

26 26
7-487

ПРОС
80

ОСНОВНЫЕ ВОПРОСЫ ВЛАДѢНІЯ

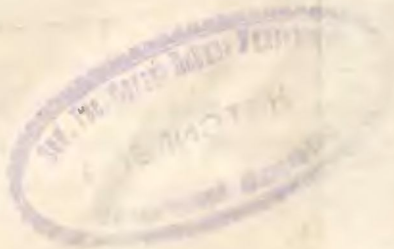
ВЪ НОВОМЪ

ГЕРМАНСКОМЪ УЛОЖЕНІИ.

д. и. д. н. 286с

СПбГУ

А. А. Покровскаго.



КІЕВЪ.

Типографія Императорскаго Университета св. Владиміра
Н. Т. Корчакъ-Новицкаго.

1899.

26 26

20
F84-1

Печатано по опредѣленію Совѣта Императорскаго Университета Св. Владимира.
Оттискъ изъ Университетскихъ Извѣстій за 1899 г.

ПРИЛОЖЕНІЯ КЪ ПРОТОКОЛАМЪ СОБРАНІЙ КІЕВСКАГО ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА ЗА 1898 ГОДЪ.

Основные вопросы владѣнія въ новомъ Германскомъ уложеніи.

(Докладъ члена Общества **Г. А. Покровскаго**, читанный въ собраніи К. Юридич.
Общества 24 октября 1898 года).

Г.

Владѣніе являлось въ литературѣ настоящаго столѣтія однимъ изъ самыхъ спорныхъ институтовъ гражданскаго права. Несмотря на самую оживленную разработку его, въ которой приняли участіе самые видные авторитеты науки, основные вопросы этого института оставались и къ концу вѣка почти въ такомъ же неустановившемся положеніи, какъ и во время Савиньи. При такихъ колебаніяхъ въ самой наукѣ задача законодательства, которое должно кодифицировать этотъ институтъ, вдвое трудна: приходится не только редактировать тезисы, уже установленные наукой, а прямо занимать то или другое самостоятельное положеніе среди многочисленныхъ враждебныхъ теорій и частныхъ проектовъ.

Какъ же разрѣшило эту трудную задачу новое Германское уложеніе?

Кардинальнымъ, такъ сказать, верховнымъ вопросомъ изъ всѣхъ спорныхъ вопросовъ владѣнія—является вопросъ объ основаніи защиты владѣнія. Разрѣшить его правильно—значитъ сдѣлать половину дѣла, значитъ найти жизненный нервъ всего института, опредѣлить его социальную роль, его смыслъ и цѣль въ ряду прочихъ институтовъ и учреждений, обеспечивающихъ жизнь социальнаго орга-

низма. Напротивъ, до тѣхъ поръ пока эта задача не разрѣшена, мы не будемъ въ состояніи дать рѣдціональную постановку института въ законодательствѣ и практикѣ; мы будемъ въ отдѣльныхъ вопросахъ бродить ощущею, и наши рѣшенія и законопроекты будутъ представлять изъ себя конгломератъ разрозненныхъ нормъ, лишенныхъ общей мысли и связи, зачастую въ самомъ основаніи своемъ противорѣчивыхъ.

Въ чемъ же заключается этотъ общественный принципъ владѣнія?

Извѣстны тѣ многочисленныя „относительныя“ и „абсолютныя“ теоріи, которыя были предложены на этотъ счетъ въ литературѣ; какую же точку зрѣнія выбрало уложеніе?

Эту точку зрѣнія „Denkschrift zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs“ (стр. 109) выражаетъ такъ: предписанія проекта исходятъ изъ той мысли, что защита владѣнія имѣетъ своимъ назначеніемъ обезпечивать общественный миръ охраной внѣшняго господства лица надъ вещью („den Rechtsfrieden durch Aufrechterhaltung des äusseren Herrschaftsverhältnisses der Person zur Sache zu bewahren“). Въ этихъ немногихъ словахъ, несмотря на ихъ краткость, тенденція составителей уложенія обнаруживается довольно ясно. Они положили въ основу своихъ нормъ не такъ называемую „Willenstheorie“, и не теорію Іеринга и т. д.; они рѣшили смотрѣть на владѣніе не съ субъективной точки зрѣнія владѣльца или собственника, а съ точки зрѣнія объективныхъ интересовъ гражданской жизни и гражданского оборота.

