

1953

К

Проф. И. Н. Трепицынъ.

7ГП6

Т-66

ПРІОБРѢТЕНІЕ ДВИЖИМОСТЕЙ

ВЪ СОБСТВЕННОСТЬ

отъ лицъ, не имѣющихъ права на ихъ отчужденіе.

33482
~~47447~~
Ф. Б.

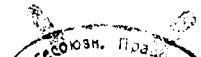


ВАРШАВА.

ТИПОГРАФІЯ ВАРШАВСКАГО УЧЕБНАГО ОКРУГА.

Краковское Предмѣстье, № 3.

1907.



395.2

T-663

ПК

Печатано по опредѣленію Совета Императорскаго
Варшавскаго Университета.

Ректоръ проф. *В. О. Карскій.*

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Въ настоящей нашей работѣ мы продолжаемъ изслѣдованіе вопроса о приобрѣтеніи права собственности на движимыя вещи, начатое нами въ нашемъ сочиненіи, озаглавленномъ: „Переходъ права собственности на движимыя имущества посредствомъ передачи и соглашения“. (Одесса, 1903).

Для выясненія задачъ, которыя нами поставлены теперь, надо имѣть въ виду слѣдующее.

Въ только-что названномъ сочиненіи мы занимались вопросомъ о переходѣ права собственности на движимыя вещи отъ лицъ, такъ или иначе *управомоченныхъ* на отчужденіе или передачу этого права. Такими управомоченными лицами являются, прежде всего, сами собственники, а затѣмъ также ихъ представители, въ извѣстныхъ случаяхъ—заклодоприниматели и др. Тамъ мы разсмотрѣли двѣ системы правилъ, по которымъ совершается переходъ права собственности: систему *traditio* и систему соглашения.

Теперь мы беремъ предметомъ своего изслѣдованія другую категорію случаевъ: отчужденіе движимостей лицами, *не* управомоченными на это. Такими лицами являются держатели чужихъ вещей по сдѣлкамъ, напр., поклажи, найма, ссуды и т. п., а также воры, находчики и т. п. Здѣсь мы будемъ разсматривать вопросъ: возможно ли, — и при какихъ

условіяхъ, — пріобрѣтеніе права собственности въ этихъ послѣднихъ случаяхъ.

Какъ увидимъ ниже, римское право относилось къ этому вопросу отрицательно. Оно полностью и исключительно логически проводило принципъ собственности: разъ чья-либо вещь отчуждалась лицомъ, на то не уполномоченнымъ, собственникъ могъ отобрать ее отъ всякаго, у кого бы она ни находилась; пріобрѣтатель тамъ не охранялся въ своемъ обладаніи; ему предоставлялось вѣдаться только по вопросу объ убыткахъ съ неправомѣрнымъ отчуждателемъ.

Новые народы Западной Европы, наоборотъ, — еще въ началѣ среднихъ вѣковъ рѣзко нарушили эту логическую послѣдовательность и принципиально допустили — въ извѣстныхъ границахъ — защиту пріобрѣтателей именно *въ ихъ обладаніи* пріобрѣтенной вещью даже тогда, когда у традентовъ не было легитимациа на отчужденіе, такъ что здѣсь уже не пріобрѣтателямъ, а собственникамъ приходилось сводить счеты съ неправомѣрными отчуждателями.

Это новое начало, въ періодъ реценціи римскаго права, должно было выдержать жестокую борьбу съ этимъ послѣднимъ и мѣстами даже совершенно уступило передъ его могучимъ натискомъ.

Тѣмъ не менѣе къ началу XIX столѣтія, — къ эпохѣ появленія новыхъ кодексовъ, — изучаемое нами начало возродилось въ полной своей силѣ и затѣмъ нашло доступъ въ большинство дѣйствующихъ кодексовъ.

Тогда какъ историческія основы этого начала остаются невыясненными и до сихъ поръ, — теперь, въ новыхъ кодексахъ, оно введено въ большинство случаевъ уже совершенно сознательно: здѣсь индивидуалистическій характеръ римскаго права ограничивается въ своей исключительности социаль-

ными идеями и запросами современной жизни, а потому публичный элементъ въ гражданскомъ правѣ нарушаетъ прямолинейность его логическихъ построеній, и интересы блага общаго берутъ перевѣсъ надъ интересами отдѣльныхъ лицъ.

Однако, при практическомъ рѣшеніи этихъ новыхъ задачъ въ дѣйствующихъ кодексахъ, получилась крайняя нестрога въ ихъ формулировкѣ: объемъ и условія защиты пріобрѣтателей въ каждомъ кодексѣ опредѣляются различно, какъ различно они опредѣлялись и въ исторіи (объ общихъ результатахъ развитія нашего начала см. на стр. 509).

Конечно, взаимное отношеніе между двумя основными двигателями человѣческаго общегитія, — между интересомъ личнымъ и интересомъ общественнымъ, — *и не можетъ* быть выражено одной, — разъ на всегда установленной, — величиной: жизнь постоянно мѣняется въ своемъ великомъ историческомъ теченіи, постоянно мѣняются и наши идеалы, цѣли и запросы.

Но указанная нестрога въ постановленіяхъ отдѣльныхъ кодексовъ по нашему вопросу указываетъ на нѣчто другое: она указываетъ на то, что даже и для *каждой отдѣльной эпохи*, — даже для той эпохи, въ которую мы живемъ, — у насъ нѣтъ еще средствъ и умѣнья установить должное соотношеніе между указанными интересами, — соотношеніе, которое бы въ точности подходило къ укладу нашей теперешней жизни и было бы намъ полезнымъ. — Такова растяжимость нашихъ исходныхъ основныхъ понятій, и такова еще слабость нашихъ гуманитарныхъ наукъ!

Но опускать рукъ нельзя. Не имѣя истины въ рукахъ, мы должны къ ней стремиться. Колоссально разившійся оборотъ съ движимостями, составляющими теперь огромную часть всего народнаго хозяйства, быстрота этого оборота,

сложность и запутанность юридических отношеній настоятельно требуютъ отъ законодателей ясной, точной — и при томъ цѣлесообразной — нормировки этихъ послѣднихъ.

Именно сюда относится и нашъ вопросъ. Конечно, онъ является только однимъ и небольшимъ колесомъ въ огромной и сложной машинѣ народнаго хозяйства, но каждая машина только тогда идетъ хорошо, когда *вся* колеса дѣйствуютъ исправно.

И вотъ, здѣсь прежде всего необходимо собрать тотъ матеріалъ, который уже имѣется по нашему вопросу, — надо рассмотреть и изучить, по какимъ законамъ мы живемъ.

Съ этой цѣлью мы и предпринимаемъ главнымъ образомъ *догматическое* изслѣдованіе новыхъ законодательствъ. Здѣсь мы увидимъ поучительные примѣры того, какъ нашъ вопросъ рѣшается различными народами Западной Европы. Здѣсь же мы убѣдимся, что постановленія нашего *русскаго* права далеко не отличаются ясностью и опредѣленностью, а потому въ литературѣ о нихъ спорить, а судебная практика постоянно колеблется, — явленіе, конечно, очень печальное, такъ какъ при разграниченіи „моего“ отъ „твоего“ непременно должна быть соблюдаема — не говоримъ уже: цѣлесообразность, но во всякомъ случаѣ — точность и опредѣленность. На дѣло выясненія этого темнаго вопроса и мы приносимъ здѣсь свою посильную лепту. Въ этой же догматической части мы занимаемся и *конструированіемъ* изучаемаго нами явленія, т. е. опредѣляемъ его юридической природы. Вопросъ этотъ важенъ прежде всего теоретически: научное изслѣдованіе только и возможно при систематическомъ разграниченіи и выдѣленіи отдѣльныхъ явленій изъ тѣхъ смѣшанныхъ комплексовъ, въ которыхъ они разнообразнѣйшимъ образомъ проявляются и переплетаются другъ съ другомъ

въ дѣйствительной жизни. Далѣе, вопросъ этотъ важенъ и практически: добываемая нами индуктивнымъ путемъ изъ положительнаго закона конструкція даетъ затѣмъ возможность путемъ дедукціи восполнять пробѣлы этого же самаго положительнаго закона.

Затѣмъ, что касается *исторіи* нашего вопроса, то въ западно-европейскомъ правѣ эта обширная область, какъ отмѣчено выше, остается еще темной и теперь, и даже для спеціалистовъ-историковъ. Кромѣ того, въ литературѣ (*Jobbé-Duval*) высказано мнѣніе, — и оно намъ кажется очень вѣроятнымъ, — что хотя новые кодексы и воспроизводятъ въ общемъ нормы старыхъ источниковъ, но *основанія* тѣхъ и другихъ совершенно различны. По этимъ двумъ причинамъ мы не предпринимаемъ здѣсь *самостоятельнаго* изслѣдованія источниковъ, а ограничиваемся лишь передачей тѣхъ ученій, которыя высказаны въ спеціальной литературѣ по нашему вопросу. Начиная наше изложеніе, — для большей яркости картины, — съ положеній римскаго права, мы и эту историческую часть выпускаемъ лишь въ формѣ „введенія“. Исключеніе мы дѣлаемъ только для исторіи *русскаго* права, которую изложимъ съ возможной полнотой, причемъ постараемся не только истолковать самыя постановленія прежнихъ источниковъ права, но и выяснитъ тѣ общія условія, въ которыхъ эти постановленія возникли и примѣнялись: характеръ каждой отдѣльной эпохи, вліяніе сосѣдей и т. п. Эту часть нашей работы мы помѣщаемъ непосредственно передъ изложеніемъ догмы русскаго права (а не во „Введеніи“), во 1-хъ, въ виду ихъ близкой связи между собою и, во 2-хъ, въ виду полной противоположности между исторіей нашего вопроса въ Россіи и его исторіей на Западѣ Европы.

Это — первая двѣ части нашей работы: историче-

ская, — служебная, — и догматическая (вмѣстѣ съ исторіей русскаго права), — главная.

Наконецъ, третью часть работы, — критическую, — мы посвящаемъ вопросу о томъ, каковы должны быть тѣ законы, по которымъ мы *желаемъ бы* жить. Какъ ни важна эта творческая дѣятельность науки, но, къ сожалѣнію, мы здѣсь еще не обладаемъ такими руководящими принципами, которые были бы установлены точно, твердо и для всехъ убѣдительно. Для новыхъ посявовъ еще не придуманы орудія, и потому здѣсь приходится выступать пока налегкѣ.

Таковы непосредственныя задачи этого нашего изслѣдованія.

Попутно же при этомъ уже окончательно выяснится и предметъ нашего *перваго* изслѣдованія (оно указано выше): выяснится область дѣйствія „системы соглашенія“, и — на примѣрѣ французскаго права — будетъ констатирована полная возможность совершенно мирнаго и цѣлесообразнаго сосуществованія этой системы и изучаемаго нами новаго начала.

Такимъ образомъ мы и закончимъ изученіе вопроса о правѣ собственности на движимыя вещи.

И. Т.

Варшава, 5 Сентября 1907.



О Г Л А В Л Е Н І Е.

I.

ЧАСТЬ ИСТОРИЧЕСКАЯ.

(ВВЕДЕНІЕ).

Римское право и западно-европейское право до новыхъ законодательствъ.

ГЛАВА I.

Римское право 1

ГЛАВА II.

Западно-европейское право до новыхъ законодательствъ.

- § 1. Источники права и принципъ „Hand wahre Hand“ 22
- § 2. Основаніе принципа „Hand wahre Hand“ 54

II.

ЧАСТЬ ДОГМАТИЧЕСКАЯ.

Новыя законодательства.

Общая замѣчанія 81

X

| | Стр. |
|--|------|
| ГЛАВА I. | |
| Прусское право | 83 |
| ГЛАВА II. | |
| Французское право. | |
| § 1. Наука и судебная практика въ XVIII в. | 92 |
| § 2. Кодексъ Наполеона и 1-я часть ст. 2279 | 100 |
| § 3. Примѣненіе 1 ч. ст. 2279 К. Н.—а) Реальность владѣнія | 104 |
| § 4. b) Animus domini | 109 |
| § 5. c) Justus titulus | 113 |
| § 6. d) Bona fides | 116 |
| § 7. e) Субъекты | 124 |
| § 8. f) Объекты | 126 |
| § 9. Дѣйствіе 1 части ст. 2279 | 135 |
| § 10. 2-я часть ст. 2279 | 144 |
| § 11. 1-я часть ст. 2280 | 157 |
| § 12. 1-й пунктъ ст. 2102 | 159 |
| § 13. 1-я часть ст. 2279 и „система соглашения“ . | 170 |
| ГЛАВА III. | |
| Австрийское право. | |
| § 1. Основныя положенія о приобрѣтеніи | 176 |
| § 2. Отдѣльные случаи приобрѣтенія | 189 |
| ГЛАВА IV. | |
| Общегерманское торговое право | 205 |
| ГЛАВА V. | |
| Саксонское право | 226 |
| ГЛАВА VI. | |
| Итальянское право | 233 |
| ГЛАВА VII. | |
| Швейцарское право | 239 |

XI

| | Стр. |
|---|------|
| ГЛАВА VIII. | |
| Английское право | 247 |
| ГЛАВА IX. | |
| Второстепенныя законодательства. | |
| § 1. Данія, Норвегія и Швеція | 254 |
| § 2. Бельгія | 255 |
| § 3. Голландія | — |
| § 4. Сербія | 256 |
| § 5. Португалія | 257 |
| § 6. Черногорія | 259 |
| § 7. Испанія | 261 |
| ГЛАВА X. | |
| Гражданское и торговое право Германской Имперіи | |
| § 1. Проектъ 1888 г. | 265 |
| § 2. Общегерманское Гражданское Уложеніе | 273 |
| § 3. Общегерманское Торговое Уложеніе 1897 г. | 315 |
| ГЛАВА XI. | |
| Русское право. | |
| А. Часть историческая. | |
| § 1. Общія замѣчанія | 321 |
| § 2. Договоры русскихъ съ греками | 324 |
| § 3. Русская Правда | 332 |
| § 4. Литовскій Статутъ | 357 |
| § 5. Прочія славянскія законодательства | 375 |
| § 6. Псковская Судная Грамота | 383 |
| § 7. Судебники | 394 |
| § 8. Уложеніе царя Алексѣя Михайловича | 400 |
| § 9. Приложеніе. — Сборникъ законовъ царя Вахтанга VI | 405 |
| В. Часть догматическая. | |
| § 1. Русское дѣйствующее право | 408 |
| § 2. Право Царства Польскаго | 463 |

XII

| | <i>Стр.</i> |
|--|-------------|
| § 3. Право Прибалтійскихъ губерній | 467 |
| § 4. Право Бессарабской губерніи | 473 |

ГЛАВА XII.

| | |
|-----------------------|-----|
| Конструкція | 478 |
|-----------------------|-----|

III.

ЧАСТЬ КРИТИЧЕСКАЯ.

Lex ferenda и русскій проектъ гражданскаго уложенія.

ГЛАВА I.

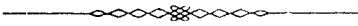
Принципіальное рѣшеніе вопроса.

| | |
|---|-----|
| § 1. Общія замѣчанія | 507 |
| § 2. Частно-хозяйственная точка зрѣнія | 509 |
| § 3. Народно-хозяйственная точка зрѣнія | 512 |
| § 4. Границы и условія примѣненія новаго способа приобрѣтенія | 522 |

ГЛАВА II.

| | |
|---|-----|
| Проектъ гражданскаго уложенія и наша формулировка будущаго закона | 535 |
|---|-----|

| | |
|--|--------|
| Приложеніе. — Полныя названія книгъ и статей, цитированныхъ сокращенно | I — XL |
|--|--------|



I.

Часть историческая.

(ВВЕДЕНІЕ).

Римское право и западно-европейское право до новыхъ законодательствъ.

ГЛАВА I.

Римское право.

Римское право только въ одномъ исключительномъ случаѣ допускало возможность приобрѣтенія права собственности отъ лица, не управомоченнаго на отчужденіе этого права, — когда отчуждателемъ являлся фискъ, императоръ или императрица. До общаго же и принципіальнаго признанія такихъ приобрѣтений отъ всякаго отчуждателя римское право не дошло.

При разсмотрѣніи относящихся сюда постановленій будемъ имѣть въ виду слѣдующее.

Во 1-хъ, право собственности въ Римѣ уже вполне отчетливо отличалось отъ владѣнія: *nihil commune habet proprietas*

cum possessione¹⁾; никакого смѣненія этихъ двухъ институтовъ тамъ не было.

Во 2-хъ, производное приобретение права собственности, въ кругу сдѣлокъ *inter vivos*, регулировалось системой *traditio*, которая для приобретения права собственности требовала приобретения владѣнія и легитимации на отчужденіе²⁾.

Въ 3-хъ, въ случаяхъ недействительности *traditio*, приобретенное при ея посредствѣ владѣніе могло, при извѣстныхъ условіяхъ, превращаться въ право собственности путемъ давности³⁾, которая восполняла такимъ образомъ систему *traditio*.

Въ 4-хъ, пока приобретение не совершилось такимъ или инымъ образомъ, прежній собственникъ сохранялъ за собою свой виндикаціонный искъ, съ которымъ онъ могъ обращаться ко всякому владѣльцу, въ рукахъ котораго вещь находилась (абсолютная виндикація)⁴⁾.

¹⁾ L. 12 § 1 D. 41, 2. См. еще l. 1 § 2 D. 43, 17. *Separata esse debet possessio a proprietate; l. 52 D. 41, 2: nec possessio et proprietas misceri debent. Dernburg, Pand., I, S. 393, Anm. 6. Windscheid, Lehrbuch, I, S. 642, Anm. 2. Ortlieb, Des effets de la possession, p. 5. Maynz, Cours, I, p. 517. Муромцевъ, Гражд. право др. Рима, стр. 553.*

²⁾ *Dernburg, Pand., I, S. 490 ff., 496. Windscheid, Lehrb., I, S. 779 ff. Wendt, Lehrbuch, §§ 118, 120. Baron, Pand., S. 252 ff. Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte, II, S. 416 ff. Maynz, Cours, I, § 191 ss. Accarias, Précis, I, p. 504 ss. Zoll, Pandekta, II, § 125. Ефимовъ, Догма, стр. 320 сл. Мумлюковъ, Курсъ, стр. 122 сл. Азаревичъ, Система, I, стр. 383 сл. Maciejowski, Zasady, I, str. 385. Zielonacki, Pandekta, I, str. 222. Chamier, A Manual, p. 86, 87. L. 20 C. 2, 3: Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.*

³⁾ *Dernburg, ibid., S. 506 ff. Windscheid, ibid., S. 805 ff. Wendt, ibid., § 122 ff. Baron, ibid., S. 268 ff. Karlowa, op. cit., II, S. 387 ff. Maynz, op. cit., I, § 196 ss. Accarias, op. cit., I, p. 521 ss. Ефимовъ, тамъ же, стр. 325 сл. Мумлюковъ, Курсъ, стр. 124 сл. Zoll, ibid., § 118. Азаревичъ, тамъ же, стр. 390 сл. Maciejowski, Zasady, I, str. 421, 431. Chamier, ibid., p. 87, Zielonacki, Pandekta, I, str. 196.*

⁴⁾ *Dernburg, ibid., § 224. Windscheid, ibid., §§ 192, 193. Karlowa, ibid., S. 440 ff. Baron, op. cit., S. 278 ff. Maynz, ibid., p. 658 s. Zoll, ibid., § 129. Мумлюковъ, Курсъ, стр. 139 сл. Ефимовъ, тамъ же, стр. 333, 334. Азаревичъ, тамъ же, стр. 422 сл. Wendt, op. cit., § 135. Wetzell, Vindicationsprozess, S. 128—134. Zielonacki, Pandekta, I, str. 227.*

Въ 5-хъ, такая же возможность осуществленія вещнаго права, не смотря на отсутствіе владѣнія вещью, имѣла мѣсто и въ залоговомъ правѣ съ тѣхъ поръ, какъ была признана *hypotheca*: передача вещи кредитору, для его обезпеченія, перестала быть необходимой, и кредиторъ, въ случаѣ неуплаты долга, могъ требовать посредствомъ *actio hypothecaria* выдачи себѣ вещи, хотя бы она изъ рукъ должника и перешла уже въ обладаніе третьяго лица¹⁾.

Все это, въ противоположность новымъ законодательствамъ, регулировалось въ общемъ одинаково какъ для движимостей, такъ и для недвижимостей²⁾. Но насъ, въ виду нашей темы, интересуютъ только движимости.

На указанномъ фонѣ мы находимъ въ римскомъ правѣ два слѣдующихъ основныхъ положенія, которыя ближайшимъ образомъ относятся къ нашей темѣ.

Прежде всего, — никто не можетъ передать другому больше правъ, чѣмъ самъ ихъ имѣетъ: *nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet*³⁾.

Затѣмъ практической санкціей этой нормы является второе положеніе римскаго права: гдѣ бы я, собственникъ, ни нашелъ мою вещь, тамъ я ее и виндицирую, — *ubi rem meam invenio, ibi vindico*⁴⁾. Это значитъ, что всякій приобретатель, по-

¹⁾ *Dernburg, ibid., S. 647, 648. Windscheid, ibid., § 224, Anm. 2. Wendt, ibid., §§ 158, 170. Karlowa, ibid., S. 1278 ff. Padeletti, Lehrbuch, S. 314—316. Dernburg, Pfandrecht, I, §§ 5—7, 9. Accarias, Précis, I, p. 656 s. Zoll, ibid., str. 229. Maciejowski, Zasady, II, str. 274. Дядькинскій, Залогъ, стр. 22 сл., 170 сл. Муромцевъ, Гражд. право др. Рима, стр. 625—627. Ефимовъ, тамъ же, стр. 375, 376. Мумлюковъ, Курсъ, стр. 160, 166, 167. Zielonacki, Pandekta, II, str. 186.*

²⁾ *Goldschmidt, Zeitschr. f. H. R., VIII, S. 230. Heusler, Inst., II, S. 3 f. Guillaouard, Preser., II, n. 798.*

³⁾ L. 54 D. 50, 17. См. специальное изслѣдованіе по этому вопросу: *Carlin, Niemand kann auf einen Anderen mehr Recht übertragen, als er selbst hat. Giessen, 1882.*

⁴⁾ *Carlin, op. cit., S. 42, говорить: so lautete die logische Folgerung aus dem Eigenthumsbegriff. Papendieck, Der Eigenthumserwerb, S. 7.*

лучившій вещь отъ лица, не имѣвшаго права на ея отчужденіе, обязанъ возратить эту вещь настоящему, дѣйствительному собственнику, въ случаѣ требованія со стороны послѣдняго ¹⁾).

Замѣтимъ здѣсь же, что это послѣднее положеніе римскаго права имѣетъ чисто формальный характеръ въ томъ смыслѣ, что оно совсѣмъ не рѣшаетъ нашего вопроса по существу; кромѣ того, — формула эта одинаково приложима какъ къ римскому праву, такъ и къ современнымъ законодательствамъ, допускающимъ приобрѣтеніе права собственности отъ не-собственника. Въ самомъ дѣлѣ, нѣтъ такого развитого законодательства, которое не защищало бы права собственности, и, пока вещь принадлежитъ данному лицу, оно всегда имѣетъ виндикаціонную защиту своего права собственности. Но за то и съ другой стороны, — какъ только данное лицо такъ или иначе утрачиваетъ свое право собственности, сейчасъ же и необходимо отпадаетъ и возможность защиты этого права: нельзя защищать то, чего нѣтъ. Такимъ образомъ сущность нашего вопроса сводится не къ наличности или отсутствію виндикаціи, а къ наличности или отсутствію права собственности, которое защищается виндикаціей ²⁾). Именно спрашивается: когда и при какихъ условіяхъ собственникъ теряетъ свое право собственности, а приобрѣтатель получаетъ право собственности на ту же самую вещь, — все это въ области договорныхъ сдѣлокъ и въ той категоріи случаевъ, когда отчуждателемъ является лицо, не управомоченное на передачу этого права ³⁾). Для освѣщенія этого *материально-правового* вопроса намъ надо рассмотреть первое изъ указанныхъ нами положеній римскаго права: *neto plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet*.

Примѣнительно къ нашей темѣ, это ближайшимъ образомъ означаетъ: не-собственникъ не можетъ передать другому право собственности, котораго онъ самъ не имѣетъ. Предполагается, значить, въ лицѣ отчуждателя или владѣнціи въ собственномъ

¹⁾ L. 1 C. 7, 26.

²⁾ Carlin, loc. cit. Franken, Lehrbuch, S. 383.

³⁾ Carlin, op. cit., S. 18.

смыслѣ этого слова, — *possessio civilis*, — или же простое держаніе, — *detentio*, — т. е. обладаніе вещью, на примѣръ, по найму, поклажѣ и т. п. И вотъ, обо всѣхъ этихъ обладателяхъ, какъ не имѣющихъ права собственности, римское право говорило: передать другимъ право собственности они не могутъ.

Но что, если такой обладатель тѣмъ не менѣе вступаетъ съ кѣмъ либо въ сдѣлку о передачѣ права собственности? Тогда, согласно сказанному, приобрѣтатель права собственности не получитъ. Самое большее, онъ можетъ сдѣлаться только лишь владѣльцемъ данной вещи. Правда, это владѣніе, при извѣстныхъ условіяхъ и по истеченіи извѣстнаго періода времени, можетъ превратиться въ право собственности путемъ давности, но до истеченія этого срока это будетъ все же одно только владѣніе, не больше ¹⁾, а право собственности вмѣстѣ съ правомъ на виндикацію останется за тѣмъ же самымъ лицомъ, за которымъ оно было и раньше ²⁾).

Все это вполне ясно и опредѣленно подтверждается источниками. См., напр., Ульпіана, — I. 20 pr. D. 41, 1:

Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum qui accipit nihil transfert.

Послѣдними словами, — *nihil transfert*, — сказано, впрочемъ, больше, чѣмъ слѣдуетъ: приобрѣтатель, какъ сказано выше, можетъ получить давностное владѣніе; на это мы находимъ указаніе въ § 5 Институцій Юстиніана, II, 9:

¹⁾ Dernburg, Pand., I, S. 492. Wendt, Lehrbuch, S. 333, 334. Azarевичъ, Система, I, стр. 383, 384.

²⁾ Wendt, loc. cit. Ortlieb, op. cit., p. 8. Отъ виндикаціи спасали только: *exceptio rei venditae et traditae*, *exc. doli* или *in factum*, позднѣйшее приобрѣтеніе права собственности традентомъ или, наконецъ, — наследованіе собственника послѣ традента. Goldschmidt, Zeitschr. für das ges. R., VIII, S. 233. Во всякомъ случаѣ добросовѣстность приобрѣтателя далеко не безразлична и по римскому праву. Ibidem, S. 234—237. Papendieck, Der Eigenthumserwerb, S. 8.

... et per hanc possessionem etiam dominium (прибавимъ: adquiri posse), si dominus fuit qui tradidit, vel usucapionem aut longi temporis praescriptionem, si dominus non sit ¹⁾.

¹⁾ Нужно только имѣть въ виду, что приобрѣтенію по давности не подлежали *res furtivae*, а понятіе *furtum* было въ Римѣ очень широко. *Windscheid, Lehrb. I, S. 826, 827. Dernburg, Pand., I, S. 510. Ortlieb, op. cit., p. 7, 8. Poincaré, op. cit., p. 15. Guillaouard, Prescr., II, n. 798.* Въ источникахъ понятіе кражи опредѣляется слѣдующимъ образомъ: *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus ejus possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere, — l. 1 § 3 D. 47, 2.* Для объясненія этой формулы см. §§ 2—6 J. II, 6: *Furtivae quoque res et quae vi possessae sunt, nec si praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint, usucapi possunt: nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhibet usucapionem, vi possessarum lex Julia et Plautia. Quod autem dictum est furtivarum et vi possessarum rerum usucapionem per legem prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur quive per vim possidet usucapere possit: nam his alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possident: sed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit vel ex alia causa acceperit, usucapiendi jus habeat. Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat, nam qui alienam rem vendidit vel ex alia causa tradidit, furtum ejus committit. Sed tamen id aliquando aliter se habet. Nam si heres rem defuncto commodatam aut locatam vel apud eum depositam existimans hereditariam esse bona fide accipienti vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit, quin is qui acceperit usucapere possit, dubium non est, quippe ea res in furti vitium non ceciderit, cum utique heres, qui bona fide tamquam suam alienaverit, furtum non committit. Item si is, ad quem ancillae usus fructus pertinet, partem suam esse credens vendiderit aut donaverit, furtum non committit: *furtum enim sine affectu furandi non committitur.* Aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat et efficiat, ut a possessore usucapiatur. См. еще l. 36 и l. 37 pr. D. 41, 3; l. 29 pr. D. 16, 3; l. 22 § 7 D. 17, 1; l. 1 § 2, l. 33, l. 43 D. 47, 2; l. 16 C. 6, 2; l. 2 C. 7, 27. Особенно интересна для насъ l. 1 C. 7, 26: *Mancipia tua si ab eis distracta sunt, qui jus vendendi non habuerunt, vindicare ea potes, nec enim usucapi ab emptoribus potuerunt, cum illicita venditione furtum contractum sit.**

Хотя въ l. 20 cit. рѣчь идетъ о недвижимостяхъ, но это дѣла не мѣняетъ: приобрѣтеніе права собственности отрицалось совершенно одинаково, и все различіе между движимостями и недвижимостями сказывалось лишь въ продолжительности давностнаго срока, какъ это видно изъ тѣхъ же Институцій Юстиніана — пр. II, 6:

Jure civili constitutum fuerat, ut, qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crediderit eum dominum esse, rem emerit vel ex donatione aliave qua justa causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis, biennio tantum in Italico solo usucapiat, ne rerum dominia in incerto essent ¹⁾.

Итакъ, по словамъ приведенныхъ источниковъ, передать право собственности можетъ только тотъ, кто самъ его имѣетъ.

Для точности здѣсь необходимо имѣть въ виду только такую передачу, по которой право собственности переходитъ *отъ самого традента лично* ²⁾. Это ограниченіе необходимо ввести потому, что безъ него указанное обобщеніе противорѣчило бы тому положительному матеріалу, который имѣется въ римскомъ правѣ (какъ и въ новыхъ законодательствахъ).

¹⁾ Здѣсь же Юстиніанъ удлиняетъ сроки давности: для движимостей — 3 года, для недвижимостей — 10 и 20 лѣтъ. См. еще с. un. C. 7, 31.

Мы привели въ текстѣ мѣста источниковъ, касающіяся спеціально права собственности; то же самое говорится о передачѣ и другихъ правъ: ... cum Serviana etiam actio declarat evidenter jure pignoris teneri non posse, nisi quae obligantis in bonis fuerint, et per alium alienam rem invito domino pignori obligari non posse certissimum est. L. 6. C. 15 (16).

²⁾ Таково мнѣніе *Carlin'a*, op. cit., S. 6, который говоритъ: *Vollkommenes oder unbeschränkteres Recht, als der Auctor hat, kann der Rechtsnachfolger von ihm nicht herleiten* (курсивъ нашъ). Та же идея выражена въ l. 175 § 1 D. 50, 17: *Non debeo melioris condicionis esse, quam auctor meus, a quo jus in me transit.*

Именно, въ римскомъ правѣ есть случаи, когда право собственности передается не собственниками, а другими лицами, имѣющими особыя основанія для такой передачи чужихъ правъ. Институціи Юстиніана, — рг. II, 8 — говорятъ такъ:

Accidit aliquando, ut qui dominus sit alienare non possit et contra qui dominus non sit alienandae rei potestatem habeat.

Основаніемъ для передачи чужихъ правъ должна быть именно особая potestas; она можетъ вытекать или изъ представительства (договорнаго или необходимаго, напр., при опека), или изъ закладнаго права ¹⁾.

Однако оба эти случая, какъ сейчасъ увидимъ, отнюдь не стоятъ въ противорѣчій съ формулой „*nemo plus juris...*“, если только, разумѣется, имѣть въ виду указанное нами ограниченіе.

Въ самомъ дѣлѣ, рассмотримъ теперь эти случаи и, прежде всего, обратимъ вниманіе на представительство. Идея представительства не получила полного и принципиальнаго признанія въ римскомъ правѣ; тѣмъ не менѣе тамъ уже были нѣкоторыя разновидности его въ лицѣ прокураторовъ и тьюторовъ ²⁾. Представитель передаетъ другому лицу право собственности, котораго, конечно, самъ не имѣетъ, но онъ передаетъ его отъ имени собственника, такъ что и отчуждателемъ является собственникъ, а не представитель. Слѣдовательно, право здѣсь передается тѣмъ лицомъ, которому оно принадлежитъ; представитель же является лишь посредникомъ и пособникомъ, а никакъ не передатчикомъ или традентомъ ³⁾. По этому поводу въ Институціяхъ

¹⁾ *Wendt, Lehrbuch, S. 331. Carlin, op. cit., S. 16. Papendieck, Der Eigenthumserwerb, S. 9. Митюковъ, Курсъ, стр. 123.*

²⁾ *Windscheid, Lehrbuch, I, § 73, S. 295—299. Dernburg, Pand., I, § 118 и § 119, Anm. 14. Муромцевъ, Гражд. право др. Рима, стр. 670 сл. Mitteis, Stellvertretung, S. 9, 25 ff., 69 ff. Нерсесовъ, Представительство, стр. 117 сл., 131 сл.*

³⁾ *Dernburg, Pand., I, S. 274, 492. Муромцевъ, тамъ же, стр. 671. Mitteis, op. cit., S. 308. Казанцевъ, Представительство, стр. 120 сл.*

Юстиніана, — §§ 42, 43, II, 1, — совершенно правильно говорится слѣдующее:

Nihil autem interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem, an voluntate ejus alius. Quae ratione, si cui libera negotiorum administratio a domino permessa fuerit isque ex his negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis.

Итакъ, безразлично, — *nihil interest*, — кто совершаетъ актъ передачи права собственности, самъ ли собственникъ, или же его представитель: въ обоихъ случаяхъ право переходитъ одинаково отъ собственника, и такимъ образомъ нарушенія правила „*nemo plus juris...*“ здѣсь нѣтъ ¹⁾.

Переходимъ къ закладному праву ²⁾.

Закладоприематель, въ случаѣ неуплаты ему долга, продаетъ находящуюся у него въ закладѣ вещь должника, т. е. вещь чужую для него, закладоприемателя, и такимъ образомъ онъ какъ бы передаетъ покупщику право собственности, котораго самъ не имѣетъ.

Ульпіанъ, — I. 46 D. 41, 1 — говоритъ объ этомъ такъ:

Non est novum, ut qui dominium non habeat, alii dominium praebet: nam et creditor pignus vendendo causam dominii praestat, quam ipse non habuit.

Для насъ здѣсь важны слѣдующія два обстоятельства. Во 1-хъ, закладоприематель, продающій вещь должника, поступаетъ, какъ и представитель, не самовольно и не противозаконно, а на основаніи особой *alienandae rei potestas*; онъ *имѣетъ право* на отчужденіе чужой вещи.

Папиніанъ, — I. 42 D. 13, 7, — говоритъ:

... in venditione, quae fit ex facto, suum creditor negotium gerat.

¹⁾ *Carlin, op. cit., S. 18, 19.*

²⁾ См. *Carlin, op. cit., S. 21. ff.*

Еще яснѣе выражается Ульманъ, — l. 7 § 1 D. 27,9:

... dicendum est posse creditorem jus suum exsequi ¹⁾).

Закладное право является въ данномъ случаѣ такой же достаточной легитимацией для традента, какъ и само право собственности ²⁾).

Во 2-хъ, — и это особенно для насъ важно, — закладоприематель не продаетъ вещь, какъ свою, и право собственности переходитъ къ покупщику не отъ закладоприемателя, а отъ собственника; это подтверждается тѣмъ, что, въ случаѣ эвикции, покупщикъ долженъ будетъ обращаться не къ закладоприемателю, а къ бывшему должнику.

Вотъ что говоритъ объ этомъ Ульманъ, — l. 11 § 16 D. 19, 1:

... si jure creditoris vendiderit, deinde haec fuerint evicta, non tenetur nec ad pretium restituendum ex empto actione creditor ³⁾).

Слѣдовательно, закладоприематель только выполняетъ юридическій ритуалъ передачи права собственности, но о немъ нельзя сказать, что именно онъ передаетъ право собственности; или скажемъ иначе: *внѣшняя сторона передачи* дѣйствительно совершается закладоприемателемъ; отъ *внутренняго же процесса перехода права собственности* закладоприематель остается въ сторонѣ.

¹⁾ Споры о природѣ этого права см. у *Carlin'a*, op. cit., S. 23—28. *Windscheid*, Lehrb., I, S. 1077, Anm. 17.

²⁾ *Derenburg*, Pand., I, S. 493.

³⁾ См. еще l. 68 pr. D. 21, 2: Cum ea condicione pignus distrahitur, ne quid evictione secuta creditor praestet: quamvis pretium emptor non solverit, sed venditori caverit, evictione secuta nullam emptor exceptionem habebit, quo minus pretium solvat. L. 50 D. 21, 2: Si pignora veneant per apparitores praetoris extra ordinem sententias sequentes, nemo unquam dixit dandam in eos actionem re evicta. *Carlin*, op. cit., S. 23.

Такимъ образомъ въ разбираемомъ нами случаѣ можно видѣть, самое большее, только внѣшнее исключеніе изъ правила „*nemo plus juris...*“; но существу же, и если принять указанное выше ограниченіе этого правила, здѣсь никакого исключенія нѣтъ ¹⁾).

Дѣло нисколько не мѣняется, если, вмѣсто самого закладоприемателя, продаютъ вещь какіе либо представители власти ²⁾): они дѣйствуютъ вмѣсто закладоприемателя и въ осуществленіе его закладного права ³⁾).

Таковы тѣ особые случаи, которые намъ необходимо было разсмотрѣть для установленія истиннаго смысла формулы римскаго права „*nemo plus juris...*“. Мы не будемъ анализировать остальныхъ случаевъ, когда наблюдаются кажущіяся исключенія изъ разсматриваемой формулы, — напр., случаевъ, относящихся къ установленію сервитутовъ, къ приобрѣтенію давностнаго владѣнія, къ передачѣ правъ обязательственныхъ ⁴⁾), потому что все это лежитъ уже внѣ области нашего изслѣдованія: мы разсматриваемъ формулу „*nemo plus juris...*“ только въ ея отношеніи къ вопросу о приобрѣтеніи права собственности. Но даже и въ этой области мы не будемъ говорить о присужденіи судьей права собственности въ случаяхъ судебного раздѣла общаго имущества, потому что здѣсь нѣтъ передачи по сдѣлкѣ, а насъ занимаетъ именно только такая передача ⁵⁾).

Теперь подведемъ итоги сказанному.

По римскому праву, передавать право собственности могутъ, во 1-хъ, собственники, а во 2-хъ, и такія лица, которыя,

¹⁾ Такъ *Carlin*, op. cit., S. 28. Но видѣть здѣсь исключеніе *Windscheid*, Lehrb., I, S. 782, 783. Такъ и *Papendieck*, Der Eigenthums-erwerb, S. 12.

²⁾ Таковы въ Римѣ *apparitores praetoris*. — l. 50 D. 21, 2. Формальности необходимы для охраны интересовъ сторонъ,—§ 1 J. II, 8.

³⁾ *Carlin*, op. cit., S. 20.

⁴⁾ Обо всемъ этомъ подробности см. у *Carlin'a*, op. cit., S. 5 ff., 29 ff.

⁵⁾ *Carlin*, op. cit., S. 19, 20.

не будучи собственниками, имѣютъ особыя правомочія на передачу чужого права собственности: таковы представители и закладоприематели ¹⁾). Въ виду этого положительнаго матеріала, представляемаго намъ источниками, обобщающая формула „*nemo plus juris...*“ должна быть понимаема такъ, чтобы она была согласована съ этимъ положительнымъ матеріаломъ. — Этому требуютъ правила систематическаго толкованія.

Такимъ образомъ, примѣнительно къ нашей темѣ указанная формула должна быть выражена такъ:

Отъ себя передать право собственности можетъ только собственникъ, а вообще передать право собственности можетъ только тотъ, кто имѣетъ правомочіе на такую передачу ²⁾.

Къ передачѣ права собственности самимъ собственникомъ относятся спеціально и во всей своей полнотѣ правила системы *traditio*, которой, какъ извѣстно, держалось римское право. При передачѣ права собственности представителемъ эта система подвергается нѣкоторымъ измѣненіямъ въ виду усложненія дѣла появленіемъ новаго лица, представителя. Больше этихъ измѣненій можетъ быть при передачѣ права собственности закладоприемателемъ, — въ виду необходимости охраны правъ заинтересованныхъ лицъ.

¹⁾ *Wendt*, Lehrbuch, S. 331. *Arnolds*, Lehrbuch, S. 263.

²⁾ *Helwig*, Rechtskraft, S. 103, 104 говоритъ такъ: Der Satz: *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet* ist eine durch kein Gesetz zu beseitigende Wahrheit, wenn man seinen Inhalt dahin auffasst, dass der Verfügende nur dasjenige Recht, welches er in seinem Vermögen hat, aus diesem einem Dritten zu geben vermag. Das gilt in der Rechtswelt ebenso, wie in der Welt der Thatsachen: aus meiner leeren Hand kann der Dritte nur ein Nichts empfangen. *Mein* Eigenthum kann ich nur übertragen, wenn ich es habe. . . . Fasst man dagegen den Satz dahin auf, dass diejenigen Rechte, welche der Verfügende nicht hat, durch seine Verfügung nicht von ihm auf den Erwerber übergehen können, so ist jenes Prinzip heute wie in Rom ohne jede Ausnahme.

Въ общемъ же всѣ эти измѣненія не существенны, и всѣ эти категоріи случаевъ одинаково стояли въ Римѣ подъ общимъ дѣйствіемъ системы *traditio*, и для всѣхъ ихъ одинаково общей и одинаково необходимой является *наличность легитимации традента*.

Такимъ образомъ всюду рѣчь идетъ о приобрѣтеніи права собственности *отъ лицъ, управомоченныхъ на передачу этого права*.

Предметомъ же нашего изслѣдованія является вопросъ о приобрѣтеніи права собственности *отъ лицъ, не управомоченныхъ на передачу его*.

Возможно ли такое приобрѣтеніе по римскому праву?

Общій отрицательный отвѣтъ на это намъ даетъ l. 1 C. 7, 26:

Mancipia tua si ab eis distracta sunt, qui jus vendendi non habuerunt, vindicare ea potes.

Произведенный нами анализъ формулы „*nemo plus juris...*“ и установленіе того обстоятельства, что рѣшающее значеніе здѣсь имѣетъ *наличность легитимации у отчуждателя*, несомнѣнно показываютъ, что приведенный фрагментъ имѣетъ къ нашему вопросу прямое и непосредственное отношеніе.

Такимъ образомъ, въ видѣ общаго правила, какъ было уже сказано и въ началѣ этой главы, приобрѣтеніе отъ неуправомоченнаго римскимъ правомъ не допускалось.

Тѣмъ не менѣе, наряду съ этимъ общимъ правиломъ, какъ видно изъ источниковъ, въ одномъ совершенно особенномъ случаѣ возможность такого приобрѣтенія была допущена.

Объ этомъ говоритъ постановленіе императора Зенона, — l. 2 C. 7, 37:

Omnes, qui quascumque res mobiles vel immobiles seu se moventes vel in actionibus aut quocumque jure constitutas a sacratissimo aenario comparaverint, eos quin etiam, quibus quaecumque res mobiles seu immobiles seu se moventes aut in actionibus vel quocumque jure constitutae munificentiae principalis nomine datae fuerint, omnibus pariter privilegiis, quae ex divi-

nis sanctionibus inclitae recordationis Leonis et nostrae pietatis super certis patrimoniis antea emptores consecuti sunt, perpotiri et cunctos hujusmodi beneficiis seu privilegiis perfrui, tamquam si super singulis substantiis seu patrimoniis etiam nunc vel postea data fuisset hujusmodi dispositio: *nec posse contra emptores praedictarum rerum factos jam vel futuros, vel contra eos, quibus super hujusmodi rebus largitas nostra delata est vel fuerit, aliquas actiones in rem domini vel hypothecae gratia vel in personam, civiles seu praetorias, vel ex legibus aut sacratissimis constitutionibus descendentes vel quasilibet alias, licet nominatim praesenti sanctione non sint comprehensae, moveri: data volentibus licentia intra quadriennium contra sacratissimum aerarium, si quas sibi competere actiones existimant, exercere, ita tamen, ut post elapsum quadriennium nec sacratissimum fiscum licere sibimet quibuslibet actionibus pulsare cognoscant.*

Итакъ, если *фискъ* отчуждаетъ кому либо чужую вещь въ собственность, то приобретатель охраняется отъ всякихъ исковъ со стороны утратившаго такимъ образомъ свою вещь собственника, т. е. приобретатель получаетъ право собственности, хотя отчуждатель его и не имѣлъ, а потерпевшему собственнику предоставляется въ теченіе четырехъ лѣтъ взыскивать убытки съ фиска, неправомѣрно отчуждившаго его, собственника, вещь, и все это одинаково какъ для движимостей, такъ и для недвижимостей ¹⁾).

¹⁾ *Carlin*, op. cit., S. 15, 39 ff. *Windscheid*, Lehrbuch, I, S. 751, 783. *Dernburg*, Pand., I, S. 493. *Wendt*, Lehrb., S. 335. *Baron*, Pand., S. 252, 253. *Arndts*, Lehrb., 224. *Wächter*, Pand., I, S. 322. *Arndts*, Zeitschr. f. Civilrecht, XIX, S. 3—8. *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., VIII, S. 243, 244. *Sintenis*, Civilrecht, I, S. 403. *Padendieck*, Eigenthumserwerb, S. 13. *Митлюковъ*, Курсъ, стр. 123. *Ефимовъ*, Догма, стр. 324. *Азаревичъ*, Система, I, стр. 384.

Юстинианъ распространилъ эту привилегію фиска на императоровъ и императрицу, — I. 3 § 1, 1a C. 7, 37:

Sed scimus hoc quidem in fiscalibus alienationibus naviter observari, sed non simili modo rem fuisse observatam circa eas res, quae a sacratissimis imperatoribus non a fiscalibus rebus, sed ex privata eorum substantia procedunt. Quod satis irrationabile est. quae enim differentia introducitur, cum omnia principis esse intellegantur, sive a sua substantia sive ex fiscali fuerit aliquid alienatum? eodemque modo et si a serenissima Augusta aliquid alienetur, quare non eadem utatur praerogativa? ¹⁾.

Разсмотримъ это постановленіе римскаго права.

Имѣетъ ли фискъ по этому закону право на отчужденіе чужихъ вещей? — Конечно, нѣтъ. Во 1-хъ, мы вообще знаемъ, что индивидуальная собственность въ Римѣ достигла своего полного развитія и признанія. Во 2-хъ, хотя въ I. 3 cit. и встрѣчается выраженіе: *cum omnia principis esse intellegantur*, — выраженіе, могущее возбудить идею о верховномъ правѣ собственности фиска и императора надъ всѣмъ имуществомъ гражданъ; однако это выраженіе нельзя понимать серьезно въ такомъ смыслѣ, потому что въ томъ же самомъ законѣ предоставляется потерпевшему собственнику взыскивать съ фиска цѣну вещи: если бы фискъ имѣлъ право на это отчужденіе, то собственникъ не имѣлъ бы такого иска. Въ 3-хъ, и сами указаннныя мѣста источниковъ нигдѣ не говорятъ о правѣ на отчужденіе со стороны фиска; вездѣ идетъ рѣчь только о томъ, что противъ приобретателя не возможно предъявленіе какихъ бы то ни было исковъ со стороны собственника.

Такимъ образомъ, не смотря на отсутствіе у фиска права на отчужденіе чужихъ вещей, приобретатель тѣмъ не менѣ за-

¹⁾ См. всю I. 3 cit., а также § 14 J. II, 6. Сюда же относится I. 2 C. 4, 52.

щищается отъ всякихъ исковъ со стороны потерпѣвшаго собственника, что равносильно приобрѣтенію права собственности. Потерпѣвшій собственникъ вслѣдствіе этого теряетъ свое право собственности.

Итакъ, здѣсь предъ нами — приобрѣтеніе права собственности отъ лица, не управомоченнаго на его передачу.

Какъ же согласить это явленіе съ тѣми разсмотрѣнными нами положеніями, по которымъ передать право собственности отъ себя можетъ только собственникъ, а вообще передавать право собственности могутъ только лица, управомоченныя на такую передачу?

Единственно возможнымъ представляется намъ слѣдующее объясненіе.

Передача (*tradere, transferre*) есть производный способъ приобрѣтенія права собственности, слагающійся изъ дѣятельности двухъ сторонъ, традента и акциента. Каждая сторона и своими качествами, и своими дѣйствіями должна удовлетворять всѣмъ сюда относящимся правиламъ; только при этомъ условіи и происходитъ желаемый эффектъ, т. е. переходъ права собственности; если же на какой либо сторонѣ есть дефекты, то вся „передача“ оказывается недѣйствительной, и право собственности по „передачѣ“ не переходитъ.

Если мы теперь возьмемъ интересующій насъ случай, то мы должны сказать здѣсь слѣдующее: у традента, т. е. у фиска, нѣтъ легитимациі на отчужденіе чужого права собственности; это настолько важный дефектъ, что „передачу“ здѣсь нѣтъ ¹⁾, хотя и имѣется ея внѣшняя форма; если же приобрѣтатель полу-

¹⁾ *Schwerin*, Beiträge, S. 25, говоритъ такъ: *Handelt es sich dagegen um den gutgläubigen (рѣчь идетъ о новыхъ законодательствахъ) Erwerb, so kann von einem „Uebertragen“ überhaupt nicht die Rede sein.* На иной точкѣ зрѣнія стоитъ *Hellwig*, Rechtskraft, S. 103: онъ полагаетъ, что иногда могутъ быть именно „передаваемы“ права *третьихъ* лицъ, не смотря на неопровержимую (?!) истинность положенія „*nemo plus juris...*“ *Schwerin*, op. cit., S. 24 ff. вполне правильно отвергаетъ это объясненіе.

чаетъ тѣмъ не менѣе право собственности, то это не передача, не производное приобрѣтеніе, а приобрѣтеніе *первоначальное* ¹⁾, или, сказать точнѣе, здѣсь мы видимъ приобрѣтеніе по существу первоначальное и только по внѣшней формѣ производное.

Подробно мы будемъ говорить объ этомъ ниже; здѣсь же скажемъ пока слѣдующее: если здѣсь нѣтъ „передачи“, то нѣтъ и исключенія изъ правила „*nemo plus juris...*“, ибо приобрѣтеніе права собственности отъ лица управомоченнаго, — путемъ *traditio*, — и приобрѣтеніе отъ лица неуправомоченнаго, — приобрѣтеніе первоначальное, — представляютъ изъ себя явленія, по природѣ своей и по условіямъ своей дѣйствительности, совершенно различныя и самостоятельныя, а потому и разсматривать ихъ взаимное отношеніе, какъ между правиломъ и исключеніемъ, нельзя, да и кромѣ того, правило „*nemo plus juris...*“ представляетъ изъ себя такое основное положеніе логики, которое не допускаетъ исключеній ²⁾. Видѣть здѣсь дѣйствительныя и матеріальныя исключенія можно только тогда, если видѣть и въ этихъ

¹⁾ Такъ учить *Arndts*, Lehrbuch, § 127, Anm. 3. Такъ и *Carlin*, op. cit., S. 4, Anm. 11. Между тѣмъ *Wächter*, повидимому, стоитъ на другой точкѣ зрѣнія, когда говоритъ: *Hiernach kann namentlich der Fiskus Eigentum an Sachen übertragen, die ihm gar nicht gehören, und dadurch dem wahren Eigenthümer sein Eigentum entziehen.* — *Pandekten*, I, S. 323 Въ пользу первоначальнаго приобрѣтенія высказывается и *Exner*, Tradition, S. 66, 67, Anm. 58. Онъ указываетъ на правило „*nemo plus juris...*“ и на l. 175 § 1 D. 50, 17: *Non debeo melioris condicionis esse, quam auctor meus, a quo jus in me fransit.* Затѣмъ онъ говоритъ: куда эти правила не подходятъ, тамъ нѣтъ ни *successio*, ни *traditio*; тамъ — *первоначальное* приобрѣтеніе. Такъ и *Stobbe*, Handbuch, II, 1, § 109, S. 408.

²⁾ *Schwerin*, Beiträge, S. 20, Anm. 3 говоритъ такъ: *Es liegen hier keine Ausnahmen von der erwähnten Rechtsregel vor, wie gewöhnlich behauptet wird; denn es heisst nicht quisquam plus juris transferre potest, quam ipse habet, sondern quamvis transferre non possit, jus adquiratur.* Ср. и *Hellwig*, Rechtskraft, S. 104. *Windscheid*, Lehrbuch, I, S. 782, 783 говоритъ по этому вопросу такъ: только собственникъ можетъ передать другому право собственности; затѣмъ изъ этого правила устанавливается два исключенія: для закладопримателя и для фиска. — Здѣсь наличность двухъ исключеній объясняется узкой фор-

УПР

33482 4744

исключеніяхъ „передачу“, т. е. производное приобрѣтеніе. Но относительно отчужденій со стороны фиска это, по указаннымъ основаніямъ, было бы неправильно.

А если все это такъ, то мы должны далѣе признать, во 1-хъ, что разсмотрѣнная нами формула „*neto plus juris...*“ не является какой-либо специальной особенностью римскаго права; она одинаково присуща и всѣмъ новымъ законодательствамъ ¹⁾; во 2-хъ, что эта формула, какъ и правило „*ubi res meam invenio...*“, также, сама по себѣ, не рѣшаетъ нашего вопроса ни въ положительномъ, ни въ отрицательномъ смыслѣ; и, слѣдовательно, римское право отличается отъ новыхъ законодательствъ не этими формулами и не особой постановкой виндикаціи, а все дѣло въ томъ, имѣется или нѣтъ въ данномъ законодательствѣ прямое и специальное признаніе возможности приобрѣтать право собственности отъ лицъ, неуправомоченныхъ на передачу этого права ²⁾. Какъ мы уже видѣли, римское право въ одномъ особенномъ случаѣ такую возможность, въ видѣ исключенія, допускало; новыя же законодательства, какъ увидимъ ниже, допустили такія приобрѣтенія принципиально.

Теперь, констатировавши въ римскомъ правѣ этотъ единственный случай, мы должны отмѣтить тѣ его характерныя

мулировкой легитимациі традента, которымъ будто бы можетъ быть только собственникъ. Широкое и правильное пониманіе этой легитимациі, принятое нами въ текстѣ, см. у *Wendt'a Lehrbuch*, S. 331. Во всякомъ случаѣ у Виндшейда ставятся на одну доску два явленія совершенно различныхъ: закладоприиматель имѣетъ право на отчужденіе чужой вещи, а фискъ такого права не имѣетъ. Только одно, но лишь *формальное* исключеніе (въ пользу фиска) видитъ въ римскомъ правѣ *Carlin*, *op. cit.*, S. 39.

¹⁾ Такъ *Schwerin*, *op. cit.*, S. 20 см. и *Hellwig*, *Rechtskraft*, S. 103. Однако это не общее мнѣніе. См., напр., *Gaupp*, *Zeitschr. f. deutsches Recht*, I, S. 129.

²⁾ А между тѣмъ и въ законодательствахъ (напр., I. 2 C. 7, 37 *cit.*; Кодексъ Наполеона, ст. 2279), и въ литературѣ нерѣдко говорится объ *ограниченіи виндикаціи* движимостей; см., напр., названіе сочиненія *Heusler'a*: *Die Beschränkung der Eigenthumsverfolgung bei Fahrhabe...*

особенности, которыми онъ существеннымъ образомъ отличается отъ того, съ чѣмъ мы встрѣтимся по нашему вопросу въ законодательствахъ новой Европы.

Особенности эти состоятъ въ слѣдующемъ.

Новыя законодательства устанавливаютъ *общія для всѣхъ субъектовъ условія*, при наличности которыхъ возможно указанное приобрѣтеніе, причемъ безразлично, кто является приобрѣтателемъ и кто — отчуждателемъ. Римское же право такихъ общихъ условій, одинаковыхъ для всѣхъ субъектовъ, не даетъ, а обращаетъ все свое вниманіе на *личность отчуждателя*: только отъ опредѣленнаго отчуждателя можно приобрѣсти право собственности, хотя бы онъ и не былъ управомоченъ на его передачу. При этомъ характерно еще и то, что рѣшающими оказываются не какія либо *частно-правовыя* качества отчуждателя (какъ это бываетъ теперь), а его *государственное* значеніе: это не больше и не меньше, какъ фискъ, императоръ и императрица!

Далѣе, новыя законодательства устанавливаютъ условія приобрѣтенія, общія для всѣхъ субъектовъ, но особенныя по своему содержанию (*bona fides*, реальное владѣніе), т. е. отличающіяся отъ тѣхъ условій, которыя дѣйствуютъ или примѣняются при приобрѣтеніи отъ лица управомоченнаго (система соглашенія, система *traditio*); римское же право, поставивши особо отчужденія со стороны фиска ¹⁾, никакихъ особыхъ по свое-

¹⁾ *Ihering* полагаетъ, что отчужденія фиска дѣйствительны только относительно имущества, находящихся въ его *добросовѣстномъ* владѣніи. *Ihering's Jahrbücher*, X, S. 266, Anm. 19. Однако это ограниченіе не нашло себѣ признанія въ литературѣ. *Dernburg*, *Pand.*, I, § 212, Anm. 7. *Windscheid*, *Lehrbuch*, I, § 165, Anm. 6. Въ пользу мнѣнія Геринга говоритъ, какъ мнѣ кажется, то обстоятельство, что недозволенная продажа чужой вещи представляла изъ себя кражу, — *illicita venditione furtum contractum sit*, I. 1 C. 7, 26, — и кражи нѣтъ только тогда, когда нѣтъ воли украсть: *furtum enim sine affectu furandi non committitur*, § 5 J. II, 6. Съ другой же стороны, противъ Геринга говоритъ то обстоятельство что I. 2 C. 7, 37 даетъ приобрѣтателю защиту безусловно.

му содержанию правил не дает; следовательно, оно держится и въ этомъ исключительномъ случаѣ своей общей системы, — системы *traditio*, — безъ измѣненій.

Такимъ образомъ новыя законодательства, признавши *принципиально* возможность приобрѣтенія отъ лицъ неуправомоченныхъ, создали для этого и новый, особый способъ приобрѣтенія права собственности, тогда какъ римское право, допустившее такое приобрѣтеніе лишь въ *одномъ* случаѣ, никакого особаго способа для этого не создало.

Кромѣ того, по новымъ законодательствамъ, неуправомоченный отчуждатель, какъ противозаконно совершающій растрату чужого имущества, подвергается не только гражданской отвѣтственности за причиненные убытки, но и уголовной карѣ за совершенное имъ преступленіе. Въ римскомъ же правѣ привилегированный отчуждатель несетъ только одну гражданскую отвѣтственность, да и то лишь въ теченіе укороченнаго срока; объ уголовной же карѣ тамъ нѣтъ и рѣчи, — привилегія совершенно особенная ¹⁾.

Наконецъ, припомнимъ еще то обстоятельство, что въ Римѣ разсматриваемая привилегія совершенно одинаково относилась и къ движимостямъ, и къ недвижимостямъ; теперь же приобрѣтеніе права собственности отъ лицъ, не управомоченныхъ на его передачу, признается возможнымъ почти исключительно только для однѣхъ движимостей.

На основаніи указанныхъ принципиальныхъ различій, мы приходимъ къ тому убѣжденію, что говорить о какомъ либо историческомъ преемствѣ между новыми законодательствами и римскимъ правомъ здѣсь отнюдь нельзя ²⁾. *Johannis Voët* не даромъ въ постановленіяхъ средневѣковыхъ законодательствъ по нашему вопросу видѣлъ *a jure Romano divorcium* ³⁾.

¹⁾ Ср. *Papendieck*, *Der Eigenthumserwerb*, S. 17.

²⁾ *Carlin*, *op. cit.*, S. 42, Anm. 137, S. 91.

³⁾ *Commentarius*, t. I, lib. VI, tit. I, § 12.

Мы изложили постановленія римскаго права по нашему вопросу. Эти постановленія интересны для насъ главнымъ образомъ въ теоретическомъ отношеніи, — для большей отчетливости и ясности въ самой постановкѣ нашего вопроса. Въ историческомъ же отношеніи роль римскаго права, въ виду указаннаго отсутствія преемства между нимъ и новыми законодательствами, совершенно своеобразна: въ исторіи нашего вопроса римское право выступаетъ не въ качествѣ одного изъ положительныхъ факторовъ новаго правообразованія, а наоборотъ — въ качествѣ противовѣса и препятствія этому правообразованію: препятствіемъ оно было въ эпоху его реценціи на западѣ Европы, а противовѣсомъ, — или, по крайней мѣрѣ, теоретическимъ противоположеніемъ, — оно является и теперь.

За исключеніемъ римскаго права, мы не останавливаемся на другихъ законодательствахъ древности, напр., на законодательствахъ индусовъ, китайцевъ, аннамитовъ, грековъ, мусульманъ, евреевъ ¹⁾ и др.: многое остается еще здѣсь спорнымъ, но въ общемъ, насколько мы можемъ судить по имѣющимся у насъ даннымъ, приобрѣтеніе права собственности отъ лицъ, не управомоченныхъ на его передачу, тамъ не допускалось. Исключеніемъ изъ этого являются, кажется, только право индусовъ и еврейскій религіозно-юридическій сборникъ III вѣка по Р. Хр., Мишна, въ нѣкоторыхъ случаяхъ защищавшіе отъ викаціи приобрѣтеніе движимостей третьими лицами ²⁾. Но въ литературѣ исторія нашего вопроса съ этихъ законодательствъ обыкновенно не начинается.

¹⁾ См. объ этихъ законодательствахъ *Poincaré*, *Propriété mobilière*, p. 9—16. *Jobbé-Duval*, *Revendication*, p. 79.

²⁾ *Goldschmidt*, *Zeitschr. für das ges. H. R.*, VIII, S. 267. О еврейскомъ правѣ см. еще *H. Meyer*, *Entwerung*, S. 166—278. *Stobbe*, *Die Juden in Deutschland*, S. 119—126. *Hennequin*, *Introduction*, p. 78, 79: дата спорна. О еврейскомъ правѣ скажемъ ниже.

ГЛАВА II.

Западно-европейское право до новых законодательствъ.

§ 1. Источники права и принципъ „Hand wahre Hand“.

У западно-европейскихъ народовъ новыя правовыя начала относительно приобрѣтенія движимостей отъ лицъ, не имѣющихъ права на ихъ отчужденіе, появляются впервые, какъ это констатируетъ господствующее мнѣніе, въ такъ наз. *Leges Barbarorum*, т. е. въ сборникахъ обычнаго права тѣхъ различныхъ германскихъ племенъ, которыя своимъ правомъ положили историческое основаніе для важнѣйшихъ современныхъ законодательствъ: германскихъ и французскаго ¹⁾. — На исторіи главнѣйшимъ образомъ этихъ послѣднихъ законодательствъ мы здѣсь и остановимся, не предпринимая однако, какъ объ этомъ уже сказано въ предисловіи, самостоятельнаго изученія средневѣковыхъ памятниковъ права, а ограничиваясь лишь тѣмъ, что намъ даетъ по нашему вопросу относящаяся сюда литература ²⁾.

Изъ древне-германскихъ источниковъ къ нашему вопросу, прежде всего, относится господствующимъ мнѣніемъ сборникъ

¹⁾ *Шершеневичъ*, Курсъ гражд. права, т. I, вып. 2, стр. 212, 224, 287, 288.

²⁾ Въ предисловіи указаны и причины такого ограниченія нашей задачи.

салическихъ франковъ, — *Lex Salica* ¹⁾, — составленный приблизительно около 500 г. по Р. Хр. ²⁾.

Далѣе, по утвержденію *Glasson'a*, *Jobbé-Duval'a* и др., съ салическимъ закономъ сходны, по нашему вопросу, обычаи лонгобардовъ ³⁾, редактировавшіеся въ теченіе VII и VIII вѣковъ ⁴⁾, а также и обычаи англо-саксовъ, образовавшіеся независимо отъ франкскаго вліянія, но соотвѣтственно правовымъ воззрѣніямъ старыхъ саксовъ (*Altsachsen*); эти обычаи собирались и редактировались, начиная съ VI в. вплоть до XI вѣка ⁵⁾.

¹⁾ Такъ эту исторію начинаютъ *Carlin*, *Niemand...*, S. 42 f. *Warnkönig*, *Rechtsgeschichte*, II, S. 332, 333. *Glasson*, *Histoire du droit de l'Angleterre*, III, p. 372. *Jobbé-Duval*, *Revendication des meubles*, p. 14 ss. *Aubry et Rau*, *Cours*, II, § 183, note 2. *Baudry-Lacantinerie*, *Prescr.*, n. 817. *Poincaré*, *Propriété mobilière*, p. 18 ss. *Ortlieb*, *Possession des meubles*, p. 25, 26. *H. Meyer*, *Entwerung*, § 8. *Gerber*, *Zeitschr. für Civilrecht*, XI, S. 27, и др. Однако см. *Heusler*, *Die Beschränkung der Eigenthumsverfolgung*, S. 5. Особенно же *Hermann*, *Die Grundelemente*, S. 83. Эти послѣдніе держатся другого мнѣнія; на этомъ мы остановимся ниже.

²⁾ Такую дату устанавливають проф. *Шершеневичъ*, тамъ же, стр. 213; *Warnkönig*, *Rechtsgeschichte*, II, S. 8. *Schröder*, *Lehrbuch*, S. 231. *Frommhold*, *Rechtsgeschichte*, S. 23. Прежде *Waitz* относилъ изданіе этого сборника къ болѣе раннему періоду, — *Das alte Recht*, S. 75—92. Такъ же *Zoepfl*, *Rechtsgeschichte*, II, 1, S. 22, 23. См. еще *Viollet*, *Précis*, p. 83. *Picard*, *L'évolution historique*, p. 17. *Phillips*, *Rechtsgeschichte*, S. 152. *Salvioli*, *Manuale*, p. 54, 55. *Schupfer*, *Manuale*, p. 53. *Glasson*, *Histoire du droit de la France*, II, p. 158, 171 ss. *Glasson*, *Précis*, p. 63. *Guétat*, *Histoire élémentaire*, p. 79 ss. *Hube*, *Pravo salicke*, § 3.

³⁾ *Glasson*, *Histoire du droit de la France*, II, p. 198, говоритъ: c'est un droit tout germanique. Точно такъ же и *Varloger*, *Revue crit.*, XXIX, p. 443. *Jobbé-Duval*, *Revendication*, p. 81.

⁴⁾ *Zoepfl*, *ibidem*, S. 51, 52. *Jobbé-Duval*, *op. cit.*, p. 72 - 77. *Guétat*, *Hist. élém.*, p. 96, 97. *Baudry-Lacantinerie*, *Prescr.*, n. 817. *Schröder*, *Lehrbuch*, S. 239. *Schupfer*, *Manuale*, p. 95, 96. *Salvioli*, *Manuale*, p. 51.

⁵⁾ *Zoepfl*, *op. cit.*, S. 44, 45. *Jobbé-Duval*, *op. cit.*, p. 77—79. *Varloger*, *ibid.*, p. 455.

Кромѣ того, напримѣръ, *Carlin* видѣтъ новыя начала и въ другихъ *Leges Barbarorum*¹⁾: такая *Lex Bibuariorum*, составлявшаяся у рипуарскихъ франковъ приблизительно отъ половины VI до половины VII вѣка²⁾; такая же, далѣе, *Lex Burgundionum*, — сборникъ, составленный приблизительно въ одно время съ *Lex Salica*³⁾. Сюда же *Carlin* и другіе относятъ, наконецъ, и *Leges Walliae*, сборникъ хотя и не германскаго происхожденія, но родственнѣй германскому праву своимъ содержаніемъ; этотъ сборникъ былъ составленъ въ Англии, кажется, въ первой половинѣ X вѣка⁴⁾. Другіе ученые, напр., *Ortlieb*⁵⁾, сюда же относятъ *Lex Wisigothorum*, начатую составленіемъ въ концѣ V вѣка⁶⁾, и *Lex Baiuvariorum*, составленную въ VIII вѣкѣ⁷⁾.

1) *Carlin*, Niemand kann..., S. 43.

2) *Шершеневичъ*, тамъ же, стр. 213. *Schröder*, Lehrbuch, S. 233. *Frommhold*, Rechtsgeschichte, S. 23. *Zoepfl*, *ibid.*, S. 31. *Warnkönig*, Rechtsgeschichte, II, S. 14, 15. Ср. *Viollet*, Précis, p. 91, *Picard*, L'évolution hist., p. 19. *Salvioli*, op. cit., p. 55. *Schupfer*, Manuale, p. 60, 61. *Guétat*, Hist. élém., p. 82. *Glasson*, Précis, p. 63 и Histoire du droit de la France, II, p. 184 ss. *Sohm*, Zeitschr. f. Rechtsgeschichte, V, S. 382, 383.

3) *Шершеневичъ*, тамъ же, стр. 213. *Frommhold*, op. cit., S. 24. *Zoepfl*, *ibid.*, S. 49. *Warnkönig*, *ibid.*, S. 10, 11. *Hube*, Prawo salickie, str. 4, 5. *Varloger*, Revue crit., XXIX, p. 548 ss. *Viollet*, op. cit., p. 102. *Picard*, op. cit., p. 21. *Jobbé-Duval*, op. cit., p. 70, 71. *Schröder*, Lehrbuch, S. 237. *Salvioli*, op. cit., p. 56, 57. *Schupfer*, Manuale, p. 88. *Guétat*, op. cit., p. 83 ss.

4) *Zoepfl*, *ibid.*, S. 54, 55. Въ пользу наличности новыхъ началъ въ *Leges Walliae* высказываются и *Goldschmidt*, Zeitschr. f. N. R., VIII, S. 248, Anm. 7, и *H. Meyer*, Entwurf, S. 31, 32, и *Bluntschli*, Privatrecht, S. 207.

5) *Ortlieb*, Possession des meubles, p. 25.

6) *Шершеневичъ*, тамъ же. *Frommhold*, loc. cit. *Hube*, Prawo salickie, str. 4. *Varloger*, *ibid.*, p. 542 ss. *Zoepfl*, *ibid.*, S. 46 ff. *Warnkönig*, *ibid.*, S. 12 f. Но ср. *Viollet*, op. cit., p. 100. *Jobbé-Duval*, Revendication, p. 71, 72. *Schröder*, Lehrbuch, S. 233 f. *Salvioli*, op. cit., p. 57. *Schupfer*, Manuale, p. 73, 74. *Guétat*, op. cit., p. 86 ss.

7) *Frommhold*, loc. cit. *Zoepfl*, *ibid.*, S. 35. *Schröder*, Lehrbuch, S. 242 f. *Salvioli*, op. cit., p. 56. *Schupfer*, Manuale, p. 68, 69. *Guétat*, op. cit., 93 ss. *Glasson*, Histoire du droit de la France, II, p. 194 ss.

Однако не всѣ историки нашего вопроса идутъ по слѣдамъ *Carlin*'а и *Ortlieb*'а. Такъ, *Poincaré* и *Jobbé-Duval* считаютъ редакцію этихъ сборниковъ, поскольку они касаются нашего вопроса, двусмысленной и неясной, что объясняется, по ихъ мнѣнію, влияніемъ на эти сборники со стороны римскаго права¹⁾. Еще болѣе энергично высказывается въ этомъ же направленіи *Hermann*, относящій появленіе новыхъ началъ по нашему вопросу къ позднѣйшимъ среднимъ вѣкамъ²⁾; онъ же специально старается обезцѣнить какое бы то ни было значеніе для насъ *Leges Walliae*³⁾.

Leges Barbarorum формально были въ дѣйствиіи только до раздѣленія великой франкской монархіи на два государства: германское и французское. Такъ, въ IX и X вв. ссылки на эти источники права встрѣчаются весьма рѣдко⁴⁾, а въ XI в. ихъ уже нѣтъ и совсѣмъ⁵⁾.

Но по существу, и съ внутренней стороны, древне-германскіе обычаи легли въ основаніе всего дальнѣйшаго развитія права на западѣ Европы⁶⁾. Особенно это относится къ праву салическихъ франковъ, которое, отражая въ себѣ національное правопониманіе новыхъ народовъ, всегда въ этомъ своемъ качествѣ противостояло праву римскому и вмѣстѣ съ этимъ послѣднимъ сыграло важнѣйшую роль въ юридической эволюціи среднихъ вѣковъ⁷⁾.

Послѣ раздѣленія франкской монархіи, въ германскомъ государствѣ выдающуюся роль вообще и въ частности по нашему

1) *Poincaré*, Propriété mobilière, p. 20. *Jobbé-Duval*, Revendication, p. 80, 81.

2) *Hermann*, Die Grundelemente, S. 73 ff. Но см. и S. 69, 70.

3) *Ibidem*, S. 83—85.

4) *Шершеневичъ*, тамъ же, стр. 224.

5) *Sohm*, Fränkisches Recht, S. 14.

6) *Шершеневичъ*, тамъ же. *Glasson*, Histoire du droit de la France, II, p. 161.

7) *Sohm*, op. cit., S. 1, 14. *Thomissen*, L'organisation judiciaire, p. 544, 545, 555. *Муромцевъ*, Рецензія, стр. 16—19. *Glasson*, Précis, p. 62. *Hube*, Prawo salickie, str. 25, 26.

вопросу сыгралъ юридическій сборникъ саксовъ, составленный въ XIII вѣкѣ и извѣстный подъ названіемъ Саксонскаго Зерцала, — *Sachsenspiegel* ¹⁾. Важны, конечно, и другіе сборники; мы съ ними еще встрѣтимся въ послѣдующемъ изложеніи. Кроме того, въ Германіи, начиная съ XII в., постепенно выдвигаются и принимаютъ значительное и даже руководящее значеніе въ торговомъ оборотѣ города, создавшіе и свое собственное право, — городскіе статуты, *Stadtrechte* ²⁾. Между ними особенно замѣчательны для насъ статуты Любека и Гамбурга, начало которымъ положено въ XIII в. ³⁾, а дальнѣйшее развитіе выходитъ изъ предѣловъ среднихъ вѣковъ ⁴⁾.

Въ общемъ можно сказать, что Германія, вплоть до рецепціи римскаго права, жила главнымъ образомъ своимъ національнымъ правомъ.

Нѣсколько иначе обстояло дѣло въ средневѣковой Франціи. Такъ, на югѣ Франціи постоянно дѣйствовало римское право, почему эта область и называлась *paus de droit écrit*; на сѣверѣ же, — *paus de droit coutumier*, — распространены были германскіе обычаи ⁵⁾, но только они здѣсь до XIII в. не кодифицировались ни частнымъ образомъ, ни официально ⁶⁾. Въ XIII же

¹⁾ *Шершеневичъ*, тамъ же, стр. 291, 292. *Frommhold*, *Rechtsgeschichte*, S. 110. *Schröder*, *Lehrbuch*, S. 648 ff. *Zoepfl*, *Rechtsgeschichte*, II, 1, S. 109 ff. *Siegel*, *Rechtsgeschichte*, § 30. *Phillips*, *Rechtsgeschichte*, S. 277 ff.

²⁾ *Шершеневичъ*, тамъ же, стр. 289, 290. *Schröder*, *Lehrbuch*, S. 666 ff.

³⁾ *Шершеневичъ*, тамъ же, стр. 291. *Frommhold*, *op. cit.*, S. 113. *Zoepfl*, *op. cit.*, S. 155 ff. См. еще *Siegel*, *op. cit.*, § 33. *Phillips*, *Rechtsgeschichte*, § 95. *Schröder*, *op. cit.*, S. 670, 671.

⁴⁾ О гамбургскомъ правѣ см., напр., *Baumeister*, *Privatrecht*, § 1.

⁵⁾ *Шершеневичъ*, тамъ же, стр. 221, 222. *Warnkönig*, *Rechtsgeschichte*, II, S. 31—33. *Viollet*, *Précis*, p. 125—127. *Picard*, *L'évolution historique*, p. 37. Послѣдній авторъ однако говоритъ: *En réalité, toute la France fut soumise au régime coutumier*. *Муромцевъ*, *Рецепція*, стр. 41, 42. *Glasson*, *Précis*, p. 169, 170.

⁶⁾ *Шершеневичъ*, тамъ же, стр. 225. *Warnkönig*, *op. cit.*, S. 39.

вѣкѣ начинается составленіе сборниковъ кутюмнаго права. Изъ этихъ сборниковъ укажемъ пока на *Coutume de Beauvoisis* и *Etablissements de Saint Louis*, принадлежащіе къ XIII вѣку, и на *Somme rural*, принадлежащую къ XIV вѣку ¹⁾.

Вотъ въ кругу этихъ источниковъ и нѣкоторыхъ другихъ, которые мы назовемъ ниже въ послѣдующемъ изложеніи, намъ и предстоитъ теперь изученіе тѣхъ новыхъ началъ, которыя были внесены древне-германскимъ правомъ въ нормировку приобрѣтенія права собственности на движимыя имущества отъ лицъ, не управомоченныхъ на передачу этого права.

Эти новыя начала формулируются обыкновенно слѣдующимъ образомъ.

Кто прибрѣлъ движимую вещь отъ лица, не управомоченнаго на передачу права собственности на нее, тотъ защищался отъ какихъ бы то ни было исковъ со стороны собственника вещи, если эта вещь была отдана собственникомъ отчуждателю добровольно, т. е. по какой-нибудь сдѣлкѣ, напр., по найму, сеудѣ, поклажѣ и т. п. Собственникъ въ такихъ случаяхъ могъ обращаться только съ личнымъ искомъ изъ договора къ своему контрагенту, неправомѣрно отчудившему его, собственника, вещь ²⁾.

Отсюда и поговорки: *Trau, schau wem*; — *Wo man seinen Glauben gelassen hat, da muss man ihn wieder suchen*; — *Ha-be hat kein Geleit*; — *mobilia non habent sequelam*; — *meubles n'ont pas de suite*: — *Hand wahre Hand*.

¹⁾ *Шершеневичъ*, тамъ же, стр. 230, 231, 233. *Warnkönig*, *op. cit.*, S. 47—51. *Viollet*, *Précis*, p. 154—159, 165. *Picard*, *op. cit.*, p. 47, 51, 52. *Glasson*, *Précis*, p. 178, 179. *Guétat*, *Hist. élém.*, p. 311 s., 314 ss., 322 s.

²⁾ Какъ мы видѣли въ I главѣ, римское право именно въ этихъ случаяхъ видѣло *кражу* со стороны неуправомоченнаго на отчужденіе традента и не только не признавало такихъ сдѣлокъ дѣйствительными, но даже не допускало прибрѣтенія права собственности по давности. — L. 1 C. 7, 26; § 3 J. II, 6. Только добросовѣстность отчуждателя устраняла понятіе о кражѣ и дѣлала возможнымъ прибрѣтеніе по давности, но не больше: §§ 4—6 J. II, 6.

Если же вещь выходила изъ рукъ собственника *противъ* его воли или даже *безъ* его на то воли, напр., путемъ кражи, грабежа, потери, и затѣмъ нискала въ оборотъ путемъ сдѣлокъ, то приобретатели такихъ вещей отъ исковъ со стороны собственниковъ не защищались и, следовательно, должны были отдавать имъ приобретенныя вещи ¹⁾.

¹⁾ Обо всемъ этомъ — *Carlin*, Niemand kann..., S. 42—44. *Goldschmidt*, Zeitschr. f. N. R., VIII, S. 248. *Stobbe*, Handbuch, II, 1, S. 408. *Stobbe*, Gewere, — Allgem. Encykl., Bd. 65, S. 439. *Gerber-Cosack*, System, § 101. *Gerber*, Zeitschr. f. Civilrecht, XI, S. 27, 28, 32, 35. *Roth*, System, III, S. 346, 347. *Warnkönig*, Rechtsgeschichte, II, S. 332 ff. *Randa*, Das Eigenthumsrecht, S. 331 ff. *Schröder*, Lehrbuch, S. 273, 710. *Siegel*, Rechtsgeschichte, § 149. *Laband*, Die vermögensrechtl. Klagen, § 12. *Franken*, Pfandrecht, I, S. 269 ff. *Planck*, Gerichtsverfahren, I, S. 393 ff. *Sohm*, Lex Salica, S. 58—60. *Hauster*, Institutionen, I, S. 388, 389; II, S. 209—213. *Albrecht*, Die Gewere, S. 86, 88. *Renaud*, Krit. Zeitschr., XVII, S. 140—146. *Gengler*, Privatrecht, § 65, Nr. 1. *Beseler*, System, S. 307. *Bluntschli*, Privatrecht, § 73, Nr. 1—4. *Schulte*, Lehrbuch, § 153. *Walter*, Rechtsgeschichte, Nr. 505. *Zoepfl*, Rechtsgeschichte, II, 2, § 108. *Mahrenbrecher*, Lehrbuch, I, § 210. *Mittermaier*, Grundsätze, § 138. *Stein*, Untersuchungen, S. 132—135. *H. Meyer*, Entwerung, § 8 ff. *Meibom*, Pfandrecht, S. 63, 447. *Danz*, Handbuch, II, S. 247. *Runde*, Grundsätze, § 199, S. 162. *Gaupp*, Zeitschr. f. deutsches Recht, I, S. 119. *Papendieck*, Der Eigenthumserwerb, S. 18—21. *Kern*, Hand muss H. w., S. 2—4. *Baumeister*, Privatrecht, S. 241, 242. *Hasse*, Zeitschr. f. gesch. Rechtswissenschaft, Bd. I, S. 18—43. *Dahn*, Westgothische Studien, S. 91 ff. *Schwerin*, Beiträge, S. 21 f. *Glasson*, Histoire du droit de l'Angleterre, I, p. 278 ss., III, p. 458 ss. *Glasson*, Histoire du droit de la France, III, p. 396 ss. *Aubry et Rau*, Cours, II, § 183, note 2. *Planiol*, Traité, I, n. 1176, 1177. *Baudry-Lacantinerie*, Preser., n. 817. *Guillouard*, Preser., II, n. 800, 801. *Viollet*, Précis, p. 487, 488. *Esmein*, Études sur les contrats, p. 188. *Jobbe-Duval*, Revendication, p. 80, 165. *Ortlieb*, Possession des meubles, n. 17, 18. *Poincaré*, Propriété mobilière, p. 25 ss., 44 ss., 51 ss. *Klimrath*, Travaux, I, p. 358, 360. *Pertile*, Storia, IV, § 140. *Heineccius*, Elementa, I, p. 637. *Del Vecchio*, Archivio giuridico, XX, p. 19 e segg., 236 e segg. *Дювернуа*, Посobie къ лекціямъ. Часть особ., вып. 1, стр. 48, 49. *Василовскій*, Журн. М. Ю., 1895, кн. 1, стр. 68, 69. Его же Учебникъ, вып. 2, § 27, № 3. Относящіяся сюда тексты изъ древне-германскихъ источниковъ даются между прочимъ, *Kraut*, Grund-

Таковы эти новыя начала въ ихъ самомъ общемъ видѣ, какъ ихъ формулируетъ господствующее мнѣніе. Съ достаточной опредѣленностью эти начала были высказаны уже въ привилегіи города Фрейбурга 1120 г. ¹⁾, а еще раньше въ упомянутыхъ выше *Leges Walliae* ²⁾. Но наиболѣе опредѣленно это

расс., § 115. Процессуальную сторону вопроса изслѣдуютъ *Laband*, op. cit.; *London*, Die Anfängsklage; *Hermann*, Die Grundelemente; *Bethmann-Hollweg*, Der Civilprozess, IV, S. 14, 15, 41 ff., 50 ff., 479 ff.; *Jobbe-Duval*, op. cit.; *Филипповъ*, Начальныя стадіи процесса виндикаціи движимостей. См. и *Platner*, Historische Entwicklung, S. 93 ff.; 308 ff.; *Wilda*, Strafrecht, S. 900 ff. *Thévenin*, Nouv. Revue hist., 1879, p. 331 ss. Географическія карты дѣйствія различныхъ источниковъ права въ различныя эпохи даютъ *Frommhold*, Rechtsgeschichte, *Warnkönig*, Rechtsgeschichte, II, и *Schröder*, Lehrbuch. Разъясненіе указанныхъ въ текстѣ поговорокъ даютъ *Reyscher* въ Zeitschr. f. deutsches Recht, V, S. 198—201, *Hillebrand*, Rechtssprichwörter, S. 68—75 и *Eisenhart*, Grundsätze, S. 346 ff. Особо стоятъ въ нашемъ вопросѣ *Eichhorn*, Privatrecht, §§ 170, 171, *Bemmelen*, Propriété mobilière и отчасти *Hermann*, op. cit.

¹⁾ § 32 этой привилегіи гласитъ такъ: Nemo rem sibi quoquo modo sublataм vendicare poterit, nisi juramento probaverit sibi furto vel preda ablatam. — *Carlin*, op. cit., S. 48, Anm. 160. *Gerber*, Zeitschr. f. Civilrecht, XI, S. 28. *H. Meyer*, Entwerung, S. 43. Но *Bemmelen*, Propriété mobilière, p. 118, замѣчаетъ: этотъ параграфъ совсѣмъ не хочетъ сказать, что виндикаціи подлежатъ только res furtivae; здѣсь говорится лишь о необходимости клятвеннаго подтвержденія факта кражи при виндикаціи res furtivae.

²⁾ *Leges Walliae*, III, § 38: Sex modi sunt, quibus quilibet a bonis suis separari potest. In tribus casibus actor bona sua occupare et juramento vindicare potest; in tribus aliis non potest, nempe in casu depositi vel commodati vel locati. Actio enim depositi vel commodati vel locati contra neminem institui potest praeter illum qui bona ista ab actore accepit. In tribus reliquis casibus sub juramento quod suum est repetere potest; primo in casu furti, secundo in casu amissi ob negligentiam, tertio in casu rei domino inscio ablatae. Bona autem his modis ablatae sub juramento repetere potest, quoniam nemo illa a sua manu accepit: et cum nemo acceperit quod suum est, vindicare potest ubicunque illud videre contigerit. — *Carlin*, op. cit., S. 43, Anm. 139. *H. Meyer*, Entwerung, S. 32, говоритъ: врядъ ли принципъ „Hand wabre Hand“ можетъ быть выраженъ яснѣе, чѣмъ это сдѣлано въ приведенномъ отрывкѣ изъ

обобщение выражено только въ *Sachsenspiegel*'ѣ: II, 60, § 1¹⁾. Поэтому нѣкоторые историки только съ этого памятника и начинаютъ исторію нашего вопроса, по крайней мѣрѣ, для Германіи²⁾. Но господствующее мнѣніе, какъ сказано выше, ведетъ эту исторію отъ древнѣйшаго и важнѣйшаго сборника древнегерманскаго права, отъ *Lex Salica*, въ которой глава 37 говоритъ о розыскѣ украденныхъ вещей, а глава 47 трактуетъ объ истребованіи собственникомъ изъ третьихъ рукъ своихъ опознанныхъ вещей³⁾.

Leges Walliae. Однако противъ этого *Hermann*, *Die Grundelemente*, S. 84, 85, и *Bemmelen*, *op. cit.*, p. 193 ss.

¹⁾ *Goldschmidt*, *Zeitschr. f. N. R.*, VIII, S. 248. Указанное мѣсто *Sachsenspiegel*'я гласитъ такъ: „Svelk man enen anderen liet oder sat perde, oder en kleid, oder jenerhande varende have — to svelker vis he die ut von sinen geweren let mit sime willen — verkoff sie die, die sie in geweren hevet, oder versat he sie, oder verspelet he sie, oder wert sie ime verstolen oder afgerovet: jene die sie verlegen oder versat hevet, die ne mach dar nene vorderunge up hebben, ane uppe den deme he sie leich oder versatte“. — *Bemmelen*, *Propriété mobilière*, p. 127, такъ переводитъ это мѣсто: „Quiconque prête ou engage à un autre homme des chevaux ou un vêtement ou un meuble quelconque, — de quelque manière qu'il les laisse sortir volontairement de sa possession — si l'autre qui les a en sa possession, les vend ou les engage ou les joue, ou si elles lui sont volées ou enlevées par violence: celui qui les a prêtées ou engagées, n'a aucune action sur ces biens, excepté contre celui auquel il les prête ou les engagea“.

²⁾ Напр., *Hermann*, *Die Grundelemente*, S. 83. Въ известномъ смыслѣ, какъ это будетъ показано ниже, сюда же долженъ быть причисленъ и *Bemmelen*, *Propriété mobilière*.

³⁾ Цитирую эти мѣста изъ *Lex Salica* по *Waitz*'у, *Das alte Recht*, S. 243, 244, 256, 257.

XXXVII. *De vestigio minando*. 1. Si quis bovem aut caballo vel qualibet animal per furtum perdiderit, et eum dum per vestigio sequitur consecutus fuerit usque in tres noctes, ille qui eum ducit aut emisse aut cambiasse dixerit vel proclamaverit: ille qui per vestigio sequitur res suas per tertia manu debet adramire. Si vero jam tribus noctibus exactis qui res suas requirit eas invenerit, ille apud quem inveniuntur, eas emisse aut cambiasse dixerit, ipse liceat adramire.

2. Si ille vero qui per vestigio sequitur quod se agnoscere dicit,

Такое различіе во взглядахъ объясняется казуистичностью, неполнотой, а потому и крайней спорностью древнихъ памятниковъ права вообще и *Lex Salica* въ частности¹⁾. Этой неполнотой законодательныхъ опредѣленій и объясняется то, что не всё соглашается съ общепринятымъ толкованіемъ старыхъ ис-

illum alium reclamantem, nec offerre per tertia manu voluerit nec solem secundum legem collocaverit, et ei violenter quod se agnoscere dicit tulisse convincitur, 1200 dinar., qui faciunt sol. 30, culpabilis judicetur.

XLVII. *De fultortis qui legem Salicam vivunt*. 1. Si quis servum aut ancillam, caballum vel bovem aut qualibet rem cum alterum agnovit, mittat eum in tertia manu, et ille apud quem cognoscitur debeat adramire, et si citra Ligere aut Carbonaria ambo manent et qui agnoscit et apud quem agnoscitur, in noctes 40 placitum faciant. Et in ipso placito quanti fuerint qui caballo ipso aut vendiderint aut cambiaverint aut fortasse in solutionem dederint, omnes intra placito isto communiuntur, hoc est unusquisque cum negotiatoribus alter alterum admoneat.

2. Et si quis commonitus fuerit, et eum sunnis non tenuerit, et ad placitum venire distulerit, tum ille qui cum eum negotiavit mittat tres testes, quomodo ei nunciasset ut ad placitum veniret, et alteros tres quod publice ab eo et idoneo negotiasset. Istud si fecerit, exuit se de latrocinio. Ille qui non venerit, super quem testes juraverunt, ille erit latro illius qui agnoscit, et pretium reddat illi qui cum eo negotiavit, et secundum legem componat illi qui res suas agnoscit.

3. Ista omnia in illo mallo debent fieri ubi ille est gamallus super quem res illa primitus fuerit agnita aut in tertia manu missa.

4. Quod si trans Ligere aut Carbonaria manent cum quibus agnoscitur, in 80 noctes lex ista custodiatur.

¹⁾ Въ 1874 г. *Brunn* въ своемъ изслѣдованіи „*Die Besitzklagen*“, S. 229, писалъ: Die Natur der deutschen Mobilienklage ist noch immer nicht im klaren. Затѣмъ *Thonissen* въ 1882 г. утверждалъ, что можно написать цѣлый томъ изъ однѣхъ только controverzъ между германцами относительно толкованія 37 и 47 главъ *Lex Salica*. — *L'organisation judiciaire*, p. 533, note 1. Въ 1901 г. *Zycha* отмѣчаетъ крайнюю спорность важнѣйшихъ вопросовъ о виндикаціи движимостей по *Lex Salica*. — *Zur Auslegung des Titels 37 der Lex Salica*, S. 155, 156. Наконецъ, то же самое отмѣчаетъ въ 1904 г. проф. *Филитовъ*, Начальные стадіи процесса виндикаціи движимостей, стр. 1, 2. Ср. *Randa*, *Das Eigenthumsrecht*, S. 332, Anm. 3. *Scherrer*, *Zeitschr. f. Rechtsgeschichte*, XIII, S. 267. *Rückert*, *Untersuchungen*, S. 205.

точниковъ по нашему вопросу. Такъ, въ первой половинѣ XIX столѣтія противъ господствующаго мнѣнія выступилъ *Eichhorn*, который въ древне-германскихъ источникахъ видѣлъ не какія либо новыя начала, а только лишь „модификацію виндикаціи“¹⁾.

Затѣмъ въ послѣднее время возбудилъ сомнѣнія *Hermann*, полагающій, что *Leges Barbarorum* еще не знали правила „*Mobilia non habent sequelam*“, и что истребованіе движимостей изъ третьихъ рукъ ограничивалось въ тѣ времена только въ случаяхъ отсутствія на вещахъ мѣтки собственника (*Publicitätsprincip*) и иногда — при отдачѣ вещи въ ссуду, *commodatum*; но все же *Hermann* вполне признаетъ наличность новаго начала въ *Sachsenspiegel*'ѣ²⁾.

Наконецъ, *Bemmelin* идетъ еще дальше: на основаніи подробнаго разбора древне-германскихъ источниковъ онъ утверждаетъ, что *Leges Barbarorum* совсѣмъ не знали ограниченій въ истребованіи движимостей изъ незаконнаго владѣнія третьихъ лицъ³⁾, а *Sachsenspiegel* ограничивалъ эти иски о движимости только въ двухъ, специально въ немъ упоминаемыхъ, случаяхъ: — при отдачѣ вещи въ ссуду, *commodatum*, и въ закладъ, *pignus*, и указаніе на эти случаи, какъ исключительныя, отнюдь не подлежатъ распространительному толкованію⁴⁾.

Эти отступающія мнѣнія не нашли себѣ однако признанія въ литературѣ⁵⁾.

¹⁾ *Eichhorn*, Einleitung, S. 464.

²⁾ *Hermann*, Die Grundelemente, S. 68, 69, 83. Объ этомъ *Bemmelin*, Propriété mobilière, p. 198, 199, и *H. Meyer*, Entwerung, S. 19 ff., 29.

³⁾ *Bemmelin*, op. cit., p. 46, 47, 78 ss., 97. Авторъ говоритъ такъ: если *Leges Barbarorum* говорятъ о виндикаціи вещей украденныхъ или утерянныхъ, то это еще не значитъ, что виндикація не допускалась, если вещь не была ни украденной, ни утерянной.

⁴⁾ *Bemmelin*, op. cit., p. 127 ss., 170. О необходимости узкаго толкованія вообще въ такихъ случаяхъ говорилъ еще *Voët*, Commentarius, lib. VI, tit. I, § 12.

⁵⁾ *Baudry-Lacantinerie*, Prescr., n. 818. *Guillouard*, Prescr., II, n. 799. *Virgile*, Propriété mobilière, p. 112. *Walter*, Rechtsgeschichte,

Мы, съ своей стороны, не претендуя на самостоятельный разборъ относящихся сюда источниковъ, будемъ придерживаться, конечно, господствующаго мнѣнія и теперь обратимся къ болѣе подробному разсмотрѣнію созданной древне-германскимъ правомъ формулы.

Прежде всего, здѣсь обращаетъ на себя вниманіе то обстоятельство, что въ нашей формулѣ и въ законодательныхъ памятникахъ рѣчь идетъ не о матеріально-правовой сторонѣ вопроса, а о процессуальной, объ исковой: говорится не о приобрѣтеніи или потерѣ права собственности, а объ искахъ для истребованія движимостей изъ чужого владѣнія.

Какъ увидимъ ниже, о матеріально-правовой сторонѣ дѣла начали высказываться только новыя законодательства; въ средніе же вѣка законъ ограничивался чисто-практической стороной дѣла, — защитой обладанія имуществомъ; теоретическіе вопросы о приобрѣтеніи правъ тогда еще не поднимались¹⁾.

Возникаетъ тѣмъ не менѣе вопросъ: каково юридическое значеніе защиты приобрѣтателя отъ притязаній со стороны собственника?

Господствующимъ мнѣніемъ вопросъ этотъ рѣшается такъ: кто не можетъ болѣе осуществлять противъ третьихъ лицъ свое право на обладаніе вещью, тотъ, значитъ, не имѣетъ уже права собственности; а тотъ, кто приобрѣлъ право имѣть у себя вещь и можетъ противопоставить это право всякому третьему лицу,

S. 581, 582. *Albrecht*, Gewere, S. 86, 88 ff. *Gaupp*, Zeitschr. f. deutsches Recht, I, S. 119, 133. *Beseler*, System, S. 308. *Kern*, Hand m. H. wahren, S. 5, 6. *Hillebrand*, Rechtssprichwörter, S. 70, 71. *Gerber*, Zeitschr. für Civilrecht, XI, S. 27. *Carlin*, Niemand kann..., S. 48, Anm. 160. Но есть и нерѣшительныя мнѣнія. Напр., *Lehmann*, обработавшій *Handbuch Stobbe*, говоритъ такъ: *Dass derjenige, welcher eine Sache einem Andern lieh, bei ihm deponirte u. s. w., sie vom dritten Erwerber nicht zurückfordern darf, wenn sein Kontrahent sie veräußert hat, sagen die ältesten Quellen nicht ausdrücklich, doch dürfen wir dies im Allgemeinen als älteres Recht annehmen.* — *Stobbe*, *Handbuch*, II, 1, S. 253.

¹⁾ *Stobbe*, *Handbuch*, II, 1, S. 409, 410. *Bluntschli*, *Krit. Ueberschau*, VI, S. 197. *Delbrück*, *Dingl. Klage*, S. 32.

долженъ быть признанъ дѣйствительнымъ и настоящимъ собственникомъ ¹⁾).

Затѣмъ, при сопоставленіи нашей формулы съ новыми законодательствами, возникаетъ и другой вопросъ: нужна ли была добросовѣстность, bona fides, въ лицѣ приобретателя для защиты его отъ притязаній со стороны собственника?

Ни Leges Barbarorum, ни даже Sachsenspiegel не даютъ никакихъ опредѣленій по этому вопросу. Отсюда — различіе въ мнѣніяхъ изслѣдователей этой эпохи. Такъ, Danz высказывается въ пользу требованія bona fides и въ тѣ отдаленныя времена; основаніе для своего мнѣнія онъ видитъ въ томъ, что будто бы германскія законодательства во многихъ отношеніяхъ покровительствовали добросовѣстному обороту ²⁾. На той же точкѣ зрѣнія стоитъ и Bluntschli ³⁾. Goldschmidt основываетъ свое мнѣніе въ пользу требованія bona fides на правилахъ о доказываніи въ древнемъ процессѣ ⁴⁾. Ziebarth колеблется: онъ констатируетъ никѣмъ не оспариваемый фактъ, что въ Sachsenspiegel'ѣ нѣтъ прямого требованія bona fides, но затрудняется допустить, чтобы это было такъ и въ практикѣ той эпохи ⁵⁾. Rückert констатируетъ тотъ же самый фактъ, но полагаетъ, что Sachsenspiegel только потому не ставитъ прямого требованія bona fides, что эта послѣдняя не была еще выдѣлена изъ понятія о пра-

¹⁾ Такого мнѣнія держатся Bluntschli, *Privatrecht*, S. 206, Carlin, *Niemand kann...*, S. 42, Rückert, *Untersuchungen*, S. 221, Gerber, *System*, S. 179. Goldschmidt говоритъ: нельзя доказать, чтобы третье лицо, лишившись вещи, не могло обратиться съ вещнымъ искомъ даже и противъ прежняго собственника. *Zeitschr. f. H. R.*, VIII, S. 256. Такъ же и Stobbe, *Handb.*, II, 1, S. 410, Anm. 6, хотя это прямо и не рѣшается источниками. Ср. Gaupp, *Zeitschr. f. deutsches Recht*, I, S. 125, 129.

²⁾ Danz, *Handbuch*, II, S. 247. Однако см. Hasse, *Zeitschr. f. gesch. Rechtswissenschaft*, I, S. 38, 39.

³⁾ Bluntschli, *Privatrecht*, S. 207.

⁴⁾ Goldschmidt, *Zeitschr. f. H. R.*, VIII, S. 256—258. Ср. и S. 264.

⁵⁾ Ziebarth, *Realexecution*, S. 235.

вомѣрномъ титулѣ ¹⁾. Кроме того, въ пользу требованія добросовѣстности высказываются еще Virgile, Cosack, Runde ²⁾. Но есть и цѣлый рядъ такихъ авторовъ, которые прямо отрицаютъ необходимость добросовѣстности. Сюда принадлежатъ Jobbé-Duval ³⁾, Hasse ⁴⁾, Beseler ⁵⁾, Gengler ⁶⁾, Zoepfl ⁷⁾.

Наконецъ, есть и среднее мнѣніе H. Meyer'a, которое, можетъ быть, и правильнѣе другихъ. Именно, Meyer, ссылаясь на Lex Wisigothorum говоритъ: кто сознательно приобрѣтаетъ вещь отъ вора, тотъ самъ приравнивался къ вору; поэтому mala fides мѣшала приобретению; добросовѣстность же служила хотя и не основаніемъ приобретенія, но за то такимъ предположеніемъ его, которое разумѣлось само собою ⁸⁾.

Отмѣтимъ, наконецъ, что дѣйствию нашей формулы подлежали только имущества движимыя; однако отсюда исключались движимости собирательныя, такъ какъ онѣ рассматривались закономъ, какъ недвижимости. Такимъ образомъ ограниченіе виндикаціи ⁹⁾ относилось только къ такимъ движимостямъ, которыя имѣли отдѣльное и самостоятельное существованіе ¹⁰⁾. Но и отсюда, въ свою очередь, исключались корабли: они также

¹⁾ Rückert, *Untersuchungen*, S. 221.

²⁾ Virgile, *Propriété mobilière*, p. 139. Gerber-Cosack, *System*, S. 179, 181. Runde, *Grundsätze*, § 199, S. 162.

³⁾ Jobbé-Duval, *Revendication*, p. 171.

⁴⁾ Hasse, *Zeitschr. f. gesch. Rechtswissenschaft*, I, S. 39.

⁵⁾ Beseler, *System*, S. 310.

⁶⁾ Gengler, *Privatrecht*, S. 226.

⁷⁾ Zoepfl, *Rechtsgeschichte*, II, 2, § 108.

⁸⁾ H. Meyer, *Entwerung*, S. 95, 96, 124, 140.

⁹⁾ Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы будемъ пользоваться этимъ римскимъ терминомъ, хотя этимъ и вызывается извѣстная неточность. Glasson говоритъ, что этотъ искъ не имѣетъ ничего общаго съ римской виндикаціей. — *Nouv. Revue hist.*, XIV, p. 593. См. и *La grande Encyclopédie*, слово „aveu“, t. IV, p. 885.

¹⁰⁾ Warnkönig, *Rechtsgeschichte*, II, S. 334, 335. Sohm, *Lex Sallica*, S. 57: салическій сборникъ въ качествѣ объектовъ виндикаціи упоминаетъ только животныхъ и рабовъ. Такъ и Филипповъ, *Начальныя стадіи*, стр. 22.

имѣютъ нѣкоторыя юридическія свойства имущества недвижныхъ¹⁾.

До сихъ поръ мы имѣли въ виду постановленія древне-германскаго права въ ихъ самой общей формѣ.

Содержащійся въ этихъ постановленіяхъ принципъ былъ общимъ для всей франкской монархіи. Но выдѣленіи же изъ нея Германіи и Франціи, принципъ этотъ остался одинаково общимъ и этимъ обоимъ государствамъ въ отдѣльности (кроме юга Франціи). Но только въ своемъ конкретномъ приложеніи принципъ этотъ дѣйствовалъ не всюду въ одинаковомъ видѣ и объемѣ; напротивъ, мы видимъ, что въ отдѣльныхъ памятникахъ права онъ подвергался тѣмъ или другимъ видоизмѣненіямъ, благодаря чему наблюдалась значительная нестрога въ законоположеніяхъ по нашему вопросу, — нестрога, доходившая до того, что, по утверженію, напр., *Franken*'а, трудно провести границу между общимъ правомъ Германіи и Франціи и правомъ партикулярнымъ²⁾.

Къ разсмотрѣнію этихъ партикуляризовъ мы теперь и переходимъ. Всѣ они дѣлятся на двѣ группы: по однимъ изъ нихъ область примѣненія виндикаціи расширяется, сравнительно съ указанной нами формулой, а по другимъ, наоборотъ, эта область суживается. Въ такомъ порядкѣ мы и будемъ вести наше изложеніе.

Такъ, по утверженію *Albrecht*'а, нѣкоторые источники, въ случаяхъ добровольной отдачи вещи, различаютъ, по какой именно сдѣлкѣ вещь отдана собственникомъ контрагенту: если вещь отдавалась въ интересъ получавшаго ее контрагента, то виндикація изъ третьихъ рукъ не допускалась: древне-германское начало находило полное примѣненіе; если же вещь отдавалась въ интересъ собственника, напр., въ поклажу, то виндика-

¹⁾ *Goldschmidt*, Zeitschr. f. N. R., VIII, S. 255. *Kern*, Hand m. N. wahren, S. 30, 31. *H. Meyer*, Entwerung, S. 54. Ср. *Baumeister*, Privatrecht, § 15, S. 99, 100. *Stobbe*, Handbuch, II, 1, S. 262.

²⁾ *Franken*, Pfandreht, I, S. 270, Anm. 5.

ція, вопреки общей формулѣ, была возможна¹⁾. Въ частности это же самое относительно *Sachsenspiegel*'я утверждаютъ *Brunns* и *Kern*, которые въ указаніи Саксонскаго Зерцала (II, 60, § 1) на *commodatum* и *pignus* видятъ не примѣрный только, а исключительный перечень случаевъ добровольнаго лишенія вещи²⁾. Положительное же основаніе для своего мнѣнія *Kern*, слѣдуя *Cropp*'у, видитъ въ *Distinctiones* и въ *Schwabenspiegel*'ѣ³⁾. Однако относительно *Sachsenspiegel*'я господствующее мнѣніе держится какъ-разъ противоположнаго взгляда и это расширеніе виндикаціи отвергаетъ⁴⁾. По словамъ *Laband*'а, распространеніе виндикаціи на случаи поклажи признавалось только статутомъ города Гослара⁵⁾.

Дальнѣйшее расширеніе области виндикаціи нѣкоторые видятъ въ тѣхъ случаяхъ, когда вещи собственника продавались въ третью руку его *смыгой* (*Sachsenspiegel*) или *женой*, или *сыномъ* (статутъ города Фрейбурга и судебное рѣшеніе въ Магдебургѣ, а во Франціи — *Somme rural Bouteiller*)⁶⁾. Однако

¹⁾ *Albrecht*, *Gewere*, S. 93.

²⁾ *Brunns*, *Das Recht des Besitzes*, S. 315 ff. *Kern*, *op. cit.*, S. 37—41. Ср. съ приведеннымъ выше мнѣніемъ *Bemmelen*'а.

³⁾ *Distinctiones* относятся къ XIV в., а *Schwabenspiegel* — къ XIII в. *Шершневичъ*, Курсъ, I, 2, стр. 293. *Zoepfl*, *Rechtsgeschichte*, II, 1, §§ 32, 37. *Schröder*, *Lehrbuch*, S. 654 ff.

⁴⁾ *Walter*, *Rechtsgeschichte*, Nr. 505, Anm. 4. *Zoepfl*, *Rechtsgeschichte*, II, 2, § 109, Anm. 18. *Goldschmidt*, *Zeitschr. f. N. R.*, VIII, S. 249, Anm. 9. *H. Meyer*, *Entwerung*, S. 51, 52, 56.

⁵⁾ *Laband*, *Vermögensrechtl. Klagen*, S. 84. Такъ и *Stobbe*, *Handbuch*, II, 1, S. 260. Статутъ города Гослара — источникъ XIII в. *Frommhold*, *Rechtsgeschichte*, S. 113.

⁶⁾ Статутъ Фрейбурга относится къ XII в., а послѣдняя редакція его — къ XIV в. *Frommhold*, *op. cit.*, S. 113, 114. *Sachsenspiegel*, III, 6, § 1 говоритъ такъ: *Verdobelet en knecht sines herren gut, oder versat he't, oder verkofst he't die herre mach it wol weder vorderen mit rechte, deste he sik dar to tie als recht is.* См. еще и *Prager Rechtsbuch*, 119. Судебное рѣшеніе въ Магдебургѣ гласитъ: *Hatte die frave gereyts gutis adir farnde habe von ir gegeben awz des mannes gewere, das sall durch recht machtlos seyn.* Статутъ Фрейбурга гласитъ: *Filius*

особенность этихъ случаевъ состоитъ въ томъ, что отчуждателями здѣсь являются не контрагенты собственника, получившіе отъ него вещи по какой либо сдѣлкѣ, а лица, входящія въ составъ его семьи, или, по крайней мѣрѣ, очень близко стоящія къ ней; слѣдовательно, здѣсь отчуждаются не вѣрныя собственникомъ вещи, а вещи, самовольно взятыя у него для отчужденія близкими къ нему людьми. А если здѣсь вещи выходятъ изъ обладанія собственника безъ его на то воли, то вполне послѣдовательно допустить здѣсь виндикацію противъ третьихъ лицъ: это будетъ не нарушеніемъ, а наоборотъ, частнымъ примѣненіемъ нашего общаго принципа¹⁾.

Такой же близостью къ собственнику объясняется распространеніе виндикаціи, по Любекскому праву, по судебной практикѣ Гамбурга и по нѣкоторымъ французскимъ кутюмамъ, на

sub patre aut matre degens nichil de rebus suis per ludum vel aliquo modo alienare poterit. Si autem fecerit, patri reddendum est de jure seu matri; et si quis mutuum sibi dederit, de jure nunquam persolvetur. — Bouteiller (см. *H. Meyer*, op. cit., S. 72) вѣситъ такъ: Item et sil advenoit que femme qui fust mariée se enhardist de embler aucune chose de son hostel sans le sceu de son mary, saches que la loy ne veult pas que ce soit dit larrecin: ne que le mary puis se faire poursuyte de restitution: ou quil sceust les choses, les doit ravoit.

¹⁾ *Laband*, op. cit., S. 80—82. *H. Meyer*, Entwerung, § 12. *Franken*, Pfandrecht, I, S. 270, 271. *Goldschmidt*, loc. cit., S. 253. *Gerber-Cosack*, System, S. 182, Anm. 15. *Kern*, op. cit., S. 28, 29. По ср. *Poincaré*, Propriété mobilière, p. 26, *Ortlieb*, Possession des meubles, p. 27, *Schulte*, Lehrbuch, S. 500, Anm. 24, *Stobbe*, Handbuch, II, 1, S. 256. На указанной точкѣ зрѣнія стоитъ и *Gosen* относительно Das kleine Kaiserrecht, которое различало, выступаетъ ли слуга самостоятельно, напр., въ роли управляющаго (тогда отчужденіе действительно, и виндикаціи нѣтъ), или же слуга никакой самостоятельности (а значить и *Gewere*) не имѣлъ (тогда виндикація допускалась). — *Gosen*, Privatrecht, S. 72, 73. Время появленія указанного источника точно не извѣстно: *Gosen* относилъ его приблизительно къ половинѣ XIII в., а теперь *Frommhold* относитъ его къ первой половинѣ XIV в. — *Rechtsgeschichte*, S. 111.

тѣ случаи, когда вещь попала въ третьи руки отъ ремесленника, взявшаго ее для починки или для обработки¹⁾.

Kohler даетъ, впрочемъ, иное объясненіе всѣмъ этимъ исключеніямъ: кто отдаетъ свою вещь въ починку, тотъ связанъ ограниченнымъ числомъ лицъ, а потому находится какъ бы въ безвыходномъ положеніи и не можетъ избрать лицо достойное довѣрія²⁾.

Наконецъ, нѣкоторые писатели, — напр., *Bruns*, — считаютъ допустимой виндикацію, по статуту города Аугсбурга³⁾, когда вещь ввѣрилась корабельщику, возчику, комиссіонеру и др.⁴⁾.

Но, съ другой стороны, *Laband* и *H. Meyer* утверждаютъ, что это мнѣніе не имѣетъ основанія ни въ статутѣ Аугсбурга, ни въ другихъ источникахъ⁵⁾.

Таковы тѣ важнѣйшіе случаи, на которые мы находимъ въ литературѣ указанія, — однако спорныя, — какъ на примѣры, когда область виндикаціи расширялась.

¹⁾ *Laband*, op. cit., S. 82—84. *Goldschmidt*, loc. cit., S. 253, Anm. 17. *H. Meyer*, Entwerung, S. 76—78. *Franken*, Pfandrecht, I, S. 271. *Roth*, System, III, S. 347, Anm. 4. *Jobbé-Duval*, Revendication, p. 175 ss. *Stobbe*, Handb., II, 1, S. 261. *Kern*, Hand m. H. wahren, S. 26, 27. *Gerber*, loc. cit. *Bemmelen*, Propriété mobilière, p. 89, 90. *Planck*, Gerichtsverfahren, I, S. 395. *Wilda*, Strafrecht, S. 861. *Voët*, Commentarius, lib. VI, tit. I, § 12. Старое любекское право (изд. Nach'a), Cod. II, 193, говорить: Doit en man kledere oder anders wat iemende to makende, unde uor kost oder uor set dat iene, deme it is ghedan to makende, de gene, de it dede to makende, maghet na stades rechte bet beholden, den it iement eme unteseghen moghe. — Coutume de Bourges, 54, постановляетъ: Quand aucun baille a besoigne chez aucun ouvrier, comme sa robe chez le tondeur à tondre ou chez le cousturier à faire, et aussi des autres choses, si il advient que l'ouvrier l'engage et s'en fuye, celluy à qui sera la besoigne l'aura à son parfait par son serment en payant l'ouvrage loyalment.

²⁾ *Kohler*, Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss., III, S. 307 f.

³⁾ Статутъ конца XIII в. *Frommhold*, Rechtsgeschichte, S. 114.

⁴⁾ *Bruns*, Das Recht des Besitzes, S. 316. *Goldschmidt*, loc. cit., S. 254. *Kern*, op. cit., S. 28.

⁵⁾ *Laband*, op. cit., S. 84. *H. Meyer*, Entwerung, S. 79.

Теперь переходимъ къ разсмотрѣнію тѣхъ партикуляризовъ, когда эта область сѣуживалась, сравнительно съ нашей общей формулой.

Сюда принадлежатъ тѣ случаи, когда, не смотря на то, что вещь выходила изъ рукъ собственника противъ его воли, виндикація тѣмъ не менѣе, вопреки общему правилу, не допускалась или, по крайней мѣрѣ, ограничивалась и затруднялась.

Самыя рѣзкія исключенія здѣсь касаются вещей краденыхъ, *res furtivae*. Правда, самое понятіе кражи по древне-германскому праву не отличается безспорностью. (*Goldschmidt* полагаетъ, что оно было такъ же широко, какъ и въ Римѣ¹⁾). Это подтверждаютъ *Wilda*, *Sohm* и г. *Филантовъ*²⁾. *Jobbé-Duval*, наоборотъ, считаетъ его очень узкимъ³⁾. По *Poincaré*, *Ortlieb* и др. считаютъ вопросъ этотъ спорнымъ⁴⁾. Во всякомъ случаѣ, что касается *res furtivae*, то виндицированіе вещи собственникомъ отъ третьяго лица устранялось, вопреки общему правилу, совершенно, по нѣкоторымъ партикулярнымъ источникамъ, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда третье лицо покупало такую вещь на *ярмаркѣ* или вообще на *рынкѣ*; или же виндикація допускалась и въ этихъ случаяхъ, но не иначе, какъ взаменъ покупной цѣны вещи.

Сюда относится нѣсколько германскихъ источниковъ⁵⁾; виндикація же взаменъ покупной цѣны особенно часто встрѣча-

¹⁾ *Goldschmidt*, loc. cit., S. 247.

²⁾ *Wilda*, *Strafrecht*, S. 862. *Sohm*, *Lex Salica*, S. 62. *Филантовъ*, Начальные стадіи процесса виндикаціи движимостей, стр. 25.

³⁾ *Jobbé-Duval*, *Revendication*, p. 97.

⁴⁾ *Poincaré*, *Propriété mobilière*, p. 26. *Ortlieb*, *Possession des meubles*, p. 27. Такъ и *Baudry-Lacantinerie*, *Prescr.*, n. 882. *Virgile*, *Propriété mobilière*, p. 103, 104.

⁵⁾ *Laband*, op. cit., S. 89. *Goldschmidt*, loc. cit., S. 263. *Roth*, *Syst.*, III, S. 347, *Ann.* 4. *Stobbe*, *Handb.*, II, 1, S. 257. *Schröder*, *Lehrb.*, S. 711. *H. Meyer*, *Entwerung*, §§ 17—19. *Franken*, *Pfandrecht*, I, S. 302 ff. *Carlin*, *Niemand kann...*, S. 43. *Walter*, *Rechtsgeschichte*, S. 581, по см. и S. 577. *Pertile*, *Storia*, IV, p. 251, 252. *Lex Burgundionum* (см. *Carlin*, loc. cit.) гласитъ такъ: *Quicumque mancipium alienum de Fran-*

ется во французскихъ кутюмахъ: *Beauvoisis*, *Etablissements de Saint Louis* и др.¹⁾.

То же самое, по *Lex Wisigothorum*²⁾, а затѣмъ по Гамбургскому и Любекскому праву, относится къ вещамъ, *привезеннымъ изъ-за моря*³⁾.

cis comparaverit, testibus idoneis hoc adprobet, quantum et quale precium dederit, et hoc testes illi jurati dicant: Nobis praesentibus precium dare vidimus, sed nec ille qui mancipium comparavit, nullam fraudem aut conludium cum inimicis fecit. Quodsi testes idonei taliter juramenta dederint, quantum precium dedit, tantum recipiat: nec pactum requirat, et mancipium, cujus fuerat, sine mora reddatur. Далѣе § 40 привилегіи *Leob-schütz'a* отъ 1270 г. говоритъ такъ: *In die forensi tanta est libertas fori publici in Lubsicz, ut quicquid emerit quisquam in ipso foro et hoc poterit legitime comprobare, etiam si illa res inpetatur ab aliquo nomine furti vel rapinae, ipsi emptori nihil ex hoc deperiet in rebus suis aut honore.*

¹⁾ *H. Meyer*, op. cit., S. 132 ff. *Poincaré*, op. cit., p. 49. *Baudry-Lacantinerie*, *Prescr.*, n. 882. *Guillouard*, *Prescr.*, II, n. 804. *Jobbé-Duval*, *Revendication*, p. 170. *Warnkönig*, *Rechtsgeschichte*, II, S. 336. *Virgile*, *Propriété mobilière*, p. 139. *Beaumanoir*, XXV, 22, говоритъ слѣд.: *...se cil qui a le coze l'aceta en marcié commun comme cil qui creoit que li venderes eust pooir du vendre, et ne connoist le vendor ou il est en tel liu qu'il ne le pot avoir à garant. En tel cas cil qui poursuit se coze qu'il perdi ou qui fu emblée ou tolue, ne le raura pas s'il ne rent ce que li aceteres en paia; car puisqu'il l'aceta sans fraude et en marcié, il ne doit pas recevoir le perte de son argent por autrui meffet. — Établ. de Saint Louis, II, 18, даютъ слѣд. постановленіе: Et si perdra son chatel, quant li demanderres avra faite la chose por soue, se li marcheanz ne l'avoit achetée en la foire de Pasques. Et s'il l'i avoit achetée, il ravroit son argent par la costume d'Orlenois: et sera hors de la soupeçon se c'est hom qui ait usé et accostumé à acheter tiex choses, et qu'il soit de bone renomée.*

²⁾ *H. Meyer*, op. cit., S. 141. *Dahn*, *Westgothische Studien*, S. 93 ff. *Lex Wisigothorum*, XI, III, 1, гласитъ такъ: *Si quis transmarinus negotiator aurum, argentum, vestimenta, vel quelibet ornamenta provincialibus nostris vendiderit, et competenti pretio fuerint venundata, si furtiva postmodum fuerint adprobata, nullam emtor calumniam pertimescat.*

³⁾ *Laband*, op. cit., S. 89. *Kern*, op. cit., S. 44. *Goldschmidt*, loc. cit., S. 262. *Walter*, op. cit., S. 581. *Albrecht*, *Gewere*, S. 96. *Schröder*, *Lehrbuch*, S. 711. *Franken*, op. cit., S. 302. *Meibom*, *Pfandrecht*, S. 311.

Наконецъ, спорнымъ является вопросъ, возможна ли со стороны собственника виндикація вещи, когда она украдена не у самого собственника, а у его контрагента.

Господствующее мнѣніе даетъ здѣсь *Anefang* непосредственно лицу обокраденному; собственнику же отказываетъ въ этомъ искѣ ¹⁾. Но, какъ мы видѣли выше, нѣкоторые авторы считаютъ защиту третьихъ лицъ допустимой только при условіи добросовѣстности ихъ, а *Goldschmidt* требуетъ еще и дѣйствительнаго титула ²⁾; въ этомъ мы видимъ предоставленіе *Anefang*'а и собственнику, но крайней мѣрѣ, противъ самого вора.

Далѣе. Противъ воли утрачиваются вещи въ случаѣ *poteri* ихъ, а потому, по общему правилу, здѣсь должна бы быть допущена виндикація противъ всякаго третьяго владѣльца такой вещи, а между тѣмъ, какъ на это указываютъ *Laband* и *Kern*, даже *Sachsenspiegel*, установившій это общее правило, говоритъ лишь о возможности требовать возвращенія своей вещи только отъ находчика; объ искѣ же противъ всякаго третьяго лица рѣчи нѣтъ, а потому можно думать, что виндикація здѣсь, вопреки общему правилу, нѣтъ.

То же самое относится и къ тѣмъ случаямъ, когда вещь уносится куда-нибудь водой, — когда убѣгаетъ куда-нибудь скотъ, — когда кто-либо беретъ и уносить съ собой чужую вещь по ошибкѣ ³⁾.

Однако, въ концѣ концовъ и принимая во вниманіе нѣкоторые другія мѣста изъ различныхъ источниковъ, тѣ же авторы находятъ возможнымъ и здѣсь допустить виндикацію и такимъ образомъ сохранить для германскаго права общее правило, по

Baumeister, *Privatrecht*, S. 246, Anm. 18, 20. *H. Meyer*, *op. cit.*, § 20. *Bemmelen*, *Propriété mobilière*, p. 152, 153. *Roth*, *System*, III, S. 347, Anm. 4.

¹⁾ *Carlin*, *Niemand kann...*, S. 48. *Kern*, *op. cit.*, S. 3, 4. *Gaupp*, *Zeitschr. f. deutsches Recht*, I, S. 122. *A. Schmidt*, *Die Grundsätze*, S. 25. *Walter*, *Rechtsgeschichte*, S. 579 f.

²⁾ *Goldschmidt*, *loc. cit.*, S. 256, 258.

³⁾ *Laband*, *op. cit.*, S. 72—75. *Kern*, *op. cit.*, S. 33—35. *Gold-schmidt*, *loc. cit.*, S. 252.

которому виндикація противъ третьихъ лицъ допускается при всякой недобровольной утратѣ вещи ¹⁾.

Что касается французскихъ кутюмовъ, то одни изъ нихъ допускали виндигированіе утерянныхъ вещей, а другіе отказывали въ виндикаціи ²⁾. *Baudry-Lacantinerie* обобщаетъ это въ томъ смыслѣ, что древнѣйшее право не давало виндикаціи, а въ послѣдующія времена она была допущена ³⁾. *Ortlieb* утверждаетъ однако, что уже *Lex Salica*, а также *Lex Baiuvariorum* и *Lex Frisionum* ⁴⁾ давали виндикацію въ случаѣ потери ⁵⁾. Такого же мнѣнія и *Glasson* ⁶⁾.

Наконецъ, примѣненіе виндикаціи къ вещамъ краденымъ весьма существенно ограничивалось *еврейскимъ правомъ*. Такъ, по законамъ Мишны, еврей, купившій вещь публично, на рынкѣ или передъ свидѣтелями, въ случаѣ виндикаціи со стороны собственника, могъ требовать возмѣщенія цѣны вещи, не смотря на то, что вещь была украдена или утеряна; и только при покускѣ у завѣдомаго вора приобрѣтатель подвергался безусловной виндикаціи, т. е. не получалъ возмѣщенія цѣны вещи. При отсутствіи же порока *furtivitas*, приобрѣтеніе охранялось вполне ⁷⁾.

¹⁾ *Laband*, *ibid.*, S. 78 ff. *Kern*, *ibid.*, S. 35, 36. См. еще *H. Meyer*, *op. cit.*, S. 49. *Klimrath*, *Travaux*, I, p. 360. *Stobbe*, *Handbuch*, II, 1, S. 255, 256: одни источники говорятъ только о кражѣ, а другіе причисляютъ сюда и потерю, и другіе виды недобровольнаго лишенія вещи. См., напр., *Magdeburger Fragen*, I, 13, d. 1: ...das im die farende hab... abgeroubet oder gestolen were oder es sonst verloren hette.

²⁾ *Renaud*, *Krit. Zeitschr.*, XVII, S. 149. См. однако *Klimrath*, *Travaux*, I, p. 360.

³⁾ *Baudry-Lacantinerie*, *Preser.*, n. 882.

⁴⁾ Сборникъ, составленный никакъ не позже IX в. *Schröder*, *Lehrbuch*, S. 245.

⁵⁾ *Ortlieb*, *Possession des meubles*, p. 27, 28.

⁶⁾ *Glasson*, *Histoire du droit de la France*, III, p. 397. Этотъ авторъ говоритъ, что кражу въ тѣ времена понимали такъ, что въ нее входило всякое противозаконное удерживаніе чужой вещи съ цѣлью присвоенія, напр., удерживаніе найденной вещи.

⁷⁾ *H. Meyer*, *Entwerung*, S. 183—185, 189—192. *Goldschmidt*, *loc. cit.*, S. 267, 272, 273. *Stobbe*, *Die Juden*, S. 119—121. *Stobbe*, *Hand-*

Это еврейское право нашло своё признание в Германии и во Франции путем целого ряда привилегий, а затем нередко входило даже и в местные христианские сборники права: *Sachsenspiegel*, *Établissements de Saint Louis* и др. ¹⁾. Только некоторые вещи, напр., *res sacrae*, были совершенно изъяты из еврейского оборота ²⁾, и во всяком случае большое внимание обращалось на публичность приобретения ³⁾.

Кроме того, добросовестное приобретение на ярмарке или на рынке защищалось, не смотря на *furtivitas*, и в Англии ⁴⁾.

Таковы наиболее важные модификации нашего общего принципа, которые в отдельных местностях Германии и Франции сопровождали его применение.

Заметим при этом, что поскольку применялся этот принцип, постольку же не имела применения приобретательная давность: в ней не было надобности ⁵⁾. Кроме того, германское право не знало и закладного права без передачи вещи во вла-

buch, II, 1, S. 258. *Albrecht*, *Gewere*, S. 95, 96. *Schröder*, *Lehrbuch*, S. 710. *Meibom*, *Pfandrecht*, S. 311. *Kern*, *op. cit.*, S. 42, 43. *Bemmelen*, *Propriété mobilière*, p. 173. *Randa*, *Das Eigenthumsrecht*, S. 334, 335. *Carlin*, *Niemand kann...*, S. 43, Anm. 142. *Pertile*, *Storia*, IV, p. 258.

¹⁾ *H. Meyer*, *op. cit.*, § 27. *Poincaré*, *Propriété mobilière*, p. 65. *Goldschmidt*, *loc. cit.*, S. 266, 271, Anm. 12a, S. 272. *Warnkönig*, *Rechtsgeschichte*, II, S. 205.

²⁾ *H. Meyer*, *op. cit.*, § 28. *Warnkönig*, *loc. cit.*

³⁾ *H. Meyer*, *op. cit.*, § 29.

⁴⁾ *Bemmelen*, *op. cit.*, p. 192 s. *Glasson*, *Historie du droit de l'Angleterre*, IV, p. 281 s. Ср. *Goldschmidt*, *loc. cit.*, S. 297, но и S. 296.

⁵⁾ *Guillouard*, *Prescr.*, II, n. 800. *Virgile*, *Propriété mobilière*, p. 102, 114. *Paulsen*, *Lehrbuch*, S. 95, 96. *Cornil*, выдавший в принцип «Hand wahre Hand» (он говорит собственно об art. 2279 Кодекса Наполеона) проведение начала публичности вещных прав, так смотрит на давность: «On comprend aisément qu'une législation qui consacrerait d'une façon parfaite la publicité de la propriété, supprimerait nécessairement l'usucapion»... «plus la publicité augmente, plus le rôle de l'usucapion s'efface». — *Étude*, p. 19, 70, 71.

дние кредитора: ипотеки движимостей в германском праве не было ¹⁾.

В общем можно сказать, что область применения нового принципа была весьма обширна: в нее входил почти весь правомёрный оборот (случаи добровольной отдачи вещи), и только в случаях преступления (кража, грабеж) или особой оплошности (потеря) эта область сокращалась.

Но вот, в XIV вѣкѣ начинает приобретать все большее и большее распространение римское право ²⁾ с его неуклонной виндикацией против всех тех, кто приобретал движимые вещи от лиц, не имевших права на их отчуждение, а также — с приобретательной давностью и ипотекой ³⁾ для движимостей.

Подъ напоромъ этого могущественнаго противника наше новое правило начиная с XIV в., а также в течение XV, XVI и отчасти XVII вв. постепенно утрачивало одну область своего применения за другой ⁴⁾. Но полного и совершеннаго исчезновения этого древне-германскаго принципа все же не послѣдовало: онъ въ такомъ или иномъ видѣ сохранился, напр., въ сѣверо-

¹⁾ *Schröder*, *Lehrbuch*, S. 273. *Glasson*, *Histoire du droit de la France*, III, p. 141 s.

²⁾ *Schröder*, *Lehrbuch*, § 66. *Frommhold*, *Rechtsgeschichte*, § 119. Ср. *Siegel*, *Rechtsgeschichte*, § 38 ff.

³⁾ *Racco*, *Понятие о залоге*, стр. 77, 79, 80, 95, 105, 106.

⁴⁾ *Planiol*, *Traité*, I, n. 1178 ss. *Baudry-Lacantinerie*, *Prescr.*, n. 819, 820. *Guillouard*, *Prescr.*, II, n. 799. *Aubry et Rau*, *Cours*, II, § 183, note 2. *Virgile*, *Propriété mobilière*, p. 116, 136, 141, 142, 166, 167, 229. *Roth*, *System*, III, S. 347. *Stobbe*, *Handbuch*, II, 1, S. 263. *Post*, *Entwurf*, II, 1 Abtheil., S. 116, 117. *Paulsen*, *Lehrbuch*, S. 96. *Carlin*, *Niemand kann...*, S. 52 f. *Poincaré*, *op. cit.*, p. 68, 74, 75. *Frommhold*, *Rechtsgeschichte*, S. 107. *Geiger und Glück*, *Rechtsfälle*, III, S. 135. *Bemmelen*, *Propriété mobilière*, p. 302. Ср. *H. Meyer*, *op. cit.*, § 38. *Mittermaier*, *Grundsätze*, S. 260. *Муромцев*, *Рецепция*, стр. 53 сл., 66 сл.

германскихъ городахъ: въ Гамбургѣ, отчасти въ Любекѣ и др. ¹⁾), а также въ областяхъ кутюмнаго права во Франціи ²⁾).

Итакъ, что касается, прежде всего, Гамбурга и особенно Любека, то здѣсь наше правило подверглось весьма существеннымъ измѣненіямъ, частью въ видѣ дальнѣйшаго развитія и приближенія къ современнымъ законодательствамъ, а частью въ видѣ даже прямого сокращенія принципа ³⁾).

Такъ, Гамбургскій городской статутъ 1603 г. выставилъ впервые требованіе *дѣйствительнаго титула*: только лицо, приобрѣвшее вещь *justo titulo*, пользовалось защитой отъ виндикаціи, если только вещь не была украденной ⁴⁾).

Изъ этого *Gries* и др. дѣлаютъ заключеніе, что по гамбургскому праву была необходима и *добросовѣстность* приобретателя, его *bona fides* ⁵⁾).

¹⁾ *Gerber-Cosack*, System, S. 182. *Goldschmidt*, loc. cit., S. 260. *Kern*, op. cit., S. 45. *Gengler*, Privatrecht, S. 225. *Danz*, Handbuch, II, S. 250. *Mittermaier*, loc. cit. *Roth*, System, III, S. 347, Anm. 6. *Post*, Entwurf, II, 1, S. 114 ff.

²⁾ *Warnkönig*, Rechtsgeschichte, II, S. 338. *Renaud*, Krit. Zeitschrift, XVII, S. 147.

³⁾ Вообще объ этихъ законодательствахъ см. *Cropp*, Crim. Beyträge, II, 2 Heft, S. 282—308.

⁴⁾ *Carlin*, op. cit., S. 53, Anm. 172. *Heineccius*, Elementa, I, p. 638. *Beseler*, System, S. 310, Anm. 12. *Hamburger Stadtrecht*, Th. II, Tit. 2, Art. 7 говоритъ такъ: *Welcher Mann dem andern leihet sein Pferd, Kleidt oder was es für Gutt sey, und auf wasserlei weise er das aus seinen wehren lesset, mit seinem Willen, und verkaufft es derjenige, der es in seinen wehren hat, oder versetzt er dasselbige, oder wird es ihm abgeraubet oder abgestolen: So mag derjenige, der es erstlich verliehen oder versetzt hat, darauff wieder den Einhaber desselben, wofern derjenige solches mit gutem Titul an sich gebracht, keine Förderung haben, sondern muss sich desswegen an demselben, welchem er es geliehen oder versetzt hat, oder so derselbige verstorben, an dessen Erben halten.*

⁵⁾ *Gries*, Commentar, S. 200 ff., 212—214. *Beseler*, System, S. 310. *Maurenbrecher*, Lehrbuch, S. 264. *Ziebarth*, Realexecution, S. 235. *Hasse*, Zeitschr. f. gesch. Rechtswissenschaft, I, S. 42. *Kern*, op. cit., S. 46. *Goldschmidt*, op. cit., S. 264, 265, указываетъ, что такова была и судебная практика въ Гамбургѣ. Но есть и прямое требованіе *bona fides*

Въ остальномъ *Gries* даетъ слѣдующія основныя положенія гамбургскаго права.

И здѣсь виндикація устранялась въ случаяхъ *добровольной* утраты вещи, при чемъ считалось безразличнымъ, по какой именно сдѣлкѣ вещи отдавались контрагенту; такъ же безразличенъ былъ возмездный или безвозмездный характеръ этихъ сдѣлокъ ¹⁾).

Наконецъ, для устраненія виндикаціи нужно было, чтобъ вещь находилась у *третьяго* лица; при этомъ считалось необходимымъ реальное обладаніе этого лица; одного договора о приобретеніи вещи было не достаточно ²⁾).

Съ другой же стороны, виндикація допускалась не только въ случаѣ кражи, но и въ случаяхъ потери, а также и тогда, когда вещи собственника уносились водой или замѣнялись по ошибкѣ другими, или, наконецъ, приобретались обманнымъ образомъ; и только вещи, перевезенныя черезъ море, нельзя было виндигировать, не смотря на порокъ *furtivitas* ³⁾).

Въ общемъ гамбургское право XVII в. значительно приближается къ новымъ законодательствамъ.

въ томъ же статутѣ, — Th. II, Tit. 4, Art. 2, — гдѣ говорится такъ: *So wollen wir, dass... der Gläubiger die verpfändeten beweglichen Güter von denen Personen, die sie mit gutem Glauben und richtiger Ankunft erlanget, wiederum abzufordern nicht befugt seyn solle.* Однако ср. *Baumeister*, Privatrecht, S. 248—250.

¹⁾ *Gries*, op. cit., S. 204, 208, 209. Исключенія изъ выставленнаго правила въ случаяхъ отчужденія вещи ремесленникомъ, получившимъ ее для переработки, или слугой собственника ведутъ свое начало, какъ мы видѣли, отъ болѣе стараго времени. S. 205. *Baumeister*, op. cit., S. 253, 254, считаетъ эти исключенія сохранившимися и въ новомъ правѣ, но это, по его мнѣнію, не подрываетъ общаго правила, выставленнаго въ текстѣ. S. 243, 247. *Goldschmidt*, op. cit., S. 261.

²⁾ *Gries*, op. cit., S. 213—215.

³⁾ *Gries*, op. cit., S. 201—203. *Baumeister*, op. cit., S. 246. *Meibom*, Pfandrecht, S. 311. Цѣлой тысячей лѣтъ раньше это же начало, какъ мы видѣли, было высказано въ *Lex Wisigothorum* *Carlin*, Niemand kann..., S. 54, Anm. 178. *Fertile*, Storia, IV, p. 259.

Иное должны мы сказать о Любекскомъ правѣ той же эпохи, которое значительно уклонилось отъ общаго типа, принятаго правиломъ „Hand wahre Hand” ¹⁾.

Здѣсь при добровольной отдачѣ вещи собственникомъ, виндикація изъ третьихъ рукъ, вопреки всеѣмъ другимъ законодательствамъ, допускалась, хотя, правда, лишь подѣ условіемъ возмѣщенія владѣльцу покушной цѣны вещи ²⁾. — Практически здѣсь можно, пожалуй, видѣть отказъ въ виндикаціи ³⁾, но принципиально здѣсь предѣ нами рѣзкое отступленіе отъ общепринятаго въ древне-германскомъ правѣ начала.

Съ другой стороны, при кражѣ или потерѣ вещи, виндикація, опять въ нарушеніе нашего общаго правила, устранялась, если приобрѣтатель доказывалъ добросовѣстность свою и двухъ своихъ предшественниковъ ⁴⁾, а также, если вещи привозились

¹⁾ *Mevius*, Comment., p. 586, 587. Ср. *Bemmelen*, Propriété mobilière, p. 139 ss.

²⁾ *Wilmowski*, Lüb. Recht, S. 83, 84. *Carlin*, op. cit., S. 53, Anm. 171. *Stobbe*, Handbuch, II, 1, S. 262, 266. *Kern*, op. cit., S. 47. *Walter*, Rechtsgeschichte, S. 581. *Eichhorn*, Privatrecht, S. 466. *Goldschmidt*, loc. cit., S. 261, 263, 264. *Meibom*, Pfandrecht, S. 310. *Voët*, Commentarius, lib. VI, tit. I, § 12. *Heineccius*, Elementa, I, p. 638. См. еще *Maurrenbrecher*, Lehrbuch, S. 264. *Löning*, Der Vertragsbruch, S. 418, 419. *Gerber*, Zeitschr. f. Civilrecht, XI, S. 34. Указанное въ текстѣ положеніе имѣло мѣсто еще въ старомъ любекскомъ правѣ. Мы приводимъ цитату изъ новаго Любекскаго Статута, В III, Tit. 2, Art. 2: Ein jeglicher sehe wohl zu, weme er das Seine ausleihe und vertraue; dann würde es sich zutragen, dass derjenige, deme es geliehen oder vertrauet, das selbe verkauffte, versetzte oder sonst alienirte, will dann der Ausleiher das Gut wieder haben, von dem, welchem das ausgeliehene Gut per contractum gebracht, so muss er es selbst lösen, sonsten bleibet der es ge-kaufft, oder an sich gebracht, näher darbey, dann derjenige, welcher das Gut ausgeliehen: dann da jemand seinen Glauben gelassen, da muss er ihn wiederum suchen. — *Mevius*, Commentarius, p. 586, art. II.

³⁾ *Goldschmidt*, loc. cit., S. 263.

⁴⁾ *Goldschmidt*, loc. cit., S. 262. *Stobbe*, Handbuch, II, 1, S. 266. *Kern*, op. cit., S. 47. Новый Любекскій Статутъ (въ редакціи 1586 г.) В. IV, Tit. 1, Art. 3 говоритъ объ этомъ такъ: Wird ein Pferd für gestohlen angezogen, kann derjenige, bey dem es betroffen, bezeugen, dass

изъ-за моря ¹⁾. Здѣсь передѣ нами также хотя и не полное, но существенное отступленіе отъ германскихъ началъ ²⁾.

Относительно *justus titulus* и *bona fides* *Goldschmidt* говоритъ, что статутъ Любека ихъ прямо не требовалъ, но практика ввела эти реквизиты. То же самое относится и къ практикѣ въ Бременѣ. *Goldschmidt* и *Post* приписываютъ это влиянію римскаго и каноническаго права ³⁾. Однако на первый изъ этихъ реквизитовъ есть прямое указаніе въ самомъ положительномъ законѣ Любека: изъ цитированнаго нами выше мѣста, — *Ib.* III, tit. 2, § 2, — видно, что третье лицо могло требовать возмѣщенія цѣны вещи только въ томъ случаѣ, когда оно приобрѣло вещь по какой-либо *сдѣлкѣ*, „*per contractum*”.

Такимъ образомъ въ Гамбургѣ и Любекѣ уже вполне опредѣленно рѣшаются вопросы, которые были спорными, какъ мы видѣли выше, для болѣе древнихъ законодательствъ: нужна ли дѣйствительность сдѣлки приобрѣтенія и добросовѣстность для защиты отъ притязаній собственника.

Кромѣ того, какъ увидимъ ниже, эти же самые вопросы, — о титулѣ и добросовѣстности, — играютъ чрезвычайно важную роль въ новыхъ законодательствахъ, на которыхъ мы остановимся съ особенной подробностью.

es ihm aufrichtig, über die dritte Hand zukommen, dass also drey Personen, und eine jegliche derselben einander haben gewehren können, so bleibt der Besitzer billig bei seinem Pferde. Würde er aber das nicht thun können, sondern derjenige, welcher es anspricht, könnte beweisen, dass er gemeltes Pferd auf seinem Stall für das seine gehalten, gefüttert, und dass es ihm unwissend aus seiner gewehr kommen, und er dessen, biss auf diese Zeit, nicht wiederumb ansichtig werden können, so muss ihm das Pferd wiederum gefolget werden. — *Mevius*, Comment., p. 756, art. III.

¹⁾ *Carlin*, Niemand kann..., S. 54, Anm. 178. *Paulsen*, Lehrbuch, S. 100. *Stobbe*, *ibid.*, S. 267. Ср. *Bemmelen*, Propriété mobilière, p. 135 ss.

²⁾ *Gerber-Cosack*, System, S. 182, Anm. 16. Ср. *Bemmelen*, op. cit., p. 137 ss.

³⁾ *Goldschmidt*, loc. cit., S. 264, 265. *Post*, Entwurf, II, 1, S. 118. Ср. и *Franken*, Pfandrecht, S. 220.

Таково было положеніе дѣла на сѣверѣ Германіи. За то въ южной и средней Германіи римское право покорило себѣ все ¹⁾).

Такъ, напр., на чисто-римскую точку зрѣнія стали Баварскій Ландрехтъ 1756 г. или, какъ его называютъ еще, *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis* ²⁾). Въ этомъ кодексѣ нигдѣ нѣтъ рѣчи о возможности приобрѣтенія собственности отъ лица неуправомоченнаго на ея передачу; съ другой же стороны, по § 7 части 2, главы 3-ей, для дѣйствительности *traditio* необходима легитимация, а § 6 части 2-ой, главы 2-ой даетъ собственнику виндикацію противъ каждаго третьяго лица.

Еще раньше правило „*Hand wahre Hand*“ устраниено было въ Саксоніи ³⁾). Затѣмъ, что касается Франціи, то здѣсь въ областяхъ писаннаго права, — *paus de droit écrit*, — дѣйствовало, какъ мы уже знаемъ, римское право съ его виндикаціей движимостей, съ давностью для этихъ же имуществъ и даже съ ипотекой для движимостей, которая не только предоставляла однимъ кредиторамъ извѣстныя преимущества предъ другими при взысканіи долговъ, но и давала право преслѣдовать обремененныя залоговымъ правомъ вещи въ третьихъ рукахъ ⁴⁾).

Въ странахъ же обычнаго права, — *paus de droit coutumier*, — распространено было то же самое германско-правовое начало, которое мы изучали выше, въ такихъ же различныхъ модификаціяхъ, какія мы видѣли и въ Германіи, и которыя мы уже отмѣтили ⁵⁾).

¹⁾ *Goldschmidt*, loc. cit., S. 260, Anm. 5.

²⁾ Объ этомъ кодексѣ см. *Шершеневичъ*, Курсъ, I, 2, стр. 301 и *Schröder*, Lehrbuch, S. 891. Мы пользовались изданіемъ *Danzger's*, München, 1894.

³⁾ *Maurenbrecher*, Lehrbuch, § 212, Anm. n. *Roth*, System, III, § 262, Anm. 5.

⁴⁾ *Ortlieb*, *Possession des meubles*, p. 12—14. Древне-германскія законодательства этой ипотеки, конечно, не знали: единственнымъ средствомъ обезпеченія была передача вещи въ руки кредитора. *Esmein*, *Études*, p. 188.

⁵⁾ *Ortlieb*, op. cit., p. 24, 31—34. Поскольку вещи не были краденными, давность не была нужна, — *Jobbé-Duval*, *Revendication*, p. 169.

Но вотъ и во Франціи къ концу XIV в. наступаетъ эпоха реценціи римскаго права. Виндикація и давность почти всюду дѣлаются общимъ правиломъ, вытѣсняющимъ древне-германскія начала ¹⁾). Такъ, римскому вліянію поднали *Grand Coutumier*, *Somme rural* и многіе другіе кутюмы ²⁾). Впрочемъ, относительно нѣкоторыхъ кутюмовъ ученые спорятъ, къ какой категоріи они должны быть причислены ³⁾).

Во всякомъ случаѣ римская виндикація, гдѣ она была принята, примѣнялась повсюду одинаково: въ такомъ своемъ видѣ, какой она приняла въ законодательствѣ Юстиніана ⁴⁾). Напротивъ, примѣненіе давности представляло изъ себя невообразимую пестроту: одни кутюмы давали краткіе сроки, по другимъ они были длиннѣе, а третьи обходили этотъ вопросъ полнымъ молчаніемъ, чѣмъ обусловливалось огромное разнообразіе въ судебной практикѣ; по однимъ кутюмамъ требовались *bona fides* и *justus titulus*; другіе этого не требовали, — однимъ словомъ, въ этой области царилъ настоящій хаосъ ⁵⁾). Но въ общемъ можно сказать, что приобрѣтеніе по давности было почти не возможно, и примѣненіе виндикаціи къ движимостямъ почти не

¹⁾ *Ortlieb*, op. cit., p. 21, 42, 46, 52. *Jobbé-Duval*, *Revendication*, p. 96, 184, 205. *Glasson*, *Précis*, p. 309 ss. *Bemmelen*, op. cit., p. 326, 327. *Baudry-Lacantinerie*, *Prescr.*, n. 819, 820, 883. *Guilouard*, *Prescr.*, II, n. 799.

²⁾ *Poincaré*, *Propriété mobilière*, p. 72—74. *Planiol*, *Traité*, I, n. 1180. *Baudry-Lacantinerie*, *Prescr.*, n. 820. *Ortlieb*, op. cit., p. 46 ss. *Jobbé-Duval*, *Revendication*, p. 184, 185.

³⁾ *Poincaré*, op. cit., p. 77, 78.

⁴⁾ *Jobbé-Duval*, *Revendication*, p. 222.

⁵⁾ *Poincaré*, op. cit., p. 79. *Planiol*, loc. cit., n. 1182, 1183. *Jobbé-Duval*, *Revendication*, p. 209, 210. *Baudry-Lacantinerie*, *Prescr.*, n. 820. *Guilouard*, *Prescr.*, II, n. 805, 807, 810. *Renaud*, *Krit. Zeitschr.*, XVII, S. 148. *Virgile*, *Propriété mobilière*, p. 166, 167. *Ortlieb*, op. cit., p. 51 ss. Ср. *Viollet*, *Précis*, p. 484 ss. *Toullier*, *Le droit civil français*, XIV, n. 106—108. Мнѣнія современниковъ рѣзко дѣлились: *Rousseaud*, *Recueil*, *Prescription*, partie II, p. 68. *Bretonnier*, *Recueil*, p. 250, 251. *Brodeau*, *Coustume de Paris*, II, p. 170. *Lapeyrière*, *Décisions*, p. 331. *Duplessis*, *Traité*, I, p. 487—489.

встрѣчало препятствій, такъ какъ, во 1-хъ, многіе кутюмы и судебная практика устанавливали очень продолжительные сроки давности, доходящіе до 20 и 30 лѣтъ, а во 2-хъ, понятіе кражи, подъ вліяніемъ римскаго права, очень расширилось; для вещей же краденыхъ дѣйствовало общепринятое правило „rei furtivae aeterna auctoritas esto”¹⁾.

Однако и во Франціи триумфъ римскаго права не былъ полнымъ: оно, въ свою очередь, также поддавалось вліянію древне-германскихъ началъ²⁾, и именно ипотека движимостей оказалась той брешью, черезъ которую вновь пробили себѣ дорогу оттѣсненные, было, назадъ германскіе принципы.

Именно, хотя римскимъ правомъ былъ почти совершенно устраненъ древне-германскій принципъ „Meubles n'ont point de suite”, за то, съ другой стороны, германскія идеи устранили римскую ипотеку движимостей, отказывая кредиторамъ въ искѣ объ истребованіи вещи изъ третьихъ рукъ, — и это даже въ областяхъ писаннаго права. Начинается это устраненіе ипотеки движимостей въ концѣ XVI в. и вполне завершается въ XVII в. Произведено было это устраненіе судебной практикой и доктриной, которыя сначала колебались, но затѣмъ стали на новомъ пути твердо, принявъ во вниманіе слѣдующіе мотивы: отсутствіе у движимостей постоянного мѣста нахождения, легкость передачи движимости въ закладъ кредитору, неудобства, вытекающія изъ ипотеки движимостей для торговли³⁾.

Такимъ образомъ, во Франціи создано слѣдующее поло-

¹⁾ *Poincaré*, op. cit., p. 71, 80. *Planiol*, loc. cit., n. 1182. *Baudry-Lacantinerie*, Prescr., n. 821, 883. *H. Meyer*, Entwerung, S. 280 f., 283. *Jobbé-Duval*, Revendication, p. 182, 218. *Virgile*, Propriété mobilière, p. 158, 159. *Dalloz*, Jurisprudence générale, t. 36, Prescr. civile, n. 264.

²⁾ *Ortlieb*, op. cit., p. 40, отмѣчаетъ le curieux spectacle de la lutte entre les préceptes du Droit romain et les règles coutumières. *Renaud*, Krit. Zeitschr., XVII, S. 147, 148. *Planiol*, Traité, I, n. 1181.

³⁾ Обо всемъ этомъ — *Ortlieb*, op. cit., p. 15, 16, 43, 53 ss. *Esmein*, Études, p. 198, 200. *Guillouard*, Prescr., II, n. 799. *Brodeau*, Coustume de Paris, II, p. 405. *Poincaré*, op. cit., p. 69, 70, 81, 82. *Virgile*, op. cit., p. 162, 163, 230. *Warnkönig*, Rechtsgeschichte, II, S. 339.

женіе дѣль: собственники, подъ вліяніемъ римскаго права, получили возможность виндигировать свои вещи отъ всякаго третьяго лица, владѣвшаго ими незаконно; кредиторы же, подъ вліяніемъ германскихъ началъ, самое большее, могли осуществлять свое залоговое право на движимость только до тѣхъ поръ, пока она находилась въ рукахъ должника¹⁾; третьи же лица были свободны отъ какихъ бы то ни было притязаній со стороны кредитора; правда, для этой свободы обыкновенно требовалась добросовѣстность въ лицѣ пріобрѣтателя²⁾.

Итакъ, прежнее правило „Meubles n'ont pas de suite” отошло назадъ, а на его мѣстѣ появилось новое, формулированное въ art. 170 Coustume de Paris: „Meubles n'ont pas de suite par hypothèque”³⁾.

Вообще въ ту эпоху многіе авторы считали это положеніе общимъ для всей Франціи⁴⁾, при чемъ нѣкоторые изъ нихъ утверждали, что такъ было и въ областяхъ писаннаго права⁵⁾. Но были, правда, и другіе авторы, которые въ странахъ писаннаго права считали сохранившимся римское правило о допустимости ипотеки для движимостей⁶⁾.

¹⁾ *Ortlieb*, op. cit., p. 16, *Brodeau*, op. cit., p. 406.

²⁾ *Poincaré*, op. cit., p. 82. *Jobbé-Duval*, Revendication, p. 189, 212. Но см. p. 188. *Brodeau*, loc. cit.

³⁾ *Planiol*, Traité, I, n. 1180. *Baudry-Lacantinerie*, Prescr., n. 820. *Guillouard*, Prescr., II, n. 799, 809. *Ortlieb*, op. cit., p. 43. *Aubry et Rau*, Cours, II, § 183, note 2. *Jobbé-Duval*, Revendication, p. 211. *Virgile*, Propriété mobilière, p. 162. *Bemmelen*, Propriété mobilière, p. 346 ss. *Ferrière*, Nouveau Commentaire, I, p. 282. *Du Molin*, Coustume de Paris, I, p. 312. *Bretonnier*, Recueil, p. 194, 195. *Brodeau*, Coustume de Paris, II, p. 406.

⁴⁾ *Coquille*, Institution, p. 327. *Maynard*, La bibliothèque tolosane, p. 279. *Loysel*, Institutes, t. I, liv. III, tit. VII, n. V, p. 428. *Augeard*, Arrests notables, I, p. 602—608, особ. — 605, 606. *Lapeyrère*, Décisions, p. 240. *Serres*, Les institutions, p. 566. Ср. *Esmein*, Études, p. 188.

⁵⁾ *Maynard*, loc. cit. *Lapeyrère*, loc. cit. *Augeard*, loc. cit. Теперь — *Esmein*, Études, p. 200.

⁶⁾ *Argou*, Institution, II, p. 393, 394, 404. *Bardet et Berroyer*, Recueil, I, p. 39; II, p. 210. М***, Questions notables, p. 319. *Louet*

Во всякомъ случаѣ брешь была сдѣлана, а затѣмъ, благодаря этой, хотя бы и частичной, уступкѣ древне-германскимъ принципамъ, эти послѣдніе взяли потомъ верхъ окончательно: въ XVIII в. въ судебной практикѣ, а въ началѣ XIX в. и въ Кодексѣ Наполеона, вылившись тамъ въ формулу: „En fait de meubles la possession vaut titre” ¹⁾.

Таковъ тотъ законодательный матеріалъ ²⁾, который былъ, — или могъ быть, — передъ глазами у редакторовъ наиболѣе раннихъ кодексовъ на западѣ Европы: Прусскаго Ландрехта и французскаго Кодекса Наполеона.

Теперь мы переходимъ къ выясненію основанія разсмотрѣннаго нами древне-германскаго принципа.

§ 2. Основаніе принципа „Hand wahre Hand“.

Если изслѣдователь встрѣчаетъ весьма серьезныя затрудненія при установленіи истиннаго содержанія принципа „Hand wahre Hand”, то эти затрудненія становятся еще больше, когда дѣлаются попытки выясненія тѣхъ основаній и причинъ, которыми принципъ этотъ созданъ.

Почему сдѣлано отступленіе отъ прямолинейной логики римскаго права, по которому приобрѣтеніе вещи дѣйствительно только тогда, когда отчужденіе совершается лицомъ на это уполномоченнымъ?

Собственникъ *теряетъ* свое право, не смотря на то, что его вещь распоряжается лицо, совсѣмъ на это не уполномоченное. — Почему это?

Brodeau-Rousseaud, Recueil, II, p. 148. *Domat* говорилъ объ общей допустимости виндикаціи движимостей во Франціи. — *Les lois civiles*, liv. I, tit. VII, sect. 3, n. 13, p. 80, 81.

¹⁾ *Ortlieb*, Possession des meubles, p. 17.

²⁾ О нидерландскомъ правѣ см. *Bemmelien*, Propriété mobilière, p. 203 ss.; нужно только имѣть въ виду, что этотъ авторъ даетъ источникамъ одностороннее и несогласное съ общимъ мнѣніемъ освѣщеніе. О бельгійскомъ правѣ отчасти см. *Voët*, Commentarius, lib. VI, tit. I, Nr. 8. Объ англійскомъ правѣ — *Glasson*, Histoire du droit de l'Angleterre, IV, p. 277 s., 281 s., 418 s.

Приобрѣтатель *защищается* отъ иска собственника о выдачѣ вещи, не смотря на то, что вещь эта приобрѣтена отъ лица, не уполномоченнаго на ея отчужденіе. — Почему это?

Сдѣланъ цѣлый рядъ попытокъ объяснить это принципиальное различіе въ режимѣ движимостей между римскимъ правомъ и германскимъ, и тѣмъ не менѣе общепризнанной теоріи нѣтъ; есть только болѣе или менѣе распространенныя теоріи; говорятъ даже о томъ, что причины эти различны для древне-германскаго права и для новыхъ законодательствъ, принявшихъ принципъ „Hand wahre Hand” ¹⁾. Во всякомъ случаѣ для компетентнаго и авторитетнаго рѣшенія вопроса нужно не мало: нужно, какъ говоритъ *Sohm*, изученіе всего законодательнаго матеріала среднихъ вѣковъ ²⁾. Проф. *Филлиповъ* совершенно основательно рекомендуетъ здѣсь примѣненіе метода сравнительнаго правовѣдѣнія ³⁾, которое сдѣлало пока не много въ нашей области. Нужно вполнѣ войти въ кругъ правовыхъ понятій изучаемой эпохи, а между тѣмъ въ литературѣ есть примѣры, когда при изученіи нашего вопроса исходнымъ пунктомъ и мѣриломъ берется прямо римское право въ окончательной стадіи его развитія: упускается изъ виду возможность и значеніе національныхъ и временныхъ особенностей правового порядка ⁴⁾.

Послѣ этихъ предварительныхъ замѣчаній обратимся къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ теорій.

Большинство ученыхъ ищетъ объясненія правила „Hand wahre Hand” въ матеріальномъ гражданскомъ правѣ, при чемъ одни объясняютъ его той особой ролью, которую игралъ въ древне-германскомъ правѣ институтъ владѣнія, *Gewere*, а дру-

¹⁾ *Jobbé-Duval*, Revendication, p. 221, 222, 238. *Gerber*, Zeitschr. f. Civilrecht, XI, S. 35.

²⁾ *Sohm*, Lex Salica, § 9, Anm. 3.

³⁾ *Филлиповъ*, Начальныя стадіи, стр. 3 и сл. См. и *Kohler*, Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss., III, S. 309.

⁴⁾ Ср. *Stobbe*, *Gewere*, S. 438. *Maschke*, Das Eigenthum, S. 156.

гіе даютъ также цивилистическое объясненіе, но независимо отъ роли владѣнія и его вліянія на право собственности.

Другая группа ученыхъ ищетъ обоснованія нашего принципа въ процессуальномъ правѣ, при чемъ и здѣсь имѣетъ мѣсто раздвоеніе: одни обращаются къ гражданскому процессу, а другіе, новѣйшіе ученые, находятъ рѣшеніе вопроса въ процессѣ уголовномъ.

Наконецъ, къ третьей категоріи мы относимъ всѣхъ тѣхъ, кто даетъ различныя другія объясненія: здѣсь указывается на соображенія справедливости, на покровительство добросовѣстному обороту и т. п.

Мы начнемъ наше изложеніе съ теорій, если можно такъ выразиться, *владѣльческихъ*.

Такъ, *Ortlieb* обращаетъ вниманіе на то, что въ древнемъ германскомъ правѣ не было точнаго разграниченія между владѣніемъ и правомъ собственности, между исками поссессорными и петиторными, какъ это мы видимъ въ римскомъ правѣ; у германцевъ идея о правѣ собственности сливалась съ представленіемъ о фактическомъ осуществленіи этого права ¹⁾.

То же самое говоритъ и *Franken*: у кого движимость находится, тотъ и является юридическимъ господиномъ ея; юридическое отношеніе къ движимости всецѣло исчерпывается деценціей; залоговое право и право собственности юридически не представляютъ изъ себя ничего, кромѣ владѣнія, *Gewere*; право собственности правильнѣе понимать въ экономическомъ, а не въ юридическомъ значеніи ²⁾.

¹⁾ *Ortlieb*, *Possession des meubles*, p. 17 s. *Molitor* даже о дѣйствующемъ французскомъ кодексѣ говоритъ: *La possession est à la fois pour les meubles le signe de la propriété, le mode de l'acquérir et la propriété elle-même.* — *La possession*, p. 160.

²⁾ *Franken*, *Pfandrecht*, I, S. 267 f., 292. Ср. *Glasson*, *Nouv. Revue hist.*, XIV, p. 589 s. Противъ этого матеріализма *Heusler*, *Zeitschr. f. N. R.*, XXV, S. 420 f. *Maurenbrecher* утверждаетъ, что уже въ средніе вѣка вполне созрѣвало различіе между фактическимъ обладаніемъ и собственностью. — *Lehrbuch*, S. 259.

Наблюдая такое положеніе дѣлъ, *Stobbe* въ своей „*Gewere*” даетъ такую теорію: собственникъ, передавая *Gewere* на время другому, теряетъ свое вещное право на индивидуальную вещь; онъ имѣетъ только личный искъ къ контрагенту о возвращеніи вещи или цѣны ея ¹⁾.

Heusler возражаетъ, между прочимъ: еслибы эта теорія была правильна, то и контрагентъ имѣлъ бы право выбора между возвращеніемъ вещи и возвращеніемъ цѣны ея; однако на дѣлѣ этого не было; слѣдовательно, должна пасть и самая теорія ²⁾.

Подобную же теорію построилъ и *Sandhaas*: безъ владѣнія не можетъ быть передано никакое вещное право, и кто оставляетъ владѣніе, тотъ тѣмъ самымъ отказывается отъ своего вещнаго права ³⁾.

Эта теорія слаба въ томъ отношеніи, что она слишкомъ преувеличиваетъ значеніе владѣнія и отдѣльные случаи возводитъ въ общее правило, упуская изъ виду другіе случаи, когда, не смотря на потерю фактического обладанія, вещное право и его исковая защита всецѣмъ не утрачиваются ⁴⁾. Кромѣ того, нельзя правило „*Hand wahre Hand*” объяснять всецѣло побѣдой фактического владѣнія надъ правомъ, такъ какъ это значило бы отрицать всякое вещное право, не соединенное съ фактическимъ владѣніемъ ⁵⁾. Вотъ въ эту послѣднюю крайность и впадаетъ *Vollgraff*.

Этотъ авторъ, обративши вниманіе на то, что рѣшающая роль при приобрѣтеніи движимостей принадлежитъ тѣлесному, осязательному, очевидному владѣнію, пришелъ къ тому убѣжденію, что у средневѣковыхъ германскихъ племенъ еще не было

¹⁾ *Stobbe*, *Gewere*, S. 439. Нѣсколько иного мнѣнія держится *Stobbe* въ *Handbuch*'ѣ, II, 1, S. 408, 409.

²⁾ *Heusler*, *Beschränkung*, S. 10.

³⁾ *Sandhaas*, *Abhandlungen*, S. 102 f.

⁴⁾ *Kern*, *Hand m. N. wahren*, S. 15.

⁵⁾ *Gaupp*, *Zeitschr. f. deutsches Recht*, I, S. 122. Противъ *Sandhaas*'а и *Heusler*, *Beschränkung*, S. 6. Такъ и *Carlin*, *Niemand kann...*, S. 49.

понятія о римскомъ правѣ собственности, и что все ихъ вещное право основывалось на владѣніи ¹⁾).

Совершенно правильно возражаетъ противъ этой теоріи *Duncker*: нельзя римскія положенія о правѣ собственности считать какимъ-то нормальнымъ типомъ и всякому другому господству надъ вещами, которое развилось у какого-нибудь народа несогласно съ римскимъ правомъ, отказывать въ характерѣ собственности. Поэтому и изслѣдованіе о правѣ собственности у какого-либо народа нельзя начинать съ предварительнаго вопроса, знали ли этотъ народъ собственность, а надо прямо установить природу предполагаемаго права собственности. Поэтому, наконецъ, если даже и допустить, что собственность въ римскомъ смыслѣ не была извѣстна въ Германіи, то изъ этого еще никакъ не слѣдуетъ, что въ Германіи и вообще не знали собственности ²⁾).

Вполнѣ основательно и замѣчаніе *Kern*'а: при отсутствіи понятія о правѣ собственности, вполнѣ послѣдовательно было бы отказывать собственнику въ искѣ и тогда, когда вещь у него украдена, а между тѣмъ въ этихъ случаяхъ онъ могъ обратиться съ искомъ ко всякому третьему лицу ³⁾).

И вообще эта теорія теперь никѣмъ не раздѣляется ⁴⁾); подавляющее большинство ученыхъ вполнѣ признаетъ наличие понятія о правѣ собственности у древнихъ германцевъ ⁵⁾). Кате-

¹⁾ *Vollgraff*, Archiv für die Civ. Praxis, IX, Beilage, S. 40.

²⁾ *Duncker*, Zeitschr. f. deutsches Recht, II, S. 181.

³⁾ *Kern*, Hand muss Hand wahren, S. 10 ff.

⁴⁾ Противъ этой теоріи — *Delbrück*, Dingl. Klage, S. 27 и *Der Schutz des Eigenthums*, S. 241; *Laband*, Die vermögensrechtl. Klagen, S. 69; *Gerber*, Zeitschr. f. Civilrecht, XI, S. 35; *Virgile*, Propriété mobilière, p. 9. — 95.

⁵⁾ *Glasson*, Histoire du droit de la France, II, p. 60 и *Revue critique*, 1887, p. 18. *Hermann*, Grundelemente, S. 22. *Jobbé-Duval*, Revendication, p. 15. Этотъ авторъ приводитъ и доказательства изъ *Lex Saliica*, *Lex Ribuarica* и др. *Bar* утверждаетъ, что древне-германскому процессу уже было извѣстно понятіе объ абсолютномъ вещномъ правѣ: это доказывается часто встрѣчающимся словомъ „eigen“. — *Zeitschr.*

горичность теоріи *Vollgraff*'а смягчается тѣмъ обстоятельствомъ, что онъ въ качествѣ мѣрида беретъ именно римское право: не было римской собственности, могла быть иная. Къ теоріи *Vollgraff*'а въ такомъ ея смягченномъ видѣ можно было бы присоединить тѣхъ ученыхъ, которые, признавая наличие понятія о правѣ собственности у древнихъ германцевъ, указываютъ при этомъ на довольно существенныя отличія этой собственности отъ собственности римской. Такъ, напр., *Gaupp* говоритъ: когда собственникъ отдаетъ свою вещь кому-либо въ ссуду, — *commodatum*, — то онъ сохраняетъ свое право собственности; но только это не собственность въ смыслѣ римскаго права — съ возможностью защищать ее противъ всѣхъ и cadaго; это — собственность, которая можетъ быть осуществляема только посредствомъ личного иска противъ контрагента; невидимая связь между собственникомъ и вещью замѣняется личной связью между собственникомъ и его контрагентомъ, при чемъ личная непосредственная связь стоитъ выше вещной посредственной ¹⁾).

O. Mayer даетъ такую характеристику. — Передъ нами — смѣсь римскаго права и германскаго; но германское право не вторглось въ римскій *dominium*, а создало себѣ собственность, которая, въ своей связи съ владѣніемъ и обязательствомъ, является лишь слабой тѣнью могучей *propriété permanente* римскаго права ²⁾).

Сюда же примыкаетъ и *Post*, который у древнихъ германцевъ видитъ лишь слабые слѣды дѣйствительнаго вещнаго права собственника на свое имущество; эти признаки слабы, если ихъ сравнить именно съ римской собственностью, но все же они уже имѣли мѣсто ³⁾).

f. Rechtsgeschichte, X, S. 100. *Poincaré*, Propriété mobilière, p. 17. Сюда же относятся представители всѣхъ послѣдующихъ теорій, такъ какъ они исходятъ именно изъ того предположенія, что понятіе о правѣ собственности было уже общимъ достояніемъ.

¹⁾ *Gaupp*, Zeitschr. f. deutsches Recht, I, S. 125.

²⁾ *O. Mayer*, Die dingl. Wirkung, S. 52.

³⁾ *Post*, Entwurf, S. 114.

Подъ эту теорію о недостаточномъ или неполномъ развитіи у древнихъ германцевъ понятія о правѣ собственности можно подвести всѣ владѣльческія теоріи, такъ какъ всѣ онѣ до известной степени отрицаютъ самостоятельное значеніе у права собственности и всегда ставятъ его въ большую или меньшую зависимость отъ владѣнія ¹⁾.

Такова, напр., еще теорія *Goldschmidt'a*, который ищетъ объясненія правила „*Hand wahre Hand*” въ наивномъ міросозерцаніи еще юнаго въ своемъ правовомъ развитіи народа, который право на движимость представлялъ собою лишь въ фактическомъ его осуществленіи и съ потерей фактической власти надъ вещью всегда связывалъ представленіе о потерѣ и самого права на вещь.

Тѣмъ не менѣе, продолжаетъ *Goldschmidt*, уже въ древнемъ германскомъ правѣ противъ послѣдовательнаго проведенія изложеннаго пониманія права выступилъ другой важный принципъ, соотвѣтствующій наивнымъ возрѣніямъ не меньше, чѣмъ юридическимъ, а именно: вещи *похищенныя* никѣмъ не могутъ быть приобрѣтаемы; онѣ подлежатъ возвращенію лицу потерпѣвшему, — будетъ ли то собственникъ, или же лицо, отвѣчающее за вещь передъ собственникомъ ²⁾.

Противъ этой теоріи возстаетъ *Jobbé-Duval*. Онъ говоритъ: или германцы знали уже собственность, независимую отъ владѣнія, или у нихъ совсѣмъ еще не было представленія о собственности; въ первомъ случаѣ оспариваемая теорія оказывается недостаточной для объясненія нашего принципа; во второмъ случаѣ также не ясно, почему обокраденный можетъ отобрать свою вещь даже у третьяго лица, добросовѣстно ее приобрѣвшаго; логика требуетъ, чтобъ у собственника былъ искъ только противъ вора ³⁾.

¹⁾ *Stobbe*, говорить: по древнему праву собственность отступаетъ передъ *Gewere*. — *Gewere*, S. 439. Но см. *Mauwenbrecher, Lehrbuch*, S. 259, который держится обратнаго мнѣнія.

²⁾ *Goldschmidt, Zeitschr. f. H. R.*, VIII, S. 246, 247.

³⁾ *Jobbé-Duval, Revendication*, p. 85.

Далѣе, сюда же относится теорія *Ziebarth'a*, которая состоитъ въ слѣдующемъ.

Вещное право проявляется въ двухъ формахъ: въ видѣ права абсолютнаго и въ видѣ права относительнаго; оба эти вида вещнаго права различаются между собою не по содержанию, а по ихъ дѣйствию противъ третьихъ лицъ; разграничивающимъ ихъ факторомъ является владѣніе, такъ что собственникъ, отдающій свое владѣніе другому, превращаетъ свое абсолютное вещное право въ относительное, — въ такое, какимъ оно было, напр., когда этотъ же самый собственникъ купилъ эту же вещь, но еще не получилъ ее въ свое владѣніе. Но для того, чтобъ вещное право было абсолютнымъ, не достаточно одного *полученія* вещи во владѣніе, нужно *постоянное* нахожденіе вещи во владѣніи даннаго лица, а какъ только владѣніе утрачивается, вещное право изъ абсолютнаго сейчасъ же дѣлается относительнымъ; при этомъ собственникъ утрачиваетъ и свой вещный искъ, могущій быть направленнымъ противъ всякаго третьяго лица; у собственника остается даже и не личный или обязательственный искъ, какъ обыкновенно утверждаютъ, а искъ съ реальной экзекуціей, — искъ, соотвѣтствующій относительному вещному праву ¹⁾. — См. сказанное противъ идеи о преобладаніи владѣнія надъ собственностью.

Наконецъ, — теорія *Albrecht'a*. — Источники знаютъ два иска о движимостяхъ: во 1-хъ, *Anefang*; это былъ единственный вещный искъ о движимостяхъ, который могъ быть направленъ противъ каждаго третьяго лица, во 2-хъ, — *Forderung*, искъ личный (*Forderung* есть въ то же время общее названіе каждаго иска, такъ что сюда можетъ быть включаемъ и *Anefang*). Изъ этихъ двухъ исковъ *Anefang* принадлежалъ тому, кто имѣлъ юридическую *Gewere*, такъ какъ юридическая *Gewere* представляла изъ себя отношеніе лица, не владѣвшаго вещью, но имѣвшаго вещный искъ; въ такомъ отношеніи находился каждый, кто лишался своей вещи противъ воли; тотъ же, кто добровольно передавалъ вещь другому, лишалъ самъ себя

¹⁾ *Ziebarth, Realexecution*, S. 229—234.

