то, по art. 275, онъ не подчиняется никакимъ формальностямъ и можетъ быть заключаемъ *словесно*. Изъ этого вытекаетъ, что и при такомъ положеніи дѣла нѣтъ никакой гарантіи, никакой обезпеченности; все сводится въ концѣ концовъ къ договорамъ, а traditio и владѣніе остаются совершенно въ сторонѣ. Къ чему же тогда считать ихъ правиломъ? Constitutum possessorium только теоретически можно считать исключеніемъ, но на дѣлѣ, напр., во Франціи, весь оборотъ шелъ путемъ исключеній; поэтому вполнѣ естественно и правильно французы возвели эти исключенія въ общее правило.

Наконецъ, traditio принимается еще потому, что *французская* система соглашенія не хороша. Но такая аргументація, по моему, абсолютно не должна была бы имѣть мѣста. Я понимаю, можно показать всѣ недостатки системы соглашенія *вообще*, но упрекать и обезцѣнивать ее самое по себѣ тѣми спеціальными недостатками, которые у нея оказались при первомъ ея появленіи на свѣтъ, около ста лѣтъ тому назадъ, во французскомъ кодексѣ, это несправедливо. А на такомъ основаніи дѣлать вы-

---

[1]) Швейцарскій Союзный законъ объ обязательствахъ 1881 г., ст. 202: «Допускается, въ видѣ исключенія, передача пріобрѣтателю владѣнія и такою вещью, которая остается въ рукахъ ея отчуждателя, если право оставить вещь у себя вытекаетъ изъ особаго правоотношенія, напримѣръ изъ договора найма.

Такая передача владѣнія недѣйствительна по отношенію къ третьимъ лицамъ, если имѣла цѣлью причинить имъ вредъ; судъ разрѣшаетъ этотъ вопросъ по свободному усмотрѣнію, принимая въ соображеніе всѣ обстоятельства дѣла».

ръ между двумя конкурентами—неправильно. Но и этимъ дѣло ограничивается. Французская система выставляется съ тами недостатками, о которыхъ положительно можно сказать, о они приписываются ей совсѣмъ не основательно.

Такова, напр., ссылка на понятіе относительной собственности, будто бы устанавливаемое art. 1583 французскаго кодекса.

Но мы уже видѣли, что это предположеніе во французской литературѣ уже отвергнуто, можно сказать, всѣми, какъ неосновательное. А если оно во Франціи никѣмъ больше не раздѣляется, то къ чему же нашей коммисіи откапывать эти рѣдкостныя и устарѣвшія теоріи?

Конечно, при такомъ отношеніи не сдобровать никакой системѣ!

Но если бы (допустимъ это на минуту) предположеніе нашей коммисіи было и правильно, то развѣ, принимая систему соглашенія, необходимо списывать разбираемый art. 1583 буквально? Развѣ нельзя вычеркнуть изъ него намеки на относительную собственность и принять его въ такомъ исправленномъ видѣ?

Правда, въ «Объясненіяхъ» къ нашему проекту предположеніе о существованіи во французскомъ кодексѣ относительной собственности нѣсколько смягчается словомъ «*повидимому*»: говорится, что продавецъ остается, «*повидимому*», собственникомъ вещи до ея передачи[1]); но тѣмъ не менѣе это «*подозрѣніе*» приводится въ числѣ мотивовъ принятія проектомъ системы передачи, и затѣмъ пространно описываются всѣ тѣ неудобства и противорѣчія, которыя возникаютъ изъ института относительной собственности! Все это совершенно излишне; борьба съ относительной собственностью есть борьба съ мнимымъ врагомъ.

И дальше въ «Объясненіяхъ» къ проекту (къ ст. 224) подвергается критикѣ не система соглашенія, сама по себѣ, а *французская* система. Именно говорится, что оффиціальные мотивы и самые законы, относящіеся къ нашему вопросу, считаются новыми французскими писателями неточными и недостаточными. Дѣйствительно, Лоранъ дѣлаетъ такой упрекъ мотивамъ и art. 1138[2]).