Разумѣется, этимъ составители уложенія не устранили теоретической спорности вопроса; о немъ, безъ сомнѣнія, будутъ спорить еще долго. Намъ однако такая точка зрѣнія кажется вполне правильной, и мы можемъ только привѣтствовать составителей, что они сѣумѣли изъ цѣлой массы болѣе или менѣе остроумныхъ теорій выбрать наиболѣе истинную¹⁾. Вопросъ лишь въ томъ, насколько составители уложенія, положивъ указанный—объективный и общественный—принципъ въ основу института, въ отдѣльныхъ своихъ положеніяхъ выдержали и провели его послѣдовательно.

¹⁾ Ср. къ этому вопросу замѣчанія Endemann'a — Einführung in das Studium des bürgerl. Gesetzbuchs (1898). Bd. II, стр. 95 и слѣд.

II.

Слѣдующимъ въ логической послѣдовательности и по своему практическому значенію важнымъ вопросомъ владѣнія является вопросъ о томъ, есть-ли владѣніе только специфическое отношеніе лица къ вещи, или же мы должны понимать подъ нимъ всякое фактическое пользованіе какимъ бы то ни было правомъ? Другими словами, слѣдуетъ-ли рядомъ съ владѣніемъ вещью еще признавать и владѣніе правомъ?

Римское право, какъ извѣстно, признавало такое „*ius quasi possessio*“, хотя и въ извѣстныхъ и ограниченныхъ предѣлахъ. Средневѣковая юриспруденція распространила это понятіе далеко за эти предѣлы, признавъ владѣніе даже публичными должностями, семейственными правами и т. д. Въ литературѣ настоящаго столѣтія стали раздаваться голоса, настойчиво протестующіе противъ такого чрезмѣрнаго расширенія понятія,—хотя все-таки „владѣніе правомъ“ до самаго послѣдняго времени считалось понятіемъ неизбѣжнымъ, и вопросъ сводился только къ тому, относительно какихъ правъ владѣніе возможно (т. е. правильно опредѣлить кругъ такъ назыв. „*besitzbarer Rechte*“) ¹⁾.

Уже изъ приведеннаго выше выраженія объяснительной записки относительно общей задачи владѣнія видно, что уложеніе имѣетъ въ виду только владѣніе вещью. И дѣйствительно, уложеніе принципиально изъ отдѣла о владѣніи устраняетъ понятіе владѣнія правомъ.

„Мотивы“ къ проекту первой редакціи ²⁾ прямо заявляютъ: „исторія института владѣнія правомъ даетъ предостереженіе—правила относительно его отнюдь не заимствовать изъ положеній о владѣніи вещью, а изслѣдовать отдѣльно его юридическую природу“. Изслѣдуя эту особенную природу такъ назыв. владѣнія правомъ, составители проекта пришли къ заключенію, что это есть нѣчто совершенно отличное отъ владѣнія вещью, и главное отличіе заключается въ томъ, что владѣніе вещью есть нѣчто реальное, нѣчто такое, что законодатель находитъ въ дѣйствительной жизни, между

¹⁾ Ср. Bekker, въ Iherings Jahrbücher. Bd. 30, стр. 258 и слѣд., Ihering. ibid. Bd. 32, стр. 96.

²⁾ Materialien zum Entw. e. bürg. GB. Sachenrecht. Bd. I, стр. 476 и слѣд.