юридической Gewere, а потому въ его распоряженіи была только Forderung,—искъ, который могъ быть направленнымъ только противъ контрагента, а никакъ не противъ третьихъ лицъ ¹⁾).

Однимъ словомъ, дѣло стоитъ такъ: вещный искъ, Anefang, принадлежитъ тому, у кого есть юридическая Gewere, а съ другой стороны, юридическая Gewere есть у того, у кого есть Anefang. — Такимъ образомъ здѣсь одно неизвѣстное объясняется другимъ неизвѣстнымъ; получится такой *circulus vitiosus*, изъ котораго нѣтъ выхода. Въ этомъ слабая сторона и этой владѣльческой (отчасти и процессуальной) теоріи ²⁾. Кроме того, большіе споры возбуждаетъ юридическая природа самого Anefang'a, но объ этомъ ниже.

Вообще въ пользу владѣльческихъ теорій высказываются еще *Sohm*, *Bluntschli* и *Glasson* ³⁾; но въ то же время *Gerber*, *Rückert*, *Heusler* и *Jobbé-Duval* рѣшительно отвергаютъ эти теоріи. *Gerber* прямо утверждаетъ, что правило „Hand wahre Hand“ не стоитъ ни въ какой связи съ Gewere или съ владѣніемъ, какъ таковымъ ⁴⁾. *Rückert* заявляетъ: нельзя объяснять правило „Hand wahre Hand“ какимъ-либо смѣшеніемъ владѣнія съ вещнымъ правомъ ⁵⁾. *Heusler* говоритъ, что владѣльческія теоріи не объясняютъ, почему добросовѣстный приобретатель отъ вора не можетъ указаніемъ на свое владѣніе и на добросовѣстность защищаться отъ притязаній собственника ⁶⁾.

¹⁾ *Albrecht*, Gewere, S. 81—86 въ сопоставленіи съ S. 23 f.

²⁾ *Rückert*, *op. cit.*, S. 206. *Kern*, Hand m. H. wahren, S. 16, 17. Противъ этой теоріи, какъ уже всѣми оставленной, — *Carlin*, Niemand kann., S. 49; *Stobbe*, Handbuch, II, 1, S. 252, Anm. 2; *London*, Anefangsklage, S. 6, Anm. 11. *Gaupp* такъ формулируетъ объясненіе *Albrecht*'а, почему собственникъ не имѣетъ Anefang'a: Er hat keinen Anefang, weil er keinen Anefang hat. — *Zeitschr. f. deutsches Recht*, I, S. 120 f.

³⁾ *Sohm*, *Zeitschr. f. Rechtsgeschichte*, V, S. 422. *Bluntschli*, Privatrecht, S. 206. *Glasson*, *Éléments*, I, p. 407. Ср. *Mayer*, Die dingl. Wirkung, S. 4 f., 8 f., 61.

⁴⁾ *Gerber*, *Zeitschr. f. Civilrecht*, XI, S. 35.

⁵⁾ *Rückert*, *Untersuchungen*, S. 225.

⁶⁾ *Heusler*, *Beschränkung*, S. 10.

Jobbé-Duval ссылается на документы изъ эпохи среднихъ вѣковъ во Франціи ¹⁾.

Какъ видимъ, ни одна изъ владѣльческихъ теорій не пользуется общимъ признаніемъ: противъ каждой кто-нибудь что-либо возражаетъ.

Теперь переходимъ къ остальнымъ теоріямъ этой же группы, которыя ищутъ объясненія древне-германскаго принципа также въ материальномъ гражданскомъ правѣ, но безъ ссылокъ на владѣніе; это, — если можно такъ назвать ихъ, — теоріи *чисто-цивилистическія*.

Здѣсь мы, прежде всего, укажемъ на одну старую теорію, которая разсматриваемую особенность древне-германскаго права объясняла тѣмъ, что, по тогдашнему праву, закладоприиматели и даже коммодатаріи, получая вещи въ свои руки, будтобы дѣлались собственниками ихъ, а потому и могли, значить, передавать ихъ въ собственность другимъ лицамъ ²⁾.

Теперь эта теорія не раздѣляется рѣшительно никѣмъ, такъ какъ она не находитъ себѣ подтвержденія въ источникахъ, да и всѣ правоотношенія здѣсь регулируются не согласно ей: закладоприиматель не можетъ распоряжаться вещью совершенно свободно и по своему усмотрѣнію, а въ случаѣ продажи вещи излишекъ вырученной цѣны долженъ быть возвращенъ закладодателю ³⁾.

Другая цивилистическая теорія принадлежитъ *Brackenhöft*у, который устраненіе виндикаціи объясняетъ идеей *представительства*: сущность этого представительства состоитъ

¹⁾ *Jobbé-Duval*, *Revendication*, p. 170, 171.

²⁾ Объ этой теоріи см. *Heineccius* *Elementa*, I, §§ 319 и сл., стр. 598 и сл., § 361, стр. 632. И самъ *Heineccius* раздѣляетъ эту теорію, что касается залога, но относительно ссуды онъ ее отвергаетъ: § 368, стр. 637. — Обращаетъ на себя вниманіе связь этой теоріи съ теоріей *Stobbe* (Gewere) и *Sandhaas*'а.

³⁾ *Kern*, *Hand m. H. wahren*, S. 12—14. Противъ этой теоріи высказываются и другіе ученые: *Stobbe*, *Handbuch*, II, 1, § 109, Anm. 1; *Stobbe*, *Gewere*, S. 439; *Löning*, *Der Vertragsbruch*, S. 418, 419; *Heusler*, *Beschränkung*, S. 7.

въ томъ, что собственникъ, отдавшій свою движимую вещь кому-либо во временное пользованіе, долженъ признавать дѣйствительнымъ всякое распоряженіе этой вещью, предпринятое контрагентомъ въ теченіе предоставленнаго ему для пользованія срока ¹⁾).

Въ практическомъ отношеніи одинаковую теорію проповѣдуетъ и *Stobbe*, который говоритъ такъ: кто передать вещь другому безъ окончательнаго отчужденія, тотъ передаетъ получателю хотя и не право, но за то полную власть или возможность передавать вещь вполне дѣйствительно посредствомъ юридическихъ сдѣлокъ третьимъ лицамъ ²⁾).

Однако *Rückert* совершенно правильно говоритъ, что въ этой теоріи интересующее насъ явленіе совсѣмъ не объясняется, а только лишь описывается, передается въ другихъ словахъ и выраженіяхъ ³⁾. *Löning* утверждаетъ относительно *commodatum*'а, что, при такомъ регулированіи правоотношеній сторонъ, уничтожилось бы самое понятіе *commodatum*'а ⁴⁾. — Съ этимъ нельзя не согласиться.

Третья также чисто-цивилистическая теорія принадлежитъ *Gaupp*'у ⁵⁾.

По мнѣнію этого автора, основаніе правила „Hand wahre Hand“ нельзя искать исключительно въ вещномъ правѣ: здѣсь

¹⁾ *Brackenhöft*, *Zeitschr. f. deutsches Recht*, V, S. 160, 166, 167. Ср. и мнѣніе *Franken*'а, который, какъ мы уже видѣли выше, высказывается въ пользу материалистическаго пониманія первобытнаго права; по мнѣнію этого послѣдняго ученаго, какъ запись въ поземельной книгѣ служитъ легитимацией для распоряженія недвижимостью, такъ и обладаніе движимостью являлось легитимацией для распоряженія ею. — *Lehrbuch*, S. 385.

²⁾ *Stobbe*, *Handbuch*, II, 1, S. 409. Это напоминаетъ выше приведенное мнѣніе *Stobbe*: собственникъ, передавая *Gewere*, теряетъ свое право на индивидуальную вещь.

³⁾ *Rückert*, *Untersuchungen*, S. 205, 206. Противъ этой теоріи *Kern*, *Hand m. H. wahren*, S. 6, 7, 15, 16; *Köstlin*, *Krit. Ueberschau*, III, S. 225, 226.

⁴⁾ *Löning*, *Der Vertragsbruch*, I, S. 418, 419.

⁵⁾ *Gaupp*, *Zeitschr. f. deutsches Recht*, I, S. 122 ff.

передъ нами не конфликтъ въ области одного только вещнаго права, а конфликтъ между вещнымъ правомъ и правомъ личнымъ, а самая формула „Hand wahre Hand“ представляетъ изъ себя кульминаціонный пунктъ личнаго характера и субъективизма древне-германскаго права.

Римское право, наоборотъ, отличалось объективизмомъ.

Авторъ слѣдующимъ образомъ иллюстрируетъ это различіе.

По римскому праву отношенія складываются слѣдующимъ образомъ.

| | | |
|---------------|------|--------------------|
| Ссудодатель | | Ссудоприиматель. |
| Поклажедатель | ВЕЩЬ | Поклажеприиматель. |
| Закладодатель | | Закладоприиматель. |

По древне-германскому праву эти отношенія принимаютъ иной видъ.

| | | |
|---------------|--|-------------------|
| Ссудодатель | | Ссудоприиматель |
| Поклажедатель | | Поклажеприиматель |
| Закладодатель | | Закладоприиматель |

ВЕЩЬ.

Такимъ образомъ по римскому праву вещь играетъ главную роль, а по германскому — второстепенную; здѣсь *личная воля* и *личная связь* производятъ отношеніе, а тамъ *вещь* связываетъ двухъ лицъ. Отсюда и положенія германскаго права: „Wo man seinen Glauben gelassen hat, da muss man ihn wieder suchen“ и „Hand wahre Hand“. Въ этихъ положеніяхъ дѣлается указаніе на личную связь, а вещь остается въ сторонѣ. Отсюда же — только личный искъ у поклажедателя къ поклажеприимателю, а непосредственное отношеніе къ вещи имѣетъ только послѣдній, но никакъ не первый.

Этимъ же субъективизмомъ древне-германскаго права объясняется и то, почему собственникъ не имѣетъ *Anefang*'а противъ своихъ контрагентовъ: вещь имъ отдана по личной волѣ собственника, и онъ этой волей связывается, а обращеніе къ *Anefang*'у противорѣчило бы этой его личной волѣ.

Наконецъ, этотъ же субъективизмъ привелъ къ тому, что отчужденіе вещи собственника его контрагентомъ рассматривалось какъ случай, а потому собственникъ право на свою вещь утрачивалъ и получалъ только искъ о возмѣщеніи убытковъ.

Такъ и произошло, что правило „*meto plus juris...*“, вполне соответствующее римской объективной системѣ права, не нашло себѣ примѣненія къ движимой собственности у германцевъ.

Но все это такъ только въ режимѣ движимостей; что же касается недвижимыхъ имуществъ, то здѣсь и германцы значительно приближались къ объективизму римскаго права.

Такова теорія *Gaupp*'а ¹⁾; о ней тоже надо сказать вмѣстѣ съ *Rückert*'омъ и *Kern*'омъ, что въ ней не объясняется интересное насъ явленіе, а лишь констатируется, описывается и иллюстрируется ²⁾.

Послѣ этого переходимъ къ теоріямъ, которыя ищутъ обоснованія принципа „*Hand wahre Hand*“ въ особенностяхъ германскаго процесса.

Это — теорія *процессуальная*.

Припомнимъ сказанное выше, что однѣ изъ этихъ теорій, — принадлежащія главнымъ образомъ къ прежнимъ временамъ, — видятъ корень нашего принципа въ *гражданскомъ* процессѣ, а другія, — болѣе новыя, — находятъ его въ процессѣ *уголовномъ*. Въ такомъ порядкѣ мы эти теоріи и рассмотримъ.

Здѣсь, прежде всего, *Heusler* говоритъ: всѣ ищутъ основанія правила „*Hand wahre Hand*“ въ материальномъ правѣ, у между тѣмъ рѣшеніе вопроса лежитъ въ правѣ процессуальномъ ³⁾. Объясняется это слѣдующимъ образомъ. — Германскій процессъ имѣлъ исполнительную природу и не зналъ системы исковъ, основанной на изслѣдованіи материальнаго права; тамъ были только формальныя условія защиты. При отыскиваніи движимости такимъ формальнымъ условіемъ служилъ фактъ утраты вещи истцомъ, — утраты добровольной или недобровольной. Именно, при ссудѣ, закладѣ и т. п. только тотъ имѣлъ искъ, кто отдалъ вещь по этимъ сдѣлкамъ, а при кражѣ искъ принад-

¹⁾ Въ то же время *Gaupp* придаетъ большое значеніе древнегерманскимъ правиламъ о доказываніи въ процессѣ. — *Ibidem*, S. 133.

²⁾ *Rückert*, *op. cit.*, S. 206. *Kern*, *op. cit.*, S. 17.

³⁾ *Heusler*, *Beschränkung*, S. 6, Anm. 3, S. 10, 11.

лежалъ только обокраденному, но никакъ не собственнику; все это потому, что въ исполнительномъ процессѣ и въ узкой системѣ исковъ не было еще мѣста для виндикаціи, какъ основанной на разсмотрѣніи материальнаго права. Вотъ потому-то, въ случаѣ кражи, уполномоченнымъ къ розыску вещи являлся не собственникъ, не лицо, имѣющее материальное право на вещь, а контрагентъ, получившій вещь въ свое владѣніе, и этотъ контрагентъ не только имѣлъ право, но и былъ обязанъ разыскивать вещь, такъ что положеніе собственника не ухудшалось: въ концѣ концовъ вещь должна была быть въ рукахъ его контрагента, а къ этому послѣднему предъявленіе иска во всякомъ случаѣ было возможно. Итакъ, въ древнегерманскомъ процессѣ возстановлялось прежнее состояніе, но совѣмъ еще не было рѣчи о признаніи права собственности: исполнительная форма процесса не давала этому мѣста ¹⁾.

Далѣе *Heusler* формулируетъ свои положенія еще слѣдующимъ образомъ. — Исполнительная природа процесса, устранявшая изслѣдованіе вопроса о материальномъ правѣ, вытекала изъ двухъ основныхъ чертъ германской правовой жизни, взаимно обуславливавшихся. Во 1-хъ, въ древнегерманскомъ правѣ, какъ и во всякомъ юномъ правѣ, судъ занималъ еще очень скромное положеніе, и многое предоставлялось тогда самопомощи. При этомъ самопомощь обуславливалась простыми и опредѣленными фактами, которые брались не изъ объективнаго права истца, а характеризовались формальными признаками: добровольной отдачей вещи, — все равно, со стороны ли собственника, или со стороны его контрагента, — и недобровольной утратой вещи со стороны собственника или его контрагента. Во 2-хъ, видную роль игралъ субъективизмъ германскаго права, построившій систему исковъ не на объективномъ правѣ истца, а на причиненномъ истцу неправѣ или вредѣ, и направившій истца именно противъ виновника. Всѣ эти свойства древнегер-

¹⁾ *Ibidem*, S. 20—22.

манскаго процесса имѣли своимъ необходимымъ послѣдствіемъ ограниченіе виндикаціи движимостей ¹⁾.

Эта теорія въ общемъ теперь отвергается. Противъ нея — *Cosack, Hermann, Jobbé-Duval* и др. ²⁾. Въ частности огромныя сомнѣнія вызываетъ вопросъ о системѣ исковъ въ древне-германскомъ процессѣ и о юридической природѣ *Anefang'a*.

Heusler, какъ мы видѣли, утверждаетъ, что у германцевъ не было виндикаціи, какъ иска, основаннаго на правѣ собственности истца. А между тѣмъ *Bruns* въ своемъ сочиненіи „*Das Recht des Besitzes*” утверждалъ какъ-разъ обратное: основаніемъ *Anefang'a* было именно право собственности, и искъ этотъ имѣлъ чисто петиторный характеръ. Это свое утвержденіе *Bruns* основывалъ на формулѣ той клятвы, которую долженъ былъ приносить истецъ: „вещь эта въ моментъ кражи была *моей* и теперь она *моя*” ³⁾.

Въ этомъ за *Bruns*'омъ слѣдуютъ *Sohm, Delbrück, Hermann* и др. ⁴⁾.

Но *Laband* въ своей специальной и обширной работѣ объ имущественныхъ искахъ совершенно отвергаетъ этотъ взглядъ. Онъ говоритъ: римское дѣленіе исковъ на вещные и личные не имѣло мѣста въ германскомъ правѣ; различіе между этими правами не отражалось на искахъ; иски тамъ различались не по правовому основанію, а по объекту, — по тому, чего истецъ требуетъ; при этомъ собственникъ совсѣмъ не долженъ былъ доказывать свое право собственности; онъ долженъ былъ доказывать лишь фактъ лишенія вещи: или что онъ самъ отдалъ вещь подѣ

¹⁾ Ibidem, S. 30, 31.

²⁾ *Gerber-Cosack, System*, § 101, Anm. 10. *Hermann, Grundelemente*, S. 2. *Jobbé-Duval, Revendication*, p. 89. *Kern, Hand m. N. wahren*, S. 20.

³⁾ *Bruns, Das Recht des Besitzes*, S. 311—315. Противъ такого пониманія клятвы *Planck, Gerichtsverfahren*, I, S. 396. Ср. *London, Anefangsklage*, S. 73.

⁴⁾ *Sohm, Lex Salica*, S. 56, но см. и S. 64 объ уголовномъ характерѣ процесса. *Delbrück, Zeitschr. f. deutsches Recht*, XIV, S. 241—243. *Hermann, op. cit.*, S. 8. *Kern, op. cit.*, S. 20. *Duncker, Zeitschr. f. deutsches Recht*, II, S. 181, 187 f.

условіемъ возвращенія, или что вещь у него отнята преступнымъ образомъ. Что же касается приведенной формулы клятвы, то въ ней доказывалось не право собственности, а лишь тождество спорной вещи ¹⁾.

Послѣ этого даже *Bruns* въ своей позднѣйшей работѣ „*Die Besitzklagen*” отказался отъ своего прежняго мнѣнія ²⁾. Однако *Hermann* настаиваетъ на виндикаціонномъ характерѣ *Anefang'a*, не смотря на работу *Laband'a* ³⁾. Не во всемъ соглашается съ *Laband'*омъ и *London* ⁴⁾.

Средняго мнѣнія держался *Bluntschli*: германскій искъ не былъ искомъ о правѣ собственности, но не былъ и искомъ о владѣніи; это былъ именно вещный искъ, независимый отъ своего основанія, которымъ могла быть и собственность, и *Gewere* ⁵⁾.

Съ другой же стороны, какъ увидимъ ниже, цѣлый рядъ новѣйшихъ ученыхъ видитъ въ *Anefang'*ѣ искъ *уголовный*, но также не встрѣчая общаго признанія.

Такова крайняя спорность вопроса объ искахъ вообще

¹⁾ *Laband, Die vermögensr. Klagen*, S. 2, 4—6, 50, 54—57, 112 ff., 133. Эта теорія нашла почти общее признаніе. *London, Die Anefangsklage*, S. 1. *Planiol, Traité*, I, n. 1175. *Jobbé-Duval, Revendication*, p. 9, 165. *Stobbe, Krit. Vierteljahrsschrift*, XI, S. 240. Отсутствіе дѣленія исковъ на вещные и личные *Bar* объясняетъ односторонностью правилъ о доказываніи въ древне-германскомъ процессѣ. — *Zeitschr. f. Rechtsgeschichte*, X, S. 99. А по мнѣнію *Glasson'a*, въ тѣ времена еще и само право не раздѣлялось точно на вещное и личное. — *Nouv. Revue hist.*, XIV, p. 593, — и иски дѣлились на вещные и личные только для недвижимостей. — *Histoire du droit de l'Angleterre*, III, p. 372. Впрочемъ, въ другомъ сочиненіи, — *Histoire du droit de la France*, III, p. 396, — тотъ же авторъ говоритъ, что германскій искъ о движимости былъ петиторный и вещный; при немъ только не нужно было доказывать свое право собственности, а достаточно было доказать фактъ владѣнія и недобровольное лишеніе этого владѣнія.

²⁾ *Bruns, Die Besitzklagen*, S. 229.

³⁾ *Hermann, op. cit.*, S. 8, 18 ff. Противъ *Laband'a* и *Heusler, Institutionen*, I, S. 376 f., 384 ff.

⁴⁾ *London, Die Anefangsklage*, S. 2, 7, 14.

⁵⁾ *Bluntschli, Krit. Ueberschau*, VI, S. 197.

и объ *Anefang*'ѣ въ частности. А между тѣмъ отъ такого или иного рѣшенія этого вопроса зависитъ правильность или неправильность каждой теоріи, обращающей вниманіе на эту сторону дѣла. Такова изложенная выше теорія *Albrecht*'а; такова же и теорія *Heusler*'а: эти авторы строятъ свои выводы на такихъ положеніяхъ, которыя сами требуютъ еще разъясненія ¹⁾.

Слѣдующая процессуальная теорія принадлежитъ *Delbrück*'у.

Авторъ, указавши на противоположность въ защитѣ собственности по римскому праву и германскому, объясняетъ ее тѣмъ, что римляне, имѣя въ виду абсолютность права собственности, основали защиту его на ученіи о приобрѣтеніи, а германцы построили эту защиту, основываясь на относительности этого права ²⁾.

Далѣе авторъ развиваетъ это положеніе слѣдующимъ образомъ. Основаніе защиты римской собственности лежитъ въ частномъ (матеріальномъ) правѣ, а основаніе защиты германской собственности лежитъ въ *процессѣ*. И римляне пытались перейти на эту почву, но не перешли; германцы же установили здѣсь принципъ и при томъ исключительный. Этимъ не говорится однако, что собственность сама по себѣ не являлась фундаментомъ защиты; сущность противоположенія касается *доказыванія* собственности. Здѣсь очень характерно то, что споръ рѣшался клятвой: принести клятву о принадлежности себѣ вещи было все равно, что доказать приобрѣтеніе этой вещи. Такимъ образомъ вопросъ о приобрѣтеніи отступалъ назадъ, а на первый планъ ставился вопросъ о томъ, какой изъ сторонъ представить рѣшеніе спора клятвой. Борьба за это преимущество и составляла сердцевину процесса. Преимущество же это давалось тому, у кого была *Gewere* въ смыслѣ фактическаго владѣнія: владѣлецъ, — но не только настоящій, а и прежній, —

¹⁾ Такъ, именно по вопросу о вещныхъ и личныхъ искахъ противъ *Albrecht*'а высказывается *Planck*, *Zeitschr. f. deutsches Recht*, X, S. 246, Anm. 94.

²⁾ *Delbrück*, *Die dingl. Klage*, S. 1.

былъ ближе къ клятвѣ, чѣмъ не-владѣлецъ. Итакъ, защита права собственности зависѣла отъ веденія доказательствъ въ процессѣ, а веденіе доказательствъ зависѣло отъ *Gewere*; такимъ образомъ *Gewere* являлась основой всего вещнаго права ¹⁾.

Противъ этой теоріи возражаетъ *Bluntschli*. — Онъ согласенъ, что римская собственность абсолютна, а германская относительна; но римляне ставили на первомъ мѣстѣ ученіе о приобрѣтеніи не въ виду этой абсолютности, а потому, что они обыкновенно къ праву заключали отъ его основанія. Иначе германцы. — Ученіе о приобрѣтеніи имъ также не чуждо, и они также отличаютъ приобрѣтеніе отъ состоянія, отъ наличности. Но германское право обращаетъ вниманіе вообще больше на дѣйствіе права, чѣмъ на его причину, — больше на продолжающееся его проявленіе, чѣмъ на его начало или возникновеніе, — больше на пользованіе и на цѣль, чѣмъ на его основаніе. Поэтому-то въ спорѣ о „моемъ” и „твоемъ” спрашиваютъ, прежде всего, о владѣніи, такъ какъ въ немъ проявляетъ свое существованіе право собственности. Таково значеніе *Gewere* въ германскомъ правѣ, и *Delbrück* справедливо замѣчаетъ, что судья рѣшаетъ споръ не о томъ, кто собственникъ, а о томъ, кто долженъ обладать вещью. Но въ такомъ случаѣ *Gewere* представляетъ изъ себя нѣчто большее, чѣмъ основаніе для распредѣленія и веденія доказательствъ; въ ней надо признать относительное основаніе иска, а въ зависимости отъ обстоятельствъ она можетъ быть даже лучшимъ правомъ на вещь; такимъ образомъ *Gewere* возводится даже на степенъ права ²⁾.

Такъ здѣсь теоріи процессуальной противопоставляется теорія владѣльческая.

Наконецъ, особенностями процесса и въ частности — древне-германской классификаціей исковъ объясняетъ наше правило *Planiol* ³⁾.

¹⁾ *Ibidem*, S. 33—37.

²⁾ *Bluntschli*, *Krit. Ueberschau*, VI, S. 192—197, 201.

³⁾ *Planiol*, *Traité*, I, n. 1175.

Въ той же области находятъ рѣшеніе вопроса *Bar*: требовалось не положительное и точное доказательство существованія права на вещь, а довольствовались одной лишь вѣроятностью и правдоподобностью его существованія, и сообразно съ этимъ было поставлено дѣло доказыванія при искѣ о выдачѣ вещи; постановкой же доказыванія опредѣлялась и постановка самой виндикаціи ¹⁾.

Въ общемъ все описанныя процессуальныя теоріи, какъ ищущія рѣшенія вопроса въ *гражданскомъ* процессѣ, отвергаются всеми тѣми, кто ищетъ этого рѣшенія въ процессѣ *уголовномъ*, — вторая группа процессуальныхъ теорій.

Здѣсь, прежде всего, два очень видныхъ представителя: — *Brunner* и *Schröder*. Они, вполне признавая наличность понятія о правѣ собственности у древнихъ германцевъ, говорятъ тѣмъ не менѣе, что предметомъ *самостоятельной* процессуальной защиты частно-правовыя притязанія тогда служить еще не могли; для процесса нужна была наличность *преступленія*, и только въ этомъ, такъ сказать, уголовномъ порядкѣ получало свою защиту право собственности ²⁾.

Эта уголовно-процессуальная теорія также встрѣчаетъ возраженія. *Cosack* говоритъ: если преступленіе служило основаніемъ и условіемъ для иска о движимости, то почему изъ всѣхъ преступленій противъ имущества такую роль играли только кража и грабежъ? Почему такой же роли не играла утайка ввѣренныхъ вещей для продажи ихъ третьимъ лицамъ? Если бы

¹⁾ *Bar*, Beweisurtheil, S. 42, 150 ff. Противъ этой теоріи *Jobbé-Duval*, Revendication, p. 88; *Heusler*, Beschränkung, S. 10; *Kern*, Hand m. N. wahren, S. 19. Ср. *Hermann*, Grundelemente, S. 5.

²⁾ *Brunner*, Rechtsgeschichte, II, S. 519, 520. *Schröder*, Lehrbuch, S. 273. Отчасти сюда же примыкаетъ и *Sohm*, который говоритъ о постоянной двойственности древне-германскаго процесса о движимостяхъ: потерпѣвшій собственникъ отыскивалъ не только вещь, но и преступника, особенно вора. Въ то же самое время *Sohm*, какъ мы это отмѣтили уже выше, въ нѣмецкомъ *Anefang*'ѣ видитъ настоящую виндикацію, — петиторный, а не поссессорный искъ. — *Lex Salica*, S. 56, 64. Подобнаго же мнѣнія держится и *Erner*, Tradition, S. 59, 60.

криминалистическая теорія дѣйствительно лежала въ основѣ принципа „*Hand wahre Hand*“, то собственники и въ этихъ случаяхъ получали бы защиту; однако въ дѣйствительности этого не было; слѣдовательно, эта теорія не объясняетъ всего того, что она должна была бы объяснять ¹⁾.

Тѣмъ не менѣе на уголовно-процессуальной точкѣ зрѣнія стоять, кромѣ названныхъ ученыхъ, еще *Gerber* ²⁾ и — съ особенно солидными основаніями — *Jobbé-Duval* и *London*.

Изъ нихъ *Jobbé-Duval* объясняетъ занимающее насъ явленіе именно уголовнымъ характеромъ *Anefang*'а ³⁾; все же другія теоріи онъ считаетъ неправильными только потому, что онѣ не считаются съ этой особенностью древне-германскаго иска ⁴⁾; различіе между гражданскимъ и уголовнымъ элементами въ процессѣ появилось лишь со временемъ, когда началась рецессія римскаго права ⁵⁾.

Эти свои положенія авторъ обосновываетъ подробнѣйшимъ разсмотрѣніемъ процесса виндикаціи движимостей по средневѣковымъ источникамъ разныхъ эпохъ, начиная съ *Lex Salica* и другихъ *Leges Barbarorum*.

Съ одной стороны, эту процессуальную теорію, въ ея существенныхъ чертахъ, вполне раздѣляетъ *Kohler* ⁶⁾; но съ дру-

¹⁾ *Gerber-Cosack*, System, § 101, Anm. 10. Противъ криминалистическихъ теорій и *Maschke*, Das Eigenthum, S. 152.

²⁾ *Gerber*, Zeitschr. f. Civilrecht, XI, S. 29, 30. См. *Jobbé-Duval*, Revendication, p. 87 и *London*, Anefangsklage, S. 16 ff. Противъ *Gerber*'а — *Carlin*, Niemand kann..., S. 46, Anm. 151. Противъ уголовного характера *Anefang*'а — *Stobbe*, Krit. Vierteljahrsschrift, XI, S. 243. Но за уголовный характеръ этого иска — *Timon*, Rechtsgeschichte, S. 386. *Maschke*, loc. cit., полагаетъ, что только въ первоначальномъ своемъ видѣ *Anefang* имѣлъ уголовный характеръ.

³⁾ *Jobbé-Duval*, op. cit., p. 65.

⁴⁾ *Ibidem*, p. 37.

⁵⁾ *Ibidem*, p. 93, 159 ss., 165.

⁶⁾ *Kohler*, Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss., III, S. 306.

гой стороны, именно уголовно-процессуальныя основанія теоріи *Jobbé-Duval* я оспариваетъ *Hermann* ¹⁾.

Другимъ выдающимся представителемъ уголовно-процессуальной теоріи является, какъ сказано, *London*. Замѣчательно то, что *London* не былъ знакомъ съ трудомъ *Jobbé-Duval* я и, не смотря на это, пришелъ къ тѣмъ же выводамъ, что и этотъ послѣдній, при чемъ основанія у обоихъ авторовъ оказываются различными, — тѣмъ вѣроятнѣе правильность ихъ выводовъ ²⁾.

London также утверждаетъ, что *Anefang* въ старыя времена былъ искомъ уголовнымъ, и что древне-германское право еще не раздѣляло строго уголовного и гражданскаго процесса; уголовный характеръ за *Anefang*'омъ оставался и впоследствии, и лишь въ нѣкоторыхъ источникахъ отчасти выдѣлился его гражданскій характеръ, поскольку *Anefang* превратился въ подготовительное производство къ настоящему уголовному процессу ³⁾. Если же при *Anefang*'ѣ имѣеть мѣсто требованіе возвращенія вещи, то нужно имѣть въ виду, что это требованіе является случайнымъ элементомъ въ *Anefang*'ѣ, а потому и не подлежитъ включенію въ самое понятіе объ этомъ искѣ ⁴⁾.

London также обосновываетъ свои выводы на подробнѣйшемъ изслѣдованіи процессуальной стороны нашего вопроса.

На сомнѣнія о томъ, какъ можно матеріально-правовые вопросы объяснять процессомъ, авторъ отвѣчаетъ такъ. — Конечно, процессъ есть нѣчто послѣдующее, при которомъ первоосновой является матеріальное право; но въ то же время здѣсь несомнѣнна взаимная обусловленность, особенно у древнихъ германцевъ, когда право и извѣстно было главнымъ образомъ въ его осуществленіи. Поэтому вполне возможно первоначальное зарожденіе какой-либо нормы въ процессѣ, а затѣмъ — послѣдующій переходъ ея въ область матеріальнаго права ⁵⁾.

¹⁾ *Hermann*, Grundelemente, S. 14 ff. И *Heusler* считаетъ *Anefang* не всегда уголовнымъ искомъ. — *Institutionen*, II, S. 217.

²⁾ *London*, *Anefangsklage*, предисловіе *Pappenheim*'а, S. VIII.

³⁾ *London*, op. cit., S. 14 f., 105, 122—178.

⁴⁾ *Ibidem*, S. 77, 267.

⁵⁾ *Ibidem*, S. 42, 43.

Наконецъ, переходимъ къ послѣдней группѣ теорій.

До сихъ поръ мы разсматривали различныя юридическія основанія принципа „*Hand wahre Hand*“; теперь передъ нами соображенія, лежащія внѣ области права.

Прежде всего, — соображенія справедливости и цѣлесообразности.

Такъ, напр., *Laurent* въ кражѣ видитъ въ нѣкоторомъ родѣ *vis major*, а потому и оправдываетъ здѣсь допущеніе виндикаціи; въ случаяхъ же злоупотребленія довѣріемъ виноватъ самъ собственникъ, что не сдумѣлъ подыскать себѣ честнаго контрагента; въ то же время третье лицо ни въ чемъ не виновато, а потому виндикація и не должна быть здѣсь допускаема ¹⁾.

Болѣе пространно развиваетъ ту же теорію *Kern*. Возможны, говоритъ онъ, двѣ системы: или неуклонная защита третьихъ лицъ, добросовѣстныхъ пріобрѣтателей, или абсолютная виндикація въ пользу первоначальнаго собственника. Первая система несправедливо лишала бы собственниковъ защиты въ такихъ случаяхъ, какъ кража и грабежъ, когда эта защита необходима; вторая система, которая была принята въ Римѣ, такъ же несправедливо пренебрегала бы интересами ни въ чемъ неповинныхъ третьихъ лицъ. И вотъ, германское право избрало справедливую и цѣлесообразную средину: если кто лишается своихъ вещей противъ своей воли, то ему дается виндикація; если же вещи отдаются добровольно, то отдающій самъ долженъ позаботиться о томъ, чтобъ вещь была отдана въ вѣрныя руки, а если онъ этого не сдѣлалъ, то за эту свою оплошность самъ же онъ долженъ и полатиться.

Эта теорія имѣеть подтвержденіе въ германскихъ юридическихъ поговоркахъ: „*Trau, schau wem*“, „*Wo man seinen Glauben gelassen hat, da muss man ihn wieder suchen*“, а также и въ Любекскомъ Статутѣ, В. III, Tit. 2, Art. 2: „*Ein jeglicher sehe wohl zu, weme er das seine ausleihe und vertraue*“ ²⁾.

¹⁾ *Laurent*, *Principes*, XXXII, n. 594. См. и *Virgile*, *Propriété mobilière*, p. 113.

²⁾ *Kern*, *Hand m. H. wahren*, S. 22—24.

Наконецъ, о справедливости говорятъ еще *Mourlon*¹⁾ и *Rückert*. Изъ нихъ послѣдній говоритъ такъ: правило „*Hand wahre Hand*“ имѣетъ своей цѣлью охрану пріобрѣтателей отъ незаслуженныхъ и несправедливыхъ убытковъ, а потому виндикація должна быть допускаема и въ случаяхъ злоупотребленія довѣріемъ, если собственникъ возмѣщаетъ пріобрѣтателю стоимость вещи, или если пріобрѣтатель получилъ вещь въ подарокъ, такъ какъ въ обоихъ этихъ случаяхъ виндикація не причиняетъ пріобрѣтателю никакого вреда²⁾.

Всѣ эти и имъ подобныя соображенія мы подробно рассмотримъ ниже, въ критической части нашей работы, когда будемъ говорить de lege ferenda. Но уже и теперь отмѣтимъ одно сомнѣніе, вызываемое теоріей справедливости. — Собственниковъ упрекаютъ въ оплошности и нерадѣніи, когда онъ ввѣряетъ свои вещи такому лицу, которое потомъ употребляетъ во зло его довѣріе. Оставляя въ сторонѣ практическую неосновательность этого упрека, укажемъ на то, что законъ, стоящій на такой точкѣ зрѣнія, отнюдь не давалъ бы виндикаціи и въ случаяхъ *потери* вещи, такъ какъ здѣсь оплошность собственника не подлежитъ никакому сомнѣнію, а между тѣмъ въ дѣйствительности мы видимъ, что виндикація въ этихъ случаяхъ давалась. Эта непослѣдовательность обнаруживаетъ неправильность разсмотрѣнныхъ теорій³⁾.

Другая группа ученыхъ считаетъ принципъ „*Hand wahre Hand*“ созданнымъ для *покровительства добросовѣстному обороту*.

Сюда принадлежатъ *Mevius*⁴⁾, *Eisenhart*⁵⁾, *Danz*⁶⁾.

1) *Mourlon*, Répétitions, III, p. 746.

2) *Rückert*, Untersuchungen, S. 220, 225. Противъ этой теоріи *Exner*, Tradition, S. 65, Anm. 51.

3) Ср. *Poincaré*, Propriété mobilière, p. 173. *Jobbé-Duval*, Revendication, p. 86.

4) *Mevius*, Comment., p. 586, 587.

5) *Eisenhart*, Grundsätze, S. 347.

6) *Danz*, Handbuch, II, S. 247. См. и *Franken*, Lehrbuch, S. 384.

Противъ этой теоріи высказываются (*Gerber*¹⁾, *Jobbé-Duval*²⁾, *Hasse*³⁾, *Kern*⁴⁾). Изъ нихъ *Gerber* и *Jobbé-Duval* просто говорятъ, что политико-правовая идея о защитѣ оборота принадлежитъ новому времени, и объяснять ею древне-германскій принципъ нельзя. *Hasse* указываетъ въ пользу своего отрицательнаго мнѣнія на тотъ фактъ, что въ Любекѣ особенно сильно развита была торговля, а между тѣмъ именно здѣсь защита третьихъ лицъ была не расширена, а наоборотъ, — значительно сужена; слѣдовательно, разсматриваемая теорія не выдерживаетъ критики. То же самое повторяетъ *Kern*.

Затѣмъ *Hermann* объясняетъ нашъ принципъ стремленіемъ прочности и обезпеченности правъ основать на ихъ *публичности* (*Publicitätsprinzip*). Это достигалось слѣдующимъ образомъ. Каждый собственникъ накладывалъ на свои вещи свою особую мѣтку, и дѣлалось это при особой обстановкѣ и въ присутствіи особыхъ лицъ, а потому каждое постороннее лицо обязано было принимать во вниманіе эти знаки чужой собственности, такъ какъ въ противномъ случаѣ оно могло стать жертвой виндикаціи, и наоборотъ: если собственникъ не клеймилъ своихъ вещей, то пріобрѣтеніе ихъ было совершенно свободно, и виндцированіе ихъ не допускалось, такъ какъ ни отъ кого нельзя требовать свѣдѣній о неопубликованныхъ правахъ. Авторъ приводитъ одно мѣсто изъ *Lex Ribuaria*, которое дѣйствительно указываетъ на существованіе и описанное значеніе мѣтокъ: *Vestimenta... seu his similia absque probabile signum intertiate prohibemus*⁵⁾. Послѣднее констатируютъ также *Homeyer*⁶⁾ и *Pardessus*⁷⁾. Но только дѣло въ томъ, что самъ *Hermann* от-

1) *Gerber*, Zeitschrift für Civilrecht, XI, S. 35.

2) *Jobbé-Duval*, Revendication, p. 221.

3) *Hasse*, Zeitschr. f. gesch. Rechtswissenschaft, I, S. 38 f.

4) *Kern*, op. cit., S. 20 ff.

5) *Hermann*, Grundelemente, S. 68.

6) *Homeyer*, Die Haus- und Hofmarken, S. 8 f. Здѣсь имѣются въ виду *Leges Barbarorum*.

7) *Pardessus*, Collection, IV. Въ отдѣлѣ „*Droit maritime de la France*“, въ главѣ „*De pignore dato in navibus pro aliqua pecunia*“, на

носить свое объяснение лишь къ древнѣйшему времени, а для эпохи болѣе поздней считаетъ его не подходящимъ ¹⁾). Кроме того, господствующее мнѣніе, какъ мы уже знаемъ, даже и для эпохи *Leges Barbarorum* ставитъ виндикацію въ зависимость не отъ наличности или отсутствія мѣтокъ на спорныхъ вещахъ, а отъ того, *какъ* вещь вышла изъ рукъ собственника: противъ его воли, или согласно ей; теорія же *Hermann*'а совершенно расходится съ этимъ общепринятымъ пониманіемъ принципа „*Hand wahre Hand*“.

Наконецъ, дается еще *экономическое* объяснение принципа „*Hand wahre Hand*“. Именно, *Renaud* говоритъ, что германцы мало цѣнили движимыя имущества, а потому они и примѣняли къ нимъ инныя нормы, чѣмъ къ недвижимостямъ ²⁾).

Правда, малоцѣнность движимаго имущества и поговорку „*res mobilis, res vilis*“ констатируютъ у германцевъ и другіе авторы: *Glasson* ³⁾, *Guillouard* ⁴⁾, *Baudry-Lacantinerie* ⁵⁾, *Ortlieb* ⁶⁾, *Virgile* ⁷⁾; но во 1-хъ, не всѣ эти авторы считаютъ это экономическое объяснение единственнымъ, а указываютъ и на другія основанія нашего принципа: напр., на трудность доказыванія тождества вещи при виндицированіи (*Guillouard*, *Ortlieb*) и т. п., а во 2-хъ, какъ на это указываетъ *Jobbé-Duval*, это экономическое объяснение оказывается просто недостаточнымъ: исходя изъ него, надо было бы устранять виндикацію и въ случаяхъ кражи, а между тѣмъ въ дѣйствительности виндикація въ этихъ случаяхъ, какъ мы знаемъ, допускалась ⁸⁾).

стр. 265 говорится между прочимъ:... *quod pignus suo signo signaverit vel signabit aut non...*

¹⁾ *Hermann*, loc. cit.

²⁾ *Renaud*, *Krit. Zeitschrift*, XVII, S. 140.

³⁾ *Glasson*, *Revue critique*, 1887, p. 19.

⁴⁾ *Guillouard*, *Prescr.*, II, n. 796.

⁵⁾ *Baudry-Lacantinerie*, *Prescr.*, n. 817.

⁶⁾ *Ortlieb*, *Possession des meubles*, p. 3.

⁷⁾ *Virgile*, *Propriété mobilière*, p. 2, 118.

⁸⁾ *Jobbé-Duval*, *Revendication*, p. 85, note 1.

На экономической сторонѣ дѣла мы также еще остановимся, когда будемъ говорить *de lege ferenda*.

Таковы тѣ разнообразнѣйшія теоріи, въ которыхъ выясняется основаніе принципа „*Hand wahre Hand*“.

Какой же теоріи отдадимъ мы предпочтеніе?

И этотъ вопросъ мы оставляемъ открытымъ. Замѣтимъ только, что есть ученые, которые видятъ основаніе нашего принципа не въ какомъ-либо одномъ изъ указанныхъ факторовъ, а въ нѣсколькихъ изъ нихъ. Такъ, *Baudry-Lacantinerie*, указывая на процессуальную теорію *Jobbé-Duval*'а и на владѣльческую теорію *Ortlieb*'а, говоритъ: вѣроятно, и тамъ, и здѣсь есть доля истины, да кроме того, надо еще имѣть въ виду малоцѣнность движимостей у древнихъ германцевъ ¹⁾. Такимъ образомъ здѣсь объединяются юридическія основанія съ экономическими. На такомъ же объединеніи стоитъ и *Guillouard*: онъ объясняетъ ограниченіе виндикаціи малоцѣнностью движимостей и трудностью доказыванія тождества вещи ²⁾. — Да, скажемъ мы а priori, нашъ принципъ созданъ *всей* совокупностью экономическихъ и юридическихъ условій; для опредѣленія же, какимъ условіемъ и какая именно сыграна роль, нужно, — повторимъ слова *Зона*, — изученіе всего законодательнаго матеріала среднихъ вѣковъ ³⁾, а это завело бы насъ слишкомъ далеко за предѣлы нашего догматическаго изслѣдованія ⁴⁾.

¹⁾ *Baudry-Lacantinerie*, *Prescr.*, n. 817.

²⁾ *Guillouard*, *Prescr.*, II, n. 796. Ср. еще *ibidem*, n. 802 и *Ortlieb*, *op. cit.*, p. 3 s.

³⁾ См. выше, стр. 55.

⁴⁾ О чрезвычайной трудности обоснованія принципа „*Hand wahre Hand*“ говоритъ, между прочимъ, *Maschke*, *Das Eigenthum*, S. 152.

II.

Часть догматическая.

Новыя законодательства.

Общія замѣчанія.

Выше мы представили историческій матеріалъ по нашему вопросу и освѣтили его теоретически, насколько это можно и нужно было сдѣлать въ служебномъ отдѣлѣ нашей книги, — во „Введеніи”. Теперь мы приступаемъ къ непосредственному и главному предмету нашего изслѣдованія: къ догмѣ, а затѣмъ перейдемъ и къ критикѣ. Хотя многое въ исторіи нашего вопроса осталось темнымъ и неразгаданнымъ, тѣмъ не менѣе отмѣченныя нами историческія данныя будутъ оказывать намъ значительныя услуги при разъясненіи постановленій новыхъ законодательствъ. И здѣсь мы будемъ имѣть дѣло съ тѣмъ же самымъ матеріаломъ: съ древне-германскимъ принципомъ „Hand wahre Hand” и съ положеніями римскаго права; и здѣсь продолжается та же самая борьба: новое начало постоянно ограничивается то въ большей, то въ меньшей степени римскими идеями; эти совершенно противоположныя системы и даютъ содержаніе всѣмъ новымъ кодексамъ, комбинируясь между собою въ самыхъ разнообразныхъ сочетаніяхъ. Это разнообразіе такъ велико, что врядъ ли возможно установить какою-либо

фикацію новыхъ законодательствъ. Поэтому въ своемъ изложеніи мы будемъ держаться самаго простаго порядка, хронологическаго, и начнемъ это изложеніе съ прусскаго Landrecht'a. Только для русскаго права мы сдѣлаемъ исключеніе: его разсмотримъ мы послѣднимъ, чтобъ имѣть при этомъ возможно широкіе горизонты. Въ самомъ концѣ этой догматической части нашей работы мы дадимъ юридическую конструкцію изучаемаго нами способа приобрѣтенія права собственности и такимъ образомъ закончимъ изученіе того, „что есть“, чтобъ перейти затѣмъ въ „части критической“ къ выясненію того, „что должно быть“.

ГЛАВА I.

Прусское право.

Передъ составителями прусскаго Landrecht'a 1794 г. ¹⁾, что касается вопроса о приобрѣтеніи движимостей отъ лицъ, не управомоченныхъ на ихъ отчужденіе, было двѣ совершенно различныхъ системы: римская и германская. Нужно было сдѣлать между ними выборъ. Однако *Suarez*, главный дѣятель по составленію прусскаго кодекса, нашелъ обѣ эти системы неудовлетворительными. Онъ разсуждалъ слѣдующимъ образомъ. Римская система все свое вниманіе обращаетъ на устойчивость права собственности, этой основы всякаго общежитія; за то, съ другой стороны, эта же самая система подрываетъ прочность оборота, который однако тоже заслуживаетъ всяческаго вниманія со стороны законодателя, коль скоро въ данномъ государствѣ населеніе занимается уже не однимъ земледѣліемъ, но также и торговлей, и фабричной и заводской промышленностью. Если въ такомъ государствѣ каждый, кто пожелаетъ приобрѣсти себѣ какую-либо вещь, долженъ будетъ собирать свѣдѣнія и доказательства наличности права собственности у своего контрагента и у его auctor'a, то это такъ затруднитъ и замедлитъ оборотъ, что убыточные послѣдствія скажутся даже на самомъ государствѣ. Напротивъ, германская система очень благоприятна для живости оборота, почему она и была принята въ стату-

¹⁾ См. объ этомъ кодексѣ *Шершеневичъ*, Курсъ, I, вып. 2 и *Дювернуа*, Чтенія, т. I, Введеніе.

ты больших торговых городов; но за то, съ другой стороны, эта же самая система обращает мало вниманія на собственниковъ, ставя ихъ въ зависимость отъ депозитаріевъ, коммодатаріевъ и т. п., а также отъ третьихъ лицъ, приобрѣтателей, которые могутъ искусно скрывать свою недобросовѣстность и лишать такимъ образомъ собственниковъ ихъ имущества. Въ виду изложенныхъ соображеній, *Suarez* нашелъ наиболее цѣлесообразнымъ не принимать цѣликомъ ни той, ни другой системы, а пойти между ними *среднимъ путемъ*, заимствуя изъ каждой то, что въ ней есть соответствующаго дѣйствительнымъ потребностямъ жизни ¹⁾.

Для насъ здѣсь важно и интересно то, что законодатель, при рѣшеніи поставленнаго себѣ вопроса, играетъ не пассивную, а активную роль: онъ не стоитъ въ зависимости отъ „преобладанія матеріальнаго владѣнія надъ абстрактной собственностью“; его не подавляютъ уже и „особенности процесса“; онъ является вполне сознательнымъ и властнымъ хозяиномъ своего дѣла: вполне самостоятельно онъ стремится къ удовлетворенію реальныхъ потребностей жизни, а въ данномъ случаѣ эта потребность состоитъ въ поддержаніи и развитіи оборота при условіи должной охраны права собственности ²⁾. Такимъ образомъ здѣсь сразу отпадаютъ неразрѣшимые споры объ „основаніи“ новаго начала въ приобрѣтеніи права собственности на движимыя имущества.

Посмотримъ же, какъ на дѣлѣ разрѣшена эта уже сознательно поставленная себѣ задача.

Отмѣтимъ предварительно, что прусскій *Landrecht* для производнаго или посредственнаго приобрѣтенія права собственности на движимыя вещи требуетъ соответствующаго *титула* и дѣйствительной *передачи* вещи ³⁾.

¹⁾ *Suarez*, Vorträge, S. 84, 85. *Bornemann*, Pr. Civilrecht, II, S. 145. *Förster*, Pr. Privatrecht, III, S. 282, 283.

²⁾ *Förster*, *ibid.*, S. 283.

³⁾ I, 10 § 1: Die mittelbare Erwerbung des Eigenthums einer Sache erfordert, ausser dem dazu nöthigen Titel, auch die wirkliche Ueber-

Затѣмъ, въ виду этого, и что касается уже непосредственно нашей темы, дается такое общее и основное положеніе:

Auch der mit einem solchen Titel versehene neue Besitzer erlangt das Eigenthum der Sache durch die Uebergabe der Regel nach nur alsdann, wenn der vorige, von welchem der Besitz auf ihm erledigt worden, selbst Eigenthümer gewesen ist. — I, 10 § 3.

Это значитъ: приобрѣтатель, имѣющій надлежащій титулъ и получившій вещь въ свое владѣніе посредствомъ передачи, только въ томъ случаѣ дѣлается собственникомъ, если его контрагентъ самъ имѣлъ право собственности ¹⁾.

И наоборотъ, если у отчуждателя не было права собственности, то и приобрѣтатель не получитъ его по данной сдѣлкѣ ²⁾; оно останется за тѣмъ же лицомъ, за которымъ было и раньше, и этотъ прежній собственникъ сможетъ отобрать вещь отъ новаго владѣльца путемъ виндикаціоннаго иска ³⁾, какъ на это прямо указываетъ *Landrecht*, I, 15 § 1:

Der wahre Eigenthümer hat das Recht, seine Sache, die seiner Gewahrsam ohne seinen Willen entnommen ist, oder vorenthalten wird, von jedem Inhaber und Besitzer zurückzufordern.

gabe derselben. — § 2: Der Titel zur mittelbaren Erwerbung des Eigenthums kann durch Willenserklärungen, Gesetze und rechtliches Erkenntniss begründet werden. — *Förster*, *op. cit.*, III, S. 255 ff. *Dernburg*, Pr. Privatrecht, I, S. 575 ff. *Daniels*, System, I, § 219. *Bornemann*, *ibid.*, S. 126, 127. *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., VIII, S. 279.

¹⁾ *Förster*, *loc. cit.*, S. 258. *Dernburg*, *ibid.*, § 238, II, 4. *Stobbe*, Handbuch, II, 1, S. 411. *Koch*, Lehrbuch, I, S. 460 ff. *Roth*, System, III, S. 299 f. *Schmidt J.*, Lehrbuch, I, S. 329.

²⁾ Но возможно послѣдующее приобрѣтеніе права собственности путемъ давности; затѣмъ возможна конвалесценція права приобрѣтателя въ томъ случаѣ, если отчуждатель самъ сдѣлается собственникомъ данной вещи, и т. п. — *Dernburg*, *ibid.*, S. 578.

³⁾ *Förster*, *loc. cit.*, S. 287 ff. *Daniels*, System, I, § 222. *Bornemann*, Pr. Civilrecht, II, S. 145, 146.

Итакъ, все, какъ въ Римѣ: *neto plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet* и *ubi rem meam invenio, ibi vindico*.

Таково *романистическое* общее правило прусскаго Landrecht'a¹⁾.

Въ соотвѣтствіи съ этими общими положеніями и въ отступленіе отъ древне-германскихъ началъ, прусскій Landrecht совершенно не обращаетъ вниманія на то, какъ вещь вышла изъ обладанія собственника²⁾: согласно его волѣ, путемъ сдѣлки, или же противъ его воли, путемъ кражи, грабежа, потери.

Но въ то же время и для прусскаго Landrecht'a очень важны *условія приобрѣтенія* вещи: важна наличность *добросовѣстности* и *титула* у приобрѣтателя³⁾.

Кромѣ того, прусскимъ Landrecht'омъ выдвинуто новое различіе: *возмездность* и *безвозмездность приобрѣтенія*⁴⁾.

Но только всѣ эти различія имѣютъ значеніе не для устранения виндикаціи; виндикація допускается прусскимъ Landrecht'омъ, въ видѣ общаго правила, при каждомъ приобрѣтеніи: добросовѣстномъ и недобросовѣстномъ, возмездномъ и безвозмездномъ⁵⁾. — Указанныя различія вліяютъ лишь на *экономическое дѣйствіе* виндикаціи.

А именно, *недобросовѣстный* приобрѣтатель чужой вещи долженъ возратить ее виндицирующему собственнику *безвозмездно*⁶⁾.

Недобросовѣстнымъ считается тотъ, кто *знаетъ*, что лицо, отъ котораго онъ приобрѣтаетъ вещь, не имѣетъ права собственности; сюда же приравнивается и приобрѣтеніе отъ лицъ *подозрительныхъ*,

1) *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., VIII, S. 279.

2) *Carlin*, Niemand kann..., S. 55. *Goldschmidt*, *ibid.*, S. 281. *Stobbe*, Handbuch, II, 1, S. 268.

3) I, 10 § 24; I, 15 §§ 34, 37. *Carlin*, *loc. cit.* *Bornemann*, Pr. Civilrecht, II, S. 125. *Stobbe*, *ibid.*, S. 269.

4) I, 15 §§ 24—26, 46. *Stobbe*, *loc. cit.*

5) *Förster*, Pr. Privatrecht, III, S. 289.

6) *Carlin*, *op. cit.*, S. 56. *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., VIII, S. 279. *Stobbe*, *loc. cit.*

зрительныхъ, а подозрительными отчуждателями считаются такіе, которые вещами даннаго рода обыкновенно не торгуютъ и вообще по своему состоянію или образу жизни не владѣютъ.

Прусскій Landrecht обо всемъ этомъ говорить такъ:

Wer es weiss, das derjenige, von welchem sein Titel sich herschreibt, nicht wahrer Eigentümer sei, der kann weder durch Eintragung noch durch Uebergabe ein Eigethumsrecht erlangen. — I, 10 § 24¹⁾.

Wer eine fremde Sache unredlicher Weise an sich gebracht hat, muss sie dem... berechtigten Rückforderer unentgeltlich herausgeben. — I, 15 § 17²⁾.

Впрочемъ, эта категорія случаевъ въ общемъ сомнѣній не вызываетъ: недобросовѣстность служить основаніемъ для приобрѣтенія не можетъ.

Совѣмъ иное представляютъ изъ себя тѣ случаи, когда приобрѣтеніе отъ не-собственника совершается *bona fide*, *добросовѣстно*: собственно говоря, только здѣсь и возникаетъ вопросъ, возможно или нѣтъ въ такихъ случаяхъ приобрѣтеніе права собственности. — Прусскій Landrecht, какъ отмѣчено выше, и для этихъ случаевъ даетъ, въ видѣ общаго правила, отрицательный отвѣтъ: право собственности не приобрѣтается, и прежній собственникъ сохраняетъ свою виндикацію³⁾. Но,

1) *Bornemann*, *ibid.*, S. 125.

2) Слѣдующіе параграфы того же титула устанавливаютъ такія же послѣдствія приобрѣтеній отъ лицъ *подозрительныхъ*. § 18: Ein Gleiches findet gegen Jeden statt, welcher die Sache von einer verdächtigen Person an sich gebracht hat. § 19: Für verdächtig sind diejenigen anzusehen, welche mit Sachen derselben Art, von welcher die Rede ist, nicht zu handeln, oder dergleichen nach ihrem Stande und Lebensart nicht zu besitzen pflegen. — *Förster*, *ibid.*, S. 298. *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., VIII, S. 279. *Koch*, Allgem. Landrecht, II, S. 315. *Stobbe*, Handbuch, II, 1, S. 269.

3) *Förster*, *ibid.*, S. 289.

правда, здѣсь дѣлается весьма существенное различіе въ зависимости отъ того, *возмездно* или *безвозмездно* вещь приобрѣтена: при безвозмездномъ приобрѣтеніи вещь должна быть такъ же безвозмездно и возвращена ¹⁾; при возмездномъ же приобрѣтеніи приобрѣтатель имѣетъ право потребовать отъ виндицирующаго собственника возмѣщенія всего того, что имъ было затрачено на приобрѣтеніе данной вещи ²⁾.

Wer die entfremdete Sache zwar redlicher Weise, aber unentgeltlich an sich gebracht hat, muss sie gleichgestalt unentgeltlich dem rechtmässigen Eigenthümer oder Besitzer verabfolgen. — I, 15 § 24.

Wer die dem rechtmässigen Eigenthümer oder Besitzer abhanden gekommene Sache von einer unverdächtigen Person, durch einen lästigen Vertrag an sich gebracht hat, muss dieselbe zwar ebenfalls zurückgeben; — § 25.

Er kann jedoch dagegen die Erstattung alles dessen, was er dafür gegeben oder geleistet hat, fordern. — § 26.

По § 44 то же самое относится къ приобрѣтеніямъ на ярмаркахъ и рынкахъ и вообще отъ людей, которые публично и съ надлежащаго разрѣшенія торгуютъ вещами даннаго рода: здѣсь та же *Lösungspflicht* виндицирующаго собственника ³⁾. Но *Dernburg* правильно говоритъ, что этотъ § оказывается

¹⁾ *Goldschmidt*, Zeitschr. f. N. R., VIII, S. 280. *Stobbe*, loc. cit. *Rückert* видѣлъ это начало еще въ древне-германскомъ правѣ. — *Untersuchungen*, S. 220. Противъ этого *Gerber*, System, S. 184, Anm. 8; *Esner*, Tradition, S. 65, Anm. 51; *Randa*, Eigenthumsr., S. 345, Anm. 24.

²⁾ *Förster*, ibid., S. 297. *Goldschmidt*, ibid., S. 281. *Suarez*, Vorträge, S. 86. *Koch*, Allgem. Landrecht, II, S. 318 ff. *Stobbe*, loc. cit. *Roth*, System, III, S. 359. *Schmidt J.*, Lehrbuch, I, S. 335. *Gerber-Cosack*, System, S. 183 f.

³⁾ *Goldschmidt*, Zeitschr. f. N. R., VIII, S. 280. *Koch*, Allgem. Landrecht, II, S. 324.

лишнимъ: на указанные въ немъ случаи само собой распространяется общее правило о добросовѣстномъ приобрѣтеніи ¹⁾.

Здѣсь предъ нами тотъ же самый выкупъ, то же самое *экономическое* ограниченіе виндикаціи, съ которымъ мы уже встрѣчались при разсмотрѣніи статута ганзейскихъ городов²⁾.

Итакъ, прусскій *Landrecht*, въ видѣ общаго правила, стоитъ на сторонѣ права собственности: собственникъ всегда можетъ вытребовать свою вещь отъ каждаго, у кого бы она ни находилась, если ею распорядилось лицо, на это не уполномоченное; правда, эта охрана собственности не всегда дается даромъ: *добросовѣстному* отвѣтчику нужно возмѣстить его издержки по приобрѣтенію данной вещи; но въ то же время и собственникъ, въ свою очередь, можетъ требовать возмѣщенія всѣхъ своихъ потерь отъ своего невѣрнаго контрагента. Что же касается добросовѣстныхъ приобрѣтателей, то и они не остаются совершенно беззащитными; правда, они не охраняются въ своемъ приобрѣтеніи, они не получаютъ права собственности, но за то, если приобрѣтеніе было возмездно, они вполне охраняются отъ всякаго имущественнаго ущерба: законъ обязываетъ ихъ отдавать вещи собственникамъ только взамѣнъ возмѣщенія издержекъ по ихъ приобрѣтенію; при этомъ однако приобрѣтатель долженъ указать собственнику своего аuctor'a, отъ котораго вещь приобрѣтена, и это — подъ страхомъ безвозмездной виндикаціи ³⁾.

Но прусскій *Landrecht* знаетъ и такія категории случаевъ, когда приобрѣтатели *безусловно* защищаются отъ виндикаціонныхъ исковъ, т. е. дѣлались собственниками, не смотря на то,

¹⁾ *Dernburg*, Pr. Privatrecht, I, S. 430, Anm. 8.

²⁾ *Goldschmidt*, ibid., S. 283.

³⁾ I, 15 § 34: Sobald der Kläger nachgewiesen hat, dass die in Anspruch genommene Sache seinem rechtmässigen Besitze ohne seinen Willen entkommen sei, ist der Beklagte in allen Fällen schuldig, seinen Besitztitel, und den, von welchem er denselben erhalten hat, anzugeben. § 37: Wer in den nicht ausgenommenen Fällen seinen Vormann und Besitztitel nicht angeben kann, muss die Sache unentgeltlich zurückgeben. *Stobbe*, Handbuch, II, 1, S. 269.

что приобрѣтали вещи отъ лицъ, не имѣвшихъ права на ихъ отчужденіе.

Здѣсь рѣшающая роль принадлежитъ, во 1-хъ, личности отчуждателя и, во 2-хъ, особенностямъ объекта.

Въ первой категоріи случаевъ безусловно защищается приобретение *отъ фиска, на публичномъ аукціонѣ и отъ гильдейскихъ купцовъ.*

§ 42 (I, 15) говоритъ такъ:

Sachen, die von dem Fiskus oder bei öffentlichen Versteigerungen erkaufte worden, sind keiner Vindikation unterworfen ¹⁾.

§ 43, говорившій то же самое о приобретеніи отъ гильдейскихъ купцовъ, замѣномъ въ 1861 г. статьями 306—308 Allgemeine-германскаго Торговаго Уложения ²⁾.

Ко второй категоріи случаевъ того же рода относятся наличныя курсирующія *деньги*. — Добросовѣстный получатель такихъ денегъ не обязанъ возвращать ихъ собственнику, хотя бы онѣ еще и не были смѣшаны съ другими подобными имъ деньгами. Но если деньги получены дарственнымъ образомъ, то виндикація ихъ допускается, пока онѣ сохраняютъ свою обособленность.

§§ 45 и 46 (I, 15) говорятъ объ этомъ такъ:

Baares kursirendes Geld kann gegen einen redlichen Besitzer nicht zurückgefordert werden, wenn selbiges auch noch unvermischt und unversehrt in dem Beutel oder anderem Be-

¹⁾ *Dernburg*, Pr. Privatrecht, I, S. 429, 430. *Förster*, Pr. Privatrecht, III, S. 292. *Carlin*, op. cit., S. 57. *Bornemann*, Pr. Civilrecht, II, S. 146. *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., VIII, S. 280. *Koch*, Lehrbuch, I, S. 460. *Koch*, Allgem. Landrecht, II, S. 323 f. *Stobbe*, loc. cit. *Roth*, System, III, S. 300 f. *Schmidt J.*, Lehrbuch, I, S. 329. *Gerber-Cosack*, System, S. 184, Anm. 6.

²⁾ *Dernburg*, ibid., §. 430, Anm. 8. *Förster*, ibid., S. 292. *Koch*, Allgem. Landrecht, II, S. 324.

hältnisse, in welchem es vorhin gewesen ist, gefunden werden sollte.

Hat jedoch der gegenwärtige Besitzer des Geldes, welches unter obigen Umständen noch von allem andern Gelde mit Gewissheit unterschieden werden kann, dasselbe unentgeltlich überkommen, so muss er es dem Eigenthümer herausgeben ¹⁾.

По § 47 то же самое относилось къ *бумагамъ на предъявителя* ²⁾.

Отмѣтимъ въ заключеніе, что и прусскій Landrecht еще не опредѣляетъ юридическаго положенія тѣхъ приобретателей, которые безусловно защищаются отъ виндикаціи: имѣетъ ли здѣсь мѣсто одно только ограниченіе виндикаціи, или же предъ нами приобретеніе права собственности?

Доктриной и прусской судебной практикой вопросъ этотъ рѣшается въ послѣднемъ смыслѣ: приобретатель защищается отъ виндикаціи потому, что она противъ собственника не допустима ³⁾.

Въ послѣдующемъ изложеніи окажется для насъ интереснымъ § 25, I, 10.

¹⁾ *Förster*, ibid., S. 291. *Dernburg*, ibid., S. 430. *Carlin*, op. cit., S. 57. *Bornemann*, ibid., S. 146 f. *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., VIII, S. 281. *Koch*, Lehrbuch, I, S. 461. *Koch*, Allgem. Landrecht, II, S. 325 f. *Stobbe*, loc. cit. *Roth*, System, III, S. 301. *Schmidt J.*, Lehrbuch, I, S. 340.

²⁾ *Bornemann*, ibid., S. 147. *Goldschmidt*, loc. cit. *Koch*, Allgem. Landrecht, II, S. 326—329. *Stobbe*, loc. cit. *Roth*, loc. cit. *Schmidt J.*, loc. cit.

³⁾ *Roth*, ibid., S. 348, Anm. 7. *Exner*, Tradition, S. 66, Anm. 57.

ГЛАВА II.

Французское право.

§ 1. Наука и судебная практика въ XVIII в.

Постановленія Кодекса Наполеона (особенно ст. 2279) по нашему вопросу не отличаются особенной ясностью и определенностью ¹⁾, а потому для надлежащаго пониманія и разъясненія ихъ необходимо обратиться къ эпохѣ, непосредственно предшествовавшей изданію французскаго кодекса ²⁾.

Въ исторической части нашей работы мы уже видѣли, какое положеніе дѣла установилось къ XVIII в.: виндикація движимостей была допущена почти всюду; ей сопутствовала, конечно, и давность, которая въ своемъ примѣненіи отличалась крайнимъ разнообразіемъ въ продолжительности сроковъ, и только отсутствіе ипотеки движимостей напоминало о тѣхъ прежнихъ временахъ, когда приобрѣтатели пользовались широ-

¹⁾ *Folleville* считаетъ вопросъ объ истолкованіи ст. 2279 К. Н. однимъ изъ труднѣйшихъ во французскомъ кодексѣ. — *Traité*, p. 7. *Poincaré*, *Propriété mobilière*, p. 107. *Dalloz*, *Jurisprudence*, t. 36, *Prescr. civile*, n. 264. *Baudry-Lacantinerie*, *Précis*, I, n. 1488.

²⁾ *Planiol*, *Traité*, I, n. 1173, 1188. *Jobbé-Duval*, *Revendication*, p. 238, и *Baudry-Lacantinerie*, *Prescr.*, n. 821 и 835, относятъ возникновеніе формулы „en fait de meubles la possession vaut titre“ не къ древне-германскому праву, а къ XVIII в. См. еще по этому вопросу *Aubry et Rau*, *Cours*, II, § 183, note 2, *Guillaouard*, *Prescr.*, II, n. 799, 810. *Virgile*, *Propriété mobilière*, p. 162 s., 182—184.

кой защитой отъ притязаній собственниковъ, — когда виндигировать можно было только вещи украденныя или утерянныя.

Выдающимся представителемъ этого романистическаго режима движимостей является въ XVIII в. во Франціи знаменитый *Pothier* ¹⁾.

Онъ даетъ такое общее положеніе: всѣ вещи, — какъ движимыя, такъ и недвижимыя, — которыя находятся въ нашей собственности, могутъ быть объектомъ виндикаціи ²⁾.

Затѣмъ это же самое поясняется конкретно относительно заклада слѣдующимъ образомъ: если должникъ не имѣетъ права собственности на данную вещь, то онъ не можетъ установить на нее закладнаго права, такъ какъ *nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet*; а потому кредиторъ, получившій такую вещь въ закладъ, подвергнется эвикціи со стороны собственника, который не давалъ согласія на закладъ своей вещи ³⁾.

Принципальное допущеніе виндикаціи вызываетъ необходимость въ давности. *Pothier* высказывается въ пользу 3-лѣтняго срока для движимостей, но требуетъ при этомъ добросовѣстности и титула; если же этихъ условій нѣтъ на лицо, то срокъ давности удлинняется до 30 лѣтъ ⁴⁾.

Здѣсь возникаетъ практически важный вопросъ о *доказываніи* добросовѣстности и титула. *Pothier* въ трактатѣ о давности допускаетъ доказываніе или признаніемъ отчуждателя, или показаніями свидѣтелей ⁵⁾, а въ предисловіи къ кутюму Орлеана знаменитый романистъ говоритъ такъ: вопросъ о давности

¹⁾ *Baudry-Lacantinerie*, *Prescr.*, n. 822, 883. *Virgile*, *Propriété mobilière*, p. 170 ss. *Bemmelen*, *Propriété mobilière*, p. 371 ss.

²⁾ *Pothier*, *Traité du droit de domaine de propriété*, *Oeuvres*, t. IX, n. 282, p. 200.

³⁾ *Pothier*, *Traité du contrat du Nantissement*, *Oeuvres*, t. V, n. 7, p. 394, n. 27, p. 400.

⁴⁾ *Pothier*, *Traité des donations*, *Oeuvres*, t. VII, n. 67, p. 473; *Traité de la prescription*, *Oeuvres*, t. IX, n. 202, p. 387, n. 205, p. 388.

⁵⁾ *Pothier*, *Traité de la prescription*, *Oeuvres*, t. IX, n. 205, p. 388.

возникаетъ рѣдко, ибо въ пользу владѣльца движимостей существуетъ у насъ презумпція собственности, такъ что нѣтъ нужды прибѣгать къ защитѣ давностью; но эта презумпція падаетъ, какъ только виндикантъ докажетъ, что онъ лишился вещи путемъ кражи ¹⁾. — Такимъ образомъ въ пользу владѣльца существовала *praesumptio juris*, которая допускала однако доказываніе противнаго; слѣдовательно, какой-либо прочной защиты приобрѣтатели не получали, особенно если принять во вниманіе, что кража понималась очень широко: депозитаріи, наниматели и т. п. лица, отчуждая чужую вещь, совершали кражу, а потому собственники и въ этихъ случаяхъ могли обращаться съ виндикаціей противъ каждаго третьяго лица ²⁾.

Такова романистическая доктрина *Pothier*; онъ имѣлъ, конечно, не мало единомышленниковъ ³⁾.

Но практическая жизнь уже тяготилась этой беззащитностью приобрѣтателей ⁴⁾, и въ судахъ чувствовалась ненослѣдовательность, когда *кредиторамъ* отказывали въ искахъ противъ третьихъ лицъ, а *собственникамъ* такіе иски предоставляли свободно ⁵⁾.

Относясь отзывчиво къ потребностямъ практической коммерческой жизни, судебная практика *Châtelet* въ Парижѣ стала на сторону приобрѣтателей и существенно сдѣлала примѣненіе

¹⁾ *Pothier, Oeuvres, t. I, Coutume d'Orléans, Introd. au titre XIV. Des prescriptions, sect. 1, n. 4: Il est rare qu'il y ait lieu à la question, le possesseur d'un meuble en étant parmi nous présumé le propriétaire, sans qu'il soit besoin d'avoir recours à la prescription; à moins que celui qui le réclame et s'en prétend propriétaire, ne justifiât qu'il en a perdu la possession par quelque accident, comme par un vol qui lui en aurait été fait.* Эти слова *Pothier* вызываютъ различныя толкованія во французской литературѣ. См. *Poincaré, Propriété mobilière, p. 88 ss. Jobbé-Duval, Revendication, p. 230 ss.*

²⁾ *Jobbé-Duval, op. cit., p. 233.*

³⁾ *Ibidem, p. 229 ss.*

⁴⁾ *Poincaré, op. cit., p. 83 s.*

⁵⁾ *Ortlieb, Possession des meubles, p. 59.*

собственнической виндикаціи ¹⁾. Комментаторомъ этой судебной практики является другой выдающійся юристъ XVIII в. во Франціи, — *Bourjon* ²⁾.

Bourjon въ своемъ *Droit commun de la France* говоритъ: давность у насъ, что касается движимостей, не имѣетъ никакого значенія, и къ ней никто не прибѣгаетъ, такъ какъ одно владѣніе движимостью производитъ полное дѣйствіе титула нужнаго для приобрѣтенія; правда, *Bretonnier* утверждаетъ, что *Parlement de Paris* требуетъ одинаковой давности для движимостей и для недвижимостей, а *Duplessis* и *Brodeau* опредѣляютъ срокъ для этой давности, при наличности *bona fides*, въ три года; но, по словамъ *Bourjon*'а, это мнѣніе всегда отвергалось въ *Châtelet*, гдѣ считали общимъ правиломъ, что *владѣніе движимой вещью равносильно титулу собственности*, — *en matière de meubles la possession vaut titre de propriété*, — лишь вещь не была краденой ³⁾. Тутъ же *Bourjon* объясняетъ и причину такого рѣшенія вопроса: обратная судебная практика была бы вредна для общаго блага, такъ какъ никто, приобрѣтая движимость, не требуетъ титула, который бы производилъ переходъ права собственности и удостовѣрялъ бы этотъ переходъ; каждый полагается на одинъ лишь фактъ владѣнія, а потому владѣніе и должно быть признано въ этомъ отношеніи достаточнымъ ⁴⁾. Что же касается вещей краденыхъ, то ихъ можно, говоритъ *Bourjon*, виндцировать всюду, гдѣ бы онъ ни находи-

¹⁾ *Planio, Traité, I, n. 1183. Guillouard, Prescr., II, n. 810. Aubry et Rau, Cours, II, § 183, note 2. Dalloz, Jurisprudence, t. 36, Prescr. civile, n. 264. Virgile, Propriété mobilière, p. 176 ss. Jobbé-Duval, Revendication, p. 234.*

²⁾ *Planio, Traité, I, n. 1184 s. Baudry-Lacantinerie, Prescr., n. 823, 883. Guillouard, Prescr., II, n. 811. Ortlieb, op. cit., p. 59 ss. Jobbé-Duval, Revendication, p. 234 ss. Poincaré, Propriété mobilière, p. 92 ss.*

³⁾ *Bourjon, Le droit commun de la France, t. I, p. 911.*

⁴⁾ *Bourjon, loc. cit.*

лись; это — единственное исключение из только что указанного общего правила ¹⁾).

В другом месте *Bourjon* повторяет вкратце те же самые положения: относительно движимостей владение равносильно титулу собственности; этого требует прочность оборота, и такова постоянная практика в *Châtelet*; основание же этого формулируется несколько иначе: обыкновенно, говорит *Bourjon*, владят только теми вещами, которые имеют на праве собственности, а потому владение и должно быть здесь решающим; что же касается вещей краденых, то их можно виндигировать даже из рук добросовестного владельца, лишь бы кража была доказана; это — справедливое исключение из указанного общего правила, и такова судебная практика гражданского отделения в *Châtelet*; точно так же из закладного права имеет иска против третьих лиц у кредитора ²⁾).

Наконец, *Bourjon* выражается и более конкретно; он говорит, напр., так: из того, что сказано выше, вытекает, что продажа чужой вещи действительна, но только при указанных выше условиях ³⁾. И еще конкретнее: если депозитарий продаст чужую вещь, то виндикация имеет, а если вещь украдена, то виндикация допускается ⁴⁾.

Итак, мысль *Bourjon*'а ясна: кто приобретает вещь от лица, не уполномоченного на ее отчуждение, тот делается ее собственником, если вещь была собственником вверена отчуждателю по какой-нибудь сделке: по найму, поклаже и т. п., и только вещи краденые подлежат безусловной виндикации от каждого владельца, при чем кража очевидно понимается *Bourjon*'ом узко: злоупотребление доверием в нее не входит ⁵⁾. При всем этом обращает на себя внимание то обстоя-

¹⁾ Ibidem. Кодекс Наполеона прибавил сюда и вещи утерянные.

²⁾ Ibidem, p. 124. См. еще p. 399 s.

³⁾ Ibidem, p. 400.

⁴⁾ *Bourjon*, op. cit., t. II, p. 566.

⁵⁾ *Baudry-Lacantinerie*, Prescr., n. 823, 883. *Poincaré*, Propriété mobilière, p. 93, 95.

тельство, что *Bourjon* к вещам краденым не приравнивает вещей утерянных ¹⁾ и вообще не требует от приобретателей наличия bona fides ²⁾.

Единомышленником *Bourjon*'а был *Valin*, который утверждал: если вещь продана депозитарием, то депонент не имеет виндикации; причина этого лежит в том, что депонент всецело доверился депозитарию, и это его доверие не может вредить добросовестному приобретателю ³⁾. — Как видим, здесь на стороне приобретателя предполагается уже и bona fides, а ограничение виндикации мотивируется совершенно так же, как оно мотивировалось в древне-германском праве: wo man seinen Glauben gelassen hat, da muss man ihn wieder suchen ⁴⁾.

Другой современник *Bourjon*'а, *Denisart*, состоявший прокурором в *Châtelet*, выражался, к сожалению, не так определенно и этим подал повод к сомнениям относительно судебной практики в этом суде.

Так, в одном месте *Denisart* говорит: если продана чужая недвижимость, то собственник может отобрать ее у приобретателя; если же дело идет о движимости, то добросовестный приобретатель может удержать ее у себя, а собственнику предоставляется считаться с продавцом, лишь бы только вещь не была добыта грабежом; вещи краденые можно виндигировать от каждого владельца свободно ⁵⁾. Здесь полное совпадение с идеями *Bourjon*'а, кроме требования bona fides.

Но в другом месте *Denisart* как-будто становится на сторону *Pothier*. Он говорит: мы держимся в *Châtelet* того

¹⁾ *Renaud*, Krit. Zeitschr., XVII, S. 149 f. *Poincaré*, op. cit., p. 93.

²⁾ *Baudry-Lacantinerie*, Prescr., n. 823. *Virgile*, Propriété mobilière, p. 181.

³⁾ *Valin*, Nouveau Commentaire, p. 240.

⁴⁾ *Planiol*, Traité, I, n. 1184 s. *Baudry-Lacantinerie*, Prescr., n. 824 s. *Jobbé-Duval*, Revendication, p. 236. *Poincaré*, Propriété mobilière, p. 98, note 1.

⁵⁾ *Denisart*, Collection, III, Vente, n. 5, 6, p. 796 s., Vol. n. 17, p. 875. См. и Meubles, n. 32, p. 326.

общаго правила, по которому владѣлец движимости считается ея собственникомъ, пока не доказано противное, — *s'il n'y a titre au contraire* ¹⁾).

Вотъ въ виду этой послѣдней оговорки нѣкоторые и причисляютъ *Denisart*'а къ единомышленникамъ *Pothier* ²⁾. А другіе и здѣсь видятъ подтвержденіе идей *Bourjon*'а, относя „доказываніе противнаго“ къ вопросу о личномъ обязательствѣ владѣльца возвратить вещь собственнику ³⁾.

Собственно говоря, мы можемъ вполне удовольствоваться однимъ тѣмъ, что намъ далъ *Bourjon*. Правда, и противъ *Bourjon*'а раздавались и раздаются голоса, что онъ извратилъ практику *Châtelet*, но это единичные и совершенно исключительные голоса ⁴⁾; всѣ же остальные ученые считаютъ практику *Châtelet* въ главномъ и существенномъ правильно переданной *Bourjon*'омъ ⁵⁾.

Итакъ, предъ нами двѣ совершенно противоположныхъ системы: чужая римская, строго-логическая, но навѣянная извнѣ, и своя ново-европейская, созданная потребностями торговаго оборота. Въ лицѣ двухъ выдающихся французскихъ юристовъ XVIII в., *Pothier* и *Bourjon*'а, происходитъ во Франціи послѣднее столкновеніе между этими системами ⁶⁾.

Когда началась кодификаціонная дѣятельность, то въ первыхъ двухъ проектахъ гражданскаго кодекса, составленныхъ

¹⁾ Ibidem, IV, Prescription, n. 40, p. 736.

²⁾ *Jobbé-Duval*, Revendication, p. 229 s. *Virgile*, Propriété mobilière, p. 170. *Bemmelen*, Propriété mobilière, p. 377 s.

³⁾ *Poincaré*, Propriété mobilière, p. 95 s. *Ortlieb*, Possession des meubles, p. 60, note 3. *Baudry-Lacantinerie*, Prescr., n. 824 s.

⁴⁾ *Toullier*, Le droit civil, XIV, n. 109—116. *Bemmelen*, op. cit., p. 381 ss. Противъ перваго *Renaud*, Krit. Zeitschr., XVII, S. 151, Anm. 32. Противъ послѣдняго *Baudry-Lacantinerie*, Prescr., n. 825 s.

⁵⁾ *Planiol*, Traité, I, n. 1187: не *Bourjon* создалъ формулу „En fait de meubles...“, онъ только выразилъ ее, какъ нѣчто общепринятое. *Guillouard*, Prescr., II, n. 812. *Baudry-Lacantinerie*, Précis, I, n. 1487.

⁶⁾ *Virgile*, Propriété mobilière, p. 3, 167. *Poincaré*, Propriété mobilière, p. 84.

Cambacérès'омъ, проводился еще принципъ римской виндикаціи съ презумпціей собственности въ пользу владѣльца, но и съ возможностью „доказыванія противнаго“ ¹⁾.

Что же касается Кодекса Наполеона, то здѣсь вполне восторжествовали новыя идеи *Bourjon*'а: во 1-хъ, ст. 2279 этого кодекса въ первой своей части прямо составлена изъ *Bourjon*'овской формулы „En fait de meubles, la possession vaut titre“; только опущено слово „de propriété“, что придаетъ ей болѣе широкій смыслъ; во 2-хъ, законодательные мотивы *Bigot-Prémeneu* и *Goupil-Préfeln*'а съ несомнѣнной ясностью убѣждаютъ насъ, что эта формула является краткимъ выраженіемъ именно ученія *Bourjon*'а ²⁾. Это же самое признается и всей французской литературой ³⁾.

Такъ, говоритъ *Jobbé-Duval*, практики среднихъ вѣковъ и судьи новыхъ временъ, исходя изъ совершенно различныхъ пунктовъ, кончили тѣмъ, что сошлись вмѣстѣ ⁴⁾.

Эта историческая справка изъ области науки и судебной практики XVIII в. даетъ намъ ключъ къ надлежащему и правильному пониманію дѣйствующаго французскаго права: сама по себѣ формула „En fait de meubles, la possession vaut titre“ темна и во многомъ загадочна, но, въ виду генетической связи между нею и ученіемъ *Bourjon*'а, мы легко можемъ установить

¹⁾ *Fenet*, Recueil, I, p. 62, 122 s.; не многимъ отличается и третій проектъ того же *Cambacérès*'а, — *ibid.*, p. 275. *Guillouard*, Prescr., II, n. 812.

²⁾ *Loché*, La législation civile, XVI, p. 586 s., 598. *Fenet*, Recueil, XV, p. 600, 609.

³⁾ *Baudry-Lacantinerie*, Prescr., n. 821, 823, 826. *Jobbé-Duval*, Revendication, p. 235. *Aubry et Rau*, Cours, II, § 183, note 2. *Bemmelen*, Propriété mobilière, p. 396. *Guillouard*, Prescr., II, n. 812. Послѣдній авторъ констатируетъ тотъ замѣчательный фактъ, что ст. 2279 и 2280 не вызвали возраженій со стороны судебной магистратуры; отсюда дѣлается тотъ выводъ, что хотя, быть можетъ, описанная выше практика установилась въ одномъ только *Châtelet*, но суды несомнѣнно сочувствовали ей уже всюду.

⁴⁾ *Jobbé-Duval*, Revendication, p. 221.

ея истинный смыслъ, такъ какъ учение *Boulljon*'а изложено полно и ясно ¹⁾.

§ 2. Кодексъ Наполеона и 1-я часть ст. 2279.

Кодексъ Наполеона въ своей первоначальной редакциі далъ намъ слѣдующія постановленія, которыя остаются въ силѣ и понынѣ.

Art. 2279. En fait de meubles, la possession vaut titre.

Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient.

Art. 2280. Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté.

Въ этихъ двухъ статьяхъ Кодекса Наполеона основнымъ положеніемъ является 1-я часть ст. 2279:

En fait de meubles, la possession vaut titre! — По отношенію къ движимостямъ владѣніе равносильно титулу, — формула краткая, но и въ достаточной мѣрѣ загадочная.

Изъ исторіи, и именно изъ сочиненія *Boulljon*'а, мы уже знаемъ, что означаетъ эта формула.

Теперь намъ надо уяснить ея значеніе другимъ путемъ,

¹⁾ *Jobbé-Duval*, loc. cit. *Planiol*, *Traité*, I, n. 1188. *Baudry-Lacantinerie*, *Précis*, I, n. 1488.

догматическимъ: посредствомъ анализа самого закона ¹⁾. Здѣсь мы видимъ слѣдующее. Ст. 2279 даетъ правило (1-я часть) и исключеніе (2-я часть); правило темно, а исключеніе ясно; яснымъ исключеніемъ мы можемъ объяснить темное правило; исключеніе говоритъ: въ случаяхъ кражи и потери движимостей ихъ можно виндигировать у всякаго, у кого бы онѣ ни находились; отсюда мы вправѣ заключить: помимо случаевъ кражи и потери виндикація движимостей не допускается, т. е. приобрѣтатель дѣлается ихъ собственникомъ ²⁾.

Точно такой же выводъ вытекаетъ еще и изъ ст. 1141, въ которой общее правило ст. 2279-ой находитъ частное практическое примѣненіе ³⁾.

Именно, эта ст. 1141 говорить такъ:

Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi.

Здѣсь также дѣло идетъ о приобрѣтеніи права собственности на движимую вещь, и рѣшающимъ факторомъ является именно владѣніе, такъ какъ изъ двухъ приобрѣтателей отъ одного и того же отчуждателя дѣлается и остается собственникомъ тотъ, кто раньше получилъ вещь въ свое владѣніе (*la possession vaut titre*), хотя бы договоръ именно съ этимъ приобрѣтателемъ былъ заключенъ и позже, чѣмъ съ другимъ.

Эта статья имѣетъ прямое и непосредственное отношеніе къ нашей темѣ, такъ какъ и здѣсь имѣетъ мѣсто приобрѣтеніе

¹⁾ На эти два пути указываетъ *Baudry-Lacantinerie*, *Précis*, I, n. 1488.

²⁾ *Ibidem*.

³⁾ *Bemmelon* находитъ, что ст. 2279 уничтожила статью 1141. — *Propriété mobilière*, p. 420 v. Но это мнѣніе не находитъ себѣ признанія въ литературѣ.

права собственности отъ не-собственника. Въ самомъ дѣлѣ, тотъ приобретатель, который раньше заключилъ договоръ съ отчуждателемъ, уже приобрѣлъ право собственности на данную вещь въ силу ст. 1138 и 1583 К. Н.; слѣдовательно, второй по времени заключенія договора контрагентъ имѣлъ дѣло съ *не-собственникомъ* и тѣмъ не менѣе онъ приобретаетъ право собственности, а значить и устраняетъ перваго по времени приобретателя, и все это — благодаря полученію вещи во владѣніе: *la possession vaut titre* ¹⁾.

Такимъ образомъ, возвращаясь къ 1-ой ч. ст. 2279, мы получаемъ слѣдующую норму:

Посредствомъ овладѣнія движимой вещью приобретается право собственности на нее, хотя бы отчуждатель и не имѣлъ этого права ²⁾.

Если для полноты изложенія прибавить сюда допущеніе виндикаціи вещей украденныхъ и утерянныхъ (2-я ч. ст. 2279), то мы увидимъ, что результатъ догматическаго толкованія вполнѣ совпадаетъ съ тѣмъ, что намъ дала исторія вопроса, а это совпаденіе служитъ вполнѣ убѣдительнымъ доказательствомъ, что принятое нами толкованіе 1-ой части ст. 2279 правильно.

Обыкновенно ст. 2279 относятъ только къ вопросу о приобретѣніи права собственности; но подъ прикрытіемъ ст. 2279 возможно, по господствующему мнѣнію, приобретѣніе и другихъ вещныхъ правъ на движимости: *закладного права* и *узуфрукта* ³⁾. Это основывается на двухъ соображеніяхъ: на од-

¹⁾ *Carlin*, Niemand kann..., S. 63, Anm. 221. *O. Mayer*, Die dingl. Wirkung, S. 11 f.

²⁾ *Bufoir*, принимая во вниманіе и ст. 1141, такъ переводитъ 1 ч. ст. 2279: добросовѣстное владѣніе тѣлесной движимостью достаточно для непосредственнаго приобретѣнія права собственности. — *Propriété et contrat*, p. 343 s.

³⁾ *Planiol*, Traité, I, n. 1645. *Zachariä*, Handbuch, I, § 122, Anm. 2. *Folleville*, Traité, n. 36. *Baudry-Lacantinerie*, Prescr., n. 868, 870. *Aubry et Rau*, Cours, II, § 183, p. 159. *Guillouard*, Prescr., II, n. 878; его же *Nantissement*, n. 42 ss. *Ortlieb*, Possession des meubles, p. 111.

номъ положительномъ и на другомъ отрицательномъ. Положительное гласитъ: если дозволено большее, то тѣмъ самымъ дозволяется и меньшее (*argum. a maiore ad minus*), т. е. если возможно приобретѣніе права собственности, то тѣмъ болѣе возможно приобретѣніе правъ меньшихъ по своему содержанію, каковыми въ данномъ случаѣ являются закладное право и узуфруктъ. Съ этимъ вполнѣ гармонируетъ и соображеніе отрицательнаго характера: возможность приобретѣнія закладнаго права и узуфрукта на основаніи ст. 2279 нельзя отрицать потому, что въ этой статьѣ не сказано: „*la possession vaut titre de propriété*“, а сказано просто: „*titre*“, — безъ всякихъ ограниченій. Слѣдовательно, указанному *argumentum a maiore ad minus* никакой помѣхи нѣтъ.

Принимая эту оговорку во вниманіе, мы тѣмъ не менѣе сохранимъ установленный нами текстъ формулы, не дѣлая въ ней соответственныхъ измѣненій, такъ какъ наша тема также имѣетъ прямымъ своимъ содержаніемъ приобретѣніе только права собственности.

Теперь бѣгло обрисованная нами формула требуетъ болѣе подробнаго разсмотрѣнія и изученія для раскрытія всей полноты ея содержанія.

Въ виду этого здѣсь возникаетъ цѣлый рядъ вопросовъ.

Прежде всего, — какое именно владѣніе пригодно для примѣненія ст. 2279 К. Н.? Въ какой обстановкѣ должно стоять это владѣніе: *animus domini*, отсутствіе обязанности возвратить вещь, титуль, добросовѣстность? Далѣе, — кто и противъ кого можетъ ссылаться на описанное владѣніе для примѣненія ст. 2279? На какія именно движимыя имущества распро-

Bufoir, Propriété, p. 387. *Mourlon*, Répétitions, III, p. 749. *Demolombe*, Cours, XXIV, Oblig., I, n. 485. *Duranton*, Cours, X (Пар. изд. t. 18), n. 533. *Troplong*, XIX, Nantissement, n. 72 ss. При этомъ *Troplong* и *Guillouard* указываютъ на существованіе этого правила еще въ 17 вѣкѣ. Есть и отступающія мнѣнія: *Dalloz*, t. 36, Prescr. civile, n. 275, *Lyon-Caen*, Traité, III, n. 290. Но объ этомъ подробнѣе въ параграфѣ о дѣйствіи ст. 2279.

страняется ст. 2279? Затѣмъ самый главный вопросъ: каково дѣйствіе описаннаго владѣнія при указанныхъ условіяхъ: приобрѣтеніе права собственности и другихъ вещныхъ правъ? Наконецъ, для полнаго опредѣленія области дѣйствія ст. 2279, очень важнымъ является вопросъ о тѣхъ исключеніяхъ, которыя вводятся въ разбираемую нами норму 2-ой частью ст. 2279 и 1-ой частью ст. 2280, а также 1-мъ пунктомъ ст. 2102 въ связи со 2-ой частью ст. 2280 (последняя появилась только въ 1892 г.).

Къ разсмотрѣнію и изученію этихъ отдѣльныхъ вопросовъ мы теперь и приступаемъ.

При этомъ въ послѣдующемъ изложеніи мы будемъ исходить, какъ уже изъ безспорнаго, изъ того значенія 1 ч. ст. 2279, которое нами установлено выше: какъ результатъ двухъ совершенно различныхъ приѣмовъ толкованія, оно вполне пригодно въ качествѣ основы для всѣхъ дальнѣйшихъ выводовъ.

§ 3. Примѣненіе 1 ч. ст. 2279 К. Н. — а) Реальность владѣнія.

Итакъ, повторяемъ нашъ первый вопросъ: какое именно владѣніе пригодно для примѣненія 1 ч. ст. 2279 К. Н.?

Здѣсь прежде всего необходимо, чтобъ владѣніе было *реальнымъ*¹⁾. (Прусскій *Landrecht* не требовалъ этого).

Ст. 1141 К. Н., основанная на ст. 2279, прямо говоритъ о *possession réelle*.

Кромѣ этого прямого и несомнѣннаго указанія со стороны

¹⁾ *Laurent*, Principes, XXXII, p. 576. *Folleville*, Traité, p. 53 ss. *Guillouard*, Prescr., II, p. 860. *Bufoir*, op. cit., p. 365, 366. *Baudry-Lacantinerie*, Prescr., p. 849 и *Précis*, I, p. 1497. *Larombière*, Oblig., I, sur l'art. 1141, n. 8. *Duranton*, Cours, t. VI (Пар. изд. т. X), n. 431. *Demolombe*, Cours, XXIV, Oblig., I, n. 474. *Ortlieb*, op. cit., p. 111. *Trop-Long*, Prescr., II, p. 1062. *Poincaré*, Du droit de suite, p. 116 ss. *Crousel*, Sur une question, p. 10—12. *Virgile*, Propriété mobilière, p. 245, 249—251. *Bemmelen*, Propriété mobilière, p. 406, предлагаетъ терминъ „реальное“ владѣніе замѣнить терминомъ „материальное“ владѣніе. *Otto Mayer*, Die dingl. Wirkung der Obl., S. 19.

закона, требованіе реальности владѣнія гармонируетъ и съ тѣми мотивами, которые лежатъ въ основѣ ст. 2279. Объ этихъ мотивахъ *Bigot-Préameneu* говорилъ въ законодательномъ собраніи приблизительно такъ: что касается виндикаціи движимостей, то въ большинствѣ случаевъ нѣтъ никакой возможности ни установить ихъ тождество (что существенно необходимо для этого иска), ни услѣдить за ихъ переходами изъ рукъ въ руки, а потому слѣдуетъ, по его мнѣнію, избѣгать безчисленныхъ процессовъ, которые своей цѣнностью въ большинствѣ случаевъ превосходили бы цѣнность спорныхъ имуществъ¹⁾.

Итакъ, если мы даже оставимъ въ сторонѣ вопросъ о сравнительной цѣнности судопроизводства и спорныхъ вещей²⁾, то все же передъ нами останется весьма серьезное затрудненіе въ видѣ невозможности услѣдить за переходами движимостей изъ собственности одного лица въ собственность другого. Эта невозможность объясняется тѣмъ, что *юридическая* связь, *юридическое* подчиненіе движимостей собственнику *не видимо, не замѣтно*. Какъ же быть законодателю? — Наилучше цѣлесообразно предоставить каждому приобрѣтателю руководствоваться *видимымъ* подчиненіемъ вещи отчуждателю; а затѣмъ и у приобрѣтателей защищать ихъ *видимое, замѣтное, реальное владѣніе*.

Какое же именно владѣніе можно назвать реальнымъ, это въ каждомъ данномъ случаѣ *quaestio facti*, и здѣсь оцѣнка всей обстановки дѣла должна быть предоставляема судью³⁾. *Laurent* говоритъ: „владѣлецъ претендуетъ на право собственности; поэтому онъ долженъ имѣть вещь подъ руками, чтобъ быть въ состояніи распорядиться ею такъ, какъ это дѣлаетъ собственникъ“⁴⁾. Слѣдовательно, нѣтъ надобности, чтобъ владѣніе было

¹⁾ *Locré*, La législation, XVI, p. 586. *Fenet*, Recueil, XV, p. 600. См. также *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., VIII, S. 285.

²⁾ *Bemmelen*, op. cit., p. 402, note 6, считаетъ этотъ мотивъ неудовлетворительнымъ.

³⁾ *Folleville*, Traité, p. 53. *Poincaré*, Du droit de suite, p. 118, 119.

⁴⁾ *Laurent*, op. cit., XXXII, n. 555.

непрѣмѣнно *материальнымъ, физическимъ* обладаніемъ вещью въ самомъ узкомъ смыслѣ этого слова; напр., не требуется держать вещь непрѣмѣнно въ рукѣ, въ карманѣ, сидѣть на ней и т. п. ¹⁾). Нужно однако, чтобы владѣніе давало приобретателю полную возможность распоряженія вещью и устраненія другихъ, и съ этой точки зрѣнія владѣніе не должно быть ни тайнымъ, ни сомнительнымъ или двусмысленнымъ; оно должно быть явнымъ и имѣть указанный опредѣленный характеръ ²⁾).

А разъ это такъ, то, слѣдовательно, и передача вещи владѣльцу также не должна быть непрѣмѣнно физическимъ врученіемъ вещи изъ рукъ въ руки; пригодны и другіе способы *traditio*, лишь бы только устанавливалось дѣйствительное и исключительное господство надъ вещью въ видѣ собственности. Законъ требуетъ, говорить *Duranton*, реального владѣнія, а не реальной передачи ³⁾). Такимъ образомъ, кромѣ физической передачи вещи изъ рукъ въ руки, въ отдѣльныхъ случаяхъ, смотря по всей обстановкѣ дѣла (но не всегда!), могутъ оказаться достаточными, напр., наложеніе мѣтокъ и печатей, передача ключей отъ того помещенія, гдѣ данная вещь хранится. Но уже ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть признано достаточнымъ одно соглашеніе о переходѣ права собственности, — *constitutum possessorium*, — такъ какъ здѣсь вещь остается въ сферѣ господства отчуждателя, и здѣсь нѣтъ никакихъ внѣшнихъ данныхъ предполагать переходъ права собственности къ приобретателю. Другое дѣло — *traditio brevi manu*: здѣсь вещь находится уже въ рукахъ приобретателя; слѣдовательно, всѣ нужныя внѣшнія данныя уже имѣются на лицо ⁴⁾).

¹⁾ *Dalloz*, *Jurisprudence générale*, t. 36, *Prescr. civile*, n. 269.

²⁾ *Guilouard*, *Prescr.*, II, n. 868. *Planiol*, *Traité*, I, n. 1193. *Troplong*, *Prescr.*, II, n. 1062. *Baudry-Lacantinerie*, *Prescr.*, n. 849 и *Précis*, I, n. 1492.

³⁾ *Duranton*, *Cours*, VI (Пар. изд. X), n. 431.

⁴⁾ *Poincaré*, *Du droit de suite*, p. 121. *Demolombe*, *Cours*, XXIV, *Oblig.*, I, n. 476—481. *Larombière*, *Oblig.*, I, sur l'art. 1141, n. 8. *Folleville*, *Traité*, n. 40, 41. *Buflnoir*, *Propriété et contrat*, p. 365, 366, счита-

Изъ приведенныхъ соображеній вытекаетъ, между прочимъ, что ст. 1606 К. Н. не примѣнима къ изучаемой нами области явленій, хотя она и опредѣляетъ способы передачи движимостей ¹⁾); статья эта имѣетъ совсѣмъ другія цѣли и задачи, а именно: она опредѣляетъ, что должно сдѣлать лицо, обязанное къ передачѣ вещи, для того, чтобы исполнить эту свою обязанность, — чтобы освободиться отъ нея. Мы же рѣшаемъ другой вопросъ: что должно сдѣлать лицо для *приобрѣтенія* реального владѣнія. Словомъ, ст. 1606 имѣетъ въ виду традента, а мы имѣемъ въ виду приобретателя ²⁾).

Указанныя правила передачи имѣютъ въ виду вещи простые. Спрашивается, какъ примѣнять ихъ къ вещамъ сложнымъ? Напр., продается хлѣбъ на корню, лѣсъ на срубъ, фрукты на деревьяхъ. Достаточно ли здѣсь реально овладѣть частью хлѣба, лѣса, фруктовъ, чтобы приобрести право собственности на весь хлѣбъ, лѣсъ, фрукты, или же необходимо овладѣніе предметомъ цѣликомъ, во всей совокупности его частей?

Demolombe высказывался въ пользу перваго мнѣнія ³⁾. Но *Folleville* и *Guilouard* болѣе основательно утверждаютъ, что, при овладѣніи частью сложнаго предмета, только на эту часть и приобретается право собственности; для приобретенія же всего предмета надо и овладѣть всѣмъ предметомъ ⁴⁾. Основываетъ

его передачу ключей во всякомъ случаѣ непригодной для ст. 2279, но это рѣшеніе шаблонно, а потому и не правильно. — Ср. *Poincaré*, *op. cit.*, p. 118, 119.

¹⁾ Вотъ эта статья: „Передача движимыхъ вещей совершается: или передачею самихъ вещей; или передачею ключей отъ строеній, въ которыхъ онѣ находятся; или же простымъ соглашеніемъ сторонъ, если передача не можетъ быть совершена во время самой продажи, или если покупатель уже имѣлъ тѣ вещи въ своей власти по иному основанію“. (Цитирую по изданію Ставскаго).

²⁾ *Folleville*, *Traité*, n. 39, такъ формулируетъ это противоположеніе: ст. 1606 имѣетъ въ виду контрагентовъ, а ст. 2279 и 1141 — третьихъ лицъ. Такъ и *Poincaré*, *Du droit de suite*, p. 118.

³⁾ *Demolombe*, *Cours*, XXIV, *Oblig.*, I, n. 483.

⁴⁾ *Folleville*, *Traité*, n. 45. *Guilouard*, *Prescr.*, II, n. 862.

ся это утверждение на томъ, что законъ требуетъ *реального* владѣнія, которое могло бы быть противопоставлено *третьимъ* лицамъ, а потому ст. 2279 К. Н. можетъ распространяться только на тѣ части сложнаго предмета, которыя уже находятся въ такомъ владѣніи приобретателя, не больше.

До сихъ поръ, рассуждая о понятіи реального владѣнія, мы оставались на почвѣ *гражданскаго* права. Но такъ какъ наша тема касается главнымъ образомъ *торговаго* оборота, то намъ необходимо обратить вниманіе и на особенности этой области.

Именно, въ торговомъ оборотѣ, благодаря особенной быстротѣ его операций и благодаря тому, что тамъ товары приобретаются не для потребленія, а для дальнѣйшей перепродажи, — отчужденіе и приобретение товаровъ совершается по большей части не посредствомъ такой или иной передачи этихъ товаровъ *in natura* (далеко не всегда они находятся подъ руками), а посредствомъ передачи особаго рода *документовъ, представляющихъ собой товары*; сюда относятся коносаменты, накладныя и т. п. — Code de Comm., art. 92, al. 2.

Спрашивается: если кто-либо приобретаетъ отъ не-собственника товаръ не въ натурѣ, а по такого рода документу, то можно ли здѣсь видѣть *реальное владѣніе* товаромъ, необходимое для примѣненія ст. 2279 К. Н.?

Думаемъ, что нѣтъ ¹⁾.

Изъ представленныхъ выше объясненій видно, что ст. 2279 именно не мирится ни съ какой неопредѣленностью; статья эта превращаетъ владѣніе въ право собственности только потому и только тогда, когда реальность этого владѣнія для всѣхъ очевидна и не возбуждаетъ сомнѣній.

Что же касается коносаментовъ, накладныхъ и т. п., то Boistel совершенно правильно говоритъ, что обладаніе ими далеко не даетъ третьимъ лицамъ такой спокойной увѣренности,

¹⁾ Такого мнѣнія держатся: Folleville, Traité, n. 43, Guillouard, Prescr., II, n. 861, Demolombe, Cours, XXIV, Oblig., I, n. 482, Larombière, Oblig., I, sur l'art. 1141, n. 11. Наоборотъ Poincaré, Du droit de suite, p. 120, 121.

какъ реальное владѣніе самими вещами, ибо здѣсь всегда могутъ возникать сомнѣнія: не подложны ли эти документы, дѣйствительны ли подписи на нихъ, существуютъ ли въ дѣйствительности тѣ товары, на которые гласятъ эти документы, и т. д. ¹⁾. Возможно и нѣчто другое: по ошибкѣ выдается два коносамента на одинъ и тотъ же товаръ, и затѣмъ получатель продаетъ товаръ по первому экземпляру одному лицу, а по второму экземпляру — другому лицу; если это другое лицо, кромѣ того, получить еще и товаръ *in natura*, то ему и придется, по ст. 1141 и 2279 К. Н., отдать предпочтеніе передъ первымъ ²⁾, т. е. яко-бы реальное владѣніе этого послѣдняго именно признать *не реальнымъ* ³⁾.

§ 4. b) Animus domini.

Описанное нами реальное владѣніе должно сопровождаться волей приобретателя получить вещь въ собственность: *необходимъ animus domini* ⁴⁾.

¹⁾ Boistel, Manuel, p. 580.

²⁾ Folleville, Traité, p. 60, 61.

³⁾ Нашъ отрицательный отвѣтъ на поставленный вопросъ отнюдь не стоитъ въ противорѣчій со ст. 576 C. de Comm. (см. Folleville, p. 58), которая устраняетъ виндикацію продавца, не получившаго условленной платы, если покущикъ, ввавшій въ несостоятельность, успѣетъ, до прибытія товаровъ, продать ихъ *sine fraude* по фактурамъ и коносаментамъ или накладнымъ. См. Lyon-Caen et Renault, Traité, VIII, p. 128 ss. Thaller, Traité, p. 954, 955. Boistel, Manuel, p. 579, 580. Valabrègue, Nouveau cours, p. 544. Прежде всего здѣсь имѣется въ виду не виндикація въ собственномъ смыслѣ этого слова, а искъ о расторженіи договора купли-продажи вслѣдствіе неуплаты цѣны. Lyon-Caen, *ibid.*, p. 123, 124. А затѣмъ ст. 576 имѣетъ въ виду приобретение отъ собственника, а мы имѣемъ въ виду приобретение отъ не-собственника.

⁴⁾ Laurent, Principes, XXXII, n. 544. Bufnoir, Propriété, p. 359 ss. Baudry-Lacantinerie, Prescription, n. 852 и Précis, I, n. 1492. Ortlieb, Possession des meubles, p. 99. Guillouard, Prescription, II, n. 863. Aubry et Rau, Cours, II, p. 155. Folleville, Traité, n. 32. Dalloz, Juris-

Хотя на это требованіе и нѣтъ прямого указанія въ законѣ, но оно обусловливается самой сущностью дѣла: пріобрѣтеніе права собственности по сдѣлкѣ возможно только тогда, когда пріобрѣтатель *желаетъ* этого, такъ какъ частныя права никому противъ воли не навязываются.

Такъ какъ мы уже допустили возможность пріобрѣтенія, на основаніи ст. 2279 К. Н., не только права собственности, но также закладнаго права и узурфрукта, то необходимо допустить и соотвѣтственное пониманіе *animus'a domini*: это уже не будетъ воля, направленная исключительно на присвоеніе вещи въ собственность; это будетъ воля, направленная вообще на присвоеніе себѣ вещи, все равно, будетъ ли то собственность, закладъ или узурфруктъ; словомъ, это будетъ *animus rem sibi habendi*, — понятіе болѣе широкое и вмѣщающее въ себѣ всѣ указанныя возможности ¹⁾.

Практически очень важнымъ является вопросъ о *доказываніи* наличности этого *animus'a* или его отсутствія. — Кто и что долженъ доказывать? Какія доказательства здѣсь допускаются?

Эти вопросы разрѣшаются общими правилами о доказываніи. Именно: въ той категоріи случаевъ, которая нами здѣсь имѣется въ виду, владѣлецъ движимой вещи всегда является отвѣтчикомъ, къ которому собственникъ этой вещи предъявляетъ искъ о ея возвращеніи. Основаніе этого иска, по общему правилу, должно быть доказано истцомъ. Въ чемъ же можетъ заключаться это основаніе? При общей защитѣ пріобрѣтателей движимостей, это основаніе можетъ заключаться, во 1-хъ, въ

prudence générale, t. 36, Prescript. civile, n. 274. Roth, System, III, S. 351, Anm. 25. Нѣкоторые ученые совсѣмъ умалчиваютъ объ этомъ реквизитѣ, но и не отрицаютъ его, напр., *Planiol*; другіе сливаютъ его съ другими реквизитами: съ титуломъ и добросовѣстностью, напр., *Marcadé, Prescr., p. 249.*

¹⁾ На это и указываетъ *Troplong*, находящій выраженіе *animus domini* не совсѣмъ точнымъ. — *De la Prescription, II, n. 1060.* Но мы въ дальнѣйшемъ все же будемъ пользоваться именно этимъ терминомъ, какъ болѣе краткимъ и специально относящимся къ нашей темѣ.

кражѣ или потерѣ вещи: будетъ ли воромъ или находчикомъ самъ отвѣтчикъ, или кто-нибудь другой, виндикація здѣсь дается *независимо* отъ *animus'a domini*; объ этомъ мы еще будемъ говорить ниже. Во 2-хъ, основаніе можетъ заключаться въ личной обязанности владѣльца возвратить вещь собственнику, — въ томъ, что вещь была получена владѣльцемъ лишь на время: въ поклажу, наемъ и т. п. Доказать же обязанность владѣльца возвратить вещь значитъ доказать *отсутствіе* у него *animus'a domini*, такъ какъ всякое утвержденіе, что у владѣльца есть *animus domini*, рѣшительно и окончательно разобьется о такія объективныя противоположенія, какъ сдѣлки найма, поклажи и т. п.: въ такой обстановкѣ право не допускаетъ *animus'a domini* ¹⁾.

Такова та цѣль, по которой долженъ бить въ своемъ процессѣ собственникъ-истецъ.

Что же касается владѣльца, то онъ, какъ отвѣтчикъ, не долженъ доказывать *наличности* у себя *animus'a domini*: при владѣннн этотъ *animus* самъ собою предполагается (*beati possidentes!*); отвѣтчикъ ограничится лишь отклоненіемъ и опроверженіемъ доказательствъ, представляемыхъ истцомъ ²⁾.

Теперь слѣдующій вопросъ: какъ или чѣмъ можно доказывать отсутствіе *animus'a domini*?

Если истецъ-собственникъ указываетъ на контрактъ (найма, поклажи и т. п.), въ силу котораго вещь должна быть возвращена ему, то въ этомъ случаѣ, при сдѣлкѣ не-торговой и при цѣнѣ вещи, превышающей 150 фр., допускается представленіе только письменныхъ доказательствъ. — Ст. 1341 К. Н. и ст. 109 К. Т. ³⁾. Свидѣтельскія же показанія допускаются здѣсь лишь по исключенію, когда письменный документъ не могъ быть состав-

¹⁾ См. *Ihering, Der Besitzwille.*

²⁾ *Aubry et Rau, Cours, II, p. 155. Laurent, Principes, XXXII, p. 566, 567. Guillouard, Prescr., II, n. 864. Baudry-Lacantinerie, Prescr., n. 853.*

³⁾ Ст. 1341 К. Н.: „Во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда предметъ договора превышаетъ сумму или цѣнность ста пятидесяти франковъ, не исключая и добровольной поклажи, долженъ быть составленъ но-

лень.—Ст. 1348 К. Н. ¹⁾). И только при цѣнѣ вещи ниже 150 фр. (а при сдѣлкахъ торговыхъ независимо отъ суммы) свидѣтельскія показанія допускаются неограниченно.

Если же истецъ-собственникъ указываетъ на деликтъ или quasi-деликтъ, какъ на основаніе своего требованія о возвращеніи вещи, то въ такомъ случаѣ закономъ допускаются всякія доказательства безъ ограниченій ²⁾).

таріальный или частный актъ, и вовсе не допускается доказательство посредствомъ свидѣтелей ни противъ содержанія актовъ, ни въ ихъ дополненіе, ни въ подтвержденіе того, что яко-бы было говорено до составленія актовъ, во время и послѣ сего, хотя бы дѣло шло о суммѣ или цѣнности менѣе ста пятидесяти франковъ. Все это не отмѣняетъ постановленій, касающихся отношеній торговыхъ“. А французскій Торговый Кодексъ въ ст. 109 постановляетъ: „Купля и продажа удостовѣряются: — актами официальными, — актами частными, — свидѣтельствомъ (*bordereau*) или счетомъ биржевого агента или маклера, съ надлежащими подписями сторонъ, — принятою накладною (*facture*), — перепискою, — книгами сторонъ, — показаніями свидѣтелей, въ случаѣ когда судъ считаетъ это доказательство возможнымъ“. (Цитирую эти статьи по изданію Ставскаго).

¹⁾ Ст. 1348 К. Н.: „Изъ тѣхъ же правилъ дѣлается, кромѣ того, исключеніе во всѣхъ случаяхъ, когда кредитору было невозможно достать письменнаго доказательства въ подтвержденіе обязательства, возникшаго въ его пользу. Это второе исключеніе примѣняется: 1) къ обязательствамъ, возникающимъ изъ какъ-бы договоровъ (*quasi-contrats*), изъ проступковъ (*délits*) и изъ какъ-бы проступковъ (*quasi-délits*); 2) къ поклажѣ необходимой, въ случаѣ пожара, разрушенія, смятенія и кораблекрушенія, а также въ случаѣ отдачи вещей на сохраненіе путешественниками во время ихъ пребыванія въ гостинницахъ, — принимая во вниманіе всякій разъ свойство лицъ и обстоятельства событія; 3) къ обязательствамъ, заключеннымъ при непредвидѣнныхъ обстоятельствахъ, когда невозможно было бы совершить письменнаго акта; 4) къ случаямъ, когда кредиторъ, вслѣдствіе событія случайнаго, непредвидѣннаго и вызваннаго непреодолимою силою, утратилъ документъ, служившій ему письменнымъ доказательствомъ“. (Тотъ же переводъ).

²⁾ *Laurent*, Principes, XXXII, n. 550. *Baudry-Lacantinerie*, Prescr., n. 853, 863 *Guillouard*, Prescr., II, n. 865 ss. *Aubry et Rau*, Cours, II, p. 155, 156. *Ortlieb*, Possession des meubles, p. 99—101.

Итакъ, можно сказать, что въ случаяхъ кражи и потери *animus domini* безразличенъ, и только въ остальныхъ случаяхъ онъ необходимъ; но здѣсь, кромѣ этого субъективнаго условія, необходимо еще и другое, объективное: необходимо *отсутствіе личной обязанности владѣльца къ возвращенію вещи* ¹⁾). Это двѣ стороны одного и того же дѣла, какъ это правильно отмѣчаетъ *Guillouard*; онъ выставляетъ оба эти условія отдѣльно, но тутъ же и оговаривается, что отсутствіе обязанности возвратить вещь въ сущности сливается съ *animus*’омъ *domini*; выставляются же они отдѣльно лишь для большей рельефности ²⁾).

§ 5. c) *Justus titulus*.

Итакъ, собственникъ-истецъ можетъ противопоставить владѣльцу-отвѣтчику объективно дѣйствительную сдѣлку найма, ссуды и т. п. и этимъ лишить его защиты 1-ой части ст. 2279. Значитъ, существованіе такой сдѣлки имѣетъ существенное значеніе для собственника-истца.

Теперь спрашивается: можно ли, *mutatis mutandis*, то же самое сказать о владѣльцѣ-отвѣтчикѣ? А именно, спрашивается: нужно ли, чтобъ владѣніе пріобрѣтателя имѣло въ своемъ основаніи *justus titulus*, т. е. чтобы это владѣніе было пріобрѣтено на основаніи объективно существующей и дѣйствительной сдѣлки? Нужно ли, чтобъ владѣніе пріобрѣтателя покоилось на объективно дѣйствительномъ правооснованіи, т. е. на „юридическомъ фактѣ, переносящемъ право собственности“? ³⁾

Новѣйшіе ученые отвѣчаютъ на этотъ вопросъ отрицательно ⁴⁾, и съ этимъ нельзя не согласиться.

¹⁾ *Delsol*, *Zasady*, II, str. 618.

²⁾ *Guillouard*, *Prescr.*, II, n. 860, 869¹⁾.

³⁾ Такое опредѣленіе титула даетъ *Laurent*, *Cours*, IV, p. 452: *Le titre est le fait juridique qui transfère la propriété*. См. и *Poincaré*, *Du droit de suite*, p. 129.

⁴⁾ *Laurent*, *Principes*, XXXII, p. 574. *Folleville*, *Traité*, n. 33. *Baudry-Lacantinerie*, *Prescr.*, n. 877. *Guillouard*, *Prescr.*, II, n. 877.

Въ самомъ дѣлѣ, прямого требованія титула въ законѣ нѣтъ; даже наоборотъ: ст. 2279 говоритъ, что *владѣніе* само по себѣ уже является титуломъ для пріобрѣтателя; слѣдовательно, для другого титула даже нѣтъ мѣста, да онъ былъ бы и лишнимъ: двухъ титуловъ не требуется. Однако изъ этого еще не слѣдуетъ, что пріобрѣтатель можетъ совершенно игнорировать вопросъ о титулѣ¹⁾; реальное владѣніе само по себѣ есть лишь бездушный *corpus*; необходимъ еще одухотворяющій его *animus*, о которомъ мы говорили выше, а этотъ *animus* долженъ откуда-нибудь черпать свое содержаніе: считаетъ ли себя пріобрѣтатель собственникомъ по куплѣ-продажѣ, даренію и т. п., или же онъ считаетъ себя лишь закладоприемателемъ или узуфруктуаріемъ,—на всѣ эти вопросы отвѣтъ даетъ намъ та сдѣлка, при которой пріобрѣтается реальное владѣніе, но такъ какъ это реальное владѣніе, въ силу ст. 2279, само уже является титуломъ пріобрѣтенія права собственности или заклада или узуфрукта, и такъ какъ при наличности одного титула требовать еще другого нѣтъ никакого основанія, то отсюда тотъ прямой выводъ, что при наличности владѣнія нѣтъ надобности, чтобъ та сдѣлка, при которой это владѣніе пріобрѣтено, была дѣйствительной; а это значитъ, что указанная сдѣлка можетъ быть и мнимой, воображаемой, или, говоря другими словами, вполне достаточно титулъ *путативный*, *titulus putativus*: полное отсутствіе сдѣлки или уничтожающіе ее пороки покрываются владѣніемъ.

Таково, повторяю, ученіе новѣйшихъ французскихъ цивилистовъ. Въ прежнее же время *Marcadé, Mourlon, Demolombe* и др. утверждали, что необходимъ именно *justus titulus*²⁾. Это

Bufoir, Propriété, p. 366. *Ortlieb*, op. cit., p. 104, 105. *Carlin, Niemand kann...*, S. 62. *Poincaré*, op. cit., p. 129 ss. *Bemmelen, Propriété mobilière*, p. 418.

¹⁾ *Zachariä, Handbuch*, I, § 122, Anm. 2.

²⁾ *Marcadé, Prescr.*, p. 248, 249. *Mourlon, Répétitions*, III, p. 748—750. *Demolombe, Cours*, IX, n. 622. *Gérard, Code civil, sur l'art. 2279*. Сюда же принадлежитъ и *Delsol, Zasadu*, II, str. 617, 618; но онъ говоритъ, что *just. titulus* всегда подразумѣвается, лишь бы не было показано противное.

ихъ ученіе основывалось на той конструкціи, которую они придавали изучаемому явленію, именно,—они здѣсь видѣли *моментальную давность*, — *prescription instantanée*, — а потому и считали необходимыми всѣ установленныя закономъ для давности условія, кромѣ срока; въ числѣ же этихъ условій находится, какъ извѣстно, и *justus titulus*¹⁾.

Однако эта теорія моментальной давности, и прежде не пользовавшаяся общимъ признаніемъ, теперь уже оставлена совершенно²⁾, а съ ея паденіемъ падаетъ и ея послѣдствіе, т. е. требованіе объективно дѣйствительнаго титула.

Demolombe, кромѣ того, выставляетъ и практическія соображенія въ пользу своего мнѣнія. Онъ говоритъ: *justus titulus* необходимъ потому, что иначе получатся невозможные результаты: мнимый наслѣдникъ захватитъ *bona fide* наслѣдство и сейчасъ же сдѣлается собственникомъ чужихъ вещей; то же пришлось бы сказать и о получившемъ недолжную вещь *pro soluto*.

Однако эти опасенія совершенно напрасны³⁾. — Наслѣдство, поскольку оно состоитъ изъ движимостей, представляетъ изъ себя вещь *собирательную*, *universitas juris*, а на такіе объекты, какъ увидимъ въ своемъ мѣстѣ ниже, дѣйствіе ст. 2279 не распространяется. Затѣмъ, что касается уплаты недолжнаго, то на этотъ случай ст. 1376 К. Н. даетъ особый искъ, *condictio indebiti*, и этотъ искъ, какъ искъ *личнѣй*, не устраняется ст. 2279, устраняющей только иски вещные⁴⁾.

Итакъ, *justus titulus* не нуженъ. А разъ онъ не нуженъ, то, слѣдовательно, и вопроса объ обязанности пріобрѣтателя доказывать наличность этого титула быть не можетъ⁵⁾; пріобрѣ-

¹⁾ Такова общепризнанная особенность французскаго права, отличающая его отъ права римскаго. *Laurent, Principes*, XXXII, n. 399. *Zachariä, Handbuch*, I, S. 603.

²⁾ Подробности см. въ отдѣлѣ о конструкціи.

³⁾ *Ortlieb, Possession des meubles*, p. 104, 105.

⁴⁾ Подробности см. въ отдѣлѣ о дѣйствіи ст. 2279.

⁵⁾ *Baudry-Lacantinerie, Prescr.*, n. 877. *Troplong, Prescr.*, II, n. 1052.

татель можетъ только *объяснить*: титуломъ чего является его владѣніе: права собственности, заклада, usufrukta. Возложить же на владѣльца *onus probandi* по вопросу о титулѣ значило бы прямо уничтожить ст. 2279, что, само собой разумѣется, не возможно ¹⁾. Освобожденіе владѣльца отъ *onus*'а *probandi* имѣетъ и другое немаловажное значеніе: иногда у владѣльца *est justus titulus*, но только *доказать* его нѣтъ возможности или, по крайней мѣрѣ, очень трудно; въ такихъ случаяхъ владѣлецъ также найдетъ защиту у той же самой ст. 2279 ²⁾.

Итакъ, если наличность *дѣйствительнаго* титула безразлична, то отсюда вытекаетъ, что не можетъ быть вопроса и о томъ, пригодны ли для примѣненія ст. 2279 титулы *дарственные*: возмездность и безмездность приобрѣтенія также безразличны для французскаго права ³⁾.

§ 6. d) *Bona fides*.

Теперь мы переходимъ къ слѣдующему важному вопросу: нужна ли *добросовѣстность* для приобрѣтенія права собственности по ст. 2279 К. Н.?

¹⁾ *Guillouard*, Prescr., II, n. 877.

²⁾ Какъ въ подобныхъ же случаяхъ дѣйствительные собственники пользуются давностью.

³⁾ *Folleville*, Traité, n. 55 bis. *Poincaré*, Du droit de suite, p. 147. Хотя ст. 931 К. Н. и требуетъ письменной формы для дѣйствительности даренія, тѣмъ не менѣ французская литература считаетъ дѣйствительными и неформальныя даренія, — *les donations manuelles*, — совершаемыя простой передачей вещи изъ рукъ въ руки. А потому и здѣсь имѣются всѣ основанія для примѣненія ст. 2279 К. Н. *Bressolles*, Dons manuels, n. 253. *Testoud*, Revue critique, XII, p. 390. *Saintes-Lescot*, Des donations, III, n. 583, 584. *Poujol*, Traité des donations, I, p. 323. *Guilhon*, Traité des donations, I, n. 441, 448, 450. *Labbé*, Revue critique, XIII, p. 650. — Какое значеніе имѣлъ дарственный характеръ приобрѣтенія по прусскому Landrecht'у, мы уже видѣли выше.

Господствующее мнѣніе отвѣчаетъ на этотъ вопросъ утвердительно ¹⁾, и лишь немногіе изъ цивилистовъ даютъ отрицательный отвѣтъ ²⁾.

Необходимость добросовѣстности выводится изъ признаваемой почти всѣми неразрывной связи между ст. 2279 и 1141 ³⁾: послѣдняя, представляя изъ себя частное примѣненіе общаго принципа, выраженнаго въ первой, требуетъ добросовѣстности; слѣдовательно, добросовѣстность необходима принципиально. Таково основаніе въ законѣ. Кромѣ того, требованіе добросовѣстности оправдывается и соображеніями справедливости: законъ стремится поддержать твердость оборота, защищая добрую вѣру въ сдѣлкахъ, и совсѣмъ не имѣетъ въ виду давать въ руки людей злонамѣренныхъ средство къ легкой наживѣ на

¹⁾ *Laurent*, Principes, XXXII, p. 578—580. *Folleville*, Traité, n. 27. *Bufnoir*, op. cit., p. 365. *Planiol*, Traité, I, n. 1193. *Guillouard*, Prescr., II, n. 860, 874. *Baudry-Lacantinerie*, Prescr., n. 871, 872 и *Précis*, I, n. 1494. *Demolombe*, Cours, XXIV, Oblig., I, n. 469, 474. *Larombière*, Oblig., I, sur l'art. 1141, n. 6, 16. *Duranton*, Cours, VIII (Пар. изд., t. 15), n. 285, t. XI (Пар. изд., t. 21), n. 97. *Marcadé*, Prescr., p. 248—251. *Mourlon*, Rép. écr., III, p. 748. *Troplong*, Prescr., II, n. 1061. *Merlin*, Répertoire, t. 29, p. 411. *Dalloz*, Jurispr. gén., t. 36, Prescr. civile, n. 268, t. 43, Vente, n. 513. *Griole et Vergé*, Supplém., t. 18, Vente, n. 239. *Virgile*, Propriété mobilière, p. 245, 249. *Gérard*, Code civil expliqué, sur l'art. 2279. *Carlin*, op. cit., S. 62. *Kohler*, Abhandlungen, S. 291, Anm. *Otto Mayer*, Die dingl. Wirkung, S. 12—15, 33. *Glasson*, Éléments, I, p. 406. *Delsol*, Zasadý, II, str. 618. Ср. *Franken*, Pfandrecht, I, S. 292, Anm. 4. *Stobbe*, Handbuch, II, 1, S. 270. *Randa*, Eigentumsrecht, S. 336, Anm. 12. *Васюковскій*, Журн. Мин. Юст., 1895, I, стр. 70.

²⁾ *Aubry et Rau*, Cours, II, § 183, note 29. *Zachariä*, Handbuch, I, § 122, Anm. 2, 7. *Renaud*, Krit. Zeitschr., XVII, S. 157. *Rauter*, Revue de législation, V, p. 138, 139. *Ortlieb*, op. cit., p. 106—111. У послѣдняго сведены всѣ важнѣйшія соображенія, по которымъ *bona fides* считается не нужной. *Poincaré*, Du droit de suite, p. 122—125. *Bemmelen*, Propriété mobilière, p. 418, 429. *Roth*, System, III, S. 351, Anm. 26. *Beseler*, System, S. 311.

³⁾ См. между прочимъ *Carlin*, op. cit., S. 63, Anm. 221. *Chauveau*, Revue crit., 1893, p. 601 ss. *Baudry-Lacantinerie*, Précis, I, n. 1494.

чужой счетъ, или, какъ говорить *Marcadé*, законъ извиняетъ ошибку, но не потворствуетъ обману.

Наконецъ, на необходимость добросовѣстности указывалъ и *Portalis* при предварительномъ обсужденіи нашего вопроса въ законодательномъ собраніи ¹⁾.

Таковы основанія, по которымъ *bona fides* считается необходимой.

Однако, какъ сказано выше, нѣкоторые ученые считаютъ это требованіе неосновательнымъ. По какимъ соображеніямъ?

Самое важное изъ нихъ состоитъ въ томъ, что будто-бы нельзя въ ст. 1141 искать объясненія для ст. 2279, — потому нельзя, что ст. 1141 даетъ лишь частное примѣненіе принципа, самый же принципъ выраженъ въ ст. 2279, которая была редактирована *позже*; поэтому для рѣшенія нашего вопроса надо обращаться *исключительно* къ ст. 2279, а эта статья довольствуется однимъ лишь владѣніемъ и добросовѣстности не требуетъ; если же законъ не дѣлаетъ различій между *bona* и *mala fides*, то не должны его дѣлать и мы ²⁾.

Эта аргументація очевидно основывается на слѣдующихъ правилахъ толкованія:

а) статьи, редактированныя позже, не могутъ быть толкуемы статьями того же кодекса, редактированными раньше;

б) статьи, выражающія общій принципъ, не могутъ быть разъясняемы статьями, регулирующими случаи частнаго примѣненія общаго принципа.

Съ этими приемами толкованія отнюдь нельзя согласиться потому, что правильными являются диаметрально противоположные приемы. — При толкованіи отдѣльныхъ нормъ каждый кодексъ долженъ разсматриваться какъ одно цѣлое...; но буду говорить словами проф. Васьковского: „Каждая норма представляетъ собою только звено въ общей цѣпи законодательства и соединена съ другими нормами болѣе или менѣе тѣсными ло-

¹⁾ *Fenet, Recueil, I, p. 513.*

²⁾ См. *Ortlieb, op. cit., p. 108.*

гическими узами... Логическое отношеніе между нормами бываетъ различно: одна норма можетъ развивать и дополнять другую, распространять или ограничивать ее въ томъ либо иномъ направленіи, подтверждать и обосновывать или, наконецъ, прямо противорѣчить ей”. Въ чемъ же состоитъ логическая связь между нормами? Въ чемъ она выражается?— „...логическая связь состоитъ въ томъ, что нормы соприкасаются между собою своимъ содержаніемъ, значитъ, она заключается въ самомъ содержаніи нормъ... Поэтому... логическій элементъ имѣетъ столь же безусловно обязательный характеръ, какъ и все вообще содержаніе нормъ” ¹⁾.

Существуетъ ли логическая связь въ указанномъ смыслѣ между ст. 2279 и 1141?— Несомнѣнно: и тамъ, и здѣсь устанавливается норма „*la possession vaut titre*” на случай приобрѣтенія движимости отъ не-собственника. Въ чемъ выражается логическое соотношеніе между этими двумя статьями?— Ст. 1141 ограничиваетъ ст. 2279 требованіемъ реальности и добросовѣстности владѣнія. Слѣдовательно? — Правильно господствующее мнѣніе.

Нельзя далѣе согласиться и съ тѣмъ объясненіемъ, которое *Aubry, Rau, Poincaré* и *Ortlieb* даютъ ст. 1141 самой по себѣ. Они говорятъ: если второй приобрѣтатель недобросовѣстенъ, то первый можетъ предъявить къ нему не виндикацію, а *личный* искъ о реституціи вещи, основанный на статьяхъ 1382 и 1383 К. Н. ²⁾.

Конечно, нельзя отрицать, что каждый потерпѣвшій вообще имѣетъ право требовать возмѣщенія причиненныхъ ему незаконно и *mala fide* убытковъ. Но въ то же время и въ нашемъ казусѣ нельзя лишать перваго приобрѣтателя той виндикаціи,

¹⁾ *Васьковский, Ученіе о толкованіи, стр. 78 и 132.*

²⁾ Ст. 1382: „Всякое дѣйствіе чловѣка, причиняющее другому вредъ, обязываетъ то лицо, по винѣ котораго вредъ произошелъ, вознаграждать за оный“. Ст. 1383: „Каждый отвѣчаетъ за вредъ, причиненный не только его личнымъ дѣйствіемъ, но и его небрежностью и неосторожностью“. (Цитирую по изданію Ставскаго).

которая также ему принадлежит. Въ силу принятой французскимъ правомъ системы соглашения (ст. 1138 и 1583), первый приобрѣтатель въ моментъ заключенія договора уже сдѣлался собственникомъ данной движимости, и онъ лишается этого права только въ томъ случаѣ, если *второй* приобрѣтатель сдѣлается собственникомъ, а для этого второму приобрѣтателю нужно получить ту же самую вещь отъ того же самаго отчуждателя въ свое реальное владѣнiе cum animo domini и bona fide. Если же одного изъ этихъ условій нѣтъ, — въ данномъ случаѣ идетъ рѣчь о добросовѣстности, — то второй приобрѣтатель, сдѣлавшись владѣльцемъ вещи, права собственности на нее не получитъ; слѣдовательно, собственникомъ какъ былъ, такъ и останется *первый* приобрѣтатель, а разъ онъ собственникъ, то ему принадлежит *виндикаціонный* искъ противъ всякаго, кто безъ законнаго основанія удерживаетъ у себя его вещь, а таковымъ и является въ данномъ случаѣ второй приобрѣтатель.

Такимъ образомъ ограничивать перваго приобрѣтателя однимъ лишь личнымъ искомъ нѣтъ никакого основанія, тѣмъ болѣе, что это различіе въ искахъ, какъ замѣчаютъ *Poincaré* и *Ortlieb* ¹⁾, имѣетъ и практически важное значеніе, напр., въ случаѣ несостоятельности владѣльца вещи: съ виндикаціей можно отобрать свою вещь in natura, а съ личнымъ искомъ приходится конкурировать съ остальными кредиторами несостоятельнаго и довольствоваться лишь большей или меньшей долей цѣнности вещи.

Далѣе *Ortlieb* указываетъ на ту яко-бы непоследовательность, которая получается при указанномъ толкованіи ст. 1141; именно, при этомъ толкованіи выходитъ, что приобрѣтатель *bonae fidei*, продавши вещь приобрѣтателю *bonae fidei*, можетъ ухудшить положеніе виндиканта-собственника: противъ приобрѣтателя *bonae fidei* виндикаціи нѣтъ, хотя противъ его аuctor'а она была возможна, — результатъ яко-бы не совмѣстимый съ понятіемъ вещнаго иска.

¹⁾ *Poincaré*, op. cit., p. 125 ss. *Ortlieb*, op. cit., p. 110.

Однако ничего несомнѣнимаго здѣсь нѣтъ: каждый искъ имѣетъ свои особыя условія примѣненія; разъ эти условія измѣняются, то отпадаетъ и самый искъ.

Если сказанное de lege lata правильно, то уже сами собой падаютъ и остальные два соображенія, приводимыя противъ требованія добросовѣстности. Именно, первое изъ нихъ говоритъ: *древнее* французское право не требовало добросовѣстности.

Правда, ни *Lex Salica*, ни *Sachsenspiegel*, ни даже *Bourjon* относительно практики *Châtelet* ничего не говорили о необходимости *bona fides*. Но не дѣло науки, говорить *O. Mayer*, проповѣдывать возвращеніе назадъ, когда дѣйствующее право не согласуется съ нормами, отошедшими въ исторію; наоборотъ, наука должна признать въ такомъ случаѣ дальнѣйшій шагъ впередъ ¹⁾. Да кромѣ того, и мнѣнія о практикѣ *Châtelet*, изъ которой почерпнута 1-я часть ст. 2279, не сходятся: какъ мы видѣли выше, *Valin* и *Denisart* считали добросовѣстность необходимой. Въ этомъ послѣднемъ смыслѣ высказывается и *Kohler* ²⁾. Во всякомъ случаѣ безусловно вѣрно одно: дѣйствующіе законы нельзя отиѣнять исторіей. — Прежде не было, а теперь есть!

Второе соображеніе, приводимое противъ требованія *bona fides*, говоритъ: *мотивы*, лежащіе въ основѣ ст. 2279, не требуютъ добросовѣстности. Но выше мы уже приводили и мотивы, состоящіе изъ соображеній справедливости, и мотивы, высказанные официально *Portalis*'омъ: и по тѣмъ, и по другимъ *bona fides* оказывается, вопреки опровергаемому здѣсь соображенію, необходимой.

Послѣ всего сказаннаго необходимость добросовѣстности мы считаемъ доказанной окончательно.

Спрашивается теперь: въ чемъ состоитъ *bona fides* по французскому праву? Нужно ли здѣсь *положительное убѣжденіе*, что отчуждатель является собственникомъ данной вещи (говоримъ примѣнительно къ ст. 2279), или же достаточно *незна-*

¹⁾ *O. Mayer*, Die dingl. Wirkung, S. 13 f.

²⁾ *Kohler*, Zeitschr. f. vergl. Rechtswissenschaft, III, S. 305.

ня объ отсутствіи права собственности у отчуждателя? — По ст. 550 К. Н. оказывается правильнымъ последнее ¹⁾.

Затѣмъ возникаетъ слѣдующій вопросъ: въ какой именно моментъ должна быть на лицо добросовѣстность? Нужна ли она уже въ моментъ заключенія сдѣлки, или же она должна имѣть мѣсто только въ моментъ перехода вещи въ реальное владѣніе приобрѣтателя?

Мнѣнія по этому вопросу расходятся ²⁾.

Larombière полагаетъ, что bona fides приобрѣтателя нужна только въ моментъ заключенія сдѣлки, такъ какъ, по ст. 2269 К. Н., „достаточно, чтобы добросовѣстность существовала въ моментъ приобрѣтенія“; приобрѣтеніе же, въ виду ст. 1138 и 1583 К. Н., происходитъ именно въ моментъ заключенія сдѣлки ³⁾.

Это мнѣніе не можетъ быть принято по слѣдующимъ основаниямъ.

По ст. 1138 и 1583, право собственности на вещи движимыя переходитъ въ моментъ соглашенія лишь при томъ условіи, что самъ отчуждатель является собственникомъ; въ противномъ же случаѣ право собственности приобрѣтается, по ст. 2279 и 1141, только при передачѣ вещи въ реальное владѣніе приобрѣтателя: приобрѣтеніе совпадаетъ съ traditio. Слѣдовательно, въ виду ст. 2269, добросовѣстность оказывается нужной не въ моментъ заключенія договора, какъ думаетъ *Larombière*, а въ моментъ передачи вещи, при чемъ этотъ послѣдній моментъ и является единственно важнымъ.

¹⁾ Ст. 550: „Владѣлецъ признается добросовѣстнымъ, если владѣть какъ собственникъ въ силу такого правооснованія, переводящаго право собственности, недостатки котораго ему неизвѣстны. Онъ перестаетъ быть добросовѣстнымъ владѣльцемъ съ того времени, когда недостатки эти сдѣлались ему извѣстны“. (Цитирую по изданію Ставскаго). *Laurent, Principes, XXXII, n. 406 ss. Folleville, Traité, p. 39.*

²⁾ *Baudry-Lacantinerie, Prescr., n. 874.*

³⁾ *Larombière, Oblig., I, n. 6, 16.* Однако у автора этотъ взглядъ не выдержанъ.

Кромѣ того, въ пользу послѣдняго мнѣнія, которое является господствующимъ ¹⁾ и, какъ мнѣ кажется, вполне правильнымъ, приводятся и другія соображенія. Во 1-хъ, специально относящаяся къ нашему вопросу ст. 1141 (позволяемъ себѣ считать это установленнымъ) въ концѣ говоритъ: „лишь бы только владѣніе было добросовѣстнымъ“; о владѣніи же можетъ быть рѣчь только при передачѣ, а никакъ не при заключеніи договора. Во 2-хъ, то же самое выражено и въ ст. 2279: владѣніе равносильно титулу; слѣдовательно, моментъ установленія владѣнія и является рѣшающимъ.

Но за то и съ другой стороны, послѣ этого момента знаніе или незнаніе приобрѣтателя объ отсутствіи права собственности у его auctor'a является уже безразличнымъ: mala fides superveniens non nocet; приобрѣтатель уже сдѣлался собственникомъ, и всѣ дефекты его приобрѣтенія уже погашены ²⁾.

А если это такъ, то отсюда вытекаетъ и дальнѣйшее слѣдствіе: при новомъ отчужденіи вещи, приобрѣтенной подъ охраной ст. 2279 К. Н., уже нѣтъ никакихъ оснований требовать добросовѣстности и отъ новаго приобрѣтателя: послѣдній приобрѣтаетъ вещь отъ настоящаго собственника по ст. 1138, 1583 и др., а ст. 2279 со своими реквизиатами остается въ сторонѣ ³⁾.

Наконецъ, послѣдній вопросъ относительно bona fides, — вопросъ о доказываніи.

Долженъ ли приобрѣтатель, ссылающійся на ст. 2279, доказывать свою добросовѣстность? — Нѣтъ, bona fides всегда подразумѣвается, а потому истецъ, оспаривающій приобрѣтеніе, долженъ доказывать, что вещь приобрѣтена mala fide ⁴⁾.

¹⁾ *Laurent, Principes, XXXII, n. 561. Folleville, Traité, n. 30. Guillouard, Prescr., II, n. 875. Demolombe, Cours, XXIV, Oblig., I, n. 475. Baudry-Lacantinerie, Précis, I, n. 1496.*

²⁾ *Guillouard, Prescr., II, n. 876. Baudry-Lacantinerie, loc. cit.*

³⁾ *Baudry-Lacantinerie, Prescr., n. 876.*

⁴⁾ C. civ., art. 2268: La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver. *Guillouard, loc. cit. Baudry-Lacantinerie, Prescr., n. 876.*

§ 7. е) Субъекты.

Теперь переходимъ къ вопросу о *субъектахъ*, которые фигурируютъ при примѣненіи 1 части ст. 2279 К. Н.:—кто и противъ кого можетъ ссылаться на указанную статью?

Остановимся сначала на первомъ вопросѣ.

Конечно, прежде всего, ссылаться на ст. 2279 можетъ тотъ, кто удовлетворяетъ указаннымъ условіямъ: добросовѣстный и реальный владѣлец *suis animo domini*¹⁾. И наоборотъ, *не* можетъ ссылаться на ст. 2279 тотъ, кто является такимъ прекарнымъ детенторомъ, который по договору обязанъ возвратить вещь собственнику; здѣсь у детентора нѣтъ ни владѣнія, ни *animus'a domini*, ни добросовѣстности, а у собственника есть *личный* искъ о возвращеніи вещи, а ст. 2279 не устраняетъ этого иска, такъ какъ она уничтожаетъ только *вещные* иски: *rei vindicatio*²⁾.

Однако не одинъ только добросовѣстный и реальный владѣлец *suis animo domini* можетъ ссылаться на ст. 2279. Дѣло въ томъ, что въ приобрѣтеніи права собственности владѣльцемъ могутъ быть заинтересованы и другія лица, а именно — *кредиторы владѣльца*: увеличеніе актива послѣдняго даетъ больше шансовъ первымъ на удовлетвореніе ихъ требованій; статья же 1166 К. Н. даетъ кредиторамъ право „осуществлять всѣ права и иски должника, съ изъятіемъ тѣхъ, которые исключительно связаны съ его личностью”. Разъ общее правило таково, и для ст. 2279 исключенія не сдѣлано, и никакого строго личнаго отношенія здѣсь нѣтъ,—значитъ, это правило дѣйствуетъ и здѣсь³⁾.

Но что, если должникъ *отречется* отъ своего права, вытекающаго изъ ст. 2279? — Ст. 1167 позволяетъ кредиторамъ оспаривать такое отреченіе и настаивать на примѣненіи въ пользу владѣльца ст. 2279⁴⁾.

¹⁾ Folleville, Traité, n. 48.

²⁾ Planiol, Traité, I, n. 1190. Ortlieb, Possession des meubles, p. 99.

³⁾ Zachariä, Handbuch, I, S. 338. Poincaré, Du droit de suite, p. 153, 154.

⁴⁾ Folleville, Traité, n. 49. Poincaré, op. cit., p. 154.

До сихъ поръ мы имѣли въ виду кредиторовъ, которые еще не приступили ко взысканію (*saisie-exécution*); но вотъ представимъ себѣ, что на имущество должника уже наложенъ арестъ, и готовится продажа для удовлетворенія изъ вырученной суммы претензій кредиторовъ. Спрашивается, могутъ ли кредиторы въ этомъ случаѣ требовать примѣненія ст. 2279 къ такимъ вещамъ, которыя хотя и были еще до наложенія на нихъ ареста отчуждены должникомъ, но по какой-нибудь причинѣ (поклажа, наемъ и т. п.) остались еще въ его владѣніи (*constitutum possessorium*), почему и подпали аресту? На этотъ вопросъ всѣ отвѣчаютъ отрицательно, такъ какъ, въ виду ст. 1138 и 1583 К. Н., приобрѣтатели этихъ вещей уже являются собственниками ихъ; слѣдовательно, всѣ эти вещи уже не принадлежатъ къ имуществу должника, а потому и его кредиторы не могутъ уже предъявлять никакихъ правъ на эти вещи: они не могутъ имѣть правъ больше, чѣмъ ихъ имѣетъ ихъ должникъ¹⁾. Къ этому же результату приводитъ и ст. 608 Code de procéd. civile, которая даетъ собственнику арестованнаго у другого лица имущества право воспренятствовать продажѣ его²⁾.

Только *Toullier* и *Troplong* отвѣчали въ обратномъ смыслѣ, но это потому, что они держались отступающаго взгляда на переходъ права собственности: по ихъ мнѣнію, договоръ переноситъ право собственности только „между сторонами” (*entre les parties*, art. 1583); для того же, чтобъ это право собствен-

¹⁾ Laurent, Principes, XXXII, p. 575, 576. Folleville, Traité, n. 78. Aubry et Rau, Cours, II, § 183, p. 158, note 32. Ortlieb, op. cit., p. 103. Bufnoir, Propriété, p. 361. Guillouard, Preser., II, n. 872. Baudry-Lacantinerie, Preser., n. 866. Larombière, Oblig., I, sur l'art. 1141, n. 18. Demolombe, Cours, XXIV, Oblig., I, n. 472.

²⁾ Art. 608 C. de pr. civ.: Celui qui se prétendra propriétaire des objets saisis, ou de partie d'iceux, pourra s'opposer à la vente par exploit signifié au gardien, et dénoncé au saisissant et au saisi, contenant assignation libellée et l'énonciation des preuves de propriété, à peine de nullité: il y sera statué par le tribunal du lieu de la saisie, comme en matière sommaire. Le réclamant qui succombera sera condamné, s'il y échet, aux dommages et intérêts du saisissant.

ности могло быть противопоставлено и третьимъ лицамъ, необходима *traditio* ¹⁾). Теперь этотъ взглядъ оставленъ, какъ совершенно неправильный, а потому падаетъ и указанное отступающее мнѣніе.

Наконецъ, намъ остается отвѣтить на послѣдній вопросъ о субъектахъ: *противъ кого* можно сослаться на ст. 2279? — Конечно, прогивъ того, кто до примѣненія къ данному случаю ст. 2279 былъ собственникомъ данной вещи. Въ этой своей части нашъ вопросъ рѣшается слишкомъ легко. Но вотъ спрашивается дальше: не мѣшаетъ ли примѣненію ст. 2279 *недѣеспособность* прежняго собственника въ виду его, напр., неполнолѣтія и т. п.?

Folleville полагаетъ, что ограниченіе дѣеспособности лица, утрачивающаго право собственности, не мѣшаетъ владѣльцу воспользоваться противъ него ст. 2279 ²⁾).

Мнѣ кажется, что это мнѣніе вполне правильно: ст. 2279, какъ это будетъ обосновано ниже, имѣетъ въ виду защиту *третьихъ лицъ*; слѣдовательно, собственникъ вещи въ сдѣлкѣ о ея приобрѣтеніи не участвуетъ, а потому его юридическія качества безразличны.

§ 8. 1) Обьенты.

Слѣдующій вопросъ, подлежащій нашему разсмотрѣнію, — вопросъ объ *объектахъ*, которые подлежатъ дѣйствию 1 части ст. 2279 К. Н.

Прежде всего, сюда относятся, какъ указываетъ сама ст. 2279, только вещи *движимыя*. Кромѣ того, само собою разумѣется, что здѣсь рѣчь можетъ идти только о движимостяхъ, находящихся *in commercio*: что изъ оборота изъято, то не можетъ быть предметомъ приобрѣтенія ³⁾).

¹⁾ *Toullier*, Le droit civil, VII, n. 36. *Troplong*, Vente, I, n. 42. Однако наоборотъ *Troplong*, Prescr., II, n. 1047, p. 638.

²⁾ *Folleville*, Traité, p. 107, 108.

³⁾ *Aubry et Rau*, Cours, II, p. 154. *Guillouard*, Prescr., II, n. 828. *Ortlieb*, op. cit., p. 96. *Poincaré*, Du droit de suite, p. 158.

Въ этомъ отношеніи надо имѣть въ виду, что, независимо отъ общихъ законоположеній по этому вопросу, во Франціи изданъ 30 марта 1887 г. еще особый законъ, дающій большее обезпеченіе обладанію различными предметами наукъ и искусствъ, все равно, принадлежатъ ли они государству, департаментамъ, общинамъ, фабрикамъ, или другимъ учрежденіямъ. Обезпеченіе это достигается именно путемъ ограниченія оборотоспособности указаннаго рода вещей. Такъ, предметы этого рода, принадлежащіе государству, совершенно изъяты изъ оборота: они не подлежатъ ни отчужденію, ни давности; слѣдовательно, и о примѣненіи къ нимъ ст. 2279 не можетъ быть и рѣчи: здѣсь виндикація возможна всегда; предметы же указаннаго рода, принадлежащіе другимъ собственникамъ, могутъ быть отчуждаемы только съ разрѣшенія министерства народнаго просвѣщенія; въ случаѣ же отчужденія ихъ безъ такого разрѣшенія или въ случаѣ кражи ихъ или потери допускается виндикація въ теченіе трехлѣтняго срока; такимъ образомъ и здѣсь примѣненію ст. 2279 мѣста нѣтъ: одно владѣніе уже не признается титуломъ; нужно разрѣшеніе министерства нар. просв. ¹⁾).

Это — пока лишь отрицательное опредѣленіе объекта: мы говоримъ, какіе предметы *не* подлежатъ дѣйствию ст. 2279. Но намъ надо дать и положительное опредѣленіе.

Это опредѣленіе подсказывается тѣми мотивами, которые лежатъ въ основѣ ст. 2279.

Признаніе владѣнія равносильнымъ титулу объясняется тѣмъ, что есть такія движимости, которыя, во 1-хъ, не имѣютъ такихъ индивидуальныхъ признаковъ, чтобы легко можно было установить ихъ тождество, во 2-хъ, — переходятъ изъ рукъ въ руки быстро и неформально, т. е. безъ составленія какихъ-либо письменныхъ документовъ, такъ что приобрѣтатель не имѣетъ возможности убѣдиться въ принадлежности вещи отчужда-

¹⁾ *Guillouard*, Prescr., II, n. 829, 830, 859. *Baudry-Lacantinerie*, Prescr., n. 844, 901. *Aubry et Rau*, Cours, II, § 183, p. 146, § 169, note 8 bis. *Bufoir*, op. cit., p. 386. *Planiol*, Traité, I, n. 1198.

телю, а потому внимательство судебной власти только тормазило бы оборотъ, не принося никакой пользы ¹⁾).

Въ виду сказаннаго, дѣйствию ст. 2279 подлежатъ главнымъ образомъ, *res corporales* (конечно, состоящія въ оборотѣ и допускающія надъ собой реальное владѣнiе), но не всѣ: исключаются отсюда *принадлежности недвижимостей, res accessoriae*, и вещи *собираемныя, universitates juris*, напр., наследственная масса; исключаются также *корабли и пароходы*. Съ другой стороны *не* подлежатъ дѣйствию ст. 2279, въ видѣ общаго правила, главнымъ образомъ *res incorporales* и также не всѣ: бумаги на предъявителя могутъ оказаться и подлежащими дѣйствию ст. 2279. Наконецъ, что касается *рукописей, картинъ* и т. п., то здѣсь необходимо еще отличать физическую вещь отъ авторскаго права на воспроизведенiе рукописи, картины и т. п.: физическiя вещи подлежатъ дѣйствию ст. 2279, а авторское право этому дѣйствию не подлежитъ.

Теперь мы должны на каждой категорiи вещей остановиться подробнѣе.

Итакъ, состоящая въ оборотѣ движимость должна, по общему правилу, представлять изъ себя вещь *материальную, res corporalis*, такъ какъ, главнымъ образомъ, именно этого рода вещи отличаются указанными выше свойствами: быстрые переходы изъ рукъ въ руки по неформальнымъ передачамъ, невозможность или особенная трудность для собственника-истца установить ихъ тождество, а для прiобрѣтателя — проверить права отчуждателя, и при всемъ этомъ — пригодность ихъ къ реальному овладѣнiю. Таково общепринятое положенiе французской теорiи и судебной практики ²⁾).

¹⁾ *Folleville*, Traité, n. 60. *Ortlieb*, op. cit., p. 96. *Laurent*, Principes, XXXII, n. 562. *Fenet*, Recueil, I, p. 513, XV, p. 600, 609. *Locré*, La législation, XVI, p. 586 s.

²⁾ *Laurent*, Principes, XXXII, n. 562. *Planiol*, Traité, I, n. 1196. *Zachariä*, Handbuch, I, S. 336. *Aubry et Rau*, Cours, II, p. 151. *Bufnoir*, op. cit., p. 385. *Guillaouard*, Prescr., II, n. 824. *Renaud*, Krit. Zeitschr., XVII, S. 159. *Ortlieb*, op. cit., p. 96. *Demolombe*, Cours, XXIV, Oblig.,

Однако во французскомъ кодексѣ обнаруживается въ этомъ отношенiи несомнѣнный редакцiонный промахъ, объясняемый несоблюденiемъ практическаго указанiя, даннаго намъ еще римскими юристами: *omnis definitio in jure civili periculosa est* ¹⁾. Въмѣсто того, чтобы предоставить всякiя опредѣленiя комментатору закона, французскiй законодатель взялъ этотъ трудъ на себя и, между прочимъ, въ ст. 533 К. Н. постановилъ слѣдующее:

„Слово *движимость*, употребленное въ постановленiяхъ закона или въ распоряженiяхъ частнаго лица отдѣльно, безъ всякаго добавленiя или опредѣленiя, не обнимаетъ собою: наличныхъ денегъ, драгоценныхъ камней, долговыхъ обязательствъ, книгъ, медалей, инструментовъ по части наукъ, искусствъ и ремесль, носильнаго бѣлья, лошадей, экипажей, оружiя, зернового хлѣба, вина, сѣна и другихъ жизненныхъ припасовъ; оно также не распространяется и на все то, что составляетъ предметъ торговли” ²⁾).

Такъ какъ ст. 2279 употребляетъ слово „*движимость*” именно безъ всякихъ дальнѣйшихъ опредѣленiй и указанiй, то, значить, для его объясненiя и необходимо обратиться къ ст. 533, а въ результатѣ — длиннѣйшiй перечень объектовъ, не подлежащихъ дѣйствию ст. 2279, — перечень, который особенно увеличивается послѣдней фразой ст. 533: „все то, что составляетъ предметъ торговли”. Такимъ образомъ ст. 2279 изгоняется совершенно изъ той области, на которую она главнымъ образомъ рассчитана, и въ которой для нея — наилучшее и наибольшее оправданiе ³⁾).

Итакъ, предъ нами, съ одной стороны, почти полное упраздненiе ст. 2279 статьей 533 согласно формальному прави-

I, n. 486. *Troplong*, Prescr., II, n. 1065. *Daloz*, Jurispr. générale, t. 36, Prescr. civile, n. 277, 278. *Stabel*, Institutionen, S. 123.

¹⁾ L. 202 D. 50, 17.

²⁾ Цитирую по изданiю Ставскаго.

³⁾ Ср. слова *Portalis'a*. *Fenet*, Recueil, I, p. 513.

лу: „dura lex, sed lex”, а съ другой стороны, — соображенія цѣлесообразности, рѣшительно противящіяся толкованію ст. 2279 при помощи ст. 533. — Недоразумѣніе весьма существенное.

Французская теорія и судебная практика уже давно рѣшили вопросъ въ томъ смыслѣ, что ст. 533 во вниманіе не принимается ¹⁾. И это рѣшеніе совершенно правильно ²⁾.

Послѣ этого отступленія мы опять возвращаемся къ полученному уже нами результату: дѣйствию ст. 2279 подлежатъ вещи тѣлесныя, но, какъ сказано было выше, не всѣ. Поэтому намъ нужно опредѣлить теперь, какія именно изъ тѣлесныхъ вещей и почему отсюда исключаются.

Прежде всего, исключаются такія тѣлесныя движимости, которыя слѣдуютъ вещами *придаточными* при недвижимостяхъ,

¹⁾ Еще *Troplong*, *Prescr.*, II, n. 1064, говорилъ, что было бы абсурдомъ толковать ст. 2279 въ смыслѣ ст. 533. Въ такомъ же смыслѣ *Folleville*, *Traité*, p. 118, 119. *Laurent*, *Principes*, XXXII, p. 580. *Demolombe*, *Cours*, IX, n. 442, 444, говоритъ, что ст. 533 представляетъ собою не принудительную норму, а дозволенную и интерпретативную. *Poincaré*, *Du droit de suite*, p. 157, 158.

²⁾ Проф. *Васюковскій* въ своемъ соч. о толкованіи и примѣненіи законовъ говоритъ: “... хотя устанавливаемые въ законѣ опредѣленія терминовъ являются въ сущности предписаніями понимать эти термины въ извѣстномъ смыслѣ и потому имѣютъ характеръ нормъ, соблюденіе которыхъ обязательно для гражданъ, тѣмъ не менѣе это — нормы особаго рода: второстепенныя, вспомоگательныя, пояснительныя. Онѣ не обладаютъ самостоятельнымъ значеніемъ и сами по себѣ не могутъ получить примѣненія въ жизни, а служатъ исключительно для разъясненія смысла другихъ нормъ. Поэтому, если онѣ въ какомъ либо частномъ случаѣ достиженію этой цѣли не способствуютъ, то ихъ слѣдуетъ игнорировать. Съ другой стороны, пояснительныя нормы могутъ быть также разсматриваемы, какъ заявленія законодателя о томъ, что онъ намѣренъ употребить извѣстныя слова въ опредѣленномъ смыслѣ. Разъ съ несомнѣнностью доказано, что онъ въ данномъ случаѣ этого намѣренія не исполнилъ и употребилъ слово въ иномъ смыслѣ, то въ такомъ именно смыслѣ оно и должно быть понимаемо, ибо задача толкованія состоитъ въ томъ, чтобы раскрыть дѣйствительную мысль автора”. Стр. 49, 50.

— потому исключаются, что онѣ, раздѣляя судьбу главной вещи (*accessorium sequitur sortem rei principalis*), могутъ переходить изъ собственности одного лица въ собственность другого только вмѣстѣ съ недвижимостью, а слѣдовательно и по правиламъ о приобрѣтеніи недвижимостей; статья же 2279 создана исключительно для вещей движимыхъ.

Отсюда вытекаетъ, что годнымъ объектомъ для примѣненія ст. 2279 можетъ быть лишь такая *res corporalis*, которая имѣетъ свое отдѣльное и самостоятельное значеніе и существованіе, и которая вслѣдствіе этого въ такомъ же отдѣльномъ видѣ можетъ быть и виндицируема ¹⁾.

Нѣтъ надобности, чтобъ это были непременно вещи простыя; сюда относятся и такъ называемыя *universitates facti*, т. е. такія собранія отдѣльныхъ самостоятельныхъ вещей, которыя объединяются въ одно цѣлое волею владѣльца, напр., стадо какихъ-либо животныхъ, коллекція насѣкомыхъ, библиотека и т. п. Такого рода вещи, при всей возможности раздѣленія ихъ на части, тѣмъ не менѣе слонш и рядомъ фигурируютъ въ оборотѣ въ качествѣ предметовъ самостоятельныхъ и цѣльныхъ, и тогда къ нимъ можетъ быть примѣняема ст. 2279.

Совершенно иного рода объектами являются такъ называемыя *universitates juris*, т. е. такія собирательныя вещи, от-

¹⁾ *Aubry et Rau*, *Cours*, II, p. 152. *Laurent*, *Principes*, XXXII, n. 563. *Baudry-Lacantinerie*, *Précis*, I, n. 1489. *Folleville*, *Traité*, n. 64. *Bufoir*, *Propriété*, p. 386. *Guillaouard*, *Prescr.*, II, n. 822. *Ortlieb*, *op. cit.*, p. 96. *Poincaré*, *op. cit.*, p. 159. Здѣсь необходимо обратить вниманіе на слѣдующія два обстоятельства. Во 1-хъ, если движимость служитъ придаточной вещью при недвижимости, но затѣмъ эта связь порывается, и движимость получаетъ самостоятельное существованіе, то, конечно, ст. 2279 находитъ полное примѣненіе. *Guillaouard*, *loc. cit.*, n. 827. *Baudry-Lacantinerie* *Prescr.*, n. 846. Въ 2-хъ, не изъясняются изъ-подъ дѣйствія ст. 2279 движимости, которыя искусственно иммобилизованы, или такъ называемыя „недвижимости по назначенію“ (ст. 524 К. Н.): этого рода связь движимостей съ недвижимостями не очевидна для третьихъ лицъ, она извѣстна только контрагентамъ. *Folleville*, *Traité*, n. 65. *Laurent*, *Principes*, XXXII, n. 564.

дѣльныя части которыхъ объединяются не волей владѣльца, а самимъ закономъ; сюда относится, напр., наследственная масса. Мы имѣемъ въ виду наследственную массу, конечно, лишь настолько, насколько она состоитъ изъ вещей движимыхъ, и все же мы должны сказать, что ст. 2279 здѣсь не можетъ имѣть примѣненія, такъ какъ здѣсь нѣтъ именно тѣхъ условій, которыми это примѣненіе вызывается. Именно, наследственные массы совсѣмъ не являются предметами быстро текущаго торга; пріобрѣтатель всегда и можетъ, и долженъ предварительно выяснить себѣ вопросъ о принадлежности даннаго наследства отчуждателю; пріобрѣтеніе и отчужденіе наследства обставляется особыми формальностями; индивидуализация и установленіе тождества не представляютъ особыхъ затрудненій; наследственная масса въ цѣломъ не можетъ быть объектомъ владѣнія; наконецъ, — искъ для отысканія наследства есть *petitio hereditatis*, а не *rei vindicatio*, статья же 2279 устраняетъ только послѣднюю ¹⁾.

Наконецъ, изъ числа тѣлесныхъ вещей дѣйствию ст. 2279 не подлежатъ *корабли и пароходы*, такъ какъ, хотя это и движимости, но законъ для ихъ отчужденія (и ипотеки) требуетъ составленія письменнаго акта ²⁾.

¹⁾ *Folleville*, Traité, n. 63. *Laurent*, Principes, XXXII, n. 565. *Bufoir*, Propriété, p. 386. *Aubry et Rau*, Cours, II, p. 152. *Zachariä*, Handbuch, I, S. 336, 337. *Baudry-Lacantinerie*, Prescr., n. 839 и Précis, I, n. 1489. *Guillouard*, Prescr., II, n. 821. *Mourlon*, Rép. écr., III, p. 748. *Marcadé*, Prescr., p. 253. *Troplong*, Prescr., II, n. 1066. *Maleville*, Analyse, IV, p. 351. *Planiol*, Traité, I, n. 1196. *Virgile*, Propriété mobilière, p. 243. *Ortlieb*, Des effets de la possession, p. 96. *Dalloz*, Jurispr. générale, t. 36, Prescr. civile, n. 283, t. 41, Succession, n. 555. *Demolombe*, Cours, XXIV, Oblig., I, n. 487. *Poincaré*, op. cit., p. 158. *Renaud* исключаетъ и *universitates facti*. — Kr. Zeitschr., XVII, S. 161, 162.

²⁾ Code de comm., art. 190: Les navires et autres bâtimens de mer sont meubles. Art. 195: La vente volontaire d'un navire doit être faite par écrit, et peut avoir lieu par acte public, ou par acte sous signature privée. Art. 226: Le capitaine est tenu d'avoir à bord l'acte de propriété du navire. Ипотека кораблей регулируется закономъ 10 іюля 1885 г. *Lyon-Caen*, Traité, V, n. 78, 83, 84. *Boistel*, Manuel, n. 1151, 1152,

За указанными исключеніями всѣ остальные *res corporales* могутъ подлежать дѣйствию ст. 2279.

Теперь переходимъ къ *res incorporeales* (напр., права обязательственныхъ).

Какъ сказано выше, эти вещи, по общему правилу, не подлежатъ дѣйствию ст. 2279, и это потому прежде всего, что *res incorporeales* не могутъ быть объектами владѣнія; но кромѣ того, передача *res incorporeales*, cessія обязательствъ, требуетъ соблюденія извѣстныхъ формальностей (ст. 1689 и сл. К. Н.), при чемъ и тождество передаваемого права, и его принадлежность cedentu устанавливаются легко; однимъ словомъ, мотивы, создавшіе ст. 2279, не имѣютъ приложенія къ вещамъ безтѣлеснымъ ¹⁾.

Но и это положеніе также не имѣетъ абсолютнаго характера. Дѣло въ томъ, что новое время создало и для нѣкоторыхъ безтѣлесныхъ объектовъ тѣлесную форму существованія. Форма эта — *бумага на предъявителя*. Съ одной стороны, здѣсь вещь безтѣлесная, право, не существуетъ отдѣльно отъ документа, оно инкорпорируется въ документъ, такъ что съ извѣстной достоверностью можно сказать: разъ нѣтъ документа, то нѣтъ и права; съ другой стороны, документъ не является только лишь доказательствомъ права, внѣ его существующаго, — документъ

1157—1160. *Varloger*, Droit maritime, I, p. 77. *Aubry et Rau*, Cours, II, p. 154. *Guillouard*, Prescr., II, n. 831. *Poincaré*, op. cit., p. 159. *Virgile*, op. cit., p. 244. *Bufoir*, op. cit., p. 385. *Laurent*, Principes, XXXII, n. 573. *Baudry-Lacantinerie*, Prescr., n. 845 и Précis, I, n. 1489. *Folleville*, Traité, n. 71 bis. *Planiol*, Traité, I, n. 1198. *Ortlieb*, op. cit., p. 97.

¹⁾ *Guillouard*, Prescr., II, n. 824, 825. *Aubry et Rau*, Cours, II, p. 152, 153. *Zachariä*, Handbuch, I, S. 336. *Laurent*, Principes, XXXII, n. 562. *Folleville*, Traité, n. 61. *Planiol*, Traité, I, n. 1196. *Ortlieb*, op. cit., p. 97. *Renaud*, Krit. Zeitschr., XVII, S. 160, 161. *Poincaré*, Du droit de suite, p. 160, 161. *Mourlon*, Rép. écr., III, p. 747, 748. *Marcadé*, Prescr., p. 253, 254. *Demolombe*, Cours, XXIV, Oblig., I, n. 486. *Baudry-Lacantinerie*, Prescr., n. 840 и Précis, I, n. 1489. *Troplong*, Prescr., II, n. 1065. *Durantou*, Cours, VII (Пар. изд. t. 12), n. 126. *Dalloz*, Jurispr. générale, t. 36, Prescr. civile, n. 277, 278. *Virgile*, op. cit., p. 244.

именно собою представляет это право ¹⁾. Такимъ образомъ здѣсь *res incorporalis*, овеществляясь въ документѣ, въ бумагѣ на предъявителя, получаетъ важнѣйшія свойства *res corporalis*, а потому къ бумагамъ на предъявителя ст. 2279 можетъ имѣть полное примѣненіе ²⁾.

Такъ это и было во Франціи до законовъ 15 іюня — 5 іюля 1872 г. и 10—11 апрѣля 1873 г.

Однако въ этой новой разновидности *res corporales* есть и такая особенность, которая можетъ значительно и существенно сократить примѣненіе ст. 2279. Именно, благодаря серіямъ и номерамъ, бумаги на предъявителя сравнительно легко индивидуализируются, а потому является возможность организовать регистрацію всѣхъ тѣхъ бумагъ, которыхъ собственники лишаются какимъ-либо незаконнымъ образомъ, и тогда публикація этихъ серій и номеровъ останавливаетъ платежи по такимъ бумагамъ, стѣсняетъ ихъ циркуляцію и такимъ образомъ даетъ каждому потерпѣвшему собственнику возможность виндигировать свою бумагу, возстановить свое право. Важно при этомъ только то, чтобы эта организация была цѣлесообразной, несложной, — чтобы она не тормазила *правомырного* оборота съ бумагами на предъявителя, такъ какъ въ этомъ послѣднемъ случаѣ случилось бы больше вреда, чѣмъ пользы.

Французское законодательство въ началѣ 70-хъ годовъ истекшаго столѣтія стало на эту послѣднюю точку зрѣнія, и теперь примѣненіе ст. 2279 къ бумагамъ на предъявителя указанными выше законами почти совершенно устранено ³⁾.

¹⁾ Folleville, Traité, p. 304, 305.

²⁾ Planiol, Traité, I, n. 1197. Zachariü, Handbuch, I, § 122, Anm. 5. Ortlieb, op. cit., p. 97. Folleville, Traité, n. 61 bis. Laurent, Principes, XXXII, n. 568. Guillouard, Prescr., II, n. 825. Baudry-Lacantinerie, Prescr., n. 841, 842. Troplong Prescr., II, n. 1065. Virgile, Propriété mobilière, p. 254 ss., 263 ss. Dalloz, Jurispr. gén., t. 36, Prescr. civile, n. 280. Сюда же относятся и банковые билеты.

³⁾ Это вопросъ важный, но сложный и требующій спеціального изслѣдованія.

Такимъ образомъ во Франціи бумаги на предъявителя находятся подъ дѣйствіемъ ст. 2279 лишь настолько, насколько ихъ тамъ оставляютъ законы 1872 и 1873 г.г. ¹⁾.

За этимъ исключеніемъ всѣ остальные *res incorporales* дѣйствію ст. 2279 не подлежатъ.

Наконецъ, намъ надо остановиться на *произведеніяхъ искусства и литературы*.

Это, по выраженію Planiol'я, — *meubles de nature mixte*.

Здѣсь надо различать: съ одной стороны, предъ нами тѣлесная вещь, *res corporalis*: рукопись, картина, скульптурная группа и т. п., съ другой стороны, — *res incorporalis*: авторское право публикаціи, воспроизведенія, изданія. И вотъ, что касается отдѣльныхъ экземпляровъ сочиненія, картины и т. п., то здѣсь ст. 2279 примѣняется на общихъ основаніяхъ; что же касается авторскаго права, то оно совершенно изъято изъ-подъ дѣйствія этой статьи ²⁾.

§ 9. Дѣйствіе 1 части ст. 2279.

Теперь намъ надо рассмотреть въ подробностяхъ вопросъ о томъ, какое *дѣйствіе* производитъ 1 часть ст. 2279 К. Н. при своемъ примѣненіи.

Отвѣтъ на этотъ вопросъ вытекаетъ изъ сопоставленія между собою первой и второй части ст. 2279. 1-я часть гово-

¹⁾ Bufnoir, op. cit., p. 385. Baudry-Lacantinerie, Précis, I, n. 1508 s.

²⁾ Folleville, Traité, n. 69, 69 bis. Planiol, Traité, I, n. 1199. Poincaré, Du droit de suite, p. 159, 160. Laurent, Principes, XXXII, n. 570. Aubry et Rau, Cours, II, p. 153, 154. Zachariü, Handbuch, I, § 122, Anm. 5a. Baudry-Lacantinerie, Prescr., n. 843. Guillouard, Prescr., II, n. 826. Ortlieb, op. cit., p. 98. Dalloz, Jurispr. gén., t. 36, Prescr. civile, n. 281. О частной перепискѣ — Folleville, op. cit., n. 70—71. О документахъ, составляемыхъ чиновниками — Laurent, op. cit., n. 572. Что касается вообще рукописей, то, въ виду ихъ индивидуальныхъ особенностей, собственнику-истцу сравнительно легко установить тождество и доказать недобросовѣстность пріобрѣтателя-отвѣтника.

