

0 $\frac{53}{38}$ 01

НОВАЯ ТЕОРІЯ ВЛАДѢНІЯ.

Ф. П. БУДКЕВИЧА.



ВАРШАВА.
Типографія К. Ковалевскаго, Мазовецкая № 8.
—
1895.

Дозволено Цензурою.
Варшава, 8 Августа 1895 г.



Что такое владѣніе и какъ оно защищается?

Рѣшивъ 40 тысячъ судебныхъ дѣлъ единолично и болѣе 12 тысячъ въ коллегіи, я имѣлъ достаточную возможность узнать близко, изъ живаго источника потребностей жизни, какъ достоинства, такъ и недостатки нашего матеріальнаго и процессуальнаго права.

Общимъ результатомъ моихъ многолѣтнихъ наблюдений и размышленій явилось убѣжденіе, что если необходимо изданіе новаго уголовного кодекса, повидимому столь близкое къ осуществленію, то еще болѣе необходимо пересмотрѣть, съ цѣлью усовершенствованія, дѣйствующаго гражданскаго права и процесса.

Увеличеніе въ теченіе послѣднихъ 50 — 60 лѣтъ населенія государства болѣе чѣмъ вдвое, чрезвычайное развитіе гражданственности и культуры, развитіе существовавшихъ и народженіе новыхъ потребностей жизни, правовое удовлетвореніе которыхъ регулируется гражданскимъ правомъ, крестьянская, судебная, земская и городская реформы съ ихъ послѣдствіями, развитіе путей сообщенія, большее сплоченіе окраинъ съ серединою государства и наконецъ, сознанныя необходимость имѣть гражданское право въ видѣ систематически выработаннаго уложенія, составленнаго на основаніи принциповъ науки и современныхъ потребностей жизни, вмѣсто плохо кодифицированнаго и устарѣваго сборника—

все это вмѣстѣ составляетъ достаточную политическую причину изданія гражданскаго уложенія.

Сущность вопроса о составленіи новаго гражданскаго уложенія Россійской Имперіи заключается не въ *необходимости* его, которую должно признать неотложною, а въ *трудности*.

Справедливо, что составленіе хорошихъ законовъ по судебной части, т. е. по судоустройству и судопроизводству страшно трудно, но еще труднѣе составленіе удовлетворительнаго гражданскаго уложенія, въ которомъ отдѣлъ о вещномъ правѣ есть труднѣйшій изъ трудныхъ.

Кажется, что именно этою трудностію должно объяснить продолжительность работъ Редакціонной Комиссіи по составленію проекта гражданскаго уложенія вообще и положеніе этихъ работъ по составленію правилъ о недвижимости въ особенности.

Трудность же эта, быть можетъ еще недостаточно и не обще сознавая, состоитъ, по моему убѣжденію, въ томъ, что по настоящее время не рѣшенъ вопросъ „что такое владѣніе“ и не опредѣлено мѣсто его среди двухъ другихъ институтовъ гражданскаго права — *собственности* и *пользованія*.

Правда, что при томъ же условіи составлялись всѣ уложенія, въ томъ числѣ: Австрійское, Цюрихское, Саксонское и Калифорнское, принятія Редакціонною Комиссіею въ особое вниманіе, но это обстоятельство служило тормозомъ и при составленіи названныхъ уложеній и отразилось на нихъ.

Такъ какъ ни теорія владѣнія Савиньи, ни теорія Геринга, принятія почти всѣми дѣйствующими гражданскими уложеніями въ основаніе правилъ о владѣніи имуществомъ, не послѣдовательны и не выдерживаютъ критики, то и самыя эти уложенія страдаютъ отсутствіемъ единства и вы-

держки принциповъ и поэтому лишены внутренней связи необходимой для органическаго цѣлаго.

Доколѣ вопросъ о сущности владѣнія, занимающаго въ гражданскомъ правѣ центральное мѣсто, не будетъ рѣшенъ точно и окончательно на строгихъ логическихъ основаніяхъ, до тѣхъ поръ *не возможно* изданіе удовлетворительнаго гражданскаго уложенія.

Лучшимъ доказательствомъ этой истины служатъ два самыя совершенныя уложенія — Цюрихское и Саксонское, заключающія въ себѣ массу непослѣдовательностей и противорѣчій, при наличности которыхъ ни одно изъ нихъ не въ состояніи удовлетворить потребностямъ жизни.

По этой причинѣ всякая серьезная попытка къ разрѣшенію вопроса „что такое владѣніе“, къ уясненію сущности этого самаго сложнаго юридическаго ученія, до настоящаго времени не выясненнаго въ своемъ основаніи, должна быть встрѣчена съ сочувствіемъ.

Наблюденія и размышленія при рѣшеніи болѣе 50 тысячъ дѣлъ и изслѣдованія, которыя я имѣлъ возможность произвести въ теченіе цѣлаго ряда лѣтъ, привели меня къ новымъ, быть можетъ, важнымъ выводамъ по поводу вопросу; считаю долгомъ представить ихъ на судъ знатоковъ дѣла.

I.

Въ обширной и весьма спорной области гражданского права нѣтъ института болѣе важнаго, сложнаго и спорнаго, чѣмъ институтъ владѣнія.

Важность его опредѣляется чрезвычайнымъ значеніемъ въ практической жизни, такъ какъ предметъ владѣнія есть прямое юридическое и фактическое отношеніе лица къ вещи, составляющее главную цѣль вещныхъ правъ.

Сложность и трудность уясненія института владѣнія наглядно явствуется изъ того, что даже такіе выдающіеся юристы, какъ Савиньи, Сталь, Бруно, Пухта, Брунсъ, Виндшейдъ, Кавелинъ, Герингъ, Муромцевъ, Беккеръ и другіе, въ теченіе цѣлаго столѣтія не только не согласились въ опредѣленіи: „что такое владѣніе“, но пришли къ различнымъ и даже противоположнымъ выводамъ, а нѣкоторые изъ нихъ потеряли даже вѣру въ возможность рѣшенія этого вопроса; такъ, профессоръ Кавелинъ въ своемъ обстоятельномъ трудѣ о владѣніи, рассмотрѣвъ предложенія къ рѣшенію его теоріи, и, находя ихъ неудовлетворительными, предлагаетъ свою теорію и въ то же время съ грустью высказываетъ сомнѣніе, можетъ ли быть рѣшенъ этотъ вопросъ вполне удовлетворительно, заканчивая свои слова желаніемъ, чтобы „была установлена вѣрная и непроверяемая теорія этого загадочнаго и непонятнаго ученія въ области права“; извѣстный же нѣмецкій ученый Пухта, тоже предложившій свою теорію владѣнія, въ отчаяніи предалъ проклятію всякое

дальнѣйшее выраженіе недовѣрія къ данному имъ разрѣшенію вопроса.

Само собою разумѣется, что ни отлученія, ни трудностей заключающихся въ этомъ вопросѣ, пытливый умъ чело-вѣка не убоился и продолжаетъ заниматься дальнѣйшимъ изслѣдованіемъ „загадочнаго ученія“ въ надеждѣ добиться когда-нибудь окончательнаго рѣшенія „вѣковаго спора“; достаточно сказать, что недавно умершій знаменитый нѣмецкій юристъ Герингъ, справедливо признаваемый однимъ изъ величайшихъ знатоковъ и учителей права, тоже предложилъ свою теорію владѣнія.

Противъ всѣхъ предложенныхъ до настоящаго времени теорій владѣнія, неудовлетворяющихъ даже ихъ авторовъ, существуютъ столь вѣскія возраженія, что онѣ дѣлаютъ ихъ исполнѣ несостоятельными, а это свидѣлствуетъ о совершенной ихъ непригодности. Имѣя намѣреніе представить вниманію цивилистовъ критическій обзоръ главнѣйшихъ теорій владѣнія и предложить еще одну теорію, я начну съ теоріи, предложенной впервые въ 1803 г. и окончательно развитой въ 1837 г. извѣстнымъ нѣмецкимъ юристомъ, творцомъ исторической школы въ правѣ, Савиньи; но предварительно, для ясности послѣдующихъ сужденій и выводовъ, изложу сущность такъ называемыхъ *поссесорныхъ* и *петиторныхъ* исковъ, различіе ихъ другъ отъ друга и постараюсь доказать, что защита владѣнія имѣетъ существенное отношеніе лишь къ недвижимому имуществу.

Одно изъ важныхъ подраздѣленій исковъ есть дѣленіе ихъ на *поссесорные* или владѣльческіе, называемые также исками объ охранѣ и восстановленіи нарушеннаго владѣнія и *петиторные*, или иски о правѣ собственности. Извѣстный комментаторъ нашего устава гражданскаго судопроизводства Анненковъ полагаетъ, что оба эти иска сходны по отыскиваемому предмету и по цѣли; по его мнѣнію, въ обо-ихъ искахъ имѣется въ виду одна и таже цѣль: возвратить

матеріальное обладаніе имуществомъ; но въ искѣ петиторномъ право собственности отыскивается на томъ основаніи, что истецъ состоитъ собственникомъ имущества, или предполагаетъ себя таковымъ; значитъ, основаніе петиторнаго иска есть право собственности, а цѣль—возвратить владѣніе, т. е. фактическое обладаніе этою собственностью; въ поссесорномъ же или владѣльческомъ искѣ основаніе или доказательство и цѣль его — владѣніе: такъ какъ истецъ обладалъ имуществомъ, отнятымъ у него отвѣтчикомъ, то долженъ обладать имъ и впредь.

Такое опредѣленіе обоихъ исковъ совершенно неправильно. Основаніемъ петиторнаго иска не можетъ быть существующее, наличное право собственности, потому что если истецъ уже имѣетъ право собственности на какое нибудь имущество, то никто другой этого права на то же имущество не имѣетъ; въ такомъ случаѣ истцу — единственному собственнику—не зачѣмъ отыскивать право собственности съ другого лица, не имѣющаго этого права, а достаточно лишь охранять и защищать свое право, свою собственность.

Въ Институціяхъ Императора Юстиніана (кн. 4 тит. 6) справедливо сказано, что „нельзя дать истцу вещь, которая уже составляетъ его принадлежность, такъ какъ вещь наша не можетъ сдѣлаться нашею еще въ большей степени“. По моему мнѣнію, петиторнымъ искомъ отыскивается право собственности на имущество, составляющее собственность *не истца*, какъ утверждаетъ г. Анненковъ, а *ответчика*; въ такомъ случаѣ истецъ не собственникъ имущества, а лишь желаетъ быть таковымъ и представляетъ доказательства, на основаніи которыхъ онъ полагаетъ, что его просьба должна быть удовлетворена и право собственности отсуждено отъ отвѣтчика въ его пользу; владѣльческій же искъ имѣетъ основаніемъ наличность права собственности истца, а цѣлью—возвращеніе собственнику обладанія имуществомъ или сво-

боды распоряженія, стѣсненной или нарушенной дѣйствіемъ отвѣтчика.

Другое крупнѣйшее различіе между обоими исками состоитъ въ томъ, что искъ петиторный или искъ о правѣ собственности можетъ относиться къ имуществу движимому или недвижимому; искъ же владѣльческій или поссесорный — лишь къ недвижимости; что петиторный искъ можетъ имѣть предметомъ право собственности на движимое или недвижимое имущество, это очевидно и потому не требуетъ доказательства; остается уяснить сущность владѣльческаго или поссесорнаго иска о возстановленіи нарушеннаго владѣнія и доказать, что онъ можетъ относиться только къ недвижимому имуществу.

Такъ какъ право собственности на недвижимое имущество пріобрѣтается запискою даннаго лица собственникомъ въ крѣпостной или поземельной книгѣ, то захватъ постороннимъ лицомъ чужого недвижимаго имущества не равносильнъ лишенію лица, записаннаго въ книгу, права собственности, а составляетъ лишь нарушение его права свободнаго распоряженія своимъ имуществомъ: собственникомъ имущества продолжаетъ оставаться лицо, записанное въ книгу; завладѣніе же или захватъ другимъ лицомъ чужой движимости дѣлаетъ захватившаго собственникомъ вещи съ момента завладѣнія ею потому, что движимое имущество составляетъ собственность того, кто имъ фактически обладаетъ; потерявшій вещь можетъ отыскивать ее у нашедшаго или отнявшаго; онъ можетъ опять стать собственникомъ этой вещи, если она не перешла въ собственность 3-го лица, но пока вещь не поступитъ снова въ его обладаніе, она не его, онъ не собственникъ ея.

Въ виду этого, собственникъ *недвижимаго* имущества, у котораго оно захвачено или отнято, не переставая быть собственникомъ его, въ чьихъ бы рукахъ такое фактически ни находилось, не имѣетъ надобности искать

права собственности, потому что имѣетъ его, и можетъ исполнѣ ограждать свой интересъ поссесорнымъ или владѣльческимъ искомъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія; лицо же, у котораго отнято *движимое* имущество, лишилось самого права собственности съ момента отнятія у него имущества; это право пріобрѣло то лицо, которое фактически обладаетъ вещью; поэтому бывшій ея собственникъ долженъ искать не возстановленія владѣнія движимымъ имуществомъ, а отыскивать самое право собственности на него.

Такимъ образомъ между петиторными и поссесорными исками существуетъ то важное различіе, что *петиторный* искъ предъявляется лицомъ, не имѣющимъ права собственности, къ дѣйствительному, законному собственнику имущества, а *поссесорный* — возбуждается собственникомъ имущества къ лицу, не имѣющему этого права; что предметъ и цѣль перваго иска *пріобрѣсть* право собственности, котораго у истца нѣтъ, а втораго — *охранить* существующее право собственности возвращеніемъ свободы распоряженія имуществомъ, нарушенной дѣйствіемъ отвѣтчика; что петиторный искъ можетъ имѣть предметомъ движимое или недвижимое имущество, поссесорный же — только недвижимое.

II.

Сдѣлавъ это отступленіе, приступаю къ изложенію теоріи *Савиньи*.

Творецъ исторической школы въ правѣ полагаетъ, что владѣніе имуществомъ есть физическое обладаніе таковымъ, что владѣніе есть естественное, фактическое отношеніе лица къ вещи и потому представляетъ собою *фактъ*, не входящій самъ по себѣ въ область права. Изъ этого основнаго положенія Савиньи выводитъ, что владѣніе есть фактъ чисто личнаго характера и что нарушение кѣмъ-либо такого факта, не составляющаго и не дающаго права,

само по себѣ не можетъ служить причиною защиты, или восстановления факта; но такъ какъ таковая защита необходима, и никогда никѣмъ не оспаривалась, (?) то Савиньи ищетъ основанія защиты „факта владѣнія“ въ неразрывной его связи съ личностью владѣльца.

По его убѣжденію, нарушение владѣнія или обладанія имуществомъ невозможно безъ оскорбленія личности владѣльца, а такъ какъ личность не должна быть оскорбляема, то съ прекращеніемъ оскорбленія лица, *необходимо* восстанавливать и фактъ владѣнія, то есть отдать имущество оскорбленному. Однако не всякое обладаніе имуществомъ Савиньи считаетъ юридическимъ владѣніемъ, т. е. владѣніемъ, защищаемымъ посессорнымъ искомъ; простое держаніе вещи (*detentio rei*), или обладаніе ею безъ воли считать своею, иначе говоря, обладаніе вещью отъ чужаго имени, каковымъ является обладаніе лица, у котораго вещь находится въ ссудѣ, на храненіи, въ арендѣ или залогѣ, по его мнѣнію, не подлежитъ защитѣ въ посессорномъ порядкѣ. Такимъ образомъ, по теоріи Савиньи, юридическое владѣніе слагается изъ двухъ элементовъ: *объекта* или предмета обладанія (*corpus*) и *воли* субъекта владѣть вещью, какъ собственною (*animus rem sibi* или *rem suam habendi*¹⁾; если владѣлецъ теряетъ волю считать вещь своею собственностью, или если сдѣлалось невозможнымъ произвольное воздѣйствіе его на вещь, то онъ перестаетъ быть юридическимъ владѣльцемъ вещи.

Изъ этихъ выводовъ Савиньи истекаютъ слѣдующія положенія: 1) юридическое владѣніе есть обладаніе вещью или возможность обладанія съ намѣреніемъ обратить ее въ свою

¹⁾ Въ настоящемъ очеркѣ *animus rem sibi habendi* будетъ употребляемо въ томъ случаѣ, когда лицо не имѣетъ права собственности на вещь, но желаетъ ее себѣ присвоить; *animus rem suam habendi* тогда, когда лицо, правильно или неправильно, законно или незаконно, считаетъ себя *собственникомъ* вещи или имущества.