тѣмъ какъ владѣніе правомъ есть только искусственное созданіе положительнаго права (*eine künstliche Schöpfung des positiven Rechts*⁴⁾). Если владѣніе вещью защищается потому, что оно существуетъ, то, напротивъ, владѣніе правомъ существуетъ потому, что оно защищается. Безъ такой защиты владѣніе правомъ будетъ не какимъ либо реальнымъ отношеніемъ, а лишь неизмѣющимъ значенія мнѣніемъ лица о своемъ правѣ¹⁾.

Если, такимъ образомъ, самое понятіе владѣнія правомъ создается лишь защитой его въ нѣкоторыхъ случаяхъ, то тогда вопросъ ставится самъ собой о томъ, гдѣ же именно такая защита нужна. Довольно подробно изслѣдовавъ различные виды владѣнія правомъ, составители уложенія пришли къ тому заключенію, что многіе изъ тѣхъ случаевъ, гдѣ подобная потребность существуетъ и гдѣ еще римское право признавало *juris quasi possessio*, при новой постановкѣ владѣнія въ уложеніи, будутъ защищены уже какъ владѣніе самой вещью (напр., владѣніе пожизненнаго пользователя, наследственнаго арендатора и т. п.—см. ниже); въ другихъ случаяхъ, напротивъ, всякая посессорная защита излишня. Случаевъ, не охваченныхъ новымъ, болѣе широкимъ понятіемъ владѣнія и тѣмъ не менѣе нуждающихся въ посессорной защитѣ, составители проекта нашли только два—именно владѣніе сервитутами предѣльными и личными ограниченными,—и только здѣсь допустили они владѣльческую защиту (§ 1029 BGB.).

Такое почти полное исключеніе владѣнія правомъ изъ уложенія встрѣтило въ литературѣ горячихъ противниковъ, и, дѣйствительно, можно быть различнаго мнѣнія о юридической природѣ и необходимости этого понятія. Не желая поднимать здѣсь этого спора, мы ограничимся только заявленіемъ, что мы съ своей стороны и здѣсь вполне раздѣляемъ мнѣніе составителей, съ тѣмъ однако различіемъ, что и признаваемое уложеніемъ владѣніе сервитутами, какъ намъ кажется, слѣдуетъ считать не владѣніемъ правомъ, а владѣніемъ вещью. Владѣніе вещью, т. е., выражаясь опредѣленіемъ составителей, „*äusserliches Herrschaftsverhältniss der Person zur Sache*“—можетъ быть различнаго рода: оно можетъ быть владѣніемъ полнымъ и владѣніемъ ограниченнымъ извѣстнымъ какимъ-нибудь отношеніемъ. Владѣніе правомъ прохода или правомъ пастбы скота въ чужомъ

⁴⁾ Ср. также *Motive*, Bd. III, стр. 119—121.

имѣніи есть по своему существу такое же фактическое господство лица надъ вещью, какъ и владѣніе самымъ имѣніемъ; разница только въ объемѣ господства въ одномъ и другомъ случаѣ. Подобное господство есть въ такой же мѣрѣ реальное, данное самой жизнью, а не только созданное правомъ явленіе, какъ и владѣніе вещью вообще. Если же римскіе юристы и называли эти случаи—*juris quasi-possessio*, то это вытекало изъ чрезвычайной узости римскаго понятія юридическаго владѣнія; въ созданіи понятія *juris quasi-possessio* сказалась общая тенденція римскаго права—расширить первоначальныя рамки защищаемаго владѣнія. Институтъ *juris quasi-possessio* обязанъ своимъ происхожденіемъ не какой либо логической особенностью этихъ случаевъ, а той же самой исторической причинѣ, которая вызвала, напр., существованіе въ римскомъ правѣ загадочнаго такъ назыв. производнаго владѣнія.