рять: владѣніе движимостью равносильно титулу. 2-ая часть продолжаетъ: *тѣмъ не менѣе* вещи украденныя или утерянныя можно *виндигировать*. Отсюда вытекаетъ такое заключеніе: если вещь не принадлежитъ ни къ краденымъ, ни къ утеряннымъ, то ее виндигировать нельзя. Слѣдовательно, дѣйствіе владѣнія равнаго титулу прежде всего и состоитъ въ этомъ *устраненіи виндикаціи*: у кого есть равное титулу владѣніе, тотъ не подлежитъ виндикаціонному иску со стороны собственника данной вещи. А такъ какъ виндикація неразрывно связана съ правомъ собственности, то мы въ концѣ концовъ и можемъ, и должны сказать: собственникъ, который не можетъ предъявить виндикаціоннаго иска къ владѣльцу, уже не есть собственникъ; утративши виндикацію, онъ, значитъ, утратилъ и право собственности; съ другой же стороны, владѣлецъ, обладаніе котораго защищается отъ виндикаціи, а потому является такимъ же прочнымъ, какъ и обладаніе собственника, — такой владѣлецъ самъ долженъ быть признанъ собственникомъ.

Обратимъ вниманіе на то, что даже и здѣсь, въ Кодексѣ Наполеона, это положеніе еще не высказывается законодателемъ прямо, а добывать его приходится путемъ толкованія, хотя, впрочемъ, и здѣсь уже сдѣланъ нѣкоторый шагъ впередъ: прежде говорилось въ отрицательной формѣ объ отсутствіи виндикаціи (*les meubles n'ont pas de suite*), а теперь говорится уже въ положительной формѣ о дѣйствіи или значеніи владѣнія: *possession vaut titre* ¹⁾.

Итакъ, дѣйствіе 1-ой части ст. 2279 мы можемъ выразить такъ: овладѣніе движимостью, при указанныхъ выше условіяхъ, даетъ пріобрѣтателю право собственности; вслѣдствіе этого прежній собственникъ теряетъ это свое право.

Что именно таково дѣйствіе разсматриваемой статьи, въ этомъ согласна вся французская литература ²⁾.

¹⁾ *Renaud*, Kr. Zeitschr., XVII, S. 150 f.

²⁾ *Folleville*, Traité, n. 8, 73, 74. *Laurent*, Principes, XXXII, n. 540. *Mourlon*, Rép., III, p. 745, 746. *Baudry-Lacantinerie*, Prescr., n. 827. См. и *Carlin*, Niemand kann..., S. 61. Конструкція этому пріобрѣтенію дается различная, но объ этомъ ниже.

Таково непосредственное дѣйствіе 1 ч. ст. 2279, но идемъ дальше и спросимъ: одно ли только право собственности пріобрѣтается при указанныхъ условіяхъ, или же возможно пріобрѣтеніе и другихъ вещныхъ правъ: заклада и узурфрукта?

Господствующее мнѣніе отвѣчаетъ на этотъ вопросъ утвердительно ¹⁾. Говорятъ такъ: кому разрѣшено большее, тому eo ipso разрѣшено и меньшее; это во 1-хъ, а во 2-хъ, ст. 2279 не говоритъ: *la possession vaut titre de propriété*, — нѣтъ, послѣднее слово не прибавляется, и тѣмъ дѣйствіе ст. 2279 распространяется за предѣлы права собственности. На возможное возраженіе, что обладаніе закладопринимателя и узурфруктуарія прекарно и не сопровождается *animus* omъ *domini*, отвѣчаютъ, что и на эти права пріобрѣтатель смотритъ какъ на свои *собственныя*, — какъ на права, ему дѣйствительно принадлежащая, слѣдовательно, по отношенію къ нимъ у пріобрѣтателя также есть воля усвоенія, также есть *animus rem sibi habendi*, и такая воля, въ виду указанного отсутствія съуживающей прибавки къ слову „*titre*“, должна быть признана вполне достаточной для примѣненія ст. 2279. Наконецъ, всѣ мотивы, которыми бравдывается пріобрѣтеніе права собственности, одинаково приложимы и къ узурфрукту, и къ закладу.

Что касается въ частности заклада, то *Lyon-Caen* и *Daloz* ²⁾ соглашаются съ общимъ мнѣніемъ лишь для *торгового* права, такъ какъ только торговый закладъ можетъ совершаться

¹⁾ *Zachariä*, Handbuch, I, § 122, Anm. 2. *Planiol*, Traité, I, n. 1645, II, n. 2398. *Aubry et Rau*, Cours, II, p. 159. *Baudry-Lacantinerie*, Prescr., n. 868, 870. Его же *Nantissement*, I, n. 31. *Guilouard*, Prescr., II, n. 878. Его же *Nantissement*, n. 42—43. *Ortlieb*, Des effets de la possession, p. 111. *Renaud*, Krit. Zeitschr., XVII, S. 163. *Demolombe*, Cours, XXIV, Oblig., I, n. 485. *Duranton*, Cours, X (Пар. изд., т. 18) n. 533. *Bufoir*, Propriété, p. 387. *Mourlon*, Rép., III, p. 749. *Larombière*, Oblig., I, sur l'art. 1141, n. 7. *Troplong*, Nantissement, t. XIX, n. 72—77. *Folleville*, Traité, n. 36. *Poincaré*, Du droit de suite, p. 146, 162.

²⁾ *Lyon-Caen*, Traité, III, n. 290. *Daloz*, Jurisprud., t. 36, Prescr. civile, n. 275. Ср. *Bemmelen*, Propriété mobilière, p. 425—427.

безъ всякихъ формальностей ¹⁾; закладъ же въ области гражданскаго права требуетъ письменныхъ формальностей ²⁾.

Однако и сдѣлки по приобрѣтенію права собственности, при цѣнѣ вещи, превышающей 150 франковъ, также требуютъ письменной формы ³⁾, и тѣмъ не менѣе ст. 2279 къ нимъ примѣняется, такъ какъ для ея примѣненія титулъ не нуженъ: онъ замѣняется владѣніемъ. Конечно, отсутствіе титула, смотря по обстоятельствамъ дѣла, можетъ указывать и на отсутствіе добросовѣстности у приобрѣтателя; но это уже вопросъ особый.

Такимъ образомъ, если собственникъ движимой вещи отдастъ ее въ поклажу, въ наемъ и т. п., а его контрагентъ, въ свою очередь отдастъ ту же вещь въ узуфруктъ или въ закладъ, то собственникъ, при наличности указанныхъ выше условій на сторонѣ приобрѣтателя, не сможетъ посредствомъ виндикаціи требовать выдачи себѣ вещи; онъ долженъ будетъ примириться съ этимъ ограниченіемъ и съ этой потерей; но, конечно, ничто не помѣшаетъ ему потребовать возмѣщенія убытковъ съ своего контрагента на общихъ основаніяхъ. Это такъ въ виду ст. 2279. Возможна и другая комбинація, аналогичная предусмотрѣнной въ ст. 1141: собственникъ движимости продаетъ ее одному лицу, а потомъ передаетъ ее въ закладъ другому лицу; покупатель сдѣлается собственникомъ, но онъ долженъ будетъ признать противъ себя закладное право другого лица.

Теперь идемъ еще дальше. Приобрѣтаемая по ст. 2279 вещь можетъ быть обременена вещнымъ правомъ: закладнымъ или узуфруктомъ. Напр., закладоприематель или узуфруктуарій отдають вещь въ поклажу, а поклаженеприематель продаетъ ее третьему лицу, которое ничего не знаетъ объ этихъ ограниченіяхъ. Что это третье лицо, при наличности выше указанныхъ условій, свободно отъ виндикаціи со стороны собственника данной вещи, это мы уже установили. Теперь возникаетъ другой

¹⁾ Ст. 91 и 109 Code de commerce.

²⁾ Ст. 2074 К. Н.

³⁾ Ст. 1341 К. Н.

вопросъ: освобождается ли третье лицо отъ исковъ изъ заклада и узуфрукта, т. е. приобрѣтается ли право собственности *свободнымъ* отъ этихъ вещныхъ ограниченій, или же они переходятъ и на приобрѣтателя? Общее мнѣніе, заключаая отъ большаго къ меньшему, говоритъ: не только право собственности, но и всѣ ограниченныя вещныя права третьихъ лицъ также исчезаютъ моментально, если приобрѣтатель былъ *in bona fide* и о нихъ не зналъ. Право собственности приобрѣтается въ такой полнотѣ, въ какой его представляетъ себѣ добросовѣстный приобрѣтатель, независимо отъ юридическаго положенія отчуждателя ¹⁾. (О спеціальному исключеніи изъ этого правила въ пользу наймодавца, по ст. 2102 п. 1 К. Н., мы будемъ говорить ниже).

Таково дальнѣйшее дѣйствіе 1-ой части ст. 2279.

Теперь для полноты обрисовки дѣйствія ст. 2279 необходимо еще дать и *отрицательныя* черты: указать, на что дѣйствіе ст. 2279 не распространяется.

Здѣсь общепризнанное правило гласитъ: ст. 2279, устраняя виндикацію, отнюдь не устраняетъ *личныхъ* исковъ, которые могутъ быть предъявляемы собственникомъ къ приобрѣтателю на основаніи договоровъ или деликтовъ ²⁾. Ст. 2279 касается *приобрѣтательной* дѣятельности каждаго, облегчая ее тѣмъ, что не требуетъ титула, приравнивая ему владѣніе. Но ст. 2279 совсѣмъ не имѣетъ въ виду *освободить* приобрѣтате-

¹⁾ *Laurent, Principes, XXXII, n. 574. Folleville, Traité, n. 75. Zachariä, Handbuch, I, S. 336. Baudry-Lacantinerie, Prescr., n. 879. Guillouard, Prescr., II, n. 879. Planiol, Traité, I, n. 1195. Ortlieb, op. cit., p. 111, 112. Aubry et Rau, Cours, II, p. 158.* Специально о закладѣ ст. 2119 К. Н. говоритъ, повторяя старую формулу: *Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque.*

²⁾ *Aubry et Rau, Cours, II, § 183, note 26. Zachariä, Handbuch, I, S. 337. Baudry-Lacantinerie, Prescr., n. 836, 837, 880 и Précis, I, n. 1489. Planiol, Traité, I, n. 1190. Ortlieb, op. cit., p. 67, 99, 104, 112. Laurent, Principes, XXXII, n. 544, 545. Troplong, Prescr., II, n. 1043. Poincaré, Du droit de suite, p. 114, 115. Virgile, Propriété mobilière, p. 243. Carlin, Niemand kann..., S. 61. Otto Mayer, Die dingl. Wirkung, S. 29, 30.*

ля ни отъ тѣхъ обязанностей, которыя онъ самъ принялъ на себя по договорамъ, ни отъ тѣхъ, которыя возникаютъ для него изъ совершенныхъ имъ же деликтовъ (напр., изъ кражи).

Напр., кто-либо владѣетъ реально вещью и отказывается возвратить ее собственнику, ссылаясь на ст. 2279, а собственникъ доказываетъ наличность договора найма, поклажи, ссуды и т. п., по которому вещь должна быть ему, собственнику, возвращена. Ст. 2279 отнюдь не уничтожаетъ ст. 1134 К. Н., по которой договоры, законно совершенные, имѣютъ для договаривающихся сторонъ силу закона и должны быть исполняемы добросовѣстно. Да кромѣ того, при указанной комбинаціи владѣлецъ окажется въ такихъ условіяхъ, при которыхъ примѣненіе ст. 2279 не возможно, а именно, — у владѣльца окажется не владѣніе въ собственномъ смыслѣ этого термина, а прекарная detenція; наконецъ, у владѣльца не будутъ признаны ни *bona fides*, ни *animus domini*, а тогда противъ него окажется возможнымъ предъявленіе не только личнаго иска, но еще и виндикаціи ¹⁾.

Но собственникъ можетъ имѣть личный искъ противъ своего контрагента, держателя вещи, и помимо такихъ договорныхъ отношеній, которыя *прямю* возлагаютъ на этого детентора обязанность возвратить вещь собственнику. Именно, возьмемъ для примѣра не ссуду, поклажу или наемъ, а куплю-продажу, даренію и т. п. Не будемъ упускать изъ виду, что здѣсь имѣется въ виду приобрѣтеніе вещи *отъ собственника*. И вотъ, если сдѣлка приобрѣтенія совершенно правильна и законна, то приобрѣтатель получитъ, конечно, право собственности, а потому противъ него никакая виндикація не будетъ допустимой. Но если въ сдѣлкѣ окажутся какіе-либо пороки, влекущіе недействительность ея, то собственникъ-отчуждатель сможетъ на общихъ основаніяхъ предъявить къ приобрѣтателю искъ объ уничтоженіи этой сдѣлки и о *restitutio in integrum*. Это будетъ

¹⁾ *Planiol, Traité, I, n. 1190. Baudry-Lacantinerie, Prescr., n. 854—857. Bemmelen, Propriété mobilière, p. 410.* Нѣкоторыми оспаривается это послѣднее положеніе, но, кажется, не основательно.

искъ личный, и противъ него ст. 2279 опять не защищаетъ, такъ какъ она только устраняетъ виндикацію, но не отмѣняетъ общихъ положеній о сдѣлкахъ и не уничтожаетъ ни правъ, ни обязанностей, которыя возникаютъ изъ этихъ сдѣлокъ или изъ ихъ пороковъ. Здѣсь см. еще и ст. 1599 К. Н.

Но и съ другой стороны, относительно личныхъ обязательствъ нельзя упускать изъ виду того основнаго положенія ст. 1165 К. Н., по которой договоры имѣютъ силу и дѣйствіе *только для договаривающихся сторонъ*. Поэтому всѣ личные иски, которые могли бы быть предъявлены собственникомъ къ своему контрагенту, не могутъ быть предъявлены къ третьему лицу, получившему вещь въ свое владѣніе отъ этого контрагента и ссылающемуся на ст. 2279 ¹⁾. Но это будетъ дѣйствіе именно ст. 1165, а никакъ не 2279.

Все сказанное о *личныхъ* отношеніяхъ между приобрѣтателемъ и собственникомъ относится и къ личнымъ отношеніямъ, — особенно изъ договоровъ, — между приобрѣтателемъ и отчуждателемъ. Эти отношенія точно такъ же регулируются тѣми самыми нормами, на которыя было указано выше, а 1 ч. ст. 2279 точно такъ же остается въ сторонѣ и безъ примѣненія.

Отсюда вытекаетъ, между прочимъ, что если для защиты приобрѣтателя *отъ виндикаціи собственника* и достаточно, какъ мы установили выше, титула *путативнаго*, то для защиты его отъ исковъ со стороны *отчуждателя* необходимъ *justus titulus*, т. е. дѣйствительная сдѣлка, переносица право собственности, такъ какъ въ противномъ случаѣ можетъ наступить одно изъ двухъ: или отчуждатель самостоятельно потребуетъ возвращенія вещи, которую онъ, въ свою очередь, долженъ возвратить собственнику, или же собственникъ, предъявляя виндикаціонный искъ, привлечетъ къ дѣлу отчуждателя, своего контрагента, и при его помощи докажетъ, что въ данномъ случаѣ на сторонѣ приобрѣтателя нѣтъ условій, необходимыхъ для примѣненія 1-ой части ст. 2279.

¹⁾ *Aubry et Rau, Cours, II, p. 158. Follerville, Traité, n. 75. Ortlieb, op. cit., p. 111.*

Такимъ образомъ изъ всего сказаннаго мы видимъ, что 1 ч. ст. 2279 касается только *третьихъ* лицъ; на лицъ же, которыя стоятъ въ непосредственныхъ отношеніяхъ съ собственникомъ, статья эта своего дѣйствія не распространяетъ.

Въ самомъ дѣлѣ, мы уже видѣли, какія это могутъ быть отношенія. Вещь можетъ быть получена владѣльцемъ отъ собственника или путемъ сдѣлки, или путемъ преступленія. Путемъ сдѣлки вещь можетъ быть получена или въ собственность (купля-продажа, дареніе и т. п.), или во временное владѣніе (поклажа, наемъ и т. п.); въ первомъ случаѣ пріобрѣтатель дѣлается собственникомъ, при недѣйствительности же сдѣлки долженъ возвратить вещь отчуждателю; здѣсь дѣйствуютъ и должны примѣняться правила о куплѣ-продажѣ, дареніи и т. п., а также о недѣйствительности сдѣлокъ, и наконецъ, общія правила о доказываніи въ процессѣ; во второмъ случаѣ владѣлецъ, само собою разумѣется, въ надлежащее время и при надлежащихъ условіяхъ долженъ возвратить вещь собственнику; ни въ томъ, ни въ другомъ случаѣ 1 ч. ст. 2279 не отмѣняетъ и не измѣняетъ тѣхъ общихъ правилъ, которыя сюда относятся. Наконецъ, возьмемъ третій случай: вещь добыта пріобрѣтателемъ отъ собственника путемъ кражи, мошенничества и т. п. Само собою разумѣется, что такой владѣлецъ обязанъ возвратить вещь собственнику и не можетъ рассчитывать ни на какую защиту.

Итакъ, при всѣхъ комбинаціяхъ отношеній, возможныхъ между собственникомъ и лицомъ, такъ или иначе получившимъ отъ него данную вещь, 1 ч. ст. 2279 остается въ сторонѣ: на эти отношенія она не рассчитана, она имѣетъ свою особую область дѣйствія ¹⁾.

¹⁾ Таково общепринятое мнѣніе. *Planiol, Traité, I, n. 1190. Ortlieb, op. cit., p. 67, 99, 104. Griolet et Vergé, Supplém., t. 14, Propriété, n. 98.* Однако раздаются голоса и въ пользу болѣе широкаго примѣненія 1 ч. ст. 2279. *Buflnoir, Propriété, p. 375 ss. Baudry-Lacantinerie, Prescr., n. 861. Bressolles, Dons manuels, n. 253.* Многие авторы держатся того мнѣнія, что по Кодексу Наполеона возможны даренія движимостей, совершаемыя безъ всякихъ формальностей (вопреки

Резюмируя сказанное, мы подведемъ такіе итоги:

1) 1 часть ст. 2279 обнаруживаетъ свое дѣйствіе только въ области *вещнаго* права; здѣсь, съ одной стороны, возможно *пріобрѣтеніе* права собственности, закладнаго права и узуфрукта, а съ другой стороны, возможно *освобожденіе* пріобрѣтателя вещи отъ лежащихъ на ней вещныхъ обремененій, т. е. *прекращеніе* закладнаго права и узуфрукта у третьихъ лицъ.

2) 1 ч. ст. 2279 оказываетъ такое свое дѣйствіе только на *третьихъ* лицъ относительно собственника данной вещи и совсѣмъ не оказываетъ его относительно лицъ, получившихъ вещь непосредственно отъ самого собственника.

3) 1 ч. ст. 2279 совсѣмъ не касается личныхъ отношеній изъ договоровъ и деликтовъ, будутъ ли то отношенія между пріобрѣтателемъ и собственникомъ данной вещи, или же между пріобрѣтателемъ и отчуждателемъ.

ст. 931 и 948), простой передачей вещи изъ рукъ въ руки (*dons manuels*). *Testoud, Revue crit., 1883, p. 390, Labbé, ibid., 1884, p. 650, Poijol, Traité, I, p. 323, Saintes-pès-Lescot, Des donations, p. 583 s., Guilhaon, Traité, I, n. 441.* Въ зависимости отъ этого три послѣднихъ автора и затѣмъ особенно *Bressolles* полагаютъ, что 1 ч. ст. 2279 можетъ служить защитой и для одаренныхъ, т. е. для лицъ, непосредственно стоящихъ противъ собственника. Однако см. сказанное въ текстѣ о возможныхъ здѣсь комбинаціяхъ: если вещь украдена или получена во временное владѣніе, то она должна быть возвращена; если же вещь на самомъ дѣлѣ была подарена, и сдѣлка даренія дѣйствительна, то одаренный сдѣлается собственникомъ по правиламъ о дареніяхъ и помимо ст. 2279. А если бы даритель (или его наследникъ) началъ оспаривать дареніе и доказывать какое-либо основаніе для возвращенія вещи (договоръ или деликтъ), то на него и ляжетъ *onus probandi* опять-таки по общимъ правиламъ о распредѣленіи доказательствъ (*beati possidentes* и проч.) и помимо ст. 2279: эта статья защищаетъ не простыхъ захватчиковъ, а добросовѣстныхъ пріобрѣтателей, не могущихъ провѣрить правомочій своихъ контрагентовъ-отчуждателей.

§ 10. 2-я часть ст. 2279.

До сих пор мы занимались первой частью ст. 2279; теперь очередь за второй ее частью, по которой вещи *краденны* и *утерянные* подлежат виндикации в течение трех лет со дня кражи или потери, при чем эвинцированному приобретателю дается иск против того, от кого эта вещь была им приобретена.

Конец этого абзаца показывает, что здесь имются в виду только *третьи лица*, а не сами воры и находчики или их соучастники, так как в противном случае не было бы места иску против того, от кого вещь приобретена. Начало же разбираемого абзаца показывает, что эти третьи лица предполагаются *добросовестными*, так как иначе виндикационный иск не ограничивался бы трехлетним сроком¹⁾.

Итак, относительно вещей краденых и утерянных, при циркуляции их в оборот, владение не приравнивается титулу, т. е. право собственности на них не приобретается, а потому и виндикация со стороны прежнего собственника допускается²⁾.

В этом выделении краденых и утерянных вещей в особую группу повторяется та известная нам норма древнего права, по которой не подлежали виндикации только вещи, *добровольно* выпущенные собственником из своего обладания; вещи

¹⁾ *Baudry-Lacantinerie*, Prescr., n. 855. *Planiol, Traité*, I, n. 1194.

²⁾ *Baudry-Lacantinerie*, Précis, I, n. 1499. *Delsol, Zasadu*, II, str. 619. *Stobbe, Handbuch*, II, 1, S. 270. *Roth, System*, III, S. 350. *Merlin, Répertoire*, t. 36, p. 466 ss. *Renaud* говорит: виндикация, допущенная ст. 2279, не вполне сходна с римской виндикацией; правда, виндикация ст. 2279 также является вещным иском, потому что она направляется против каждого владельца, но в то же время она имеет характер и личного иска, так как всегда направляется *in factum*: истец не должен доказывать свое право собственности, а лишь то, что вещь вышла из его обладания путем кражи или потери. — *Krit. Zeitschr.*, XVII, S. 156. Такого же мнения и *Rüttimann, Zeitschr. f. schweizer. Recht*, VIII, S. 74.

же, которых собственник лишился *против своей воли* или, по крайней мере, *без своей* на то воли, от виндикации не освобождались. Кодекс Наполеона, приравнивая владение титулу и устраняя этим виндикацию движимостей, обращает внимание не только на то, как приобретатель овладевает вещью, но, подобно древнему праву, — и на то, как собственник выпускает вещь из своего обладания: здесь оба эти момента *вмешательство* решают наш вопрос¹⁾.

Эту вторую сторону дела нам теперь и нужно рассмотреть в ее подробностях.

Но предварительно возникает общий вопрос о взаимном соотношении этих двух частей ст. 2279. Именно, спрашивается: какая из них является правилом, и какая — исключением? Это очень важно потому, что исключения всегда подлежат *ограничительному* толкованию; к общим же правилам это не относится.

На поставленный вопрос господствующее мнение совершенно основательно отвечает так: 1-я часть есть общее правило (для движимостей), а 2-я — исключение²⁾.

И в самом деле, обратный ответ мог бы казаться правильным, если бы мы стояли на *процессуальной* точке зрения устранения виндикации; тогда можно было бы рассуждать так: право виндцирования собственником своих вещей есть общее правило; 1-я часть ст. 2279 устраняет эту виндикацию; следовательно, это есть исключение; 2-я часть дает виндикацию; следовательно, она восстанавливает действие общего правила, а потому и сама является таким общим правилом.

¹⁾ Выше мы уже видели, что прусский *Landrecht* принимал во внимание только *способ приобретения* вещи.

²⁾ *Laurent, Principes*, XXXII, n. 577. *Folleville, Traité*, p. 217. *Bufoir, Propriété*, p. 344, 345. *Guillouard, Prescr.*, II, n. 834. *Baudry-Lacantinerie, Prescr.*, n. 884 и *Précis*, I, n. 1498. *Zacharia, Handbuch*, I, § 122, Anm. 9. *Planiol, Traité*, I, n. 1189. *Ortlieb, Des offets de la possession*, p. 79. *Marcadé, Prescr.*, p. 255, 256. *Aubry et Rau, Cours*, II, p. 146. *Demolombe, Cours*, XXIV, *Oblig.*, I, n. 470. *Daloz, Jurisprud. gén.*, t. 36, *Prescr. civile*, n. 286. *Carlin, Niemand kann...*, S. 62, Anm. 219.

Но эта точка зрѣнія не можетъ быть принята, такъ какъ виндикація не имѣетъ самостоятельнаго значенія и существованія: она является лишь послѣдствіемъ или дѣйствиемъ права собственности, и если законъ говоритъ вмѣсто права собственности о виндикаціонномъ искѣ, то это объясняется особыми историческими причинами (см. выше); для насъ же такое пониманіе дѣла обязательнымъ считать нельзя.

Съ другой стороны, правильной слѣдуетъ признать *материально-правовую* точку зрѣнія ¹⁾ прежде всего потому, что разбираемая статья находится въ кодексѣ матеріальнаго права, а главное потому, что она и по содержанию своему относится къ матеріальному праву: въ 1-ой части устанавливается особый способъ пріобрѣтенія права собственности; во 2-ой части ограничивается область примѣненія этого способа. Слѣдовательно, въ 1-ой части ст. 2279 намъ дается извѣстное правило, а во 2-ой части дѣлается изъ него исключеніе.

Установивши это соотношеніе между обѣими частями ст. 2279, приступимъ теперь къ выясненію тѣхъ двухъ исключительныхъ случаевъ (кража и потеря), когда пріобрѣтеніе права собственности черезъ овладѣніе не допускается — и когда, слѣдовательно, къ владѣльцу можетъ быть предъявлена виндикація. Толкованіе здѣсь, въ виду сказаннаго, должно быть ограничительнымъ ²⁾.

Начнемъ съ выясненія категоріи вещей *краденыхъ*, *res furtivae*, по французскому праву.

До 1810 г., пока во Франціи не было собственнаго уголовного кодекса, понятіе кражи опредѣлялось тамъ римскими источниками, и, какъ извѣстно, это понятіе было очень широко ³⁾. Припомнимъ опредѣленіе кражи по Институціямъ Юстиніана:

¹⁾ Ср. *Bemmelin*, *Propriété mobilière*, p. 409 s.

²⁾ *Baudry-Lacantinerie*, *Précis*, I, n. 1498.

³⁾ *Folleville*, *Traité*, n. 112. *Bufnoir*, *op. cit.*, p. 346. *Mourlon*, *Rép.*, III, p. 752. *Planiol*, *Traité*, I, n. 1205. *Dalloz*, *Jurisprud. gén.*, t. 2, *Abus de confiance*, n. 59, 60, 95, 96, 102, 153, 167, 171.

Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus possessionisve. — J. 4, 1, 1.

Французскій *Code pénal* 1810 г., подобно и другимъ современнымъ уголовнымъ кодексамъ, расчленилъ это сложное понятіе *furtum* на три разновидности: кража въ узкомъ или собственномъ смыслѣ, злоупотребленіе довѣріемъ и мошенничество ¹⁾.

Въ первомъ случаѣ собственникъ тайно лишается вещи ²⁾; во второмъ случаѣ собственникъ сознательно самъ ввѣряетъ свою вещь на время контрагенту, а затѣмъ этотъ послѣдній, вмѣсто возвращенія вещи собственнику, отчуждаетъ ее лицу постороннему и только этимъ своимъ послѣдующимъ дѣйствиемъ совершаетъ преступленіе и наноситъ ущербъ собственнику ³⁾; третій же случай представляетъ изъ себя нѣчто среднее между двумя указанными преступленіями: здѣсь нѣтъ тайнаго лишенія собственника вещи, но нѣтъ и вполне сознательнаго врученія ее контрагенту; здѣсь собственникъ, правда, самъ отдаетъ вещь, но отдаетъ подъ вліяніемъ обмана и различныхъ лживыхъ воздѣйствій со стороны контрагента, такъ что уже самое полученіе вещи контрагентомъ (какъ при кражѣ—похищеніе), а не какое-либо послѣдующее дѣйствіе (какъ при злоупотребленіи довѣріемъ), является преступленіемъ ⁴⁾.

Въ какомъ же смыслѣ надо понимать кражу въ виду ст. 2279: въ широкомъ, согласно съ римскими источниками, или въ узкомъ, согласно уголовному кодексу 1810 г.?

Въ пользу перваго мнѣнія говорятъ такъ: указанное расчлененіе широкаго понятія кражи произошло только въ 1810 г., а гражданскій кодексъ вмѣстѣ со ст. 2279 появился въ 1804 г.; слѣдовательно, здѣсь кража понималась еще согласно съ римскимъ правомъ, т. е. широко, а еслибы гражданскій кодексъ хо-

¹⁾ *Code pénal*, art. 379, 406—409, 405.

²⁾ *Folleville*, *Traité*, n. 113—115.

³⁾ *Folleville*, *Traité*, n. 116.

⁴⁾ *Folleville*, *Traité*, n. 117.

тѣль принять кражу въ другомъ значеніи, то онъ это и выразилъ бы; но въ ст. 2279 никакой оговорки по этому поводу не сдѣлано; слѣдовательно, слово „кража“ употреблено въ обычномъ тогда значеніи, т. е. въ широкомъ ¹⁾. Тѣмъ не менѣе, по господствующему мнѣнію, кража здѣсь должна быть понимаема въ узкомъ смыслѣ, и это правильно ²⁾.

Прежде всего отмѣтимъ, что опровергаемый взглядъ во всякомъ случаѣ не можетъ относиться къ злоупотребленію довѣріемъ. Это видно изъ ст. 1141 К. П. Въ самомъ дѣлѣ, первый по времени приобрѣтатель оставляетъ вещь во владѣніи отчуждателя въ поклажу, ссуду, наемъ и т. п., а отчуждатель, воспользовавшись владѣніемъ, отчуждаетъ и передаетъ вещь другому лицу. Здѣсь предъ нами не что иное, какъ злоупотребленіе довѣріемъ, и тѣмъ не менѣе виндикаціи нѣтъ; слѣдовательно, вещь не относится къ разряду *res furtivae*, и слѣдовательно далѣе, злоупотребленіе довѣріемъ несомнѣнно исключалось изъ понятія кражи при составленіи гражданскаго кодекса ³⁾, хотя это прямо и не было выражено.

Больше затрудненій представляетъ вопросъ о мошенничествѣ. Господствующее мнѣніе исключаетъ мошенничество изъ понятія о кражѣ, ссылаясь на необходимость ограничительнаго толкованія 2-ой части ст. 2279, какъ представляющей изъ себя

¹⁾ См. *Folleville, Traité*, n. 116 bis, 117 bis. Объ этомъ приемѣ толкованія — *Васюковскій*, Ученіе о толкованіи, стр. 53.

²⁾ *Guillouard, Prescr.*, II, n. 834—836. *Baudry-Lacantinerie, Prescr.*, n. 897 и *Précis*, I, n. 1502. *Aubry et Rau, Cours*, II, § 183, p. 147. *Ortlieb*, op. cit., p. 78—80. *Duranton, Cours*, VIII (Пар. изд., t. 15), n. 286. *Buflnoir*, op. cit., p. 389, 390. *Folleville, Traité*, n. 116 ter. *Rauter, Revue de législation*, V, p. 139, note 1. *Mourlon, Rép.*, III, p. 752, 753. *Marcadé, Prescr.*, p. 255, 256. *Bemmelen, Propriété mobilière*, p. 411, note 1. *Virgile, Propriété, mobilière*, p. 243. *Dalloz, Jurisprud. gén.*, t. 2, *Abus de confiance*, n. 102, 153, 167, 171.

³⁾ *Folleville, Traité*, p. 216, 217. *Baudry-Lacantinerie, Prescr.*, n. 898. *Ortlieb, Des effets de la possession*, p. 79. *Poincaré, Du droit de suite*, p. 178, 179. Это подтверждается и судебной практикой 18 вѣка, — *Planiol, Traité*, I, n. 1205. *Troplong, Prescr.*, II, n. 1070.

исключеніе. Однако, самъ по себѣ, этотъ аргументъ, пожалуй, довольно слабъ: если кража вмѣщала въ себѣ и мошенничество, то нельзя же просто отсѣчь этотъ придатокъ. Большою убѣдительностью обладаютъ имѣющіяся у насъ положительныя данныя: во 1-хъ, мошенничество въ качествѣ самостоятельнаго преступленія фигурировало уже въ законѣ 19—22 іюля 1791 г. ¹⁾; во 2-хъ, мнѣніе о дѣйствиіи римскаго понятія о кражѣ подлежитъ сомнѣніямъ хотя-бы потому, что цѣльность этого понятія была уже нарушена выдѣленіемъ изъ него злоупотребленія довѣріемъ; въ 3-хъ, при изданіи каждаго новаго кодекса всѣ прежніе законы пересматриваются и приводятся въ согласіе съ новымъ; по-этому еслибы кража понималась въ нашей ст. 2279 широко, то при появленіи *Code pénal*, расчленившаго это широкое понятіе на части, были бы сдѣланы соответственныя поправки въ ст. 2279, а такъ какъ никакихъ поправокъ тамъ сдѣлано не было, то изъ этого мы заключаемъ, что и измѣнять было нечего: уже и сама ст. 2279 имѣла въ виду *узкое* пониманіе кражи ²⁾.

Принимая это мнѣніе объ узкомъ пониманіи кражи во 2-ой части ст. 2279, мы должны еще отмѣтить, что, кромѣ наличности и доказанности кражи, не требуется больше никакихъ особыхъ условій для допущенія виндикаціи; такъ, между прочимъ, не требуется *наказуемости* вора: воръ, напр., по своему малолѣтству, можетъ быть освобожденъ отъ наказанія, онъ можетъ остаться и не разысканнымъ; все это не устраняетъ виндикаціи, такъ какъ важенъ только самый фактъ кражи, самъ по себѣ ³⁾.

¹⁾ *Baudry-Lacantinerie, Prescr.*, n. 899. *Poincaré, op. cit.*, p. 179—181.

²⁾ *Troplong* однако относитъ сюда и мошенничество на томъ основаніи, что собственникъ лишается вещи не добровольно. — *Prescr.*, II, n. 1069. Однако это аргументъ изъ древняго права, а рѣчь идетъ о новомъ.

³⁾ *Laurent, Principes*, XXXII, p. 599. *Folleville, Traité*, n. 114. *Aubry et Rau, Cours*, II, p. 148. *Guillouard, Prescr.*, II, n. 837. *Baudry-Lacantinerie, Prescr.*, n. 900. *Poincaré, Du droit de suite*, p. 177.

Переходимъ къ вещамъ *утеряннымъ* ¹⁾.

Сюда относятся такія вещи, обладаніе которыми собственникъ утратилъ или вслѣдствіе нѣкоторой небрежности, или же и вслѣдствіе непреодолимой силы (напр., наводненія), такъ что онъ не можетъ возстановить своего владѣнія, потому что не знаетъ, гдѣ его вещь находится ²⁾.

Здѣсь собственникъ отнюдь не отказывается отъ своего права на утерянную вещь; этимъ потеря отличается отъ *derelictio*, гдѣ вещь переходитъ въ разрядъ *res nullius* и подлежитъ свободной оккупации; ничего подобнаго при потерѣ нѣтъ ³⁾.

Наиболѣе общей и типичной категоріей случаевъ, сюда относящихся, является такъ называемая потеря и находка на сушѣ; сюда же приравниваются и находки на незудоходныхъ рѣчкахъ; кромѣ того, есть еще цѣлый рядъ особыхъ случаевъ этого рода: морская добыча, находки на судоходныхъ рѣкахъ, находка вещей, оставленныхъ въ судебныхъ учрежденіяхъ, въ лазаретахъ, въ транспортныхъ учрежденіяхъ, въ таможнякъ, въ отеляхъ.

Для всѣхъ этихъ категорій вещей есть и свои особые законы ⁴⁾.

Теперь, установивши понятіе вещей краденыхъ и утеряныхъ, рассмотримъ вопросъ о приобрѣтеніи права собственности на эти вещи съ точки зрѣнія ст. 2279.

Сначала рассмотримъ отношенія между собственникомъ и воромъ или находчикомъ, а затѣмъ — между собственникомъ и третьими лицами.

¹⁾ Замѣчательно, что *Bourjon*, допуская виндикацію вещей краденыхъ, ничего не говорилъ о вещахъ утерянныхъ, какъ-будто виндикація ихъ не допускалась. — *Renaud*, *Krit. Zeitschrift*, XVII, S. 149, 150. *Poincaré*, *Du droit de suite*, p. 93.

²⁾ *Laurent*, *Principes*, XXXII, n. 580. *Folleville*, *Traité*, n. 105. *Aubry et Rau*, *Cours*, II, p. 146, 147. *Baudry-Lacantinerie*, *Prescr.*, n. 896 и *Précis*, I, n. 1502. *Poincaré*, *op. cit.*, p. 173. *Renaud* исключаетъ отсюда случаи утраты вещи вслѣдствіе наводненія, *loc. cit.*, S. 152.

³⁾ *Planiol*, *Traité*, I, n. 1335. *Demolombe*, *Cours*, XIII, *Successions*, I, n. 61. *Duranton*, *Cours*, IV (Шар. изд.), n. 318. *Ortlieb*, *op. cit.*, p. 75. *Folleville*, *Traité*, n. 109. *Poincaré*, *op. cit.*, p. 174.

⁴⁾ См. ст. 717 К. Н.

Если мы остановимся прежде всего на кражѣ, то безъ всякихъ сомнѣній предъ нами встанетъ то безспорное и основное положеніе, что путемъ преступленія право собственности не приобрѣтается, а потому воръ подлежитъ безусловной виндикаціи.

Переходя же затѣмъ къ потерѣ, мы наталкиваемся на нѣкоторое затрудненіе. Дѣло въ томъ, что Кодексъ Наполеона оставляетъ этотъ вопросъ въ сущности нерѣшеннымъ: ст. 717 отсылаетъ къ особымъ законамъ, а такихъ законовъ для наиболѣе частаго случая, — потери и находокъ на сушѣ, — нѣтъ. Отсюда — разнообразіе мнѣній.

Такъ, одна теорія предоставляетъ найденную вещь цѣликомъ въ собственность государства. Это, во 1-хъ, потому, что прежде всѣ находки принадлежали сеньеру (*seigneur haut-justicier*) того мѣста, гдѣ вещь найдена, — въ возмѣщеніе его расходовъ по отправленію правосудія; теперь же государство управляетъ эти обязанности сеньеровъ; значитъ, къ государству перешли и ихъ права. Во 2-хъ, это потому, что, по ст. 713 К. Н., вещи, не имѣющія хозяина, принадлежать государству.

Эта теорія не пользуется признаніемъ въ виду несостоятельности ея основаній ¹⁾.

Прежде всего, нельзя прежнія привилегіи сеньеровъ переносить на государство; здѣсь аналогіи и преемства нѣтъ: государство исполняетъ свой *долгъ*, отправляя правосудіе. Что же касается ст. 713, то она здѣсь не примѣнима, потому что, какъ замѣчено выше, вещи утеряныя отнюдь не переходятъ въ разрядъ вещей безхозяйныхъ.

Другая теорія распредѣляетъ найденныя вещи пополамъ между государствомъ и находчикомъ. Такъ, говорятъ, было по древнимъ кутюмамъ, да такъ, кажется, и справедливо: никому не обидно.

¹⁾ *Laurent*, *Principes*, VIII, n. 462. *Folleville*, *Traité*, n. 110 bis. *Planiol*, *Traité*, I, n. 1339. *Poincaré*, *op. cit.*, p. 174, 175. *Demolombe*, *loc. cit.*, n. 69, 71. *Ortlieb*, *Des offets de la possession*, p. 75, 76. *Duranton*, *Cours*, IV (Шар. изд.) n. 325, 326. Противъ этой теоріи и судебная практика, — *Griquet et Vergé*, *Supplém.*, t. 14, *Propriété*, n. 96.

И эту теорию принять польза. Польза, прежде всего, ссы- латься на кутюмы потому, что всё они отмѣнены кодексомъ, а затѣмъ нельзя было бы на нихъ ссылаться и потому, что они были разнообразны ¹⁾.

Наконецъ, третья — и господствующая — теория говоритъ совершенно основательно такъ: вопросъ о правѣ собственности на утерянныя и найденныя вещи закономъ не разрѣшается, — значить, никакихъ измѣненій въ этомъ отношеніи и не происхо- дить, т. е. черезъ потерю вещи собственникъ не лишается своего права на нее и остается такимъ же собственникомъ, какимъ онъ былъ и до потери ²⁾.

Все это вполне согласуется съ тѣмъ, что мы уже видѣли выше.

Въ самомъ дѣлѣ, мы уже видѣли, что 1-я часть ст. 2279 имѣетъ въ виду только третьихъ лицъ и при томъ добросовѣст- ныхъ. Поэтому и здѣсь невозможно допустить, чтобъ 2-я часть той же статьи относилась безразлично къ вопросу о bona fides владѣльца украденной или утерянной вещи ³⁾; а разъ мы при- мемъ, что bona fides необходима и здѣсь, то придется также принять, что и здѣсь имѣются въ виду также только третьи ли- ца; воры же и находчики подъ дѣйствіе ст. 2279 не попадаютъ: преступленіе и mala fides исключаютъ возможность приравненія владѣнія титулу.

Итакъ, повторяемъ нашъ общій выводъ: ни воръ, ни наход- чикъ не приобрѣтаютъ права собственности непосредственно черезъ овладѣніе чужой вещью; однако ничто не мѣшаетъ этимъ лицамъ приобрѣсти право собственности путемъ той 30-лѣтней

¹⁾ Folleville, Traité, n. 110 ter. Poincaré, op. cit., p. 175.

²⁾ Folleville, Traité, n. 110 quater. Laurent, Principes, VIII, n. 463, 466. Zachariä, Handbuch, I, § 185, Anm. 4. Planiol, Traité, I, n. 1342. Demolombe, Cours, XIII, Successions, I, n. 71. Ortlieb, op. cit., p. 76. Dalloz, Jurisprud. gén., t. 38, Propriété, n. 209, 212. Griolet et Vergé, Supplém., t. 14, Propriété, n. 98.

³⁾ Baudry-Lacantinerie, Précis, I, n. 1500.

давности, которая не требуетъ ни титула, ни добросовѣстности¹⁾. Въ теченіе же этихъ 30 лѣтъ собственникъ можетъ предъявить искъ не только объ убыткахъ, но и о возвращеніи вещи ²⁾. Хотя уголовные иски изъ кражи погашаются давностью и въ теченіе болѣе короткихъ сроковъ, тѣмъ не менѣе указанный виндика- ціонный искъ о возвращеніи вещи не погашается давностью вмѣ- стѣ съ ними, такъ какъ онъ своимъ основаніемъ имѣетъ не толь- ко деликтъ, но еще и незаконное и недобросовѣстное удержи- ваніе чужой вещи ³⁾.

Это все такъ относительно кражи и типичнаго случая по- тери на сушѣ.

¹⁾ Art. 2262: Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre, ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi. — Baudry-Lacantinerie, loc. cit.

²⁾ Demolombe, Cours, XIII, n. 71. Folleville, Traité, n. 118 ss. Baudry-Lacantinerie, Prescr., n. 885, 893 и Précis, I, n. 1498. Planiol, Traité, I, n. 1210. Aubry et Rau, Cours, II, p. 376. Laurent, Principes, VIII, n. 463, 466. Glasson, Éléments, I, p. 406. Bufnoir, Propriété, p. 344. Ortlieb, Des effets de la possession, p. 101, 103. Zachariä, Handbuch, I, § 122, Anm. 10. Duranton, Cours, XI (Пар. изд., t. 21), n. 97, t. IV (Пар. изд.), n. 329. Такова и судебная практика, — Dalloz, Jurisprud. gén., t. 36, Prescr. civile, n. 300, t. 38, Propriété, n. 212, 216. Griolet et Vergé, Supplém., t. 14, Propriété, n. 98. Надо отмѣтить, что Zachariä, loc. cit., выдѣляетъ изъ указанного правила находчика, не скрываю- щаго вещи отъ собственника: противъ такого находчика искъ можетъ быть предъявленъ только въ теченіе трехъ лѣтъ. Однако это утверж- деніе, кажется, не имѣетъ основанія.

³⁾ Baudry-Lacantinerie, loc. cit. Laurent, Principes, XXXII, p. 573. Ortlieb, op. cit., p. 102. Duranton, loc. cit. Folleville, Traité, n. 120. Marcadé, Prescr., p. 255. Planiol, Traité, I, n. 1211. Maleville, Analyse, IV, p. 350. О доказательствахъ при этомъ искѣ см. Laurent, loc. cit., p. 601. Troplong, Prescr., II, n. 1068. Duranton, Cours, IV (Пар. изд.), n. 330. Poincaré, op. cit., p. 182, допускаетъ виндикацію только до истечения 3-лѣтняго срока, а затѣмъ, — независимо отъ bona или mala fides, — даетъ только искъ личный о реституціи.

Что же касается особыхъ случаевъ потери, то для нихъ, какъ сказано, дѣйствуютъ и особыя правила ¹⁾.

Въ общихъ чертахъ (подробности для насъ въ данномъ случаѣ не интересны) эти правила состоятъ въ томъ, что собственникамъ для востребованія своихъ вещей даются сравнительно очень короткіе сроки, по истеченіи которыхъ вещи или поступаютъ въ собственность государства (морская добыча, срокъ 1 годъ и 1 день), или продаются особо опредѣленнымъ порядкомъ: вещи, найденныя на судоходныхъ рѣкахъ, — черезъ 2 мѣсяца; вещи, оставленныя въ транспортныхъ учрежденіяхъ, — черезъ 6 мѣсяцевъ; вещи, оставленныя въ таможняхъ, — черезъ 1 годъ; вещи, оставленныя въ лазаретахъ, — черезъ 2 года и т. п.; затѣмъ собственнику еще дается нѣкоторое время для полученія вырученной цѣны вещи; что же касается его права собственности, то оно уже безвозвратно утрачивается въ моментъ продажи вещи. Такимъ образомъ къ этимъ особымъ случаямъ потери указанный выше 30-лѣтній срокъ отношенія не имѣетъ: дѣло ликвидируется гораздо скорѣе.

¹⁾ О морской добычѣ — *Ordonnance sur la marine 1681 г. Demolombe, Cours, XIII, n. 63—65. Duranton, Cours, IV (Пар. изд.), n. 331—334. Folleville, Traité, n. 106. Poincaré, Du droit de suite, p. 174. Planiol, Traité, I, n. 1337. Ortlieb, op. cit., p. 74, 75. Dalloz, Jurisprud. gén., t. 38, Propriété, n. 223—225. Griolet et Vergé, Supplém., t. 14, Propriété, n. 1681 ss.* О добычѣ на судоходныхъ рѣкахъ — *Ordonnance des eaux et forêts 1669 г. Demolombe, loc. cit., n. 66, 67. Planiol, Traité, I, n. 1338. Folleville, Traité, n. 107. Poincaré, loc. cit. Ortlieb, op. cit., p. 75. Dalloz, loc. cit., n. 228. Griolet et Vergé, loc. cit., n. 103.* О вещахъ, оставленныхъ въ судѣ, — зак. 11 жерминаля 4 года и *ordonnance 22 февр. 1829 г. Demolombe, loc. cit., n. 77. Duranton, loc. cit., n. 322. Planiol, loc. cit., n. 1340. Dalloz, loc. cit., n. 219.* О вещахъ, оставленныхъ въ лазаретахъ, — зак. 3 марта 1822 г. *Dalloz, loc. cit., n. 218.* О вещахъ, оставленныхъ въ транспортныхъ учрежденіяхъ, — декретъ 13 авг. 1810 г., воспроизводящій декларацию 20 янв. 1699 г. *Demolombe, Cours, XIII, n. 77. Dalloz, loc. cit., n. 218. Planiol, loc. cit., n. 1340. Folleville, Traité, n. 111.* О вещахъ, оставленныхъ въ таможняхъ, — зак. 6 авг. 1791 г. *Demolombe, ibidem. Planiol, ibid.* О вещахъ, забытыхъ въ отеляхъ, — зак. 31 марта 1896 г. *Planiol, ibidem.*

Теперь рассмотримъ отношенія между собственниками и третьими лицами.

Если третье лицо *недобросовѣстно* приобрѣло вещь, то къ нему будетъ относиться все то, что сказано о ворѣ и находчикѣ; ст. 2279 остается совершенно въ сторонѣ.

Если же третье лицо приобрѣло вещь *bona fide*, то именно здѣсь, — но и только здѣсь, — вступаетъ въ свое дѣйствіе 2-я часть ст. 2279; именно: не смотря на *bona fides* приобретателя, противъ него все же допускается виндикація, но, правда, — лишь въ теченіе трехъ лѣтъ, и не съ момента овладѣнія вещью даннымъ приобретателемъ, а съ момента кражи или потери ¹⁾.

Существуетъ мнѣніе, что этотъ 3-лѣтній срокъ является общимъ для всѣхъ случаевъ, т. е. что онъ примѣняется не только противъ добросовѣстныхъ приобретателей, но и противъ недобросовѣстныхъ.

Однако этотъ оригинальный взглядъ распространенія не получилъ ²⁾.

Спорять еще о характерѣ и природѣ указаннаго 3-лѣтняго срока.

Что здѣсь имѣтъ *приобрѣтательной* давности, согласны всѣ; но многіе здѣсь видятъ давность *погасительную* ³⁾. Кажется, болѣе основательно мнѣніе, по которому здѣсь — простой фатальный срокъ, однимъ истеченіемъ своимъ уничтожающій

¹⁾ *Guillouard, Prescr., II, n. 840. Baudry-Lacantinerie, Prescr., n. 890. Folleville, Traité, n. 124, 125. Bufnoir, op. cit., p. 390. Aubry et Rau, Cours, II, p. 151. Zachariä, Handbuch, I, S. 339. Glasson, Éléments, I, p. 406. Planiol, Traité, I, n. 1206. Ortlieb, Des effets de la possession, p. 81. Mourlon, Rép., III, p. 751. Marcadé, Prescr., p. 255. Dalloz, Jurisprud. gén., t. 36, Prescr. civile, n. 300, t. 38, Propriété, n. 216.*

²⁾ Теперь такого взгляда держатся *Planiol, Traité, I, n. 1212, Poincaré, op. cit., p. 182, Bemmelen, Propriété mobilière, p. 414, 430, и Renaud, Krit. Zeitschr., XVII, S. 157, 158. См. Folleville, Traité, n. 121 bis, 121 ter.*

³⁾ *Laurent, Principes, XXXII, p. 600. Baudry-Lacantinerie, Prescr., n. 891 и Précis, I, n. 1505. Planiol, Traité, I, n. 1206. Mourlon, Rép., III, p. 751.*

право на виндикацію. *Aubry* и *Rau* говорятъ такъ: приобретаемую давность здѣсь видѣть нельзя потому, что теченіе срока начинается не со дня овладѣнія вещью, а со дня кражи или потери; погасительную давность нельзя здѣсь видѣть потому, что указаннымъ срокомъ искъ собственника ограничивается независимо отъ его небрежности и упущеній¹⁾. А если это простой срокъ для предъявленія иска, то отсюда вытекаетъ два послѣдствія: во 1-хъ, этимъ срокомъ можетъ воспользоваться каждый владѣлецъ-приобрѣтатель *bonae fidei*, какъ бы кратковременно ни было его личное владѣніе; во 2-хъ, этотъ срокъ непрерывно течетъ противъ всякаго собственника, будь то неполнолѣтній или ограниченный въ дѣеспособности²⁾.

Спрашивается теперь, какъ сказанное примѣняется къ тѣмъ случаямъ потери и находки, которые выдѣлены нами въ особую группу?

Если вещь по истеченіи установленнаго срока уже приобретена государствомъ (морская добыча), или же по истеченіи установленнаго срока продана установленнымъ порядкомъ третьему лицу (остальные случаи), то приобретатели получаютъ неоспоримое право собственности, хотя бы со дня потери и не прошло еще трехъ лѣтъ, и хотя бы фактъ потери этихъ вещей былъ всѣмъ извѣстенъ. Словомъ, ст. 2279 здѣсь не примѣняется, такъ какъ вопросъ разрѣшается другими специальными законами.

Если же такая вещь продается третьему лицу не въ установленномъ порядкѣ или до истеченія установленнаго срока, или не надлежащимъ лицомъ, то тогда вступаетъ въ дѣйствіе ст. 2279, и вопросъ рѣшается такъ, какъ это только что описано: въ теченіе трехъ лѣтъ со дня потери возможна виндикація со стороны собственника.

¹⁾ *Aubry et Rau*, Cours, II, p. 151, note 17. Такого же мнѣнія *Zachariä*, Handbuch, I, § 122, Anm. 10, *Bufoir*, op. cit., p. 390, *Guillouard*, Prescr., II, n. 844, *Folleville*, Traité, n. 124, *Duranton*, Cours, XI (Пар. изд., t 21), n. 97, *Poincaré*, op. cit., p. 183, 184.

²⁾ *Folleville*, loc. cit. *Guillouard*, loc. cit. *Poincaré*, op. cit., p. 184.

Итакъ, вещи краденныя и утерянныя могутъ быть виндицируемы въ теченіе извѣстнаго срока не только отъ недобросовѣстныхъ владѣльцевъ, что само собою разумѣется, но также и отъ владѣльцевъ добросовѣстныхъ: непосредственнаго приобретателя права собственности при этихъ исключительныхъ порокахъ объекта нѣтъ.

При этомъ владѣлецъ долженъ возвратить собственнику его вещь безъ всякаго за это вознагражденія. Затѣмъ законъ (2-я часть ст. 2279 въ концѣ) предоставляетъ владѣльцу обращаться съ искомъ о возмѣщеніи убытковъ къ тому, отъ кого онъ получилъ эту эвинцированную у него вещь¹⁾. Но гдѣ его искать? Да и есть ли возможность получить съ него полное удовлетвореніе? — При всей возможной защитѣ собственника, положеніе владѣльца, не смотря на его добросовѣстность, можетъ оказаться весьма невыгоднымъ. Изъ этого мы видимъ, что всѣ симпатіи законодателя въ указанныхъ случаяхъ находятся на сторонѣ собственника, а приобретателю только и дается, что укороченіе срока для виндикаціи со стороны собственника.

§ 11. 1-ая часть ст. 2280.

Изложенныя въ предыдущемъ §-ѣ правила о виндикаціи вещей краденыхъ и утерянныхъ относятся къ тѣмъ сравнительно рѣдкимъ и исключительнымъ случаямъ, когда вещь приобретается хотя и добросовѣстно, но отъ такого лица, которое торговлей вещами даннаго рода не занимается. Обыкновенно это болѣе или менѣе случайное приобретеніе, а потому и добросовѣстность приобретателя получаетъ здѣсь нѣсколько сомнительный характеръ²⁾: здѣсь нѣтъ никакого контроля со стороны общественной власти; это не только частныя, но, можно даже сказать, тайныя сдѣлки; статья же 2279 построена на идеѣ публич-

¹⁾ *Guillouard*, Prescr., II, n. 857. Для этого иска — 30-лѣтній срокъ. *Duranton*, Cours, XI, n. 435.

²⁾ *Baudry-Lacantinerie*, Précis, I, n. 1501.

ности; слѣдовательно, кто не пренебрегаетъ тайными сдѣлками, тотъ на себя же самого долженъ и пенять: *wo man seinen Glauben gelassen hat, da muss man ihn wieder suchen*, потому что — *trau, schau wem*.

Совсѣмъ иное дѣло, когда приобрѣтеніе совершается на ярмаркахъ, на рынкахъ, въ торговыхъ заведеніяхъ, на публичныхъ продажахъ или вообще у кушцовъ, обыкновенно торгующихъ вещами даннаго рода. Это общая, самая частая и наиболѣе нормальная обстановка приобрѣтенія движимостей. Здѣсь сдѣлки совершаются не втихомолку, а публично, на виду у всѣхъ; здѣсь продавцы не какія-нибудь случайно встрѣтившіяся (хотя особыхъ подозрѣній и не возбуждающія) лица; это—торговцы, официально прибрѣвшіе право торговать въ данномъ мѣстѣ даннаго рода товарами и торгующіе подъ особымъ контролемъ.

Ставить покупающую публику въ необходимость и здѣсь возбуждать какія-либо сомнѣнія и предпринимать разслѣдованія по вопросу о принадлежности товаровъ продавцу явилось бы дѣломъ положительно невозможнымъ: торговый оборотъ дѣйствительно оказался бы подорваннымъ.

Исходя изъ этихъ соображеній, законодатель вноситъ весьма существенное ограниченіе въ предоставленное собственнику право виндигирования украденныхъ и утерянныхъ вещей: *виндикація возможна, но лишь взаменъ возмѣщенія владѣльцу уплоченной имъ за вещь цѣны*.

Такъ, 1-я часть ст. 2280 К. Н. говоритъ:

*Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté*¹⁾.

¹⁾ Обо всемъ этомъ см. *Folleville*, *Traité*, n. 126 ss., *Guillouard*, *Prescr.*, II, n. 848, *Baudry-Lacantinerie*, *Prescr.*, n. 903 и *Précis*, I,

Въ результатѣ можно сказать, что хотя французское право *теоретически* и допускаетъ виндикацію краденыхъ и утерянныхъ вещей, тѣмъ не менѣе *фактически* она въ громадномъ большинствѣ случаевъ почти не возможна: ея осуществленію мѣшаетъ необходимость возмѣщенія цѣны¹⁾; а это только въ томъ случаѣ не остановитъ виндиканта, когда вещь особенно интересуетъ его своими индивидуальными качествами. Правда, виндикація облегчается тѣмъ, что цѣна прибрѣтенія вещей краденыхъ и утерянныхъ обыкновенно довольно низка²⁾; но въ этихъ послѣднихъ случаяхъ подвергается основательнымъ подозрѣніямъ добросовѣстность прибрѣтателя, а потому, можетъ быть допущена виндикація *безъ* возмѣщенія цѣны, по 2-ой ч. ст. 2279, а ст. 2280, какъ рассчитанная на *добросовѣстныхъ* прибрѣтателей³⁾, примѣненія не получить.

Таковы юридическія и фактическія условія и обстановка перваго исключенія изъ правила 1-ой части ст. 2279.

Теперь переходимъ ко второму исключенію, установленному въ п. 1 ст. 2102 К. Н.

§ 12. 1-ый пунктъ ст. 2102.

Второе исключеніе изъ правила ч. 1 ст. 2279 К. Н. создается слѣдующимъ обстоятельствомъ. Согласно п. 1 ст. 2102 К. Н.

n. 1504. *Zachariä*, *Handbuch*, I, S 340, *Laurent*, *Principes*, XXXII, n. 587, 588, *Aubry et Rau*, *Cours*, II, p. 149, 150, *Poincaré*, *Du droit de suite*, p. 192 ss., *Ortlieb*, *op. cit.*, p. 83 ss., *Mourlon*, *Rép.*, III, p. 751, *Bufnoir*, *op. cit.*, p. 391, *Troplong*, *Prescr.*, II, n. 1071, *Vente*, I, n. 242, *Daloz*, *Jurisprud. gén.*, t. 36, *Prescr. civile*, n. 293, *Delvincourt*, *Institutes*, II, p. 366.

¹⁾ *Planiol*, *Traité*, I, n. 1209.

²⁾ *Bufnoir*, *Propriété*, p. 391.

³⁾ *Guillouard*, *Prescr.*, II, n. 849, 850. *Baudry-Lacantinerie*, *Prescr.*, n. 904. *Aubry et Rau*, *Cours*, II, p. 149. *Laurent*, *Principes*, XXXII, n. 592. *Ortlieb*, *op. cit.*, p. 85. *Daloz*, *loc. cit.*, *Prescr. civile*, n. 298. *Bemmelen*, *Propriété mobilière*, p. 425, также склоненъ признавать здѣсь необходимость добросовѣстности, хотя относительно 1 ч. ст. 2279 онъ высказывается въ обратномъ смыслѣ.

лицо, сдающее кому-либо въ наемъ свою недвижимость, получать въ обезпеченіе наемныхъ и арендныхъ платежей *привилегію* на урожай и на цѣну тѣхъ движимостей, которыя украшаютъ домъ или ферму, и которыя служатъ для эксплуатаціи фермы. Привилегія эта состоитъ въ томъ, что наймодавецъ можетъ виндицировать указанные движимости даже отъ добросовѣстныхъ приобретателей, если онѣ были отчуждены безъ его согласія: 1 ч. ст. 2279 уступаетъ передъ этой привилегіей.

Объ этой привилегіи въ ст. 2102 говорится такъ:

Les créances privilégiées sur certains meubles sont: 1. *Les loyers et fermages des immeubles, sur les fruits de la récolte de l'année, et sur le prix de tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme et de tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme; savoir, pour tout ce qui est échu, et pour tout ce qui est à échoir, si les baux sont authentiques, ou si, étant sous signature privée, ils ont une date certaine; et, dans ces deux cas, les autres créanciers ont le droit de relouer la maison ou la ferme pour le restant du bail, et de faire leur profit des baux ou fermages à la charge toutefois de payer au propriétaire tout ce qui lui serait encore dû. Et à défaut de baux authentiques, ou lorsqu' étant sous signature privée, ils n'ont pas une date certaine, pour une année à partir de l'expiration de l'année courante. Le même privilège a lieu pour les réparations locatives, et pour tout ce qui concerne l'exécution du bail. Néanmoins les sommes dues pour les semences ou pour les frais de la récolte de l'année, sont payées sur le prix de la récolte, et celles dues pour ustensiles, sur les prix de ces ustensiles, par préférence au propriétaire, dans l'un et l'autre cas. Le propriétaire peut saisir les meubles qui garnissent sa maison ou sa ferme, lorsqu' ils ont été déplacés sans son consentement, et il*

conserve sur eux son privilège, pourvu qu'il ait fait la revendication; savoir, lorsqu'il s'agit du mobilier qui garnissait une ferme, dans le délai de quarante jours; et dans celui de quinzaine, s'il s'agit des meubles garnissant une maison.

Подробное изученіе этой привилегіи въ нашу задачу не входитъ; мы остановимся на ней лишь настолько, насколько это интересно въ виду ст. 2279 К. Н.

Итакъ, для примѣненія 1 п. ст. 2102, прежде всего, долженъ имѣть мѣсто наемъ недвижимости: дома или фермы¹⁾. Затѣмъ спрашивается: кто имѣетъ виндикацію по ст. 2102 п. 1 и вопреки ст. 2279 ч. 1?

Хотя приведенная статья и говоритъ въ концѣ о *собственникѣ*, но такъ какъ въ ней идетъ рѣчь не объ охранѣ лицъ, а объ охранѣ извѣстныхъ требованій, то и литература, и судебная практика единогласно приписываютъ эту привилегію *каждому наймодавцу*, хотя бы онъ и не былъ собственникомъ сдаваемыхъ въ наемъ дома или фермы: это можетъ быть и usufructуарій, и даже наниматель, если имѣетъ мѣсто sub-locatio²⁾.

Что можетъ подлежать виндикаціи наймодавца?

Законъ, какъ мы видѣли, отвѣчаетъ: плоды жатвы данного года, все, что украшаетъ домъ или ферму, и все, что служитъ для эксплуатаціи фермы.

Во французской литературѣ нѣтъ согласія относительно

¹⁾ *Laurent, Principes, XXIX, n. 380, 381. Baudry-Lacantinerie, Nant., I, n. 356—358. Pont, Explication, I, n. 116. Troplong, Privil. et hypoth., I, n. 153. Dalloz, Jurisprud., t. 37, Privil. et hypoth., n. 220. Griolet et Vergé, Supplém., t. 14, Privil. et hypoth., n. 76.*

²⁾ *Laurent, Principes, XXIX, n. 382. Folleville, Traité, n. 85. Aubry et Rau, Cours, III, p. 225, 226. Zachariä, Handbuch, II, S. 22. Baudry-Lacantinerie, Nant., I, n. 356 и Précis, III, n. 1085. Pont, Explication, I, n. 117. Duranton, Cours, X (Пар. изд. t. 19), n. 70. Troplong, Privil. et hypoth., I, n. 152. Planiol, Traité, II, n. 2467. Colmet de Santerre, Cours, IX, p. 32. Dalloz, Jurisprud., t. 37, Privil. et hypoth., n. 221, 225. Griolet et Vergé, Supplém., t. 14, Privil. et hypoth., n. 72.*

той категоріи вещей, которыя „украшаютъ” домъ или ферму. Всѣ согласны въ томъ, что сюда нельзя относить рѣшительно все, что находится въ домѣ; но согласія нѣтъ по вопросу о томъ, что же именно исключается изъ вещей, находящихся въ домѣ. Всѣ согласно исключаютъ отсюда только *deniers* и *obligationnelles* ¹⁾. Но это какъ-разъ такіе объекты, которыя и сами по себѣ или очень рѣдко допускаютъ виндикацію, или и совсѣмъ не подлежатъ ей. — Спорнымъ является вопросъ о *dragons* ²⁾. Большинство французскихъ цивилистовъ исключаютъ и ихъ изъ-подъ дѣйствія привилегіи, такъ какъ драгоценныя камни украшаютъ лицо, а не домъ ³⁾. Но *Planiol*, ссылаясь на *Pothier*, распространяетъ дѣйствіе привилегіи и на эти предметы ⁴⁾. Однако это мнѣніе не нашло себѣ признанія въ судебной практикѣ. Исключаются далѣе такія вещи, которыя вносятся въ квартиру на короткое время и очевидно не принадлежатъ квартиранту, напр., бѣлье у прачки, часы въ починкѣ у часового мастера, матерія у портного и т. п. ⁵⁾.

Итакъ, можно сказать, что подъ дѣйствіе привилегіи подпадаютъ: жатва данного года ⁶⁾, вещи, служащія для эксплуатаціи земельныхъ участковъ, а также — мебель въ квартирахъ,

¹⁾ *Laurent*, Principes, XXIX, n. 413, 415. *Folleville*, Traité, n. 86. *Baudry-Lacantinerie*, Nant., I, n. 364. *Duranton*, Cours, X (Пар. изд., t. 19), n. 79. *Aubry et Rau*, Cours, III, p. 229. *Planiol*, Traité, II, n. 2468. *Pont*, Explication, I, n. 121. *Zachariä*, Handbuch, II, S. 24. *Troplong*, Privil. et hypoth., n. 151. *Dalloz*, Jurisprud., t. 37, Privil. et hypoth., n. 246.

²⁾ *Laurent*, loc. cit., n. 413. *Folleville*, Traité, n. 86. *Aubry et Rau*, Cours, III, p. 229. *Duranton*, Cours, X, n. 79. *Troplong*, Privil. et hypoth., I, n. 151. *Dalloz*, loc. cit., n. 247. *Griole et Vergé*, loc. cit., n. 85.

³⁾ *Planiol*, Traité, II, n. 2468.

⁴⁾ *Aubry et Rau*, Cours, III, p. 237. *Planiol*, Traité, II, n. 2399. *Zachariä*, Handbuch, II, § 231, Aum. 8a. *Duranton*, loc. cit., n. 82. *Dalloz*, loc. cit., n. 248.

⁵⁾ Относительно плодовъ дѣйствуютъ особыя правила. *Planiol*, Traité, II, n. 2472, 2473. На этомъ вопросѣ мы останавливаться не будемъ. Онъ требуетъ спеціальнаго изслѣдованія.

серебряная и прочая посуда, столовое бѣлье, книги, картины, медали и т. п. ¹⁾, наконецъ, — товары въ магазинахъ ²⁾.

До сихъ поръ мы имѣли въ виду *sobstvennija* вещи квартирантовъ и арендаторовъ. Но привилегія наймодавца охватываетъ и *чужія* для нихъ вещи, если при внесеніи этихъ вещей въ квартиру или на ферму наймодавецъ *не зналъ*, что это вещи чужія, и *bona fide* считалъ ихъ принадлежащими квартиранту или арендатору. Въ такомъ случаѣ, какъ уже было отмѣчено въ своемъ мѣстѣ выше, наймодавецъ пріобрѣтаетъ закладное право на основаніи ч. 1-ой ст. 2279 и на эти вещи ³⁾. И наоборотъ, если наймодавецъ зналъ о принадлежности вещей другимъ, постороннимъ лицамъ, то привилегія на эти вещи не возникаетъ ⁴⁾. При всемъ этомъ 2-я часть ст. 2279 не утрачиваетъ своей силы, и потому даже и при своей добросовѣстности наймодавецъ не сможетъ осуществить привилегію на вещи краденныя или утерянныя: ихъ собственникъ своей виндикаціей устранитъ привилегію наймодавца ⁵⁾.

¹⁾ *Baudry-Lacantinerie*, Nant., I, n. 365. *Griole et Vergé*, loc. cit., n. 87.

²⁾ *Baudry-Lacantinerie*, loc. cit. *Duranton*, loc. cit., n. 84, 85. *Griole et Vergé*, loc. cit., n. 89.

³⁾ Разсматриваемая привилегія представляетъ изъ себя не что иное, какъ *закладное право*. Этотъ закладъ имѣетъ двѣ особенности: во 1-хъ, онъ возникаетъ силою закона, *tacite*; во 2-хъ, должникъ не лишается владѣнія, а лишь ограничивается въ этомъ отношеніи: вещи не могутъ быть выносимы изъ помѣщеній кредитора безъ его согласія, а иначе — *pignoris vindicatio*. *Aubry et Rau*, Cours, III, p. 358. *Poincaré*, Du droit de suite, p. 171. *Planiol*, Traité, II, n. 2465, 2466. *Laurent*, Principes, XXIX, n. 417. *Baudry-Lacantinerie*, Nant., I, n. 444 и Précis, III, n. 1099. *Duranton*, Cours, X (Пар. изд., t. 19), n. 103. *Griole et Vergé*, loc. cit., n. 77.

⁴⁾ *Folleville*, Traité, n. 88. *Aubry et Rau*, Cours, III, p. 235, 236. *Baudry-Lacantinerie*, Nant., I, n. 377—379. *Planiol*, Traité, II, n. 2399. *Laurent*, Principes, XXIX, n. 417. *Zachariä*, Handbuch, II, S. 24. *Duranton*, Cours, X, n. 86. *Troplong*, Privil. et hypoth., n. 151. *Dalloz*, loc. cit., n. 239. *Griole et Vergé*, loc. cit., n. 93, 94.

⁵⁾ *Aubry et Rau*, Cours, III, p. 236. *Folleville*, Traité, n. 91.

Таковъ активный субъектъ и таковы объекты разсматриваемой привилегіи.

Дѣйствіе этой привилегіи прежде всего состоитъ въ томъ, что наймодавецъ можетъ устранять другихъ кредиторовъ своихъ контрагентовъ отъ взысканія съ даннаго имущества. Если же квартирантъ или арендаторъ отчудилъ кому-либо указаннаго рода вещи, то наймодавецъ можетъ даже виндицировать эти вещи отъ приобрѣтателя, т. е. можетъ требовать возвращенія вещей обратно въ свои помѣщенія для продажи ихъ и удовлетворенія своихъ требованій¹⁾. Отъ этой виндикаціи не спасаетъ даже добросовѣстность приобрѣтателя²⁾. Однако для осуществленія этой *pignoris vindicatio*³⁾ ставятся слѣдующія ограниченія. Во 1-хъ, виндикація допускается только при отчужденіи вещей *безъ согласія* наймодавца, а согласіе можетъ быть дано и молчаливо⁴⁾. Во 2-хъ, для виндикаціи даются сравнительно очень краткіе сроки: 15 дней, если дѣло идетъ о вещахъ, украшавшихъ домъ,

Baudry-Lacantinerie, Nant., I, n. 381. *Duranton*, loc. cit., n. 81. *Pont*, Explication, I, n. 122. *Daloz*, loc. cit., n. 253.

¹⁾ *Baudry-Lacantinerie*, Précis, III, n. 1099.

²⁾ *Planiol*, Traité, II, n. 2478. *Laurent*, Principes, XXIX, n. 436—438. *Zachariä*, Handbuch, II, S. 26, 27. *Aubry et Rau*, Cours, III, p. 252. *Baudry-Lacantinerie*, Nant., I, n. 442, 446 и Précis, III, n. 1100. *Pont*, op. cit., I, n. 130. *Duranton*, loc. cit., n. 100. *Pascaud*, Revue de législation, XVI, p. 722. *Folleville*, Traité, n. 95. *Troplong*, Privil. et hypoth., I, n. 162. *Daloz*, loc. cit., n. 281. *Griole et Vergé*, loc. cit., n. 129. *Virgile*, Propriété mobilière, p. 272.

³⁾ Такъ какъ это не виндикація въ собственномъ смыслѣ, и такъ какъ объектомъ здѣсь могутъ быть и чужія вещи, то наймодавецъ не долженъ, конечно, доказывать своего права собственности; онъ долженъ только доказать, что данныя вещи „украшали“ квартиру или ферму. *Laurent*, loc. cit., n. 442. *Duranton*, loc. cit., n. 100. *Colmet de Santerre*, IX, p. 50. *Virgile*, loc. cit.

⁴⁾ *Laurent*, loc. cit., n. 438, 445. *Planiol*, loc. cit., n. 2480. *Zachariä*, loc. cit. *Aubry et Rau*, loc. cit. *Baudry-Lacantinerie*, loc. cit., n. 449 и Précis, III, n. 1102. *Colmet de Santerre*, loc. cit. *Pont*, loc. cit., n. 131. *Duranton*, loc. cit. *Troplong*, loc. cit., n. 161, 163. *Daloz*, loc. cit. *Griole et Vergé*, loc. cit., n. 132, 133.

и 40 дней, если дѣло идетъ о вещахъ, украшавшихъ ферму¹⁾. Въ 3-хъ, нужна извѣстная задолженность квартиранта или фермера наймодавцу; здѣсь важную роль играетъ форма договора найма или аренды: при достовѣрности даты привилегіей охраняется вся сумма требованія, а безъ этой достовѣрности — только нѣкоторая часть его²⁾. Въ 4-хъ, требованіе наймодавца должно относиться къ наемной или арендной платѣ, а также — къ вознагражденію за ремонтъ и за порчу имущества при осуществленіи найма или аренды³⁾. Наконецъ, въ 5-хъ, нужно, чтобы остающихся у квартиранта или арендатора движимыхъ вещей было *недостаточно* для покрытія указанныхъ требованій наймодавца⁴⁾.

Въ виду послѣдняго условія надо замѣтить, что привилегіи наймодавца подлежатъ вещи не только его непосредственныхъ контрагентовъ, но и дальнѣйшихъ квартирантовъ, и арендато-

¹⁾ *Laurent*, loc. cit., n. 444. *Planiol*, loc. cit., n. 2479. *Zachariä*, loc. cit., S. 27, 28. *Baudry-Lacantinerie*, Nant., I, n. 452 ss. и Précis, III, n. 1103. *Pont*, loc. cit. *Folleville*, op. cit., n. 95. *Aubry et Rau*, loc. cit., p. 253. *Duranton*, loc. cit., n. 100. *Troplong*, loc. cit., n. 161. *Daloz*, loc. cit. *Griole et Vergé*, loc. cit., n. 129—131. Сроки эти начинаютъ течь отъ момента *перемѣщенія* вещи, а не отъ того момента, когда наймодавецъ *узнаетъ* объ этомъ перемѣщеніи. Если однако при этомъ прибѣгали къ хитрости и обману, то срокъ начинаетъ течь лишь съ того момента, когда наймодавцу станетъ *извѣстно* о перемѣщеніи вещей. Эти краткіе сроки ограждаютъ отъ виндикаціи только *добросовѣстныхъ* приобрѣтателей; противъ же недобросовѣстныхъ приобрѣтателей предьявленіе иска возможно по общимъ правиламъ въ теченіе 30 лѣтъ (*Folleville*, loc. cit.)

²⁾ *Folleville*, Traité, n. 94. *Baudry-Lacantinerie*, Nant., I, n. 400, 406, 407. *Aubry et Rau*, Cours, III, p. 241. *Planiol*, Traité, II, n. 2476, 2482 s. *Zachariä*, Handbuch, II, S. 25, 26.

³⁾ *Folleville*, op. cit., n. 93. *Aubry et Rau*, loc. cit., p. 238. *Planiol*, loc. cit., n. 2481. *Troplong*, loc. cit., n. 154.

⁴⁾ *Planiol*, loc. cit., n. 2477, 2480. *Zachariä*, loc. cit., § 231, Anm. 13a. *Aubry et Rau*, loc. cit., p. 253. *Pont*, Explic., I, n. 132. *Folleville*, Traité, n. 96 bis. *Poincaré*, Du droit de suite, p. 172. *Troplong*, loc. cit., n. 164. *Griole et Vergé*, loc. cit., n. 134.

ровъ, если имѣть мѣсто подь-наемъ. При этомъ надо еще различать: если перенаемъ не былъ запрещенъ¹⁾, то привилегія наймодавца не идетъ дальше суммы долга перенаемщика своему собственному наймодавцу; если же перенаемъ былъ запрещенъ, то привилегія наймодавца подлежатъ *всѣ* вещи перенаемщика²⁾.

Наконецъ, замѣтимъ, что если третье лицо приобрѣтитъ отягченную привилегіей вещь на ярмаркѣ, на рынкѣ, въ магазинѣ и т. п., то и здѣсь будетъ имѣть примѣненіе ст. 2280 К. Н., т. е. наймодавецъ-виндикантъ долженъ будетъ возмѣститъ владѣльцу уполченную имъ за вещь цѣну. Объ этомъ законъ 11 іюля 1892 г., въ видѣ 2-ой части ст. 2280, говоритъ такъ:

Le bailleur qui revendique en vertu de l'article 2102, les meubles déplacés sans son consentement et qui ont été achetées dans les mêmes conditions, doit également rembourser à l'acheteur le prix qu'ils lui ont coûté³⁾.

Таково содержаніе и основныя черты привилегіи наймодавца⁴⁾.

Теперь посмотримъ, въ какомъ соотношеніи она стоитъ съ правиломъ ст. 2279.

1) Art. 1717: Le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite.

2) *Baudry-Lacantinerie*, Nant., I, n. 374, 375. *Zachariä*, loc. cit., S. 22, 23, Anm. 3. *Aubry et Rau*, Cours III, p. 235. *Folleville*, Traité, n. 87. *Planiol*, Traité, II, n. 2471. *Laurent*, Principes, XXIX, n. 426. *Troplong*, Privil. et hypoth., I, n. 151 bis. *Daloz*, loc. cit., n. 240. *Griolet et Vergé*, loc. cit., n. 92.

3) *Zachariä*, loc. cit., § 231, Anm. 13. *Planiol*, loc. cit., n. 2480. *Baudry-Lacantinerie*, loc. cit., n. 446 и Précis, III, n. 1100. *Aubry et Rau*, Cours, III, p. 254. *Baudry-Lacantinerie*, Prescr., n. 913. *Griolet et Vergé*, loc. cit., n. 137—140. *Virgile*, Propriété mobilière, p. 274. Еще и до изданія указанного закона эту же мысль проводилъ *Duranton*, Cours, X (Пар. изд., t. 19), n. 81.

4) Къ исторіи этой привилегіи см. art. 171 Coutume de Paris. *Du Molin*, Coutumes de Paris, I, p. 314, 315. *Ferrière*, Nouveau Commentaire, I, p. 283 ss.

Сюда относятся слѣдующія двѣ комбинаціи. Напр., кто-либо отдаетъ другому въ заемъ, поклажу, закладъ и т. п. свои движимыя вещи, могущія „украшать“ квартиру; этотъ другой сначала вноситъ эти вещи въ свою наемную квартиру, а затѣмъ продаетъ ихъ третьему лицу. Въ силу 1-ой части ст. 2279 это третье лицо при извѣстныхъ условіяхъ защищается отъ виндикаціи собственника этихъ вещей, т. е. само приобретаетъ право собственности. Но, будучи вполне защищеннымъ съ этой стороны, нашъ приобретатель все же не можетъ быть вполне спокойнымъ: возможна виндикація со стороны наймодавца, у котораго жилъ отчуждатель¹⁾. Отсюда первый выводъ: виндикація наймодавца возможна тамъ, гдѣ нѣтъ мѣста виндикаціи собственника! Правда, и для этой виндикаціи наймодавца, какъ мы видѣли, необходима наличность цѣлаго ряда условій; но изслѣдованіе въ каждомъ данномъ случаѣ, имѣются ли эти условія на лицо, или нѣтъ, было бы дѣломъ для приобретателя весьма затруднительнымъ и, пожалуй, даже не всегда выполнимымъ. Только краткость срока, предоставляемаго закономъ для виндикаціи наймодавца, охраняетъ владѣніе приобретателя. Другіе же основныя устои обладанія движимостями, — реальное владѣніе и добросовѣстность, — здѣсь, какъ и при вещахъ краденыхъ и утерянныхъ, совершенно парализуются.

Затѣмъ *Duranton* рассматриваетъ еще такую комбинацію. Допустимъ, говоритъ онъ, что наймодавецъ свои *собственныя* вещи отдаетъ въ поклажу своему же квартиранту, а этотъ продаетъ ихъ добросовѣстному приобретателю. Здѣсь наймодавецъ не получитъ виндикаціи ни въ качествѣ собственника, такъ какъ этому мѣшаетъ правило 1-ой части ст. 2279, ни въ качествѣ наймодавца, такъ какъ онъ не можетъ сказать, что его собственныя вещи обезпечивали ему наемную плату²⁾. Итакъ, второй неожиданный выводъ, въ сущности совпадающій съ первымъ: наймодавецъ можетъ виндигировать вещь своего квартиранта,

1) См. *Pascaud*, Revue critique, XVI, p. 722. *Duranton*, loc. cit., n. 100.

2) *Duranton*, ibidem.

вещь для себя чужую, и не может виндигировать вещь свою собственную!

Таково соотношение между 1 пунктом ст. 2102 и 1-ой частью ст. 2279.

Чѣмъ объясняется такая исключительная охрана интересов наймодавцевъ?

Duranton приводилъ двѣ причины. Во 1-хъ, тотъ, кто ввѣряетъ свои вещи безчестному человѣку, заслуживаетъ упрека въ плохомъ выборѣ контрагента, тогда какъ наймодавца въ этомъ упрекнуть нельзя. Во 2-хъ, описанная привилегія съ виндикаціей необходима для обезпеченія собственниковъ домовъ и фермъ ¹⁾.—Теорія вины намъ кажется менѣе всего удовлетворительной: почему, въ самомъ дѣлѣ, нельзя и наймодавца упрекнуть въ плохомъ выборѣ квартирантовъ?—*Laurent* также обращаетъ вниманіе на интересы наймодавцевъ и въ описанной привилегіи видитъ специальное благоволеніе къ нимъ законодателя²⁾. Это объясненіе намъ кажется наиболѣе вѣроятнымъ въ виду того, что Кодексъ Наполеона вообще усиленно охраняетъ интересы обладателей недвижимыхъ имуществъ. Однако *Pascaud* отвергаетъ мнѣніе *Laurent*'а и утверждаетъ, что основаніе привилегіи лежитъ въ социальномъ значеніи квартирнаго вопроса: большинство не имѣетъ собственныхъ домовъ; ему трудно было бы находить себѣ квартиры, если бы наймодавцы не имѣли гарантій въ исправномъ полученіи наемной платы³⁾.—Особаго противорѣчія съ мнѣніемъ *Laurent*'а здѣсь нѣтъ. И *Pascaud* не отрицаетъ особой заботливости законодателя о наймодавцахъ, но только онъ полагаетъ, что въ концѣ концовъ это отзывается благотѣльно на интересахъ самихъ же квартирантовъ. Однако это была бы охрана интересовъ квартирантовъ на ихъ же собственный счетъ, да и не таковъ, повторяемъ, общій характеръ положеній Кодекса Наполеона о наймѣ недвижимостей.

¹⁾ *Duranton*, ibidem.

²⁾ *Laurent*, Principes, XXIX, n. 439.

³⁾ *Pascaud*, Revue crit., XVI, p. 723 s.

Таково это второе исключеніе изъ правила 1-ой части ст. 2279.

Французскому праву извѣстно было и третье исключеніе, но оно, во 1-хъ, уже отошло въ область исторіи, а во 2-хъ, и во время своего дѣйствія не имѣло принципиальнаго значенія. Дѣло въ слѣдующемъ. Во Франціи, а главнымъ образомъ въ Парижѣ, во время господства коммуны въ 1871 году, было разграблено много музеевъ, церковей, библиотекъ и другихъ имуществъ какъ государственныхъ, такъ и частныхъ. Въ виду ст. 2279 К. Н., возстановленіе владѣнія всѣмъ этимъ имуществомъ было, конечно, затруднительно. Поэтому 12—19 мая 1871 г. былъ изданъ законъ, который всѣ награбленные вещи объявилъ неотчуждаемыми впредь до возвращенія ихъ въ руки собственниковъ, при чемъ виндикація ихъ была разрѣшена впредь на 30 лѣтъ, считая съ официально установленнаго момента прекращенія возстанія въ Парижѣ, и это — противъ всякаго детентора, хотя бы и добросовѣстнаго, и при томъ — безъ всякаго возмѣщенія цѣны со стороны виндигирующаго собственника ¹⁾.

На этомъ мы заканчиваемъ изложеніе по французскому праву того, что составляетъ прямое и непосредственное содержаніе нашей темы.

Но для большей полноты и для устраненія возможныхъ сомнѣній намъ необходимо еще обрисовать и точно опредѣлить то взаимное соотношеніе, въ которомъ находятся между собою правило 1-ой части ст. 2279 и „система соглашенія“, принятая тѣмъ же Кодексомъ Наполеона (ст. 1138, 1583 и др.) относительно перехода права собственности на движимыя имущества.

¹⁾ *Folleville*, Traité, n. 82 bis. *Baudry-Lacantinerie*, Prescr., n. 914, 915. *Guillouard*, Prescr., II, n. 859. *Planiol*, Traité, I, n. 1208. *Ortlieb*, Des effets de la possession, p. 94, 95. *Poincaré*, Du droit de suite, p. 185, 186.

§ 13. 1-ая часть ст. 2279 и „система соглашения“.

Все сказанное о 1-ой части ст. 2279 показываетъ намъ, какое огромное и рѣшающее значеніе принадлежитъ владѣнію въ дѣлѣ приобрѣтенія движимостей въ собственность по французскому праву. А между тѣмъ то же самое французское право, какъ извѣстно, допускаетъ переходъ права собственности на движимыя имущества силою одного лишь соответствующаго соглашения, т. е. силою однихъ лишь договоровъ купли-продажи, даренія, мѣны и безъ передачи вещи во владѣніе приобрѣтателя¹⁾.

Спрашивается, въ какомъ соотношеніи находятся между собою эти два ряда правилъ? Съ одной стороны, достаточно одного договора, а съ другой стороны, по ст. 1141, изъ двухъ приобрѣтателей одной и той же вещи предпочитается не тотъ, кто раньше заключилъ договоръ, а тотъ, кто раньше получилъ вещь въ свое владѣніе. Не слѣдуетъ ли поэтому признать, что система соглашения существуетъ только въ теоріи, которую надо признать ложной, а на дѣлѣ эта система отмѣнена статьями 2279 и 1141, такъ какъ, въ виду этихъ статей, дѣйствительное и противъ всѣхъ и каждаго сильное право собственности приобрѣтается и по французскому праву только путемъ приобрѣтенія владѣнія?

Нѣкоторые ученые именно такъ и думаютъ²⁾.

Однако уже давно и прочно установившаяся судебная практика и господствующее мнѣніе въ наукѣ вполнѣ признають во французскомъ правѣ наряду со ст. 2279 существованіе си-

¹⁾ Ст. 711, 1138, 1583 и др. К. Н. Объ этомъ мы подробно говоримъ въ нашемъ изслѣдованіи „Переходъ права собственности на движимыя имущества посредствомъ передачи и соглашения“. Одесса, 1903 г.

²⁾ *Toullier*, Le droit civil, XIV, n. 116, 118. *Bonnier*, Revue de législation, VI, p. 437 s. *Huc*, Recueil, XII, p. 267, 272, 287 s. и *Commentaire*, VII, p. 145. *Cornil*, Nouvelle Revue, 1901, p. 159 s. *Renaud*, Krit. Zeitschr., XVII, S. 213 ff. *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., IX, S. 74. *Franken*, Privatrecht, S. 385. Cp. *Behrend*, Gutachten, S. 76.

стемы соглашения, дающей приобрѣтателю и безъ *traditio* абсолютное право собственности, дѣйствительное не только между сторонами, но и противъ третьихъ лицъ¹⁾.

Это послѣднее ученіе и слѣдуетъ признать единственно правильнымъ.

Въ самомъ дѣлѣ, система соглашения, прежде всего, имѣетъ прямое для себя основаніе въ ст. 711, 1138, 938 и 1583 К. Н. Кроме того, она подтверждается и ст. 1141, которую противники выставляютъ *противъ* нея. Именно, по этой статьѣ изъ двухъ приобрѣтателей одной и той же вещи получаетъ предпочтеніе тотъ, кто раньше овладѣваетъ ею, *если его владѣніе добросовѣстно*; слѣдовательно, приобрѣтатель *недобросовѣстный* предпочтенія *не* получаетъ, т. е. собственникомъ не дѣлается; значитъ, право собственности надо признать за *первымъ* по времени заключенія договора приобрѣтателемъ; за нимъ же надо признать и виндикаціонный искъ противъ второго (недобросовѣстнаго) приобрѣтателя, овладѣвшаго вещью. Это и будетъ дѣйствіемъ и примѣненіемъ системы соглашения — и не только въ теоріи, но и на практикѣ.

Но станемъ на точку зрѣнія противниковъ и примемъ теорію о необходимости *traditio* по французскому праву; тогда мы получимъ такую систему *traditio*, которая въ цѣломъ не имѣетъ себѣ примѣра. Именно, тогда намъ, въ виду ст. 1141, придется утверждать, во 1-хъ, что по французскому праву достигается своей цѣли только такая *traditio*, по которой приобрѣтается *реальное* владѣніе; значитъ, *обыкновенную* систему *traditio*, напр.,

¹⁾ *Laurent*, Principes, XVI, n. 360, 363. *Planiol*, Traité, I, n. 1369. *Baudry-Lacantinerie*, Précis, II, n. 375. *Bufnoir*, Propriété, p. 61 s. *Duranton*, Cours, XVI (Пар. изд. 1833 г.), n. 19. *Demolombe*, Cours XXIV, n. 468 s. *Larombière*, Obligations, I, sur l'art. 1141, n. 18. *Le Roux de Bretagne*, Nouveau Traité, I, n. 245. *Ripert*, Essai, p. 78. *Folleville*, Traité, p. 161 ss. *Hureauux*, Revue pratique, XXXII, n. 37. *Molitor*, Les obligations, p. 4 s. *Colmet de Santerre*, Cours, V, p. 78 s. *Poincaré*, Du droit de suite, p. 166 ss. *Ortlieb*, Possession des meubles, p. 112 ss. *Rivière*, Revue de législation, III, p. 311 s. *O. Mayer*, Die dingl. Wirkung, S. 10 ff., 54 ff. *Rüttimann*, Zeitschr. f. schweizer. Recht, VIII, S. 57.

въ видѣ ст. 1606 К. Н., пришлось бы устранить, такъ какъ и она тоже не выдержала бы конкуренціи со ст. 2279. Правда, можно себѣ представить и такую систему передачи; мы даже видимъ примѣры такой *traditio* въ законодательствахъ Бремена и Ольденбурга въ XIX вѣкѣ¹⁾; но нельзя не отмѣтить и того, что установить такой порядокъ значило бы совершенно подавить оборотъ, — значило бы ограничить частную волю тамъ, гдѣ ея свобода наиболѣе умѣстна и цѣлесообразна; вѣдь не даромъ еще въ Римѣ допущены были различные виды *traditio symbolica* и даже *constitutum possessorium*, и не даромъ требованіе реального овладѣнія теперь уже не находятъ ни одного защитника въ литературѣ и ни одного примѣра въ законодательствѣ. Во 2-хъ, намъ пришлось бы утверждать, что и реального овладѣнія вещью будетъ по французскому праву недостаточно всякій разъ, когда окажется, что на ту же самую вещь раньше было уже установлено хотя бы только *обязательственное* право, и второй приобретатель *зналъ* объ этомъ. Примѣръ требованія такой *bona fides* при системѣ *traditio* мы, правда, также видимъ; это — § 25, I, 10 прусскаго *Landrecht*'а²⁾; но и тамъ это требованіе, какъ само по себѣ изъ системы *traditio* не вытекающее и даже ей противорѣчащее, признается совершенно своеобразнымъ³⁾.

Вотъ съ такими-то двумя особенностями намъ пришлось бы допустить систему *traditio* во французскомъ правѣ. — Результатъ по меньшей мѣрѣ весьма сомнительный, — чтобъ не сказать: просто невозможный. Противъ *такой* системы передачи вся исторія *traditio*, постоянно и неуклонно смягчавшая требованіе реального овладѣнія; противъ такой системы передачи —

1) *Stobbe*, Handbuch, II, 2, § 148, Anm. 5.

2) I, 10 § 25: Auch der, welcher zur Zeit der Eintragung oder Uebergabe den früher entstandenen Titel eines Andern weiss, kann zum Nachtheile desselben die früher erhaltene Eintragung oder Uebergabe nicht vorschützen. См. еще I, 19 §§ 4, 5.

3) *Randa*, Eigenthumsrecht, S. 271, Anm. 14. *Ortlieb*, Possession des meubles, p. 114. *Colmet de Santerre*, Cours, V, p. 78 s. *Folleville*, Traité, p. 163. *Dernburg*, Pr. Privatrecht, I, § 184, Anm. 2.

интересы оборота, требующаго простоты, легкости и свободы въ распоряженіи движимостями; противъ такой системы передачи — примѣръ всѣхъ современныхъ законодательствъ, требующихъ *traditio*: всюду допускаются смягченныя формы передачи: *traditio symbolica* и *constitutum possessorium*; *такой* системы передачи въ ея цѣломъ не рекомендуютъ сами защитники *traditio*; наконецъ, противъ *исключительнаго* господства *такой traditio* во французскомъ правѣ — тѣ положительныя основанія, на которыхъ стоитъ система соглашенія.

Въ виду всего сказаннаго намъ только и остается, что признать во французскомъ правѣ *одновременно* и систему соглашенія¹⁾ по ст. 1138, 1583 и др., и особое значеніе владѣнія по ст. 2279 и 1141.

А разъ это такъ, то, значить, здѣсь предъ нами два совершенно самостоятельныхъ и независимыхъ способа приобрѣтенія права собственности, изъ которыхъ ни одинъ не уничтожаетъ другого, а оба совершенно мирно уживаются рядомъ, потому что каждый имѣетъ свою особую область примѣненія²⁾. А именно, система соглашенія регулируетъ приобрѣтеніе права собственности на индивидуально опредѣленныя движимости *отъ собственника*, а *vero domino*, а посредствомъ реального овладѣнія вещью по 1-ой части ст. 2279 право собственности приобрѣтается *отъ не-собственника*, а *non-domino*. Именно эти два случая и сталкиваются въ ст. 1141: первый приобретатель вступаетъ въ сдѣлку съ собственникомъ и самъ дѣлается собственникомъ въ силу системы соглашенія; а второй приобретатель той же вещи имѣетъ дѣло уже съ *не-собственникомъ*, и онъ

1) Система соглашенія для вещей индивидуально опредѣленныхъ, *res in specie*, а для вещей, опредѣляемыхъ лишь гонерически, *res in genere*, и по французскому праву нужна *traditio* по ст. 1606; это различіе устанавливается самой природой вещей. Подробности см. въ нашей книгѣ „Переходъ права собственности“.

2) *Colmet de Santerre*, *ibid.*, p. 80. *Poincaré*, *op. cit.*, p. 168. *Ortlieb*, *op. cit.*, p. 113. *Rivière*, *Revue de législation*, 1851, p. 311. *O. Mayer*, *Die dingl. Wirkung*, S. 55 f.

приобрѣтеть собственность не по системѣ соглашения, а по 1 ч. ст. 2279 и только тогда, если его владѣніе будетъ реально и добросовѣстно ¹⁾).

Таково взаимное отношеніе между 1-ой частью ст. 2279 и системой соглашения, и мы далѣе утверждаемъ, что это отношеніе построено во французскомъ правѣ весьма цѣлесообразно. Будемъ исходить, какъ изъ несомнѣннаго, изъ того положенія, что нельзя для приобрѣтенія права собственности требовать непременно *реального* овладѣнія вещью и только при этомъ условіи допускать переходъ права собственности. А разъ такое требованіе не возможно, то должна быть допущена или общепринятая система *traditio*, вмѣщающая въ себѣ передачу символическую и *constitutum possessorium* и описанная въ ст. 1606 К. Н., или система соглашения, дѣйствительно имѣющая мѣсто въ Кодексѣ Наполеона. По отношенію къ ст. 2279 и то, и другое имѣетъ одинаковую цѣнность, такъ какъ и при системѣ соглашения, и при *constitutum possessorium*'ѣ совершенно одинаково „получить предпочтеніе” по ст. 1141 тотъ другой приобрѣтатель, который овладѣетъ вещью реально и добросовѣстно; обѣ системы одинаково могутъ давать поводъ къ тому, — правда, ложному, — утвержденію, что по ст. 1141 первый приобрѣтатель не дѣлается собственникомъ, или что у него право собственности не настоящее. Но тогда еще остается вопросъ, состоящій въ томъ, что, можетъ быть, общепринятая система *traditio* сама по себѣ цѣлесообразнѣе системы соглашения? Мы отрицаемъ и это: Въ самомъ дѣлѣ, соотношеніе между этими двумя системами: *въ концѣ-концовѣ* состоитъ въ слѣдующемъ: Система *traditio* говоритъ: для передачи права собственности нужна передача и самой вещи, а если это не удобно или не желательно, то достаточно и одного соответствующаго соглашения; система же соглашения говоритъ такъ: для передачи права собственности достаточно и одного соответствующаго соглашения,

¹⁾ O. Mayer, op. cit., S. 11 ff. Poincaré, loc. cit. Colmet de Santerre, loc. cit. Ortlieb, loc. cit.

но если стороны пожелаютъ, то возможна и передача вещи приобрѣтателю. И въ дѣйствительности при обѣихъ системахъ въ общемъ вещи передаются приобрѣтателю только тогда, когда эта передача требуется интересами сторонъ, и наоборотъ, если стороны желаютъ оставленія вещи въ рукахъ отчуждателя, то вещь тамъ и остается независимо отъ того, какая система, — передачи или соглашения, — принята даннымъ законодательствомъ. — Какое же основаніе законодателю *устранять* то, что имъ же самимъ допускается (соглашеніе *безъ* передачи), и *предписывать* то, что и самими сторонами, при ихъ желаніи, совершается (*traditio*)? Не значить ли это ломиться въ открытую дверь?

При всемъ этомъ система соглашения гораздо *проще* своей конкурентки, а потому она и болѣе удобна для оборота.

Наконецъ, можно сказать еще и такъ: система *traditio* черезъ *constitutum possessorium* сама переходитъ въ систему соглашения, а потому по сравненію съ этой послѣдней очевидно никакихъ преимуществъ имѣть не можетъ; съ другой же стороны, нельзя придумать (и оправдать) никакого основанія для того, чтобы волю и соглашеніе сторонъ о переходѣ права собственности лишить юридическаго дѣйствія ¹⁾.

Итакъ, указанное нами соотношеніе между 1-ой частью ст. 2279 и системой соглашения оправдывается не только положительнымъ закономъ, но и соображеніями цѣлесообразности.

¹⁾ Zielonacki однако находитъ, что система соглашения, принятая Кодексомъ Наполеона, противорѣчитъ природѣ вещей. — Pandekta, I, стр. 223, прим. 1. По этому поводу интересно вспомнить слова Pufendorf'a, сказанныя еще въ XVIII в.: Imo jure Naturae nihil obest, quo minus Dominium tanquam jus morale per simplicem conventionem sine apprehensione possessionis transeat. — De jure naturae et gentium, lib. IV, cap. 9, § 8. То же самое говорилъ и Hugo Grotius: De venditione et emtione notandum, etiam sine traditione, ipso contractus momento, transferri dominium posse, atque id esse simplicissimum. — De jure belli ac pacis, lib. II, cap. 12, § 15.

При этомъ для дѣйствительности передачи требуется, чтобъ традентъ самъ имѣлъ то право собственности, которое онъ желаетъ передать другому ¹⁾, такъ какъ, по § 442,

Ueberhaupt kann niemand einem Andern mehr Recht abtreten, als er selbst hat ²⁾.

Эта послѣдняя норма есть буквальное повтореніе уже знакомой намъ римско-правовой формулы „nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet“. Далѣе, Австрійское Уложеніе воспроизвело и другую романистическую формулу, служившую санкціей для первой и гласившую: „ubi rem meam invenio, ibi vindico“. § 366 говоритъ:

Mit dem Rechte des Eigenthümers jeden Andern von dem Besitze seiner Sache auszuschliessen, ist auch das Recht verbunden, seine ihm vorenthaltene Sache von jedem Inhaber durch die Eigenthumsklage gerichtlich zu fordern ³⁾.

Въ то же время Австрійское Уложеніе въ цѣломъ рядѣ случаевъ допускаетъ приобрѣтеніе движимостей въ собственность отъ лицъ, неуправомоченныхъ на ихъ отчужденіе. Въ этомъ мы видимъ уже наглядное подтвержденіе того, что нами сказано объ этихъ формулахъ при разсмотрѣннн постановленій римскаго права по нашему вопросу. Мы тамъ говорили, что эти формулы не являются какой-либо спеціальной особенностью

Австрійскаго Уложенія вполне послѣдовательно съ точки зрѣнія системы traditio. Вопросы о сравнительной цѣнности того и другого рѣшенія мы здѣсь не касаемся.

¹⁾ Randa, op. cit., S. 271. Exner, Tradition, S. 58. Конечно, одинаковое значеніе имѣетъ и иная легитимация: изъ представительства, изъ закладнаго права. Randa, ibid., S. 278 ff. Exner, ibid., S. 58, Anm. 33.

²⁾ Zeiller, Commentar, II, S. 244 f.

³⁾ Zeiller, ibid., S. 129 ff. Goldschmidt, Zeitschr. f. N. R., VIII, S. 288. Carlin, Niemand kann..., S. 64.

ГЛАВА III.

Австрійское право.

§ 1. Основныя положенія о приобрѣтеніи.

Австрійское гражданское уложеніе 1811 г., — Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaiserthum Oesterreich, — по вопросу о переходѣ права собственности на движимыя имущества по сдѣлкамъ держится системы traditio: одного договора мало, нужно приобрѣтеніе владѣнія ¹⁾. § 425 говоритъ объ этомъ такъ:

Der blosse Titel gibt noch kein Eigenthum. Das Eigenthum und alle dingliche Rechte überhaupt können, ausser den in dem Gesetze bestimmten Fällen, nur durch die rechtliche Uebergabe und Uebernahme erworben werden ²⁾.

¹⁾ Randa, Eigenthumsrecht, S. 268. Krainz-Pfaff, System, I, S. 535 f. Kirchstetter-Maitisch, Commentar, S. 221 ff. Zeiller, Commentar, II, S. 218 f. Winiwarter, Das österr. bürgerl. Recht, II, § 118 f. Stubenrauch, Das allgem. bürgerl. Gesetzbuch, I, S. 808 f. Goldschmidt, Zeitschr. f. N. R., VIII, S. 287.

²⁾ Съ этимъ вполне согласованъ и § 430: Hat ein Eigenthümer eben dieselbe bewegliche Sache an zwei verschiedene Personen, an Eine mit, an die Andere ohne Uebergabe veräussert; so gebührt sie derjenigen, welcher sie zuerst übergeben worden ist; doch hat der Eigenthümer dem verletzten Theile zu haften. — Какъ мы видѣли, прусскій Landrecht рѣшаетъ такой же казусъ иначе; но это его особенность. Рѣшеніе

римскаго права; — что онъ совершенно одинаково присущи и всёмъ новымъ законодательствамъ, хотя бы и не были въ нихъ прямо выражены, — и что нашъ вопросъ рѣшается не этими формулами, а тѣмъ обстоятельствомъ, есть или нѣтъ въ данномъ кодексе прямое и специальное указаніе на возможность приобрѣтенія права собственности отъ лицъ, не уполномоченныхъ на передачу этого права¹⁾; наконецъ, мы тамъ утверждали, что если такое приобрѣтеніе допускается, то его надо считать не производнымъ, а первоначальнымъ²⁾. На это послѣднее специально для австрійскаго права указываютъ *Randa*, *Exner*, *Krainz*, *Stubenrauch*, *Winiwarter*³⁾.

Теперь намъ и нужно рассмотреть, какъ регулируется Австрійскимъ Уложеніемъ такое приобрѣтеніе.

Здѣсь главный интересъ имѣетъ § 367, который говоритъ такъ:

Die Eigenthumsklage findet gegen den redlichen Besitzer einer beweglichen Sache nicht Statt, wenn er beweiset, dass er diese Sache entweder in einer öffentlichen Versteigerung, oder von einem zu diesem Verkehre befugten Gewerbsmanne, oder gegen Entgelt von jemanden an sich gebracht hat, dem sie der Kläger selbst zum Gebrauche, zur Verwahrung, oder in was immer für einer andern Absicht anvertrauet hatte. In diesen Fällen wird von den redlichen Besitzern das Eigenthum erworben,

¹⁾ См. выше, стр. 18. Въ самомъ дѣлѣ, въ римскомъ правѣ эти формулы были, и приобрѣтеніе отъ неуполномоченнаго, можно сказать, не допускалось совсѣмъ; въ австрійскомъ правѣ эти формулы тоже есть, но указанное приобрѣтеніе допускается въ сравнительно широкихъ размѣрахъ.

²⁾ См. выше, стр. 16, 17.

³⁾ *Randa*, Eigenthumsr., S. 342, Anm. 15. *Exner*, Tradition, S. 66 f. Anm. 58. *Krainz-Pfaff*, System, II, 1, S. 28. *Stubenrauch*, Das a. b. GB., I, S. 844 f. *Winiwarter*, Das Oesterr. bürgerl. Recht, II, S. 226.

und dem vorigen Eigenthümer steht nur gegen jene, die ihm dafür verantwortlich sind, das Recht der Schadloshaltung zu.

Затѣмъ § 824 in fine по поводу виндикаціонныхъ исковъ дѣйствительнаго наслѣдника къ мнимому наслѣднику такъ говорить о третьихъ лицахъ:

Ein dritter redlicher Besitzer ist für die in der Zwischenzeit erworbenen Erbstücke niemanden verantwortlich.

Наконецъ, сюда же относится § 371, который постановляетъ слѣдующее:

Sachen, die sich auf diese Art nicht unterscheiden lassen, wie bares Geld mit anderm baren Gelde vermengt, oder auf den Ueberbringer lautende Schuldbriefe, sind also in der Regel kein Gegenstand der Eigenthumsklage; wenn nicht solche Umstände eintreten, aus denen der Kläger sein Eigenthumsrecht beweisen kann, und aus denen der Geklagte wissen musste, dass er die Sache sich zuzuwenden nicht berechtigt sei.

Такимъ образомъ по Австрійскому Уложенію защищается приобрѣтеніе на публичномъ аукционѣ, приобрѣтеніе отъ профессиональнаго торговца, приобрѣтеніе отъ всякаго лица, которому собственникъ ввѣрилъ свою вещь для пользованія, храненія и т. п., приобрѣтеніе отъ мнимаго наслѣдника и, наконецъ, приобрѣтеніе наличныхъ денегъ и бумагъ на предъявителя⁴⁾.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ приобрѣтатель-владѣлецъ, не смотря на отсутствіе легитимациі у традента, дѣлается собственникомъ и не подлежитъ виндикаціи.

⁴⁾ *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., VIII, S. 288, 289. *Roth*, System, III, S. 301. *Stobbe*, Handbuch, II, 1, S. 270. *Kirchstetter-Maitisch*, Commentar, S. 196. *Ofner*, Der Ur-Entwurf, I, S. 251 f.

Здѣсь, прежде всего, обращаетъ на себя вниманіе то обстоятельство, что уже самъ законъ, — § 367, — говоритъ именно о *приобрѣтеніи владѣльцемъ права собственности* на чужую вещь. Какъ мы видѣли, не только средне-вѣковые сборники права, но даже прусскій *Landrecht* и французскій *Code civil* стоятъ еще на процессуальной точкѣ зрѣнія и говорятъ лишь о защитѣ владѣльца отъ виндикаціи. Правда, формула французскаго кодекса „*la possession vaut titre*” приближается уже къ матеріально-правовому пониманію дѣла; но этой формулѣ не достаетъ ясности. Въ чистомъ же и опредѣленномъ видѣ матеріально-правовая точка зрѣнія впервые была проведена во 2-ой половинѣ XVIII в. въ Австріи въ кодексѣ Маріи Терезіи, который не только приписывалъ владѣльцу право собственности, но и постановлялъ, что если приобрѣтенная вещь опять попадетъ въ руки прежняго собственника, то новый ея хозяинъ можетъ предъявить къ нему виндикаціонный искъ ¹⁾. Но *Codex Theresianus* въ первоначальномъ своемъ видѣ дѣйствія не получилъ; онъ нѣсколько разъ подвергался передѣлкамъ, пока, наконецъ, не появилось и нынѣ еще дѣйствующее Уложение 1811 г. ²⁾. Этимъ Уложениемъ указанная идея была воспроизведена, и такимъ образомъ среди *дѣйствующихъ* законодательствъ здѣсь мы

¹⁾ *Codex Theresianus*, zweiter Theil, Cap. VIII, § 43: Der gute Glaube in Erwerbung einer fremden beweglichen Sache aus entgeltlicher Ursache übertraget deren Eigenthum an den Erwerber aus Macht Rechts dergestalten, dass dieser Uebertragung weder die Unzulänglichkeit der Uebergabe wegen ermangelnden Eigenthums an Seiten des Uebergabenden in Wege stehen, noch auch an Seiten des Erwerbenden die Verjährung der Sache dazu erforderlich sein solle. — § 64 *ibidem*: Wäre aber eine solche rechtmässig erworbene Sache vor angestrenzter Eigenthumsklage dem vorigen Eigenthümer, ohne dass deren Eigenthum aus einer neuen Ursache an ihn übertragen worden wäre, anwiederum zu Händen gekommen, hat Jener, der solche vorstehender Massen an sich gebracht, die Befugniß, dieselbe von dem vorigen Eigenthümer, dessen Eigenthum gleich damals, als es von dem Anderen aus Macht Rechts erworben worden, erloschen ist, mittelst der Eigenthumsklage abzufordern. — Цитирую по изданію Гаррасовскаго.

²⁾ *Harrasowsky*, Geschichte der Codification.

впервые встрѣчаемся съ правильной конструкціей изучаемаго нами вопроса ¹⁾.

Отмѣтимъ здѣсь же и слѣдующее.

Во 1-хъ, таково дѣйствіе § 367-го, что касается приобретѣнія права *собственности*. Ниже, при разсмотрѣніи отдѣльныхъ случаевъ приобретѣнія, мы увидимъ, что по Австрійскому Уложенію возможно приобретѣніе отъ лицъ неуправомоченныхъ также *закладного* права и *сервитутнаго*. Въ этомъ отношеніи добросовѣстное приобретѣніе имѣетъ для себя такое же широкое поле примѣненія, какъ и по праву французскому.

Во 2-хъ, здѣсь уже несомнѣнно то, что нормы о добросовѣстномъ приобретѣніи служатъ на пользу только *третьимъ лицамъ*; на это прямо указываетъ самъ законъ: §§ 367, 824. Слѣдовательно, здѣсь, какъ и во французскомъ правѣ, договорныя отношенія между приобретателемъ и собственникомъ по найму, поклажѣ и т. п. исключаютъ примѣненіе §§ 367 и 824-го. Не касаются эти параграфы и личныхъ обязательствъ между приобретателемъ и его контрагентомъ-отчуждателемъ. При всемъ этомъ у приобретателя долженъ быть *animus domini*: это разумѣется само собою.

Во 3-хъ, указанному дѣйствію §§ 367, 824 и 371 подлежатъ только тѣлесныя *движимости*. Сюда не относятся недвижимости; не относятся и права обязательственныя ²⁾. Въ общемъ объ объектахъ здѣсь можно сказать то же самое, что сказано выше относительно французскаго права.

Затѣмъ надо отмѣтить, что Австрійское Уложение, подобно прусскому *Landrecht*'у и Кодексу Наполеона, для приобретѣнія права собственности, въ указываемыхъ имъ случаяхъ, требуетъ

¹⁾ *Carlin*, Niemand kann..., S. 64, Anm. 224. *Randa*, Eigenthumsrecht, S. 338. *Unger*, System, I, S. 518, Anm. 30. *Zeiller*, Commentar, II, S. 136. *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., VIII, S. 289. *Exner*, Tradition, S. 66.

²⁾ *Randa*, op. cit., S. 351. *Exner*, op. cit., S. 70. *Krasnopolski*, Der Schutz, S. 43. *Stubenrauch*, Das allgem. bürgerl. GB., I, S. 735. *Zeiller*, *ibid.*, S. 134.

добросовѣстности отъ приобретателя ¹⁾). На это прямо указываютъ всѣ цитированные нами параграфы: 367, 824 и 371. Добросовѣстность по австрійскому праву состоитъ не въ одномъ простомъ незнаніи о порокахъ приобретена; требуется болѣе или менѣе основательное *убѣжденіе* въ дѣйствительности приобретения, при чемъ къ недобросовѣстнымъ приравнивается всякій, кто могъ почерпнуть основательныя подозрѣнія изъ какихъ бы то ни было обстоятельствъ: изъ свойствъ приобретаемой вещи, изъ низкой цѣны ея, изъ личныхъ качествъ отчуждателя и т. д. ²⁾). Объ этомъ §§ 326 и 368 говорятъ такъ:

§ 326. Wer aus wahrscheinlichen Gründen die Sache, die er besitzt für die seinige hält, ist ein redlicher Besitzer. Ein unredlicher Besitzer ist derjenige, welcher weiss oder aus den Umständen vermuthen muss, dass die in seinem Besitze befindliche Sache einem Andern zugehöre.

§ 368. Wird aber bewiesen, dass der Besitzer entweder schon aus der Natur der an sich gebrachten Sache, oder aus dem auffallend zu geringen Preise derselben, oder aus den bekannten persönlichen Eigenschaften seines Vormannes, aus dessen Gewerbe oder andern Verhältnissen einen gegründeten Verdacht gegen die Redlichkeit seines Besitzes hätte schöpfen können; so muss er als ein unredlicher Besitzer die Sache dem Eigenthümer abtreten.

¹⁾ *Exner*, op. cit., S. 65, Anm. 52, S. 70. *Nippel*, Erläuterung, III, S. 219. *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., VIII, S. 289. *Zeiller*, ibid., S. 135.

²⁾ О понятіи bona fides по австрійскому праву спорятъ. См., напр., *Randa*, op. cit., S. 366, Anm. 59 и *Krasnopolski*, Krit. Vierteljahresschr., 1885, S. 491. Вообще см. *Kirchstetter*, Commentar, S. 176. *Stubenrauch*, Das allg. bürgerl. GB., I, S. 651 f. *Winiwarter*, Das Oesterr. bürgerl. Recht, II, S. 54 f. *Ofner*, Der Ur-Entwurf, I, S. 231. *Pfersche*, Abhandlungen, S. 117. *Carlin*, Niemand kann..., S. 64 f. *Zeiller*, Commentar, II, S. 62 ff., 137 f. Cp. *Harrasowsky*, Codex Theres., II, S. 132, Anm.

Сужденіе о томъ, добросовѣстно или нѣтъ владѣніе въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, принадлежитъ судѣ. При этомъonus probandi лежитъ на истцѣ: онъ долженъ доказывать недобросовѣстность приобретателя, такъ какъ bona fides всегда предполагается сама собою ¹⁾).

§ 328. Die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes muss im Falle eines Rechtsstreites durch richterlichen Ausspruch entschieden werden. Im Zweifel ist die Vermuthung für die Redlichkeit des Besitzes.

Теперь спрашивается: въ какой именно моментъ должна быть на лицо описанная добросовѣстность? — Она должна быть на лицо въ моментъ traditio и только въ этотъ моментъ ²⁾). Мы основываемся на слѣдующихъ соображеніяхъ. Здѣсь всюду рѣчь идетъ о *приобрѣтеніи* права собственности; значитъ, моментъ приобретения и имѣетъ рѣшающее значеніе, а мы видѣли уже, что однимъ титуломъ или договоромъ право собственности не передается (§§ 424, 425); слѣдовательно, моментъ заключенія договора для насъ безразличенъ; право собственности приобретается только черезъ приобретение владѣнія (§ 425); слѣдовательно, вотъ здѣсь-то и нужна добросовѣстность, да и самъ законъ (§§ 367 и 824) говоритъ именно о добросовѣстныхъ *владѣльцахъ*. Но и съ другой стороны, все, что нужно для того или другого приобретения, нужно только до тѣхъ поръ, пока не совершится это приобретение (напр., дѣеспособность сторонъ, оборотоспособность вещи и т. д.); слѣдовательно, mala fides superveniens non nocet ³⁾).

Сейчасъ мы говорили о приобретеніи владѣнія, какъ о способѣ приобретения права собственности. Спрашивается теперь:

¹⁾ *Krainz-Pfaff*, System, II, 1, S. 29. *Zeiller*, ibid., S. 67 f. *Goldschmidt*, ibid., S. 289. *Kirchstetter*, ibid., S. 177. *Winiwarter*, ibid., S. 57.

²⁾ *Stubenrauch*, ibidem, S. 735. *Exner*, Tradition, S. 70. *Randa*, op. cit., S. 368: — и въ моментъ заключенія договора.

³⁾ *Randa*, loc. cit. *Nippel*, Erläuterung, III, S. 219. *Exner*, Tradition, S. 70, Anm. 71. *Stubenrauch*, Das allgem. bürgerl. GB., I, S. 735.

какимъ должно быть владѣніе для примѣненія §§ 367 и 824? Нужно ли, чтобъ оно было *реальнымъ*? — Такого требованія нѣтъ въ Австрійскомъ Уложеніи. Отсюда мы заключаемъ, что и *traditio* для указанныхъ §§-овъ пригодна всякая: не только тѣлесная (§ 426), но и символическая (§ 427), и даже *constitutum possessorium* ¹⁾. Въ этомъ Австрійское Уложение совпадаетъ съ прусскимъ *Landrecht*'омъ и существенно отличается отъ Кодекса Наполеона ²⁾.

Затѣмъ весьма существенная и очень важная особенность австрійскаго права заключается въ томъ, что § 367 требуетъ отъ приобретателя *доказательствъ дѣйствительности титула* приобретения.

Какъ мы знаемъ изъ исторіи нашего вопроса, требованіе дѣйствительнаго титула впервые было заявлено гамбургскимъ правомъ. Изъ новыхъ законодательствъ требуетъ титула прусскій *Landrecht*; но тамъ приобретение отъ не-собственника допускалось въ очень ограниченныхъ размѣрахъ. Затѣмъ французское право на первый планъ выставило *владѣніе* и этимъ владѣніемъ совсѣмъ покрыло требованіе титула, который можетъ поэтому быть и путативнымъ. Такимъ образомъ во французскомъ правѣ реальное владѣніе или видимое, замѣтное подчиненіе вещи лицу получило перевѣсъ надъ невидимой юридической связью вещи съ лицомъ. Здѣсь дѣйствительно можетъ находить для себя нѣкоторую почву теорія о превосходствѣ владѣнія надъ правомъ собственности. Австрійское же Уложение воспринимаетъ идею гамбургскаго права и отказывается отъ материализма французскаго кодекса: для приобретения права собственности нужна, правда, передача, *traditio*, но при этомъ долженъ быть дѣйствительнымъ и тотъ договоръ, который одухотворя-

¹⁾ § 438. *Randa*, op. cit., S. 342, Anm. 17. *Exner*, Tradition, S. 71, Anm. 81. *Staub*, Kommentar, II, S. 107.

²⁾ Также въ отличіе отъ французскаго права здѣсь оказывается вполнѣ пригодной передача посредствомъ коносаментовъ и т. п. документовъ. — *Randa*, *ibid.*, S. 363 f. Здѣсь владѣніе играетъ совсѣмъ другую роль.

етъ эту передачу, даетъ ей опредѣленный смыслъ и значеніе ¹⁾. А затѣмъ, когда приобретение совершится, то полученное право собственности имѣетъ силу противъ всѣхъ и каждаго, хотя бы и не было никакихъ внѣшнихъ признаковъ его приобретения. Отсутствие же титула мѣшаетъ приобретению, и это отсутствие ничѣмъ не восполняется: ни реальностью владѣнія, ни даже добросовѣстностью приобретателя ²⁾.

Въ виду всего этого по австрійскому праву должны иначе рѣшаться нѣкоторые относящіеся сюда вопросы, чѣмъ по праву французскому. Напр., недѣеспособность отчуждателя по французскому праву, какъ мы уже отмѣтили въ своемъ мѣстѣ выше, не служитъ препятствіемъ для приобретения, а по австрійскому праву дѣеспособность необходима. То же самое надо сказать и относительно всѣхъ прочихъ условій дѣйствительности договоровъ. Это различіе объясняется тѣмъ, что по французскому праву центръ тяжести лежитъ въ односторонней дѣятельности приобретателя (овладѣніе вещью), а австрійское право требуетъ юридически дѣйствительныхъ дѣйствій *обѣихъ* сторонъ (*justus titulus*, договоръ).

Далѣе, Австрійское Уложеніе для приобретения собственности отъ не-собственника требуетъ въ большинствѣ предусматриваемыхъ имъ случаевъ *возмездности* этого приобретения ³⁾. Средневѣковые источники права не знаютъ этого реквизиата ⁴⁾; не приняло его во вниманіе и французское право. Впервые мы встрѣчаемся съ этимъ условіемъ въ прусскомъ *Landrecht*'ѣ, хотя тамъ оно и имѣетъ особое значеніе: тамъ виндикація вообще допускается одинаково какъ при безвозмездномъ, такъ и при

¹⁾ *Randa*, op. cit., S. 342, Anm. 15, S. 366, Anm. 58. *Goldschmidt*, Zeitschr. f. N. R., VIII, S. 289. *Carlin*, Niemand kann..., S. 65. *Zeiller*, Commentar, II, S. 135.

²⁾ *Randa*, op. cit., S. 368.

³⁾ Возмездность нужна для примѣненія § 367-го и не нужна для §§ 371 и 824. Подробности вопроса спорны.

⁴⁾ См. стр. 88, прим. 1. См. кромѣ того *Randa*, *Eigentumsrecht*, S. 350, Anm. 34.

возмездномъ приобрѣтеніи, но только въ этихъ послѣднихъ случаяхъ на виндикантѣ лежитъ обязанность возмѣщенія добросовѣстному владѣльцу-отвѣтчику покупной цѣны виндицируемой вещи. Австрійское же Уложеніе дало возмездности другое значеніе: только при возмездности сдѣлки приобрѣтается въ указываемыхъ закономъ случаяхъ право собственности, и исключается виндикація прежняго собственника; если же сдѣлка безвозмездна, то и самое приобрѣтеніе не возможно, не смотря на наличность всѣхъ прочихъ условій, которыя для этого требуются¹⁾. Здѣсь уже ясно видна политико-правовая идея цѣлесообразности: приобрѣтатель защищается въ своемъ приобрѣтеніи только тогда, когда онъ несетъ какія-либо жертвы для этого приобрѣтенія; въ виду же дарового обогащенія приобрѣтателя законъ справедливо предпочитаетъ охранять интересы теряющаго свое право собственника, такъ какъ въ противномъ случаѣ допускаемая закономъ защита добросовѣстности не была бы среднимъ и справедливымъ выходомъ изъ коллизіи противоположныхъ интересовъ приобрѣтателя и собственника²⁾.

Въ то же время, когда, — при отсутствіи прочихъ условій приобрѣтенія, — виндикація дается собственнику, то она дается по Австрійскому Уложенію всегда безусловно: хотя бы приобрѣтеніе было и возмездно, тѣмъ не менѣе на виндиканта никогда не возлагается обязанность возмѣщенія приобрѣтателю покупной цѣны вещи³⁾.

Этимъ Австрійское Уложеніе опять отличается отъ прусскаго *Landrecht*'а и отъ Кодекса Наполеона (ст. 2280).

Наконецъ, яркой особенностью Австрійскаго Уложенія служить то, что оно почти вполнѣ игнорируетъ различіе между

¹⁾ *Randa*, op. cit., S. 341. *Exner*, Tradition, S. 70. *Carlin*, op. cit., S. 65. *Zeiller*, Commentar, II, S. 135. *Gerber-Cosack*, System, S. 184, Anm. 8.

²⁾ Ср. *Harrasowsky*, Codex Theres., II, S. 131, Anm.

³⁾ *Carlin*, op. cit., S. 65. *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., VIII, S. 289. *Roth*, System, III, § 262, Anm. 9, 86. Ср. *Pratobevera*, Materialien, IV, S. 331.

вещами, которыхъ собственникъ лишился *противъ своей воли*, и вещами, которыя *добровольно* переданы другому самимъ собственникомъ¹⁾. Только въ одномъ случаѣ рѣчь идетъ о вещахъ, „ввѣренныхъ” собственникомъ для пользованія, храненія и т. п. (§ 367); но принципиально и въ видѣ *общаго* правила это различіе не проведено. Этимъ Австрійское Уложеніе походитъ на прусскій *Landrecht* и въ то же время слишкомъ радикально отличается и отъ историческихъ основъ древне-германскаго права, и отъ французскаго кодекса.

Теперь рассмотримъ вопросъ о томъ, какой общій принципъ лежитъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ (§§ 367, 824, 371), когда Австрійское Уложеніе допускаетъ приобрѣтеніе отъ не-собственника?

Ближайшее разсмотрѣніе всѣхъ перечисленныхъ въ законѣ случаевъ показываетъ, что именно нѣтъ такого принципа, который былъ бы общимъ для всѣхъ отдѣльныхъ случаевъ²⁾; больше того: нельзя объединить подъ общимъ принципомъ даже только тѣ три случая, которые входятъ въ § 367, хотя послѣднее и оспариваетъ *Krasnopolski*. Именно, *Krasnopolski* даетъ такое объясненіе всѣмъ тремъ пунктамъ § 367-го: здѣсь приобрѣтеніе защищается и охраняется потому, что самъ собственникъ ставитъ свою вещь въ такое положеніе, при которомъ каждое третье лицо вправѣ считать эту вещь принадлежащей ея держателю³⁾.

Однако рассмотримъ основаніе cadaго случая отдѣльно.

Приобрѣтеніе на аукціонѣ охраняется благодаря его публичности и контролю власти; приобрѣтеніе у профессиональнаго торговца охраняется, благодаря также его публичности и еще — благодаря тому, что торговцу дается право заниматься именно та-

¹⁾ *Carlin*, loc. cit. *Goldschmidt*, loc. cit. *Exner*, Tradition, S. 63, Anm. 47. *Randa*, op. cit., S. 341. *Stobbe*, Handbuch, II, 1, S. 270. *Kirchstetter-Maitisch*, Commentar, S. 197. *Roth*, System, III, S. 348, Anm. 9. *Gerber-Cosack*, System, S. 184, Anm. 6. Ср. *Pratobevera*, *ibid.*, S. 332.

²⁾ *Randa*, *Eigentumsrecht*, S. 340. *Krasnopolski*, *Der Schutz*, S. 48.

³⁾ *Krasnopolski*, *Der Schutz*, S. 40, 42—44.

кой торговлей, какъ своимъ промысломъ. Уже и здѣсь замѣчается нѣкоторое различіе въ основаніяхъ защиты пріобрѣтенія. Это различіе окажется еще больше, когда мы обратимся къ третьему пункту того же § 367-го, который говоритъ о пріобрѣтеніи отъ каждаго лица, которому собственникъ ввѣрилъ свою вещь для пользованія, храненія и т. п. Здѣсь нельзя уже говорить ни о публичности пріобрѣтенія, ни о контролѣ власти надъ нимъ, ни, конечно, о правѣ на профессиональную торговлю ввѣренными вещами. За то сюда, — но и только сюда, — подходитъ объясненіе, которое *Krasnopolski* неправильно относитъ ко всѣмъ тремъ пунктамъ § 367-го ¹⁾.

Итакъ, единого и общаго принципа нѣтъ. Пріобрѣтеніе отъ не-собственника допускается не принципиально и не во имя одной какой-нибудь общей идеи, — напр., изъ покровительства обороту, какъ это имѣлось въ виду установить въ предшествовавшихъ проектахъ ²⁾, — нѣтъ, пріобрѣтеніе допускается въ отдѣльныхъ закономъ перечисляемыхъ случаяхъ и при томъ — по различнымъ основаніямъ. При этомъ и сама редакціонная форма §§ 367 и 824 указываетъ на казуистичность и на отсутствіе принципиальности: рѣчь идетъ не о пріобрѣтеніи самомъ по себѣ при такихъ или иныхъ условіяхъ, а вниманіе постоянно обращается на то, *отъ кого* вещь пріобрѣтается. Этимъ Австрійское Уложеніе, съ одной стороны, напоминаетъ форму постановленій римскаго права и прусскаго *Landrecht*'а, а съ другой стороны, отличается отъ Кодекса Наполеона, по которому вообще *владніе* приравнивается титулу, а личность отчуждателя въ общемъ остается безразличной.

Изъ отсутствія объединяющаго принципа въ постановленіяхъ Австрійскаго Уложенія по нашему вопросу *Randa* выводитъ заключеніе, что въ этой области не допустимо примѣненіе

¹⁾ *Randa*, op. cit., S. 340, Anm. 14d.

²⁾ См. *Randa*, op. cit., S. 338, Anm. 14a, который изъ проекта *Horten*'а цитируетъ слѣд.: *Ferner wollen wir auch wegen der Sicherheit gemeinen Handels und Wandels...* О проектѣ *Horten*'а см. *Harrasowsky*, *Geschichte der Codification*, S. 125 ff.

аналогіи, и что здѣсь возможно только распространительное толкованіе въ видѣ заключеній а *majori ad minus* и т. п. ⁴⁾.

Установивши эти общія положенія, мы теперь разсмотримъ каждый отдѣльный случай пріобрѣтенія особо.

§ 2. Отдѣльные случаи пріобрѣтенія.

I. *Пріобрѣтеніе отъ того, кому самъ собственникъ ввѣрилъ свою вещь для пользованія, храненія и т. п.* Хотя этотъ случай занимаетъ послѣднее мѣсто въ § 367 параграфѣ, тѣмъ не менѣе мы начнемъ наше изложеніе именно съ него, такъ какъ здѣсь обнаруживается наибольшее точекъ соприкосновенія съ древне-германскимъ началомъ „*Hand wahre Hand*“. Именно, древне-германское право дѣлило всѣ движимости на двѣ категоріи: на вещи, вышедшія изъ рукъ собственника *противъ* его воли, и вещи, вышедшія *согласно* его волѣ, при чемъ главное вниманіе обращалось на *первую* категорію, и законъ (напр., *Lex Salica*), стоя на процессуальной точкѣ зрѣнія, болѣе или менѣе подробно говорилъ о виндицированіи ихъ. Австрійское Уложеніе въ разсматриваемомъ нами пунктѣ приняло приблизительно такое самое дѣленіе вещей: но здѣсь на первомъ планѣ — „*ввѣренныя*“ вещи, а затѣмъ уже — всѣ остальные, и здѣсь законъ, уже стоящій на *материально-правовой* точкѣ зрѣнія, говоритъ прямо о пріобрѣтеніи права собственности. — Какъ видимъ, точки отправления весьма различны ²⁾.

Теперь обратимся къ Кодексу Наполеона. — Здѣсь мы должны были точно опредѣлить понятія *кражи* и *потери*, чтобъ сказать: все, что сюда не относится, виндицировать *нельзя*. По Австрійскому Уложенію, наоборотъ, мы должны точно опредѣлить понятіе вещей *ввѣренныхъ*, чтобъ сказать: все, что сюда не относится, виндицировать *можно*. Такимъ образомъ и здѣсь

¹⁾ *Randa*, *ibid.*, S. 340 f.

²⁾ Другія черты сходства и различія мы будемъ отмѣчать постепенно по мѣрѣ дальнѣйшаго изложенія.

предъ нами противоположныя отправныя точки, а такъ какъ эти два противоположенія не покрываютъ другъ друга, то и практическіе результаты, какъ мы это увидимъ ниже, будутъ по обоимъ законодательствамъ не всегда одинаковы.

Итакъ, что такое вещи *вѣренныя*? Это прежде всего — вещи, отданныя въ наемъ, поклажу, закладъ, управленіе и т. п.¹⁾ Такъ какъ сущность дѣла заключается въ довѣрїи, то общественное или служебное положеніе довѣреннаго лица безразлично; а потому сюда же должны быть относимы вещи, ввѣряемыя *чиновнику*²⁾. Въ отличіе отъ древняго права, сюда же надо относить вещи, ввѣряемыя *ремесленнику* для обработки, починки и т. п.³⁾. Съ другой же стороны, слугамъ и членамъ семьи вещи домохозяина не ввѣряются, а потому и приобрѣтеніе отъ нихъ не защищается⁴⁾; въ этомъ австрійское право совпадаетъ съ древнимъ правомъ. Наконецъ, *подлежатъ* виндикаціи вещи украденныя, утерянныя, унесенныя наводномѣемъ и т. п.⁵⁾.

Относительно сказаннаго разногласій въ наукѣ нѣтъ. Но вотъ, спорнымъ, является вопросъ о томъ, какое значеніе здѣсь имѣютъ ошибка, обманъ и принужденіе. *Randa* допускаетъ и здѣсь приобрѣтеніе права собственности⁶⁾, а *Krasnopolski* держится обратнаго мнѣнія⁷⁾. Оба эти мнѣнія въ цѣломъ намъ кажутся неправильными вслѣдствіе ихъ общности. Здѣсь, кажется, правильнѣй было бы различать, дѣйствительна или нѣтъ та сдѣлка, по которой вещь ввѣряется будущему вѣроломному отчуждателю. Именно, если эта сдѣлка *ничтожна*, то, значить, никакого „*вѣренія*“ вещи нѣтъ, а потому виндикація должна

¹⁾ Zeiller, Commentar, II, S. 136. *Randa*, Eigenthumsrecht, S. 348. *Stubenrauch*, Das allg. bürgerl. GB., I, S. 736.

²⁾ *Randa*, op. cit., S. 350.

³⁾ *Randa*, op. cit., S. 349, Anm. 32. *Krasnopolski*, Der Schutz, S. 34.

⁴⁾ *Randa*, op. cit., S. 348 f.

⁵⁾ *Randa*, ibid., S. 348.

⁶⁾ *Randa*, ibid., S. 348, Anm. 31.

⁷⁾ *Krasnopolski*, Der Schutz, S. 44.

быть допущена. Такъ стоитъ дѣло по Австрійскому Уложенію въ случаяхъ угрозы и обмана со стороны контрагента, если воздѣйствіе касается существенныхъ пунктовъ договора¹⁾. Если же обманъ касается несущественныхъ элементовъ договора, или если обманъ и угрозы исходятъ отъ третьихъ лицъ, то сдѣлка въ такомъ случаѣ дѣйствительна²⁾, а потому и виндикація не должна быть допускаема. Также дѣйствительна сдѣлка и въ случаѣ ошибки, хотя бы и существенной³⁾; слѣдовательно, и здѣсь виндикаціи мѣста нѣтъ⁴⁾.

Таково по австрійскому праву понятіе вещи ввѣренной.

¹⁾ § 870: Wer von dem annehmenden Theile durch ungerechte und gegründete Furcht zu einem Vertrage gezwungen worden, ist ihn zu halten nicht verbunden. — § 871: Wenn ein Theil von dem andern Theile durch falsche Angaben irre geführt worden, und der Irrthum die Hauptsache, oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben betrifft, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt worden; so entsteht für den Irreführten keine Verbindlichkeit. — *Kirchstetter-Maitisch*, Commentar, S. 442. *Exner*, Tradition, S. 259.

²⁾ § 872: Betrifft aber der Irrthum weder die Hauptsache, noch eine wesentliche Beschaffenheit derselben, sondern einen Nebenumstand; so bleibt der Vertrag, in so fern beide Theile in den Hauptgegenstand gewilliget, und den Nebenumstand nicht als vorzügliche Absicht erklärt haben, noch immer gültig. — § 875: Ist der versprechende Theil von einem Dritten entweder durch ungerechte und gegründete Furcht zu einem Vertrage gezwungen; oder durch falsche Angaben irre geführt worden; so ist der Vertrag gültig. — *Kirchstetter-Maitisch*, loc. cit. — Сюда же надо отнести и случаи *оспариваемости* сдѣлокъ: пока сдѣлка не оспорена и не уничтожена судомъ, она равна вполне дѣйствительной сдѣлкѣ, а потому приобрѣтающій вещь отъ поклажепринимателя и т. п., пока сдѣлка поклажи и т. п. не уничтожена, приобрѣтаетъ эту вещь *отъ лица, которому она собственникомъ дѣйствительно вѣрена*.

³⁾ § 876: Wenn der versprechende Theil selbst und allein an seinem wie immer gearteten Irrthume Schuld ist, so besteht der Vertrag; es wäre denn, dass dem annehmenden Theile der obwaltende Irrthum offenbar aus den Umständen auffallen musste. — *Kirchstetter-Maitisch*, loc. cit.

⁴⁾ Последнее относительно ошибки утверждаютъ еще *Stubenrauch*, Das allg. bürgerl. GB., I, S. 736 и *Exner*, Tradition, S. 267 f.

Вотъ здѣсь мы уже и можемъ видѣть различіе въ рѣшеніи отдѣльныхъ вопросовъ по австрійскому и французскому праву, происходящее отъ различія въ отправныхъ точкахъ нашихъ сужденій.— Возьмемъ угрозу и обманъ относительно существенныхъ элементовъ договора. По австрійскому праву мы рассуждали такъ: здѣсь нѣтъ вѣренной вещи, а потому виндикація допускается; по французскому же праву мы должны были бы рассуждать иначе: здѣсь нѣтъ ни кражи, ни потери, а потому виндикація *не* допускается.

Далѣе законъ говоритъ, что для устраненія виндикаціи нужно, чтобъ вещь была вѣрена *самимъ истцомъ*. *Exner* правильно находитъ это выраженіе, съ одной стороны, узкимъ, а съ другой стороны, — широкимъ ¹⁾. Во 1-хъ, нельзя отказать въ защитѣ пріобрѣтателю, если съ виндикаціей выступить не самъ собственникъ, вѣрившій вещь, а его правопреемникъ: разъ пріобрѣтеніе права собственности совершилось, то оно не можетъ быть разрушено послѣдовавшимъ затѣмъ преемствомъ въ искѣ на сторонѣ потерпѣвшаго собственника, такъ какъ это преемство совсѣмъ не касается пріобрѣтателя. Во 2-хъ, наоборотъ, нельзя защищать пріобрѣтателя, если вещь была вѣрена отчуждателю хотя и истцомъ, но такимъ, который *въ то время* не имѣлъ права распоряжаться данной вещью: въ такомъ случаѣ предъ нами будетъ вещь не вѣренная, а захваченная. Такимъ образомъ въ § 367 слово „истецъ” надо замѣнить словомъ „собственникъ”; сюда *ipso jure* относятся и правопреемники.

Спрашивается далѣе, можно ли признать пріобрѣтеніе и тамъ, гдѣ пріобрѣтатель получаетъ вещь не отъ непосредственныхъ контрагентовъ собственника, а отъ послѣдующихъ держателей, напр., отъ подъ-наимателя и т. п.? — *Randa* допускаетъ пріобрѣтеніе и здѣсь ²⁾, а *Stubenrauch* противъ такого распространенія ³⁾. Намъ казалось бы болѣе правильнымъ среднее мнѣніе: если такіа сдѣлки, какъ поднаемъ и т. п., совершаются

¹⁾ *Exner*, Tradition, S. 68, Anm. 64.

²⁾ *Randa*, Eigenthumsrecht, S. 349.

³⁾ *Stubenrauch*, loc. cit.

съ согласія собственника, то пріобрѣтатель долженъ получать защиту; въ противномъ же случаѣ виндикація должна быть допущена, такъ какъ, во 1-хъ, нѣтъ условій, указываемыхъ закономъ: вещь пріобрѣтена не отъ того, кому она была вѣрена, и во 2-хъ, нѣтъ основанія заставлять потерпѣвшаго собственника считаться съ тѣми лицами, съ которыми онъ по поводу своей вещи ни въ какія сдѣлки не вступалъ.

Исходя изъ всѣхъ этихъ соображеній, мы считаемъ правильнымъ и другое мнѣніе *Exner*'а, по которому допускается защита пріобрѣтателя и тогда, когда онъ пріобрѣтаетъ вещь не отъ того, кому *собственникъ вручилъ ее*, а отъ того, кто самъ пріобрѣлъ эту вещь для собственника отъ лица посторонняго ¹⁾: для примѣненія § 367-го важно не физическое перемѣщеніе вещи отъ собственника къ траденту, а нахожденіе вещи у традента по довѣрію собственника, что мы и видимъ въ разсматриваемомъ казусѣ.

Итакъ, послѣдствія неправомѣрныхъ распоряженій со стороны довѣренныхъ лицъ ложатся всею своею тяжестью на собственника. Совсѣмъ иное дѣло, если вещь у довѣреннаго лица крадутъ, или оно ее теряетъ и т. п.; здѣсь виндикація допускается ²⁾.

Такова эта первая категория случаевъ, когда Австрійскимъ Уложеніемъ допускается пріобрѣтеніе права собственности отъ не-собственника.

Здѣсь безспорно необходимы *добросовѣстность* и *возмездность* пріобрѣтенія. Въ этомъ — существенное отличіе Австрійскаго Уложенія отъ древне-германскаго права (о bona fides, впрочемъ, спорятъ), и только исключеніе вещей краденыхъ и утерянныхъ сближаетъ эти законодательства между собою.

Въ разсмотрѣнной категории случаевъ пріобрѣтенія можно было бы, пожалуй, видѣть принципиальное рѣшеніе вопроса

¹⁾ *Exner*, op. cit., S. 68, Anm. 65.

²⁾ *Randa*, ibid., S. 350, Anm. 33. Не такъ рѣшался этотъ вопросъ по древне-германскому праву, хотя это и спорно. См. выше, стр. 42.

Австрийскимъ Уложениемъ (удовлетворительное или нѣтъ, это другой вопросъ); но дѣло въ томъ, что Австрийское Уложение даетъ еще цѣлый рядъ случаевъ, когда приобретатель получаетъ право собственности, и всѣ эти случаи носятъ казуистическій характеръ и обставляются *различными* условіями. Все это указываетъ на незаконченность въ развитіи нашего вопроса и именно — на отсутствіе единого и во всѣхъ деталяхъ строго выдержаннаго принципа.

Но перейдемъ къ разсмотрѣнію этихъ дальнѣйшихъ случаевъ.

II. *Приобрѣтеніе на публичномъ аукціонѣ*¹⁾. Въ отличіе отъ прусскаго Landrecht'a и римскаго права, Австрийское Уложение сюда не относитъ приобретений *отъ фиска*. Приобрѣтеніе же на публичномъ аукціонѣ, какъ мы видѣли, особо выдвинуто и прусскимъ Landrecht'омъ, и Кодексомъ Наполеона.

Къ этимъ аукціонамъ австрийское право относитъ не только тѣ, которые устраиваются самими органами власти, но и тѣ, которые устраиваются частными лицами *съ разрѣшенія* власти.

Во всякомъ случаѣ необходима формальная дѣйствительность аукціона, такъ какъ вообще необходимо *justus titulus*. Необходимо, конечно, и добросовѣстность приобретателя: это — общее требованіе для всѣхъ случаевъ, предусмотрѣнныхъ въ § 367. Возмездность приобретенья разумѣется сама собою: на аукціонахъ подарковъ не дѣлаютъ. Наконецъ, здѣсь замѣчательно совершенно безразличное отношеніе закона къ тому обстоятельству, *какъ* вещь вышла изъ рукъ собственника: согласно его волѣ или противъ нея, а разъ этого не различаетъ законъ, не должны дѣлать различій и мы.

III. *Приобрѣтеніе отъ профессиональнаго торговца*²⁾. Сюда не относятся сами производители, напр., земледѣльцы,

¹⁾ Randa, *ibid.*, S. 343 f. *Erner*, Tradition, S. 67. *Winiwarter*, Das Oesterr. bürgerl. Recht, II, S. 126. *Krainz-Pfaff*, System, II, 1, S. 29. *Stubenrauch*, Das allg. bürgerl. GB., I, S. 735. *Zeiller*, Commentar, II, S. 135.

²⁾ Randa, *ibid.*, S. 344—348. *Zeiller*, *ibid.*, S. 135 f.

горнопромышленники и т. п., если они въ то же время не ведутъ торговли своими продуктами¹⁾.

Производится ли торговля на основаніи спеціальнаго разрѣшенія, или же въ виду допущенной закономъ свободы ея, это безразлично²⁾. Нужно только, чтобъ вещь была приобретена у торговца, ведущаго торговлю именно *такими* вещами, какъ та, о которой въ каждомъ данномъ случаѣ идетъ рѣчь; поэтому не защищается приобретенье, напр., чужого зеркала отъ часового мастера³⁾.

Во всякомъ случаѣ законъ говоритъ только о *торговцахъ*; распространять разбираемую норму по аналогіи на всякія приобретенья, совершаемыя на *рынкахъ*, нельзя⁴⁾. Этимъ Австрийское Уложение отличается отъ средне-вѣковыхъ законодательствъ, по которымъ защищалось приобретенье не отъ такихъ или иныхъ *лицъ*, а именно въ опредѣленныхъ *мѣстахъ*: на *рынкахъ* и ярмаркахъ⁵⁾. Прусскій Landrecht поставилъ на одну линію приобретенье отъ профессиональнаго торговца и приобретенье на рынкѣ или ярмаркѣ, но только не для того, чтобъ признать приобретателя собственникомъ, а для того, чтобъ возложить на виндиканта одинаковую въ обоихъ случаяхъ обязан-

¹⁾ Randa, *ibid.*, S. 346. *Krainz-Pfaff*, System, II, 1, S. 29.

²⁾ Randa, *ibid.*, S. 344 f. *Nippel*, Erläuterung, III, S. 218. *Stubenrauch*, *ibid.*, S. 736. Но противъ этого *Winiwarter*, *loc. cit.*

³⁾ *Erner*, Tradition, S. 67. *Zeiller*, *ibidem*, S. 136. *Stubenrauch*, Das allgem. bürgerl. GB., I, S. 736.

⁴⁾ Randa, *ibid.*, S. 346 f. *Krainz-Pfaff*, System, II, 1, S. 29. Общественнаго мнѣнія *Krasnopolski*, Der Schutz, S. 24 и *Stubenrauch*, *loc. cit.* Изъ нихъ первый выводитъ это изъ того принципа, который будто-бы является общимъ для всѣхъ трехъ пунктовъ § 367-го. Однако такого общаго принципа нѣтъ. Второй указываетъ на то, что на рынкѣ приобретателю *еще труднѣе* установить правомочія традента, чѣмъ при покупкѣ у профессиональнаго торговца, а потому, дескать, законъ долженъ охранять приобретенье и здѣсь. Но опять-таки нельзя упустить изъ виду, что законъ совсѣмъ не даетъ *общаго* правила о защитѣ приобретенья во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда изслѣдованіе правъ традента затруднительно.

⁵⁾ См. выше, стр. 40, 44.

ность возмѣщенія добросовѣстному прибрѣтателю покушной цѣны вещи ¹⁾). Кодексъ Наполеона тоже говоритъ о ярмаркахъ и рынкахъ, но лишь относительно вещей краденыхъ и утерянныхъ ²⁾). Австрійское Уложеніе идетъ дальше Кодекса Наполеона въ томъ отношеніи, что игнорируетъ и здѣсь такой порокъ вещи, какъ *furtivitas*, и дѣлаетъ добросовѣстнаго прибрѣтателя собственникомъ немедленно; но за то область дѣйствія этой льготы ограничивается количественно, не распространяясь на рынки и ярмарки ³⁾).

Добросовѣстность здѣсь необходима такъ же, какъ и въ первыхъ двухъ категоріяхъ случаевъ ⁴⁾).

Наконецъ, спорнымъ является вопросъ о томъ, нужна ли здѣсь *возмездность* прибрѣтенія. — Дѣло въ томъ, что § 367 редактированъ такъ, что не ставитъ требованія возмездности во главѣ всѣхъ трехъ предусматриваемыхъ имъ случаевъ прибрѣтенія, а упоминаетъ о ней только при третьей категоріи случаевъ, которую мы разсмотрѣли въ самомъ началѣ; такимъ образомъ наша категорія, по счету вторая (въ § 367), оставлена безъ прямого указанія со стороны закона. Поэтому *Randa* и полагаютъ, что возмездность въ данномъ случаѣ совсѣмъ не является условіемъ защиты прибрѣтателя ⁵⁾). Однако остальные австрій-

¹⁾ См. выше, стр. 88.

²⁾ Ст. 2280 К. Н.; см. выше, стр. 157 и сл.

³⁾ Припомнимъ, что законодательства вестготское, а также гамбургское и любекское знали еще одно ограниченіе виндикаціи вещей краденыхъ: такіа вещи нельзя было виндигировать (не смотря на *furtivitas*), если онѣ привозились *изъ-за моря*. — См. выше, стр. 41, 47—49. *Dahn* и *Gareis* приписываютъ этой нормѣ семитическое происхожденіе. — *Zeitschr. f. N. R.*, XVI, 1871, S. 407, *Zeitschr. f. das Privat-und öff. Recht*, VI, S. 238. Эта норма не вошла ни въ одинъ изъ дѣйствующихъ кодексовъ, такъ какъ при современныхъ отношеніяхъ она не имѣетъ разумнаго основанія.

⁴⁾ § 367 ставитъ это требованіе во главѣ всѣхъ трехъ предусматриваемыхъ имъ случаевъ.

⁵⁾ *Randa, Eigentumsrecht*, S. 345.

скіе цивилисты требуютъ возмездности и здѣсь ¹⁾). Они правильно говорятъ, что возмездность здѣсь разумѣется сама собою. И въ самомъ дѣлѣ, торговый оборотъ, къ которому относится разсматриваемый нами случай, всегда носитъ въ себѣ, какъ свой характерный и существенный признакъ, начало возмездности. Если же профессиональный торговецъ и совершаетъ даренія, то онъ дѣйствуетъ тогда не какъ торговецъ, а какъ всякое другое лицо, а потому § 367 къ нему относиться не будетъ: когда говорятъ о „*торговцѣ*“, то, значитъ, имѣютъ въ виду именно — и только — *торговую* дѣятельность лица; если же не желаютъ такъ суживать дѣйствіе нормы, то и выражаются шире, какъ это сдѣлано въ томъ же § 367 относительно третьей категоріи случаевъ (въ нашемъ изложеніи *первая* группа).

IV. *Приобрѣтеніе отъ мнимаго наследника* ²⁾). Введенный судебнымъ порядкомъ въ наследство является для третьихъ лицъ вполне легитимированнымъ обладателемъ наследственной массы, хотя бы на самомъ дѣлѣ онъ и не былъ дѣйствительнымъ наследникомъ; поэтому кто заключаетъ сдѣлки съ такимъ мнимымъ наследникомъ, тотъ долженъ имѣть защиту противъ возможныхъ затѣмъ притязаній со стороны дѣйствительнаго наследника ³⁾): такова *auctoritas iudicii* ⁴⁾).

Приобрѣтатель долженъ быть добросовѣстнымъ: на это прямо указываетъ § 824; но о возмездности прибрѣтенія ничего не говорится; слѣдовательно, она безразлична ⁵⁾).

¹⁾ *Exner, Tradition*, S. 70, Anm. 72. *Winiwarter, Das Oesterr. bürgerl. Recht*, II, S. 127. *Krainz-Pfaff, System*, II, 1, S. 29. *Nippel, Erläuterung*, III, S. 219. *Stubenrauch, Das allgem. bürgerl. GB.*, I, S. 735. *Zeiller, Commentar*, II, S. 135. *Krasnopolski, Krit. Vierteljahresschrift*, 1885, S. 491.

²⁾ *Stubenrauch, ibid.*, S. 737.

³⁾ *Unger, System*, VI, S. 166.

⁴⁾ *Krasnopolski, Der Schutz*, S. 26. У него же и исторія вопроса, — S. 25 ff.

⁵⁾ *Krasnopolski, ibid.*, S. 26. *Randa, Eigentumsrecht*, S. 364. *Exner, Tradition*, S. 70. *Krainz-Pfaff, System*, II, 1, S. 29. *Zeiller, Commentar*, II, S. 874.

Вещь должна представлять изъ себя „Erbstück“, т. е. должна принадлежать къ наследственной массѣ; поэтому сюда не относятся вещи, украденныя или найденныя наследодателемъ,—вещи, понавшія къ нему случайно и т. п. ¹⁾. Но спорно, должны ли это быть непременно и только движимости, какъ это утверждаетъ *Exner* ²⁾. *Randa* относитъ сюда и недвижимости ³⁾, и, пожалуй, онъ правъ: постановленія Австрійскаго Уложения по нашему вопросу вообще казуистичны, а потому въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ могутъ быть свои особыя условія и свой особый объемъ добросовѣстнаго приобрѣтенія, какъ это мы уже и видѣли на самомъ дѣлѣ; по данному же вопросу § 824 никакихъ ограниченій не ставитъ, — *quod lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

V. *Приобрѣтеніе наличныхъ денегъ* ⁴⁾. Для предъявленія виндикаціоннаго иска необходимо указаніе индивидуальныхъ признаковъ виндицируемой вещи ⁵⁾; это обыкновенно невозможно по отношенію къ деньгамъ; поэтому получившій деньги отъ не-собственника и смѣшавшій ихъ со своими деньгами по самой природѣ вещей не можетъ подлежать виндикаціи, хотя бы онъ и былъ *in mala fide*: здѣсь виндикація отпадаетъ по своей неосуществимости ⁶⁾.

Совсѣмъ иное дѣло, если деньги такъ или иначе индивидуализированы ⁷⁾ и не смѣшиваются съ деньгами приобрѣтателя; здѣсь виндикація сама по себѣ возможна. Австрійское Уложение допускаетъ здѣсь виндикацію лишь противъ недобросовѣстнаго или небрежнаго приобрѣтателя. Добросовѣстный же приобрѣта-

¹⁾ *Exner*, *op. cit.*, S. 69, Anm. 68.

²⁾ *Ibidem*, S. 70, Anm. 70.

³⁾ *Randa*, *Eigentumsrecht*, S. 365, Anm. 55.

⁴⁾ *Exner*, *Tradition*, S. 69. *Carlin*, *Niemand kann...*, S. 65. *Winiwarter*, *Das Oesterr. bürgerl. Recht*, II, S. 129 f. *Krainz-Pfaff*, *System*, II, 1, S. 29.

⁵⁾ § 370 Австр. Уложения.

⁶⁾ *Randa*, *Eigentumsrecht*, S. 352, 355. *Stubenrauch*, *Das allgem. bürgerl. GB.*, I, S. 740, 741. *Zeiller*, *Commentar*, II, S. 141.

⁷⁾ Напр., деньги въ запечатанномъ пакетѣ.

тель виндикаціи не подлежитъ ¹⁾. Въ этомъ последнемъ случаѣ безразлично, какъ деньги вышли изъ рукъ собственника: противъ его воли или согласно ей ²⁾; такъ же безразлична и возмездность или безвозмездность приобрѣтенія ³⁾. Этимъ Австрійское Уложение отличается отъ прусскаго *Landrecht*'а, который защищаетъ только возмездное приобрѣтеніе денегъ отъ не-собственника ⁴⁾. Кодексъ Наполеона особо вопроса о деньгахъ не выдвигаетъ, такъ какъ говорить о движимостяхъ вообще.

Указанныя правила Австрійскаго Уложения (§ 371) относятся и къ бумагамъ на предъявителя ⁵⁾; но мы на этомъ вопросѣ останавливаться не будемъ, такъ какъ онъ требуетъ specialнаго изслѣдованія.

VI. *Приобрѣтеніе закладнаго права и узуфрукта*. Австрійское Уложение допускаетъ добросовѣстное приобрѣтеніе не только права собственности, но также и закладнаго права и узуфрукта. Это оправдывается заключеніемъ *a majori ad minus*: если отъ не-собственника можно приобрѣсти право собственности, то тѣмъ болѣе возможно приобрѣтеніе закладнаго права или узуфрукта ⁶⁾.

О возможности приобрѣтенія закладнаго права прямо и ясно говоритъ § 456:

Wird eine fremde bewegliche Sache ohne Einwilligung des Eigenthümers verpfändet, so hat dieser in der Regel zwar das Recht, sie zurück zu fordern; aber in solchen Fällen, in wel-

¹⁾ *Randa*, *op. cit.*, S. 351. *Nippel*, *Erläuterung*, III, S. 230, 233. *Stubenrauch*, *ibid.*, S. 740.

²⁾ *Randa*, *ibid.*, S. 353.

³⁾ *Exner*, *Tradition*, S. 70.

⁴⁾ См. выше, стр. 90. *Randa*, *ibid.*, S. 352, Anm. 39a, S. 355, Anm. 43. Прусскій *Landrecht*, I, 15 §§ 45, 46.

⁵⁾ Объ этомъ см. *Randa*, *Eigentumsrecht*, S. 351 ff.

⁶⁾ *Randa*, *op. cit.*, S. 365. *Exner*, *Tradition*, S. 71 и 72, Anm. 84. *Winiwarter*, *Das Oesterr. bürgerl. Recht*, II, S. 257. *Zeiller*, *Commentar*, II, S. 266. *Kirchstetter*, *Commentar*, S. 253. *Staub*, *Kommentar*, II, S. 112.

chen die Eigenthumsklage gegen einen redlichen Besitzer nicht Statt hat (§ 367), ist er verbunden, entweder den redlichen Pfandinhaber schadlos zu halten, oder das Pfand fahren zu lassen, und sich mit dem Ersatzrechte gegen den Verpfänder zu begnügen.

Ссылка на § 367 показываетъ, что и здѣсь нужны добросовѣстность и возмездность приобрѣтенія, и что закладное право приобрѣтателя будетъ дѣйствительно и противъ собственника вещи тогда, когда оно будетъ установлено или профессиональнымъ торговцомъ подобными вещами, или вообще тѣмъ лицомъ, которому данная вещь была ввѣрена собственникомъ для пользования, хранения и т. п. ¹⁾ Но сюда не относятся тѣ случаи, когда закладное право на чужую вещь устанавливается принудительно судебной властью: такіе случаи выходятъ изъ сферы условій примѣненія § 367-го ²⁾.

Кромѣ того, § 468 Австр. Уложения постановляетъ: хотя бы закладодатель и былъ ограниченъ въ своемъ правѣ на вещь какимъ-либо срокомъ, тѣмъ не менѣе право закладопринимателя не прекращается съ наступленіемъ этого срока, если только онъ не зналъ объ этомъ ограниченіи ³⁾.

Что же касается сервитутовъ, то на возможность ихъ приобрѣтенія отъ не-собственника законъ прямо не указываетъ; поэтому здѣсь вопросъ рѣшается только указаннымъ выше заклю-

¹⁾ *Winiwarter*, loc. cit. *Exner*, op. cit., S. 71, Anm. 82. *Kirchstetter*, loc. cit. *Goldschmidt*, *Zeitschr. f. H. R.*, VIII, S. 290.

²⁾ *Winiwarter*, *ibid.*, S. 258. *Schrutka-Rechtenstamm*, *Zeitschr. f. das Privat-und öff. Recht*, XII, S. 731.

³⁾ § 468: Das Pfandrecht erlischt ferner mit der Zeit, auf welche es eingeschränkt war, folglich auch mit dem zeitlichen Rechte des Pfandgebers auf die verpfändete Sache; wenn anders dieser Umstand dem Gläubiger bekannt war, oder aus den öffentlichen Büchern bekannt sein konnte. — *Winiwarter*, *ibid.*, S. 280. *Zeiller*, *Commentar*, II, S. 282. *Kirchstetter-Maitisch*, *Commentar*, S. 265. *Krasnopolski*, *Der Schutz*, S. 27 ff.

ченіемъ а majori ad minus. О сервитутахъ законъ говоритъ только то, что въ § 468 сказано о закладномъ правѣ: добросовѣстный владѣлецъ сервитута не лишается его, хотя бы временное право его аuctor'a уже и прекратилось ¹⁾.

Randa утверждаетъ, наконецъ, что возможно не только приобрѣтеніе указанныхъ вещныхъ правъ, но и освобожденіе отъ нихъ при приобрѣтеніи права собственности, когда они принадлежатъ третьимъ лицамъ, такъ что право собственности можетъ быть приобрѣтено свободнымъ отъ лежащихъ на немъ вещныхъ обремененій ²⁾.

Въ заключеніе мы должны разсмотрѣть еще вопросъ о двойномъ отчужденіи одной и той же вещи двумъ лицамъ ³⁾. — Мы знаемъ, что по австрійскому праву одно заключеніе договора не переноситъ права собственности; поэтому мы будемъ имѣть въ виду лишь тѣ случаи, когда совершается и *traditio*. И вотъ, допустимъ, что собственникъ продаетъ свою вещь одному лицу и посредствомъ *constitutum possessorium*'а оставляетъ ее у себя въ наемъ или поклажу и т. п., а затѣмъ ту же самую вещь продаетъ другому лицу и также черезъ *constitutum possessorium* оставляетъ вещь у себя въ наемъ, поклажу и т. п. Въ этомъ казусѣ первый покупецъ приобрѣлъ вещь отъ собственника и самъ несомнѣнно сдѣлался собственникомъ; это вытекаетъ изъ §§ 425 и 428. Второй покупецъ приобрѣлъ вещь не отъ собственника, а отъ лица, которому собственникъ (первый по-

¹⁾ § 527: Hat das bloss zeitliche Recht desjenigen, der die Servitut bestellt hat, oder die Zeit, auf welche sie beschränkt worden ist, dem Servituts-Inhaber aus öffentlichen Büchern, oder auf eine andere Art bekannt sein können; so hört nach Verlauf dieser Zeit die Servitut von selbst auf. — *Winiwarter*, *ibid.*, S. 352 ff. *Zeiller*, *ibid.*, S. 372. *Kirchstetter*, *ibid.*, S. 292. *Krasnopolski* ограничиваетъ § 527 недвижимостями, — *Der Schutz*, S. 29.

²⁾ *Randa*, *Eigenthumsrecht*, S. 365 f.

³⁾ По французскому праву см. ст. 1141 К. Н.

купицк) *отрл* свою вещь для пользованія, храненія и т. п., — предъ нами 3-й пунктъ § 367-го, а потому, при наличности укзываемыхъ тамъ условій, второго покупицка также надо признать собственникомъ; слѣдовательно, право собственности перваго покупицка, вполне дѣйствительное въ своемъ началѣ, уничтожается при вторичномъ отчужденіи, и верхъ беретъ въ концѣ-концовъ *второй* по времени приобрѣтатель ¹⁾.

Теперь продолжимъ нашъ казусъ и допустимъ, что вѣроломный продавецъ послѣ второго отчужденія передалъ вещь въ реальное владѣніе *перваго* покупицка. Не произойдетъ ли здѣсь новое приобрѣтеніе первымъ покупицкомъ, — по крайней мѣрѣ, въ томъ случаѣ, если онъ ничего не зналъ о продажѣ той же вещи другому лицу? Титулъ у него есть, а теперь прибавилось и владѣніе; предположимъ также и наличность условій, требуемыхъ 3-мъ пунктомъ § 367-го. — Намъ кажется, что право собственности и въ этомъ случаѣ останется за вторымъ приобрѣтателемъ ²⁾, такъ какъ у перваго покупицка былъ и титулъ, было и владѣніе, приобрѣтенное черезъ *const. possessorium*, но все это уже уничтожено вторичной продажей той же вещи другому покупицку; поэтому при передачѣ вещи первому покупицку у него будетъ титулъ только нутативный; слѣдовательно, примѣненіе § 367-го окажется невозможнымъ ³⁾.

¹⁾ Интересно отмѣтить, что по французскому праву въ данномъ казусѣ предпочтеніе было бы отдано *первому* приобрѣтателю: по ст. 1138 и 1583 К. Н. онъ въ моментъ соглашенія сдѣлался собственникомъ; послѣ этого второй приобрѣтатель могъ бы приобрѣсти право собственности только по ст. 1141 и 2279, но для этого ему не достаетъ реального владѣнія.

²⁾ По французскому праву и здѣсь получилось бы обратное рѣшеніе: право собственности какъ было, такъ и осталось бы за *первымъ* покупицкомъ.

³⁾ А если вещь будетъ передана *второму* приобрѣтателю? — По австр. праву черезъ это положеніе дѣла нисколько не измѣнится, а по франц. праву, наоборотъ, именно здѣсь и произошло бы измѣненіе: собственникомъ былъ бы признанъ этотъ второй приобрѣтатель при условіи его добросовѣстности, и только при его *mala fides* право

въ самомъ началѣ нашего казуса мы предположили, что отчуждатель продаетъ свою собственную вещь; но возможна продажа и чужой вещи послѣдовательно двумъ лицамъ; только тогда для приобрѣтенія права собственности необходимо, чтобы и первый покупицкъ удовлетворялъ условіямъ § 367-го. Окончательно же собственникомъ и здѣсь, — *caeteris paribus*, — окажется *второй* приобрѣтатель ¹⁾.

Изъ всего здѣсь сказаннаго мы убѣждаемся воочію, между прочимъ, въ справедливости сказаннаго нами выше (гл. II, § 13) о соотношеніи между системой соглашенія и системой *traditio*: мы тамъ говорили, что не только при первой системѣ, но и при второй возможна цѣлая категорія случаевъ, когда лицо, приобрѣвшее право собственности вполне дѣйствительнымъ образомъ, утрачиваетъ его вполнѣ въ слѣдствіи совершенно независимо отъ своей воли вслѣдствіе защиты добросовѣстности въ оборотѣ. Изъ этого факта мы вывели заключеніе, — и теперь его повторяемъ: если право собственности, приобрѣтенное путемъ *traditio*, мы въ такихъ случаяхъ не низводимъ на степень права относительнаго, то мы не должны этого дѣлать и при системѣ соглашенія: какъ тамъ, такъ и здѣсь право собственности дѣйствительно вполне и абсолютно, но, конечно, лишь до тѣхъ поръ, пока оно не уничтожится вслѣдствіе закономѣрнаго приобрѣтенія его другимъ лицомъ; въ этомъ отношеніи система *traditio* не имѣетъ никакихъ преимуществъ предъ системой соглашенія: рождаются изъ нихъ одинаковыя права, а противъ смерти этихъ правъ обѣ системы одинаково безсильны.

Наконецъ, отмѣтимъ, что Австр. Уложеніе защищаетъ не только дѣйствительныхъ собственниковъ, — и, значитъ, не только добросовѣстныхъ приобрѣтателей по §§ 367, 824 и др., —

собственности осталось бы за первымъ покупицкомъ: это какъ разъ область дѣйствія ст. 1141 К. Н.

¹⁾ По франц. праву опять иначе: право собственности не было бы признано ни за первымъ, ни за вторымъ приобрѣтателемъ, и только передача вещи въ реальное владѣніе одного изъ нихъ (при *bona fides*) рѣшила бы вопросъ.

но также и лицъ, имѣющихъ *лучшее* право на данную вещь, чѣмъ ихъ противники по процессу ¹⁾.

До сихъ поръ мы рассматривали постановленія Австрійскаго *гражданскаго* Уложенія по нашему вопросу. Теперь необходимо отмѣтить, что въ Австріи (какъ и въ Пруссіи), начиная съ 60-хъ годовъ прошлаго столѣтія, наряду съ гражданскими кодексами дѣйствовало и Общегерманское Торговое Уложеніе 1861 года. Какъ нормировалось добросовѣстное приобрѣтеніе движимостей этимъ послѣднимъ уложеніемъ, и въ какомъ оно отношеніи стояло (по нашему вопросу) къ параллельно съ нимъ дѣйствовавшимъ гражданскимъ кодексамъ, объ этомъ см. слѣд. главу.

¹⁾ §§ 372—374. Здѣсь воспроизводится созданная еще въ Римѣ *actio Publiciana*. — *Zeiller*, Commentar, II, S. 144 ff. *Winiwarter*, Das Oesterr. bürgerl. Recht, II, S. 134 ff. *Stubenrauch*, Das allg. bürgerl. GB., I, S. 742 ff.

ГЛАВА IV.

Общегерманское торговое право.

Нѣмецкое торговое право впервые было кодифицировано въ 1861 г., когда появилось *Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch*. Постепенно это Торговое Уложеніе было введено въ дѣйствіе почти во всѣхъ германскихъ государствахъ ¹⁾.

Къ нашему вопросу здѣсь главное и прямое отношеніе имѣетъ Art. 306, который говоритъ такъ:

Wenn Waren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmanne in dessen Handelsbetriebe veräußert und übergeben worden sind, so erlangt der redliche Erwerber das Eigenthum, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war. Das früher begründete Eigenthum erlischt. Jedes früher begründete Pfandrecht oder sonstige dingliche Recht erlischt, wenn dasselbe dem Erwerber bei der Veräußerung unbekannt war.

Sind Waren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmanne in dessen Handelsbetriebe verpfändet und übergeben worden, so kann ein früher begründetes Eigenthum, Pfand-

¹⁾ *Endemann*, Handelsr., § 6. *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., IX, S. 1 ff. *Gareis*, Handelsr., S. 23 f. *Behrend*, Lehrb., § 12. *Hahn*, Commentar, I, S. 26 ff.

recht oder sonstiges dingliches Recht an den Gegenständen zum Nachtheile des redlichen Pfandnehmers oder dessen Rechtsnachfolgers nicht geltend gemacht werden.

Das gesetzliche Pfandrecht des Kommissiönärs, Spediteurs und Frachtführers steht einem durch Vertrag erworbenen Pfandrechte gleich.

Dieser Artikel findet keine Anwendung, wenn die Gegenstände gestohlen oder verloren waren ¹⁾).

Замѣчательно, что эта общая норма была принята только при третьемъ чтеніи проекта; первоначально предполагалось ограничить виндикацію только для тѣхъ случаевъ, когда *коммиссионеръ* отчуждалъ, вопреки договору, вѣренныя ему вещи ²⁾).

Такимъ образомъ только въ самый послѣдній моментъ восторжествовала германская идея о необходимости широкой защиты добросовѣстнаго приобрѣтенія, и Общегерманское Торговое Уложеніе стало въ одинъ рядъ съ французскимъ и австрійскимъ кодексами ³⁾).

Принявши принципиально указанную идею, Торговое Уложеніе однако съузило область ея дѣйствія сообразно своему значенію кодекса *торговаго*. Именно, подъ Art. 306 подходят только такія отчужденія, которыя совершаются *купцомъ въ его торговомъ предпріятіи, въ его торговомъ „дѣлѣ“* ⁴⁾).

¹⁾ Краткія и элементарныя объясненія Art. 306-го HGB. даютъ *Wächter*, Handelsrecht, S. 177 ff. *Mandry*, Der civilrechtliche Inhalt, S. 311. *Gad*, Handbuch, I, S. 234. *Gruchot*, Beiträge, XVII, S. 655. *Stobbe*, Handbuch, II, 1, S. 271 f. *Gareis*, Handelsr., S. 362 ff.

²⁾ Protokolle, S. 688 ff., 1187, 4605—4615. *Goldschmidt*, *ibid.*, S. 3 и Handbuch, I, 2, S. 819, Anm. 68. *Dollmann*, Die Gesetzgebung, S. 145. *Papendieck*, Eigentumserwerb, S. 23 f. *Meilhaus*, Eigentumserwerb, S. 16. *O. Mayer*, Die dingl. Wirkung, S. 1. *Makower*, HGB., S. 387.

³⁾ *Cosack*, Lehrbuch, S. 149. *O. Mayer*, *op. cit.*, S. 53. *Goldschmidt*, Handbuch, § 80, S. 820.

⁴⁾ *Staub*, Kommentar, II, S. 106, 108. *Goldschmidt*, Handbuch, § 80, S. 823 и Zeitschr. f. H. R., IX, S. 23 ff. *Gareis-Fuchsberger*, S. 646 f.