собственность; 2) такое владѣніе охраняется или защищается отъ нарушения *потому*, что нарушение его есть оскорбленіе личности владѣльца; 3) нарушенное владѣніе подлежитъ *поэтому* восстановленію лишь въ отношеніи лица, совершившаго нарушеніе, но не въ отношеніи 3-го лица, которому захватившій чужое имущество можетъ передать его въ обладаніе, такъ какъ 3-е лицо не виновно въ оскорбленіи личности первоначальнаго владѣльца; иначе говоря, владѣльческій искъ есть *личный*, подлежащій удовлетворенію только въ отношеніи лица, захватившаго имущество и этимъ оскорбившаго владѣльца такового и 4) владѣніе даже вора и грабителя подлежитъ защитѣ отъ собственника, потому что и воръ и грабитель имѣютъ право на огражденіе своей личности отъ оскорбленія, а слѣдовательно на охрану приобретеннаго ими владѣнія *cum animo rem sibi habendi*; слѣдуетъ замѣтить, что воръ и грабитель имѣютъ по этой теоріи несомнѣнное, даже, такъ сказать, преимущественное право на защиту ихъ владѣнія похищеннымъ, такъ какъ въ желаніи и намѣреніи ихъ обладать захваченнымъ имуществомъ какъ своею собственностью не можетъ быть сомнѣнія; но едва ли можно назвать правильною теорію, ведущую съ такимъ выводомъ.

Самъ Савиньи испугался этого мрачнаго вывода, имъ же полученнаго, и явившагося неизбѣжнымъ слѣдствіемъ его теоріи, такъ какъ воръ, укравшій имущество, или грабитель, силою имъ завладѣвшій съ цѣлью присвоенія себѣ, вполне удовлетворяетъ его теоріи защищаемаго владѣнія; воръ потому и крадетъ, а грабитель потому и грабитъ, что оба имѣютъ необходимый, по ученію Савиньи, *animus rem sibi habendi*; поэтому онъ самъ призналъ таковой выводъ въ высшей степени нежелательнымъ; но какъ онъ, такъ и позднѣйшіе нѣмецкіе юристы считаютъ защиту владѣнія вора и грабителя неизбѣжнымъ малымъ зломъ, необходимымъ для достиженія большого блага, то-есть для охраны *всякой* вла-

дѣнія, принадлежащаго, по убѣжденію ихъ, въ огромномъ большинствѣ случаевъ „честнымъ людямъ“.

Эта теорія, составившая славу Савиньи, была подвергнута критической оцѣнкѣ и въ послѣдствіи признана несостоятельной; въ настоящее время она сохраняетъ главнымъ образомъ историческое значеніе первой научной попытки къ уясненію института владѣнія, хотя продолжаетъ служить основаніемъ дѣйствующихъ законоположеній гражданского права, опредѣляющихъ сущность владѣнія и процессуальнаго — оградяющаго владѣніе отъ нарушенія и восстанавлиющаго, когда оно уже нарушено.

Многочисленные возраженія противъ теоріи Савиньи весьма вѣски и сводятся преимущественно къ слѣдующимъ пяти: 1-ое, такъ какъ владѣніе можетъ быть нарушено тремя способами: насильственнымъ отнятіемъ имущества, тайнымъ завладѣніемъ, или самовольнымъ удержаніемъ такового, въ случаѣ предоставленія его собственникомъ въ срочное или безсрочное пользованіе (въ классическомъ римскомъ правѣ поясненные три способа нарушенія владѣнія названы *vi, clam, precario*), то очевидно, что не каждый видъ нарушенія владѣнія можетъ быть названъ оскорбленіемъ личности владѣльца; такое оскорбленіе бываетъ, и то не всегда, при насильственномъ захватѣ имущества (*vi*), но отнюдь не въ случаѣ нарушенія владѣнія тайно (*clam*), а тѣмъ болѣе (*precario*); поэтому Савиньи для поддержанія своей теоріи тенденціозно расширяетъ понятіе оскорбленія личности, усматривая оскорбленіе ея и при послѣднихъ двухъ способахъ нарушенія владѣнія; 2-ое, если главная и даже единственная цѣль владѣльческаго иска — защита личности отъ оскорбленія, то очевидно должна подлежать такой же защитѣ и личность простого *detentor*'а или держателя имущества по всякому основанію (напримѣръ хранителя, по найму, ссудѣ и пр.) безъ желанія пріобрѣсть его въ собственность, то есть хотя бы онъ и не былъ юридическимъ владѣльцемъ; меж-

ду тѣмъ владѣльческій искъ такого детентора по классическому римскому праву, да и въ настоящее время не подлежитъ удовлетворенію; 3-е, впрочемъ, лучшимъ опроверженіемъ теоріи Савиньи служатъ, такъ называемыя *exceptiones*, въ искахъ о восстановленіи владѣнія по римскому праву, въ силу которыхъ отвѣтчикъ, употребившій при нарушеніи владѣнія истца даже силу (кромѣ вооруженной) не былъ принуждаемъ къ возврату имущества, если доказалъ, что истецъ самъ пріобрѣлъ у него владѣніе силою, тайно или прекарно (*vi, clam, precario*), то-есть, если отвѣтчикъ могъ доказать, что отнял *свое* имущество; между тѣмъ, если бы цѣль защиты владѣнія опредѣлялась необходимостью ограденія личности владѣльца отъ оскорбленія, то подлежало бы защитить и владѣніе лица, отнявшаго имущество у собственника отъ самого собственника, во всѣхъ случаяхъ безъ исключенія; 4-е очевидно, что существенный интересъ во владѣніи *имущественный*, а не *личный*; лицо, владѣніе котораго нарушено, чаще всего не оскорблено; оно можетъ не считать себя оскорбленнымъ, а лишь желать гражданского удовлетворенія — возврата отнятаго у него имущества; между тѣмъ, по теоріи Савиньи, искъ о восстановленіи владѣнія представляетъ искъ о защитѣ личности отъ оскорбленія, который по существу своему долженъ подлежать вѣдѣнію *уголовнаго* суда, тогда какъ защита владѣнія по существу своего имущественнаго интереса подлежитъ суду *гражданскому*; слѣдовательно Савиньи предложенною имъ теоріею перемѣщаетъ центръ тяжести спора о владѣніи, превращая его изъ имущественнаго въ личный и извращая такимъ образомъ сущность предмета и 5-е главная, существенная цѣль владѣльческаго иска — вернуть отнятое имущество; значитъ, онъ долженъ быть *вещнымъ*; но по теоріи Савиньи, владѣльческій искъ личный, такъ какъ онъ можетъ быть удовлетворенъ лишь въ отношеніи нарушителя владѣнія, а не въ отношеніи того лица, у котораго имущество находится въ обла-

даніи, т. е. цѣль его можетъ быть достигнута въ тѣхъ только случаяхъ, когда захватившій не передалъ имущества 3-му лицу, въ отношеніи котораго личный искъ обиженнаго не можетъ подлежать удовлетворенію. Во всякомъ случаѣ Савиньи, полагая, что юридическое владѣніе, защищаемое посесорнымъ искомъ, есть обладаніе вещью съ намѣреніемъ считать ее своею собственностью, самъ наноситъ своей теоріи смертельный ударъ: вѣдь личность не должна быть оскорбляема, обладаетъ ли она вещью съ желаніемъ считать ее своею собственностію, или безъ этого желанія; между тѣмъ владѣльческою защитой она пользуется только въ первомъ случаѣ. Мнѣ кажется, что поясненныя возраженія, каждое отдѣльно, а тѣмъ болѣе всѣ вмѣстѣ, вполне достаточны для окончательнаго признанія теоріи владѣнія Савиньи ошибочною и оставленія за авторомъ ея лишь чести первой по времени научной попытки къ разрѣшенію труднаго вопроса.

Изложивъ подробно сущность теоріи владѣнія Савиньи и возраженій противъ нея, приступаю къ краткому изложенію теоріи другого нѣмецкаго ученаго юриста Ганса.

По ученію Ганса владѣніе не фактъ, а право; онъ полагаетъ, что защитой владѣнія охраняется „начинающаяся“ собственность; поясненное опредѣленіе Ганса имѣетъ тотъ смыслъ, что лицо, завладѣвшее имуществомъ *cum animo rem suam habendi*, представляется ему „начавшимъ“ приобрѣтать на него право собственности.

Не опровергая важнаго положенія Ганса, что владѣніе есть право, а не простой фактъ, не имѣющій правового характера или юридическаго значенія, считаю долгомъ возразить противъ втораго его положенія, что владѣніе есть, „начинающаяся“, значить „начавшаяся“ собственность; сила такого возраженія представляется нагляднѣе по отношенію къ недвижимому имуществу. Очевидно, что собственникомъ недвижимаго имущества не можетъ быть признаваемо

лицо, завладѣвшее такимъ, хотя бы *cum animo rem suam habendi*, а лишь то лицо, за которымъ право собственности признано или утверждено установленнымъ порядкомъ подлежащею властью; такое утвержденіе выражается записью лица, приобрѣвшаго имущество, собственникомъ въ установленныхъ на то поземельныхъ, крѣпостныхъ или ипотечныхъ книгахъ, смотря потому, какой въ данной странѣ или государствѣ существуетъ порядокъ приобрѣтенія права собственности; хотя порядки эти въ разныхъ странахъ различны, но вездѣ они сходны въ существенныхъ основаніяхъ, ибо цѣль ихъ вездѣ одна—укрѣпить право собственности за опредѣленнымъ физическимъ или юридическимъ лицомъ; всякое другое лицо, въ поясненныхъ книгахъ не записанное, можетъ искать права собственности съ записаннаго въ книгѣ лица—единственнаго собственника, и если отыщеть его, т. е. будетъ постановлено въ его пользу рѣшеніе, то можетъ исходатайствовать внесеніе сущности этого рѣшенія въ подлежащія книги съ исключеніемъ изъ нихъ права собственности отвѣтчика и тогда онъ станетъ собственникомъ спорнаго имущества; простой же захватъ недвижимаго имущества, какимъ бы способомъ онъ совершенъ ни былъ (*vi* или *clam*), а равно прекарное обладаніе не дѣлаетъ захватившаго или обладающаго „начинающимъ собственникомъ“ недвижимаго имущества, записаннаго на имя другого лица, а самое это имущество не дѣлается его „начинающеюся собственностію“; слѣдовательно, лицо обладающее чужимъ недвижимымъ имуществомъ, никакимъ образомъ не можетъ быть признаваемо „начавшимъ“ свое право собственности, потому что это право начинается лишь съ момента внесенія титула или правооснованія (акта купли, мѣны, раздѣла, дара или судебного рѣшенія) въ поземельныя книги, а не съ момента захвата или завладѣнія; поэтому теорія владѣнія Ганса столь же несостоятельна, какъ и теорія Савиньи.

Теоріи другихъ нѣмецкихъ юристовъ Рудорфа, Редера, Тибо, Пухты, Бруно, Стала, изъ которыхъ одни признають владѣніе фактомъ, а другіе — правомъ, отличаются одні отъ другихъ второстепенными положеніями; сущность же ихъ исчерпана изложеніемъ теоріи Савиньи и Ганса; поэтому я не буду излагать взглядовъ названныхъ юристовъ и остановлюсь на одной изъ повѣйшихъ теорій владѣнія, принадлежащей самому выдающемуся нѣмецкому цивилисту — профессору Герингу.

III.

Авторъ многихъ извѣстныхъ сочиненій по гражданскому праву, знаменитый профессоръ Геттингенскаго Университета, докторъ *Герингъ*, признаетъ владѣніе правомъ; существо его теоріи состоитъ въ слѣдующемъ: владѣніе есть реальность собственности, видимость ея или выраженіе ея; его можно также опредѣлить, какъ передовое укрѣпленіе собственности; защита владѣнія есть необходимое „дополненіе“ защиты собственности, облегченіе доказыванія ея, предназначенное собственнику, но по необходимости служащее иногда и не собственнику; оказавшеся, по мнѣнію Геринга, необходимымъ облегченіе доказывать право собственности владѣніемъ, то есть обладаніемъ имуществомъ, состоитъ въ томъ, что во владѣльческомъ или посессорномъ процессѣ вопросъ о дѣйствительномъ правѣ собственности на основаніи документовъ совершенно исключается и доказываніе права собственности сводится къ доказыванію реальности его, иначе говоря, къ доказыванію факта обладанія имуществомъ; говоря другими словами и проще, Герингъ утверждаетъ, что *обладающій имуществомъ есть собственникъ* и что поэтому онъ имѣетъ право на охрану и защиту своего обладанія по слѣдующему основанію: обладающій говоритъ: „я обладаю имуществомъ, значитъ оно мое — моя собственность, и по-

тому прошу охранять мое право собственности отъ вторженія; если кто претендуетъ, что это имущество не мое, а его, то пусть ищетъ съ меня права собственности посредствомъ петиторнаго иска, а до отысканія пусть его не трогаетъ, то-есть не отнимаетъ у меня имущества“. Облегченіе доказывать право собственности обладаніемъ, по мнѣнію Геринга, приноситъ пользу владѣющему собственнику, приноситъ таковую и владѣющему не-собственнику въ борьбѣ даже съ не-владѣющимъ собственникомъ. Допустивъ въ процессѣ о владѣніи разрѣшеніе вопроса о правѣ собственности, мы тѣмъ самымъ, по мнѣнію Геринга, лишили бы собственника того облегченія, которое даетъ ему владѣльческая защита; тогда искъ о защитѣ владѣнія превратился бы въ искъ о правѣ собственности: доказываніе же или отыскиваніе права собственности (въ петиторномъ порядкѣ) при всякихъ нападеніяхъ и захватахъ сдѣлало бы собственность самымъ не-совершеннымъ и не гарантированнымъ институтомъ.

Поэтому, по убѣжденію Геринга, оказывается необходимымъ предоставить собственнику возможность болѣе легкой защиты своего имущества отъ захватовъ, чѣмъ та, какую даетъ *rei vindicatio* (петиторный искъ); съ этою цѣлью во владѣльческомъ процессѣ доказываніе бытія, иначе говоря, наличности права собственности *документами* замѣняется доказываніемъ фактического его бытія или обладанія имуществомъ *свидѣтелями*; но эта замѣна доставляетъ *во всякихъ случаяхъ* защиту и не-собственнику, который, завладевъ чужимъ имуществомъ, можетъ требовать защиты своего владѣнія, какъ будто собственности, даже отъ собственника; однако защита владѣнія не-собственника не составляетъ цѣли владѣльческаго института, но лишь его слѣдствіе, рѣдкое исключеніе.

Творецъ этой теоріи находитъ возможнымъ основать правовой порядокъ имущественныхъ отношеній на владѣніи, то-есть на обладаніи имуществомъ безъ права собственно-

сти, ограждая его владѣльческими исками къ непосредственному нарушителю владѣнія, но считаетъ не мыслимымъ основывать его на правѣ собственности безъ защиты владѣнія, то есть при условіи, что бы всякое нарушение права собственности и вторженіе въ него необходимо было отражать пети-торнымъ искомъ.

Изъ этого видно, что Герингъ, опредѣляя сущность владѣнія, какъ видимость или реальность права собственности, признаетъ таковымъ *фактическое обладаніе имуществомъ*, считаетъ фактическаго обладателя юридическимъ владѣль-цемъ и предоставляетъ ему право защиты этого владѣнія не только отъ 3-хъ лицъ, но даже отъ собственника.

Однимъ словомъ, сущность мнѣнія Геринга слѣдующая: обладаніе имуществомъ вообще принадлежитъ собственнику, но въ исключительныхъ случаяхъ оно можетъ принадлежать и не-собственнику; въ такомъ случаѣ, еслибы собственникъ отобралъ свое имущество отъ обладателя его, то для охраны основнаго принципа должно быть защищено и обладаніе не-собственника, то есть имущество должно быть отдано *сему послѣднему*, а собственнику представлено право предъявить къ владѣющему пети-торный искъ. Такой выводъ профессора Геринга, являющійся неизбѣжнымъ слѣдствіемъ его теоріи владѣнія, находится однако въ совершенномъ противорѣчій съ мнѣніемъ Гаия (Сопп. 4, § 154), который полагаетъ, что собственникъ *безнаказанно* можетъ отобрать свое имущество у лица завладѣвшаго таковымъ; мнѣніе знаменитаго Гаия представляется строго логическимъ и согласнымъ съ основнымъ правомъ собственника—владѣть своимъ имуществомъ, понимая безнаказанность за отнятіе его въ отношеніи гражданской, а не уголовной отвѣтственности. Значитъ, расходясь съ Савиньи въ мнѣніи по вопросу, составляетъ ли владѣніе фактъ или право, Герингъ сходится съ нимъ въ самомъ главномъ, въ опредѣленіи сущности вла-

дѣнія: оба они *считаютъ юридическимъ владѣніемъ фактическое обладаніе имуществомъ или возможность тако-го обладанія*.

Собственность нуждается въ огражденіи и защитѣ отъ захватовъ; *главное*, нормальное средство защиты собственности, по мнѣнію Геринга, есть тяжба, пети-торный искъ (*rei vindicatio*), но это средство сложное, трудное и дорогое; поэтому необходимо предоставить собственнику облегченное средство защищать свое имущество; такимъ облегченнымъ средствомъ есть владѣльчскій или посессорный искъ; это средство возможно и практично потому, что, по счастью, въ огромномъ большинствѣ случаевъ собственникъ имущества фактически имъ обладаетъ; поэтому, вмѣсто требованія отъ собственника для защиты имущества точныхъ доказательствъ права собственности, возможно ограничиться доказательствомъ, что истецъ фактически обладаетъ имуществомъ, что въ огромномъ большинствѣ случаевъ служить доказательствомъ, что онъ и юридическій собственникъ его; въ тѣхъ же исключительныхъ случаяхъ, когда имуществомъ обладаетъ не-собственникъ, владѣльчская защита предоставляется и этому послѣднему; значитъ, огражденіе неправомѣрнаго владѣнія (владѣнія не-собственника) не цѣль, а лишь слѣдствіе, хотя не желательное, но неизбѣжное.