Нужно однако сказать, что уложеніе не называетъ этихъ случаевъ владѣнія владѣніемъ правомъ (*Rechtsbesitz*); очевидно, только что высказанная нами мысль о характерѣ этого владѣнія, если прямо и не сознавалась составителями уложенія, то инстинктивно ими чувствовалась. Какъ бы то ни было, но при такой постановкѣ владѣнія правомъ, уложеніе несомнѣнно осталось вѣрнымъ себѣ въ этомъ спорномъ вопросѣ, осталось вѣрнымъ идеѣ обеспечивать общественный миръ охраной фактическихъ отношеній лицъ къ вещамъ.

III.

Ограничивъ такимъ образомъ понятіе владѣнія только владѣніемъ вещью, уложеніе затѣмъ въ этой сферѣ опредѣляетъ его чрезвычайно широко, принципиально отождествляя *possessio* съ *detentio*,—и поступаетъ такъ совершенно сознательно. „Предоставляя поссессорную защиту, говоритъ *Denkschrift*, безъ различія, локонтея-ли владѣніе на какомъ либо вещномъ или обязательственномъ правѣ, располагаетъ-ли владѣлецъ вещью, какъ ему принадлежащею или нѣтъ,—проектъ слѣдуетъ въ этомъ новѣйшимъ теченіямъ въ правѣ“.

И дѣйствительно § 854 говоритъ:

„Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache erworben“ (Владѣніе вещью приобрѣтается установленіемъ фактической власти надъ нею),

а § 856:

„Der Besitz wird dadurch beendigt, dass der Besitzer die thatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert“ (Владѣніе прекращается, если владѣлец фактическую власть надъ вещью оставляетъ или теряетъ какимъ либо инымъ образомъ).

Такимъ образомъ, существо владѣнія полагается единственно только въ фактической власти лица надъ вещью, во вѣдѣніи господствѣ надъ нею, или, выражаясь привычными терминами, для личности владѣнія оказывается необходимымъ только *corpus possessionis*; реквизитъ же *animus possessionis* совершенно оставленъ. О послѣднемъ еще упоминалось въ проектѣ I, но проектъ II его сознательно выбросилъ. „Какой либо воли, направленной на приобрѣтеніе владѣнія, говоритъ *Denkschrift*, проектъ не требуетъ. Необходимо принимать во вниманіе и такіе случаи, гдѣ вещь попала въ сферу господства лица („in den äusseren Machtbereich einer Person gelangt ist“) при такихъ условіяхъ, при которыхъ о волѣ къ приобрѣтенію не можетъ быть и рѣчи, но тѣмъ не менѣе существуетъ потребность въ защитѣ. Въ особенности это касается лицъ, неспособныхъ къ волѣ (дѣти, душевно-больные), которыя въ противномъ случаѣ оказались бы вовсе неспособными приобрѣтать владѣніе“.

Игнорируя совершенно *animus possidendi*, уложеніе чрезвычайно расширяетъ сферу владѣнія, расширяетъ даже на такіе случаи, гдѣ вещь безъ воли и вѣдома владѣльца попала въ область его господства, гдѣ мы будемъ имѣть, по выраженію *Ihering*'а простое „*Raumverhältniss*“—напр. случай, когда кто-либо всунулъ вещь мнѣ украдкой въ карманъ, или классическій случай римскихъ юристовъ „*si quis dormienti aliquid in manu ponat*“ (fr. 1. 3. D. 41. 2).

Этимъ, очевидно, уложеніе идетъ гораздо дальше многихъ изъ авторовъ, писавшихъ о владѣніи. *Degnburg* въ недавно вышедшемъ III томѣ своего Учебника новаго германскаго права¹⁾, обсуждая этотъ принципъ уложенія, замѣчаетъ: „Воля есть истинный творецъ владѣнія; тѣлесное отношеніе субъекта къ вещи можетъ быть только тѣмъ-то временнымъ и скоропреходящимъ; только воля превращаетъ его въ настоящее господство. Самъ *Ihering* признавалъ, что безъ воли не можетъ быть даже *detentio*, а будетъ лишь простое пространственное отношеніе, и вся его рѣзкая полемика сводилась

¹⁾ Das bürg. Recht des deutsch. Reichs. Bd. III. (1898) s. 53.