Но что́ же изъ этого вытекаетъ?—Надо, значитъ, постараться для проекта найти точныя и ясныя выраженія.

---

[1]) Объясненія къ книгѣ 5, т. I, стр. 489.

[2]) *Laurent*, Principes, t. 16, n. 356.

Да, вѣдь, это необходимо для всякой системы!

Наконецъ, «Объясненія» обращаютъ вниманіе на то, что въ оффиціальныхъ мотивахъ къ французскому *торговому* кодексу требуется передача, и что «нѣкоторые изъ новыхъ писателей считаютъ это положеніе необходимою особенностью торговаго права»[1]).

Но и это теперь *положительно всѣми отвергаемое мнѣніе* является слишкомъ *устарѣлымъ* для того, чтобы къ нему обращаться при составленіи *новыхъ* законовъ.

Доказательства этого приведены выше, при разсмотрѣніи французскаго права.

Итакъ, всѣ приводимыя нашей Редакціонной Коммисіей основанія я долженъ съ сожалѣніемъ признать неосновательными.

При всемъ этомъ, что касается спеціально Россіи и нашего проекта *гражданскаго уложенія*, то здѣсь далеко не безразличенъ тотъ фактъ, что и у насъ уже давно въ практикѣ коммерческихъ судовъ и Сената дѣйствуетъ именно *система соглашенія*. Зачѣмъ мѣнять русло дѣйствующаго, наличнаго оборота движимостей? Перемѣну теченія можно оправдать иногда, но для этого нужны важныя и дѣйствительныя основанія; въ данномъ же случаѣ они очень сомнительны и гадательны.

Что же касается нашего обычнаго права, которое, по изслѣдованіямъ г. Пахмана и г-жи Ефименко, держится системы передачи, то оно намъ не указъ: какъ я уже говорилъ выше, въ большинствѣ случаевъ это обычаи захолустныхъ уголковъ нашего отечества; дѣло же гражданскаго уложенія регулировать не этотъ патріархальный оборотъ, а тотъ болѣе развитой, который находитъ свое выраженіе въ практикѣ Сената и коммерческихъ судовъ. Наше новое гражданское уложеніе должно смотрѣть впередъ, а не назадъ; въ будущемъ же не болѣе развитой оборотъ вернется къ патріархальному, а, наоборотъ, этотъ послѣдній приметъ формы перваго.

Итакъ, если все сказанное правильно, перевѣсъ оказывается за системой соглашенія, и ее надо принять въ наше будущее гражданское уложеніе. Но въ какомъ видѣ?

Что касается *движимыхъ* имуществъ, то мнѣ кажется умѣстнымъ и желательнымъ соединить (какъ во Франціи) съ

---

[1]) Объясненія къ кн. 5, т. I стр. 491.

нынѣшней куплей-продажей поставку и запродажу въ одну сдѣлку продажи[1]). По существу своему, т. е. по обязательственному дѣйствію, послѣднія, положимъ, останутся и впредь, но излишне формальное установленіе трехъ сдѣлокъ вмѣсто одной: разграниченіе, понятное для спеціалистовъ, не всегда бываетъ таковымъ же для остальной публики. Отсюда — ошибки въ терминологіи.

Такимъ образомъ я предложилъ бы слѣдующія положенія для сдѣлки продажи.

Я принялъ бы общее опредѣленіе ея, данное въ ст. 186 нашего проекта: «продавецъ передаетъ или обязуется передать.....»[2]), но не «*опредѣленное*», а вообще имущество (т. е. и res in genere)—въ собственность покупщику.

Затѣмъ слѣдовало бы постановить, что, если продаются *индивидуально-опредѣленныя* вещи, принадлежащія продавцу, то право собственности пріобрѣтается покупщикомъ уже въ самый моментъ заключенія договора[3]).

Но, конечно, для обезпеченности пріобрѣтатель долженъ позаботиться о возможности должнымъ образомъ доказать свое пріобрѣтеніе, если впослѣдствіи кто либо вздумаетъ оспаривать его право. Это же относится и къ отчуждателю.

Впрочемъ, это такъ же и при const. possessorium'ѣ.