Центръ тяжести этихъ соображеній профессора Геринга держится на его убѣжденіи, что право собственности можно доказать только посредствомъ пети-торнаго иска, а такое доказательство очень трудно.

Это мнѣніе Геринга совершенно ошибочно. Ошибка происходитъ вслѣдствіе отождествленія двухъ понятій: *доказаніемъ существующаго* права собственности съ *отысканіемъ* этого права на имущество, *принадлежащее другому лицу*; при чемъ рѣчь идетъ преимущественно о недви-жимости.

IV.

Отыскиваніе права собственности на недвижимое имущество, принадлежащее другому лицу, дѣйствительно возможно только посредствомъ петиторнаго иска; для этого истецъ долженъ представить суду доказательства, что данное имущество, записанное по ипотечнымъ книгамъ, крѣпостямъ или реестрамъ, (смотря по свойству дѣйствующаго въ данной мѣстности ипотечнаго института) на имя отвѣтчика и слѣдовательно составляющее его собственность, должно быть отсуждено отъ него и впредь должно принадлежать на такомъ же правѣ истцу; по исходатайствованіи окончательнаго рѣшенія, удовлетворяющаго искъ, право собственности на поясненное имѣніе переносывается по тѣмъ-же ипотечнымъ книгамъ, крѣпостямъ или реестрамъ на имя истца, и только съ этого момента онъ становится собственникомъ недвижимаго имущества; отвѣтчикъ же только съ этого момента теряетъ право собственности.

Совершенно иное — *доказываніе* существующаго, наличнаго права собственности на недвижимое имущество; доказать его очень легко и просто; собственнику, для полнаго доказательства своего права, достаточно представить купчую крѣпость или ипотечную выписъ объ утвержденіи за нимъ права собственности; представленіе же этого документа не можетъ доставить собственнику ни малѣйшаго затрудненія, такъ какъ каждый собственникъ имѣетъ его и легко можетъ предъявить въ подлинникѣ или въ копіи.

Такъ какъ каждое недвижимое имущество можетъ быть укрѣплено на правѣ собственности лишь за однимъ лицомъ, то никто другой не можетъ имѣть на него же права собственности, а слѣдовательно никто другой не можетъ представить акта укрѣпленія; поэтому нельзя признать основнымъ мнѣніе профессора Іеринга, что собственность,

основанная на трудномъ доказываніи этого права, была бы самымъ не совершеннымъ и не гарантированнымъ институтомъ; это было бы дѣйствительно такъ, если бы собственникъ имущества былъ обязанъ для защиты и охраны его *отыскивать* право собственности на него съ другого лица, не имѣющаго права собственности, но въ этомъ нѣтъ никакой надобности.

Въ дѣйствительности, собственнику очень часто приходится *доказывать* свое право собственности, какъ въ судебныхныхъ, такъ и въ административныхъ учрежденіяхъ, и всегда цѣль эта достигается легко и просто предъявленіемъ подлиннаго акта укрѣпленія, или копіи съ него; на практикѣ, въ огромномъ большинствѣ случаевъ, даже простого предъявленія акта укрѣпленія недвижимаго имущества на правѣ собственности не требуется, такъ какъ таковое укрѣпленіе или общезвѣстно, или не оспаривается другою, заинтересованною стороною. Значитъ, *наличное* право собственности на недвижимое имѣніе доказывается не петиторнымъ искомъ, какъ думаетъ Іерингъ, а предъявленіемъ акта укрѣпленія, что очень легко; трудно же отыскать право собственности *не существующее*, потому, что его можно отыскать только посредствомъ петиторнаго иска.

Изъ этого слѣдуетъ, что нѣтъ необходимости освобождать собственника отъ доказыванія наличнаго права собственности документами и замѣны его показаніями свидѣтелей, такъ какъ самое строгое доказываніе этого права сводится къ простому предъявленію акта укрѣпленія, или даже копіи этого акта, что не представляетъ ни малѣйшей трудности; въ научномъ же отношеніи эта замѣна вовсе не выдерживаетъ критики: во-первыхъ потому, что право собственности на недвижимое имущество *доказывается только актомъ укрѣпленія*, а не *фактомъ обладанія*, и во-вторыхъ потому, что доказательство посредствомъ крѣпостныхъ

актовъ должно признать полнымъ и совершеннымъ, а посредствомъ свидѣтельскихъ показаній несостоятельнымъ.

Такимъ образомъ, кажущаяся необходимость облегчить собственнику доказывать право собственности не предъявленіемъ акта укрѣпленія, а фактическимъ обладаніемъ имуществомъ, приведшая Геринга къ изобрѣтенію запутанной и туманной теоріи владѣнія, оказывается совершенно не нужною; реальность же или дѣйствительность права собственности доказывается, не, какъ полагаетъ профессоръ Герингъ, фактическимъ обладаніемъ имуществомъ, а *единственно* укрѣпленіемъ его за даннымъ лицомъ, что констатируется купчею крѣпостью, или выписью изъ ипотечнаго указателя, а вовсе не фактическимъ обладаніемъ, которое весьма часто принадлежитъ не собственнику, а постороннему лицу, обладающему имуществомъ по договору съ собственникомъ, или захватившему таковое *vi* или *clam*. Физическимъ или фактическимъ обладаніемъ имуществомъ можно было доказывать право собственности въ то отдаленное время, когда для укрѣпленія этого права не требовалось записи его въ поземельную или крѣпостную книгу; но какъ можетъ въ настоящее время законный собственникъ доказать реальностію обладанія свое право собственности на значительное пространство земли, а тѣмъ болѣе на участки и имѣнія, расположенные въ разныхъ мѣстностяхъ, иногда въ разныхъ государствахъ и даже странахъ свѣта; вѣдь собственникъ такихъ имуществъ, состоя „вѣчнымъ и потомственнымъ владѣльцемъ ихъ“, многими участками фактически и не обладаетъ; нѣкоторыми изъ нихъ обладаютъ явно или тайно другія лица съ желаніемъ даже присвоенія ихъ себѣ (*sunt animo rem sibi habendi*). Можно ли изъ такого факта сдѣлать выводъ, что эти лица, хотя бы они десятки лѣтъ обладали чужимъ имуществомъ, становятся юридическими владѣльцами и имѣютъ право на защиту „этого владѣнія“ *отъ собственника*? Можно ли признать значеніе „правового от-

ношенія“ за простымъ желаніемъ захватившаго чужое имущество считать его своимъ, хотя право собственности на него ему не принадлежитъ? Кажется яснымъ, что пользующійся чужимъ имуществомъ тайно или явно, насильственно или съ допущенія собственника (*precarium*) не приобретаетъ на него никакого права и во всякое время обязанъ возвратить его законному собственнику, а слѣдовательно обладающій имуществомъ *vi, clam, precario* не приобретаетъ юридическаго владѣнія и не можетъ имѣть владѣльческаго иска по отношенію къ собственнику; наконецъ, зачѣмъ доказывать право собственности обладаніемъ, а обладаніе показаніями свидѣтелей, когда проще и легче доказать его предъявленіемъ купчей крѣпости. И такъ, требованіе, чтобы собственникъ для защиты *своего* имущества отъ захватовъ доказывалъ право собственности на него физическимъ или фактическимъ обладаніемъ, часто въ дѣйствительности не совпадающимъ съ правомъ собственника и часто вовсе не существующимъ, вмѣсто констатированія своего права предъявленіемъ крѣпостного акта, основано на недоразумѣніи, точнѣе говоря, на ошибкѣ, что доказываніе права собственности на недвижимое имущество очень трудно и равносильно отыскиванію этого права; кромѣ того, требованіе отъ собственника доказать фактическое обладаніе его имуществомъ и неосновательно, потому что собственникъ вовсе не обязанъ обладать фактически своимъ имуществомъ: онъ можетъ обладать, но можетъ и не обладать имъ — обладаніе его право, но не обязанность.

Считая защиту владѣнія необходимымъ *дополненіемъ* защиты собственности, профессоръ Герингъ не указываетъ категорически, въ чемъ состоитъ главная, основная защита собственника; но изъ всѣхъ его сужденій нельзя не вывести, что *главною* защитою собственности онъ считаетъ тяжбу — петиторный искъ, т. е. искъ о правѣ собственности на недвижимое имущество; это положеніе Геринга тоже должно

признать невѣрнымъ; постараюсь доказать, что владѣльческій процессъ или поссесорный искъ есть *единственное* и слѣдовательно главное, а не „дополнительное“ средство защиты собственности.

Въ самомъ дѣлѣ: представимъ себѣ, что значущійся по крѣпостямъ и ипотечнымъ книгамъ собственникъ недвижимаго имущества предъявляетъ тяжбу или петиторный искъ о правѣ собственности на него къ лицу, которое явно или тайно захватило его имущество, т. е. что обиженный сразу обращается къ указываему профессоромъ Герингомъ „главному средству“ защиты своей собственности. Какъ долженъ поступить въ такомъ случаѣ судъ, разрѣшающій петиторный искъ обиженного? Констатировавъ, что истецъ есть законный собственникъ имущества на основаніи акта укрѣпленія, утвержденного подлежащею властію — ипотечнымъ присутствіемъ, старшимъ нотаріусомъ или органомъ другого дѣйствующаго въ данной мѣстности ипотечнаго института — судъ долженъ отвѣтить истцу, что онъ, какъ *единственный* законный собственникъ, не имѣетъ надобности отыскивать то право, которое уже имѣетъ и притомъ отыскивать съ того, который не имѣетъ его. Правильность этого соображенія достаточно доказывается его логичностью и подтверждается древнимъ авторитетомъ, о которомъ я уже упоминалъ; а именно, въ институціяхъ Императора Юстиніана съ классическою простотою и ясностью указано, что „нельзя дать истцу вещь, которая составляетъ уже его собственность, ибо вещь наша не можетъ сдѣлаться нашею еще въ большей степени“¹⁾ И дѣйствительно, для удовлетворенія петиторнаго иска лица имѣющаго право собственности къ лицу, не имѣющему его, необходимо отсудить право собственности съ отвѣтника, т. е. отнять у него то, чего онъ не имѣ-

¹⁾ Книга 4-я титулъ 6-ой. *Nec enim quod actoris est, id ei dari oportet... nec res, quae jam actoris est, magis ejus fieri potest.*

еть, что не возможно; слѣдовательно, судъ долженъ отказать въ петиторномъ искѣ истцу — собственнику, какъ въ требованіи, не могущемъ быть удовлетвореннымъ и къ тому же не пужномъ, излишнемъ, неосновательномъ, такъ какъ для огражденія своего имѣнія отъ вторженія въ него, или отъ захвата посторонняго лица, ему достаточно, констатировавъ свое право собственности на недвижимое имущество предъявленіемъ надлежащаго документа, просить по праву собственника, т. е. „вѣчнаго и потомственнаго владѣльца“, защиты его владѣнія отъ нарушенія, или о возстановленіи такового, если нарушеніе уже послѣдовало, т. е. собственнику достаточно возбудить владѣльческій или поссесорный искъ; слѣдовательно, владѣльческій искъ не дополнительное, а главное, *единственное* средство защиты недвижимой собственности.

Для большей наглядности сравнимъ собственника, т. е. „вѣчнаго и потомственнаго владѣльца“ недвижимаго имущества съ собственникомъ имущества движимаго.

Собственникомъ движимаго имущества есть то лицо, за которымъ таковое записано по надлежащимъ крѣпостямъ и книгамъ; оно остается собственникомъ и слѣдовательно юридическимъ владѣльцемъ его во все время записи за нимъ имущества въ крѣпостяхъ и книгахъ, кто бы и почему бы ни обладалъ имъ фактически; собственникомъ же движимаго имущества есть то лицо, въ рукѣ, въ квартирѣ, домѣ, оградѣ котораго имущество находится, которымъ слѣдовательно оно фактически обладаетъ; если движимое имущество перешло въ другія руки, въ квартиру другого лица, или перенесено изъ одного дома въ другой, то и право собственности на него перешло къ другому лицу, къ хозяину другой квартиры или другого дома — къ лицу обладающему; въ то время, какъ право собственности на недвижимое имущество опредѣляется записью его за даннымъ лицомъ по книгамъ и крѣпостямъ, а не фактическимъ обладаніемъ —

совершение нотаріальнаго акта о принадлежности движимаго имущества не служитъ доказательствомъ права собственности на него того лица, въ пользу котораго совершенъ нотаріальный актъ, если имущество остается въ фактическомъ обладаніи другого лица; поэтому завладѣніе чужою *недвижимостію* не даетъ обладающему никакого права въ отношеніи собственника этого имущества; между тѣмъ какъ такое же завладѣніе чужимъ *движимымъ имуществомъ* дѣлаетъ завладѣвшаго собственникомъ его въ отношеніи 3-хъ лицъ, имѣющихъ законное право пріобрѣтать имущество отъ обладающаго и даже въ отношеніи прежняго собственника, который имѣетъ лишь право петиторнаго иска къ новому собственнику о возвратѣ вещи и то только до тѣхъ поръ, пока она не перестала быть собственностію захватившаго, т. е. доколѣ она находится въ его обладаніи; если же вещь стала собственностію 3-го лица, то бывшій собственникъ можетъ получить съ захватившаго вознагражденіе за убытки, но собственникомъ отнятаго у него имущества уже не будетъ. Изъ этого слѣдуетъ, что лицо, взявшее изъ моей квартиры мою вещь самовольно или съ дозволенія становится съ минуты завладѣнія собственникомъ этой вещи; если оно не возвратитъ ея добровольно, то посредствомъ петиторнаго иска я могу исходатайствовать рѣшеніе о возвратѣ вещи, т. е. о присужденіи ея въ мою собственность, но пока искъ не удовлетворенъ и *рѣшеніе не исполнено* вещь не моя, а отвѣтчика или того лица, которое даже послѣ судебнаго рѣшенія, но до исполненія, пріобрѣтеть ее, т. е. завладѣетъ ею.

Изложенный мною принципъ, что право собственности на недвижимое имущество пріобрѣтается единственно *запискою* даннаго лица собственникомъ въ подлежащую книгу, а на движимость — *обладаніемъ* вещь, не допускаетъ никакихъ исключеній; но въ отношеніи движимости могутъ быть, по видимому, вѣскія возраженія; поэтому необходимо ихъ рассмотреть, такъ какъ приведенный принципъ служитъ однимъ изъ основаній для послѣдующихъ выводовъ.

Единственное важное возраженіе состоитъ въ томъ, что движимое имущество, отданное въ пользованіе, или на храненіе (въ аренду, ссуду, поклажу и залогъ), *остается собственностію* отдавшаго, хотя и не находится въ его фактическомъ обладаніи (ст. 1805, 1877, 1927, 1930, 1932. 2079 Код. Нап., а равно ст. 1676, 2108 и 2064 т. X ч. I).

Полагаю, что это возраженіе не колеблетъ указаннаго принципа. Чтобы доказать это опредѣлимъ сначала *моментъ пріобрѣтенія права собственности на движимое имущество* по дѣйствующимъ законодательствамъ. По русскому гражданскому праву (ст. 634 т. X ч. I) „движимыя вещи почитаются собственностію того, кто ими владѣетъ. (т. е. фактически обладаетъ), доколѣ противное не будетъ доказано“; очевидно, что доказываніе *противнаго*, т. е. того, что право собственности принадлежит не фактическому обладателю вещи, а другому лицу, возможно только въ исковомъ порядкѣ; если ходатайство истца объ отдачѣ ему движимаго имущества, находящагося въ обладаніи отвѣтчика, будетъ уважено и самое имущество отдано ему, тогда оно станетъ его собственностію. Значитъ, сущность ограниченія изложеннаго въ ст. 534-й состоитъ въ томъ, что лицо, имѣющее притязаніе на принадлежность ему движимаго имущества, находящагося въ обладаніи другого лица, можетъ предъявить петиторный искъ и, если онъ будетъ удовлетворенъ, то *исполненіемъ рѣшенія* истецъ пріобрѣтеть право собственности на это имущество, иначе говоря, станетъ собственникомъ имущества тогда, когда завладѣетъ имъ на основаніи судебнаго рѣшенія. Изъ этого видно, что слова „доколѣ противное не будетъ доказано“ не ограничиваютъ основного правила, изложеннаго въ ст. 534-й о пріобрѣтеніи права собственности на движимость обладаніемъ, а подтверждаютъ его. Не владѣющей вещь *имѣетъ личное право требованія* и можетъ выразить его предъявленіемъ петиторнаго иска, но *не имѣетъ вещнаго права собственности*.