лишь къ тому, что нельзя на различіи въ этой волѣ стронуть различіе между владѣніемъ юридическимъ и *detentio*“.

Сообразно съ этимъ Dernburg во всѣхъ подобныхъ случаяхъ, гдѣ нѣтъ воли субъекта, признаетъ только „побочную форму владѣнія“ (*Nebenform des Besitzes*). „Настоящее владѣніе, говоритъ онъ, есть только тогда, когда къ фактическому господству приводить воля; только при такомъ владѣніи дѣйствуетъ римское правило „*animus retinetur possessio*“. Фактическое же господство безъ *animus* имѣетъ свое слабое мѣсто въ томъ, что (оно прекращается тотчасъ же, какъ только исчезло это господство. Собака, приблудившаяся въ нашъ дворъ и находящаяся въ немъ безъ нашего вѣдома, быть можетъ, находится въ нашемъ обладаніи, но это обладаніе прекращается тотчасъ же, какъ только она снова убѣжитъ. Напротивъ, если собака находится въ нашемъ настоящемъ владѣніи, то это владѣніе сохраняется, хотя бы собака и убѣгала по временамъ изъ нашего двора“.

Въ этомъ отношеніи различіе между обоими случаями владѣнія, безъ сомнѣнія, должно быть признано; тѣмъ не менѣе позицію, которую заняло уложеніе по отношенію къ этимъ случаямъ, мы можемъ признать только вполне правильной и вполне соответствующей основной идеѣ уложенія объ объективныхъ задачахъ юссессорной защиты. Для третьихъ лицъ должно быть безразлично, имѣетъ-ли лицо, въ сферѣ власти котораго вещь находится, *animus possidendi* или нѣтъ, и съ точки зрѣнія объективныхъ интересовъ гражданскаго порядка нарушеніе владѣнія безразлично въ обоихъ случаяхъ будетъ нарушеніемъ существующаго фактическаго состоянія нелегитимированнымъ къ тому произволомъ.

Такимъ образомъ, уложеніе до сихъ поръ остается только послѣдовательнымъ: изъ идея охраны общественнаго мира (*Rechtsfrieden*) дѣйствительно, по нашему мнѣнію, вытекаетъ необходимость охранять всякое фактическое отношеніе лицъ въ вещамъ отъ произвола и насилія, дѣйствительно вытекаетъ необходимость отбросить различіе между владѣніемъ защищаемымъ и незащищаемымъ, между *possessio* и *detentio*.

Однако, провозгласивъ общій принципъ, что защищается всякое владѣніе, что *possessio* = *detentio*, уложеніе устанавливаетъ затѣмъ двоякое отступленіе отъ этого правила: въ однихъ случаяхъ пользуются извѣстной защитой и лица, не имѣющія непосредственной

власти надъ вещью, въ другихъ, напротивъ, не защищаются лица, такую власть *de facto* имѣющія.

IV.

Что касается отступленія въ первомъ отношеніи, то § 868 говоритъ слѣдующее:

„Если кто-либо владѣетъ вещью, какъ пожизненный владѣлецъ, залогодержатель, арендаторъ, хранитель, или на основаніи иного подобнаго правоотношенія, въ силу котораго онъ имѣетъ право или обязанность по отношенію къ другому лицу владѣть, то и это другое лицо есть также владѣлецъ (посредственное владѣніе, *mittelbarer Besitz*)“.

Такимъ образомъ, на одну и ту же вещь въ случаяхъ подобнаго рода окажется, по крайней мѣрѣ, два владѣльца: одинъ—владѣлецъ непосредственный, т. е. лицо, въ чьемъ непосредственномъ фактическомъ обладаніи вещь находится (пожизненный владѣлецъ, арендаторъ и т. д.); другой—владѣлецъ посредственный (собственникъ), несмотря на то, что вещь въ области его господства не находится. Но можно себѣ представить и такіе случаи, гдѣ подобныхъ посредственныхъ владѣльцевъ окажется и нѣсколько (§ 871; напр., собственникъ—пожизненный владѣлецъ—залогодержатель—хранитель).