Итакъ, для примѣненія Art. 306 прежде всего необходимо, чтобы отчуждатель былъ *купцомъ* и, конечно, — купцомъ въ смыслѣ Торговаго Уложенія. А Торговое Уложеніе считаетъ купцомъ всякаго, кто профессионально, въ видѣ промысла, занимается торговлей, — чье занятіе состоитъ въ заключеніи торговыхъ сдѣлокъ ¹⁾. Само же Торговое Уложеніе опредѣляетъ даѣе и то, какія сдѣлки признаетъ оно торговыми. Сюда относятся, во 1-хъ, сдѣлки *абсолютно-торговья*, т. е. такія, которыя признаются торговыми сами по себѣ, независимо отъ качествъ лицъ, въ нихъ участвующихъ; таковы: приобрѣтеніе движимостей и всякаго рода товаровъ для ихъ дальнѣйшаго отчужденія; подряды на поставку различныхъ вещей и товаровъ; страхованіе за премію; подряды по морской перевозкѣ пассажировъ и грузовъ; бодмерейный заемъ ²⁾. Во 2-хъ, сюда относятся сдѣлки *относительно-торговья*, т. е. такія, которыя признаются торговыми не сами по себѣ, а лишь тогда, когда онѣ заключаются въ видѣ промысла; таковы: сдѣлки о переработкѣ различныхъ движимыхъ вещей для другихъ, если такое предпріятіе по объему своему превосходитъ занятіе обыкновенныхъ ремесленниковъ; сдѣлки банкирскія; сдѣлки коммиссионеровъ и экспедиторовъ; сдѣлки маклерскія; сдѣлки издательскія и вообще по книжной торговлѣ; всѣ эти сдѣлки остаются торговыми и тогда, когда онѣ заключаются не въ видѣ промысла, а въ видѣ отдѣльномъ, лишь бы только заключалъ ихъ купецъ, ведущій, хотя бы и иную

Puchelt, Kommentar, II, S. 833. *Hauser*, Archiv f. deutsches W. R., XVI, S. 271 f. *Endemann*, Handelsrecht, S. 346. *Dernburg*, Pr. Privatrecht, I, S. 431, Anm. 14. *Dollmann*, Die Gesetzgebung, S. 155. *Carlin*, Niemand kann..., S. 76. *Papendieck*, Eigentumserwerb, S. 34. *Meilhaus*, Eigentumserwerb, S. 29 ff. — Это условіе напоминаетъ второй случай изъ § 367-го Австр. Уложенія, но полного сходства нѣтъ: *Staub*, *loc. cit.* *Randa*, Eigentumsrecht, S. 344, Anm. 21.

¹⁾ См. Art. 4 ff. *Endemann*, Handelsrecht, S. 48 ff. *Gareis*, HR., S. 84 ff. *Behrend*, Lehrb., I, S. 97. *Hahn*, Kommentar, I, S. 82 ff.

²⁾ Art. 271. *Endemann*, *ibid.*, S. 27 ff. *Staub*, Kommentar, II, S. 1—11. *Gareis*, *ibid.*, S. 51 ff. *Behrend*, *ibid.*, S. 106 ff. *Makower*, HGB., S. 345 ff. *Шершеневичъ*, Система, стр. 257.

по своему характеру, торговлю¹⁾. Наконецъ, въ 3-хъ, сюда относятся *акцессорныя* торговыя сдѣлки, т. е. такія *отдѣльныя* сдѣлки, которыя заключаются купцомъ въ кругу или по поводу его торговаго предпріятія, хотя бы эти сдѣлки и не были торговыми сами по себѣ, и хотя бы онѣ не представляли собою промысла даннаго купца²⁾.

Таковъ кругъ тѣхъ торговыхъ сдѣлокъ, при которыхъ всякій разъ, когда дѣло идетъ о приобрѣтеніи права собственности, возможно примѣненіе Art. 306-го.

Сюда надо сдѣлать два дополненія. Во 1-хъ, по Art. 274, при сомнѣніи всякая сдѣлка, заключенная купцомъ считается торговой³⁾; эта презумпція устраняетъ много затрудненій, возникающихъ при опредѣленіи характера той или другой сдѣлки⁴⁾; вмѣстѣ съ тѣмъ этой презумпціей отчасти расширяется кругъ торговыхъ сдѣлокъ: фактически туда могутъ иногда причисляться и не-торговыя сдѣлки⁵⁾. Во 2-хъ, надо указать на тѣ сдѣлки, которыя къ торговымъ не относятся. Такъ, по прямому указанію закона, — Art. 273 Abs. 3, — сюда не относятся отчужденія, совершаемыя *ремесленниками*, насколько — и если — эти отчужденія не выходятъ изъ рамокъ даннаго ремесла⁶⁾. Но ремесленникъ можетъ быть въ то же время и купцомъ, а указанныя сдѣлки могутъ оказаться въ составѣ его торговой дѣятельности по Art. 273 Abs. 1; тогда и въ этой области будетъ возможно примѣненіе Art. 306-го⁷⁾. Затѣмъ сюда не относятся, по

1) Art. 272. *Endemann*, *ibid.*, S. 29 ff. *Staub*, *ibid.*, S. 14 ff. *Behrend*, *ibid.*, S. 119 ff.

2) Art. 273. *Endemann*, *ibid.*, S. 31 f. *Staub*, *ibid.*, S. 24 ff. *Behrend*, *ibid.*, S. 129 ff. *Makower*, HGB., S. 351 ff.

3) *Staub*, *ibid.*, S. 30 ff. *Hauser*, *Archiv f. deutsches W. R.*, XVI, S. 273.

4) *Goldschmidt*, *Zeitschr. f. H. R.*, IX, S. 23.

5) *Endemann*, *Handelsrecht*, S. 32.

6) *Staub*, *Kommentar*, II, S. 29 f. *Endemann*, *loc. cit.* *Papendieck*, *Eigenthumserwerb*, S. 35 f.

7) *Dernburg*, *Pr. Privatrecht*, I, S. 431, Anm. 14. *Gareis-Fuchsberger*, *Handelsgesetzbuch*, S. 647. *Hauser*, *Archiv f. deutsches W. R.*, XVI, S. 273. *Puchelt*, *Kommentar*, II, S. 833.

самому понятію о торговлѣ, отчужденія, совершаемыя торговыми маклерами, самими производителями (напр., земледѣльцами), и отчужденія на публичныхъ аукціонахъ¹⁾. Наконецъ, спорнымъ является вопросъ о томъ, могутъ ли входить въ составъ торговли, — а значитъ, и подлежать дѣйствию Art. 306-го, — сдѣлки *дарственныя*. — *Staub* и *Hauser* утверждаютъ, что и даренія могутъ входить *акцессорно* (Art. 273) въ составъ торговой дѣятельности и служить ей на пользу; слѣдовательно, говорятъ они, для примѣненія Art. 306-го требовать *возмездности* приобрѣтенія было бы неправильно²⁾. Однако господствующее мнѣніе, кажется, основательнѣе полагаетъ, что и здѣсь, какъ и по праву австрійскому, *возмездность необходима*³⁾: даренія принципала своему служебному персоналу совсѣмъ не входятъ въ составъ его торговли; это — совершенно особые акты доброй воли; и принципаль, и служебный персоналъ выступаютъ и фигурируютъ совсѣмъ не въ этомъ своемъ качествѣ и положеніи, когда одинъ совершаетъ дареніе, а другіе принимаютъ его.

Итакъ, для примѣненія Art. 306-го прежде всего необходимо, чтобы отчуждателемъ былъ *купецъ*. Купцами могутъ быть не только лица физическія, но также и лица юридическія; при извѣстныхъ условіяхъ сюда входятъ замужнія женщины и лица недѣеспособныя, послѣднія — черезъ представителей⁴⁾. Каче-

1) *Staub*, *Kommentar*, II, S. 106, 108. *Goldschmidt*, *Handbuch*, § 80, Anm. 11. *Gareis-Fuchsberger*, *loc. cit.* *Meilhaus*, *op. cit.*, S. 31. *Schrutka-Rechtenstamm*, *Zeitschr. f. deutschen Civilprocess*, XI, S. 165, 167. Но см. *Goldschmidt*, *Zeitschr. f. H. R.*, IX, S. 15.

2) *Staub*, *ibid.*, S. 29, 106 f. *Hauser*, *Archiv f. deutsches W. R.*, XVI, S. 271, Anm. 36. *Meilhaus*, *op. cit.*, S. 32. *Endemann* говоритъ, что для приобрѣтенія качества купца не требуется спекулятивный характеръ заключаемыхъ сдѣлокъ. — *Handelsrecht*, S. 49.

3) *Gareis-Fuchsberger*, *Handelsgesetzbuch*, S. 647. *Puchelt*, *Kommentar*, II, S. 833. *Goldschmidt*, *Zeitschr. f. H. R.*, IX, S. 15. *Randa*, *Eigenthumsrecht*, S. 345, Anm. 24.

4) *Endemann*, *Handelsrecht*, S. 48, 81 ff., 84 f. *Gareis*, *Handelsr.*, S. 91 ff., 94 ff. *Behrend*, *Lehrb.*, I, §§ 33, 34. *Meilhaus*, *op. cit.*, S. 29, 30.

ство купца настолько важно, что оно считается необходимымъ даже тогда, когда заключаемая сдѣлка, — въ силу Art. 271-го, — торгова сама по себѣ ¹⁾. Но и одного качества купца также мало: нужно еще, чтобы заключаемая имъ сдѣлка была торговой, хотя бы изъ-за его профессіи. По мнѣнію *Goldschmidt*'а, здѣсь достаточно, если сдѣлка вообще торгова; въ противоположность австрійскому праву, здѣсь не требуется, чтобы сдѣлка непременно входила въ кругъ торговыхъ операцій, на совершение которыхъ получили право данный купецъ ²⁾. — Принимая во вниманіе Art. 273, говорящій объ аксессуарныхъ торговыхъ сдѣлкахъ, мы считаемъ это мнѣніе правильнымъ ³⁾.

Наконецъ, исходя изъ необходимости торговаго характера сдѣлокъ, мы считаемъ правильнымъ требованіе *возмездности* приобрѣтенія.

Таковы тѣ особыя границы и предѣлы, въ которыхъ Общегерманское Торговое Уложеніе 1861 г. защищаетъ добросовѣстное приобрѣтеніе движимостей отъ не-собственника. Это ограниченіе области примѣненія Art. 306-го всецѣло объясняется специальнымъ характеромъ и значеніемъ этого Уложенія, какъ кодекса *торговаго* ⁴⁾: идти дальше оно не могло. За то въ указанныхъ предѣлахъ это Уложеніе вполне восприняло все то, что къ тому времени было выработано наукой права и судебной практикой ⁵⁾. Въ упрекъ можно ему поставить лишь нѣкоторую неполноту и недомолвки, дающія поводъ къ разногласіямъ при толкованіи Art. 306-го; но эти недомолвки въ то время еще были весьма обычны вслѣдствіе сравнительной незрѣлости рассматриваемаго вопроса; какъ увидимъ ниже, онѣ были устранены лишь въ новомъ Торговомъ Уложеніи для Германской Имперіи, которое вступило въ дѣйствіе въ 1900 году ⁶⁾.

¹⁾ *Staub*, Kommentar, II, S. 106.

²⁾ *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., IX, S. 24.

³⁾ Но ср. *Puchelt*, Kommentar, II, S. 833. Сомнѣніе вызывается указаніемъ закона: „in dessen Handelsbetriebe“.

⁴⁾ *Goldschmidt*, loc. cit., S. 46.

⁵⁾ *Dollmann*, Die Gesetzgebung, S. 153.

⁶⁾ *Cosack*, Lehrbuch, S. 149 f.

Опредѣливши самую характерную особенность Общегерманскаго Торговаго Уложенія 1861 г., приступимъ теперь къ разсмотрѣнію остальныхъ вопросовъ, имѣющихъ отношеніе къ Art. 306.

Здѣсь спрашивается далѣе: какіе *объекты* подлежатъ дѣйствію Art. 306?

Объ объектахъ мы подробно говорили при изложеніи французскаго права. Въ сущности и здѣсь приходится повторить то же самое. Сюда относятся по преимуществу *тѣлесныя движимости*, *res corporales*, — не только фигурирующія въ оборотѣ въ качествѣ „*товаровъ*“, но и всякія прочія движимости. Поэтому сюда не относятся имущества *недвижимыя* и различныя *права*, какъ *res incorporales*; таковы права обязательственныя, права авторскія, права на фирму и т. п. ¹⁾. Къ тѣлеснымъ движимостямъ, подпадающимъ подъ дѣйствіе Art. 306-го, относятся и деньги, а затѣмъ и такіе новые объекты торговаго оборота, какъ газъ и электричество ²⁾; сюда же относятся и части недвижимостей, подлежащія отдѣленію, напр., — лѣсъ на-срубъ, постройки на-снось и т. п. ³⁾; вообще говоря, тѣлесная движимость должна имѣть *самостоятельное* значеніе и существованіе; поэтому движимыя принадлежности недвижимостей дѣйствію Art. 306-го не подлежатъ: *accessorium sequitur sortem rei principalis* ⁴⁾. Что касается далѣе различныхъ цѣнныхъ бумагъ, то для нихъ — особыя правила: для бумагъ на предъявителя — Art. 307 ⁵⁾, для бумагъ ордерныхъ или по приказу — Art. 305

¹⁾ *Endemann*, Handelsrecht, S. 346. *Staub*, Kommentar, II, S. 108. *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., IX, S. 7 f. *Gareis-Fuchsberger*, Handelsgesetzbuch, S. 646. *Puchelt*, Kommentar, II, S. 833. *Hauser*, Archiv f. deutsches W. R., XVI, S. 259, 262 f. *Papendieck*, Eigenthumserwerb, S. 25. *Meilhaus*, Eigenthumserwerb, S. 17. ff.

²⁾ *Meilhaus*, op. cit., S. 24.

³⁾ *Meilhaus*, ibid., S. 19.

⁴⁾ *Meilhaus*, ibid., S. 20.

⁵⁾ Art. 307: Die Bestimmungen des vorigen Artikels finden bei Papieren auf Inhaber auch dann Anwendung, wenn die Veräußerung oder Verpfändung nicht von einem Kaufmanne in dessen Handelsbetriebe ge-

Торгового Уложения и Art. 74 Вексельнаго Устава ¹⁾. Наконецъ, что касается *кораблей и парашодовъ*, то вопросъ о нихъ, по страшному недоразумѣнью, оказывается спорнымъ: нѣкоторые изслѣдователи считаютъ возможнымъ примѣненіе Art. 306-го и къ кораблямъ, такъ какъ они прямо *не изъяты* изъ-подъ его дѣйствія ²⁾. Другіе же держатся обратнаго мнѣнія, между прочимъ, и потому, что здѣсь невозможно допустить добросовѣстность въ лицѣ пріобрѣтателя: справка въ морскихъ реестрахъ всегда можетъ быть наведена безъ особыхъ затрудненій ³⁾.

Далѣе. Для примѣненія Art. 306-го необходимо, чтобы одна изъ относящихся сюда вещей была *отчуждена* и *передана* пріобрѣтателю, — конечно, купцомъ въ его торговомъ предпріятіи.

Такимъ образомъ прежде всего необходима сдѣлка, направленная на переходъ права собственности. Таковы купля-продажа, мѣна, *datio in solutum*, а также *иррегулярный* закладъ, наемъ, поклажа, потому что и въ этихъ послѣднихъ случаяхъ передается право собственности. Но сюда не относятся *обыкновенная* поклажа и т. п., какъ сдѣлки, не направленные на переходъ права собственности ⁴⁾. При этомъ въ сдѣлкѣ отчужденія

schehen ist, und wenn die Papiere gestohlen oder verloren waren. — Такимъ образомъ здѣсь мы видимъ весьма существенное отступленіе и отъ Art. 306-го (не требуется отчужденіе со стороны купца въ его торговлѣ), и въ то же время отъ историческихъ основъ: кража и потеря не мѣшаютъ пріобрѣтенію. — *Staub*, Kommentar, II, S. 115 ff. *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., IX, § 16, S. 55 ff. *Meilhaus*, Eigentums-erwerb, S. 59 ff. *Papendieck*, Eigentums-erwerb, S. 51 ff. *Carlin*, Niemand kann..., S. 76. *Makower*, HGB., S. 389. Ср. Protokolle, S. 440, 493 f. Ср. и *Thöl*, Handelsrecht, S. 190 ff.

¹⁾ *Staub*, *ibid.*, S. 103 ff.

²⁾ *Hauser*, Archiv f. deutsches W. R., XVI, S. 259 ff. *Lewis-Boyens*, Seerecht, I, S. 83. *Papendieck*, *op. cit.*, S. 27. *Meilhaus*, *op. cit.*, S. 23 f.

³⁾ *Gareis-Fuchsberger*, Handelsgesetzbuch, S. 646. *Fuchelt*, Kommentar, II, S. 833. *Staub*, Kommentar, II, S. 109. Ср. *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., IX, S. 7, Anm. 1. О морскихъ реестрахъ см. *Makower*, HGB., S. 553.

⁴⁾ *Hauser*, *loc. cit.*, S. 271. *Dollmann*, Die Gesetzgebung, S. 156 f. *Goldschmidt*, Handbuch, § 80, S. 824, Zeitschr. f. H. R., IX, S. 14. *Ga-*

допускается только одинъ порокъ: отсутствіе права собственности — права распоряженія вещью — у отчуждателя; во всемъ же остальномъ сдѣлка должна быть вполне дѣйствительной: *titulus putativus* не пригоденъ ¹⁾.

Затѣмъ, какъ только-что сказано, необходима *передача* вещи пріобрѣтателю ²⁾. Торговое Уложение не опредѣляетъ ближе, какая именно форма передачи здѣсь необходима; слѣдовательно, мы должны бы допустить, что здѣсь пригодна *всякая traditio*, какая только допускается и признается мѣстнымъ гражданскимъ кодексомъ, а мѣстные гражданскіе кодексы, — прусскій *Landrecht*, Австрійское уложение, а также *gemeines Recht*, — допускаютъ и передачу символическую, и *constitutum possessorium*; поэтому *Dernburg* совершенно послѣдовательно и утверждаетъ, что для примѣненія Art. 306-го пригодны *всякіе* виды *traditio*, не исключая и *constitutum possessorium*'а ³⁾. Однако въ наукѣ и судебной практикѣ прочно установилось обратное мнѣніе, по которому допускается лишь *реальная* передача или такая передача, по которой пріобрѣтатель получаетъ *реальное* владѣніе ⁴⁾. На чемъ основывается это утверждение? — Боль-

reis-Fuchsberger, Handelsgesetzbuch, S. 647. *Fuchelt*, Kommentar, II, S. 833. *Staub*, Kommentar, II, S. 6 f., 107. *Endemann*, Handelsrecht, S. 346. *Meilhaus*, Eigentums-erwerb, S. 32.

¹⁾ *Goldschmidt*, Handbuch, § 80, S. 827, Zeitschr. f. H. R., IX, S. 15. *Hauser*, *loc. cit.*, S. 272. *Dernburg*, Pr. Privatrecht, I, S. 431, Anm. 14. *Gareis-Fuchsberger*, Handelsgesetzbuch, S. 648. *Meilhaus*, *op. cit.*, S. 32 f. Относительно *формы* сдѣлокъ см. Art. 317: для торговыхъ сдѣлокъ никакой особой формы не требуется; случаи исключеній указываются самимъ Торговымъ Уложениемъ.

²⁾ Передача нужна была и тамъ, гдѣ по мѣстному гражданскому праву для перехода права собственности было достаточно одного соглашенія. — *Goldschmidt*, Handbuch, § 80, Anm. 13.

³⁾ *Dernburg*, Pr. Privatrecht, I, S. 431, Anm. 14.

⁴⁾ *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., IX, S. 15 ff. и Handbuch, § 80, S. 825. *Gareis-Fuchsberger*, Handelsgesetzbuch, S. 647. *Randa*, Eigentumsrecht, S. 342, Anm. 17. *Staub*, Kommentar, II, S. 107. *Rehrend*, Gutachten, S. 85 f. *Fitting*, Zeitschr. f. H. R., XVIII, S. 333 ff. *Carlin*, Niemand kann..., S. 76. *Hauser*, Archiv f. deutsches W. R., XVI, S. 274.

шинство указывает на соображения цѣлесообразности: въ интересахъ оборота защиту можетъ находить лишь такое владѣніе, которое, проявляя себя внѣшнимъ образомъ, оказывается для всѣхъ замѣтнымъ. На это, пожалуй, можно возразить, что не все то, что цѣлесообразно, имѣетъ мѣсто въ законѣ; соображения цѣлесообразности имѣютъ рѣшающее значеніе для законодательныхъ предположеній и проектовъ; что же касается положительнаго закона, то его необходимо, — и можно, — толковать лишь на основаніи тѣхъ данныхъ, которыя въ этомъ самомъ законѣ имѣются; въ данномъ же случаѣ толкованіе приводитъ къ тому результату, который установленъ *Dernburg*'омъ; такой же точно результатъ, установленный при такихъ же точно данныхъ, мы видѣли и выше, въ Австрійскомъ гражданскомъ Уложеніи. Совсѣмъ иную картину представляетъ изъ себя Кодексъ Наполеона, который самъ прямо требуетъ, чтобы владѣніе было реально. Такова точка зрѣнія, восторжествовавшая у комментаторовъ Австрійскаго Уложения. Однако болѣе правильно другое толкованіе, при которомъ однѣ сухія логическія выкладки надъ ближайшими данными закона еще не достаточны для установленія его истиннаго смысла; — для этого нужно еще особое, такъ сказать, чувство жизни: нужно принимать во вниманіе весь *raison d'être* толкуемой нормы, — ея общій смыслъ, значеніе и цѣль; въ данномъ случаѣ широкое пониманіе „передачи“, предложенное *Dernburg*'омъ, уничтожаетъ и подрываетъ весь Art. 306 въ самомъ его корнѣ: отказывая въ охранѣ невидимому *юридическому* господству лица надъ вещью, этотъ Art. почему-то бралъ бы подъ свою защиту такое же невидимое, но въ то же время лишь *фактическое* господство! Допустить такую замѣну права собственности фактическимъ владѣніемъ было бы не просто нецѣлесообразно (съ этимъ нерѣдко приходится мириться), нѣтъ, — замѣна просто не возможна: при ней извращается весь смыслъ закона ¹⁾.

Puchelt, Kommentar, II, S. 833. *Dollmann*, Die Gesetzgebung, S. 154 f. *Papendieck*, Eigentumserwerb, S. 37 ff. *Meilhaus*, op. cit., S. 33 f. *Makower*, HGB., S. 387.

¹⁾ Однако обратнаго мнѣнія держится *Cosack*, Beiträge, XIII, S. 28.

Наконецъ, *Fitting* требуетъ реальной *traditio* на томъ основаніи, что *constitutum possessorium* можетъ быть установленъ только со стороны *владельца*, а между тѣмъ поклажеприниматели, наниматели и т. п. лица, отчуждающія чужія вещи, являются только лишь *детенторами* этихъ вещей, т. е. лицами неспособными передать владѣніе посредствомъ *constitutum possessorium*'а; слѣдовательно, онъ здѣсь не допустимъ ¹⁾.

По всѣмъ этимъ причинамъ мы полагаемъ, что требованіе реального овладѣнія вещью вполне правильно.

Въ то же время считается допустимой и передача посредствомъ такихъ легитимационныхъ бумагъ, какъ коносаменты, варранты и т. п. ²⁾. Это потому, что здѣсь яко-бы получается вполне самостоятельное и дѣйствительное господство надъ вещью; это не символическая, а тоже реальная *traditio* ³⁾. По такому же основанію считается пригодной *brevi manu traditio* ⁴⁾.

¹⁾ Такого же мнѣнія о *constitutum possessorium*'ѣ *Dernburg*, Pand., I, § 181, Anm. 8. *Piniński*, Der Thatbestand, II, S. 27 ff. *Biermann*, Das const. possessorium, S. 14. *Biermann*, Traditio ficta, S. 401, Anm. 110. Обратнаго мнѣнія *Harburger*, Das const. possessorium, S. 82 f. См. еще по этому вопросу *Windscheid*, Lehrbuch, I, S. 684, Anm. 8.

²⁾ *Gareis-Fuchsberger*, Handelsgesetzbuch, S. 647. *Goldschmidt*, Handbuch, § 80, Anm. 13 и *Zeitschr. f. N. R.*, IX, S. 17 ff. *Puchelt*, Kommentar, II, S. 834. *Dollmann*, Die Gesetzgebung, S. 157. *Staub*, Kommentar, II, S. 108. *Meilhaus*, Eigentumserwerb, S. 38 f. *Papendieck*, Eigentumserwerb, S. 41 ff.

³⁾ *Randa*, Eigentumsrecht, S. 319 ff. *Staub*, loc. cit. Для французскаго права мы по этому же вопросу дали *отрицательный* отвѣтъ. См. выше, стр. 108. Думаемъ, что и здѣсь онъ былъ бы болѣе правильнымъ: въ ученіи о владѣніи фикціей больше, чѣмъ въ какой-либо другой области гражданскаго и торговаго права. — Что касается опять-таки Общегерманскаго Торговаго Уложения, то *Goldschmidt* различаетъ приобрѣтеніе самихъ *бумагъ* и приобрѣтеніе *товаровъ* по бумагамъ: для первыхъ — Art. 305 (не требуется, чтобы продавецъ былъ купцомъ), для вторыхъ — Art. 306. — *Zeitschr. f. N. R.*, IX, S. 20 f. Однако *Randa* и то, и другое подводитъ подъ Art. 305. — *Eigentumsrecht*, S. 343, Anm. 17.

⁴⁾ *Staub*, Kommentar, II, S. 107. *Dollmann*, Die Gesetzgebung, S. 157. *Meilhaus*, Eigentumserwerb, S. 34.

Наконецъ, возможенъ договоръ съ третьимъ лицомъ, которое, съ согласія владѣльца, будетъ впредь держать вещь для приобрѣтателя: — приобрѣтеніе владѣнія черезъ *Anweisung* ¹⁾.

Теперь переходимъ къ приобрѣтателю. — Изъ необходимости дѣйствительнаго титула вытекаетъ, что приобрѣтатель долженъ имѣть всѣ качества нужныя вообще для каждаго годнаго субъекта ²⁾; но здѣсь не требуется, чтобы онъ былъ кунцомъ, и сдѣлка въ его лицѣ можетъ и не быть торговой ³⁾.

Затѣмъ въ лицѣ приобрѣтателя необходима *добросовѣстность*, *bona fides*, — реквизитъ общій всѣмъ новымъ законодательствамъ.

На добросовѣстность прямо указываетъ Art. 306, но онъ не опредѣляетъ, въ чемъ эта *bona fides* должна состоять; поэтому здѣсь надо было обращаться къ мѣстнымъ *Landrecht*'амъ и къ Общему праву, смотря по тому, для какой области вопросъ рѣшался ⁴⁾. Въ общемъ *bona fides* прежде всего должна выражаться въ *незнаніи* объ отсутствіи правомочія у традента; но этого мало; еще требуется, чтобы это незнаніе не покоилось на грубой небрежности приобрѣтателя: его ошибка относительно отчуждателя должна быть извинительной; здѣсь необходима обычная осторожность; положительное же *убѣжденіе* приобрѣтателя не требуется: такое требованіе затруднило бы оборотъ ⁵⁾.

Вопросы о наличности или объ отсутствіи *bona fides*, о степени небрежности приобрѣтателя и т. п. рѣшаются на осно-

¹⁾ *Hauser*, Archiv f. deutsches W. R., XVI, S. 266. *Puchelt*, Kommentar, II, S. 834. *Dollmann*, loc. cit. *Staub*, loc. cit., S. 107 f. *Papendieck*, Eigentumswerb, S. 40. *Meilhaus*, Eigentumswerb, S. 35 ff.

²⁾ *Dernburg*, Pr. Privatrecht, I, S. 431, Anm. 14.

³⁾ *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., IX, S. 25. *Papendieck*, op. cit., S. 44. *Endemann*, Handelsrecht, S. 347. *Makower*, HGB., S. 387.

⁴⁾ *Staub*, Kommentar, II, S. 109. *Dollmann*, Die Gesetzgebung, S. 158. *Meilhaus*, Eigentumswerb, S. 39 f.

⁵⁾ *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., IX, S. 25 f., 27 ff., 29 ff., Handbuch, § 80, S. 826. *Hauser*, Archiv f. deutsches W. R., XVI, S. 286. *Gareis-Fuchsberger*, Handelsgesetzbuch, S. 648. *Papendieck*, op. cit., S. 43 f. *Meilhaus*, loc. cit.

ваніи всѣхъ обстоятельствъ дѣла въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ судьей ¹⁾.

При описанной *bona fides* приобрѣтатель не долженъ предполагать въ отчуждателѣ непременно *собственника*; достаточно считать традента лицомъ, вообще *управомоченнымъ* на отчужденіе данной вещи ²⁾. Таково здѣсь направленіе *bona fides*, — болѣе широкое, чѣмъ то, съ какимъ мы встрѣчались до сихъ поръ; въ торговомъ оборотѣ особенно часто выступаютъ отчуждателями не сами собственники, а ихъ представители, коммисіонеры и т. п.; поэтому ограниченіе *bona fides* въ ея направленіи не имѣло бы основанія, разъ признано вообще возможнымъ и необходимымъ защищать добросовѣстныя приобрѣтенія ³⁾.

При всемъ этомъ достаточно, чтобы указанная добросовѣстность относилась только къ непосредственно-ближайшему траденту; знаніе о недобросовѣстности предыдущихъ отчуждателей не мѣшаетъ данному приобрѣтенію ⁴⁾; безразлична также *bona* или *mala fides* традента; важно поведеніе только приобрѣтателя: *mala fides auctoris non nocet* ⁵⁾; но и здѣсь приобрѣтеніе возможно, не смотря на *недобросовѣстность* приобрѣтателя, если только эта *mala fides* ошибочна, т. е. если традентъ на самомъ дѣлѣ *имѣлъ* право на распоряженіе вещью ⁶⁾.

Въ какой моментъ нужна приобрѣтателю *bona fides*? — Мы уже рѣшали этотъ вопросъ для другихъ законодательствъ въ томъ смыслѣ, что *bona fides* нужна только въ моментъ *traditio*. Такъ же точно рѣшаетъ этотъ вопросъ и для Art. 306-го

¹⁾ *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., IX, S. 41 f. *Meilhaus*, Eigentumswerb, S. 41.

²⁾ *Cosack*, Handelsrecht, S. 150. *Staub*, Kommentar, II, S. 110. *Meilhaus*, loc. cit. Ср. *Hauser*, Archiv f. deutsches W. R., XVI, S. 285.

³⁾ *Meilhaus*, Eigentumswerb, S. 41.

⁴⁾ *Staub*, ibid., S. 111. *Dollmann*, Die Gesetzgebung, S. 158.

⁵⁾ *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., IX, S. 38 и Handbuch, § 80, S. 827. *Gareis-Fuchsberger*, Handelsgesetzbuch, S. 649. *Meilhaus*, Eigentumswerb, S. 42.

⁶⁾ *Staub*, loc. cit. *Goldschmidt*, Handbuch, loc. cit. *Puchelt*, Kommentar, II, S. 834.

Dernburg ¹⁾). Всѣ же остальные писатели требуютъ здѣсь добросовѣстности не только въ моментъ *traditio*, но также и въ моментъ заключенія договора, если все это совершается въ различное время, при чемъ отсюда не исключается и время промежуточное между заключеніемъ сдѣлки и передачей вещи; если же переходъ права собственности отложенъ до исполненія существеннаго условія, то *bona fides* должна имѣть мѣсто вплоть и до этого момента.

Что же касается, наконецъ, *mala fides superveniens*, то она и здѣсь поп посет ²⁾).

Въ случаѣ перемѣнъ въ лицѣ приобретателя дѣйствуютъ слѣдующія правила. — Если приобретатель послѣ заключенія сдѣлки, но до передачи вещи *цедируетъ* свое право другому лицу, то цедентъ долженъ быть *in bona fide* до момента заключенія цессіи, а цессионарій долженъ быть *in bona fide* до совершения *traditio*. Если же приобретатель *умираетъ* послѣ заключенія сдѣлки, но до совершения *traditio*, то у него *bona fides* должна имѣть мѣсто до момента смерти, а у его наследника — до передачи вещи ³⁾).

Наконецъ, возможенъ еще такой казусъ. — Одну и ту же вещь сообща приобретаютъ отъ не-собственника *нѣсколько* лицъ, при чемъ одни изъ нихъ находятся *in bona fide*, а другіе — *in mala fide*. Какъ регулируется въ такихъ случаяхъ приобретение? — На основаніи изложеннаго рѣшеніе должно быть слѣдующее: добросовѣстные приобретатели получаютъ на свои части право собственности, а части недобросовѣстныхъ приобретателей остаются у дѣйствительнаго собственника данной вещи; та-

¹⁾ *Dernburg*, Pr. Privatrecht, I, S. 431, Anm. 14.

²⁾ Обо всемъ этомъ — *Endemann*, Handelsrecht, S. 347. *Staub*, Kommentar, II, S. 110 f. *Hauser*, Archiv f. deutsches W. R., XVI, S. 290 f. *Gareis-Fuchsberger*, Handelsgesetzbuch, S. 648. *Goldschmidt*, Handbuch, § 80, S. 827 и *Zeitschr. f. N. R.*, IX, S. 37. *Fuchelt*, Kommentar, II, S. 834. *Dollmann*, Die Gesetzgebung, S. 158. *Papendieck*, Eigenthumserwerb, S. 44 f. *Meilhaus*, Eigenthumserwerb, S. 42 f.

³⁾ *Hauser*, loc. cit., S. 292 f. *Papendieck*, op. cit., S. 45.

кимъ образомъ возникаетъ общая собственность, — *communio incidens*, — у добросовѣстныхъ приобретателей вмѣстѣ съ дѣйствительнымъ собственникомъ вещи ¹⁾).

Когда всѣ описанныя условія на лицо, тогда Art. 306 и обнаруживаетъ свое *дѣйствіе*. Въ чемъ оно состоитъ? — Это прямо и подробно указывается самимъ закономъ: *приобретатель получаетъ право собственности*. При этомъ законъ прибавляетъ, что прежнее право собственности прекращается. Слѣдовательно, приобретаемое право собственности абсолютно и сильно противъ всѣхъ и каждого, а потому, если бы приобретенная вещь попала даже въ руки прежняго собственника, то и тогда нашъ приобретатель могъ бы истребовать эту вещь обратно посредствомъ виндикаціи. Далѣе Art. 306 прибавляетъ, что раньше установленныя вещныя права третьихъ лицъ на данную вещь прекращаются, если добросовѣстный приобретатель не зналъ о нихъ при отчужденіи; такимъ образомъ право собственности приобретается *свободнымъ* отъ вещныхъ ограниченій или, — скажемъ точнѣе, — право собственности приобретается такимъ, какимъ его *bona fide* представляетъ себѣ приобретатель ²⁾).

При этомъ надо отмѣтить, что защита дается приобретателю только отъ *вещныхъ* исковъ со стороны прежняго собственника; иски же, вытекающіе изъ договорныхъ и деликтныхъ от-

¹⁾ *Hauser*, loc. cit., S. 295. *Papendieck*, op. cit., S. 46.

²⁾ *Staub*, Kommentar, II, S. 111 f. *Endemann*, Handelsrecht, S. 347. *Hauser*, loc. cit., S. 295, 297 — 300. *Gareis-Fuchsberger*, Handelsgesetzbuch, S. 649. *Fuchelt*, Kommentar, II, S. 832. *Meilhaus*, op. cit., S. 51 ff. *Papendieck*, op. cit., S. 46. *Goldschmidt*, Handbuch, § 80, S. 827 f. и *Zeitschrift f. N. R.*, IX, S. 43, 48. Послѣдній авторъ сообщаетъ, что та часть Art. 306-го, которая сейчасъ нами передана, была принята при окончательномъ обсужденіи проекта Торговаго Уложения только благодаря голосу предсѣдателя, такъ какъ голоса раздѣлились поровну! — Вообще судьба Art. 306-го довольно случайна: онъ и появился, какъ мы уже знаемъ, лишь при третьемъ чтеніи проекта, а появившись еле уцѣлѣлъ, а между тѣмъ онъ составленъ въ чисто германскомъ духѣ.

ношений какъ между пріобрѣтателемъ и отчуждателемъ, такъ и между пріобрѣтателемъ и прежнимъ собственникомъ (если пріобрѣтатель не является *третьимъ* лицомъ), остаются въ силѣ ¹⁾).

Вообще положеніе пріобрѣтателя въ данномъ случаѣ не должно быть благоприятнѣе, чѣмъ при пріобрѣтеніи *a vero domino*; поэтому собственность пріобрѣтается лишь по уплатѣ цѣны, по исполненіи существеннаго условія и т. п. ²⁾).

Затѣмъ, кромѣ права собственности, возможно по Art. 306 пріобрѣтеніе и *закладного* права: здѣсь также движимая вещь должна быть отдана въ закладъ добросовѣстному пріобрѣтателю кунцомъ въ его торговлѣ ³⁾). Значеніе этого послѣдняго пріобрѣтенія состоитъ не въ уничтоженіи всѣхъ остальныхъ вещныхъ правъ, а въ томъ, что эти остальные вещныя права, не исключая и права собственности, не могутъ быть осуществляемы во вредъ добросовѣстному залогопринимателю; они, значить, не уничтожаются, а лишь ограничиваются въ своемъ дѣйствіи и осуществленіи даннымъ залоговымъ правомъ ⁴⁾).

При всѣхъ этихъ модификаціяхъ въ дѣйствіи Art. 306-го *bona fides* пріобрѣтателя должна имѣть каждый разъ соответствующее содержаніе и направленіе.

Указанное дѣйствіе Art. 306 обнаруживаетъ при указанныхъ условіяхъ лишь тогда, когда вещь не принадлежитъ ни къ

¹⁾ *Staub*, *ibid.*, S. 112. *Puchelt*, *ibid.*, S. 835. *Dollmann*, *Die Gesetzgebung*, S. 157. *Meilhaus*, *op. cit.*, S. 57. Объ эвикціонныхъ искахъ см. *Treitschke*, *Der Kaufcontract*, S. 32 f., Anm.

²⁾ *Hauser*, *Arch. f. deutsches W. R.*, XVI, S. 295.

³⁾ *Hauser*, *ibid.*, S. 305—310. *Staub*, *op. cit.*, S. 112 f. *Gareis-Fuchsberger*, *Handelsgesetzbuch*, S. 649. *Goldschmidt*, *Handbuch*, § 80, S. 830. *Puchelt*, *Kommentar*, II, S. 835. *Makower*, *HGB.*, S. 388.

⁴⁾ *Staub*, *ibid.*, S. 113 f. *Goldschmidt*, *Zeitschr. f. H. R.*, IX, S. 49 ff. При обсужденіи Art. 306-го былъ поднятъ вопросъ о томъ, не распространить ли такую же защиту и на другія вещныя права, напр., на узурфруктъ; рѣшеніе этого вопроса было однако отклонено въ виду того, что такіе вопросы въ торговомъ оборотѣ не возникаютъ. — *Ibidem*, S. 52.

украденнымъ, ни къ утеряннымъ: Abs. 4. Это — весьма существенное ограниченіе дѣйствія Art. 306-го, основанное на исторической традиціи. Это ограниченіе принято (или сохранено) Торговымъ Уложеніемъ вслѣдствіе недовѣрія къ мелкимъ торговцамъ, а главнымъ образомъ — вслѣдствіе консерватизма въ законодательствѣ: не хотѣли слишкомъ отклоняться отъ права тѣхъ областей, гдѣ это ограниченіе имѣло мѣсто и не причиняло никакого стѣсненія торговлѣ ¹⁾). Впрочемъ, при обсужденіи проекта указывалось и на то, что коль скоро признано необходимымъ защищать въ торговлѣ прежде всего добросовѣстныхъ пріобрѣтателей, то уже нецѣлесообразно нарушать цѣльность этого принципа (на случаи кражи или потери) и лишать торговую публику увѣренности въ пріобрѣтеніяхъ, т. е. отнимать у нея именно то, что хочетъ дать Art. 306-ой ²⁾).

Въ практическомъ примѣненіи Abs. 4-ый Art. 306-го оказывается неяснымъ, а потому и результатъ его толкованія сомнителенъ и споренъ. — Господствующее въ наукѣ и въ судебной практикѣ мнѣніе полагаетъ, что кража и потеря здѣсь приведены лишь какъ примѣры болѣе широкой категоріи вещей, установленной еще въ древне-германскомъ правѣ: — вещей, вышедшихъ изъ обладанія собственника противъ или безъ его воли. Поэтому сюда относятся не только кражу и потерю въ собственномъ смыслѣ, но также грабежъ, отдачу вещей подъ влияніемъ существенной ошибки, физическаго принужденія, — отдачу одной вещи вмѣсто другой и т. п. и исключаютъ отсюда только случаи злоупотребленія довѣріемъ, мошенничества и обмана ³⁾).

¹⁾ *Goldschmidt*, *Zeitschr. f. H. R.*, IX, S. 11 f.

²⁾ *Auerbach*, *Archiv f. deutsches W. R.*, XI, S. 345. Ср. и *Papendieck*, *Eigentumserwerb*, S. 34.

³⁾ *Goldschmidt*, *Zeitschr. f. H. R.*, IX, S. 11 ff. и *Handbuch*, § 80, S. 820, Anm. 2, S. 821 f. *Gareis-Fuchsberger*, *Handelsgesetzbuch*, S. 649 f. *Puchelt*, *Kommentar*, II, S. 836. *Dollmann*, *Die Gesetzgebung*, S. 159 *Gad*, *Handbuch*, I, S. 151 f. *Meilhaus*, *Eigentumserwerb*, S. 27 f. *Papendieck*, *Eigentumserwerb*, S. 30 ff. Почти такъ же и *Staub*, *Kommentar*, II, S. 114.

Однако иного мнѣнія держатся *Hauser* и *Dernburg*. Первый изъ нихъ говоритъ: исторія, правда, объясняетъ дѣйствующее право, но все же при толкованіи послѣдняго нужно брать его само по себѣ, не внося въ него нормъ, отошедшихъ въ исторію. По отношенію къ Art. 306-му это значитъ: исторія дѣйствительно знаетъ противоположеніе между добровольнымъ и недобровольнымъ лишеніемъ вещи, но въ Торговомъ Уложеніи такого противоположенія нѣтъ, такъ какъ изъ принятаго закономъ исключенія — украденныхъ и утерянныхъ вещей — вытекаетъ, что важно вообще *отсутствие воли*, а не отсутствіе *свободной воли*. Согласно съ этимъ названный авторъ полагаетъ, что врученіе вещи собственникомъ контрагенту должно быть вообще *актомъ воли*, но не требуется непременно, чтобы здѣсь имѣла мѣсто *дѣйствительная* сдѣлка; воля отдающаго рѣшаетъ дѣло; поэтому здѣсь не требуется далѣе, чтобы было *соглашеніе* обѣихъ сторонъ. Въ частности, если отдающій свою вещь собственникъ находится подъ вліяніемъ существенной ошибки, обмана, угрозы, — если онъ отдаетъ одну вещь вмѣсто другой, то во всѣхъ этихъ случаяхъ приобрѣтеніе со стороны третьяго лица вполне возможно, т. е. Abs. 4-ый сюда не относится ¹⁾. Въ сущности такого же взгляда держится и *Dernburg*, который отказывается относить къ Abs. 4-му случаи существенной ошибки и отдачу одной вещи вмѣсто другой ²⁾.

При всей сомнительности вопроса, мы полагаемъ, что истина лежитъ не на сторонѣ господствующаго мнѣнія, а на сторонѣ *Hauser*'а. Въ самомъ дѣлѣ, исторія дѣйствительно можетъ имѣть лишь *вспомогательное* значеніе при толкованіи дѣйствующихъ законовъ; первое же мѣсто принадлежитъ тѣмъ даннымъ, которыя заключаются именно въ этихъ законахъ; при этомъ на примѣрахъ Пруссіи, Франціи и Австріи мы уже видѣли, что новые кодексы далеки отъ рабской копировки постановленій древне-германскаго права по нашему вопросу; почему же и Торговому Уложенію не быть самостоятельнымъ? Затѣмъ, если *Sach-*

¹⁾ *Hauser*, Arch. f. deutsches W. R., XVI, S. 263—270.

²⁾ *Dernburg*, Pr. Privatrecht, I, S. 431 f., Anm. 14.

senspiegel, принадлежащій по преимуществу къ эпохѣ казуистическихъ опредѣленій, и тотъ сдѣлалъ уже довольно удовлетворительное обобщеніе въ нашемъ вопросѣ ¹⁾, то почему же было не сдѣлать такого обобщенія Торговому Уложенію въ то время, когда юридическая мысль уже достигла въ Германіи полной зрѣлости ²⁾? Правило о защитѣ добросовѣстнаго приобрѣтенія обобщено въ Art. 306 вполне удовлетворительно. Abs. 4-ый очевидно представляетъ собою исключеніе; поэтому онъ подлежитъ *узкому* толкованію; въ немъ казуистически названы „кража” и „потеря”; значитъ, законъ далѣе идти не желаетъ; это и должно служить отправной точкой для нашихъ сужденій объ отдѣльныхъ казусахъ; именно, мы должны разсуждать такъ: гдѣ нѣтъ ни кражи, ни потери въ спеціальному значеніи этихъ терминовъ, тамъ нѣтъ мѣста и Abs. 4-му, — тамъ дѣйствуетъ общее правило Art. 306-го, т. е. тамъ вполне возможно приобрѣтеніе со стороны третьяго лица. Припомнимъ, что такое же толкованіе дается и 2-ой части ст. 2279 Кодекса Наполеона, также не смотря на всю ея близость къ историческимъ преданіямъ. Иначе дѣло стоитъ въ § 367 Австрійскаго Уложенія, но тамъ и отправная точка иная: тамъ законъ исходитъ изъ понятія вещей *вспреннихъ*.

При всемъ этомъ надо замѣтить, что важенъ самый фактъ кражи; наказуемость же, какъ и по праву французскому, здѣсь никакой роли не играетъ ³⁾.

Такъ же безразлично и то, *у кого* украдена вещь: у самого

¹⁾ См. выше, стр. 30, прим. 1.

²⁾ Въ *старыхъ* памятникахъ права нерѣдко приходится по отдѣльнымъ штрихамъ, по казуистическимъ указаніямъ воссоздавать ту общую идею, которая лежитъ въ основѣ того или другого института, — хотя и тамъ этотъ пріемъ не всегда безопасенъ. Что же касается *новыхъ* кодексовъ, составленныхъ полно и систематично, то здѣсь уже надо исходить изъ предположенія, что законодатель вполне владѣетъ юридической техникой, а потому и говорить *только* то, что желаетъ сказать, и *все* то, что находитъ нужнымъ сказать.

³⁾ *Staub*, Kommentar, II, S. 114. *Puchelt*, Kommentar, II, S. 836.

ли собственника, или же у его представителя, у его контрагента и т. п. ¹⁾.

Всеми рассмотренными вопросами вполне исчерпывается учение Торгового Уложения о добросовестном приобретении движимостей от лиц, не уполномоченных на их отчуждение.

Теперь нам еще остается обратить внимание на два вопроса: на вопрос о распределении доказательств в случае процесса о праве собственности на движимую вещь и на вопрос об отношении Art. 306-го к соответствующим постановлениям *гражданских* кодексов, действующих параллельно с Торговым Уложением.

По первому вопросу общее мнение говорит так: истец-виндикант должен с своей стороны вполне обосновать свой иск, т. е. доказать свое право собственности и вообще представить все те данные, которые требуются местным гражданским кодексом для предъявления виндикационного иска; что же касается добросовестного приобретателя-владельца, то этот последний должен тогда доказать действительность своего приобретения от купца в его торговом предприятии; этим ответчик дѣлает вполне вероятной свою добросовестность, но доказывать ее он не обязан; это уже дѣло виндиканта доказывать или недобросовестность приобретателя, или — что вещь украдена или утеряна ²⁾.

Второй вопрос решается самим Торговым Уложением. Art. 308 говорит так:

Durch die beiden vorhergehenden Artikel werden die Landesgesetze nicht berührt, welche für den Besitzer noch günstigere Bestimmungen enthalten.

Итак, Art. 306-ым не отменяются местные гражданские

¹⁾ *Meilhaus, Eigentumserwerb*, S. 28.

²⁾ *Staub, loc. cit. Hauser, Archiv f. deutsches W. R.*, XVI, S. 296 f. *Goldschmidt, Zeitschr. f. H. R.*, IX, S. 44—47 и *Handbuch*, § 80, S. 833. *Puchelt, Kommentar*, II, S. 835. *Dollmann, Die Gesetzgebung*, S. 159 f.

законы, которые еще болѣе благоприятны для приобретателя ¹⁾. Это отнюдь не значит, что *меньше* благоприятные законы *отменяются*, — нѣтъ, Art. 306 (и 307) действует *наряду и вместе* съ соответственными гражданскими законами; но при этомъ если какой-нибудь конкретный казусъ рѣшается гражданскимъ закономъ благоприятнѣе для приобретателя, чѣмъ торговымъ, то приобретателю и предоставляется стать подъ защиту этого гражданского закона ²⁾. Возможно однако и такое положеніе дѣла, что гражданскій законъ даетъ хотя и меньшую защиту, но за то при иныхъ условіяхъ, чѣмъ Art. 306, а приобретатель только и удовлетворяетъ этимъ условіямъ гражданского закона; тогда опять-таки дѣло будетъ рѣшено по закону гражданскому, хотя и менѣе благоприятному ³⁾.

Впослѣдствіи, — въ 1897 году, — рассмотренный нами Art. 306 Торгового Уложения подвергся нѣкоторымъ измѣненіямъ въ виду пересмотра всего Торгового Уложения. На этихъ измѣненіяхъ мы остановимся ниже, когда будемъ говорить о гражданскомъ и торговомъ правѣ Германской Имперіи.

¹⁾ *Staub, Kommentar*, II, S. 120. *Goldschmidt, Zeitschr. f. H. R.*, IX, § 15.

²⁾ Напр., по австрійскому праву допускается приобретение и вещей краденыхъ. — *Goldschmidt, ibid.*, S. 53 f.

³⁾ Напр., дается виндикація взаимнѣ покупной цѣны. *Goldschmidt, ibid.*, S. 54 f. *Gareis-Fuchsberger, Handelsgesetzbuch*, S. 650.

ГЛАВА V.

Саксонское право.

Судебная практика въ Саксоніи еще въ XVI в. отказалась отъ принципа „Hand wahre Hand” и всецѣло подчинилась влиянію римскаго права ¹⁾.

Carpzov въ половинѣ XVII вѣка такъ разсуждаетъ по этому поводу. — Саксонское Зерцало (II, 60) не только о закладѣ, но и о судѣ постановляетъ, что если коммодатарій ссуженную ему вещь продастъ или вообще отчудитъ третьему лицу, то собственникъ-коммодантъ не имѣетъ никакого иска къ третьему владѣльцу, а долженъ обращаться только къ коммодатарію, своему контрагенту. Отсюда слѣдуетъ, что къ коммодатарію, такъ же какъ и къ залогопринимателю, переходитъ по указанному закону и право собственности, и владѣніе ²⁾; потому-то собственникъ и теряетъ право на виндицированіе своей вещи. А такъ какъ приведенный законъ выражается широко, то его надо распространить и на поклажу. Принявши такую нераціональную конструкцію принципа „Hand wahre Hand”, *Carpzov* не могъ не воскликнуть: *Sed valde irrationabilis est hac in re sanctio juris Saxonicæ!* Дальше онъ продолжаетъ: изъ дѣйствій сторонъ должно проистекать только то, чего стороны желаютъ;

¹⁾ *Randa, Eigenthumsrecht, S. 334, Anm. 7. Haubold, Lehrbuch, I, § 188, Anm. f. Hartitzsch, Entscheidungen, Nr. 455. Gruchot, Beiträge XVII, S. 652.*

²⁾ См. объ этой теоріи выше, на стр. 63.

а кто же станетъ отрицать, что коммодантъ, ссужая свою вещь, совсѣмъ не желаетъ передавать ни права собственности, ни владѣнія? По этимъ основаніямъ саксонская судебная практика отвергла разсмотрѣнное правило Саксонскаго Зерцала и ввела совсѣмъ иной порядокъ: если ссуженная вещь украдена у коммодатарія или имъ отчуждена, то собственникъ по своему выбору можетъ предъявить искъ какъ противъ вора или третьяго лица, которому вещь отчуждена, такъ и противъ коммодатарія; то же самое соблюдается относительно заклада и поклажи ¹⁾.

На иной точкѣ зрѣнія въ началѣ XIX в. стоялъ *Sachse*. Онъ говоритъ: древне-германское право ограничивало виндикацію движимостей; въ новое же время очень измѣнилось ученіе о доказательствахъ и ихъ распределеніе между спорящими сторонами ²⁾, а потому теперь ограниченіе виндикаціи оказывается для третьихъ лицъ *безполезнымъ*, а для собственника тяжельнымъ ³⁾.

Какъ бы то ни было, во всякомъ случаѣ въ Саксоніи господствовала чисто-римская виндикація движимостей, пока тамъ не появился *Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen*, опубликованный въ 1863 г. и вступившій въ дѣйствіе въ 1865 г. ⁴⁾.

Этотъ кодексъ также въ весьма значительной степени воспринялъ (или сохранилъ) римско-правовыя положенія о приобрѣтеніи права собственности на движимыя имущества ⁵⁾.

Такъ, прежде всего, для производнаго приобрѣтенія движимостей отъ собственника Саксонское Уложеніе требуетъ совершенія *traditio*, при чемъ опредѣленно указывается на то, что

¹⁾ *Carpzov, Jurisprudencia forensis, pars II, const. 26, def. 5.*

²⁾ Ср. процессуальныя теоріи, указанныя выше, на стр. 69, въ прим. 1, и на стр. 70 и сл.

³⁾ *Sachse, Handbuch, S. 267.*

⁴⁾ Объ этомъ кодексѣ см. *Siebenhaar, Lehrbuch, § 5.*

⁵⁾ *Goldschmidt, Zeitschr. f. H. R., VIII, S. 290.*

традентъ долженъ самъ имѣть право собственности или вообще какое бы то ни было право на отчужденіе данной вещи ¹⁾).

Что же касается приобрѣтеній отъ не-собственника, то здѣсь, подобно праву римскому и австрійскому, во главѣ стоитъ правило: *ubi rem meam invenio, ibi vindico*. Именно, § 295 говоритъ:

Der Eigenthümer hat die Eigenthumsklage gegen jeden Inhaber seiner Sache, welcher ihm dieselbe vorenthält, auf deren Herausgabe²⁾.

Однако слѣдующій § 296 постановляетъ, что *деньги* какъ бумажныя, такъ и металлическія, а также *бумаги на предъявителя* подлежатъ виндикаціи лишь отъ *недобросовѣстнаго* приобрѣтателя ³⁾. § 296 выражаетъ все это слѣдующимъ образомъ:

Bei Metallgeld, Papiergeld, ingleichen bei öffentlichen auf den Inhaber gestellten Werthpapieren, ausgenommen wenn letztere durch eine darauf gebrachte Bemerkung gültiger Weise ausser Cours gesetzt sind, findet die Eigenthumsklage nur gegen Denjenigen statt,

¹⁾ § 253: Durch Uebergabe wird das Eigenthum einer beweglichen Sache erworben, wenn der Besitz derselben in der Absicht, Eigenthum zu übertragen, übergeben wird. — § 254: Die Eigenthumserwerbung durch Uebergabe setzt voraus, dass der Uebergabende handlungsfähig ist, dass er das Eigenthum der Sache hat oder später erwirbt oder sonst aus einem Rechtsgrunde zu der Veräußerung befugt ist, ferner, dass der Besitz in der Absicht, Eigenthum zu übertragen und zu erlangen, übergeben und empfangen wird, oder ein der Uebergabe gleichstehender Fall vorliegt. — *Siebenhaar*, Lehrbuch, § 194, S. 319 ff. Его же Commentar, I, S. 242 ff. *Roth*, System, III, S. 299.

²⁾ *Siebenhaar* und *Siegmann*, Commentar, I, S. 271 f. *Siebenhaar*, Lehrbuch, S. 319. *Carlin*, Niemand kann..., S. 69. О доказываніи см. §§ 298, 301. Указанный Commentar, I, S. 274, 276.

³⁾ *Carlin*, op cit., S. 69 f. *Roth*, System, III, S. 301. *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., VIII, S. 291.

welcher zur Zeit der Erwerbung dieser Gegenstände in unredlichem Glauben gestanden hat ¹⁾.

Итакъ, *добросовѣстный* приобрѣтатель денегъ и бумагъ на предъявителя виндикаціи не подлежитъ. Специальное упоминаніе о деньгахъ мы уже встрѣчали въ прусскомъ и австрійскомъ правѣ. Сходство между всѣми этими законодательствами состоитъ въ томъ, что всѣ они, во 1-хъ, требуютъ отъ приобрѣтателя *добросовѣстности*, а во 2-хъ, всѣ эти законодательства одинаково игнорируютъ способъ выхода денегъ изъ рукъ собственника, такъ что возможность приобрѣтенія распространяется и на краденныя деньги ²⁾. При всемъ этомъ само собою разумѣется, что весь вопросъ можетъ касаться только тѣхъ случаевъ, когда деньги какъ-либо индивидуализированы, и пока они еще не смѣшаны съ деньгами приобрѣтателя. — Таковы черты сходства; но есть и различія. Такъ, Австрійское Уложеніе говоритъ уже о приобрѣтеніи права собственности (§ 371 въ связи съ § 367), а Саксонское Уложеніе, какъ и Прусскій Landrecht, все еще остаются при старой конструкціи, видящей здѣсь лишь ограниченіе виндикаціи ³⁾. Но затѣмъ и оба послѣднія законодательства расходятся между собою: прусское право защищаетъ только *возмездное* приобрѣтеніе, а Саксонское Уложеніе, подобно Уложенію Австрійскому, относится къ этому вопросу безразлично.

¹⁾ *Siebenhaar* und *Siegmann*, Commentar, I, S. 272. Дополненіемъ къ вопросу о бумагахъ на предъявителя является § 297: Unter öffentlichen Werthpapieren sind die im Inlande oder Auslande von dem betreffenden Staate oder mit dessen Genehmigung auf den Inhaber gestellten Werthpapiere zu verstehen, ingleichen die mit Genehmigung des betreffenden Staates von bestätigten Gesellschaften auf den Inhaber gestellten Antheilscheine und die zu allen diesen Papieren gehörigen Zinsleisten, Zinsabschnitte und Dividendenscheine. Объ этихъ бумагахъ см. еще § 1039 и слѣд. *Siebenhaar*, loc. cit., S. 273.

²⁾ *Exner*, Tradition, S. 62, Anm. 46.

³⁾ Судебная практика тѣмъ не менѣе для обоихъ законодательствъ устанавливаетъ *приобрѣтеніе права собственности*. — *Roth*, System, III, S. 348, Anm. 8 съ указаніемъ на Anm. 7.

Далѣе. Указанный случай является единственнымъ, когда Саксонское Уложеніе даетъ *безусловную* защиту пріобрѣтателю, тогда какъ по австрійскому праву это только одинъ изъ случаевъ въ цѣломъ рядѣ другихъ, а Кодексъ Наполеона даже и не выдвигаетъ этого случая особо, потому что онъ поглощается тамъ общимъ понятіемъ о пріобрѣтеніи движимостей; только для бумагъ на предъявителя тамъ установленъ свой особый порядокъ. Даже Прусскій Landrecht идетъ дальше Саксонскаго Уложенія, такъ какъ совершенно исключаетъ виндикацію не только денегъ, но и всякихъ движимостей, пріобрѣтенныхъ отъ фиска, на публичномъ аукціонѣ или отъ гильдейскаго купца.

Во *общемъ* же Саксонское Уложеніе больше всего походитъ именно на Прусскій Landrecht, потому что, — за исключеніемъ сказаннаго, — оба кодекса почти въ одинаковыхъ размѣрахъ допускаютъ затѣмъ виндикацію *взаимъ покупной цѣны*. § 315 Саксон. Уложенія говоритъ объ этомъ такъ:

In anderen Fällen kann der Beklagte Ersatz des für die Sache gezahlten Preises nicht verlangen, ausgenommen, wenn er die Sache aus einer öffentlichen Versteigerung, welche von einer Behörde oder von einer zur Abhaltung öffentlicher Versteigerungen verpflichteten Person bewirkt worden ist, oder im Mess- oder Marktverkehre von einer zum Handelsbetriebe damit befugten Person in redlichem Glauben erworben hat.

Итакъ, добросовѣстное пріобрѣтеніе на публичномъ аукціонѣ или отъ купца на рынкѣ или ярмаркѣ отъ виндикаціи, правда, не свободно, но пріобрѣтатель можетъ *взаимъ* вещи требовать ея покупную цѣну ¹⁾. Прусскій Landrecht и въ этихъ случаяхъ давалъ *безусловную* защиту пріобрѣтателю, и только во всѣхъ прочихъ случаяхъ добросовѣстнаго (и возмезднаго)

¹⁾ Carlin, Niemand kann..., S. 69. Roth, ibid., S. 359. Stobbe, Handbuch, II, 1, S. 271. Goldschmidt, Zeitschr. f. H. R., VIII, S. 291.

пріобрѣтенія виндикація давалась условно, т. е. лишь *взаимъ* возвращенія покупной цѣны; Саксонское же Уложеніе въ этихъ „прочихъ” случаяхъ допускаетъ виндикацію *безусловно*, т. е. въ чисто-римскомъ духѣ.

§ 315 Саксон. Уложенія, съ одной стороны, предполагаетъ *возмездность* пріобрѣтенія, такъ какъ онъ относится къ торговымъ отношеніямъ, а съ другой стороны, не отличаетъ вещей *ввѣренныхъ* отъ украденныхъ ¹⁾.

Такимъ образомъ мы видимъ, что, при общемъ сходствѣ между Саксонскимъ Уложеніемъ и Прусскимъ Landrecht'омъ, различіе между ними имѣетъ *количественный* характеръ, при чемъ защита добросовѣстнаго пріобрѣтенія по Саксонскому Уложенію оказывается *болѣе узкой*, чѣмъ по Прусскому Landrecht'у, который и самъ стоитъ далеко позади не только Кодекса Наполеона, но даже и Австрійскаго Уложенія.

Здѣсь интересно указать на тѣ *мотивы*, которые положены въ основу § 315-го. — Эти мотивы очень похожи на разсужденія Suarez'a ²⁾. Въ нихъ говорится такъ: современнымъ потребностямъ оборота не соответствуетъ ни римская абсолютная виндикація, ни германскій принципъ „Hand wahre Hand”; наиболѣе соответствующимъ здѣсь является *средній путь*, который не лишаетъ собственника принадлежащей ему виндикаціи и въ то же время, въ особо указанныхъ случаяхъ, даетъ удовлетвореніе справедливымъ интересамъ пріобрѣтателей ³⁾.

Итакъ, во главѣ ставятся *интересы оборота*, и затѣмъ оказывается, что имъ не соответствуетъ ни римская система, ни германская, такъ что приходится создавать нѣчто *среднее* между ними.

Прежде всего замѣчательно, что точно такое же соображеніе было положено въ основу и Прусскаго Landrecht'a, а между тѣмъ проложенный въ немъ *средній путь* оказался значительно

¹⁾ Exner, Tradition, S. 62, Anm. 46.

²⁾ См. выше, стр. 83 и слѣд.

³⁾ Siebenhaar und Siegmann, Commentar, I, S. 286. Goldschmidt, loc. cit.

шире и удобнѣе для пріобрѣтателя, чѣмъ это мы видимъ въ Саксонскомъ Уложеніи.

Затѣмъ, постановленія Австрійскаго Уложенія и Кодекса Наполеона также считаются продуктомъ заботливости законодателя объ интересахъ оборота, а между тѣмъ ихъ и сравнивать трудно съ соответствующими нормами Саксонскаго Уложенія. — Такъ растяжимо понятіе „интересовъ оборота“!

Тяготнѣе Саксонскаго Уложенія къ римскому праву смягчается только краткостью срока и вообще облегченіемъ условій для пріобрѣтенія движимостей *по давности* ¹⁾.

ГЛАВА VI.

Итальянское право.

Итальянское гражданское право кодифицировано въ 1865 г., когда появился *Codice civile del Regno d'Italia* ¹⁾.

И вообще, и въ частности по нашему вопросу Итальянское Уложеніе въ существѣ своемъ воспроизводитъ положенія Кодекса Наполеона.

Такъ, прежде всего, для перехода права собственности на движимыя имущества здѣсь, какъ и по французскому праву, достаточно лишь соответствующаго соглашенія ²⁾. На это, по образцу ст. 711, 1138 и 1583 Кодекса Наполеона, указываютъ ст. 710, 1125 и 1448 Итальянскаго Уложенія. Въ переводѣ Заруднаго эти послѣднія статьи гласятъ слѣдующее.

Ст. 710: Собственность и другія права на вещи пріобрѣтаются и передаются по наслѣдству, даренію и дѣйствіемъ договора.

Ст. 1125: Въ договорахъ, имѣющихъ предметомъ передачу собственности или другого пра-

¹⁾ Шершеневичъ, Курсъ, I, 2, стр. 276.

²⁾ Lomonaco, Delle obbligazioni, I, p. 192, 199. Serafini, Istituzioni, I, p. 168 s. Pacifici-Mazzoni, Istituzioni, libro III, parte II, p. 464. Galluppi, Istituzioni, I, p. 165. Зарудный, Гражд. Уложеніе Италіян. королевства, часть II, стр. 106 и сл.

¹⁾ §§ 261, 268. Carlin, op. cit., S. 70. Goldschmidt, loc. cit. Siebenhaar, ibid., S. 248 f., 252.

ва, собственность или право передается и приобретается действием выраженнаго законно согласія, и вещь остается на страхъ и рискъ приобретателя, хотя бы передача ея еще не послѣдовала.

Ст. 1448: Продажа считается совершившеюся между сторонами, и право собственности приобретается по закону покупщикомъ въ отношеніи къ продавцу въ минуту совершения условія относительно вещи и ея стоимости, хотя еще не послѣдовало ни передачи вещи, ни уплаты ея стоимости ¹⁾.

Traditio только въ слѣдующихъ трехъ случаяхъ оказывается необходимой для приобретения права собственности ²⁾. Во 1-хъ, — когда объектомъ сдѣлки является *res in genere*; это вытекаетъ изъ самой сущности дѣла: система согласенія примѣнима только къ *res in specie*. Во 2-хъ, — когда дѣло идетъ о „ручномъ” дареніи; здѣсь само понятіе ручнаго даренія включаетъ въ себѣ передачу; здѣсь согласеніе всегда совпадаетъ и всегда сопровождается передачей, такъ какъ иначе не будетъ „ручнаго” даренія. Въ 3-хъ, *traditio* необходима для приобретения вещи отъ не-собственника. Этотъ послѣдній случай и представляетъ собою непосредственный предметъ нашего изслѣдованія. О немъ говорятъ ст. 707—709 Итальянскаго Уложенія, воспроизводящія ст. 2279 и 2280 Кодекса Наполеона.

Ст. 707: Въ отношеніи движимаго имущества по природѣ и актовъ на предъявителя владѣніе имѣеть, въ пользу третьихъ добросовѣстныхъ лицъ, такое же дѣйствіе, какъ и самый документъ. Но правило это не распространяется на совокупность движимости.

¹⁾ *Zarudnyj*, то же названіе, часть I. По этому же переводу мы будемъ цитировать и другія статьи Итальян. Уложенія.

²⁾ *Lomonaco*, *ibid.*, p. 194 s.

Ст. 708: Впрочемъ, потерявшій вещь, или тотъ, у кого ее украли, можетъ требовать ее отъ владѣльца, у котораго онъ ее найдетъ; но сей послѣдній имѣеть право требовать вознагражденіе съ лица, отъ коего онъ ее получилъ.

Ст. 709: Если впрочемъ настоящій владѣлецъ украденной или потерянной вещи купилъ ее на ярмаркѣ или базарѣ, или по случаю публичной продажи, или отъ купца, занимающагося продажей такихъ предметовъ, то собственникъ можетъ требовать возвращенія своей вещи не иначе, какъ уплативъ владѣльцу цѣну, имъ на покупку оной употребленную.

Какъ видимъ изъ приведенныхъ текстовъ, статья 707 воспроизводитъ 1-ю часть ст. 2279 Кодекса Наполеона. Не смотря на то, что Общегерманское Торговое Уложеніе 1861 г. уже дало вполне правильную конструкцію разсматриваемому явленію, составители Итальянскаго Уложенія предпочли сохранить старую французскую формулу „*En fait de meubles la possession vaut titre*” съ тѣмъ, чтобы и въ слѣдующей — 708-ой — статьѣ говорить (по тому же образцу) о *vindicationi* вещей краденыхъ ¹⁾.

Но есть въ ст. 707 и усовершенствованія сравнительно съ французскимъ образцомъ. Это прежде всего — прямое и ясное требованіе *добросовѣстности* отъ приобретателя ²⁾. Благодаря этому въ Италіи по вопросу о необходимости *bona fides* споровъ нѣтъ. Къ усовершенствованіямъ надо затѣмъ отнести и упоминаніе о томъ, что владѣніе приравнивается титулу въ пользу *третьихъ* лицъ ³⁾. Во Франціи, какъ мы видѣли, этотъ

¹⁾ Помѣщена ст. 707 въ отдѣлѣ о владѣніи, а не въ отдѣлѣ о приобретеніи права собственности, но и не въ отдѣлѣ о давности, какъ это мы видѣли въ Кодексѣ Наполеона.

²⁾ *Bianchi*, *Corso*, vol. IX, parte II, p. 31, 129. *Borsari*, *Commentario*, II, p. 1240 ss. *Pacifici-Mazzoni*, *Istituzioni*, libro II, p. 369.

³⁾ *Borsari*, *ibid.*, p. 1240.

вопросъ также является до известной степени спорнымъ, и этимъ не мало затемняется все ученіе о приобрѣтеніи отъ собственника.

Наконецъ, болѣе удачно опредѣляется и *объектъ* ст. 707: она говоритъ о вещахъ движимыхъ по ихъ природѣ и исключаетъ отсюда вещи собирательныя; различные же виды движимостей опредѣляются ст. 416 и слѣд., при чемъ нѣтъ и слѣда той путаницы, которую вноситъ въ ст. 2279 Кодекса Наполеона статья 533 того же кодекса ¹⁾.

Затѣмъ ст. 708 Итальянскаго Уложения соотвѣтствуетъ 2-ой части ст. 2279: вещи украденныя и утерянныя подлежатъ виндикаціи, въ чьихъ бы рукахъ онѣ ни находились, при чемъ владѣлецъ получаетъ право на возмѣщеніе убытковъ со стороны того, отъ кого имъ данная вещь была приобрѣтена ²⁾.

При этомъ срокъ для виндикаціи собственника установленъ болѣе короткій, чѣмъ во Франціи: по ст. 2146 Итальянскаго Уложения онъ равенъ всего лишь *двумъ* годамъ ³⁾. *Нис* вполнѣ одобряетъ это сокращеніе, идущее на пользу приобрѣтателей ⁴⁾.

Наконецъ, ст. 709 повторяетъ безъ всякихъ измѣненій то, что говорится въ ст. 2280 Кодекса Наполеона ⁵⁾.

Таковы нормы Итальянскаго Уложения относительно приобрѣтенія права собственности *a non-domino*.

Здѣсь также возможенъ вопросъ о томъ, въ какомъ взаимномъ соотношеніи находятся между собою ст. 707 и система соглашенія, — тѣмъ болѣе, что и въ Итальянскомъ Уложеніи есть ст. 1126, которая, подобно ст. 1141 Кодекса Наполеона,

¹⁾ Объ объектахъ — *Borsari, ibid., p. 1242 s. Pacifici-Mazzoni, ibid., p. 368 s.*

²⁾ *Bianchi, ibid., p. 129. Borsari, ibid., p. 1244. Pacifici-Mazzoni, ibid., p. 369 s. Ovio, Istituzioni, p. 180.*

³⁾ *Bianchi, ibid., p. 33.*

⁴⁾ *Huc, Le code civil italien, I, p. 164.*

⁵⁾ *Borsari, loc. cit. Pacifici-Mazzoni, ibid., p. 370 s. Ovio, ibid., p. 180.*

изъ двухъ приобрѣтателей одной и той же вещи также отдастъ предпочтеніе тому, кто раньше получаетъ вещь въ свое владѣніе. Статья эта говоритъ слѣдующее:

Если предметъ, который кто-либо обязался по двумъ послѣдовательнымъ условіямъ дать или передать двумъ лицамъ, есть движимость по природѣ или обязательство на предъявителя, въ такомъ случаѣ то лицо, которому передано владѣніе, предпочтается другому, хотя бы право его возникло и позже, лишь бы только владѣніе было добросовѣстное.

Итакъ, не нужна ли *traditio* вообще для приобрѣтенія права собственности на движимыя имущества? — *Lomonaco* совершенно основательно отвѣчаетъ: нѣтъ; одно соглашеніе даетъ уже виндикацію и противъ третьихъ лицъ ¹⁾, — виндикацію, которую можетъ имѣть лишь собственникъ; отъ этой виндикаціи свободны только тѣ третьи лица, которыя приобрѣтаютъ вещь добросовѣстно, т. е. не зная о ея принадлежности другому; но это и есть случай, когда примѣняется ст. 707; въ же условій, нужныхъ для примѣненія этой статьи, дѣйствуетъ система соглашенія (но см. и стр. 234). — Такимъ образомъ и соглашеніе по ст. 1125, и *traditio* по ст. 707 совершенно мирно уживаются рядомъ ²⁾.

Однимъ словомъ, въ Итальянскомъ Уложеніи мы видимъ повтореніе и подтвержденіе того, что мы видѣли раньше въ Кодексѣ Наполеона.

Наконецъ, итальянское торговое уложеніе 1883 г. ³⁾ въ

¹⁾ И это не смотря на такое же неудачное, какъ и въ ст. 1583 Кодекса Наполеона, выраженіе статьи 1448, что право собственности переходитъ къ покупщику *въ его отношеніи къ продавцу*.

²⁾ *Lomonaco, op. cit., I, p. 201 s., 209.*

³⁾ *Codice di commercio del regno d'Italia, edizione riveduta e corretta sul nuovo testo ufficiale, 1883. Объ этомъ кодексѣ см. Lyon-Caen, Traité, I, p. 46.*

ст. 57 говоритъ о бумагахъ на предъявителя: виндикаціи эти бумаги подлежатъ лишь въ случаяхъ кражи или потери, но и здѣсь виндикація возможна лишь противъ недобросовѣстныхъ пріобрѣтателей и, конечно, противъ вора или находчика ¹⁾).

ГЛАВА VII.

Швейцарское право.

Гражданское право Швейцаріи отличается крайнимъ разнообразіемъ въ отдѣльныхъ ея кантонахъ ¹⁾).

Правда, въ послѣднее время уже выработанъ проектъ гражданского кодекса, общаго для всей Швейцаріи ²⁾), но онъ не вступилъ еще въ дѣйствіе.

Пока объединено лишь обязательственное и торговое право Швейцарскимъ союзнымъ закономъ объ обязательствахъ 14 іюня 1881 г. ³⁾).

Этотъ союзный законъ въ ст. 205 и слѣд. урегулировалъ однообразно для всей Швейцаріи и изучаемый нами вопросъ о пріобрѣтеніи движимостей въ собственность отъ не-собственника, такъ что *по нашему вопросу* прежняя нестрога ⁴⁾ уже устранена, и этимъ дано удовлетвореніе правовому сознанию, которое требовало единообразія въ регулированіи имущественныхъ отношеній въ духѣ покровительства доброй вѣрѣ (*bona fides, Treu und Glauben*) въ оборотѣ ⁵⁾).

¹⁾ *Шершеневичъ*, Курсъ, I, вып. 2, стр. 333.

²⁾ *Code civil suisse. Avant-projet du département fédéral de justice et police. Lausanne, 1900.*

³⁾ Мы будемъ его цитировать по изданію редакціонной комиссіи по составленію гражданского уложенія, С.-Пб., 1891 г.

⁴⁾ *Huber, System und Geschichte, IV, S. 746—751. Munzinger, Motive, S. 220 ff., 225. Goldschmidt, Zeitschr. f. N. R., VIII, S. 293.* См. еще и *Lehr, Code civil du canton de Zurich de 1887, Introduction, p. XLl.*

⁵⁾ *Munzinger, Motive, S. 219 f., 226.*

¹⁾ Вотъ подлинный текстъ этой статьи: *La rivendicazione dei titoli al portatore smarriti o rubati è ammessa soltanto contro colui che li ha trovati o rubati e contro coloro che li hanno ricevuti per qualunque titolo, conoscendo il vizio della causa del possesso.*

Эти же самыя нормы союзнаго закона предполагается сохранишь и въ будущемъ гражданскомъ уложеніи, такъ какъ въ упомянутомъ выше проектѣ его для обязательственнаго права именно съ этой цѣлью оставлено свободное мѣсто ¹⁾.

Прежде чѣмъ приступить къ изложенію дѣйствующаго теперь швейцарскаго права (по закону 1881 г.), мы очертимъ вкратцѣ законы Цюриха и Базеля по нашему вопросу.

Такъ, Цюрихское Уложеніе 1853 г. въ общемъ всегда допускало виндикацію вещей, прибрѣтенныхъ отъ не-собственника ²⁾. Но и здѣсь имѣло важное значеніе дѣленіе вещей на краденныя (или вообще вышедшія изъ рукъ собственника противъ его воли) и ввѣренныя. Также важно было различіе между добросовѣстнымъ и недобросовѣстнымъ прибрѣтеніемъ. Именно, *недобросовѣстный* прибрѣтатель во всякомъ случаѣ долженъ возвратить вещь собственнику безъ всякаго за это вознагражденія ³⁾. Что же касается *добросовѣстныхъ* прибрѣтателей, то здѣсь надо различать: вещи *краденныя* также должны быть возвращаемы, по общему правилу, безвозмездно ⁴⁾; но если такая вещь прибрѣтена на публичномъ аукціонѣ, на рынкѣ или отъ профессиональнаго торговца подобными товарами, то виндикація допускается лишь взамѣнъ покупной цѣны данной вещи ⁵⁾; вещи же *свѣренныя* подлежатъ виндикаціи всегда только взамѣнъ покупной цѣны ⁶⁾, при чемъ не считаются вещами ввѣренными тѣ, которыя отдаются ремесленнику для обработки или которыя находятся у членовъ семьи собственника или у его прислуги ⁷⁾. При всемъ этомъ если на сторонѣ прибрѣтателя будетъ при-

¹⁾ *Meili*, Kodifikation, S. 15.

²⁾ *Bluntschli*, Privatrechtl. Gesetzbuch, II, §§ 651, 652. Вообще объ этомъ уложеніи — *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., VIII, S. 292, *Stobbe*, Handbuch, II, 1, S. 272.

³⁾ *Bluntschli*, *ibid.*, § 654. *Carlin*, Niemand kann..., S. 68.

⁴⁾ *Bluntschli*, *ibid.*, § 651. *Carlin*, *loc. cit.*

⁵⁾ *Bluntschli*, *ibid.*, § 655. *Carlin*, *op. cit.*, S. 69.

⁶⁾ *Bluntschli*, *ibid.*, § 652.

⁷⁾ *Bluntschli*, *ibid.*, § 653.

знать или доказанъ *justus titulus*, а истецъ-собственникъ не сможетъ сдѣлать хотя бы лишь вѣроятнымъ свое утвержденіе о недобровольномъ лишеніи вещи, то эта послѣдняя признается ввѣренной ¹⁾.

Какъ видно изъ сказаннаго, Цюрихское Уложеніе очень близко подходитъ къ Саксонскому Уложенію; въ то же время яркой особенностью Цюрихскаго Уложенія служитъ полное отсутствіе случаевъ *безусловнаго* устраненія виндикаціи: добросовѣстность защищается лишь въ томъ отношеніи, что виндикантъ обязывается возмѣщать прибрѣтателю покупную цѣну вещи; прибрѣтеніе же *права собственности* отъ не-собственника по Цюрихскому Уложенію оказывается совершенно невозможнымъ ²⁾.

Совсѣмъ иное представляетъ собою Базельскій законъ 7—12 марта 1864 г. ³⁾. — Здѣсь добросовѣстный прибрѣтатель „уподобляется собственнику“ (*wird als Eigenthümer behandelt*) и можетъ удержать вещь за собою, хотя бы виндикантъ предлагалъ возмѣстить ея цѣну; только украденныя вещи подлежатъ безусловной виндикаціи, да и то добросовѣстный прибрѣтатель можетъ требовать возмѣщенія себѣ полезныхъ издержекъ на виндицируемую вещь; что же касается денегъ и бумагъ на предъявителя, то ихъ, даже въ случаяхъ кражи, можно было виндигировать лишь отъ недобросовѣстныхъ или грубо небрежныхъ прибрѣтателей. Если при всемъ этомъ прибрѣтатель, подлежащій виндикаціи, отчуждалъ вещь съ цѣлью уклониться именно отъ этой виндикаціи, то онъ обязывался возмѣстить собственнику цѣну вещи.

Такимъ образомъ здѣсь, наоборотъ, мы видимъ уже весьма широкую постановку защиты добросовѣстнаго прибрѣтенія.

¹⁾ *Bluntschli*, *ibid.*, § 656.

²⁾ *Carlin*, Niemand kann..., S. 69. Здѣсь мы имѣемъ въ виду, конечно, только тѣ случаи, когда виндикація сама по себѣ возможна; она не возможна, — и собственность прибрѣтается по всякому уложенію, — когда нельзя установить тождество вещи, напр., въ случаяхъ смѣшенія вещей генерическихъ.

³⁾ *Stobbe*, Handbuch, II, 1, S. 272, 413. *Gruchot*, Beiträge, XVII, S. 649.

Наконецъ, мы переходимъ къ рассмотрѣнiю *мысль дѣйствующаго* въ Швейцарiи права, т. е. Союзнаго Закона объ обязательствахъ 1881 г.

Будемъ имѣть въ виду, что этотъ Союзный Законъ по вопросу о переходѣ права собственности на движимыя имущества держится системы *traditio* ¹⁾.

Что же касается непосредственно приобрѣтенiй отъ не-собственника, то прежде всего ст. 205 говоритъ:

За исключенiемъ постановленiй объ украденныхъ или потерянныхъ вещахъ, право собственности на вещь переходитъ на добросовѣстнаго прибрѣтателя, хотя бы отчуждатель ея не былъ ея собственникомъ. При этихъ же условiяхъ уничтожаются прочiя вещныя права третьихъ лицъ на вещь.

О вещахъ украденныхъ и потерянныхъ говоритъ ст. 206:

Вещи украденныя или потеряныя могутъ быть требуемы отъ всякаго ихъ обладателя въ теченiи пяти лѣтъ, считая со дня утраты. Если такая вещь добросовѣстно прибрѣтена на рынкѣ, или съ публичнаго торга, или у кунца, торгующаго подобнымъ товаромъ, то ея обладатель обязанъ возвратить вещь лишь по возмѣщенiю уплаченной имъ цѣны.

Наконецъ, ст. 207 указываетъ на послѣдствiя недобросовѣстности:

Недобросовѣстный прибрѣтатель всегда обязанъ возвратить вещь или, если онъ ее уже отчуждилъ, возмѣстить ея стоимость; сверхъ того, онъ отвѣтствуетъ за всякое уменьшенiе ея цѣны, происшедшее по его винѣ; требованiя большаго вознагражденiя за убытки этимъ не исключаются.

¹⁾ Ст. 199: Для перехода въ силу договора права собственности на движимыя вещи требуется передача владѣнiя ими.

Итакъ, здѣсь мы видимъ наиболѣе распространенныя идеи: прибрѣтатель долженъ быть добросовѣстнымъ, а вещь не должна быть ни украденной, ни утерянной, при чемъ кража и потеря являются лишь примѣрами выхода вещи изъ рукъ собственника противъ его воли ¹⁾.

Во всемъ этомъ — большое сходство съ французскимъ правомъ, но по редакционной техникѣ, по полнотѣ и по конструкци швейцарскiй законъ стоитъ выше соотвѣтствующихъ статей французскаго кодекса: въ швейцарскомъ законѣ определенно указано на необходимость добросовѣстности; также определенно отмѣчена защита не только права собственности, но и другихъ вещныхъ правъ; наконецъ, прибрѣтатель прямо объявляется собственникомъ.

Особенностью швейцарскаго закона является удлиненiе срока для виндикаци украденныхъ и утерянныхъ вещей до пяти лѣтъ. Примѣръ Италiи не только не вызвалъ здѣсь подражанiя, но очевидно считался прямо нецѣлесообразнымъ.

Кромѣ того, нельзя не отмѣтить, что приведенныя статьи Союзнаго Закона совершенно игнорируютъ различiе между возмезднымъ и безвозмезднымъ прибрѣтенiемъ. — Такъ разнообразны были взгляды на нашъ вопросъ въ отдѣльныхъ государствахъ, и далеко не во всѣхъ деталяхъ здѣсь замѣчается послѣдовательность развитiя идеи о защитѣ добросовѣстныхъ прибрѣтенiй.

Но идемъ дальше. Ст. 208 Союзнаго Закона указываетъ специально на банковые билеты и на бумаги на предъявителя:

За исключенiемъ случаевъ, въ предъидущей статьѣ предусмотрѣнныхъ, искъ о правѣ собственности не допускается: 1) въ отношенiи банковыхъ билетовъ и просроченныхъ купоновъ; 2) въ отношенiи бумагъ на предъявителя, возмездно и добросовѣстно прибрѣтенныхъ въ такой

¹⁾ *Schneider und Fick, Obligationenrecht, S. 185 f. Carlin, Niemand kann..., S. 78 f.*

странъ, законы которой не допускаютъ иска о правѣ собственности.

Для приобрѣтенія указанныхъ особыхъ объектовъ также нужна добросовѣстность ¹⁾; *mala fides* должна быть доказываема истцомъ-виндикантомъ ²⁾; вещь и здѣсь не должна быть ни украденной, ни утерянной ³⁾.

Замѣчательно, что относительно бумагъ на предъявителя требуется уже *возмездность* ихъ приобрѣтенія.

Вообще въ ст. 208 сказывается стремленіе согласовать интересы швейцарскаго оборота съ интересами тѣхъ странъ, гдѣ дѣйствуетъ Общегерманское Торговое Уложеніе, устраняющее виндикацію бумагъ на предъявителя даже въ случаяхъ кражи и потери; относительно *этихъ* объектовъ въ высшей степени желательно объединеніе отдѣльныхъ законодательствъ ⁴⁾.

Очень интересной является далѣе ст. 209 Союзнаго Закона, которая затрагиваетъ въ высшей степени важный въ практическомъ отношеніи вопросъ о значеніи и роли варрантовъ, накладныхъ и т. п. бумагъ для передачи и приобрѣтенія самихъ товаровъ. Мы уже видѣли два совершенно противоположныхъ рѣшенія этого вопроса: по французскому праву мы установили, что передача товаровъ посредствомъ различнаго рода товарныхъ бумагъ не даетъ безспорно реального владѣнія, а потому такая передача не пригодна для приобрѣтенія права собственности отъ не-собственника ⁵⁾; обратное рѣшеніе принято австрійскимъ правомъ ⁶⁾, которое, правда, и вообще не требуетъ, чтобы вла-

1) Это вытекаетъ изъ ссылки на ст. 207. *Schneider und Fick, op. cit., S. 186.*

2) Это вытекаетъ изъ общихъ положеній о доказываніи. См. и *Schneider und Fick, loc. cit.*

3) Это вытекаетъ изъ общихъ статей — 205 и 206; статья 208, предусматривающая частный случай, ихъ не отмѣняетъ и имъ подчиняется.

4) *Schneider und Fick, loc. cit.*

5) См. выше, стр. 108 и сл.

6) См. выше, стр. 184, прим. 2.

дѣніе приобрѣтателя было реально. Ст. 209 Швейцарскаго Союзнаго Закона по этому вопросу говоритъ слѣдующее:

Если выданы складочныя свидѣтельства, накладныя или другія тому подобныя бумаги, то добросовѣстный приобрѣтатель документа считается собственникомъ товара. Но право собственности и прочія вещныя права добросовѣстнаго владѣльца самаго товара имѣютъ преимущество передъ правомъ собственности и прочими вещными правами добросовѣстнаго приобрѣтателя документа ¹⁾.

Итакъ, пока нѣтъ столкновенія съ третьимъ лицомъ, добросовѣстнымъ приобрѣтателемъ, товарныя бумаги вполне замѣняютъ собою означенный въ нихъ товаръ, и приобрѣтеніе бумаги равносильно приобрѣтенію товара. Но какъ только появляется третье добросовѣстное лицо, которое овладѣваетъ самимъ товаромъ *in natura*, перевѣсъ оказывается на его сторонѣ: владѣлецъ бумаги съ нимъ конкурировать не можетъ. Изъ этого мы далѣе заключаемъ, что по швейцарскому праву, какъ и по праву французскому, необходима *реальность* владѣнія, а потому, значить, и *traditio* для примѣненія ст. 205 пригодна не всякая, а лишь такая, которая даетъ приобрѣтателю именно владѣніе *реальное* ²⁾.

Наконецъ, ст. 213 дополняетъ сказанное въ ст. 205 о „прочихъ“ вещныхъ правахъ третьихъ лицъ. Статья эта говоритъ такъ:

Если движимыя вещи или бумаги на предъявителя отданы въ закладъ лицомъ, не имѣющимъ на то права, то добросовѣстный закладодержатель тѣмъ не менѣе приобрѣтаетъ право зклада. Правило статьи 206 сохраняется при этомъ силу ³⁾.

1) *Schneider und Fick, Obligationenrecht, S. 186.*

2) *Carlin, Niemand kann..., S. 80, Anm. 276.*

3) *Schneider und Fick, op. cit., S. 186.*

Такимъ образомъ, кромѣ пріобрѣтенія права собственности, возможно — при тѣхъ же условіяхъ — пріобрѣтеніе и закладного права: собственникъ вещи не можетъ отобрать ея безъ уплаты закладной суммы. Если же вещь украдена или утеряна, то права на закладную сумму у залогодержателя нѣтъ. Но отсюда, въ виду ст. 206, опять дѣлается исключеніе для тѣхъ случаевъ, когда чужая вещь закладывается кушцомъ, торгующимъ подобными вещами.

ГЛАВА VIII.

Англійское право.

Англійское право во всей своей массѣ остается и теперь еще неcodифицированнымъ ¹⁾. Тамъ постепенно codифицируются лишь отдѣльныя части гражданскаго права. Такъ, въ 1893 году появился законъ о куплѣ-продажѣ движимостей, — *Sale of Goods Act*, — вступившій въ силу съ 1 января 1894 г. ²⁾.

До этого закона пріобрѣтеніе движимостей регулировалось въ Англии, какъ и другіе институты, обычнымъ правомъ, которое вырабатывалось судебной практикой.

Главной основой права движимостей въ Англии было римское право ³⁾, однако полной реценціи его въ Англии не послѣдовало, и режимъ движимостей далеко не получилъ тамъ такой отчеканенной и точной выработки, какою отличается римское право. Такъ, владѣніе движимостями, хотя и покоилось на римской основѣ ⁴⁾, не достигло тамъ еще роли самостоятельнаго

¹⁾ Вообще объ англійскомъ гражданскомъ правѣ см. *Шершеневичъ*, Курсъ, I, 2, стр. 335 и сл.

²⁾ Мы будемъ цитировать этотъ законъ въ переводѣ *Levy-Ullmann'a* и *Barclay*, *La législation anglaise sur la vente des meubles*. Paris, 1896. Объ этомъ законѣ см. предисловіе переводчика и отзывъ *Lyon-Caen'a* въ *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*. Decembre, 1894, p. 821 s.

³⁾ *Goldschmidt*, *Zeitschr. f. H. R.*, VIII, S. 293.

⁴⁾ *Markby*, *Elements*, p. 166 ss. *Holland*, *The Elements*, p. 123 ss., 127 ss. *Holmes*, *The common Law*, p. 206 ss.

права на вещь ¹⁾: оно поглощалось собственностью ²⁾. Затѣмъ и самое понятіе о правѣ собственности охватываетъ собою не только владѣніе, но и вещныя права на чужія вещи, и даже права обязательственныя; точнаго разграниченія здѣсь не установилось; наконецъ, англійское право не знаетъ и настоящихъ вещныхъ исковъ въ точномъ смыслѣ римскаго права ³⁾.

На этой почвѣ еще въ XV столѣтіи въ Англии выросла система соглашенія для вещей индивидуально опредѣленныхъ ⁴⁾, которая тамъ дѣйствуетъ и теперь ⁵⁾. Только въ Шотландіи до закона 1893 г. требовалась передача вещи ⁶⁾, а этимъ закономъ введена система соглашенія и тамъ ⁷⁾.

При всемъ этомъ въ Англии прочно установилось римско-правовое положеніе, по которому *Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet* ⁸⁾.

Это правило принято и закономъ 1893 г., — *Sale of Goods Act*, — статья 21 котораго въ своемъ § 1 говоритъ такъ:

Lorsque des meubles sont vendus par un individu, qui n'en est pas le propriétaire et qui

¹⁾ *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., VIII, S. 294. О недвижимостяхъ см. *Gundermann*, Engl. Privatrecht, I, S. 309 f., 314, 483 ff

²⁾ *Randa*, Besitz, S. 18, Anm. 13 b.

³⁾ *Goldschmidt*, loc. cit.

⁴⁾ *Inhülßen*, Zeitschr. f. Internat. Privat und Strafrecht, VII, S. 213. *Goldschmidt*, loc. cit. *Blackstone*, Commentaires, III, p. 441 ss., 446. *Stevens*, The elem. of mercant. Law, p. 116. *Smith*, A compendium, II, p. 624. *Smith*, A Manual, p. 188 s., 191. *Pavitt*, Le droit anglais, p. 47, 61. *Lehr*, Éléments de droit civil anglais, p. 435, 439.

⁵⁾ *Sale of Goods Act*, Art. 18. *Inhülßen*, loc. cit., S. 214 ff. *Goodeve's Modern Law*, p. 47. *Lehr-Dumas*, Appendice, p. 31. *Wertheim*, Wörterbuch, S. 487.

⁶⁾ *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., VIII, S. 295, Anm. 10.

⁷⁾ *Levy-Ullmann*, La législation anglaise, Предисловіе переводчика.

⁸⁾ *Goodeve's Modern Law*, p. 41. *Stevens*, The Elements, p. 80. *Pavitt*, Le droit anglais, p. 61. *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., VIII, S. 296. *Carlin*, Niemand kann..., S. 70.

les vend sans l'autorisation ou le consentement du propriétaire, l'acheteur n'acquiert pas sur ces meubles un meilleur titre que celui de son vendeur, sauf si le propriétaire n'a, par sa conduite, mis obstacle à toute dénégation portant sur le droit de vendre du vendeur ¹⁾.

Однако изъ этого правила были допущены и нѣкоторыя исключенія ²⁾, такъ какъ, говоритъ *Blackstone*, нужно, чтобъ приобрѣтатель, принявшій извѣстныя мѣры предосторожности, былъ увѣренъ въ прочности своего прибрѣтенія, безъ чего скоро могла бы погибнуть вся торговля ³⁾.

Такъ, прежде всего, отчужденіе чужой движимости дѣйствительно даже и противъ собственника, если оно совершено на открытомъ рынкѣ, т. е. публично ⁴⁾.

Въ провинціи открытымъ рынкомъ называется опредѣленное для этого мѣсто, которое и открывается для торговли въ опредѣленные дни недѣли, а въ Лондонѣ открытымъ рынкомъ является каждый магазинъ, каждая лавка, и открыты они ежедневно, кромѣ воскресеній ⁵⁾.

При этомъ сдѣлка должна быть и начата, и закончена на открытомъ рынкѣ и въ опредѣленные дѣловые часы; поэтому не защищаются сдѣлки, заключаемыя въ задней комнатѣ тор-

¹⁾ *Goodeve's Modern Law*, p. 41. *Inhülßen*, Zeitschrift für Internat. Privat-und Strafrecht, VII, S. 221 f. *Wertheim*, Wörterbuch, S. 490.

²⁾ Такова конструкція и терминологія въ англійской литературѣ; мы же, собственно говоря, никакихъ здѣсь исключеній не видимъ: здѣсь — особый способъ прибрѣтенія права собственности.

³⁾ *Blackstone*, Commentaires, III, p. 446.

⁴⁾ *Blackstone*, *ibid.*, p. 446. *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., VIII, S. 297. *Stevens*, The Elements p. 80. *Pavitt*, Le droit anglais, p. 61. *Smith*, A Manual, p. 173. *Carlin*, Niemand kann..., S. 71.

⁵⁾ *Blackstone*, *ibid.*, p. 447. *Stephen*, New Commentaries, II, p. 73. *Goldschmidt*, loc. cit. *Smith*, A Manual, p. 173 s. *Carlin*, loc. cit.

говаго заведенія, или сдѣлки, заключаемыя въ промежутокъ времени между заходомъ и восходомъ солнца.

Наконецъ, приобрѣтатель долженъ быть добросовѣстнымъ въ своемъ приобрѣтеніи ¹⁾.

Въ виду этого послѣдняго требованія, изъ правила объ отчужденіяхъ на открытомъ рынкѣ исключаются всѣ вещи, приобрѣтенныя *недобросовѣстно*; напр., приобрѣтатель *зналъ*, что традентъ не имѣетъ права на отчужденіе данной вещи, или, напр., вещи куплены хотя бы и на рынкѣ, но завѣдомо у несовершеннолѣтняго или вообще у недѣеспособнаго ²⁾.

Кромѣ того, такъ же точно исключаются вещи, принадлежащія *королю* или вообще *королю* ³⁾.

Наконецъ, исключаются и вещи *краденныя*, *res furtivae*, хотя бы онѣ были приобрѣтены и на открытомъ рынкѣ; но въ этомъ послѣднемъ случаѣ необходимо, чтобы собственникъ принялъ всѣ законныя мѣры къ розыску вора и наказанію его ⁴⁾.

Эти положенія объ открытыхъ рынкахъ также приняты закономъ 1893 года. Статья 22 § 1 говоритъ:

Lorsque des meubles sont vendus à plein marché, conformément à l'usage du marché, l'acheteur acquiert un juste titre sur ces meubles, pourvu qu'en les achetant il soit de bonne foi et n'ait connaissance d'aucun vice ou défaut de titre chez le vendeur ⁵⁾.

¹⁾ *Stevens*, The Elements, p. 80. *Goldschmidt*, *ibid.*, S. 298. *Stephen*, New Commentaries, p. 73. *Blackstone*, *loc. cit.*, p. 448. *Smith*, *op. cit.*, p. 174.

²⁾ *Blackstone*, Commentaires, III, p. 448. *Stephen*, *loc. cit.*

³⁾ *Blackstone*, *loc. cit.* *Stephen*, *loc. cit.* *Goldschmidt*, *loc. cit.*

⁴⁾ *Blackstone*, Commentaires, III, p. 447 s. *Stevens*, The Elements, p. 80. *Stephen*, New Commentaries, II, p. 74. *Smith*, A Manual, p. 174. *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., VIII, S. 298. *Pavitt*, Le droit anglais, p. 61. *Carlin*, Niemand kann..., S. 71.

⁵⁾ *Goodeve's Modern Law*, p. 42. *Inhülßen*, Zeitschr. f. Internat. Privat-und Strafrecht, VII, S. 222 f. *Wertheim*, Wörterbuch, S. 490.

Далѣе, ст. 23 говоритъ:

Lorsque le vendeur de meubles a sur ceux-ci un titre annulable, mais que le titre n'a pas été annulé à l'époque de la vente, l'acheteur acquiert un juste titre sur les meubles, pourvu qu'il les achète de bonne foi et sans avoir connaissance du vice dont se trouve affecté le titre du vendeur ¹⁾.

О вещахъ краденыхъ говоритъ ст. 24:

§ 1. — Lorsque des meubles ont été volés, et que le délinquant est condamné, la propriété des meubles ainsi volés fait retour à la personne, qui en était propriétaire, ou à son représentant personnel, nonobstant toute transaction intermédiaire ayant porté sur ledits meubles, soit par vente à plein marché, soit autrement.

§ 2. — Nonobstant toute prescription législative contraire, lorsque des meubles ont été acquis par fraudes ou par tout autre moyen injuste non qualifié „vol", la propriété de ces meubles ne fait pas retour à celui, qui en était propriétaire pour la seule raison, que le délinquant a été condamné ²⁾.

Подъ вліяніемъ ст. 1141 Кодекса Наполеона ³⁾ написана далѣе ст. 25 Sale of Goods Act: если проданная вещь остается во владѣніи продавца и затѣмъ продается и передается другому покупщику, то этотъ послѣдній, при наличности bona fides, получаетъ право собственности на эту вещь ⁴⁾. § 2 той же

¹⁾ *Stephen*, New Commentaries, II, p. 73. *Inhülßen*, *loc. cit.*, S. 223. *Wertheim*, *loc. cit.*

²⁾ *Goodeve's Modern Law*, p. 43 s. *Inhülßen*, *ibid.*, S. 224 f. *Wertheim*, Wörterbuch, S. 490.

³⁾ Ср. *Lyon-Caen*, Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques. Decembre, 1894, p. 821 s.

⁴⁾ *Inhülßen*, *ibid.*, S. 225 ff. *Lehr-Dumas*, Appendice, p. 32.

ст. 25-ой постановляетъ: если покущикъ, приобрѣвшій вещь по купль-продажѣ, продаетъ (или закладываетъ) и передаетъ ее другому лицу, то это послѣднее при наличности bona fides получаетъ неограниченное право собственности, хотя бы на вещи и лежали какія-либо вещныя ограниченія въ пользу перваго продавца ¹⁾).

Особыя правила выработались въ Англіи для продажи лошадей.

Лошадь должна быть выставлена на рынкѣ въ теченіе цѣлаго часа между 10 час. утра и заходомъ солнца. При заключеніи сдѣлки продавецъ и покущикъ должны вмѣстѣ вести лошадь къ контролеру рыночныхъ записей; контролеръ записываетъ въ свои книги имена и фамиліи контрагентовъ и примѣты лошади. Если лошадь потомъ оказывается краденой, то и при соблюденіи всѣхъ этихъ формальностей виндикація допускается въ теченіе 6 мѣсяцевъ, но, правда, лишь взаимнѣ покушной цѣны²⁾).

Затѣмъ по англійскому праву ограничивается виндикація денегъ и бумагъ на предъявителя ³⁾).

Наконецъ, здѣсь же надо упомянуть о совершенно особомъ институтѣ англійскаго права, — о видимой или кажущейся собственности, reputed ownership. Дѣло въ слѣдующемъ. — Хотя каждый можетъ виндигировать свои вещи изъ владѣнія другого, однако для поддержанія кредита еще въ XVII в. установилось правило, по которому собственникъ, отдавшій свои вещи другому лицу, которое затѣмъ впадало въ неоплатность, не можетъ воспрепятствовать удовлетворенію этими вещами кредиторовъ владѣльца при конкурсѣ, если обстоятельства дѣла не указываютъ, кому собственно данныя вещи принадлежать; — такъ

¹⁾ *Inhülsen*, loc. cit.

²⁾ *Blackstone*, Commentaries, III, p. 449 s. *Pavitt*, Le droit anglais, p. 63. *Stevens*, The elements, p. 81. *Stephen*, New Commentaries, II, p. 74 s. *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., VIII, S. 298. *Goodeve's Modern Law*, p. 45. *Smith*, A Manual, p. 175.

³⁾ *Stephen*, ibid., p. 52. *Goodeve's Modern Law*, p. 41. *Goldschmidt*, ibid., S. 297. *Carlin*, Niemand kann..., S. 70.

охраняется довѣріе кредиторовъ, возбуждаемое наличностью разныхъ имуществъ въ рукахъ должника: собственникъ утрачиваетъ принадлежащую ему въ другихъ случаяхъ виндикацію, а добросовѣстные кредиторы удовлетворяютъ свои требованія изъ чужого для ихъ должника имущества ¹⁾. Но отсюда исключаются тѣ случаи, когда обладаніе владѣльца-должника не можетъ показаться другимъ лицамъ собственностью; это относится, во 1-хъ, къ вещамъ, переданнымъ другому для специально ограниченной цѣли, напр., — къ вещамъ, переданнымъ ремесленнику для починки; во 2-хъ, — къ вещамъ, находящимся у комиссіонера для продажи; въ 3-хъ, — къ кораблямъ ²⁾).

Таковы постановленія англійскаго права, основывающіяся съ одной стороны, на идеѣ публичности, а съ другой стороны, — на особыхъ свойствахъ объектовъ.

Въ концѣ-концовъ отмѣтимъ, что правила о приобрѣтеніяхъ на открытыхъ рынкахъ не примѣняются и не дѣйствуютъ въ Сѣверной Америкѣ ³⁾).

¹⁾ *Stephen*, ibid., p. 155. *Stevens*, The elements, p. 343 s. *Güterbock*, Zeitschr. f. H. R., II, S. 34 ff. *Goodeve's Modern Law*, p. 95. *Goldschmidt*, ibid., S. 299. *Williams*, Principles, p. 56 s. *Carlin*, ibid., S. 71.

²⁾ *Güterbock*, ibid., S. 38 f.

³⁾ *Kent*, Commentaries, II, p. 390 s. *Goldschmidt*, ibid., S. 297 f. *Carlin*, ibid., S. 72.

ГЛАВА IX.

Второстепенныя законодательства.

Изложивши постановленія англійскаго права по нашему вопросу, мы, слѣдуя принятому нами хронологическому порядку, должны были бы приступить теперь къ изложенію гражданскаго и торговаго права Германской Имперіи. Но въ предыдущемъ изложеніи мы выпустили всѣ второстепенныя законодательства, т. е. такія, которыя не создали ничего новаго по нашему вопросу и которыя не получили даже литературной разработки. Разсмотрѣніе этихъ законодательствъ наряду съ кодексами, игравшими первыя роли, только испещряло бы наше изложеніе безъ особой пользы для дѣла; поэтому мы и выдѣляемъ ихъ въ особую главу, чтобы, съ другой стороны, удовлетворить требованію полноты изложенія.

Сюда относятся законодательства Даніи, Норвегіи, Швеціи, Бельгіи, Голландіи, Сербіи, Португаліи, Черногоріи и Испаніи.

§ 1. Данія, Норвегія и Швеція.

Кодексы Даніи и Норвегіи относятся еще къ концу XVII в., а Шведскій кодексъ появился въ первой половинѣ XVIII в. ¹⁾

¹⁾ Датскій кодексъ называется *Kong Christian den Femtes Danske Lov* и относится къ 1683 г. Норвежскій кодексъ называется *Kong*

Кодексы эти ничего не говорятъ о защитѣ добросовѣстныхъ пріобрѣтателей движимостей, а потому виндикація можетъ быть направляема противъ всякаго, кто пріобрѣтаетъ вещь отъ не-собственника, и только въ виду специальныхъ свойствъ предмета виндикація ограничивается, а именно: деньги и бумаги на предъявителя не подлежатъ виндикаціи, если владѣлецъ пріобрѣтаетъ ихъ добросовѣстно ¹⁾.

§ 2. Бельгія.

Въ Бельгіи дѣйствуетъ Кодексъ Наполеона ²⁾, который нами уже разсмотрѣнъ выше. Нѣкоторые отдѣлы его подверглись измѣненіямъ; статьи же 2279 и 2280 сохранены въ своей буквальной точности.

§ 3. Голландія.

Здѣсь сначала дѣйствовалъ также Кодексъ Наполеона, а съ 1838 г. дѣйствуетъ кодексъ собственный ³⁾.

Голландскій кодексъ держится системы *traditio*, въ видѣ общаго правила говоритъ объ абсолютности виндикаціи, но затѣмъ въ ст. 2014 и 637 вполне примыкаетъ къ ст. 2279 и 2280 Кодекса Наполеона ⁴⁾.

Christian den Femtes Norske Lov и относится къ 1688 г. Шведскій кодексъ называется *Sweriges Rikes allmänna Lag* и относится къ 1734 г. — *Шершеневичъ*, Курсъ, I, 2, стр. 329—332. Специально о шведскомъ кодексѣ — *Grasserie, Les codes suédois de 1734, Introduction, p. XVII ss. (Collection de codes étrangers, Paris, 1895).*

¹⁾ *Lehr, Éléments de droit civil scandinave, n. 163 s.*

²⁾ *Шершеневичъ*, Курсъ, I, 2, стр. 285. *Amiaud, Aperçu, p. 46 s.* См. *Les Codes en vigueur en Belgique avec les modifications introduites de 1814 à 1884, édition annotée par Delebecque et Hofmann, continuée par Eeckman et Spronek, 5 éd., 1885, Art. 2279, 2280.*

³⁾ *Шершеневичъ*, тамъ же, стр. 286 и сл. *Amiaud, Aperçu, p. 120.*

⁴⁾ *Goldschmidt, Zeitschr. f. H. R., VIII, S. 286 f.*

§ 4. Сербія.

Сербское гражданское право кодифицировано въ 1844 г. ¹⁾.

Здѣсь ст. 218 проводитъ правило: *ubi rem meam invenio, ibi vindico*; статья эта говоритъ такъ:

Если ты найдешь и опознаешь свою вещь, которую никому не уступалъ, у другого, то ты вправѣ судебнымъ порядкомъ требовать возвращенія этой вещи ²⁾.

Это правило, какъ мы уже утверждали и выше, присуще, собственно говоря, всѣмъ законодательствамъ, независимо отъ ихъ отношенія къ нашему вопросу.

Дополненіемъ къ только что приведенной статьѣ является ст. 222:

Вещь, которую нельзя отличить отъ другихъ вещей и распознать, нельзя требовать судебнымъ порядкомъ, какъ свою, а только вознагражденіе отъ лица, которое отвѣтственно.

Это ограниченіе вытекаетъ изъ самой сущности дѣла: виндикація не мыслима безъ доказательствъ тождества виндицируемой вещи.

Но уже совсѣмъ иное значеніе имѣетъ ст. 221:

Но если отвѣтчикъ, у котораго находится чужая движимая вещь, докажетъ, что приобрѣлъ ее съ публичнаго торга, или отъ торговца, торгующаго обыкновенно такими вещами, или отъ ремесленника, выдѣлывающаго такія вещи, или отъ лица, которому собственникъ вещи отдалъ ее въ орудіе, или на сохраненіе, или въ закладъ,

¹⁾ Шершеневичъ, тамъ же, стр. 352. *Amiaud*, *ibid.*, p. 137.

²⁾ Эту и слѣдующія статьи мы цитируемъ по изданію Редакціонной Коммиссіи по составленію проекта гражданского уложенія, С.-Пб., 1887 г.

или отъ лица, которому она ввѣрена какимъ-либо образомъ такъ, что покупатель не могъ предполагать злого умысла, или усумниться въ добросовѣстности, то истецъ не можетъ получить вещь судебнымъ порядкомъ, если отвѣтчикъ добровольно не уступитъ ее и не удовольствуется вознагражденіемъ отъ лицъ, у которыхъ онъ ее купилъ, но только вправѣ требовать вознагражденія отъ лицъ, отвѣтственныхъ въ этомъ передъ нимъ.

Именно эта статья и опредѣляетъ отношеніе Сербскаго Уложенія къ нашему вопросу.

Итакъ, если вещь покупается на публичномъ аукціонѣ или отъ торговца, торгующаго подобными вещами, или отъ ремесленника, выдѣлывающаго подобныя вещи, то право собственности приобретается независимо отъ того, какъ вещь вышла изъ рукъ собственника: законъ на это обстоятельство не обращаетъ вниманія; значитъ, возможность приобретения одинаково распространяется и на вещи краденныя и утерянныя; въ остальныхъ же случаяхъ, т. е. когда продавцомъ является не купецъ и не ремесленникъ, приобретение возможно лишь относительно вещей *ввѣренныхъ*; слѣдовательно, тѣ вещи, которыя нельзя считать ввѣренными, приобретению отъ не-собственника не подлежатъ.

Все это почти совершенно совпадаетъ съ постановленіями § 367 Австрійскаго Уложенія, которое и вообще служило образцомъ для сербскаго кодекса ¹⁾.

§ 5. Португалія.

Португальское гражданское уложеніе появилось въ 1867 году ²⁾.

¹⁾ Шершеневичъ, тамъ же, стр. 352.

²⁾ Шершеневичъ, Курсъ, I, 2, стр. 284. См. *Code civil portugais promulgué le 1 juillet 1867 mis en vigueur le 1 janvier 1868 traduit, annoté et précédé d'une introduction par F. Lepelletier. Paris, 1894.*

Для перехода права собственности на движимую вещь здѣсь достаточно одного лишь соответствующаго соглашения; передача не нужна.

Ст. 1549 говорить:

L'acheteur a la propriété de la chose vendue à dater de la célébration du contrat...

Что же касается затѣмъ приобрѣтений а non-domino, то здѣсь прежде всего ст. 1555 постановляетъ, что продавать можно только собственныя вещи, а если кто продаетъ вещь чужую, то сдѣлка ничтожна ¹⁾.

Далѣе, какъ бы въ развитіе этого положенія, ст. 532 говорить, что, при наличности титула и bona fides у приобрѣтателя, движимая вещь можетъ быть приобрѣтена только путемъ 3-лѣтней давности ²⁾; слѣдовательно, до истеченія этого срока виндикація со стороны собственника вполне возможна. Если же вещь была потеряна собственникомъ или добыта отъ него путемъ преступленія, то, по ст. 533, для добросовѣстнаго третьяго лица необходима *шестилѣтняя* давность ³⁾.

Уступка новому началу дѣлается лишь въ слѣдующемъ. — Если краденая или утерянная вещь приобрѣтается bona fide на рынкѣ, на ярмаркѣ или отъ купца, торгующаго подобными вещами, то виндицирующій собственникъ обязывается возмѣстить приобрѣтателю-отвѣтчику ту сумму, за которую эта вещь была имъ приобрѣтена.

¹⁾ Art. 1555: Nul ne peut vendre que les choses qui lui appartiennent en propre ou auxquelles il a droit; et si quelqu'un vend une chose appartenant à autrui, le contrat sera nul...

²⁾ Art. 532: Les choses mobilières peuvent être prescrites par une possession durant trois ans, s'il y a possession continue paisible, avec juste titre et bonne foi, ou durant dix ans, à défaut de bonne foi et de juste titre. — Le juste titre et la bonne foi se présument toujours.

³⁾ Art. 533: Si une chose mobilière perdue par son propriétaire ou acquise par l'effet d'un crime ou d'un délit, vient à passer aux mains d'un tiers de bonne foi, celui-ci l'acquiert par prescription à l'expiration d'un délai de six ans.

Объ этомъ говорить Art. 534:

Quiconque revendique une chose, dans le délai établi à cet effet, à celui qui l'a achetée à un marché, sur une foire publique, ou à un marchand faisant le commerce de choses semblables ou de même genre, est obligé de la payer au tiers de bonne foi au prix qu'elle lui a coûté, sauf recours contre l'auteur du vol ou de la violence ou contre celui qui l'a trouvée.

Спрашивается: что, если *вещная* вещь приобрѣтается на аукционѣ и т. п.? Законъ специально не предусматриваетъ этой категоріи случаевъ, но изъ приведенныхъ статей, — 532 и 534, — вытекаетъ, что виндикація все же возможна въ теченіе трехъ лѣтъ, при чемъ истецъ *тѣмъ болѣе* обязанъ возмѣстить владѣльцу-отвѣтчику издержки по приобрѣтенію данной вещи.

Итакъ, приобрѣтеніе права собственности отъ не-собственника здѣсь невозможно совсѣмъ. Самое большее, что здѣсь возможно, это — охрана приобрѣтателя отъ экономическаго ущерба въ случаяхъ публичнаго приобрѣтенія.

§ 6. Черногорія.

Черногорскій кодексъ, — Общій Имущественный Законникъ, — появился въ 1888 г. ¹⁾.

Этотъ Законникъ держится системы traditio. Ст. 65 говорить:

Celui qui achète une chose mobilière déterminée ne peut s'en dire propriétaire tant qu'elle ne lui a pas été livrée. C'est seulement après la livraison effective qu'il en acquiert la propriété.

¹⁾ Шершеневичъ, Курсъ, I, 2, стр. 350 и сл. См. Code général des biens pour la principauté de Monténégro de 1888 traduit par Rodolphe Dareste et Albert Rivière. Paris, 1892.

Затѣмъ въ ст. 97 узаконяется правило объ абсолютности виндикаціи:

Quiconque est légitime propriétaire d'une chose est protégé par la loi dans sa propriété, non seulement par les moyens qui protègent la possession, mais aussi par le droit de revendication. En conséquence, lorsqu'une chose est enlevée à un propriétaire contre sa volonté, ou est retenue sans droit par une autre personne, il peut, avec l'aide du tribunal, se la faire restituer directement par le possesseur quel qu'il soit.

Но для виндикаціи необходимо доказать, во 1-хъ, свое право собственности, а во 2-хъ, тождество виндицируемой вещи. Ст. 98 говорить:

Quiconque revendique une chose doit, au besoin, prouver qu'il en est en effet propriétaire, et en donner autant que possible un signalement assez précis, pour qu'on puisse la distinguer de toute autre.

Затѣмъ по ст. 99 и 100 всякій держатель чужой вещи, особенно же держатель недобросовѣстный, долженъ возвратить вещь настоящему собственнику безъ всякаго за это вознагражденія. Отсюда исключаются только случаи, предусмотрѣнные въ ст. 101, которая говорить слѣдующее:

Quand une chose a été achetée de bonne foi et publiquement au marché, dans un magasin, à une vente publique, le propriétaire qui en a été dépossédé ne peut la réclamer au possesseur actuel qu' à la condition de lui rembourser tout ce qu'elle lui a coûté, et au cas seulement où il ne l'a pas encore acquise par prescription. Mais ce propriétaire a le droit de se faire complètement indemniser, par la personne respon-

sable du fait, de tout ce qu'il a ainsi payé pour la chose et de tout le dommage qu'il a subi.

Si la chose dont il a été dépossédé, et qu'il entend revendiquer conformément au présent article, est soit un boeuf ou un cheval, soit une chose quelconque d'une valeur supérieure à vingt-cinq francs, l'acheteur doit en outre faire connaître celui de qui il la tient.

Итакъ, вещи, вышедшія изъ рукъ собственника противъ его воли, подлежатъ виндикаціи по общему правилу, и только въ случаяхъ публичнаго и добросовѣстнаго ихъ приобрѣтенія виндикація допускается лишь взаимнѣ покупиной цѣны.

Къ вещамъ же, вышедшимъ изъ рукъ собственника *согласно* его волѣ, относится ст. 91, по которой приобрѣтеніе движимой вещи, при наличности *bona fides* и *justus titulus*, даетъ право собственности лишь по истеченіи пятилѣтней давности.

Такимъ образомъ черногорскій Законникъ совершенно не допускаетъ непосредственнаго приобрѣтенія права собственности отъ не-собственника. Въ этомъ отношеніи черногорскій кодексъ вполне совпадаетъ съ кодексомъ португальскимъ.

§ 7. Испанія.

Въ Испаніи теперь дѣйствуетъ кодексъ 1889 г. ¹⁾

Для приобрѣтеній отъ собственника здѣсь — система *traditio*. Ст. 1095 говорить:

Le créancier a droit aux fruits de la chose du moment où naît l'obligation de la lui livrer. Néanmoins il n'acquiert pas de droit réel sur elle tant qu'elle ne lui a pas été livrée ²⁾.

¹⁾ *Шершеневичъ*, тамъ же, стр. 282 и сл. См. Code civil espagnol promulgué le 24 juillet 1889 traduit et annoté par A. Levé, Paris, 1890.

²⁾ *Levé*, Code civil espagnol, Introduction, p. XX s. *Lehr*, Éléments de droit civil espagnol, p. 216 ss., 377.

Къ нашему же вопросу относится ст. 464, которая гласитъ такъ:

La possession des biens meubles, acquise de bonne foi, équivaut à un titre. Néanmoins celui qui a perdu une chose mobilière, ou qui en a été privé illégalement, peut la revendiquer contre celui qui la possède ¹⁾.

Здѣсь мы видимъ подражаніе ст. 2279 Кодекса Наполеона, съ той однако разницей, что здѣсь опредѣленно указывается на необходимость добросовѣстности для пріобрѣтателя, и вмѣсто кражи выставляется болѣе широкое понятіе вообще незаконнаго лишенія вещи.

Затѣмъ та же самая статья продолжаетъ:

Si le possesseur d'une chose mobilière, perdue ou volée, l'a acquise de bonne foi en vente publique, le propriétaire ne pourra en obtenir la restitution sans rembourser le prix payé.

Это — воспроизведеніе ст. 2280 Кодекса Наполеона, но только тамъ наряду съ публичными аукціонами поставлены ярмарки и рынки, а здѣсь въ этихъ дальнѣйшихъ случаяхъ — свои особья правила *торговаго* права, какъ на это указывается въ концѣ цитируемой 464-ой статьи Испанскаго Кодекса.

Наконецъ, все та же 464 статья говоритъ о закладахъ чужихъ вещей въ авторизированныхъ правительствомъ ломбардахъ или ссудныхъ кассахъ: виндицирующій собственникъ долженъ уплатить ту сумму (съ процентами), за которую данная вещь заложена.

De même, le propriétaire de chose engagée dans les monts de piété, établis avec l'autorisa-

¹⁾ До появленія кодекса 1889 г. въ Испаніи добросовѣстныя пріобрѣтенія отъ не-собственниковъ не защищались: они разрушались виндикаціей собственника. — *Lehr, Éléments*, p. 217, 378.

tion du Gouvernement, ne pourra en obtenir la restitution, quel que soit celui qui l'ait engagée, sans rembourser auparavant à l'établissement le montant du prêt et les intérêts échus.

Итакъ, по существу испанскій кодексъ всецѣло находится подъ влияніемъ кодекса французскаго, но въ редакціонномъ отношеніи сдѣланъ значительный шагъ впередъ, и потому тѣ положенія, которыя по французскому праву являются спорными или выводятся лишь путемъ толкованія и аналогіи, здѣсь прямо и ясно опредѣляются закономъ. Только въ дѣлѣ конструкціи не сдѣлано никакихъ улучшеній, и сохранена старая формула: „La possession équivaut à un titre”.

ГЛАВА X.

Гражданское и торговое право Германской Империи.

Теперь намъ остается рассмотреть, какъ нашъ вопросъ рѣшается новѣйшимъ и важнѣйшимъ изъ иностранныхъ кодексовъ, — Общегерманскимъ Гражданскимъ Уложениемъ 1896 г.

Гражданское право объединенной Германской Империи было кодифицировано, какъ извѣстно, не сразу: въ 1888 г. появился первый проектъ, который однако, подвергшись довольно суровой критикѣ, былъ отвергнутъ и силы закона не получилъ ¹⁾. Только второй проектъ, законченный въ 1896 г., получилъ санкцію законодательной власти и вступилъ въ дѣйствіе съ 1 января 1900 г. подъ названіемъ Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich ²⁾. Это послѣднее Уложение и дастъ намъ главное содержаніе для настоящей главы; но такъ какъ и проектъ 1888 г. явился результатомъ долгой работы выдающихся юристовъ Германіи, то мы считаемъ необходимымъ предварительно

¹⁾ О первомъ проектѣ — *Шершеневичъ*, Курсъ, I, 2, стр. 313 и сл. *Gierke*, *Der Entwurf. Planck*, *Arch. f. civ. Praxis*, Bd. 75.

²⁾ *Шершеневичъ*, тамъ же, стр. 316 и сл. Вообще объ Уложеніи 1896 г. — *Дювернуа*, Чтенія, I, Введение. *Stammler*, *Die Bedeutung des deutschen BGB.* *Stammler* und *Duncker*, *Soziale Gedanken im BGB.* *Гольденрингъ*, Духъ новаго герман. гражд. уложенія. *Oertmann*, *Die volkswirtschaftl. Bedeutung des BGB.* См. Вѣстникъ права, 1900, № 6, стр. 186 и сл. *Врунъ*, Гражд. уложеніе для Герман. имперіи, Русская Мысль, 1897, № 2, стр. 58 и сл., № 3, стр. 1 и сл.

познакомиться съ постановленіями этого проекта и лишь послѣ этого перейти къ изученію нынѣ дѣйствующаго Общегерманскаго Уложенія.

Кромѣ того, послѣ принятія второго проекта оказалось необходимымъ пересмотрѣть и Торговое Уложеніе 1861 г. для согласованія его съ новымъ гражданскимъ кодексомъ; для этой цѣли въ Торговомъ Уложеніи были произведены нѣкоторыя измѣненія, между прочимъ, и по нашему вопросу; на этихъ измѣненіяхъ намъ также надо будетъ остановиться особо.

§ 1. Проектъ 1888 г.

Составители проекта 1888 г. по вопросу о приобрѣтеніи движимостей въ собственность въ общемъ послѣдовали указаніямъ 14-го и 15-го сѣздовъ германскихъ юристовъ, которые рекомендовали, во 1-хъ, систему *traditio*, а во 2-хъ, — древнегерманское начало ограниченія виндикаціи, какъ оно выразилось въ Торговомъ Уложеніи 1861 г. ¹⁾.

Сначала мы нѣсколько остановимся на системѣ *traditio*; о ней § 874 говорить такъ:

Zur Uebertragung des Eigenthumes an einer beweglichen Sache durch Rechtsgeschäft ist ein zwischen dem Eigenthümer und dem Erwerber unter Uebergabe der Sache zu schliessender Vertrag erforderlich, welcher die Willenserklärung der Vertragschliessenden enthält, dass das Eigenthum auf den Erwerber übergehen soll.

¹⁾ *Motive*, III, S. 333, 344. *Verhandlungen des 14 Deutschen Juristentages*, II, S. 57, 267. *Verhandlungen des 15 Deutschen Juristentages*, II, S. 84. *Denkschrift*, S. 123. *Riess*, *Gutachten*, S. 642. *Gerber-Cosack*, *System*, S. 183, Anm. 21. *Gierke*, *Der Entwurf*, S. 337. *Cosack*, *Beiträge*, XIII, S. 25. *Meischeder*, *Beiträge*, III, S. 89 ff. *Jakubetzky*, *Bemerkungen*, S. 236.

Таким образом нужен договор о переходѣ права собственности и передача вещи; подъ передачей вещи здѣсь разумѣется передача и приобрѣтеніе *владѣнія*¹⁾, а владѣніе признается проектомъ (§ 797) только за тѣми, кто имѣетъ *detentio cum animo domini*²⁾. Дальнѣйшія правила о передачѣ или *traditio* даютъ 2-я и 3-я части § 874, а также §§ 803—805³⁾);

1) Motive, III, S. 334. *Buhl*, Der Schutz des Eigenthums, S. 36.

2) § 797: Der Besitz einer Sache wird erworben durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache (Inhabung) in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben (Besitzwille). — *Gierke*, Der Entwurf, S. 295 f. *Strohal*, Iherings Jahrbücher, XXXI, S. 9 f. *Buhl*, Der Schutz des Eigenthums, S. 36. *Dernburg*, Das bürgerl. Recht, III, S. 43 f. *Ihering*, Der Besitzwille, S. 470 ff. *Reatz*, Gutachten aus dem Anwaltstande, S. 747 ff. *Bähr*, Krit. Vierteljahresschrift, XXX, S. 481 ff. *Salvilles*, La théorie possessoire, p. 14.

3) § 874 Abs. 2: Ist der veräußernde Eigenthümer nicht Besitzer, sondern nur Inhaber der Sache, so wird die Uebergabe dadurch ersetzt, dass er dem Erwerber die Inhabung einräumt und dieser den Besitz ergreift. — Abs. 3: Die Uebergabe der Sache ist nicht erforderlich, wenn der Erwerber sich bei Schliessung des Vertrages bereits im Besitze der Sache befindet. — § 803 Abs. 1: Mittels Uebergabe wird der Besitz einer Sache erworben, wenn der Besitz von dem bisherigen Besitzer dem Erwerber eingeräumt und von diesem ergriffen wird. — Abs. 2: Die Willenserklärung des bisherigen Besitzers, dass er den Besitz einräumt, und die Willenserklärung des Erwerbers, dass er den Besitz ergreife, genügen für den Erwerb des Besitzes, wenn der Erwerber sich thatsächlich in der Lage befindet, die Gewalt über die Sache beliebig auszuüben. — § 804: Die in der Inhabung eines Anderen befindliche Sache kann von dem Besitzer einem Dritten dadurch übergeben werden, dass der bisherige Besitzer den Inhaber anweist, die thatsächliche Gewalt fortan für den Dritten auszuüben, und dieser gegenüber dem bisherigen Besitzer oder dem Inhaber den Besitzwillen erklärt. Der Besitz wird von dem Dritten nicht erworben, wenn der Inhaber unverzüglich nach dem Empfange der Anweisung gegenüber dem bisherigen Besitzer oder dem Dritten der Anweisung widerspricht. — § 805 Abs. 1: Die Uebergabe einer in der Inhabung des Besitzers befindlichen Sache an einen Anderen kann, wenn der Besitzer auf Grund eines zwischen ihm und dem Anderen bestehenden besonderen Rechtsverhältnisses befugt oder verpflichtet ist, die Sache als Inhaber zu behalten, dadurch bewirkt werden, dass der bisherige Be-

здѣсь указывается на *traditio brevi manu*, на *constitutum possessorium* и на уступку требованія о выдачѣ вещи.

Непосредственно же къ нашему вопросу относятся §§ 877—880.

Изъ нихъ § 877 говорить:

Wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer der Sache war, der Erwerber aber diesen Umstand bei dem sich vollziehenden Erwerbe nicht gekannt, seine Unkenntniss auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht hat, so erlangt der Erwerber durch den im § 874 bezeichneten Vertrag das Eigenthum. Die Kenntniss und die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntniss der Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäftes stehen, wenn die Anfechtung erfolgt, der Kenntniss und der auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntniss der mit der Anfechtung eingetretenen rechtlichen Wirkungen gleich.

Итакъ, приобрѣтеніе права собственности возможно и отъ не-собственника. Но для этого необходима, во 1-хъ, *bona fides* приобрѣтателя, во 2-хъ, — соответствующій договоръ между сторонами и, въ 3-хъ, — *traditio*¹⁾.

Что касается прежде всего *добросовѣстности* приобрѣтателя, то она здѣсь представляется какъ „*незнание*“ объ отсут-

сitzer im Einverständnisse mit dem Anderen diesem den Willen erklärt, die thatsächliche Gewalt fortan für denselben auszuüben. — Abs. 2: Ist der bisherige Besitzer berechtigt, den Anderen in Ansehung des Besitzerwerbes zu vertreten, so genügt zum Besitzerwerbe des Anderen jede Handlung des bisherigen Besitzers, durch welche der letztere den Willen kundgibt, die thatsächliche Gewalt fortan für den Anderen auszuüben. — Motive, III, S. 334 f. *Strohal*, Iherings Jahrbücher, XXXI, S. 27 ff. *Bähr*, Krit. Vierteljahresschr., XXX, S. 491 ff. *Wendt*, Arch. f. civ. Praxis, Bd. 74, S. 162 ff. *Buhl*, Der Schutz, S. 37. *Wolff*, Gutachten, S. 623 f. *Reatz*, Gutachten, S. 773 f.

1) Motive, III, S. 345 f.

ствіи у отчуждателя права собственности; однако это „незнание“ не должно основываться на грубой небрежности приобретателя, такъ какъ иначе приобретение права собственности окажется невозможнымъ¹⁾.

Замѣчательно, что относительно *недвижимостей* тотъ же проектъ (§ 837) менѣе строгъ къ приобретателю: послѣдній признается недобросовѣстнымъ только въ случаяхъ *положительнаго знанія* объ отсутствіи права собственности у отчуждателя²⁾.

Эта строгость къ приобретателю движимостей значительно увеличивается еще тѣмъ, что именно приобретатель и долженъ доказывать наличие у себя добросовѣстности³⁾, тогда какъ другія законодательства, какъ мы видѣли, *onus probandi* возлагаютъ на истца-собственника: этотъ послѣдній долженъ доказывать *недобросовѣстность* приобретателя.

Затѣмъ, что касается договора о переходѣ права собственности, то онъ долженъ представлять изъ себя вполне дѣйствительную сдѣлку; *bona fides* приобретателя исцѣляетъ только одинъ порокъ въ ней, — отсутствіе права собственности у отчуждателя; такимъ образомъ и здѣсь нуженъ *justus titulus*⁴⁾.

¹⁾ *Buhl*, Der Schutz des Eigenthums, S. 38. *Riess*, Gutachten, S. 642 f. *Mugdan*, Die gesammten Materialien, III, S. 192.

²⁾ *Buhl*, loc. cit.

³⁾ *Motive*, III, S. 346 f. *Buhl*, loc. cit. *Riess*, *ibid.*, S. 643. *Gierke*, Der Entwurf, S. 338. *Cosack*, Beiträge, XIII, S. 27. *Mugdan*, loc. cit. *Grützmann*, Sächs. Arch., V, S. 763. Въ оцѣнкѣ этого положенія мнѣнія расходятся: *Riess* одобряетъ его, а *Cosack* порицаетъ.

⁴⁾ *Riess*, Gutachten, S. 643 f. *Cosack* вооружается противъ требованія согласія сторонъ; онъ говоритъ: если вещь попадетъ въ руки прежняго собственника, то приобретатель будетъ имѣть право на виндикацію, такъ какъ это возвращеніе не будетъ имѣть въ своемъ основаніи указаннаго согласія сторонъ, между тѣмъ какъ слѣдовало бы (?) въ такихъ случаяхъ отдавать предпочтеніе прежнему собственнику. — *Beiträge*, XIII, S. 26 f. Однако если считается цѣлесообразнымъ давать добросовѣстному приобретателю право собственности, то повидимому уже нѣтъ никакого основанія возстановлять право

Наконецъ, необходима передача вещи, *traditio*¹⁾.

Передача должна быть реальной и замѣтной для третьихъ лицъ; поэтому отсюда устраняется не только *constitutum possessorium*, но даже и *brevi manu traditio*²⁾, хотя послѣдняя обыкновенно признается равносильной реальной передачѣ³⁾.

§ 879 говоритъ объ этомъ такъ:

Die Vorschriften der §§ 877, 878 finden keine Anwendung, wenn der Erwerb sich nach der Vorschrift des § 874 Abs. 3 ohne Uebergabe vollzogen hat oder wenn die Uebergabe nach den Vorschriften des § 805 erfolgt ist.

Указываемый здѣсь § 874 Abs. 3 говоритъ о *traditio brevi manu*, а § 805 — о *const. possessorium*'ѣ; ни при той, ни при другой формѣ передачи приобретение права собственности отъ не-собственника не возможно.

прежняго собственника въ зависимости отъ случайнаго перехода вещи въ его руки.

¹⁾ *Buhl*, Der Schutz, S. 36. *Gierke*, Der Entwurf, S. 338. *Mugdan*, Die ges. Materialien, III, S. 191. И Торговое Уложеніе 1861 г. требовало, чтобы вещь была „отчуждена и передана“.

²⁾ *Buhl*, Der Schutz, S. 37. *Mugdan*, Die ges. Materialien, III, S. 192. *Strohhal*, Iherings Jahrbücher, XXVII, S. 407, Anm. 68. *Grützmann*, Sächs. Archiv, V, S. 764. *Motive*, III, S. 345. Противъ требованія физической передачи *Gierke*, Der Entwurf, S. 338 и *Cosack*, Beiträge, XIII, S. 28 ff. Послѣдній авторъ говоритъ: неправильно устранять отсюда *constitutum possessorium*, разъ онъ вообще признанъ однимъ изъ способовъ передачи владѣнія; къ тому же устраненіе *const. possessorium*'а легко обойти: приобретатель можетъ на одинъ моментъ схватить вещь и затѣмъ сейчасъ же отдать ее обратно; противъ *const. possessorium*'а говорятъ, что онъ не замѣтенъ для третьихъ лицъ, но развѣ тѣлесная передача съ немедленнымъ возвращеніемъ вещи замѣтнѣе? — По этому поводу мы напоминаемъ слова *Duranton*'а: законъ требуетъ реального владѣнія, а не реальной передачи (см. выше, стр. 106). Такимъ образомъ передача здѣсь является лишь средствомъ для установленія реального владѣнія; сама же по себѣ она дѣйствительно не достаточна.

³⁾ См. выше, стр. 106 и 215.

И наоборотъ, если всё перечисленные выше условія ¹⁾ имѣются на лицо, то § 877 обнаруживаетъ свое полное дѣйствіе, которое состоитъ въ томъ, что *приобрѣтатель получаетъ право собственности* ²⁾; слѣдовательно, право прежняго собственника уничтожается ³⁾. Кроме того, это право собственности *приобрѣтается*, въ виду § 878, свободнымъ отъ вещныхъ ограниченій, лежащихъ на вещи, если только *приобрѣтатель bona fide* о нихъ не зналъ ⁴⁾:

Mit der Erlangung des Eigenthumes durch den Erwerber erlöschen zugleich alle sonstigen an der Sache bisher begründeten Rechte, wenn sie dem Erwerber bei dem Erwerbe nicht bekannt gewesen sind, die Unkenntniss des Erwerbers auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht hat. Die Vorschrift des § 877 Satz 2 findet entsprechende Anwendung.

При всемъ этомъ нельзя не обратить вниманія на то, что разсматриваемый проектъ, въ отличіе отъ Торговаго Уложенія 1861 г., относится совершенно безразлично къ вопросу о возмездности или безвозмездности *приобрѣтенія*: послѣднія защищаются точно такъ же, какъ и первыя ⁵⁾, что вызвало справедливыя нареканія въ литературѣ ⁶⁾.

Во всякомъ случаѣ, разъ *приобрѣтеніе* совершилось, то

¹⁾ См. еще нѣкоторыя замѣчанія относительно объекта у *Strohhal's*, *Iherings Jahrbücher*, XXX, S. 165.

²⁾ Motive, III, S. 347. *Buhl*, Der Schutz, S. 39. *Mugdan*, Die ges. Materialien, III, S. 193.

³⁾ Art. 306 Общегерманскаго Торговаго Уложенія прямо указываетъ на это.

⁴⁾ Motive, III, S. 347. *Buhl*, op. cit., S. 39. *Cosack*, Beiträge, XIII, S. 28. *Riess*, Gutachten, S. 650.

⁵⁾ *Buhl*, op. cit., S. 41.

⁶⁾ *Gierke*, Der Entwurf, S. 338. *Cosack*, Beiträge, XIII, S. 27. *Riess*, Gutachten, S. 645 ff. *Петражицкій*, Права добросов. владѣльца, стр. 309 сл.

потерявшій собственникъ можетъ обращаться только къ лицу, неправомѣрно отчуждившему его вещь, и требовать отъ него выдачи обогащенія ¹⁾. Къ *приобрѣтателю* же никакихъ притязаній быть не можетъ.

Но идемъ дальше. Согласно древне-германскому принципу проектъ имѣлъ въ виду давать защиту добросовѣстнымъ *приобрѣтеніямъ* лишь настолько, насколько вещи не были украденными, утерянными или вообще вышедшими изъ рукъ собственника противъ его воли. Отсюда, въ свою очередь, исключаются, по примѣру § 307 Торговаго Уложенія, деньги и бумаги на предъявителя, а также и всякія другія движимости, если онѣ *приобрѣтаются* на публичномъ аукціонѣ ²⁾.

Обо всемъ этомъ вторая половина § 879-го говоритъ такъ:

Sie (т.-е. §§ 877 и 878) finden ferner keine Anwendung, wenn die veräußerte Sache gestohlen oder verloren oder in anderer Weise ohne den Willen des Eigenthümers oder desjenigen, welcher sie für denselben innehatte, aus deren Inhabung gekommen ist, es sei denn, dass Geld oder ein Inhaberpapier veräußert oder die Veräußerung einer anderen Sache mittels öffentlicher Versteigerung durch einen zuständigen Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befugten sonstigen Beamten oder öffentlich angestellten Auktionator (§ 36 der Gewerbeordnung) bewirkt ist.

Здѣсь уже нѣтъ никакихъ сомнѣній, что кража и потеря

¹⁾ § 880: Wer in Gemässheit der §§ 877 bis 879 den Verlust eines Rechtes erleidet, kann von demjenigen, welcher unberechtigt verfügt hat, die Herausgabe der dadurch erlangten Bereicherung fordern. Die Vorschriften des § 748 Abs. 3 finden Anwendung. *Riess*, Gutachten, S. 651 ff. *Buhl*, Der Schutz, S. 41.

²⁾ Motive, III, S. 348 f. *Mugdan*, Die ges. Materialien, III, S. 193 f. *Riess*, Gutachten, S. 644 f., 649. *Gierke*, Der Entwurf, S. 339. *Cosack*, Beiträge, XIII, S. 31. *Buhl*, Der Schutz, S. 40.

являются только *триглыми* недобровольнаго лишенія вещи: широкая формула дается самимъ закономъ. Въ Торговомъ Уложении 1861 г. такой формулы еще не было, но самое положеніе судебной практикой уже признавалось.

Кромѣ того, здѣсь уравниваются въ своемъ значеніи выходъ вещи изъ рукъ самого собственника и выходъ изъ рукъ его представителя, — вопросъ спорный для *древне-германскаго права* ¹⁾, но тоже уже разрѣшенный въ только-что указанномъ смыслѣ практикой Торговаго Уложения 1861 г. ²⁾.

Во всякомъ случаѣ, когда виндицируется украденная или утерянная вещь, то по § 939 добросовѣстный владѣлецъ-отвѣтчикъ можетъ требовать отъ виндиканта-собственника возмѣщенія уплоченной за вещь суммы ³⁾. Такимъ образомъ виндикація здѣсь оказывается условной; владѣлецъ-отвѣтчикъ имѣетъ даже *jus retentionis* для обезпеченія своего требованія.

¹⁾ См. выше, стр. 42.

²⁾ См. выше, стр. 223 сл.

³⁾ § 939 Abs. 1: Hat der Besitzer einer beweglichen Sache, welche ihm von einem Nichteigenthümer übertragen ist, das Eigenthum an derselben nur auf Grund der im § 879 Satz 2 enthaltenen Vorschriften nicht erworben, so kann er von dem Eigenthümer Ersatz desjenigen fordern, was er für den Erwerb der Sache dem Veräußerer geleistet oder noch zu leisten hat, jedoch nur bis zur Höhe des Werthes, welchen die Sache zur Zeit der Herausgabe nach Abzug der von dem Eigenthümer zu ersetzenden Verwendungen hat. — Abs. 2: Dieser Anspruch des Besitzers ist dadurch bedingt, dass derselbe die Sache dem diese zurückverlangenden Eigenthümer herausgibt. Der Besitzer hat wegen des Anspruches das Zurückbehaltungsrecht. Soweit er den Anspruch und dessen Umfang nicht vor oder bei der Herausgabe der Sache dem Eigenthümer angezeigt hat, erlischt der Anspruch. — Abs. 3: In Ansehung der Ansprüche, welche dem ersatzpflichtigen Eigenthümer gegen den Veräußerer zustehen, finden die Vorschriften des § 880 entsprechende Anwendung. — *Gierke*, Der Entwurf, S. 339 f. Этотъ авторъ порицаетъ установленіе здѣсь Lösungsanspruch'a: послѣдній въ большей части Германіи допускается лишь при приобретешяхъ на рынкахъ, ярмаркахъ и публичныхъ аукціонахъ. См. еще *Riess*, Gutachten, S. 653 ff. *Bahl*, Der Schutz, S. 39. *Gerber-Cosack*, System, S. 184, Anm. 4.

§ 940 даетъ аналогичное постановленіе относительно залога: подлежащій въ силу второй части § 879-го виндикаціи залогоприниматель обязанъ выдать вещь собственнику лишь взаменъ суммы залога ¹⁾.

Теперь мы переходимъ къ *Общегерманскому гражданскому уложению 1896 г.*

§ 2. *Общегерманское Гражданское Уложение.*

Передъ изложеніемъ вопроса о приобрѣтеніи движимостей отъ не-собственника по *Общегерманскому Уложению* намъ необходимо предварительно хотя-бы вкратцѣ познакомиться съ постановкой владѣнія и *traditio* въ этомъ кодексѣ.

§ 854 говоритъ о владѣніи такъ:

Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache erworben.

Такимъ образомъ владѣніемъ здѣсь называется *фактическая власть надъ вещью*; о собственнической волѣ уже рѣчи нѣтъ ²⁾; поэтому владѣльцами здѣсь признаются залогоприниматели, наниматели, поклажеприниматели и т. д.; сюда же относятся, конечно, и собственники, но лишь въ тѣхъ случаяхъ; когда вещь находится въ ихъ обладаніи, въ ихъ фактической власти ³⁾.

¹⁾ § 940: Hat der Inhaber einer beweglichen Sache, welche ihm von einem Nichteigenthümer verpfändet ist, das Pfandrecht an derselben nur auf Grund der im § 879 Satz 2 und im § 1147 enthaltenen Vorschriften nicht erworben, so finden die Vorschriften des § 939 mit der Massgabe entsprechende Anwendung, dass der Inhaber Ersatz desjenigen fordern kann, was er dem Schuldner gegen Empfang des Pfandes geleistet hat. — *Gierke*, Der Entwurf, S. 339.

²⁾ *Biermann*, Sachenrecht, S. 5. *Kipp* въ Lehrbuch'ъ Windscheid'a, I, S. 689, 691. *Saliciles*, La théorie possessoire, p. 12.

³⁾ *Dernburg*, Das bürgerl. Recht, III, S. 44 f. *Endemann*, Lehrbuch, II, S. 116. *Matthias*, Lehrbuch, II, § 2. *Kuhlenbeck*, Das bürgerl.

Все это — владѣніе *непосредственное*.

Если же непосредственный владѣлец передасть вещь другому лицу въ закладъ, наемъ и т. п., то въ такомъ случаѣ непосредственнымъ владѣльцемъ будетъ уже это другое лицо; самъ же отдавшій вещь превратится тогда во владѣльца *посредственного*.

§ 868: *Besitzt jemand eine Sache als Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Miether, Vehrwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der Andere Besitzer (mittelbarer Besitz)*¹⁾.

Для того, чтобъ быть посредственнымъ владѣльцемъ, не нужно быть непременно собственникомъ; такимъ владѣльцемъ является *всякій*, кто отдаетъ вещь (свою или чужую) другому лицу въ непосредственное владѣніе: представимъ себѣ, напр., наемъ и подъ-наемъ.

§ 871: *Steht der mittelbare Besitzer zu einem Dritten in einem Verhältnisse der im § 868 bezeichneten Art, so ist auch der Dritte mittelbarer Besitzer*²⁾.

Gesetzbuch, II, S. 6. *Cosack*, Lehrbuch, II, S. 60 ff. *Engelmann*, Das Bürgerl. Recht, S. 485. *Gierke*, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes, S. 1 ff. *Strohal*, Iherings Jahrbücher, XXXVIII, S. 1 ff. *Bekker*, Iherings Jahrbücher, XXXIV, S. 8. *Kniep*, Der Besitz des BGB., S. 2, 6. *Planck*, Bürgerl. Gesetzbuch, Liefer. 10, S. 28 f. *Wendt*, Arch. f. die civ. Praxis, LXXXVII, S. 41. *Buhl*, Das Recht der bewegl. Sachen, S. 20. *Buhl*, Der Schutz des Eigenthums, S. 42. *Haidlen*, Bürgerl. Gesetzbuch, II, S. 23. *Покровский*, Вѣстн. Права, 1899, кн. 1, стр. 97.

¹⁾ *Dernburg*, *ibid.*, S. 46. *Cosack*, Lehrbuch, II, S. 62 f. *Endemann*, Lehrbuch, II, S. 117, 124 ff. *Klein*, Der mittelbare Besitz, S. 14 ff. *Matthias*, *ibid.*, S. 7 f. *Gierke*, *op. cit.*, S. 7. *Planck*, *ibid.*, S. 54 ff. *Biermann*, Sachenrecht, S. 34 ff. *Kipp* въ Lehrbuch'ѣ Windscheid'a, I, S. 697 ff. *Saleilles*, La théorie possessoire, p. 31 ss.

²⁾ *Bekker*, Iherings Jahrbücher, XXXIV, S. 47. *Strohal*, Iherings Jahrbücher, XXXVIII, S. 28. *Biermann*, Sachenrecht, S. 42.

Какъ посредственное, такъ и непосредственное владѣніе, будучи соединеннымъ съ *animus*'омъ *domini* представляетъ изъ себя *собственное владѣніе*, *Eigenbesitz*.

§ 872: *Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer*¹⁾.

Наконецъ, надо отмѣтить, что изъ понятія непосредственнаго владѣнія дѣлается нѣкоторая вырѣзка, а именно: если кто-либо осуществляетъ фактическую власть надъ вещью для другого лица въ его домашнемъ хозяйствѣ или въ его предпріятіи, или въ какомъ-нибудь подобномъ положеніи, благодаря которому онъ долженъ повиноваться указаніямъ этого другого лица относительно вещи, то владѣльцемъ признается только это другое лицо.

§ 855: *Uebt jemand die thatsächliche Gewalt über eine Sache für einen Anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältniss aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der Andere Besitzer*²⁾.

Такимъ образомъ для наличности владѣнія фактическая власть должна обладать извѣстной долей независимости.

Теперь переходимъ къ разсмотрѣнію *traditio*, которая не-

¹⁾ *Dernburg*, *ibid.*, S. 47 f. *Cosack*, *ibid.*, S. 64 f. *Endemann*, *ibid.*, S. 118 ff. *Planck*, *ibid.*, S. 62. *Kniep*, *op. cit.*, S. 16 ff. *Strohal*, Iherings Jahrb., XXXVIII, S. 13. *Kuhlenbeck*, *ibid.*, S. 8. *Engelmann*, Das Bürgerl. Recht, S. 485. *Biermann*, *loc. cit.* *Manigk*, Arch. f. Bürgerl. Recht, XXV, S. 316 ff.

²⁾ *Dernburg*, *ibid.*, S. 51 ff. *Wendt*, Arch. f. civ. Praxis, LXXXVII, S. 41 f. *Buhl*, Das Recht der bewegl. Sachen, S. 21 f. *Endemann*, Lehrbuch, II, § 33. *Kniep*, Der Besitz, S. 35 ff. *Cosack*, Lehrb., II, S. 66. *Biermann*, *ibid.*, S. 10 ff. *Rotering*, Arch. f. Bürgerl. Recht, XXVII, S. 66 f. *Kipp* въ Lehrbuch'ѣ Windscheid'a, I, S. 691. *Saleilles*, La théorie possessoire, p. 16, 18 ss.

обходима для перехода или приобретения права собственности на движимыя имущества.

§ 929 говоритъ:

Zur Uebertragung des Eigenthums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigenthümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigenthum übergehen soll.

Итакъ, здѣсь нужно прежде всего соглашеніе между собственникомъ и приобретателемъ о переходѣ права собственности, а затѣмъ нужна передача вещи, *traditio*.

Что касается указанного соглашенія, то оно представляетъ изъ себя *вещный договоръ*¹⁾. Этотъ договоръ *абстрактенъ*, а потому его дѣйствіе не зависитъ отъ дѣйствительности или недѣйствительности каузальнаго договора купли-продажи, даренія и т. п.²⁾; въ частности не требуется, чтобы цѣна вещи была уплачена или кредитована³⁾; но самъ по себѣ этотъ договоръ долженъ удовлетворять всѣмъ условіямъ дѣйствительности юридическихъ сдѣлокъ, потому что иначе онъ не произведетъ своего обычнаго дѣйствія⁴⁾. Однако не требуется прямо-

¹⁾ *Dernburg*, Das bürgerl. Recht, III S. 298. *Gierke*, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes, S. 41. *Cosack*, Lehrbuch, II, S. 116 f. *Endemann*, Lehrb., II, S. 61 f., 71, Anm. 3, S. 313. *Planck*, Bürgerl. Gesetzbuch, Liefer. 10, S. 15 ff. *Strohal*, Iherings Jahrb., XXXVIII, S. 81 ff. *Buhl*, Das Recht der bewegl. Sachen, S. 56. *Leonhard*, Vertretung, S. 110. *Traumann*, Wirkungen des Erwerbs, S. 38. Cp. *Bruck*, Die Einigung, § 3, *Stöver*, Arch. f. Bürgerl. Recht, XXVI, S. 178 f., 194.

²⁾ *Dernburg*, loc. cit. *Wendt*, Archiv f. Civ. Praxis, LXXXIX, S. 5. *Planck*, *ibid.*, Liefer. 16, S. 179. *Biermann*, Sachenrecht, S. 135. *Endemann*, Lehrbuch, II, S. 313 f. *Engelmann*, Das Bürgerl. Recht, S. 536. *Hachenburg*, Das Bürgerl. Gesetzbuch, II, S. 132. *Matthias*, Lehrbuch, II, S. 47. *Kah*, Annalen der Bad. Gerichte, LXV, S. 316. *Bruck*, op. cit., § 4. *Traumann*, loc. cit. *Meilhaus*, Eigentumserwerb, S. 96 f. Protokolle, S. 3676.

³⁾ *Biermann*, *ibid.*, S. 136.

⁴⁾ *Dernburg*, *ibid.*, S. 297. *Kober*, Standinger's Kommentar, Liefer. 3, S. 177. *Strohal*, Iher. Jahrb., XXXVIII, S. 82 f. *Biermann*, loc.

го и явнаго волеизъявленія; на дѣлѣ оно часто познается именно изъ каузальной сдѣлки; не нужно и совпаденія этого договора съ передачей¹⁾.

Затѣмъ, что касается передачи, то она принимаетъ различныя формы, и эти формы находятся въ зависимости отъ тѣхъ разновидностей владѣнія, которыя нами описаны выше.

Такъ, въ виду § 854 Abs. 1 первой формой *traditio* является реальная передача вещи приобретателю, т.-е. предоставленіе вещи въ его *непосредственное* владѣніе²⁾.

Второй формой передачи является *traditio brevi manu*. Здѣсь достаточно одного соответствующаго соглашенія сторонъ.

§ 929 Satz 2: Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Uebergang des Eigenthums³⁾.

По римскому праву здѣсь приобретатель изъ детентора превращался въ юридическаго владѣльца, а здѣсь непосредственное владѣніе приобретателя принимаетъ характеръ владѣнія собственническаго.

Третьей формой передачи является *constitutum possessorium*. Здѣсь также дѣло ограничивается однимъ лишь соглашеніемъ, но распределеніе владѣнія здѣсь иное. А именно, здѣсь непосредственнымъ владѣльцемъ является отчуждатель-собственникъ; по договору онъ предоставляетъ приобретателю посредственное собственническое владѣніе, а самъ остается непосредственнымъ владѣльцемъ; это его владѣніе утрачиваетъ только свой прежній собственническій характеръ.

cit. *Hachenburg*, Das Bürgerl. Gesetzbuch, II, S. 132. *H. Schmidt*, Auslegung des § 366 HGB., S. 9. Cp. *Stöver*, Archiv f. Bürgerl. Recht, XXVI, S. 149 ff., 165 ff., 170 ff., 194.

¹⁾ *Planck*, *ibid.*, S. 180.

²⁾ *Cosack*, Lehrbuch, II, S. 116. *Kober*, *ibid.*, S. 176. *Biermann*, *ibid.*, S. 5, 135. *Meilhaus*, op. cit., S. 75. *H. Schmidt*, loc. cit.

³⁾ *Dernburg*, *ibid.*, S. 301 f. *Endemann*, Lehrbuch, II, S. 314. *Biermann*, *ibid.*, S. 137. *Buhl*, Das Recht der bewegl. Sachen, § 27.

§ 930: Ist der Eigenthümer im Besitze der Sache, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, dass zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältniss vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt ¹⁾.

По римскому праву опять конструкция была иная: тамъ отчуждатель изъ юридическаго владѣльца превращался въ простаго детентора, а юридическое владѣніе *cum animo domini* переходило на приобрѣтателя.

Кромѣ того, надо отмѣтить, что *constitutum possessorium* по Общегерманскому Уложенію является сдѣлкой каузальной ²⁾, а по римскому праву — абстрактной, хотя тамъ этотъ вопросъ и былъ спорнымъ ³⁾.

Наконецъ, четвертая форма передачи — цессія виндикаціоннаго иска или вообще иска о выдачѣ вещи, находящейся у третьяго лица.

§ 931: Ist ein Dritter im Besitze der Sache, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, dass der Eigenthümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt ⁴⁾.

Если собственникъ является посредственнымъ владѣльцемъ, то, согласно § 870, здѣсь и приобрѣтатель получаетъ

¹⁾ *Dernburg*, *ibid.*, S. 302. *Endemann*, *ibid.*, S. 315. *Buhl*, *op. cit.*, S. 27 f. *Kober*, *loc. cit.*, S. 180 ff. *Cosack*, *Lehrbuch*, II, S. 124. *Matthiass*, *Lehrbuch*, II, S. 59. *Biermann*, *ibid.*, S. 137 f.

²⁾ *Strohal*, *Iherings Jahrbücher*, XXXVIII, S. 78, 91 f. *Bekker*, *Iher. Jahrb.*, XXXIV, S. 49 f. *Planck*, *Bürgerl. Gesetzbuch*, Liefer. 16, S. 182 f. *Kohler*, *Arch. f. Bürgerl. Recht*, XVIII, S. 73 ff. *Cosack*, *Lehrbuch*, II, S. 71, 73, 124. *Protokolle*, S. 3680 ff.

³⁾ Подробности см. въ нашемъ изслѣдованіи „Переходъ права собственности“, стр. 102 и сл.

⁴⁾ *Dernburg*, *ibid.*, S. 303. *Endemann*, *ibid.*, S. 316. *Matthiass*, *ibid.*, S. 59 f. *Cosack*, *Lehrbuch*, II, S. 125. *Biermann*, *ibid.*, S. 138 f.

также посредственное владѣніе ¹⁾. Это приобрѣтеніе посредственнаго владѣнія, въ отличіе отъ перваго проекта, не зависитъ отъ согласія непосредственнаго владѣльца вещи ²⁾, и для перехода права собственности здѣсь не требуется приобрѣтенія непременно *непосредственно* владѣнія ³⁾.

Отчуждателемъ здѣсь является или собственникъ, имѣющій лишь посредственное владѣніе, когда вещь отдана имъ въ наемъ, поклажу и т. п., или собственникъ, совсѣмъ не имѣющій владѣнія, когда вещь у него, напр., украдена ⁴⁾. Соответственно съ этимъ и притязаніе собственника можетъ имѣть или только *вещный* характеръ ⁵⁾, или вмѣстѣ съ тѣмъ *и личный*; последнее — тогда, когда имѣетъ мѣсто посредственное владѣніе согласно §§ 868 и 871; въ этомъ случаѣ приобрѣтателю должно быть передано и личное требованіе. Для этой передачи никакой особой формы не предписывается ⁶⁾.

Таково въ самыхъ общихъ чертахъ понятіе владѣнія по Общегерманскому Уложенію и таковы разновидности *traditio*, необходимой для приобрѣтенія права собственности на движимыя вещи.

Всѣ изложенныя правила служатъ для надлежащаго пониманія тѣхъ нормъ Общегерманскаго Уложенія, которыми

¹⁾ § 870: Der mittelbare Besitz kann dadurch auf einen Anderen übertragen werden, dass diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird. — *Dernburg*, *ibid.*, S. 61.

²⁾ *Strohal*, *Iher. Jahrb.*, XXXVIII, S. 92 ff. *Planck*, *Bürgerl. Gesetzbuch*, Liefer. 16, S. 183 f.

³⁾ *Cosack* видитъ въ этомъ систему соглашенія: право собственности приобрѣтается *безъ* владѣнія. — *Lehrbuch*, II, S. 127.

⁴⁾ *Planck*, *ibid.*, S. 183.

⁵⁾ § 985, находящійся подъ рубрикой „Ansprüche aus dem Eigenthume“, говоритъ: Der Eigenthümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen.

⁶⁾ § 398: Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem Anderen auf diesen übertragen werden (Abtretung). Mit dem Abschlusse des Vertrags tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers. — Вообще объ уступкѣ Anspruch'a см. *Planck*, *ibid.*, S. 183 f.

регулируется нашъ главный вопросъ, — о приобрѣтеніи движимостей отъ лицъ, не имѣющихъ права на ихъ отчужденіе.

Здѣсь Общегерманское Уложеніе приняло вкратцѣ слѣдующія основанія:

Прежде всего § 932 прямо говоритъ, что и въ этихъ случаяхъ, при извѣстныхъ условіяхъ, *приобрѣтатель дѣлается собственникомъ*:

Durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört...

При этомъ, по § 936, вещныя права третьихъ лицъ, лежащія на вещи, но неизвѣстныя приобрѣтателю, исчезаютъ:

Ist eine veräußerte Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so erlischt das Recht mit dem Erwerbe des Eigenthums.

Для того, чтобы, несмотря на отсутствіе нужныхъ правомочій у отчуждателя, наступило такое дѣйствіе §§ 932 и 936, необходима наличность указываемыхъ въ законѣ условій. Такъ, прежде всего, нужна годная для примѣненія этихъ §§-овъ движимая вещь; затѣмъ въ лицѣ приобрѣтателя необходима добросовѣстность; далѣе, между приобрѣтателемъ и отчуждателемъ должно состояться дѣйствительное соглашеніе о переходѣ права собственности, при чемъ въ этой сдѣлкѣ допускается только одинъ дефектъ: отсутствіе нужнаго правомочія у традента; наконецъ, вещь должна быть передана приобрѣтателю однимъ изъ способовъ, которые въ данномъ случаѣ считаются пригодными.

При наличности всехъ этихъ условій §§ 932 и 936 вступаютъ въ свое дѣйствіе. Однако отсюда исключаются случаи, когда вещь выходитъ изъ рукъ собственника путемъ кражи, потери или вообще противъ его воли; но это исключеніе, въ свою очередь, подвергается ограниченію: оно не касается де-

негъ, бумагъ на предъявителя и вообще всякихъ вещей, приобрѣтенныхъ на публичномъ аукціонѣ ¹⁾.

Какъ видимъ, принципиальныхъ отличій отъ прежняго права здѣсь нѣтъ; измѣненія касаются главнымъ образомъ подробностей; но въ то же время то, что раньше было особенностью торговаго права, теперь сдѣлалось общимъ правомъ для всего оборота ²⁾.

Теперь намъ необходимо всѣ эти основныя положенія рассмотреть въ ихъ подробностяхъ.

Начнемъ съ условій приобрѣтенія. Первымъ условіемъ, согласно сказанному выше, является *годность объекта*. Сюда § 932 въ связи съ § 929 относитъ *движимыя вещи*, а „вещами“ Общегерманское Уложеніе называетъ только *тѣлесные предметы* ³⁾. Такимъ образомъ отсюда прямо устраняются, во 1-хъ, *res incorporales*, а во 2-хъ, недвижимости.

Что касается движимыхъ *res corporales*, то Общегерманское Уложеніе не выдѣляетъ особой категоріи *res extra commercium*; изъ этого вытекаетъ, что *всѣ* движимости способны быть объектами гражданскаго оборота ⁴⁾. Этому не противорѣчить, что, напр., живые люди не могутъ быть предметомъ сдѣлокъ: это не объекты, а субъекты; — сдѣлки относительно труповъ ограничиваются: этого требуютъ добрыя нравы ⁵⁾;

¹⁾ Краткое изложеніе указанныхъ нормъ даютъ: *Krückmann, Institutionen*, S. 266 ff., *Barre, Bürgerl. Gesetzbuch*, S. 62 f., *Bunsen, Einführung*, II, S. 104 ff., *Buchka, Vergl. Darstellung*, S. 184 ff., *Mugdan, Die ges. Materialien*, III, S. 630 ff., *Stobbe, Handbuch*, II, 1, S. 413 ff., *Männer, Das Recht der Grundstücke*, S. 142 ff., *Regelsberger, Iher. Jahrb.*, XLVII, S. 352 f., *Гольдштримъ*, Духъ нов. герман. гражд. уложенія, стр. 19 и сл.

²⁾ *Meilhaus, Eigentumswerb*, S. 94.

³⁾ § 90: *Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.* — *Dernburg, Das bürgerl. Recht*, III, S. 2 f. *Endemann, Lehrbuch*, II, S. 15. *Meilhaus, op. cit.*, S. 83. *H. Schmidt, Auslegung des § 366 HGB.*, § 7.

⁴⁾ *Endemann, ibid.*, S. 17 f. *Meilhaus, op. cit.*, S. 91.

⁵⁾ *Dernburg, ibid.*, S. 4 f.

— если же, наконецъ, нѣкоторыя движимости совѣмъ не фигурируютъ въ оборотѣ, то объ этомъ нѣтъ надобности особо упоминать ¹⁾).

Во всякомъ случаѣ для примѣненія § 932 и сл. необходимо, чтобы движимая вещь имѣла самостоятельное индивидуальное существованіе; поэтому отсюда исключаются движимыя *составныя части* недвижимостей ²⁾. Слабѣе связь *принадлежностей* ³⁾ съ главной вещью: правда, и здѣсь распоряженіе *недвижимой* главной вещью при сомнѣніи охватываетъ собою и ея движимыя принадлежности, но это такъ, лишь пока нѣтъ указаній противнаго, такъ что здѣсь вполне возможно и отдѣльное распоряженіе принадлежностямъ; что же касается принадлежностей *движимыхъ* вещей, то тамъ и этой связи нѣтъ: съ главной вещью приобрѣтается только то, что вмѣстѣ съ ней передано. Всемъ этимъ и сюда распространяется примѣненіе § 932 и сл. ⁴⁾.

¹⁾ *Meilhaus*, loc. cit.

²⁾ § 93: Bestandtheile einer Sache, die voneinander nicht getrennt werden können, ohne dass der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird (wesentliche Bestandtheile), können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein. — *Endemann*, *ibid.*, S. 23 f. *Buhl*, *Das Recht der bewegl. Sachen*, S. 8. *Dernburg*, *ibid.*, § 6. *Gierke*, *Bedeutung des Fahrnisbesitzes*, S. 36. *Meilhaus*, *Eigentumserwerb*, S. 85 f.

³⁾ § 97: Zubehör sind bewegliche Sachen, die, ohne Bestandtheile der Hauptsache zu sein, dem wirthschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmt sind und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnisse stehen. Eine Sache ist nicht Zubehör, wenn sie im Verkehre nicht als Zubehör angesehen wird. — *Endemann*, *ibid.*, S. 26 ff. *Dernburg*, *ibid.*, § 6. *Engelmann*, *Das Bürgerl. Recht*, S. 80 f. *Gierke*, loc. cit. *Planck*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Liefer. 16, S. 177. *Protokolle*, S. 3718 ff.

⁴⁾ § 926: Sind der Veräußerer und der Erwerber darüber einig, dass sich die Veräußerung auf das Zubehör des Grundstücks erstrecken soll, so erlangt der Erwerber mit dem Eigentum an dem Grundstück auch das Eigentum an den zur Zeit des Erwerbes vorhandenen Zubehörstücken, soweit sie dem Veräußerer gehören. Im Zweifel ist anzunehmen, dass sich die Veräußerung auf das Zubehör erstrecken soll. Erlangt der

Далѣе, такъ какъ *Общегерманское Уложеніе* превратило особенность торговаго права въ общую норму, то теперь уже не нужно, чтобы движимая вещь представляла изъ себя „товаръ“ ¹⁾; подъ дѣйствіе § 932 и сл. подойдетъ теперь *всякая* тѣлесная движимость. Между прочимъ сюда подойдутъ и такіе предметы, какъ газъ, паръ, сжатый воздухъ и даже электрическая энергія ²⁾. Сюда подойдутъ и корабли, такъ какъ корабельные реестры касаются лишь заклада или ипотеки кораблей, а приобрѣтеніе права собственности освобождено отъ формальностей регистраціи ³⁾; однако добросовѣстность приобрѣтателя здѣсь можетъ подвергаться сомнѣніямъ чаще, чѣмъ при приобрѣтеніи другихъ предметовъ ⁴⁾; впрочемъ, это уже вопросъ факта, а не права. Наконецъ, сюда относятся курсирующія деньги и бумаги на предъявителя, такъ какъ это тоже — „вещи“ ⁵⁾.

Вторымъ условіемъ приобрѣтенія отъ лицъ неуправомоченныхъ на отчужденіе является *добросовѣстность*, — *bona fides*, — приобрѣтателя.

Bona fides состоитъ здѣсь въ „*незнаніи*“ объ отсутствіи извѣстныхъ правомочій въ лицѣ традента; на другой своей сторонѣ это „незнаніе“ представляетъ собою ошибочное предположеніе о *наличности* нужныхъ правомочій; необходимо во

Erwerber auf Grund der Veräußerung den Besitz von Zubehörstücken, die dem Veräußerer nicht gehören oder mit Rechten Dritter belastet sind, so finden die Vorschriften der §§ 932 bis 936 Anwendung; für den guten Glauben des Erwerbes ist die Zeit der Erlangung des Besitzes massgebend. — *Biermann*, *Sacheurecht*, S. 129. *Wendt*, *Arch. f. Civ. Praxis*, LXXXIX, S. 27 ff. *Cosack*, *Lehrbuch*, II, S. 123. *Meilhaus*, *Eigentumserwerb*, S. 87.

¹⁾ *Meilhaus*, loc. cit.

²⁾ *Dernburg*, *ibid.*, S. 3. *Ludewig*, *Zeitschr. f. H. R.*, XXXV, S. 14 f.

³⁾ *Dernburg*, *ibid.*, S. 14 f. *Engelmann*, *Das Bürgerl. Recht*, S. 79, 514 f., 534, 621. *Endemann*, *Lehrbuch*, II, § 142. *Engelmann*, *Das deutsche Handels- Wechsel- und Seerecht*, S. 85 f.

⁴⁾ Ср. выше, стр. 212.

⁵⁾ *Engelmann*, *Das bürgerl. Recht*, S. 85, 88.

всякомъ случаѣ, чтобы это незнаніе не основывалось на грубой небрежности¹⁾.

Законъ, — § 932, Abs. 2, — говоритъ объ этомъ такъ:

Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört.

Это незнаніе происходитъ изъ той презумпціи, которая создается владѣніемъ: владѣльца каждый, — пока нѣтъ показаній противнаго, — естественно считаетъ собственникомъ и, значитъ, — лицомъ, управомоченнымъ на данное распоряженіе вещью.

§ 1006, Abs. 1: Zu Gunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermuthet, dass er Eigenthümer der Sache sei.

Abs. 3: Im Falle eines mittelbaren Besitzes gilt die Vermuthung für den mittelbaren Besitzer²⁾.

Незнаніе или ошибочное предположеніе въ отдѣльныхъ случаяхъ добросовѣстнаго приобрѣтенія касается различныхъ сторонъ необходимыхъ для отчуждателя правомочій³⁾.

Такъ, въ приведенномъ выше § 932 дѣло идетъ о приобрѣтеніи права собственности, а потому и bona fides должна со-

¹⁾ Wendt, Archiv f. civ. Praxis, LXXXIX, S. 6 f. Cossack, Lehrbuch, II, S. 119 f. Kober, Staudinger's Kommentar, Liefer. 3, S. 186. Ramdohr, Beiträge, XLIV, S. 117, 119. Leske, Vergl. Darstellung, S. 408. Hachenburg, Das Bürgerl. Gesetzbuch, II, S. 165. Trautmann, Wirkungen des Erwerbs, S. 39. Callmann, Zu den Vorschriften des BGB., § 3. H. Schmidt, Auslegung des § 366 HGB., S. 25 f.

²⁾ Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes, S. 31. Endemann, Lehrbuch, II, S. 320. Kühlenbeck, Von den Pandekten, II, S. 524 f. Sa-
leilles, La théorie possessoire, p. 34. Ср. Pflüger, Iherings Jahrbücher, XXXV, S. 451 ff. и Callmann, Zu den Vorschriften des BGB., § 1.

³⁾ Wendt, ibid., S. 40 f.

стоять здѣсь въ незнаніи, что данная вещь не принадлежит отчуждателю¹⁾.

Такъ, напр., законъ защищаетъ приобрѣтенія отъ мнимаго наследника, имѣющаго однако документъ, удостоверяющій его права на данное наследственное имущество.

§ 2366: Erwirbt jemand von demjenigen, welcher in einem Erbschein als Erbe bezeichnet ist, durch Rechtsgeschäft einen Erbschaftsgegenstand, ein Recht an einem solchen Gegenstand oder die Befreiung von einem zur Erbschaft gehörenden Rechte, so gilt zu seinen Gunsten der Inhalt des Erbscheins, soweit die Vermuthung des § 2365 reicht, als richtig, es sei denn, dass er die Unrichtigkeit kennt oder weiss, dass das Nachlassgericht die Rückgabe des Erbscheins wegen Unrichtigkeit verlangt hat²⁾.

Иначе обрисовывается направленіе добросовѣстности въ § 936: здѣсь нужно не знать о существованіи вещнаго обремененія на вещи, и тогда право собственности приобрѣтается свободнымъ отъ этого обремененія; здѣсь отчуждатель можетъ быть и собственникомъ вещи, но это обстоятельство безразлично:

Das Recht des Dritten erlischt nicht, wenn der Erwerber zu der nach Abs. 1 massgebenden Zeit in Ansehung des Rechtes nicht in gutem Glauben ist³⁾.