Въ виду этого, я полагаю, что статью 534-ю т. X ч. I безъ всякаго ущерба для ясности закона, но съ большою пользою для его точности слѣдовало бы редактировать такъ: „движимое имущество принадлежитъ тому, кто имъ обладаетъ“.

Если приписку: „доколѣ противное не будетъ доказано“ считать существенною въ статьѣ, опредѣляющей способъ пріобрѣтенія права собственности на имущества движимыя, то она не менѣе важна и для недвижимыхъ, такъ какъ и недвижимое имущество принадлежитъ тому, за кѣмъ записано на правѣ собственности по крѣпостной книгѣ, доколѣ противное не будетъ доказано, т. е. доколѣ имѣніе по той же крѣпостной книгѣ не будетъ переписано на другое лицо. То же правило о пріобрѣтеніи права собственности на движимость проведено въ Кодексѣ Наполеона. По ст. 2279 Кодекса *владѣніе равносильно титулу*, т. е. *тотъ собственникъ вещи, кто обладаетъ ею; значитъ съ того момента, съ котораго началось владѣніе*; правило это подтверждается и статьею 1141-ю того же Кодекса, въ силу которой собственникомъ вещи остается то лицо, которому она передана въ обладаніе, хотя бы право его возникло и позже, т. е. хотя бы раньше такой передачи прежній собственникъ *обязался* передать вещь другому лицу.

Необходимость такого закона вполне доказывается самою природою вещей и ихъ гражданскимъ оборотомъ: право собственности, какъ самое полное и исключительное право человѣка на вещь, для прочности своей, должно имѣть внѣшній, видимый, объективный признакъ; такимъ признакомъ, констатирующимъ наличность права, или принадлежность имущества данному лицу для недвижимости можетъ быть только *запись* имѣнія за этимъ лицомъ по крѣпостной книгѣ, а въ отношеніи движимости можетъ быть лишь — *обладаніе* и ничто другое; лицо, пріобрѣтающее вещь у право-

способнаго, не можетъ знать и не въ состояніи изслѣдовать, не имѣетъ ли обладающій этою вещью обязательныхъ отношеній по ней къ 3-му лицу; поэтому, для законности пріобрѣтенія ея въ собственность, достаточно, если уступающій не заявляетъ, что вещь не его и если пріобрѣтающій дѣйствуетъ въ доброй вѣрѣ.

Въ ст. 2279 Код. Нан. тоже есть кажущіяся ограниченія общаго правила пріобрѣтенія права собственности на движимое имущество обладаніемъ: кто потерялъ вещь, или у кого она увѣрадена, т. е. кто пересталъ обладать ею *не по своей воли*, можетъ требовать (въ теченіе 3-хъ лѣтъ) возврата ея у обладающаго; если онъ потребуетъ и требованіе его будетъ удовлетворено, то вещь снова возвратится въ его собственность; значитъ, требующій тогда станетъ собственникомъ, когда потерянная или похищенная вещь возвратится въ его обладаніе; изъ чего видно, что и приведенное кажущееся ограниченіе ст. 2279 К. Н. только подтверждаетъ главное правило о пріобрѣтеніи права собственности на движимое имущество обладаніемъ и съ момента завладѣнія имъ.

Потребность гражданскаго оборота обуславливаетъ необходимость признанія собственникомъ движимаго имущества того лица, которое имъ обладаетъ: одна возможность отнятія вещи у „добросовѣстнаго владѣльца“, пріобрѣтшаго ее хотя бы отъ лица, у котораго она находилась въ пользованіи или на храненіи, о чемъ пріобрѣтшій не зналъ, достаточно, чтобъ парализовать, а во всякомъ случаѣ до крайности стѣснить развитіе торговыхъ отношеній, такъ какъ никто не согласится покупать вещь, которая можетъ быть отнята; при чрезвычайномъ развитіи гражданскаго оборота и для содѣйствія такому развитію увѣренность въ правѣ собственности на вещь, добросовѣстно пріобрѣтенную у обладающаго, должна быть полная, а ея не будетъ, если допустимъ малѣйшее изъятіе изъ принципа, устанавлиющаго, что право

собственности на движимое имущество принадлежит фактическому обладателю его.

Гражданское право других государств основано на томъ же принципѣ; думаю, что разпоясасіе въ этомъ отношеніи просто невозможно; но крайней мѣрѣ оно не должно имѣть мѣста, такъ какъ природа движимыхъ вещей и порядокъ гражданского оборота по обмѣну ихъ вездѣ одинаковы.

Но каково же при примѣненіи этихъ принциповъ будетъ положеніе лица, отдаваго свою вещь въ аренду, ссуду, въ залогъ или на храненіе? Какъ оградить его право и интересъ?

Лицо, отдающее свою вещь въ пользованіе или на храненіе, передаетъ ее въ обладаніе другому лицу *добровольно* (въ противоположность тому, которое лишилось обладанія *вопреки волю*, вслѣдствіе потери или кражи); оно обезпечиваетъ себя не только *гражданскою*, но и *уголовною* отвѣтственностью приняваго; его интересъ въ значительной степени ограждается и личнымъ довѣріемъ, при отсутствіи котораго вещь обыкновенно не отдается въ пользованіе или на храненіе; далѣе, отдача вещи въ обладаніе другому лицу по договору ссуды, аренды, поклажи, или залога представляетъ во всякомъ случаѣ частность, исключеніе; договоры эти заключаются между лицами ближе другъ друга знающими, между тѣмъ какъ покупка движимаго имущества — явленіе самое распространенное, а потому представляющее большой общественный интересъ; договоръ купли-продажи заключается въ огромномъ большинствѣ случаевъ лицами, мало знающими другъ друга, а часто и совершенно незнакомыми; очевидно поэтому, что сдѣлки перваго рода должны уступать послѣднимъ.

Лицо, получившее чужую вещь въ пользованіе или на храненіе, *обязано* возвратить ее; за неисполненіе этого обязательства оно несетъ двойную отвѣтственность: имуществ-

венную или *гражданскую*, будучи обязано вознаграждать потерпѣвшаго за убытокъ, и личную или *уголовную*, какъ за присвоеніе или растрату чужого имущества; но, имѣя за собою фактъ обладанія вещью, оно для 3-хъ лицъ является собственникомъ ея.

Право лица, отдаваго вещь въ пользованіе или на храненіе по договорамъ найма, ссуды, поклажи и залога, предоставляетъ ему возможность требовать возврата данной вещи только *съ лица обязаннаго*, а это и служитъ доказательствомъ, что послѣ отдачи вещи онъ не собственникъ ея; въ противномъ случаѣ онъ могъ бы потребовать и получить вещь по праву собственности не только изъ рукъ *обязаннаго* передъ нимъ, но и изъ рукъ *каждаго*, у кого вещь окажется въ обладаніи; а такъ какъ онъ имѣетъ право только *личнаго* требованія, то значить не имѣетъ права собственности, доколѣ это право требованія не будетъ реализовано и вещь не поступитъ въ его обладаніе.

Наконецъ, невозможность считать собственникомъ вещи лицо, которое отдало ее другому, хотя бы только въ пользованіе или на храненіе, явствуетъ и изъ того что въ такомъ случаѣ одна и та же вещь одновременно можетъ имѣть двухъ собственниковъ, права которыхъ взаимно исключаются: *одного*, отдаваго вещь въ пользованіе или на храненіе, а *другого*, приобрѣвшаго ее отъ пользовавшагося или отъ хранителя.

Такимъ образомъ прямое и косвенное подтвержденіе моихъ соображеній о принадлежности движимаго имущества на правѣ собственности обладающему таковымъ находится во всѣхъ законодательствахъ; въ нѣкоторыхъ оно выражается съ особою ясностью и категоричностью: такъ напр., въ ст. 322, 425, 426 и 429 Австр. Гражд. Улож. Въ ст. 367 названнаго уложенія прямо сказано, что если пользовадѣлецъ или хранитель продастъ вещь, данную ему въ пользованіе или на храненіе, то право собственности на нее при-

надлежитъ лицу, пріобрѣвшему; прежній же собственникъ можетъ требовать вознагражденія за убытки отъ лица обязаннаго передъ нимъ, т. е. отъ того, кому онъ отдалъ вещь въ пользованіе или на храненіе; между тѣмъ, если считать собственникомъ ея первоначальнаго владѣльца, то нельзя считать собственникомъ же послѣдняго пріобрѣтателя.

Необходимо остановиться на одномъ изъ двухъ положеній: *или* считать лицо, которое отдало свою вещь въ пользованіе или на храненіе другому, собственникомъ ея и въ такомъ случаѣ не отнимать у него существеннаго права собственника — вещнаго посессорнаго иска о возвратѣ своей вещи, въ чемъ бы обладаніи она ни оказалась; но тогда будетъ нарушенъ справедливый интересъ цѣлаго ряда добросовѣстныхъ пріобрѣтателей этой вещи и будетъ отвергнутъ основной принципъ, что право собственности на движимость пріобрѣтается обладаніемъ; *или* каждаго обладающаго вещью считать собственникомъ ея и въ такомъ случаѣ за лицомъ, отдавшимъ свою вещь, хотя бы только въ пользованіе или на храненіе другому, оставить право *личнаго требованія* къ обязанному, обезпеченное не только имущественною, но и личною отвѣтственностію сего послѣдняго, право же собственности считать принадлежащимъ только обладателю вещи.

Такъ какъ первое невозможно, то остается послѣднее.

По этимъ соображеніямъ я прихожу къ слѣдующимъ выводамъ: *первый* — право собственности на движимое имущество принадлежитъ тому, кто имъ обладаетъ и начинается съ момента обладанія и *второй* — лицо, отдавшее свою вещь въ пользованіе или на храненіе другому, перестаетъ быть собственникомъ ея. Принявшій вещь, вслѣдствіе обладанія, пріобрѣтаетъ на нее право собственности, но по договору съ прежнимъ ея собственникомъ, подъ страхомъ гражданской и уголовной отвѣтственности, онъ обязанъ возвратить вещь въ его обладаніе, то-есть обязанъ сдѣлать его снова собственникомъ этой вещи.

Значить, разница въ способахъ пріобрѣтенія права собственности на оба рода имуществъ громадная: лицо, у котораго хотя бы самовольно отнято *движимое* имущество, *перестало* быть его собственникомъ; оно можетъ отыскивать его, но и то не всегда съ успѣхомъ, ибо, если вещь передана 3-му лицу, то лицо, у котораго она взята, можетъ выискать съ взявшаго лишь стоимость вещи или убытки, но не возвратить утраченнаго права собственности, т. е. не получить самой вещи; лицо же, у котораго отнято укрѣпленное за нимъ на правѣ собственности *недвижимое* имущество, *не перестаетъ* быть его собственникомъ, т. е. „вѣчнымъ и потомственнымъ владѣльцемъ“, а потому, по праву свободнаго и не ограниченнаго распоряженія принадлежащимъ ему имуществомъ, можетъ охранять и защищать его посредствомъ спеціальнаго владѣльческаго иска и не имѣетъ надобности предьявлять искъ о самомъ правѣ, т. е. возбуждать петиторный искъ; потому-то въ отношеніи движимости невозможенъ искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія; владѣніе движимостію можно и должно охранять отъ нарушенія, но если оно уже нарушено и обладаніе движимостію перешло къ другому лицу, то вмѣстѣ съ обладаніемъ перешло къ сему послѣднему и право собственности.

Профессоръ Іерингъ опредѣляетъ владѣніе какъ реальность или видимость собственности, проявленіе ея извнѣ; слѣдовательно подъ владѣніемъ онъ понимаетъ фактическое обладаніе имуществомъ. Но можно ли такое обладаніе считать внѣшнимъ выраженіемъ права собственности на недвижимость? Мнѣ кажется, что ни въ какомъ случаѣ нельзя. Если фактической обладатель недвижимымъ имуществомъ есть вмѣстѣ съ тѣмъ и собственникъ его, то таковымъ должно быть признаваемо не то лицо, за которымъ имущество утверждено по записи въ книгѣ, а простой держатель онаго, желающій воспользоваться чужою собственностію, т. е. имѣющій на нее *animam rem sibi habendi*.

Неизбѣжнымъ слѣдствіемъ такого положенія должно быть право держателя имущества на защиту его обладанія отъ всѣхъ, не исключая и собственника; значить, по этой теоріи, законный собственникъ можетъ возвратитъ свое имущество изъ чужого обладанія лишь посредствомъ петиторнаго иска къ лицу, которому имущество не принадлежитъ. Является полная несообразность: вмѣсто предоставленія лицу, не имѣющему права собственности на имущество, но претендующему на оное, отыскивать это право посредствомъ петиторнаго иска къ законному собственнику, обязанность отыскиванія возлагается на послѣдняго; установленіемъ владѣльческаго иска, по теоріи Геринга, предполагалось облегчить собственнику доказываніе своего права, а въ результатѣ получилась необходимость предъявлять искъ о правѣ собственности тѣмъ, за которымъ это право укрѣплено и признано, къ лицу не имѣющему права, т. е. собственникъ не облегченъ, а затрудненъ.

V.

Сводя итоги сказанному о теоріи владѣнія, предложенной профессоромъ Герингомъ, получимъ слѣдующія положенія:

1. По ученію Геринга юридическое владѣніе есть реальность или видимость собственности; оно выражается фактической возможностью обладать вещью, какъ собственной; владѣніе въ большинствѣ случаевъ совпадаетъ съ обладаніемъ и съ правомъ собственности.

2. Владѣніе есть *личное* право.

3. Нарушенное владѣніе подлежитъ восстановленію въ отношеніи лица, совершившаго нарушеніе, а не въ отношеніи третьяго лица, которому захватившій можетъ передать чужое имущество въ обладаніе, т. е. владѣльческій искъ — *лич-*

ный, подлежащій удовлетворенію только въ отношеніи лица, захватившаго имущество.

4. Въ искѣ о восстановленіи нарушеннаго владѣнія не возможно требовать отъ истца трудныхъ доказательствъ права собственности, потому что въ такомъ случаѣ собственность будетъ самымъ несовершеннымъ институтомъ; посему достаточно ограничиться весьма вѣроятнымъ предположеніемъ, что владѣлецъ имущества или фактической обладатель — собственникъ его; но по этой причинѣ, въ тѣхъ рѣдкихъ случаяхъ (по предположенію профессора Геринга, въ одномъ на сто или даже на тысячу), когда владѣніе принадлежитъ не-собственнику, необходимо оказать защиту самому послѣднему и противъ собственника; защита владѣнія установлена „ради честныхъ людей“ и для сохраненія владѣнія, какъ и собственности, необходима „*diligentia*“.

5. Защита владѣнія самовольнаго захватчика, вора и грабителя, хотя и не желательна, но составляетъ необходимое слѣдствіе выше изложенныхъ основныхъ положеній (п. п. 1 и 4); возможность побѣды такого владѣльца надъ собственникомъ составляетъ загадочную сторону владѣнія, (т. е. собственно теоріи Геринга).

6. Иски о восстановленіи нарушеннаго владѣнія могутъ касаться *движимаго* и *недвижимаго* имущества.

Противъ изложенной теоріи владѣнія Геринга я представляю слѣдующія возраженія:

1. Не вѣрно и не согласно съ дѣйствительностью, будто владѣніе имуществомъ, иначе говоря фактическое обладаніе или реальность собственности, *почти* всегда принадлежитъ собственнику: въ отношеніи *движимыхъ* имущества право собственности *всегда* принадлежитъ обладателю; слѣдовательно обладатель всегда, а не *почти* всегда собственникъ вещи, но въ отношеніи *недвижимыхъ* — въ весьма многихъ случаяхъ право собственности принадлежитъ одному лицу, а фактическое или реальное обладаніе — дру-

тому; можно даже сказать, что въ большинствѣ случаевъ обладаетъ недвижимымъ имуществомъ не—собственникъ; кромѣ того предполагаемый профессоромъ Герингомъ малый процентъ владѣнія не управомоченными измѣнивъ по свойству мѣстности, по основаніямъ поземельнаго устройства, культурѣ и другимъ причинамъ; въ мелкомъ крестьянскомъ землевладѣніи, если не всегда, то все — таки хотя въ большинствѣ случаевъ бываетъ, что „пашеть поле собственникъ его“; (профессоръ Герингъ полагаетъ, что собственникъ поля узнается изъ того, что онъ пашеть и сѣетъ его, собственникъ луга — что собираетъ сѣно и т. д.); но въ крупномъ — помѣщицѣмъ имѣетъ мѣсто явленіе близкое къ обратному; въ крупныхъ помѣстьяхъ собственникъ почти никогда не коситъ, не сѣетъ, не собираетъ и часто эти дѣйствія производитъ не управомоченное имъ лицо; но все это не мѣшаетъ, по моему убѣжденію, собственнику владѣть своимъ имуществомъ, если владѣніемъ считать не *фактъ* обладанія, а истекающее изъ собственности *право*, въ дѣйствіяхъ же не управомоченнаго видѣть только нарушеніе чужого владѣнія, но не приобрѣтеніе такового для себя; ошибочно также мнѣніе Геринга, что защита владѣнія установлена для „честныхъ людей“: точно также, какъ облегченная процедура доказыванія въ бумагахъ на предъявителя. Защита владѣнія введена ради собственника, независимо отъ степени его честности; такъ точно и въ бумагахъ на предъявителя, какъ и всякого обладающаго движимымъ имуществомъ, защищается не честь лица, а собственность обладателя; утверждать, что владѣніе защищается ради чести, значитъ признавать его лишеннымъ правового характера.