Идея посредственнаго владѣнія въ значительной степени является нововведеніемъ Германскаго уложенія. Вопросъ о теоретической и практической цѣлесообразности этого института былъ и въ литературѣ и въ самой комиссіи чрезвычайно спорнымъ. Многие ¹⁾ отрицали его теоретическую правильность, ибо еще римскіе юристы провозгласили правило, что *co-possessio plurimum in solidum* невозможно, что оно есть логическій абсурдъ. И въ самомъ дѣлѣ, на первый взглядъ институтъ посредственнаго владѣнія кажется противорѣчающимъ основной мысли уложенія, что владѣніе совпадаетъ съ фактическимъ господствомъ надъ вещью. Развѣ можетъ вещь находиться одновременно въ фактической власти двухъ, а тѣмъ болѣе нѣсколькихъ лицъ?

¹⁾ Напр., W end t. Archiv f. d. civ. Praxis. Bd. 87: R and a. Der Besitz. Vorwort z. d. 4-ten Aufl.

Римскимъ юристамъ это казалось немислимымъ—такъ же, какъ немислимо двумъ лицамъ сидѣть или стоять на одномъ и томъ же мѣстѣ ¹⁾. Однако такое матеріалистическое воззрѣніе при болѣе внимательномъ взглядѣ не можетъ быть признано согласнымъ съ дѣйствительными хозяйственными отношеніями.

Мое имѣніе находится въ пожизненномъ пользованіи или въ арендѣ у посторонняго лица; хотя *prima facie* фактическимъ господиномъ—и слѣдовательно владѣльцемъ—имѣніа является это постороннее лицо, тѣмъ не менѣе ошибочно было бы полагать, что этимъ устраняется уже всякое фактическое отношеніе къ имѣнію съ моей стороны. Я могу предпринимать въ немъ всякіе акты владѣнія, поскольку они не мѣшаютъ праву пожизн. владѣльца или арендатора.—напр., дѣлать съемку новаго плана, обсаживать деревьями дороги или межи и т. д. Подобно тому, какъ мое право собственности не погашается существованіемъ пожизненнаго пользованія и т. д. и оставляетъ мнѣ полную свободу для всѣхъ тѣхъ распоряженій, которыя этому пользованію не противорѣчатъ—такъ же точно стоитъ дѣло и относительно владѣнія. Въ моемъ имѣніи находится лѣсъ, эксплуатація котораго арендатору контрактомъ не предоставлена ²⁾: онъ можетъ пользоваться имъ лишь, напримѣръ, для пастьбы скота. Было бы неправильно думать, что я уже этимъ лѣсомъ, съ момента вступленія арендатора въ имѣніе, не владѣю; владѣемъ мы оба: и я, и арендаторъ, только одинъ изъ насъ не можетъ стѣснять другого: онъ можетъ пасти скотъ въ лѣсу, я могу собирать валежникъ или даже сдавать участки на срубъ. Отношенія здѣсь совершенно такіа же, какъ если бы кто-либо имѣлъ въ моемъ лѣсу сервитутъ пастьбы скота.

Не такъ ясно стоитъ дѣло по отношенію къ движимымъ вещамъ. Казалось бы, что ими-то можетъ владѣть во всякомъ случаѣ только одно лицо. Однако, и такое положеніе было бы невѣрно: и здѣсь истинныя хозяйственныя отношенія были бы принесены въ жертву доктринѣ. Я отдалъ вещь въ залогъ; владѣетъ, конечно, залогоприниматель, но и мое отношеніе къ заложенной вещи не вполнѣ

¹⁾ Fr. 3.5. D. 41. 2: „non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris“.

²⁾ Подобныя же отношенія возможны по уложенію и при узѣфруктѣ — ср. § 1030.