Далѣе идетъ цѣлый рядъ случаевъ, когда собственники, но лишаясь своего права, лишь ограничиваются въ распоряженіи своимъ имуществомъ особыми законными запрещеніями отчужденій.

¹⁾ Planck, Bürgerl. Gesetzbuch, Liefer. 16, S. 186. Kober, loc. cit.

²⁾ Planck, ibid., S. 185. Kober, ibid., S. 185.

³⁾ Hachenburg, Das Bürgerl. Gesetzbuch, II, S. 135.

Вообще эти запрещенія бывают абсолютныя и относительныя. Въ первомъ случаѣ имѣется въ виду охрана общественнаго интереса, а потому ни отчужденіе, ни приобрѣтеніе совершенно не возможно ¹⁾. Сюда относится, напр., запрещаема некоторыми мѣстными законодательствами торговля предметами искусства, принадлежащими общинамъ ²⁾. Во второмъ же случаѣ имѣется въ виду охрана интересовъ только определенныхъ лицъ, и добросовѣстное приобрѣтеніе отъ не-собственника здѣсь допускается свободно. Добросовѣстность же въ этихъ послѣднихъ случаяхъ опять должна имѣть свое особое содержаніе, а именно, приобрѣтатель, считая традента собственникомъ, не долженъ знать о запрещеніи отчужденія ³⁾.

Сюда относятся слѣдующіе случаи.

Во 1-хъ, въ интересахъ послѣдующихъ наслѣдниковъ (Nacherbe) законъ запрещаетъ временнымъ наслѣдникамъ (Vorerbe) распоряженіе наслѣдственнымъ имуществомъ; въ то же время добросовѣстнымъ приобрѣтателямъ отъ такихъ лицъ законъ даетъ полную защиту.

§ 2129: Wird dem Vorerben die Verwaltung nach den Vorschriften des § 1052 entzo-

¹⁾ § 134: Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. — *Endemann*, Lehrbuch, II, S. 85. *Meilhaus*, Eigentumswerb, S. 135.

²⁾ *Enneccerus* und *Lehmann*, Das bürgerl. Recht, II, S. 171.

³⁾ § 135: Verstösst die Verfügung über einen Gegenstand gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, so ist sie nur diesen Personen gegenüber unwirksam. — Abs. 2: Die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung. — *Endemann*, Lehrbuch, II, S. 85. *Enneccerus* und *Lehmann*, *ibid.*, S. 30, 169. *Wendt*, Arch. f. Civ. Praxis, LXXXIX, S. 43 f. *Tuhr*, Zeitschr. f. Franz. Civilrecht, XXX, S. 545. *Buhl*, Das Recht der bewegl. Sachen, S. 65. *Buhl*, Der Schutz des Eigenthums, S. 45. *Engelmann*, Das Bürgerl. Recht, S. 537. *Hachenburg*, Das Bürgerl. Gesetzbuch, II, S. 145 f. *Callmann*, Zu den Vorschriften des BGB., S. 21. *H. Schmidt*, Auslegung des § 366 HGB., S. 21 f.

gen; so verliert er das Recht, über Erbschaftsgegenstände zu verfügen. Die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung ¹⁾.

Во 2-хъ, законъ запрещаетъ наслѣдникамъ распоряжаться такими наслѣдственными вещами, которыя находятся въ управленіи исполнителя духовнаго завѣщанія; тѣмъ не менѣе добросовѣстное приобрѣтеніе отъ такихъ наслѣдниковъ также защищается.

§ 2211: Ueber einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstand kann der Erbe nicht verfügen. Die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung ²⁾.

Спорнымъ является 3-й случай, касающійся несостоятельности. Дѣло въ томъ, что несостоятельный должникъ теряетъ право распоряженія своимъ имуществомъ, и потому всѣ его дѣйствія въ этомъ направленіи считаются недействительными относительно его кредиторовъ ³⁾. Такъ какъ здѣсь имѣется въ

¹⁾ *Wendt*, *ibid.*, S. 44 f. *Planck*, Bürgerl. Gesetzbuch, Liefer. 16, S. 184. *Biermann*, Sachenrecht, S. 141. *Dernburg*, Das bürgerl. Recht, III, S. 309, Anm. 16. *Enneccerus* und *Lehmann*, *ibid.*, S. 170. *Hachenburg*, *ibid.*, S. 147. *Buhl*, Das Recht der bewegl. Sachen, S. 65. *Meilhaus*, Eigentumswerb, S. 135. *Callmann*, *op. cit.*, S. 22. *H. Schmidt*, *op. cit.*, S. 22.

²⁾ *Wendt*, *ibid.*, S. 46. *Planck*, *loc. cit.* *Kober*, Staudingers Kommentar, Liefer. 3, S. 185. *Dernburg*, *loc. cit.* *Enneccerus* und *Lehmann*, *loc. cit.* *Biermann*, *loc. cit.* *Buhl*, Das Recht der bewegl. Sachen, S. 65. *Engelmann*, Das Bürgerl. Recht, S. 537. *Hachenburg*, *ibid.*, S. 151. *Callmann*, *op. cit.*, S. 22. *H. Schmidt*, *loc. cit.*

³⁾ Konkursordnung, § 6: Mit der Eröffnung des Verfahrens verliert der Gemeinschuldner die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen. Abs. 2. Das

виду защита интересовъ лишь опредѣленныхъ лицъ, то, казалось бы, согласно § 135 BGB., здѣсь добросовѣстные приобретатели должны бы находить себѣ защиту. Такъ и учить *Wendt* ¹⁾. Но *Planck*, *Kober* и др. держатся обратнаго мнѣнія и приобретение по § 932 считаютъ невозможнымъ ²⁾.

Аналогично все это относится и къ тому случаю, когда назначается управленіе надъ наслѣдственной массой.

§ 1984: Mit der Anordnung der Nachlassverwaltung verliert der Erbe die Befugniß, den Nachlass zu verwalten und über ihn zu verfügen. Die Vorschriften der § 6, 7 der Konkursordnung finden entsprechende Anwendung ³⁾.

Далѣе, не только законъ, но и судъ въ своемъ рѣшеніи можетъ признать такія или иныя ограниченія въ правахъ на имущество ⁴⁾. Судебное рѣшеніе имѣетъ силу закона для сторонъ. Но и эти ограниченія отпадаютъ при добросовѣстномъ приобретеніи. Здѣсь добросовѣстность должна состоять въ незнаніи о признанныхъ судомъ ограниченіяхъ.

Civilprozessordnung, § 325: Das rechtskräftige Urtheil wirkt für und gegen die Par-

Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch einen Konkursverwalter ausgeübt. — § 7: Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat, sind den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam; die Vorschriften der §§ 892, 893 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bleiben unberührt.

¹⁾ *Wendt*, *ibid.*, S. 43 f.

²⁾ *Planck*, *ibid.*, S. 184. *Kober*, *ibid.*, S. 184 f. *Biermann*, *Sachenrecht*, S. 141. *Enneccerus* und *Lehmann*, *Das Bürgerl. Recht*, II, S. 170. *Koh*, *Annalen der Bad. Gerichte*, LXV, S. 316. *Callmann*, *Zu den Vorschriften des BGB.*, S. 29 ff.

³⁾ *Wendt*, *ibid.*, S. 47. *Kober*, *loc. cit.* *Planck*, *loc. cit.* *Hachenburg*, *Das Bürgerl. Gesetzbuch*, II, S. 152.

⁴⁾ § 136: Ein Veräußerungsverbot, das von einem Gericht oder von einer anderen Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassen wird, steht einem gesetzlichen Veräußerungsverbot der im § 135 bezeichneten Art gleich.

teilen und diejenigen Personen, welche nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger der Parteien geworden sind oder den Besitz der in Streit befangenen Sache in solcher Weise erlangt haben, dass eine der Parteien oder ihr Rechtsnachfolger mittelbarer Besitzer geworden ist.

Die Vorschriften des Bürgerlichen Rechts zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung ¹⁾.

Затѣмъ и самъ собственникъ можетъ ограничить себя, распорядившись своей вещью подъ суспензивнымъ или резолютивнымъ условіемъ: новыя распоряженія, сдѣланныя въ періодъ до исполненія того или другого условія, законъ объявляетъ недействительными настолько, насколько они противорѣчили бы ранѣе установленнымъ послѣдствіямъ исполненія условія; но тѣмъ не менѣе добросовѣстные приобретатели и въ этихъ случаяхъ находятъ полную защиту, если они не знаютъ о предшествовавшихъ распоряженіяхъ отчуждателя ²⁾.

§ 161: Hat jemand unter einer aufschiebenden Bedingung über einen Gegenstand verfügt, so ist jede weitere Verfügung, die er während der Schwebezeit über den Gegenstand trifft, im Falle des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam, als sie die von der Bedin-

¹⁾ *Wendt*, *ibid.*, S. 52 f. *Planck*, *ibid.*, S. 185. *Biermann*, *Sachenrecht*, S. 141. *Dernburg*, *Das bürgerl. Recht*, III, S. 309, Anm. 16. *Enneccerus* und *Lehmann*, *ibid.*, S. 170. *Callmann*, *loc. cit.*

²⁾ *Wendt*, *ibid.*, S. 50 ff. *Planck*, *ibid.*, S. 184. *Kober*, *ibid.*, S. 185. *Enneccerus* und *Lehmann*, *ibid.*, S. 169 f. *Biermann*, *loc. cit.* *Buhl*, *Der Schutz des Eigenthums*, S. 45. *Buhl*, *Das Recht der bewegl. Sachen*, S. 65. *Meilhaus*, *Eigenthumserwerb*, S. 129. *Callmann*, *Zu den Vorschriften des BGB.*, S. 22. *H. Schmidt*, *Auslegung des § 366 HGB.*, S. 22.

gung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde.

Dasselbe gilt bei einer auflösenden Bedingung von den Verfügungen desjenigen, dessen Recht mit dem Eintritte der Bedingung endigt.

Die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung.

По § 163 все это аналогично применяется и при срокахъ.

Наконецъ, при отчужденіи зклада лицомъ, не имѣющимъ на то права, *даже и не требуется, чтобы приобретатель считалъ традента собственникомъ*, — совершенно достаточно считать его *зкладоприимателемъ*, получившимъ право на отчужденіе зложенной вещи.

§ 1244: Wird eine Sache als Pfand veräußert, ohne dass dem Veräußerer ein Pfandrecht zusteht oder den Erfordernissen genügt wird, von denen die Rechtmässigkeit der Veräußerung abhängt, so finden die Vorschriften der § 932 bis 934, 936 entsprechende Anwendung, wenn die Veräußerung nach § 1233 Abs. 2 erfolgt ist oder die Vorschriften des § 1235 oder des § 1240 Abs. 2 beobachtet worden sind¹⁾.

Всѣ приведенныя выше различія въ направленіи и содержаніи добросовѣстности и особенно указаніе § 1244-го побудили Wendt'a заключить, что въ цитированномъ выше 2 Absatz'ѣ § 932-го направленіе или содержаніе добросовѣстности выражено *узко*, — что вообще не правильно требовать, чтобы приобретатель считалъ традента непременно собственникомъ, — достаточно считать его *вообще управомоченнымъ* на от-

¹⁾ Wendt, *ibid.*, S. 64. Enneccerus und Lehmann, *Das Bürgerl. Recht*, II, S. 170. Planck, *ibid.*, S. 185. Biermann, *Sachenrecht*, S. 142. Traumann, *Wirkungen des Erwerbs*, S. 44. H. Schmidt, *Auslegung des § 366 HGB.*, S. 21.

чужденіе данной вещи; хотя бы и не на основаніи права собственности, какъ это прямо предусмотрено и допущено § 366-мъ новаго Торговаго Уложенія¹⁾.

Однако господствующее мнѣніе придерживается буквальныхъ выраженій § 932 и для *гражданскаго* права считаетъ допустимымъ только указанное выше *узкое* пониманіе добросовѣстности и ея содержанія: приобретатель только тогда защищается, когда онъ въ отчуждателѣ видитъ *собственника*; это — общее и основное правило, а затѣмъ законъ сюда же приравниваетъ и еще нѣсколько аналогичныхъ случаевъ, специально имъ указываемыхъ; поэтому и здѣсь необходимо допустить возможность добросовѣстнаго приобретенія; но идти дальше этихъ случаевъ, обобщать и расширять указаніе, данное въ § 932, мы не вправе: такой широкой формулы въ *гражданскомъ* кодексѣ нѣтъ, въ противоположность ему она дана только въ кодексѣ *торговомъ*²⁾.

При этомъ Biermann (*loc. cit.*) рассуждаетъ такъ: защита добросовѣстнаго приобретенія совсѣмъ не является такимъ всеобъемлющимъ принципомъ, какимъ его считаетъ Wendt; наоборотъ, общимъ принципомъ является идея *successio*; нормы же, регулиющія приобретеніе отъ неуправомоченныхъ, служатъ исключеніемъ изъ этого общаго принципа.

Мы не можемъ однако принять указанную аргументацію. Намъ кажется, что здѣсь нѣтъ никакого основанія говорить о правилѣ и исключеніи; здѣсь два самостоятельныхъ порядка

¹⁾ Wendt, *ibid.*, S. 57—79.

²⁾ Biermann, *loc. cit.* Kober, *ibid.*, S. 187. Cosack, *Lehrbuch*, II, S. 119 f. Enneccerus und Lehmann, *ibid.*, S. 171. Endemann, *Lehrbuch*, II, S. 320 f. Planck, *loc. cit.* Kuhlenbeck, *Das Bürgerl. Gesetzbuch*, II, S. 94. Fuld, *Archiv. f. Civ. Praxis*, LXXXIX, S. 407. Hahn, *Handelsrecht*, S. 252 f. Engelmann, *Das Handels- Wechsel- und Seerecht*, S. 84. Hachenburg, *Das Bürgerl. Gesetzbuch*, II, S. 136, 157. Tuhr, *Zeitschr. f. Franz. Civilrecht*, XXX, S. 543 f. Leske, *Vergl. Darstellung*, S. 410. Meilhaus, *Eigenthumserwerb*, S. 115, 130 f. Traumann, *Wirkungen des Erwerbs*, S. 39, Anm. 2. H. Schmidt, *Auslegung des § 366 HGB.*, §§ 3, 13. Callmann, *Zu den Vorschriften des BGB.*, S. 13 ff., 16 f., 19 f. Neuburger, *Der Schutz*, S. 52 ff. *Denkschrift*, S. 207.

или способа приобретения права собственности, а съ этой точки зрѣнія внутри каждаго изъ нихъ вполне возможно распространительное толкованіе на основаніи собственнаго же матеріала.

Болѣе убѣдительнымъ намъ кажется соображеніе, приводимое *Callmann*'омъ (loc. cit.). Если бы, говоритъ онъ, Гражданское Уложеніе имѣло въ виду широкое направленіе *bona fides*, то въ Торговомъ Уложеніи не было бы спеціальнаго указанія на это, было бы достаточно общей ссылки на „соответствующее примѣненіе“ нормъ гражданского кодекса. Этотъ аргументъ намъ кажется весьма серьезнымъ по той причинѣ, что оба указанные кодекса вполне согласованы между собою, и редакціонная техника стоитъ въ нихъ въ общемъ высоко.

Что же касается § 1244-го, то, по мнѣнію *Callmann*'а, здѣсь приобретатель защищается не изъ-за его довѣрія къ правомочіямъ отчуждателя, а изъ-за *формы* продажи заложенныхъ вещей (публичный аукционъ).

Не отрицая возможности сомнѣній, мы въ концѣ-концовъ склоняемся на сторону господствующаго мнѣнія.

Таково понятіе добросовѣстности въ примѣненіи къ приобретениямъ отъ неуправомоченныхъ по Общегерманскому Уложенію.

Ниже мы при каждой разновидности приобретения будемъ отмѣчать и моментъ, когда именно необходима эта добросовѣстность. Здѣсь въ общемъ скажемъ, что она бываетъ необходимой какъ въ моментъ соглашенія, такъ и въ моментъ передачи, смотря по тому, какъ оба эти фактора комбинируются между собою при каждомъ данномъ приобретеніи¹⁾. Нѣкоторые же шаблононо требуютъ *bona fides* въ *оба* момента: соглашенія и передачи²⁾. Но это не правильно: законъ всюду говоритъ только объ одномъ какомъ-нибудь моментѣ.

¹⁾ *Endemann*, Lehrbuch, II, S. 320, Anm. 20. *H. Schmidt*, Auslegung des § 366 HGB., S. 31.

²⁾ *Biermann*, *ibid.*, S. 140. *Dernburg*, Das bürgerl. Recht, III, S. 306.

При всемъ этомъ *mala fides superveniens non nocet*¹⁾.

Что касается, наконецъ, обязанности доказыванія, то она, въ отличіе отъ предположеній проекта 1888 г., лежитъ на истцѣ-собственникѣ, а не на приобретателѣ: истецъ долженъ доказывать *недобросовѣстность* приобретателя²⁾. Это вытекаетъ изъ отрицательнаго характера *bona fides*³⁾, — изъ того, что не она служитъ *предположеніемъ* приобретения, а *mala fides* является *препятствіемъ* къ приобретению⁴⁾.

Третьимъ условіемъ добросовѣстнаго приобретения является *соглашеніе* сторонъ о переходѣ права собственности. Объ этомъ договорѣ мы уже говорили выше⁵⁾.

Здѣсь надо отмѣтить отличіе гражданского кодекса отъ прежняго торговаго уложенія: тамъ для Art. 306 необходима была наличность и дѣйствительность *каузальной* сдѣлки отчужденія⁶⁾, а здѣсь эта каузальная сдѣлка можетъ играть лишь второстепенную роль при выясненіи воли сторонъ; главное же и существенное значеніе, какъ отмѣчено выше, принадлежитъ вещному абстрактному договору о переходѣ права собственно-

¹⁾ *Biermann*, *ibid.*, S. 140. *Kober*, *Staudinger's Kommentar*, Liefer. 3, S. 187. *Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch, Liefer. 16, S. 187. *Kuhlenbeck*, Das Bürgerl. Gesetzbuch, II, S. 95.

²⁾ *Kober*, *ibid.*, S. 187 f. *Cosack*, *ibid.*, S. 120. *Endemann*, Lehrbuch, II, S. 319 f. *Reatz*, Die zweite Lesung, S. 463. *Leske*, Vergl. Darstellung, S. 408. *Kah*, Annalen der Bad. Gerichte, LXV, S. 328 f. *Grützmann*, Sächs. Archiv, V, S. 763 f. *Gierke*, Die Bedeutung, S. 31, Anm. 23. *Buhl*, Das Recht der bewegl. Sachen, S. 63. *Kuhlenbeck*, Das Bürgerl. Gesetzbuch, II, S. 94. *Traumann*, Wirkungen des Erwerbs, S. 39 f. Protokolle, S. 3702 f., 3710.

³⁾ Однако *Dernburg* опредѣляетъ добросовѣстность какъ нѣчто *положительное*, — Das bürgerl. Recht, III, S. 296. Такъ же *Tuhr*, Zeitschrift f. Franz. Civilrecht, XXX, S. 542, *Kuhlenbeck*, Von den Pandekten, II, S. 526. Объ этомъ см. *Callmann*, Zu den Vorschriften des BGB., S. 34 ff.

⁴⁾ *Kober*, *ibid.*, S. 186. *Buhl*, Der Schutz des Eigenthums, S. 44. *Callmann*, *op. cit.*, S. 33 f.

⁵⁾ См. еще *H. Schmidt*, Auslegung des § 366 HGB., S. 15 ff.

⁶⁾ См. выше, стр. 212 и сл.

сти, такъ что при заключеніи *обязательственнаго* договора (купи-продажи и т. п.) даже не требуется отъ пріобрѣтателя *bona fides*¹⁾.

Этотъ вещный договоръ долженъ представлять изъ себя вполне дѣйствительную сдѣлку въ отношеніи субъектовъ, объектовъ, волеизъявленія и т. п. *Bona fides* пріобрѣтателя исцѣляетъ только одинъ порокъ — отсутствіе въ лицѣ граждана указанныхъ выше правомочій на распоряженіе вещью²⁾.

Такимъ образомъ и сюда во всей своей полнотѣ примѣняются положенія: „необходимъ *justus titulus*“, „*titulus putativus* не достаточенъ“³⁾, — положенія, рѣзко отличающія Общегерманское Уложеніе отъ кодекса Наполеона, по которому главную роль играетъ реальное владѣніе, а титулъ не требуется совсѣмъ⁴⁾.

Четвертое условіе пріобрѣтенія — *traditio*⁵⁾.

Главные и основные виды передачи нами уже описаны выше; поэтому здѣсь намъ остается отмѣтить лишь тѣ *особенности*, которыя имѣютъ мѣсто при пріобрѣтеніи отъ лицъ неуправомоченныхъ.

Конечно, не возникаетъ никакихъ сомнѣній относительно того, что вполне достаточны и вполне пригодны такія формы *traditio*, которыя даютъ пріобрѣтателю реальное непосредственное владѣніе вещью⁶⁾.

Сюда относятся случаи, когда отчуждатель самъ является

1) *Kober*, *ibid.*, S. 187.

2) *Wendt*, *Arch. f. Civ. Praxis*, LXXXIX, S. 18, 21 ff., 25 f. *Dernburg*, *Das bürgerl. Recht*, III, S. 309, Anm. 16. *Enneccerus und Lehmann*, *Das bürgerl. Recht*, II, S. 29, 169. *Biermann*, *Sachenrecht*, S. 141. *Tuhr*, *ibid.*, S. 543. *Engelmann*, *Das bürgerl. Recht*, S. 537. *H. Schmidt*, *Auslegung des § 366 HGB.*, S. 28.

3) *Wendt*, *ibid.*, S. 22.

4) См. выше, стр. 113 и сл. *Tuhr*, *Zeitschr. f. Franz. Civilrecht*, XXX, S. 541.

5) Какъ и по Торговому Уложенію 1861 г., вещь должна быть „отчуждена и передана“ пріобрѣтателю.

6) *H. Schmidt*, *Auslegung des § 366 HGB.*, S. 18.

непосредственнымъ владѣльцемъ вещи и предоставляетъ ее въ фактическую власть пріобрѣтателя согласно § 854 Abs. 1.

... Сюда же торговое право относитъ и тѣ случаи, когда отчуждатель передаетъ пріобрѣтателю распорядительную товарную бумагу, напр., складочное свидѣтельство, коносаментъ и т. п. §§ 424, 450 и 647 новаго Торговаго Уложенія прямо говорятъ, что передача этихъ бумагъ по вопросу о пріобрѣтеніи правъ на товары имѣетъ точно такое же дѣйствіе, какъ и передача самихъ товаровъ¹⁾.

Наконецъ, процессуальный законъ сюда же относитъ случаи, когда не-собственникъ присуждается судомъ къ передачѣ вещи въ собственность истцу: здѣсь въ моментъ отобранія вещи при исполненіи судебного рѣшенія истецъ пріобрѣтаетъ право собственности²⁾. Впрочемъ, это уже случай *не* договор-

1) § 424 H. G. B.: *Ist von dem Lagerhalter ein Lagerschein ausgestellt, der durch Indossament übertragen werden kann, so hat, wenn das Gut von dem Lagerhalter übernommen ist, die Uebergabe des Lagerscheins an denjenigen, welcher durch den Schein zur Empfangnahme des Gutes legitimirt wird, für den Erwerb von Rechten an dem Gute dieselben Wirkungen wie die Uebergabe des Gutes.* — Совершенно аналогичныя постановленія даются въ § 450 относительно *Ladeschein*'а, а въ § 647 — относительно коносамента. — Въ пользу именно такого значенія передачи указанныхъ документовъ высказываются *Biermann*, *Sachenrecht*, S. 143, *Kober*, *Staudinger's Kommentar*, Liefer. 3, S. 189, *Meilhaus*, *Eigenthumserwerb*, S. 99. См. и *Dernburg*, *Das bürgerl. Recht*, III, S. 303. Въ виду этого за владѣльцемъ документа необходимо признать непосредственное владѣніе, а за содержателемъ склада — лишь простое держаніе согласно § 855 BGB. *Strohal* иначе освѣщаетъ это дѣло: въ передачѣ документа онъ видитъ передачу лишь *посредственнаго* владѣнія, при чемъ содержатель склада фигурируетъ у него, какъ непосредственный владѣлецъ. — *Iher. Jahrb.*, XXXI, S. 41 и XXXVIII, S. 95. Такъ и *Callmann*, *Zu den Vorschriften des BGB.*, S. 56. Однако въ виду особеннаго значенія товарныхъ бумагъ и въ виду прямого указанія закона слѣдуетъ предпочесть первую конструкцію.

2) *Civilprozessordnung*, § 897 Abs. 1: *Ist der Schuldner zur Uebertragung des Eigenthums oder zur Bestellung eines Rechts an einer beweglichen Sache verurtheilt, so gilt die Uebergabe der Sache als erfolgt,*

наго приобрѣтенія, а мы занимаемся изслѣдованіемъ только этихъ послѣднихъ случаевъ.

Вообще здѣсь слѣдуетъ сказать такъ: разъ согласно указаніямъ положительнаго закона въ томъ или другомъ случаѣ дѣйствительно происходитъ установленіе фактической власти надъ приобретаемой вещью, — примѣненіе § 932 не должно вызывать сомнѣній, при чемъ bona fides нужна именно въ моментъ передачи.

Вопросъ можетъ касаться лишь тѣхъ формъ traditio, которыя въ извѣстномъ порядкѣ постепенно приближаются къ чисто договорному переходу или приобретению владѣнія. Къ этимъ формамъ передачи мы теперь и обратимся.

Здѣсь прежде всего представимъ себѣ ту категорію случаевъ, когда отчуждатель-несобственникъ также имѣетъ вещь въ своемъ непосредственномъ владѣніи, но, не смотря на отчужденіе, хочетъ и впредь сохранить за собою это обладаніе. Спрашивается, возможно ли и при такомъ условіи приобретение права собственности отъ не-собственника?

Мы видѣли, что при приобретении *отъ собственника* въ такихъ случаяхъ вполнѣ пригодной формой передачи является по § 930 *constitutum possessorium*. Въ разбираемыхъ же нами случаяхъ одного *const. possessorium'a*, какъ и по проекту 1888 г., оказывается мало, необходима еще *передача* вещи; въ моментъ этой передачи и происходитъ приобретение права соб-

wenn der Gerichtsvollzieher die Sache zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger wegnimmt. — § 898: Auf einen Erwerb, der sich nach den §§ 894, 897 vollzieht, finden die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, Anwendung. — *Biermann*, Sachenrecht, S. 140. *Wendt*, Arch. f. Civ. Praxis, LXXXIX, S. 38. *Kober*, Staudinger's Kommentar, Liefer. 3, S. 185. *Cosack*, Lehrbuch, II, S. 123. *Meilhaus*, Eigentumserwerb, S. 105. *Grützmann*, Sächs. Archiv, V, S. 764. *Engelmann*, Das Bürgerl. Recht, S. 536. *Hachenburg*, Das Bürgerl. Gesetzbuch, II, S. 182 f.

ственности¹⁾; въ этотъ же самый моментъ нужна и bona fides приобретателя²⁾.

§ 933 говоритъ объ этомъ такъ:

Gehört eine nach § 930 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so wird der Erwerber Eigentümer, wenn ihm die Sache von dem Veräußerer übergeben wird, es sei denn, dass er zu dieser Zeit nicht in gutem Glauben ist.

Такимъ образомъ здѣсь повторяется общее правило: одного договора не достаточно, нужна еще передача, а подъ „передачей“, какъ говоритъ *Cosack*, разумѣется перенесеніе *непосредственнаго владѣнія*³⁾.

Теперь представимъ себѣ слѣдующую категорію случаевъ, когда отчуждатель самъ имѣетъ только *посредственное владѣніе*. Здѣсь одно изъ двухъ: вещь находится въ непосредственномъ владѣніи приобретателя или же какого-нибудь третьяго лица.

Остановимся сначала на первомъ предположеніи. При приобретении *отъ собственника* здѣсь происходитъ по § 929

¹⁾ *Planck*, Bürgerl. Gesetzbuch, Liefer. 16, S. 187. *Kober*, Staudinger's Kommentar, Liefer. 3, S. 188. *Dernburg*, Das bürgerl. Recht, III, S. 309. *Kipp* въ Lehrbuch'ъ Windscheid'a, I, S. 793. *Cosack*, Lehrbuch, II, S. 124. *Endemann*, Lehrbuch, II, S. 321. *Matthiass*, Lehrbuch, II, S. 62. *Biermann*, Sachenrecht, S. 142. *Gierke*, Die Bedeutung, S. 17, Anm. 42, S. 42. *Kuhlenbeck*, Von den Pandekten, II, S. 525. *Hachenburg*, Das Bürgerl. Gesetzbuch, II, S. 168. *Buhl*, Das Recht der bewegl. Sachen, S. 63. *Reatz*, Die zweite Lesung, S. 464. *Tuhr*, Zeitschr. f. Franz. Civilrecht, XXX, S. 546. *Grützmann*, Sächs. Archiv, V, S. 764. *Traumann*, Wirkungen des Erwerbs, S. 40. Protokolle, S. 3704.

²⁾ *Planck*, loc. cit. *Kuhlenbeck*, Das Bürgerl. Gesetzbuch, II, S. 96. *Reatz*, op. cit., S. 465. *Leske*, Vergl. Darstellung, S. 408. Считаютъ добросовѣстность необходимой въ оба момента, — соглашенія и передачи, — *Biermann*, ibid., S. 142, *Kober*, ibid., S. 188. Но законъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ говоритъ только объ одномъ моментѣ. Protokolle, S. 3707.

³⁾ *Cosack*, ibid., S. 116.

Abs. 2 *traditio brevi manu*, при которой законъ дозволяется однимъ соглашеніемъ, такъ какъ непосредственное владѣніе у приобретателя уже есть на лицо. Для того же, чтобы приобрести вещь *отъ не-собственника*, необходимо, чтобы вещь была получена приобретателемъ именно *отъ отчуждателя*, а не отъ кого-либо другого¹⁾.

§ 932 Satz 2: In dem Falle des § 929 Satz 2 gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte.

Основаніе такого ограниченія въ дѣйствии *traditio brevi manu* заключается въ томъ, что только при такой комбинаціи у приобретателя можно допустить дѣйствительное и основательное довѣріе къ праву собственности отчуждателя²⁾.

Dernburg указываетъ, что надѣ отчуждателемъ здѣсь можно разумѣть и его наследодателя³⁾.

Bona fides здѣсь нужна въ моментъ соглашенія⁴⁾.

Припомнимъ, что проектъ 1888 г. не допускалъ здѣсь ни *constitutum possessorium*'а (въ предыдущей группѣ случаевъ), ни *traditio brevi manu* (при рассматриваемой комбинаціи). Первое вполне понятно и согласуется со всеми прочими законодательствами; второе сомнительно и рѣзко расходится съ общепринятымъ рѣшеніемъ вопроса⁵⁾.

¹⁾ *Planck*, *ibid.*, S. 186. *Kober*, *ibid.*, S. 188. *Matthiass*, *loc. cit.* *Endemann*, *Lehrb.*, II, S. 320. *Biermann*, *ib.*, S. 140. *Reatz*, *loc. cit.* *Gierke*, *Die Bedeutung*, S. 17, *Aum.* 42. S. 42. *Buhl*, *Der Schutz des Eigenthums*, S. 43. *Buhl*, *Das Recht der bewegl. Sachen*, S. 63. *Kuhlenbeck*, *Das Bürgerl. Gesetzbuch*, II, S. 95. *Kuhlenbeck*, *Von den Pandekten*, II, S. 525. *Hachenburg*, *Das Bürgerl. Gesetzbuch*, II, S. 166. *Kipp* въ *Lehrbuch*'ѣ *Windscheid*'а, I, S. 793. *Kohler*, *Arch. f. Bürgerl. Recht*, XVIII, S. 98. *Traumann*, *Wirkungen des Erwerbs*, S. 40. *Protokolle*, S. 3703 f.

²⁾ *Endemann*, *Lehrbuch*, II, S. 320.

³⁾ *Dernburg*, *Das bürgerl. Recht*, III, S. 309.

⁴⁾ *Planck*, *ibid.*, S. 186. *Kober*, *ibid.*, S. 187. *Leske*, *Vergl. Darstellung*, S. 408. *Biermann*, *ibid.*, S. 140. *Reatz*, *Die zweite Lesung*, S. 465.

⁵⁾ *Grützmann*, *Sächs. Archiv*, V, S. 764.

Но переходимъ ко второму предположенію: при посредственномъ владѣніи отчуждателя вещь находится въ непосредственномъ владѣніи не приобретателя, а *третьего лица*.

Здѣсь Общегерманское Уложеніе дѣлаетъ весьма существенное отступленіе отъ общепринятыхъ правилъ о необходимости *реального* овладѣнія вещью со стороны приобретателя¹⁾. Именно, § 934 говоритъ, что въ указанномъ случаѣ достаточно одной уступки притязанія о выдачѣ вещи, и приобретатель уже дѣлается собственникомъ²⁾. Въ этотъ же моментъ нужна и *bona fides*³⁾. Здѣсь отчуждатель передаетъ приобретателю свое посредственное владѣніе. Проектъ 1888 г. требовалъ въ такихъ случаяхъ еще согласія третьяго лица впредь держать вещь для приобретателя; этимъ до известной степени дѣйствительно обезпечивалась возможность фактическаго господства приобретателя надъ вещью. Общегерманское же Уложеніе довольствуется однимъ лишь договоромъ между отчуждателемъ и приобретателемъ. При *constitutum possessorium*'ѣ приобретатель также путемъ одного договора получаетъ посредственное владѣніе, но тамъ вещь остается въ рукахъ отчуждателя, и право собственности приобретаетъ лишь при дѣйствительной передачѣ вещи, а здѣсь вещь находит-

¹⁾ Изъ дѣйствующихъ законодательствъ только Австрійское Уложеніе допускаетъ здѣсь *всякія* формы *traditio*. См. выше, стр. 184. Объ Общегерманскомъ Уложеніи — *Gierke*, *Die Bedeutung*, S. 16.

²⁾ *Dernburg*, *ibid.*, S. 309. *Planck*, *Bürgerl. Gesetzbuch*, Liefer. 16, S. 188. *Kober*, *Staudinger's Kommentar*, Liefer. 3, S. 189. *Endemann*, *ibid.*, S. 320. *Cosack*, *Lehrbuch*, II, S. 125. *Matthiass*, *Lehrb.*, II, S. 62 f. *Biermann*, *Sachenrecht*, S. 143. *Reatz*, *Die zweite Lesung*, S. 464. *Tuhr*, *Zeitschr. f. Franz. Civilrecht*, XXX, S. 546, *Anm.* 26. *Kohler*, *Archiv f. Bürgerl. Recht*, XVIII, S. 98 f. *Gierke*, *Die Bedeutung*, S. 17, *Anm.* 42, S. 42. *Buhl*, *Der Schutz*, S. 43. *Buhl*, *Das Recht der bewegl. Sachen*, S. 64. *Kuhlenbeck*, *Von den Pandekten*, II, S. 525. *Kipp* въ *Lehrbuch*'ѣ *Windscheid*'а, I, S. 793. *Traumann*, *Wirkungen des Erwerbs*, S. 41 f. *Protokolle*, S. 3706.

³⁾ *Planck*, *ibid.*, S. 188. *Kober*, *ibid.*, S. 189. *Buhl*, *Das Recht*, S. 64. *Protokolle*, S. 3707 f.

ся въ третьихъ рукахъ, и одинъ договоръ оказывается достаточнымъ, хотя бы третье лицо совсѣмъ не знало о его заключеніи ¹⁾.

Во всякомъ случаѣ притязаніе отчуждателя должно быть *дѣйствительнымъ* ²⁾, такъ какъ иначе отчуждатель не будетъ посредственнымъ владѣльцемъ, и тогда получится совершенно новая комбинація, къ которой мы теперь и переходимъ.

Именно, теперь мы представимъ себѣ тотъ случай, когда у отчуждателя нѣтъ *никакого* владѣнія, и онъ только *выдаетъ* себя владѣльцемъ. Здѣсь одно изъ двухъ: отчуждатель можетъ выдавать себя или посредственнымъ владѣльцемъ, или непосредственнымъ.

Разсмотримъ сначала первый случай. Здѣсь уступаемое приобрѣтателю притязаніе въ дѣйствительности оказывается *мишнымъ*, и все тотъ же § 934 говоритъ, что право собственности можетъ быть приобрѣтено только при полученіи вещи во владѣніе отъ третьяго лица ³⁾, лишь бы въ этотъ моментъ имѣла мѣсто *bona fides* ⁴⁾.

Gehört eine nach § 931 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so wird der Erwerber, wenn der Veräußerer mittelbarer Besitzer der Sache ist, mit der Abtretung des Anspruchs, anderenfalls dann Eigenthümer, wenn er den Be-

¹⁾ *Planck*, *ibid.*, S. 184.

²⁾ *Kober*, *loc. cit.* *Biermann*, *ibid.*, S. 143. *Hachenburg*, *Das Bürgerl. Gesetzbuch*, II, S. 169.

³⁾ *Dernburg*, *Das bürgerl. Recht*, III, S. 310. *Grützmann*, *Sächs. Archiv*, V, S. 764. *Gierke*, *Die Bedeutung*, S. 17, Anm. 42, S. 42. *Buhl*, *Der Schutz des Eigenthums*, S. 43. *Buhl*, *Das Recht der bewegl. Sachen*, S. 64. *Kuhlenbeck*, *Von den Pandekten*, II, S. 525. *Protokolle*, S. 3705 f.

⁴⁾ *Planck*, *ibid.*, S. 188. *Kober*, *ibid.*, S. 189. *Biermann* и здѣсь считаетъ *bona fides* нужной въ оба момента: уступки требованія и полученія владѣнія, — *Sachenrecht*, S. 143, — но это мнѣніе не находитъ опоры въ законѣ.

sitz der Sache von dem Dritten erlangt, es sei denn, dass er zur Zeit der Abtretung oder des Besitzerwerbes nicht in gutem Glauben ist.

Итакъ, здѣсь необходимо, чтобы владѣніе вещью было приобрѣтено именно *отъ третьяго лица*, а не инымъ путемъ, такъ какъ только въ такомъ случаѣ у приобрѣтателя будетъ почва для *bona fides* ¹⁾; но за то безразлично, какое владѣніе получить приобрѣтатель: непосредственное или только посредственное; достаточно и послѣдняго ²⁾.

Теперь обратимся ко второму случаю. Отчуждатель выдаетъ себя *непосредственнымъ* владѣльцемъ. Это возможно тогда, когда у отчуждателя есть служебная или зависимая *detentio* согласно § 855. Передавая чужую вещь, какъ свою, отчуждатель этимъ самымъ приобрѣтаетъ владѣніе самъ и сейчасъ же передаетъ его приобрѣтателю; однако здѣсь приобрѣтеніе права собственности не возможно, такъ какъ дѣйствительный собственникъ здѣсь лишается вещи *противъ своей воли* ³⁾: см. § 935 ниже.

Таковы тѣ условія, при которыхъ возможно приобрѣтеніе права собственности отъ не-собственника. Какъ видимъ, среди этихъ условій нѣтъ требованія *возмездности* сдѣлки; эта сторона дѣла *для приобрѣтенія права собственности* оказывается безразличной ⁴⁾, хотя въ другомъ отношеніи она также играетъ извѣстную роль, какъ мы увидимъ это ниже.

При наличности всѣхъ указанныхъ выше условій, а такъ-

¹⁾ *Kober*, *ibid.*, S. 189. *Planck*, *ibid.*, S. 188. *Gierke*, *Die Bedeutung*, S. 42.

²⁾ *Kober*, *loc. cit.* *Planck*, *loc. cit.* *Biermann*, *loc. cit.*

³⁾ *Planck*, *ibid.*, S. 178 f., 189. *Kober*, *ibid.*, S. 191. *Gierke*, *Die Bedeutung*, S. 25, Anm. 13. *Kuhlenbeck*, *Das Bürgerl. Gesetzbuch*, II, S. 97. *Endemann*, *Lehrbuch*, II, S. 320, Anm. 23.

⁴⁾ *Dernburg*, *Das bürgerl. Recht*, III, S. 308. *Biermann*, *ibid.*, S. 140. *Enneccerus und Lehmann*, *Das Bürgerl. Recht*, II, S. 28. *Leske*, *Vergl. Darstellung*, S. 410. *Kuhlenbeck*, *Von den Pandekten*, II, S. 526. *Hachenburg*, *Das Bürgerl. Gesetzbuch*, II, S. 174.

же и при отсутствіи тѣхъ пороковъ, которые будутъ указаны ниже, наступаетъ дѣйствіе §§ 932—934, 936. Здѣсь мы находимъ уже давно выработанную и вполне правильную конструкцію разсматриваемаго явленія: именно, по § 932 и сл. *приобрѣтатель дѣлается собственникомъ*, хотя бы отчуждатель и не былъ уполномоченъ на передачу этого права¹⁾, а по § 936 *уничтожаются обременяющія вещь права третьихъ лицъ*, все равно, приобретается ли вещь отъ собственника, или отъ не-собственника²⁾.

Изъ того, что приобретатель дѣлается собственникомъ, само собою вытекаетъ, что прежній собственникъ теряетъ свое право, хотя это прямо и не выражено въ законѣ³⁾. А изъ этого въ свою очередь вытекаетъ, что если приобретенная такимъ образомъ вещь попадетъ въ руки прежняго собственника, то приобретатель сможетъ прибѣгнуть даже къ виндикаціонному иску⁴⁾.

Здѣсь по этому послѣднему вопросу обнаруживается интересное различіе между разсматриваемымъ уложеніемъ и Кодексомъ Наполеона; объясняется оно различіемъ въ *условіяхъ приобретенія* собственности отъ не-собственника по

¹⁾ *Dernburg*, *ibid.*, S. 306. *Cosack*, *Lehrbuch*, II, S. 122. *Endemann*, *Lehrbuch*, II, S. 316, 318. *Planck*, *ibid.*, S. 186. *Kober*, *ibid.*, S. 184. *Enneccerus und Lehmann*, *loc. cit.* *Meilhaus*, *Eigenthumserwerb*, S. 128. *Callmann*, *Zu den Vorschriften des BGB.*, S. 51. *H. Schmidt*, *Auslegung des § 366 HGB.*, S. 36 f. *Buchka*, *Vergl. Darstellung*, S. 184 f. *Tuhr*, *Zeitschr. f. Franz. Civilrecht*, XXX, S. 541.

²⁾ *Dernburg*, *ibid.*, S. 310. *Cosack*, *ibid.*, S. 123. *Endemann*, *ibid.*, S. 321. *Planck*, *ibid.*, S. 190 f. *Kober*, *ibid.*, S. 194 f. *Biermann*, *Sachenrecht*, S. 146 f. *Buhl*, *Der Schutz des Eigenthums*, S. 44. *Buhl*, *Das Recht der bewegl. Sachen*, S. 64. *Wendt*, *Archiv f. Civ. Praxis*, LXXXIX, S. 1. *Kipp* въ *Lehrbuch'ѣ Windscheid'a*, I, S. 793. *Meilhaus*, *op. cit.*, S. 128. *Traumann*, *Wirkungen des Erwerbs*, S. 43. *Callmann*, *loc. cit.*

³⁾ *Endemann*, *ibid.*, S. 321. *Planck*, *ibid.*, S. 187. *Kober*, *ibid.*, S. 188. *Callmann*, *loc. cit.* Прямо это было выражено въ Торговомъ Уложеніи 1861 г.

⁴⁾ *Cosack*, *ibid.*, S. 122. *Kober*, *ibid.*, S. 188.

этимъ кодексамъ. — *Tuhr*¹⁾ приводитъ слѣдующій казусъ: А. отдаетъ на храненіе свой велосипедъ нѣкому торговцу; торговецъ во время отсутствія А. продаетъ его велосипедъ добросовѣстному В.; затѣмъ В., въ свою очередь, отдаетъ этотъ же велосипедъ на храненіе тому же самому торговцу; послѣ этого А. возвращается и, ничего не зная о происшедшемъ, получаетъ велосипедъ изъ поклажи. Спрашивается: можетъ ли В. обратиться съ виндикаціоннымъ искомъ къ А.? *Tuhr* правильно отвѣчаетъ: по Общегерманскому Уложенію можетъ, а по Кодексу Наполеона *не* можетъ. Объясняется это слѣдующимъ образомъ. По обоимъ кодексамъ совершенно *одинаково* приобретатель В. дѣлается собственникомъ, а прежній собственникъ А. теряетъ это свое право²⁾. Но затѣмъ выдача велосипеда прежнему собственнику А. имѣетъ уже *различное* значеніе: по Кодексу Наполеона здѣсь А. вновь приобретаетъ право собственности, такъ какъ его владѣніе реально, не прекарно и приобретено *bona fide*, а титулъ здѣсь не требуется; по Общегерманскому же Уложенію здѣсь нѣтъ новаго приобретенія права собственности со стороны А., такъ какъ нѣтъ требуемаго этимъ уложеніемъ титула, т. е. соглашенія сторонъ о переходѣ права собственности.

Но идемъ дальше въ обрисовкѣ дѣйствія § 932 и сл. Указанныя выше условія приобретенія отъ не-собственника нужны только для одного *даннаго* приобретателя, а затѣмъ, при дальнѣйшихъ отчужденіяхъ, *новые* приобретатели уже не будутъ обязаны удовлетворять этимъ особымъ требованіямъ и условіямъ, такъ какъ предъ ними будетъ уже настоящій и вполне дѣйствительный собственникъ, а потому ихъ приобретеніе будетъ опредѣляться § 929 и сл., а не § 932 и сл.³⁾

Принимая это для Общегерманскаго Уложенія, *Tuhr*⁴⁾

¹⁾ *Tuhr*, *Zeitschr. f. Franz. Civilrecht*, XXX, S. 540 f.

²⁾ См. выше, стр. 136.

³⁾ *Biermann*, *ibid.*, S. 140. *Cosack*, *loc. cit.* *Kober*, *loc. cit.* *Planck*, *ibid.*, S. 187.

⁴⁾ *Tuhr*, *ibid.*, S. 541 f.

выставляет обратное положеніе для Кодекса Наполеона, исходя изъ различія въ *конструкціи*, которую даютъ оба эти кодекса. *Thur* приводитъ такой примѣръ: А. покупаетъ bona fide вещь, добытую отъ X. путемъ мошенничества; затѣмъ А. продаетъ эту вещь нѣкому В., который случайно знаетъ о мошенничествѣ. *Thur* рассуждаетъ такъ: по Общегерманскому Уложенію А., благодаря своей bona fides, приобрѣлъ право собственности, а потому приобретаетъ собственность и В.; по Кодексу же Наполеона иначе: владѣніе В. не добросовѣстно, а потому оно и не защищается.

Это свое рѣшеніе *Thur* основываетъ на томъ положеніи, что защита отъ виндикаціи еще не означаетъ приобретенія права собственности; однако послѣднее положеніе нельзя признать правильнымъ: различіе здѣсь не въ самомъ явленіи, а лишь въ объясненіи этого явленія, а потому мы должны признать, что и по Кодексу Наполеона въ данномъ казусѣ А., получающій защиту отъ виндикаціи, дѣлается несомнѣннымъ и вполнѣ дѣйствительнымъ собственникомъ, а разъ это такъ, то bona или mala fides В. оказывается уже безразличной: онъ приобретаетъ вещь отъ собственника, а потому дѣлается собственникомъ и самъ и виндикаціи не подлежитъ точно такъ же, какъ и по Общегерманскому Уложенію.

Исходя изъ всего этого, надо въ частности признать возможнымъ послѣдующее приобретеніе и со стороны прежняго неуправомоченнаго отчуждателя ¹⁾.

Наконецъ, обратимъ вниманіе на тотъ случай, когда движимая вещь приобретается *несколькими* лицами, при чемъ одни находятся in bona fide, а другіе in mala fide; тогда, согласно общимъ соображеніямъ, должна получиться общая собственность, — *communio incidens*, — между дѣйствительнымъ собственникомъ и добросовѣстными приобретателями ²⁾.

¹⁾ *Cosack*, Lehrb., II, S. 122. Protokolle, S. 3715 f.

²⁾ *Dernburg*, Das bürgerl. Recht, III, S. 306, Anm. 9. *Kober*, *ibid.*, S. 187.

Спрашивается далѣе: одно ли только право собственности можетъ быть приобретаемо при указанныхъ выше условіяхъ, или же и другія вещныя права?

Законъ даетъ прямыя указанія на возможность приобретенія и uzuфрукта, и закладного права ¹⁾.

§ 1032: Zur Bestellung des Niessbrauchs an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigenthümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass diesem der Niessbrauch zustehen soll. Die Vorschriften des § 929 Satz 2 und der §§ 930 bis 936 finden entsprechende Anwendung; in den Fällen des § 936 tritt nur die Wirkung ein, dass der Niessbrauch dem Rechte des Dritten vorgeht.

§ 1207: Gehört die Sache nicht dem Verpfänder, so finden auf die Verpfändung die für den Erwerb des Eigenthums geltenden Vorschriften der §§ 932, 934, 935 entsprechende Anwendung.

Здѣсь имѣется въ виду только *договорное* залоговое право. Но *Callmann* утверждаетъ, что по Гражданскому Уложенію возможно добросовѣстное приобретеніе и *законнаго* закладного права точно такъ же, какъ это допускается въ нѣкоторыхъ случаяхъ Торговымъ Уложеніемъ въ той же Германіи, и какъ это мы видѣли при наймѣ недвижимостей по Кодексу Наполеона во Франціи ²⁾.

Авторъ приводитъ слѣдующія соображенія въ свою поль-

¹⁾ *Cosack*, *ibid.*, S. 123. *Biermann*, *ibid.*, S. 142. *Ennecerus und Lehmann*, Das Bürgerl. Recht, II, S. 31. *Hachenburg*, Das Bürgerl. Gesetzbuch, II, S. 138. *Buhl*, Der Schutz des Eigenthums, S. 44. *Demeilius*, Das Pfandrecht, I, S. 361 f. *Callmann*, Zu den Vorschriften des BGB., S. 95 f. *Traumann*, Wirkungen des Erwerbs, S. 44 f.

²⁾ *Callmann*, *op. cit.*, S. 96 ff. Такого же мнѣнія *Kipp* въ Lehrbuch'ъ Windscheid'a, I, S. 1043. *Endemann*, Lehrb., II, S. 545, Anm. 19.

зу. Во 1-хъ, возможность приобрѣтенія законнаго закладнаго права вполне соответствуетъ принципу „Hand wahre Hand“, одинаково принятому всѣми этими тремя кодексами. Во 2-хъ, эту возможность прямо допускаетъ само Гражданское Уложеніе, которое въ § 1257 говоритъ:

Die Vorschriften über das durch Rechtsge-
schäft bestellte Pfandrecht finden auf ein kraft
Gesetzes entstandenes Pfandrecht entsprechende
Anwendung.

Однако эти доводы намъ кажутся неубѣдительными и вотъ почему. Принципъ „Hand wahre Hand“ далеко не одинаково принять сравнимаемыми здѣсь тремя кодексами: въ обоихъ нѣмецкихъ кодексахъ главное и рѣшающее значеніе получили моменты соглашенія и передачи, а въ кодексе французскомъ весь центръ тяжести сосредоточивается въ одномъ владѣніи, договорная же сторона совершенно ступшевывается. Поэтому примѣръ Кодекса Наполеона для насъ въ данномъ отношеніи имѣетъ очень мало значенія. Примѣръ же Торговаго Уложенія говоритъ не за, а *противъ* автора; мы здѣсь должны рассуждать такъ же, какъ мы рассуждали вмѣстѣ съ *Callmann*'омъ при разсмотрѣніи вопроса о bona fides; тамъ мы порѣшили: спеціальныя указанія Торговаго Уложенія надо понимать какъ его *особенности* по сравненію съ Уложеніемъ Гражданскимъ. При этомъ и § 1257 не будетъ намъ противорѣчить: еще останется достаточно точекъ соприкосновенія между обоими видами заклада, въ которыхъ будетъ находить для себя мѣсто соответствующее примѣненіе нормъ о добросовѣстномъ приобрѣтеніи; *въ данномъ же случаѣ* такое примѣненіе допускать нельзя, оно возможно только въ области *торговаго* права ¹⁾.

Это все, что касается *вещно-правовой* стороны добросовѣстныхъ приобрѣтеній.

¹⁾ *Wendt*, Arch. f. Civ. Praxis, LXXXIX, S. 31 ff. *Biermann*, Sachenrecht, S. 476. *Buhl*, Das Recht der bewegl. Sachen, S. 127. *Schmidt*, Auslegung des § 366 HGB., S. 43 f. *Neuburger*, Der Schutz, S. 72 ff.

Но ею все дѣло еще не исчерпывается: намъ надо обратить вниманіе и на *обязательственно-правовую* сторону дѣйствія § 932 и сл.

Здѣсь прежде всего сказывается различіе между возмездностью и безвозмездностью приобрѣтенія. А именно, въ случаяхъ безвозмезднаго приобрѣтенія къ приобрѣтателю можетъ быть предъявленъ со стороны потерпѣвшаго собственника *личный* искъ о выдачѣ обогащенія; слѣдовательно, только *возмездное* приобрѣтеніе защищается вполне, такъ какъ тогда потерпѣвшему собственнику предоставляется обращаться со своими исками только къ отчуждателю.

§ 816: Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet. Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so trifft die gleiche Verpflichtung denjenigen, welcher auf Grund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vortheil erlangt ¹⁾.

Въ то же самое время, вещное дѣйствіе § 932 и сл. *не уничтожаетъ* тѣхъ обязательственныхъ отношеній, которыя существовали раньше. Такъ, въ случаяхъ приобрѣтенія вещи путемъ цессіи виндикаціоннаго иска, когда вещь находится во владѣніи третьяго лица, это третье лицо сохраняетъ и противъ

¹⁾ *Dernburg*, *ibid.*, S. 308. *Cosack*, *ibid.*, S. 122. *Endemann*, Lehrbuch, II, S. 321. *Kober*, *ibid.*, S. 188. Если распоряженіе чужой вещью сдѣлано *явно неправомѣрно*, то виновный долженъ возмѣстить все убытки: § 823. *Planck*, Bürgerl. Gesetzbuch, Liefer. 16, S. 184. *Leske*, Vergl. Darstellung, S. 410. *Grützmann*, Sächs. Archiv, V, S. 765. *Kah*, Annalen der Bad. Gerichte, LXV, S. 316. *Buhl*, Der Schutz des Eigentums, S. 47 f. *Buhl*, Das Recht der bewegl. Sachen, S. 66. *Hachenburg*, Das Bürgerl. Gesetzbuch, II, S. 174 ff. *H. Schmidt*, Auslegung des § 366 HGB., S. 41 f. Protokolle, S. 3717.

новаго собственника всѣ тѣ свои права и возраженія, которыя оно имѣло противъ прежняго притязанія

§ 986 Abs. 2: Der Besitzer einer Sache, die nach § 931 durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe veräußert worden ist, kann dem neuen Eigenthümer die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen¹⁾.

Конечно, по общимъ основаниямъ надо признать, что въ сторонѣ отъ дѣйствія § 932 и сл. остаются и обязательственныя отношенія между пріобрѣтателемъ и традентомъ. Объ отношеніяхъ же между традентомъ и прежнимъ собственникомъ и говорить нечего: это — *res inter alios acta*.

Теперь намъ надо очертить ту категорію случаевъ, когда описанныя пріобрѣтенія *не возможны*, не смотря на наличность всѣхъ указанныхъ выше условий.

Здѣсь Общегерманское Уложеніе повторяетъ издавна установленное различіе между вещами ввѣренными и вещами, вышедшими изъ рукъ собственника противъ его воли. () послѣдней категоріи § 935 говоритъ такъ:

Der Erwerb des Eigenthums auf Grund der §§ 932 bis 934 tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigenthümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war. Das Gleiche gilt, falls der Eigenthümer nur mittelbarer Besitzer war, dann, wenn die Sache dem Besitzer abhanden gekommen war.

Итакъ, вещи украденныя, утерянныя и вообще вышедшія изъ рукъ собственника противъ или безъ его воли не по-

¹⁾ *Gierke*, Die Bedeutung des Fabrisbesitzes, S. 41 ff. *Leske*, op. cit., S. 410, Anm. 2. *Hachenburg*, ibid., S. 169. *Wendt*, Archiv f. Civ. Praxis, LXXXIX, S. 41.

ступаютъ въ собственность добросовѣстнаго пріобрѣтателя, и, значитъ, собственникъ можетъ ихъ виндицировать¹⁾.

Въ отличіе отъ прочихъ законодательствъ здѣсь никакого особаго срока для виндикаціи не установлено; слѣдовательно, здѣсь примѣняются общія положенія о давности²⁾.

§ 935 устраняетъ нѣкоторыя существенныя сомнѣнія, которыя имѣли мѣсто раньше. Такъ, во 1-хъ, здѣсь не подлежитъ уже сомнѣнію, что кража и потеря являются только *примтрами* недобровольнаго лишенія вещи, — что *всякій* случай этого рода подходитъ подъ § 935; во 2-хъ, здѣсь прямо приравниваются между собою лишеніе вещи самого собственника и лишеніе вещи того непосредственнаго владѣльца, который владѣетъ вещью для собственника, какъ владѣльца посредственнаго по § 868³⁾.

И тѣмъ не менѣе область дѣйствія § 935-го все еще оказывается спорной.

Но остановимся на каждомъ сюда относящемся вопросѣ отдѣльно.

Прежде всего что касается *кражи*, то ее здѣсь слѣдуетъ понимать, конечно, въ такомъ смыслѣ и объемѣ, какой дается ей дѣйствующимъ уголовнымъ кодексомъ Германіи. Поэтому мошенничество само по себѣ сюда не относится⁴⁾. Но и сама кража не должна быть непременно наказуемой; поэтому § 935

¹⁾ *Cosack*, Lehrbuch, II, S. 121. *Endemann*, Lehrbuch, II, S. 319. *Ennecerus* und *Lehmann*, Das Bürgerl. Recht, S. 30, 169. *Engelmann*, Das Bürgerl. Recht, S. 536. *Kah*, Annalen der Bad. Gerichte, LXV, S. 316. *Leske*, Vergl. Darstellung, S. 409. *Fürtsch*, Vergl. Darstellung, S. 343. *Tuhr*, Zeitschr. f. Franz. Civilrecht, XXX, S. 547. *Ramdohr*, Beiträge, XLIV, S. 669 ff. *Buhl*, Das Recht der bewegl. Sachen, S. 64. *Kuhlenbeck*, Von den Pandekten, II, S. 526. *Kipp* въ Lehrbuch'ѣ Windscheid'a, I, S. 793, 906. *Traumann*, Wirkungen des Erwerbs, S. 42. *H. Schmidt*, Auslegung des § 366 HGB., S. 45 ff.

²⁾ *Tuhr*, ibid., S. 548.

³⁾ *Bendix*, Seuffert's Blätter, 1901, S. 376. *Endemann*, ibid., S. 319, Anm. 15.

⁴⁾ Ср. *Kober*, Staudinger's Kommentar, Liefer. 3, S. 190.

находить свое примѣненіе, напр., при кражѣ между супругами ¹⁾).

Что касается далѣе *потери*, то Общегерманское Уложение не опредѣляетъ этого понятія. Поэтому оно оказывается спорнымъ ²⁾. Правда, въ данномъ случаѣ эта неясность въ значительной степени смягчается тѣмъ, что § 935 сейчасъ же даетъ и болѣе широкую категорію вещей, вообще вышедшихъ изъ рукъ собственника противъ его воли, но дѣло въ томъ, что и эта послѣдняя категорія также возбуждаетъ сомнѣнія и споры.

Именно, спорнымъ является вопросъ о томъ, относятся ли сюда только тѣ случаи, когда воли собственника нѣтъ совершенно, — когда она *фактически* отсутствуетъ, или же, кроме того, и тѣ случаи, когда имѣющееся волеизъявленіе лишь *юридически* считается недѣйствительнымъ ³⁾.

И вотъ, всѣ согласны въ томъ, что при *полномъ фактическомъ* отсутствіи воли приобрѣтеніе не возможно, и виндикація сохраняется; такъ это при малолѣтїи и душевной болѣзни собственника ⁴⁾. То же самое надо сказать и о тѣхъ случаяхъ, когда вещь у собственника отнимаютъ путемъ насилія, напр., при самоуправствѣ, или когда вещь уносится силами природы,

¹⁾ *Kober*, loc. cit. *Tuhr*, Zeitschr. f. Franz. Civilrecht, XXX, S. 547. *Biermann*, Sachenrecht, S. 144.

²⁾ *Kober*, ibid., S. 227. *Krückmann*, Arch. f. Bürgerl. Recht, XXIII, S. 322 ff. *Endemann*, Lehrbuch, II, S. 150 f.

³⁾ *Callmann*, Zu den Vorschriften des BGB., S. 64.

⁴⁾ *Dernburg*, Das bürgerl. Recht, III, S. 307. *Kober*, ibid., S. 191. *Planck*, Bürgerl. Gesetzbuch, Liefer. 16, S. 189. *Biermann*, Sachenrecht, S. 144. *Tuhr*, loc. cit. *Kuhlenbeck*, Das Bürgerl. Gesetzbuch, II, S. 97. *Callmann*, op. cit., S. 66. — О полной недѣеспособности говорить § 104: Geschäftsuntätig ist: 1. wer nicht das 7. Lebensjahr vollendet hat; 2. wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist; 3. wer wegen Geisteskrankheit entmündigt ist. — § 105: Die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen ist nichtig.

напр., при наводненіи; наконецъ, — когда вещь оставляется гдѣ-нибудь по забывчивости и т. п. ¹⁾).

Что же касается тѣхъ случаевъ, когда воля фактически имѣется на лицо и лишь юридически она считается недѣйствительной, то мнѣнія здѣсь уже дѣлятся. Таковы случаи ограниченной дѣеспособности. Здѣсь *Kober*, *Biermann* и др. ²⁾, придавая рѣшающее значеніе самому факту наличности воли, исключаютъ эти случаи изъ-подъ дѣйствія § 935-го, а *Planck* и др. ³⁾ считаютъ необходимымъ обращать вниманіе на *юридическую* квалификацію воли и видятъ здѣсь *недобровольное* лишеніе вещи, а потому подводятъ и эти случаи подъ дѣйствіе § 935-го. Кажется, это и правильно.

Такъ же спорно значеніе *существенной ошибки, обмана и психического принужденія*. *Planck*, примѣняя и здѣсь нормы о юридическихъ сдѣлкахъ, видитъ во всѣхъ этихъ случаяхъ также *недобровольное* лишеніе вещи въ виду возможной оспариваемости сдѣлки, а потому и добросовѣстное приобрѣтеніе считаетъ здѣсь невозможнымъ ⁴⁾, а *Biermann*, *Kober* и др., а также и судебная практика такого значенія оспариваемости не придаютъ и считаютъ примѣненіе § 935 здѣсь *не* допустимымъ ⁵⁾. *Dernburg* держится средняго мнѣнія: въ случаяхъ принужденія онъ видитъ *недобровольное* лишеніе вещи, а въ случаяхъ ошибки — *добровольное* ⁶⁾.

¹⁾ *Kober*, loc. cit. *Biermann*, loc. cit. *Kuhlenbeck*, loc. cit.

²⁾ *Kober*, loc. cit. *Biermann*, Sachenrecht, S. 144. *Fuld*, Archiv f. Civ. Praxis, LXXXIX, S. 406. *Meilhaus*, Eigentumserwerb, S. 92. *Motive*, III, S. 348.

³⁾ *Planck*, Bürgerl. Gesetzbuch, Liefer. 16, S. 189. *Callmann*, Zu den Vorschriften des BGB., S. 66. *Tuhr*, Zeitschr. f. Franz. Civilrecht, XXX, S. 548.

⁴⁾ *Planck*, loc. cit.

⁵⁾ *Biermann*, ibid., S. 145. *Kober*, loc. cit. *Callmann*, loc. cit. *Fuld*, ibid., S. 404 f. Urtheil des OLG. zu Hamburg v. 20 Dez. 1904. — *Seuffert's Archiv*, 3 Folge, Bd. V, S. 283 ff.

⁶⁾ *Dernburg*, Das bürgerl. Recht, III, S. 307. См. объ этомъ *Callmann*, ibid., S. 67 f.

Наконецъ, небезспорнымъ является вопросъ и о томъ, какъ слѣдуетъ обсуждать отчужденіе чужой вещи со стороны *непосредственнаго* владѣльца, получившаго ее въ свое временное обладаніе: будетъ ли здѣсь имѣть мѣсто недобровольное лишеніе вещи для ввѣрившаго ее *посредственнаго* владѣльца? Господствующее мнѣніе и судебная практика отвѣчаютъ отрицательно и потому, вполнѣ допускаютъ здѣсь возможность добросовѣстнаго приобрѣтенія ¹⁾. Основаніемъ служитъ то соображеніе, что рѣшающимъ здѣсь оказывается не выходъ вещи изъ *владѣнія*, а выходъ вещи изъ *фактическаго держанія* заинтересованнаго лица. Это, конечно, и правильно; здѣсь мы имѣемъ даже главный случай для добросовѣстнаго приобрѣтенія; однако *Kuhlenbeck* держится обратнаго взгляда ²⁾.

Такимъ образомъ мы видимъ, что многое, о чемъ спорили прежде, остается спорнымъ и теперь.

Во всякомъ случаѣ если указанный порокъ недобровольнаго лишенія вещи признается, то онъ дѣйствуетъ *объективно*, т.-е. разрушаетъ не только первое приобрѣтеніе отъ вора, находчика и другихъ захватчиковъ, но и всѣ послѣдующія приобрѣтенія, сколько бы ихъ ни было, пока вещь опять не возвратится въ руки потерявшаго собственника ³⁾.

Обязанность доказыванія и здѣсь лежитъ на истцѣ, которымъ является потерявшій собственникъ ⁴⁾.

При возвращеніи вещи виндиканту въ случаяхъ § 935-го даже и добросовѣстный приобрѣтатель, въ отличіе отъ предпо-

¹⁾ *Gierke*, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes, S. 25, Anm. 13. *Biermann*, Sachenrecht, S. 144. *Kober*, Staudinger's Kommentar, Liefer. 3, S. 191. *Fuld*, Arch. f. Civ. Praxis, LXXXIX, S. 404, 407. *Callmann*, op. cit., S. 68 ff. *H. Schmidt*, Auslegung des § 366 HGB., S. 47. Urtheil des Reichsgerichts v. 24 Febr. 1903, — *Seuffert's Archiv*, 3 Folge, Bd. IV, S. 18 ff.

²⁾ *Kuhlenbeck*, Das Bürgerl. Gesetzbuch, II, S. 97.

³⁾ *Planck*, loc. cit. *Biermann*, ibid., S. 145. *Kober*, ibid., S. 192.

⁴⁾ *Planck*, loc. cit. *Biermann*, loc. cit.

ложеній проекта 1888 г., не имѣетъ никакого права на возмѣщеніе цѣны вещи или вообще издержекъ по ея приобрѣтенію¹⁾.

Это все, что касается 1-го Absatz'a § 935-го.

Согласно Abs. 2-му того же §-а, отсюда, въ свою очередь, исключаются *деньги, бумаги на предъявителя*, а затѣмъ также и *всякія другія вещи* въ случаяхъ ихъ приобрѣтенія *на публичномъ аукционѣ*.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf Geld oder Inhaberpapiere sowie auf Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden ²⁾.

Деньги здѣсь имѣются въ виду такія, которыя курсируютъ, т.-е. служатъ средствомъ обращенія, безразлично, будутъ ли это деньги металлическія, или бумажныя, отечественныя или иностранныя ³⁾.

Что касается далѣе бумагъ на предъявителя, то отъ нихъ отличаютъ бумаги легитимационныя, которыя сюда не относятся ⁴⁾.

¹⁾ *Dernburg*, Das bürgerl. Recht, III, S. 310. *Kober*, loc. cit. *Planck*, ibid., S. 188.

²⁾ *Cosack*, Lehrbuch, II, S. 121 f. *Endemann*, Lehrbuch, II, S. 319. *Buhl*, Der Schutz des Eigenthums, S. 44. *Buhl*, Das Recht der bewegl. Sachen, S. 64. *Fuld*, Archiv f. Civ. Praxis, LXXXIX, S. 409. *Enneccerus und Lehmann*, Das Bürgerl. Recht, II, S. 31, 169. *Matthias*, Lehrb., II, S. 63. *Tuhr*, Zeitschr. f. Franz. Civilrecht, XXX, S. 549. *Kuhlenbeck*, Von den Pandekten, II, S. 526. *Kah*, Annalen der Bad. Gerichte, LXV, S. 329. *Leske*, Vergl. Darstellung, S. 409. *Förtsch*, Vergl. Darstellung, S. 343. *Hahn*, Handelsrecht, S. 252. *Meilhaus*, Eigenthumserwerb, S. 143 ff. *Callmann*, Zu den Vorschriften des BGB., S. 71 ff. *Traummann*, Wirkungen des Erwerbs, S. 43. *H. Schmidt*, Auslegung des § 366 HGB., S. 48 f.

³⁾ *Dernburg*, ibid., S. 308. *Planck*, ibid., S. 190. *Kober*, ibid., S. 193. *Biermann*, Sachenrecht, S. 145.

⁴⁾ *Dernburg*, loc. cit. *Kober*, loc. cit. *Planck*, loc. cit. *Biermann*, loc. cit.

Наконецъ, аукціонъ долженъ быть публичнымъ не только въ смыслѣ доступности его для публики, но и въ отношеніи того лица, которое его производитъ: это должно быть лицо, уполномоченное властью¹⁾.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ приобрѣтеніе допускается совершенно независимо отъ того, добровольно или недобровольно вещь вышла изъ рукъ собственника.

Эта особенность, какъ мы знаемъ, проводится и многими другими законодательствами.

Такъ, относительно денегъ аналогичныя постановленія мы уже видѣли въ законодательствахъ прусскомъ, австрійскомъ и саксонскомъ, при чемъ Прусскій Landrecht защищалъ, впрочемъ, только *возмездныя* приобрѣтенія²⁾.

О бумагахъ на предъявителя то же самое постановляютъ Прусскій Landrecht (кромя случаевъ дарственнаго приобрѣтенія), Австрійское Уложеніе, Торговое Уложеніе 1861 г. и Саксонское Уложеніе³⁾, тогда какъ Швейцарскій Союзный законъ и здѣсь защищаетъ приобрѣтеніе только *вѣтренныхъ* бумагъ на предъявителя⁴⁾.

Наконецъ, что касается публичныхъ аукціоновъ, то имъ такое же значеніе придаютъ только Прусскій Landrecht, Австрійское Уложеніе и Сербское Уложеніе⁵⁾, тогда какъ другія законодательства, — Кодексъ Наполеона, Саксонское Уложе-

¹⁾ *Dernburg*, loc. cit. *Kober*, ibid., S. 194. *Biermann*, ibid., S. 146. — Объ этомъ говоритъ § 383 Abs. 3: Die Versteigerung hat durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befugten anderen Beamten oder öffentlich angestellten Versteigerer öffentlich zu erfolgen (öffentliche Versteigerung). — Неправильно *Planck*, loc. cit.

²⁾ См. выше, стр. 90, 198 сл., 229. Такъ же и германскій проектъ 1888 г.

³⁾ См. выше, стр. 86, 90 сл., 199, 211, 229. Такъ же и германскій проектъ 1888 г.

⁴⁾ См. выше, стр. 243 сл.

⁵⁾ См. выше, стр. 86, 90, 194. Такъ же и германскій проектъ 1888 г.

ніе, Итальянское Уложеніе и Швейцарскій Союзный Законъ, — ограничиваются лишь тѣмъ, что возлагаютъ Lösungspflicht на виндиканта - собственника, когда вещь оказывается украденной¹⁾.

§ 3. Общегерманское Торговое Уложеніе 1897 г.

Изложивши ученіе Общегерманскаго Гражданскаго Уложенія по нашему вопросу, мы должны теперь еще разъ обратиться къ *торговому* кодексу Германіи, но на этотъ разъ уже въ той его формѣ, которую онъ получилъ въ 1897 г. при пересмотрѣ и согласованіи его съ новымъ гражданскимъ кодексомъ.

Здѣсь мы наблюдаемъ взаимное воздѣйствіе одного кодекса на другой.

Именно, съ одной стороны, Торговое Уложеніе 1861 г. въ значительной степени послужило образцомъ для гражданскаго кодекса, а затѣмъ, съ другой стороны, этотъ гражданскій кодексъ, въ свою очередь, привелъ къ измѣненію соответствующихъ статей Торговаго Уложенія.

Остановимся сначала на первой сторонѣ дѣла.

Здѣсь при общемъ сходствѣ мы видимъ слѣдующія различія между обоими кодексами.

Прежде всего, Торговое Уложеніе регулировало только отчужденія со стороны купцовъ; Гражданское же Уложеніе 1896 г. обобщило эти нормы, распространивъ ихъ на всѣхъ участниковъ оборота. Это естественно объясняется различіемъ тѣхъ областей оборота, въ которыхъ дѣйствуютъ кодексы торговый и гражданскій.

Далѣе, Гражданское Уложеніе приняло ту же самую конструкцію изучаемаго нами приобрѣтенія, которая проводилась и въ Торговомъ Уложеніи; но есть и различіе: Гражданское Уложеніе не говоритъ о *прекращеніи* прежняго права соб-

¹⁾ См. выше, стр. 158, 230, 235, 242. См. также постановленія кодексовъ Португаліи, Черногоріи и Испаніи, стр. 259—262.

ственности; однако намъ кажется, что это и излишне: разъ является новый собственникъ то изъ этого уже само собою вытекаетъ прекращеніе правъ прежняго собственника.

Затѣмъ оба кодекса одинаково требуютъ договора и передачи вещи; но въ Торговомъ Уложеніи подь договоромъ разумѣется *каузальная* сдѣлка, а относительно передачи не дается никакихъ болѣе подробныхъ указаній; въ Гражданскомъ же Уложеніи договоръ является сдѣлкой *абстрактной*, и передача опредѣляется болѣе въ своихъ деталяхъ; при этомъ можно констатировать, что судебная практика и господствующее мнѣніе въ наукѣ требовали для Торговаго Уложенія реальной *traditio*, а Гражданское Уложеніе довольствуется и приобрѣтеніемъ одного только посредственнаго владѣнія, т.-е. одного только притязанія на полученіе вещи¹⁾.

Относительно содержания и направленія *bona fides* Торговое Уложеніе 1861 г. не давало никакихъ указаній, а судебная практика и наука установили, что достаточно считать традента вообще управомоченнымъ по какому бы то ни было праву на отчужденіе вещи; Гражданское Уложеніе не вполне ясно разрѣшило этотъ вопросъ, а потому онъ оказывается здѣсь спорнымъ; прямое же и вполне ясное разрѣшеніе онъ нашель, какъ увидимъ ниже, только въ новой редакціи Торговаго Уложенія. Кромѣ того, старое Торговое Уложеніе не опредѣляло, въ какой именно моментъ нужна добросовѣстность приобрѣтателя; Гражданское же Уложеніе даетъ нужные указанія для каждой формы *traditio* особо²⁾.

Принято Гражданскимъ Уложеніемъ и данное исторіей различіе между вещами ввѣренными и вышедшими изъ рукъ собственника противъ его воли; но Торговое Уложеніе говорило лишь о вещахъ украденныхъ и утерянныхъ, и только судебная практика обобщила эти казуистическія указанія,

¹⁾ *Cosack, Handelsrecht, S. 149.*

²⁾ *Cosack, ibid., S. 150.*

а Гражданское Уложеніе уже само даетъ широкую редакцію этой мысли¹⁾.

При этомъ Торговое Уложеніе не указывало, нужно ли различать лишеніе вещи самого собственника и лишеніе вещи его представителя; судебная практика, какъ мы видѣли, уравниала эти случаи; это послѣднее теперь принято и Гражданскимъ Уложеніемъ²⁾.

И далѣе, Торговое Уложеніе, при порокѣ недобровольнаго лишенія, допускало приобрѣтеніе только бумагъ на предъявителя, а Гражданское Уложеніе подь это исключеніе изъ исключенія подвело еще деньги, а также и всѣ прочія движимости, приобрѣтаемыя на публичныхъ аукціонахъ³⁾.

Наконецъ, отмѣтимъ и то, что Торговое Уложеніе къ *договорному* закладному праву приравнивало въ защитѣ *законное* закладное право комиссіонеровъ, экспедиторовъ и т. п. Гражданское Уложеніе этой нормы не приняло.

Таково соотношеніе между Торговымъ Уложеніемъ 1861 г. и Гражданскимъ Уложеніемъ 1896 г. При несомнѣнномъ влияніи перваго на послѣднее, сходство между ними увеличивается еще тѣмъ, что нормы Торговаго Уложенія были значительно усовершенствованы и развиты судебной практикой и наукой, и Гражданское Уложеніе восприняло ихъ именно въ этомъ усовершенствованномъ видѣ.

Такимъ образомъ мы можемъ сказать: для Гражданскаго Уложенія послужило образцомъ скорѣе дѣйствовавшее торговое *право*, чѣмъ дѣйствовавшій торговый *законъ*.

Теперь переходимъ къ другой сторонѣ дѣла и посмотримъ, какое влияніе оказало Гражданское Уложеніе на свой образецъ, на кодексъ торговый, когда оказалось необходимымъ согласовать ихъ между собою.

Вліяніе это сказалось лишь въ редакціонномъ отношеніи, насколько этого требовала законодательная техника.

¹⁾ *Cosack, loc. cit.*

²⁾ *Cosack, loc. cit.*

³⁾ *Cosack, loc. cit.*

Такъ, Торговое Уложение, передавши свое содержаніе въ кодексъ гражданскій, само, въ своей новой формѣ, уже не даетъ постановленій по существу, а прямо отсылаетъ къ Уложению Гражданскому ¹⁾. По нѣкоторымъ же частнымъ вопросамъ и новое Торговое Уложение сохранило прежнія особенности торговаго права. Эти особенности, конечно, отмѣчаются Торговымъ Уложениемъ самостоятельно. Такъ, во 1-хъ, торговый кодексъ по прежнему ограничиваетъ свое дѣйствіе пріобрѣтеніями *отъ купцовъ* въ ихъ торговыхъ предпріятіяхъ ²⁾; во 2-хъ, здѣсь прямо указывается *широкое* направленіе добросовѣстности въ описанномъ выше смыслѣ ³⁾, и въ 3-хъ, сохранена защита *законнаго* закладнаго права ⁴⁾.

Все это § 366 выражаетъ слѣдующимъ образомъ:

Veräußert oder verpfändet ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine ihm nicht gehörige bewegliche Sache, so finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auch dann Anwendung, wenn der gute Glaube des Erwerbers die Befugniß des Veräußerers oder Verpfänders, über die Sache für den Eigenthümer zu verfügen, betrifft.

Ist die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auch dann Anwendung, wenn der gute

¹⁾ *Wendt*, Arch. f. Civ. Praxis, LXXXIX, S. 31 ff.

²⁾ *H. Schmidt*, Auslegung des § 366 HGB., S. 32.

³⁾ *Enneccerus und Lehmann*, Das Bürgerl. Recht, II, S. 29 f. *Neuburger*, Der Schutz, S. 66 ff.

⁴⁾ *Hachenburg*, Das Bürgerl. Gesetzbuch, II, S. 178. *Neuburger*, op. cit., S. 81 ff. Denkschrift, S. 208.

Glaube die Befugniß des Veräußerers oder Verpfänders, ohne Vorbehalt des Rechtes über die Sache zu verfügen, betrifft.

Das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs, des Spediteurs, des Lagerhalters und des Frachtführers steht hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens einem gemäss Abs. 1 durch Vertrag erworbenen Pfandrechte gleich ¹⁾.

Приведенный здѣсь § 366 замѣнилъ собою прежній § 306.

Что же касается прежняго § 307-го, имѣвшаго своимъ предметомъ бумаги на предъявителя, то онъ въ существенной своей части также поглощенъ Гражданскимъ Уложениемъ, а новое Торговое Уложение опредѣляетъ только нѣкоторыя особенности оборота съ этими объектами. Этимъ особенностямъ посвященъ § 367:

Wird ein Inhaberpapier, das dem Eigenthümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist, an einen Kaufmann, der Bankier- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, veräußert oder verpfändet, so gilt dessen guter Glaube als ausgeschlossen, wenn zur Zeit der Veräußerung oder Verpfändung der Verlust des Papiers von einer öffentlichen Behörde oder von dem aus der Urkunde Verpflichteten im Deutschen Reichsanzeiger bekannt gemacht und seit dem Ablaufe des Jahres,, in welchem die Veröffentlichung erfolgt ist nicht mehr als ein Jahr verstrichen war.

Der gute Glaube des Erwerbers wird durch die Veröffentlichung im Deutschen Reichsanzeiger nicht ausgeschlossen, wenn der Erwerber die Veröffentlichung in Folge besonderer Umstände weder kannte noch kennen musste.

¹⁾ *Dernburg*, Das bürgerl. Recht, III, S. 311 f.

Auf Zins-, Renten- und Gewinnantheilscheine, die nicht später als in dem nächsten auf die Veräußerung oder Verpfändung folgenden Einlösungstermine fällig werden, sowie auf Banknoten und andere auf Sicht zahlbare unverzinsliche Inhaberpapiere finden diese Vorschriften keine Anwendung.

Итакъ, приобрѣтеніе краденыхъ и утерянныхъ бумагъ на предъявителя остается по прежнему возможнымъ, но къ купцамъ и банкирамъ, когда они приобрѣтаютъ этого рода бумаги, предъявляются особыя требованія относительно ихъ добросовѣстности: они должны справляться съ особыми публикаціями, а иначе они не считаются добросовѣстными, хотя бы и дѣйствительно ничего не знали о кражѣ или потерѣ. Извиненіемъ могутъ служить только совершенно особыя обстоятельства, мѣшающія навести нужную справку ¹⁾.

Въ этомъ мы видимъ аналогію тому особому режиму бумагъ на предъявителя, который введенъ во Франціи законами 1872 и 1873 гг. ²⁾. Подробностей мы и здѣсь не касаемся.

На этомъ мы заканчиваемъ разсмотрѣніе гражданскаго и торговаго права Германской Имперіи ³⁾.

¹⁾ *Cosack*, Lehrbuch, II, S. 151 f. *Kuhlenbeck*, Das Bürgerl. Gesetzbuch, II, S. 97 f. *Buhl*, Das Recht der bewegl. Sachen, S. 64. *Dernburg*, *ibid.*, S. 312. *Engelmann*, Das bürgerl. Recht, S. 537. *Fuld*, Archiv f. Civ. Praxis, LXXXIX, S. 411 ff. *Hahn*, Handelsrecht, S. 253 f. *Wendt*, Arch. f. Civ. Praxis, LXXXIX, S. 15. *H. Schmidt*, Auslegung des § 366 HGB., S. 49 f.

²⁾ См. выше, стр. 134 сл.

³⁾ §§ 929—936 Общегерм. Гр. Улож. приняты Венгерскимъ проектомъ гражд. уложенія 1900 г.: §§ 625—632. О древнемъ венгерскомъ правѣ см. *Timon*, *Ungar. Rechtsgeschichte*, S. 385: движимости виндцировались только въ случаяхъ кражи. Венгер. торгов. кодексъ 1876 г. въ §§ 299 и 300 воспроизвелъ §§ 306 и 307 Нѣм. Торгов. Уложенія 1861 г. То же надо сказать и относительно торгов. закона Босніи и Герцеговины 1883 г.: §§ 317, 318.

ГЛАВА XI.

Русское право.

Предыдущей главой мы закончили разсмотрѣніе иностранныхъ законодательствъ по нашему вопросу.

Все изложенное выше, кромѣ самостоятельнаго интереса, имѣетъ для насъ и другое значеніе: имѣя многочисленныя образцы рѣшенія нашего вопроса, намъ будетъ легче разбираться въ болѣе важной для насъ области — въ области права русскаго, которое отличается крайней бѣдностью постановленій по нашему вопросу.

Разсмотрѣніе русскаго права мы также раздѣлимъ на двѣ части: историческую и догматическую. Первую мы начнемъ съ договоровъ русскихъ съ греками X в., а во второй, кромѣ нашего свода законовъ, разсмотримъ еще и тѣ законодательства, которыя дѣйствуютъ у насъ въ отдѣльныхъ частяхъ Имперіи.

А. Часть историческая.

§ 1. Общія замѣчанія.

Въ историческомъ изученіи права, какъ и во всякомъ другомъ научномъ изслѣдованіи, чрезвычайно важную роль играетъ, — само собой разумѣется, — правильность методологическихъ приѣмовъ ¹⁾.

¹⁾ *Самковасовъ*, *Ист. рус. пр.*, т. I, вып. 1, стр. 161, 168, 174.

Въ послѣднее время изслѣдователи исторіи права все чаще и чаще прибѣгаютъ къ *сравнительно-историческому* методу¹⁾, который имѣетъ своей основой „единство психологическихъ и физическихъ законовъ природы человѣка“²⁾; благодаря этому единству, одни и тѣ же отношенія (у различныхъ народовъ, но при одинаковыхъ условіяхъ жизни) регулируются одними и тѣми же нормами, такъ что является возможность, при обычной недостаточности источниковъ, исторію права одного народа разяснять исторіей права другого народа³⁾

Изъ сказаннаго вытекаетъ, что сравнительный методъ можетъ быть полезнымъ для изученія русскаго права не только сравнительно съ другими *славянскими* законодательствами⁴⁾, но также и — съ правомъ всякаго другого народа, а потому не только для насъ, русскихъ, можетъ быть полезно изученіе исторіи, напр., германскаго права, но и наоборотъ, — для разясненія спорныхъ вопросовъ *германскаго* права можно бы найти много интереснаго матеріала въ исторіи *русскаго* и другихъ *славянскихъ* законодательствъ⁵⁾. Необходимо только надлежа-

¹⁾ *Магнесскій*, Чтенія въ И. О. Ист. и Др., 1856, кн. 1, стр. 3. *Морошкинъ* въ Опытѣ Исторіи Рейца, стр. 413 сл. *Ливецъ*, Das Recht in Böhmen, S. 40 f. *Леоновичъ*, Исторія, стр. 50 сл. *Загоскинъ*, Методъ и средства сравнит. изученія, стр. 5 и сл. *Самковасовъ*, тамъ же, стр. 242 сл. *Владимірскій-Будановъ*, Сборн. госуд. знаній, IV, стр. 5, *Филипповъ*, Сборникъ статей, посвящ. М. Ф. Владимірскому-Буданову, стр. 2 сл. *Салейль*, Журн. Мин. Юст., 1905, № 8, стр. 237 сл.

²⁾ *Владимірскій-Будановъ*, Обзоръ, стр. 2. *Леоновичъ*, тамъ же, стр. 83 сл.

³⁾ *Загоскинъ*, назв. соч., стр. 11.

⁴⁾ Напр., *Иванишевъ* уже давно замѣтилъ, что „въ Законахъ древнихъ чеховъ Славянское Право сохранилось въ большемъ объемѣ, нежели въ Законахъ другихъ Славянскихъ народовъ“. — Журн. Мин. Нар. Пр., ч. 30, 1841, стр. 99. Проф. *Владимірскій-Будановъ* указываетъ на „ближайшее и поразительное сходство“ между законами Вепринца и Русской Правдой. — Журн. Мин. Нар. Пр., ч. 214, 1881, стр. 100, 112.

⁵⁾ *Филипповъ*, назв. Сборникъ, стр. 3. *П. Виллевъ*, Сборн. Правовѣднія, V, стр. 5, 10.

щее и правильное пользованіе этимъ методомъ. Проф. *Сергеевичъ* по этому поводу говоритъ: „Примѣненіе сравнительной методы предполагаетъ, что сравниваемые явленія уже выяснены въ своихъ признакахъ. Сравненіе, слѣдовательно, не есть способъ обработки даннаго положительнаго права. Всякое положительное право можетъ быть обрабатываемо только на основаніи его собственныхъ источниковъ. Чего не даютъ эти источники, то не можетъ быть пополнено сравненіемъ. Сравнительная метода не въ силахъ прибавить къ системѣ даннаго историческаго права ни одного новаго факта. Она можетъ только пролить новый свѣтъ на существующіе и навести на объясненіе неяснаго, несовершенно досказаннаго въ источникахъ свидѣтельства“¹⁾.

Но вотъ здѣсь-то и обнаруживается вся наша неподготовленность къ пользованію сравнительно-историческимъ методомъ. Проф. *Загоскинъ* говоритъ: сравнительно-историческій методъ у насъ пока — *primum desiderium*: пользоваться имъ еще нельзя, такъ какъ наши матеріалы пока ничтожны и не разработаны, а потому мы рисковали бы дѣлать произвольныя и неудачныя сближенія, сопоставленія и гипотезы; пользоваться этимъ методомъ можно будетъ тогда, когда будутъ разработаны исторія славянскаго права, право скандинавское, византийское, монгольское, литовско-русское; теперь же все это остается еще почти вовсе не разработаннымъ²⁾. То же самое констатируетъ и проф. *Самковасовъ*³⁾. Даже о нашей *русской* исторіи не такъ еще давно *Кавелинъ* говорилъ: „Собственно ученое обрабатываніе русской исторіи представляетъ самую жалкую картину“⁴⁾. Конечно, съ тѣхъ поръ многое измѣнилось,

¹⁾ *Сергеевичъ*, Лекціи, 1883, стр. 22. Вообще о сравнительномъ методѣ — *М. Ковалевскій*, Историко-сравнит. методъ, *Тарановскій*, Сравнительное правовѣдніе, *Иконниковъ*, Опытъ рус. исторіографіи, т. I, кн. 1, стр. 169 сл.

²⁾ *Загоскинъ*, Исторія права рус. народа, I, стр. 114 сл.

³⁾ *Самковасовъ*, Ист. рус. права, I, 1, стр. 272.

⁴⁾ *Кавелинъ*, Собр. соч., I, стр. 9.

но, въ виду краткости истекшаго времени, еще многого остается и желать. Что касается далѣе литовско-русскаго права, то его еще только-что начали изучать¹⁾. Вопросъ о дѣйствии и значеніи у насъ византійскаго или греко-римскаго права также еще вполне не изслѣдованъ²⁾.

Такимъ образомъ пользованіе сравнительно-историческимъ методомъ возможно пока лишь въ ограниченныхъ размѣрахъ.

Послѣ этихъ предварительныхъ замѣчаній мы приступаемъ къ разсмотрѣнію постановленій нашихъ законодательныхъ памятниковъ и начнемъ это съ договоровъ русскихъ съ греками.

§ 2. Договоры русскихъ съ греками.

Договоры русскихъ съ греками³⁾, это — древнѣйшіе памятники въ нашей исторіи права. Относящіеся къ нашему вопросу статьи имѣются въ двухъ договорахъ: 911 г. и 945 г.

¹⁾ *Ясинскій*, Лекціи, I, стр. 14. *Загоскинъ*, Ист. права рус. народа, I, стр. 112. *Квачевскій*, Ж. Гр. и Угол. пр., 1876, кн. 4, стр. 225. *Демченко*, Наказаніе по Лит. Статуту, стр. 5 и прим. 2. *Чарнецкій*, Киев. Унив. Изв., 1866, № 9, стр. 1, 4, 12. *Дювернуа*, Чтенія, I, стр. 200.

²⁾ См., напр., статью *Флоринскаго* въ Сборникѣ, посвящ. М. Ф. Владимірскому-Буданову, стр. 406, 410.

³⁾ Текстъ этихъ договоровъ см. въ Христоматіи проф. *Владимірскаго-Буданова*, вып. 1; кромѣ того, — *Н. Јиредекъ*, *Svod zákonů slovanských*; параллельно и на польскомъ языкѣ—*R. Kowieski*, *Prawda Ruska*, II. Вышнюю исторію договоровъ даютъ *Владимірскій-Будановъ*, Обзоръ, стр. 90 сл., *Сергѣевичъ*, Лекціи, 1890, стр. 27 сл., *Ясинскій*, Лекціи, I, стр. 38 сл., *Лончиновъ*, Мирные договоры, стр. 48 сл. *И. Вьяневъ*, Временникъ Общ. ист. и древн. рос., кн. 15, стр. 42 сл., 90 сл. Его же Лекціи, стр. 63 сл., *Соколовскій*, Киев. Унив. Изв., 1870, № 4, стр. 3 сл., *Забѣлинъ*, Исторія рус. жизни, I, стр. 126 сл., 157 сл., *Димитріу*, Визант. Временникъ, т. II, вып. 4, стр. 531 сл., 539 сл., 545. *Самоквасовъ*, Варшав. Унив. Извѣстія, 1886, № 6, стр. 17 сл. Кромѣ того, — *Татищевъ*, Исторія, кн. 2, стр. 20 сл., 29 сл. *Карамзинъ*, Исторія, I, стр. 136 сл., 151 сл. *Погодинъ*, Др. рус. исторія, I, стр. 22 сл., 39 сл. *Соловьевъ*, Исторія, кн. 1, стр. 119 сл., 124 сл. Краткія

Но здѣсь не такъ еще давно имѣло мѣсто новое затрудненіе, теперь уже, правда, устраненное. А именно, въ концѣ XVIII в. нѣмецкій ученый, *Schlözer*, посвятившій свои силы изученію исторіи русскаго права, рѣшительно выступилъ съ утвержденіемъ, что первоначальная русская исторія не достовѣрна, такъ какъ недостовѣрна лѣтопись Нестора, а въ томъ числѣ и тексты договоровъ русскихъ съ греками¹⁾. За *Schlözer*'омъ послѣдовали и нѣкоторые русскіе ученые²⁾. Но господствующее мнѣніе всегда отвергало этотъ взглядъ³⁾, и теперь уже никто не сомнѣвается въ подлинности какъ нашей лѣтописи⁴⁾, такъ и указанныхъ договоровъ⁵⁾.

свѣдѣнія и указанія даютъ *Le Clerc*, *Histoire*, I, p. 111 ss., 124 ss., *Болтинъ*, Примѣч. на исторію Леклерка, I, стр. 69 сл., 448 сл. Его же Критич. примѣч. на I т. ист. кн. Щербатова, стр. 216 сл., 228 сл. *Стригунъ*, Исторія, I, стр. 30 сл., 36 сл., *Львовъ*, Сынъ Отеч., 1814, № 33, стр. 6 сл., *Ewers*, *Geschichte*, I, S. 13 f., 16 f. *Васильевъ*, Вѣстн. Европы, 1822, № 7, стр. 161 сл., *Коровецкій*, Сынъ Отеч., 1829, № 48, стр. 90 сл., *Кайдановъ*, Начертаніе исторіи, стр. 5, 7, *Устряловъ*, Рус. исторія, ч. 1, стр. 72, 75. *Тобинъ*, Журн. М. Н. Пр., 1845, ч. 48, стр. 72, *Рождественскій*, Обзорѣніе, стр. 35 сл.

¹⁾ *Schlözer*, *Probe Russ. Annalen*, S. 145, 203. Затѣмъ его же, *Несторъ*, II, S. 297, IV, S. 47, V, S. 181 ff.

²⁾ *Строевъ*, Труды и лѣтописи Общ. ист. и древн., ч. IV, кн. 1, стр. 167 сл. *Скромненко*, О недостовѣрности др. рус. исторіи, стр. 1—67. Ср. *Морошкина* въ Опытѣ исторіи Рейца, стр. 373 сл.

³⁾ *Кругъ*, *Krit. Versuch*, S. 108 ff. Его же *Zur Münzkunde*, S. 126 f., 187. *Эверсъ*, Предварит. крит. изслѣд., II, стр. 240 сл., 249 сл., 256 сл., 266 сл. *Рейцъ*, Опытъ исторіи, стр. 18. *Карамзинъ*, Ист., I, прим. 308. *Погодинъ*, Библиот. для чтенія, VI, отд. III, стр. 77—104, Русскій Историч. Сборникъ, т. I, кн. 3, стр. 118 сл., кн. 4, стр. 98 сл., 102 сл., 107 сл., Его же *Несторъ*, стр. 3 сл., 115 сл., 119 сл. Его же Изслѣдов., замѣч. и лекціи, I, стр. 7 сл., 77 сл., 119 сл., 127 сл., 199, 235 сл. *Срезневскій*, Извѣстія Имп. Ак. Наукъ, I, стр. 309 сл. *Кавелинъ*, Собр. соч., I, стр. 115 сл. *Неволинъ*, Полн. собр. соч., II, стр. 459.

⁴⁾ *Маркевичъ*, О лѣтописяхъ, I, стр. 28.

⁵⁾ *Дювернуа*, Источники права, стр. 14. *Соколовскій*, Киев. Унив. Извѣстія, 1870, № 4, стр. 1. *Хлѣбниковъ*, Общество и государство,

Принявши это послѣднее мнѣніе, какъ доказанное, мы должны далѣе остановиться на вопросѣ: какое право, — русское или греческое, — выражено въ этихъ договорахъ?

Проф. *Загоскинъ* видитъ въ нихъ впервые документированный „уставъ и законъ русскій“¹⁾, а проф. *Сергѣевичъ* усматриваетъ въ нихъ преимущественно слѣды *греческаго* права: русское право допущено лишь настолько, насколько это не противорѣчило желанію грековъ обуздать примитивныя нравы руссовъ, приходившихъ въ Грецію; нормы договоровъ даже и предназначались къ дѣйствию въ Греціи, а не въ Россіи, но впрочемъ ихъ вліяніе могло распространяться и на Россію“²⁾. Въ общемъ такого же мнѣнія держится и проф. *Владиміръскій-Будановъ*, но только, по его мнѣнію, перевѣсъ оказывается на сторонѣ *русскаго* права: „Право, выраженное въ договорахъ, не есть ни право *византійское*, ни *чисто-русское*: оно составлено искусственно договаривающимися сторонами для соглашенія русскаго обычнаго права съ столь отличнымъ отъ него культурнымъ *византійскимъ* правомъ. Однако *въ договорахъ* гораздо больше слѣдовъ *русскаго* права, чѣмъ *византійскаго*, — не потому, что русскіе взяли перевѣсъ надъ греками, а потому, что культурному человѣку легче приспособиться къ младенче-

стр. 362 сл. (сводятся аргументы за и противъ). *Ламбинъ*, Журн. Мин. Нар. Пр., ч. 168, 1873, стр. 121. *Забѣлинъ*, Исторія рус. жизни, I, стр. 472 сл., 479, II, стр. 127, 130 сл. *Вьяльевъ И.*, Лекціи, стр. 64. *Самонясовъ*, Варшав. Унив. Извѣстія, 1886, № 6, стр. 1 сл., 5 сл. *Сергѣевичъ*, Лекціи, 1890, стр. 29. *М. Ясинскій*, Лекціи, стр. 48. *Загоскинъ*, Ист. права рус. народа, I, стр. 485. *Лонгиновъ*, Мирные договоры, стр. 17. *Владиміръскій-Будановъ*, Обзоръ, стр. 92.

¹⁾ *Загоскинъ*, Исторія права рус. народа, I, стр. 186, 486. Прежде — *И. Вьяльевъ*, Лекціи, стр. 63 сл., *Рождественскій*, Обзоръ, стр. 36, *Магѣевскій*, Чтенія въ Обществѣ исторіи, 1858, кн. 1, стр. 19.

²⁾ *Сергѣевичъ*, Журн. Мин. Нар. Пр., 1882, ч. 219, стр. 94 сл., 114; его же Лекціи, 1890, стр. 55 сл. Такъ и проф. *Шершеневичъ*, Курсъ, I, 2, стр. 360. Смѣшанный составъ содержанія договоровъ отмѣченъ и *Срезневскимъ*, Извѣстія Академіи Наукъ, III, 1854, стр. 50. Такъ же и *Стефановскій*, Журн. Мин. Нар. Пр., ч. 165, 1873, стр. 277.

скому состоянію, чѣмъ наоборотъ“¹⁾. Этотъ послѣдній взглядъ раздѣляется и проф. *Ясинскимъ*²⁾. Нѣсколько раньше проф. *Соколовскій* разобралъ содержаніе договоровъ по отдѣльнымъ отраслямъ права особо и установилъ, между прочимъ, что нормъ гражданскаго права въ договорахъ мало, да и тѣ касаются главнымъ образомъ порядка наслѣдованія; что же касается уголовно-правовыхъ постановленій, то ихъ главная основа — чисто русская³⁾. Для насъ это важно потому, что къ нашему вопросу относятся именно статьи *уголовно-правового* содержанія, такъ какъ въ каждомъ примитивномъ законодательствѣ право частное и право уголовное въ значительной степени сливаются между собою⁴⁾.

Теперь обратимся къ самому тексту соответствующихъ статей договоровъ.

Ст. 12 договора Олега 911 г. говорить:

О томъ еще украденъ будетъ челядинъ Рускый, или въскочитъ, или лонужи проданъ будетъ, и жаловати начнутъ Русь, да покажется таковое отъ челядина, да имуть и въ Русь; но и гостѣ погубиша челядинъ, и жалуютъ, да ищутъ, и обрѣтаемое да имуть е, аще ли кто искушенія сего не дастъ створити, мѣстникъ да погубить правду свою⁵⁾.

¹⁾ *Владиміръскій-Будановъ*, Обзоръ, стр. 92.

²⁾ *Ясинскій*, Лекціи, стр. 54 сл. Тамъ же см. и о прежнихъ взглядахъ на этотъ вопросъ, стр. 53 сл. См. еще и мнѣніе г. *Лонгинова*, Мирн. договоры, стр. 114.

³⁾ *Соколовскій*, Киев. Унив. Извѣстія, 1870, № 4, стр. 17 сл., 19.

⁴⁾ *Рейцъ*, Опытъ, стр. 55. *Эверсъ*, Древн. рус. право, стр. 345, 350. *Троцина*, Ист. суд. учреждений, стр. 2, 28. *Стефановскій*, Журн. Мин. Нар. Пр., ч. 165, 1873, стр. 276, 284, 291 сл. Ср. *Шершеневичъ*, Курсъ, I, 2, стр. 358.

⁵⁾ *Владиміръскій-Будановъ*, Христоматія, I, стр. 7. По этому же изданію будемъ цитировать и остальные статьи договоровъ съ греками.

Станиславскій объясняетъ эту норму слѣдующимъ образомъ: „Хозяинъ украденнаго, бѣжавшаго или по принужденію проданнаго раба могъ жаловаться (вѣроятно мѣстному начальству) и искать его, отыскавъ же взять обратно, въ особенности ежели самъ рабъ покажетъ, какимъ изъ означенныхъ противозаконныхъ способовъ онъ перешелъ во владѣніе другого лица“. Кроме того, *Станиславскій* совершенно правильно замѣчаетъ: „въ этой статьѣ говорится объ одномъ только предметѣ собственности, именно о челядинахъ или невольникахъ, но правила, здѣсь постановленныя, легко могли быть примѣняемы и къ другимъ вещамъ“¹⁾.

Во всемъ этомъ главное и существенное для насъ — право собственника взять своего раба обратно, гдѣ бы онъ ни нашелъ его: *ubi rem meam invenio, ibi vindico*. Это право одинаково признается всеми толкователями приведенной статьи²⁾.

Теперь переходимъ къ договору Игоря 945 г.; здѣсь ст. 3 говорить:

Аще ускочитъ челядинъ отъ Руси, по неже придуть въ страну царствія нашего, и отъ святаго Мамы, аще будетъ, да поимуть ѿ; аще ли не обрящется, да на рогу идутъ наши хрестяне Руси по вѣрѣ ихъ, а не хрестяни по закону своему: ти тогда взимають отъ насъ цѣну свою, якоже уставлено есть преже, 2 паволоцѣ за челядинъ³⁾.

¹⁾ *Станиславскій*, Изслѣдованіе, стр. 10.

²⁾ *Schlözer*, Несторъ, III, S. 329. *Evers*, Geschichte, I, S. 15. *Эверсъ*, Древн. рус. право, стр. 178. *Карамзинъ*, Исторія, I, стр. 140. *Рейцъ*, Опытъ, стр. 66, примѣч. *Евлевскій*, Журн. гр. и угол. пр., 1893, кн. 1, стр. 30.

³⁾ См. и ст. 4 того же договора: „Аще ли кто отъ людей царства нашего, ли отъ города нашего, или отъ ишѣхъ городъ, ускочитъ челядинъ нашъ къ вамъ, и принесетъ что, да везити ѿ опять; и еже что принесетъ будетъ, все цѣло, и да возметь отъ него золотника два“. Проф. *Владимірскій-Будановъ* говоритъ: „Это то же самое поста-

Проф. *Владимірскій-Будановъ* переводитъ эту статью слѣдующимъ образомъ: „Если челядинъ (русь) убѣжитъ изъ Руси и придетъ въ Греческое царство, или убѣжитъ отъ св. Мамы (изъ предмѣстья Царяграда, гдѣ должны были жить пріѣзжіе руссы), то если найдутъ его, пусть возьмутъ. А если не найдутъ, то руссы (хрестіане по вѣрѣ своей, а язычники по закону своему) должны присягнуть (въ томъ, что челядинъ дѣйствительно убѣжалъ) и получаютъ отъ грековъ цѣну раба — 2 паволоки за каждаго, какъ установлено“¹⁾.

Здѣсь та же самая основная идея, что и выше: *ubi invenio, ibi vindico*²⁾.

Наконецъ, ст. 6 того же договора Игоря гласитъ такъ:

Аще ли ключитъся украсти Русину отъ Грекъ что или Гръчину отъ Руси, достойно есть да възворотитъ (е) не точью едино, но и цѣну его; аще украденное обрящется продаемо, да вдасть и цѣну его сугубо, и ть показнець будетъ по закону Гречьскому, и по уставоу и по закону Рускому³⁾.

Существенное для насъ въ этой статьѣ состоитъ въ слѣ-

новленіе, что и въ ст. 3-й, только опредѣляющее обязанность русскихъ относительно грековъ“. — Христоматія, I, стр. 14, прим. 17.

¹⁾ *Владимірскій-Будановъ*, тамъ же, стр. 14.

²⁾ *Татищевъ*, Исторія, кн. 2, стр. 31 сл. *Schlözer*, Несторъ, IV, S. 69. *Эверсъ*, Древн. рус. право, стр. 200 сл. *Карамзинъ*, Исторія, I, стр. 153. *Раковіескі*, Prawda Ruska, II, str. 13. *Погодинъ*, Др. рус. исторія, I, стр. 40. *Станиславскій*, назв. соч., стр. 17 сл. *Сокольскій*, Кіев. Унив. Изв., 1870, № 4, стр. 24 сл. *Соловьевъ*, Исторія, кн. 1, стр. 125. *Сергѣевичъ*, Журн. Мин. Нар. Просв., 1882, ч. 219, стр. 95. Его же Лекціи, 1890, стр. 38.

³⁾ См. и ст. 5 того же договора: „Аще ли кто покусится отъ Руси взяти что отъ людей царства нашего, иже то створить, покаженъ будетъ вельми; аще ли взялъ будетъ, да заплатитъ сугубо. И аще створить (тоже) Гръчинъ Русину, да приметъ ту же казнь, якоже пріялъ есть и онъ“. См. объ этой статьѣ замѣчаніе проф. *Владимірско-Буданова*, Христоматія, I, стр. 15, прим. 18 in fine.

дующемъ: „Воръ долженъ возвратить не только самую украденную вещь, но еще столько же, сколько она стоитъ; если же вещь уже продана воромъ, то возвращается вдвойнѣ ея стоимость“¹⁾.

Въ этомъ послѣднемъ положеніи г. *Елеонскій* склоненъ, — хотя и нерѣшительно, — видѣть ограниченіе виндикаціи: отъ покупателя вещь *какъ-будто* не отбиралась²⁾.

Однако трудно было бы настаивать на этомъ заключеніи, какъ не настаиваетъ на немъ и самъ г. *Елеонскій*: въ виду ст. 3 того же договора можно, кажется, съ одинаковой достовѣрностью предположить, что здѣсь, — т. е. когда вещь уже продана воромъ, — имѣется въ виду тотъ случай, когда вещь *не найдена*³⁾; тогда естественно дѣло ограничивается возмѣщеніемъ ея цѣны; такимъ образомъ, думается намъ, ст. 6 даетъ не новый принципъ, а лишь казуистически-конкретный примѣръ того, что въ ст. 3-ей выражено въ общей и широкой формѣ.

Кромѣ того, нельзя здѣсь видѣть ограниченіе виндикаціи и потому, что въ такомъ случаѣ пришлось бы допустить его при условіяхъ совершенно невѣроятныхъ и, можно сказать, невиданныхъ, а именно, пришлось бы признать, что виндикація устранялась, во 1-хъ, независимо отъ того, какъ вещь вышла изъ рукъ собственника (во всѣхъ разсмотрѣнныхъ статьяхъ имѣется въ виду *недобровольная* утрата имущества), во 2-хъ, — независимо и отъ того, какъ вещь пріобрѣталась третьимъ лицомъ: о его добросовѣстности или недобросовѣстности не говорится ничего. Не трудно замѣтить, что *такое* „ограниченіе“ виндикаціи равносильно полному устраненію права собственности, — результатъ недопустимый, но лишь потому, что онъ основанъ на недопустимомъ предположеніи. Въ самомъ дѣлѣ, правосознаніе страны, которая вела уже иномземную торговлю, не могло ограничиваться примитивнѣйшей реакціей про-

1) *Владимірскій-Будановъ*, тамъ же, та же стр. Кромѣ того, *Татищевъ*, тамъ же, стр. 32. *Карамзинъ*, тамъ же, стр. 153.

2) *Елеонскій*, Журн. гр. и угол. пр., 1893, кн. 1, стр. 30.

3) Такъ это понимаетъ *Рейцъ*, Опытъ, стр. 60.

тивъ преступленій при полномъ игнорированіи, такъ сказать, мирныхъ правъ и обязанностей необходимыхъ въ общежитіи. Наконецъ, подвергать свои имущества *такому* „режиму“ не могли бы согласиться греки.

Итакъ, по всѣмъ этимъ основаніямъ и не смотря на всю бѣдность и отрывочность постановленій разсматриваемыхъ договоровъ, мы склонны въ концѣ концовъ видѣть въ нихъ принципъ *абсолютной виндикаціи* движимостей.

Чей же это принципъ: греческій или русскій?

При рѣшеніи этого вопроса мы считаемъ нужнымъ обратить вниманіе на слѣдующее сопоставленіе. Съ одной стороны, болѣе культурная участница договоровъ, Греція, жила правовыми идеями Юстиніана, который былъ, какъ мы знаемъ, на сторонѣ абсолютной виндикаціи; правда, его преемники составляли новые сборники законовъ, при чемъ устарѣвшія нормы выбрасывались, а новыя узаконялись; такова дѣятельность главнымъ образомъ Василія Македонянина и Льва Философа въ концѣ IX вѣка¹⁾; но и при этихъ реформахъ нормы Юстиніана о правѣ собственности стояли непоколебимо твердо: византійскіе законодатели смотрѣли на нихъ, какъ на такія, которыя разумѣются сами собою, а потому только *Базилики* говорятъ о правѣ собственности довольно пространно, но тамъ воспроизводятся соответствующіе титулы изъ *Corpus'a juris civilis*; что же касается *Эклоги*, то она молчитъ по этому вопросу совершенно, а *Прохиронъ* и *Эпанагоге* даютъ лишь мимоходомъ мелкія указанія²⁾. Съ другой же стороны, какъ увидимъ ниже, *Русская Правда*, — сборникъ уже несомнѣнно русскій, — такъ же точно проводила принципъ абсолютной виндикаціи.

1) *Zachariä von Lingenthal*, Geschichte des griechisch - röm. Rechts, S. 13—15. Объ этихъ сборникахъ см. еще *Mortreuil*, Histoire, I, p. 357 ss., II, p. 22 ss., 39 ss., 46 ss., 62 ss., III, p. 499 ss. и *Азаревичъ*, Врем. Демид. Лицея, 1876, стр. 28 сл.; 1877, стр. 11 сл., 24 сл., 41 сл., 84 сл.

2) *Zachariä von Lingenthal*, Geschichte des griechisch-röm. Privatrechts, S. 192.

Такимъ образомъ мы видимъ, что оба эти законодательства,—греческое и русское,—въ данномъ отношеніи и въ данную эпоху (первоначальная Русская Правда воспроизводила обычныя правовыя воззрѣнія и X-го вѣка) совершенно совпадали между собою ¹⁾. Эти сходныя русскія нормы могли образоваться и самостоятельно; но точно такъ же онѣ могли возникнуть у насъ и подъ влияніемъ идей греческихъ. Объ этихъ послѣднихъ проф. Сергѣевичъ дѣлаетъ такое общее замѣчаніе: „Вліяніе греческихъ правовыхъ идей на наши обычныя могло начаться еще до принятія христіанства и до перенесенія къ намъ духовенствомъ греческихъ сборниковъ права“ ²⁾. Во всякомъ же случаѣ мы можемъ сказать, что абсолютность виндикаціи движимостей въ древности была (возникши такъ или иначе) принципомъ и русскимъ, — по крайней мѣрѣ, въ той области, въ которой дѣйствовала Русская Правда.

Къ разсмотрѣнію Русской Правды мы теперь и переходимъ.

§ 3. Русская Правда.

Русская Правда является первымъ сборникомъ древнѣйшаго и теперь уже безспорно *русскаго* права ³⁾.

¹⁾ И. Вьялевъ, Временникъ Общества исторіи, кн. 15, 1852, стр. 63 сл., 102.

²⁾ Сергѣевичъ, Лекціи, 1890, стр. 56.

³⁾ Текстъ даютъ Владимірскій-Будановъ, Христоматія, I, Калачовъ, Изслѣдованія, *Rakowiecki*, Prawda Ruska, *Tobien*, Die Prawda Russkaja, H. Jireček, Svod, Дубенскій, Достопамятности, ч. 2, 1843. Новѣйшее изданіе сдѣлано проф. Сергѣевичемъ, Русская Правда, 1904. Вообще о Русской Правдѣ — *Le Clerc*, Histoire, I, p. 357 ss. Львовъ, Сынъ Отеч., 1814, № 33, стр. 8 сл., 16 сл. *Rakowiecki*, Prawda Ruska, I, стр. 128 сл., 198 сл. Карамзинъ, Исторія, II, стр. 42 сл. Эверсъ, Др. рус. право, стр. 300 сл. *Ewers*, Geschichte, I, S. 47, 106 ff. Васильевъ, Вѣстн. Европы, 1822, № 7, стр. 164. Коровецкій, Сынъ Отеч., 1829, № 48, стр. 91 сл. Кайдановъ, Начертаніе исторіи, стр. 23. Бутковъ, Сынъ Отеч., 1836, стр. 281 сл. Устрияловъ, Рус. исторія, I,

Правда, сомнѣнія, которымъ подвергались договоры съ греками, не прошли безслѣдно и для Русской Правды; такъ, напр., Каченовскій очень настойчиво доказывалъ, что Русскую Правду нельзя относить ко времени Ярослава Мудраго, — что она болѣе поздняго происхожденія ¹⁾.

Но теперь въ этомъ отношеніи уже твердо установлено, что Русская Правда составлялась постепенно, при чемъ та ея часть, которая теперь составляетъ первыя 17 статей такъ наз. Академическаго списка, является самой древней и возникла дѣйствительно при Ярославѣ, т. е. въ первой половинѣ XI вѣка; затѣмъ Русская Правда постепенно восполнилась при слѣдующихъ князьяхъ и окончательно сложилась только къ началу или даже въ самомъ началѣ XIII вѣка; такимъ образомъ эта пространная Русская Правда отмѣчаетъ въ себѣ болѣе позднія формаціи права и составляетъ теперь между прочимъ такъ наз. списокъ Карамзинскій ²⁾.

стр. 115, II, стр. 342. *Tobien*, Die Prawda Russkaja. *Тобинъ*, Журн. Мин. Нар. Пр., 1845, ч. 48, стр. 73 сл. и 1847, ч. 54, стр. 172 сл. Калачовъ, Изслѣд. Дубенскій, Чтенія въ общ. ист., № 2, 1846, стр. 1 сл. Рождественскій, Обзорніе, стр. 39 сл. Ланге, Изслѣдованіе, стр. 3 сл. Неволинъ, Полн. собр. соч., II, стр. 459 сл. Соловьевъ, Ист., I, стр. 231 сл. Чарнецкій, Кіев. Унив. Изв., 1866, № 9, стр. 33 сл. Пахманъ, О суд. доказательствахъ, стр. 6 сл. Вестружесъ-Рюминъ, Рус. исторія, I, стр. 217 сл. Хльбниковъ, Общество и государство, стр. 293 сл., 331 сл. Загоровскій, Историч. очеркъ займа, стр. 14 сл. Пахманъ, Ист. кодификаціи, I, стр. 205 сл. Дювернуа, Источники права, стр. 44 сл. П. Вьялевъ, Сборникъ правовѣднія, V, стр. 1 сл. И. Вьялевъ, Лекціи, стр. 219 сл. Мрочекъ-Дроздовскій, Изслѣдованія, вып. 2. Сергѣевичъ, Лекціи, 1890, стр. 76 сл. Ясинскій, Лекціи, стр. 111 сл. Загоскинъ, Исторія права рус. народа, I, стр. 188 сл. Шершеневичъ, Курсъ, I, 2, стр. 360 сл. Сергѣевичъ, Русская Правда. Владимірскій-Будановъ, Обзоръ, стр. 95 сл.

¹⁾ Каченовскій, Два разсужденія, стр. 101 сл., 105 сл., 125 сл. Объ этой теоріи — Калачовъ, Изслѣдованія, стр. 10 сл. О сомнѣніяхъ въ подлинности Русской Правды см. Неволина, Полн. собр. соч., II, стр. 461.

²⁾ Ясинскій, Лекціи, стр. 124 сл. Владимірскій-Будановъ, Об-

Затѣмъ, кромѣ даты, и здѣсь такъ же, какъ и относительно договоровъ съ греками, прежде возбуждали споры и сомнѣнія вопросъ о *національности* права, выраженнаго въ Русской Правдѣ. Такъ, въ виду сходства Русской Правды съ древнѣйшими сборниками права германцевъ и скандинавовъ, нѣкоторые ученые приписывали Русской Правдѣ иноземное происхождение ¹⁾. Однако господствующее мнѣніе считало и теперь считаетъ Русскую Правду источникомъ самобытнаго *русскаго* права, хотя при этомъ не отрицается и нѣкоторое влияние сосѣдей, въ томъ числѣ особенно — Византіи ²⁾. И конечно, „общее сходство права всѣхъ младенствующихъ народовъ“ правильнѣй всего объясняется „общечеловѣческой природой юридическихъ явленій“ ³⁾. Веѣмъ этимъ отнюдь не исключается, конечно, возможность влияния одного народа на другой, когда между ними завязываются болѣе или менѣе оживленныя сношенія. Но только здѣсь необходимо имѣть въ виду, что это влияние можетъ выражаться не только въ прямомъ и внѣшнемъ заимствованіи чужихъ сборниковъ права, но также и во внутреннемъ воспріятіи отдѣльныхъ идей и поло-

зоръ, стр. 96 сл. *Сергѣевичъ*, Рус. Правда, Предисл., стр. XIII. *Шершеневичъ*, Курсь, I, 2, стр. 362 сл. *Загоскинъ*, Исторія права рус. народа, I, стр. 188 сл. *Мрочекъ-Дроздовскій*, Исслѣдованія, II, Предисл., стр. V сл.

¹⁾ *Карамзинъ*, Исторія, II, стр. 53. *Погодинъ*, Исслѣдованія, III, стр. 360, 416. Его же, Др. рус. исторія, I, стр. 111. Вообще по этому вопросу — *Ясинскій*, Лекціи, стр. 137 сл. *Неволинъ*, Полн. собр. соч., II, стр. 462 сл. *Калачовъ*, Исслѣдованія, стр. 26 сл.

²⁾ См. выше общій перечень литературы о Рус. Правдѣ: *Раковіескі*, стр. 134. *Коровецкій*, 91. *Вутковъ*, 292. *Устряловъ*, 116. *Тобинъ*, 173. *Рождественскій*, 41. *Ланге*, 290 сл. *Вестужевъ-Рюминъ*, 220. *Пахманъ*, О суд. доказательствахъ, 27 сл., 33 сл. Его же Исторія кодификаціи, I, 210. *Хлѣбниковъ*, 333 сл., 357 сл. *Загоровскій*, 14. *И. Бѣляевъ*, 219 сл., 234. *Дювернуа*, 58. *Сергѣевичъ*, Лекціи, 1890, стр. 80. *Ясинскій*, 135 сл. *Шершеневичъ*, 363. *Владимірскій-Будановъ*, 97 сл.

³⁾ *Владимірскій-Будановъ*, Обзоръ, стр. 98. *Ясинскій*, Лекціи, стр. 139.

женій, которыя затѣмъ находятъ себѣ отзвукъ въ потребностяхъ жизни принявшаго ихъ народа и дѣлаются для него *своими* идеями, *своими* нормами. Отдѣльные народы почти никогда не живутъ совершенно изолированно, а потому взаимодействие идей и правовыхъ нормъ происходитъ постоянно; но реценція въ *такой* своей формѣ еще не устраняетъ понятія о самобытности права.

Съ этой точки зрѣнія для насъ теперь и интересно посмотрѣть, подъ влияніемъ и воздѣйствіемъ какихъ народовъ и культуръ стояла древняя Русь въ эпоху созиданія Русской Правды.

Здѣсь прежде всего обращаетъ на себя вниманіе Византія, въ которую наши предки еще до принятія христіанства часто ходили то для военной добычи, то для торговли; Греки также приходили въ Русь, и здѣсь ихъ влияние особенно усилилось со времени принятія христіанства ¹⁾. А именно, въ первое время своего существованія русская церковь являлась какъ-бы одною изъ греческихъ митрополій и въ управленіи своемъ зависѣла отъ Греціи; такъ, греческій патріархъ самъ поставлялъ митрополитовъ для Руси и при томъ почти исключительно изъ грековъ; низшее духовенство было также изъ грековъ и, вѣроятно, изъ болгаръ ²⁾.

Это важно и интересно для насъ въ виду того, что греческое духовенство принесло съ собою и свой греческій сборникъ права, такъ наз. Номоканонъ, получившій у насъ названіе Кормчей книги. А сюда входило не только специально каноническое право, но и свѣтское: извлечения изъ *Corpus'a* ju-

¹⁾ *Терновскій*, Кіев. Унив. Извѣстія, 1875, кн. 6, стр. 515 сл., кн. 7, стр. 545 сл. *Шершеневичъ*, Система торг. дѣйствій, стр. 154 сл. *Голубовскій*, Ист. Смолен. земли, стр. 104. *Аристовъ*, Промышленность др. Руси, стр. 183 сл. *Албенскій*, О состояніи Россіи, стр. 28. *Раковіескі*, Prawda Ruska, I, str. 146.

²⁾ Еп. *Макарій*, Ист. рус. церкви, I, Предисл., стр. III, стр. 28 сл. *Иконниковъ*, Кіев. Унив. Изв., 1869, № 2, стр. 1 сл., № 7, стр. 29. *Терновскій*, тамъ же, кн. 7, стр. 546, 549.

gis Civilis, Юстиніана, Эклога, Прохиронъ (или Законъ Градкій) и греко-болгарскій сборникъ,—Законъ судный людемъ¹⁾. Духовенство обладало у насъ обширными помѣстьями и въ этихъ помѣстьяхъ имѣло право даже свѣтскаго суда; кромѣ того, каждый могъ вмѣсто свѣтскаго суда обращаться въ судъ духовный; наконецъ, высшія духовныя лица являлись у насъ совѣтниками князей и ихъ выборныхъ. Такимъ образомъ у насъ было много различнѣйшихъ путей, по которымъ византійскія идеи проникали и въ русскую судебную практику, и въ русскія законодательныя сферы, и вообще въ русское правосознаніе²⁾.

Въ виду всего этого *Розенкампфъ* утверждалъ даже, что

¹⁾ *Розенкампфъ*, Обзорніе Кормчей, стр. 52. Еп. *Макарій*, тамъ же, стр. 113 сл., 117, 142. *Калачовъ*, Арх. Калачова, кн. 1, 1850, стр. 28. Его же Изслѣдованія, стр. 140 сл. Его же О значеніи Кормчей, стр. 16 сл., 20, 28. *Неволинъ*, Полн. собр. соч., VI, стр. 402 сл., 414 сл. *Дювернуа*, Источники права, стр. 315 сл. *Павловъ*, Первонач. славяно-рус. Номоканонъ, стр. 1 сл., 54 сл., 61, 80 сл., 94 сл. Его же „Книги законныя“, стр. 1 сл., 20. *Иконниковъ*, Киев. Унив. Изв., 1869, № 7, стр. 34 сл. *Азаревичъ*, Временникъ Демидов. Лицея, кн. XII, 1876, стр. 62, 103 сл.; кн. XIV, 1877, стр. 22 сл. *И. Вьялевъ*, Лекціи, стр. 332 сл. *Сертьевичъ*, Лекціи, 1890, стр. 83 сл. *Владимірскій-Будановъ*, Обзоръ, стр. 93 сл. *Ясинскій*, Лекціи, стр. 100 сл. *Дювернуа*, Чтенія, I, Введеніе, стр. 193 сл.

²⁾ *Розенкампфъ*, Обзорніе, стр. 108. *Калачовъ*, О значеніи Кормчей, стр. 1—7, 14 сл. *Неволинъ*, Полн. собр. соч., VI, стр. 260, 322, 334. *Иконниковъ*, тамъ же, стр. 29 сл., 34, 36, 39. *Дювернуа*, Источн. права, стр. 138, 153, 318. *И. Вьялевъ*, Лекціи, стр. 89, 97 сл. *Соловьевъ*, Исторія, I, стр. 231. *Завадскій-Краснопольскій*, Вліяніе византійской культуры на развитіе цивилизаціи въ Европѣ. — Киевск. Унив. Изв., 1866, № 9, стр. 21 сл., 24. *Азаревичъ*, тамъ же, Введеніе, стр. VII сл. *Сертьевичъ*, тамъ же, стр. 81 сл., 671 сл. *Дювернуа*, Чтенія, I, стр. 189 сл. Въ виду всего изложеннаго напрасно *Сперанскій* отрицалъ вліяніе Византіи на наше древнее право. — Русская Старина, 1876, мартъ, стр. 595. — Ср. *Суворовъ*, Къ вопросу о зап. вліяніи, стр. 199 сл., 203 сл., 218 сл.

исторія каноническаго и гражданскаго права въ первые вѣка нашей исторіи не могутъ быть раздѣляемы¹⁾.

Но идемъ дальше. Древняя Русь уже на зарѣ своей исторіи вела торговлю не только съ югомъ, но и съ сѣверомъ: съ варягами, съ землями скандинавскими, при чемъ Русь выступала то самостоятельно, то въ качествѣ посредницы между Скандинавіей и Византіей²⁾.

Наконецъ, хотя и нѣсколько позже, древняя Русь, — главнымъ образомъ Новгородъ и Псковъ, — вступаютъ въ торговыя сношенія съ нѣмецкими странами и городами. Торговля эта имѣла мѣсто уже и въ XI вѣкѣ, но тогда она была еще слабо развита; въ XII в. она оживляется, но значительнаго развитія она достигаетъ только въ XIII в.: тогда заключаются торговые договоры; тогда же возникаетъ и Ганзейскій союзъ³⁾.

Таковы тѣ три стороны, откуда могло направляться воздѣйствіе на Русскую Правду. О сношеніяхъ съ Востокомъ⁴⁾

¹⁾ *Розенкампфъ*, назв. соч., Предисл., стр. V.

²⁾ *Удинцевъ*, Киев. Унив. Изв., 1900, № 1, стр. 2. *Данилевичъ*, Киев. Унив. Изв., 1896, № 11, стр. 219 сл. *Аристовъ*, Промышленность, стр. 198. *Костомаровъ*, Сѣвернорус. народоправства, II, стр. 179.

³⁾ *Удинцевъ*, тамъ же. *Голубовскій*, Ист. Смолен. земли, стр. 110. *Красноперовъ*, Историч. Обзорніе, VII, 1894, стр. 79—82, 88 сл., 96. *Шершеневичъ*, Система торгов. дѣйствій, стр. 158 сл. *Данилевичъ*, Киев. Унив. Изв., 1896, № 11, стр. 221. *Вестужевъ-Рюминъ*, Рус. исторія, I, стр. 349 сл. *Аристовъ*, назв. соч., стр. 198 сл. *Костомаровъ*, тамъ же, стр. 180 сл., 214. *Каченовскій*, Два разсужденія, стр. 124. *Адреевскій*, О договорѣ Новгорода, стр. 1—4. *Погодинъ*, Изслѣдованія, III, стр. 268. *Рейцъ*, Опытъ, стр. 49. *Албенскій*, О состояніи Россіи, стр. 28 сл. *Раковіескі*, Prawda Ruska, I, str. 141, 144. — О вліяніи германскихъ правовыхъ идей см. *Сперанскій*, Рус. Старина, 1876, мартъ, стр. 595, *Мащевскій*, Исторія, I, стр. 25 сл., а въ послѣднее время — проф. *Суворовъ*, Къ вопросу о западномъ вліяніи, стр. 228, 237, 254.

⁴⁾ *Голубовскій*, назв. соч., стр. 101. *Красноперовъ*, тамъ же, стр. 70, 76. *Данилевичъ*, тамъ же, стр. 220. *Костомаровъ*, тамъ же, стр. 216 сл.

мы не говоримъ, такъ какъ отсюда никакого особаго вліянія на наше право предполагать, кажется, нельзя¹⁾.

Теперь, въ виду всего изложеннаго, если мы возьмемъ XI вѣкъ, т.-е. эпоху составленія древнѣйшей Русской Правды, то получимъ слѣдующія данныя, которыя могли оказывать свое вліяніе на нормировку въ Русской Правдѣ изслѣдуемаго нами вопроса. Въ самой Руси *внутренній* торговый оборотъ тогда былъ еще мало развитъ²⁾; слѣдовательно, здѣсь а priori скорѣе всего можно предположить признаіе и дѣйствіе принципа абсолютной виндикаціи. Если же предположить, что соответствующія нормы Русской Правды образовывались подъ вліяніемъ *иноземныхъ* идей, то и въ такомъ случаѣ получится тотъ же самый результатъ: византійское право стояло на точкѣ зрѣнія абсолютности виндикаціи³⁾; то же самое, насколько намъ извѣстно, надо сказать и о скандинавскихъ законодательствахъ⁴⁾.

Въ XII в. картина нѣсколько измѣняется: византійское вліяніе, правда, не прекратилось, но за то на сѣверѣ, — въ Новгородѣ и Псковѣ, — начинается устанавливаться вліяніе *германскихъ* правовыхъ идей, среди которыхъ уже былъ извѣстенъ принципъ „Hand wahre Hand“⁵⁾. А потому, вообще говоря,

1) *Костомаровъ*, тамъ же, стр. 217. Сосѣдство съ татарами отразилось у насъ, напр., на системѣ наказаній въ Московскомъ періодѣ (*Владимірскій-Будановъ*, Обзоръ, стр. 369). Но это совсѣмъ другая область права, да и другая эпоха.

2) *Удинцевъ*, Кіев. Унив. Изв., 1900, № 1, стр. 5.

3) Это фактъ общеизвѣстный. Кромѣ того, у насъ въ Кормчей книгѣ имѣется косвенное признаіе принципа абсолютности виндикаціи: для пріобрѣтенія движимостей (отъ не-собственника) установлена давность, а именно, Законъ Градскій въ грани 38, ст. 42, говоритъ: „Движимая имѣнія, за три лѣта безвозвѣщенія держима господствуема суть“. — Кормчая, Москва, 1816.

4) См. выше, стр. 254 сл.: въ скандинавскихъ кодексахъ XVII и XVIII вв. нѣтъ принципа Hand wahre Hand; можно думать, что тамъ его не было и раньше.

5) Не будемъ упускать изъ виду, что обычаи *возникаютъ* и дѣйствуютъ раньше, чѣмъ *записываются*.

нѣтъ ничего невозможнаго, что принципъ этотъ проникъ и въ Новгородъ; тамъ онъ могъ упасть на благоприятную для себя почву, — сравнительно развитой оборотъ, — а отсюда повліять и на Русскую Правду въ ея позднѣйшей редакціи¹⁾. Нужно только имѣть въ виду при этомъ, что когда вліяніе германскихъ идей на Новгородъ сдѣлалось *значительнымъ* (въ XIII в.), въ то время созиданіе Русской Правды было уже закончено, а потому на этой послѣдней онѣ могли отразиться, но такъ же точно могли и *не* отразиться, тѣмъ болѣе, что это вліяніе было *посредственнымъ* (черезъ Новгородъ).

Мы сдѣлали посильный очеркъ той обстановки, въ которой возникла и развивалась Русская Правда. Теперь намъ остается обратиться уже прямо къ ея тексту, къ разсмотрѣнію тѣхъ статей ея, которыя прямо относятся къ нашему вопросу.

Прежде всего обратимся къ древнѣйшей части Русской Правды, т.-е. къ той, которая относится къ первой половинѣ XI вѣка.

Здѣсь ст. 10 Академическаго списка говорить:

Аще ли челядинъ съкрыется, либо оу варяга, либо оу кольбяга, а его за три дни не выведоуть, а познають ѿ въ третій день: то изымати емоу свои челядинъ, а три гривнѣ за обиду²⁾.

Переводъ проф. *Владимірскаго-Буданова*: „Если варягъ или кольбягъ *укроютъ* бѣжавшаго раба и по прошествіи трехъ дней (послѣ объявленія на торгу о побѣгѣ) не возвратятъ его

1) *П. Бялевъ* указываетъ на рецепцію съ сѣвера, начавшуюся еще въ XI в.: значительная часть нормъ нашего древняго права идетъ изъ Новгорода и Пскова; таковы нормы о сводѣ, объ искахъ о движимости и др.; такимъ образомъ эти мѣстные нормы сдѣлались общерусскими. — Журн. Мин. Юст., 1899, № 10, стр. 113 сл., 119, 121. Ср. и *Максимейко*, Сборникъ статей, посвящ. Владимірскаго-Буданову, стр. 383. — Однако противъ этого проф. *Шершеневичъ*, Курсъ, I, 2, стр. 362.

2) *Владимірскій-Будановъ*, Христоматія, I, стр. 27. Другія изданія текста указаны выше. Слѣдующія статьи Русской Правды будемъ цитировать по этому же изданію проф. *Владимірскаго-Буданова*.

хозяину, то, кромѣ возвращенія раба, уплачиваютъ три гривны (уголовнаго штрафа)¹⁾.

Затѣмъ ст. 12 того же списка постановляетъ:

Аще поиметь кто чужъ конь, либо оружіе, либо портъ, а познаеть въ своемъ миру: то взяти емоу свое, а 3 гривнѣ за обиду.

Проф. *Владимірскій-Будановъ* такъ переводитъ эту статью: „Если кто опознаеть свою взятую другимъ вещь (коня, оружіе или платье) въ своемъ міру, то собственникъ беретъ свое назадъ и три гривны за обиду“²⁾.

Эта статья, равно какъ и предыдущая, даетъ одну и ту же основную мысль: *ubi rem meam invenio, ibi vindico*.

Далѣе статья 13 того же списка поясняетъ подробнѣе, *какимъ именно способомъ* собственникъ можетъ получить свою вещь обратно:

Аще познаеть кто, не емлетъ его, то не рци емоу: мое; нъ рци емоу тако: поиди на сводъ, гдѣ еси взялъ; или не поидеть, то пороучника за 5 дніи.

Переводъ проф. *Владимірскаго-Буданова*: „Хозяинъ, опознавшій свою вещь, не долженъ брать ее, сказавъ: „это мое“; онъ долженъ сказать такъ: „иди на сводъ, гдѣ ты взялъ ее“. Если же (человѣкъ, у котораго находится спорная вещь) не поидеть на сводъ (тотчасъ же), то пусть представитъ поручителя въ томъ, что явится на сводъ не далѣе 5 дней“³⁾.

Такимъ образомъ и здѣсь та же самая виндикація, но уже указывается и особая форма для нея въ видѣ „свода“.

¹⁾ *Владимірскій-Будановъ*, тамъ же, стр. 27, прим. 15.

²⁾ Тамъ же, стр. 28, прим. 17. Такіе же переводы даютъ *Эверсъ*, Др. рус. право, стр. 325 сл., *Погодинъ*, Др. рус. исторія, I, стр. 116.

³⁾ *Владимірскій-Будановъ*, тамъ же, прим. 18. *Эверсъ*, назв. соч., стр. 327. *Погодинъ*, тамъ же. *И. Виллевъ*, Лекціи, стр. 233. *Станиславскій*, Исслѣдованіе, стр. 46 сл. *Рейцъ*, Опытъ, стр. 73. *Ланге*, Исслѣдованіе, стр. 236.

То же самое въ своей сущности, и лишь съ нѣкоторымъ измѣненіемъ въ способѣ виндицированія рабовъ, повторяеть и ст. 15 Академическаго списка:

Аще кто челядинъ пояти хоцеть, познавъ свои, то къ ономуу вести, бу кого то боудеть коушилъ, а тои ся ведеть ко другомоу, даже доидеть до третьего, то рци третьемоу: вдаи ты мнѣ свои челядинъ, а ты своего скота ищи при видоцѣ¹⁾.

Итакъ, въ XI в., какъ и слѣдовало ожидать, мы видимъ полное признаніе права собственника взять свою вещь обратно, гдѣ бы онъ ее ни нашель.

Теперь переходимъ къ Карамзинскому списку Русской Правды и посмотримъ, какъ нашъ вопросъ нормировался въ XII вѣкѣ.

Здѣсь ст. 27 говоритъ такъ:

Оже челядинъ крыется, а закличють и съ торгу, а за 3 дни не выведуть его, а познають и въ 3 день, то свои челядинъ пояти, а ономуу платити 3 гривны продажи.

Погодинъ такъ переводитъ эту статью: „Если рабъ убѣжитъ, и о побѣгѣ его будетъ провозглашено на торгу, а тотъ, у кого онъ кроется, не выведетъ его черезъ три дня послѣ того, и наконецъ это обнаружится; то господину въ семь случаевъ взять своего раба, а съ того, кто держаль его, взыскать 3 гривны пени“²⁾.

То же самое, лишь по отношенію къ другимъ объектамъ, постановляетъ и ст. 29 того же списка:

¹⁾ *Владимірскій-Будановъ*, тамъ же, стр. 29, прим. 20. *И. Виллевъ*, тамъ же. *Дубенскій*, Чтенія въ обществѣ исторіи, № 2, 1846, стр. 16 сл.

²⁾ *Погодинъ*, Др. рус. исторія, II, стр. 731. См. и т. I, стр. 116. Ср. *Ланге*, Исслѣдованіе, стр. 172.

Аще кто конь погубить, или оружіе, или портно, а заповѣдасть на торгоу, а послѣди познаеть въ своемъ градѣ, свое емоу лицемъ взяти, а за обиду емоу платити 3 гривны¹⁾).

Проф. *Дювернуа* въ этой послѣдней статьѣ видитъ ограниченіе виндикаціи, аналогичное тому, какое имѣло мѣсто въ германскихъ источникахъ права соотвѣтствующей эпохи. Онъ говоритъ: „чтобы имѣть право виндикаціоннымъ порядкомъ отыскивать извѣстнаго рода вещи и требовать ихъ возврата отъ всякаго, у кого онѣ найдутся, по „Русской Правдѣ“ необходимо было очень важное ограничительное условіе, именно заповѣдь на торгоу. Заповѣдь эта состояла въ томъ, что лицо, у котораго *пропала вещь*, оповѣщало это на торгоу. Послѣ такого оповѣщенія едва ли возможно добросовѣстно приобрѣсти чужую вещь въ собственность. Если же заповѣди на торгоу не было сдѣлано, то приобрѣтеніе вещи могло быть сдѣлано добросовѣстно и со всеми благоприятными послѣдствіями такого приобрѣтенія для приобрѣтателя. Заповѣдь на торгоу имѣла значеніе публикаціи для предупрежденія приобрѣтенія „погибшихъ“ вещей отъ несобственника“²⁾).

Однако мы затрудняемся принять такое объясненіе приведенныхъ статей. Въ самомъ дѣлѣ, какъ эти двѣ статьи, такъ и еще цѣлый рядъ другихъ статей Русской Правды неизмѣнно говорятъ о *возвращеніи вещи ея собственнику*, и весь вопросъ касается лишь того, *какъ* это возвращеніе происходитъ. И вотъ, здѣсь прежде всего, конечно, необходимо *разыскать* вещь. Вполнѣ естественнымъ для этого шагомъ и является закличь на торгоу о пропажѣ или о кражѣ вещи³⁾. Такимъ об-

1) *Ланге*, тамъ же, стр. 175 сл.

2) *Дювернуа*, Пособіе, часть особ., вып. 1, стр. 52.

3) *Ланге* относилъ закличь лишь къ случаямъ *потери* (а не кражи) движимостей. — Изслѣдованіе, стр. 230. Но теперь это мнѣніе отвергается. — *Рожковъ*, Журн. Мин. Нар. Просвѣщ., 1897, Декабрь, стр. 307 сл. *Владимірскій-Будановъ*, Христоматія, I, стр. 45, прим. 37, стр. 46, прим. 41. Послѣдній авторъ „закличь“ приравниваетъ къ „жа-

разомъ закличь являлась не *условіемъ* виндикаціи, а лишь подготавливающимъ *средствомъ* для нея. По этому поводу *Ланге* совершенно, какъ намъ кажется, правильно говоритъ: „Объявленіе на торгоу дѣлалось собственно для того, чтобы *пашедшій* вещь зналъ, кому она принадлежитъ, и при добросовѣстности могъ бы возвратить ее по принадлежности“¹⁾. Такимъ образомъ выходитъ, что добросовѣстность вела не къ *приобрѣтенію* вещи въ собственность, а къ *возвращенію* ея прежнему хозяину²⁾).

Уже и этого, повидимому, вполнѣ достаточно, чтобы вполнѣ убѣдиться, что здѣсь закличи придаетъ чрезмѣрное значеніе. Но прослѣдимъ еще дальше соотношеніе между закличью и добросовѣстностью приобрѣтенія чужихъ вещей третьими лицами.

Такъ, съ одной стороны, было бы слишкомъ большой, — и даже недопустимой, — натяжкой считать добросовѣстнымъ *всякое* приобрѣтеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда не было закличи; указаній же на производство разслѣдованія вопроса о *bona fides* въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ мы отнюдь не имѣемъ; даже наоборотъ, по теоріи проф. *Дювернуа*, Русская Правда стоитъ здѣсь на почвѣ презумпцій. И съ другой стороны, возьмемъ тѣ случаи, когда закличь *имѣла* мѣсто. Здѣсь самъ законъ предполагаетъ, что объявленіе на торгоу можетъ дойти до свѣдѣнія *всѣхъ* согражданъ лишь въ *трехдневный* срокъ³⁾; конечно, того, кто приобрѣтетъ вещь *по истеченіи* этого срока, можно съ достаточной основательностью считать недобросовѣстнымъ; но за то же и лица, приобрѣтающія *до* истеченія этого срока, должны были бы считаться *добросо-*

любѣ“ договора Игоря съ греками. — Тамъ же, стр. 14, прим. 16. Еще о закличи — *Калачовъ*, Изслѣдованія, стр. 123.

1) *Ланге*, назв. соч., стр. 242 сл.

2) По отношенію же къ *недобросовѣстнымъ* владѣльцамъ нужны были, конечно, болѣе энергичныя мѣры къ розыску вещи: гоненіе слѣда (*vestigii minatio*) и т. п. См. *Ланге*, Изслѣдованіе, стр. 236. *Владимірскій-Будановъ*, Обзоръ, стр. 640.

3) *Владимірскій-Будановъ*, Христоматія, I, стр. 46, прим. 40.

вѣстными пріобрѣтателями; тѣмъ не менѣе мы видимъ, что законъ позволяетъ собственнику, по истеченіи указаннаго срока, и въ этихъ случаяхъ взять свою вещь отъ всякаго, у кого бы она ни находилась. Слѣдовательно, на моментъ пріобрѣтенія и на обстоятельства его сопровождающія, не обращается никакого вниманія; все дѣло въ томъ, истекло ли три дня со времени закличи. Такимъ образомъ возможно субъективно и объективно добросовѣстное пріобрѣтеніе, и тѣмъ не менѣе виндикація будетъ имѣть мѣсто; значитъ, важна добросовѣстность не столько *пріобрѣтенія*, сколько *владѣнія*; другими словами, пріобрѣтеніе, не смотря на всю свою добросовѣстность, защиты отъ виндикаціи собственника дать не можетъ, такъ какъ здѣсь самимъ закономъ допускается мѣшающее этой защитѣ правило: *mala fides superveniens nocet*. — Припомнимъ, что всѣ законодательства, которыя даютъ защиту добросовѣстности пріобрѣтенія, держатся диаметрально противоположнаго правила: *mala fides superveniens non nocet*¹⁾. Правъ былъ поэтому *Энгельманъ*, когда онъ утверждалъ, что по Русской Правдѣ добросовѣстность въ данной категоріи случаевъ имѣла только то значеніе, что добросовѣстный покущикъ не подвергался никакому (особому) взысканію²⁾.

Таковы наши общія соображенія по вопросу о добросовѣстности пріобрѣтенія чужихъ вещей. Но мы имѣемъ и положительное доказательство того, что собственникъ сохранялъ свою виндикацію *независимо* отъ того, *какъ* вещь пріобрѣталась третьимъ лицомъ. Объ этомъ говоритъ ст. 129 Карамзинскаго списка:

Оже кто коунитъ чужъ холопъ, а не вѣдая, то первому господину холопъ пояти, а оному коуны имати, ротѣ ходивше, яко не вѣдая есмь купилъ; вѣдая ли боудеть купилъ, то кунъ емоу лишеноу быти.

1) См. выше, стр. 123, 183, 218.

2) *Энгельманъ*, Систематич. изложеніе, стр. 31. См. и *Рождковъ*, Журн. Мин. Нар. Пр., 1897, Декабрь, стр. 307.

Ланге такъ объясняетъ эту статью: „Тотъ, кто покупалъ отъ кого-либо холопа, зная, что онъ не принадлежалъ продавцу, лишался заплаченныхъ за холопа кунъ, потому что господинъ отбиралъ своего челядина, а покупщику не давалось права взыскивать своихъ убытковъ съ продавца. Но если покупатель не вѣдалъ, что ему проданъ чужой холопъ, тогда, подтвердивъ свое незнаніе присягою, онъ могъ требовать съ продавца возврата денегъ, отданныхъ ему за холопа“¹⁾.

Такимъ образомъ не только въ виду общихъ соображеній, но и на основаніи самого закона мы должны признать, что *добросовѣстность* пріобрѣтенія отъ виндикаціи не спасала.

Наконецъ, проф. *Дювернуа* говоритъ, что „пріобрѣтеніе вещей *краденыхъ* (было) поставлено въ болѣе трудныя условія, особенно при неизвѣстности продавца, хотя бы сдѣлка произошла (и) на торгу“²⁾. Въ самомъ дѣлѣ, ст. 33 Карамзинскаго списка говоритъ:

Пакы ли что будетъ татебное купилъ въ торгу, или конь, или портъ, или скотину, то введеть свобода мужа два или мытника; аже начнетъ не знати оу кого боудеть коунилъ, то ити по немъ водокомъ (*видокомъ*) на торгоу на роту, а исцоу свое лицемъ взяти, а что съ нимъ погыбло, а того емоу желѣти, а иному желѣти своихъ кунъ, зане не знаетъ его, оу кого будетъ купилъ, а познаеть ли на долѣ оу кого то купилъ, свои емоу куны взяти, и семоу платити, что боудеть оу него погыбло, а князю продажоу.

Ланге такъ переводитъ эту статью: „Если кто покупалъ что-нибудь татебное въ торгу, напр., коня, портъ, или скотину, то въ томъ случаѣ, когда онъ, по опознаніи кѣмъ-нибудь этой покупки, говорилъ, что не знаетъ, отъ кого пріобрѣлъ краденый

1) *Ланге*, Изслѣдованіе, стр. 185 сл. См. и *Рождковъ*, тамъ же, стр. 295.

2) *Дювернуа*, Пособіе, часть особ., I, стр. 52 сл.

предметъ, долженъ былъ, для подтвержденія справедливости своихъ словъ о покупкѣ, выставить двухъ свидѣтелей изъ свободного состоянія или мытника; и если послѣ того выставленные свидѣтели *шли по немъ*, т. е. по отвѣтчикѣ, на роту, иначе—подтверждали справедливость его показанія присягой, то истецъ бралъ себѣ только опознанную имъ украденную у него вещь, а что съ нею еще чрезъ татбу погибло, о томъ могъ только сожалѣть, потому что взыскивать остального было не съ кого; покупатель же краденаго также могъ оставаться при одномъ сожалѣннн о потерѣ своихъ кунъ, потому что не зналъ, у кого купилъ опознанную у него вещь. Но если, хотя бы ступи долгое время, покупатель узнавалъ, кто ему продалъ татбное; то взыскивалъ съ него свои куны, и кромѣ того этотъ послѣднн продавецъ обязывался заплатить обиконному воровству и за то, что у него еще было украдено совмѣстно съ полученною уже имъ вещью, а князю—продажу¹⁾.

Итакъ, здѣсь опять та же виндикація: „исцоу свое лицемъ взяти“.

Но только дѣло въ томъ, что выраженія статей 27 и 29 „крыется“ и „погубить“ достаточно широки, чтобы подразумевать подъ ними не одну только потерю, но также и кражу²⁾, а потому необходимо признать, что во всѣхъ этихъ статьяхъ (27, 29, 33) имѣется въ виду одна и та же категорія вещей; слѣдовательно, и судьба ихъ должна быть одинакова: во всѣхъ этихъ статьяхъ — абсолютная виндикація.

Вообще здѣсь проф. Дювернуа видимо различаетъ вещи *встрѣчныя* и вещи *краденныя* и, исходя изъ возможности виндцированія послѣднихъ, считаетъ допустимымъ ограниченіе виндикаціи для первыхъ³⁾, — приемъ толкованія, который мы

1) *Ламе*, Исслѣдованіе, стр. 231 сл. См. еще — *Полодинъ*, Др. рус. исторія, II, стр. 733. *Владимірскій-Будановъ*, Христоматія, I, стр. 48, прим. 51. См. и примѣчанія *Дубенскаго*, Рус. Достопамятннсти, II, стр. 72 сл.

2) *Рожковъ*, Журн. Мин. Нар. Пр., 1897, Декабрь, стр. 307.

3) Ср. *Филиппова*, Сборн. статей, посвящ. *Владимірскому-Буданову*, стр. 24.

уже видѣли въ примѣненн къ западно-европейскимъ *Leges Barbarorum*.

Однако по поводу этого *argumentum a contrario* проф. *Васковскій* совершенно основательно говоритъ такъ: „Заключеніе отъ противнаго бываетъ логически правильнымъ при двухъ условіяхъ: 1) если извѣстно, какому предмету противоплагается предметъ даннаго сужденія, и 2) если извѣстно, что это противопоставленіе произведено сознательно и умышленно, т. е. съ цѣлью отмѣтить существующее различіе между предметами“¹⁾.

Однако, если этотъ видъ умозаключенія оказывается не-безспорнымъ въ его примѣненн къ западно-европейскимъ источникамъ²⁾, то примѣненіе его къ Русской Правдѣ въ данномъ отношенн оказывается уже прямо невозможнымъ. Въ самомъ дѣлѣ, въ приведенныхъ выше статьяхъ нѣтъ ни единого намека на какое-либо противоположеніе вещей краденыхъ и вещей ввѣренныхъ; а если бы мы даже сами приняли это противопоставленіе, то ужъ во всякомъ случаѣ мы рѣшительно не могли бы утверждать, что въ мысли законодателя были *инныя, противоположныя* нормы для вещей ввѣренныхъ. А разъ это такъ, то *argum. a contrario* здѣсь оказывается неумѣстнымъ, и, значитъ, мы должны теорію проф. *Дювернуа* отвергнуть.

Сообразно съ этимъ мы должны далѣе принять то мнѣніе г. *Рожкова*, по которому одно изъ непремѣнныхъ условій дѣйствительности договора купли-продажи состоитъ въ томъ, что „продавецъ долженъ имѣть законныя права собственности на продаваемую вещь, а покупатель долженъ быть убѣжденъ, что эта вещь — законная собственность продавца“³⁾.

Все это вмѣстѣ взятое заставляеть насъ признать болѣе обоснованнымъ господствующее мнѣніе, по которому въ цитированныхъ статьяхъ Русской Правды проводится принципъ

1) *Васковскій*, Ученіе о толкованн, стр. 237.

2) См. выше, стр. 29, прим. 1, стр. 32, прим. 3.

3) *Рожковъ*, тамъ же, стр. 287. Такъ и *Калачовъ*, Исслѣдованія, стр. 83, и *Неволинъ*, Полн. собр. соч., V, стр. 41.

абсолютной виндикаціи ¹⁾. *Эверс* выразил это особенно энергично: „все законы относительно права собственности, говорит онъ, основывались на семь простомъ правилъ: не смѣй брать ничего, принадлежащаго другому“ ²⁾.

Такимъ образомъ мы здѣсь убѣждаемся, что германскія идеи въ данномъ отношеніи не оказали никакого вліянія на Русскую Правду: послѣдняя держится принципа абсолютной виндикаціи, — принципа, созданнаго, можетъ быть, и не безъ вліянія на стороны греко-римскаго права, но во всякомъ случаѣ — принципа, который уже сдѣлался своимъ, собственнымъ для южной Руси, въ которой дѣйствовала Русская Правда.

Теперь намъ остается перейти уже къ сравнительно второстепенному для насъ вопросу: къ процессуальному вопросу о томъ, какъ совершалась виндикація.

Здѣсь прежде всего *запрещается самоуправство* ³⁾, какъ это мы видѣли и въ древнѣйшей Русской Правдѣ (ст. 13). Именно, ст. 30 Карамзинскаго списка говоритъ:

Оже кто познаеть своего, что будетъ погубилъ или оукрадено что оу него, или конь, или портъ, или скотина, то не речи ему: се мое; но поиди на сводъ, гдѣ еси взялъ; сведоутся, кто боудеть виновать, на того татба сидеть; тогда онъ свое возьметъ, или что боудеть погыбло съ нимъ, тои же емоу начнетъ платити.

Въ переводѣ *Погодина* это значитъ: „Ежели кто опознаетъ у кого потерянную имъ или украденную у него вещь, напримеръ, одежду, лошадь или другую какую скотину, то не говори

¹⁾ *Владимірскій-Будановъ*, Обзоръ, стр. 527. *Сергѣевичъ*, Лекціи, 1890, стр. 607. *Елеонскій*, Журн. гр. и угол. права, 1893, кн. 1, стр. 31. *Пахманъ*, О суд. доказательствѣхъ, стр. 39. *Станиславскій*, Изслѣдованіе, стр. 46, 49. *Ламе*, Изслѣдованіе, стр. 241. *Калачовъ*, Изслѣдованія, стр. 81, 128. *Рейцъ*, Опытъ, стр. 60 и 213, пр. 2.

²⁾ *Эверс*, Др. рус. право, стр. 344.

³⁾ *Моршинъ*, Разсужденіе о владѣніи, стр. 83 сл. *Неволинъ*, Полн. собр. соч., IV, стр. 111.

ри ему: „это вещь моя“, но спроси его: „у кого взялъ ее“, и на кого покажетъ, съ тѣмъ свести его; на комъ воровство остановится, тотъ и долженъ быть признанъ виновнымъ; тогда отыскавшій беретъ свою собственность, и вмѣстѣ получаетъ вознагражденіе за все то, что пропало съ нею“ ¹⁾.

Итакъ, въ видѣ общаго правила, самоуправный захватъ найденной вещи со стороны собственника воспрещался: надо было идти на сводъ. Но отсюда *Калачовъ* допускалъ довольно широкое исключеніе: онъ полагалъ, что сводъ сейчасъ же дѣлался излишнимъ, какъ только потерпѣвшій собственникъ дѣлалъ закличь на торгу ²⁾. Проф. *Владимірскій-Будановъ* отводитъ болѣе узкую сферу для примѣненія самоуправства: безъ свода можно обойтись (да и то лишь въ своемъ градѣ) лишь тогда, когда послѣ сдѣланной закличи уже прошло три дня ³⁾. Такого же мнѣнія и проф. *Леонтовичъ*, который слѣдующимъ образомъ оправдываетъ это допущеніе самоуправства: „Институты стараго времени нельзя объяснять съ точки нашихъ воззрѣній на право и жизнь... Въ наше время защищается фактъ владѣнія, — безъ суда нельзя его нарушать. Не такъ было въ старое время, какъ это ясно видно изъ выше приведенныхъ постановленій объ объявленіи на торгу ⁴⁾. Само по себѣ это соображеніе, пожалуй, и цѣнно, но лишь настолько, насколько въ каждомъ данномъ кодексѣ оно не опровергается положительными нормами закона. Но вотъ здѣсь-то намъ и кажется, что Русская Правда, даже и въ случаяхъ сдѣланной закличи, позволяетъ собственнику отобрать свою вещь отъ всякаго *миш*

¹⁾ *Погодинъ*, Др. рус. исторія, II, стр. 733. См. еще примѣчанія *Дубенскаго*, Рус. Достопамятности, II, стр. 70.

²⁾ *Калачовъ*, Изслѣдованія, стр. 128 сл. Такъ и *H. Jireček*, Das Recht in Böhmen, I, S. 57. Ср. еще и мнѣніе *Рейца*, Опытъ, стр. 72 сл. Противъ *Калачова* правильно *Станиславскій*, Изслѣдованіе, стр. 45 сл.

³⁾ *Владимірскій-Будановъ*, Христоматія, I, стр. 46, прим. 40. Его же Обзоръ, стр. 639.

⁴⁾ *Леонтовичъ*, Кіев. Унив. Изв., 1865, № 4, стр. 20 и прим. 5.

посредством свода¹⁾; закличь свода не устраняла; она имѣла иное значеніе, на которое нами указано выше. Чрезмѣрное значеніе придавалъ закличи проф. *Дювернуа*, когда онъ положенія ст. 29-ой Карамзин. списка сопоставлялъ такъ: кто *сдѣлаетъ* закличь на торгу о кражѣ или пронажѣ вещи, тотъ *можетъ* виндигировать свою вещь; кто *не* сдѣлалъ закличи, у того и виндикаціи нѣтъ; а между тѣмъ статью эту надо понимать слѣдующимъ образомъ: у кого пропала или украдена вещь, тотъ можетъ отобрать ее отъ всякаго, сдѣлавши предварительно закличь на торгу. Въ самомъ дѣлѣ, отобрать свою вещь отъ всякаго владѣльца разрѣшалось не потому, что дѣлалась закличь, а потому, что эта вещь была *украдена* или *утеряна*. Но и проф. *Владимірскій-Будановъ* также придаетъ закличи больше значенія, чѣмъ она имѣла. Въ самомъ дѣлѣ, ст. 29 говоритъ: когда вещь украдена, и на торгу о томъ сдѣлана закличь, то эту вещь можно отобрать отъ всякаго; ст. 30 къ этому прибавляетъ:—но только не самоуправно, а посредствомъ свода. Итакъ, одна статья говоритъ о правѣ на виндикацію, а другая—о способѣ ея осуществленія. При этомъ ни откуда не вытекаетъ, что вторая статья рассчитана только на тотъ случай, когда унущена закличь. Даже наоборотъ, изъ сопоставленія этихъ двухъ статей мы усматриваемъ, что ст. 30 служитъ *дополненіемъ* къ ст. 29 и потому она должна быть вставлена въ послѣднюю. Именно, ст. 30, говоря главнымъ образомъ о сводѣ, начинается съ момента *опознанія* своей вещи собственникомъ и кончается моментомъ *отобранія* вещи. Оба эти момента имѣются и въ ст. 29: „а послѣди познаетъ въ своемъ градѣ „——“ свое емоу лицомъ взяти“. Между этими двумя положеніями и надо вставить ст. 30-ю, говорящую о сводѣ; тогда эта послѣдняя помѣстится *послѣ* предписанія о закличи на торгу, и получится такая *полная* картина: пронадаетъ у кого-либо вещь; потерпѣвшій собственникъ дѣлаетъ закличь на торгу; (если никто не возвращаетъ вещи, начинаются поиски); въ случаѣ находки и

1) Но см. ниже постановленія Литовскаго Статута.

опознанія украденной вещи производится сводъ, а въ концѣ концовъ вещь возвращается собственнику.

Въ виду всего изложеннаго мы считаемъ болѣе правильнымъ мнѣніе г. *Рожкова*, который говоритъ: „свода не бывало только тогда, когда пойманный съ краденнымъ или потеряннымъ не ссылался ни на какое другое лицо, у котораго онъ это купилъ, признавалъ себя первымъ незаконнымъ владѣльцемъ спорной вещи“¹⁾. Къ этому надо прибавить мнѣніе *Ланге*: свода не могло быть и тогда, когда владѣлецъ вещи утверждалъ, „что онъ нашелъ ее или купилъ у неизвѣстнаго ему человека, или что она ему подброшена“²⁾. Во всѣхъ этихъ случаяхъ сводъ по самому существу своему былъ невозможенъ, а потому онъ и не примѣнялся; за то во всѣхъ остальныхъ случаяхъ сводъ *долженъ былъ имѣть мѣсто*, и это, между прочимъ, еще и потому, что онъ служилъ не только для удовлетворенія потерпѣвшаго собственника, но также и для открытія „дѣйствительнаго (конечнаго, чеклага) татя“³⁾.

Опредѣливши область примѣненія свода, мы уже подходимъ къ вопросу, что же именно такое представлялъ собою этотъ самый „сводъ“?

Проф. *Владимірскій-Будановъ* говоритъ: „Сводъ - виндикація есть процессъ по искамъ вещнымъ“⁴⁾. Но болѣе кон-

1) *Рожковъ*, Журн. Мин. Нар. Пр., 1897, Декабрь, стр. 307.

2) *Ланге*, Исслѣдованіе, стр. 230.

3) *Мрочекъ-Дроздовскій*, Исслѣдованія, II, стр. 261.

4) *Владимірскій-Будановъ*, Христоматія, I, стр. 28, примѣч. 18. Вообще о сводѣ — *Rakowiecki*, Prawda Ruska, II, str. 138. *Ewers*, Geschichte, I, S. 109. *Эверсъ*, Др. рус. право, стр. 327 сл., 379 сл. *Карамзинъ*, Исторія, II, стр. 51 сл. *Калачовъ*, О Судебникѣ, стр. 124 сл. Его же Исслѣдованія, стр. 129. *Ланге*, Исслѣдованіе, стр. 230 сл. *Соловьевъ*, Исторія, кн. 1, стр. 235 сл. *H. Jireček*, Das Recht in Böhmen, I, S. 57. *Станиславскій*, Исслѣдованіе, стр. 47 сл. *Стефановскій*, Журн. Мин. Нар. Пр., ч. 166, 1873 г., стр. 37 сл. *Хлѣбниковъ*, Общество и государство, стр. 312 сл. *Мрочекъ-Дроздовскій*, Исслѣдованія, II, стр. 261 сл. *Сергѣевичъ*, Лекціи, 1890, стр. 680. *Рожковъ*, Журн. Мин. Нар. Пр., 1897, Декабрь, стр. 300, 307, 309 сл. *Филтновъ*,

кретнымъ опредѣленіямъ, сводъ есть ничто иное, какъ *очная ставка*¹⁾, посредствомъ которой повѣрялись ссылки одного лица на другое²⁾, когда владѣлецъ чужой вещи хотѣлъ отвести отъ себя подозрѣніе въ кражѣ съ поличнымъ; здѣсь ополоченный указывалъ, отъ кого онъ приобрѣлъ спорную вещь, а это и приводило въ концѣ концовъ къ открытію дѣйствительнаго вора³⁾.

Такимъ образомъ въ сводѣ мы одновременно замѣчаемъ и виндикацію, и разслѣдованіе преступленія, — столь обычное во всѣхъ юныхъ законодательствахъ смѣшеніе гражданскаго процесса съ уголовнымъ⁴⁾.

Ближайшимъ образомъ сводъ состоялъ въ томъ, что владѣлецъ, у котораго собственникъ находилъ свою вещь, начиналъ отводить отъ себя подозрѣніе въ кражѣ тѣмъ, что ссылался на третье лицо, отъ котораго онъ яко-бы совершенно законнымъ способомъ приобрѣлъ данную вещь⁵⁾. Тогда истецъ сводилъ владѣльца и это третье лицо на очную ставку. Если

Сборн. статей, посвященный М. Ф. Владимірскому-Буданову, стр. 1 сл. *Владимірскій-Будановъ*, Обзоръ, стр. 639 сл.

¹⁾ *Ланге*, назв. соч., стр. 233. *Сергѣевичъ*, тамъ же, стр. 680. Но ср. *Леонтовича*, Кіев. Унив. Изв., 1865, № 4, стр. 22, прим. 3.

²⁾ *Стефановскій*, тамъ же, стр. 38.

³⁾ *Мрочекъ - Дроздовскій*, Изслѣдованія, II, стр. 261. *Кунцичъ*, Историч. изображеніе, стр. 98.

⁴⁾ *Владимірскій - Будановъ*, Обзоръ, стр. 634. *Фойницкій*, Курсъ уголов. судопр., I, стр. 17, 35. *Слуцескій*, Учебникъ, стр. 31. *Стефановскій*, Журн. Мин. Нар. Пр., ч. 165, 1873, стр. 254 сл., 272, 276 сл., 282, 291; ч. 166, стр. 17, 34; ч. 168, стр. 202. *Спасовичъ*, О теоріи судебно-угол. доказательствъ, стр. 17. *Дмитріевъ*, Исторія судеб. инстанцій, тезисъ 19 и стр. 183, 360. *Чоголовъ*, Объ органахъ суд. власти, стр. 2. *Пахманъ*, О суд. доказательствахъ, стр. 5 сл. *Линовскій*, Опытъ, стр. 7 сл. Ср. *Рожковъ*, Журн. Мин. Нар. Пр., 1897, Декабрь, стр. 329.

⁵⁾ Проф. *Филлиповъ* обращаетъ вниманіе на сходство свода и *intertatio* Рипуарской Правды. — Сборникъ статей, посвящ. Владимірскому-Буданову, стр. 4 сл., 8. См. и *Сергѣевичъ*, Лекціи, 1890, стр. 681.

третье лицо, въ свою очередь, указывало на кого-нибудь, какъ на своего предшественника по владѣнію вещью, то всѣ заинтересованныя лица отправлялись для очной ставки и къ этому четвертому лицу и т. д. впредь до тѣхъ поръ, когда послѣдній, на кого была сдѣлана ссылка (*nominatio auctoris*), оказывался не въ состояніи указать на кого-либо, какъ на своего предшественника. Если этотъ послѣдній, на кого сдѣлана ссылка, прямо сознается, — или будетъ уличенъ, — въ кражѣ, то собственникъ-истецъ получить обратно свою вещь, а также и вознагражденіе за все то, что съ ней пропало¹⁾. Если же послѣдній, на кого сдѣлана ссылка (или же и первый, у кого найдена вещь) не можетъ указать, у кого онъ купилъ вещь, но въ то же время утверждаетъ, что онъ именно купилъ, а не укралъ эту вещь, то этотъ спорный вопросъ о фактѣ покупки рѣшался присягой свидѣтелей: двухъ свободныхъ мужей или одного мытника²⁾. Если при этомъ фактъ *законнаго* пріобрѣтенія подтверждался, то собственникъ получалъ, конечно, и здѣсь свою вещь обратно, но при этомъ не съ кого было требовать вознагражденія за то, что съ ней погибло; терялъ свои деньги и неосмотрительный покупецъ³⁾.

¹⁾ * См. выше, ст. 30 Карамзинскаго списка.

²⁾ Мытникъ — сборщикъ торговыхъ пошлинъ. *Владимірскій-Будановъ*, Христоматія, I, стр. 49, прим. 51. *Мрочекъ - Дроздовскій*, Изслѣдованія, II, стр. 204.

³⁾ См. выше, ст. 33 Карамз. списка. *Владимірскій-Будановъ*, Христоматія, I, стр. 48, прим. 51. Въ виду этого указанія на свидѣтелей нѣкоторые ученые полагаютъ, что вообще по Русской Правдѣ договоры только тогда имѣли силу, когда заключались въ присутствіи двухъ свидѣтелей: *Калаиовъ*, Изслѣдованія, стр. 83; *Загоровскій*, Ист. очеркъ займа, стр. 16; *Хлыбниковъ*, Общество и государство, стр. 322; *Рожковъ*, Журн. Мин. Нар. Пр., 1897, Декабрь, стр. 287. Противъ этого проф. *Владимірскій - Будановъ*, тамъ же: „здѣсь рѣчь идетъ только о куплѣ-продажѣ краденныхъ вещей, или такихъ, на которыя продавецъ не имѣетъ права собственности. Договоръ разрушается по отсутствію этого необходимаго условія, а не потому, что нарушена форма совершенія его. Если покупецъ движимыхъ вещей извѣстно, что продавецъ имѣетъ право собственности на нихъ, то договоръ безъ

По общему правилу истецъ-собственникъ долженъ былъ вести сводъ до конца, т. е. впродъ до открытія настоящаго вора, сколько бы ни пришлось сдѣлать очныхъ ставокъ. Но отсюда было два исключенія.

Во 1-хъ, когда сводъ выходилъ за предѣлы даннаго города и принадлежащей къ нему земли, тогда собственнику дѣлалось облегченіе: онъ шелъ только до третьяго свода, а затѣмъ третій отвѣтчикъ долженъ былъ уплатить истцу стоимость его вещи, а самъ съ этой вещью, какъ съ личнымъ, продолжалъ сводъ дальше и по окончаніи его вручалъ вещь собственнику, а самъ получалъ отъ него обратно уплоченныя деньги.

Объ этомъ говоритъ ст. 32 Карамзинскаго списка:

А еже боудеть въ одномъ градѣ, то ити исцу до конца того свода; боудеть ли сводъ по землямъ, то ити ему до трехъ сводовъ, а что будеть лице, то то ему третьему платити коунами за лице, а съ лицомъ ити до конца своду, а исцу ждати прока; а гдѣ спидеть на конечнаго, то томоу все платити и продажи ¹⁾).

Во 2-хъ, когда предметомъ виндикаціи былъ челядинъ, тогда собственникъ даже и въ предѣлахъ своего города обязанъ былъ идти только до третьяго свода, а затѣмъ онъ могъ отъ третьяго отвѣтчика потребовать, чтобы тотъ далъ ему пока своего раба, а самъ съ украденнымъ рабомъ продолжалъ бы сводъ до конца; послѣ этого происходилъ уже окончательный обмѣнъ рабами: каждый получалъ своего.

Сюда относятся ст. 34 Карамзинскаго списка:

всякаго сомнѣнія могъ быть совершаемъ безъ участія свидѣтелей". Такъ и *Станиславскій*, Исслѣдованіе, стр. 49. См. ниже постановленія Литовскаго Статута.

¹⁾ *Погодинъ*, Др. рус. исторія, II, стр. 733. *Калачовъ*, Исслѣдованія, стр. 129. *Соловьевъ*, Исторія, кн. 1, стр. 235. *Станиславскій*, Исслѣдованіе, стр. 47 сл. *Владимірскій-Будановъ*, Обзоръ, стр. 639.

Аще кто познаеть челядинъ свой оукраденъ, а поиметь и: то ономоу вести по конамъ и до 3-го свода; пояти же челядинъ въ челядина мѣсто, а оному дати лице, а тои идеть до конечнаго свода; а то есть не скотъ, не лзѣ рещи: не вѣдаю, оу кого есмь коупилъ, но по языкоу ити до конца, а гдѣ боудеть конечныи тать, то оиать воротити челядинъ, а свои поиметь и протортъ тому же платити ¹⁾).

Наконецъ, послѣднее и общее ограниченіе: изъ своего города *въ чужую землю* свода нѣтъ; сводъ останавливался на послѣднемъ владѣльцѣ въ границахъ своей земли; этотъ владѣлецъ, чтобы отклонить отъ себя подозрѣніе въ кражѣ, также долженъ былъ представить свидѣтелей для удостовѣренія факта *законнаго* приобрѣтенія вещи; тогда собственникъ во всякомъ случаѣ получалъ свою вещь, а въ остальномъ одно изъ двухъ; если законность приобрѣтенія *не* доказывалась, то послѣдній отвѣтчикъ считался воромъ и долженъ былъ уплатить и за все то, чего не доставало у вещи, а его контрагентъ-покупщикъ могъ требовать возврата покушной цѣны; если же законность приобрѣтенія *доказывалась*, то случившаяся убыль падала на счетъ собственника, а послѣднему отвѣтчику оставалось только пожалѣть о своихъ деньгахъ, опрометчиво уплоченныхъ неизвѣстному контрагенту, и питать себя надеждой когда-нибудь встрѣтить продавца въ своей землѣ и тогда разыскать съ него эту сумму.