Столь же невѣренъ взглядъ, что для сохраненія владѣнія необходима „*diligentia*“; говоря точнѣе, имущество должно караулить, чтобы кто нибудь не захватилъ его; *diligentia* необходима для сохраненія *обладанія* имуществомъ,

а для сохраненія *владѣнія* нужно имѣть только право собственности; развѣ не старательный собственникъ лишается принадлежащаго ему права собственности? Развѣ собственникъ для сохраненія своего права обязанъ обрабатывать свою землю, косить лугъ и пр.? Развѣ собственникъ не долженъ имѣть право, а слѣдовательно и возможность, потребовать возврата своего имущества отъ обладающаго, какъ бы долго сей послѣдній ни пользовался его собственностію?

2. Мнѣніе и выводъ профессора Геринга, что искъ о восстановленіи владѣнія *личный*, подлежащій удовлетворенію въ отношеніи нарушителя, служитъ однимъ изъ самыхъ вѣскихъ доказательствъ неудовлетворительности его теоріи; искъ о восстановленіи владѣнія, какъ реальности собственности, *долженъ быть вещный*, т. е. онъ долженъ подлежать удовлетворенію въ отношеніи *каждаго*, обладающаго чужимъ имуществомъ безъ законнаго основанія; если владѣльческій искъ не вещный, а личный, то онъ будетъ удовлетворенъ только въ тѣхъ случаяхъ, когда обладатель не передастъ захваченнаго имъ имущества третьему лицу; въ такомъ случаѣ собственность будетъ самымъ не гарантированнымъ и не устойчивымъ институтомъ, потому что для полученія своего имущества отъ 3-яго лица собственникъ будетъ вынужденъ предъявить въ нему петиторный искъ; веденіе же этихъ исковъ очень сложно и трудно, не говоря уже о комическомъ положеніи истца и отвѣтчика въ такой тяжбѣ: истецъ, имѣющій право собственности, будетъ отыскивать это право съ отвѣтчика, который его не имѣетъ; было бы болѣе согласно не только съ логикою, но и съ здравымъ смысломъ, если бы истецъ имѣлъ вещный пессесорный искъ: онъ далъ бы ему возможность потребовать имущество изъ рукъ *каждаго*, обладающаго такимъ безъ законнаго основанія.

3. Ошибочно убѣжденіе профессора Геринга, что во владѣльческихъ искахъ для облегченія истца невозможно требовать отъ него доказательствъ права собственности; оно ошибочно потому, что представить эти доказательства очень легко и гораздо легче доказать искъ документомъ, чѣмъ показаніями свидѣтелей, не говоря о томъ, что способъ доказательствъ посредствомъ свидѣтелей, по самому существу своему, не совершенъ и всегда уступаетъ въ точности доказыванію посредствомъ документовъ; вѣдь для доказательства наличнаго права собственности документами достаточно предъявить кучую крѣпость, инотечную выпись или иной актъ укрѣпленія; достаточно даже представить копию одного изъ этихъ документовъ; развѣ это трудно? Профессоръ Герингъ допустилъ такую крупную ошибку потому, что смѣшалъ два различныя понятія: *доказываніе* иска предъявленіемъ документа, что очень легко съ *отыскиваніемъ* права собственности на недвижимое имущество, что очень трудно.

4. Ошибочно мнѣніе профессора Геринга, что при представленіи въ посессорномъ искѣ документовъ въ подтвержденіе иска и для опроверженія его, искъ о владѣніи превращается въ искъ о правѣ собственности: это одна изъ самыхъ важныхъ ошибокъ; поэтому необходимо разсмотрѣть вопросъ ближе и доказать, что искъ о владѣніи не только не превратится, но и не можетъ превратиться въ искъ о правѣ. Вообще можно съ математическою точностью сказать, что превращеніе иска, т. е. измѣненіе его по существу, иначе говоря, обращеніе изъ одного въ другой, возможно только въ томъ случаѣ, когда *истецъ измѣняетъ* свои исковыя требованія; представляемые же тою или другою стороною доказательства могутъ вліять лишь на удовлетвореніе иска, или оставленіе его безъ уваженія, но ни въ какомъ случаѣ не на измѣненіе сущности его. Объясню примѣромъ: истецъ проситъ возстановить нарушенное владѣніе его землею, которую захватилъ отвѣтчикъ; если истецъ представить

доказательство (документъ), что захваченная земля его, а отвѣтчикъ не докажетъ, что пользуется спорною землею по договору съ собственникомъ, искъ будетъ уваженъ; если отвѣтчикъ представить документъ, что земля, которою онъ завладѣлъ, его, т. е. если окажется, что отвѣтчикъ не отнялъ у истца *его* имущество, а лишь отобралъ *свое*, т. е. только самъ возстановилъ свое владѣніе, когда нибудь прежде нарушенное истцомъ, искъ не можетъ подлежать удовлетворенію; но при всѣхъ этихъ объясненіяхъ сторонъ и представленіяхъ документовъ сущность иска останется неизмѣнною и онъ навсегда останется посессорнымъ.

Невозможно также раздѣлить взглядъ знаменитаго профессора, что главное средство защиты собственности есть тяжба или петиторный искъ. Нѣтъ. Тяжба есть главное, даже единственное средство *отысканія* права собственности на имущество, составляющее собственность другого лица; главное же средство *защиты* собственности наличной, существующей, — посессорный или владѣльческій искъ.

5. По теоріи Геринга, оказывается необходимымъ защищать обладаніе имуществомъ не-собственника отъ собственника; хотя по его мнѣнію такая необходимость бываетъ очень рѣдко (по моему убѣжденію, она можетъ случаться очень часто), но самый этотъ фактъ, хотя бы онъ имѣлъ мѣсто въ одномъ изъ тысячи случаевъ, служить доказательствомъ несостоятельности предложенной имъ теоріи владѣнія, потому что теорія, какъ идея, должна быть совершенна; защита же обладанія не-собственника отъ собственника противорѣчитъ основной цѣли владѣльческаго института и есть ничто иное, какъ судебное нарушеніе главнаго, существеннаго права собственника—владѣть и распоряжаться своимъ имуществомъ.

6. Неизбѣжное слѣдствіе теоріи Геринга — защита владѣнія не только захватчика, но даже вора и грабителя отъ собственника еще разъ доказываетъ неосновательность

ея; профессоръ Герингъ въ побѣдѣ вора и грабителя надъ собственникомъ усматриваетъ загадочную сторону владѣнія; я же думаю, что правильнѣе будетъ видѣть въ этомъ несостоятельность его теоріи.

7. Мнѣніе профессора Геринга, что владѣльческіе и петиторные иски только фазы одного вопроса собственности не вѣрно и не согласно съ самыми основаніями права. Они совершенно различны: въ посесорномъ искѣ разрѣшается просьба о возвратѣ имущества, составляющаго *собственность истца*, но захваченнаго отвѣтчикомъ; въ петиторномъ же—истецъ проситъ объ отсужденіи въ его пользу права собственности на имущество составляющее *собственность отвѣтчика*; въ посесорномъ искѣ я прошу возврата имущества, потому что оно *мое*, въ петиторномъ же прошу объ отсужденіи въ мою собственность *чужого*.

Профессоръ Герингъ полагаетъ, что главная ошибка Савиньи состоитъ въ томъ, что онъ считаетъ владѣніе фактическимъ господствомъ лица надъ вещью; но опредѣленіе владѣнія Геринга весьма близко подходитъ къ опредѣленію Савиньи, такъ какъ и онъ считаетъ владѣніемъ реальность собственности, или возможность фактически обладать имуществомъ, находя, что въ большинствѣ случаевъ владѣніе совпадаетъ съ обладаніемъ. Я полагаю, что главная ошибка Савиньи состоитъ въ его мнѣніи, что нарушеніе владѣнія есть оскорбленіе лица, а не стѣсненіе имущественнаго права, потому что этимъ положеніемъ Савиньи исключилъ владѣльческій институтъ изъ области *гражданскаго* права и въ извѣстныхъ случаяхъ (нарушенія владѣнія силою) подчинилъ его дѣйствию *уголовныхъ* законовъ.

Итакъ, по моему убѣжденію, профессоръ Герингъ, принеся огромную, выдающуюся пользу дѣлу уясненія владѣльческаго института, допустилъ слѣдующія важнѣйшія ошибки:

а) будто наличное право собственности на имущество можетъ быть доказано только въ тяжёбомъ, виндикаціон-

номъ порядкѣ; между тѣмъ какъ въ этомъ порядкѣ отыскивается только не существующее право собственности; б) будто рассмотрѣніемъ документовъ посесорный искъ обращается въ петиторный; между тѣмъ какъ сущность иска не можетъ измѣниться, какія-бы ни представляли доказательства и возраженія участвующія въ немъ лица.

Кромѣ 2-хъ главныхъ ошибокъ, есть не мало второстепенныхъ. Во всякомъ случаѣ, вопросъ о сущности владѣнія остался не рѣшеннымъ послѣ ученія предложеннаго Герингомъ, такъ же какъ и послѣ теоріи Савиньи, потому что теорія, не послѣдовательная сама по себѣ, не можетъ быть удовлетворительна въ практическомъ отношеніи.

Теорія Геринга основана на предположеніи, что обладаніе имуществомъ въ огромномъ большинствѣ случаевъ принадлежитъ собственнику; необходимость защиты обладанія узурпатора отъ собственника онъ объясняетъ невозможностью отличить обладаніе перваго отъ владѣнія послѣдняго; но защита обладанія вора и грабителя отъ собственника есть не что иное, какъ охрана судомъ беззаконія, такая защита составляетъ существенное нарушеніе главнаго права собственника; это безсиліе закона правильно разрѣшить споръ служить лучшимъ доказательствомъ несостоятельности теоріи владѣнія, положенной въ его основаніе. Предлагаемый собственнику единственный выходъ изъ этого положенія—предъявить къ захватчику петиторный искъ—не можетъ быть признанъ правильнымъ, во-первыхъ потому, что въ самомъ предъявленіи такого иска лежитъ логическая несообразность, состоящая въ томъ, что собственникъ имущества долженъ отыскивать право собственности съ лица, не имѣющаго этого права, вмѣсто того, чтобы это послѣднее отыскивало право собственности съ перваго, и во вторыхъ потому, что практическимъ послѣдствіемъ такого порядка есть и будетъ непрочность, не гарантированность института собствен-

ности, составляющаго краеугольный камень всей системы гражданского права.

Необходимо также ближе рассмотреть число случаевъ, когда закону и суду придется лишать собственника права распоряжатся имуществомъ, захваченнымъ у него другимъ лицомъ. Профессоръ Герингъ говоритъ, что такихъ случаевъ бываетъ не много, одинъ на сто или на тысячу, т. е. въ десять разъ больше или въ 10 разъ меньше; не имѣя статическихъ данныхъ о процентномъ отношеніи неправомѣрныхъ обладаній къ законнымъ владѣніямъ, я тѣмъ не менѣе могу удостовѣрить, что случаевъ завладѣнія чужою недвижимою собственностью весьма много, что число ихъ значительно превышаетъ предполагаемую Герингомъ высшую порѣму; къ тому же не подлежитъ сомнѣнію, что въ разныхъ мѣстностяхъ число этихъ случаевъ можетъ значительно измѣняться: гдѣ выше культура, меньше земли, дороже недвижимая собственность, прочіе общественный порядокъ, тамъ случаевъ нарушенія владѣнія значительно меньше; гдѣ земли много и она, какъ въ нашемъ отечествѣ, во многихъ мѣстахъ малоцѣнна, тамъ завладѣній больше; слѣдовательно случаевъ нарушеній владѣнія можетъ быть очень много, и такое основаніе теоріи владѣнія будетъ крайне шатко.

Одно то обстоятельство, что собственникъ, у котораго имущество отнято, имѣетъ право *только лично* иска къ непосредственному нарушителю владѣнія, дѣлаетъ теорію Геринга и Савиньи совершенно несостоятельными въ научномъ отношеніи и не пригодными въ практическомъ, такъ какъ при этомъ условіи владѣльческой искъ будетъ удовлетворенъ *лишь иногда*, именно тогда, когда имущество не перешло отъ захватчика въ 3-ю руки; между тѣмъ право собственника должно быть ограждено *всегда*.

VI.

Совершенно иное будетъ положеніе вещей, если подъявлять на недвижимое имущество будемъ выраженіемъ права собственности и запись этого права въ крѣпостную или ипотечную книгу и юридическимъ владѣльцемъ будемъ считать не каждаго, имѣющаго *animus rem sibi* или *rem suam habendi*, а лишь собственника имущества. Тогда законный собственникъ, по праву неограниченнаго распоряженія принадлежащимъ ему имуществомъ, имѣетъ право владѣнія таковымъ; право же владѣнія даетъ субъекту онаго — собственнику *jus utendi*, и *jus disponendi*, иначе говоря, право извлеченія дохода въ самомъ обширномъ смыслѣ и значеніи этого слова, т. е. право пользованія или временнаго непользованія имуществомъ для извлеченія большей выгоды въ послѣдствіи; право распоряженія, т. е. право отдачи имущества въ наемъ, въ ссуду, въ залогъ и вообще по договорамъ во временное обладаніе другихъ лицъ. Понимая право владѣнія имуществомъ въ столь обширномъ смыслѣ — полного распоряженія имъ — соответствующемъ праву собственности, слѣдуетъ признать, что владѣніе есть *неизбѣжное слѣдствіе права собственности* на имущество и что собственникъ можетъ лишиться его только съ переходомъ въ другія руки самого права собственности.

Такимъ образомъ я прихожу къ выводу, что *владѣніе есть право и что оно не можетъ быть отдѣлено отъ права собственности*, такъ какъ составляетъ неперемѣнное слѣдствіе этого права; поэтому владѣніе, какъ право, всегда принадлежитъ собственнику имѣнія и не можетъ принадлежать не-собственнику; въ виду этого представляется не мыслимымъ *владѣющій не-собственникъ*; не-собственникъ *можетъ обладать*, т. е. пользоваться чужимъ недвижимымъ

имуществомъ, но *не можетъ владѣть* имъ, обладаніе или держаніе чужой недвижимости въ своей власти, что бы ни лежало въ основаніи его, будетъ не юридическимъ *владѣніемъ*, защищаемымъ *отъ собственника* специальнымъ владѣльческимъ искомъ, а *пользованіемъ*, которое тоже подлежитъ охранѣ и защитѣ въ силу того договора, на основаніи котораго оно предоставлено, но въ общемъ, а не специальнымъ (поссесорномъ) порядкѣ судопроизводства; равнымъ образомъ не мыслимъ и *не-владѣющей собственникъ*; правда, собственникъ имущества *можетъ фактически не обладать* имъ: онъ можетъ отдать его во временное обладаніе другого лица по договору, или имущество можетъ быть захвачено кѣмъ нибудь *силою* или *тайно*, но во всѣхъ этихъ случаяхъ юридическое владѣніе продолжаетъ принадлежать собственнику, какъ слѣдствіе его права собственности, который, потому именно, что состоитъ юридическимъ владѣльцемъ, т. е. законнымъ собственникомъ, можетъ вернуть себѣ и фактическое обладаніе имуществомъ обыкновеннымъ искомъ по истеченіи срока договора, или возстановитъ нарушенное владѣніе посредствомъ специального владѣльческаго иска, если имущество захвачено *vi, сат*, или не возвращается изъ прекарнаго обладанія.

Чтобы лучше усвоить себѣ предлагаемый мною основной принципъ *неотдѣляемости права владѣнія отъ права собственности*, обратимся къ русскому гражданскому праву.

По ст. 420 т. X ч. I „собственнику имущества принадлежитъ право исключительнаго владѣнія, пользованія и распоряженія таковымъ“; по ст. же 513-ой того же тома и части „владѣніе, соединенное въ одномъ лицѣ съ правомъ собственности, составляетъ существенную часть этого права и тогда оно именуется владѣніемъ *вотчиннымъ*, *вѣчнымъ* и *потомственнымъ*“; наконецъ по ст. 514-ой собственникъ

имущества, оставивъ за собою право собственности, *можетъ отдѣлить владѣніе* и передать его по особому акту другому лицу пожизненно или срочно;“ такимъ образомъ слѣдовало-бы предположить, что владѣніе можетъ быть *соединено* въ одномъ лицѣ съ правомъ собственности, но можетъ быть и *отдѣлено* отъ него и передано другому лицу „пожизненно или срочно;“ если оно соединено въ одномъ лицѣ, то, по дѣйствующему русскому праву, именуется „вѣчнымъ и потомственнымъ“ и составляетъ исключительное право собственника, иначе говоря, слѣдствіе права собственности; правда, въ ст. 513-ой оно названо частью права собственности, но изъ приведеннаго соображенія слѣдуетъ, что въ дѣйствительности оно не часть его, а слѣдствіе.