Если же продаются вещи, опредѣленныя только родомъ и качествомъ, то право собственности переходитъ только при передачѣ вещи или при ея индивидуализаціи по взаимному соглашенію.

Если вещь только *запродана*, то для перехода права собственности необходимо особое соглашеніе сторонъ соотвѣтствующаго содержанія.

Отлагательные сроки и условія допускаются свободно; переходъ права собственности откладывается при этомъ соотвѣтственно на будущее время.

Продажа чужихъ вещей можетъ быть допущена, но она, конечно, правъ третьихъ лицъ не затрогиваетъ, и право соб-

---

[1]) Для недвижимостей, въ виду различныхъ формальныхъ условій, лучше запродажу сохранить, какъ особую и самостоятельную сдѣлку.

[2]) Я имѣю въ виду вещную и обязательственную продажу. Такъ это и въ рѣшеніи Сената за 1880 г. №№ 94 и 288. Но de lege lata я считаю это невѣрнымъ.

[3]) Требовать предварительно уплаты цѣны, какъ это дѣлаютъ рѣшенія Сената 1868 г. № 788 и 1871 г. № 910, кажется, нѣтъ основанія. Такъ и *Leonhard*, Verhandl. des 15 Juristentages, I, S. 103.

ственности можетъ быть перенесено на покупщика только въ томъ случаѣ, если она предварительно пріобрѣтена продавцомъ или собственникъ далъ согласіе на это отчужденіе[1]).

При всемъ этомъ предполагается защита добросовѣстнаго пріобрѣтенія (въ какихъ случаяхъ и въ какихъ размѣрахъ, это вопросъ особый).

Таковы въ главныхъ чертахъ тѣ положенія, которыя, какъ мнѣ кажется, должны быть приняты нашимъ будущимъ гражданскимъ уложеніемъ, что касается пріобрѣтенія права собственности на движимыя res corporales чрезъ продажу, дареніе и мѣну.

Эти положенія, прежде всего, являются естественнымъ результатомъ долгаго и сложнаго историческаго процесса въ развитіи договоровъ, владѣнія и сдѣлокъ отчужденія[2]).

Но этого мало. Мы не можемъ—и не должны—ограничиваться пассивнымъ воспріятіемъ того, что намъ даетъ исторія. Мы можемъ и сами активно направлять пути юридической жизни соотвѣтственно нашимъ цѣлямъ и интересамъ.

И вотъ, съ точки зрѣнія цѣлесообразности, система соглашенія также заслуживаетъ полнаго предпочтенія предъ системой передачи.

Это совпаденіе результатовъ двухъ совершенно различныхъ точекъ зрѣнія и даетъ мнѣ основаніе рекомендовать только что указанныя нормы[3]).

---

[1]) Конечно, все это нормы диспозитивныя, а потому стороны могутъ опредѣлять свои отношенія и иначе.

[2]) Такую же тенденцію въ развитіи права усматриваетъ и *Endemann*, Zeitschrift für das ges. Handelsrecht, Bd. 38, S. 326. *Goldschmidt* находитъ однако это утвержденіе совершенно неосновательнымъ. Handbuch des Handelsrechts, Bd. I, Abtheil. 2, 1868, § 79, S. 804, Anm. 6. Но ср. еще въ пользу перваго мнѣнія цитату изъ Stahl'я, которую приводитъ *Leist*, Civilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse. Drittes Heft: Ueber die Natur des Eigenthums, Jena, 1859, S. 32 ff. Такъ и *Tuhr*, Zeitschrift für französisches Civilrecht, Bd. 30, 1899, S. 528. *Seitz* объясняетъ требованіе traditio въ Римѣ тѣмъ, что тамъ договоры не имѣли исковой силы. Теперь этихъ условій нѣтъ, не нужна больше и traditio. Verhandl. des 14 Juristentages, I, S. 61 f.

[3]) *Салейль* предсказываетъ, что и германское право рано или поздно приметъ систему соглашенія. *Saleilles*, Étude sur les éléments constitutifs de la possession, 1894, p. 69.