Ст. 36 Карамзинскаго списка говоритъ объ этомъ такъ:

¹⁾ *Погодинъ*, Др. рус. исторія, I, стр. 117, II, стр. 733. *Калачовъ*, тамъ же. *Соловьевъ*, тамъ же. *Станиславскій*, назв. соч., стр. 50. *Владимірскій-Будановъ*, тамъ же. *Ланге* отрицалъ это ограниченіе свода при виндикаціи челядина.—Исслѣдованіе, стр. 233 сл.—Но противъ него *Владимірскій-Будановъ*, Христоматія, I, стр. 49, прим. 52, *Рожковъ*, Журн. Мин. Нар. Просв., 1897, Декабрь, стр. 309, *Рейцъ*, Опытъ, стр. 66, 73.

А и съ своего города въ чуже (ю?) землі извода нѣтъ; но также вывести ему послухы любо мытника, предъ кимъ же коупивше; то и сцу лицемъ взяти, а прока емоу желѣти, что съ нимъ погыбло, а оному своихъ коунъ желѣти, дондѣже налѣзеть ¹⁾.

На этомъ мы заканчиваемъ разсмотрѣніе Русской Правды и переходимъ къ изученію другихъ источниковъ русскаго права.

Прежде говорили объ *органическомъ* развитіи русскаго права и разсматривали преемственно одинъ источникъ послѣ другого въ хронологическомъ порядкѣ, видя въ каждомъ изъ нихъ непосредственное послѣдствіе предыдущаго и основаніе для послѣдующаго ²⁾.

Теперь устанавливается иное отношеніе къ источникамъ нашего древняго права: во всѣхъ нихъ видятъ, правда, „мѣстныя варіаціи *одного и того же*, въ корнѣ своемъ тождественнаго, русскаго права“ ³⁾; но въ то же время распределяютъ ихъ по тремъ правовымъ системамъ: „1) право Сѣверо-восточной Россіи, выразившееся въ московскихъ Судебникахъ и въ Уложеніи 1649 г.; 2) право Литовской Руси, лучшимъ воплощеніемъ котораго является Литовскій Статутъ, и 3) право Сѣверо-западнаго края, кодифицированное въ Судныхъ грамотахъ Новгородъ и Пскова“ ⁴⁾. При этомъ констатируется, что „Русская Правда, заключающая въ своей основѣ общерусскія начала права,

¹⁾ *Погодинъ*, Др. рус. ист., II, стр. 735. *Соловьевъ*, тамъ же. *Станиславскій*, назв. соч., стр. 48. *Ланге*, назв. соч., стр. 235 сл. *Рожковъ*, тамъ же, стр. 310. *Владимірскій - Будановъ*, Обзоръ, стр. 639 сл.

²⁾ Напр., *Калаиовъ*, Юридическ. записки, изд. Рѣдкимъ, т. I, стр. 50 сл., 54.

³⁾ *Максимейко*, Сборникъ статей, посвящ. Владимірскому-Буданову, стр. 384. Курсивъ нашъ.

⁴⁾ *Максимейко*, тамъ же, стр. 383. *Леонтовичъ*, Кіев. Унив. Изв., 1865, № 2, стр. 2.

въ то же время примыкаетъ къ спеціальной ея вѣтви, именно — къ Литовско-русскому праву“ ¹⁾, такъ что мы можемъ говорить о „замѣчательномъ сходствѣ между Р. Правдой и литовско-русскимъ правомъ“ ²⁾. Взаимное отношеніе между ними состоитъ въ томъ, что „Р. Правда послужила *начальной основой* для исторіи литовско-русскаго права“ ³⁾.

Воѣ эти соображенія побуждаютъ насъ нѣсколько пренебречь хронологическую послѣдовательность и послѣ Русской Правды обратиться прямо къ Литовскому Статуту.

§ 4. Литовскій Статутъ.

Литовскій Статутъ въ первой своей редакціи появился въ 1529 г.; затѣмъ онъ былъ восполненъ и во второй редакціи изданъ въ 1566 г.; наконецъ, третья редакція Статута относится къ 1588 году ⁴⁾.

¹⁾ *Максимейко*, тамъ же, стр. 384. *Ясинскій*, Лекціи, стр. 13 сл. *Демченко*, Наказаніе по Лит. Ст., стр. 6 сл.

²⁾ *Максимейко*, тамъ же, стр. 394.

³⁾ *Максимейко*, тамъ же, стр. 395. Курсивъ нашъ.

⁴⁾ *Szacki*, O lit. i polskich prawach, I, стр. 8 сл. *Jaroszewicz*, *Obraz Litwy*, II, стр. 127—148. *Даниловичъ*, Юридич. записки, изд. Рѣдкимъ, I, стр. 14, 18 сл., 26 сл. *Мацневскій*, Чтенія, 1860, кн. 3, стр. 166 сл. *Соловьевъ*, Исторія, кн. 1, стр. 1713 сл., кн. 2, стр. 473. *Квачевскій*, Журн. гр. и угол. пр., 1876, кн. 4, стр. 237. *Чарнецкій*, Кіев. Унив. Изв., 1866, № 9, стр. 17; 1867, № 10, стр. 12. *Пажманъ*, Ист. кодификаціи, I, стр. 193 сл. *Вершадскій*, Журн. Мин. Нар. Пр., 1892, Ноябрь, стр. 1 сл. *Иташницкій*, Къ вопросу объ изд. Лит. Ст., стр. 9, 13. *Леонтовичъ*, Спорн. вопросы, стр. 5, 7 сл., 10, 19. *Малиновскій*, Ученіе о преступл., стр. 1. *Дювернуа*, Чтенія, I, стр. 201 сл. *Шершеневичъ*, Курсъ, I, 2, стр. 368. — Текстъ Литовскаго Статута во всѣхъ трехъ его редакціяхъ изданъ Московскимъ Обществомъ исторіи и древностей російскихъ во Временникѣ его за 1854 и 1855 гг. въ книгахъ 18, 19 и 23. Кромѣ того, третья редакція Статута издана въ 1811 г. подъ заглавіемъ: „Статутъ Великаго Княжества Литовскаго съ подведеніемъ въ надлежащихъ мѣстахъ ссылки на конституціи, приличныя содержанію онаго. Переводъ съ польскаго. Въ Санктпетер-

Появленію этого важнаго и интереснаго законодательнаго памятника предшествовали (и на него повліяли) слѣдующія событія и обстоятельства.

Княжество Литовское, которому принадлежит разсматриваемый нами Статутъ, составилось въ значительной своей части изъ земель *русскихъ* юго-западнаго края, которыя завоевывались Литвой начиная съ первой половины XIV вѣка ¹⁾. Такъ, Гедиминъ покорилъ земли Волынскую и Кіевскую; онъ образовалъ Великое Княжество Литовское, не зависѣвшее ни отъ татаръ, ни отъ Москвы; въ составъ этого княжества въ общемъ вошли земли Полоцкая, Витебская, Минская, Туровская, Владимірская, Луцкая, Кіевская и часть Черниговской ²⁾. При Ольгердѣ завоеваны княжества Черниговское и Сѣверское ³⁾.

Завоеванная политически, юго-западная Русь одержала однако побѣду культурную: Русь въ то время уже давно имѣла писанные законы, а въ Литвѣ ихъ не было, да и вообще Русь въ то время стояла на болѣе высокой ступени цивилизаціи, чѣмъ Литва; не удивительно поэтому, что русское обычное право, какъ оно выразилось въ Русской Правдѣ, не только сохранилось въ завоеванныхъ Литвою областяхъ, но, кромѣ того, оно начало быстро проникать въ юридическій бытъ *литовцевъ* и сдѣлалась какъ-бы литовскимъ правомъ ⁴⁾.

бургъ. Печатанъ при Правительствующемъ Сенатѣ. 1811^а. Въ этомъ изданіи текстъ польскій и русскій помѣщаются параллельно. Статутъ 1529 г. см. еще въ *Svodъ H. Jiršek'a* и въ книгѣ *Szackiego, O Litewskich i Polskich prawach, t. I, II.* — Въ послѣдующемъ изложеніи мы будемъ цитировать Лит. Статутъ въ первыхъ двухъ его редакціяхъ по изданію Москов. Общества, а въ третьей редакціи (изъ-за русскаго перевода) — по изданію 1811 г.

¹⁾ *Чарнецкій*, Кіев. Унив. Изв., 1866, № 9, стр. 14. *Устряловъ*, О лит. княжествѣ, стр. 15 сл. *Леонтовичъ*, Источники, стр. 19, 52, 54, 59, 61.

²⁾ *Чарнецкій*, тамъ же, стр. 39.

³⁾ *Чарнецкій*, тамъ же, стр. 41. О дальнѣйшей судьбѣ этихъ земель — тамъ же, 1867, № 5, стр. 5 сл.

⁴⁾ *Rakowicki, Prawda Ruska, I, str. VIII.* *Чарнецкій*, тамъ же,

Этимъ объясняются слова проф. *Владимірскаго-Буданова*: „Наука признала Литовско-Русское государство—русскимъ государствомъ; его право — русскимъ правомъ ¹⁾“.

Но вотъ, со времени Ягелло, съ конца XIV в., начинается вліяніе Польши на Литву; оно, впрочемъ, касается по преимуществу административнаго и сословнаго строя государства; право же гражданское и уголовное по прежнему оставалось и въ этотъ періодъ русскимъ ²⁾.

На ту же область главнымъ образомъ публичныхъ правоотношеній, — на городское самоуправленіе, — также съ конца XIV в. начинаетъ оказывать вліяніе еще и право нѣмецкое, а именно — право магдебургское, которое въ видѣ привилегій постепенно вводится почти во всѣхъ городахъ бывшей юго-западной Руси ³⁾.

1866, № 9, стр. 35, 38 сл. *Мацкевскій*, Чтенія, 1858, кн. 1, стр. 17. *Устряловъ*, Рус. ист., II, стр. 111. *Леонтовичъ*, Кіев. Унив. Изв., 1865, № 2, стр. 5 сл., 12. Его же Источники, стр. 5 сл. *Квачевскій*, Журн. гр. и угол. пр., 1876, № 4, стр. 228. *Максимейко*, Кіев. Унив. Изв., 1894, № 7, стр. 1—4. *Шершеневичъ*, Курсъ, I, 2, стр. 367.

¹⁾ *Владимірскаго-Будановъ*, Сборн. госуд. знаній, IV, стр. 4. Вопросъ однако не безспоренъ: *Устряловъ*, О лит. княжествѣ, стр. 11 сл.

²⁾ *Чарнецкій*, тамъ же, стр. 15, 42; 1867, № 1, стр. 1, 7; № 5, стр. 6 сл.; № 8, стр. 15 сл. *Устряловъ*, Рус. ист., II, стр. 110. Его же О лит. княжествѣ, стр. 18 сл. *Квачевскій*, тамъ же, стр. 242. *Леонтовичъ*, Кіев. Унив. Изв., 1865, № 2, стр. 14. Его же Источники, стр. 19. *Максимейко*, тамъ же, стр. 15, 25. См. еще — *Даниловичъ*, Юридич. записки, изд. Рѣдкинымъ, I, стр. 12. *Веструшевъ-Рюминъ*, Русская Исторія, II, 1, стр. 52 сл., 118.

³⁾ *Чарнецкій*, Кіев. Унив. Изв., 1866, № 9, стр. 15; 1867, № 1, стр. 8, № 6, стр. 17 сл., 26 сл.; № 8, стр. 18, 21, 23, 31, 34 сл.; № 10, стр. 2. *Halban, Zur Geschichte, S. 18.* *Антоновичъ*, Исслѣдованіе, стр. 164. *Тарановскій*, Обзоръ, стр. 6 сл., 18 сл. Спорнымъ является вопросъ объ объемѣ этой реценціи магдебургскаго права: проф. *Антоновичъ*, тамъ же, стр. 171 сл., 177 сл., полагаетъ, что законоположенія магдебургскаго права оставались мертвой буквой для Литвы, такъ какъ духъ этого законодательства былъ чуждъ населенію южно-русскихъ городовъ; а потому если въ судебныхъ рѣшеніяхъ и дѣла-

Подъ напоромъ этихъ двухъ иноземныхъ законодательствъ, юго-западная Русь, для охраненія своей національности, необходимо должна была крѣпко держаться своей старины хотя бы въ области одной только *частной* жизни, такъ какъ иначе и эта область легко могла подпасть подъ воздѣйствіе и нормировку права польскаго или права нѣмецкаго.

Такъ созданный политическими причинами консерватизмъ русскаго населенія Литвы сохранилъ тамъ и упрочилъ дѣйствіе и примѣненіе Русской Правды въ большей степени, чѣмъ мы это видимъ даже въ Московскомъ государствѣ, которое стояло въ сторонѣ отъ западнаго вліянія, чувствовало себя самостоятельнѣе, а потому и могло развивать свое право свободно ¹⁾.

Но была и другая причина, по которой вліяніе нѣмецкаго права въ Литовскомъ княжествѣ не распространялось на область частныхъ правоотношеній, и именно — на область торговыхъ сдѣлокъ обмѣна, къ которымъ относится и специально нами изслѣдуемый вопросъ о виндикаціи движимостей. Мы говоримъ именно о нѣмецкомъ правѣ, потому что польское право по этому вопросу о виндикаціи въ общемъ было сходно съ русскимъ ²⁾. Магдебургское же право, въ интересующемъ насъ от-

лись ссылки на магдебургское право, то это было одной лишь формой. Наоборотъ, проф. *Владиміръскій-Вудановъ*, Киев. Унив. Изв., 1877, № 3, стр. 92 сл., держится того мнѣнія, что нѣмецкое право *дѣйствительно* примѣнялось въ городахъ юго-западнаго края, а не было одной только формой. Средняго мнѣнія держался проф. *Кистяковскій*, Киев. Унив. Изв., 1878, № 12, стр. 995: магдебургское право было не номинальнымъ правомъ, а дѣйствительнымъ; но наряду съ нимъ оставалось дѣйствующимъ и русское право. Это же мнѣніе поддерживает проф. *Тарановскій*, назв. соч., стр. 33 сл., 55. Такого же мнѣнія въ сущности и *Halban*, Zur Geschichte, S. 65 f., который говоритъ, что объемъ реценціи не всегда и не вездѣ былъ одинаковъ. Ср. *Дювернуа*, Чтенія, I, стр. 204.

¹⁾ *И. Бяляевъ*, О наследствѣ, стр. 117. *Леонтовичъ*, Источники, стр. 19.

²⁾ Вообще, по замѣчанію *Матрѣевскаго*, съ 14 по 18 вѣкъ источники права русскаго, польскаго и литовскаго были одни и тѣ же. — Чтенія, 1858, кн. 1, стр. 17.

ношеніи, стояло выше русскаго и польскаго права, такъ какъ выросло на почвѣ болѣе живого торговаго оборота, и что касается специально виндикаціи движимостей, то оно имѣло своимъ источникомъ Саксонское Зерцало, т.-е. успѣло уже усвоить новый принципъ *Hand wahre Hand* ¹⁾. Но вотъ именно эта сторона нѣмецкаго права, — съ его развитіемъ мѣновыхъ торговыхъ сдѣлокъ, — и *не соответствовала* тому феодальному складу и строю жизни, который въ теченіе XV-го и XVI-го вв. создавался въ Великомъ Княжествѣ Литовскомъ тѣмъ же самымъ правомъ нѣмецкимъ (и польскимъ) въ области административныхъ и сословныхъ отношеній. Дѣло въ слѣдующемъ, какъ это замѣтилъ проф. *Дювернуа*. Въ литовскомъ быту наблюдалось крайнее обиліе формъ несвободной зависимости однихъ частей населенія отъ другихъ; это не рабство, а тѣ властные союзныя формы, примыкающія въ особенности къ землевладѣнію, которыя въ такомъ обиліи создала средневѣковая жизнь; а между тѣмъ формы договорныхъ обязательствъ обильно развиваются только тогда и тамъ, гдѣ не достаетъ средствъ односторонне повелительныхъ для того, чтобы пользоваться услугами другихъ людей: тогда необходимость въ такихъ услугахъ вызываетъ развитіе свободного сочетанія и обмѣна интересовъ лицъ, иначе, безъ договора, не связанныхъ никакимъ обязательствомъ, никакой зависимостью; это мы видимъ во Псковѣ въ очень раннюю пору культуры права, и этого нѣтъ, или, вѣрнѣе, развитіе договорныхъ формъ крайне низко при сравнительно высокой культурѣ права въ Литвѣ ²⁾.

Такимъ образомъ вышло такъ, что полной своей реценціи помѣшало само же нѣмецкое право: на пути развитія договорнаго права оказался нѣмецкій (и польскій) феодализмъ ³⁾, кото-

¹⁾ *Тарановскій*, Обзоръ, стр. 71 сл.

²⁾ *Дювернуа*, Чтенія, I, стр. 206 сл. Цитата сдѣлана почти безъ измѣненій.

³⁾ А какъ же этотъ самый феодализмъ не помѣшалъ *магдебургскому* праву принять принципъ *Hand wahre Hand*?—Конечно, съ фактомъ нельзя не считаться. Но изъ этого факта вытекаетъ только то,

рый сохранилъ дѣйствіе Русской Правды, по въ то же время и придавъ ей свою особую сословную окраску¹⁾.

Вотъ на какой почвѣ былъ созданъ Литовскій Статутъ.

Всѣмъ изложеннымъ вполнѣ объясняются слѣдующія характеристическія черты этого Статута²⁾.

Гражданское и уголовное право Литовскаго Статута имѣетъ свои корни въ древнемъ *русскомъ правѣ*³⁾; да и редактиро-

что феодализмъ не является *абсолютнымъ* препятствіемъ для принятія и дѣйствія принципа *Hand wahre Hand*. Были, значитъ, другія причины, которыя *пересилили* противодѣйствіе феодализма и создали принципъ *Hand wahre Hand* въ Германіи. Во всякомъ случаѣ принципъ этотъ созданъ не только не *благодаря* феодализму, а совершенно наоборотъ, — *не смотря* на феодализмъ. Такимъ образомъ мы въ текстѣ желаемъ сказать не то, что принятіе принципа *Hand wahre Hand* было *абсолютно не возможно* въ Литвѣ, а лишь то, что литовскій бытъ представлялъ собою почву *неблагопріятную* для этого принципа.

¹⁾ По этому послѣднему поводу — *Владимірскій - Будановъ*, Сборн. госуд. знаній, IV, стр. 21 сл.

²⁾ Общую характеристику даетъ проф. *Кистяковскій*, Кіевск. Унив. Изв., 1878, № 11, стр. 832 сл.

³⁾ Это — общее мнѣніе, раздѣляемое даже и польскими писателями. *Rakowiecki*, Prawda Ruska, I, str. VIII. *Леонтовичъ*, Кіев. Унив. Изв., 1865, № 2, стр. 1, 11 сл., 13 сл., № 4, стр. 33 сл. *Строевъ*, Историко-юридич. изслѣдованіе, стр. 27. *Семеновъ*, Временникъ, 1854, кн. 19, стр. II, VI. *Устряловъ*, Рус. Исторія, II, стр. 110 сл. *Чарнецкій*, Кіев. Унив. Изв., 1866, № 9, стр. 4; 1867, № 10, стр. 1 сл. *Квачевскій*, Журн. гр. и угол. пр., 1876, кн. 4, стр. 226, 228, 230 сл. *Демченко*, Наказаніе по Лит. Статуту, стр. 6 сл. *Максимейко*, Кіев. Унив. Изв., 1894, № 7, стр. 7, 9. *Загоскинъ*, Исторія права рус. народа, I, стр. 113. *Владимірскій-Будановъ*, Христоматія, I, стр. 15, прим. 19. Онъ же въ Сборн. госуд. знаній, IV, стр. 4. *Шершеневичъ*, Курскъ, I, 2, стр. 367 сл. — Насколько намъ извѣстно, одинъ только проф. *Спасовичъ* держался обратнаго мнѣнія, когда говорилъ, что Литовское частное право есть только „сколокъ“ польскаго права. (Объ отношеніяхъ супруговъ, стр. 60, 77. См. впрочемъ *Устрялова*, О лит. княжествѣ, стр. 11 сл.). Это отступающее мнѣніе можно отчасти объяснить, во 1-хъ, общимъ сходствомъ многихъ институтовъ права у всѣхъ славянскихъ народовъ (см. между прочимъ *Соловьева*, Ист., кн. 1,

ванъ былъ Литовскій Статутъ первоначально на *русскомъ* языкѣ, и только впослѣдствіи были сдѣланы переводы его на языки латинскій и польскій¹⁾,

Сообразно съ этимъ Статутъ 1529 г. предписывалъ судьямъ въ случаяхъ молчанія закона обращаться къ „стародавнимъ обычаямъ“, подъ которыми разумѣлись тогда обычаи *русскіе*²⁾. А Статутъ 1588 г. предписывалъ избирать судей изъ такихъ лицъ, которыя были знакомы съ правомъ и языкомъ *русскимъ*³⁾.

Однако подъ влияніемъ Польши и Германіи это русское право получило особую феодальную окраску. Поэтому въ Статутѣ нѣтъ абстрактнаго понятія лица; тамъ нѣтъ рѣчи о литовцѣ вообще; тамъ говорится о князьяхъ, о дворянахъ, о духовныхъ ли-

стр. 87; *Мацѣевскаго*, Чтенія, 1858, кн. 1, стр. 17), а во 2-хъ, и тѣмъ фактомъ, что съ каждымъ послѣдующимъ изданіемъ Литовскаго Статута (во 2-й и 3-й редакціи) полонизація права дѣйствительно дѣлала все большіе и большіе успѣхи. *Дювернуа*, Чтенія, I, стр. 202. *Максимейко*, Кіев. Унив. Изв., 1894, № 7, стр. 26. *Леонтовичъ*, Кіев. Унив. Изв., 1865, № 2, стр. 14. *Чарнецкій*, Кіев. Унив. Изв., 1867, № 1, стр. 1 сл., но см. и стр. 8. *Устряловъ*, Рус. исторія, II, стр. 344. Проф. *Шершеневичъ* по этому поводу говоритъ: „Случись, что вопросъ о кодификаціи литовскаго права поднялся бы столѣтіемъ позже — русскому праву едва ли нашлось бы уже мѣсто“. — Курскъ, I, 2, стр. 368.

¹⁾ *Rakowiecki*, Prawda Ruska, I, str. 138. *Дювернуа*, тамъ же, стр. 201. *Шершеневичъ*, тамъ же, стр. 368. *Бершадскій*, Журн. Мин. Нар. Пр., 1892, Ноябрь, стр. 5, 8, 18. *Квачевскій*, Журн. гр. и угол. пр., 1876, кн. 4, стр. 228. *Чарнецкій*, Кіев. Унив. Изв., 1866, № 9, стр. 3; 1867, № 10, стр. 14 сл., 18. *Устряловъ*, Рус. исторія, II, стр. 111. Такъ и *Иташницкій*, Къ вопросу объ изд. Лит. Ст., стр. 15, 23; но онъ кромѣ того настаиваетъ, что польское изданіе было *равносильно* русскому; тамъ же, стр. 18, 39. Объ этомъ — *Леонтовичъ*, Спорн. вопросы, стр. 20.

²⁾ Разд. VI, тит. 37: Нижли естли бы ся што пригодило перед судьями, чога бы въ тыж правахъ не было описано; тогда то даемъ на розознанье судей под сумненьемъ ихъ, иж они мають упоменушы Бога и то сказати водлугъ стародавнаго обычая.

³⁾ Разд. IV, арт. 37: „...въ праве и писма руского умеетныхъ“... *Леонтовичъ*, Источники, стр. 5.

цахъ, о шляхтѣ и т. д.; вообще тамъ „правоспособность гражданская въ сильнѣйшей степени сплетена съ политическими квалификаціями лица, съ его сословнымъ положеніемъ“. Затѣмъ нѣтъ въ этомъ кодексѣ и абстрактнаго понятія объекта: вмѣсто этого мы въ немъ видимъ, напр., вотчины дворянскія, родовыя, благопріобрѣтенныя, жалованныя отъ короля и т. д. и т. д., обладаніе которыми не должно выходить изъ рукъ дворянства¹⁾. Словомъ, всѣ правоотношенія тамъ были окутаны цѣлою сѣтью сословныхъ привилегій²⁾, которыя весь укладъ жизни строили на началѣ обособленія и раздѣльности; для духа же общенія, для развитія договорныхъ отношеній въ этомъ кодексѣ оказалось мало мѣста.

Вообще Литовскій Статутъ отличается уже довольно высокою техникой; онъ обнялъ всю систему правоотношеній³⁾ и потому вышелъ кодексомъ обширнымъ; но право частное ни надлежащаго развитія, ни достаточнаго обособленія въ немъ не получило⁴⁾.

¹⁾ *Дювернуа*, Чтенія, I, стр. 208.

²⁾ Въ частности эту сторону дѣла проф. *Владимірскій-Будановъ* описываетъ такъ: „Извѣстно, что начала русскаго права сохранены въ Литовскомъ Статутѣ не для всѣхъ гражданъ Лит.-русскаго государства, что городское населеніе подчинилось дѣйствию нѣмецкаго права, а сельское вовсе изъято изъ охраны, даруемой правомъ: такимъ образомъ общее право превратилось въ привилегію для одного высшаго класса; Статутъ есть сумма шляхетскихъ правъ“. — Сборн. госуд. знаній, IV, стр. 22. См. еще *Леонтовичъ*, Источники, стр. 70. Ср. и *Чарнецкій*, Киев. Унив. Изв., 1867, № 5 и сл.

³⁾ По этому вопросу однако спорятъ. Въ текстѣ приведено мнѣніе проф. *Вершадскаго*, Журн. Мин. Нар. Пр., 1892, Ноябрь, стр. 9, 18. Оно оспаривается г. *Иташицкимъ*, Къ исторіи лит. права, стр. 31. Ср. *Леонтовича*, Спорные вопросы. См. и *Шершеневича*, Курсъ, I, 2, стр. 369.

⁴⁾ *Дювернуа*, Чтенія, I, стр. 208 сл. *Даниловичъ*, Записки, изд. Рѣдкинымъ, I, стр. 35. Будучи подъ вліяніемъ феодальныхъ идей, Литовскій Статутъ подвергся лишь незначительному вліянію со стороны римскаго права; послѣднее повліяло лишь отчасти на наследственное право. — *Вершадскій*, тамъ же, стр. 4 сл. *Шершеневичъ*, тамъ же.

При такомъ общемъ характерѣ Литовскаго Статута мы естественно не можемъ даже и надѣяться встрѣтить въ немъ по нашему вопросу ничего иного, кромѣ повторенія, хотя бы и болѣе подробнаго, тѣхъ самыхъ постановленій, которыя мы уже видѣли въ Русской Правдѣ.

Такъ это и есть на самомъ дѣлѣ. О какомъ-либо *ограниченіи* виндикаціи (напр., вѣрренныхъ вещей) рѣчи нѣтъ. По поводу виндикаціи говорится только о вещахъ краденыхъ, и всякій разъ допускается ихъ виндицированіе. Что самъ *воръ* обязанъ возвратить собственнику украденную у него вещь¹⁾, объ этомъ излишне, конечно, и упоминать. Для насъ болѣе интересными являются тѣ постановленія, по которымъ даже и *купившій* чужую вещь, хотя бы и добросовѣстно, обязанъ возвратить ее безвозмездно собственнику, если она оказывается краденной²⁾. По этому поводу Литовскій Статутъ, подобно Русской Правдѣ, говоритъ и о заклича на торгу, и о сводѣ³⁾.

Такъ, о заклича Статутъ упоминаетъ по поводу бѣгства челядина.

Арт. 7-ой (въ концѣ) раздѣла XII-го Статута 1529 г. говоритъ:

¹⁾ Статутъ 1529 г., разд. XIII, арт. 1; Стат. 1566 г., разд. XIV, арт. 4; Стат. 1588 г., разд. XIV, арт. VII, § 1. О предшествующемъ времени см. постановленія уставныхъ грамотъ: Витебской 1503 г., Смоленской 1505 г., Киевской 1507 г., Полоцкой 1511 г. — *Ясинскій*, Киев. Унив. Изв., 1889, № 4, стр. 178. Содержаніе ихъ (кромѣ Киевской) въ общемъ и главномъ одинаково: украденная вещь возвращается собственнику. Совершенно исключительнымъ является постановленіе Киевской грамоты: украденная вещь возвращается собственнику; но если воръ въ состояніи уплатить ея стоимость, то собственнику отдаются эти деньги, а вещь поступаетъ въ собственность «двора». Буквально это говорится такъ: „што укралъ, то государю вернути, у кого вкрадено; а коли възможеъ заплатити, ино исцу заплатити татинимъ имѣньемъ, а лицо на дворъ“.

²⁾ *Малиновскій*, Ученіе о преступленіи, стр. 157.

³⁾ *Леонтовичъ*, Киев. Унив. Изв., 1865, № 2, стр. 15; № 3, стр. 4 сл., 21 сл.; № 4, стр. 20 сл. *Малиновскій*, тамъ же, стр. 151 сл.

А естлибы пакъ хто чюю челядь ховаль въ себе, а поколку кротъ закликаль оповедаючи ее, а потом бы тот, чюя челядь, въ колку неделяхъ тую челядь свою въ него нашоль; тогда ему маеть за страву толко отъ кожного челядина дати на неделю по грошу.

Это соотвѣтствуетъ ст. 27-ой Карамзинскаго списка Рус. Правды, хотя полного совпаденія въ содержаніи нѣтъ. Постановленіе Статута расплывчато и неопредѣленно: здѣсь говорится о *многочранный* закличи; затѣмъ предусматривается нахожденіе челядина по истеченіи *нѣсколькихъ* недѣль, — срокъ точно не опредѣляется; но во всякомъ случаѣ онъ является гораздо большимъ, чѣмъ 3-дневный срокъ, установленный Русской Правдой; это свидѣтельствуетъ о томъ, что жизнь уже вышла изъ рамокъ того патриархальнаго быта, который имѣли мѣсто въ XII в., когда города были еще малы, а населеніе рѣдко, такъ что каждая вѣсть сравнительно быстро облетала всѣхъ согражданъ или земляковъ потерпѣвшаго. Наконецъ, въ цитированномъ артикулѣ нѣтъ прямого указанія на право собственника взять своего челядина обратно; такое указаніе содержится въ слѣдующемъ (8) артикулѣ: „а челяд маетъ тому вернена быти чюя была“.

Статутъ 1566 г. въ разд. XIII, арт. 5, повторяетъ цитированный арт. 7-ой перваго Статута, при чемъ указывается, что закличъ производится *на торгу*, а кромѣ того постановляется: „челядь свою добровольнѣ взять“.

Въ этомъ послѣднемъ видѣ нормируется вопросъ и третьимъ Статутомъ 1588 г. § 2-ой артикула XVII-го раздѣла XII-го говорить:

Естли бы кто держаль у себя чюихъ дворовыхъ людей, а ищущій ихъ нѣсколькократно объявилъ о томъ и опубликоваль на торгахъ, а послѣ тотъ, чюи люди, нашель ихъ у него чрезъ нѣсколько недѣль, тогда онъ уплативъ ему только за харчъ за каждого челоуѣка въ недѣлю по

два гроша, можетъ тѣхъ своихъ людей добровольно взять.

Всюду здѣсь абсолютная виндикація, но она, впрочемъ, и естественна, такъ какъ рѣчь идетъ о явно недобросовѣстномъ укрывательствѣ чужихъ рабовъ.

Въ послѣднихъ словахъ приведенныхъ артикуловъ: „добровольно взять“ проф. *Леонтовичъ* видитъ право собственника, сдѣлавшаго закличъ, взять своего челядина *безъ суда*, т. е. самоуправно¹⁾. Мы видѣли, какія затрудненія этотъ вопросъ возбуждаетъ относительно Русской Правды. Авторитетнѣйшіе изслѣдователи распространяютъ это право тамъ на *всякіе* объекты, а здѣсь, по Литовскому Статуту, проф. *Леонтовичъ* ограничиваетъ его лишь виндикаціей *челядиновъ*. Мы попрежнему отрицаемъ для Русской Правды возможность примѣненія самоуправления, а въ указанной особенности Литовскаго Статута мы болѣе склонны видѣть *исключеніе* (хотя вообще это и не особенно надежный способъ толкованія), — исключеніе, которое объясняется, можетъ быть, именно особенностью объекта: челядинъ есть существо разумное²⁾, а потому вопросъ о его принадлежности могъ выясниться съ наглядной и безспорной очевидностью и безъ суда; для такихъ случаевъ законъ могъ и освободить истца отъ обязанности представленія дѣла въ судъ.

Такъ нормируется Литовскимъ Статутомъ вопросъ о виндикаціи челядиновъ.

О всякихъ прочихъ вещахъ и о добросовѣстномъ ихъ приобрѣтеніи говорить Статутъ 1529 г. въ арт. 25 раздѣла XIII-го:

А естлибы тотъ, в кого лицо застато, поведилъ ижъ тую речъ краденую купилъ и борышниковъ³⁾ на то далъ, а тые борышники сознаютъ, ижъ

¹⁾ *Леонтовичъ*, Кіев. Ун. Изв., 1865, № 4, стр. 21 и прим. 2.

²⁾ „А то есть не скотъ“, говорила еще Рус. Правда въ ст. 34 Карамзин. списка.

³⁾ „Борышникъ“ соотвѣтствуетъ „мытнику“ Рус. Правды.—*Леонтовичъ*, тамъ же, стр. 22.

он перед нами то купилъ; тогда онъ только пенези свои тратит, а тое лицо тому мает вернуть, в кого згнуло. А естлибы борышники, которые он меновати будетъ, того по немъ не сознали, абы онъ тую речъ краденую передъ нами купилъ, а он иного доводу на тых борышниковъ не будетъ мети, чимъ ся вывести; тогда онъ мает быти каран яко злодей.

Это соотвѣтствуетъ ст. 33 Карамзин. списка Рус. Правды.

По Статуту купившій чужую вещь, чтобы не понести наказанія за воровство, долженъ былъ доказать свидѣтелями законность своего приобрѣтенія; тѣмъ не менѣе, даже и при наличности такихъ доказательствъ, собственникъ получаетъ свою (у него украденную) вещь обратно.

О сводѣ говорятъ арт. 17 и 18 того же раздѣла:

Колибы тотъ, въ кого лицо застато, шляхтич, або шляхтичу будучи менену заводцою¹⁾, от которого тое речы краденое досталъ, або менилъ борышники, которые тому сведоми, а были в той земли, в которой ся пригодило, мает ставити перед врадом нашимъ, а тымъ невинность свою очищати; тогда неповинность свою очистит а пенези свои тратит. А паклибы неставилъ; тогда оному шкодному шкочу мает платити з навязкою, а тое лицо до врадника нашего приведено бы або принесено, то мает у дворе нашом остати, нижли бы тот виноватый тое лицо во врадника нашего ценою выкупил.

Колибы хто с подыданныхъ нашихъ которого колы в раду о якую речъ краденую перед врадом обвинен былъ, а тот хто бы купилъ заводцы

¹⁾ „Заводца“—человѣкъ, у котораго обвиняемый купилъ краденую вещь. — *Малиновскій*, Ученіе о преступленіи, стр. 151. *Леонтовичъ*, Киев. Унив. Изв., 1865, № 4, стр. 24.

бы ани барышниковъ немел, але ся добрыми людьми годными веры высветчил, ижъ тую реч на волном торгу або на войне або на ярмарку явно купил; таковой оное лицо, которое в него застато оному, чие было, мает вернуть, а пенези свои тратит.

Проще и яснѣе описывается сводъ во второмъ Статутѣ. Здѣсь въ разд. XIV артикуль 2-ой, озаглавленный: „Сводъ на злодѣя“, говоритъ:

Тежъ уставуемъ, которій человекъ пойманъ будетъ на злодѣйствѣ, а приведенъ съ чимъ до замку або до вяду нашого, а тотъ бы повѣдалъ заводцу и отъ кого тое лицо маеть; тогда маеть на томъ же врадѣ нашомъ того заводцу поставити, або сознаньемъ врадовымъ себе очистити, гдѣ будетъ то купилъ, а на которомъ врадѣ оповѣдалъ и въ книги записалъ.

Въ Статутѣ 1588 г. (разд. XIV, арт. III, § 2) это постановление передается такъ:

А естлибы кто былъ пойманъ въ пути, или въ другомъ мѣстѣ, какъ о семъ изъяснено сего раздѣла въ первомъ Артикулѣ, приведенъ въ судъ и отданъ въ тюрьму, а во время разбирательства дѣла обвиняемой въ воровствѣ объявилъ бы, что онъ поличное отъ кого иного получилъ; то имѣеть оговариваемаго имъ въ тотъ же судъ нашъ представить или очистити себя судебнымъ сознаньемъ, гдѣ то купилъ, и въ которомъ при судственномъ мѣстѣ объ ономъ объявилъ и въ книги записалъ.

Итакъ, и здѣсь имѣеть мѣсто сводъ или *intertiatio*, съ тою однако разницей, что Русская Правда предоставляетъ самимъ заинтересованнымъ лицамъ производить очныя ставки для от-

крытія истиннаго вора, а Литовскій Статутъ предписываетъ, чтобы эти очныя ставки производились *судомъ* ¹⁾.

По этому поводу проф. *Леонтовичъ* говоритъ: „Ни откуда не видно, чтобы литовское законодательство придавало поволанью (т.-е. закличи), въ дѣлахъ по татѣбѣ, такую рѣшительную силу, какая допускается Правдою. Законъ принимаетъ за общее правило ²⁾, чтобы истецъ, познавъ свою вещь въ рукахъ другого лица, представлялъ его въ урядѣ, для разбирательства дѣла на общемъ основаніи ³⁾. — Явный услѣхъ государственности (скажемъ мы), когда процессъ во всѣхъ его стадіяхъ постепенно переходитъ въ руки судебной власти.

Наконецъ, послѣднія двѣ цитаты изъ второй и третьей редакціи Литовскаго Статута даютъ намъ указаніе на то, что здѣсь уже прямо предписывается закономъ о каждой покупкѣ заявлять въ судебномъ учрежденіи, привлечь свидѣтелей и записывать эту сдѣлку въ особыя книги для того, чтобы въ случаѣ спора о правѣ собственности отвести отъ себя подозрѣніе въ кражѣ.

Подробнѣе и опредѣленнѣе объ этомъ говорятъ Статутъ 1566 г. въ раздѣлѣ XIV, арт. 3 и Статутъ 1588 г. въ раздѣлѣ XIV, арт. VIII, § 1.

Приведемъ только послѣднее постановленіе:

Узаконяемъ и желаемъ, естли бы кто изъ крестьянъ нашихъ, княжескихъ, господскихъ, дѣховныхъ и свѣтскихъ и дворянскихъ, какого бы ни были званія, покуналъ, или промѣнивалъ что либо на торгу, въ домѣ, или гдѣ бы то ни было, лошадь, вола, корову и другія всякія вещи, то при таковой покупкѣ, или мѣнѣ должны находиться свидѣтели, люди честные, вѣры достойные и съ таковыми самъ продавецъ, или мѣ-

¹⁾ *Леонтовичъ*, Кіев. Унив. Изв., 1865, № 4, стр. 23.

²⁾ Исключеніе сдѣлано только для виндикаціи челядиновъ.

³⁾ *Леонтовичъ*, тамъ же, стр. 21.

новщикъ, если бы сіе случилось на торгу, имѣеть идти въ нашъ городскій, или въ городской судъ, а паче въ томъ городѣ, гдѣ существуетъ магдебургское право; а буде сіе случится на торгу въ городахъ княжескихъ, господскихъ дворянскихъ, къ самому господину, а въ отсутствіи господина къ прикащику его, и сознать и дать въ книги записать сію продажу, или мѣну, а тотъ кто покупаетъ, или вымѣниваетъ долженъ взять себѣ изъ оныхъ книгъ выписъ.

Выше мы видѣли, что вопросъ о значеніи свидѣтелей при заключеніи сдѣлокъ по Рус. Правдѣ споренъ. Здѣсь вопросъ этотъ рѣшается ясно и опредѣленно: при каждой куплѣ-продажѣ *должны* присутствовать свидѣтели, и каждая сдѣлка купли-продажи *должна* была вноситься въ „книги врядовыя“ ¹⁾.

¹⁾ *Малиновскій*, Ученіе о преступленіи, стр. 152. — Какъ объяснить это усиленіе формализма въ Л. Статутѣ сравнительно съ Р. Правдой? Намъ представляется возможнымъ слѣд. ходъ развитія по этому вопросу. Сначала, въ періодъ патріархальный, когда почти всѣ контрагенты знаютъ другъ друга не только лично, но и по имуществу, всѣ сдѣлки торговаго оборота заключаются *не* формально: въ какихъ-либо формальностяхъ нѣтъ нужды, или же онѣ предоставляются волѣ сторонъ. Такъ это было у насъ въ эпоху Р. Правды. Но затѣмъ оборотъ развивается; происходятъ затрудненія и споры, когда, напр., проданная вещь оказывается непринадлежавшей продавцу. Какъ предупредить возникающія отсюда неудобства? Устанавливаются различныя формальности. Такъ это въ Л. Статутѣ. Но это еще, такъ сказать, *средняя* стадія въ развитіи торговаго оборота, когда формализмъ, стѣсняя недобросовѣстныхъ контрагентовъ, еще не тормозитъ оборота. Наконецъ, наступаетъ эпоха огромнаго развитія торговли и колоссальнаго увеличенія числа мѣновыхъ сдѣлокъ. Здѣсь уже каждая формальность ложится тяжелымъ бременемъ на *добросовѣстный* оборотъ, такъ что выгоды формализма далеко не окупаются его отрицательными сторонами. Въ такія эпохи формальности сохраняются, лишь насколько онѣ прямо неизбѣжны; въ остальномъ же изыскиваются иныя средства для охраны правомѣрности оборота. Такъ стоитъ дѣло въ современныхъ законодательствахъ. Такимъ образомъ изъ разсмотрѣн-

Однако и эта формальность, гарантирующая bona fides приобретателя, не спасала последнего от виндикации. § 2 (in fine) артикула VIII-го раздѣла XIV-го говорить:

Однако буде бы кто послѣ узналъ сію вещь и въ судѣ доказалъ, что она его собственная, то первый покущикъ оной теряетъ свои деньги и то, что купилъ, имѣетъ въ судѣ возвратить тому, кто оное узналъ и доказалъ¹⁾.

Наконецъ, отмѣтимъ, что и Литовскій Статутъ ограничивалъ „зводъ“ той землей, въ судѣ которой дѣло было начато: въ чужую землю „звода“ не было, какъ и по Русской Правдѣ; переводъ дѣла въ другой судѣ (по мѣсту жительства иноземнаго заводцы) не разрѣшался²⁾.

Это все, что касается вещей *краденыхъ* въ собственномъ смыслѣ этого слова.

Но Литовскій Статутъ къ кражѣ относилъ и *присвоеніе чужого имущества*³⁾.

По этому вопросу высказался еще Судебникъ, данный Литвѣ королемъ Казимиромъ въ 1468 г.⁴⁾

Ст. 23 этого Судебника говорить:

А коли бы кто коня, а любо клячу знашолъ

наго постановленія Статута мы не должны заключать о необходимости формализма и по Рус. Правдѣ; нѣтъ, Лит. Статутъ отразилъ на себѣ слѣдующую послѣ Рус. Правды стадию развитія.

¹⁾ Этому соотвѣтствуетъ конецъ артикула 3-го въ разд. XIV Статута 1566 г.

²⁾ Статутъ 1566 г., разд. XIV, арт. 2. Статутъ 1588 г., разд. XIV, арт. III, § 2. — *Леонтовичъ*, Киев. Унив. Изв., 1865, № 4, стр. 24.

³⁾ *Малиновскій*, Ученіе о преступленіи, стр. 157.

⁴⁾ Объ этомъ Судебникѣ и о его сходствѣ съ Р. Правдой — *Соловьевъ*, Исторія, кн. 1, стр. 1565, *Леонтовичъ*, Киев. Унив. Изв., 1865, № 2, стр. 9, *Чарнецкій*, Киев. Унив. Изв., 1867, № 1, стр. 26, 30. *Квачевскій*, Журн. гр. и угол. пр., 1876, кн. 4, стр. 244. *Вестужевъ-Рюминъ*, Рус. Исторія, II, 1, стр. 113 сл. *Максимейко*, Киев. Унив. Изв., 1894, № 7, стр. 4, 11 сл., 16.

блудящую, или инныя которыя речи изнайдесть, ино оповѣдати околици: не изнайдесть ли ся истецъ до трехъ дней, ино повести на королевскій дворъ, по давному да переемъ свой возми; а пакъ ли который што утаить, а въсхочетъ собѣ покорыствовать, а будетъ на то доводъ, — тотъ такой злодѣй, какъ который¹⁾.

Это значить: кто найдетъ заблудившагося коня или какую-нибудь другую утерянную вещь, тотъ долженъ объявить о своей находкѣ и возвратить найденное собственнику по принадлежности; если же въ теченіе трехъ дней собственникъ не явится, то находчикъ обязанъ представить находку, по давнему обычаю, на королевскій дворъ, гдѣ и получить особое вознагражденіе („переемъ“); если же кто утаить и присвоить находку, тотъ считается воромъ²⁾.

Это же постановленіе было подтверждено потомъ Бѣльскою грамотой 1501 г.³⁾

Наконецъ, эта же норма воспроизводится и Статутомъ: въ 1-ой редакціи — разд. XIII, арт. 24; во 2-ой редакціи — разд. XIV, арт. 24 и въ 3-й редакціи — разд. XIV, арт. 25.

¹⁾ Цитируемъ по Христоматіи проф. *Владимірско-Буданова*, II, стр. 41 сл. Другое изданіе — Statut Kazimierza Jagiellończyka, pomnik najdawniejszych uchwał litewskich z XV wieku wynaleziony i drukiem ogłoszony staraniem J. Daniłowicza. W Wilnie, 1826; см. стр. 28—30.

²⁾ *Владимірскій-Будановъ*, тамъ же, стр. 41, прим. 36. *Ясинскій*, Киев. Унив. Изв., 1889, № 4, стр. 159, прим. 272. *Соловьевъ*, *Чарнецкій* и *Вестужевъ-Рюминъ* неправильно толкуютъ это постановленіе Судебника въ томъ смыслѣ, что будто бы утерянная и не востребованная вещь обращалась въ собственность *находчика*: Исторія Россіи, кн. 1, стр. 1565; Киев. Унив. Изв., 1867, № 1, стр. 30; Русская Исторія, II, 1, стр. 117.

³⁾ Русиномъ на ся жалующимъ о быдло блудно, кони и далѣй, такове землянинъ третего дня на замокъ ма отдать; а староста таково-му землянинови, который оно блудно до замку бы привель, отъ каждого быдлетя ма грошь дать. — *Ясинскій*, тамъ же.

Въ виду сходства ихъ содержания приведемъ только послѣднее постановленіе.

§ 1. Князья и Воеводы, Сенаторы, такъ же и Земскіе чиновники въ разсужденіи забредшаго скота и вещей въ погонѣ воромъ брошенныхъ, имѣютъ поступать нижеслѣдующимъ образомъ: когда чья лошадь, или другой скотъ забредетъ на чью либо землю, то имѣютъ быть забраны во дворъ, и если находится въ томъ имѣніи самъ господинъ, то таковой скотъ можетъ у себя держать до тѣхъ поръ, пока настоящий хозяинъ онаго станетъ искать, и въ то время платитъ хозяинъ за каждую лошадь по два гроша, а скотъ получаетъ безъ всякаго платежа. Дворяне проживающіе въ повѣтахъ имѣютъ отдавать и отдавать забредшія кобылы и скотъ въ наши скотные дворы и болѣе трехъ дней у себя оныхъ не задерживать¹⁾.

§§ 2 и 3-й прибавляютъ сюда нѣкоторыя подробности, но онѣ для насъ не важны. Для насъ важно въ концѣ концовъ то, что по литовско-русскому праву не только вещи краденныя, но также и вещи утерянныя безусловно возвращаются собственнику. И съ другой стороны, о какомъ-либо ограниченіи виндикаціи вещей *вспрешныхъ* въ Статутѣ рѣчи нѣтъ. Изъ всего этого мы видимъ, что *bona fides* пріобрѣтателя безсильна дать ему право собственности на чужую вещь.

Слѣдовательно и здѣсь, какъ и въ Русской Правдѣ, господствуетъ принципъ абсолютной виндикаціи.

На этомъ мы оканчиваемъ разсмотрѣніе Литовскаго Статута²⁾.

¹⁾ Малиновскій, Ученіе о преступленіи, стр. 157.

²⁾ О дальнѣйшихъ судьбахъ литовскаго права — Пташкинскій, Къ исторіи лит. права.

§ 5. Прочія славянскія законодательства.

Прежде чѣмъ приступить къ разсмотрѣнію дальнѣйшей судьбы нашего вопроса, какъ она выразилась въ Псковской Судной Грамотѣ и въ Московскомъ законодательствѣ, мы считаемъ цѣлесообразнымъ пополнить картину этого древнѣйшаго періода нашей исторіи изображеніемъ другихъ славянскихъ законодательствъ той же эпохи.

Здѣсь мы обратимъ вниманіе на право чешское, польское и сербское.

Предварительно замѣтимъ вообще, что всѣ указанныя законодательства, подобно Русской Правдѣ, одинаково держатся принципа абсолютной виндикаціи движимостей и, какъ на средство для ея осуществленія, всѣ они указываютъ на сводъ.

Начнемъ съ чешскаго права, такъ какъ здѣсь мы располагаемъ наиболѣе древними источниками¹⁾.

Здѣсь *Ирпчекъ* говоритъ, что если у кого-нибудь пропала вещь, и онъ сдѣлалъ объявленіе на торгу, то потомъ этотъ потерпѣвшій собственникъ, найдя свою вещь, могъ взять ее себѣ *безъ всякаго суда*; если же объявленіе сдѣлано не было, то необходимо былъ сводъ²⁾.

Это свое утверженіе *Ирпчекъ* основываетъ на слѣдующихъ постановленіяхъ Статутъ Оттона, относящихся къ первой половинѣ XIII в.³⁾ § 22 говоритъ:

Si quis equum proprium, currum aliquem trahentem, recognoverit: non plus quam LX denarios pro curru et rebus in eo existentibus iudici persolvat.

Это значитъ: „еслибы кто-нибудь узналъ своего коня, за-

¹⁾ Къ исторіи чешск. права — Пагманъ, Ист. код., I, стр. 153 сл.

²⁾ *Ирпчекъ*, Архивъ Калачова, VI, стр. 39 сл.

³⁾ Statuta ducis Ottonis.

пряженного въ чужой возъ, то пусть возьметъ возъ и все, что найдетъ на немъ, а цударю дай 60 пѣнязей“¹⁾.

Почти то же самое повторяетъ и слѣдующій § 23 тѣхъ же Статутовъ:

Item si quis equum apud aliquem invenerit operatum: non equum vindicet sibi iudex, nisi solummodo LX denariis sit contentus.

Какъ видимъ, обѣ эти статьи отправляютъ потерпѣвшаго собственника *къ судѣ*; для насъ это обстоятельство очень важно: изъ него мы заключаемъ, что „*взять вещь безъ всякаго суда*“ отнюдь еще не означаетъ какого - либо самоуправства. Именно это и выражаетъ вполнѣ опредѣленно тотъ же самый *Н. Жирчекъ* въ другомъ своемъ сочиненіи, когда говоритъ, что въ случаѣ пропажи вещи, собственникъ, сдѣлавшій объявленіе, могъ виндигировать свою вещь только тогда, если онъ сдѣлалъ соответствующее заявленіе судѣ и уплатилъ ему по таксѣ 60 денаріевъ²⁾.

Собственно о сводѣ говоритъ § 10 Статутовъ Оттона:

Quando ducitur, quod dicitur *svod*, debet adesse castellani nuntius, iudicis et villici et camerarii, et unus vel duo de vicinatu illo, et ultra tres non ducatur, sed in tertio remaneat; et si convictus fuerit, CC in cameram regis reddat denarios et illi, qui dicitur *pvod*, satisfaciat.

Итакъ, во 1-хъ, чешскому праву также извѣстенъ „сводъ“³⁾; во 2-хъ, сводъ производился не самими заинтересованными лицами, а въ присутствіи делегатовъ отъ жупана, судьи, владаря и коморника, а также — одного или двухъ изъ числа ближнихъ поселянъ⁴⁾; отсюда мы опять видимъ, какъ далеко

¹⁾ *Ирчекъ*, Архивъ Калачова, VI, стр. 40.

²⁾ *Н. Жирчекъ*, Das Recht in Böhmen, II, S. 122.

³⁾ *Леонтовичъ*, Кіев. Унив. Изв., 1865, № 4, стр. 23.

⁴⁾ *Ирчекъ*, Архивъ Калачова, VI, стр. 41.

было чешское право отъ разрѣшенія самоуправства¹⁾; наконецъ, въ 3-хъ, мы здѣсь встрѣчаемъ постановленіе сходное съ тѣмъ, которое мы видѣли въ Русской Правдѣ: сводъ ограничивается тремя очными ставками²⁾; но дальнѣйшихъ опредѣлений по этому вопросу здѣсь нѣтъ.

Затѣмъ къ нашему вопросу изъ чешскихъ памятниковъ относится еще Privilegium Theutonicorum Pragense 1178 года. Здѣсь въ § 22 мы читаемъ:

Si furtum equi apud Theutonicum fuerit recognitum, ille qui equum cognoscit, praesens (primus) jurabit, se amisisse equum furtive; postea Theutonicus jurabit, stans in circulo facto cum gladio in terra, se non furatum esse equum vel rem illam sed emisse, et se non cognoscere illum venditorem vel domum (dominum) ejus³⁾.

Ирчекъ переводитъ это такъ: „Если украденный конь найдется у нѣмца, тогда тотъ, кто потерялъ коня, долженъ былъ присягать, что у него украденъ конь; на это нѣмецъ, стоя въ кругу, клялся, наклонивъ мечъ къ землѣ, что не красть коня, а купилъ его, но что не знаетъ ни продавца, ни дому его“⁴⁾. Это напоминаетъ казусъ изъ ст. 33 Русской Правды Карамзинскаго списка, но только здѣсь не указывается прямо на возвращеніе вещи ея собственнику.

На это послѣднее обстоятельство указываетъ Jus Municipale Regni Bohemiae:

Také ne hned ten, u kteréhožby se věci kradené našly, za škůdce aneb za zloděje držán aneb počten býti má. Než mohl-li by saukupa,

¹⁾ *Н. Жирчекъ*, ibid., S. 122.

²⁾ *Ирчекъ*, тамъ же. *Н. Жирчекъ*, loc. cit. *Леонтовичъ*, тамъ же, стр. 23 сл.

³⁾ *Н. Жирчекъ*, Svod, стр. 485 сл.

⁴⁾ *Ирчекъ*, Архивъ Калачова, VI, стр. 41.

od něhožby takových věcí prodejem, půjčkou, dáním aneb jakýmžkoli jiným způsobem dosáhl, vystaviti: k saukupu o to hledáno buď. Pakliby ten, kterýžby k saukupu nikterakž přijíti ani ho jmenovati a doptati se nemohl, byl člověk vždycky po všeckny časy dobře zachovalý: přísahau povinen bude se očistiti, že jest ty a takové věci buď kaupil, buď k sobě přijal, nic ovšem toho nevěda a neznaje, aby ty a takové věci kra- dené býti měly. Avšak pánu ty věci darmo na- vrátiti povinen jest¹⁾.

Это значитъ: тотъ, у кого найдена краденая вещь, не считається сейчасъ же воромъ; онъ можетъ представить продавца, отъ котораго данная вещь имъ приобрѣтена; если же владѣлецъ не знаетъ продавца, а самъ всегда отличался безупречной ре- путаціей, то онъ можетъ очистить себя отъ подозрѣній прися- гою; *самая же вещь во всякомъ случаѣ безвозмездно возвра- щалась ея хозяину.*

Теперь переходимъ къ польскому праву²⁾.
Здѣсь мы располагаемъ сборникомъ польскаго обычнаго права XIII вѣка подъ названіемъ: *Księga prawa zwyczajowe- go polskiego z wieku XIII*, spisana przez bezimiennego niem- ца³⁾. Ст. XI этого сборника, въ переводѣ *Helcel'* я на совре- менный польскій языкъ, говорить такъ:

Jeśli koń lub inna rzecz prawem warowna, u kogoś licowaną będzie, a ten, który licuje skarży, iż mu ona skradzioną została, tedy Sę- dzia licowanemu nakaże odpowiadać: a gdy ten twierdzi, iż rzecz tę kupił, tedy Sędzia nakazu-

1) *J. Jireček*, Codex Juris Bohemici, t. IV, p. III, s. II, стр. 349 сл., Р. XVI.

2) Къ исторіи польск. права—*Памманъ*, Ист. код., I, стр. 186 сл.
Helcel' Starodawne prawa polskiego pomniki, II. Объ этомъ

je mu, ażeby po 14-tu nocach dostawił tego, od kogo kupił; musi więc téż stawić ręczyeli, iż wróci przed Sąd, i swego zachodźcę przypro- wadzi. W niektórych okolicach jest postano- wienie takie, iż zachodźcę swego ma dostawić na granicę kraju: gdzie nie ma tego postanowie- nia, tam zachodźca dostawionym być ma na miejsce przeznaczone przez Sędzię; przecież tak blisko, aby bez trudności mógł przyjść na miejsce i odejść. Jeśli w piérwszych 14 nocach stawić się nie może, przepada winę sześć grzy- wien: lecz gdy mu nie pozwala choroba, wię- zienie, lub służba monarsza, a mieszka w kraju, to nie popada w winę, ma się jednak z tego wy- świadczyć dwoma świadkami. Służba u innéj Ziemi monarchy nie wymawia go w téj rze- czy. Jeśli na drugi termin nie przyjdzie, to po- padnie znów w sześć grzywien. Rozumieć to zaś należy zarówno w sprawie o każdą rzecz wyżej wspomnianą. Gdy i na trzeci termin nie przyj- dzie, tedy już niczem nie odroczy winy, wyją- wszy chorobę, więzienie, i służbę monarszą, któremi odroczyć może, jak się wyżej rzekło.

Jeśli zaś przed samym monarchą stawić ma zachodźcę swego, tedy go stawić ma zkadkol- wiekbądź, tam gdzie monarcha zechce. Jeśli z zachodźcą przyjdzie, i ten wyzna, iż licowa- ną rzecz onemu sprzedał, tedy on odpowiedzial- nym staje się powodowi zamiast pozwanego, i ma się dalej ciągnąć do zachodźcy, w ten sam sposób, jak się o tém powiedziało. Lecz jeśli w stawieniu zachodźcy upadnie, tedy powód swoją rzecz bierze na powrót, którą u niego li- cował, a ten zaś zapłaci winę 12 grzywien.

И здѣсь мы находимъ повторение уже извѣстныхъ намъ

правиль о сводѣ. Срокъ для представленія аuctor'a здѣсь опредѣляется въ 14 дней, при чемъ явка въ судѣ обезпечивается поручителями. За неявку въ назначенный срокъ налагается штрафъ въ 6 гривенъ. Но если этой явкѣ помѣшала болѣзнь, арестъ или правительственная служба, то штрафа нѣтъ, и назначается новый срокъ для явки. Если представленный въ судѣ аuctor признаетъ, что онъ дѣйствительно продалъ данную вещь теперешнему владѣльцу, то владѣлецъ отъ всякихъ подозрѣній и обвиненій освобождается, а сводъ можетъ продолжаться тѣмъ же порядкомъ далѣе; ограниченія очныхъ ставокъ какимъ-либо опредѣленнымъ числомъ нѣтъ. По окончаніи свода собственникъ получаетъ свою вещь обратно. О какомъ-либо ограниченіи виндикаціи рѣчи нѣтъ.

Изъ всего этого мы подчеркиваемъ два обстоятельства.

Во 1-хъ, въ дополненіе къ сказанному выше, — въ § 4-мъ, — о вліяніи польскихъ правовыхъ идей на литовско-русское законодательство, здѣсь необходимо отмѣтить, что *въ разсматриваемомъ нами отношеніи* это вліяніе никакихъ измѣненій не производило, да и произвести не могло, такъ какъ *по нашему вопросу* польское и русское право той эпохи принципиально вполне между собою совпадали, и никакой борьбы между ними не было.

Во 2-хъ, мы и здѣсь обращаемъ вниманіе на *участіе судебной власти* въ дѣлахъ о сводѣ и о виндикаціи: послѣдняя производилась *не* самоуправно.

Наконецъ, переходимъ къ *сербскому праву*¹⁾.

Здѣсь передъ нами Законникъ Стефана Душана, изданный въ 1349 году²⁾.

По свидѣтельству, проф. *Флоринскаго*, Душанъ очень увлекался византизмомъ, который издавна вліялъ на Сербію;

¹⁾ Къ исторіи сербскаго права — *Пахманъ*, Ист. кодифик., I, стр. 159 сл.

²⁾ *Флоринскій*, Памятники, стр. 16, 269 сл. *Новаковичъ*, Законник, стр. XXXII сл. *Зигель*, Законникъ, стр. 30 сл. Въ эти авторы даютъ и текстъ сербскаго кодекса.

особенно же усилилось это вліяніе съ XIII в.¹⁾; и здѣсь, какъ и на Руси, главнымъ проводникомъ византійскихъ правовыхъ идей служила „Кормчая“. При такихъ условіяхъ Законникъ Душана явился „сербской кодификаціей византійскаго права“²⁾.

Въ этомъ Законникѣ, по изданію г. *Новаковича*, ст. 180 говоритъ такъ:

Аште кто што оухвати гоушено, или крадено лицемъ, или силомъ оузето, вьсаки о томъ да сводъ; аште кто боудѣ коунилъ где любо, или оу земли царства ми, или оу инои земли (царства ми), виноу да да о томъ сводъ; аште ли не да свода, да плакя по закону³⁾.

Проф. *Зигель* слѣдующимъ образомъ переводитъ это постановленіе: „Если кто получитъ какую-либо чужую вещь захваченную или украденную (поличное) или взятую силою, каждый въ такомъ случаѣ да идетъ на сводъ; если же кто купилъ (вещь) гдѣ-либо, или въ землѣ моего царскаго величества или въ иной (не моей) землѣ моего царства, да ходитъ всегда на сводъ по такому случаю; если же не пойдетъ на сводъ, то платитъ по закону“⁴⁾.

Тому же самому вопросу посвящена и ст. 193 Законника Душана:

И сводъ конскыи и иныи добытъкъ, или кон годѣ, правда. Что се гоуси или оукраде, томоу да даа сводника, да плати вьсако самоседмо. Ако ли рече „коунилъ оу того земли“, да оправе доушевници отъ глобе; ако ли га не оправе доушевници, да плати зь глобомъ⁵⁾.

¹⁾ *Флоринскій*, тамъ же, стр. 6 сл.

²⁾ *Флоринскій*, тамъ же, стр. 16.

³⁾ *Новаковичъ*, Законникъ, стр. 139. Ср. ту же статью въ изданіи проф. *Флоринскаго*, Памятники, Приложенія, стр. 34.

⁴⁾ *Зигель*, Законникъ, стр. 105, ст. 182.

⁵⁾ *Новаковичъ*, тамъ же, стр. 144.

Переводъ проф. *Зинель*: „О сводѣ коней и другого скота или какой иной (движимой вещи). Въ случаѣ грабежа или воровства, пусть тотъ, у кого оказалось поличное, сведетъ съ себя обвиненіе сводомъ; если же не сведетъ съ себя обвиненія, да платитъ въ семеро; если же скажетъ: „я купилъ въ чужой землѣ“, да оправдаютъ его присяжные отъ пени, если же не оправдаютъ его присяжные, да платитъ съ пенею“¹⁾:

Такимъ образомъ и сербское право держится тѣхъ же правилъ, что и прочія славянскія законодательства: абсолютная виндикація и осуществленіе ея посредствомъ свода; при этомъ особенно подчеркивается то обстоятельство, что сводъ необходимъ для *всѣхъ* случаевъ виндикаціи *безъ исключеній*.

Въ сдѣланномъ нами краткомъ очеркѣ постановленій чешскаго, польскаго и сербскаго права по нашему вопросу мы обращаемъ особенное вниманіе на слѣдующія два обстоятельства.

Во 1-хъ, по чешскому и польскому праву виндикація совершается всегда *при участіи или съ разрѣшенія судьи*, а по сербскому праву сводъ считается необходимымъ *при каждомъ случаѣ виндикаціи*, и при этомъ никакихъ ограниченій въ зависимости отъ закличи ни тамъ, ни здѣсь не дѣлается. Исходя изъ принципиальнаго сходства между собою всѣхъ славянскихъ законодательствъ, мы въ этихъ положеніяхъ находимъ дѣйствительное подкрѣпленіе для той нами защищаемой мысли, — см. выше, § 3, — что по Русской Правдѣ даже и истечение 3-дневнаго срока послѣ закличи не освобождало собственника отъ свода: самоуправство запрещалось, и забирать свои вещи „*безъ всякаго суда*“ ни въ какомъ случаѣ не разрѣшалось; всякій разъ надо было идти на сводъ, который не примѣнялся только тогда, когда онъ по самому существу своему или по положенію дѣла былъ невозможенъ.

¹⁾ *Зинель*, тамъ же, стр. 111, ст. 193. Авторъ оговаривается, что, въ виду испорченности текста, смыслъ его передается лишь приблизительно.

Во 2-хъ, мы здѣсь видимъ, что въ рассматриваемый періодъ исторіи принципъ абсолютной виндикаціи движимостей, при полномъ отсутствіи какихъ бы то ни было ограниченій ея для вещей вѣреннѣхъ, является принципомъ *общеславянскимъ*¹⁾, а въ томъ числѣ, значитъ, и — *русскимъ*. Отсюда мы заключаемъ, что воздѣйствіе византійскаго права на древнюю Русь (и на Сербію) выражалось не во *введеніи* въ русское правосознаніе *чуждаго* ему принципа абсолютной виндикаціи, а лишь въ поддержаніи и авторитетной санкціи этого принципа, и безъ того уже усвоеннаго русскимъ правомъ.

На этомъ мы заканчиваемъ изученіе Русской Правды и родственныхъ ей другихъ славянскихъ законодательствъ.

Теперь мы переходимъ къ другой области Руси, — къ Новгороду и Пскову, — и остановимся на Псковской Судной Грамотѣ, чтобы потомъ обратиться къ московскому законодательству, которое послужило непосредственной основой и нынѣ дѣйствующаго въ Россіи права.

§ 6. Псковская Судная Грамота.

Къ XIV в. древняя Русь въ политическомъ и культурномъ отношеніяхъ уже раздѣлилась на отдѣльныя области съ особымъ правовымъ укладомъ въ каждой изъ нихъ. На югѣ, какъ мы уже видѣли, дѣйствовала Русская Правда, послужившая въ значительной степени основой и для литовско-русскаго законодательства. Но къ XIV в. Русская Правда постепенно утрачиваетъ значеніе дѣйствующаго кодекса. На востокъ съ теченіемъ времени выдвинулась и окрѣпла Москва, которая и объединила потомъ въ одно сильное цѣлое всѣ области Россіи. Въ промежутокъ же времени между прекращеніемъ дѣйствія Русской Правды и возвышеніемъ Москвы первое мѣсто въ исторіи гражданскаго права занимаетъ на сѣверѣ Псковская Судная Грамота²⁾.

¹⁾ *Леонтовичъ*, Др. хорватско-далмат. законодательство, стр. 139.
²⁾ *Шершеневичъ*, Курсь, I, 2, стр. 367 сл. Вообще о Псковѣ.

Этот кодекс, постепенно слагавшийся из княжеских уставов и местных обычаев, был официально санкционирован в 1467 г. на псковском вѣчѣ ¹⁾.

Теперь посмотрим на общія условия жизни Пскова, который создал свою Грамоту. Здѣсь мы видимъ, что Пскову никогда не приходилось напрягать своихъ усилій для защиты отъ татаръ, громившихъ южную и восточную Русь; Псковъ не бралъ на себя и государственныхъ задачъ по объединенію всѣхъ частей Руси въ одно цѣлое ²⁾; Псковъ самъ былъ вольнымъ городомъ ³⁾ и спокойно велъ обширную торговлю съ нѣмцами ⁴⁾; такимъ образомъ онъ имѣлъ и свободныя руки, и вполнѣ благоприятныя условия для развитія частнаго права.

Всѣмъ этимъ въ значительной мѣрѣ объясняется общій характеръ и содержаніе Псковской Судной Грамоты. Такъ, содержаніемъ своимъ эта Грамота не охватываетъ *всей* системы права, какъ Литовскій Статутъ, зато даетъ очень развитое право гражданское. Въ этой послѣдней области здѣсь наблю-

Судн. Грамотѣ — *Владимірскій-Будановъ*, Обзоръ, стр. 98 сл. *Ясинскій*, Лекціи, стр. 142 сл. *Мрочекъ-Дроздовскій*, Юр. Вѣстникъ, 1884, т. XVI, стр. 91 сл. *Пахманъ*, Ист. кодификаціи, I, стр. 218 сл. *Вестушевъ-Рюминъ*, Рус исторія, I, стр. 373 сл. *Дювернуа*, Источники права, стр. 289 сл. *И. Буляевъ*, Лекціи, стр. 344 сл. *Устряловъ*, Изслѣдованіе, стр. 5 сл. Текстъ Псков. Судн. Грамоты даютъ *Владимірскій-Будановъ*, Христоматія, I (по этому изданію мы и будемъ ниже цитировать отдѣльныя статьи Грамоты), *Гитцбургъ*, Новгород. и Псков. судн. грамоты. Переводъ даетъ *Устряловъ* въ назв. соч.

¹⁾ *Владимірскій-Будановъ*, тамъ же. *Ясинскій*, назв. соч., стр. 143 сл., 147, 152 сл. *Шершневичъ*, тамъ же, стр. 361 сл., 364. *Устряловъ*, назв. соч. *Нижитскій*, Очеркъ, стр. 250.

²⁾ *Шершневичъ*, Курсъ, I, 2, стр. 367 сл.

³⁾ Проф. *Загоскинъ* говоритъ, что Псковская и Новгородская судныя грамоты были созданы для того, чтобы отстоять самостоятельность этихъ городовъ передъ натискомъ Москвы. — Ист. права рус. народа, I, стр. 190.

⁴⁾ Это такъ было издавна; такъ это продолжалось еще и въ XVI вѣкѣ. — *Андреевскій*, О договорѣ Новгорода, стр. 1 сл. *Соловьевъ*, Исторія, кн. 2, стр. 391 сл., 394.

дается уже значительное раздѣленіе между правомъ частнымъ и публичнымъ; субъекты и объекты опредѣляются вполнѣ абстрактно, безъ сословныхъ и другихъ модификацій; договорныя сдѣлки развиты обильно и разнообразно ¹⁾.

Что касается спеціально нашего вопроса, то здѣсь необходимо еще разъ подчеркнуть указанные нами и выше значительные размѣры торговли съ нѣмцами.

Андреевскій рассказываетъ по этому поводу слѣдующее. Начиная уже съ XII в. въ Любекѣ сѣзжаются мудрѣйшіе граждане изъ торговыхъ городовъ Германіи для рѣшенія различныхъ вопросовъ относительно торговли; между прочимъ тамъ были сдѣланы постановленія для Нѣмецкаго двора въ Новгородѣ и записаны въ такъ наз. скры ²⁾. Для насъ интересенъ § 76 этой скры, который гласитъ такъ:

Каждый человекъ долженъ самъ смотрѣть, кому даетъ что-либо изъ своихъ вещей или имущества въ долгъ, ибо, если тотъ, кому дано въ долгъ, продастъ это, или заложитъ, или данное въ долгъ будетъ арестовано, то давшій въ займы другому обязанъ выкупить данное, если хочетъ получить свое ³⁾.

Все это уже знакомыя намъ положенія: *Trau, schau wem* и *Wo man seinen Glauben gelassen hat, da muss man ihn wieder suchen* ⁴⁾; а затѣмъ—правило изъ Любекскаго Статута: ввѣренныя вещи виндигировать можно, но лишь взаимѣнъ покупной цѣны ⁵⁾, — что практически является все-таки *ограниченіемъ* виндикаціи.

При постоянныхъ и оживленныхъ сношеніяхъ русскихъ

¹⁾ *Дювернуа*, Чтенія, I, стр. 198 сл., 206, 209. *Ясинскій*, Лекціи, стр. 157 сл.

²⁾ *Андреевскій*, О договорѣ Новгорода, стр. 39.

³⁾ *Андреевскій*, тамъ же, стр. 79.

⁴⁾ См. выше, стр. 27.

⁵⁾ См. выше, стр. 48.

торговцевъ съ нѣмецкими естественно, что на общей для тѣхъ и другихъ почвѣ при постоянномъ взаимномъ воздѣйствіи происходило постепенное объединеніе взглядовъ и мнѣній въ кругу ихъ общихъ интересовъ¹⁾. При этомъ возможно, что въ области именно *мнѣннхъ* сдѣлокъ, — и специально по вопросу о виндикаціи движимостей, — перевѣсъ принадлежалъ *нѣмецкимъ* идеямъ²⁾: во 1-хъ, у нѣмцевъ торговля была развита больше, чѣмъ у русскихъ: тамъ было больше рынковъ; во 2-хъ, у нѣмцевъ уже были и готовые формы для этого оборота, испробованныя и принятыя въ различнѣйшихъ частяхъ зап. Европы, а въ числѣ этихъ формъ былъ и принципъ *Hand wahre Hand*. Но съ другой стороны, подъ вліяніемъ одинаковыхъ причинъ и условій торговой жизни, во Псковѣ могла и *самостоятельно* возникнуть идея о необходимости ограниченія права на виндикацію. Въ самомъ дѣлѣ, торговля являлась очень важной стороной жизни для Пскова. Это прекрасно описано *Энгельманомъ*: „Весьма понятно, что въ торговомъ городѣ, каковъ былъ Псковъ, все благосостояніе и могущество котораго основывалось на торговлѣ, купля-продажа легко могла и должна была получить весьма важное значеніе, такъ что она, по силѣ своей, почти совершенно равнялась первоначальному способу пріобрѣтенія собственности, добыванію имущества собственнымъ трудомъ, между тѣмъ какъ во всѣхъ другихъ частяхъ Россіи, она считалась только второстепеннымъ способомъ и во всемъ уступала пріобрѣтенію первоначальному и полученію по наслѣдству“³⁾.

Таково было значеніе и развитіе торговли во Псковѣ, а оживленный торговый оборотъ является если и не един-

¹⁾ Проф. *Дювернуа* говоритъ, между прочимъ, что Псковъ жилъ „въ условіяхъ очень слабыхъ иноземныхъ вліяній“. — Чтенія, I, стр. 209. Очевидно, это относится къ вліяніямъ въ области *государственной* жизни и государственнаго права; въ области же *частноправовыхъ* отношеній отрицать вліянія нельзя.

²⁾ Противъ этого однако проф. *Владимірскій-Будановъ*, Обзоръ, стр. 93.

³⁾ *Энгельманъ*, Систематич. изложеніе, стр. 32.

ственной причиной, приводящей къ принципу *Hand wahre Hand*, то во всякомъ случаѣ онъ служитъ той почвой, безъ личности которой самое возникновеніе, а затѣмъ и примѣненіе этого принципа не находило бы для себя ни основанія, ни оправданія¹⁾.

Выше, относительно Русской Правды, мы приняли, что русскимъ принципомъ въ древности была *абсолютность* виндикаціи. Теперь, допуская обратное для Пскова (впрочемъ, лишь какъ одну изъ возможностей), мы этимъ не противорѣчимъ себѣ: на Псковской Судной Грамотѣ, по замѣчанію проф. *Леонтовича*, замѣтно сильное вліяніе и другого времени, и другихъ обстоятельствъ, чѣмъ тѣ, при которыхъ развивалась Русская Правда²⁾.

Таковы тѣ общія соображенія, въ виду которыхъ мы будемъ разсматривать уже самыя постановленія Псковской Судной Грамоты по нашему вопросу.

Итакъ, обращаемся къ тексту изучаемой нами Грамоты. Здѣсь ст. 46 говорить:

А которой человекъ оу человека знаетъ свое што изгибшее, а тому молвить то слово: купилъ еси на торгу, а тогожь еси не знаю оу кого купилъ; ино ему правда дать на томъ, что чисто будетъ на торгу купилъ, а съ татемъ не подѣлился; а не поставитъ его, а самъ не оукралъ; ни пословицы не было будетъ, ино тотъ не доискался³⁾.

Проф. *Владимірскій-Будановъ* такъ переводитъ это постановленіе: „Если кто опознаетъ свою пропавшую вещь у другого, а этотъ послѣдній скажетъ: я купилъ на торгу, но у кого — не знаю, то привести (отвѣтчика) къ присягѣ въ томъ,

¹⁾ *Шершеневичъ*, Сист. торгов. дѣйствій, стр. 171.

²⁾ *Леонтовичъ*, Кіев. Унив. Изв., 1865, № 4, стр. 34.

³⁾ См. пояснительныя примѣчанія *Энгельмана*, Сист. изложеніе, стр. 29.

что онъ дѣйствительно купилъ на торгу и съ воромъ не подѣлился; хотя бы онъ и не представилъ въ судъ челоуѣка, у котораго купилъ, но самъ не укралъ, и въ обществѣ не будетъ на него подозрѣнія, истецъ теряетъ искъ (т. е. не спорную вещь, которая конечно поступаетъ отъ владѣльца къ собственнику, а вознагражденіе убытковъ)⁴. При этомъ авторъ дѣлаетъ ссылку на ст. 29 и 33 Русской Правды Карамзинскаго списка¹⁾.

Какъ видимъ, начало приведенной статьи дѣйствительно напоминаетъ ст. 33 Рус. Правды; но заключительныя слова — „ино тотъ не доискался“ — возбуждаютъ весьма серьезные сомнѣнія: почему, напр., проф. *Владимірскій-Будановъ* потерю иска относитъ не къ виндикаціи, а къ вознагражденію убытковъ? Русская Правда въ ст. 33 сама различаетъ „свое“, т. е. пропавшую и затѣмъ опознанную вещь, и „что съ нимъ погубло“, т. е. всякую прочую убыль, причиненную кражей; поэтому, естественно, и содержаніе иска собственника является двойственнымъ: онъ требуетъ и возвращенія самой вещи, и вознагражденія за понесенныя убытки. Что же касается Псковской Судной Грамоты, то она въ приведенной статьѣ говоритъ *только* о пропавшей вещи; изъ пропажи вещи вытекаетъ два притязанія: обвиненіе въ кражѣ и требованіе возвращенія этой вещи; но въ виду особыхъ условій пріобрѣтенія *истецъ теряетъ свой искъ*; это по нашему мнѣнію значитъ: обвиненіе въ кражѣ падаетъ, виндикація отклоняется, и вещь остается у пріобрѣтателя.

Конечно, нельзя не допустить, что и по Псковской Грамотѣ истецъ, имѣвшій право требовать возвращенія вещи, въ то же время имѣлъ право требовать и вознагражденія за все то, „что съ нимъ погубло“; но только дѣло въ томъ, что если *данная* статья говоритъ *только* о находкѣ вещи и затѣмъ предписываетъ, — при извѣстныхъ условіяхъ, — въ искѣ отказать, то какое мы имѣемъ право замѣнять одинъ объектъ искового требованія другимъ? Такую замѣну или такое ограниченіе со-

¹⁾ *Владимірскій-Будановъ*, Христом., I, стр. 166 сл., прим. 107.

держанія иска могла бы сдѣлать только сама разбираемая статья или даже и другія статьи той же Грамоты. Напр., нужно, чтобы принципъ абсолютной виндикаціи стоялъ здѣсь твердо и внѣ сомнѣній¹⁾; тогда отказъ въ искѣ, по правиламъ систематическаго толкованія, необходимо было бы ограничить вопросомъ объ уголовномъ преслѣдованіи или о возмѣщеніи убытковъ. Но въ томъ то и дѣло, что и этотъ самый вопросъ о виндикаціи еще требуетъ рѣшенія и именно въ данной статьѣ онъ и рѣшается. При такихъ условіяхъ мы должны понимать ст. 46 такъ, какъ она говоритъ; потерю иска надо относить ко *всѣмъ* притязаніямъ истца: къ обвиненію въ кражѣ, къ виндикаціи и къ требованію вознагражденія. Всякое же ограниченіе здѣсь будетъ произвольнымъ: сама статья выражается широко, никакихъ основаній для ограниченія не даетъ, а потому не должны вводить его и мы.

Указанное значеніе словъ „ино тотъ не доискался“ мы вывели изъ общаго хода мыслей въ ст. 46. Кромѣ того, въ другихъ статьяхъ Псковской Грамоты мы находимъ примѣры того, что это выраженіе отнюдь не пріурочивается только къ искамъ *обязательственнымъ*, а наоборотъ, оно вполне свободно примѣняется и къ искамъ *вещнымъ*, къ искамъ именно о правѣ собственности. Такова, напр., ст. 45; такова же и ст. 9. Такимъ образомъ и со стороны специальной терминологіи Псковской Грамоты нѣтъ никакихъ основаній отвергать тотъ смыслъ, который мы даемъ разобранной статьѣ.

Теперь переходимъ къ почти однозначущей ст. 56-ой:

А также кто купилъ на торгу, а оу кого кушилъ не знаетъ его, а людемъ будетъ добрымъ вѣдомо, а оу него имаются челоуѣкъ 4 или 5, скажутъ како право предъ Богомъ: предъ нами

¹⁾ Проф. *Владимірскій-Будановъ*, какъ мы видѣли, говоритъ: „...вещь, которая *конечно* поступаетъ отъ владѣльца къ собственнику. Но откуда вытекаетъ это „конечно“? Наоборотъ, въ этомъ-то и весь вопросъ.

въ торгу кушиль, ино той правъ, оу кого имаются, и целованья ему нѣтъ; а не будетъ у коего свидѣтелей, ино ему правда дати, а той не доискался.

Переводъ проф. *Владимірскаго-Буданова*: „Если кто купилъ вещь на торгу, но у кого купилъ не знаетъ, а добрымъ людямъ будетъ извѣстно (что онъ дѣйствительно купилъ на торгу), и если на эту вещь изъявить кто-нибудь притязаніе, то если человекъ 4 или 5 скажутъ по истинѣ, какъ передъ Богомъ: „онъ при насъ на торгу кушиль“, отвѣтчикъ правъ и присяги ему нѣтъ. Если же свидѣтелей у него не будетъ, то привести его къ присягѣ и (если присягнетъ) истцу отказать“¹⁾.

Для поясненія этихъ послѣднихъ словъ авторъ отсылаетъ къ ст. 46-ой и такимъ образомъ отказывается видѣть въ нихъ ограниченіе виндикаціи.

Такого же мнѣнія держались *Энгельманъ* и *Устряловъ*²⁾.

Мы же и здѣсь настаиваемъ на томъ же самомъ толкованіи, которое нами дано выше для ст. 46.

Однако необходимо отмѣтить здѣсь и нѣкоторое различіе между этими двумя статьями, а именно,—ст. 56, говоря объ отвѣтчикѣ-владѣльцѣ, вводитъ новую фразу: „ино той правъ“, а затѣмъ объ истцѣ по прежнему говоритъ: „а той не доискался“.

Прежде всего мы полагаемъ, что каждая изъ этихъ фразъ относится къ *обоимъ* случаямъ доказанности покупки: къ случаю, когда она доказана посредствомъ свидѣтелей, и къ случаю, когда она доказана посредствомъ присяги. Въ обоихъ этихъ случаяхъ одинаково отвѣтчикъ-владѣлецъ оправдывается, а потерѣвшему истцу отказываютъ въ искѣ. Такимъ образомъ здѣсь отказъ въ искѣ распространяется уже не на всѣ притязанія истца. А именно, „оправданіе“ отвѣтчика означа-

1) *Владимірскаго-Будановъ*, Христ., I, стр. 170, прим. 118.

2) *Энгельманъ*, Систематич. изложеніе, стр. 30. *Устряловъ*, Изслѣдованіе, стр. 35.

етъ, по нашему мнѣнію, отклоненіе и прекращеніе *уголовнаго* преслѣдованія за кражу (вмѣстѣ съ тѣмъ надетъ и обязанность возмѣщенія убытковъ); слѣдовательно, отказъ въ искѣ означаетъ отказъ въ виндикаціи. Результатъ же тотъ самый: пріобрѣтеніе на торгу защищается.

Ограниченіе виндикаціи здѣсь видить и проф. *Дювернуа*, который по этому поводу говоритъ: „Если бы въ руководство суду было дано положеніе: кто *добросовѣстно* пріобрѣлъ, хотя бы и не отъ собственника, тотъ пріобрѣтаетъ право собственности, тогда судья не имѣлъ бы никакихъ осязательныхъ признаковъ для распознаванія того, добросовѣстно или недобросовѣстно пріобрѣтена вещь. Въ этомъ отношеніи, статья Псковской Судной Грамоты даетъ вполне осязательный признакъ, при наличности коего пріобрѣтеніе должно считаться добросовѣстнымъ и влекущимъ право собственности, именно *купля на торгу* и доказанность этого признака свидѣтелями. Въ этомъ случаѣ свидѣтели не удостовѣряютъ, что *такой-то добросовѣстно пріобрѣлъ вещь* отъ собственника, а *просто утверждаютъ, что онъ купилъ ее на торгу*, гдѣ вообще люди пріобрѣтаютъ себѣ этого рода вещи. Этихъ обстоятельствъ считалось достаточно для признанія за пріобрѣтателемъ права собственности“¹⁾.

Это мнѣніе проф. *Дювернуа* принимаетъ также и г. *Елеонскій*²⁾. Въ пользу ограниченія виндикаціи высказывается и проф. *Шершеневичъ*³⁾.

Къ этому же взгляду склоняется, хотя и нерѣшительно, проф. *Сергеевичъ*⁴⁾.

За ограниченіе виндикаціи по Псковской Судной Грамотѣ высказываемся, какъ отмѣчено выше, и мы.

1) *Дювернуа*, Пособіе, часть особ., вып. 1, стр. 53.

2) *Елеонскій*, Журн. гр. и угол. права, 1893, кн. 1, стр. 35.

3) *Шершеневичъ*, Сист. торгов. дѣйствій, стр. 171.

4) *Сергеевичъ*, Лекціи, 1890, стр. 607. Именно, авторъ констатируетъ допущеніе виндикаціи по Русской Правдѣ, а затѣмъ, указавши на Псков. Судн. Грамоту, прибавляетъ: „гдѣ, кажется, иначе“.

Спрашивается теперь, при каких же именно условиях защищается добросовѣстное приобрѣтеніе по Псков. Судной Грамотѣ?

Прежде всего нужна покупка, двусторонняя сдѣлка, *contractus*; это требованіе приобрѣтенія „*per contractum*“ намъ уже знакомо: мы его видѣли въ Любекскомъ Статутѣ¹⁾. Такимъ образомъ по Псков. Грамотѣ необходимъ былъ *justus titulus*.

Нужна ли *bona fides* въ лицѣ приобрѣтателя? Въ общемъ надо отвѣтить утвердительно; необходимо только имѣть въ виду, что здѣсь дается не столько субъективный, сколько объективный признакъ добросовѣстности: для защиты отъ виндикаціи нужно, чтобы приобрѣтатель избѣгалъ покупокъ отъ неизвѣстныхъ ему лицъ; нужно, чтобы онъ отправлялся для этого на рынокъ, гдѣ всѣ вообще покупаютъ нужныя имъ вещи; эти мѣры предосторожности именно и обозначаютъ добросовѣстное отношеніе къ дѣлу. Кромѣ того, ст. 46 указываетъ повидимому и на субъективное настроеніе приобрѣтателя; тамъ говорится: „на торгу купилъ, а съ татемъ не подѣлился“. Значитъ, мало приобрѣсти вещь въ извѣстномъ мѣстѣ, надо еще и поступать при этомъ честнымъ образомъ.

Наконецъ, что касается теряющаго вещь собственника, то Псковск. Грамота не дѣлаетъ никакого различія между вещами вѣренными и украденными, а потому мы должны признать, что обѣ эти категоріи вещей совершенно одинаково подлежатъ приобрѣтенію, лишь бы это послѣднее совершалось на рынкѣ. Эту послѣднюю особенность мы также уже видѣли въ нѣкоторыхъ сборникахъ законовъ въ Германіи²⁾. Здѣсь сказывается чрезвычайное покровительство рыночной торговлѣ.

Въ заключеніе приведемъ еще двѣ статьи, — 47 и 54, — которыя дополняютъ сказанное выше. Изъ нихъ первая говоритъ:

¹⁾ См. выше, стр. 49.

²⁾ См. выше, стр. 40.

А кто что купилъ на чужей земли, или на городѣ, или найдетъ гдѣ, а кто поймается толко, ино тотъ судить какъ въ торгу.

Въ переводѣ проф. *Владимірскаго-Буданова* это значитъ: „Если кто купилъ вещь въ чужой землѣ, или городѣ, или нашелъ ее гдѣ-нибудь, а другой признаетъ ее своею, то дѣло рѣшается такъ же, какъ и при покупкѣ на торгу“¹⁾.

Въ послѣднихъ словахъ дѣлается ссылка на ст. 46 и 56; слѣдовательно, и въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ ст. 47-ой, также нужны доказательства законности приобрѣтенія, а иначе вещь возвращается собственнику; послѣднее всегда имѣло мѣсто, когда свидѣтели устанавливали фактъ не покупки, а находки, такъ какъ ст. 46 и 56 защищаютъ только первый способъ приобрѣтенія, но не второй²⁾.

Наконецъ, ст. 54 говоритъ слѣдующее:

А штобы и по суду, или оу креста поставить своего исца, оу кого купилъ, ино судъ съ тѣмъ челоукомъ, кто искалъ, кто снялъ, а тотъ прорука, кто изводъ поставилъ³⁾.

Въ этой статьѣ для насъ интересно собственно говоря одно лишь упоминаніе о „сводѣ“, который здѣсь называется „*изводомъ*“. Отсюда мы видимъ, что и Псковская Грамота, въ случаяхъ допущенія виндикаціи, пользовалась тѣмъ же самымъ общеславянскимъ способомъ осуществленія ея, съ которымъ мы уже познакомились выше.

Теперь намъ остается рассмотреть послѣдній періодъ въ исторіи русскаго права, — періодъ московскаго законодательства.

Сюда главнымъ образомъ относятся Судебники и Уложе-

¹⁾ *Владимірскаго-Буданова*, Христоматія, I, стр. 167, прим. 108.

²⁾ Ср. *Владимірскаго-Буданова*, Обзоръ, стр. 542.

³⁾ Переводъ даютъ *Владимірскаго-Буданова*, Христоматія, I, стр. 169, прим. 115 и *Энгельманъ*, Сист. изложеніе, стр. 30 сл.

ніе царя Алексѣя Михайловича. Но для полноты картины мы обратимъ, кромѣ того, вниманіе на уставныя грамоты, съ одной стороны, и на новоуказныя статьи, съ другой стороны, хотя ни тѣхъ, ни другихъ въ особые §§-ы выдѣлять и не будемъ.

§ 7. Судебники.

Среди всѣхъ русскихъ областей главенствующее положеніе занимаетъ въ концѣ концовъ Москва, которая затѣмъ и выполняетъ свою историческую миссію собиранія русской земли¹⁾.

Особое напряженіе силъ въ дѣлѣ государственнаго объединенія и отсутствіе живого торговаго оборота имѣли своимъ послѣдствіемъ то, что право частное здѣсь значительнаго развитія не получило²⁾.

Вообще при этомъ надобно отмѣтить, что право московское не представляетъ собою непосредственно дальнѣйшаго развитія началъ Русской Правды: между ними цѣлая пропасть, ничѣмъ не наполненная³⁾; и не Псковской Судной Грамотѣ суждено было послужить источникомъ для московскаго законодательства: тамъ не было подходящей для нея почвы⁴⁾; связующимъ звеномъ между древней южной Русью и новой сѣверной Москвой является Литовскій Статутъ⁵⁾, а питающимъ источникомъ опять послужила Византія⁶⁾.

¹⁾ *Шершеневичъ*, Курсъ, I, 2, стр. 371. *И. Бяллевъ*, Лекціи, стр. 467 сл.

²⁾ *Дювернуа*, Чтенія, I, стр. 210 сл.

³⁾ *Владимірскій-Будановъ*, Сборн. госуд. знаній, IV, стр. 21. Его же Обзоръ, стр. 217. *Шершеневичъ*, тамъ же, стр. 371. *Леонтовичъ*, Кіев. Унив. Изв., 1865, № 4, стр. 35.

⁴⁾ *Шершеневичъ*, тамъ же, стр. 369. Нѣсколько статей однако позаимствовано. — Тамъ же, стр. 373 сл.

⁵⁾ *Владимірскій-Будановъ*, Сборн. госуд. знаній, IV, стр. 21 сл. *Шершеневичъ*, тамъ же, стр. 369. *Квачевскій*, Журн. гр. и угол. пр., 1876, кн. 4, стр. 229.

⁶⁾ *Дювернуа*, Чтенія, I, стр. 211 сл. *Павловъ*, Книги законныя, стр. 37. *Неволинъ*, Полн. собр. соч., II, стр. 468. Это относится, какъ увидимъ ниже, главнымъ образомъ къ Уложенію ц. Ал. Мих.

Не сразу, конечно, удалось Москвѣ создать свой собственный общій кодексъ. Но уже и до этого Москва хотя-бы частично осуществляла свою законодательную дѣятельность между прочимъ въ видѣ такъ наз. *уставныхъ грамотъ намѣстничьяго управленія*. Эти грамоты имѣли своей цѣлью опредѣлить отношенія между намѣстниками и населеніемъ управляемыхъ ими областей, а именно, — населеніе ограждалось отъ излишнихъ поборовъ со стороны намѣстниковъ¹⁾. Изъ такого характера и значенія этихъ грамотъ уже достаточно видно, что въ нихъ нельзя искать какого-либо богатства частно-правовыхъ опредѣленій²⁾; тѣмъ не менѣе и эти грамоты довольно близко подходятъ къ нашему вопросу, хотя, правда, и не рѣшаютъ его съ достаточной полнотой и опредѣленностью; главнымъ же образомъ эти грамоты интересны для насъ потому, что онѣ послужили мотомъ однимъ изъ источниковъ перваго Судебника.

Важнѣйшей и древнѣйшей уставной грамотой этого рода является Грамота Двинская, относящаяся къ 1397 г.³⁾.

Здѣсь ст. 5 говорить:

А кто у кого что познаеть татебное, и онъ съ себя сведеть до десяти изводовъ, полны до чеклого татя; и отъ того намѣстникомъ и дворяномъ не взяти ничего; а татя впервые продати противу поличного...⁴⁾.

Такимъ образомъ когда собственникъ опознаеть у кого-либо свою у него украденную вещь, и владѣлецъ посредствомъ свода очистить себя отъ подозрѣнія въ кражѣ, то на такого (добросовѣстнаго) приобрѣтателя намѣстникъ не долженъ нала-

¹⁾ *Владимірскій-Будановъ*, Обзоръ, стр. 220 сл.

²⁾ Къ характеристикѣ этихъ грамотъ—*И. Бяллевъ*, Журн. Мин. Юст., 1899, № 9, стр. 140.

³⁾ *И. Бяллевъ*, Лекціи, стр. 339. *Tobien*, Die ält. Gerichts-Ordnungen, S. 24 ff.

⁴⁾ *Владимірскій-Будановъ*, Христоматія, I, стр. 142. *Залоскинъ*, Уст. Грамоты, стр. 54.

гать никакихъ взысканій, а съ вора на первый разъ взыскивается уголовный штрафъ пропорціонально цѣнности украденнаго. А что же дѣлается съ самой вещью? Двинская Грамота, ограничиваясь *уголовной* стороною дѣла, сама не даетъ опредѣленнаго отвѣта; но по всему ходу дѣла можно думать, что вещь возвращается потерпѣвшему собственнику¹⁾.

То же самое постановляетъ Бѣлозерская Грамота 1488 г. въ ст. 12²⁾ и цѣлый рядъ другихъ грамотъ³⁾.

Таковъ законодательный матеріалъ, предшествовавшій появленію перваго Судебника⁴⁾.

Первый Судебникъ, изданный въ 1497 г. въ цѣляхъ объединенія московскаго законодательства, содержитъ въ себѣ по преимуществу право процессуальное⁵⁾.

Къ нашему вопросу относится ст. 46:

А кто купить на торгу что ново; опроче лошади, а у кого купить не зная его, а будетъ людемъ добрымъ двѣма или тремъ вѣдомо, и поймаются у него, и тѣ люди добрые скажутъ по праву, что передъ ними купилъ въ торгу, ино тотъ правъ, у кого поимались, и цѣлованіа ему нѣтъ.

Переводъ проф. Соловьева: „Если кто купить на торгу что-нибудь новое, кромѣ лошади, не зная у кого купилъ, при

¹⁾ Такого мнѣнія г. *Елеонскій*, Журн. гр. и угол пр., 1893, кн. 1, стр. 33.

²⁾ *Владимірскій-Будановъ*, Христоматія, II, стр. 77 сл.

³⁾ *Залоскинъ*, Уст. грамоты, стр. 54.

⁴⁾ *Владимірскій-Будановъ*, Обзоръ, стр. 222. *Пажманъ*, Ист. кодификаціи, I, стр. 225.

⁵⁾ Вообще о первомъ Судебникѣ, кромѣ названныхъ трудовъ проф. *Владимірскаго-Буданова* и *Пажмана*, — *Залоскинъ*, Ист. права рус. народа, I, стр. 190. Его же Ист. права Москов. госуд., I, стр. 59 сл. *И. Бяляевъ*, Лекціи, стр. 515 сл. *Шершеневичъ*, Курсъ, I, 2, стр. 373 сл. *Неволинъ*, Полн. собр. соч., II, стр. 466 сл. *Соловьевъ*, Исторія, кн. 1, стр. 1561 сл. *Рождественскій*, Обзоръ, стр. 58 сл. Текстъ даетъ проф. *Владимірскій-Будановъ*, Христом., II, стр. 82 сл. По этому изданію мы и будемъ цитировать отдѣльныя статьи Судебника

двухъ или трехъ свидѣтелей, людяхъ добрыхъ, и если послѣдъ същется, что купленная вещь краденая, то купившій правъ, и присяги ему нѣтъ, когда свидѣтели скажутъ, что при нихъ купилъ; если же свидѣтелей не будетъ, то купившій долженъ идти къ присягѣ¹⁾.

Какъ видимъ, по внѣшней формѣ статья эта очень близко подходитъ къ ст. 56 Псковской Судной Грамоты; по внутреннему же содержанию своему она скорѣе воспроизводитъ разсмотрѣнные выше постановленія московскихъ уставныхъ грамотъ. Въ самомъ дѣлѣ, Судебникъ говоритъ: собственникъ находитъ у кого-нибудь свою украденную вещь; если владѣлецъ докажетъ, что приобрѣлъ вещь на рынкѣ, то онъ „*оправдывается*“, т.-е., — по нашему пониманію, — освобождается отъ обвиненія въ кражѣ. Такимъ образомъ передъ нами норма исключительно *уголовно-правовая*, какъ это нами отмѣчено и относительно уставныхъ грамотъ намѣстничьяго управленія: въ этомъ здѣсь сходство по существу.

Какова же судьба самой вещи? Какъ рѣшается *гражданско-правовая* сторона вопроса? Судебникъ молчитъ; онъ не говоритъ подобно Псковской Судной Грамотѣ объ отказѣ истцу въ искѣ: слова „а той не доискался“ пропущены; Судебникъ объ истцѣ не говоритъ, а все свое вниманіе обращаетъ только на отвѣтчика. А между тѣмъ для того, чтобы допустить измѣненіе въ правѣ собственности, нужно специальное указаніе закона; какъ мы видѣли на примѣрѣ западно-европейскихъ источниковъ, всѣ старыя законодательства говорили въ такихъ случаяхъ не о приобрѣтеніи собственности владѣльцемъ, а объ отказѣ въ искѣ потерпѣвшему собственнику; Судебникъ же именно сюда относящаяся слова Псков. Судн. Грамоты, — „а той не доискался“ — выпустилъ. Слѣдовательно, мы должны признать, что въ правѣ собственности никакихъ измѣненій не происходитъ, а это значитъ, что виндикація допускается *безъ ограниченій*²⁾.

¹⁾ *Соловьевъ*, Исторія, кн. 1, стр. 1563.

²⁾ Ср. *И. Бяляева*, Лекціи, стр. 522.

Къ этому же результату приводитъ и ст. 47 перваго Судебника:

А кто купитъ на чюжей земли что, а поймаются у него, и только у него свидѣтелей два, и два или три люди добрые скажутъ по праву, что передъ ними купилъ въ торгу, ино тотъ правъ, у кого поималися, и цѣлованіа ему нѣтъ, а не будетъ у него свидѣтелей, ино ему правда дати.

Это соотвѣтствуетъ ст. 47 Псков. Судн. Грамоты; но въ Судебникѣ опять рѣшается исключительно уголовно-правовой вопросъ.

Переходимъ къ Судебнику царскому 1550 г., который представляетъ собою главнымъ образомъ переработку перваго Судебника¹⁾.

Здѣсь мы находимъ ст. 93, которая говоритъ такъ:

А кто купитъ на торгу что поношено у носящего или съ лавки, и тому купити съ порукою съ рядовою; а кто купитъ безъ поруки, и тому тѣмъ быти и виновату²⁾.

¹⁾ Объ этомъ Судебникѣ — *Владимірскій-Будановъ*, Обзоръ, стр. 223 сл. *Залоскинъ*, Ист. пр. рус. народа, I, стр. 191. Его же Ист. пр. Моск. госуд., I, стр. 64 сл. *Шренневичъ*, Курсъ, I, 2, стр. 375 сл. *Пахманъ*, Ист. кодификаціи, I, стр. 224 сл. *И. Бяляевъ*, Лекціи, стр. 525 сл. *Неволинъ*, Полн. собр. соч., II, стр. 469 сл. *Соловьевъ*, Исторія, кн. 2, стр. 458 сл. *Калачовъ*, Юрич. записки, изд. Рѣдкимъ, II, стр. 306 сл. *Рождественскій*, Обзоръ, стр. 61 сл. Краткія указанія даютъ еще *Le Clerc*, Histoire, II, p. 292 s. *Ewers*, Geschichte, I, S. 292 ff. *Лвовъ*, Сынъ Отеч., 1814, № 33, стр. 10 сл., 18 сл. *Васильевъ*, Вѣстн. Европы, 1822, № 7, стр. 168 сл. *Коровецкій*, Сынъ Отеч., 1829, № 48, стр. 93. *Кайдановъ*. Начертаніе, стр. 114, 204. *Устряловъ*, Рус. ист., II, стр. 55 сл. Текстъ даетъ проф. *Владимірскій-Будановъ*, Христоматія, II. На нѣмецкомъ языкѣ см. Sammlung Russischer Geschichte, herausg. von *Ewers*.

²⁾ *Неволинъ*, Полн. собр. соч., V, стр. 44. Samml. Russ. Ge-

Проф. *Владимірскій-Будановъ* видитъ здѣсь сокращеніе ст. 46-ой перваго Судебника¹⁾; кромѣ того, онъ находитъ, что здѣсь „указываются средства процессуальной защиты отъ обвиненія въ кражѣ“²⁾. Это замѣчаніе мы принимаемъ цѣликомъ и считаемъ его единственно правильнымъ. Вообще надо сказать, что московское законодательство больше боролось съ преступленіями, чѣмъ рѣшало гражданскіе вопросы о правѣ собственности.

Тѣми же заботами о предупрежденіи кражъ и о лучшемъ разрѣшеніи возникающихъ при этомъ обвиненій объясняется и ст. 94 царскаго Судебника:

А кто купитъ лошадь на Москвѣ, или въ Московскомъ уѣздѣ, и тѣмъ тѣ лошади пятнати у пятенчиковъ на Москвѣ, да и въ книги написати по старинѣ; а пошлина пятенчикомъ имати по старинѣ жъ³⁾.

Эти формальности подобны тѣмъ, которыя мы видѣли въ Литовскомъ Статутѣ⁴⁾. Но только Судебникъ ихъ примѣненіе ограничиваетъ покупкой лошадей, — этихъ res mancipi русскаго крестьянина, наиболѣе удобно поддающихся индивидуализаціи. Подобное клейменіе движимостей мы видѣли и въ зап. Европѣ въ Leges Barbarorum⁵⁾.

Что же касается вопроса о правѣ собственности, то онъ и здѣсь остается въ сторонѣ: законодатель интересуется лишь полицейскими мѣрами предупрежденія и пресѣченія преступле-

schichte, herausg. von *Ewers*, S. 390. *Змирловъ*, Журн. гр. и угол. права, 1882, кн. 3, стр. 35.

¹⁾ *Владимірскій-Будановъ*, Христоматія, II, стр. 176, прим. 232.

²⁾ *Владимірскій-Будановъ*, Обзоръ, стр. 620.

³⁾ См. еще ст. 95 и 96. Ср. Samml. Russ. Geschichte, S. 390 f. *Татищевъ*, Продолженіе др. рос. вивлюэки, I, стр. 185 сл. *Рейцъ*, Опытъ, стр. 316. *И. Бяляевъ*, Лекціи, стр. 522.

⁴⁾ Въ Москвѣ ихъ соблюденіе было обязательнымъ до 1777 г. — *Неволинъ*, Полн. собр. соч., V, стр. 57.

⁵⁾ См. выше, стр. 77.

ній. А разъ законъ не переноситъ собственности съ одного лица на другое, то не вправѣ это дѣлать и мы. Другими словами, надо и здѣсь признать неограниченную виндикацію¹⁾. Косвеннымъ образомъ это положеніе подтверждается и приведенными законами о клейменіи лошадей: мѣтки облегчаютъ установленіе необходимаго для виндикаціи тождества вещи.

§ 8. Уложеніе царя Алексѣя Михайловича.

Наиболѣе полнымъ воплощеніемъ московскаго законодательства является Уложеніе царя Алексѣя Михайловича, изданное въ 1649 г.²⁾

Общій характеръ московской эпохи (см. начало § 7-го) отражается, конечно, и на Уложеніи. Тѣмъ же характеромъ отчасти объясняется и кругъ источниковъ, вошедшихъ въ Уложеніе³⁾. Такъ, среди нихъ нѣтъ Исковской Судной Грамоты.

¹⁾ Таково же общее заключеніе *Рейца*, Опытъ, стр. 301, 313 сл., *Змирлова* Журн. гр. и угол. пр., 1882, кн. 3, стр. 35, *Елвонскаго*, Журн. гр. и угол. пр., 1893, кн. 1, стр. 37.

²⁾ *Владимірскій-Будановъ*, Обзоръ, стр. 229. *Шершеневичъ*, Курсь, I, 2, стр. 379 сл. *Загоскинъ*, Ист. права рус. народа, I, стр. 192. Его же Ист. пр. Москов. госуд., I, стр. 74 сл. *Зерцаловъ*, Чтенія въ Общ. ист., 1887, кн. 3, стр. 1 сл. *Пагманъ*, Ист. кодиф., I, стр. 231 сл. *Есиповичъ*, Журн. Мин. Юст., 1859, кн. 1, стр. 1 сл., 21 сл., 30. *И. Блалевъ*, Лекціи, стр. 653 сл. *Неволинъ*, Полн. собр. соч., II, стр. 473 сл. *Латкинъ*, Зем. Соборы, стр. 212 сл. *Мейчикъ*, Сборн. Арх. Инст., стр. 83 сл., 116 сл. *Медовиковъ*, Ист. значеніе, стр. 162 сл. *Соловьевъ*, Исторія, кн. 2, стр. 1519, кн. 3, стр. 659. *Рождественскій*, Обзоръ, стр. 76 сл. *Строевъ*, Историко-юридич. изслѣдованіе, стр. 1 сл., 11 сл., 20 сл., 31 сл., 70 сл. Мелкія указанія даютъ еще *Устряловъ*, Рус. ист., II, стр. 202; *Коровецкій*, Сынь Отеч., 1829, № 48, стр. 93, *Васильевъ*, Вѣстникъ Европы, 1822, № 7, стр. 172 сл., *Львовъ*, Сынь Отеч., 1814, № 33, стр. 11 сл., № 46, стр. 17 сл., *Ewers*, Geschichte, S. 403 f. Цитировать Уложеніе будемъ по полному Собранію Законовъ, т. I.

³⁾ Вообще объ источникахъ Уложенія — указанные труды *Вла-*

димиірско-Буданова, Загоскина, Шершеневича. Кроме того, — *Забьлинъ*, Архивъ Калачова, I, стр. 13, *Верховскій*, Юридич. Вѣстн., 1889, Ноябрь, стр. 369 сл., 377 сл., *Сторожевъ*, Юрид. Вѣстн., 1889, Декабрь, стр. 663 сл. *Гр. Шмелевъ*, Журн. Мин. Нар. Пр., 1900, Окт., стр. 376 сл.

Зато обильнѣйшимъ источникомъ, кромѣ Судебниковъ и Указныхъ книгъ различныхъ приказовъ¹⁾, является Литовскій Статутъ, уже и раньше фактически примѣнявшійся въ административной и судебной практикѣ московскаго царства²⁾. Затѣмъ были заимствованія и изъ греко-римскихъ источниковъ, которые дѣйствовали на Руси еще со времени принятія христіанства³⁾. Наконецъ, было создано и нѣсколько новыхъ статей по ходатайству выборныхъ отъ населенія, которые принимали активное участіе въ обсужденіи новаго кодекса⁴⁾.

Этотъ кругъ источниковъ показываетъ, что въ Уложеніи было собрано все, что дѣйствовало на Руси и раньше и что соответствовало въ то же самое время общему характеру и задачамъ московскаго государства⁵⁾.

¹⁾ Объ этихъ книгахъ вообще — *Владимірскій-Будановъ*, Обзоръ, стр. 227 сл.

²⁾ *Владимірскій-Будановъ*, Сборн. госуд. знаній, IV, стр. 7 сл., 21 сл., 31 сл. *Гр. Шмелевъ*, тамъ же, стр. 379 сл. *Дювернуа*, Чтенія, I, стр. 209 сл. *Устряловъ*, Рус. исторія, II, стр. 111.

³⁾ *Гр. Шмелевъ*, тамъ же, стр. 383 сл. *Тиктинъ*, Визант. право, стр. 5, 18 сл., 21. *Гуляевъ*, Киев. Унив. Изв., 1894, № 11, стр. 6 сл. Это отрицалъ *Сперанскій*, Сообщеніе *Вьшкова*, Рус. Старина, 1876, Мартъ, стр. 595, но теперь это мнѣніе никѣмъ не раздѣляется.

⁴⁾ *Загоскинъ*, Уложеніе, стр. 12, 19, 25. *Владимірскій-Будановъ*, Киев. Унив. Изв., 1880, № 2, стр. 9 сл. *Дитятинъ*, Рус. Мысль, 1880, кн. 5, стр. 73, 85. *Платоновъ*, Журн. Мин. Нар. Пр., часть 226, 1883 г., стр. 13 сл. Проф. *Загоскинъ* замѣчаетъ: Москва не была носительницей одной только грубой силы; тамъ было и общеніе царя съ народомъ. — Тамъ же, стр. 27.

⁵⁾ Спорятъ о національномъ характерѣ Уложенія: господствующее мнѣніе считаетъ его національно-русскимъ кодексомъ, а проф. *Шершеневичъ*, Курсь, I, 2, стр. 390, и *Гр. Шмелевъ*, Журн. Мин. Нар. Пр., 1900, Окт., стр. 387, отрицаютъ это. Однако этотъ споръ не каса-

Именно этотъ Московю собранный кодексъ послужилъ затѣмъ основой и нынѣ въ Россіи дѣйствующаго права¹⁾.

Въ нашемъ специальномъ вопросѣ Уложеніе также обращаетъ главное вниманіе на *уголовную* сторону дѣла и при этомъ ни о какихъ ограниченіяхъ виндикаціи рѣчи нѣтъ. Но посмотримъ сначала на источникъ Уложенія по нашему вопросу, — на Уставную книгу разбойнаго приказа²⁾.

Здѣсь предписывается движимыя вещи, — кажется, только подержанныя³⁾, — покупать не иначе, какъ съ поручительствомъ въ принадлежности ихъ продавцу⁴⁾; во всякомъ же случаѣ вещи, добытыя преступленіемъ отбираются отъ приобретателя для возвращенія собственнику.

Объ этомъ говорятъ ст. 34 и 35.

Ст. 34: А на которыхъ людей, съ пытокъ, говорятъ языки въ продажѣ за разбойное или за татиное, и тѣхъ людей имать и, по язычной молкѣ, взять на нихъ въ исковы иски выть, а купленую рухледь взять назадъ у нихъ, да ихъ же дати на чистую поруку, что имъ впредь не воровать; а не будетъ поруки, и ихъ кинуть въ тюрьму, докуды по нихъ порука будетъ.

Ст. 35: А на которыхъ людей языкъ говорить, съ пытокъ, а скажетъ, что ему разбойную рухледь прѣдалъ зачисто, безъ поруки, и на томъ человекѣ взять выть, не купи безъ поруки;

ется самого состава и круга источниковъ; этотъ споръ объясняется различіемъ во взглядахъ на самое понятіе о національности кодекса.

¹⁾ Шершеневичъ, тамъ же, стр. 393. Гр. Шмелевъ, тамъ же, стр. 375.

²⁾ Объ этой книгѣ—Владимірскій-Будановъ, Обзоръ, стр. 228. Текстъ въ его же Христоматіи, III, стр. 43 сл. По этому изданію мы и будемъ ее цитировать.

³⁾ Владимірскій-Будановъ, Христоматія, III, стр. 56, прим. 43.

⁴⁾ Неволинъ, Полн. собр. соч., V, стр. 44 сл. Змирловъ, Журн. гр. и угол. пр., 1882, кн. 3, стр. 35.

а которымъ прѣдалъ за чисто, съ порукою, и на тѣхъ людехъ выти не имати.

Первая изъ этихъ статей послужила источникомъ ст. 64-ой главы XXI Уложенія. Въ Уложеніи къ куплѣ-продажѣ прибавлена еще и поклажа движимостей; въ общемъ статья составлена здѣсь гораздо пространнѣе; но зато въ ней нѣтъ той ясной фразы, которую мы видѣли въ Уст. книгѣ разб. приказа: „а купленую рухледь взять назадъ у нихъ“.

Ст. 35 Уст. книги разб. приказа буквально повторяется статьей 65-ой XXI главы Уложенія.

Наконецъ, въ той же XXI главѣ Уложенія есть еще ст. 75, которая говоритъ такъ:

А у кого поимается истецъ за разбойное поличное, за лошадь, или за что ни буди, а разбойниковъ въ лицахъ нѣтъ, и тотъ, у кого поймаются, учнетъ на кого въ роспросѣ говорить, что то поличное у него купилъ, или вымѣнилъ, а тотъ оговорной человекъ на очной ставкѣ запретса, скажетъ, что онъ того поличнаго ему не продаывалъ, а поличное куплено, а въ книги не записано, и купчія и поруки нѣтъ: и того, у кого поймаются за поличное, пытати. И будетъ съ того, у кого поличное скажетъ купилъ, съ пытки не сговорить: и по той язычной молкѣ и продавца пытати же. Да будетъ продавецъ съ пытки повинится, что ему то поличное прѣдалъ: и его пытатъ, у кого онъ то поличное взялъ и по сыску въ томъ дѣлѣ учинити указъ. А будетъ не повинится: и на немъ взять выть, и дати на чистую поруку, а искъ по челобитной править на томъ, у кого поймаются за поличное¹⁾.

¹⁾ Источникъ см. въ Христоматіи Владимірскаго - Буданова, вып. III, стр. 69 сл.

Здѣсь тоже нормы главнымъ образомъ *уголовнаго права*¹⁾. Но, за отсутствіемъ какихъ-либо другихъ нормъ, мы должны признать, что и здѣсь, по Уложенію, собственникъ могъ vindicировать свою движимость всюду, гдѣ бы онъ ее ни нашелъ²⁾.

Указанное выше требованіе поручительства повторяется и въ послѣдующихъ законодательныхъ актахъ послѣ Уложенія. Такъ, въ 1669 г. ст. 62-я „Новоуказныхъ статей о татевныхъ, разбойныхъ и убійственныхъ дѣлахъ“ повторяетъ дословно ст. 65-ю XXI-ой главы Уложенія³⁾. Затѣмъ въ 1691 г. то же самое подтверждено относительно покунки золотыхъ, сфимковъ, жемчуга и драгоценныхъ камней⁴⁾.

Итакъ, кромѣ Псковской Судной Грамоты, черезъ все нѣматники исторіи русскаго права неизмѣнно проходитъ принципъ неограниченной vindикаціи⁵⁾. Объясняется это, какъ намъ кажется, всей совокупностью указанныхъ выше условий, при которыхъ протекала русская жизнь. Особенно выдѣляются между этими условиями вліяніе Византіи и слабое развитіе торговли. О послѣдней проф. *Шершеневичъ* говоритъ: „Громадная равнина, жалкій климатъ, отсутствіе моря и береговой линіи, непроходимые лѣса и болота, затруднительные пути сообщенія, рѣдкое населеніе, отсутствіе твердыхъ границъ, удаленіе отъ цивилизованныхъ странъ, сосѣдство дикихъ племенъ — вотъ тѣ условія, при которыхъ она должна была развиваться“⁶⁾. Ко всему этому г. *Елеонскій* прибавляетъ „княжескія распри, монгольское иго, слабое развитіе торговаго класса, множество податей, лежавшихъ на этомъ классѣ, и наконецъ то, что сами государи являлись крупными торговцами,

1) Но между прочимъ говорится и о записи приобретаемыхъ вещей въ книги.

2) Определенно и въ общей формѣ это выражено только относительно *недвижимостей* въ ст. 35 гл. XVII Уложенія.

3) Полн. Собр. Зак., т. I, стр. 790, № 441, Генваря 22-го 1669 г.

4) Полн. Собр. Зак., т. III, № 1429, 30 Дек. 1691 г.

5) *Елеонскій*, Журн. гр. и угол. пр., 1893, кн. 1, стр. 37.

6) *Шершеневичъ*, Сист. торгов. дѣйствій, стр. 174.

съ которыми обыкновеннымъ было не подѣ силу бороться“. Затѣмъ онъ говоритъ: „Медленное устраненіе этихъ препятствій было причиной слабого развитія торговли и этимъ, можетъ быть, можно объяснить ту несовершенную редакцію, которую принялъ въ нашемъ законодательствѣ французскій принципъ vindикаціи движимыхъ вещей“¹⁾. Однако послѣднее мы разсмотримъ при изученіи нашего *дѣйствующаго права*.

§ 9. Приложение. — Сборникъ законовъ царя Вахтанга VI.

Окончивши историческій очеркъ *русскаго* законодательства, мы хотимъ еще обратить вниманіе на *грузинскій* сборникъ законовъ, дѣйствовавшій прежде на Кавказѣ, а теперь имѣющій также одинъ только историческій интересъ.

Сборникъ этотъ составленъ грузинскимъ царемъ Вахтангомъ VI въ самомъ началѣ XVIII в.²⁾

Въ этотъ сборникъ вошли не только законы собственно грузинскіе, но также и законы Моисеевы, законы греческіе (эти для насъ особенно интересны) и законы армянскіе³⁾.

Практическое дѣйствіе этого сборника продолжалось до 1859 г., когда послѣдовало Высочайшее повелѣніе замѣнить указанный сборникъ общими законами Имперіи и сохранить только нѣкоторыя изъятія, которыя и ввести въ общій сводъ законовъ російскихъ⁴⁾.

Въ законахъ самого царя Вахтанга мы находимъ слѣдующія постановленія. Ст. 156 говоритъ:

У кого бы вообще хозяинъ потерянной или покраденной вещи ни отыскалъ ее, настоящей

1) *Елеонскій*, Журн. гр. и угол. пр., 1893, кн. 1, стр. 38.

2) Свѣдѣнія объ этомъ сборникѣ даютъ проф. *Шершеневичъ*, Курсь, I, 2, стр. 446 сл., и *Френкель*, Сборникъ (подъ ред. *Бакрадзе*), Предисл. 1-е и 2-е.

3) Цитировать ихъ будемъ по изданію г. *Френкеля*.

4) *Шершеневичъ*, тамъ же.

владелец обязанъ возвратитъ ему безпрекословно оную, чрезъ поунку ли она имъ приобрѣтена, или иначе ему досталась.

Здѣсь пространно излагается извѣстное правило: *ubi rem meam invenio, ibi vindico*.

Ст. 161 того же отдѣла рекомендуетъ напередъ удостовѣряться въ томъ, принадлежитъ ли приобретаемая вещь продавцу.

Того же принципа абсолютной виндикаціи держатся и Законы Агбуги. Ст. 46 говоритъ:

Продажа потерянной вещи недѣйствительна безъ согласія хозяина. Въ такомъ случаѣ одну половину цѣны теряетъ поунщикъ, а другую продавецъ.

Къ этому ст. 56 прибавляетъ:

Никто не въ правѣ продавать чужое имѣніе, если хозяинъ онаго не состоитъ ему чѣмъ-нибудь должнымъ. Въ противномъ же случаѣ проданое слѣдуетъ возвратитъ хозяину по требованію его, а поунщику предоставить доискивать заплаченную цѣну съ продавца.

Совершенно иныхъ правилъ держатся законы греческіе, вошедшіе въ грузинскій сборникъ. Такъ, ст. 9 говоритъ:

Кто купитъ какое имущество, зная что оно не принадлежитъ продавцу, тотъ не можетъ владѣть онымъ; буде же сего не знаетъ, то покупка утверждается за нимъ, а настоящій хозяинъ имѣетъ право требовать удовлетворенія за собственность свою отъ продавца.

Здѣсь въ полной своей силѣ принципъ *Hand wahre Hand*. Здѣсь различается добросовѣстное и недобросовѣстное приобретение, и въ первомъ случаѣ приобретателю отдается предпочтеніе передъ собственникомъ. И это по греческимъ зако-

намъ! — Вотъ до чего можетъ дойти свобода въ передѣлкѣ чужихъ законовъ при ихъ рецепированіи!

Дополненіемъ къ ст. 9-ой служитъ ст. 12:

Кто купитъ какое-нибудь краденое имущество, тотъ долженъ объявить судѣ, у кого именно оно купилъ, а не отговариваться тѣмъ, что продавецъ ему неизвѣстенъ. Судья же обязанъ, отобравъ оно у поунщика, отдать хозяину, а поунщикъ можетъ требовать свои деньги у вора.

Это же исключеніе для вещей краденыхъ повторяютъ ст. 316 и 322 греческихъ законовъ.

Наконецъ, армянскіе законы ¹⁾ оиать разрѣшаютъ неограниченную виндикацію вещей *украденныхъ*. Ст. 244 *in fine* говоритъ:

Краденую же скотину можетъ онъ (т.е. поунщикъ) во всякое время отдать обратно продавцу; а если откроется прежній ея хозяинъ и потребуетъ оную, то ему обязанъ возвратитъ, а заплаченныя за нее деньги доискивать съ продавца.

Для вещей *вспрениныхъ* никакихъ особыхъ опредѣленій не дается.

Таковы противорѣчивыя по нашему вопросу положенія Сборника, который дѣйствовалъ у насъ на Кавказѣ.

В. Часть догматическая.

Какъ отмѣчено и выше, здѣсь мы рассмотримъ не только собственно *русское* право, но также и другія законодательства, которыя дѣйствуютъ въ предѣлахъ Россійской Имперіи. Та-

¹⁾ Объ армянскомъ правѣ см. еще *Алексыева*, Чтенія въ Общ. ист. и древн., 1870, кн. 2, стр. 1 сл.

ковъ французскій Кодексъ Наполеона, дѣйствующій въ Царствѣ Польскомъ; таковъ же римско-германскій „Сводъ гражданскихъ узаконеній губерній прибалтійскихъ“; таковы, наконецъ, и мѣстные законы Бессарабіи, составленные изъ греко-римскихъ источниковъ Арменопуломъ, Доничемъ и др.¹⁾

§ 1. Русское дѣйствующее право.

Сюда относится главнымъ образомъ 1-ая часть X тома Свода Законовъ, специально посвященная гражданскому праву²⁾.

Мы не будемъ подробно останавливаться на исторіи составленія Свода Законовъ, на его общей характеристикѣ и значеніи, такъ какъ предполагаемъ, что этотъ законодательный сборникъ въ общемъ достаточно извѣстенъ каждому юристу. Къ тому же подробныя свѣдѣнія о немъ легко найти въ новомъ Курсѣ проф. Шершеневича; тамъ же указана и литература вопроса³⁾.

Специально о 1-ой части X тома скажемъ только, что она, какъ и весь Сводъ, въ главной своей массѣ не представляетъ изъ себя ничего больше, какъ простой лишь *итогъ* всему предшествовавшему русскому законодательству, начиная съ Уложенія царя Алексѣя Михайловича. Въ жизни же Россіи даже и ко времени составленія Свода ничего не произошло такого, что могло бы дать особенный толчокъ развитію торговыхъ мѣновыхъ сдѣлокъ съ движимостями; законодатель больше интересовался *не-движимостями*. А такъ какъ слабо развивался оборотъ, то слабо развивались и нормы, къ нему относящіяся. Отсюда прежде всего — *бѣдность* постановленій въ 1 ч. X т.

¹⁾ Шведскаго уложенія, дѣйствующаго въ Финляндіи, мы не касаемся.

²⁾ Но вообще нормы гражданского права разбѣяны — и даже въ большомъ количествѣ — по многимъ томамъ Свода Законовъ.

³⁾ Шершеневичъ, Курсъ, I, 2, стр. 417 сл., 437 сл.

вообще по договорному праву, не смотря на значительные размѣры этого сборника.

Что же касается затѣмъ постановленій специально по вопросу о виндикаціи, то и здѣсь приходится отмѣтить ту же самую бѣдность и именно — бѣдность въ такихъ нормахъ, которыя бы ясно и опредѣленно рѣшали нашъ вопросъ съ точки зрѣнія *гражданскаго* права. Это объясняется указаннымъ характеромъ нашего Свода, явившагося суммой прежнихъ слагаемыхъ, а прежде, какъ мы уже видѣли, на первомъ планѣ стояла *уголовно-правовая* сторона дѣла. Такимъ образомъ „сводить“ для гражданского права было почти нечего. Но и то, что все-таки „сведено“, возбуждаетъ сомнѣнія или своей редакціей и содержаниемъ, или же своимъ мѣстомъ въ системѣ. Поэтому для рѣшенія нашего вопроса приходится привлекать довольно значительный матеріалъ, — историческій и догматическій, — въ которомъ имѣются какія-либо указанія на допустимость или недопустимость виндикаціи.

Отсюда — спорность нашего вопроса въ литературѣ и колебанія въ судебной практикѣ. Въ литературѣ почти всеъ высказываются у насъ за виндикацію, какъ за общее правило, хотя и здѣсь нѣтъ единодушія. Сенатъ же, близко чувствующій въ своей кассационной дѣятельности пульсъ торговой жизни, уже неоднократно вливалъ новое вино въ старые мѣхи нашихъ законовъ, давно уже отставшихъ отъ быстро растущаго оборота, но и здѣсь у Сената не оказалось ни устойчивости, ни твердой послѣдовательности¹⁾. Это такъ по главному вопросу. Не менѣе спорными являются и частные вопросы о примѣненіи и объ ограниченіи виндикаціоннаго принципа въ отдѣльных случаяхъ²⁾.

¹⁾ Змирловъ, Журн. гр. и угол. пр., 1882, кн. 4, стр. 29; 1883, кн. 7, стр. 104.

²⁾ Г. Анненковъ, обозрѣвши всю литературу по нашему вопросу, справедливо замѣчаетъ: „правила нашего закона объ этомъ средствѣ защиты права собственности у насъ (т.-е. о виндикаціи) представляются далеко еще не вполне выясненными“. — Система, II, стр. 314.

Все это побуждает насъ подробно пересмотрѣть всѣ основанія, приводимыя за и противъ виндикаціоннаго принципа, чтобы съ возможной полнотою и убѣдительною выяснить истинный смыслъ нашего закона по этому важному въ теоретическомъ и практическомъ отношеніи вопросу.

Замѣтимъ при этомъ, что, кромѣ 1-ой части X т., нашему разсмотрѣнію подлежатъ еще Уставъ гражданскаго судопроизводства, Уставъ уголовнаго судопроизводства, Уставъ судопроизводства торговаго, Уставъ Кредитный и нѣкоторыя другія узаконенія.

Послѣ этихъ предварительныхъ замѣчаній мы и приступимъ теперь къ разсмотрѣнію указаннаго законодательнаго матеріала.

Прежде всего мы обратимся къ ст. 534 1 ч. X т., которая на первый взглядъ напоминаетъ французскій принципъ „En fait de meubles la possession vaut titre“. Статья эта говоритъ:

Движимыя вещи почитаются собственностью того, кто ими владѣетъ, доколѣ противное не будетъ доказано.

Мысль о защитѣ у насъ добросовѣстнаго владѣнія, за исключеніемъ вещей добытыхъ преступленіемъ, была высказана у насъ еще въ 1860 г. г. *Пестржецкимъ*¹⁾. Затѣмъ въ 80-хъ годахъ истолковалъ приведенную ст. 534 въ смыслѣ французскаго принципа „En fait de meubles...“ г. *Анненковъ*, который, впрочемъ, теперь уже отказался отъ этого мнѣнія²⁾.

Наиболѣе же обстоятельнымъ защитникомъ указаннаго толкованія ст. 534 явился у насъ въ 1878 г. г. *Люстихъ*, который разсуждалъ такъ³⁾. Взаимное отношеніе между владѣніемъ и собственностью состоитъ въ томъ, что владѣніе всегда предполагаетъ собственность: относительно движимостей они

1) *Пестржецкій*, Журн. Мин. Юст., 1860, кн. 1, стр. 57 сл., 63.

2) *Анненковъ*, Опытъ комментарія къ Уставу гражданскаго судопроизводства, т. I, СПб., 1887, стр. 69.

3) *Люстихъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1878, кн. 3, стр. 19 сл., 24.

какъ-бы сливаются между собою; ст. 513—533 1 ч. X т. не противорѣчатъ этой теоріи, такъ какъ онѣ относятся къ *не-движимостямъ*¹⁾. Что касается затѣмъ защиты владѣнія, то она, вообще говоря, особенно важна тогда, когда право собственности на движимыя вещи передается безъ всякихъ формальностей, и когда торговый оборотъ принимаетъ значительные размѣры; по нашему праву здѣсь именно и нѣтъ никакихъ формальностей: „движимыя имущества могутъ быть приобретаемы, законными способами, безъ всякихъ письменныхъ актовъ, по однимъ словеснымъ договорамъ и соглашеніямъ“²⁾, и „передача отъ продавца покупщику проданнаго движимаго имущества совершается дѣйствительнымъ врученіемъ покупщику самого сего имущества, или поступленіемъ онаго въ его распоряженіе“³⁾. При такихъ условіяхъ доказывать право собственности только и можно ссылкой на владѣніе; всякое другое доказываніе или затруднительно, или не возможно. Это и выражаетъ ст. 534 1 ч. X т. Ея источникомъ является Уставъ о банкротствѣ 1800 г. По ст. 49 этого Устава, всякое имущество, которое находится у банкрота, и которымъ онъ владѣетъ отъ собственнаго имени, признается его собственностью, а по ст. 46 и 47 того же Устава, имуществомъ банкрота не считается заложенное и отданное ему на храненіе, а также имущество малолѣтнихъ. Отсюда видно, что право собственности доказывается именно владѣніемъ, кромѣ только тѣхъ случаевъ, когда кто владѣетъ не въ видѣ собственности, а отъ имени другого; ограниченіе „доколѣ противное не будетъ доказано“ относится именно къ такой *detentio*. Въ концѣ-концовъ г. *Люстихъ* въ ст. 534 видитъ не процессуальное правило, а *материально-правовую* норму, воспроизводящую у насъ art. 2279 Кодекса Наполеона.

Однако господствующее мнѣніе не раздѣляетъ теперь

1) Это послѣднее утверждаетъ и проф. *Цитовичъ*, Очеркъ основныхъ понятій торговаго права, Кіевъ, 1886, стр. 139, пр. 486.

2) Ст. 711 1 ч. X т.

3) Ст. 1510 1 ч. X т.

приведенныхъ соображеній г. Люстиха; не раздѣляемъ ихъ и мы.

Прежде всего очень спорнымъ, а потому и сомнительнымъ, является вопросъ о примѣнимости къ нашему праву теоріи *Теринга*, который смотрѣлъ на владѣніе, какъ на параллель и форпостъ права собственности; изъ нашихъ цивилистовъ очень многіе отвергаютъ это ¹⁾, и отвергаютъ правильно именно въ виду ст. 513—533 1 ч. X т., которыя по своему положенію въ системѣ имѣютъ совершенно *общій* характеръ, а потому относятся *и къ движимостямъ* ²⁾ и, слѣдовательно, теоріи г. Люстиха противорѣчатъ.

Затѣмъ, что касается ст. 534 и ея источниковъ, то въ нихъ также нѣтъ никакой поддержки для теоріи г. Люстиха. Въ самомъ дѣлѣ, по ст. 46 части 1-ой Устава о банкротствѣ, *все вѣренное и заложенное* банкроту имущество, какъ отмѣчаетъ и самъ г. Люстихъ, *возвращается хозяевамъ* его „по добросовѣстнымъ доказательствамъ“ ³⁾. То же самое ст. 47 повторяетъ объ имуществѣ малолѣтнихъ. Здѣсь полное отрицаніе какой-либо рѣшающей роли владѣнія. Но ст. 49 того же Устава на первый взглядъ, пожалуй, можетъ возбудить нѣкоторыя сомнѣнія; она говоритъ:

Хозяевамъ имѣющихся у банкрота и посланныхъ къ нему по комиссіи товаровъ для продажи или мѣны требованіе имѣть въ конкурсѣ равно съ прочими кредиторами; словомъ, всѣ вещи, имѣнія, товары и деньги, находящіяся въ рукахъ банкрота и подъ его именемъ, за собственные его признаваемы быть должны ⁴⁾.

¹⁾ Подробности см. въ нашей книгѣ „Переходъ права собственности“, стр. 322 сл.

²⁾ Журн. гр. и угол. пр., 1878, кн. 3, стр. 39.

³⁾ Такъ это и по § 62-му Устава о торговой несостоятельности 1832 г.—II-е Полн. Собр. Зак., т. VII, № 5463. Такъ же это и теперь: ст. 559 Устава судопр. торгового, Сводъ Зак., т. XI, ч. 2, изд. 1887 г.

⁴⁾ I-е Полн. Собр. Зак., т. XXVI, № 19692. То же самое повто-

Первая половина этой статьи дѣйствительно вводитъ исключеніе изъ ст. 46: тогда какъ вообще вѣренныя вещи подлежатъ отобранию отъ банкрота, здѣсь, — при договорѣ комиссіи, — собственникъ лишается этого права ¹⁾. Однако все это не имѣетъ ровно никакого отношенія къ тому вопросу, который насъ интересуетъ. А именно, насъ интересуетъ юридическое положеніе *третьихъ* лицъ, вступающихъ во владѣніе чужимъ имуществомъ, а ст. 49 регулируетъ отношенія непосредственно между самими *контрагентами*. Выводить отсюда правило о защитѣ владѣльцевъ отъ притязаній собственниковъ, само собой разумѣется, нельзя. Какъ мы видѣли, и ст. 2279 Кодекса Наполеона также имѣетъ въ виду только *третьихъ* лицъ, а отношенія между непосредственными контрагентами оставляетъ въ сторонѣ ²⁾. Да иначе, собственно говоря, и быть не можетъ. Если же ст. 49 тѣмъ не менѣе низводитъ собственниковъ-коммиттентовъ на степень обыкновенныхъ личныхъ кредиторовъ, то очевидно, что статья эта является совершенно *исключительной*. И въ самомъ дѣлѣ, помѣщена она въ Уставѣ о *банкротствѣ*; охрану даетъ она совсѣмъ *не владѣльцамъ* чужого имущества, а *кредиторамъ* этихъ владѣльцевъ, да и то лишь въ случаѣ банкротства этихъ послѣднихъ.

Изъ всего этого вытекаетъ, что разсмотрѣнная статья отнюдь не подлежитъ распространенію на случаи *нормального* торгового оборота, и что она не имѣетъ ровно никакого отношенія къ вопросу о владѣльцахъ, когда они являются *третьими* лицами.

Но все это относится пока лишь къ первой половинѣ ст. 49. Теперь обратимся ко второй ея половинѣ. Здѣсь предъ

рываетъ § 69 Устава о торгов. несостоятельности 1832 г. То же говоритъ и ст. 566 дѣйствующаго Устава судопр. торгового. *Шершеневичъ*, Ученіе о несостоятельности, Казань, 1890, стр. 326. Но здѣсь надо различать: см. § 72 перваго Устава и ст. 569 втораго Устава.

¹⁾ Однако проф. *Шершеневичъ* утверждаетъ обратное. — Назв. соч., стр. 66.

²⁾ См. выше, стр. 124, 142.

нами очень широкое обобщение: все, чѣмъ банкротъ владѣть *sunt animo domini*, считается его собственностью. Ни о какой добросовѣстности рѣчи нѣтъ. Значитъ ли это, что все пріобрѣтенія банкрота, совершенныя хотя-бы и *malā fide*, приносятъ ему право собственности? Очевидно, въ такой буквальной и безграничной широтѣ понимать это правило нельзя. Здѣсь опять надо имѣть въ виду мѣсто и назначеніе разсматриваемой статьи. Она совсѣмъ не устанавливаетъ новаго способа пріобрѣтенія права собственности и не указываетъ новыхъ случаевъ защиты отъ виндикаціи. Эта статья, повторяемъ, имѣетъ въ виду не владѣльцевъ, а *кредиторовъ* этихъ послѣднихъ. И смыслъ этой статьи въ ея связи съ другими таковъ: все, что банкроту ввѣрено или заложено, не подлежитъ обращенію въ конкурсную массу (ст. 46 и 47; исключеніе — 1-я половина ст. 49), такъ какъ не могутъ же кредиторы обращать на удовлетвореніе своихъ претензій имущество завѣдомо чужое; но зато все, что банкротъ выдаетъ за *собственное* имущество, должно идти въ конкурсную массу, а уже дѣло собственниковъ предъявлять и доказывать свои права на тѣ или другія вещи; объ этомъ послѣднемъ говорятъ ст. 46 и 47 того же Устава, а потому особое упоминаніе о томъ же въ ст. 49 было бы даже лишнимъ.

Такъ же мало помогаетъ теоріи г. *Люстиха* и § 61 Устава о торгов. несостоятельности 1832 г., который также значится въ числѣ источниковъ ст. 534 1 ч. X т., но на который самъ г. *Люстихъ*, впрочемъ, не ссылается. Этотъ § говоритъ:

Все другое имущество, кромѣ означеннаго въ § 59 ¹⁾, какъ недвижимое, такъ и движимое, найденное въ домѣ несостоятельнаго, исключая бѣлья и платья, служащаго для употребленія

¹⁾ § 59 говоритъ: „Если жена и неотдѣленные дѣти несостоятельнаго не участвовали въ торгахъ его, то собственное ихъ имѣніе не поступаетъ въ составъ массы“. Затѣмъ опредѣляется, какое именно имущество считается принадлежащимъ женѣ, и какое—дѣтямъ.

жены и дѣтей, считается принадлежащимъ мужу, яко имъ нажитое ¹⁾.

Здѣсь разрѣшается и регулируется коллизія между интересами кредиторовъ несостоятельнаго и интересами его жены и дѣтей, а совсѣмъ не опредѣляется положеніе третьихъ лицъ, владѣльцевъ чужого имущества.

Итакъ, въ исторіи нашей рѣшительно нѣтъ материала для обоснованія у насъ принципа „*En fait de meubles la possession vaut titre*“; не взяли на себя инициативы въ этомъ направленіи и редакторы Свода Законовъ: формулированная ими 534 статья 1 ч. X т., благодаря допущенію доказыванія противнаго, имѣетъ не матеріальное, а лишь *процессуальное* значеніе ²⁾.

Наконецъ, что касается послѣдняго аргумента г. *Люстиха*, трудности, а иногда даже и невозможности доказыванія со стороны собственника своихъ правъ на данную вещь въ виду быстроты оборота и неформального заключенія сдѣлокъ, то здѣсь мы выставляемъ два возраженія. Во 1-хъ, о *трудности* доказыванія умѣстно говорить только тогда, когда рѣчь идетъ *de lege ferenda*, а не *de lege lata*. Во 2-хъ, упоминаніе о *невозможности* доказыванія ничего новаго и полезнаго не даетъ, такъ какъ здѣсь предъ нами—*естественное* ограниченіе виндикаціи, совершенно одинаково присущее всѣмъ законодательствамъ независимо отъ того, какой принципъ они въ этомъ отношеніи проводятъ, римскій или германскій; это ограниченіе, какъ извѣстно, вытекаетъ изъ требованія доказательствъ тождества вещи для ея виндицированія; разъ такое доказательство не осуществимо (напр., относительно денегъ и т. п.), то виндикація падаетъ *сама собою*; такъ, кстати сказать, она падала даже и по римскому праву, хотя принципъ виндикаціи тамъ стоялъ непоколебимо твердо. Нашъ вопросъ касается совсѣмъ не этихъ случаевъ невозможности доказыванія, а какъ-разъ на-

¹⁾ II-е Полн. Собр. Зак., т. VII, № 5463.

²⁾ *Васюновскій*, Журн. Мин. Юст., 1895, № 1, стр. 72. *Окст*, Журн. гр. и угол. пр., 1874, кн. 3, стр. 4 сл.

оборотъ, — именно тѣхъ случаевъ, когда представленіе нужныхъ доказательствъ вполне возможно. И вотъ здѣсь-то и называется все громадное различіе между ст. 354 1 ч. X т. и ст. 2279 Кодекса Наполеона: по этой послѣдней собственникъ можетъ привести сколько угодно самыхъ неопровержимыхъ доказательствъ и тождества вещи, и своего права собственности на нее, — все равно вещь будетъ оставлена у владѣльца, а по первой вещь оставляется у владѣльца только тогда и только до тѣхъ поръ, пока собственникъ не хочетъ или не можетъ доказать свое право собственности. — Таковъ неизбѣжный выводъ изъ сдѣланной къ ст. 534 прибавки: „доколѣ противное не будетъ доказано“. А игнорировать эту прибавку нельзя: если бы она не имѣла значенія, то она не была бы и сдѣлана.

Итакъ, въ окончательномъ итогѣ, ст. 534, по нашему мнѣнію, не вводитъ у насъ правила „En fait de meubles la possession vaut titre“¹⁾; даже наоборотъ, она второй своей частью *отвергаетъ* его, ибо даетъ собственнику *право* виндицировать свое имущество изъ чужого владѣнія²⁾.

Въ такомъ же отрицательномъ смыслѣ понимала ст. 534 и наша болѣе ранняя кассационная практика Сената. Такъ, въ рѣшеніи Гражданскаго Кассац. Департамента за 1872 г. № 448 говорится: „Статья 534 т. X ч. 1 Зак. Гр., какъ видно и изъ самаго содержанія ея, не признаетъ одно владѣніе движимымъ имуществомъ безусловнымъ и безспорнымъ основаніемъ права собственности на оное, но допускаетъ только законное предположеніе о такомъ правѣ и не лишаетъ возможности доказывать противное, т.-е. неимѣніе владѣльцемъ движимаго имущества правъ собственности на оное“. На такой же точкѣ зрѣнія стояли и рѣшенія 1873 г. № 1583 и 1876 г. № 431.

Но затѣмъ въ 1880 г. въ рѣшеніи № 291 Гражданскій Кас-

¹⁾ Шершеневичъ, Учебникъ рус. гр. права, стр. 222. Удинцевъ, Кіев. Унив. Изв., 1900, № 4, стр. 184. Щеловитовъ, Журн. гр. и угол. пр., 1890, кн. 2, стр. 34. Загоровскій, Юридич. Вѣстникъ, 1890, № 7 и 8, стр. 291.

²⁾ Елеонскій, Журн. гр. и угол. пр., 1893, кн. 1, стр. 39.

сационный Департаментъ Сената (по поводу ст. 609 1 ч. X т.) уже вполне опредѣленно становится на сторону добросовѣстныхъ приобретателей чужого имущества. Въ рѣшеніи № 302 за тотъ же годъ содержаніе ст. 534 передается *безъ* ея заключительной прибавки. Рѣшеніе № 303 за тотъ же самый годъ опять проводитъ защиту третьихъ лицъ, добросовѣстныхъ владѣльцевъ.

Однако въ 1885 г. опять начинается обратное теченіе. Въ рѣшеніи № 27 высказывается совершенно, по нашему мнѣнію, правильная мысль, что ст. 534 1 ч. X т. даетъ собственнику *право* отыскивать свое имущество у всякаго посторонняго лица. За принципъ виндикаціи высказывается Сенатъ въ рѣшеніи № 34 за 1887 г. и въ рѣшеніи № 55 за 1894 г. Однако см. опять рѣшеніе Общаго Собранія Сената 1896 г. № 31.

Но рассмотримъ и другія статьи 1 ч. X т. по нашему вопросу.

Здѣсь прежде всего предъ нами ст. 609:

Всякій, владѣвшій незаконно чужимъ имуществомъ, не смотря на то, добросовѣстное или недобросовѣстное было сіе владѣніе, обязанъ, по окончательному рѣшенію суда, немедленно возвратить имущество настоящему хозяину онаго и вознаградить его за неправо владѣніе, на основаніи правилъ, постановленныхъ въ нижеслѣдующихъ статьяхъ.

Сюда же примыкаетъ и ст. 691 1 ч. X т.:

Каждый имѣетъ право отыскивать свое имущество изъ чужого неправильнаго владѣнія судомъ.

Хотя ст. 609 и находится подъ несоотвѣтствующей рубрикой „о вознагражденіи“, тѣмъ не менѣе господствующее въ нашей цивилистикѣ мнѣніе именно здѣсь видитъ основное правило по нашему вопросу и понимаетъ это правило въ смыслѣ санк-

ции неограниченной виндикации и при томъ—не только для недвижимостей, но, въ виду ст. 640 1 ч. X т., и для движимостей ¹⁾.

Кассационная практика Сената, какъ мы уже видѣли, колеблется. Такъ, въ отмѣченномъ уже нами рѣшеніи № 291 за 1880 г. говорится слѣдующее: „609 ст. т. X ч. 1, по которой всякій, владѣющій чужимъ имуществомъ незаконно, добросовѣстно или недобросовѣстно, обязанъ, по окончательному рѣшенію суда, возвратить имущество настоящему собственнику онаго, не примѣняется къ тому случаю, когда движимое имущество, поступившее въ постороннее владѣніе не вслѣдствіе кражи или иного преступленія, будетъ, противъ воли собственника, продано лицу, купившему это имущество добросовѣстно, т. е. не зная, что продавецъ владѣлъ имуществомъ не по праву собственности и не былъ вправе его продать”.

Въ 1887 г. въ рѣшеніи № 34, правда, относительно *недвижимостей*, Сенатъ, въ виду ст. 420, 609 и 691 1 ч. X т. говоритъ уже діаметрально противоположное: „Приобрѣтшій имущество отъ лица, которому таковое не принадлежало, не признается, по нашимъ законамъ, собственникомъ, а является неправильнымъ владѣльцемъ имущества, владѣющимъ вопреки закона и съ нарушеніемъ законно принадлежащаго другому лицу права на владѣніе этимъ имуществомъ”.

Въ 1894 г. въ рѣшеніи № 55 уже и относительно движимостей Сенатъ вполне признаетъ „право собственника движимаго имущества, отданнаго во временное пользованіе, требовать возвращенія его по принадлежности и уплаты условленныхъ денегъ, а такъ какъ предметъ пользованія оказался въ рукахъ

¹⁾ Анненковъ, Система, II, стр. 315. Побѣдоносцевъ, Курсъ, I, стр. 156. Васильевскій, Учебникъ, II, стр. 159. Шершеневичъ, Курсъ торг. пр., стр. 391. Загоревскій, Юридич. Вѣстн., 1890, № 7 и 8, стр. 293. Елеонскій, Журн. гр. и угол. пр., 1893, кн. 1, стр. 38 сл. Щелловитовъ, Журн. гр. и угол. пр., 1890, кн. 2, стр. 33 сл. Лыкошинъ, Журн. гр. и угол. пр., 1888, кн. 4, стр. 60 сл. Оксъ, Журн. гр. и угол. пр., 1874, кн. 3, стр. 1 сл. См. и Юридич. Вѣстн., 1872, кн. 4, стр. 29. Но ср. Боровиковскаго, Отчетъ, II, стр. 144.

третьяго лица, то и истребованіе его отъ этого лица составляетъ ничто иное, какъ осуществленіе указаннаго права”.

Но затѣмъ см. опять-таки упомянутое нами выше рѣшеніе Общаго Собранія Сената 1896 г. № 31.

На указанной точкѣ зрѣнія абсолютности виндикации, въ видѣ общаго правила, стоимъ и мы, считаемъ только нужнымъ отмѣтить здѣсь же, что общая форма этихъ статей сама по себѣ отнюдь еще не исключаетъ возможности цѣлаго ряда случаевъ защиты именно *владѣльцевъ* противъ притязаній со стороны собственниковъ; нужно только, чтобы самъ законъ указалъ и опредѣлилъ эти случаи ¹⁾; а разъ они указаны, то владѣніе въ этихъ случаяхъ окажется *законнымъ и правильнымъ*, самое же имущество будетъ для владѣльца не чужимъ, а своимъ, а потому и ст. 609 и 691 будутъ служить уже не прежнему собственнику, а теперешнему владѣльцу (въ случаѣ утраты владѣнія), потому что послѣдній самъ сдѣлается собственникомъ.

Такимъ образомъ ст. 609 и 691 сами по себѣ имѣютъ чисто формальное значеніе, подобно правилу *ubi rem meam invenio, ibi vindico* ²⁾. Какъ въ этой послѣдней формулѣ все зависитъ отъ того, есть ли вещь *mea*, или же она перестала быть *mea*, такъ и для установленія матеріальнаго, конкретнаго содержанія ст. 609 и 691 необходимо выяснитъ понятія законнаго и незаконнаго владѣнія. А когда мы затѣмъ рѣшимъ и дальнѣйшій вопросъ: существуютъ ли, - и въ какомъ объемѣ, — *извѣтій* изъ этихъ общихъ положеній о защитѣ права собственности, то у насъ получится тогда уже полная картина по вопросу о виндикации движимостей или о приобрѣтеніи движимостей отъ лицъ, не имѣющихъ права на ихъ отчужденіе.

Итакъ, обращаемся къ вопросу о владѣніи. По ст. 523 1 ч. X т.,

Владѣніе можетъ быть законное или незаконное, добросовѣстное или недобросовѣстное.

¹⁾ Оксъ, Журн. гр. и угол. пр., 1874, кн. 3, стр. 5.

²⁾ Лустигъ, Журн. гр. и угол. пр., 1878, кн. 3, стр. 30.

Изъ всѣхъ этихъ видовъ владѣнія насъ интересуетъ, какъ сказано выше, главнымъ образомъ понятіе о владѣніи незаконномъ. Добросовѣстность же сама по себѣ, въ виду ст. 609, для насъ безразлична (она имѣетъ значеніе въ другомъ отношеніи, которыми мы теперь не занимаемся).

Къ вопросу о законности и незаконности владѣнія относится ст. 524 1 ч. X т.:

Владѣніе признается законнымъ, когда имущество приобрѣтено способами, въ законахъ дозволенными.

Итакъ, владѣніе оказывается незаконнымъ прежде всего тогда, когда оно приобрѣтается незаконнымъ способомъ, все равно, будетъ ли это незаконность уголовная, или же только гражданская: законъ не различаетъ. И конечно, всякое неправомѣрное приобрѣтеніе по иску заинтересованной потерпѣвшей стороны можетъ быть разрушено. Это ясно и безспорно.

Но вотъ, является вопросъ: будетъ ли законно *всякое* владѣніе, которое приобрѣтено способомъ *законнымъ*?

Буквальный смыслъ приведенной статьи побуждаетъ дать утвердительный отвѣтъ. Однако господствующее мнѣніе отвѣчаетъ отрицательно.

Для рѣшенія этого вопроса имѣется слѣдующій матеріалъ. Ст. 525 1 ч. X т. говоритъ:

Владѣніе незаконное можетъ быть подложное, насильственное или самовольное.

Дальше идетъ разъясненіе всѣхъ этихъ трехъ видовъ незаконнаго владѣнія.

По ст. 526,

Владѣніе есть подложное, когда оно основано на подложномъ актѣ, кѣмъ бы оный составленъ ни былъ, или на иномъ обманѣ, если владѣлецъ, зная, что актъ есть подложный, предъявилъ его и воспользовался имъ, или же обманомъ, для начатія или продолженія незаконнаго владѣнія.

Здѣсь владѣніе незаконно потому, что оно приобрѣтено способомъ, въ законахъ *не* дозволеннымъ (ст. 524 1 ч. X т.).

Второй случай незаконнаго по той же причинѣ владѣнія даетъ ст. 527:

Насильственнымъ владѣніе признается, когда началомъ онаго было отнятіе или захватъ имущества, соединенный съ какимъ-либо насильственнымъ дѣйствіемъ противъ прежняго хозяина или владѣльца, или же противъ жившихъ въ томъ имѣніи, или управлявшихъ имъ.

Въ обоихъ этихъ случаяхъ владѣніе не только незаконно въ смыслѣ гражданского права, но оно даже преступно, а потому не можетъ быть ни сомнѣній, ни споровъ, что въ каждомъ такомъ случаѣ владѣлецъ обязанъ возвратить вещь ея собственнику.

Наконецъ, третій видъ незаконнаго владѣнія разъясняетъ намъ ст. 528:

Владѣніе признается самовольнымъ, когда кто, хотя и безъ насилія, но вопреки закону, владѣетъ или пользуется чужимъ имуществомъ.

Обратимъ вниманіе на то, что здѣсь употреблено уже очень широкое выраженіе: „вопреки закону“. Хотя названіе владѣнія „самовольнымъ“ можетъ возбудить представленіе также о преступности его приобрѣтенія, но данное здѣсь же разъясненіе этого термина допускаетъ сюда включеніе и правонарушеній чисто-гражданскихъ, не-уголовныхъ. Это особенно подтверждается заключительными словами слѣдующей 529 статьи, въ которой говорится о приобрѣтеніи владѣнія путемъ подлога, насилія „или инымъ *противузаконнымъ* образомъ“. Эти послѣднія слова очевидно относятся къ владѣнію „самовольному“ и показываютъ, что здѣсь разумѣется *всякое* правонарушеніе, т. е. не только уголовное, но и гражданское. Наконецъ, то же согласуется и со ст. 530, которая говоритъ просто о „неправости“ владѣнія.

Теперь обратимся еще къ ст. 529 1 ч. X т.:

Владѣніе признается добросовѣстнымъ, если тотъ, кто владѣеть имуществомъ, не знаетъ, что сіе имущество по закону о наслѣдствѣ или на основаніи законнаго акта, или же вслѣдствіе бывшаго прежде безпрерывнаго, въ продолженіе земской давности, владѣнія принадлежитъ другому. Таковы суть вступившіе во владѣніе какимъ-либо имѣніемъ по обыкновенному, установленному въ законахъ о наслѣдствѣ, порядку, не имѣя свѣдѣнія о духовномъ завѣщаніи, коимъ оное отказано другому, или считая сіе духовное завѣщаніе незаконнымъ или недѣйствительнымъ, а равно и тѣ, которые получили имѣніе по наслѣдству, или приобрѣли покупкою, не зная, что прежній владѣлецъ вступилъ во владѣніе онымъ чрезъ насиліе, подлогъ или инымъ противузаконнымъ образомъ.

Спрашивается: законное или незаконное владѣніе здѣсь имѣется въ виду?

Мы, вслѣдъ за господствующимъ мнѣніемъ, усматриваемъ здѣсь владѣніе *незаконное*.

Гражданскій Кассационный Департаментъ Сената въ рѣшеніи своемъ 1887 г. № 34 рассуждаетъ по этому вопросу слѣдующимъ образомъ. „То обстоятельство, что имущество приобрѣтено отъ лица, коему оно не принадлежало, способомъ, въ законѣ дозволеннымъ, не дѣлаетъ владѣнія приобретателя законнымъ въ смыслѣ ст. 524 г. X ч. 1,..... ибо это правило ст. 524 нельзя понимать въ томъ смыслѣ, будто владѣніе, приобретенное способами, въ законахъ дозволенными, всегда является законнымъ“. Напротивъ, для законности владѣнія мало законности способа приобретѣнія, надо еще, чтобы приобретенное право никому не принадлежало, и чтобы оно во всемъ на законѣ основывалось. Это подтверждается ст. 420 и тѣмъ, что самъ законъ указываетъ случаи, когда владѣніе, приобретенное

законнымъ способомъ, представляется незаконнымъ. „Такъ, напримѣръ, статья 529, говоря о лицахъ, вступившихъ во владѣніе имуществомъ по наслѣдству или куплѣ-продажѣ (т. е. по законнымъ способамъ приобретѣнія), не зная, что имущество это принадлежитъ по закону другому лицу, называетъ этихъ лицъ добросовѣстными владѣльцами, а такъ какъ, по нашимъ законамъ, понятія о добросовѣстномъ и законномъ владѣніи не совпадаютъ и, по ст. 609 г. X ч. 1, право на отобраніе имущества принадлежитъ дѣйствительному собственнику его и противъ добросовѣстнаго владѣльца, то несомнѣнно, что, по ст. 529, признается незаконнымъ такое владѣніе, которое приобретено дозволеннымъ въ законѣ способомъ“¹⁾.

Мы находимъ это рассужденіе вполне правильнымъ²⁾ и видимъ къ тому два основанія, историческое и догматическое.

Въ первомъ отношеніи для насъ интересна справка со Сводомъ въ его первоначальной редакціи 1832 г. Тамъ ст. 305 также говорила, что „отдѣльное владѣніе есть законное, когда актъ, коимъ оно установлено, совершенъ законнымъ порядкомъ“. Но затѣмъ ст. 314 постановляла: „Самовольное владѣніе почитается добросовѣстнымъ въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) когда кто по законному наслѣдству вступилъ во владѣніе имуществомъ, не зная, что оное по духовному завѣщанію отказано другому“. Итакъ, этотъ случай, теперь буквально воспроизведенный въ ст. 529, причисляется къ владѣнію *незакон-*

¹⁾ См. еще рѣшеніе Гражд. Кассац. Деп. Сената за 1883 г. № 79, гдѣ между прочимъ говорится, что при обратной теоріи „пришлось бы допустить, что наслѣдство, покупка и т. п., — основанное на каковыхъ способахъ владѣніе можетъ, однако, быть по 529 ст. и незаконнымъ, — не составляютъ способовъ приобретѣнія правъ на имущество, законами дозволенныхъ, а такой выводъ былъ бы въ явномъ противорѣчіи съ 699 ст. X т. 1 ч.“.

²⁾ Такого же мнѣнія *Анненковъ*, Система, II, стр. 523, *Васильевскій*, Учебникъ, II, стр. 43 сл. *Лыкошинъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1888, кн. 4, стр. 45.

ному и именно — къ владѣнію „самовольному“¹⁾, которое является лишь *гражданской* неправдой.

Такую же квалификацію этому случаю должны мы дать и на основаніи нынѣ дѣйствующей редакціи 1 ч. X т. Въ самомъ дѣлѣ, на незаконность владѣнія въ ст. 529 прежде всего указываетъ его названіе „добросовѣстнымъ“, такъ какъ ст. 530 говоритъ: „Владѣніе признается добросовѣстнымъ до тѣхъ поръ, пока не будетъ доказано, что владѣльцу достовѣрно извѣстна неправость его владѣнія“. — „Неправость“ и законность не совмѣстимы, и если бы владѣніе было законно, то не было бы никакого основанія говорить о его добросовѣстности²⁾. Затѣмъ незаконность владѣнія ст. 529 доказывается однимъ изъ приведенныхъ въ ней примѣровъ; именно, тамъ говорится о наслѣдованіи имущества отъ такого лица, которое само приобрѣло его путемъ насилія, подлога или инымъ противозаконнымъ образомъ; здѣсь наслѣдодатель владѣль *не* законно, а потому, по правиламъ универсальнаго преемства, надо признать *незаконнымъ* же владѣльцемъ и его наслѣдника³⁾.

Такъ какъ далѣе всѣ указанные въ ст. 529 случаи между собою очевидно однородны, и такъ какъ въ ст. 529 нельзя видѣть ни подложнаго, ни насильственнаго владѣнія, то только и остается видѣть въ ней случаи владѣнія незаконнаго-самовольнаго⁴⁾, — и это не смотря на то, что всюду здѣсь способы приобретѣнія сами по себѣ вполне законны. Слѣдовательно, незаконность владѣнія вызывается нарушеніями *и* со стороны *предшественниковъ* настоящаго владѣльца.

Выше мы уже отмѣтили мнѣніе проф. Цитовича, по которому ст. 513—533 1 ч. X т. имѣютъ въ виду *недвижимости*, а потому на нихъ нельзя основывать сужденія о движи-

1) Особенно подробно изслѣдуетъ вопросъ съ этой стороны г. Лыкошинъ, тамъ же, стр. 28 сл.

2) Лыкошинъ, тамъ же, стр. 42.

3) Оксг, Журн. гр. и угол. пр., 1874, кн. 3, стр. 4. Лыкошинъ, тамъ же, стр. 44.

4) Змирловъ, Журн. гр. и угол. пр., 1882, кн. 4, стр. 32.

мостяхъ: для послѣднихъ есть свои особыя статьи въ особой рубрикѣ¹⁾. Повторяемъ, что съ этимъ мнѣніемъ согласиться нельзя. Ст. 513—533 помѣщены подъ рубрикой „положеній общихъ“; значитъ, онѣ относятся *и къ движимостямъ*; та же рубрика, на которую указываетъ проф. Цитовичъ, посвящена *другому* вопросу: „о пользованіи“; изъ этого опять вытекаетъ, такъ сказать, подвѣдомственность вопроса о владѣніи движимостями статьямъ 513—533.

Итакъ, разобранныя нами статьи о владѣніи мы считаемъ къ нашему вопросу относящимися и потому считаемъ окончательно доказаннымъ то принятое нами положеніе, по которому для незаконности владѣнія достаточно нарушенія нормъ даже *гражданскаго* права—и не только самимъ приобретателемъ, но и кѣмъ-либо изъ его предшественниковъ.

Однако не такого мнѣнія на разобранный вопросъ держится проф. Шершеневичъ. Онъ, напр., говоритъ: „Одно лицо приобрѣло по даренію отъ другого вещь, а между тѣмъ даритель самъ не имѣлъ права собственности, а потому не могъ и передать его другому,—въ этомъ случаѣ приобретатель имѣетъ только владѣніе, а не право собственности, но владѣніе законное, потому что въ основаніи его лежитъ дареніе“²⁾.

Мы же, исходя изъ принятаго нами положенія, и въ данномъ случаѣ усматриваемъ владѣніе *незаконное*, потому что оно противорѣчитъ основнымъ положеніямъ 1 ч. X т. о производномъ приобретѣніи имущества.

Такъ, ст. 420 говоритъ:

Кто, бывъ первымъ приобретателемъ имущества, по законному укрѣпленію его въ частную принадлежность, получилъ власть, въ порядкѣ, гражданскими законами установленномъ, исключительно и независимо отъ лица посторонняго владѣть, пользоваться и распорядить

1) Цитовичъ, Очеркъ, стр. 139, пр. 486.

2) Шершеневичъ, Учебникъ рус. гр. пр., стр. 210.

онимъ вѣчно и потомственно, доколѣ не передастъ сей власти другому, или кому власть сія отъ перваго ея приобрѣтателя дошла непосредственно или чрезъ послѣдующія законныя передачи и укрѣпленія: тотъ имѣетъ на сіе имущество право собственности.

Ближе къ нашему вопросу стоитъ ст. 1384:

Продавать можно только то имущество, которымъ владѣлецъ можетъ распоряжаться по праву собственности.

Иллюстраціей къ этому общему положенію служить ст. 1386:

Недѣйствительна продажа имущества, состоящаго въ пользованіи, содержаніи, или временномъ и пожизненномъ владѣніи, на которое право собственности принадлежитъ другому ¹⁾.

Наконецъ, сюда же относятся аналогичныя постановленія 1 ч. X т. о закладѣ. Такъ, ст. 1663 совершенно соотвѣтствуетъ по своему содержанію ст. 1384, а ст. 1664 говоритъ:

Недѣйствителенъ закладъ: 1) чужого движимаго имущества, заложеннаго безъ позволенія его хозяина; въ семь случаевъ оно возвращается тому послѣднему, а заимодавцу предоставляется взыскивать деньги по акту заклада съ закладчика ²⁾.

Если можно говорить о недостаткахъ ст. 420 ³⁾, то ужь ст. 1384 не оставляетъ никакихъ сомнѣній ⁴⁾, особенно по

¹⁾ *Побѣдоносцевъ*, Курсъ, I; стр. 316 сл. *Змирловъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1882, кн. 3, стр. 35 сл., 53.

²⁾ *Побѣдоносцевъ*, тамъ же, стр. 617. *Оксъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1874, кн. 3, стр. 6. *Васюковскій*, Журн. Мин. Юст., 1898, Май, стр. 126 сл.

³⁾ Напр., *Боровиковскій*, Отчетъ, II, стр. 142.

⁴⁾ *Щеловитовъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1890, кн. 2, стр. 34.

своимъ источникамъ; среди послѣднихъ указана ст. 35 гл. XVII Уложенія 1649 г., которая говоритъ:

„А будетъ кто воровствомъ продастъ или заложитъ чью чужую... вотчину... и та вотчина по крѣпостямъ отдати тому вотчичу, чья та вотчина. А по купчей, или по закладной дѣньги на продавцѣ доправя, отдать тому, кому онъ ту чужую вотчину продалъ или заложилъ“. Кроме того, продавецъ подвергался уголовному наказанію и долженъ былъ возместить убытки, причиненные имъ собственнику вотчины.

Здѣсь принципъ виндикаціи при продажѣ чужого имущества выраженъ слишкомъ ясно. Правда, рѣчь идетъ о *недвижимости*, но въ Сводѣ ст. 1384 помѣщена среди „положеній общихъ“ о куплѣ-продажѣ, а потому ее необходимо распространить и на *движимости*.—Во 1-хъ, нельзя *движимости* оставлять внѣ всякихъ опредѣленій закона, а во 2-хъ, нѣтъ основанія въ случаяхъ отсутствія нормъ для *движимостей* восполнять ихъ правилами непремѣнно обратными тѣмъ, какія даны для *недвижимостей*.

Но возможно и другое возраженіе по поводу ст. 1384: могутъ сказать, что, напр., и по Кодексу Наполеона продажа чужой вещи недѣйствительна (ст. 1599), и тѣмъ не менѣе тамъ добросовѣстное приобрѣтеніе защищается; — слѣдовательно, и у насъ такія статьи, какъ 1384 1 ч. X т., и другія ей подобныя не рѣшаютъ въ сущности вопроса о допустимости или недопустимости у насъ виндикаціи.—На это мы возражаемъ: въ Кодексѣ Наполеона наряду съ общимъ правиломъ ст. 1599 есть также общее правило о *защитѣ* третьихъ добросовѣстныхъ лицъ отъ виндикаціи собственника (ст. 2279 и 1141); поэтому тамъ оба эти правила и дѣйствуютъ одновременно, при чемъ каждое изъ нихъ имѣетъ свою особую область примѣненія. У насъ же дѣло въ томъ и состоитъ, что ничего подобнаго французской статьѣ 2279 въ 1 ч. X т. нѣтъ. Наши кодификаторы въ ст. 534 какъ-будто хотѣли послѣдовать французскому образцу, но заключительной прибавкой къ этой статьѣ показали ясно, что они французскаго принципа въ дѣйствительности не приняли.

Итакъ, въ виду всѣхъ приведенныхъ статей и въ виду установленнаго выше понятія о незаконности владѣнія, мы должны признать, что въ примѣрѣ проф. *Шершеневича* одаренный владѣть *незаконно*, хотя онъ и приобрѣлъ это владѣніе способомъ вполне законнымъ.

Кромѣ того, если вмѣстѣ съ проф. *Шершеневичемъ* признать владѣніе въ данномъ случаѣ законнымъ, то надо его признать законнымъ и во *всѣхъ* случаяхъ ст. 529, такъ какъ и тамъ способы приобретенія сами по себѣ вполне законны. Но относительно одного изъ указанныхъ тамъ случаевъ это безусловно и безспорно не возможно, а именно, — относительно *наследника* незаконнаго владѣльца, какъ это уже указано выше. Относительно же всѣхъ этихъ случаевъ, т. е. и въ ст. 529, и въ примѣрѣ проф. *Шершеневича*, пришлось бы тогда принять, что ст. 609 не должна имѣть къ нимъ примѣненія. Другими словами, мы должны были бы утверждать, что у насъ дѣйствуетъ принципъ „En fait de meubles la possession vaut titre“. Но проф. *Шершеневичъ* держится какъ-разъ обратнаго мнѣнія по этому вопросу ¹⁾. Но тогда необъяснимо, почему въ ст. 609 не сказано: „не смотря на то, незаконное или законное было сіе владѣніе“. Законодатель, нашедшій нужнымъ специально указать на виндикацію отъ владѣльцевъ *незаконныхъ*, не могъ умолчать о виндикаціи противъ владѣльцевъ *законныхъ*, такъ какъ если относительно первыхъ это не разумѣется само собою, то что же сказать о послѣднихъ?

Итакъ, съ этой стороны, мнѣніе проф. *Шершеневича* надо признать неправильнымъ. Но онъ и съ другой стороны оспариваетъ принятую нами теорію. Именно, онъ указываетъ, что эта теорія приводитъ къ такимъ неправильнымъ заключеніямъ, къ какимъ пришелъ, напр., г. *Анненковъ*, который изъ признанія владѣнія въ ст. 529 незаконнымъ сдѣлалъ выводъ, что будто-бы у насъ *законное* владѣніе тождественно съ правомъ соб-

¹⁾ *Шершеневичъ*, Учебникъ рус. гр. пр., стр. 222.

ственности, и что владѣніемъ въ собственномъ смыслѣ этого слова является у насъ только владѣніе *незаконное* ¹⁾.

Проф. *Шершеневичъ* совершенно правильно отвергаетъ это мнѣніе ²⁾. Но только дѣло въ томъ, что признаніе владѣнія въ ст. 529 незаконнымъ *не приводитъ необходимо* къ теоріи г. *Анненкова*: г. *Анненковъ* пришелъ къ ней потому, что онъ, — какъ и проф. *Шершеневичъ*, — владѣніемъ считаетъ *только* обладаніе *cum animo domini*. Если же владѣніемъ считать и господство надъ вещью въ силу найма, ссуды, поклажи и т. п., то теорія г. *Анненкова* пала бы сама собою: владѣніе, напр., поклажепринимателя можетъ быть вполне законно, а между тѣмъ о его тождествѣ съ правомъ собственности говорить было бы нельзя. Такимъ образомъ препятствіе къ признанію владѣнія въ ст. 529 незаконнымъ можетъ быть устранено не только такой теоріей, какую принялъ г. *Анненковъ*, но и другимъ путемъ: признаніемъ владѣнія у насъ за каждымъ держателемъ. Эту теорію мы и поддерживаемъ ³⁾. И что именно только этотъ послѣдній выходъ правиленъ, доказываетъ намъ между прочимъ и ст. 523: она не имѣла бы мѣста, если бы владѣніе у насъ дѣйствительно было только незаконное, а нельзя же дѣлать теоретическія построенія и конструкціи путемъ прямого устраненія или игнорированія отдѣльныхъ статей закона.

Положимъ, проф. *Шершеневичъ* находитъ, что различіе владѣнія законнаго и незаконнаго, добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго въ примѣненіи къ держанію „не имѣло бы никакого смысла“ ⁴⁾. Но съ этимъ мы опять не можемъ согласиться. Держаніе по найму, поклажѣ и т. п., когда оно соотвѣтствуетъ всѣмъ требованіямъ закона, будетъ владѣніемъ законнымъ. Если же тамъ будутъ какіе-либо дефекты, то и владѣніе будетъ не законно, а въ этомъ послѣднемъ случаѣ оно будетъ

¹⁾ *Анненковъ*, Система, II, стр. 524.

²⁾ *Шершеневичъ*, Учебникъ рус. гр. пр., стр. 210 сл.

³⁾ Подробности см. въ нашей книгѣ „Переходъ права собственности“, стр. 322 сл.

⁴⁾ *Шершеневичъ*, тамъ же, стр. 206.