Посмотримъ теперь, какое владѣніе собственникъ можетъ, по русскому праву, отдѣлить и передать другому лицу какъ это гласитъ статья 514-я т. X ч. I? Отдать кому нибудь имущество пожизненно или на извѣстный срокъ, значитъ отдать его во временное пользованіе; и такъ, оказывается, что собственникъ можетъ отдѣлить отъ своего права собственности и передать другому лицу не владѣніе, а только право пользованія, которые въ ст. 514-й м. X ч. I лишь названо „отдѣльнымъ правомъ владѣнія;“ право же дѣйствительнаго владѣнія—„вѣчнаго и потомственнаго“—онъ не можетъ отдѣлить отъ права собственности, потому что оно есть непремѣнное слѣдствіе этого права; пользованіе имуществомъ, не составляя такого слѣдствія права собственности, можетъ быть отдѣлено отъ него; въ самомъ дѣлѣ, представимъ себѣ собственника недвижимыхъ имуществъ, состоящихъ изъ полей, луговъ, лѣсовъ, водъ и неудобныхъ земель. Не говоря о томъ, что онъ можетъ быть не въ состояніи воздѣлывать каждый участокъ своего имѣнія, онъ можетъ находить такое воздѣлываніе не нужнымъ; онъ можетъ оставить часть полей для отдыха, лѣсъ для роста и т. п.; наконецъ могутъ быть участки не доступные для извлеченія изъ нихъ

дохода въ данное время; очевидно, что собственникъ можетъ пользоваться своимъ имуществомъ, но можетъ и не пользоваться имъ; другое дѣло владѣніе, составляющее по ст. 420-й т. X ч. I-ой „существенную часть“ права собственности; хотя въ законѣ и не опредѣлено отношеніе его къ собственности— „вѣчному и потомственному владѣнію“, но изъ того, что оно составляетъ существенную часть права собственника, видно, что *это владѣніе* есть самое общее, самое широкое право собственника распоряжаться принадлежащимъ ему имуществомъ; говоря кратко, *владѣніе есть право собственника*.

Можетъ ли собственникъ недвижимаго имущества отказать отъ такого владѣнія? Да, можетъ, но въ единственномъ случаѣ, когда уступить самое право собственности; иначе говоря, собственникъ не можетъ не владѣть своимъ имуществомъ, а слѣдовательно не можетъ уступить или отдѣлить права владѣнія, не уступивъ самого права собственности; онъ можетъ передать другому лицу лишь право пользования; въ самомъ дѣлѣ: не представляется ли страннымъ, не логичнымъ, даже невысказаннымъ, что собственникъ имущества, „вѣчный и потомственный владѣлецъ“ его, не владѣетъ таковымъ?

Приведенныя соображенія кажутся достаточны, чтобъ убѣдить, что слово „владѣніе“ употребляется въ дѣйствующемъ русскомъ правѣ въ двухъ различныхъ значеніяхъ: во 1-хъ, какъ дѣйствительное или юридическое владѣніе въ строгомъ смыслѣ этого слова, принадлежащее одному собственнику (ст. 420 и 513 т. X ч. I) и во 2-хъ, какъ обладаніе или пользование (ст. 514, 515, 521, 523, 527, 428 и др.).

Такая же двойственность при употребленіи слова „*владѣніе*“ замѣчается и въ гражданскомъ правѣ, дѣйствующемъ въ губерніяхъ Царства Польскаго. По ст. 2228-й Кодекса Наполеона, владѣніе есть *обладаніе* или *пользованіе* вещью или правомъ, которую кто-либо имѣетъ, или которое кто-ли-

бо осуществляетъ самъ или черезъ посредство другого лица, обладающаго вещью или осуществляющаго право отъ его имени“. Изъ этого опредѣленія владѣнія, не отличающагося необходимою точностью, все-таки видно, что владѣть можно только собственнымъ имуществомъ или правомъ, а осуществлять владѣніе можно лично, или черезъ посредство другого лица, которое будетъ фактическимъ держателемъ имущества, но не владѣльцемъ его. Такимъ образомъ и изъ поясненной статьи Кодекса Наполеона слѣдуетъ, что владѣніе есть исключительное *право* собственника (ст. 563, 770, 888, 1008, 1014, 1701, 2243 и др.); но изъ употребленія того же слова во многихъ другихъ статьяхъ кодекса видно, что зачастую и *фактъ* обладанія или пользования имуществомъ называется владѣніемъ, какъ это видно изъ статьей 549, 966, 1127, 1738, 1639, 2279, 2280 и др.

Двойственность въ употребленіи понятія „владѣніе“ въ дѣйствующихъ законодательствахъ объясняется тѣмъ, что какъ во время изданія Кодекса Наполеона и Свода Законовъ Гражданскихъ, такъ и до настоящаго времени не опредѣлено окончательно, что такъ „*владѣніе*“ и каково отношеніе его къ *собственности* и къ *пользованію*.

И такъ, въ дѣйствующихъ законодательствахъ слово владѣніе употребляется въ двухъ совершенно различныхъ значеніяхъ: 1-е, владѣніе, какъ непремѣнное право собственника вѣчно и потомственно распоряжаться принадлежащимъ ему имуществомъ и 2-е, владѣніе, какъ пользование имуществомъ, извлеченіе изъ него дохода; очевидно, что владѣніе въ смыслѣ пользования не должно быть называемо владѣніемъ, ибо названіе однимъ словомъ совершенно различныхъ понятій и юридическихъ отношеній неизбѣжно ведетъ къ путаницѣ. Должно сказать, что начало такого смѣшенія различныхъ понятій кроется еще въ римскомъ правѣ, въ чемъ легко убѣдиться изъ Институцій Гая, Папдектвъ и Институцій Императора Юстиніана.

Такъ, въ институціяхъ Юстиніана (кн. 4 тит. 16) говорится: „владѣть очевидно не только тотъ, кто самъ владѣетъ, т. е. обладаетъ, но и тотъ, который осуществляетъ владѣніе чрезъ другое лицо; владѣніе сохраняется черезъ депозитарія и коммодатарія; однимъ словомъ, мы сохраняемъ владѣніе за собою черезъ всякаго, кто только владѣетъ отъ нашего имени.“ Очевидно, что владѣющій „отъ нашего имени“ не юридическій владѣлецъ имущества, а только держатель и пользовладѣлецъ; по этой причинѣ неправильно и называть его владѣльцемъ, ибо въ такомъ случаѣ окажется одновременно два владѣльца одного и того же имущества: *одинъ*, которому имущество принадлежитъ, который владѣетъ имъ по праву собственности и *другой*, который держитъ его въ своихъ рукахъ съ дозволенія собственника, т. е. обладаетъ имъ. Употребленіе слова „владѣніе“ въ двухъ различныхъ значеніяхъ послужило между прочимъ причиною того, что въ новѣйшее время оно получило два названія: владѣніе собственника принадлежащимъ ему имуществомъ, или обладаніе чужимъ имуществомъ для себя, т. е. *cum animo rem suam vel sibi habendi* названо владѣніемъ *первоначальнымъ* (*possessio suo nomine*), пользованіе же имуществомъ или обладаніе по соглашенію съ собственникомъ — владѣніемъ *производнымъ* (*possessio nomine alieno*).

Владѣніе дѣйствительное, принадлежащее собственнику, вмѣщаетъ въ себѣ слѣдующія главныя отношенія лица къ вещи, или юридическіе институты: право управленія имуществомъ, право пользованія таковымъ, право отдачи его въ наемъ, въ ссуду, на храненіе, въ залогъ, право извлеченія дохода въ самомъ обширномъ значеніи слова и право отчужденія, вообще право самаго полнаго и широкаго распоряженія имуществомъ; *производное* же владѣніе или обладаніе даетъ лишь право извлеченія дохода съ имущества, принадлежащаго другому лицу въ предѣлахъ, дозволенныхъ собственникомъ. Такимъ образомъ выраженія: владѣніе

первоначальное и владѣніе производное представляютъ собою два совершенно различныя отношенія лица къ вещи, которыя часто смѣшиваются и считаются подлежащими охранѣ отъ собственника посредствомъ посессорнаго иска; между тѣмъ владѣніе производное есть не что иное, какъ право пользованія, оно не имѣетъ ничего общаго съ первоначальнымъ владѣніемъ — правомъ собственника и для огражденія своего не нуждается въ спеціальномъ владѣльческомъ искѣ, ибо достаточно охраняется тѣмъ договоромъ, изъ котораго возникло.

Изъ приведенныхъ мною сужденій я дѣлаю слѣдующіе выводы:

1) Владѣніе есть право собственника не ограниченно распоряжаться принадлежащимъ ему имуществомъ; оно *непремѣнное слѣдствіе* права собственности и потому не можетъ быть отъ него отдѣлено; владѣніе не фактическое господство лица надъ вещью, а законное *право* лица, которому принадлежитъ имущество; защита владѣнія есть защита собственности; владѣніе, какъ и право собственности, есть *вещное* право, а слѣдовательно владѣльческой искъ *не личный*, а *вещный*; посредствомъ этого иска собственникъ можетъ отобрать свое имущество отъ каждаго, у кого бы оно ни находилось, конечно, если таковое не отдано въ пользованіе, по договору, самимъ же собственникомъ; фактическое обладаніе *чужимъ* имуществомъ, съ какимъ-бы желаніемъ оно ни происходило, не составляетъ юридическаго владѣнія, а лишь только пользованіе; собственность во все время нуждалась въ охранѣ и защитѣ, и нѣтъ другого средства защитить ее, какъ только посредствомъ владѣльческаго или посессорнаго иска. Нарушившій владѣніе недвижимостію пріобрѣтаетъ *обладаніе* чужимъ имуществомъ, но не *владѣніе*, т. е. не дѣлается владѣльцемъ его, потому что не дѣлается собственникомъ.

2) Такъ называемое производное владѣніе есть пользование, какъ равно и обладаніе чужимъ имуществомъ для себя *sui animo rem suam habendi*.

3) Владѣльческій искъ — единственное средство охраны и защиты недвижимой собственности отъ захватовъ; безъ него немислима устойчивость и прочность права собственности.

4) Владѣльческій или поссесорный искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія не примѣнимъ къ движимости, такъ какъ съ отнятіемъ обладанія движимымъ имуществомъ къ завладѣвшему переходитъ право собственности.

5) Во владѣльческомъ искѣ вопросъ о правѣ собственности не только не подлежитъ исключенію, но *документъ*, удостоверяющій право собственности на недвижимое имущество, составляетъ единственное и во всякомъ случаѣ *главное доказательство* иска; *дополнительными доказательствами* могутъ служить *планы* и *показанія свидетелей*; разсмотрѣніе документа о правѣ собственности неизмѣняетъ существа иска и не можетъ превратить владѣльческій искъ въ петиторный.

6) Обладаніе чужимъ имуществомъ захватчика, вора и грабителя не охраняется отъ собственника владѣльческимъ искомъ, потому что они не могутъ представить доказательствъ своего права собственности.

7) Приведенныя положенія находятся въ согласіи съ главными основаніями и источниками классическаго римскаго права.

VII.

Разсмотрѣвъ вопросъ о сущности и защитѣ владѣнія, обратимся къ дѣйствительности и посмотримъ, какъ опредѣляетъ и охраняетъ его право, дѣйствующее въ нашемъ отечествѣ.

На основаніи п. 4-го 29 ст. Уст. Гражд. Судопр. вѣдомству мировыхъ судей подлежатъ иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, когда со времени нарушенія его прошло не болѣе шести мѣсяцевъ. По смыслу этой статьи и по сопоставленіи ея со статьями 213-ою и 349-ою того же устава слѣдуетъ заключить, что иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, предъявляемые по истеченіи полугода со времени нарушенія, подлежатъ вѣдѣнію общихъ судебныхъ установленій. Таковъ смыслъ закона: законодатель, имѣвшій цѣлью оградить владѣніе отъ нарушеній, предоставилъ обиженному возможность получить защиту суда близкаго и скорого; но если самъ потерпѣвшій медлитъ съ ходатайствомъ о возстановленіи своего права, законодатель призналъ нужнымъ назначить срокъ, по истеченіи котораго истецъ долженъ обращаться *съ тою же просьбою* къ другому, болѣе отдаленному суду, хотя, по моему убѣжденію, опытъ доказалъ, что нѣтъ достаточно разумныхъ основаній предоставлять истцамъ только въ теченіе полугода обращаться къ мировымъ судьямъ съ просьбою о возстановленіи владѣнія, такъ какъ несомнѣнно, что по истеченіи даже многихъ лѣтъ со времени нарушенія владѣнія окружные суды должны рѣшать владѣльческіе иски по тѣмъ же основаніямъ и доказательствамъ, по которымъ они рѣшаются мировыми судьями; но нѣтъ не только законнаго, но и логическаго основанія предполагать, какъ иногда думаютъ, что истецъ, пропустившій шестимѣсячный срокъ для предъявленія иска о возстановленіи нарушеннаго владѣнія въ мировыхъ учрежденіяхъ, лишается права предъявлять его и въ общихъ судебныхъ установленіяхъ и долженъ отыскивать право собственности, т. е. возбуждать петиторный искъ; это мнѣніе находится въ полномъ противорѣчій съ дѣйствующимъ закономъ, такъ какъ въ такомъ случаѣ общимъ судебнымъ установленіямъ вовсе не было-бы предоставлено

право разрѣшать иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія.

Вотъ почему невозможно раздѣлить взглядъ, высказанный по этому поводу Правительствующимъ Сенатомъ въ рѣшеніи 1871 г. за N. 530, приведенный профессоромъ Малышевымъ въ его превосходномъ курсѣ устава гражданскаго судопроизводства (изд. 1879 г. Т. 3 стр. 343), въ которомъ сказано, что по истеченіи полугодичнаго срока со дня нарушенія владѣнія теряется самое право иска въ посессорномъ порядкѣ.

Поэтому, я полагаю, что, по дѣйствующему у насъ закону, искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія недвижимымъ имуществомъ можетъ быть предъявленъ не только въ теченіе 6-ти мѣсяцевъ со дня нарушенія, но и позже; полагаю, что даже 10-ти лѣтняя и 30-ти лѣтняя давность не погашаютъ посессорнаго иска; это мнѣніе не находится въ противорѣчій со статьею 565 Т. X ч. I-ой и статьею 2262 Код. Нак., по которымъ общій срокъ земской давности назначенъ 10-ти и 30-ти лѣтній, потому что обладаніе чужимъ недвижимымъ имуществомъ даже въ теченіе земской давности *само по себѣ безъ укрѣпленія* не предоставляетъ обладателю права собственности, а потому посессорный искъ подлежитъ удовлетворенію, если только до разрѣшенія его имущество не укрѣплено за отвѣтчикомъ на правѣ собственности по давностному владѣнію, т. е. пока оно не стало собственностію отвѣтчика.

У меня нѣтъ свѣдѣній, принимаютъ ли окружные суды къ своему разсмотрѣнію иски о возстановленіи владѣнія, предъявляемые по истеченіи 6-и мѣсяцевъ со дня нарушенія, или подобно приведенному рѣшенію Сената, не согласно съ закономъ (ст. 29 п. 4, 213 и 349 уст. гр. суд.), признаютъ, что владѣльческіе иски подлежатъ вѣдѣнію лишь мировыхъ установленій и что за пропускомъ шестимѣсячнаго срока собственникъ захваченнаго имущества долженъ

возбуждать уже петиторный искъ, т. е. искъ о правѣ собственности.

Если-бы подобный взглядъ въ судебной практикѣ упрочился, то право собственности на недвижимость дѣйствительно было-бы самымъ не устойчивымъ, не гарантированнымъ и жалкимъ институтомъ.

Собственники — владѣльцы значительныхъ имѣній, въ особенности не живущіе въ своихъ помѣстьяхъ, находятся въ такомъ положеніи, что цѣлыя участки ихъ недвижимыхъ имуществъ весьма часто находится въ фактическомъ обладаніи (*clam*) разныхъ лицъ; эти обладатели и не подозреваютъ, что, по существующей нынѣ практикѣ при разрѣшеніи владѣльческихъ исковъ, имъ достаточно имѣть на захваченные ими участки *animus rem sibi habendi*, чтобы заставить собственника по истеченіи полугода со дня завладѣнія возбуждать петиторный искъ, что при трудности и стоимости такихъ исковъ было-бы равносильно фактическому отнятію у собственника его имущества.

При *двойственномъ*, а слѣдовательно неопредѣленномъ и неточномъ пониманіи „владѣнія“, владѣльческіе иски разрѣшаются весьма различно. По п. 4 ст. 29 уст. гр. суд. защищается *владѣніе* собственника и *пользованіе* не—собственника, потому что ст. 531 т. X ч. I охраняетъ отъ насилія и самоуправства „всякое владѣніе“, даже незаконное, а такъ какъ по ст. 525 т. X ч. I незаконное владѣніе или пользованіе можетъ быть подложное, насильственное или самовольное, то значить на основаніи 4 п. ст. 29 уст. гр. суд. подлежитъ защитѣ всякій видъ пользованія или обладанія (*vi, clam, precario*) отъ нарушенія каждымъ, въ томъ числѣ и собственникомъ.