исчезло; залогодержатель владѣеть, конечно, для себя и въ своихъ интересахъ, но въ то же время черезъ него владѣю и я. Помѣщеніе вещи на храненіе есть несомнѣнно вмѣстѣ съ тѣмъ и одинъ изъ способовъ моего владѣнія. Напр., я отдаю документы или цѣнныя бумаги на храненіе въ банкъ: документы эти находятся въ фактической власти банка, но въ то же время нельзя сказать, чтобы не владѣли ими и я.

Поэтому можно только присоединиться къ мнѣнію составителей уложенія, которые въ Denkschrift (стр. 114) заявляютъ, что „практическія потребности вызываютъ необходимость, чтобы въ извѣстномъ объемѣ посессорная защита была предоставлена и тому лицу, которое во всякомъ случаѣ не совсѣмъ порвало свои фактическія отношенія къ вещи и которое проектъ называетъ поэтому посредственнымъ владѣльцемъ“.

Институтъ посредственнаго владѣнія съ теоретической точки зрѣнія отнюдь не представляетъ собою какого либо абсурда и отнюдь не противорѣчитъ ни основному принципу владѣнія, какъ онъ формулированъ уложеніемъ, ни дѣйствительнымъ житейскимъ отношеніемъ¹⁾. Спрашивается только, какъ же практически ставить этотъ институтъ уложеніе, въ какомъ размѣрѣ и при какихъ условіяхъ даетъ оно посессорную защиту посредственному владѣльцу?

§ 869 говоритъ: „Въ случаѣ запрещеннаго самоуправства противъ владѣльца и посредственный владѣлецъ имѣетъ притязанія, указанныя въ §§ 861, 862. Въ случаѣ захвата владѣнія посредственный владѣлецъ можетъ требовать возвращенія владѣнія владѣльцу прежнему (т. е. непосредственному); если же этотъ послѣдній вступить снова во владѣніе не хочетъ или не можетъ, то посредственный владѣлецъ можетъ требовать, чтобы владѣніе было возвращено ему самому“.

Разсмотримъ тѣ отношенія, которые создаются этимъ постановленіемъ между владѣльцами посредственнымъ и непосредственнымъ, съ одной стороны, и между владѣльцемъ посредственнымъ и третьими лицами, съ другой.

I. Отношенія между владѣльцами посредственнымъ и непосредственнымъ. Уложеніе въ отношеніи владѣнія вообще, прежде всего, въ довольно широкихъ размѣрахъ допускаетъ

¹⁾ Ср. Dernburg. Op. cit. стр. 47.

самозащиту. Приведенный § 869 о примѣненіи самозащиты въ сферѣ отношеній между обоими владѣльцами ничего не говоритъ, слѣдовательно, къ нимъ примѣняются общія правила § 859. На основаніи же этого послѣдняго параграфа защищаться противъ самоуправства собственной силой можетъ только „Besitzer“, т. е. владѣлецъ непосредственный. Въ сферѣ нашихъ отношеній положеніе дѣлъ сложится такъ: владѣлецъ непосредственный имѣетъ право самозащиты противъ хозяина, послѣдній же противъ него этого права ни при какихъ условіяхъ не имѣетъ. Если въ Римѣ, говоритъ *De n b u r g* ¹⁾, хозяинъ могъ во всякое время выгнать арендатора или квартиранта, то теперь—какъ разъ наоборотъ: арендаторъ и квартирантъ могутъ собственной силой прогнать хозяина, если бы онъ пожелалъ войти въ домъ, напр., съ цѣлью осмотра квартиры для ремонта или съ цѣлью показать квартиру новымъ нанимателямъ; положеніе хозяина не измѣнится даже въ случаѣ, если бы въ самомъ контрактѣ былъ подобный доступъ предусмотрѣнъ, ибо контрактъ имѣетъ значеніе для *petitorium*, а не для *possessorium*. Даже по окончаніи срока найма хозяинъ не можетъ собственной силой выдворить квартиранта и долженъ обратиться за этимъ къ судебной власти.