добросовѣстнымъ или недобросовѣстнымъ въ зависимости отъ знанія или незнанія о его порочности. Такъ, между прочимъ, вопросъ этотъ нормируется въ Общегерманскомъ Гражданскомъ Уложении, и ничего „не имѣющаго смысла“ здѣсь нѣтъ.

Итакъ, мы остаемся при выше установленномъ пониманіи незаконности владѣнія: сюда относится и такое владѣніе, которое установлено съ нарушеніемъ нормъ только *гражданскаго* права и даже не настоящимъ владѣльцемъ, а его предшественниками.

При этомъ мы не говоримъ, конечно, о тѣхъ *недобросовѣстныхъ* владѣльцахъ, которые или сами пріобрѣли вещь преступнымъ или незаконнымъ образомъ непосредственно отъ хозяина или же получили ее отъ другихъ лицъ хотя и „законнымъ способомъ“, но *зная* о „неправости“ предшествующаго владѣнія¹⁾. Съ одной стороны, обязанность возвращенія вещи собственнику здѣсь слишкомъ очевидна, а съ другой стороны, не эти лица относятся къ нашей темѣ. Мы не говоримъ, наконецъ, и о тѣхъ *контрагентнахъ* собственника, которые пріобрѣтаютъ отъ него имущество въ увѣренности, что ихъ сдѣлка законна, тогда какъ въ дѣйствительности она оказывается почему-либо незаконной: здѣсь примѣняются общія правила о недѣйствительности или оспариваемости юридическихъ сдѣлокъ, и этотъ вопросъ также стоитъ вѣдь нашей темы.

Наша тема—юридическое положеніе третьихъ добросовѣстныхъ *sunt animo domini* владѣльцевъ чужого движимаго имущества.

И вотъ, именно эти случаи незаконнаго владѣнія (другіе насъ сейчасъ не интересуютъ) и подпадаютъ подъ дѣйствіе ст. 609 и 691. Эти случаи именно и являются тѣмъ конкретнымъ, матеріальнымъ содержаніемъ, которое, съ точки зрѣнія нашей темы, должно быть вложено въ общую формулу ст. 609 и 691.

Такимъ образомъ оказывается, что тамъ, гдѣ, по многимъ иностраннымъ законодательствамъ, примѣняется принципъ „En-

fait de meubles la possession vaut titre” или „Hand wahre Hand”,—именно въ этой области у насъ, въ видѣ общаго правила, дѣйствуетъ противоположное начало неограниченной виндикаціи.

Однако по поводу ст. 691 также возбуждается сомнѣніе. Могутъ сказать: источниками ст. 691 являются исключительно узаконенія о возвращеніи *насильственно* отнятаго имущества, а потому распространять область ея примѣненія такъ, какъ это сдѣлали мы, нельзя¹⁾.

Но такой выводъ былъ бы неправильнымъ даже въ томъ случаѣ, если бы мы историческій матеріалъ поставили на одну линію съ дѣйствующимъ закономъ. Въ самомъ дѣлѣ, указы, на которыхъ основана ст. 691, говорятъ о недвижимостяхъ и о возвращеніи ихъ собственнику, когда онѣ отняты насильственно, но вѣдь они же не говорятъ, что *движимости*, присвоенныя или отчужденныя *безъ* насилія, возвращенію *не* подлежатъ. Принимая во вниманіе, что и во всемъ Полномъ Собраніи Законовъ нѣтъ ни одного указа, принципиально ограничивающаго виндикацію (наоборотъ, тамъ виндикація проводится всюду), и тамъ какъ, съ одной стороны, нельзя *движимости* оставлять безъ опредѣленій закона, а съ другой стороны, нѣтъ основанія принимать для нихъ нормы каждый разъ обратныя тѣмъ, которыя даются самимъ закономъ для недвижимостей,—мы и приходимъ къ заключенію, что разбираемое возраженіе не основательно, и что, слѣдовательно, у насъ принять принципъ неограниченной виндикаціи.

Установивши это общее правило нашего закона о виндикаціи *движимостей*, пойдѣмъ теперь дальше и посмотримъ на отдѣльные случаи примѣненія этого общаго правила, а также и на отдѣльные случаи исключеній изъ него.

Если, какъ мы видѣли, для незаконности владѣнія, а значитъ, и для виндикаціи достаточно нарушенія нормъ даже *граж-*

¹⁾ Щелловитовъ, Журн. гр. и угол. пр., 1890, кн. 2, стр. 2 сл.

¹⁾ Такое возраженіе только *предвидѣлъ* г. Лыкошинъ, Журн. гр. и угол. пр., 1888, кн. 4, стр. 61 сл.

данскаго права, то тѣмъ съ большимъ основаніемъ должна быть допущена виндикація, когда въ предшествовавшихъ переходахъ данной движимости изъ рукъ въ руки нарушались нормы *уловнаго* права.

Таковъ выводъ изъ принятаго нами общаго правила.

Но по вопросу о вещахъ *краденыхъ* въ 1 ч. X т. есть и прямые указанія закона; это — статьи 1511 и 1512, которыя говорятъ такъ, —

1511: Покупщикъ, въ случаѣ неизвѣстности или неблагонадежности продавца, можетъ при передачѣ потребовать отъ него поручительства въ томъ, что продаваемое имущество ему дѣйствительно принадлежитъ.

1512: Если движимое имущество куплено безъ поручительства, хотя впрочемъ не завѣдомо краденое, но впоследствии оно окажется краденымъ, то покупатель подвергается лишенію онаго и отобранію въ пользу настоящаго хозяина, а ему предоставляется заплаченные деньги искать на продавцѣ.

Спрашивается: что здѣсь предъ нами, подтвержденіе указаннаго общаго правила или исключеніе изъ него?

Г. Люстигъ видитъ здѣсь ограниченіе виндикаціи. Онъ разсуждаетъ такъ: если покупатель не требуетъ поручительства, то онъ поступаетъ небрежно; слѣдовательно, если поручительство есть, то — а *contra* — вещь не отбирается, хотя бы она оказалась и краденою¹⁾.

Такое же мнѣніе было высказано и въ Московскомъ Юридическомъ Обществѣ²⁾.

Правда, ст. 1512 такъ редактирована, что *сама по себѣ* она можетъ быть и такъ истолкована, какъ это сейчасъ ука-

¹⁾ Люстигъ, Журн. гр. и угол. пр., 1878, кн. 3, стр. 31.

²⁾ Юридич. Вѣстникъ, 1872, кн. 4, стр. 25. Ср. тамъ же стр. 11 сл., 29.

зано. Но нельзя же разсматривать отдѣльныя статьи какого бы то ни было кодекса совершенно изолированно и вѣдь всякой связи съ другими статьями и положеніями того же кодекса. А разъ мы только станемъ на этотъ послѣдній путь систематическаго толкованія законовъ въ ихъ взаимной связи между собою, то придемъ къ какъ-разъ противоположному результату.

Прежде всего обратимся къ *источникамъ* разбираемыхъ статей. Это — ст. 65 гл. XXI Уложенія ц. Ал. Мих. и новоназванныя статьи 1669 и 1691 гг. Мы ихъ уже разсматривали выше¹⁾. Ни о какомъ ограниченіи виндикаціи тамъ нѣтъ и рѣчи; тамъ дѣйствуютъ правила: „не купи безъ поруки” и „купленную рухледь взять назадъ”.

Такимъ образомъ въ исторіи у насъ нѣтъ ровно никакой поддержки для теоріи г. Люстига²⁾. Но, можетъ быть, она есть въ дѣйствующемъ правѣ? Мы и на это отвѣчаемъ отрицательно.

„Виндикація, говоритъ г. Оксъ, во всемъ ея объемѣ и содержаніи такъ естественно вытекаетъ изъ принципа собственности, что всякое ограниченіе ея (виндикаціи) должно быть выражено прямо въ законѣ³⁾”.

Что же мы видимъ въ нашемъ законѣ? Съ одной стороны, — вполне опредѣленное правило, что для производнаго пріобрѣтенія права собственности необходима законность всѣхъ предшествовавшихъ переходовъ данной вещи изъ рукъ въ руки (ст. 420, 1384, 609, 529 1 ч. X т.), а съ другой стороны, — ст. 1512, по которой краденая вещь, купленная безъ поручительства, возвращается хозяину.

Съ перваго взгляда, эта послѣдняя статья, пожалуй, можетъ показаться и излишнею, если ея смыслъ ограничивать вопросомъ о поручительствѣ: этому послѣднему посвященъ цѣ-

¹⁾ Стр. 402 сл.

²⁾ Анненковъ, Система, II, стр. 321.

³⁾ Оксъ, Журн. гр. и угол. пр., 1874, кн. 3, стр. 5.

мый рядъ статей особо (ст. 1554 и сл.), а потому упоминать о немъ при каждой отдельной сдѣлкѣ, казалось бы, нѣтъ надобности; если же тѣмъ не менѣе такое упоминаніе дѣлается, то уже это одно обстоятельство можетъ побуждать искать въ ней иного смысла путемъ, напр., заключенія отъ противнаго: если поручительство *есть*, то виндикація устраняется.

Итакъ, вмѣсто *прямого* указанія, — *argumentum a contrario*. Уже одно это дѣлаетъ указанный выводъ сомнительнымъ. Но разсмотримъ еще и то, насколько этотъ *argumentum* основателенъ въ данномъ случаѣ.

Здѣсь намъ необходимо опять припомнить тѣ условія, при которыхъ этотъ *argumentum* можетъ примѣняться. „Заключеніе отъ противнаго бываетъ логически правильнымъ, говоритъ проф. Васильевскій, при двухъ условіяхъ: 1) если известно, какому предмету противопоставляется предметъ данного сужденія, и 2) если известно, что это противопоставленіе произведено сознательно и умышленно, т. е. съ цѣлью отмѣтить существующее различіе между предметами 1).“

Что касается перваго условія, то г. Люстихъ противопоставляетъ продажѣ *безъ* поручительства продажѣ *съ* поручительствомъ и въ послѣднемъ случаѣ устраняетъ виндикацію. Однако ст. 1512 допускаетъ и другое противоположеніе: между вещами *краденными* и вещами *не-краденными*, при чемъ для первыхъ виндикація, а для вторыхъ — защита пріобрѣтателя и — защита, не зависящая отъ наличности или отсутствія поручительства. Это послѣднее противоположеніе сдѣлалъ Сенатъ, который также стремился къ поддержкѣ добросовѣстныхъ пріобрѣтателей; см. рѣшенія Гражд. Касац. Департамента за 1874 г. № 110, за 1877 г. № 236, за 1878 г. № 25²⁾. Мы счита-

1) Васильевскій, Ученіе о толкованіи, стр. 237.

2) Эти рѣшенія вызвали полемику въ Судебной Газетѣ. *Волжскій* отнесся къ нимъ отрицательно, а *Гюсбургъ* — одобрительно. Суд. Газ., 1889, № 35 и № 39. Противъ рѣшенія 1878 г. также *Щеголовъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1890, кн. 2, стр. 35 и *Змировъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1885, кн. 4, стр. 75.

емъ и это противоположеніе неправильнымъ, но не можемъ не признать, что само по себѣ оно болѣе цѣлесообразно, чѣмъ первое. У г. Люстиха рѣшающую роль играетъ поручительство. Положимъ, требованіе покущикомъ поручительства, вообще говоря, можетъ свидѣтельствовать о его добросовѣстности¹⁾, но дѣло въ томъ, что покущикъ предполагается по той же 1512 статьѣ добросовѣстнымъ и тогда, когда покупка совершается *безъ* поручительства; значитъ, съ *этой* стороны поручительство безразлично. Да и вообще поручительство есть средство для укрѣпленія и обезпеченія обязательствъ, но нигдѣ и ни въ одномъ кодексѣ оно не является средствомъ для пріобрѣтенія права собственности.

Такимъ образомъ заключеніе г. Люстиха является мало вѣроятнымъ, тогда какъ теорія Сената воспроизводитъ именно то, что дѣйствуетъ во многихъ государствахъ Западной Европы: вещи краденныя (и утерянныя) виндицируются, а все прочія остаются въ обладаніи добросовѣстнаго пріобрѣтателя²⁾.

Наконецъ, почему бы не сдѣлать и *третье* заключеніе отъ противнаго? Почему бы не сказать такъ: если вещи краденныя и купленныя безъ поручительства виндицируются, то, слѣдовательно, вещи, *не-краденныя* и при томъ купленныя *съ* поручительствомъ, *не* виндицируются.

Однако именно эта возможность трехъ — и въ то же время весьма различныхъ — выводовъ изъ одной и той же статьи и показываетъ намъ, что *argum. a contrario* въ данномъ случаѣ *не примѣнимъ*. И въ самомъ дѣлѣ, здѣсь нарушаются *оба* условія его примѣненія, потому что не дается никакихъ указаній, какое изъ трехъ вообще возможныхъ противопоставленій правильно; другими словами, не известно, что чему противопоставляется, а разъ это такъ, то уже нельзя говорить и о созна-

1) Ср. Юридич. Вѣстникъ, 1872, кн. 4, стр. 33.

2) См. однако замѣтку *Лякуба* въ Суд. Газетѣ за 1891 г. № 35. Сенатъ въ рѣшеніи Общаго Собранія 1896 г. № 31 распространилъ виндикацію по ст. 1512 и на другія преступленія.

тельности или умышленности этого противопоставленія: неизвѣстность и сознательность не совмѣстимы.

Итакъ, предъ нами, съ одной стороны, прямо и ясно выраженный принципъ виндикаціи изъ всякаго незаконнаго владѣнія (ст. 609, 691 и др.), а съ другой стороны, — ст. 1512, изъ которой посредствомъ весьма сомнительнаго и даже прямо недопустимаго заключенія отъ противнаго ¹⁾ хотятъ вывести противоположное начало защиты добросовѣстнаго владѣнія. Конечно, при такомъ положеніи дѣла это послѣднее начало нельзя считать обоснованнымъ, а потому и ст. 1512 должна считаться не исключеніемъ изъ общаго правила, а *подтвержденіемъ* его.

Но какъ же тогда объяснить ея содержаніе, которое кажется излишнимъ и ненужнымъ? Здѣсь надо имѣть въ виду нашъ историческій законодательный матеріалъ по вопросу о куплѣ-продажѣ и о поручительствѣ: мы уже видѣли, что законодатель обращалъ вниманіе на наиболѣе рѣзкіе случаи отчужденія чужого имущества, на случаи покупки и продажи вещей краденыхъ, и при этомъ законодатель часто предупреждалъ: „не купи безъ поруки“; кромѣ этого, надо имѣть въ виду и характеръ кодификаціонныхъ работъ при составленіи Свода Законовъ; здѣсь можно сказать кратко: каковы слагаемыя, таковы и итоги. Именно съ этой точки зрѣнія смотрѣлъ на ст. 1511 и 1512 1 ч. X т. нашъ историкъ *Неволинъ*, который видѣлъ въ нихъ простое *сохраненіе* прежнихъ правилъ о возвращеніи краденаго имущества потерпѣвшему собственнику и о поручительствѣ при куплѣ-продажѣ движимостей ²⁾.

Согласно съ этимъ догматически объясняетъ теперь эти статьи и г. *Щеловитовъ*, который говоритъ такъ: „Внутренній смыслъ поручительства, устанавливаемаго 1511 статьею, очевидно направленъ къ тому, чтобы обезпечить покупщику

¹⁾ Г. *Лькошинъ* совершенно правильно замѣчаетъ: „толкованіе статей т. X ч. 1 а *contrario* представляется намъ вообще слишкомъ опаснымъ“. — Журн. гр. и угол. пр., 1888, кн. 4, стр. 50, пр. 1.

²⁾ *Неволинъ*, Полн. собр. соч., V, стр. 59.

взысканіе заплаченныхъ денегъ съ продавца, а вовсе не къ тому, чтобы освободить его отъ виндикаціоннаго иска“ ¹⁾.

Конечно, разъ поручительство не можетъ считаться косвеннымъ доказательствомъ добросовѣстности покупщика (см. выше), то оно только и можетъ играть свою собственную роль обезпеченія покупщику заключенныхъ имъ денегъ (см. еще и ст. 1380 1 ч. X т.), а это именно и предполагаетъ допустимость виндикаціи, такъ какъ иначе поручительство было бы совершенно излишнимъ.

Наконецъ, въ пользу того мнѣнія, что статьей 1512 не ограничивается виндикація, приводятъ еще обыкновенно ст. 126, 375 и 777 Устава Уголовн. Судопроизводства.

Статьи эти говорятъ слѣдующее.

Ст. 126: Вещи, добытыя преступнымъ дѣйствіемъ, возвращаются хозяину, который, въ случаѣ надобности, обязанъ доставить ихъ ко времени разсмотрѣнія дѣла на съѣздѣ мировыхъ судей.

Ст. 375: Предметы, похищенные или отнятые, по отысканіи и оцѣнкѣ ихъ, возвращаются подъ росписку тѣмъ, у кого были похищены или отняты, если въ приложеніи этихъ предметовъ къ дѣлу не представляется особенной надобности.

Ст. 777: Вещи, добытыя чрезъ преступное дѣяніе, возвращаются ихъ хозяину, хотя бы онъ и не предъявлялъ никакого иска; но вещественныя доказательства, имѣющія существенное въ дѣлѣ значеніе, возвращаются не прежде, какъ по вступленіи приговора въ законную силу.

Область примѣненія этихъ статей оказалась спорной. А именно, Сенатъ въ Общемъ Собраніи своемъ 1887 г. въ рѣшеніи № 10 провелъ ту мысль, что вещи, добытыя преступле-

¹⁾ *Щеловитовъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1890, кн. 2, стр. 35.

ніемъ, возвращаются потерпѣвшему хозяину лишь тогда, когда онѣ найдены у обвиняемаго, и когда этотъ обвиняемый судомъ признается виновнымъ въ совершеніи даннаго преступленія; если же вещи находятся у третьихъ лицъ, непрічастныхъ къ данному дѣлу, то реституція въ судѣ уголовномъ имѣть мѣста не можетъ: потерпѣвшій долженъ обращаться съ искомъ въ компетентный по имущественнымъ спорамъ судъ, въ судъ гражданскій.

Еще раньше, — въ 1872 г., — такія же положенія высказывались въ Московскомъ Юридическомъ Обществѣ ¹⁾. Но теперь приведенное рѣшеніе Сената совершенно правильно оправдывается. Такъ, гг. *Харламовъ*, *Тальбергъ*, *Щегловитовъ*, *Случевскій* и другіе ²⁾ обращаютъ вниманіе на то, что реституція устанавливается разбираемыми статьями *ex officio*, при чемъ законъ отнюдь не ограничиваетъ эту реституцію вещами, отобранными у обвиняемаго; значитъ, отъ реституціи не свободны и третьи лица; далѣе, нельзя реституцію ставить въ зависимость отъ признанія судомъ виновности обвиняемаго, такъ какъ въ такомъ случаѣ слѣдователь никогда не могъ бы примѣнять ст. 375, ибо онъ не можетъ знать, чѣмъ окончится начатое дѣло: обвиненіемъ или оправданіемъ; но и кромѣ этого, отказывать въ реституціи въ случаяхъ оправданія обвиняемаго совершенно неправильно потому, что для реституціи важенъ только самый фактъ преступленія, а не обнаруженіе виновнаго: реституція имѣетъ своей задачей возстановить прежнее состояніе, нарушенное преступленіемъ; поэтому-то законъ и говоритъ о возвращеніи вещей ихъ „хозяину“, при чемъ здѣсь совсѣмъ не подразумевается непременно *собственникъ* данной вещи; это можетъ быть и поклаженприниматель и т. п.; отсюда выте-

¹⁾ Юридич. Вѣстникъ, 1872, кн. 4, стр. 21, 33.

²⁾ *Харламовъ*, Журн. гр. и угол. права, 1889, кн. 1, стр. 3—9. *Тальбергъ*, Гражд. искъ, стр. 126—133. *Щегловитовъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1890, кн. 2, стр. 50—55. *Волжскій*, Суд. Газ., 1889, № 36. *Случевскій*, Учебникъ, стр. 516 сл. См. еще *Шершеневича*, Курсъ торг. пр., стр. 391. Ср. *Фойницкаго*, Курсъ угол. судопр., II, стр. 80.

каетъ, что и незачѣмъ отпраивать потерпѣвшихъ „хозяевъ“ въ гражданскій судъ, когда вещи найдены у третьихъ лицъ; реституція совсѣмъ не предрѣшаетъ и не нарушаетъ гражданскихъ *правъ* заинтересованныхъ лицъ: уголовная власть возстановляетъ то, что было до преступленія, а гражданскія права на имущество и послѣ этого остаются такими же, какими они были и раньше, и значитъ, — кто считаетъ себя обиженнымъ, тотъ можетъ по прежнему защищать свои права установленнымъ порядкомъ и независимо отъ реституціи.

Со всѣми этими разъясненіями мы совершенно согласны, но въ то же время и убѣждаемся, что рассмотрѣнныя статьи Устава Угол. Суд. совершенно безразличны для нашего вопроса. — Если отъ реституціи не свободны третьи лица, добросовѣстно пріобрѣвшія краденныя вещи, то это еще не значитъ, что эти лица *непретменно* подлежатъ и виндикаціи; виндикація и реституція не только не одно и то же (первая возстановляетъ право, а вторая — фактъ), но онѣ даже не стоятъ между собою въ какой-либо необходимой или неразрывной связи. А именно, вещь можетъ быть реституирована одному лицу, а затѣмъ присуждена судомъ гражданскимъ другому. Это прямо вытекаетъ изъ ст. 778 Уст. Угол. Суд. ¹⁾.

Таково значеніе рассмотрѣнныхъ статей Устава Уголовнаго Судопроизводства.

Мы во всякомъ случаѣ и на основаніи раньше представленныхъ соображеній остаемся при томъ нашемъ мнѣніи, что ст. 1512 никакой защиты добросовѣстнаго владѣнія у насъ не вводитъ, и что въ ней, наоборотъ, предусматривается лишь отдѣльный случай *примѣненія* общаго правила о виндикаціи. Проф. *Дювернуа* выражаетъ это такъ: „Здѣсь мы находимъ прямое примѣненіе латинскаго принципа *ubi meam rem invenio, ibi vin-*

¹⁾ Ст. 778 У. У. С.: Если къ вещамъ, добытымъ чрезъ преступленіе или проступокъ, предъявить притязаніе какое-либо третье лицо, то судъ предоставляетъ спорящимъ разбраться въ своихъ правахъ гражданскимъ порядкомъ.

disco" 1). Въ общемъ такого же мнѣнія и большинство нашихъ юристовъ 2).

Съ установленной нами точки зрѣнія уже само собою разумѣется, что виндикаціи подлежатъ не только вещи *краденныя*, не смотря на послѣдующее добросовѣстное приобрѣтеніе ихъ третьимъ лицомъ, но также и вещи, добытыя *всякимъ другимъ преступленіемъ* 3), и даже вещи, *добровольно* переданныя собственникомъ кому-либо во временное владѣніе и затѣмъ уже противозаконно отчужденныя вѣроломнымъ или даже и добросовѣстнымъ контрагентомъ. Все это вытекаетъ изъ принятаго нами понятія о незаконности владѣнія и затѣмъ изъ ст. 609 и 691 1 ч. X т. 4)

Но это же самое подтверждается и нѣкоторыми статьями нашихъ гражданскихъ законовъ.

Такъ, ст. 1406 постановляетъ:

Продажа и купля, учиненная вопреки законныхъ запрещеній, сверхъ недействительности ея, подвергается виновныхъ взысканіямъ по законамъ уголовнымъ.

Сенатъ въ рѣшеніи Гражд. Кассац. Департамента 1873 г. № 241 правильно разъяснилъ, что подъ употребленнымъ въ этой статьѣ выраженіемъ „вопреки законныхъ запрещеній“ должно разумѣть не только продажу имѣнія, на которомъ чис-

1) *Дювернуа*, Пособіе, часть особ., I, стр. 51.

2) *Оксъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1874, кн. 3, стр. 7. *Шершеневичъ*, Курсъ торгов. пр., стр. 391. *Анненковъ*, Система, II, стр. 320 сл. *Щелловитовъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1890, кн. 2, стр. 36. *Елсонскій*, Журн. гр. и угол. права, 1893, кн. 1, стр. 41, 44, 54. *Волжинъ*, Суд. Газ., 1889, № 35, 36. *Пестржецкій*, Журн. гр. и угол. пр., 1874, кн. 1, стр. 102 сл. Ср. *Змирлова*, Журн. гр. и угол. пр., 1885, кн. 4, стр. 72 сл. и Юридич. Вѣстн., 1872, кн. 4, стр. 29.

3) За распространительное толкованіе ст. 1512, вопреки рѣшенію Гр. Кассац. Деп. Сената 1878 г. № 25, и *Волжинъ*, Судебн. Газ., 1889, № 35. Такъ и рѣш. Общ. Собр. Сената 1896 г. № 31.

4) *Анненковъ*, Система, II, стр. 321.

лится запрещеніе, напечатанное въ Сенатскихъ Объявленіяхъ, но вообще всякую продажу, учиненную вопреки установленныхъ на этотъ предметъ правилъ подъ страхомъ недействительности продажи.

И дѣйствительно, все это подтверждаютъ ст. 1407 и 1408 1 ч. X т. изданія 1857 г., мѣсто которыхъ занимаетъ теперь приведенная выше ст. 1406. Приведемъ сначала ст. 1408:

Кто продаетъ имущество завѣдомо краденое, или чрезъ насиліе или обманъ полученное, тотъ подвергается взысканію всего недостающаго въ похищенномъ имуществѣ при возвращеніи его хозяину, и сверхъ того, какъ пособникъ въ похищеніи или обманѣ, подвергается наказанію по ст. 2292 Улож. о нак. и вознаграждаетъ купившаго то похищенное имущество за всѣ понесенные имъ отъ того убытки.

Въ началѣ этой статьи къ кражѣ приравнивается полученіе имущества чрезъ насиліе или обманъ, т. е. сюда относятся еще грабежъ и мошенничество, и ни откуда не видно, чтобы это былъ перечень исключительный. А конецъ статьи, возлагающая на продавца обязанность вознаградить покупателя за всѣ понесенные послѣднимъ убытки, очевидно имѣетъ въ виду виндикацію со стороны собственника, которая имѣетъ мѣсто, конечно, во *всѣхъ* приведенныхъ случаяхъ одинаково.

Теперь разсмотримъ ст. 1407:

Кто продаетъ имѣніе завѣдомо чужое, тотъ подвергается взысканію, во первыхъ, всей полученной имъ цѣны, и во вторыхъ, всѣхъ убытковъ, нанесенныхъ какъ владельцу имѣнія, такъ и покупщику, и сверхъ того отвѣтственности по ст. 2290 Улож. о нак.

Здѣсь имѣется въ виду уже *растрата*, какъ одна изъ формъ присвоенія чужого имущества, т. е. тотъ случай, когда имущество изъ рукъ собственника выходитъ по его доброй во-

лѣ и только впоследствии отчуждается противозаконно¹⁾. Въ случаяхъ этого рода собственникъ такъ же имѣеть виндикацію, какъ и по ст. 1408²⁾. Это же видно и изъ источника разсматриваемаго постановления: изъ ст. 35 гл. XVII Уложенія ц. Ал. Мих.

А что, если кто продасть чужую вещь *по ошибкѣ*, т. е. не умышленно и *bona fide*? — Тогда онъ будетъ свободенъ отъ уголовной отвѣтственности. „Со стороны внутренней, говорить проф. *Фойницкій*, присвоеніе вѣреннаго должно быть умышленнымъ“; здѣсь даже „неосторожность не наказуема“³⁾. Что же касается *виндикаціи*, то для ея устраниенія нѣтъ никакихъ основаній, а даже наоборотъ, виндикаціи и здѣсь предписывается (кромѣ ст. 420, 529, 609) статьей 1384, которая требуетъ *объективной*, а не субъективной паличности права собственности у продавца⁴⁾.

Наконецъ, еще одна комбинація, вызывающая сомнѣніе. Представимъ себѣ, что кто-либо прибрѣтаетъ вещь путемъ угрозы, которая затѣмъ признается основательной. Здѣсь потерпѣвшій, конечно, имѣеть право отобрать свою вещь отъ угрожавшаго обратно (ст. 569, 700—702, 1528 1 ч. X т.). Но спрашивается далѣе, допустима ли виндикація противъ *третьяго* лица, которое прибрѣтетъ эту самую вещь законнымъ способомъ хотя и отъ лица, добывшаго ее угрозой, но до опороченія той вынужденной сдѣлки?

Проф. *Загоровскій* отвѣчаетъ отрицательно⁵⁾. Онъ ссылается при этомъ на ст. 612, 613, 615, 634, 640, 643 1 ч. X т. и видитъ здѣсь прибрѣтеніе законнымъ способомъ и отъ *законнаго* владѣльца.

¹⁾ *Фойницкій*, Курсъ угол. пр., стр. 278 сл., 281. *Неклюдовъ*, Руководство, II, стр. 360 сл.

²⁾ *Загоровскій*, Юридич. Вѣстникъ, 1890, № 7 и 8, стр. 293.

³⁾ *Фойницкій*, тамъ же, стр. 280.

⁴⁾ Ст. 1407 видимо относится къ *недвижимостямъ*, но о значеніи этого обстоятельства мы уже говорили выше.

⁵⁾ *Загоровскій*, Юридич. Вѣстникъ, 1890, кн. 1, стр. 117.

Мы на поставленный вопросъ отвѣчаемъ утвердительно. Во 1-хъ, указанныя статьи 1 ч. X т. не имѣють такого значенія, какое имъ придаетъ проф. *Загоровскій*; къ этому вопросу мы сейчасъ перейдемъ. Во 2-хъ, отчуждатель въ данномъ случаѣ является владѣльцемъ *незаконнымъ*: онъ началъ свое владѣніе „вопреки закону“ (ст. 528 1 ч. X т.): противъ него ст. 700—702 1 ч. X т. А потому и прибрѣтатель отъ такого владѣльца будетъ также владѣльцемъ *незаконнымъ* (конецъ ст. 529). Слѣдовательно, на основаніи ст. 609 здѣсь *можетъ* быть предъявленъ виндикаціонный искъ.

Теперь мы переходимъ къ разсмотрѣнію ст. 613, 615, 634 и 643 1 ч. X т. Здѣсь — *мнимое* исключеніе изъ ст. 609.

Статьи эти постановляютъ слѣдующее.

Ст. 613: Владѣлецъ недобросовѣстный обязанъ также заплатить за проданныя или вывезенныя имъ изъ имѣнія и не возвращаемыя вмѣстѣ съ онимъ земледѣльческія орудія и другіе принадлежащія къ имѣнію предметы, машины, хозяйственную утварь и т. п., а равно и за угнанный или проданный изъ онаго рабочій и всякій иной скотъ.

Ст. 615: За лѣсъ, употребленный для передачи, подарка или продажи, а не для надобностей имѣнія, владѣлецъ недобросовѣстный обязанъ также заплатить хозяину при возвращеніи имущества.

Ст. 634: ...Но онъ (т. е. владѣлецъ добросовѣстный) обязанъ вознаградить законнаго владѣльца... за все то, что имъ отдѣлено отъ имѣнія для передачи, подарка или продажи...

Ст. 643: ...и добросовѣстный владѣлецъ отвѣтствуетъ за проданныя имъ, состоявшіе во временномъ владѣніи его, предметы...

Изъ того обстоятельства, что всюду здѣсь идетъ рѣчь о *денежномъ* вознагражденіи за отчужденныя чужія вещи,

и ни разу не упоминается о виндикаціи этихъ вещей, проф. *Загоровскій*, *Побьдоносцевъ*, *Змирловъ* и *Нестржецкій*¹⁾ вывели заключеніе, что здѣсь 1 ч. X т. отступаетъ отъ римскаго права, и что приобрѣтенія третьихъ лицъ сохраняются въ силѣ, такъ какъ виндикація не допускается. Проф. *Загоровскаго* однако удивляютъ при этомъ два обстоятельства: ограниченіе дѣйствія этого новаго начала только движимостями, находящимися въ особой экономической связи съ недвижимостями, и безразличное отношеніе закона къ добросовѣстности и недобросовѣстности приобрѣтателя. (Удивляется ограниченію виндикаціи *недвижимостей* и г. *Змирловъ*).

Однако мы, вслѣдъ за проф. *Шершеневичемъ*, *Васьковскимъ* и другими²⁾, и здѣсь отказываемся видѣть какое-либо исключеніе изъ общаго правила о допустимости виндикаціи.

Здѣсь собственникъ имѣетъ право выбора: или предъявить виндикаціонный искъ къ приобрѣтателю, или потребовать денежнаго вознагражденія отъ отчуждателя. Если же приведенныя статьи говорятъ *только* о вознагражденіи, то это объясняется ихъ положеніемъ въ системѣ 1 ч. X т., а именно — подъ рубрикой „О вознагражденіи за владѣніе чужимъ имуществомъ“; о виндикаціи говоритъ въ приведенныхъ статьяхъ не было надобности, потому что ст. 609, стоящая во главѣ всей этой рубрики, уже очень обстоятельно установила принципъ виндикаціи; а потому этотъ принципъ является доминирующимъ надъ *всѣми* статьями той же рубрики. Такимъ образомъ вся эта рубрика получаетъ такой смыслъ: прежде всего возврати чужое

¹⁾ *Загоровскій*, Юридич. Вѣстникъ, 1890, № 7 и 8, стр. 291 сл. *Побьдоносцевъ*, Курсъ, I, стр. 228. *Змирловъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1883, кн. 7, стр. 102 сл. *Нестржецкій*, Журн. Мин. Юст., 1860, кн. 1, стр. 57.

²⁾ *Шершеневичъ*, Учебн. рус. гр. пр., стр. 224. *Васьковскій*, Учебникъ, II, стр. 159; но см. его же статью въ Журн. Мин. Юст., 1895, № 1, стр. 68. *Анненковъ*, Система, II, стр. 316 сл. *Лькошинъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1888, кн. 4, стр. 58 сл. См. и Журн. гр. и угол. пр., 1878, кн. 3, стр. 35.

имущество его собственнику (ст. 609), а если собственникъ предпочтетъ дѣйствіе его, то вотъ правила для этихъ расчетовъ (ст. 610 и сл.) Конечно, нѣтъ никакой надобности въ каждомъ изъ этихъ правилъ опять повторять правило основное, указанное во главѣ всей рубрики: это правило само собою разумѣется при каждой изъ послѣдующихъ статей.

Таковъ результатъ систематическаго, а не одного буквальнаго толкованія разбираемыхъ статей.

Наконецъ, и отмѣченное проф. *Загоровскимъ* своеобразное ограниченіе круга относящихся сюда движимостей, особенно же безразличное отношеніе къ добросовѣстности приобрѣтателя, — все это дѣлаетъ объясненіе проф. *Загоровскаго* и другихъ, по меньшей мѣрѣ, мало вѣроятнымъ, если не совсѣмъ неприемлемымъ.

Въ принятомъ нами смыслѣ истолковалъ разбираемыя статьи и Сенатъ въ рѣшеніи Гражд. Кассац. Департамента 1880 г. № 272. См. также и рѣшенія 1883 г. № 79, 1887 г. № 34.

Затѣмъ есть еще одно — также мнимое — исключеніе изъ общаго правила о допустимости виндикаціи. Это — ст. 1301 1 ч. X т., которая говоритъ:

Если имущество будетъ продано или заложено наследниками по закону до открытія спора, то продажа сія и залогъ, яко учиненные на имѣніе свободное и безспорное, суть дѣйствительны даже и въ томъ случаѣ, когда домашнее завѣщаніе будетъ признано и утверждено законнымъ порядкомъ. Продажа и залогъ, до представленія для утвержденія къ исполненію того завѣщанія совершившіеся, не уничтожаются, но полученные по купчей или закладной деньги взыскиваются безъ процентовъ въ пользу того, кому по завѣщанію имѣніе будетъ присуждено.

Итакъ, продажа имущества наследникомъ по закону до представленія завѣщанія къ утвержденію оказывается дѣйстви-

тельною; она не уничтожается, и третье лицо, приобретатель, защищается, какъ собственникъ, хотя казалось бы, что по общему правилу здѣсь должна была бы имѣть мѣсто виндикація со стороны наследника по завѣщанію на общемъ основаніи ст. 529 и 609 1 ч. X т.

Гг. Оксз, Змирловъ, Лыкошинъ и Васильковскій видятъ въ этой статьѣ норму *исключительную*, а потому и полагаютъ, что она должна быть всегда толкуема *ограничительно*, т. е. безъ распространенія ея на аналогичные случаи¹⁾.

Обратнаго мнѣнія держатся гг. Ворониковскій и Анненковъ²⁾. Къ этимъ послѣднимъ присоединяемся и мы.

Ту первую теорію особенно подробно выясняетъ и защищаетъ г. Лыкошинъ. Его главный аргументъ при этомъ состоитъ въ томъ самомъ понятіи о незаконности владѣнія, которое принято и нами. Авторъ разсуждаетъ такъ: владѣніе наследника по закону, при наличности завѣщанія, *не законно* а потому оно будетъ незаконнымъ и у всякаго приобретателя отъ него; слѣдовательно, здѣсь, по общему правилу, должна бы имѣть примѣненіе виндикація по ст. 609 1 ч. X т.; если же виндикація въ данномъ случаѣ устраняется, то, значить, это — *исключеніе* изъ общаго правила.

Однако во всей этой аргументаціи мы считаемъ положительно неправильнымъ первое положеніе: о яко-бы *незаконности* владѣнія у наследника по закону при одной только наличности завѣщанія.

Ст. 529 1 ч. X т. говоритъ: „Владѣніе признается добросовѣстнымъ („и незаконнымъ“), прибавляемъ мы совершенно согласно съ г. Лыкошинымъ), если тотъ, кто владѣетъ имуществомъ, не знаетъ, что сіе имущество по закону о наслед-

1) Оксз, Журн. гр. и угол. пр., 1874, кн. 3, стр. 37 сл. Змирловъ, тотъ же Журналъ, 1882, кн. 4, стр. 31; кн. 6, стр. 3. Лыкошинъ, тотъ же Журналъ, 1888, кн. 4, стр. 50, 52, 55, 61. Васильковскій, Учебникъ, II, стр. 159.

2) Ворониковскій, Отчетъ, II, стр. 139, 145 сл. Анненковъ, Система, II, стр. 317 сл.

ствѣ... *принадлежитъ* другому“. Но развѣ можно сказать о наследникѣ, не заявившемъ о своихъ наследственныхъ правахъ, что имущество ему *уже принадлежитъ*? Вѣдь и ст. 1254 1 ч. X т. говоритъ только то, что „право на открывшееся наследство принадлежитъ наследникамъ съ самой кончины владѣльца“. Самое же наследственное имущество будетъ принадлежать ему (хотя бы и съ обратнымъ дѣйствіемъ) только тогда, когда онъ это наследство приметъ и будетъ утверждёнъ въ правахъ наследства. Поэтому-то слѣдующая ст. 1255 сейчасъ же и прибавляетъ, что „наследники властны принять наследство или отречься отъ онаго“. Такимъ образомъ не заявляющій о своихъ правахъ наследникъ является собственникомъ только лишь *возможнымъ*, а не *дѣйствительнымъ*. Пока же по всѣмъ правиламъ закона владѣть, — а можетъ быть, и всегда будетъ владѣть (если наследникъ по завѣщанію не воспользуется своимъ правомъ), — наследникъ по закону. Последняго нельзя упрекнуть рѣшительно ни въ чемъ; онъ можетъ быть добросовѣстнымъ субъективно, и онъ не нарушаетъ ничьихъ такъ правъ, о которыхъ можно было бы сказать, что они уже существуютъ объективно: завѣщаніе само по себѣ еще не производитъ перехода наследственного имущества; наследство должно быть еще принято, и завѣщаніе должно быть еще утверждено. Это подтверждается, наконецъ, и самой ст. 1301: она требуетъ для своего примѣненія, чтобы продажа была совершена „до представленія для утвержденія къ исполненію того завѣщанія“.

Именно въ такомъ смыслѣ надо понимать и второе положеніе ст. 529, въ которомъ говорится только объ „отказѣ“ имущества по духовному завѣщанію: одного „отказа“ со стороны наследодателя не достаточно, нужны еще соответствующія дѣйствія наследника и суда; тогда только произойдетъ переходъ имущества къ наследнику по завѣщанію (хотя-бы и съ обратной силой), и тогда только наследникъ по закону окажется владѣльцемъ *незаконнымъ*, а потому не только потеряетъ власть распоряженія, но и подпадетъ подъ дѣйствіе ст. 609 1 ч. X т.

Наконецъ, иллюстраціей къ ст. 529 служитъ и ст. 1416 1 ч. X т.:

Если одно и то же недвижимое имѣніе будетъ продано двумъ разнымъ лицамъ, то имѣніе утверждается за тѣмъ изъ двухъ покушниковъ, котораго купчая крѣпость совершена прежде.

Здѣсь имѣется въ виду совсѣмъ не тотъ случай, когда у одного покупателя есть уже вполне законченная купчая крѣпость, а у другого имѣется только проектъ ея или что-нибудь подобное; нѣтъ, статья эта предусматриваетъ случай полного совершенія именно *двухъ* купчихъ крѣпостей, одной раньше, а другой позже. Правда, это случай „почти невѣроятный при дѣйствіи нотаріальнаго положенія“, какъ говоритъ г. *Боровиковскій* ¹⁾, но тѣмъ не менѣе ст. 529 имѣетъ въ виду именно эту комбинацію, когда называетъ незаконнымъ владѣльца, не знающаго, что „сіе имущество... на основаніи законнаго акта... принадлежитъ другому“.

Итакъ, законность владѣнія и отчужденія со стороны утвержденного въ правахъ наследника нельзя ставить въ зависимость отъ того обстоятельства, что впоследствии можетъ оказаться, „что въ моментъ отчужденія кто-то имѣлъ основаніе объявить себя собственникомъ, однакожь этого не сдѣлалъ“ ²⁾.

Это наше заключеніе вполне оправдывается и тѣми мотивами, которые г. *Змирловъ* усматриваетъ въ основаніи ст. 1301: „Коль скоро судебная власть признала наследственные права заявившаго о томъ лица, съ соблюденіемъ требованій, указанныхъ 1239 и 1240 ст. 1 ч. X т., то, само собою разумѣется, наследникъ, по отношенію къ третьимъ лицамъ, долженъ считаться собственникомъ наследственнаго имущества. Считаюсь, за тѣмъ, собственникомъ имущества, наследникъ, очевидно, можетъ распоряжаться имъ по своему усмотрѣнію, и, слѣдовательно, можетъ его отчуждать постороннимъ лицамъ... Въ силу законной презумпціи и молчанія наследниковъ по завѣщанію, онъ долженъ считаться собственникомъ въ глазахъ тре-

¹⁾ *Боровиковскій*, Отчетъ, II, стр. 145.

²⁾ *Боровиковскій*, тамъ же, стр. 142 сл.

тѣхъ лицъ, и совершенная имъ продажа не можетъ подлежать уничтоженію. Вступленіе въ наследственные права совершается при участіи общественной власти; далѣе, та же власть, утверждая акты укрѣпленія въ пользу третьяго лица, дала тѣмъ самымъ этому послѣднему какъ-бы ручательство въ правильности передачи имущества“ ¹⁾.

Положимъ, среди этихъ же разсужденій тотъ же самый авторъ утверждаетъ, что „такъ называемый наследникъ не имѣлъ правъ собственности на проданное имущество ни въ моментъ утвержденія въ правахъ наследства, ни въ моментъ продажи“. Но это касается *толкованія* закона, а не его мотивировки, и это толкованіе мы считаемъ опровергнутымъ всѣмъ тѣмъ, что сказано выше, а здѣсь мы принимаемъ мнѣніе г. *Анненкова*, по которому интересующій насъ наследникъ *имѣетъ* право собственности, но только это право *отмѣняемое*: завѣщаніе можетъ быть утверждено, и *тогда* это право будетъ отмѣнено, а *до* этого момента оно вполне дѣйствительно.

Здѣсь предъ нами совсѣмъ не то явленіе, когда лицо управомоченное не пользуется своимъ правомъ виндикаціи по небрежности, и потому имущество фактически остается въ рукахъ неуправомоченнаго и незаконнаго владѣльца. Нѣтъ, здѣсь надо имѣть въ виду *последовательность* въ призваніи къ наследованію и вытекающее изъ нея правило: если—и пока—не принимаетъ наследства *ближайшій* наследникъ, призывается,— и можетъ вступить въ наследство, — *слѣдующій* по порядку призванія наследникъ, при чемъ права этого послѣдняго такъ же дѣйствительны и законны, какъ и права того перваго бездѣйствующаго.

Признаніе права собственности за наследникомъ по закону, при наличности завѣщанія, оправдывается еще и тѣмъ, что въ это же самое время нѣтъ никакой возможности признать это право за наследникомъ по завѣщанію до утвержденія этого завѣщанія. Признать это послѣднее можно было бы только

¹⁾ *Змирловъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1882, кн. 6, стр. 2 сл.

въ томъ случаѣ, если бы все завѣщанія были извѣстны суду, и если бы судъ *ex officio* и *proprio motu* вручалъ наследственное имущество надлежащему наследнику, — если бы ст. 1254 говорила не о правѣ, а объ имуществѣ, и еслибы, наконецъ, не допускалось отреченіе отъ наследства. Только при этихъ условіяхъ можно было бы сказать, что наследникъ по закону, при наличности завѣщанія, владѣетъ имуществомъ, которое „по закону о наследствѣ принадлежитъ другому,“ которому оно „отказано“. А такъ какъ ни одного изъ указанныхъ условій нѣтъ (да и быть не можетъ), то и сказать этого нельзя.

Наконецъ, только съ нашей точки зрѣнія объяснимо, почему ст. 1301 такъ безразлично относится къ вопросу о добровольности третьихъ лицъ, приобретателей; это не было бы такъ, еслибы у наследниковъ было не право собственности, а одно только владѣніе.

Въ виду всего изложеннаго, — повторяемъ, — владѣніе наследника по закону, не смотря на существованіе завѣщанія, надо признать вполне законнымъ и не только изъ-за внѣшней законности его приобретения, но и по внутреннему существу его.

Этимъ подрывается самое основаніе выводовъ г. *Лыкошина*, а потому должна пасть и его теорія.

Изъ представленныхъ нами соображеній вытекаетъ, что ст. 1301 представляетъ собою не исключеніе, а выводъ изъ того общаго правила, что собственникъ можетъ распоряжаться своимъ имуществомъ вполне свободно, а потому и приобретения третьихъ лицъ должны быть признаваемы вполне дѣйствительными. Создана же ст. 1301 для устраненія возможныхъ сомнѣній по вопросу о томъ, можно ли то же самое утверждать и тогда, когда право собственности *отмѣнено*, и сохраняютъ ли свою дѣйствительность приобретения третьихъ лицъ *послѣ* такой отмѣны. — Ст. 1301, какъ видимъ, отвѣчаетъ на эти вопросы утвердительно.

А если все это такъ, то мы приходимъ и къ дальнѣйшему заключенію, что ст. 1301 подлежитъ *распространительному* толкованію. Напр., ее слѣдуетъ относить и къ тѣмъ обратнымъ

случаямъ, когда наследники *по завѣщанію* принимаютъ наследство и совершаютъ отчужденія до открытія спора со стороны наследниковъ *по закону*.

Въ этомъ послѣднемъ смыслѣ высказался и Сенатъ въ рѣшеніи Гражд. Кассац. Департамента 1879 г. № 50. Но затѣмъ въ рѣшеніяхъ 1883 г. № 79 и 1887 г. № 34 Сенатъ сталъ на противоположную точку зрѣнія, усматривая въ ст. 1301 норму *исключительную*, а потому и подлежащую *ограничительному* толкованію.

Однако въ рѣшеніи 1891 г. № 105 Сенатъ опять возвратился къ своему прежнему взгляду на ст. 1301: статья эта, говорится тамъ, „не составляетъ правила исключительнаго, но какъ бы служить примѣненіемъ къ частному случаю другого общаго положенія, прямо не выраженнаго въ законѣ“, а потому „правило означенной статьи не можетъ не быть принято во вниманіе при разрѣшеніи вопросовъ, имѣющихъ близкую связь и аналогію съ случаемъ, въ ней предусмотрѣннымъ.“ Таково же и рѣшеніе 1894 г. № 5.

Принятое нами толкованіе ст. 1301 совсѣмъ не противорѣчитъ тому, что нами сказано выше, на стр. 443, по поводу казуса, предложеннаго проф. *Загоровскимъ* (имущество приобретается путемъ угрозы и затѣмъ отчуждается третьему добровольному лицу; мы тамъ *допустили* виндикацію).

Противорѣчіе можетъ показаться въ слѣдующемъ: при одинаковомъ бездѣйствіи управомоченнаго лица, результаты получаются различные: въ одномъ случаѣ (ст. 1301) приобретение третьихъ лицъ остаются дѣйствительными, а въ другомъ случаѣ (казусъ проф. *Загоровскаго*) они уничтожаются.

Однако противорѣчіе это только внѣшнее. Въ первомъ случаѣ наследникъ по закону, вступая во владѣніе имуществомъ, *осуществляетъ* свое право, а извѣстно, что *peius laedit, qui suo jure utitur*; во второмъ же случаѣ приобретающій имущество путемъ угрозы *нарушаетъ норму права*, ибо вымогательство не признается способомъ приобретения правомѣрнымъ. Отсюда — законность владѣнія въ первомъ случаѣ и незаконность во второмъ. Отсюда же безповоротность от-

чужденія и приобрѣтенія въ первомъ случаѣ и примѣненіе виндикаціи во второмъ.

Наконецъ, отмѣтимъ, что ст. 1301 относится не только къ недвижимостямъ, но и къ движимостямъ. Это вытекаетъ изъ того, что наслѣдникъ по завѣщанію получаетъ вознагражденіе не только за отчужденную недвижимость, но, конечно, и за движимость; значить, судьба ихъ одинакова¹⁾.

Третьимъ—и послѣднимъ—мнимымъ исключеніемъ является ст. 1213 Устава Гражданскаго Судопроизводства:

Цѣна ненайденнаго имущества, которое было отсуждено судомъ, или части онаго, взыскивается, по опредѣленію суда, съ прочаго имущества отвѣтчика.

Гражданскій Кассац. Департаментъ Сената въ рѣшеніи своемъ 1884 г. № 6, въ которомъ онъ вообще высказался за защиту у насъ добросовѣстнаго приобрѣтенія, усматриваетъ „подтвержденіе“ этой своей теоріи и въ приведенной ст. 1213: цѣна ненайденнаго имущества взыскивается съ прочаго имущества должника, а розысканіе и отобраніе вещи отъ того, у кого она находится, не допускается²⁾.

Здѣсь рѣшающую роль играетъ вопросъ о томъ, что надо разумѣть подъ имуществомъ „ненайденнымъ“. Есть ли это имущество, уничтоженное или, по крайней мѣрѣ, отчужденное и неизвѣстно гдѣ находящееся, такъ что, при всемъ желаніи собственника, виндикація оказывается прямо неосуществимой, или же это есть имущество, только лишь не находящееся налицо у должника, такъ что виндикація, сама по себѣ, была бы возможна?

Сенатъ въ указанномъ рѣшеніи, очевидно, допускаетъ

¹⁾ Оксв, Журн. гр. и угол. пр., 1874, кн. 3, стр. 37.

²⁾ Такъ и проф. Васильевскій въ Журн. Мин. Юст., 1895, № 1, стр. 73. Но въ его же Учебникѣ, II, стр. 158 сл. этого „исключенія“ уже нѣтъ. Ср. Елеонскаго, Журн. гр. и угол. пр., 1893, кн. 1, стр. 45 сл.

и этотъ послѣдній отвѣтъ, а мы считаемъ правильнымъ только первое предположеніе. Но мы при этомъ говоримъ: сама по себѣ ст. 1213 совершенно одинаково допускаетъ оба эти отвѣта; выборъ же между ними можетъ быть сдѣланъ лишь въ зависимости отъ такого или иного рѣшенія вопроса о виндикаціи закономъ гражданскимъ. Сенатъ видитъ въ этомъ законѣ принципъ защиты добросовѣстнаго владѣнія, и, съ этой точки зрѣнія, его толкованіе ст. 1213 послѣдовательно. Видѣть же въ ст. 1213 „подтвержденіе“ той же самой теоріи во всякомъ случаѣ не правильно, такъ какъ статья эта имѣетъ значеніе лишь формальное: она, такъ сказать, состоитъ на службѣ у законовъ гражданскихъ.

Итакъ, мы до сихъ поръ обосновывали общее правило о виндикаціи во всѣхъ его проявленіяхъ и устраняли мнимые случаи исключеній изъ него¹⁾.

Теперь мы переходимъ, наконецъ, къ действительнымъ исключеніямъ изъ общаго правила.

Первымъ такимъ исключеніемъ является ст. 569 Устава Судопроизводства Торговаго. Статья эта говоритъ:

Если у несостоятельнаго найдены будутъ въ наличности такіе товары, кои до открытія несостоятельности препоручены ему были въ качествѣ комисіонера, единственно для очистки пошлинъ и для дальнѣйшаго отправленія въ мѣсто ихъ назначенія, то сіи товары принадлежатъ ихъ хозяину и должны быть ему или повѣренному его выданы безостановочно, со взысканіемъ съ него только издержекъ, несостоятельнымъ употребленныхъ. Но если при томъ откроется, что такой комисіонеръ товары, единственно

¹⁾ Говорятъ еще о защитѣ приобрѣтеній по торговымъ сдѣлкамъ, а также приобрѣтеній на рынкахъ, базарахъ и т. п.; но для этого мнѣнія нѣтъ никакихъ основаній въ законѣ. — Анненковъ, Система, II, стр. 320.

для отправленія ему вѣренныя, безъ согласія того, кому они назначены были, продать, или коносаменты ихъ въ другія руки съ полученіемъ за нихъ денегъ передать, то онъ предается уголовному суду, какъ злонамѣренный банкротъ; покупатель же товаровъ, заплатившій за нихъ деньги, остается въ правѣ своемъ неприкосновеннымъ, развѣ бы доказано было, что онъ участвовалъ въ умыслѣ съ несостоятельнымъ.

Изъ примѣчанія къ этой статьѣ мы далѣе узнаемъ, что въ 1876 г. Государственный Совѣтъ распространилъ дѣйствіе этой статьи *и на закладъ* движимостей при тѣхъ же условіяхъ и обстоятельствахъ¹⁾.

Итакъ, если комисіонеру вѣрятся товары не для продажи или мѣны (ср. ст. 566 того же Устава), а для очистки пошлины и для дальнѣйшаго ихъ отправленія, то, въ случаѣ несостоятельности комисіонера, товары эти не идутъ въ конкурсную массу, а подлежатъ выдачѣ вѣрившему ихъ собственнику *in natura*. Если же однако такой комисіонеръ успѣетъ уже продать или заложить эти товары, то третьи лица, пріобрѣвшія ихъ добросовѣстно и уже заплатившія за нихъ деньги, вполне защищаются приведенной статьѣй отъ виндикаціи потерпѣвшаго собственника²⁾.

¹⁾ Это примѣчаніе гласитъ такъ: Въ 1876 году, Государственнымъ Совѣтомъ, по частному дѣлу, разъяснено, что, хотя въ сей. (569) статьѣ не упоминается прямо о закладѣ комисіонеромъ товаровъ, но по общему смыслу и значенію сего закона, имѣющаго въ виду возмездное отчужденіе имущества, нѣтъ основанія исключать и залогъ изъ дѣйствія сей статьи, ибо и залогъ есть не что иное, какъ отчужденіе права распоряженія, составляющаго нераздѣльную принадлежность права собственности (Зак. Гражд., ст. 420, 1627).

²⁾ *Удинцевъ*, Кіев. Унив. Изв., 1900, № 4, стр. 185. *Анленковъ*, Система, II, стр. 319. *Васюновскій*, Учебникъ, II, стр. 158 сл. *Елеонскій*, Журн. гр. и угол. пр., 1893, кн. 1, стр. 46. Ср. *Люстиха*, Журн. гр. и угол. пр., 1878, кн. 3, стр. 27.

Эта норма мелко казуистична: она говоритъ о *товарахъ*, а не о вещахъ вообще, и имѣетъ въ виду лишь *коммисіонеровъ*, а не вообще лицъ, которымъ вѣрятся чужія вещи, да и комисіонеры фигурируютъ здѣсь лишь въ случаяхъ своей *несостоятельности*.

Спрашивается: должна ли статья эта примѣняться въ указанныхъ узкихъ границахъ, или же она подлежитъ распространительному толкованію?

Государственный Совѣтъ, подводя сюда и закладъ, истолковалъ эту статью въ ея же *узкихъ* предѣлахъ, такъ какъ въ примѣчаніи говорится о закладѣ (это—нѣчто меньшее, чѣмъ продажа), совершенномъ все тѣмъ же комисіонеромъ. Правда, Госуд. Совѣтъ сдѣлалъ это по одному *частному* случаю.

Иначе посмотрѣлъ на этотъ вопросъ Сенатъ: въ рѣшеніи 1884 г. № 6 Гражд. Кассац. Департаментъ въ статьѣ этой усмотрѣлъ частное проявленіе *общаго* принципа русскаго гражданскаго права о защитѣ добросовѣстныхъ пріобрѣтателей, а потому и призналъ необходимымъ толковать ее распространительно въ духѣ этого принципа.

Мы, съ своей стороны, настаиваемъ на исключительности разобранной статьи, а потому и на необходимости толковать ее ограничительно. Это вытекаетъ изъ общности основныхъ принциповъ въ гражданскомъ и торговомъ правѣ и изъ субсидіарности перваго по отношенію ко второму. Гражданскіе законы, какъ мы ихъ понимаемъ, за общее правило признаютъ абсолютность виндикаціи. При отсутствіи общихъ опредѣленій по этому вопросу въ нашемъ торговомъ уставѣ, то же самое общее правило должно быть принято и для этого послѣдняго. Если затѣмъ какая-либо статья торговаго устава говоритъ нѣчто, идущее въ разрѣзъ съ этимъ общимъ правиломъ, то и толкованіе этого отступленія можетъ быть только ограничительнымъ.

Такъ же точно смотритъ на это и Сенатъ, но только онъ въ указанномъ рѣшеніи въ обратномъ намъ смыслѣ толкуетъ соотвѣтствующія статьи 1 ч. X т.

Второе дѣйствительное исключеніе изъ общаго принципа о виндикаціи находимъ мы въ ст. 1061 Устава Гражданскаго Судопроизводства:

Проданные съ публичнаго торга предметы во всякомъ случаѣ оставляются за покупщикомъ¹⁾.

Подобныя постановленія мы видѣли и въ западно-европейскихъ законодательствахъ. Здѣсь охраняется и обезпечивается довѣріе къ дѣйствіямъ власти.

Замѣчательно, что защита пріобрѣтателей здѣсь доходитъ до того, что даже вещи *краденныя* не подлежатъ виндикаціи²⁾.

Законъ ничего не говоритъ о добросовѣстности пріобрѣтателя. Изъ этого мы заключаемъ, что она и не нужна: вещь будетъ „во всякомъ случаѣ“ оставлена за покупщикомъ. Законъ очень энергично охраняетъ прочность „аукціоннаго оборота“. Эта энергія просвѣчиваетъ и въ ст. 1092 того же Устава, по которой „лицо, находящее, что ему принадлежитъ какое-либо право на описанное имущество“ *обязано* предъявить соответствующій искъ въ судѣ. Если же заинтересованныя лица бездѣйствуютъ, то продажа не разрушается. Это, впрочемъ, не освобождаетъ недобросовѣстнаго покупщика отъ обязанности уплатить потерпѣвшему собственнику убытки по ст. 684 1 ч. X т., по которой „всякій обязанъ вознаградить за вредъ и убытки, причиненные кому-либо его дѣяніемъ или упущеніемъ, хотя бы сіе дѣяніе или упущеніе и не составляли ни преступленія, ни проступка“. Ср. рѣш. Гр. Деп. Сената 1896 г. № 21.

Третьимъ интереснымъ для насъ случаемъ является тотъ, когда виндикантъ-собственникъ не можетъ указать индивидуальныхъ признаковъ виндицируемой вещи, — когда онъ не можетъ доказать *тождества* вещи.

¹⁾ Анненковъ, Система, II, стр. 319. Васильевскій, Учебникъ, II, стр. 158. Его же статья въ Журн. Мин. Юст., 1895, № 1, стр. 68, 72 сл. Щелловитовъ, Журн. гр. и угол. пр., 1890, кн. 2, стр. 37. Рѣшенія Гражд. Кассац. Департамента 1877 г. № 167 и 1880 г. № 2.

²⁾ Такъ высказался Гражд. Кассац. Департаментъ въ рѣшеніяхъ 1882 г. № 16 и 1896 г. № 70.

Это относится къ вещамъ замѣнимымъ, опредѣляемымъ мѣрой, счетомъ и вѣсомъ.

Здѣсь виндикація просто не осуществима по невозможности ея проведенія; для устраненія виндикаціи здѣсь даже не нужно никакого спеціальнаго указанія въ законѣ, такъ какъ это устраненіе само собой вытекаетъ изъ самой сущности права собственности и виндикаціи: какъ нельзя быть собственникомъ, напр., *вообще какой-нибудь* лошади, такъ и виндцировать нельзя *какую-нибудь* лошадь, *какую-нибудь* книгу и т. п.; для того и другого пригодны только *res in specie*.

И конечно, всякій разъ, когда установленіе тождества оказывается возможнымъ, сейчасъ же допускается и виндцированіе (когда для послѣдняго, конечно, есть основаніе)¹⁾.

Однако во всемъ этомъ нельзя видѣть „ограниченіе“ виндикаціи. Объ ограниченіи можно говорить только тогда, когда виндикація сама по себѣ вполне *возможна*, но по какому-либо основанію въ данномъ случаѣ устраняется. Здѣсь же мы имѣемъ случай именно *невозможности* ея примѣненія.

Здѣсь мы подходимъ къ очень интересному — и также спорному — вопросу о виндикаціи *денегъ и бумагъ на предъявителя*.

Остановимся сначала на послѣднихъ. Мы не будемъ говорить подробно объ этихъ бумагахъ, объ ихъ *существенныхъ* характеристическихъ чертахъ и т. д., такъ какъ, во 1-хъ, вопросы эти требуютъ спеціальнаго изслѣдованія, котораго мы не предпринимаемъ, а во 2-хъ, *въ общихъ чертахъ* (только въ этихъ границахъ мы и будемъ говорить) все это извѣстно каждому юристу. Отмѣтимъ только слѣдующее: во 1-хъ, обращаемость бумагъ на предъявителя, въ качествѣ платежнаго средства или мѣрила цѣнностей, почти равна обращаемости денегъ, хотя несомнѣнно и уступаетъ имъ; во 2-хъ, индивидуальная

¹⁾ Оксъ, Журн. гр. и угол. пр., 1874, кн. 3, стр. 7 сл. Елеонскій, Журн. гр. и угол. пр., 1893, кн. 1, стр. 53 сл. Анненковъ, Система, II, стр. 320.

различимость бумагъ на предъявителя совсѣмъ равна различимости кредитныхъ билетовъ (но не монетъ), но только она практически гораздо легче осуществима (см., напр., французское законодательство) вслѣдствіе только-что указанной *меньшей* обращаемости сравнительно съ бумажными деньгами; надо только прибавить, что у насъ нѣтъ никакой специальной организаціи для публикацій объ утраченныхъ бумагахъ на предъявителя.

Бумаги на предъявителя появляются у насъ съ 1859 г. ¹⁾ Съ того же времени появляется и специальное законодательство о нихъ.

Теперь оно собрано въ Уставѣ Кредитномъ (Сводъ Зак., т. XI, ч. 2). Такъ, ст. 82 раздѣла II-го говоритъ:

Безыменные билеты государственныхъ займовъ передаются изъ рукъ въ руки безъ надписей, и владѣльцемъ ихъ признается держатель билета.

Здѣсь — специальная норма сходная со ст. 534 1 ч. X т., но только съ тѣмъ существеннымъ отличіемъ отъ нея, что здѣсь нѣтъ прибавки: „доколѣ противное не будетъ доказано“. При этомъ нельзя думать, что эта прибавка здѣсь разумѣется сама собою ²⁾; нѣтъ, ст. 99 раздѣла III-го Устава Кредитнаго прямо отвергаетъ такое предположеніе:

Объявленія объ утратѣ купоновъ или купонныхъ листовъ, принадлежащихъ къ банковымъ билетамъ, не принимаются ³⁾.

Такимъ образомъ утратившему безыменный билетъ оста-

¹⁾ Щелловитовъ, Журн. гр. и угол. пр., 1890, кн. 2, стр. 38 сл.

²⁾ Таково мнѣніе кн. Урусова; его поддерживает и г. Щелловитовъ, Журн. гр. и угол. пр., 1890, кн. 2, стр. 43, 45.

³⁾ См. и II-е Собр. Зак., т. XL, 1865, № 42105. Сюда же относится ст. 107 того же раздѣла. Ср. Именной Указъ Министру Финансовъ, III-е Собр. Зак., т. XV, 1895 г., № 11314.

ется вѣдаться съ похитителемъ, находчикомъ и т. д. ¹⁾; правомѣрные же и добросовѣстные пріобрѣтатели — третьи лица — смогутъ безпрепятственно осуществлять всѣ права, вытекающія изъ бумагъ на предъявителя, такъ какъ они считаются *собственниками* этихъ бумагъ, и споры противъ нихъ не допускаются.

Кн. Урусовъ говоритъ, что при такомъ толкованіи приведенныхъ статей пришлось бы признать собственникомъ *всякаго* держателя бумаги на предъявителя, хотя бы онъ самъ былъ похитителемъ даннаго билета ²⁾.

Однако этотъ выводъ не вытекаетъ изъ принятаго нами толкованія. Уголовная репрессія за кражу, утайку, растрату и т. п. держится не прибавкой къ ст. 534 1 ч. X т. о доказываніи противнаго, и, съ другой стороны, отсутствіе этой прибавки въ законахъ о бумагахъ на предъявителя не отмѣняетъ уголовной репрессіи, какъ ея не отмѣнила во Франціи ст. 2279 Кодекса Наполеона. Общее правило, что преступленіе не можетъ быть средствомъ для пріобрѣтенія правъ, остается въ силѣ даже и при защитѣ добросовѣстнаго владѣнія. Нормы, вводящія эту защиту, никогда не имѣютъ въ виду похитителей и имъ подобныхъ лицъ, — это само собой разумѣется; эти нормы всегда имѣютъ въ виду только *третьихъ* лицъ, когда они пріобрѣтаютъ чужое имущество *добросовѣстно*.

У насъ въ литературѣ господствующее мнѣніе высказывается за недопущеніе виндикаціи бумагъ на предъявителя отъ третьихъ добросовѣстныхъ лицъ даже въ случаяхъ кражи ³⁾. Но есть и обратныя мнѣнія ⁴⁾.

¹⁾ Какъ это было прямо указано въ ст. 101 прежняго вексельнаго устава.

²⁾ Журн. гр. и угол. пр., 1890, кн. 2, стр. 43.

³⁾ Удинцевъ, Кіев. Унив. Изв., 1900, № 4, стр. 185. Цитовичъ, Учебникъ, I, стр. 192. Его же Очеркъ, стр. 139 сл. Нерсисовъ, Торгов. пр., стр. 162 сл. Елеонскій, Журн. гр. и уг. пр., 1893, кн. 1, стр. 57 сл. Оксъ, Журн. гр. и угол. пр., 1874, кн. 3, стр. 15, 21. Люстихъ, Журн. гр. и угол. пр., 1878, кн. 3, стр. 25 сл.

⁴⁾ Анненковъ, Система, II, стр. 320. Щелловитовъ, Журн. гр. и

Въ смыслѣ господствующаго ученія высказывается и Кассационный Сенатъ, распространившій защиту пріобрѣтенія на *все* бумаги на предъявителя, выпускаемыя не только государствомъ, но и частными учрежденіями съ разрѣшенія правительства ¹⁾.

Это распространеніе намъ кажется вполне правильнымъ. Это совсѣмъ не то распространительное толкованіе, которое къ законамъ исключительнымъ не примѣнимо; это — „заключеніе на основаніи полного (реальнаго) тождества“ ²⁾: если законъ защищаетъ пріобрѣтеніе *однѣхъ* бумагъ на предъявителя, то онъ не можетъ не защищать и другихъ *такихъ же* бумагъ на предъявителя. Узкая же формулировка приведенныхъ нами статей Устава Кредитнаго объясняется, во 1-хъ, тѣмъ, что онѣ изданы по специальному случаю выпуска *однихъ* опредѣленныхъ билетовъ, а во 2-хъ, тѣмъ, что у насъ еще не было общаго пересмотра нашего законодательства: тогда казуистическія опредѣленія несомнѣнно были бы обобщены.

Теперь переходимъ къ вопросу о *деньгахъ*.

Г. *Оксъ* считаетъ виндикацію здѣсь также недопустимой: если третье лицо добросовѣстно получило въ уплату деньги, не принадлежавшія плательщику, то виндикація устраняется даже тогда, когда эти деньги оказываются краденными ³⁾.

Это положеніе оправдывается, по мнѣнію г. *Окса*, прежде всего особой природою и экономической функціей денегъ, а кромѣ

угол. пр., 1890, кн. 2, стр. 45, 50. См. еще по этому вопросу *Васковскаго*, Журн. Мин. Юст., 1895, № 1, стр. 73, *Поблдоносцева*, Курсъ, III, стр. 252, *Пестржецкаго*, Журн. гр. и угол. пр., 1874, кн. 1, стр. 103 и протоколы засѣданій Московскаго Юридическаго Общества, — Юридич. Вѣстн., 1872, № 4.

¹⁾ Рѣшенія Общаго Собранія Сената 1884 г. № 18 и 42. Рѣшеніе Гражданскаго Кассац. Департамента 1885 г. № 27 и 1886 г. № 33. См. еще *Брунгъ*, Юридическ. Вѣстн., 1886, № 12, стр. 714 сл. *Мгшицъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1887, кн. 9, стр. 16 сл.; кн. 10, стр. 127 сл.

²⁾ Объ этомъ приемѣ толкованія — *Васковскій*, Ученіе о толкованіи, стр. 211 сл.

³⁾ *Оксъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1874, кн. 3, стр. 10 сл.

того, оно находитъ для себя оправданіе и въ положительномъ законѣ: къ деньгамъ *не примѣнны* ст. 1511 и 1512 1 ч. X т., такъ какъ деньги не могутъ быть объектомъ *купли-продажи*. А если виндикаціи не подлежатъ деньги *краденныя*, то нѣтъ основанія различать въ этомъ отношеніи деньги, добытыя и всякимъ другимъ преступленіемъ.

Въ такомъ же смыслѣ высказалось и Общее Собраніе Сената въ рѣшеніяхъ своихъ 1884 г. № 18 и 42.

Все это, по мнѣнію г. *Окса*, не можетъ, конечно, относиться къ монетамъ стариннымъ, къ деньгамъ, вышедшимъ изъ обращенія, и къ деньгамъ иностраннымъ, потому что это уже не „деньги“ въ обычномъ смыслѣ этого слова, и указанные мотивы ограниченія виндикаціи, — какъ экономическіе, такъ и юридическіе, — къ нимъ не относятся.

Г. *Анненковъ* считаетъ эти соображенія неубѣдительными, а потому и деньги подчиняетъ тому же правилу о виндикаціи, что и прочія замѣнимыя вещи: виндикація устраняется только при индивидуальной неразличимости ихъ ¹⁾.

Мы также считаемъ эти доводы г. *Окса* недостаточными. Во 1-хъ, обращать вниманіе на особую природу и значеніе денегъ въ экономической жизни уместно только тогда, когда рѣчь идетъ *de lege ferenda*; если же говорятъ *de lege lata*, то надо держаться правила: *dura lex, sed lex*. Во 2-хъ, непримѣнимость ст. 1511 и 1512 къ деньгамъ далеко еще не обозначаетъ непримѣнимости къ нимъ и виндикаціи: правило объ абсолютности виндикаціи стоитъ и держится совсѣмъ не на ст. 1511 и 1512, а на ст. 609 и другихъ, изъ которыхъ вытекаетъ и сама ст. 1512.

Тѣмъ не менѣе самое рѣшеніе г. *Окса* мы считаемъ вполне правильнымъ во всей его полнотѣ, но, конечно, — по другому основанію.

Основаніе это состоитъ въ слѣдующемъ. Если законъ защищаетъ добросовѣстныхъ пріобрѣтенія *бумагъ на предъявите-*

¹⁾ *Анненковъ*, Система, II, стр. 320.

ли, то *тѣмъ болѣе* онъ не можетъ не защищать такихъ же пріобрѣтеній *денегъ* какъ металлическихъ, такъ и бумажныхъ, потому что всѣ основанія, вызвавшія защиту пріобрѣтеній бумажъ на предъявителя, проявляются еще съ большей силой въ деньгахъ.

Здѣсь мы дѣлаемъ не только заключеніе на основаніи полнаго (реального) тождества, но и заключеніе а *majori ad minus*¹⁾.

Такимъ образомъ выходитъ, что до появленія узаконеній о бумагахъ на предъявителя мы приняли бы рѣшеніе г. *Анненкова*, а *теперь* принимаемъ рѣшеніе г. *Окса*.

Это и всѣ исключенія изъ общаго принципа о допустимости виндикаціи, насколько дѣло касается пріобрѣтенія третьимъ лицомъ *права собственности*.

Но затѣмъ русское законодательство знаетъ еще одинъ случай ограниченія виндикаціи, когда допускается пріобрѣтеніе *закладного права* отъ лица, не управомоченнаго на закладъ данной вещи.

Объ этомъ говорить ст. 28 Положенія о Ссудныхъ Казнахъ (Уставъ Кредитный, Сводъ Зак., т. XI, ч. 2, разд. IX):

Хотя бы въ Ссудную Казну поступили въ залогъ краденныя вещи, она за то не отвѣтствуетъ; если же владѣлецъ вещей о такомъ залогѣ освѣдомится, то долженъ представить письменное свидѣтельство изъ присутственнаго мѣста о принадлежности ему тѣхъ вещей, и тогда имѣетъ право оныя выкупить; если же вещи проданы, то, за вычетомъ выданнаго подъ нихъ капитала, процентовъ и аукціонной платы, выданы ему остающіяся деньги.

Итакъ, по общему правилу ст. 1664 1 ч. X т., заложенное чужое имущество возвращается хозяину, „а заимодавцу предоставляется взыскивать деньги по акту залога съ заклад-

¹⁾ *Васильковскій*, Ученіе о толкованіи, стр. 211 сл., 218 сл.

чика^а, а здѣсь какъ-разъ наоборотъ, — хозяинъ имѣетъ право только *выкупить* свою же собственную вещь; закладное же право Ссудной Казны остается ненарушимымъ, и это даже въ томъ случаѣ, когда вещь была краденая¹⁾.

Аналогичныя постановленія имѣются и въ другихъ уставахъ обществъ для залога движимостей²⁾.

Итакъ, русское право не признаетъ *принципально* защиты добросовѣстнаго владѣнія; оно держится римскаго принципа неограниченности виндикаціи и лишь *въ отдельныхъ случаяхъ* допускаетъ *исключенія* изъ этого принципа.

§ 2. Право Царства Польскаго.

Польша жила своимъ собственнымъ правомъ только во времена независимости, которыя продолжались до конца XVIII в.

Послѣ паденія Рѣчи Посполитой та часть ея, которая теперь составляетъ Царство Польское, подчинена была законамъ прусскимъ и австрійскимъ, а съ образованіемъ Герцогства Варшавскаго они замѣнены были въ 1808—1810 гг. Кодексомъ Наполеона, который тамъ дѣйствуетъ и понынѣ³⁾.

¹⁾ *Васильковскій*, Журн. Мин. Юст., 1898, Май, стр. 127. Его же Учебникъ, II, стр. 58. *Елеонскій*, Журн. гр. и угол. пр., 1893, кн. 1, стр. 44 сл. *Щеголовитовъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1890, кн. 2, стр. 35. *Харламовъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1889, кн. 1, стр. 13. Рѣшеніе Общаго Собранія Сената 1896 г. № 31.

²⁾ *Доверька*, Посobie, часть осбб., вып. 1, стр. 55.

³⁾ *Заборовскій*, Гражд. право, стр. 17 сл. *Пахманъ*, Пет. кодиф., II, стр. 414 сл. *Шершеневичъ*, Курь гр. пр., I, 2, стр. 445 сл.— Введеніе Кодекса Наполеона, говорить г. *Рейнке*, признавалось современниками народнымъ бѣдствіемъ: Кодексъ никому не былъ извѣстенъ и расходился съ аристократическими понятіями общества, а семейственное право даже оскорбляло религію. — Журн. Мин. Юст., 1901, № 8, стр. 9. О томъ же говорить и *Skarbek*, Dzieje, II, str. 78. Однако затѣмъ, въ скоромъ времени, семейственное право было радикально измѣнено согласно пожеланіямъ католическаго духовенства (возстановленъ церковный бракъ), были введены по прусскому и отчасти фран-

Выше, въ главѣ II, посвященной французскому праву (стр. 92 сл.) мы уже изложили ученіе Кодекса Наполеона по нашему вопросу, выраженное главнымъ образомъ въ ст. 2279 и 2280.

Эти же самыя статьи дѣйствуютъ и въ Царствѣ Польскомъ; нужно только имѣть въ виду, что въ Царствѣ Польскомъ нѣтъ *второй* части ст. 2280, которая введена во Франціи закономъ 11 Юля 1892 г.¹⁾; отмѣнена также и ст. 2102.

Ст. 2279 Кодекса Наполеона примѣняется въ Царствѣ Польскомъ наряду со ст. 777 русскаго Устава Уголовнаго Судопроизводства. Но это дѣла не измѣняетъ: какъ мы говорили выше, ст. 777, возстановляя прежнее *фактическое* положеніе, нарушенное преступленіемъ, отнюдь не предрѣшаетъ *юриди-*

цузскому образцу ипотечные уставы, и теперь Польша гордится своимъ гражданскимъ правомъ, а въ его особенностяхъ и отличіяхъ отъ права русскаго политики даже усматриваютъ *одно* изъ основаній для введенія въ Царствѣ Польскомъ автономіи... Оставляя совершенно въ сторонѣ этотъ послѣдній вопросъ, какъ вопросъ политическій, а не юридическій, и оставаясь всецѣло на почвѣ интересовъ гражданскаго и торговаго оборота, мы не можемъ однако не замѣтить, что *вообще* на мѣстныхъ особенностяхъ и партикуляризмахъ частнаго права — да еще въ одномъ и томъ же государствѣ — не только не слѣдуетъ чего-либо строить, но даже наоборотъ, — необходимо и самыя эти особенности по возможности сглаживать и уничтожать, — словомъ, необходимо стремиться къ *унификации* частнаго права; эту тенденцію мы наблюдаемъ на всемъ протяжении исторіи современныхъ законодательствъ; она же оправдывается и современной дѣйствительностью, если обратить вниманіе на теперешніе пути и средства сообщенія, на колоссальное развитіе имущественнаго оборота не только внутренняго, но и международнаго и на постоянныя перемѣщенія какъ людей, субъектовъ права, такъ и ихъ юридическихъ отношеній и сдѣлокъ; подчиненіе тѣхъ и другихъ каждый разъ инымъ и особымъ нормамъ права не всегда удобно и выгодно, часто вызываетъ затрудненія и споры и такимъ образомъ нерѣдко даже приводитъ къ убыточнымъ неожиданностямъ; ничего бы этого не было при *единствѣ* такой по преимуществу космополитической отрасли права, какъ право частное и особенно — имущественное.

¹⁾ См. выше, стр. 166.

ческаго вопроса о правѣ собственности на данную вещь: если эта вещь отбирается отъ третьяго лица для реституціи потерпѣвшему отъ преступленія, то это еще не значитъ, что это же самое третье лицо не сможетъ получить потомъ ту же самую вещь обратно по ст. 778 того же Устава Угол. Суд.

Поясимъ это примѣромъ. У собственника украдена вещь; воръ продаетъ ее третьему лицу; затѣмъ эту вещь находятъ и по ст. 777 Уст. Угол. Суд. реституируютъ потерпѣвшему собственнику. Въ этомъ случаѣ третье лицо, конечно, уже не получить обратно этой вещи, но не потому, что она реституирована, а потому, что этому мѣшаетъ законъ *гражданскій*: 2-я часть ст. 2279 Кодекса Наполеона. Но возьмемъ и другой примѣръ: собственника лишаютъ вещи путемъ *мошенничества*, а не кражи; мошенникъ продаетъ эту вещь третьему добросовѣстному лицу; затѣмъ ее находятъ и также реституируютъ потерпѣвшему. Въ этомъ случаѣ третье лицо, въ виду 1-ой части ст. 2279, приобрѣло при покупке и передачѣ право собственности; 2-ая часть ст. 2279 ему не мѣшаетъ, такъ какъ она на случаи мошенничества не распространяется¹⁾, а потому третье лицо судомъ гражданскимъ можетъ получить свою вещь обратно.

Замѣтимъ, что по *русскому* праву въ *обоихъ* этихъ случаяхъ третье лицо никакой защиты не получило бы. А между тѣмъ и здѣсь, и тамъ дѣйствуетъ одна и та же 777 статья Устава Угол. Суд. — Различіе происходитъ отъ различій въ законѣ *гражданскомъ*, а не процессуальномъ: послѣдній, какъ законъ формальный, вполне зависитъ отъ перваго, какъ закона матеріальнаго.

Послѣ этихъ замѣчаній намъ теперь только и остается сказать нѣсколько словъ о томъ, какъ толкуеть указанныя статьи мѣстная судебная практика и Сенатъ.

Такъ, въ одномъ рѣшеніи Варшавской Судебной Палаты 1877 г. говорится, между прочимъ, что относительно третьихъ

¹⁾ См. выше, стр. 148 сл.

лицъ предположеніе собственности, установленное ст. 2279 Кодекса Наполеона, принадлежитъ къ числу такихъ юридическихъ презумцій, противъ которыхъ не допускается никакихъ доказательствъ противнаго¹⁾.

Если здѣсь Палата имѣла въ виду *praesumptio juris et de jure*, то это — вопросъ о конструкции, и объ этомъ мы будемъ говорить ниже. Здѣсь же для насъ важно признаніе неоспоримости обладанія подъ защитой ст. 2279, т.-е. иначе говоря, — полное признаніе права собственности за третьимъ лицомъ; также важно и то, что рѣчь идетъ именно о *третьихъ* лицахъ.

Во Франціи оба эти вопроса не совсѣмъ безспорны²⁾, и здѣсь мы видимъ, что Варшавская Судебная Палата стоитъ на сторонѣ господствующаго и во Франціи пониманія самой сущности ст. 2279.

Въ 1889 г. той же Палатой сдѣлано и частное примѣненіе указаннаго принципа: нотаріальный актъ о приобрѣтеніи движимыхъ вещей сочли недостаточнымъ доказательствомъ права собственности на эти вещи по отношенію къ кредитору продавца, если вещи находятся въ фактическомъ его, продавца, владѣніи. Палата по этому поводу совершенно основательно рассуждаетъ такъ: „Право собственности на движимое имущество доказывается не нотаріальными актами, а фактическимъ владѣніемъ, и имущество, приобрѣтенное по нотаріальному акту, можетъ, на основаніи ст. 2279 Г. К., перейти обратно къ продавцу, по словесному договору, путемъ передачи въ фактическое владѣніе”³⁾.

Сенатъ въ 1887 году обращаетъ вниманіе на необходи-

¹⁾ *Karpiński*, Jurisprudencya z II-go półrocza 1877 r., str. 40.

²⁾ См. выше, стр. 136 и 142.

³⁾ *Федеровичъ*, Сборникъ рѣшеній Варшавской Судебной Палаты по гражданскимъ дѣламъ (1876—1891), Варшава, 1891, стр. 189.

мость *добросовѣстности* для приобрѣтателя¹⁾ — вопросъ также не безспорный во Франціи²⁾.

Такова въ самыхъ основныхъ и общихъ чертахъ судебная практика по нашему вопросу въ Варшавскомъ судебномъ округѣ³⁾.

Наши основныя положенія по относящимся сюда вопросамъ см. выше, въ главѣ II.

§ 3. Право Прибалтійскихъ губерній.

Въ концѣ XII в. остзейскій край завладѣвается германскими выходцами, а потому тамъ уже съ тѣхъ поръ начинаютъ дѣйствовать германскіе обычаи, а затѣмъ и такіе сборники, какъ Любекскій и Гамбургскій Статуты, Саксонское Зерцало и др. Когда началось составленіе собственныхъ юридическихъ сборниковъ, туда начало проникать еще и римское право, хотя и въ меньшемъ объемѣ, чѣмъ германское. Кромѣ того, въ исторіи остзейскаго права играетъ замѣтную роль и право каноническое, введившееся духовенствомъ, которое владѣло отдѣльными частями остзейскаго края. Наконецъ, остзейское право испытывало на себѣ различныя вліянія сосѣднихъ государствъ, — Польши, Швеціи и др., — въ составъ которыхъ входили въ ту или другую эпоху отдѣльныя части остзейскаго края.

Всѣ эти составныя элементы остзейскаго права, пестрые по своему составу и происхожденію, различно комбинировались между собою въ отдѣльныхъ мѣстностяхъ. Кромѣ того, вся эта масса права была сильнѣйшимъ образомъ проникнута сословнымъ началомъ, такъ что крестьяне жили однимъ правомъ, дво-

¹⁾ *Skurzalski*, Jurisprudencya, str. 167. *Karpiński*, Pytania, 1891, str. 270. См. и рѣшеніе Палаты 1884 г. — *Karpiński*, Jurisprudencya z I-go półrocza 1884 r., str. 15.

²⁾ См. выше, стр. 118.

³⁾ Отдѣльные практическіе случаи и судебныя рѣшенія рассматриваетъ еще мѣстная *Gazeta Sądowa*. См. также Сборникъ рѣшеній, составл. г-номъ *Рейнке*, Варшава, 1898, стр. 195 сл.

ряне - другимъ и т. д.; города также имѣли свои особые стату- ты. Отсюда—крайняя нестрога источниковъ права во всёхъ отношеніяхъ, а значить, и спорность въ ихъ примѣненіи¹⁾.

Такое хаотическое состояніе права дѣлало крайне необхо- димой кодификацію его. Послѣ цѣлаго ряда неудачныхъ по- пытокъ эту трудную задачу выполнили, наконецъ, профессоръ Дерптскаго Университета, *Бунге*, и теперь въ остзейскомъ краѣ дѣйствуетъ выработанный имъ „Сводъ гражданскихъ узаконеній губерній прибалтійскихъ” 1864 г., вступившій въ дѣй- ствіе съ 1 Юля 1865 г.

Съ одной стороны, въ этомъ Сводѣ многіе прежніе недо- статки устранены или смягчены, но съ другой стороны, еще многого остается и желать въ этомъ же направленіи, такъ какъ все-таки предпринята была—и выполнена—лишь „сводка” того, что было, а не реформаторская кодификація того, что, въ виду дѣйствующаго права, должно было бы быть²⁾.

Къ этому Своду мы теперь и обращаемся³⁾.

Здѣсь мы находимъ два совершенно противоположныхъ постановленія. Ст. 897 говоритъ:

¹⁾ *Bunge*, Einleitung, S. 34 ff., 81 ff., 106 ff., 133 ff., 144 ff., 159 ff., 170 ff., 174 ff., 182 ff., 200 ff., 241 ff., 244 ff., 272 ff. *O. Schmidt*, Rechtsgeschichte, §§ 6 ff., 9, 11, 14, 25, 30, 60 ff., 72 ff., 94 ff., 112 ff. *Пахманъ*, Ист. кодиф., II, стр. 319 сл. *Михайловъ*, Лекціи, стр. 7, 33 сл. *Даневскій*, Объ источн. мѣстн. зак., стр. 7, 11, 15 сл., 23 сл., 26 сл., 30, 34 сл., 39 сл. *Розенкамфъ*, Обзорніе, 2 ч., стр. 128. Историческія свѣдѣнія, стр. 121 сл., 167 сл., 181 сл. *Федоровъ*, Введе- ніе, стр. 9 сл., 19 сл. *Кассо*, Обзоръ, стр. 1 сл. Его же статья въ Журн. Мин. Юст., 1897, № 8, стр. 212 сл., 217 сл. *Фонъ-Резонъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1890, кн. 1, стр. 65 сл. *Дорнъ*, Юридич. Лѣтопись, 1890, т. I, стр. 389 сл.

²⁾ *Шершневичъ*, Курсъ гр. пр., I, 2, стр. 440 сл. *Кассо*, Журн. Мин. Юст., 1897, № 8, стр. 220 сл. *Федоровъ*, тамъ же, стр. 31 сл., 37 сл., 40 сл. *Пахманъ*, тамъ же, стр. 330 сл., 346 сл.

³⁾ Общія замѣчанія о дѣйствующемъ остзейскомъ правѣ даютъ *Erdmann*, System, I, S. 1 ff., *Фонъ-Резонъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1890, кн. 1, стр. 68 сл., *Дорнъ*, Юридич. Лѣтопись, 1890, т. I, стр. 397 сл., *Кассо*, Журн. Мин. Юст., 1897, № 8, стр. 221 сл.

Искъ о собственности (*rei vindicatio*) мо- жетъ быть вчинаемъ собственникомъ противъ каждаго, кто незаконнымъ образомъ удержитъ его вещь; цѣлью онаго¹⁾ есть признаніе права соб- ственности и возстановленіе, вслѣдствіе того, владѣнія.

Это — чисто-римская норма, узаконяющая абсолютность виндикаціи. Съ другой же стороны, ст. 923 говоритъ:

Искъ о собственности не имѣетъ мѣста, ко- гда движимая вещь, которую ея собственникъ добровольно ввѣрилъ постороннему лицу отда- чею ему въ ссуду, на сохраненіе, въ закладъ или инымъ образомъ, будетъ этимъ постороннимъ пе- редана во владѣніе третьему лицу. Въ этомъ случаѣ допускается только личный искъ къ то- му, которому собственникъ ввѣрилъ свою вещь, но отнюдь не къ третьему добросовѣстному вла- дѣльцу.

Здѣсь, — наоборотъ, — извѣстное уже намъ *ограниченіе* виндикаціи вещей ввѣренныхъ, ограниченіе въ пользу третьихъ лицъ, добросовѣстныхъ приобрѣтателей. Это и поясняется примѣчаніемъ къ той же статьѣ, въ которомъ говорится такъ: „Содержащееся въ статьѣ 923 правило выражается поговор- кою *Hand muss Hand wahren* или *Wo man seinen Glauben ge- lassen hat, da muss man ihn wieder suchen*. При этомъ дѣ- лается ссылка на Любекское Городское Право.

Параллельное существованіе этихъ двухъ противополож- ныхъ статей сдѣлало вопросъ о примѣненіи виндикаціи по ост- зейскому праву спорнымъ. Было высказано даже мнѣніе, что Сводъ совсѣмъ не знаетъ принципа *Hand wahre Hand*¹⁾. Одна- ко господствующее мнѣніе вполне признаетъ наличность этого

¹⁾ Это — мнѣніе *Madai*; см. *Erdmann*, Zeitschr., IV, 3, S. 285. Ср. *Окса*, Журн. гр. и угол. пр., 1874, кн. 2, стр. 94 сл.

принципа въ прибалтійскомъ правѣ¹⁾. Это и правильно; ст. 897 этому ничуть не мѣшаетъ: если бы она и не была написана, то все равно она разумѣлась бы сама собою, такъ какъ виндикація необходимо вытекаетъ изъ *наличности* права собственности; такимъ образомъ, какъ мы уже говорили и выше, рѣшеніе нашего вопроса въ ту или другую сторону совершенно не зависитъ отъ наличности или отсутствія такихъ статей, какъ ст. 897; все зависитъ отъ того, *признаетъ ли* въ то же самое время данное законодательство возможность пріобрѣтенія движимостей отъ такихъ лицъ, которыя не имѣютъ права ими распоряжаться, а затѣмъ уже, при соответствующихъ обстоятельствахъ, и эти же самые пріобрѣтатели будутъ пользоваться этой самой 897 статьей для защиты своего права, пока оно такимъ или инымъ способомъ опять не перейдетъ къ другимъ лицамъ: виндикація *защищаетъ* всякое наличное — по правиламъ гражданскаго закона — право собственности, но она отнюдь не мѣшаетъ *пріобрѣтенію* этого же самаго права другимъ лицомъ, если это другое лицо удовлетворяетъ правиламъ постановленнымъ на этотъ предметъ тѣмъ же самымъ закономъ гражданскимъ.

Тѣмъ не менѣе *Erdmann* въ ст. 923 видитъ исключеніе изъ общаго правила статьи 897, а потому и допускаетъ здѣсь толкованіе только ограниченное²⁾. Хотя законъ и говоритъ о виндикаціи, какъ о правилѣ, а ст. 923 дѣйствительно редактирована, какъ исключеніе, но этой формулировкѣ, идущей изъ римскаго права, придавать особаго значенія не слѣдуетъ, и истина, по нашему мнѣнію, состоитъ здѣсь въ томъ, что *каждая* изъ этихъ двухъ статей имѣетъ свою *самостоятельную* область примѣненія, такъ что *ни одна* изъ нихъ не можетъ быть расширяема на счетъ другой.

Но зато мы вполне принимаемъ мнѣніе *Erdmann*'а, когда

1) *Erdmann*, loc. cit. и System, II, S. 193 ff. *Bunge*, Das curl. Privatrecht, §§ 134, 142. *Lehr*, Eléments de droit civil russe, p. 273. *Kacco*, Обзоръ, стр. 90. *Невзоровъ*, Кр. изложеніе, стр. 72 сл.

2) *Erdmann*, Zeitschr. IV 3 S. 311.

онъ утверждаетъ, что третье лицо пріобрѣтаетъ по ст. 923 *право собственности*, а не просто защищается отъ виндикаціи¹⁾. Отсюда онъ дѣлаетъ два вывода. Во 1-хъ, bona fides, которая требуется теперь, въ отличіе отъ прежняго права, Сводомъ 1864 г., необходима только для *перваго* пріобрѣтателя отъ лица неуправомоченнаго; всѣ же послѣдующіе пріобрѣтатели будутъ имѣть дѣло уже съ дѣйствительнымъ и настоящимъ собственникомъ, а потому ихъ знаніе или незнаніе о прошломъ пріобрѣтаемой вещи будетъ безразлично²⁾. Во 2-хъ, собственникъ, при изложенныхъ обстоятельствахъ, теряетъ свою вещь совершенно и навсегда: если бы она даже и попала опять въ его руки, то къ нему съ полнымъ успѣхомъ могъ бы быть предъявленъ виндикаціонный искъ³⁾. Только въ *одномъ* случаѣ собственникъ могъ бы однако вернуть свою вещь обратно: если бы эта вещь попала въ руки его первоначальнаго вѣроломнаго контрагента, и если бы при этомъ ихъ договорное отношеніе еще не было прекращено давностью и т. п.: *личные* иски статьей 923 не уничтожаются⁴⁾.

Таково общее значеніе ст. 923.

Затѣмъ Сводъ указываетъ мѣстныя модификаціи этого правила⁵⁾.

Такъ, въ Эстляндіи виндикація распространяется и на вещи *въпренныя*, пріобрѣтенныя *добросовѣстными* третьими лицами, но съ обязанностью возмѣщенія стоимости ихъ. Это мы уже видѣли въ Любекскомъ Статутѣ⁶⁾, на который въ Сводѣ и сдѣлана ссылка. Объ этомъ говоритъ ст. 924:

Въ городахъ Эстляндіи, въ подобныхъ случаяхъ (ст. 923), если вещь отъ того, кому она

1) *Erdmann*, Zeitschr., IV, S. 311 ff. Его же System, II, S. 194.

2) *Erdmann*, Zeitschr., IV, 3, S. 308, 316 f.

3) На это прямо указываетъ только Codex Theresianus. См.

выше, стр. 180.

4) *Erdmann*, ibid., S. 317.

5) О нихъ — *Erdmann*, System, II, S. 195 f.

6) См. выше, стр. 48.

была ввѣрена, перешла къ третьему посредствомъ договора (куплю, закладомъ, дареніемъ и т. п.), собственникъ можетъ требовать съ этого третьяго возвращенія самой вещи, съ удовлетвореніемъ его за нее заплаченной имъ покупною или закладною суммою, или же когда вещь досталась ему въ даръ, то ея стоимостью.

Затѣмъ въ той же самой Эстляндіи ст. 923, оказывается непримѣнимой къ *кораблямъ*. Ст. 925 постановляетъ:

Если панятія суда будутъ отчуждены наемщикомъ, то на нихъ въ городахъ Эстляндіи правило, въ статьѣ 923 изложенное, не распространяется¹⁾.

Дальнѣйшее ограниченіе ст. 923 касается уже Эстляндіи и Лифляндіи вмѣстѣ. Ст. 926 говоритъ:

Если, въ городахъ Лифляндіи и Эстляндіи, вещь, отданная ремесленнику для отдѣлки, или же извозчику или судовнику для перевозки будетъ ими продана, заложена или вообще отчуждена другому, то собственникъ можетъ отыскивать оную искомъ о собственности, но съ уплатою тому лицу, которому она досталась, условленной за ея отдѣлку или перевозку суммы.

Здѣсь опять дѣлается ссылка на Любекское Городское Право, съ такимъ же постановленіемъ котораго мы уже познакомились выше²⁾.

Наконецъ, послѣднимъ ограниченіемъ правила ст. 923 является распространеніе виндикаціи на случай недозволеннаго отчужденія вещей господъ или хозяевъ со стороны ихъ *слугъ*³⁾.

1) Ср. выше, стр. 132.

2) Стр. 38 сл.

3) Объ этомъ см. выше, стр. 37.

Ст. 4205: Отчужденіе господскихъ вещей, сдѣланное слугою не по порученію господина и безъ его согласія, недействительно.

Въ описанныхъ предѣлахъ Сводъ защищаетъ не только пріобрѣтателей въ собственность, но также и добросовѣстныхъ *закладопринимателей*¹⁾.

§ 4. Право Бессарабской губерніи.

Въ нынѣшней Бессарабской губерніи издавна дѣйствовало греко-римское право.

Въ различныя времена составлялись сборники этого права. Таково прежде всего Шестикнижкіе Арменопула, составленное въ 1345 г., затѣмъ — Соборная Грамота молдавскаго господаря Александра Маврокордато 1785 г. и, наконецъ, — Краткое Собраніе законовъ Доница 1814 г.²⁾

Значеніе этихъ сборниковъ спорно. Напр., проф. *Шершеневичъ*, указывая на Высочайше утвержденное 15 Декабря 1847 г. мнѣніе Государственнаго Совѣта, считаетъ эти сборники имѣющими силу закона, а г. *О. Пергаментъ*, специально изслѣдовавшій этотъ вопросъ, пришелъ къ выводу, что въ Бессарабской губерніи (за исключеніемъ Измаильскаго и Аккерманскаго уѣздовъ) сила закона принадлежитъ *всѣмъ* тѣмъ памятникамъ византійскаго права, которые имѣли силу и значеніе въ нынѣшней Бессарабской губерніи въ моментъ ея присоединенія къ Россіи, и что сборники Арменопула и До-

1) *Erdmann*, System, II, S. 194.

2) *Даневскій*, Объ источникахъ, стр. 49 сл. *Пахманъ*, Ист. код., II, стр. 463 сл. *Азаревичъ*, Временникъ, XIV, стр. 220 сл., 299 сл. *Розенкамфъ*, Обзоръ, Примѣч. ко второму отдѣленію, стр. 84, Прибавленіе къ указателю, № 2, стр. 9. *Mortreuil*, Histoire, III, p. 495 ss. *Егуповъ*, Мѣстн. гр. зак., стр. 190 сл. (рѣчь Линовскаго). *Шимановскій*, О мѣстн. зак., I. *Шершеневичъ*, Курсъ гр. пр., I, 2, стр. 444 сл. *О. Пергаментъ*, О примѣненіи мѣстн. законовъ. *Гроссманъ*, Мѣстн. Зак., стр. XI сл.

нича, являясь частными сборщиками византийскаго права, обязательны въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ лишь настолько, насколько они правильно передаютъ это право¹⁾.

Цитировать законы Арменула и Доница мы будемъ по изданію Гроссмана „Мѣстные Законы Бессарабін,” сохраняя и ого нумерацію статей.

Обратимся сначала къ Шестикнижью Арменула.

Здѣсь ст. 664 говоритъ:

Тотъ, кто или добросовѣстно купилъ, или посредствомъ дара, либо наслѣдства получилъ какую-либо вещь отъ владѣющаго ею насильно, также осуждается.

Здѣсь узаконяется виндикація, отъ которой не спасаетъ даже и добросовѣстность приобрѣтенія.

Это послѣднее положеніе подтверждаютъ еще ст. 690 и 700, которыя допускаютъ виндикацію независимо отъ добросовѣстности или недобросовѣстности третьяго лица.

Ст. 690 говоритъ:

Когда кто-нибудь требуетъ своего имущества, находящагося во владѣніи другого, тогда искъ обращается не на продавца (*чужого имѣнія, но на покупателя, пользующагося*), но на пользующагося тѣмъ имуществомъ; и покупатель не можетъ на требованіе отвѣчать хозяину вещи, что ему слѣдуетъ просить на продавца, ибо онъ, а не продавецъ, пользуется вещью.

Въ такомъ же духѣ составлена и ст. 700:

Ежели злосовѣстный владѣлецъ продастъ владѣемую имъ вещь, или подаритъ другому, или инымъ способомъ отчудитъ, а хозяинъ, зная о томъ и зная, что она вещь принадлежитъ ему, въ теченіе десяти лѣтъ или двадцати, въ случаѣ

¹⁾ Шершеневичъ, тамъ же. О. Пергаментъ, тамъ же, стр. 40 сл.

отлучки, не будетъ законно оспаривать право владѣнія того, кто купилъ вещь, или получилъ въ подарокъ, или инымъ способомъ приобрѣлъ оную, то сія вещь неоспоримо принадлежитъ (тому, кто получилъ ее) владѣющему оною по истеченіи десятилѣтняго срока, или двадцатилѣтняго, въ случаѣ отлучки хозяина.

Нечего и говорить, что къ возвращенію вещи собственнику обязываются всѣ недобросовѣстные владѣльцы. Объ этомъ говорятъ ст. 676, 677, 687. Ст. 678 распространяетъ эту обязанность и на наслѣдниковъ „злосовѣстныхъ” владѣльцевъ.

Все это вполне согласно съ извѣстными намъ принципами греко-римскаго права.

Однако въ этомъ же самомъ Шестикнижьи есть и такія статьи, которыя радикально расходятся съ только-что изложенными положеніями и вводятъ защиту третьихъ лицъ, добросовѣстныхъ приобрѣтателей.

Такъ, ст. 230 говоритъ:

Кто купитъ вещь, вѣдая, что она чужая, тотъ никогда не можетъ владѣть оною; если же не вѣдая, то онъ пользуется владѣніемъ оной, а продавецъ долженъ судиться съ хозяиномъ вещи.

То же самое повторяетъ и ст. 267:

Кто купитъ вещь у другого, владѣющаго оною злосовѣстно, думая, что она вещь точно принадлежитъ ему, можетъ пользоваться владѣніемъ вещи¹⁾.

Это совершенно сходно со ст. 9 законовъ также греческихъ, помѣщенныхъ въ Сборникъ царя Вахтанга²⁾.

¹⁾ См. и Шмаповскаго, О мѣстн. зак., II, стр. 157.

²⁾ См. выше, стр. 406.

Въ то же время здѣсь прямое и полное противорѣчіе приведенной выше ст. 664: тамъ тоже рѣчь идетъ о *покупкѣ* чужой вещи и тоже *добросовѣстными* третьимъ лицомъ.

Какъ примирить это противорѣчіе? — Примиреніе должно быть сдѣлано согласно общему духу и смыслу бессарабскаго права¹⁾. Бессарабское право въ общемъ и въ главномъ есть греко-римское право, а это послѣднее института добросовѣстнаго приобрѣтенія отъ лицъ неуправомоченныхъ на отчужденіе не знаетъ, даже прямо его отвергаетъ, постоянно и всюду проводя принципъ виндикаціи. Слѣдовательно, мы должны отдать предпочтеніе ст. 664, а статьи 230 и 264 считать какъ-бы со-всѣмъ не существующими²⁾.

Этотъ выводъ подтверждается еще и тѣмъ, что другой законодательный сборникъ Бессарабіи, Краткое Собраніе Законовъ Доница, стоитъ исключительно на почвѣ абсолютности виндикаціи.

Здѣсь въ 9 титулѣ ст. 4 говорить:

Вещественный искъ равно обращается противъ того, кто удерживаетъ за собою вещь добросовѣстно и злосовѣстно.

Этимъ же самымъ началомъ проникнута и ст. 5 того же титула:

Если обладатель вещи, на которую не имѣть права, уступить оную другому, съ тѣмъ, чтобы избавиться отъ судебного слѣдствія, то истецъ можетъ начать искъ противъ котораго изъ двухъ пожелаетъ, ибо кто принялъ вещь, дурно приобрѣтенную, тому сіе не можетъ послужить въ пользу.

Со всѣмъ этимъ согласуется и ст. 11 того же титула:

Движимое имѣніе, приобрѣтенное куплею, въ подарокъ, въ приданое или въ наслѣдство,

¹⁾ О. Пергаментъ, О прим. мѣстн. зак., стр. 31 сл., 41.

²⁾ Васильевскій, Ученіе о толкованіи, стр. 184 сл.

остається принадлежностью того, кто добросовѣстно владѣлъ онымъ три года.

Давность была бы не нужна, еслибы собственность приобрѣталась моментально.

Итакъ, изъ всего этого мы заключаемъ, что право Бессарабской губерніи стоитъ на римскомъ принципѣ виндикаціи и защиты третьихъ добросовѣстныхъ лицъ не знаетъ.

На этомъ мы заканчиваемъ разсмотрѣніе не только собственно русскаго права, но и вообще на русской территоріи дѣйствующихъ законодательствъ, — заканчиваемъ и вообще догматическое изученіе нашего вопроса.

Намъ остається теперь подвести итогъ всему сказанному, *конструировать* описанныя явленія, т. е. дать имъ юридическое имя и отвести имъ соответствующее мѣсто въ системѣ гражданскаго права.

Объ этомъ — въ слѣдующей главѣ.

ГЛАВА XII.

К о н с т р у к ц и я.

Вопросъ о конструкціи каждаго юридическаго явленія важенъ и въ теоретическомъ, и въ практическомъ отношеніи¹⁾.

Какъ извѣстно, вся наука права дѣлится на отдѣльныя отрасли или системы такъ, что предметъ изученія каждой изъ нихъ представляетъ собою некое-либо безпорядочное скопленіе отдѣльныхъ частныхъ, одна отъ другой независимыхъ, а наоборотъ,—во всѣхъ нихъ сказывается и находитъ свое выраженіе то или другое *общее* начало, благодаря которому всѣ отдѣльныя явленія, проникнутыя однимъ общимъ началомъ, объединяются въ нѣчто самостоятельное, въ свою особую область или категорію; а затѣмъ отдѣльныя категоріи, объединяясь подъ принципами еще болѣе общаго характера, образуютъ изъ своей совокупности цѣлыя системы; такова, напр., система права гражданскаго, права уголовнаго и т. д. Каждая система необходимо характеризуется единствомъ принципа основнаго, подчиненіемъ ему принциповъ второстепенныхъ; третьестепенныхъ и т. д. и строгой опредѣленностью мѣста (въ системѣ) для каждаго отдѣльнаго, къ данной

¹⁾ *Laurent, Principes, XXXII, p. 554. Wendt, Arch. f. Civ. Praxis, LXXXIX, S. 17. Leonhard, Vertretung, S. 111. Hellmann, Vorträge, S. 52. Hellwig, Wesen, S. 105. Обратнаго мнѣнія Hachenburg, Das BGB., II, S. 132.*

системѣ относящагося, явленія или института, а значитъ, — и подчиненіемъ каждаго такого отдѣльнаго явленія тому или другому руководящему началу данной системы.

Конструировать то или другое юридическое явленіе значитъ именно опредѣлить и указать этому явленію,—напр., приобрѣтенію собственности отъ лицъ неуправомоченныхъ,—принадлежащее ему мѣсто въ системѣ—въ данномъ случаѣ гражданскаго права и, значитъ далѣе, подчинить это явленіе соответствующимъ ему руководящимъ началамъ и принципамъ¹⁾.

Такимъ образомъ для конструирования необходимо по отдѣльнымъ характеристическимъ чертамъ изучаемаго явленія открыть и уловить то общее начало, которое въ этихъ отдѣльныхъ чертахъ сказывается и проявляется.

Трудность конструирования зависитъ, между прочимъ, и отъ того, что въ положительномъ законѣ не всегда отмѣчаются съ достаточной полнотой всѣ характеристическія черты того или другого юридическаго явленія, такъ какъ и самъ законодатель не всегда съ полной ясностью и опредѣленностью представляетъ себѣ юридическую природу того института, который онъ санкціонируетъ.

Но чѣмъ затруднительнѣе конструированіе въ томъ или другомъ случаѣ, тѣмъ оно важнѣе по своимъ практическимъ послѣдствіямъ: разъ мы данное юридическое явленіе относимъ въ то или другое мѣсто системы, то мы тѣмъ самымъ подводимъ всѣ детали этого явленія, оставшіяся безъ опредѣленія со стороны положительнаго закона, подъ регулировку и восполненіе изъ соответствующаго данной категоріи принципа.

Нечего и говорить, что сколько-нибудь научное изученіе юридическихъ явленій безъ систематизаціи и конструкціи, т. е. въ томъ ихъ хаотическомъ вихрѣ, въ которомъ они проявляются на базарѣ житейской суеты, было бы совершенно не возможно. Но въ то же время и результатъ систематизаціи и конструкціи,—возможность дедуктивнаго восполненія пробѣ-

¹⁾ *Васьковскій, Журн. Мин. Юст., 1895, № 1, стр. 78.*

ловъ въ законѣ,—важенъ спеціально въ практическомъ дѣлѣ *примѣненія* законовъ. Наконецъ, и съ другой стороны, каждая категория юридическихъ явленій имѣетъ свое особое *дѣйствіе* и свои *послѣдствія*; здѣсь опять не безразлично, къ какой категоріи мы отнесемъ то или другое изучаемое нами отдѣльное явленіе.

И вотъ, здѣсь мы должны отмѣтить, что вопросъ о конструкціи пріобрѣтенія отъ лицъ неуправомоченныхъ еще и теперь остается спорнымъ.

Наука знаетъ уже цѣлый рядъ весьма разнообразныхъ конструкцій по нашему вопросу. Однѣ изъ нихъ уже оставлены всѣми, какъ безусловно неправильныя; другія еще спорятъ между собою за первенство; есть теорія господствующая, но о рѣшительной побѣдѣ говорить все-таки еще нельзя: до такой степени трудно укладывается это новое явленіе въ рамки старыхъ римскихъ категорій гражданскаго права.

Для полноты освѣщенія нашего вопроса мы рассмотримъ *всѣ* эти теоріи, при чемъ раздѣлимъ ихъ на двѣ группы: теоріи, *не признающія* здѣсь пріобрѣтенія права собственности, и теоріи, признающія такое пріобрѣтеніе; къ первой группѣ относятся: теорія процессуальная и теорія презумцій; ко второй группѣ относится теорія давности, теорія пріобрѣтенія *lege* и теорія пріобрѣтенія первоначальнаго, производнаго и смѣшаннаго.

Въ этомъ порядкѣ мы и поведемъ наше изложеніе.

Прежде всего остановимся на теоріи *процессуальной*.

Это — самая старая теорія; она дана самимъ закономъ, который прежде въ изучаемомъ нами явленіи видѣлъ не пріобрѣтеніе права собственности, а только лишь *процессуальное ограниченіе виндикаціи*¹⁾.

На этой точкѣ зрѣнія стоятъ древнія законодательства²⁾, а также и нѣкоторые изъ новыхъ: напр., Прусскій *Landrecht*,

¹⁾ Объ этой теоріи см. *Васильовскаго*, тамъ же, стр. 79 сл.

²⁾ См. выше, стр. 29, прим. 1 и 2, стр. 30, прим. 1, стр. 33.

Саксонское Уложеніе да, пожалуй, и Кодексъ Наполеона¹⁾.

По этой теоріи выходитъ, что собственникъ, лишившійся своей вещи, *сохраняетъ* свое право собственности, а лишается онъ, въ извѣстныхъ и въ законѣ определенныхъ случаяхъ, только *виндикаціоннаго иска* противъ третьяго лица, добросовѣстно данную вещь пріобрѣвшаго; отсюда вытекаетъ, что, съ другой стороны, это третье лицо не дѣлается собственникомъ; оно только защищается отъ притязаній со стороны собственника.

Правильно говорить объ этой теоріи проф. *Васильовскій*, что она въ сущности ничего не объясняетъ и не даетъ никакой конструкціи, а только лишь констатируетъ самый фактъ, который еще ждетъ своей конструкціи. Кроме того, процессуальная теорія невѣрно опредѣляетъ и тѣ юридическія отношенія, которыя возникаютъ въ данныхъ случаяхъ: право собственности, но безъ виндикаціи, на одной сторонѣ и владѣніе, но съ правомъ пользованія и распоряженія, на другой сторонѣ, все это — непримиримыя противорѣчія. Наконецъ, при этой теоріи возможны и прямо недопустимыя послѣдствія; а именно, потерпѣвшій собственникъ имѣетъ право путемъ личнаго иска потребовать отъ своего вѣроломнаго контрагента полного возмѣщенія цѣнности своей вещи; въ то же время очень возможно, что утраченная собственникомъ вещь, *переходя изъ рукъ въ руки*, попадетъ отъ добросовѣстнаго владѣльца къ *недобросовѣстному*; здѣсь у собственника должно воспринять свою силу право на виндикацію, и онъ можетъ получить и самую вещь обратно, — результатъ несправедливый и нецѣлесообразный, а потому и подрывающій ту самую теорію, изъ которой онъ вытекаетъ²⁾.

¹⁾ См. выше, стр. 89 сл., 136, 228 сл. Ср. *Tuhr*, *Zeitschr. f. franz. Civilrecht*, XXX, S. 539.

²⁾ *Васильовскій*, Журн. Мин. Юст., 1895, № 1, стр. 79 сл. Его же Учебникъ, II, стр. 157.

Итакъ, процессуальная теорія подлежитъ безусловному устраненію. Она отвергается, между прочимъ, доктриной и судебной практикой Пруссіи и Франціи¹⁾.

Затѣмъ во французской судебной практикѣ возникла теорія *презюмцій* и именно — *praesumptio juris*, по которой *приобрѣтенія* права собственности по ст. 2279 Кодекса Наполеона нѣтъ: третье лицо только *предполагается* собственникомъ, доколѣ противное не будетъ доказано²⁾.

Однако доктрина высказалась противъ этой теоріи³⁾. Было указано, что суды здѣсь не обратили должнаго вниманія на различіе между исками вещными и личными и не оцѣнили надлежащимъ образомъ того обстоятельства, что для примѣненія ст. 2279 владѣніе должно обладать извѣстными качествами, отсутствіе которыхъ можетъ доказывать истецъ, т. е. потерпѣвшій собственникъ: противъ личныхъ исковъ и при отсутствіи необходимыхъ качествъ владѣнія ст. 2279 К. Н. дѣйствительно не примѣняется, но отсюда еще слишкомъ далеко до простой *praesumptio juris*, такъ какъ въ *своей* области ст. 2279 никакихъ опроверженій не допускаетъ; въ виду этого принять теорію *praesumptio juris* значило бы стать въ противорѣчіе съ абсолютными выраженіями ст. 2279, съ ея мотивами и исторической традиціей, — значило бы въ концѣ-концовъ совершенно уничтожить эту статью.

Однако французская доктрина, такъ побѣдоносно устранившая теорію *простой* презюмціи, сама выставила также теорію

¹⁾ См. выше, стр. 91, 136. См. и *Bemmelén*, *Le système*, p. 408.

²⁾ Объ этой теоріи — *Folleville*, *Traité*, n. 24 и *Bufoir*, *Propriété*, p. 356 ss.

³⁾ *Mowlon*, *Rép. écr.*, III, p. 745 s. *Duranton*, *Cours*, VIII (Пар. изд. XV), n. 286. *Zachariä*, *Handb.*, I, § 122, Anm. 3. *Troplong*, *Prescr.*, II, n. 1045. *Aubry et Rau*, *Cours*, II, p. 144 s. *Laurent*, *Principes*, XXXII, p. 571. *Ortlieb*, *Des effets*, p. 70 ss. *Baudry-Lacantinerie*, *Prescr.*, n. 833 s. *Folleville*, *Traité*, n. 24. *Bemmelén*, *Le système*, p. 408.

презюмціи, но только презюмціи *неопровержимой*, *praesumptio juris et de jure*.

Эта послѣдняя теорія поддерживается нѣсколькими очень видными цивилистами Франціи¹⁾, и противъ нея только-что приведенныя возраженія дѣйствительно безсильны.

Однако и эта модификація той же теоріи также подвергается оспариванію со стороны не менѣе авторитетныхъ юристовъ, каковы, напр., *Laurent*, *Baudry-Lacantinerie et Tissier* и др.²⁾.

Laurent рассуждаетъ такъ: ст. 2279 К. Н. совсѣмъ не говоритъ, что владѣлецъ только *презюмируется* собственникомъ; напротивъ, она говоритъ, что владѣніе *равно титулу*; это — выраженіе *Bourjon'a*, который говорилъ еще о „совершенномъ” титулѣ; а что такое „совершенный” титулъ? это — титулъ, переносящій право собственности, напр., купля-продажа, дареніе и т. п.; но вѣдь куплю-продажу никто не называетъ презюмціей; такъ же точно дѣло стоитъ и съ владѣніемъ: владѣлецъ не презюмируется собственникомъ, а опъ просто *есть* собственникъ: слѣдовательно, ст. 2279 устанавливаетъ нѣчто большее, чѣмъ презюмцію, хотя бы и неопровержимую.

И конечно, господствующее мнѣніе въ наукѣ, судебная практика и новѣйшіе кодексы теперь правильно говорятъ не о презюмціи, а о *приобрѣтеніи права собственности*.

Не нужно однако думать, что между этими двумя послѣдними конструкціями нѣтъ никакой практической разницы; она есть: презюмція даже *juris et de jure* допускаетъ опроверже-

¹⁾ *Planiol*, *Traité*, I, n. 966, 1203, 1617. *Aubry et Rau*, *Cours*, II, p. 144 s. *Guillouard*, *Prescr.*, II, n. 813, 817 — 820. *Poincaré*, *Du droit de suite*, p. 152. *Ortlieb*, *Des effets*, p. 70 — 73. *Folleville*, *Traité*, n. 23. *Renaud*, *Krit. Zeitschr.*, XVII, S. 155. *Stabel*, *Institutionen*, S. 123. Въ Италіи — *Bianchi*, *Corso*, p. 32.

²⁾ *Laurent*, *Principes*, XXXII, n. 542. *Baudry-Lacantinerie*, *Prescr.*, n. 833. *Virgile*, *Propriété mobilière*, p. 239 ss.

ніе признаніемъ и клятвой, а приобрѣтеніе права собственности не можетъ быть разрушено даже и этимъ путемъ¹⁾.

Такова первая группа конструкцій. Если онѣ и не сданы еще окончательно въ архивъ, то во всякомъ случаѣ защитниковъ у нихъ мало, и господствующаго положенія онѣ не занимаютъ.

Переходимъ ко второй группѣ.

Здѣсь мы прежде всего остановимся на идеѣ и на теоріи *давности*.

Знаменитый французскій ученый *Toullier* совсѣмъ было извратилъ на этой почвѣ ученіе о *droit de suite* ст. 2279 Кодекса Наполеона. Онъ, правда, училъ, что добросовѣстный приобрѣтатель получалъ *право собственности*, а не одну только защиту отъ виндикаціи, но это не въ моментъ овладѣнія вещью, а лишь по истеченіи трехлѣтняго давностнаго срока²⁾.

Эта теорія совершенно основательно отвергнута всѣми французскими юристами³⁾.

Но идея давности нашла себѣ мѣсто и въ вопросѣ о *конструкціи* приобрѣтенія по ст. 2279 К. Н.

А именно, *Marcadé* установилъ теорію *мгновенной давности*, *prescription instantanée*⁴⁾. За нимъ послѣдовали такіе видные юристы, какъ *Demolombe*, *Mourlon*, *Gérard* и др., а у насъ — г. *Оксъ*⁵⁾.

¹⁾ *Laurent*, *ibid.*, n. 543. *Poincaré*, *Du droit de suite*, p. 153.

²⁾ *Toullier*, *Le droit civil*, XIV, n. 104 ss.

³⁾ *Troplong*, *Prescr.*, II, n. 1052 ss., 1056 ss. *Duranton*, *Cours*, VIII (Пар. изд. XV), n. 286. *Marcadé*, *Prescr.*, p. 247. *Laurent*, *Principes*, XXXII, n. 541. *Folleville*, *Traité*, n. 18. *Ortlieb*, *Des effets*, p. 65. *Poincaré*, *Du droit de suite*, p. 111 ss. *Guillouard*, *Prescr.*, II, n. 814. *Baudry-Lacantinerie*, *Prescr.*, n. 828. *Bufnoir*, *Propriété*, p. 351 ss. *Virgile*, *Propriété mobilière*, p. 242. *Rauter*, *Revue de législation*, V, p. 138. *Carlin*, *Niemand kann...*, S. 60. *Renaud*, *Krit. Zeitschr.*, XVII, S. 151, Anm. 32. *Dalloz*, *Jurisprud. gén.*, t. 36, *Prescr. civile*, n. 265.

⁴⁾ *Marcadé*, *Prescr.*, p. 246 s.

⁵⁾ *Demolombe*, *Cours*, IX, n. 622, p. 563. *Mourlon*, *Rép. éér.*, III, p. 746, 749. *Gérard*, *Code*, къ art. 2279. *Crousel*, *Sur une question*, p. 10 ss. *Оксъ*, *Журн. гр. и угол. пр.*, 1874, кн. 2, стр. 73.

По этой теоріи третье лицо получаетъ также право собственности, а не одну защиту отъ виндикаціи, но получаетъ его *въ самый моментъ овладѣнія вещью*, а не по истеченіи такого или иного срока, и тѣмъ не менѣе здѣсь признается *давность*, но конечно, — давность совершенно особенная: лишенная самаго характернаго своего признака, промежутка времени; а потому она и называется давностью *мгновенной*: ея срокъ доведенъ до нуля.

Для этой теоріи выставляются слѣдующія основанія.

Во 1-хъ, ст. 2279 помѣщена въ Кодексѣ Наполеона именно въ отдѣлѣ, посвященномъ давности; въ отдѣлѣ этомъ различные виды и случаи давности расположены въ порядкѣ постепеннаго укороченія ихъ сроковъ; ст. 2279 занимаетъ тамъ послѣднее мѣсто; отсюда можно заключить, что она имѣетъ въ виду самый краткій срокъ, а таковымъ можетъ быть даже и одно мгновеніе.

Во 2-хъ, и нѣкоторые изъ старыхъ французскихъ кутюмовъ знали давность для приобрѣтенія движимостей; сроки этой давности были различны; значить, Кодексъ Наполеона стоитъ на исторической почвѣ; при этомъ только срокъ давности укороченъ до минимума.

Въ 3-хъ, примѣненіе давности къ движимостямъ вытекаетъ и изъ ст. 2239 К. Н., по которой получившій вещь, напр., отъ депозитарія (а предметомъ поклажи могутъ быть только движимости) можетъ узуканировать ее.

Однако всѣ эти основанія не выдержали критики, и господствующее мнѣніе отвергло теорію давности¹⁾, такъ что теперь она уже не имѣетъ сторонниковъ.

¹⁾ *Planiol*, *Traité*, I, n. 1201. *Guillouard*, *Prescr.*, I, n. 70, t. II, n. 796, 815. *Zachariä*, *Handbuch*, I, § 122, Anm. 1c. *Aubry et Rau*, *Cours*, II, § 183, note 3. *Ortlieb*, *Des effets*, p. 68 s. *Laurent*, *Principes*, XXXII, n. 541. *Bufnoir*, *Propriété*, p. 353 s. *Folleville*, *Traité*, n. 22. *Bemmelen*, *Le système*, p. 408. *Virgile*, *Propriété mobilière*, p. 236 ss. *Dalloz*, *Jurisprud. gén.*, t. 36, *Prescr. civile*, n. 265. *Carlin*, *Niemand*

Возраженія противъ этой теоріи состоятъ въ слѣдующемъ.

Во 1-хъ, самое понятіе давности необходимо требуетъ истечения какого-либо періода времени; въ этомъ заключается и нравственное основаніе давности, и ея главный характеристическій признакъ; давность же *безъ* срока заключаетъ въ себѣ внутреннее противорѣчіе; это — non-sens или шутка о деревянномъ желѣзѣ.

Во 2-хъ, положеніе ст. 2279 въ системѣ Кодекса Наполеона не можетъ имѣть рѣшающаго значенія: система этого кодекса не настолько совершенна, чтобы мы должны были принимать и такія конструкціи, которыя сами по себѣ невозможны.

Въ 3-хъ, ссылка на исторію также возбуждаетъ сомнѣнія; *Woufflon* отмѣнилъ давность для движимостей, и нельзя допустить, чтобы та самая фраза (*En fait de meubles...*), которой давность была *отмѣнена*, послужила затѣмъ для обратнаго введенія давности въ Кодексъ Наполеона.

Въ 4-хъ, ст. 2239 К. Н. не заключаетъ въ себѣ непременно *противорѣчіе* статьѣ 2279: для каждой изъ нихъ есть своя особая область примѣненія.

Въ 5-хъ, при давности необходимъ и *justus titulus*, а между тѣмъ для ст. 2279 господствующее мнѣніе его не требуетъ.

Въ 6-хъ, ст. 2279 говоритъ: *la possession vaut titre*, а не *prescription*, какъ она должна была бы сказать, еслибы дѣйствительно хотѣла узаконить давность.

Въ 7-хъ, конструкція, принятая для приобрѣтенія вещи въ собственность, должна быть пригодной и для приобрѣтенія *закладного* права; но какъ можно приобрѣсти по давности то, что

kann..., S. 104 ff. *O. Mayer*, Die dingl. Wirkung, S. 3. *Puchelt*, Zeitschr. f. franz. Civilr., I, S. 109 f. Его же Kommentar, II, S. 832. *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., IX, S. 44. *Fürtsch*, Vergl. Darstellung, S. 343. *Leonhard*, Vertretung, S. 110. *Eudemann*, Lehrbuch, II, S. 318. *Papendieck*, Eigentumserwerb, S. 57 ff. *Васьковскій*, Журн. Мин. Юст., 1895, № 1, стр. 85 сл. Его же Учебникъ, II, стр. 157. По ср. *Regelsberger*, Iher. Jahrbücher, XLVII, S. 373.

въ самой существенной своей части, — *jus alienandi*, — не подлежитъ владѣнію? Какъ можно *usu capere* то, что черезъ этотъ самый *usus* (отчужденіе, *alienatio*) совершенно прекращается?

Такимъ образомъ и теорія давности должна быть отвергнута безусловно.

Затѣмъ нѣкоторые выставляютъ еще теорію приобрѣтенія *lege*: приобрѣтатель получаетъ право собственности и защищается отъ притязаній прежняго собственника потому, что такъ постановляетъ законъ¹⁾.

Однако это совсѣмъ не конструкція и даже не объясненіе; это — простое констатированіе факта²⁾.

Наконецъ, въ послѣднее время, при согласіи почти всѣхъ относительно того, что изучаемое нами явленіе состоитъ въ *приобрѣтеніи права собственности*, самый оживленный споръ сосредоточивается на вопросѣ о томъ, *какое именно* приобрѣтеніе права собственности имѣетъ здѣсь мѣсто: одни считаютъ его первоначальнымъ³⁾, другіе —

¹⁾ *Baudry-Lacantinerie*, Prescr., n. 833. *Bufnoir*, Propriété, p. 351. *Guillouard*, Prescr., II, n. 816. *Virgile*, Propriété mobilière, p. 232.

²⁾ Ср. *Carlin*, Niemand kann..., S. 101 f.

³⁾ *Carlin*, ibid., S. 100, 111 ff., 127. *Regelsberger*, Iherings Jahrbücher, XLVII, S. 375 ff. *Engelmann*, Das Bürgerl. Recht, S. 536. *Kohler*, Arch. f. Bürgerl. Recht, XVIII, S. 97 f. *Enneccerus-Lehmann*, Das Bürgerl. Recht, II, S. 167 f. *Bekker*, System, I, S. 109. *Randa*, Eigentumsrecht, S. 342, Anm. 15. *Franken*, Verhandl. des 15 Juristentages, I, S. 147. Его же Pfandrecht, S. 297. Его же Lehrbuch, S. 385. *Stobbe*, Handbuch, II, 1, S. 408, 410. *Goldschmidt*, Handbuch, I, 2, S. 811, Anm. 28a. Его же рецензія въ Zeitschr. f. H. R., XL, S. 267. *Krainz*, System, II, S. 28. *Hauser*, Arch. f. deutsches Wechselrecht, XVI, S. 258 f. *Papendieck*, Eigentumserwerb, S. 61 f. *Neuburger*, Der Schutz, S. 22. *Schweinin*, Beiträge, S. 31. *Васьковскій*, Журн. Мин. Юст., 1895, № 1, стр. 86. Его же Учебникъ, II, стр. 154, 157 сл. (принимается теорія *Carlin*'а.) Въ этомъ же смыслѣ мы понимаемъ и постановленія общегерманской Civilprozessordnung 1877 г.: по § 236 Abs. 3 (теперь ср. § 265), судебное рѣшеніе относительно вещи дѣйствительно и противъ правопреемника, а по § 238 эта норма не примѣняется настолько, насколько этому примѣненію мѣшаютъ правила гражданскаго права о приобрѣ-

производным¹⁾, а третьи усматриваютъ здѣсь нѣчто среднее²⁾.

Для разъясненія и рѣшенія этой послѣдней контроверзы необходимо установить понятія первоначальнаго и производнаго приобрѣтенія.

Unger говоритъ объ этомъ такъ: приобрѣтеніе права называется первоначальнымъ, когда это право возникаетъ у приобрѣтателя самостоятельно и независимо отъ права другого лица, и наоборотъ, приобрѣтеніе называется производнымъ, когда право одного лица переносится на другое лицо, вслѣдствіе существующаго между ними юридическаго отношенія, такимъ образомъ, что приобрѣтатель (объективно) производитъ свое право отъ отчуждателя³⁾.

То же самое говоритъ и *Brinz*: нѣкоторые сами создаютъ себѣ права, напр., спецификантъ, оккупантъ, узупапіентъ; нѣкоторые же не сами создаютъ себѣ свои права, а они создаются для нихъ другими, и вотъ, *successio* имѣетъ мѣсто настолько,

тени движимостей bona fide (теперь этой статьи нѣтъ).—*Gaupp*, Civilprozessordnung, S. 476. *Struckmann-Koch*, Civilprozessordnung, S. 263. *Petersen*, Civilprozessordnung, II, S. 30 f.

¹⁾ *Wendt*, Arch. f. Civ. Praxis, LXXXIX, S. 18, 21. *Derenburg*, Das bürgerl. Recht, I, § 103, S. 316. *Leonhard*, Vertretung, S. 110 f. *Crome*, System, I, S. 313 f. (Однако см. тамъ же Ann. 14). *Gierke*, Deutsches Privatrecht, I, § 32, Note 2, S. 279 f. *Endemann*, Lehrbuch, II, S. 318 f. *Hellwig*, Wesen, S. 103 f. *Kober*, Staudinger's Kommentar, Liefer. 3, S. 185. *Demelius*, Grundriss, I, 3, S. 26 ff. *Hellmann*, Vorträge, § 12, S. 51. *Lessing*, Begriff, S. 40. *H. Schmidt*, Rechtsnachfolge, S. 44. *Pappenheim*, Zeitschr. f. H. R., XLVI, S. 525. Ср. *Blume*, Ihering's Jahrbücher, XXXIX, 1898, S. 434.

²⁾ *Mendelssohn Bartholdy*, Grenzen, S. 431. *Hachenburg*, Das BGB., II, S. 132. *Kühlenbeck*, Von den Pandekten, I, S. 312. Его же Das BGB., II, S. 94. У насъ — проф. *Дювернуа*, Пособіе, часть особ., I, стр. 86.

³⁾ *Unger*, System, II, S. 5. Такъ же *Randa*, Eigentumsrecht, S. 243, *Дювернуа*, Пособіе, часть особ., I, стр. 103, *Васковскій*, Учебникъ, I, стр. 98, II, стр. 105. Ср. *Schultze*, Vollstreckbarkeit, S. 37 ff.

насколько право приобрѣтателя создается на основаніи уже существующаго права, и насколько оно создается лицомъ до того времени *управомоченнымъ*, такъ что въ правѣ приобрѣтателя поглощается право прежняго управомоченнаго¹⁾.

Lessing формулируетъ все это слѣдующимъ образомъ. Для понятія преемства въ правѣ необходимо: 1) чтобы существовало право, на которомъ могло бы быть построено новое право, 2) чтобы право приобрѣтателя возникло не только на счетъ, но и на основаніи именно этого уже существующаго права, 3) чтобы приобрѣтеніе права совершилось вслѣдствіе особаго юридическаго отношенія между предшественникомъ по обладанію даннымъ правомъ и его контрагентомъ - приобрѣтателемъ; такое юридическое отношеніе можетъ быть установлено, напр., путемъ особой сдѣлки²⁾.

При всемъ этомъ *Hölder* предлагаетъ не смѣшивать приобрѣтеніе на основаніи права прежняго собственника и приобрѣтеніе вопреки этому праву³⁾, а *Regelsberger* особенно подчеркиваетъ внутреннюю связь и зависимость между правомъ отчуждателя и правомъ приобрѣтателя⁴⁾.

Спеціально по вопросу о приобрѣтеніи права собственности отъ лица управомоченнаго и отъ лица неуправомоченнаго *Regelsberger* говоритъ: тамъ собственность приобрѣтается потому, что съ правомъ отчуждателя связывается юридическая власть передавать свое право посредствомъ соответствующихъ сдѣлокъ другимъ; здѣсь же собственность приобрѣтается потому, что приобрѣтатель, введенный обстоятельствами въ заблужденіе относительно правомочій отчуждателя, беретъ подъ защиту отъ послѣдствій этого заблужденія; такимъ образомъ въ первомъ

¹⁾ *Brinz*, Jahrbuch, III, S. 32. Впрочемъ, понятія *successio* и производнаго приобрѣтенія не всегда совпадаютъ.—*Hölder*, Pand., I, 1, S. 186.

²⁾ *Lessing*, Rechtsnachfolge, S. 12 f.

³⁾ *Hölder*, Pand., I, 1, S. 186.

⁴⁾ *Regelsberger*, Ihering's Jahrbücher, XLVII, S. 375. Его же Pandekten, I, S. 446 f.

случаѣ причина пріобрѣтенія лежитъ въ лицѣ отчуждателя, а во второмъ случаѣ — въ лицѣ пріобрѣтателя¹⁾.

Въ связи съ этимъ *Regelsberger* относительно пріобрѣтенія отъ *неуправомоченнаго* спрашиваетъ: можно ли сказать, что право собственности возникаетъ въ лицѣ пріобрѣтателя *потому*, что оно до этого принадлежало другому?—Авторъ отвѣчаетъ отрицательно и полагаетъ, что этимъ отнимается всякая почва у теорій, видящихъ здѣсь производное пріобрѣтеніе²⁾.

Въ виду всего сказаннаго и мы вполне присоединяемся къ этому послѣднему заключенію и вмѣстѣ съ господствующимъ мнѣніемъ усматриваемъ въ изучаемомъ нами явленіи пріобрѣтеніе права собственности по существу своему *первоначальное*.

Въ самомъ дѣлѣ, передъ нами пріобрѣтеніе отъ лица *неуправомоченнаго*, а между тѣмъ для понятія *производнаго* пріобрѣтенія необходима передача или уступка права со стороны *управомоченнаго*, такъ какъ иначе не будетъ внутренней связи и зависимости между правомъ отчуждателя и правомъ пріобрѣтателя, и о правѣ послѣдняго нельзя будетъ сказать, что оно возникло *на основаніи* права перваго; другими словами, здѣсь будетъ имѣть мѣсто простая послѣдовательность во времени, а не причинная связь, и у пріобрѣтателя возникнетъ право самостоятельно, а не по преемству отъ прежняго его обладателя.

Теперь посмотримъ, какъ защищаютъ свою теорію представители противоположнаго взгляда, видящіе здѣсь пріобрѣтеніе производное.

Здѣсь наиболее распространенной является теорія, такъ сказать, *легитимационная*.

Такъ, *Gierke* говоритъ, что по нѣмецкому праву владѣніе обладаетъ особой легитимационной функцией или силой въ правовомъ оборотѣ³⁾, и что обладатель движимости черезъ владѣніе получаетъ формальную власть распоряженія, благодаря ко-

¹⁾ *Regelsberger*, Iher. Jahrbücher, XLVII, S. 355.

²⁾ *Regelsberger*, *ibid.*, S. 377.

³⁾ *Gierke*, Die Bedeutung, S. 17.

торой онъ, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, можетъ передать другому чужое право¹⁾.

Также и *Endemann* говоритъ о создаваемой владѣніемъ формальной легитимации, о связанной съ владѣніемъ власти распоряженія; отсюда цитируемый авторъ дѣлаетъ и дальнѣйшій выводъ: кто ввѣряетъ кому-либо на время свою вещь, тотъ долженъ знать, что онъ предоставляетъ ему, по отношенію ко всѣмъ третьимъ лицамъ, юридическую власть распоряженія²⁾.

Объ особой власти передавать чужія права говорятъ еще *Crome*, *Cosack* и др., при чемъ *Cosack*, подобно *Endemann*'у эту власть называетъ прямо *юридической*, — *Rechtsmacht*³⁾.

Итакъ, пріобрѣтеніе здѣсь производно потому, что владѣніе чужими движимостями, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, даетъ власть—или даже и право—отчуждать и передавать ихъ въ собственность другимъ лицамъ помимо воли дѣйствительныхъ собственниковъ⁴⁾.

Основательно,—и, по нашему мнѣнію, вполне побѣдоносно,—опровергаетъ это объясненіе *Regelsberger*⁵⁾.

Во 1-хъ, что касается Общегерманскаго Уложенія, то легитимационная теорія не находитъ себѣ подтвержденія въ положительномъ законѣ. А именно, съ одной стороны, проявлять легитимационную функцию и возбуждать въ пріобрѣтателѣ вѣру въ наличность права собственности у продавца не можетъ *посредственное* владѣніе послѣдняго, а между тѣмъ пріобрѣтеніе и здѣсь происходитъ⁶⁾; съ другой же стороны, отчуждатель можетъ совсѣмъ не имѣть *никакого* владѣнія, и пріобрѣтеніе

¹⁾ *Gierke*, D. Privatrecht, I, § 32, Note 2.

²⁾ *Endemann*, Lehrbuch, II, S. 318 f.

³⁾ *Crome*, System, I, S. 314. *Cosack*, Lehrbuch, II, S. 119. *Kuhlenbeck*, Von den Pandekten, I, S. 312. *Kober*, Staudinger's Kommentar, Liefer. 3, S. 185. *Hellwig*, Wesen, S. 104.

⁴⁾ Ср. выше, на стр. 64, теорію *Stobbe*, относительно древнегерманскаго права.

⁵⁾ *Regelsberger*, Iher. Jahrbücher, XLVII, S. 361—368.

⁶⁾ § 934 BGB. См. выше, стр. 299 сл.

опять возможно¹⁾. Следовательно, причина и основание приобретения лежит не во владѣнии отчуждателя.

Во 2-хъ, противъ теоріи легитимации говоритъ то обстоятельство, что она оказывается недействительной или безсильной при *mala fides* приобретателя. Следовательно, причина и основание приобретения лежитъ въ лицѣ и дѣятельности *приобретателя*, а не въ какой-либо легитимации или власти отчуждателя.

Въ 3-хъ, противорѣчитъ общему правосознанію тотъ взглядъ, по которому правовой порядокъ будто-бы надѣляетъ владѣльца ввѣреннаго имущества властью — или даже правомъ — распоряжаться этимъ имуществомъ по своему усмотрѣнію: этимъ совершенно извращается воля собственника, ввѣряющаго свое имущество лишь на время и *безъ* какихъ бы то ни было правомочій на распоряженіе или отчужденіе; наконецъ, здѣсь смѣшивается простая *возможность* распоряженія съ *правомъ* на распоряженіе: владѣлецъ *можетъ*, онъ въ состояніи продать чужую вещь, но онъ *не долженъ*, не имѣетъ права этого дѣлать; даже больше того, — онъ совершаетъ *преступленіе*, отчуждая чужія вещи²⁾; все это менѣе всего похоже на какую-либо легитимацию.

Такимъ образомъ *это* основание теоріи о производномъ характерѣ приобретения въ изучаемыхъ нами случаяхъ мы считаемъ уничтоженнымъ окончательно.

Иначе обосновываетъ ту же теорію *Dernburg*. Онъ, затрудняясь распространить на изучаемую нами область понятіе *successio* въ ея истинномъ смыслѣ и значеніи, раздѣлилъ это понятіе на два вида: *successio* въ общепринятомъ узкомъ значеніи этого слова — *successio* производная — и *successio* въ смыслѣ простой послѣдовательности во времени и безъ внутренней связи и зависимости между правомъ отчуждателя и правомъ при-

¹⁾ Тотъ же § 934. См. тамъ же.

²⁾ Народная пословица говоритъ: Ein *Schelm* gibt mehr, als er hat.—*Pütter*, Die Lehre vom Eigenthum, S. 69.

обрѣтателя — *successio* несвязанная или виѣшняя¹⁾. Конечно, подъ это послѣднее опредѣленіе преемства въ правѣ легко — и даже необходимо — подвести и тѣ случаи, которые мы изучаемъ. Но только *Regelsberger*²⁾ справедливо недоумѣваетъ, какая же польза отъ такого расширенія понятія *successio*? Какъ отмѣчено выше, вся цѣнность дѣленія способовъ приобретения на первоначальные и производные сосредоточивается въ томъ признакѣ, что въ послѣднемъ случаѣ всегда имѣетъ мѣсто внутренняя связь и зависимость между правомъ преемника и правомъ *auctor*'а, тогда какъ въ первомъ случаѣ ничего этого нѣтъ. Въ теоріи же *Dernburg*'а второй видъ *successio* по основнымъ свойствамъ своимъ совершенно совпадаетъ съ понятіемъ способовъ первоначальныхъ и отличается отъ нихъ второстепенными, ничего не рѣшающими и ничего не дающими чертами. Поэтому эта новая разновидность *successio* подлежитъ, собственно говоря, полному устраненію, какъ совершенно излишняя, а вмѣстѣ съ тѣмъ падетъ и всякое основаніе видѣть въ нашей области производное приобретение: это основаніе создано искусственно³⁾.

Наконецъ, наиболѣе обстоятельнымъ и сильнымъ защитникомъ производности приобретения въ рассматриваемыхъ нами случаяхъ является *Wendt*⁴⁾.

Его аргументация касается только Общегерманскаго Уложения, и состоитъ она въ слѣдующемъ. Приобрѣтеніе нельзя здѣсь рассматривать, какъ результатъ дѣятельности и особыхъ качествъ одного только приобретателя; это — не односторонняя дѣятельность, а договоръ съ отчуждателемъ; здѣсь приобретатель не просто *беретъ* вещь, онъ *принимаетъ*, онъ *получаетъ* ее; здѣсь поэтому надо признать наличность „передачи“, *tra-*

¹⁾ *Dernburg*, Das bürgerl. Recht, Bd. I, § 103, S. 315 f.

²⁾ *Regelsberger*, Iher. Jahrbücher, XLVII, S. 375.

³⁾ Противъ теоріи *Dernburg*'а — *Gierke*, D. Privatrecht, I, § 32, Note 2 и *Goldschmidt*, Zeitschr. f. H. R., XL, S. 267.

⁴⁾ *Wendt*, Arch. f. Civ. Praxis, LXXXIX, S. 17 f., 21.

ditio. Что же касается bona fides приобретателя, то она составляет только часть необходимых здесь действий, так что она одна и сама по себе еще не может ни перенести, ни создать у приобретателя права собственности; нужны и другие составные части, и все они, вместе взятые, и составляют приобретение производное, — не только субъективно для приобретателя, но и объективно, фактически. Итак, мы здесь имеем сделку передачи, имеем и две стороны: отчуждателя и приобретателя. При этом необходима способность отчуждателя к отчуждению. Поэтому и при bona fides нельзя приобрести права собственности от неполнолѣтняго или от безумнаго. Если бы здесь было приобретение первоначальное, то дѣеспособность отчуждателя не требовалась бы. Следовательно, bona fides замѣняет только недостаток права в лицѣ отчуждающаго, но затѣм требуются все остальные условия действительности производнаго приобретения. Все это подтверждается и основывается на выраженіях самого закона, который в данных случаях говорит именно о *preestv* в правѣ, — о томъ, что права „производятся“ отъ неуправомоченныхъ.

Несомнѣнно, съ соображеніями *Wenll'a* нельзя не считаться: ими подчеркивается чрезвычайно важная сторона дѣла.

Однако мы и послѣ нихъ остаемся при томъ мнѣніи, что даже и по Общегерманскому Уложенію приобретение в данных случаяхъ должно быть признано *первоначальнымъ*.

Это потому, что, не смотря на все черты и принадлежности *traditio*, здесь нѣтъ самаго главнаго, существеннаго и рѣшающаго признака производнаго приобретения, — нѣтъ *внутренней причинной связи и зависимости* между утратой права прежнимъ собственникомъ и возникновеніемъ или появленіемъ того же права у новаго лица, у приобретателя; здесь нѣтъ передачи, основанной на наличности передаваемаго права у традента; здесь на одной сторонѣ преступленіе растраты чужого имущества, а на другой сторонѣ — защита, при извѣстныхъ условияхъ, обладанія приобретателей, даже возведеніе этого защищаемаго обладанія в рангъ права собственности; в числѣ

упомянутыхъ „извѣстныхъ условий“ имѣется и соблюденіе полнаго ритуала сделки *traditio*, — требованіе вполне цѣлесообразное¹⁾: законодатель отнюдь не пренебрегаетъ собственниками, вѣряющими другимъ свои вещи, но въ то же время онъ не создаетъ и какихъ-либо исключительныхъ привилегій для приобретателей чужого имущества, — онъ только поддерживает и охраняетъ обыкновенный правомѣрный оборотъ, а потому и в данныхъ случаяхъ требуетъ, чтобы сделки приобретения совершались такъ, какъ онѣ *всегда* совершаются; дѣло только въ томъ, что *traditio* здесь имѣетъ лишь *внѣшній* обликъ законности и правомѣрности, а потому право возникаетъ в лицѣ приобретателя *не на основаніи* передачи или *traditio*, а совершенно *самостоятельно*: оно возникаетъ у приобретателя не потому, что оно было у традента, — для этого перехода нѣтъ внутренней движущей силы, есть только *видимость* ея, — оно возникаетъ потому, что, при данныхъ условияхъ, овладѣніе вещью признается закономъ однимъ изъ способовъ приобретения права собственности: а когда право собственности на данную вещь возникаетъ в лицѣ новаго обладателя, то необходимо прежній собственникъ долженъ *утратить* это право; такимъ образомъ при „передачѣ“ в истинномъ смыслѣ этого слова право *приобрѣтается* потому, что оно было у прежняго собственника и затѣмъ отдѣлилось отъ него, утрачено имъ для перехода къ новому лицу; в разбираемыхъ же нами случаяхъ происходитъ обратный процессъ: право *утрачивается* прежнимъ собственникомъ, потому что оно уже приобретено новымъ

¹⁾ Проф. *Петражицкій* по этому поводу говоритъ: „Новое германское уложеніе реципировало вообще ограниченіе виндикаціи движимостей в видѣ начала „Hand wahre Hand“, а не „en fait de meubles la possession vaut titre.“ И оно в высшей степени право, что не послѣдовало правилу art. 2279 Code civil, которое является крайне несостоятельнымъ не только вслѣдствіе упущенія условия bona fides, но и именно вслѣдствіе того, что для приобретения требуется просто „possession“, а не *traditio* на основаніи мѣнновой сделки. — Права добросов. владѣльца, стр. 327.

лицомъ; различіе того и другого построения весьма существенно: тамъ вмѣстѣ съ вещью продолжается ся прежняя юридическая жизнь, а здѣсь всё прежнія юридическія отношенія прерываются, и начинается жизнь новая, съ прежней юридически не связанная¹⁾).

Что именно эта конструкция правильна, а не та, которую предлагаетъ *Wendt*, въ этомъ убѣждаетъ насъ, во 1-хъ, чисто *внѣшнее* примѣненіе въ данныхъ случаяхъ *traditio*, т. е. отсутствіе важнѣйшаго элемента производныхъ способовъ (легитимации традента и проистекающей изъ нея внутренней связи и зависимости), и во 2-хъ, правило „*nemo plus juris...*“: здѣсь исключеній быть не можетъ²⁾, а если все-таки требуется *justus titulus* въ видѣ *traditio*, то это не будетъ *traditio* въ собственномъ смыслѣ этого слова, это будетъ, — повторяемъ, — только внѣшняя видимость оя, и приобрѣтеніе будетъ все-таки первоначальнымъ, а не производнымъ.

Нѣкоторые³⁾ въ пользу первоначальности приобрѣтенія указываютъ еще и на то обстоятельство, что вещныя обремененія, лежація на вещи, переходятъ на приобрѣтателя лишь настолько, насколько послѣдній *знаетъ* объ ихъ существованіи; значить, здѣсь нельзя сказать, какъ при *производномъ* приобрѣтеніи, что право собственности переходитъ *tale, quale fuit*.

Однако *Regelsberger*⁴⁾, который, какъ мы видѣли, самъ держится теории первоначальнаго приобрѣтенія, отказываетъ этому обстоятельству въ какой-либо доказательной силѣ: во 1-хъ, такое отпаденіе вещныхъ обремененій не является необходимымъ въ данныхъ случаяхъ, и оно имѣетъ свои особыя усло-

¹⁾ *Papendieck* говоритъ: не нужно считать передачу способомъ только производнаго приобрѣтенія; она можетъ служить и первоначальному приобрѣтенію, напр., при отчужденіи чужихъ вещей фискомъ.—*Eigenthumserwerb*, S. 61.

²⁾ См. выше, стр. 12, 16 сл.

³⁾ Напр., *Ennescherus - Lehmann*, *Das Bürgerl. Recht*, II, S. 167 f.

⁴⁾ *Regelsberger*, *Iher. Jahrbücher*, XLVII, S. 376.

вія¹⁾, а во 2-хъ, такое же точно отпаденіе возможно и при *traditio* отъ лица управомоченнаго.

Но для насъ совершенно достаточно и того, что сказано выше: уже и тамъ первоначальный характеръ приобрѣтенія имѣетъ вполне достаточное обоснованіе.

Однако, — повторяемъ, — съ соображеніями *Wendt*'а относительно Общегерманскаго Уложенія нельзя не считаться, и потому было бы не достаточно ограничиться простымъ заявленіемъ, что въ данномъ случаѣ мы имѣемъ приобрѣтеніе первоначальное: нужно подробнѣе обосновать это утвержденіе.

Предварительно обратимъ вниманіе на слѣдующій недостатокъ въ литературной обработкѣ нашего вопроса. — Многие писатели занимаются только *однимъ* какимъ-нибудь кодексомъ и не обращаютъ вниманія на другіе; таковы представители теории мгновенной давности, имѣвшіе въ виду только Кодексъ Наполеона; таковы же, напр., *Wendt* и *Regelsberger*: это наиболѣе выдающіеся работники по нашему вопросу; они держатся противоположныхъ взглядовъ, но оба имѣютъ въ виду только свое Общегерманское Уложеніе. Другіе писатели, напр., *Carlin*, разсматриваютъ *всѣ* законодательства, но устанавливаютъ для *всѣхъ* ихъ одну, *единую* конструкцию первоначальнаго приобрѣтенія. Положимъ, эту теорію, въ самой сущности дѣла, мы тоже считаемъ въ общемъ правильной для *всѣхъ* дѣйствующихъ законодательствъ, но въ то же время полагаемъ, что *однимъ* такимъ заявленіемъ еще не исчерпывается весь вопросъ.

Итакъ, разсмотримъ все подробно.

Первоначально приобрѣтеніе по Общегерманскому Уложенію, первоначально оно и по Кодексу Наполеона; но ни-

¹⁾ См. *Kah. Annalen der Bad. Gerichte*, LXV, S. 346: по § 932 B.G.B. mala fides приобрѣтателя есть обстоятельство, исключющее приобрѣтеніе собственности, а по § 936 bona fides приобрѣтателя есть предположеніе или условіе потери третьимъ лицомъ своего вещнаго права на отчуждаемой вещи.

кто не станет отрицать, что различие здѣсь далеко не изъ маловажныхъ.

Именно, различіе это обусловливается тѣмъ, что по Обще-герман. Уложенію необходимъ, между прочимъ, *justus titulus* въ формѣ объективно-дѣйствительной сдѣлки отчужденія¹⁾, а по Кодексу Наполеона достаточно и путативнаго титула²⁾.

Такимъ образомъ приобрѣтеніе по Общегерман. Уложенію хотя и является въ существѣ своимъ первоначальнымъ, тѣмъ не менѣе оно сильно осложняется реквизитами двусторонности: однихъ особыхъ качествъ приобрѣтателя (*bona fides*) и вообще одной дѣятельности приобрѣтателя, одного „квалифицированнаго овладѣнія” или *Besitzerlangung Carlin'a*³⁾ здѣсь не достаточно; здѣсь необходима еще и дѣятельность (неуправомоченнаго) отчуждателя, необходима и его дѣеспособность; словомъ, необходимо полное,—хотя и внѣшнее,—совершеніе двусторонней сдѣлки отчужденія и приобрѣтенія, при чемъ каждый порокъ этой сдѣлки,—кромѣ отсутствія легитимации у традента, — можетъ все приобрѣтеніе сдѣлать несостоявшимся. Не такъ по Кодексу Наполеона: здѣсь *justus titulus* не нуженъ, двусторонняя сдѣлка приобрѣтенія можетъ быть и недѣйствительной, а потому здѣсь вся сущность приобрѣтенія всецѣло и нераздѣльно сосредоточивается въ качествахъ и дѣятельности не двухъ сторонъ, а только одной стороны, — приобрѣтателя.

Это различіе въ положеніи дѣла не можетъ не отозваться и на конструкціи. Въ ст. 2279 Кодекса Наполеона мы видимъ, совершенно согласно съ *Carlin'*ымъ и проф. *Васковскимъ*, приобрѣтеніе *первоначальное* въ его *чистомъ* видѣ. По относително § 932-го Общегерман. Уложенія этого въ такой же мѣрѣ сказать уже нельзя⁴⁾.

¹⁾ См. выше, стр. 294.

²⁾ См. выше, стр. 113 сл.

³⁾ *Carlin*, Niemand kann..., S. 115. *Васковский*, Учебникъ, II, стр. 154, 157 сл.

⁴⁾ Это различіе, какъ мы только-что видѣли, отмѣчено и проф. *Петражицкимъ*, — выше, стр. 495, прим. 1.

Этимъ послѣднимъ обстоятельствомъ, кажется, и объясняются выше упомянутыя „среднія” или смѣшанныя теоріи *Mendelssohn'a Bartholdy*, *Hachenburg'a*, *Kuhlenbeck'a* и проф. *Дювернуа*¹⁾.

Первый изъ нихъ въ Общегерман. Уложеніи видитъ приобрѣтеніе *quasi* - первоначальное. Легко понять, чѣмъ вызвано это „*quasi*”, тѣмъ не менѣе предложенный *Mendelssohn'*омъ терминъ является,—какъ и всѣ термины съ такой же прибавкой,—неопредѣленнымъ и мало выразительнымъ.

Гораздо удачнѣе та же идея выражена *Hachenburg'*омъ, который говоритъ: приобрѣтеніе первоначально, насколько приобрѣтатель получаетъ право, котораго не имѣлъ его аuctor, и въ то же время приобрѣтеніе производно, насколько требуется дѣйствительная сдѣлка передачи.

Наконецъ, то же самое говоритъ и *Kuhlenbeck*: здѣсь—приобрѣтеніе *первоначальное*, но въ *производномъ* одянніи.

Lessing и *Schwerin* хотя держатся и противоположныхъ взглядовъ по нашему вопросу, но эти „среднія” теоріи отвергаютъ вполне единодушно, исходя изъ того положенія, что приобрѣтеніе не можетъ быть отчасти первоначальнымъ, а отчасти производнымъ,—что оно можетъ быть *только* тѣмъ или другимъ: *tertium non datur*²⁾.

Само по себѣ, это послѣднее положеніе совершенно правильно; но только дѣло въ томъ, что указанные представители среднихъ теорій совсѣмъ и не вводятъ никакого *tertium'a*. *Kuhlenbeck* вѣдь говоритъ собственно о *первоначальномъ* приобрѣтеніи, и затѣмъ изъ дальнѣйшихъ его объясненій видно, что онъ причиной и основаніемъ приобрѣтенія считаетъ *не сдѣлку передачи*, а добросовѣстность приобрѣтателя и правовой порядокъ, признавшій за этой добросовѣстностью значеніе самостоятельнаго способа приобрѣтенія. Далѣе, *самое приобрѣтеніе права* называется первоначальнымъ и *Hachenburg*, а о произ-

¹⁾ См. выше, стр. 488, прим. 2.

²⁾ *Lessing*, Rechtsnachfolge, S. 40. *Schwerin*, Beiträge, S. 30.

водности онъ говоритъ лишь въ виду требованія двусторонней сдѣлки или титула.

Все это вполне соответствуетъ дѣйствительному положенію дѣла: приобрѣтеніе даже и по Общегерман. Уложенію является первоначальнымъ, — и только первоначальнымъ, — но для его осуществленія необходима дѣйствительная двусторонняя сдѣлка; приобрѣтеніе не превращается при этомъ въ производное только потому, что у традента нѣтъ легитимаци на отчужденіе. — Вотъ, въ какой мѣрѣ мы соглашаемся съ *Wendt*'омъ.

Новидимому, все это не должно вызывать споровъ, а тогда весь вопросъ сводится лишь къ тому, какъ удачнѣе и правильнѣе назвать или выразить эту особенность приобрѣтенія по Общегерман. Уложенію.

Понятки *Kuhlenbeck*'а и *Hachenburg*'а мы уже знаемъ.

Съ своей стороны мы бы предложили и такое выраженіе или названіе: „первоначальное приобрѣтеніе посредствомъ *traditio*.” Повторяемъ, это не есть нѣчто среднее, это, по существу своему, есть приобрѣтеніе первоначальное, а по внѣшней формѣ здѣсь — передача, *traditio*, что однако не измѣняетъ указанной природы приобрѣтенія: *двусторонность и производность совсѣмъ не одно и то же.*

Итакъ, природа и свойства приобрѣтенія не являются совершенно одинаковыми для *всѣхъ* законодательствъ. Въ Кодексѣ Наполеона приобрѣтеніе является первоначальнымъ въ его *чистомъ* видѣ, а въ Общегерман. Уложеніи оно также первоначально, но имѣетъ *внѣшнюю форму* приобрѣтенія производнаго. Этой послѣдней прибавкой потому нельзя пренебрегать, что въ ней выражается *существенное* условіе приобрѣтенія.

Между этими двумя разновидностями первоначальнаго приобрѣтенія располагаются и всѣ остальные законодательства.

Такъ, Голландскій Кодексъ 1838 г., Итальянскій 1865 г. и Испанскій 1889 г. пошли по стопамъ Кодекса Наполеона, объявивши *владѣніе* равнымъ титулу или документу¹⁾, чѣмъ центръ

¹⁾ См. выше, стр. 255, 233, 262.

тяжести помѣщенъ въ дѣятельности приобрѣтателя, а двусторонній характеръ приобрѣтенія отодвинуть совершенно на второй планъ. Всѣ же другія разсмотрѣнныя нами законодательства, — въ томъ числѣ и 1 ч. X т. Свода Законовъ, — считаютъ необходимой объективно-дѣйствительную сдѣлку отчужденія и приобрѣтенія; это или прямо вытекаетъ изъ сопоставленія отдѣльныхъ статей того или другого кодекса, или же это само собою подразумѣвается потому, что для изучаемыхъ нами случаевъ никакихъ исключеній изъ общихъ правилъ о приобрѣтеніи не дѣлается, а всегда имѣется въ виду *только одинъ* дефектъ: отсутствіе легитимаци у отчуждателя¹⁾.

Установивши конструкцію по нашему вопросу, намъ теперь остается формулировать тѣ заключительныя положенія, которыя изъ этой конструкціи вытекаютъ или ею обусловливаются.

Здѣсь мы вполне и дѣликомъ послѣдуемъ за *Carlin*'ымъ, который эти положенія излагаетъ такъ²⁾.

Во 1-хъ, случаи, когда кто-либо приобрѣтаетъ право, тогда какъ его контрагентъ-отчуждатель этого права не имѣлъ, отнюдь не представляютъ собою какихъ-либо исключеній изъ правила „*nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet.*” Это правило никакихъ исключеній не допускаетъ.

Во 2-хъ, абсолютная защита права собственности вытекаетъ изъ самаго понятія объ этомъ правѣ у насъ такъ же необходимо, какъ и у римлянъ. Совершенно немыслимо, чтобы кто-нибудь, имѣя право собственности, не имѣлъ въ то же время виндикаціи (временная неосуществимость виндикаціи, — напр., противъ закладоприимателя, — имѣетъ всякій разъ свое особое основаніе и нашего принципа не мѣняетъ). Если же первоначальный собственникъ не можетъ отобрать свою вещь отъ третьяго лица посредствомъ виндикаціи, то это объясняется тѣмъ,

¹⁾ Такіе реквизиы приобрѣтенія, какъ *bona fides*, годность вещи и др., нельзя, конечно, считать исключеніями.

²⁾ *Carlin*, Niemand kann..., S. 120 ff.

что онъ уже не имѣетъ самаго *права собственности*, которое служить необходимымъ и неизбѣжнымъ предположеніемъ виндикаціоннаго иска.

Въ 3-хъ, самое *право собственности* на движимости, само по себѣ, такъ же неограниченно, какъ и право собственности на недвижимости. Объяснять изучаемые нами случаи особой ограниченностью права собственности на движимости не правильно, такъ какъ это привело бы къ *двумъ* понятіямъ права собственности, — ограниченной и неограниченной, — а между тѣмъ это право всегда и вездѣ совершенно одинаково является высшей властью распоряженія и господства надъ вещами¹⁾.

Въ 4-хъ, и *защита* права собственности у насъ такъ же абсолютна, какъ и у римлянъ. Первоначальный собственникъ теряетъ свое право не потому, что оно меньше защищается, чѣмъ защищалось у римлянъ, а потому, что, на основаніи постановленій закона, у третьяго лица возникаетъ право собственности, которымъ исключается, уничтожается право первоначального обладателя.

Въ виду этого надо констатировать такимъ образомъ *цѣлый рядъ случаевъ*, когда правовой порядокъ признаетъ и нормируетъ возникновеніе у добросовѣстнаго пріобрѣтателя различныхъ вещныхъ правъ, т. е., — скажемъ мы, — новыя законодательства создали и развили *новый способъ пріобрѣтенія права собственности* (и права закладного и сервитутнаго) на движимыя вещи.

Bemmelen совершенно правильно замѣчаетъ по этому послѣднему вопросу: статьей 2279 Кодекса Наполеона владѣніе сдѣлано способомъ пріобрѣтенія права собственности; этотъ новый способъ *не уничтожаетъ* прежнихъ способовъ пріобрѣтенія, а *присоединяется* къ нимъ. Послѣднее, конечно, не опровергается тѣмъ, что собственность, пріобрѣтенная прежними

способами, уничтожается, если происходитъ пріобрѣтеніе этимъ новымъ способомъ¹⁾.

Согласно всему сказанному, о разсмотрѣнномъ нами способѣ пріобрѣтенія надо говорить въ системѣ гражданскаго права въ отдѣлѣ „способовъ первоначальныхъ” и *послѣ* ученія о *traditio*²⁾. Таково главное положеніе по вопросу о системѣ; остальные же подробности систематическаго распредѣленія для нашего вопроса особаго значенія не имѣютъ.

Изложенную теорію мы считаемъ правильной съ *современной догматической* точки зрѣнія и въ виду *практическаго примѣненія* закона.

Уже и здѣсь мы видимъ, что нашъ институтъ не во всѣхъ законодательствахъ одинаковъ, — что онъ живетъ и измѣняется и не только количественно, но и качественно, хотя при хронологическомъ разсмотрѣніи законодательства и нельзя установить постепенности въ этомъ развитіи. Эту постепенность или послѣдовательность можно наблюдать лишь на *всей* массѣ законодательства: итогомъ средневѣковыхъ формулъ мы считаемъ Кодексъ Наполеона, а вѣнцомъ новѣйшаго творчества — Общегерманское Уложеніе. Результатомъ этого развитія мы считаемъ, главнымъ образомъ, слѣдующее: во 1-хъ, несомнѣнность и безспорность требованія добросовѣстности пріобрѣтателя; во 2-хъ, — требованіе двусторонняго объективно-дѣйствительнаго титула пріобрѣтенія; въ 3-хъ, — замѣну теоріи ограниченія виндикаціи теоріей пріобрѣтенія права собственности.

Указанное нами различіе въ конструкціи нашего института по отдѣльнымъ законодательствамъ окажется еще большимъ, если мы посмотримъ на дѣло съ *исторической* точки зрѣнія.

Здѣсь рѣшающими окажутся уже не теоретическія разсужденія, а самыя формулы положительнаго закона. А потому *здѣсь* мы уже должны будемъ придавать больше значенія и те-

¹⁾ Два типа собственности — римской и германской — различаетъ проф. Дювернуа, Посobie, часть особ., I, стр. 42 сл., 56.

¹⁾ *Bemmelen*, Le système, p. 407, 410.

²⁾ Такъ *Carlin*, Niemand kann..., S. 126 и *Papendieck*, Eigenthumsverwerb, S. 62.

оріи мгновенной давности¹⁾, и теоріи процессуального ограни- ченія виндикаціи, насколько первая подсказывается системой Кодекса Наполеона²⁾, а вторая прямо выражена въ Прусскомъ Landrecht'ѣ или въ Саксонскомъ Уложеніи³⁾.

Здѣсь мы лишній разъ воочию убѣждаемся, что правовые институты не появляются готовыми сразу. Въ указанныхъ же построеніяхъ положительнаго закона мы именно и можемъ наблюдать, какими путями шла мысль законодателя, желавшаго дать удовлетворительный отвѣтъ на запросы торговаго оборота, пока, наконецъ, не былъ созданъ новый способъ первоначальнаго приобрѣтенія права собственности на движимыя вещи посредствомъ traditio отъ лицъ, не управомоченныхъ на отчужденіе.

Мы уже видѣли, что теоретическая мысль въ наукѣ и въ судебной практикѣ нерѣдко забѣгала впередъ и *по-своему* кон- струировала нормы положительнаго закона⁴⁾. Въ этомъ про- является самостоятельное творчество доктрины и судебной практики, не придающихъ рѣшающаго значенія формулировкѣ закона, а соображающихся съ болѣе общими положеніями дог- мы и системы права⁵⁾.

До тѣхъ же поръ, пока наука и судебная практика не из- мѣняли конструкцій положительнаго закона, этотъ послѣдній долженъ былъ примѣняться согласно *своей собственной кон-*

¹⁾ Только съ *этой* точки зрѣнія можно оправдать замѣчаніе Regelsberger'a, что теорія французскихъ юристовъ о мгновенной давности имѣетъ больше основаній, чѣмъ это принято думать. — *Iher. Jahrbücher*, XLVII, S. 373.

²⁾ См. выше, въ этой же главѣ, стр. 485.

³⁾ См. выше, стр. 90 сл., 228 сл.

⁴⁾ Такъ это было въ Пруссіи (стр. 91), въ Саксоніи (стр. 229, пр. 3). Такъ же это было и во Франціи, — см., напр., *Tuhr, Zeitschr. f. franz. Civilrecht*, XXX, S. 539.

⁵⁾ „Мотивы“ къ первому проекту Общегерман. Уложенія даже прямо имѣли въ виду это творчество науки специально по нашему вопросу. — *Motive*, I, S. 272.

струкціи: такъ, напр., во Франціи надо было требовать отъ при- обрѣтателя соблюденія всѣхъ условій, предписываемыхъ Ко- дексомъ Наполеона для давностныхъ владѣльцевъ¹⁾, а въ Прус- сіи и Саксоніи надо было терпѣть тѣ нецѣлесообразныя послѣд- ствія процессуальной теоріи²⁾, которыя нами описаны выше.

Такова принятая нами конструкція догматическая и тако- во взаимное отношеніе между нею и конструкціей исторической³⁾.

Этой главой дополняется и точнѣе разъясняется то, что нами кратко изложено выше на стр. 16 и слѣд. и на стр. 136 *in fine*.

¹⁾ И мы уже видѣли, что представители теоріи мгновенной дав- ности дѣйствительно считали необходимымъ *justus titulus*, — см. вы- ше стр. 114 сл.

²⁾ О старомъ нѣмецкомъ правѣ см. выше, стр. 33 сл. Господ- ствующее мнѣніе и тамъ видитъ приобрѣтеніе права собственности, а не одно ограниченіе виндикаціи, но это — конструкція, соответствую- щая нашимъ, теперешнимъ понятіямъ о догмѣ и системѣ, и еще во- просъ, вѣрна ли она *исторически* въ указанномъ нами смыслѣ. — См. выше, стр. 34, пр. 1. См. и *Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerl. Recht*, II, S. 166 f. *Tuhr, Zeitschr. f. franz. Civilrecht*, XXX, S. 539. *Cosack, Lehrbuch*, II, S. 129.

³⁾ На такую двойственную постановку вопроса, насколько намъ извѣстно, въ литературѣ вниманія не обращалось. А между тѣмъ, ка- жется, только съ этой точки зрѣнія можно объяснить какъ появленіе, такъ и распространеніе почти всѣхъ разсмотрѣнныхъ нами (и отвер- гнутыхъ) теорій. Здѣсь же находитъ свое объясненіе авторитетность ссылки на терминологию Общегерман. Уложенія для поддержанія те- оріи производнаго приобрѣтенія. Впрочемъ, эту терминологию по на- шему вопросу *Regelsberger* считаетъ невыдержанной въ названномъ кодексѣ. — *Iher. Jahrbücher*, XLVII, S. 370 ff.

III.

Часть критическая.

Lex ferenda и русский проект гражданского уложения.

ГЛАВА I.

Принципіальное рѣшеніе вопроса.

§ 1. Общія замѣчанія.

Въ предыдущихъ двухъ частяхъ нашей работы мы рассмотрѣли съ возможной подробностью довольно обширный—историческій и догматическій—матеріаль по нашему вопросу.

Теперь передъ нами другая задача: мы должны взвѣсить доводы за и противъ описаннаго нами способа пріобрѣтенія права собственности и высказаться по вопросу о томъ, заслуживаетъ или нѣтъ этотъ новый способъ принятія въ наше будущее гражданское уложеніе и, — если заслуживаетъ, то — въ какомъ именно видѣ и въ какой формѣ онъ намъ кажется цѣлесообразнымъ и желательнымъ.

Если мы обратимъ вниманіе на положеніе вопроса *de lege ferenda* въ литературѣ, то сразу обнаружимъ тотъ знаменательный фактъ, что господствующее мнѣніе *подавляющимъ*

большинствомъ высказывается въ пользу разсмотрѣннаго нами института¹⁾. Къ этому же мнѣнію присоединяемся и мы.

Противъ него высказываются не многие; сюда относятся: за границей *Bemmelen* и *A. Menger*, а у насъ — проф. *Шершеневичъ*²⁾.

Сдержанное, — но не отрицательное, — отношеніе проявляютъ *Kindel* и проф. *Петражицкій*³⁾.

Однако принципиальное обоснованіе одного и того же господствующаго мнѣнія дѣлается весьма различно, и, конечно, здѣсь сосредоточивается вся трудность и вся важность нашего вопроса.