Изъ этого положенія истекаетъ такой выводъ: если у собственника недвижимаго имущества оно не законно или насильственно захвачено и онъ отниметъ его обратно, то лицо первоначально захватившее имѣть право

или владѣльческаго иска, то-есть, можетъ требовать возврата въ свое обладаніе имущества, прежде имъ же захваченнаго у собственника; слѣдовательно собственникъ можетъ возвратить свое имущество не иначе, какъ посредствомъ петиторнаго иска о правѣ, которое онъ уже имѣетъ; такой выводъ находится однако въ противорѣчій съ логикою, въ силу которой собственнику имущества принадлежитъ право владѣть имъ и съ основаніями классическаго римскаго права, по которому собственникъ, самъ отобравшій свое имущество у лица захватившаго таковое, могъ защищаться, на случай требованія съ него этого имущества, своимъ правомъ собственности: свое имущество можно отнять безнаказанно у обладающаго таковымъ насильственно, тайно или прекарно, говоритъ Гай. *Nam eum qui a te vi, aut clam, aut precario possidet, impune dejicio* (Инст. Гая кн. 4 фраг. 154).

Нелогичность существующаго порядка — возстановленіе обладанія не собственника, а даже вора и разбойника *отъ собственника* очевидна. Несомнѣнно, что предписаніе, изложенное въ ст. 531 т. X ч. I объ охранѣ отъ самоуправства и насилія всякаго, даже незаконнаго владѣнія, т. е. фактическаго обладанія, имѣло цѣлью не регулированіе поземельныхъ и частно-гражданскихъ отношеній спорящихъ сторонъ, а воспрещеніе насилія надъ личностью; законодатель стремился охранять общественное спокойствіе отъ насилій и такъ называемыхъ „наѣздовъ“, столь часто имѣвшихъ мѣсто въ доброе старое время, но въ его намѣренія не могло входить, чтобы имущество, отобранное у похитителя законнымъ собственникомъ было возвращаемо похитителю; на ворѣ моя шапка; положимъ, я отобралъ у него таковую съ насиліемъ, причинивъ вору обиды; понятно, что воръ, подлежащій наказанію за кражу шапки, можетъ жаловаться за насиліе надъ его личностію при отнятій ея; понятно, что за причиненныя вору обиды и насиліе я подлежу наказанію, но было-бы не понятно, еслибы вмѣстѣ съ защитою личности

отъ оскорбленія была возвращена вору *моя* шапка; однако эта мысль служитъ основаніемъ теоріи Савиньи и *дѣйствующаго у насъ права о защитѣ и возстановленіи владѣнія*; самовольное возвращеніе собственникомъ своего имущества, можетъ служить поводомъ къ наказанію его за насиліе, но имущество не должно быть изъято изъ его обладанія и не должно быть возвращаемо захватившему *vi* или *clam*, или удерживающему таковое *precario* потому, что такое возвращеніе будетъ находится въ противорѣчій съ существеннымъ правомъ собственника — владѣть и распоряжаться своимъ имуществомъ.

Въ 14-мъ томѣ Св. Зак. о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій, въ ст. 247 и 248 даны указанія къ разграниченію при завладѣніяхъ уголовной и гражданской отвѣтственности; по ст. 247 „насильное завладѣніе воспрещается всѣмъ вообще и каждому, не исключая и тѣхъ случаевъ, когда бы отнимающій имѣлъ по документамъ, или другимъ какимъ-либо доказательствамъ, поводъ къ присвоенію; ибо никто самъ собою управлется не долженъ;“ смыслъ этого предписанія закона состоитъ въ желаніи законодателя, чтобы даже собственникъ имущества, у котораго оно отнято кѣмъ нибудь, возвращалъ его не собственною силою, не насильно, а просилъ удовлетворенія у подлежащей власти; этотъ взглядъ конечно правиленъ, потому что для охраны порядка и предупрежденія преступленій желательно, чтобы каждый обиженный добывалъ себѣ удовлетвореніе не самъ, а получалъ его при содѣйствіи подлежащихъ органовъ государственнаго управленія; но въ упомянутомъ законѣ не указано, какъ слѣдуетъ поступить, если несмотря на запрещеніе, изложенное въ ст. 247-ой, собственникъ самъ возвратитъ свое имущество. Нѣкоторыя данныя къ разрѣшенію этого вопроса находятся въ слѣдующей 248-ой статьѣ; она указываетъ, что „мѣры вознагражденія за насильное завладѣніе имуществомъ движимымъ или недвижимымъ опредѣ-

ляются законами гражданскими, но ответственность за со-
провождавшіе такое завладѣніе проступки или преступления
опредѣляется на основаніи уложенія и устава о наказаніяхъ;
очевидно, что *гражданской* ответственности не будетъ, не
можетъ и не должно быть, если послѣдовало не завладѣніе
чужимъ имуществомъ, а возвращенія *собственного*; но если
лицо, имѣющее даже право собственности, совершило, при
возвращеніи своего имущества проступокъ или преступле-
ніе, то оно не освобождается отъ *наказанія* за таковое.

Такимъ образомъ, существенный смыслъ приведенныхъ
статей 14-го тома вовсе не требуетъ возвращенія имуще-
ства отобраннаго собственникомъ лицу, которое обладало
имъ безъ основанія; между тѣмъ, по ст. 29 п. 4, 73 и 213
уст. гр. суд. въ сопоставленіи ихъ со ст. 531 т. X ч. I-ой
собственникъ имущества долженъ возвратить его завладѣв-
шему; изъ этого видно, что оба дѣйствующіе у насъ закона
находятся въ явномъ противорѣчій; поэтому пересмотръ ихъ
является необходимымъ и неизбежнымъ.

Въ Римѣ дѣйствовали законы ближе подходящіе къ при-
родѣ вещей и болѣе согласные съ указаніями, изложенными
въ ст. 247 и 248 т. 14-го, чѣмъ съ дѣйствующими у насъ
гражданскими законами о сущности владѣнія и способахъ
охраненія его отъ нарушеній. Для доказательства я при-
веду нѣкоторые данныя изъ Институцій Гаия и Императора
Юстиніана.

Въ тѣхъ и другихъ нѣтъ опредѣленія, что такое вла-
дѣніе, но есть указанія, какъ оно охраняется и возста-
новляется.

Потерпѣвшій обращался къ Претору и отъ него полу-
чалъ удовлетвореніе на основаніи повелѣнія, называемаго
интердиктомъ (*interim dico*); должно замѣтить, что претор-
скіе интердикты обнимали собою не одни споры о владѣ-
ніи имуществомъ, ими разрѣшались и другіе вопросы граж-
данскаго и государственнаго права, но я коснусь интердик-

товъ лишь въ предѣлахъ, необходимыхъ для уясненія ин-
ститута владѣнія въ древнемъ римскомъ правѣ.

Преторъ давалъ интердиктъ, когда стороны спорили
о правѣ собственности на имущество и когда необходимо
было рѣшить, за кѣмъ оставить фактическое обладаніе иму-
ществомъ до разрѣшенія спора о правѣ.

Интердиктъ *uti possidetis* былъ установленъ для *охраны*
владѣнія недвижимымъ имуществомъ. Въ просьбѣ объ
охранѣ владѣнія недвижимостію выигрывалъ *владѣющій*
безъ порока, т. е. если самъ проситель не приобрѣлъ владѣ-
нія (обладанія) отъ противника силою, тайно или прекарно.

Изъ этого видно, что по древне-римскому праву факти-
ческое обладаніе имуществомъ не давало владѣльческаго
иска *въ отношеніи собственника*; въ настоящее время по-
ложеніе вещей, въ особенности у насъ, совершенно иное:
фактическое обладаніе имуществомъ охраняется и *отъ соб-*
ственника, которому остается право петиторнаго иска, т. е.
отыскиваніе того права собственности на имущество, кото-
рое онъ уже имѣетъ и при томъ съ лица, не имѣющаго это-
го права.

Интердиктъ о *возстановленіи владѣнія* (*recuperandae*
possessionis) былъ издаваемъ въ пользу лица, у котораго иму-
щество отнято насильственно; силою такого интердикта из-
гнанный долженъ былъ возвратить имущество изгнанному,
если только сей послѣдній не завладѣлъ недвижимостію из-
гнаннаго насильственно, тайно или прекарно, ибо, говоритъ
Гай (Сотт. 4, 154), „если кто завладѣлъ *моимъ* имуществомъ
насильственно, тайно или прекарно, я могу безнаказанно
отобрать его.“

И такъ, нарушенное владѣніе не возстановлялось, если
нарушителемъ былъ собственникъ, который имѣлъ право
отобрать свое имущество, а чтобы убѣдиться, что возстано-
вилъ нарушенное владѣніе собственникъ, необходимо раз-
сматрѣть представляемыя имъ доказательства права соб-

ственности, т. е. въ настоящее время документы на это право; рассмотрѣніе этихъ документовъ ни въ чемъ не измѣнить сущности иска, который навсегда останется владѣльческимъ или посессорнымъ.

Слѣдовательно, въ древнемъ Римѣ обладающій чужимъ имуществомъ безъ законнаго основанія, хотя бы *cum animo rem sibi habendi*, не имѣлъ права иска о защитѣ своего обладанія отъ собственника, а въ случаѣ отнятія отъ него имущества собственникомъ, не имѣлъ права иска о *возстановленіи* обладанія. Таковымъ образомъ законный собственникъ, по древне-римскому праву, могъ безответственно отобрать свое имущество, не боясь, что лицо, которое обладало имъ *vi, clam* или *precario*, получитъ отъ претора интердиктъ на отнятіе этого имущества изъ его власти.

Слѣдовательно, по древне-римскому праву охранялось и возстановлялось посредствомъ интердикта юридическое владеніе въ понимаемомъ мною смыслѣ, т. е. право собственника, а не фактическое обладаніе противъ него; это послѣднее въ отношеніи собственника никакого права не давало; исключеніе было сдѣлано для того случая, когда законный собственникъ возвращалъ отнятое у него имущество „вооруженною силою;“ за употребленіе таковой имущество его конфисковалось; такимъ образомъ конфискація была наказаніемъ за насиліе съ оружіемъ въ рукахъ (См. Гай Сог. 4, 155) *Nam propter atrocitatem delicti in tantum ratio facti habetur, ut omni modo debeam ei restituere possessionem.*

Тождественныя съ мнѣніемъ Гая указанія объ интердиктахъ встрѣчаемъ въ Институціяхъ Императора Юстиніана (кн. 4, тит. 15); интердиктомъ прогибиторнымъ воспрещалось насиліе надъ владѣльцемъ *безъ порока*, а реституторнымъ повелѣвалось возстановленіе владѣнія лица, силою лишеннаго владѣнія землею.

Для защиты владѣнія введенъ интердиктъ *uti possidetis*; онъ давался въ спорѣ о правѣ собственности на вещь, когда

предварительно предстояло рѣшить, кто долженъ обладать имуществомъ, а кто искать права собственности; очевидно, что преторъ удерживалъ обладаніе за тѣмъ, кого считалъ собственникомъ, а противнику его предоставлялъ право петиторнаго иска; интердиктъ *recuperandae possessionis*, или приказъ о возстановленіи владѣнія, давался лицу, насильственно отторгнутому отъ обладанія, если только изгнанный самъ не завладѣлъ имуществомъ того, который отторгнулъ, ни насильственно, ни тайно, ни прекарно; изъ этого видно, что и по Институціямъ Императора Юстиніана охранялось владѣніе собственника отъ захватовъ, а не обладаніе захватившаго отъ собственника, и возстановлялось *владѣніе* первого, а не *обладаніе* второго.

Такимъ образомъ ни Институціи Гая, ни Институціи Императора Юстиніана не даютъ основанія утверждать, что по классическому римскому праву, посессорнымъ или владѣльческимъ искомъ охранялось обладаніе не — собственника хотя бы *cum animo rem suam vel sibi habendi* отъ власти собственника, именно напротивъ; то же самое заключеніе я вывожу и изъ Пандектовъ.

Вчитываясь и вдумываясь въ текстъ этихъ древнихъ источниковъ права, нельзя не видѣть, что и тогда слово владѣніе (*possessio*) было употребляемо въ двухъ различныхъ значеніяхъ; въ значеніи *владѣнія* или распоряженія имуществомъ по *праву* собственности и *фактическаго держанія* въ своемъ обладаніи или пользованіи.

Было-бы грубою ошибкою думать, что древніе юристы исполнѣ ясно понимали и различали оба эти понятія; если-бы это было такъ, то споръ о сущности владѣнія и владѣльческаго иска былъ-бы рѣшенъ ими и не оставленъ намъ въ слѣдіе; ошибаются также тѣ, которые полагаютъ, что вопросъ „что такое владѣніе“ возникъ въ наше время, т. е. въ 19-мъ столѣтіи; нѣтъ, болѣе 2000 лѣтъ, какъ онъ поставленъ на очередь и до настоящаго времени остается не

рѣшеннымъ; между тѣмъ давно настала крайняя необходимость въ окончательномъ отвѣтѣ на этотъ вопросъ; такой отвѣтъ имѣеть чрезвычайно важное значеніе не только въ теоретическомъ отношеніи, но и въ *практической жизни*; особенно онъ важенъ въ нашемъ обширномъ отечествѣ, столь нуждающемся въ упроченіи права собственности и въ урегулированіи поземельныхъ отношеній.

Изъ многочисленныхъ наблюденій мнѣ достоверно извѣстно, что въ настоящее время многіе законные владѣльцы имущества, принадлежащихъ имъ на правѣ собственности, фактически не обладаютъ значительными участками своихъ имѣній, что участки эти захвачены преимущественно тайно (*clandestini*) лицами, не имѣющими на нихъ никакого права, и такъ какъ, при существующей нынѣ судебной практикѣ, лица обладающіи чужою собственностію болѣе 6 мѣсяцевъ защищаются полугодичною давностію, то иски законныхъ владѣльцевъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія обыкновенно не удовлетворяются и собственникамъ остается предъявленіе петиторныхъ исковъ, которыхъ они по трудности и значительности расходовъ не предъявляютъ.

Если предлагаемое мною опредѣленіе владѣнія и способъ защиты его отъ нарушеній правильны, то необходимо сдѣлать важныя измѣненія въ матеріальномъ правѣ, а также въ находящемся отъ него въ зависимости уставѣ гражданского судопроизводства.

Въ уставѣ гражданского судопроизводства необходимо слѣдующія главныя измѣненія: въ настоящее время, послѣ дѣйствія въ теченіе болѣе 25 лѣтъ судебныхъ уставовъ 1864 года, достаточно выяснено, что нѣтъ никакихъ основаній ограничивать мировыя учрежденія 6-ти мѣсячнымъ срокомъ въ принятіи къ своему разсмотрѣнію исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія: иски о возвратѣ имущества законному собственнику изъ неправильнаго обладанія по существу своему должны быть подсудны ближайше-

му суду и подлежать разрѣшенію сокращеннымъ порядкомъ; поэтому п. 4 ст. 29 уст. гр. судопр. долженъ быть измѣненъ въ томъ, что вторая часть его— „когда со времени нарушенія прошло не болѣе шести мѣсяцевъ“— должна быть отмѣнена; такимъ образомъ иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія подлежали-бы исключительно вѣдѣнію мировыхъ учреждений и были-бы вовсе изъяты изъ подсудности общимъ установленіямъ; въ такомъ случаѣ подлежали-бы отмѣнѣ или соотвѣтственнымъ измѣненіямъ и статьи 31, 213, 349 и др. уст. гр. суд. Затѣмъ слѣдуетъ отмѣнить ст. 73 уст. гр. судопр., въ которой изложено, что, при разрѣшеніи исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, мировой судья не входитъ въ разсмотрѣніе документовъ, удостоверяющихъ право собственности на недвижимое имѣніе, но лишь возстановляетъ нарушенное владѣніе, такъ какъ изъ текста этой статьи видно, что защитѣ подлежитъ не только владѣніе собственника, но всякое обладаніе имуществомъ, т. е. и обладаніе захватившаго имущество отъ собственника, что противорѣчитъ предлагаемой мною и, думаю, обоснованной теоріи; имущество, отобранное собственникомъ у обладавшаго имъ безъ законнаго основанія, не можетъ быть отнято и отдано захватчику.