¹⁾ *Bruns*, Jahrb. des gem. d. Rechts, IV, S. 7 f. *Koch*, Beiträge, IV, S. 38, 45. *Delbrück*, Dingl. Klage, S. 2 ff. *Rückert*, Untersuchungen, S. 207 f. *Gruchot*, Beiträge, S. 643 f. *Auerbach*, Arch. f. d. Wechselrecht, XI, S. 345. *Munzinger*, Motive, S. 219, 226. *Krasnopolski*, Der Schutz, S. 42. *Bähr*, Gegenentwurf, S. 194 f. *Cosack*, Beiträge, XIII, S. 25. *Regelsberger*, Pher. Jahrb., XLVII, S. 354 f. *Carlin*, Niemand kann..., S. 122 f. *Franken*, Verhandlungen des XV Deutschen Juristentages, I, S. 135 f. *Glasson*, Éléments, I, p. 407 s. *Ortlieb*, Des effets, p. 64 s. *Mourlon*, Rép. éscr., III, p. 746 s. *Оксъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1874, кн. 2, стр. 61 сл. *Змирловъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1882, кн. 4, стр. 28. *Брунъ*, Юридич. Вѣстн., 1886, № 12, стр. 714, 716 сл. *Лешиковъ*, Юридич. Вѣстн., 1872, кн. 4, стр. 36 — 39. *Первошиковъ*, Юридич. Вѣстн., 1886, № 6 и 7, стр. 385—391. *Щеловитовъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1890, кн. 2, стр. 13, 45, 50. *Елеонскій*, Журн. гр. и угол. пр., 1893, кн. 1, стр. 61. *Анненковъ*, Система, II, стр. 322 сл. *Васьковскій*, Журн. Мин. Юст., 1895, № 1, стр. 86 сл., 94. *Удинцевъ*, Киев. Унив. Изв., 1900, № 4, стр. 186.

²⁾ *Bemmelen*, Le système, p. 432 ss. *A. Menger*, Arch. f. soz. Gesetzgebung, 1889, S. 426 ff. *Шершеневичъ*, Учебн. рус. гр. пр., стр. 222. См. еще *Gerber*, System des Deutschen Privatrechts, Jena, 1863, S. 252, Anm. 9, *Лянидескій*, Юридич. Вѣстн., 1872, кн. 4, стр. 25—28. Къ общей характеристикѣ римскаго и германскаго режима собственности — *O. Mayer*, Dingl. Wirkung, S. 60 f., *Kuntze*, Die Lehre, S. 650, *Дювернуа*, Посobie, часть особ., I, §§ 4, 7, 10.

³⁾ *Kindel*, Das Recht, S. 191. *Petrażycki*, Die Lehre, II, S. 553 ff., Anm. 1. Но ср. его же Права добросов. владѣльца, стр. 298 сл., 306 сл., гдѣ новому институту дается обоснованіе.

§ 2. Частно-хозяйственная точка зрѣнія.

Нѣкоторые писатели, въ виду поставленной задачи, стоятъ на точкѣ зрѣнія частныхъ интересовъ спорящихъ сторонъ, т. е. добросовѣстнаго приобрѣтателя и теряющаго свое право собственности.

При этомъ одни говорятъ о *принципѣ справедливости*, введенномъ въ данную область отношеній новыми законодательствами въ противоположность римскому праву¹⁾. Другіе же болѣе подробно развиваютъ эту мысль и указываютъ, съ одной стороны, на небрежность — или даже и виновность — собственника, который не сумѣлъ выбрать себѣ вѣрнаго контрагента (*Trau, schau wem*), а съ другой стороны, — на необходимость защищать добросовѣстность приобрѣтателя во всемъ аккуратнаго и ни въ чемъ не повиннаго²⁾.

Однако что касается справедливости, то проф. *Васьковскій* совершенно основательно говоритъ, что какую бы сторону мы ни взяли подъ свое покровительство, все равно рѣшеніе этой дилеммы окажется несостоятельнымъ именно съ точки зрѣнія справедливости: если собственникъ лишился вещи противъ своего желанія и потѣму заслуживаетъ защиты, то и приобрѣтателя нельзя же лишать имущества, которое имъ добыто законно и добросовѣстно³⁾.

О невозможности рѣшить вопросъ на основаніи справедливости говоритъ и г. *Первошиковъ*, хотя онъ также стоитъ на точкѣ зрѣнія частныхъ интересовъ спорящихъ сторонъ. Онъ правильно обращаетъ вниманіе на то, что здѣсь защита собственника

¹⁾ *Franken*, Lehrbuch, S. 384.

²⁾ *Stubenrauch*, Das allgem. bürgerl. GB., I, S. 736. *Winiwarter*, Das Oesterr. bürgerl. Recht, II, S. 127. *Laurent*, Principes, XXXII, n. 594. *Folleville*, Traité, n. 116 ter. *Glasson*, Éléments, I, p. 408. Такъ и *Zeiller*, Commentar, II, S. 133 f., хотя вмѣстѣ съ тѣмъ указывается и на необходимость поддержанія прочности оборота. Такъ и *Mourlon*, Rép. éscr., III, p. 746 s., хотя онъ указываетъ и на публичный интересъ.

³⁾ *Васьковскій*, Журн. Мин. Юст., 1895, № 1, стр. 74 сл.

производилась бы на счет приобретателя, а потому онъ и предлагаетъ рѣшить вопросъ по правилу *casum sentit dominus*: разъ уже съ собственникомъ случилось несчастье, то оно и должно оставаться на своей жертвѣ, а переносить его на другое лицо нельзя¹⁾.

Но и съ этимъ послѣднимъ аргументомъ также нельзя согласиться, такъ какъ неприятный *casus* падаетъ совершенно одинаково на *обѣ* стороны²⁾.

Такъ же не основательно указаніе на виновность или небрежность собственника въ неудачномъ выборѣ контрагента: такой же точно упрекъ съ совершенно одинаковою основательностью можетъ быть сдѣланъ и приобретателю; оба они имѣютъ дѣло со *скрытыми* пороками и недостатками; приобретатель, по крайней мѣрѣ, имѣетъ дѣло съ уже существующимъ недостаткомъ, а собственнику, по этой теоріи, вменяется въ вину отсутствіе предвидѣнія *будущаго* нарушения. — Конечно, такіа объясненія не могутъ быть приняты³⁾.

Далѣе, не выдерживаетъ критики и послѣднее соображеніе частно-хозяйственной теоріи, — о необходимости защиты добросовѣстныхъ и ни въ какихъ унущеніяхъ не повинныхъ приобретателей⁴⁾, хотя представители господствующаго мнѣнія очень часто указываютъ именно на эту сторону дѣла.

Проф. *Петражицкій* рассуждаетъ по этому поводу такъ. *Bona fides* не есть какая-либо положительная заслуга, а если бы она и была заслугой, то не дѣло гражданскаго права награждать нравственныя заслуги, особенно — „средствами, взятыми

¹⁾ *Первоицковъ*, Юридич. Вѣстн., 1886, № 6 и 7, стр. 389 сл., 391.

²⁾ Ср. *Exner*, Tradition, S. 64, Anm. 49. Проф. *Петражицкій* даже утверждаетъ, что „случай происходитъ здѣсь собственно съ добросовѣстнымъ покупщикомъ, и этотъ послѣдній долженъ бы нести его послѣдствія“. — Права, стр. 113.

³⁾ *Exner*, loc. cit. *Randa*, Eigenthumsrecht, S. 342, Anm. 16. *Buhl*, Der Schutz, S. 48. *Krasnopolski*, Der Schutz, S. 35 f., 38. *Васковскій*, Журн. Мин. Юст., 1895, № 1, стр. 89.

⁴⁾ Такъ и *Ramdohr*, Beiträge, XLIV, S. 119.

изъ кармана частнаго лица, которому эти заслуги по меньшей мѣрѣ не оказали никакой пользы; добросовѣстное владѣніе есть не болѣе, какъ объективное правонарушеніе; *bona fides* можетъ при этомъ играть роль только обстоятельства, избавляющаго отъ наказанія или другихъ строгостей, а ничуть не основанія для особыхъ положительныхъ милостей; можно освободить убійцу отъ наказанія, если онъ убилъ нечаянно, не зная, что въ направленіи его выстрѣла находится человекъ; но награждать кого-либо за случайное убійство никто не вздумаетъ; а *bonae fidei possessio* не представляетъ никакой большей заслуги, нежели всякое случайное правонарушеніе¹⁾.” Въ другомъ мѣстѣ тотъ же авторъ говоритъ: „То, что милостиво дается добросовѣстному владѣльцу въ виду его примѣрной честности, берется изъ кармана дѣйствительнаго управомоченнаго, который по меньшей мѣрѣ обыкновенно столь же честный человекъ, какъ и добросовѣстный приобретатель чужого наслѣдства, чужой вещи etc.“²⁾”

Съ этими соображеніями нельзя не согласиться. Наконецъ, все на той же частно-хозяйственной точкѣ зрѣнія стоятъ и г. *Басинъ*, когда онъ предложилъ дѣлить „грѣхъ по-поламъ“: виндикацію допустить, но — взамѣнъ уплаты половины стоимости вещи, — правило, вытекающее изъ народныхъ воззрѣній, всегда очень благотворно дѣйствующихъ на развитіе права³⁾.

Это объясненіе, съ одной стороны, не подходитъ къ дѣйствующимъ законодательствамъ, а съ другой стороны, не даетъ въ сущности никакого рѣшенія вопроса и для *lex ferenda*. Тѣмъ же народнымъ языкомъ объ этой теоріи можно сказать: „ни то, ни сѣ.“

¹⁾ *Петражицкій*, Права, стр. 121.

²⁾ Тамъ же, стр. 305.

³⁾ Юридич. Вѣстн., 1872, кн. 4, стр. 31. Объ этой же теоріи сообщаетъ и *Bemmelen*, Le système, p. 447 s.

§ 3. Народно-хозяйственная точка зрѣнія.

Большинство писателей, — особенно въ Германіи и Россіи, — поднимается до болѣе высокой точки зрѣнія, — *народно-хозяйственной*, — и защищаетъ новый способъ пріобрѣтенія *въ цѣляхъ поддержанія безопасности и прочности оборота*.

Въ общемъ это и есть та правильная точка зрѣнія, съ которой только и возможно удовлетворительное рѣшеніе нашего вопроса. Проф. *Петражицкій* по этому поводу говоритъ: „Научное рѣшеніе гражданско-политическихъ вопросовъ можетъ получиться только тогда, если мы станемъ на точку зрѣнія общей суммы блага и значенія для этой суммы (а не для интересовъ той или другой стороны) такого или иного рѣшенія. Въ частности, мы еще не возвысились до гражданско-политической точки зрѣнія, если нашли, что известное рѣшеніе отнимаетъ отъ хозяйства лица А благо *a* или даетъ благо *a* лицу В. Лишь рѣшеніе задачи: $(A - a) + (B + a) = x$ для народного хозяйства — есть гражданско-политическое рѣшеніе ¹⁾.”

Однако указанное выше соображеніе о необходимости поддержанія оборота не удовлетворяетъ проф. *Петражицкаго*. Онъ говоритъ: „Если добросовѣстный пріобрѣтатель освобождается отъ опасности возвращенія вещи собственнику, то эта опасность есть *опасность для действительнаго управомоченнаго*. Слѣдовательно, и общая и неясная фраза о безопасности и прочности гражданского оборота ничего здѣсь не разъясняетъ и не оправдываетъ ²⁾.”

Поэтому проф. *Петражицкій* предлагаетъ другую теорію (а по нашему мнѣнію, — только иную, хотя и очень удачную, формулировку). Авторъ рассуждаетъ такъ. „Чтобы понять гражданско-политическую функцію принципа *en fait de meubles* и найти область, гдѣ умѣстно его примѣненіе, мы должны оставить деревню и отправиться въ городъ на базаръ, оставить сель-

¹⁾ *Петражицкій*, Права, стр. 159, примѣчаніе.

²⁾ Тамъ же, стр. 305.

ско-хозяйственныя имѣнія и иныя продуктивныя хозяйства, а равно вопросъ объ ихъ цѣлости и ненарушимости ихъ производительныхъ функцій, и обратиться къ движенію продуктовъ производства чрезъ руки разныхъ посредниковъ (торговцевъ) къ ихъ окончательному годному destinatary — къ потребителю (если продуктъ является готовымъ предметомъ потребленія, напр., вино, молоко, фрукты) или къ дальнѣйшему производителю (если продуктъ представляетъ орудіе или матеріалъ дальнѣйшаго производства, напр., шкуры животныхъ, зерновой хлѣбъ, швейныя машины и т. п.). Другими словами, принципъ *possession vaut titre* слѣдуетъ обсуждать не съ точки зрѣнія производства, а съ точки зрѣнія обращенія (*circulatio*) хозяйственныхъ благъ. Здѣсь мы можемъ установить слѣдующій гражданско-политическій постулатъ: Поскольку продолжительность обращенія, продолжительность движенія продукта отъ производителя къ годному destinatary можетъ зависѣть отъ гражданского права, желательно устроить это право такъ, чтобы время обращенія было по возможности сокращено. Для уясненія и обоснованія этого постулата необходимо принять во вниманіе, что время разъединенія продукта съ его годнымъ destinatary (точнѣе, время, проходящее до соединенія ихъ) представляетъ потерю известнаго quantum полезности хозяйственнаго блага, представляетъ известный минусъ для народного хозяйства, благосостоянія и прогресса ¹⁾. Поэтому „*болѣе ранняя полезность есть болѣе большая полезность*“ ²⁾.

Въ виду изложеннаго, авторъ замѣчаетъ, что *bona fides* и нормы, къ ней относящіяся, исполняютъ двѣ различныя функціи: во 1-хъ, онѣ имѣютъ значеніе въ области распределенія (охраняется хозяйственная статика, иммобилизуется и закрѣпляется фактической *status quo* — посредствомъ давности); во 2-хъ, *bona fides* имѣетъ значеніе „для политики обращенія хозяйственныхъ благъ, для облегченія и уско-

¹⁾ *Петражицкій*, Права, стр. 298 сл.

²⁾ Тамъ же, стр. 300.

ренія движенія полезностей и цѣнностей. Здѣсь особая система нормъ о bona fides облегчаетъ сбытъ и пріобрѣтеніе объектовъ, устраняя на сторонѣ спроса сомнѣнія относительно юридическаго успѣха сдѣлокъ“. Здѣсь имѣется въ виду хозяйственная динамика и мобилизація хозяйственныхъ благъ ¹⁾.

Повидимому, „динамика“ и „мобилизація“ совершенно совпадаютъ съ тѣмъ, что обыкновенно называется „оборотомъ“. А мысль объ указанной выше безопасности и прочности оборота поддерживается слѣдующими словами проф. Петражицкаго: „Охотнѣе и скорѣе заключаются сдѣлки относительно какого-либо товара, если этотъ товаръ, такъ сказать, самъ ясно и достовѣрно показываетъ пріобрѣтателю свое достоинство, свою цѣнность, если не можетъ быть подозрѣній въ существованіи скрытыхъ пороковъ и т. п. Кромѣ техническихъ пороковъ, товаръ (предполагаемая къ заключенію сдѣлка) можетъ обладать юридическими vitia“. Сюда относятся, напр.,furtivitas вещи, недѣеспособность отчуждателя, отсутствіе у него права собственности или вообще — правомочія на отчужденіе данной вещи ²⁾.

Итакъ, рѣшающими по нашему вопросу мы признаемъ экономическіе мотивы, которые проявляются въ народномъ хозяйствѣ: однимъ изъ важныхъ элементовъ народно-хозяйственной жизни является „оборотъ“ съ хозяйственными благами, ихъ циркуляція, передвиженіе отъ одного лица къ другому; разумная политика должна проявлять себя въ гражданскомъ и торговомъ законодательствѣ всѣмъ споспѣшествованіемъ народно-хозяйственной жизни; если при этомъ окажется коллизія, противорѣчіе между интересами общаго, цѣлаго и интересами отдѣльныхъ лицъ, то эти послѣдніе должны уступить первымъ, насколько это оправдывается, впрочемъ, дѣйствительными потребностями, и насколько это, съ другой стороны, не подѣйствуетъ разрушающимъ образомъ

¹⁾ Петражицкій, Права, стр. 306.

²⁾ Тамъ же, стр. 301 сл.

на тотъ же самый оборотъ не только съ матеріальной, но и съ этической стороны ¹⁾.

Вотъ эти-то экономическіе интересы народнаго хозяйства и требуютъ для себя юридической охраны со стороны законодателя.

Имущественный и торговый законъ, чтобъ быть жизненнымъ и цѣлесообразнымъ, непремѣнно долженъ сообразоваться съ этими экономическими интересами народнаго хозяйства, какъ это прекрасно выражено А. Wagner'омъ: „Юридическія отношенія,—отдѣльныя права личной свободы, собственность, наслѣдованіе и т. д.,—касаются хотя и не исключительно, но все-таки въ существѣ своемъ экономическихъ отношеній: они облачаютъ экономическое содержаніе въ юридическую форму; не принимать этого содержанія во вниманіе — было бы коренною ошибкой“ ²⁾.

Итакъ, что же долженъ сказать нашъ будущій законъ, наша lex ferenda, по вопросу о пріобрѣтеніи движимостей отъ лицъ, не уполномоченныхъ на ихъ отчужденіе?

Для того, чтобъ получить по возможности основательный отвѣтъ, намъ необходимо нѣсколько продолжить разсмотрѣніе экономическихъ отношеній въ народномъ хозяйствѣ.

Съ этой точки зрѣнія мы наблюдаемъ слѣдующее.

Для всѣхъ цивилизованныхъ странъ давно уже прошли тѣ патриархальныя времена, когда отдѣльныя движимыя вещи производились ручнымъ трудомъ, такъ что каждая изъ нихъ имѣла свои индивидуальныя признаки и свои индивидуальныя достоинства, а потому еще не было для каждой вещи рыночныхъ цѣнъ,—давно прошли времена, когда производство и потребленіе были еще мало развиты,—когда слабо развита

¹⁾ Это формула, конечно, слишкомъ общая и растяжимая. Болѣе конкретное содержаніе она получить ниже, по выясненіи отдѣльныхъ относящихся къ ней вопросовъ. См. § 4.

²⁾ А. Wagner, Lehr- und Handbuch, 1 Hauptabth., 2 Theil, S. 11. У насъ пропагандируетъ эту идею проф. Покровский, Киев. Унив. Изв., 1896, № 12, стр. 19 сл.

была и торговля какъ въ виду общихъ условій патриархальной жизни, такъ и въ виду отсутствія современныхъ средствъ и путей сообщенія.

Теперь мы наблюдаемъ совершенно иную картину экономической жизни.—Количество населенія и его потребности неизмѣримо возросли. Потребность въ различнѣйшаго рода вещахъ и предметахъ, а также и нужда свободныхъ рукъ въ трудѣ создаютъ и развиваютъ производство; сюда являются на помощь науки и искусства, и производство изъ ручного и ремесленного превращается въ машинное и фабричное. Продукты этого производства ищутъ рынковъ; здѣсь появляются цѣлыя арміи торговцевъ—посредниковъ между производителями и потребителями. Этому передвиженію хозяйственныхъ благъ какъ нельзя болѣе способствуютъ колоссально развившіеся пути и средства сообщенія: пароходнаго и желѣзнодорожнаго, почтоваго и телеграфнаго. Продукты на рынкахъ при всѣхъ этихъ условіяхъ быстро и по-многоу разъ переходятъ изъ рукъ въ руки, прежде чѣмъ попадутъ къ потребителю; при этомъ они утрачиваютъ свою индивидуальную различимость, превращаются въ однородныя массы „товара“, различаемаго не по-штучно, а лишь по сортамъ, и приобрѣтаютъ опредѣленную рыночную цѣнность ¹⁾, такъ что нерѣдко въ торговомъ оборотѣ оказывается безразличнымъ, получить ли опредѣленнаго качества и количества товаръ, или же соотвѣтствующую сумму денегъ.

Быстрый и легкій ходъ всей этой сложной экономической машины приводитъ народное хозяйство къ благосостоянію, а на матеріальной почвѣ растетъ и пышно расцвѣтаетъ и культура духовная и наоборотъ, всякое препятствіе или „трение“, къ какой бы части этого сложнаго механизма оно

¹⁾ Указанное превращеніе движимостей въ „товары“ съ теченіемъ времени охватываетъ все большій и большій кругъ предметовъ; даже недвижимости уже начинаютъ входить въ сферу торговаго оборота. — *Побльдонсцевъ*, Курсъ, I, стр. 16.

ни относилось, отражается на всемъ этомъ дѣлѣ соотвѣтствующимъ минусомъ.

Такова *общая* картина народно-хозяйственной жизни ¹⁾. Теперь, при этомъ общемъ фонѣ, подойдемъ ближе къ нашему спеціальному вопросу.

Какъ мы видѣли, одна изъ отраслей народно-хозяйственной жизни состоитъ въ *циркуляціи* или *перемѣщеніи* движимостей-товаровъ изъ однихъ рукъ въ другія, изъ собственности одного лица въ собственность другого. Обыкновенно— и въ главной массѣ случаевъ— отчуждателями являются дѣйствительные собственники или вообще лица, управомоченныя на отчужденіе ²⁾. Но бываетъ и такъ, что вещи отчуждаются— сознательно или же и не сознательно— лицами, на данное отчужденіе *не* управомоченными. Съ одной стороны, право собственности, какъ право наиболѣе полное и исключительнаго господства лица надъ вещью, даетъ собственнику право потребовать себѣ возвращенія вещи *in patria*, у кого бы онъ ни нашелъ ее; онъ долженъ только доказать, что именно *эта* вещь ему принадлежитъ на *правѣ собственности*, и тогда его частный интересъ будетъ вполне удовлетворенъ. Зато, съ другой стороны, при такомъ положеніи дѣла, *есть* приобрѣтатели будутъ поставлены въ положеніе весьма затруднительное: движимости-товары въ вихрѣ торговаго оборота переходятъ изъ рукъ въ руки очень быстро; заниматься каждый разъ изслѣдованіемъ вопроса о принадлежности приобрѣтаемыхъ вещей ихъ отчуждателю не выгодно и убыточно: для самихъ при-

¹⁾ Съ этой— экономической— стороны смотрятъ на нашъ вопросъ *Оксъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1874, кн. 2, стр. 49 сл., *Елеонскій*, Журн. гр. и угол. пр., 1893, кн. 1, стр. 1 сл., 15—20, *Брунъ*, Юридич. Вѣстн., 1886, № 12, стр. 714. *Щелловитовъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1890, кн. 2, стр. 5 сл., *Лешковъ*, Юридич. Вѣстн., 1872, кн. 4 стр. 36 сл. См. и *Endemann*, Handelsrecht. § 93, II, S. 327 ff. По поводу и противъ *Endemann'a*—*Goldschmidt*, Zeitschr. f. N. R., IX, S. 70 ff.

²⁾ Относящіеся сюда вопросы мы разсматриваемъ въ другомъ нашемъ изслѣдованіи: „Переходъ права собственности“.

обрѣтателей—по правилу „время — деньги“, а для всего народного хозяйства—по правилу проф. *Нестражницкаго* „болѣ ранняя полезность есть болѣшая полезность“. Кроме того, такое изслѣдованіе сплошь и рядомъ даже и совсѣмъ не выполнимо въ виду неформальности сдѣлокъ о приобрѣтеніи движимостей; допустить же въ этой области формализмъ значило бы совершенно уничтожить оборотъ ¹⁾).

При такихъ условіяхъ нахожденіе вещи въ рукахъ отчуждателя является *единственнымъ* основаніемъ для предположенія, что онъ собственникъ ²⁾, и для вступленія съ нимъ въ сдѣлку. Такимъ образомъ можно говорить о легитимациіи не владѣльца чужой вещи на отчужденіе ея ³⁾, а о легитимациіи *третьихъ добросовѣстныхъ лицъ* на приобрѣтеніе вещи отъ ихъ владѣльцевъ. И тѣмъ не менѣе *каждому* приобрѣтателю, не смотря на всю его обычную аккуратность и добросовѣстность, какъ снѣгъ на голову, можетъ свалиться виндикаціонный искъ потерѣвшаго собственника!

Собственники и безстрастная логика при такомъ порядкѣ восторжествуютъ, а приобрѣтатели понесутъ убытки и должны будутъ умѣрять свои шаги къ „болѣ раннимъ полезностямъ“. А такъ какъ нуждающихся въ виндикаціи собственниковъ сравнительно мало (продажа чужихъ вещей—исключеніе), а замедляемыхъ въ оборотѣ приобрѣтателей—легіонъ ⁴⁾; то народное хозяйство въ окончательномъ итогѣ также понесетъ соотвѣствующіе убытки.

Такимъ образомъ возникаетъ коллизія между частными интересами отдѣльныхъ лицъ и общими интересами народного хозяйства, причемъ выгоды собственниковъ будутъ окупать-

¹⁾ *Ortlieb*, Des effets, p. 64 s.

²⁾ *Ortlieb*, ibid., p. 3 s. *Glasson*, Éléments, I, p. 407. *Papendieck*, Eigenthumserwerb, S. 39.

³⁾ См. выше о „легитимационной“ теоріи въ главѣ о „конструкціи“, стр. 490 сл.

⁴⁾ *Брунг*, Юридич. Вѣстникъ, 1886, № 12, стр. 717.

ся несоразмѣрно болѣшими потерями приобрѣтателей (въслѣдствіе огромнаго численнаго перевѣса послѣднихъ).

Кому же отдать предпочтеніе: меньшинству и логикѣ или же большинству и общественной выгодѣ?

Конечно, перевѣсъ долженъ быть на сторонѣ послѣдняго рѣшенія.

Это подтверждается еще и тѣмъ, что, какъ мы видѣли выше, рѣшеніе нашего вопроса на почвѣ *частныхъ* интересовъ спорящихъ сторонъ совершенно не возможно. Слѣдовательно, намъ *во всякомъ случаѣ* только и остается рѣшить его на почвѣ интересовъ *общественныхъ*, а эта точка зрѣнія именно и приводитъ къ сейчасъ указанному рѣшенію.

Но далѣе спрашивается: существуетъ ли „юридическая форма“ для санкціи этого рѣшенія со стороны закона?

Утвердительно отвѣтъ не подлежитъ сомнѣнію.

Обратимъ вниманіе прежде всего на то обстоятельство, что вообще нѣтъ ни одного законодательства, которое было бы построено исключительно на логическихъ основаніяхъ ¹⁾: въ гражданскомъ правѣ прямолинейность логическихъ частно-правовыхъ построеній очень часто нарушается привхожденіемъ туда такъ наз. *публичнаго элемента*, и такимъ образомъ гражданское право никогда не остается системой нормъ, имѣющихъ въ виду одни только индивидуалистическіе интересы отдѣльныхъ лицъ; разлагающее всякую общественную жизнь, при своей исключительности, индивидуалистическое начало необходимо и постоянно ограничивается соображеніями пользы общей или общественной ²⁾. Такъ, еще въ римскомъ правѣ мы уже видимъ такія явленія, какъ приобрѣтеніе права собственности посредствомъ давности, переработки чужого матеріала, а также приобрѣтеніе при продажѣ чужихъ

¹⁾ *Fuchs*, Das Wesen, S. 4.

²⁾ Ср. *Геринга*, Цѣль въ правѣ, СПб., 1881, т. I, стр. 386.

веней фискомъ ¹⁾. Въ новое время эта социальная сторона права получаетъ еще большее развитіе въ разнообразнѣйшихъ областяхъ юридической жизни (ограниченія свободы договора, ограниченія собственниковъ недвижимостей, развитіе института принудительнаго отчужденія для государственныхъ надобностей и т. д.). Наконецъ, и специально по нашему вопросу мы уже видѣли, до какихъ громаднѣхъ размѣровъ разрослась теперь социальная идея защиты оборота въ противоположность тому индивидуализму, который свято охранялся въ этой области римскимъ правомъ. Новыя законодательства даютъ намъ цѣлый рядъ юридическихъ „формъ“ для укладки въ нихъ изучаемаго нами экономического явленія. Въ главѣ о „конструкціи“ мы дали этимъ формамъ и теоретическое объясненіе. Такимъ образомъ съ *этой* стороны для охраны оборота препятствій нѣтъ.

Но тогда возникаетъ еще одинъ вопросъ: допустимо ли наше рѣшеніе съ *этической* точки зрѣнія?

Мы и на это отвѣчаемъ утвердительно.

Въ самомъ дѣлѣ, посмотримъ, не будетъ ли наше рѣшеніе способствовать *недобросовѣстному сбыту* чужихъ—ввѣренныхъ и украденныхъ—вещей? Мы говоримъ: нѣтъ, и вотъ почему. Кто продаетъ чужія вещи, тотъ несетъ отвѣтственность гражданскую (уплата стоимости вещи, возмѣщеніе убытковъ), а если отчужденіе совершается *mala fide*, то сюда присоединяется еще и кара уголовная (за растрату, за сбытъ краденаго, за пособничество и т. п.). Во всемъ этомъ для насъ важно слѣдующее обстоятельство: какое бы рѣшеніе законъ ни принялъ по нашему вопросу,—станетъ ли онъ на сторону пріобрѣтателя, или же на сторону потерпѣвшаго собственника, — все равно указанная *уголовная* отвѣтственность будетъ лежать совершенно *одинаково* на продавцѣ чу-

¹⁾ Delbrück, Dingl. Klage, S. 26. Rückert, Untersuchungen, S. 207. Fuchs, Das Wesen, S. 17. Förster, Pr. Privatrecht, III, S. 282. Змирловъ, Журн. гр. и угол. пр., 1882, кн. 4, стр. 28. Щелловитовъ, Журн. гр. и угол. пр., 1892, кн. 2, стр. 8, 12.

жой вещи; измѣнится только личность главнаго *гражданскаго* истца: въ первомъ случаѣ таковымъ будетъ потерпѣвшій собственникъ, а во второмъ случаѣ—пріобрѣтатель, но для продавца эта перемѣна безразлична. Поэтому мы можемъ утверждать, что съ *этой* стороны наше рѣшеніе не создаетъ никакихъ новыхъ мотивовъ для безчестныхъ людей пускаться на такія темныя дѣла, какъ сбытъ завѣдомо чужаго имущества.

Но можетъ быть, наше рѣшеніе увеличитъ легкомысленное отношеніе *пріобрѣтателей* къ заключаемымъ ими сдѣлкамъ?

Мы и на это отвѣчаемъ также отрицательно. Это потому, что, какъ сейчасъ увидимъ ниже, пріобрѣтатели только тогда должны находить себѣ защиту въ законѣ, когда они относятся къ дѣлу вполне добросовѣстно и безъ всякаго легкомыслія, и когда имѣетъ мѣсто объективно вполне дѣйствительный *justus titulus*.

Итакъ, мы пришли къ слѣдующимъ результатамъ.

1) На почвѣ *частныхъ* интересовъ спорящихъ сторонъ справедливое рѣшеніе нашего вопроса не возможно.

2) Съ точки же зрѣнія *народно-хозяйственныхъ* интересовъ предпочтенія заслуживаетъ пріобрѣтатель, а не собственникъ: потери собственниковъ съ избыткомъ покрываются прибылью пріобрѣтателей и всего народнаго хозяйства.

3) Для охраны указанного экономического интереса новыми законодательствами постепенно уже выработана и подходящая юридическая „форма“: созданъ новый „первоначальный“ способъ пріобрѣтенія права собственности на движимыя вещи посредствомъ передачи”.

4) Охрана указанного народно-хозяйственнаго интереса отнюдь не становится въ противорѣчіе и съ требованіями этики: ни на продавцовъ чужихъ вещей, ни на пріобрѣтателей наше рѣшеніе не оказываетъ ни малѣйшаго деморализующаго вліянія ¹⁾.

¹⁾ См. опасенія Kindel'я, Das Recht, S. 191, и проф. Петражицкаго, Die Lehre, II, S. 554, Anm.

Однако наше принципиальное решение будет вполнѣ правильнымъ только тогда, если мы его обставимъ *надлежащими* границами и условіями. Только послѣ этого можно будетъ считать его обоснованнымъ окончательно. Это задача опять-таки не легкая: при разсмотрѣніи новыхъ законодательствъ мы не разъ имѣли случай убѣдиться, до какой степени различно она понимается въ каждомъ изъ нихъ¹⁾. Отъ удачности и цѣлесообразности проведенія указанныхъ границъ и условій зависитъ цѣлесообразность рѣшенія и всего нашего вопроса²⁾.

Къ выясненію этихъ важныхъ деталей мы теперь и приступаемъ.

§ 4. Границы и условія примѣненія новаго способа пріобрѣтенія права собственности.

Первымъ условіемъ защиты пріобрѣтателя, — возведенія его въ рангъ собственника, — является его *добросовѣстность*, *bona fides*.

Это условіе само по себѣ споровъ не вызываетъ³⁾. Но подробности этого частнаго вопроса необходимо опредѣлить съ возможной точностью: здѣсь разногласія вполнѣ возможны.

Такъ, Общегерманское Уложеніе къ *недобросовѣстности* приравниваетъ только *грубую* небрежность, *culpa lata*⁴⁾.

¹⁾ См. выше, напр., стр. 83 сл., 231 сл. Ср. и отдѣльныя законодательства между собою. Интересами оборота объясняетъ Австрійское Уложеніе *Demelius*, Grundriss, I, 3, S. 27, а Кодексъ Наполеона — *Baudry-Lacantinerie*, Prescr., n. 829, между тѣмъ разница между ними весьма существенна.

²⁾ Здѣсь мы считаемъ очень цѣнными указанія проф. *Петражицкаго*.

³⁾ *Щеловитовъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1890, кн. 2, стр. 13. *Еленоскій*, Журн. гр. и угол. пр., 1893, кн. 1, стр. 3, прим. 1. *Васковскій*, Журн. Мин. Юст., 1895, № 1, стр. 87. *Петражицкій*, Права, стр. 304 сл.

⁴⁾ См. выше, стр. 283 сл.

Petrażycki совершенно основательно, по нашему мнѣнію, возстаетъ противъ такого легкаго отношенія къ пріобрѣтателю и требуетъ признавать его недобросовѣстнымъ при *всякой* небрежности¹⁾. Мы къ этому присоединяемся вполнѣ: на легкомыслии людей общественнаго блага не создашь, и легкомыслие должно само расплачиваться за свои промахи²⁾.

Но *Petrażycki* идетъ еще дальше: онъ предлагаетъ, чтобы и *onus probandi* возложить на пріобрѣтателя³⁾.

Правда, собственнику трудно доказывать недобросовѣстность пріобрѣтателя. Но мы предпочитаемъ и здѣсь сохранить такой же порядокъ, какой имѣетъ мѣсто при пріобрѣтеніяхъ отъ лицъ управомоченныхъ; ни въ ту, ни въ другую сторону привилегій быть не должно, а потому пріобрѣтатель-отвѣтчикъ долженъ сохранить свои обычные права защищающагося: пусть свое право на виндикацію доказываетъ истецъ⁴⁾.

Содержаніе или направленіе добросовѣстности должно быть таково: пріобрѣтатель (не легкомысленно, а по достаточнымъ основаніямъ) долженъ считать отчуждателя собственникомъ или же лицомъ вообще *управомоченнымъ* по какому бы то ни было основанію на отчужденіе вещи въ собственность, на отдачу въ закладъ или на установленіе сервитутнаго права на нее. Такое же основательное незнаніе необходимо и для *прекращенія* чужихъ вещныхъ правъ, лежащихъ на пріобрѣтаемой (хотя бы и отъ собственника) вещи.

При всемъ этомъ *mala fides superveniens non nocet*: добросовѣстность нужна *только* въ моментъ поступленія вещи въ собственность пріобрѣтателя.

¹⁾ *Petrażycki*, Die Lehre, II, S. 555, Anm.

²⁾ Однако этого не принимаютъ во вниманіе: *Васковскій*, Журн. Мин. Юст., 1895, № 1, стр. 87 сл., 94, *O. Bähr*, Gegenentwurf, III, S. 195.

³⁾ *Ibidem*, S. 554 f. Такъ это и было по первому германскому проекту (см. выше, стр. 268). Дѣйствующее герман. уложеніе склонилось на сторону общепринятаго положенія (выше, стр. 293).

⁴⁾ Такъ *Cosack*, Beiträge, XIII, S. 27.

Вторымъ условіемъ защиты пріобрѣтателя служить *наличность объективно-дѣйствительной мѣншой сдѣлки*, направленной на переходъ права собственности или на установленіе другого вещнаго права: необходимъ *justus titulus*.

Мы видѣли первое появленіе этого реквизита въ Гамбургскомъ Статутѣ¹⁾; онъ особенно выдвигался Прусскимъ *Landrecht*'омъ²⁾; но уже Кодексъ Наполеона перенесъ весь центр тяжести въ реальное владѣніе и отъ требованія титула отступилъ³⁾; восстановлено было значеніе титула Австрійскимъ Уложеніемъ, поддержано Торговымъ Уложеніемъ 1861 г. и окончательно закрѣплено Общегерман. Граждан. Уложеніемъ⁴⁾.

Это отличіе Общегерманскаго Уложенія отъ Кодекса Наполеона весьма одобряетъ проф. *Петражицкій*⁵⁾, и съ этимъ нельзя не согласиться: оборотъ во всѣхъ случаяхъ долженъ идти разъ на всегда установленнымъ путемъ, и въ специально нами изучаемой области нѣтъ мѣста привилегіямъ; для того, чтобы получить защиту, надо удовлетворять съ своей стороны всѣмъ условіямъ и требованіямъ, которыя предъявляются къ пріобрѣтеніямъ отъ лицъ *управомоченныхъ* на отчужденіе: пріобрѣтатель отъ неуправомоченнаго не долженъ быть въ лучшемъ положеніи, чѣмъ пріобрѣтатель отъ лица управомоченнаго, а потому сдѣлка должна быть дѣйствительной во *всѣхъ* отношеніяхъ: со стороны содержанія, формы, свободы и непринужденности волеизъявленія, право- и дѣеспособности сторонъ и т. д.; *только одинъ* порокъ здѣсь допускается, это — отсутствіе легитимациі у традента на отчужденіе; этотъ дефектъ обезвреживается добросовѣстностью пріобрѣтателя и отсутствіемъ другихъ призна-

¹⁾ См. выше, стр. 46.

²⁾ См. выше, стр. 84.

³⁾ См. выше, стр. 113 сл.

⁴⁾ См. выше, стр. 184, 213, 294.

⁵⁾ *Петражицкій*, Права, стр. 327, прим. 1. *Оксъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1874, кн. 2, стр. 62, 76 сл. *Щеловитовъ*, Журн. гр. и угол. пр., 1890, кн. 2, стр. 13.

ковъ принадлежности вещи, кромѣ ея фактическаго нахождения у отчуждателя. *Regelsberger* правильно говоритъ: какъ запись недвижимости въ поземельную книгу, такъ и владѣніе движимостью являются *единственнымъ* средствомъ для сужденія со стороны третьихъ лицъ о принадлежности вещи¹⁾; основательное довѣріе къ тому и другому не должно быть обманываемо, такъ какъ иначе получилось бы положеніе прямо безвыходное: юридическое подчиненіе вещи ни для кого не видимо, — о немъ можно только *знать*, — а фактическому и для каждаго замѣтному господству довѣрять опасно. Чтобы окончательно не остановить оборота, только и остается дать пріобрѣтателямъ, — конечно, добросовѣстнымъ и солиднымъ въ своихъ дѣйствіяхъ, а не легкомысленнымъ, — легитимацию: *la possession* (какъ и *l'inscription*) *vaut titre*, при томъ предположеніи, — повторяемъ, — что всѣ остальные условія дѣйствительности сдѣлки отчужденія имѣются на лицо.

Третье условіе защиты пріобрѣтателя — полученіе имъ вещи въ свое *реальное владѣніе* посредствомъ *traditio* (товарныя бумаги не пригодны. Ср. выше, стр. 108 сл.).

Этотъ реквизитъ съ особенной опредѣленностью былъ выставленъ Кодексомъ Наполеона²⁾; протівъ него высказывается *Cosack*³⁾; не вполне онъ выдержанъ и Общегерманскимъ Уложеніемъ⁴⁾, благодаря принятію двухъ видовъ владѣнія: непосредственнаго и посредственнаго⁵⁾, и совсѣмъ отвергнутъ Уложеніемъ Австрійскимъ⁶⁾.

¹⁾ *Regelsberger*, Iher. Jahrbücher, XLVII, S. 354 f. *Dollmann*, Die Gesetzgebung, S. 154 f.

²⁾ См. выше, стр. 104 сл.

³⁾ *Cosack*, Beiträge, XIII, S. 28 f.: запрещеніе *constitutum possessorium*'а легко обойти, и онъ не менѣ замѣтенъ, чѣмъ тѣлесная *traditio* съ немедленнымъ возвращеніемъ вещи траденту.

⁴⁾ См. выше, стр. 299 сл.

⁵⁾ См. выше, стр. 273 сл.

⁶⁾ См. выше, стр. 184.

Однако мы настаиваемъ на самомъ строгомъ проведеніи этого реквизиита¹⁾: практически это далеко не безразлично, какъ это мы видѣли на примѣрѣ Австрійскаго Уложенія²⁾, а между тѣмъ рѣшенія нашего вопроса въ указанномъ нами смыслѣ требуютъ, во 1-хъ, послѣдовательность (легитимационная для приобрѣтателей функція владѣнія), и во 2-хъ, — то соображеніе, что одну невидимую связь нѣтъ основанія предпочитать другой — такой же невидимой — связи.

Четвертое условіе — *возмездность* приобрѣтенія.

На этотъ реквизиитъ впервые было обращено вниманіе Прусскимъ *Landrecht*'омъ³⁾; Кодексъ Наполеона относится къ нему безразлично⁴⁾; затѣмъ это требованіе выставлено было Уложеніемъ Австрійскимъ⁵⁾; а въ Торговомъ Уложеніи 1861 г. оно опять оказалось спорнымъ⁶⁾; наконецъ, Общегерманское Уложеніе отнеслось къ нему опять безразлично⁷⁾.

Однако это послѣднее не соотвѣтствуетъ понятію торговаго оборота, и вообще народно-хозяйственная жизнь питается и проявляется не въ дарственныхъ сдѣлкахъ, а въ возмездныхъ; слѣдовательно, мотивы нашего рѣшенія къ дареніямъ не относятся, а потому мы настаиваемъ на необходимости требованія, чтобы приобрѣтатель находилъ защиту только при *возмездности* мѣнковой сдѣлки⁸⁾.

¹⁾ *Papendieck*, *Eigentumsverwerb*, S. 39. *O. Bähr*, *Gegenentwurf*, III, S. 194. Необходима публичность и внѣшняя распознаваемость владѣнія: *Dollmann*, *Die Gesetzgebung*, S. 154, *Krasnopolski*, *Der Schutz*, S. 41 f., *Goldschmidt*, *Handbuch*, I, 2, S. 813, 815, *O. Mayer*, *Dingl. Wirkung*, S. 61.

²⁾ См. выше, стр. 201 сл.

³⁾ См. выше, стр. 86, 88. О средневѣковомъ правѣ спорять (стр. 88, прим. 1).

⁴⁾ См. выше, стр. 116.

⁵⁾ См. выше, стр. 185.

⁶⁾ См. выше, стр. 209.

⁷⁾ См. выше, стр. 301.

⁸⁾ Такъ *Петражицкий*, *Права*, стр. 303 сл., *Cosack*, *Beiträge*, XIII, S. 27, *Randa*, *Eigentumsrecht*, S. 350, *O. Bähr*, *Gegenentwurf*, III,

Пятое условіе — *годность объекта*.

Нашъ вопросъ и наше рѣшеніе относятся къ *торговому* обороту, а потому и годнымъ объектомъ здѣсь являются, во 1-хъ, *тѣлесныя движимости*, *res corporales* (только онѣ и допускаютъ реальное овладѣніе), и во 2-хъ, именно тѣ изъ нихъ, которыя имѣютъ качества „товара“. Однако этимъ мы не ограничиваемъ области примѣненія новаго способа приобрѣтенія однимъ *торговымъ* правомъ: теперь и гражданскій имущественный оборотъ имѣетъ въ значительной степени качества оборота торговаго, а потому и здѣсь имѣется масса годныхъ объектовъ для новаго приобрѣтенія. Свойства товаровъ въ большинствѣ случаевъ таковы, что нельзя или очень трудно бываетъ доказывать ихъ тождество (таково, напр., все, что продается мѣрой, счетомъ, вѣсомъ), а потому здѣсь имѣетъ мѣсто *естественное* ограниченіе виндикаціи¹⁾: она оказывается просто неосуществимой; здѣсь и добросовѣстность приобрѣтателя обыкновенно имѣетъ полное основаніе: отдѣльныя вещи далеко не всегда различимы между собою, онѣ часто переходятъ изъ собственности одного лица въ собственность другого, и нѣтъ никакого замѣтнаго признака, — кромѣ владѣнія, — по которому можно было бы судить о принадлежности ихъ тому или иному лицу. Уже и римское право отмѣтило такіе случаи и признало здѣсь основаніе для приобрѣтенія права собственности посредствомъ смѣшенія, напр., относительно денегъ²⁾. Конечно, и отдѣльные предметы гражданскаго оборота могутъ попадать въ такое по-

S. 194, *Bolze*, *Arch. f. Civ. Praxis*, LXXIV, S. 101, *Rückert*, *Untersuchungen*, S. 220, *Васильковский*, *Журн. Мин. Юст.*, 1895, № 1, стр. 92 сл., *Щелловитовъ*, *Журн. гр. и угол. пр.*, 1890, № 2, стр. 18, *Оксъ*, *Журн. гр. и угол. пр.*, 1874, кн. 2, стр. 62. Обратное мнѣніе *Carlin'a*, *Niemand kann...*, S. 124, по изложеннымъ основаніямъ не заслуживаетъ подражанія.

¹⁾ *Gruchot*, *Beiträge*, XVII, S. 644, Anm. 3.

²⁾ *Windscheid*, *Lehrbuch*, I, S. 868.

ложеніе, что виндицированіе ихъ будетъ оказываться *фактически* не возможнымъ.

Это необходимо имѣть въ виду при сравнительной оцѣнкѣ обѣихъ системъ, старой римской и новой, — какъ ее называютъ, — германской¹⁾.

Совсѣмъ не пригодными объектами для нашего способа пріобрѣтенія являются *недвижимости*. Здѣсь слишкомъ ярко выражены индивидуальныя черты отдѣльныхъ участковъ и строеній; здѣсь пока нѣтъ того, что такъ присуще торговому обороту: нѣтъ быстрыхъ и частыхъ переходовъ ихъ изъ рукъ въ руки; наконецъ, здѣсь фактическое владѣніе не имѣетъ той легитимирующей функціи, которая такъ важна для пріобрѣтателей вещей движимыхъ: здѣсь вопросъ о принадлежности рѣшается легко посредствомъ справки въ поземельныхъ книгахъ, а потому здѣсь именно эти записи и имѣютъ — и должны имѣть — рѣшающее значеніе: пріобрѣтатель, на нихъ положившійся, получаетъ — и долженъ получать — соотвѣтственную защиту²⁾.

Не относятся къ нашему способу пріобрѣтенія и *res incorporeales*, напр., права авторскія и т. п. Во 1-хъ, онѣ не подлежатъ реальному овладѣнію, а во 2-хъ, для ихъ пріобрѣтенія установлена особая письменная форма, такъ что пріобрѣтеніе отъ лица неуправомоченнаго произойти *добросовѣстно* не можетъ.

Не относятся и тѣ изъ *res corporeales*, которыя носятъ на себѣ отличительныя признаки въ видѣ номеровъ, серій и т. п., и которыя поэтому подчиняются — или могутъ быть подчинены — особой регистраціи. Таковы, напр., корабли и пароходы,

¹⁾ Различіе между ними сглаживается и съ другой стороны: напр., *Bemmelien*, предлагая вернуться къ римской системѣ, сокращаетъ срокъ пріобрѣтательной давности до *двадцати* лѣтъ. — *Le système*, p. 433.

²⁾ *Regelsberger*, *Her. Jahrbücher*, XLVII, S. 354 сл. Конечно, мы здѣсь говоримъ объ этомъ въ самыхъ общихъ чертахъ; этотъ интересный вопросъ требуетъ specialнаго и болѣе подробнаго изслѣдованія.

таковы сельско-хозяйственныя паровыя машины для молотбы хлѣба и т. п.¹⁾.

Къ этой послѣдней категоріи мы относимъ и *бумаги на предъявителя*. Здѣсь надо воспользоваться примѣромъ хотя бы Франціи²⁾ и организовать особыя публикаціи объ украденныхъ и т. п. бумагахъ, чтобы пріобрѣтатели всегда могли навести нужную справку и были покойны въ своихъ пріобрѣтеніяхъ; но *принципиально* устранять виндикацію здѣсь не слѣдуетъ³⁾: новый способъ пріобрѣтенія цѣненъ не самъ по себѣ; его введеніе вынуждается необходимостью; а разъ эту необходимость можно устранить, то и новый способъ пріобрѣтенія не долженъ имѣть мѣста, а долженъ вступить въ свои права тотъ идеальный порядокъ, который всегда и всюду, безъ вреда для оборота, защищаетъ собственника.

Однако *деньги* — даже и бумажныя — мы предпочли бы совершенно изъять изъ категоріи вещей, которыя могутъ подлежать виндикаціи отъ третьихъ добросовѣстныхъ лицъ: слишкомъ важна экономическая функція денегъ, какъ мѣрилы цѣнностей и орудія обращенія, для того, чтобы третьихъ лицъ подвергать риску виндикаціи⁴⁾.

Не пригодны, наконецъ, для примѣненія новаго способа пріобрѣтенія и такія *res corporeales*, которыя по природѣ и свой-

¹⁾ О каждой такой категоріи вещей, объ ихъ регистраціи и ея значеніи рѣчь должна идти не въ гражданскомъ кодексѣ, а въ другихъ соотвѣтствующихъ частяхъ законодательства.

²⁾ См. выше, стр. 134 сл. См. и *Нерсесова*, О бумагахъ на предъявителя по французскому праву. — *Юридич. Вѣстникъ*, 1881, Май. Обширный матеріалъ даетъ *Folleville* въ своемъ *Traité*.

³⁾ *Васьковскій*, *Журн. Мин. Юст.*, 1895, № 1, стр. 94. *Харламовичъ*, *Юридич. Вѣстн.*, 1872, кн. 4, стр. 28 сл. Нѣкоторые высказываются однако за полное устраненіе виндикаціи бумагъ на предъявителя: *Щегловитовъ*, *Журн. гр. и угол. пр.*, 1890, кн. 2, стр. 18, *Koch*, *Beiträge*, IV, S. 38, *Bekker*, *Jahrbuch des gem. Rechts*, I, S. 379 f., *O. Bähr*, *Gegenentwurf*, III, S. 195.

⁴⁾ *Щегловитовъ*, тамъ же. *Васьковскій*, тамъ же, стр. 77, 94. *Carlin*, *Niemand kann...*, S. 124. *Цитовичъ*, *Деньги*, стр. 49 сл.

ствамъ своимъ не относятся къ торговому обороту, не имѣютъ шаблонной рыночной цѣнности вслѣдствіе своихъ совершенно особыхъ достоинствъ, вслѣдствіе своей рѣдкости и т. п. Картины извѣстныхъ художниковъ, статуи извѣстныхъ скульпторовъ, рѣдкіе предметы старины и т. п. вещи не фигурируютъ въ обыкновенномъ торговомъ оборотѣ, гдѣ каждая минута дорога, и наводитъ справки о принадлежности приобретаемаго — да еще при слабой индивидуальной различимости его — почти нѣтъ возможности. Здѣсь наоборотъ: это — вещи незамѣнимыя и, такъ сказать, „извѣстныя“; онѣ далеко не часто переходятъ изъ рукъ въ руки и приобретаются не въ суетѣ и поспѣшности, а вполне обдуманно и даже осторожно; лишняя справка здѣсь не затормазитъ оборота съ этими движимостями: не такіе это объекты, не такіе здѣсь и участники сдѣлки, какъ на обыкновенныхъ рынкахъ и базарахъ.

Вообще здѣсь надо имѣть въ виду особую цѣнность и незамѣнимость данной вещи не въ субъективномъ смыслѣ — только для даннаго обладателя, а въ объективномъ смыслѣ: для *каждаго* обладателя вообще.

Въ этой объективности признаковъ найдетъ для себя надлежащую опору и добросовѣстность приобретателей.

Мы вполне сознаемъ, что эта послѣдняя категория вещей нами очерчена не точно, но полная точность и опредѣленность здѣсь и не возможна¹⁾, а потому рѣшающій голосъ здѣсь долженъ быть предоставленъ суду²⁾.

¹⁾ *Petrażycki* придаетъ важное значеніе различію между объектами *торговаго* оборота и *гражданскаго*. — *Die Lehre*, II, S. 554, Anm. — Но эти области также не могутъ быть точно разграничены, да и вообще обособленность торговаго права теперь уже подвергается сомнѣнію. Вещи незамѣнимыя выдѣляются и *Franken*, *Verhandlungen des XV Deutschen Juristentages*, S. 136, 146. Признаетъ этотъ интересъ и *Reuling*, но онъ отказываетъ ему въ защитѣ. — *Verhandl. des XV Deutsch. Juristentages*, II, S. 70.

²⁾ См. проф. *Петражицкаго* о неудобствахъ, возникающихъ изъ такой неопредѣленности. — *Права*, стр. 198 сл.

Пустить же всѣ указанные предметы на обыкновенный базаръ экономической жизни со всѣми ея превратностями намъ кажется весьма и весьма нежелательнымъ. Возможные споры тяжущихся и сомнѣнія судьи мы считаемъ меньшимъ зломъ, чѣмъ распространеніе и сюда новаго способа приобретения¹⁾.

Наконецъ, намъ остается отмѣтить, что *различіе между вещами въпренными и вышедшими изъ рукъ собственника противъ или безъ его воли* теперь уже не имѣетъ для себя никакого оправданія.

Различіе это возникло въ отдаленныя времена сѣдой старины, когда и самый нашъ способъ приобретения еще только зарождался²⁾; тогда оно очевидно имѣло свое особое основаніе; въ чемъ оно состояло, да и вообще, — какова была природа нашего института, это еще не выяснено и до сихъ поръ³⁾. По примѣру прежнихъ узаконеній идутъ важнѣйшія изъ новыхъ законодательствъ: Кодексъ Наполеона и Общегерманское Уложеніе⁴⁾. Отъ этого различія отступаютъ лишь немногіе изъ новыхъ кодексовъ⁵⁾, да и то главнымъ образомъ лишь относительно денегъ, бумагъ на предъявителя и вещей, приобретенныхъ на аукціонѣ⁶⁾.

¹⁾ *Перевозицковъ* не допускаетъ виндикаціи даже и при незамѣнимости вещи для собственника. — *Юридич. Вѣстн.*, 1886, № 6 и 7, стр. 392.

²⁾ См. выше, стр. 27 сл.

³⁾ См. выше, стр. 54—79 и стр. 31, прим. 1. Прибавимъ сюда же *Goldschmidt's*, *Handbuch*, I, 2, S. 813. Ср. и *Удинцева*, *Кіев. Унив. Изв.*, 1900, № 1, стр. 40 сл.

⁴⁾ См. выше, стр. 144 сл., 308 сл.

⁵⁾ Такъ и Прусскій *Landrecht*, см. выше, стр. 86, и отчасти Австрійское Уложеніе (стр. 196).

⁶⁾ Таково Торговое Уложеніе 1861 г., см. выше, стр. 211, прим. 5, Саксонское Уложеніе (стр. 228 сл.) и русскій Уставъ Гражданскаго Судопроизводства (стр. 456). Однако даже и здѣсь на прежней точкѣ зрѣнія остается Швейцарскій Союзный Законъ объ Обязательствахъ 1881 г. (выше, стр. 243 сл.).

Однако теперь нашъ новый способъ приобрѣтенія долженъ быть введенъ вполне сознательно и съ полнымъ пониманіемъ его цѣли и основанія¹⁾, и вотъ здѣсь-то сохраненіе прежняго, стариннаго различія вещей оказывается совершенно непослѣдовательнымъ и ничѣмъ не оправдываемымъ.

Въ самомъ дѣлѣ, если мы будемъ защищать собственниковъ въ случаяхъ кражи, то на какомъ основаніи мы ихъ оставимъ безъ защиты въ случаяхъ присвоенія и растраты? Затѣмъ, если мы будемъ защищать собственниковъ въ случаяхъ кражи, какъ жертвъ посторонней злой воли, то какое основаніе защищать ихъ въ случаяхъ *потери*, когда они сами оказываются не вполне внимательными къ своимъ же собственнымъ интересамъ? Далѣе, во всѣхъ этихъ случаяхъ, при продажѣ вещи лицами неуправомоченными, одинаково имѣетъ мѣсто преступленіе, а потому во всѣхъ этихъ случаяхъ должны имѣть мѣсто и одинаковыя послѣдствія. Различіе въ выходѣ вещи изъ рукъ собственника здѣсь больше физическое, чѣмъ юридическое, такъ какъ воля собственника, на которую обыкновенно указываютъ, во всѣхъ этихъ случаяхъ *одинаково* направляется на *сохраненіе за собою* такъ или иначе попавшихъ въ чужія руки вещей²⁾. Наконецъ, обратимъ вниманіе на то важное обстоятельство, что такіе пороки, какъ *furtivitas* и др., ни для кого изъ постороннихъ не замѣтны, а потому при указанномъ ограниченіи приобрѣтатели будутъ находиться въ такомъ же затрудненіи, какъ и при полномъ отсутствіи новаго способа приобрѣтенія: мнѣнія сдѣлки будутъ имѣть чисто-лотерейный характеръ, а это совершенно расходится съ нашимъ стремленіемъ упрочить и облегчить торговый оборотъ³⁾.

¹⁾ На принципиальное различіе въ основаніяхъ между старымъ правомъ и новымъ указываетъ *Jobbé-Duval*, *Revendication*, p. 221 s., 238.

²⁾ *Maschke*, *Das Eigenthum*, S. 152.

³⁾ Этотъ взглядъ поддерживаютъ многие: *Васковскій*, *Журн. Мин. Юст.*, 1895, № 1, стр. 88 сл., *Елеонскій*, *Журн. гр. и угол. пр.*, 1893, кн. 1, стр. 3, 27 сл., *Шершеневичъ*, *Учебн. рус. гр. пр.*, стр. 222,

Таковы тѣ условія, при которыхъ долженъ имѣть примѣненіе нашъ новый способъ приобрѣтенія права собственности.

О его *дѣйстви* мы уже говорили: приобрѣтатель дѣлается собственникомъ, вслѣдствіе чего прежній обладатель лишается своего права. Такъ же точно возможно приобрѣтеніе и другихъ вещныхъ правъ. Наконецъ, возможно и *освобожденіе* отъ чужихъ вещныхъ правъ, когда приобрѣтатель вещи въ собственность не знаетъ объ ихъ существованіи.

Дѣйствіе это касается только *третьихъ* лицъ. Никакихъ *обязательственныхъ* отношеній этотъ новый способъ не затрагиваетъ и не разрушаетъ.

Въ виду всего сказаннаго, мы приходимъ уже къ окончательному убѣжденію, что, при *такой* постановкѣ дѣла, нѣтъ никакого основанія опасаться тѣхъ упрековъ, которые идутъ по адресу новаго способа приобрѣтенія, напр., со стороны *Kindel'*я и проф. *Петражицкаго*¹⁾. *Kindel* видитъ здѣсь покровительство вѣроломству (*Untreue*), а проф. *Петражицкій* (по поводу герман. уложенія) говоритъ: въ немъ мало видѣтъ покровительство недобросовѣстности вмѣсто предполагаемой

Randa, *Eigenthumsrecht*, S. 337, Anm. 14, *O. Mayer*, *Dingl. Wirkung*, S. 32, *Reuling*, *Verhandl. des XV Deutschen Juristentages*, II, S. 70, *Auerbach*, *Arch. f. deutsches Wechselrecht*, XI, S. 345, *Savigny*, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Bd. II, Berlin, 1853, S. 141 f., *Bemmelen*, *Le système*, p. 444. Ср. *Ziebarth*, *Realexecution*, S. 240 f. Изъ этихъ авторовъ проф. *Шершеневичъ*, *Savigny* и *Bemmelen* оказываются нашими союзниками только во имя *последовательности*; по существу же они защищаютъ римскую систему. Противъ допущенія виндикаціи *утраченныхъ* вещей высказывается *Poincaré*, видящій здѣсь небрежность собственника.—*Du droit de suite*, p. 173. Ср. *Goldschmidt'a*, *Zeitschr. f. N. R.*, IX, S. 67 f. Обратнаго мнѣнія по разбираемому въ текстѣ вопросу держатся *O. Bähr*, *Gegenentwurf*, III, S. 195, *Brunner*, *Verhandl. des XV Deutsch. Juristentages*, II, S. 80, *Щелловитовъ*, *Журн. гр. и угол. пр.*, 1890, кн. 2, стр. 14, *Оксъ*, *Журн. гр. и угол. пр.*, 1874, кн. 2, стр. 63.

¹⁾ *Kindel*, *Das Recht*, S. 191. *Petrażycki*, *Die Lehre*, II, S. 556.

„защиты добросовѣстности“; оно вызываетъ на попытки къ злоупотребленіямъ и распространяетъ недобросовѣстность.

Это—такъ съ *нравственной* стороны.

Наконецъ, мы не раздѣляемъ и тѣхъ возраженій на экономической почвѣ, которыя идутъ со стороны проф. *Шершеневича* и *A. Menger'a*¹⁾. Первый просто говоритъ, что, напр., ст. 2279 Кодекса Наполеона идетъ „слишкомъ далеко“ въ ограниченіи права собственности, а второй выражается гораздо сильнѣе: въ побѣдѣ духа торговли и права оборота надъ собственническимъ строемъ и вещнымъ правомъ онъ усматриваетъ постоянно продолжающуюся конфискацію частной собственности въ пользу безопасности оборота.

Нѣтъ, повторяемъ мы, съ единственно-возможной въ данномъ случаѣ точки зрѣнія—народно-хозяйственной—наше рѣшеніе приводитъ въ концѣ-концовъ къ выгодѣ, а не къ убытку, и съ этической стороны оно никакой деморализаціи не вводитъ. Говорить здѣсь о конфискаціи или о гибели священнаго права собственности нѣтъ никакого основанія²⁾. Здѣсь не гибель права собственности, а дальнѣйшее его развитіе соотвѣтственно съ новыми потребностями человѣческаго общезжитія. Институтъ права собственности не есть нѣчто разъ навсегда установленное и застывшее въ первоначальныхъ формахъ своего проявленія; оно, какъ и всякое другое право, растетъ и развивается вмѣстѣ съ человѣчествомъ³⁾; вообще здѣсь не мѣсто мертвящему правилу „*fiat justitia, pereat mundus*“; здѣсь дѣйствуетъ болѣе животворное начало: „*omne jus hominum causa constitutum est*“⁴⁾.

¹⁾ *Шершеневичъ*, Учебн. рус. гр. пр., стр. 222. *A. Menger*, Arch. f. soz. Gesetzgebung, 1889, S. 427 f.

²⁾ *Franken* и *Reuling*, Verhandl. des XV Deutschen Juristentages, I, S. 144, II, S. 71. Ср. *Бруна*, Юридич. Вѣстн., 1886, № 12, стр. 716.

³⁾ *Maschke*, Das Eigenthum, S. 156.

⁴⁾ Ср. *Окса*, Журн. гр. и угол. пр., 1874, кн. 2, стр. 49 сл.

ГЛАВА II.

Проектъ гражданскаго уложенія и наша формулировка будущаго закона.

Нашъ русскій проектъ гражданскаго уложенія вполне воспринимаетъ господствующее ученіе по вопросу о приобрѣтеніи движимостей и даетъ добросовѣстнымъ приобрѣтателямъ право собственности, не смотря на отсутствіе легитимациі у традентовъ.

„Мотивы“ объясняютъ это прежде всего общими соображеніями: „Подобное отступленіе отъ строгой послѣдовательности началъ римскаго права объясняется значеніемъ, которое въ наше время получила движимая собственность, и общимъ стремленіемъ законодательства къ установленію надлежащей прочности добросовѣстныхъ сдѣлокъ и къ обезпеченію правильнаго оборота цѣнностей“¹⁾.

По нашему мнѣнію, этого было бы и достаточно для принятія въ нашъ будущій кодексъ новаго способа приобрѣтенія.

Но составители Проекта сочли нужнымъ обосновать свои предложенія еще и *дѣйствующимъ* у насъ правомъ: они утверждаютъ, что и 1 ч. X т. Свода Законовъ защищаетъ добросовѣстныхъ приобрѣтателей, такъ что Проектъ принимаетъ *уже дѣй-*

¹⁾ Гражданское Уложеніе. Книга третья. Вотчинное право. Томъ первый. Ст. 1—174 съ объясненіями. СПб., 1902, стр. 48.

ствуюція правила лишь съ „небольшими измѣненіями“¹⁾. Это свое пониманіе дѣйствующаго у насъ права составители Проекта подкрѣпляютъ соответствующими кассационными рѣшеніями, въ которыхъ они видятъ „постоянную практику Сената по вопросу о виндикаціи движимыхъ вещей“²⁾.

Мы лично, какъ показано выше, толкуемъ постановленія 1 ч. X т. какъ-разъ въ обратномъ смыслѣ, но, конечно, допускаемъ возможность и иного ихъ объясненія, *если для этого будутъ представлены убѣдительные аргументы*: статьи 1 ч. X т. по нашему вопросу достаточно темны для того, чтобы не давать изслѣдователю возможности совершенно освободиться отъ сомнѣній.

Но мы рѣшительно возстаемъ противъ того *односторонняго* подбора сенатскихъ рѣшеній, который сдѣланъ въ „Объясненіяхъ“ къ Проекту. Какъ мы также уже видѣли, Сенатъ все время *колебался* въ своихъ воззрѣніяхъ на вопросъ о виндикаціи движимостей и давалъ по этому вопросу *діаметрально противоположныя* рѣшенія³⁾, такъ что видѣть у насъ *постоянную* практику, направленную на защиту добросовѣстныхъ пріобрѣтателей, конечно, нельзя: это *фактически* не вѣрно.

Да и къ чему закрывать глаза на спорность и неясность нашихъ дѣйствующихъ законовъ? Къ чему натяжки и искаженіе фактовъ, чтобы доказать, что Проектъ почти во всемъ согласуется съ дѣйствующимъ правомъ? Составители Проекта всеѣмъ не стоятъ въ такомъ положеніи, въ какомъ стоялъ въ свое время, напр., *Сперанскій*, которому было прямо предписано ничего новаго не вводить, а лишь привести въ ясность и систему наличныя законоположенія. Идея защиты добросовѣстнаго оборота, какъ и всякая другая правовая идея, должна сама говорить за себя: разъ она цѣлесообразна и желательна, то она

¹⁾ Гражданское Уложеніе. Книга пятая. Обязательства. Томъ первый. Ст. 1—276 съ объясненіями. СПб., 1899, стр. 498. См. и Вотчинное право въ выше указанномъ мѣстѣ.

²⁾ Вотчинное право, тамъ же, стр. 49.

³⁾ См. выше, стр. 416—419.

и должна быть введена въ Проектъ, хотя бы дѣйствующее право и не знало ея. Это въ особенности относится къ такому законодательству, какъ 1 ч. X т. нашего Свода Законовъ, которая создавалась въ то время, когда, по условіямъ экономической и юридической жизни, вниманіе законодателя обращалось почти исключительно на *недвижимости*, а вещи движимыя стояли совершенно на второмъ планѣ, какъ *res viles*. Слѣдовательно, оправданія, къ которымъ прибѣгаютъ составители Проекта, въ данномъ случаѣ совершенно излишни: и безъ нихъ никто бы не сдѣлалъ редакторамъ упрека въ ненужномъ отступленіи отъ дѣйствующихъ началъ, въ легкомысленной ломкѣ старины или въ чемъ-нибудь подобномъ.

Такъ стоитъ дѣло съ *обоснованіемъ* новаго способа пріобрѣтенія въ Проектѣ.

Теперь посмотримъ, въ какомъ объемѣ и въ какомъ видѣ этотъ новый способъ принимается Проектомъ.

Прежде всего нашъ вопросъ нашелъ свое рѣшеніе въ проектѣ *обязательственнаго* права въ 1899 г.

Здѣсь ст. 228 говоритъ:

Отъ добросовѣстнаго покупателя проданныя ему движимыя вещи не могутъ быть отобраны, хотя бы продавецъ и не былъ ихъ собственникомъ.

Похищенныя или потеряныя вещи могутъ быть въ теченіе трехъ лѣтъ отобраны отъ всякаго третьяго лица; но купившій такую вещь съ публичнаго торга или отъ лица, производящаго торговлю подобными вещами, обязанъ возвратить ее собственнику лишь по возмѣщеніи уплаченной за нее цѣны и произведенныхъ на нее необходимыхъ и полезныхъ издержекъ.

Процентныя и другія бумаги на предъявителя ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть отобраны отъ добросовѣстнаго ихъ покупателя.

Съ перваго же взгляда не трудно замѣтить, что статья эта составлена подъ сильнымъ вліяніемъ Кодекса Наполеона, какъ на это и указываютъ „Объясненія“¹⁾.

При этомъ однако Проектъ произвелъ въ своемъ образцѣ нѣкоторыя улучшения: во 1-хъ, въ немъ ясно выражено требованіе добросовѣстности; во 2-хъ, отброшена туманная фраза о приравненіи владѣнія титулу; въ 3-хъ, — и это еще важнѣе, — видимо сдѣланъ необходимымъ *justus titulus*, объективно-дѣйствительная сдѣлка приобрѣтенія; это мы заключаемъ изъ того, что ст. 228 Проекта находится въ главѣ о „продажѣ“, а это и есть тотъ титулъ, о которомъ мы говоримъ.

Заго съ другой стороны, мы во многихъ отношеніяхъ считаемъ разбираемую статью неудовлетворительной.

Прежде всего, Проектомъ принята уже устарѣвшая конструкция: онъ говоритъ не о приобрѣтеніи права собственности, а объ „отобраніи“ вещи отъ покушника. Неудовлетворительность этой *процессуальной* конструкции, уже всѣми осужденной, нами выяснена выше²⁾.

Затѣмъ мы находимъ неосновательнымъ изытіе изъ-подъ дѣйствія ст. 228 вещей украденныхъ и утерянныхъ³⁾, а въ связи съ этимъ считаемъ ненужнымъ и особое выдѣленіе приобрѣтеній отъ профессиональныхъ торговцевъ и на публичныхъ аукціонахъ⁴⁾.

Далѣе не можемъ мы одобрить и огульнаго освобожденія бумагъ на предъявителя отъ виндикаціи: благодаря возможности цѣлесообразной публикации, введеніе новаго способа приобрѣтенія здѣсь не вызывается необходимостью⁵⁾.

Наконецъ, нельзя не замѣтить, что разбираемая статья за-

¹⁾ Обязательства, I, стр. 498.

²⁾ См. выше, стр. 481 сл. Ср. однако *Cosack's Beiträge*, XIII, S. 26 f.

³⁾ См. выше, въ этой же части, гл. I, § 4.

⁴⁾ Прежде дѣло стояло, конечно, иначе. — *Huvelin, Essai historique*, p. 457—462.

⁵⁾ См. выше, въ этой же части, гл. I, § 4.

нимаетъ не надлежащее мѣсто: она должна быть помѣщена въ отдѣлѣ *вещнаго* права, такъ какъ она имѣетъ общее значеніе и относится ко *всѣмъ* сдѣлкамъ приобрѣтенія, а не къ одной только продажѣ.

Проф. *Удинцевъ* совершенно правильно объяснилъ это нарушеніе системы тѣмъ, что редакторы Проекта *спѣшили* ввести новое начало въ нашъ будущій кодексъ и потому воспользовались первымъ же (хотя и не удачнымъ) случаемъ для этого¹⁾.

И дѣйствительно, въ 1902 г. появился проектъ „Вотчиннаго права“, и нашъ вопросъ получилъ здѣсь вторичную формулировку.

Однако удовлетворительной систематизаціи мы и здѣсь не находимъ. Мы полагаемъ, что весь нашъ вопросъ можетъ и долженъ быть разрѣшенъ въ *одномъ* мѣстѣ, а именно—въ отдѣлѣ о приобрѣтеніи права собственности. Между тѣмъ въ Проектѣ онъ разорванъ на три части: рѣшеніе вопроса по существу помѣщено въ самомъ началѣ Проекта, среди общихъ положеній о *вотчинномъ правѣ* (ст. 12, 13); затѣмъ въ „общихъ положеніяхъ“ о *правѣ собственности* рѣчь идетъ объ исключеніи для вещей похищенныхъ и потерянныхъ (ст. 36, 37), а также о деньгахъ, о бумагахъ на предъявителя и о вещахъ вообще замѣнимыхъ (ст. 38); наконецъ, въ наиболѣе подходящемъ для нашего вопроса мѣстѣ,—въ главѣ о *приобрѣтеніи* права собственности на движимыя вещи, — рѣчь идетъ только о *погашеніи* вещныхъ правъ, принадлежащихъ третьимъ лицамъ, въ случаяхъ добросовѣстнаго приобрѣтенія вещи отъ не-собственника (ст. 102); здѣсь же идетъ рѣчь и объ особыхъ *объектахъ*: о мореходныхъ и рѣчныхъ судахъ и вообще о вещахъ, „приобрѣтеніе коихъ обусловлено особыми, установленными закономъ, формами“ (ст. 103).

Такая „черезполосность“ въ одномъ и томъ же вопросѣ оправдана быть не можетъ.

¹⁾ *Удинцевъ*, Киев. Унив. Изв., 1900, № 4, стр. 185 сл.

Теперь рассмотрим самые постановления „Вотчинного права”.

Прежде всего отмѣтимъ, что для пріобрѣтеній отъ лицъ *управомоченныхъ* Проектъ принимаетъ систему *traditio*. А именно, ст. 98 говоритъ:

Право собственности на движимую вещь пріобрѣтается, на основаніи заключеннаго между собственникомъ и пріобрѣтателемъ договора, со времени передачи вещи пріобрѣтателю.

Передача совершается посредствомъ врученія вещи или предоставленія ея инымъ путемъ во владѣніе пріобрѣтателя.

Первая часть этой статьи была еще раньше воспроизведена въ ст. 224 „Обязательствъ”¹⁾, а 2-ая часть получаетъ свое дальнѣйшее развитіе въ послѣдующихъ статьяхъ „Вотчинного права”. Такъ, ст. 99 говоритъ о передачѣ посредствомъ коносаментовъ, накладныхъ и т. п.²⁾ Ст. 100 предусматриваетъ тотъ случай, когда отчуждаемая вещь находится у *третьяго* лица: тогда достаточно одного лишь *извѣщенія* этого третьяго лица о состоявшемся отчужденіи³⁾. Наконецъ, ст. 101 допускаетъ *traditio brevi manu* и *constitutum possessorium*⁴⁾.

¹⁾ Ст. 224: Право собственности на проданное имущество переходитъ къ покупщику . . . при продажѣ движимаго имущества— со времени передачи.

²⁾ Ст. 99: Передача товара можетъ быть совершена врученіемъ пріобрѣтателю накладной, коносамента, складочнаго свидѣтельства или другого документа, дающаго пріобрѣтателю возможность распорядиться товаромъ, причемъ, въ случаѣ надобности, отчуждателемъ должна быть сдѣлана на документѣ передаточная надпись.

³⁾ Ст. 100: Право собственности на вещь, находящуюся у третьяго лица по закладу, найму, ссудѣ, поклажѣ или иному договору, считается пріобрѣтеннымъ, безъ передачи, со времени извѣщенія сего лица собственникомъ о состоявшемся договорѣ объ отчужденіи.

⁴⁾ Ст. 101: Право собственности на вещь считается пріобрѣтеннымъ со времени состоявшагося договора объ отчужденіи, безъ пере-

Спеціально же къ нашему вопросу здѣсь относится прежде всего ст. 12, которая говоритъ:

Движимая вещь признается собственностью того, кто ею владѣетъ, пока не доказано противное.

Право собственности или иное вотчинное право на движимую вещь, пріобрѣтенное отъ владѣльца, остается въ силѣ, хотя бы впоследствии по судебному рѣшенію было признано, что вещь эта владѣльцу не принадлежала.

Лицо, незаконно распорядившееся вещью, подлежитъ отвѣтственности на основаніи статьи 9¹⁾.

Затѣмъ ст. 13 постановляетъ:

Безповоротность вотчинныхъ правъ на движимыя вещи не наступаетъ: 1) если право пріобрѣтено безвозмездно; 2) если пріобрѣтатель, во время пріобрѣтенія права, дѣйствовалъ недобросовѣстно, зная, что вещь не принадлежитъ лицу, отъ котораго право имъ пріобрѣтено, и 3) въ отношеніи вещей похищенныхъ или потерянныхъ.

Наконецъ, ст. 14 ко всему этому прибавляетъ:

Добросовѣстность пріобрѣтенія вотчинныхъ правъ (ст. 8, 9 и 13) всегда предполагается,

дачи: 1) если вещь находится уже у пріобрѣтателя; 2) если вещь остается пріобрѣтателемъ у отчуждателя по закладу, найму, ссудѣ, поклажѣ или иному договору.

¹⁾ Ст. 9 говоритъ: „Лицо, распорядившееся правомъ, которое неправильно было за нимъ записано въ вотчинной книгѣ, обязано потерпѣвшаго отъ этого распоряженія въ силу безповоротности правъ (ст. 6 и 7) вознаградить въ размѣрѣ полученнаго обогащенія или въ размѣрѣ всей суммы причиненныхъ убытковъ, смотря по тому, дѣйствовало ли оно добросовѣстно или недобросовѣстно“.

и тотъ, кто ссыластся на недобросовѣстность, долженъ ее доказать.

Такимъ образомъ въ общемъ и здѣсь—тѣ же самыя идеи, которыя нѣсколькими годами раньше были выражены въ ст. 228 „Обязательствъ“.

Въ частности начало ст. 12, какъ видимъ, вполнѣ воспроизводитъ статью 534 1 ч. X т. Свода Законовъ. Однако здѣсь, въ отличие отъ 1 ч. X т., область „противнаго“ ограничивается весьма существенно и именно въ пользу новаго способа приобрѣтенія: здѣсь, по 2-ой части ст. 12, приобрѣтеніе отъ не-собственника „остаётся въ силѣ“, а потому и не входитъ въ область „противнаго“, тогда какъ по 1-ой части X т. въ этихъ случаяхъ получается владѣніе *незаконное* (ст. 420, 529, 1384), всецѣло входящее въ область „противнаго“ и безусловно подлежащее виндикаціи (ст. 609). По Проекту въ область „противнаго“ входитъ только то, о чемъ говорятъ ст. 13 и 103.

Такимъ образомъ одна и та же формула, — начало ст. 12,—наполняется совершенно различнымъ конкретнымъ содержаніемъ по Своду Законовъ и по Проекту, что, — какъ мы уже не разъ упоминали,—является вполнѣ естественнымъ отнесительно общихъ и формальныхъ положеній.

Здѣсь мы еще разъ убѣждаемся въ правильности даннаго нами выше толкованія ст. 534 1 ч. X т.: *сама по себѣ* она не можетъ служить основаніемъ для защиты добросовѣстныхъ приобрѣтателей; для этого нужно еще *опредѣленное и прямое* указаніе въ законѣ на эту защиту; такое указаніе и есть въ Проектѣ; съ нимъ должна быть согласована и рассматриваемая формула: она является лишь *итогомъ* конкретныхъ указаний закона, а потому ея роль—*служебная*; въ 1-ой же части X т. не только нѣтъ подобныхъ указаний (нужны указанія *общія*, а исключительные случаи распространенію не подлежатъ), но даже наоборотъ: изъ ряда статей обнаруживается *незаконность* приобрѣтеній отъ не-собственника, а потому эти

приобрѣтенія и представляютъ собою то „противное“, которое можетъ доказывать потерѣвшій собственникъ.

Такое же общее и формальное (конкретно вопроса не рѣшающее) значеніе имѣетъ и 1-ая часть ст. 35 „Вотчиннаго права“:

Собственникъ въ правѣ отыскивать свое имущество изъ чужого незаконнаго владѣнія и требовать отъ отвѣтчика вознагражденія за убытки.

Здѣсь, какъ и въ ст. 609 1 ч. X т., все зависитъ отъ того, что считать владѣніемъ *незаконнымъ*. По 1 ч. X т. приобрѣтатель отъ не-собственника является владѣльцемъ *незаконнымъ*, а потому онъ и подлежитъ виндикаціи. По Проекту же такія приобрѣтенія „*остаются въ силѣ*“, а потому виндикаціи и нѣтъ. Формула одна и та же, а рѣшеніе конкретныхъ случаевъ диаметрально противоположно.

Но идемъ дальше. Вторая часть ст. 12 дѣлаетъ громадный шагъ впередъ, по сравненію со ст. 228 „Обязательствъ“, въ дѣлѣ конструкции: здѣсь рѣчь уже идетъ совершенно правильно о *приобрѣтеніи права собственности* и иныхъ вотчинныхъ правъ.

Къ сожалѣнію, въ это же самое время Проектъ не даетъ *прямого и опредѣленнаго* указанія на необходимость *объективно-дѣйствительнаго* титула. Въ ст. 228 „Обязательствъ“ нашъ вопросъ поставленъ былъ нѣсколько лучше: тамъ онъ нормировался казуистически въ сдѣлкѣ продажи, а потому дѣйствительность этой сдѣлки,—въ виду полнаго отсутствія какихъ бы то ни было указаній на противное,—разумѣлась сама собою. Здѣсь же,—въ „Вотчинномъ правѣ“,—какъ мы уже отмѣтили выше, статья наша помѣщена не въ отдѣлѣ о приобрѣтеніи права собственности по договору, а среди общихъ положеній обо всемъ вотчинномъ правѣ. Такимъ образомъ мѣсто въ системѣ не даетъ никакихъ указаній. Правда, самый текстъ ст. 12 и 13 ясно указываетъ на необходимость двусторонней сдѣлки, и такъ какъ и здѣсь никакихъ особыхъ изъятій не

сдѣлано, то, очевидно, и сюда относятся *общія* правила о сдѣлкахъ. Такимъ образомъ наиболѣе вѣроятно то предположеніе, что нуженъ *объективно-дѣйствительный* титулъ. Но съ другой стороны, когда нѣтъ *прямого* указанія, возможны сомнѣнія. Такъ, когда въ началѣ ст. 12 говорится, что владѣніе признается собственностью, то можно подумать, что весь центр тяжести пріобрѣтенія помѣщается въ дѣятельности пріобрѣтателя въ такой же чрезмѣрной дозѣ, какъ это мы уже видѣли въ Кодексѣ Наполеона. А разъ это такъ, то объ этомъ можно только пожалѣть.

Переходимъ къ ст. 13.

Здѣсь въ числѣ условій защиты пріобрѣтателя поставлена прежде всего *возмездность* пріобрѣтенія¹⁾. Это требованіе исполнѣ раздѣляемъ и мы; слѣдовательно, останавливаться на немъ долѣе нѣтъ основанія.

Вторымъ условіемъ является *добросовѣстность*. Опредѣлять, подобно Общегерман. Уложенію, какая неосторожность дѣлаетъ пріобрѣтателя недобросовѣстнымъ, составители Проекта не нашли нужнымъ и признали „болѣе осторожнымъ предоставить оцѣнку добросовѣстности благоразумному усмотрѣнію суда, который въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ приметъ въ соображеніе всѣ обстоятельства, сопровождавшія пріобрѣтеніе чужой вещи“²⁾.

По нашему мнѣнію, это — *чрезмѣрная* осторожность: безъ свободы усмотрѣнія суда, конечно, не обойтись, и стѣснять его мелочными казуистическими предписаніями было бы нецѣлесообразно, но въ то же время этому суду законодатель долженъ дать *руководящія* указанія, и уже въ предѣлахъ этихъ указаній судъ будетъ дѣйствовать свободно, и въ общемъ создастся желательная практика. Мы, на примѣръ, полагаемъ, что не только грубая, но и *всякая* небрежность должна приравняться къ недобросовѣстности; если это основатель-

¹⁾ Мотивировку см. въ „Вотчинномъ правѣ“, I, стр. 49 сл.

²⁾ „Вотчинное право“, I, стр. 49.

но, то и въ законѣ должно быть сдѣлано соответственное указаніе; это отнюдь не стѣснить судью, а наоборотъ, облегчить его трудъ и нравственную отвѣтственность и создать однообразную практику.

Далѣе, по содержанию своему добросовѣстность, по Проекту, должна состоять въ незнаніи, что данная вещь *не принадлежитъ* отчуждателю. Мы считаемъ это слишкомъ узкимъ: подобно Общегерманскому Торговому Уложенію¹⁾, мы признали бы пріобрѣтателя добросовѣстнымъ, когда онъ считаетъ отчуждателя не только собственникомъ, но и вообще лицомъ, такъ или иначе уполномоченнымъ на отчужденіе. Намъ это кажется болѣе послѣдовательнымъ: дѣлать здѣсь различія и принимать узкое пониманіе *bona fides* нѣтъ никакого основанія.

Къ вопросу о добросовѣстности относится и ст. 14, которая *onus probandi* совершенно правильно возлагаетъ на истца-собственника.

Наконецъ, ст. 13 исключаетъ примѣненіе ст. 12-ой, когда вещь оказывается похищенной или потерянной.

Сюда же относятся ст. 36 и 37.

Ст. 36: Собственникъ въ правѣ отыскивать похищенную у него или потерянную вещь отъ всякаго, даже добросовѣстнаго пріобрѣтателя, но отъ сего послѣдняго въ теченіе трехъ лѣтъ со дня похищенія или потери.

Ст. 37: Владѣлецъ похищенной или потерянной вещи, добросовѣстно пріобрѣтенной съ публичнаго торга или отъ лица, производящаго торговлю подобными вещами, обязанъ возвратить ее собственнику лишь по возмѣщеніи уплаченной за нее цѣны и произведенныхъ на нее необходимыхъ и полезныхъ издержекъ.

¹⁾ См. выше, стр. 217, 318. Объ Общегерман. Гражданскомъ Уложеніи см. стр. 283 сл., 290 сл.

Мы ко всему этому выдѣленію украденныхъ и потерянныхъ вещей относимся совершенно отрицательно. Почему? Это указано выше.

Затѣмъ ст. 38 „Вотчиннаго права“ отчасти повторяетъ, а отчасти дополняетъ 3-ю часть ст. 228 „Обязательствъ“:

Деньги и вообще замѣнимыя вещи, а также бумаги на предъявителя не могутъ быть отыскиваемы отъ пріобрѣтшаго оныя добросовѣстно и возмездно, хотя бы были похищены или потеряны.

Это широкое устраненіе виндикаціи составители Проекта объясняютъ обычной здѣсь невозможностью доказать тождество разыскиваемыхъ вещей. Дальше они продолжаютъ:

„Само собою разумѣется, что во всѣхъ случаяхъ, гдѣ эта неопредѣленность тождества вещей по особымъ обстоятельствамъ устраняется, когда, на примѣръ, имущества, вообще замѣнимыя, въ данномъ случаѣ отмѣчены особыми знаками, индивидуально ихъ опредѣляющими, или когда замѣнимыя вещи находятся, какъ содержимое, въ опредѣленномъ предметѣ, на примѣръ, деньги въ бумажникѣ, рожь въ мѣшкѣ, снабженномъ особыми знаками собственника, и когда такимъ образомъ возможно опредѣлить, кому принадлежитъ бумажникъ или мѣшокъ, то тогда рѣчь идетъ уже не о замѣнимыхъ вещахъ, а о вещи, точно опредѣленной, къ которой примѣняются общія правила проекта“¹⁾.

Здѣсь приходится констатировать разногласіе между предлагаемымъ закономъ и объясненіями къ нему. Законъ *огульно* устраняетъ виндикацію денегъ и бумагъ на предъявителя и только всё прочія движимости дѣлитъ на замѣнимыя и незамѣнимыя, устраняя виндикацію для первыхъ. „Объясненія“ же относятъ различіе замѣнимости и незамѣнимости ко

¹⁾ Вотчинное право, I, стр. 139 сл.

всѣмъ предметамъ, упомянутымъ въ разбираемой статьѣ, т. е. и къ деньгамъ, и къ бумагамъ на предъявителя.

Имѣя въ виду прежде всего текстъ закона, мы вполне принимаемъ его постановленіе относительно *огульнаго* устранения виндикаціи *денегъ*; относительно же *бумагъ на предъявителя* мы держимся противоположнаго мнѣнія, основанія котораго указаны выше. Что же касается, наконецъ, всѣхъ прочихъ движимостей, то ст. 38 здѣсь вводитъ такъ наз. *естественное* ограниченіе виндикаціи; но оно въ специальной санкціи закона не нуждается, такъ какъ само собою вытекаетъ изъ самой сущности виндикаціоннаго иска. Поэтому здѣсь совершенно лишней является и заключительная оговорка ст. 38: „хотя бы были похищены или потеряны“, — виндикація здѣсь *во всякомъ случаѣ* не осуществима.

Объясненія же къ ст. 38, вопреки постановленію этой послѣдней, допускаютъ — въ случаяхъ похищенія и потери и при индивидуальной различимости — виндикацію *и денегъ*, а бумаги на предъявителя оказываются подлежащими виндикаціи *только* въ этихъ случаяхъ. — Ни съ тѣмъ, ни съ другимъ согласиться мы не можемъ.

Теперь намъ остается рассмотреть ст. 102 и 103. Изъ нихъ первая гласитъ:

При пріобрѣтеніи права собственности на вещь, переданную во владѣніе пріобрѣтателя, согласно статьямъ 98, 99 и 101, погашаются принадлежащія третьимъ лицамъ вотчинныя права на ту же вещь, если эти права не были извѣстны пріобрѣтателю.

Здѣсь содержится вполне рациональное и оправдываемое логикой положеніе, по которому если допускается пріобрѣтеніе положительныхъ правъ, то должно быть допускаемо и освобожденіе отъ обремененій.

Наконецъ, ст. 103 даетъ дополнителныя указанія относительно *объектовъ* пріобрѣтенія:

Право собственности на мореходныя и рѣчныя суда и прочія вещи, приобрѣтеніе коихъ обусловлено особыми, установленными закономъ, формами, переходитъ къ приобрѣтателю лишь съ соблюденіемъ означенныхъ формъ.

Съ этимъ положеніемъ нельзя не согласиться. Какъ мы уже и выше говорили по вопросу о бумагахъ на предъявителя, новый способъ приобрѣтенія уместенъ только тамъ, гдѣ это вынуждается обстоятельствами. Во всѣхъ же случаяхъ, когда такъ или иначе оказывается возможной *безвредная для оборота* защита уже существующей собственности, т. е. когда приобрѣтатели могутъ легко и точно ориентироваться въ вопросѣ о принадлежности данной вещи, — новому способу приобрѣтенія мѣста нѣтъ.

Таковы постановленія Проекта по нашему вопросу.

Теперь намъ остается сдѣлать собственное предложеніе.

По нашему мнѣнію, будущій законъ долженъ бы гласить такъ:

Кто приобрѣлъ движимую тѣлесную вещь, — но исключая и денегъ, даже бумажныхъ, — посредствомъ объективно-дѣйствительной возмездной сдѣлки въ собственность и получилъ ее въ свое реальное владѣніе, добросовѣстно и безъ всякой небрежности принявъ отчуждателя за лицо, управомоченное на отчужденіе данной вещи, тотъ получаетъ на нее право собственности. Вслѣдствіе этого прежній собственникъ теряетъ свое право, но онъ можетъ преслѣдовать отчуждателя въ уголовномъ порядкѣ и требовать съ него вознагражденія за убытки по общимъ правиламъ.

Аналогично приобрѣтаются и другія вещныя права на движимости, а также и уничтожаются вещныя обремененія, лежавшія на ве-

щи, о существованіи которыхъ приобрѣтатель добросовѣстно не зналъ.

Изъ приведенныхъ правилъ изъемятся бумаги на предъявителя и вообще всѣ вещи, отчужденіе и неправомѣрная утрата которыхъ подлежитъ особо установленной регистраціи или публикаціи. Изъемятся также и объективно — для каждаго — незамѣнимыя по своимъ качествамъ вещи: оригинальныя произведенія искусствъ, предметы рѣдкости и т. п. Определеніе этой категоріи вещей въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ предоставляется усмотрѣнію судьи.

Въ заключеніе замѣтимъ, что всѣ эти правила вполне мирно уживаются съ „системой соглашенія”¹⁾, которую мы рекомендуемъ для приобрѣтеній отъ лицъ, *управомоченныхъ* на отчужденіе. По этому послѣднему вопросу см. выше, стр. 170 сл.



¹⁾ *Franken*, Verhandl. des XV Deutschen Juristentages, I, S. 27, Anm. 1, S. 50.

ПРИЛОЖЕНІЕ.

**ПОЛНЫЯ НАЗВАНІЯ КНИГЪ и СТАТЕЙ,
ЦИТИРОВАННЫХЪ СОКРАЩЕННО.**

Accarias, Précis de droit romain. 2 éd., t. I, Paris, 1874.

✓ Albrecht, Die Gewere als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts. 1828.

Amiaud, Aperçu de l'état actuel des législations civiles de l'Europe, de l'Amérique etc. etc. Paris, 1884.

Argou, Institution au droit français. T. II, Paris, 1771.

Arndts, Ueber das Rechtsverhältniss desjenigen, welcher vom Fiskus eine Erbschaft erkaufte hat. — Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, Bd. 19, 1844.

———— Lehrbuch der Pandekten. Stuttgart, 1889.

Aubry et Rau, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae. 5 éd., t. II, Paris, 1897, t. III, 1900.

Auerbach, Handelsrechtliche Erörterungen nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche. — Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht. Bd. XI, 1862.

Augeard, Arrests notables des differens¹tribunaux du royaume: T. I, Paris, 1710.

Bähr, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. — Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. XXX, N. F. Bd. XI, 1888.

———— Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. III Heft, Sachenrecht, 1891.

Bar, Das Beweisurtheil des germanischen Prozesses. Ein Beitrag zur Geschichte und Kritik des deutschen Prozesses und des deutschen Rechtes. Hannover, 1866.

———— Bemerkungen über das Beweisurtheil und das Beweisrecht des mittelalterlichen Prozesses. — Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. X, 1872.

- Bardet et Berroyer, Recueil d'arrêts du Parlement de Paris, pris des memoires de feu M. Pierre Bardet, avec les notes de M. C. Berroyer, nouv. édition par Lalaure. T. I, Avignon, 1773.
- Baron, Pandekten. 9 Aufl., Leipzig, 1896.
- Barre, Bürgerliches Gesetzbuch und Code civil. Vergleichende Darstellung. Berlin, 1897.
- Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil. T. I, 6 éd., Paris, 1896; t. II, 1899; t. III, 5 éd., 1896.
- et Tissier, Traité théorique et pratique de droit civil. De la prescription. Paris, 1895.
- et Loynes, Du Nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée, t. I, Paris, 1895.
- Baumeister, Das Privatrecht der freien und Hansestadt Hamburg. Bd. I, Hamburg, 1856.
- Behrend, Gutachten über die Frage: ob und unter welchen Voraussetzungen das constitutum possessorium mit den Wirkungen der Besitzübertragung für bewegliche Sachen auszustatten ist. — Verhandlungen des Fünfzehnten deutschen Juristentages. 1880.
- Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. I, Berlin und Leipzig, 1886.
- Bekker, Die Geldpapiere. — Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts. Bd. I, 1857.
- System des heutigen Pandektenrechts. Bd. I, 1886.
- Der Besitz beweglicher Sachen. — Iherings Jahrbücher, Bd. 34, 1895.
- Bemmelen, Le système de la propriété mobilière. Leide-Paris, 1887.
- Bendix, Zur Auslegung des § 935 Abs. 1 B. G. B. — Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung. 1901.
- Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. 2 Aufl. Berlin, 1866.
- Bethmann-Hollweg, Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung, Bd. IV: Der germanisch-romanische Civilprozess im Mittelalter. Bonn, 1868.
- Bianchi, Gorso di Codice civile Italiano. Volume nono, Parte II. Torino, 1898.
- Biermann, Das constitutum possessorium. Berlin, 1885.
- Traditio ficta. Ein Beitrag zum heutigen Civilrecht auf geschichtlicher Grundlage. Stuttgart, 1891.
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Das Sachenrecht. 2 Aufl., Berlin, 1903.

- Blackstone, Commentaires sur les lois anglaises. Перев. съ 15 изд. Chompré. T. III, Paris, 1823.
- Blume, Beiträge zur Auslegung des deutschen BGB. — Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 39, 2-te Folge Bd. III, 1898.
- Bluntschli, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich. II Band, Sachenrecht. Zürich, 1855.
- Neuere Untersuchungen über das deutsche Sachenrecht. — Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. VI, 1859.
- Deutsches Privatrecht. 2 Aufl. München, 1860.
- Boistel, Manuel de droit commercial, 2 éd., Paris, 1890.
- Bolze, Die Bestimmungen des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich über die Steigerung des vindikatorischen Eigenthumsanspruchs. — Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 74, N. F. Bd. 24, 1889.
- Bonnier, De la transmission de la propriété par l'effet des obligations. — Revue de législation et de jurisprudence, t. VI, 1837.
- Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts. Bd. II, 2 Ausg., Berlin, 1842.
- Borsari, Commentario del Codice Civile italiano. Vol. II, Napoli-Roma, 1872.
- Bourjon, Le droit commun de la France et la coutume de Paris, réduits en principes, tirés des ordonnances, des arrêts, des lois civiles et des auteurs... contenant dans cet ordre les usages de Châtelet. T. I, II, Paris, 1747.
- v Brackenhöft, Ueber die sogen. juristische Gewere an Mobilien. — Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft. Bd. V, 1841.
- Bressolles, Théorie et pratique des dons manuels. Paris, 1885.
- Bretonnier, Recueil par ordre alphabétique des principales questions de droit. Paris, 1783.
- Brinz, Possessionis traditio. — Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts. Bd. III, 1859.
- Brodeau, Coustume de la prevosté et vicomté de Paris. T. II, Paris, 1669.
- Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin, 1900.
- Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte. Bd. II, 1892.

- v Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tübingen, 1848.
 ——— Der ältere Besitz und das Possessorium ordinarium.—Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts. Bd. IV, 1860.
 ——— Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts. Weimar, 1874.
 Buchka, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des Gemeinen Rechts. Berlin, 1897.
 Bufnoir, Propriété et contrat. Paris, 1900.
 Buhl, Der Schutz des Eigenthums an beweglichen Sachen. Heidelberg, 1896.
 ——— Das Recht der beweglichen Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Berlin, 1901.
 Bunge, Einleitung in die liv-, esth- und curländische Rechtsgeschichte und Geschichte der Rechtsquellen. Reval, 1849.
 ——— Das curländische Privatrecht. Dorpat, 1851.
 Bunsen, Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. II, 1897.
 Callmann, Zu den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über gutgläubigen Eigenthums- und Pfanderwerb an beweglichen Sachen. Giessen, 1904.
 Carlin, Niemand kann auf einen Anderen mehr Recht übertragen, als er selbst hat. Giessen, 1882.
 Carpsov, Jurisprudentia forensis Romano-Saxonica. Auctore et collectore Benedicto Carpovio. Anno M. DC. L.
 Chamier, A Manual of roman law. London, 1893.
 Chauveau, Des meubles par anticipation. — Revue critique de législation et de jurisprudence, t. 22, 1893.
 Colmet de Santerre, Cours analytique de code civil, t. V, 1883, t. IX, 1889.
 Coquille, Institution au droit des François. Paris, 1607.
 Cornil, Étude sur la publicité de la propriété dans le droit romain. Bruxelles, 1890.
 ——— L'évolution historique de la vente consensuelle et la loi 50 D. de actionibus empti et venditi. — Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, 1901.
 Cosack, Das Sachenrecht mit Ausschluss des besonderen Rechts der unbeweglichen Sachen im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. — Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes eines Bürgerlichen Ge-

- setzbuches für das Deutsche Reich, herausg. von Bekker und Fischer. Heft XIII, 1889.
 Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 5 Aufl., Stuttgart 1900.
 ——— Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II, Jena, 1900.
 Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 1900.
 Cropp, Der Diebstahl nach dem älteren Rechte der freien Städte Hamburg, Lübeck und Bremen. — Criminalistische Beyträge, herausg. von Hudtwalker und Trummer. Bd. II, 2 Heft, 1826.
 Crousel, Sur une question non prévue de possession et de propriété mobilière. Paris, 1887.
 Czacki, O Litewskich i Polskich prawach, o ich duchu, źródłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym statucie dla Litwy 1529 roku wydanym. Izdanie Raczyńskiego. Tom I, Poznań, 1843; t. II, 1844.
 v Dahn, Ueber Handel und Handelsrecht der Westgothen. — Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. XVI, N. F. Bd. I, 1871.
 ——— Westgothische Studien. Würzburg, 1874.
 Dalloz, Jurisprudence générale. Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public. Nouvelle édition, t. 15, Paris, 1849, t. 36, 1856, t. 37, 1858, t. 38, 1857, t. 41, 1856.
 Daniels, System des Preussischen Civilrechtes. Bd. I, Berlin, 1866.
 Danz, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. Bd. II, 2 Ausg., 1800.
 v Delbrück, Der Schutz des Eigenthums und des Besitzes nach älterem deutschen Rechte. — Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft. Bd. XIV, 1853.
 ——— Die dingliche Klage des deutschen Rechts. 1857.
 Delsol, Zasady Kodeksu Napoleona w związku z nauką i jurisprudençją. Tom II, Warszawa, 1874.
 Del Vecchio, Sulla rivendicazione dei beni mobili nell'antico diritto germanico.—Archivio giuridico, XX, 1878.
 Delvincourt, Institutes de droit civil français, t. II, Paris, 1809.
 Demelius, Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach

österreichischem bürgerlichen Recht. Erste Abtheilung, Wien und Leipzig, 1897.

Demelius, Grundriss des Oesterreichischen Rechts. I Bd. III Abtheilung: Grundriss des Sachenrechts. Leipzig, 1900.

Demolombe, Cours de Code Napoléon, t. IX: De la distinction des biens, Paris, 1854; t. XIII: Traité des successions, t. I, 1857; t. XXIV: Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, t. I, 1868.

Denisart, Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle. T. III, IV, Paris, 1771.

Denkschrift zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs. 2 Aufl., Berlin, 1896.

Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. 1896.

Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Bd. I, Leipzig, 1860.

Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. Bd. I, 5 Aufl., Halle a. S., 1894.

Pandekten. Bd. I, 1902.

Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. Bd. III, Das Sachenrecht, 3 Aufl., Halle a. S., 1904.

Dollmann, Die Gesetzgebung des Königreichs Bayern seit Maximilian II mit Erläuterungen. I Theil, VI Band, III Abtheilung, 1874.

Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus. Paris, 1713.

Duncker, Ueber dominium directum und utile. — Zeitschrift für deutsches Recht. Bd. II, 1839.

Duplessis, Traité sur la coutume de Paris. 5 éd., t. I, Paris, 1754.

Duranton, Cours de droit civil suivant le code français, 4 éd. 1841, Bruxelles; всего 12 томовъ; въ Парижскомъ изданіи — 21 томъ.

Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluss des Lehenrechts. 3 Ausg. Göttingen, 1829.

Eisenhart, Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern durch Anmerkungen erläutert. Leipzig, 1792.

Endemann W., Das deutsche Handelsrecht. 4 aufl., Leipzig, 1887.

Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 6 Aufl., Bd. II, Berlin, 1900.

Engelmann, Das deutsche Handels- Wechsel- und Seerecht. Berlin, 1899.

Das Bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluss des Handelsrechts. 3 Aufl., Berlin, 1903.

Enneccerus und Lehmann, Das Bürgerliche Recht. Bd. II, 2 Aufl., 1901.

Erdmann, Die Vindication beweglicher Sachen nach provinciellem Recht. — Zeitschrift für Rechtswissenschaft herausgegeben von der juristischen Facultät der Universität Dorpat. IV Jahrg., Heft 3, 1873.

System des Privatrechts der Ostseeprovinzen Liv-, Est- und Curland. Bd. I, Riga, 1889; Bd. II, 1891.

Esmein, Études sur les contrats dans le très-ancien droit français. Paris, 1883.

Ewers, Geschichte der Russen. I Theil, Dorpat, 1816.

Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht. Wien, 1867.

Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, t. I, II, Paris, 1836, t. XV, 1827.

Ferrière, Nouveau Commentaire sur la coutume de la prevoste et vicomté de la ville de Paris. T. I, Paris, 1679.

Fitting, Von der „Uebergabe“ im Sinn des Art. 306 des HGB. — Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Bd. XVIII, N. F. Bd. III, 1873.

Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht. Bd. III, 7 Aufl., Berlin, 1896.

Förtsch, Vergleichende Darstellung des Code civil und des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin, 1897.

Folleville, Traité de la possession des meubles et des titres au porteur. Paris, 1875.

Franken, Geschichte des französischen Pfandrechts. Das französische Pfandrecht im Mittelalter. 1 Abtheil. Berlin, 1879.

Gutachten. — Verhandlungen des XV Deutschen Juristentages. Bd. I, II, 1880.

Lehrbuch des Deutschen Privatrechts, 1894.

Frommhold, Deutsche Rechtsgeschichte. Berlin, 1894.

Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit. Ein Beitrag zur allgemeinen Rechtslehre und zur Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Berlin, 1889.

Fuld, Zum Mobiliarerwerb nach bürgerlichem und Handelsrecht. — Archiv für die Civilistische Praxis, LXXXIX, 1899.

Gad, Handbuch des Allgemeinen Deutschen Handelsrechts. 1 Theil, 1863.

Galluppi, Istituzioni di diritto commerciale. Vol. I, Roma-Torino-Firenze, 1873.

Gareis, Рецензия въ Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. VI, 1879.

————— Das Deutsche Handelsrecht. Berlin und Leipzig, 1888.

————— Fuchsberger, Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch. 1891.

✓ Gaupp, Kritische Untersuchungen über die Gewere des deutschen Rechts. — Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, Bd. I, 1839.

————— Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich. 2 Aufl., 1 Liefer., Freiburg i. B., 1889.

Geiger und Glück, Merkwürdige Rechtsfälle. Bd. III, 1806.

Gengler, Das Deutsche Privatrecht. 4 Aufl., Erlangen und Leipzig, 1892.

Gérard, Code civil expliqué par la jurisprudence des cours et tribunaux de Belgique et de l'étranger. Bruxelles, 1859.

✓ Gerber, Ueber die Gewere in den deutsch-rechtlichen Quellen des Mittelalters. — Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. N. F. Bd. XI, 1854.

————— System des Deutschen Privatrechts. Neubearbeitet von K. Cosack. 17 Aufl. Jena, 1895.

Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht. Leipzig, 1889.

————— Deutsches Privatrecht. Bd. I, 1895.

✓ ————— Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für Streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena, 1897.

Glasson, Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre comparés au droit et aux institutions de la France depuis leur origine jusqu'à nos jours. T. I, III, IV, Paris, 1882.

————— Éléments du droit français considéré dans ses rapports avec le droit naturel et l'économie politique. T. I, Paris, 1884.

————— Quelques observations sur la nature du droit de propriété à l'époque franque. — Revue critique de législation et de jurisprudence. 1887.

————— Histoire du droit et des institutions de la France. T. II, Paris, 1888; t. III, 1889.

Glasson, De la possession et des actions possessoires au moyen âge. — Nouvelle Revue historique de droit français et étranger. T. XIV, 1890.

————— Précis élémentaire de l'histoire du droit français. Paris, 1904.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Bd. I, 2-te Abtheil., 1868.

————— Ueber den Erwerb dinglicher Rechte von dem Nichteigenthümer und die Beschränkung der dinglichen Rechtsverfolgung, insbesondere nach handelsrechtlichen Grundsätzen. Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Bd. VIII, IX.

————— Рецензия въ Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Bd. 40, N. F. Bd. 25, 1892.

Goodeve's Modern Law of personal property. 4 изд. въ обработкѣ Williams'a и Crowdy. London, 1904.

Gosen, Das Privatrecht nach dem kleinen Kaiserrechte 1866.

Gries, Commentar zum Hamburgischen Stadtrecht von 1603. Bd. I, 1837.

Griole et Vergé, Supplément au répertoire de Dalloz. t. 14, Paris, 1894.

✓ Grotius Hugo, De jure belli ac pacis libri tres. Lipsiae, 1758.

Gruchot, Glossen zum Allgemeinen Landrecht. — Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, in besonderer Beziehung auf das Preussische Recht mit Einschluss des Handels- und Wechselrechts. Bd. XVII., N. F. Bd. II, 1873.

Grützmann, Die zweite Lesung des Entwurfs eines deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. — Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozess. Bd. V, 1895.

Guétat, Histoire élémentaire du droit français depuis ses origines gauloises jusqu'à la rédaction de nos codes modernes. Paris, 1884.

Güterbock, Der Concurs nach Englischem Recht. — Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. II, 1859.

Guilhon, Traité des donations entre-vifs, t. I, 1818.

Guilouard, Traité du Nantissement et du droit de rétention. Paris, 1895.

————— Traité de la prescription, t. I, Paris, 1900, t. II, 1901.

Gundermann, Englisches Privatrecht, I, Tübingen, 1864.

H a c h e n b u r g, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Theil II, 2 Aufl., Mannheim, 1899.

H a h n, Commentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. I, Braunschweig, 1894.

————— Das Deutsche Handelsrecht. Berlin, 1901.

H a l b a n, Zur Geschichte des deutschen Rechtes in Podolien, Wolhynien und der Ukraine. Berlin, 1896.

H a r b u r g e r, Das constitutum possessorium im römischen und heutigen Rechte. Erlangen, 1881.

H a r r a s R i t t e r v o n H a r r a s o w s k y, Geschichte der Codification des österreichischen Civilrechtes. Wien, 1868.

————— Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen. Bd. II, Wien, 1884.

H a r t i t z s c h, Entscheidungen practischer Rechtsfragen. 1840.

✓ H a s s e, Giebt es nach dem Sachsenspiegel ein Eigenthum an beweglichen Sachen, und wird dieses aufgegeben durch die blosse freywillige Entfernung aus der Wehre?—Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. Bd. I, 1815.

H a u b o l d, Lehrbuch des Königlich - Sächsischen Privatrechts. 1 Abtheil., 3 Aufl., 1847.

H a u s e r, Die Entstehung und Erlöschung dinglicher Rechte an beweglichen Sachen in Folge redlichen Erwerbs nach Art. 306 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches. — Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht. Bd. XVI, 1867.

H e i n e c c i u s, Elementa juris germanici tum veteris, tum hodierni. Tomus I, Editio tertia, Halae, 1746.

H e l c e l, Księga prawa zwyczajowego polskiego z wieku XIII, spisana przez bezimiennego niemca. — Starodawne prawa polskiego pomniki z ksiąg rękopiśmiennych dotąd nieużytych głównie zaś z ksiąg dawnych sądowych ziemskich i grodzkich ziemi Krakowskiej. Tom II, w Krakowie, 1870.

H e l l m a n n, Vorträge über das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich. Allgem. Theil, 1897.

H e l l w i g, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig, 1901.

————— Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts. Bd. I, 1903.

H e n n e q u i n, Introduction historique à l'étude de la législation française. Les juifs. T. I, Paris, 1841.

H e r m a n n, Die Grundelemente der altgermanischen Mobi-

liarvindication. — Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte herausgegeben von Dr. Otto Gierke. Heft XX, Breslau, 1886.

H e u s l e r, Die Beschränkung der Eigenthumsverfolgung bei Fahrhabe und ihr Motiv im Deutschen Rechte. Basel, 1871.

————— Рецензія на соч. Франкен'а о залогѣ. — Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Bd. XXV, 1880.

————— Institutionen des Deutschen Privatrechts. Bd. I, Leipzig, 1885; Bd. II, 1886.

✓ H i l l e b r a n d, Deutsche Rechtssprichwörter. Zürich, 1858.

H ö l d e r, Pandekten. Bd. I, Liefer. 1, Freiburg i. B., 1886.

H o l l a n d, The Elements of Jurisprudence, 1880.

H o l m e s, The common Law, 1882.

✧ H o m e y e r, Die Haus- und Hofmarken. Berlin, 1890.

H u b e, Prawo salickie podług textu rękopisu biblioteki głównej Warszawskiej. Warszawa, 1867.

————— Prawo Polskie w wieku trzynastym. Warszawa, 1874.

H u b e r, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts. Bd. IV, 1893.

H u c, Du transfert de la propriété en droit français par l'effet des obligations. — Recueil de l'académie de législation de Toulouse, t. XII, 1863.

————— Le code civile italien et le code Napoléon. T. I, Paris, 1868.

————— Commentaire théorique et pratique du Code civil, t. VII, 1894.

H u r e a u x, De la transmission de la propriété par actes entre-vifs. — Revue pratique de droit français, t. XXXII, 1871.

H u v e l i n, Essai historique sur le droit des marchés et des foires. Paris, 1897.

I h e r i n g, Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatfachen auf dritte Personen. — Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. X, 1871.

————— Der Besitzwille. Jena, 1889.

I n h ü l s e n, Die neue gesetzliche Formulierung der englischen Rechtssätze über den Warenkauf. — Zeitschrift für Internationales Privat- und Strafrecht. Bd. VII.

J a k u b e z k y, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. München, 1892.

J a r o s z e w i c z, Obraz Litwy pod względem jej cywilizacji,

od czasów najdawniejszych do końca wieku XVIII. Część II, Wilno, 1844.

Jireček H., Das Recht in Böhmen und Mähren. Prag, I Bandes 1 Abtheil., 1865, I Bandes 2 Abtheil., 1866.

———— Svod zákonů slovanských. W Praze, 1880.

Jireček I., Codex juris Bohemici. Tomi IV Pars III: Monumenta juris municipalis. Sectio II, exhibens Mag. Pauli Christiani a Koldín Jus Municipale Regni Bohemiae. Ed. Josephus Jireček, Pragae, 1876.

Jobbé-Duval, Étude historique sur la revendication des meubles en droit français. Paris, 1881.

Kah, Der Eigenthumserwerb durch „Uebertragung“ (§§ 929—936 B. G. B.) mit Rücksicht auf das Handelsgesetzbuch vom 10 Mai 1897 und das französisch-badische Recht. — Annalen der Grossherzoglich Badischen Gerichte. Bd. LXV, 1899.

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. Bd. II, Leipzig, 1901.

Karpiński, Jurisprudencja departamentów cywilnych Izby Sądowej Warszawskiej.

———— Pytania prawne rozstrzygnięte przez departament cywilny Izby Sądowej Warszawskiej oraz przez Rządzący Senat ze skarg na wyroki tejże Izby oraz przez Rządzący Senat ze skarg na wyroki Zjazdów Okręgu Sądowego Warszawskiego.

Kent, Commentaries on american law. Vol. II, Boston, 1867.

Kern, Entwicklung des Grundsatzes „Hand muss Hand wahren“. Breslau, 1881.

Kindel, Das Recht an der Sache. Kritische Bemerkungen zum dritten Buche des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Breslau, 1889.

Kirchstetter, Commentar zum österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche mit vorzüglicher Berücksichtigung des gemeinen deutschen Privatrechts. 3. izd. Maitisch'a, 1876.

Klein, Der mittelbare Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bonn, 1899.

Klimrath, Travaux sur l'histoire du droit français, t. I, Paris, 1843.

Kniep, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht. Jena, 1900.

Kober, Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. 3 Liefer., München, 1903.

Koch, Lehrbuch des Preussischen gemeinen Privatrechts. 3 Aufl., Bd. I, 1857.

———— Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten. Bd. II, 1886.

———— Geld und Werthpapiere. — Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. IV Heft, 1889.

Köstlin, Der Diebstahl nach dem deutschen Rechte vor der Karolina. — Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. III, 1856.

Kohler, рецензія на соч. Jobbé-Duval'я. — Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft. Bd. III, 1882.

———— Kauf einer fremden Sache. — Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht. Mannheim, 1883.

———— Vertrag und Uebergabe. Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. — Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. XVIII, 1900.

Krainz, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Посмертное издание Pfaff'a. Bd. I, 1894, Bd. II, 1 Hälfte, 1889.

Krasnopolski, Рецензія на соч. Randa о собственности. — Kritische Vierteljahresschrift, Bd. XXVII, N. F. VIII, 1885.

———— Der Schutz des redlichen Verkehrs im österreichischen Civilrechte. Prag, 1892.

Kraut, Grundriss zu Vorlesungen über das Deutsche Privatrecht mit Einschluss des Lehn- und Handelsrechts nebst beigefügten Quellen. 2. Ausg. Göttingen, 1839.

Krückmann, Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl., 1899.

———— Der Begriff der „verlorenen“ Sache. — Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. XXIII, 1903.

Krug, Zur Münzkunde Russlands. S.-Petersb., 1805.

———— Kritischer Versuch zur Aufklärung der Byzantinischen Chronologie, mit besonderer Rücksicht auf die frühere Geschichte Russlands. S.-Petersb., 1810.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I, Berlin, 1898; II, 1899.

———— Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze. Bd. II, Berlin, 1903.

Kuntze, Die Lehre von den Inhaberpapieren oder Obligationen au porteur. Leipzig, 1857.

Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters. Königsberg, 1869.

Labbé, Examen doctrinal. — Revue critique de législation et de jurisprudence. Nouv. série, t. XIII, 1884.

Lapeyrère, Décisions sommaires du Palais. 6 éd., Bordeaux, 1749.

Larombière, Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV livre III du Code civil. Nouv. éd., t. I, Paris, 1885.

Laurent, Cours élémentaire de droit civil. T. IV, Bruxelles-Paris, 1887.

————— Principes de droit civil. T. VIII, Bruxelles-Paris, 1873; t. XVI, 1893; t. XXIX, 1878; t. XXXII, 1878.

Le Clerc, Histoire physique, morale, civile et politique de la Russie ancienne. T. I, Paris, 1783.

Lehr, Éléments de droit civil russe (Russie, Pologne, Provinces Baltiques). Paris, 1877.

————— Éléments de droit civil espagnol. Paris, 1880.

————— Code civil du canton de Zurich de 1887. Paris, 1890.

————— Éléments de droit civil scandinave. Paris, 1901.

————— Éléments de droit civil anglais. Paris, 1885.

————— Dumas, Éléments de droit civil anglais. — Appendice renfermant l'exposé des modifications apportées au droit civil anglais depuis 1885. Paris, 1899.

Leonhard, Vertretung beim Fahrnisserwerb. Leipzig, 1899.

————— Der Allgemeine Theil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.

Le Roux de Bretagne, Nouveau Traité de la prescription en matière civile. T. I, Paris, 1869.

Leske, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des Preussischen Allgemeinen Landrechts. Berlin, 1900.

Lessing, Begriff der Rechtsnachfolge nach bürgerlichem Rechte. Berlin, 1903.

Lewis-Boyens, Das deutsche Seerecht. Bd. I, Leipzig, 1897.

Locré, La législation civile, commerciale et criminelle de la

France, ou commentaire et complément des codes français. T. XVI, Paris, 1829.

Löning, Der Vertragsbruch und seine Rechtsfolgen. Bd. I, Strassburg, 1876.

Lomonaco, Delle obbligazioni e dei contratti in genere. Parte prima. — Biblioteca delle scienze giuridiche e sociali, vol. 57. Napoli, 1887.

London, Die Anfangsklage in ihrer ursprünglichen Bedeutung. Breslau, 1886.

Louet-Brodeau-Rousseaud de la Combe, Recueil de plusieurs arrêts notables du Parlement de Paris, T. II, Paris, 1742.

Loysel, Institutes coutumières, ou manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes, tant anciens que modernes du droit coutumier et plus ordinaire de la France avec les notes d'Eusèbe de Laurière. T. I, Paris, 1846.

Ludewig, Ueber den rechtlichen Charakter der durch die neuere Entwicklung der Elektrizität hervorgerufenen Verträge und ihr Verhältniss zum preussischen Stempelgesetze vom 7 März 1822. — Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. XXXV, 1889.

Lyon-Caen, рефератъ въ Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques. Decembre, 1894.

————— et Renault, Traité de droit commercial, 2 éd., t. I, Paris, 1889; t. IV, 1901; t. V, 1894; t. VIII, 1899.

M***, Questions notables et maximes du droit, tirées de l'usage des textes, du Sentiment des Docteurs et de la Jurisprudence des Arrêts. Par M*** Celebre Avocat au Parlement de Provence. Grenoble, 1702.

Maciejowski, Zasady prawa rzymskiego pospolitego podług instytucyj Justynijańskich wraz z krótkim wywodem dziejowego rozwoju prawodawstwa rzymskiego. Tom I, II, Warszawa, 1865.

Männer, Das Recht der Grundstücke nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. 1899.

Makower, Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch. 11 Aufl., Berlin, 1893.

Maleville, Analyse raisonnée de la discussion du code civil au conseil d'état. 3 éd., t. IV, Paris, 1822.

- Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 3 Aufl., 1885.
- Manigk, Die Voraussetzungen des Eigenbesitzes nach B. G. B.—Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. XXV, 1905.
- Marcadé, Commentaire-Traité théorique et pratique de la prescription. Explication du tit. XX liv. III du Code Napoléon. Paris, 1854.
- Markby, Elements of law, 1874.
- Maschke, Das Eigenthum im Civil- und Strafrechte. Untersuchungen zur organischen Structur der Sachenrechte. Berlin und Leipzig, 1895.
- Matthias, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes. Bd. II, Berlin, 1900.
- Maurenbrecher, Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechts. 1 Abtheil. Bonn, 1832.
- Mayer O., Die dingliche Wirkung der Obligation. Erlangen, 1879.
- Maynard, La bibliothèque tolosane, contenant les Arrêts de Monsieur de Maynard. T. I. Notables et singulières questions du droit écrit, décidées et jugées par arrêts memorables de la cour souveraine du Parlement de Tholose. Paris, 1638.
- Maynz, Cours de droit romain. T. I, 3 éd., Bruxelles-Paris, 1870.
- Meibom, Das deutsche Pfandrecht. 1867.
- Meilhaus, Der Eigenthumserwerb nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche Art. 306, 307 und dem Bürgerlichen Gesetzbuche §§ 932 bis 936. Würzburg, 1900.
- Meili, Die Kodifikation des schweizerischen Privat- und Strafrechts. Zürich, 1901.
- Meischeder, Die alten Streitfragen gegenüber dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.—Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, herausg. von Bekker und Fischer. Heft III, 1889.
- Mendelsohn Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft. Leipzig, 1900.
- Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen.—Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik, 1889.
- Merlin, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. T. 29, 36, 5 éd., Bruxelles, 1828.
- Mevius, Commentarii in jus Lubecense libri quinque, ad explicationem ejusdem solidam, pro docenda vera statutorum ra-

- tionem, exponendis eorum Recessibus et informando fori usu, ante aliquot annos conscripti, nunc ex quibusdam Notis, Observationibus et Additionibus multo auctiores, adjectis etiam quibusdam super Controversiis istius juris Responsis, tertia emissione in lucem emissi a Davide Mevio. Francofurti, 1679.
- Meyer H., Entwerfung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht. Ein Beitrag zur Geschichte des deutschen Privatrechts und des Judenrechts im Mittelalter. Jena, 1902.
- Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechtes. Wien, 1885.
- Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluss des Handels- Wechsel- und Seerechts. 1826.
- du Molin, Coutumes de la prevoste et vicomté de Paris avec les notes de M. C. du Molin. T. I, Paris, 1691.
- Molitor, Les obligations en droit romain avec l'indication des rapports entre la législation romaine et le droit français. T. I, 2 éd., Paris, 1866.
- La possession, la revendication, la publicienne et les servitudes en droit romain avec l'indication des rapports entre la législation romaine et le droit français. 2 éd. Paris, 1874.
- Mortreuil, Histoire du droit byzantin ou du droit romain dans l'empire d'orient, depuis la mort de Justinien jusqu'à la prise de Constantinople en 1453. T. I, Paris, 1843; t. II, 1844; t. III, 1846.
- Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin, 1896.
- Mourlon, Répétitions écrites sur le troisième examen du Code Napoléon. T. III, Paris, 1856.
- Mugdán, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. III, 1899.
- Munzinger, Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechtes. 1865.
- Neuburger, Der Schutz des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs. Leipzig, 1904.
- Nippel, Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesammten deutschen Länder der österreichischen Monarchie. Bd. III, Grätz, 1831.
- Oertmann, Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. См. на русскомъ языкѣ въ Вѣстникѣ права, 1900, № 6, стр. 186 и сл.

Ofner, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. I, 1889.

Ortlieb, Des effets de la possession des meubles dans le droit français, ancien et moderne. Paris, 1871.

Ovio, Istituzioni di diritto civile italiano. Firenze, 1882.

Pacifici-Mazzoni, Istituzioni di diritto civile italiano. Libro II, Firenze, 1873.

Padeletti, Lehrbuch der römischen Rechtsgeschichte. Berlin, 1879.

Papendieck, Der Eigenthumserwerb durch Uebergabe seitens eines Nichteigenthümers, nach den Bestimmungen des gemeinen Rechts und des deutschen Handelsgesetzbuchs. Erlangen, 1897.

Pappenheim, Рецензия въ Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Bd. 46, N. F. Bd. 31, 1897.

Pardessus, Collection de lois maritimes antérieures au XVIII siècle. T. IV, Paris, 1837.

Pascoud, Des droits du bailleur agissant en vertu de son privilège et du tiers-acquéreur de bonne foi sur les meubles garnissant la ferme ou la maison. — Revue critique de législation et de jurisprudence. Nouvelle série, t. 16, Paris, 1887.

Paulsen, Lehrbuch des Privatrechts in den Herzogthümern Schleswig und Holstein. 1834.

Pavitt, Le droit anglais codifié. Paris, 1885.

Pertile, Storia del Diritto Italiano dalla caduta dell'impero Romano alla codificazione. Vol. IV, Milano-Roma-Napoli, 1892.

Petersen, Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich. Bd. II, Lahr, 1878.

Petrażycki, Die Lehre vom Einkommen. Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. II Band: Einkommensersatz. Berlin, 1895.

Pfersche, Privatrechtliche Abhandlungen. 1886.

Pflüger, Die Verfolgung beweglicher Sachen nach dem Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs. — Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. XXXV, N. F. XXIII, 1896.

Phillips, Deutsche Reichs- und Rechtsgeschichte. 3 Aufl. München, 1856.

Picard, L'évolution historique du droit civil français. 3 éd., Bruxelles, 1898.

Piniński, Der Thatbestand des Sachbesitzererwerbs nach gemeinem Recht. Bd. II, Leipzig, 1888.

Planck, Das Recht zur Beweisführung nach dem älteren deutschen, besonders sächsischen Verfahren. — Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. X, 1846.

Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter. Bd. I, Braunschweig, 1878.

———— Zur Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. — Archiv für die Civilistische Praxis, Bd. LXXV, N. F. Bd. XXV, 1889.

———— Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungs-gesetz. Lieferung 10, Berlin, 1900; Liefer. 16, 1901.

Planiol, Traité élémentaire de droit civil. T. I, II, Paris, 1900.

Platner, Ueber die historische Entwicklung des Systems und des Charakters des deutschen Rechts vorzugsweise des Privatrechts. Bd. II, Marburg, 1854.

Poincaré, Du droit de suite dans la propriété mobilière. Paris, 1883.

Pont, Explication des tit. XVIII et XIX, liv. III du Code Napoléon. T. I, Paris, 1859.

Post, Entwurf eines gemeinen deutschen und hansestadt-bremischen Privatrechts auf Grundlage der modernen Volkswirtschaft. Bd. II, 1 Abtheil.: Das gemeine deutsche und hansestadt-bremische universelle Vermögensrecht auf Grundlage der modernen Volkswirtschaft. 1868.

Pothier, Oeuvres, annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par M. Bugnet. T. I, Coutume d'Orléans, Paris, 1845; t. V, Traité du contrat du Nantissement, 1847; t. VII, Traité des donations entre mari et femme, 1845; t. IX, Traité du droit de domaine de propriété и Traité de la prescription, 1846.

Poujol, Traité des donations entre-vifs et des testaments. T. I, Paris, 1836.

Pratobevera, Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den Oesterreichischen Staaten. Bd. IV, 1820.

Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches. Herausg. von Lutz. 1858.

Protokolle (когда идетъ рѣчь объ Общегерман. Граждан. Уложении) = Stenografische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags. Bd. IV и V. Литограф. издание.

Puchelt, Рецензія въ Zeitschrift für Französisches Civilrecht. Bd. I, 1870.

————— Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. 4 Aufl. bearbeitet von Förtsch. Bd. II, 1894.

Pütter, Die Lehre vom Eigenthum nach deutschen Rechten, aus den Quellen dargestellt und mit den Römischen Rechtsgrundsätzen verglichen. Berlin, 1831.

Pufendorf, De jure naturae et gentium libri octo, tomus primus, Francofurti et Lipsiae, 1759.

Rakowiecki, Prawda Ruska czyli prawa wielkiego księcia Jarosława Władymirowicza tudzież traktaty Olga y Igora ww. xx. Kłiowski z cesarzami Greckimi y Mściława Dawidowicza x. Smoleńskiego z Rygą zawarte, których texta, obok z Polskiem tłumaczeniem poprzedza rys historyczny zwyczajów, obyczajów, religii, praw y języka dawnych słowiańskich y słowiańsko-ruskich narodów. T. I, Warszawa, 1820; t. II, 1822.

Ramdohr, Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnissfähigkeit im BGB. — Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. XLIV, 1900.

Randa, Das Eigenthumsrecht mit besonderer Rücksicht auf die Werthpapiere des Handelsrechtes nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes und der neueren Gesetzbücher. Erste Hälfte. 2 Aufl., Leipzig, 1893.

————— Der Besitz nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes, des preussischen, französischen und italienischen, des sächsischen und züricherischen Gesetzbuches. 4 Aufl., Leipzig, 1895.

Rauter, рецензія на соч. Troplong'a въ Revue de législation et de jurisprudence, Paris, 1836—1837, t. V.

Reatz, Der Besitz. — Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin, 1890.

————— Die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich unter Gegenüberstellung der ersten Lesung. Berlin, 1892.

Regelsberger, Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten. — Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. XLVII, 1904.

————— Pandekten. Bd. I, 1893.

Renaud, Die französische Rechtsregel „en fait de meubles la possession vaut titre“ aus ihrer germanischen Grundlage erläu-

tert, und der Einfluss derselben auf die Lehre von der Erwerbung des Eigenthums an beweglichen Sachen. — Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes, Bd. XVII, 1845.

Reyscher, Die Ueberlieferung der Rechte durch Sprichwörter.—Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft. Bd. V, 1841.

Riess, Zum Sachenrecht des Entwurfs. — Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs herausgegeben im Auftrage des Deutschen Anwalt-Fereins. Berlin, 1888.

Ripert, Essai sur la vente commerciale. Paris, 1875.

Rivière, Meubles. — Possession. — Revue de législation et de jurisprudence. T. III, 1851.

Rotering, Aus der Lehre vom Besitze. — Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. XXVII, 1905.

Roth, System des Deutschen Privatrechts. Bd. III, Tübingen, 1886.

Rousseaud de la Combe (Guy du —), Recueil de jurisprudence civile du pays de droit écrit et coutumier. Paris, 1753.

Rückert, Untersuchungen über das Sachenrecht der Rechtsbücher, zunächst des Sachsenspiegels. 1860.

Rüttmann, Die Lehre von dem Besitze. — Zeitschrift für schweizerisches Recht. Bd. VIII, 1860.

Runde, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. 3 Aufl. Göttingen, 1801.

Sachse, Handbuch des Grossherzoglich-Sächsischen Privatrechts. Weimar, 1824.

Saintespès-Lescot, Des donations entre-vifs et des testaments. T. III, Paris, 1855.

Saleilles, La théorie possessoire du code civil allemand. Paris, 1904.

Salvioli, Manuale di storia del diritto italiano dalle invasioni germaniche ai nostri giorni. 2 ed., Torino, 1892.

Sammlung Russischer Geschichte. — Beiträge zur Kenntniss Russlands und seiner Geschichte. Herausgegeben von G. Ewers und M. von Engelhardt. Ersten Bandes zweite Hälfte. Dorpat, 1818.

Sandhaas, Germanistische Abhandlungen. 1852.

Scherrer, Zur Lex Salica.—Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Bd. XIII, 1878.

Schlözer, Probe Russischer Annalen. Bremen und Göttingen, 1768.

——— Несторъ. Russische Annalen in ihrer Slavonischen Grundsprache verglichen, übersetzt und erklärt. Göttingen, II Theil, 1802; III Theil, 1805; IV Theil, 1805; V Theil, 1809.

Schmidt A., Die Grundsätze über den Schadensersatz in den Volksrechten. — Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte herausg. von Dr. Otto Gierke, XVIII, Breslau, 1885.

Schmidt H., Auslegung des § 366 HGB. auf der Grundlage des BGB. Weimar, 1903.

——— Der Begriff der Rechtsnachfolge nach gemeinem Recht und B. G. B. Breslau, 1903.

Schmidt J., Lehrbuch des preussischen Rechts und Prozesses mit Rücksicht auf die Reichsgesetzgebung, das gemeine Recht und den gemeinrechtlichen Prozess. Bd. I, Breslau, 1875.

Schmidt O., Rechtsgeschichte Liv-, Est- und Curlands, herausg. von Nottbeck. Jurjew, 1895.

Schneider und Fick, Das Schweizerische Obligationenrecht. Zürich, 1893.

Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 4 Aufl., 1902.

Schrutka-Rechtenstamm, Ist der im § 456 des allg. bürg. Gesetzbuches dem redlichen Pfandrechterswerb gewährte Schutz auch auf das pignus in causa judicati captum anwendbar? — Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. XII, 1884.

——— Ueber den Erwerb des Eigenthums im Falle einer Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von beweglichen Sachen gegen einen Kaufmann. Zu § 769 Abs. 1 der CPO. und Art. 306 des HGB. — Zeitschrift für Deutschen Civilprocess, Bd. XI, 1887.

Schulte, Lehrbuch der deutschen Reichs- und Rechtsgeschichte. 5 Aufl. Stuttgart, 1881.

Schultze A., Die Vollstreckbarkeit der Schuldtitel für und gegen die Rechtsnachfolger. 1891.

Schupfer, Manuale di storia del diritto italiano. 2 ed., 1895.

Schwerin, Beiträge zur Erläuterung des Begriffes der Rechtsnachfolge im geltenden Civilrecht. 1906 (?).

Serafini, Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio. Parte prima. Firenze, 1872.

Serres, Les institutions du droit françois. Paris, 1753.

Siebenhaar, Lehrbuch des Sächsischen Privatrechts. Leipzig, 1872.

——— und Siegmann, Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen. Bd. I, Leipzig, 1864.

Siegel, Deutsche Rechtsgeschichte. Berlin, 1895.

Sintenis, Das practische gemeine Civilrecht. Bd. I, 2 Aufl., Leipzig, 1860.

Skarbek, Dzieje Księstwa Warszawskiego. T. II, Warszawa, 1897.

Skurzalski, Jurysprudencya Cywilna w streszczeniu 1842—1895 r. Warszawa, 1895.

Smith, A compendium of the Law of real and personal property primarily connected with conveyancing. Vol. II, London, 1870.

——— A Manual of common law. London, 1872.

Sohm, Ueber die Entstehung der Lex Ribuaria.—Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. V, 1866.

——— Der Prozess der Lex Salica. 1867.

——— Fränkisches Recht und Römisches Recht. Weimar, 1880.

Stabel, Institutionen des französischen Civilrechts. 1871.

Stammler, Die Bedeutung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches für den Fortschritt der Kultur. 1900.

——— und Duncker, Soziale Gedanken im Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin, 1900.

Staub, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. Ausgabe für Oesterreich bearbeitet von Pisko. Bd. II, Wien, 1904.

Stein, Untersuchungen über die Entwicklung und Fortbildung des deutschen Sachenrechtes von der älteren Zeit bis zur Gegenwart. Erste Abtheilung: Die Entwicklung und Fortbildung des deutschen Sachenrechtes in der Zeit vor der Aufnahme des römischen Rechtes. 1857.

Stephen, New Commentaries on the laws of England. Vol. II, London, 1899.

Stevens, The elements of mercantile Law. London, 1890.

Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts. 1855.

——— Gewere.—Allgemeine Encyclopädie der Wissenschaften und Künste in alphabetischer Folge von genannten Schriftstellern bearbeitet und herausgegeben von J. S. Ersch und J. G. Gruber. Bd. 65, Leipzig, 1857.

Stobbe, Die Juden in Deutschland während des Mittelalters in politischer, sozialer und rechtlicher Beziehung. Braunschweig, 1866.

——— Zur Geschichte des deutschen Rechts. Рецензия на соч. Laband'a объ искахъ. — Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. XI, 1869.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. II Band, 3 Aufl. neu bearbeitet von Lehmann. Erster Halbband, Berlin, 1896.

Stöver, Ist die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein Rechtsgeschäft?—Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. XXVI, 1905.

Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.—Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. XXVII, N. F. Bd. XV, 1888.

——— Streifzüge im Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.—Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. XXX, N. F. Bd. XVIII, 1890.

——— Zum Besitzrecht des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich.—Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. XXXI, N. F. Bd. XIX, 1892.

——— Der Sachbesitz nach dem B. G. B.—Iherings Jahrbücher, Bd. 38, 1898.

Struckmann-Koch, Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich. 5 Aufl., 1 Liefer., Berlin und Leipzig, 1886.

Stubenrauch, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch vom 1 Juni 1811. Bd. I, Wien, 1854.

Suarez, Amtliche Vorträge bei der Schluss-Revision des Allgemeinen Landrechts.—Jahrbücher für die Preussische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung. Bd. XLI, 1833.

Testoud, Examen doctrinal. — Revue critique de législation et de jurisprudence. Nouv. série, t. XII, 1883.

Thaller, Traité élémentaire de droit commercial. Paris, 1898.

Thévenin, Contributions à l'histoire du droit germanique. — Nouvelle Revue historique de droit français et étranger. 1879.

Thöl, Das Handelsrecht. Bd. I, 2 Aufl., 1847.

Thonissen, L'organisation judiciaire, le droit pénal et la procédure pénale de la Loi Salique précédés d'une étude sur

toutes les classes de la population mentionnées dans le texte de cette loi. 2 éd., Bruxelles-Paris, 1882.

Timon, Ungarische Verfassungs- und Rechtsgeschichte mit Bezug auf die Rechtsentwicklung der westlichen Staaten. Berlin, 1904.

Tobien, Die Prawda Russkaja, das älteste Rechtsbuch Russlands, nach allen bisher entdeckten und herausgegebenen Handschriften verglichen, verdeutscht und erläutert. I Theil, St. - Petersburg., 1844.

——— Die ältesten Gerichts-Ordnungen Russlands, nach allen bisher entdeckten und herausgegebenen Handschriften verglichen, verdeutscht und erläutert. I Theil, Dorpat, 1846.

Toullier, Le droit civil français. T. VII, XIV. Paris, 1842.

Traumann, Wirkungen des Erwerbs im guten Glauben nach Gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Bonn, 1898.

Treitschke, Der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Warenhandel nach römischem Rechte und den wichtigsten neueren Gesetzgebungen. 2 Aufl., Gera, 1865.

Troplong, Le droit civil expliqué. T. XIX: Du Nantissement, du gage et de l'antichrèse, Paris, 1847. Des privilèges et hypothèques, t. I, 5 éd., 1854. De la vente, t. I, 5 éd., 1856. De la prescription, t. II, 4 éd., 1857.

Tuhr, Eigenthumserwerb an Mobilien nach dem B. G. B. verglichen mit dem Rechte des Code civil.—Zeitschrift für französisches Civilrecht. Bd. XXX, 1899.

Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. I, Leipzig, 1856; Bd. II, 1859; Bd. VI, 1871.

Valabrègue, Nouveau cours de droit commercial. Paris, 1898.

Valin, Nouveau Commentaire sur la coutume de la Rochelle et du pays d'aunis. T. III, 1756.

Varloger, Les barbares et leurs lois. — Revue critique de législation et de jurisprudence. T. XXIX, 1866.

——— Droit maritime. T. I, 1883.

Viollet, Précis de l'histoire du droit français. Paris, 1886.

Virgile, Du régime de la propriété mobilière. 1896.

Voët, Commentarius ad Pandectas. T. I, 1707.

Vollgraff, Revision verschiedener deutsch-rechtlicher Theorien, namentlich über die Persönlichkeit fast aller deutschen Rechte, über die eigentliche Bedeutung der Gewehr, über Besitz, Eigen, Lehn, Leihe, Zinsgut, Pacht und Regalität, insonderheit

aber über den eigentlichen juristischen Character der sogenannten Reallasten. — Archiv für die Civilistische Praxis, Bd. IX, 1826.

Wächter, Pandekten. Bd. I, Leipzig, 1880.

——— Das Handelsrecht nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch und den Einführungsgesetzen. Bd. I, II, 1865—66.

Wagner A., Lehr- und Handbuch der politischen Oekonomie. 1 Hauptabtheilung, 2 Theil: Volkswirtschaft und Recht, besonders Vermögensrecht. 3 Aufl., Leipzig, 1894.

Waitz, Das alte Recht der Salischen Franken. Kiel, 1846.

Walter, Deutsche Rechtsgeschichte. Bonn, 1853.

Warnkönig, Französische Staats- und Rechtsgeschichte. Bd. II: Geschichte der Rechtsquellen und des Privatrechts. Basel, 1848.

Wendt, Lehrbuch der Pandekten. Jena, 1888.

——— Besitz und Inhabung. — Archiv für die Civilistische Praxis. Bd. LXXIV, 1889.

——— Der mittelbare Besitz des bürgerlichen Gesetzbuches. — Archiv für die Civilistische Praxis, Bd. LXXXVII, 1897.

——— Erwerb von einem Nichtberechtigten. — Archiv für die Civilistische Praxis. Bd. LXXXIX, 1899.

Wertheim, Wörterbuch des Englischen Rechts. Berlin, 1899.

Wetzell, Der römische Vindicationsprozess. Leipzig, 1845.

Wilda, Geschichte des deutschen Strafrechts. Bd. I: Das Strafrecht der Germanen. Halle, 1842.

Williams, Principles of the law of personal property. London, 1873.

Wilmowski, Lübisches Recht in Pommern. 1867.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8 Auflage von Kipp. Bd. I, 1900.

Winiwarter, Das Oesterreichische bürgerliche Recht. II Theil, 2 Aufl., Wien, 1839.

Wolff, Zum Sachenrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. — Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin, 1890.

Zachariä von Lingenthal, Geschichte des griechisch-römischen Privatrechts. Leipzig, 1864.

——— Geschichte des griechisch-römischen Rechts. Berlin, 1877.

——— - Carl Crome, Handbuch des französischen Ci-

vilrechts, begründet von Zachariä von Lingenthal, bearbeitet von C. Crome. Bd. I, II, Freiburg i. B., 1894.

Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie. Bd. II, 1 Abtheil., Wien und Triest, 1812.

Ziebarth, Die Realexecution und die Obligation. Mit besonderer Rücksicht auf die Miethe erörtert nach römischem und deutschem Recht in vergleich mit dem preussischen. Halle, 1866.

Zielonacki, Pandekta czyli wykład prawa prywatnego rzymskiego, o ile ono jest podstawą prawodawstw nowszych. Część pierwsza. Wydanie drugie. Kraków, 1870. Część druga, 1871.

Zoepfl, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. Bd. II, 1 Abtheil.: Geschichte der deutschen Rechtsquellen. 2 Aufl., Stuttgart, 1846; Bd. II, 2. Abtheil.: Geschichte der deutschen Rechtsinstitute, 1847.

Zoll, Pandekta czyli nauka rzymskiego prawa prywatnego z krótkiem uwzględnieniem historycznego rozwoju pojedynczych jego instytucyj. Tom II, Kraków, 1898.

Zycha, Zur Auslegung des Titels 37 der Lex Salica, „De vestigio minando“. — Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Bd. 22, German. Abtheilung, 1901.

Азаревичъ, Исторія византійскаго права.—Временникъ Демидовскаго Юридическаго Лицея, кн. 12, 1876; кн. 14, 1877.

——— Система римскаго права. Т. I, СПб., 1887.

Албенскій, О состояннн Россіи и современныхъ государствъ Европы въ XI вѣкѣ. СПб., 1827.

Алексѣевъ, Изложеніе законоположеній, заключающихся въ Армянскомъ Судебникѣ. — Чтенія въ Императорскомъ Обществѣ исторіи и древностей россійскихъ при Московскомъ университетѣ, 1870, кн. 2.

Андреевскій, О договорѣ Новгорода съ нѣмецкими городами и Готландомъ, заключенномъ въ 1270 г. СПб., 1855.

Анненковъ, Система русскаго гражданскаго права. Т. II, Права Вещныя. СПб., 1900.

Антоновичъ В., Исслѣдованіе о городахъ Юго-западнаго края. — Монографіи по исторіи западной и юго-западной Россіи. Т. I, Кіевъ, 1885.

Аристовъ, Промышленность древней Руси. СПб., 1866.
Бершадскій, О наслѣдованіи въ выморочныхъ имуществвахъ по Литовскому праву. — Журналъ Министерства Народнаго Просвѣщенія, 1892, Ноябрь.

Бестужевъ-Рюминъ, Русская исторія, I, СПб., 1872; II, 1885.

Болтинъ, Примѣчанія на исторію древнія и нынѣшнія Россіи г. Леклерка. Т. I, 1788.

———— Критическія примѣчанія на I-й томъ исторіи князя Щербатова. СПб., 1793.

Боровиковскій, Отчетъ судьи. Т. II, СПб., 1892.

Брунъ, Хроника гражданскаго суда. — Юридическій Вѣстникъ, 1886, № 12.

———— Гражданское уложеніе для Германской имперіи въ связи съ научными и общественными теченіями въ современной Германіи. — Русская Мысль, 1897, кн. 2 и 3.

Бутковъ, О Правдѣ Русской. — Сынъ Отечества, 1836.

Бѣляевъ И., Русь въ первыя сто лѣтъ отъ прибытія Рюрика въ Новгородъ. — Временникъ Императорскаго Московскаго Общества исторіи и древностей російскихъ. Кн. 15, Москва, 1852.

———— О наслѣдствѣ безъ завѣщанія по древнимъ русскимъ законамъ до Уложенія царя Алексѣя Михайловича. Москва, 1858.

———— Лекціи по исторіи русскаго законодательства. Москва, 1879.

Бѣляевъ П., Очерки права и процесса въ эпоху Русской Правды. — Сборникъ правовѣдѣнія и общественныхъ знаній. Т. V, СПб., 1895.

———— Источники древнерусскихъ законодательныхъ памятниковъ. — Журналъ Министерства Юстиціи, 1899, Ноябрь.

Васильевъ, Историческое обозрѣніе древняго Россійскаго законодательства. — Вѣстникъ Европы, 1822, № 7.

Васьковскій, Приобрѣтеніе движимостей отъ несобственника. — Журналъ Министерства Юстиціи, 1895, кн. 1.

———— Учебникъ гражданскаго права. Вып. II. Вещное право. СПб., 1896.

———— Закладъ чужой вещи. — Журналъ Министерства Юстиціи, 1898, Май.

———— Цивилистическая методологія. Часть I. Ученіе о толкованіи и примѣненіи гражданскихъ законовъ. Одесса, 1901.

Верховскій, Источники Уложенія царя Алексѣя Михайловича. — Юридическій Вѣстникъ, 1889, Ноябрь.

Владимірскій-Будановъ, Отношенія между Литовскимъ Статутомъ и Уложеніемъ царя Алексѣя Михайловича. — Сборникъ государственныхъ знаній подъ редакціей Безобразова. Т. IV, СПб., 1877.

———— Историко-юридическіе матеріалы, извлеченные изъ актовыхъ книгъ губерній Витебской и Могилѣвской. — Университетскія Извѣстія, Кіевъ, 1877, № 3.

———— Новыя открытія въ исторіи Уложенія царя Алексѣя Михайловича. — Университетскія Извѣстія, Кіевъ, 1880, № 2.

———— Неизданные законы юго-западныхъ славянъ. Законникъ города Каствы и законъ общины Вепринской. — Журналъ Министерства Народнаго Просвѣщенія, часть 214, 1881.

———— Христоматія по исторіи русскаго права. Вып. 1, изд. 5, СПб. и Кіевъ, 1899; вып. 2, изд. 4, 1901.

———— Обзоръ исторіи русскаго права. Изд. 4, Кіевъ, 1905.

Волжинъ, Законъ и судебная практика по вопросамъ о возвращеніи похищеннаго. — Судебная Газета, 1889, №№ 35 и 36.

Голубовскій, Исторія Смоленской земли до начала XV ст. Кіевъ, 1895.

Гольденрингъ, Духъ новаго германскаго гражданскаго уложенія. Перев. Ал. Бугаевского. СПб., 1900.

Гроссманъ, Мѣстные законы Бессарабіи. Изданіе неофициальное. СПб., 1905.

Гуляевъ, Объ отношеніи русскаго гражданскаго права къ римскому. Университетскія Извѣстія, Кіевъ, 1894, № 11.

Гюнсбургъ, Замѣтка на статью г. Волягина: „Законъ и судебная практика по вопросамъ о возвращеніи похищеннаго“. — Судебная Газета, 1889, № 39.

Даневскій, Объ источникахъ мѣстныхъ законовъ нѣкоторыхъ губерній и областей Россіи. СПб., 1857.

Данилевичъ, Очеркъ исторіи Полоцкой земли до конца XIV ст. — Университетскія Извѣстія, Кіевъ, 1896, № 11.

Даниловичъ, Взглядъ на литовское законодательство и литовскіе статуты. — Юридическія записки, изд. П. Рѣдкимъ. Т. I, Москва, 1841.

Демченко Г., Наказаніе по Литовскому Статуту въ его трехъ редакціяхъ (1529, 1566 и 1588 гг.). Часть I, Кіевъ, 1894.

Димитріу, Къ вопросу о договорахъ русскихъ съ греками. — Византійскій Временникъ. Т. II, вып. 4, 1895.

Дитятинъ, Роль челобитій и земскихъ соборовъ въ управленіи Московскаго государства. — Русская Мысль, 1880, кн. 5.

Дмитріевъ, Исторія судебныхъ инстанцій и гражданскаго апелляціоннаго судопроизводства отъ Судебника до Учрежденія о губерніяхъ. Москва, 1859.

Дорнъ, Забѣтки по гражданскому праву прибалтійскихъ губерній. — Юридическая Лѣтопись, 1890, т. I.

Дубенскій, Объ Ярославовой Правдѣ XI в. — Чтенія въ Императорскомъ Обществѣ исторіи и древностей російскихъ при Московскомъ университетѣ. № 2, 1846 г.

Дыдынскій, Залогъ по римскому праву. Варшава, 1872.

Дювернуа, Источники права и судъ въ древней Россіи. Опыты по исторіи русскаго гражданскаго права. Москва, 1869.

———— Пособіе къ лекціямъ по гражданскому праву. Часть особенная. Вып. 1, СПБ., 1899.

———— Чтенія по гражданскому праву. Томъ I. Введеніе. IV изд., СПБ., 1902.

Егуновъ, Мѣстные гражданскіе законы Бессарабіи. 2 изд., СПБ., 1881.

Елеонскій, О предѣлахъ виндикаціи недвижимыхъ вещей. — Журналъ гражданскаго и уголовнаго права, 1893, кн. 1.

Есиповичъ, Литературная разработка и общая характеристика Уложения 1649 года. — Журналъ Министерства Юстиціи, 1859, кн. 1.

Ефимовъ, Догма римскаго права. Петербургъ, 1901.

Заборовскій, Гражданское право Царства Польскаго. Вып. 1, СПБ., 1847.

Забѣлинъ, Свѣдѣнія о подлинномъ Уложеніи царя Алексѣя Михайловича. — Архивъ историко-юридическихъ свѣдѣній, относящихся до Россіи, изд. Н. Калачовымъ. Кн. 1, Москва, 1850.

———— Исторія русской жизни съ древнѣйшихъ временъ. Ч. I, Москва, 1876; ч. II, 1879.

Загоровскій, Историческій очеркъ займа по русскому праву до конца XIII столѣтія. Кіевъ, 1875.

———— Принужденіе, ошибка и обманъ и ихъ вліяніе на юридическую сдѣлку. — Юридическій Вѣстникъ, 1890, кн. 1.

Загоровскій, О приобрѣтеніи права собственности на движимыя имущества посредствомъ передачи. — Юридическій Вѣстникъ, 1890, кн. 7 и 8.

Загоскинъ, Уставныя грамоты XIV-го — XVI-го вв., опредѣляющія порядокъ мѣстнаго правительственнаго управленія. Вып. 1, Казань, 1875.

———— Методъ и средства сравнительнаго изученія древнѣйшаго обычнаго права славянъ вообще и русскихъ въ особенності. Казань, 1877.

———— Исторія права Московскаго государства. Т. I, Казань, 1877.

———— Уложеніе царя и великаго князя Алексѣя Михайловича и земскій соборъ 1648—1649 года. Казань, 1879.

———— Исторія права русскаго народа. Т. I, Казань, 1899.

Зарудный, Гражданское уложеніе Итальянскаго королевства и русскіе гражданскіе законы. Опытъ сравнительнаго изученія системы законодательствъ. Часть II, СПБ., 1869.

Зерцаловъ, Новыя данныя о земскомъ соборѣ 1648—1649 гг. — Чтенія въ Императорскомъ Обществѣ исторіи и древностей російскихъ при Московскомъ университетѣ. 1887, кн. 3.

Зигель, Законникъ Стефана Душана. 1 вып., СПБ., 1872.

Змирловъ, О договорѣ купли-продажи, запродажи и поставки по нашимъ законамъ. — Журналъ гражданскаго и уголовнаго права, 1882, кн. 3.

———— Практическія замѣтки по вопросамъ гражданскаго права и судопроизводства. — Журналъ гражданскаго и уголовнаго права, 1882, кн. 4 и 6.

———— О недостаткахъ нашихъ гражданскихъ законовъ. — Журналъ гражданскаго и уголовнаго права, 1883, кн. 7; 1885, кн. 4.

Иванишевъ, Древнее право чеховъ. — Журналъ Министерства Народнаго Просвѣщенія, часть 30, СПБ., 1841.

Иконниковъ, Изслѣдованіе о главныхъ направленіяхъ въ наукѣ русской исторіи, въ связи съ ходомъ образованности. — Университетскія Извѣстія, Кіевъ, 1869, №№ 2 и 7.

———— Опытъ русской исторіографіи. Т. I, кн. 1, Кіевъ, 1891.

Ирѣчекъ, О судахъ Жупныхъ или Цудахъ. Переводъ Штейнфельда изъ Журнала Чешскаго Музея за 1846 г. — Ар-

хивъ историческихъ и практическихъ свѣдѣній, относящихся до Россіи, изд. Н. Калачовымъ. Кн. VI, СПб., 1861.

Историческія свѣдѣнія объ основаніяхъ и ходѣ мѣстнаго законодательства губерній остзейскихъ. СПб., 1845.

Кавелинъ, Взглядъ на юридическій бытъ древней Россіи. — Собраніе сочиненій, т. I, СПб., 1897.

Казанцевъ, Ученіе о представительствѣ въ гражданскомъ правѣ. Вып. 1, Ярославль, 1879.

Кайдановъ, Начертаніе исторіи государства російскаго. Изд. 4, СПб., 1834.

Калачовъ, О Судебникѣ царя Іоанна Васильевича. — Юридическія записки, издаваемые П. Рѣдкинымъ. Т. I, Москва, 1841.

——— Объ уголовномъ правѣ по Судебнику царя Іоанна Васильевича. — Юридическія записки, изд. П. Рѣдкинымъ, т. II, 1842.

——— Изслѣдованія о Русской Правдѣ. Часть I: Предварительныя юридическія свѣдѣнія для полнаго объясненія Русской Правды. Москва, 1846.

——— Мѣрило Праведное. — Архивъ историко-юридическихъ свѣдѣній, относящихся до Россіи. Изд. Калачова. Кн. 1, 1850.

——— О значеніи Кормчей въ системахъ древняго русскаго права. Москва, 1850.

Карамзинъ, Исторія государства Россійскаго. Т. I, изд. 4, СПб., 1833; т. II, 1833.

Кассо, Обзоръ Остзейскаго гражданскаго права. Юрьевъ, 1896.

——— Ф. Г. фонъ-Бунге и остзейское гражданское право. — Журналъ Министерства Юстиціи, 1897, № 8.

——— Понятіе о залогѣ въ современномъ правѣ. Юрьевъ, 1898.

Каченовскій, Два разсужденія о кожаныхъ деньгахъ и о Русской Правдѣ. Москва, 1849.

Квачевскій, Литовскій Статутъ, какъ источникъ мѣстнаго права для губерній Черниговской и Полтавской. — Журналъ гражданскаго и уголовного права, 1876, кн. 4.

Кистяковскій, Очеркъ историческихъ свѣдѣній о сводѣ законовъ, дѣйствовавшихъ въ Малороссіи, подъ заглавіемъ: Права, по которымъ сущитя Малороссійскій народъ. — Университетскія Извѣстія, Кіевъ, 1878, № 11.

Ковалевскій М., Историко-сравнительный методъ въ юриспруденціи и приемы изученія исторіи права. Москва, 1880.

Коровецкій, Историческое обзорѣніе Россійскаго Гражданскаго и Уголовнаго Права. — Сынъ Отечества, 1829, № 48.

Костомаровъ, Сѣвернорусскія народоправства во времена удѣльно-вѣчеваго уклада. Т. II, СПб., 1863.

Красноперовъ, Очеркъ промышленности и торговли Смоленскаго княжества съ древнѣйшихъ временъ до XV вѣка. — Историческое Обзорѣніе. Сборникъ Историческаго Общества при Императорскомъ С.-Петербургскомъ университетѣ, изд. подъ ред. Н. И. Карѣева. Т. VII, СПб., 1894.

Куницынъ, Историческое изображеніе древняго судопроизводства въ Россіи. СПб., 1843.

Ламбинъ, Дѣйствительно ли походъ Олега подъ Царьградъ сказка? — Журналъ Министерства Народнаго Просвѣщенія. Ч. 168, 1873.

Ланге, Изслѣдованіе объ уголовномъ правѣ Русской Правды. СПб., 1860 (изъ „Архива“ Калачова).

Латкинъ, Земскіе Соборы древней Россіи. СПб., 1885.

Леонтовичъ, Русская Правда и Литовскій Статутъ. — Университетскія Извѣстія, Кіевъ, 1865, №№ 2—4.

——— Исторія русскаго права. Вып. I. Одесса, 1869.

——— Древнее хорватско-далматское законодательство. Одесса, 1868.

——— Спорные вопросы по исторіи русско-литовскаго права. СПб., 1893.

——— Источники русско-литовскаго права. Варшава, 1894.

Линовскій, Опытъ историческихъ розысканій о слѣдственномъ уголовномъ судопроизводствѣ въ Россіи. Одесса, 1849.

Лонгиновъ, Мирные договоры русскихъ съ греками, заключенные въ X вѣкѣ. Одесса, 1904.

Лыкошинъ, Объ отысканіи недвижимыхъ имѣній изъ чужаго владѣнія. — Журналъ гражданскаго и уголовного права, 1888, кн. 4.

Львовъ, Примѣчаніе о древнихъ Русскихъ законахъ. — Сынъ Отечества, 1814, № 33 и 46.

Люстихъ, О связи между владѣніемъ и правомъ собственности на движимыя вещи по русскимъ законамъ. — Журналъ гражданскаго и уголовного права, 1878, кн. 3.

Лякубъ, По поводу 1512-й ст. X т. 1 ч. — Судебная Газета, 1891, № 35.

Макарій, епископъ Винницкій, Исторія русской церкви. СПб., 1857.

Максимейко, Источники уголовныхъ законовъ Литовскаго Статута. — Университетскія Извѣстія, Кіевъ, 1894, № 7, 9.

Малиновскій, Ученіе о преступленіи по Литовскому Статуту. Кіевъ, 1894.

Маркевичъ, О лѣтописяхъ. Изъ лекцій по русской исторіографіи. Вып. 1, Одесса, 1883.

Мацѣевскій, Исторія славянскихъ законодательствъ. Изд. 2, т. I, переводъ съ польскаго. Москва, 1858. — Чтенія въ Императорскомъ Обществѣ исторіи и древностей російскихъ при Московскомъ университетѣ. 1858, кн. 1; 1860, кн. 3.

Медовиковъ, Историческое значеніе царствованія Алексѣя Михайловича. Москва, 1854.

Мейеръ, Русское гражданское право. Изд. 8-е Гольмстена. СПб., 1902.

Мейчикъ, Дополнительные данныя къ исторіи Уложенія. — Сборникъ Археологическаго Института. Кн. III, СПб., 1880.

Митюковъ, Курсъ римскаго права. Изд. 2. Кіевъ-СПБ., 1902.

Михайловъ, Лекціи мѣстныхъ гражданскихъ законовъ. СПб., 1860.

Морошкинъ, Разсужденіе о владѣніи по началамъ російскихъ законовъ. Москва, 1837.

Мрочекъ-Дроздовскій, Главнѣйшіе памятники русскаго права эпохи мѣстныхъ законовъ. — Юридическій Вѣстникъ, 1884, т. XVI.

Исслѣдованія о Русской Правдѣ. Вып. 2: Текстъ Русской Правды съ объясненіями отдѣльныхъ словъ. Москва, 1885.

Муромцевъ, Гражданское право древняго Рима. Москва, 1883.

Рецепція римскаго права на Западѣ. Москва, 1886.

Мышь, Очерки кассационной практики по вопросамъ гражданскаго права за 1884—1885 г. — Журналъ гражданскаго и уголовнаго права, 1887, кн. 10.

Невзоровъ, Краткое изложеніе курса мѣстнаго права

прибалтійскихъ губерній. Часть I. Изданіе студентовъ на правахъ рукописи. Юрьевъ, 1904.

Неволинъ, Исторія положительныхъ законодательствъ, Полное собраніе сочиненій, т. II, СПб., 1857; Исторія російскихъ гражданскихъ законовъ, Полное собр. соч., т. IV, 1857, т. V, 1858; О пространствѣ церковнаго суда въ Россіи до Петра Великаго и О собраніяхъ и ученюмъ обработываніи церковныхъ законовъ въ Греціи и Россіи, Полн. собр. соч., т. VI, 1859.

Неклюдовъ, Руководство къ особенной части русскаго уголовнаго права. Т. II, СПб., 1876.

Нерсесовъ, Понятіе добровольнаго представительства въ гражданскомъ правѣ. Москва, 1878.

Торговое право. Посм. изд. А. Гусакова. Москва, 1896.

Никитскій, Очеркъ внутренней исторіи Пскова. СПб., 1873.

Новаковичъ, Законникъ Стефана Душана цара српског 1349 и 1354. У Београду, 1898.

Оксъ, Виндикація. — Журналъ гражданскаго и уголовнаго права, 1874, кн. 2 и 3.

Павловъ, Первоначальный славяно-русскій номоканонъ. Казань, 1869.

„Книги законныя“, содержащія въ себѣ, въ древне-русскомъ переводѣ, византійскіе законы земледѣльческіе, уголовные, брачные и судебные. СПб., 1885.

Пахманъ, О судебныхъ доказательствахъ по древнему русскому праву, преимущественно гражданскому, въ историческомъ ихъ развитіи. Москва, 1851.

Исторія кодификаціи гражданскаго права. Т. I, II, СПб., 1876.

Пергаментъ О., О примѣненіи мѣстныхъ законовъ Арменопуда и Донича. СПб., 1905.

Перевощиковъ, Къ вопросу объ ограниченіи виндикаціи. — Юридическій Вѣстникъ. 1886, Июнь-Іюль.

Пестржецкій, Владѣніе, какъ условіе перехода права собственности по русскому праву. — Журналъ Министерства Юстиціи, 1860, кн. 1.

О договорѣ купли-продажи движимаго имущества. — Журналъ гражданскаго и уголовнаго права, 1874, кн. 1.

Петражицкій, Права добросовѣстнаго владѣльца на

доходы съ точекъ зрѣнія догмы и политики гражданскаго права. Изд. 2, СПБ., 1902.

Платоновъ, Забѣтки по исторіи Московскихъ земскихъ соборовъ. — Журналъ Министерства Народнаго Просвѣщенія, часть 226, 1883 г.

Побѣдоносцевъ, Курсы гражданскаго права. 1 часть, Вѣщныя права; 3 часть, Договоры и обязательства; СПБ., 1896.

Погодинъ М., Послѣдніе историческіе толки. — Русскій Историческій Сборникъ. Т. I, кн. 3.

О достовѣрности древней русской исторіи. — Библиотека для чтенія. Т. VI, СПБ., 1834.

О договорахъ русскихъ князей, Олега, Игоря и Святослава, съ Греками. — Русскій Историческій Сборникъ. Т. I, кн. 4, 1838.

Несторъ. Историческо-критическое разсужденіе о началѣ русскихъ лѣтописей. Москва, 1839.

Исслѣдованія, замѣчанія и лекціи. Т. I, III, Москва, 1846.

Древняя Русская исторія до монгольскаго ита. Т. I, II, Москва, 1872.

Покровский І., Желательная постановка гражданскаго права въ изученіи и преподаваніи. — Университетскія Извѣстія, Кіевъ, 1896, № 12.

Основные вопросы владѣнія въ новомъ германскомъ уложеніи. — Вѣстникъ права, 1899, кн. 1.

Пташицкій, Къ вопросу объ изданіяхъ и комментаріяхъ Литовскаго Статута. СПБ., 1893.

Къ исторіи литовскаго права послѣ третьяго статута. СПБ., 1893.

Резоць, фонъ, О гражданскомъ правѣ въ Прибалтійскихъ губерніяхъ. — Журналъ гражданскаго и уголовнаго права. 1890, кн. 1.

Рейнке, Очеркъ законодательства Царства Польскаго (1807 — 1881 г.). — Журналъ Министерства Юстиціи, 1901, №№ 8—10.

Рейцъ, Опытъ исторіи російскихъ государственныхъ и гражданскихъ законовъ. Переводъ съ нѣмецкаго и изданіе (съ примѣчаніями) Морошкина. Москва, 1836.

Рождественскій, Обзоръ внѣшней исторіи русскаго законодательства. СПБ., 1848.

Рожковъ, Очерки юридическаго быта по Русской Прав-

дѣ. — Журналъ Министерства Народнаго Просвѣщенія, 1897, Декабрь.

Розенкампфъ, Обзоръ Кормчей книги въ историческомъ видѣ. Москва, 1829.

Салейль, Французскій гражданскій кодексъ и историческій методъ. — Журналъ Министерства Юстиціи, 1905, № 8.

Самоквасовъ, Исторія русскаго права. Т. I, вып. 1, Варшава, 1878.

Свидѣтельства современныхъ источниковъ о военныхъ и договорныхъ отношеніяхъ славяноруссовъ къ грекамъ до Владиміра Святославича Равноапостольнаго. — Варшавскія Университетскія Извѣстія, 1886, № 6.

Семеновъ, О сходствѣ древнихъ узаконеній восточной и западной Руси. — Временникъ Императорскаго Московскаго Общества исторіи и древностей російскихъ. Кн. 19, Москва, 1854.

Сергѣевичъ, Греческое и русское право въ договорахъ съ греками X вѣка. — Журналъ Министерства Народнаго Просвѣщенія, 1882, ч. 219.

Лекціи и изслѣдованія по исторіи русскаго права. СПБ., 1883. То же, изд. 1890 г.

Русская Правда въ четырехъ редакціяхъ. По спискамъ Археографическому, Троицкому и князя Оболенскаго съ дополненіями и вариантами изъ другихъ списковъ. СПБ., 1904.

Скромненко, О недостовѣрности древней русской исторіи и ложности мнѣнія касательно древности русскихъ лѣтописей. СПБ., 1834.

Случевскій, Учебникъ русскаго уголовнаго процесса. Изд. 2, СПБ., 1895.

Сокольскій, О договорахъ русскихъ съ греками. — Университетскія Извѣстія. Кіевъ, 1870, № 4.

Соловьевъ С., Исторія Россіи съ древнѣйшихъ временъ. СПБ.

Спасовичъ, Объ отношеніяхъ супруговъ по имуществу, по древнему польскому праву. СПБ., 1857.

О теоріи судебно-уголовныхъ доказательствъ въ связи съ судоустройствомъ и судопроизводствомъ. СПБ., 1861.

Сперанскій, Объяснительныя записки и замѣтки. Сообщеніе Бычкова. — Русская Старина, 1876, Мартъ.

Срезневскій, О договорахъ князя Олега съ греками.—Извѣстія Императорской Академіи Наукъ. Т. I.

——— Памятники X-го вѣка до Владимира Святого.—Извѣстія Императорской Академіи Наукъ по отдѣленію русскаго языка и словесности. Т. III, 1854.

Станиславскій, Изслѣдованіе началъ имущественныхъ отношеній въ древнѣйшихъ памятникахъ русскаго законодательства. Казань, 1855.

Стефановскій, Разграниченіе гражданскаго и уголовнаго судопроизводства въ исторіи русскаго права.—Журналъ Министерства Народнаго Просвѣщенія. Часть 165, 166, 168, 1873 г.

Сторожевъ, Къ вопросу объ источникахъ Уложения.—Юридическій Вѣстникъ, 1889, Декабрь.

Стриттеръ, Исторія Россійскаго Государства. Ч. I, СПБ., 1800.

Строевъ, О византійскомъ источникѣ Нестора.—Труды и лѣтописи Общества исторіи и древностей руссійскихъ. Ч. IV, кн. 1, Москва, 1828.

——— Историко-юридическое изслѣдованіе Уложения, изданнаго царемъ Алексѣемъ Михайловичемъ въ 1649 году. СПБ., 1833.

Суворовъ, Къ вопросу о западномъ влияніи на древнерусское право. Ярославль, 1893.

Тальбергъ, Гражданскій искъ въ уголовномъ судѣ или соединенный процессъ. Кіевъ, 1888.

Тарановскій, Обзоръ памятниковъ Магдебургскаго права западно-русскихъ городовъ Литовской эпохи. Варшава, 1897.

——— Сравнительное правовѣдѣніе въ концѣ XIX вѣка. Варшава, 1902.

Татищевъ, Исторія Россійская съ самыхъ древнѣйшихъ временъ. Кн. 1, ч. 1, Москва, 1768; кн. 2, 1773.

——— Примѣчанія къ Русской Правдѣ и Судебнику Царя и Великаго князя Ивана Васильевича.—Продолженіе древней руссійской вивлюики. Часть I, СПБ., 1786.

Терновскій, Изученіе византійской исторіи и ея тенденціозное приложеніе къ древней Руси.—Университетскія Извѣстія, Кіевъ, 1875, кн. 6 и 7.

Тиктинъ, Византійское право, какъ источникъ Уложения 1648 года и Новоуказныхъ статей. Одесса, 1898.

Тобинъ, Введеніе въ Исторію Русскаго Права.—Журналъ Министерства Народнаго Просвѣщенія, 1845, ч. 48.

——— Взглядъ на основныя начала русскаго уголовного законодательства съ древнѣйшихъ временъ до Уложения о наказаніяхъ 1845 года.—Журналъ Министерства Народнаго Просвѣщенія, часть 54, 1847 г.

Троцина, Исторія судебныхъ учреждений въ Россіи. СПБ., 1851.

Удинцевъ, Историческій очеркъ торговаго права.—Университетскія Извѣстія, Кіевъ, 1900, № 1 и 4.

Устряловъ, О литовскомъ княжествѣ. СПБ., 1839.

——— Русская исторія. Изд. 2, ч. 1, 2, СПБ., 1839.

——— Изслѣдованіе Псковской Судной Грамоты 1467 года. СПБ., 1855.

Федоровъ, Введеніе въ курсъ гражданскаго права прибалтійскихъ губерній. Одесса, 1898.

Филлиповъ, Начальныя стадіи процесса виндикаціи движимостей по *leges barbarorum* (*Vestigii minatio* и *Anefang*).—Сборникъ статей по исторіи права, посвященный М. Ф. Владимірскому-Буданову его учениками и почитателями. Изданъ подъ редакціей М. Н. Ясинскаго. Кіевъ, 1904.

Флоринскій, Памятники законодательной дѣятельности Душана, Царя Сербовъ и Грековъ. Хрисовулы. Сербскій Законникъ. Сборники византійскихъ законовъ. Кіевъ, 1888.

——— Древнѣйшій памятникъ болгарскаго права.—Сборникъ статей по исторіи права, посвященный М. Ф. Владимірскому-Буданову. Изд. подъ ред. М. Н. Ясинскаго. Кіевъ, 1904.

Фойницкій, Курсъ уголовного судопроизводства. Т. I, СПБ., 1896; т. II, 1897.

——— Курсъ уголовного права. Часть особенная. 3 изд., СПБ., 1900.

Харламовъ, По поводу одного кассационнаго рѣшенія.—Журналъ гражданскаго и уголовного права, 1889, кн. 1.

Хлѣбниковъ, Общество и государство въ до-монгольскій періодъ русской исторіи. СПБ., 1872.

Цитовичъ, Учебникъ торговаго права. Вып. 1, Кіевъ-СПБ., 1891.

Чарнецкій, Исторія Литовскаго Статута, съ объясненіемъ особенностей трехъ его редакцій и съ предварительнымъ обзорѣмъ законодательныхъ памятниковъ, дѣйстви-