Правительствующій Сенатъ въ теченіе 25-и лѣтъ имѣлъ болѣе 400-ти случаевъ высказаться о существѣ владѣнія и дать судамъ общія указанія для правильнаго разрѣшенія возбуждаемыхъ споровъ; нѣтъ вопроса *болѣе* важнаго и нѣтъ дѣлъ разрѣшаемыхъ судами *меньше* удовлетворительно; въ сожалѣнію, Сенатъ не далъ общихъ указаній къ единообразному разрѣшенію спорнаго вопроса о сущности владѣнія и о томъ, подлежатъ ли защитѣ владѣніе собственника отъ нарушеній, или должно возстановлять и фактическое обладаніе отъ собственника; впрочемъ по вопросу, относятся ли иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія только къ имуществамъ недвижимымъ, или также и къ движимымъ;

Правительствующій Сенатъ въ цѣломъ рядѣ рѣшеній (1873 г. N. 782, 1873 г. N. 356, 1875 г. N. 776 и др.) далъ достаточно вѣскія указанія, убѣждающія, что искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія могутъ имѣть примѣненіе лишь къ недвижимому имуществу, хотя по дѣйствующему закону возможно возстановленіе владѣнія и движимостію, (См. Соображенія Госуд. Сов. подъ п. 4 ст. 29 уст. гр. суд., Изд. Госуд. Канц. 1867 г. стр. 45).

Нельзя удивляться тому обстоятельству, что Правительствующій Сенатъ ограничился разсмотрѣніемъ и разрѣшеніемъ частныхъ случаевъ безъ указанія общихъ основаній, такъ какъ въ виду различія взглядовъ на владѣніе въ наукѣ не могло быть единства и въ практикѣ.

Кромѣ устава гражданскаго судопроизводства подлежатъ существеннымъ измѣненіямъ раздѣлъ о правѣ собственности и о правѣ владѣнія и вообще много статей матеріальнаго права.

Въ виду особенной сложности разсматриваемаго вопроса и важности правильнаго рѣшенія его въ практическомъ отношеніи, нельзя ограничиться однимъ измѣненіемъ подлежащихъ статей гражданскаго права и судопроизводства, но необходимо изданіе особой инструкціи на подобіе той, которая была издана въ 1882 г. по распоряженію Министерства Юстиціи для разъясненія закона 18 мая 1882 г. объ измѣненіяхъ наказаній за кражу со взломомъ; изданіе подобной инструкціи было бы весьма цѣлесообразно для ближайшаго ознакомленія съ юридическимъ институтомъ владѣнія и для правильнаго разрѣшенія владѣльческихъ исковъ, возбуждаемыхъ въ мировыхъ и гминныхъ учрежденіяхъ, у земскихъ начальниковъ и у городскихъ судей.

VIII.

Резюмируя все сказанное, я прихожу къ слѣдующему уже выраженному выводу, сущность котораго считаю необходимымъ повторить:

Владѣніе, какъ *фактъ*, какъ объектъ, находящійся въ быту, есть имущество движимое или недвижимое, принадлежащее субъекту онаго на правѣ собственности: *моя земля, мой домъ, моя книга* — составляютъ *мое* владѣніе.

Владѣніе, какъ отношеніе, т. е. *право* владѣнія, есть право собственника свободно распорядится принадлежащимъ ему имуществомъ безъ всякаго вмѣшательства другихъ лицъ.

Нарушеніе владѣнія есть захватъ постороннимъ лицомъ чужого *недвижимаго* имущества и всякое обладаніе такимъ безъ согласія исходящаго отъ собственника, а равно препятствованіе свободно распорядится этимъ имуществомъ посредствомъ возведенія на чужой землѣ строеній, ископаній кладовъ и т. п. образомъ. Захватъ чужого *движимаго* имущества есть не нарушеніе владѣнія, а лишеніе самого права собственности.

Для наличности права владѣнія *необходимо* право собственности, котораго владѣніе есть слѣдствіе, но *излишне* вѣдшее проявленіе этого права въ видѣ пользованія или держанія имущества въ своемъ обладаніи.

Фактическое обладаніе чужимъ недвижимымъ имуществомъ, какъ бы долго оно не продолжалось, не даетъ обладающему права владѣнія, потому что владѣніе принадлежит одному собственнику; иначе говоря, захватомъ чужой собственности *нарушается* владѣніе собственника, но *не пріобрѣтается* таковое захватившимъ, хотя бы онъ многіе годы спокойно обладалъ захваченнымъ.

Право собственности съ неизбежнымъ его слѣдствіемъ правомъ владѣнія даетъ собственнику недвижимаго имущества право требовать таковое въ свое распоряженіе отъ всякаго, у кого это имущество находится въ обладаніи безъ его согласія.

Право собственника требовать возврата въ его распоряженіе имущества, находящагося безъ законнаго основанія въ обладаніи другого лица, осуществляется владѣльческимъ или посессорнымъ искомъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія.

Посессорный или владѣльческій искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія возможенъ только о недвижимомъ имуществѣ, въ отношеніи котораго право собственности можетъ принадлежать одному лицу, а фактическое обладаніе имуществомъ другому; онъ не возможенъ по отношенію къ движимости, право собственности на которую принадлежитъ лицу обладающему ею и въ отношеніи которой право собственности совпадаетъ съ фактическимъ обладаніемъ; но возможно ходатайство о *защитѣ* владѣнія движимостію отъ нарушенія.

Такимъ образомъ можно указать цѣлый рядъ важныхъ ошибокъ, вслѣдствіе допущенія которыхъ ученые, изслѣдовавшіе сущность владѣнія, не могли рѣшить этого вопроса; вотъ онѣ:

1) Главнѣйшая ошибка *Савиньи* состоитъ въ мнѣніи, что нарушеніе владѣнія есть оскорбленіе личности и что будто поэтому съ прекращеніемъ оскорбленія лица имущество должно быть отнято у обидчика и отдано оскорбленному, хотя бы оно составляло собственность не обиженнаго обидчика.

Ошибка состоитъ въ нарушеніи существеннаго права собственника фактическимъ отнятіемъ принадлежащаго ему имущества безъ лишенія права собственности.

2) Главнѣйшая ошибка профессора *Геринга* состоитъ въ мнѣніи, что собственникъ недвижимаго имущества можетъ доказать свое право собственности только посредствомъ петиторнаго иска.

Ошибка происходитъ отъ смѣшенія двухъ различныхъ понятій: *легкости доказыванія* наличнаго права собственности предъявленіемъ акта укрѣпленія съ *трудностію отыскиванія* права собственности на имущество, укрѣпленное за другимъ лицомъ.

Отсюда ошибочное предположеніе его, будто нормальное средство защиты наличной собственности—петиторный, а не владѣльческій искъ.

Вторая важная ошибка *Геринга* состоитъ въ мнѣніи, что допущеніемъ во владѣльческомъ процессѣ разрѣшенія вопроса о правѣ собственности, т. е. разрѣшеніемъ сторонамъ представлять документы о правѣ на спорное имущество искъ о возстановленіи владѣнія превращается въ искъ о правѣ собственности.

Ошибка состоитъ въ предположеніи, что родъ и свойство иска опредѣляются не сущностію исковыхъ требований, а представляемыми сторонами доказательствами: *доказательства не измѣняютъ сущности иска*.

Если взять *общія* черты двухъ приведенныхъ теорій владѣнія, на принципахъ которыхъ основаны всѣ гражданскіе кодексы и сравнить ихъ съ предлагаемымъ мною ученіемъ, то получится слѣдующая сравнительная таблица:

Теоріи Владѣнія

(Савиньи, Іерини и другихъ).

Существующія.

1) Юридическое владѣніе есть *фактическое обладаніе* имуществомъ съ желаніемъ обладающаго считать его собственнымъ; или оно есть реальность, видимость собственности; въ большинствѣ случаевъ юридическое владѣніе совпадаетъ съ фактическимъ обладаніемъ и правомъ собственности.

2) Одни считаютъ владѣніе *фактомъ*, другіе признають его *правомъ*.

3) Искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія *личный*, относящійся только къ нарушителю; если нарушившій владѣніе передаетъ захваченное имъ *движимое* или *недвижимое* имущество

Предлагаемая.

1) и 2) Владѣніе, есть *право собственника* неограниченно распоряжаться принадлежащимъ ему имуществомъ; оно составляетъ неотдѣлимое *сльдствие* права собственности; владѣніе, какъ и право собственности, пріобрѣтается: на *недвижимое* имущество посредствомъ записи даннаго лица въ подлежащую книгу собственникомъ имѣнія, а *движимымъ* — фактомъ обладанія; обладаніе *чужимъ недвижимымъ* имуществомъ *vi, clam* или *precario*, хотя бы съ желаніемъ считать его собственнымъ, есть пользованіе и не составляетъ юридического владѣнія.

3) Искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія *вещный*; посредствомъ посессорнаго иска собственникъ можетъ отобрать свое *недвижимое* имущество отъ того, въ чьихъ рукахъ оно нахо-

дится, *не предъявляя петиторнаго иска*. 3-му лицу, то собственникъ имущества для возврата его *долженъ предъявить* къ нему послѣднему *петиторный искъ*.

4) *Единственнымъ* доказательствомъ владѣльческаго иска служатъ *показанія свидетелей* для опредѣленія, кому принадлежало фактическое обладаніе имуществомъ; документы на право собственности, представляемые въ доказательство и въ опроверженіе иска, не принимаются; въ случаѣ разсмотрѣнія документовъ о правѣ собственности, искъ о возстановленіи владѣнія превратился бы въ искъ о правѣ собственности, т. е. искъ посессорный превратился бы въ петиторный.

5) Владѣніе захватчика, вора и грабителя *подлежитъ защитѣ* отъ собственника; если онъ отнял *свое* имущество у захватившаго, вора или грабителя, то такое возвращається имъ посредствомъ *посессорнаго* иска, а собственнику предоставляется право *петиторнаго* иска.

4) *Главнымъ* доказательствомъ владѣльческаго иска служитъ *документъ* о правѣ собственности; *дополнительными* доказательствами могутъ быть: а) *планы* для разъясненія спорныхъ границъ владѣнія и б) *показанія свидетелей* на случай необходимости уясненія обстоятельствъ, при которыхъ нарушеніе владѣнія имѣло мѣсто, а въ особенности на случай возраженія, что самаго нарушенія владѣнія не было; разсмотрѣніе документа о правѣ собственности не можетъ превратить посессорный искъ въ петиторный.

5) Обладаніе захватчика, вора и грабителя *не защищается* отъ собственника; если собственникъ отнял *свое* имущество, то такое у него не отбирается и вору или грабителю не возвращается.

6) Иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія могутъ касаться *недвижимыхъ* и *движимыхъ* имуществъ. 6) Искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія можетъ имѣть предметомъ только *недвижимое* имущество.

Не мнѣ рѣшать правильна ли предложенная мною теорія владѣнія, но я позволю себѣ еще разъ напомнить, что теорія *Савиньи* не достигаетъ главной своей цѣли — защищать личность, которая должна быть защищаема, имѣетъ ли она волю считать отнятое имущество своимъ или не имѣетъ; что неизбѣжнымъ слѣдствіемъ какъ его теоріи, такъ и теоріи *Иеринга* является защита обладанія захватчика, вора и грабителя отъ собственника, въ чемъ сами авторы видятъ загадочность ученія о владѣніи, и что по моему убѣжденію служить доказательствомъ несостоятельности ихъ теорій; что всякая теорія владѣнія заранѣе должна быть осуждена, если послѣдствіемъ ея есть право *личнаго*, а не *вещнаго* иска и что равнымъ образомъ всякая теорія владѣнія, въ которую будетъ входить *animus*, а не *jus*, не можетъ быть признана правильною потому, что воли, выражая субъективное отношеніе лица къ вещи, не можетъ служить нормою правовыхъ отношеній, для которыхъ необходимъ объективный признакъ; во всемъ гражданскомъ правѣ нѣтъ института, въ которомъ желаніе одной стороны возлагало бы обязательство на другую.

Предложенная мною новая теорія, не заключая, по моему убѣжденію, противорѣчій въ самой себѣ, удовлетворяетъ главной цѣли — охранять право собственника имущества и дать ему возможность въ самомъ сокращенномъ порядкѣ возратить свое достояніе изъ рукъ того, у кого оно находится.

Въ заключеніе сказаннаго считаю необходимымъ изложить главные принципы, послужившіе основаніемъ предлагаемой мною теоріи владѣнія.

1. Собственникъ имущества не имѣетъ основанія отыскивать право собственности на него съ не-собственника, потому что не можетъ получить съ отвѣтчика то, чего у него нѣтъ.

2. Доказать *наличное* право собственности легко: на *недвижимое* имущество оно доказывается *фактомъ записи* въ подлежащей крѣпостной или ипотечной книгѣ, удостовѣреннымъ купчею или выписью, а на *движимость* — *фактомъ обладанія*.

3. Право владѣнія неизбѣжное, непремѣнное и неотдѣляемое слѣдствіе права собственности.

4. Такъ какъ для движимыхъ имуществъ фактъ обладанія служитъ доказательствомъ права собственности, то каждый обладатель движимости — собственникъ ея; поэтому лицо, у котораго отнято движимое имущество, не можетъ предъявлять иска о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, ибо лицо, завладѣвшее вещью, приобрѣло на нее право собственности; лицо же, у котораго отнято обладаніе недвижимостію, осталось собственникомъ ея и потому можетъ ходатайствовать о возстановленіи нарушеннаго владѣнія; значить, самый *raison d'être* владѣльческаго иска кроется въ томъ обстоятельстве, что фактъ обладанія недвижимымъ имуществомъ можетъ не совпадать и часто не совпадаетъ въ одномъ лицѣ съ правомъ собственности, чего не можетъ быть съ имуществомъ движимымъ.

5. Слово владѣніе употребляется въ классическомъ римскомъ правѣ и во всѣхъ законодательствахъ въ двухъ различныхъ значеніяхъ:

а) Въ значеніи *права* собственника распоряжаться *своимъ* имуществомъ; и в) въ значеніи *факта* обладанія.

6. Собственникъ имущества имѣетъ право *вещнаго* иска на защиту своей собственности; если лицо имѣетъ только право требованія *сз даннаго лица*, т.е. личного иска, то это служитъ доказательствомъ, что оно не имѣетъ права собственности, такъ какъ *непремѣннымъ слѣдствіемъ* этого права должно быть право потребовать свое имущество отъ *всякаго*, что осуществимо только посредствомъ вещнаго иска.

Правильное рѣшеніе „вѣковаго спора“, *что такое владѣніе*, имѣетъ практическое значеніе исключительной важности, потому что владѣніе занимаетъ центральное мѣсто въ гражданскомъ правѣ; съ измѣненіемъ взгляда на сущность владѣнія и на его защиту, съ признаніемъ, что владѣніе есть право собственника, законоположенія о владѣніи должны быть поставлены послѣ законовъ, нормирующихъ право собственности, какъ слѣдствіе послѣ причины; а равно необходимо измѣнить болѣе *девятисто* статей въ русскомъ гражданскомъ правѣ, болѣе *пятидесяти* — въ Кодексѣ Наполеона и около *пятидесяти* въ уставѣ гражданского судопроизводства.

Въ чемъ именно должны состоять эти измѣненія не мѣсто говорить въ настоящемъ трудѣ, посвященномъ исключительно уясненію идеи владѣнія; однако очевидно, что съ примѣненіемъ этой идеи къ жизни отдѣль будущаго гражданского уложенія о вещномъ правѣ въ сравненіи съ настоящимъ долженъ быть *сокращенъ* и *упрощенъ* до неузнаваемости.

Послѣ опредѣленія сущности владѣнія и установленія, что владѣніе есть право собственника, главнѣйшую роль въ новой теоріи играетъ выводъ способа пріобрѣтенія права собственности на движимое имущество. Опредѣленіе, что право собственности на движимое имущество принадлежитъ тому, кто имъ обладаетъ, должно составить существенную поправку въ дѣйствующемъ законодательствѣ: оно извлечено изъ дѣйствительной жизни, оно обезпечиваетъ спокойный

и быстрый обмѣнъ движимыхъ имуществъ, имѣющій такое значеніе въ настоящее время, а тѣмъ болѣе въ будущемъ; законодательная санкція его будетъ только легализованіемъ факта, измѣнить или отмѣнить, который никто не можетъ; такая санкція послужитъ къ упроченію высшаго консервативнаго принципа *всѣхъ культурныхъ обществъ — обезпеченія собственнику спокойнаго распоряженія его имуществомъ*.

Не претендуя на полноту настоящаго труда, на безъошибочность моихъ выводовъ, а тѣмъ болѣе на совершенство, я рѣшился выпустить его въ свѣтъ главнымъ образомъ съ цѣлью вызвать людей науки и практики на размышленіе и обужденіе предлагаемыхъ мною идей, лившихся плодомъ долгихъ думъ и опыта трудной жизни.

Если основныя положенія предложенной мною теоріи владѣнія правильны, то онѣ не могутъ остаться безъ важнаго вліянія на ходъ работъ по составленію проекта гражданского уложенія и зависящаго отъ него устава гражданского судопроизводства.

Сущность моихъ идей я излагаю въ слѣдующихъ двухъ положеніяхъ:

1. Владѣніе есть *право* собственника; право владѣнія есть неотдѣлимое слѣдствіе права собственности.

2. Движимое имущество составляетъ собственность того, кто имъ обладаетъ.