Не иначе стоитъ дѣло и относительно *поссessorныхъ исковъ*: владѣлецъ непосредственный, если самозащита не помогла, можетъ противъ хозяина предъявить искъ о нарушеніи владѣнія, послѣдній же противъ перваго—нѣтъ, и ни при какихъ условіяхъ. Такимъ образомъ, замѣчаетъ *Van da* ²⁾, хозяинъ передъ непосредственнымъ владѣльцемъ *поссessorно* оказывается совершенно беззащитнымъ.

Цѣлесообразна ли, въ самомъ дѣлѣ, подобная постановка отношеній? Составители уложенія полагали, что допущеніе самозащиты или *поссessorныхъ исковъ* противъ непосредственнаго владѣльца излишне: хозяина въ достаточной степени защищаетъ искъ изъ контракта ³⁾. Съ этимъ мнѣніемъ, однако, отнюдь нельзя согласиться.

Выше было указано, да и самими составителями уложенія было признано, что посредственный владѣлецъ не совсѣмъ утрачиваетъ свои фактическія отношенія къ вещи, что могутъ существовать и такіе акты владѣнія, которые онъ резервируетъ для себя. Соотвѣт-

¹⁾ Ibid., стр. 71—72.

²⁾ Der Besitz. Vorwort zu d. 4-ten Aufl.

³⁾ Denkschrift., стр. 114—115.

ственно этому для него существуетъ и интересъ въ томъ, чтобы этихъ актовъ непосредственный владѣлецъ себѣ не узурпировалъ, и чтобы онъ—хозяинъ—самъ могъ совершать ихъ безпрепятственно. Вспомнимъ приведенный выше примѣръ: я отдаю въ аренду имѣніе, не предоставивъ арендатору права эксплуатаціи находящагося въ немъ лѣса. Представимъ себѣ, что арендаторъ начинаетъ рубить этотъ лѣсъ. Для меня чрезвычайно важно приостановить—и возможно скорее—это истребленіе, и если законъ скажетъ мнѣ: у тебя для этого есть искъ изъ контракта, то это меня отнюдь не удовлетворитъ: искъ изъ контракта есть искъ обязательственный, въ силу котораго я могу требовать возмѣщенія моихъ убытковъ,—а что мнѣ въ этомъ правѣ, если лѣсъ вырубленъ, а арендаторъ окажется потомъ несостоятельнымъ!

Подобные же примѣры приводилъ и Strohhal в одной изъ статей, посвященныхъ критикѣ проекта¹⁾: арендаторъ начинаетъ ломать арендуемый домъ, рубить плодовый садъ, спускать прудъ и т. д.—и замѣчалъ: *ich kann hierin* (т. е. въ полной беззащитности хозяина) *nur einen zu den unerträglichsten Konsequenzen führenden Missgriff erblicken*“. Такъ же точно и Bekker считалъ необходимымъ предоставить и посредственному владѣльцу въ извѣстныхъ предѣлахъ поссessorную защиту²⁾.

Составители уложенія, однако, этимъ голосамъ не вняли. Возраженіемъ противъ подобнаго допущенія поссessorной защиты противъ непосредственнаго владѣльца могло явиться то соображеніе, что для опредѣленія границъ между владѣніемъ одного и другаго пришлось бы обращаться къ контракту и такимъ образомъ *possessorium* превращать въ *petitorium*. Однако, это соображеніе не можетъ быть признано рѣшающимъ. Во первыхъ, во многихъ случаяхъ обращеніе къ контракту для всякой поссessorной защиты неизбежно—напр. уже для рѣшенія вопроса о самой наличности посредственнаго владѣнія: что данное лицо есть посредственный владѣлецъ—этого изъ простыхъ фактовъ не усмотришь, такъ какъ вещь находится въ рукахъ другаго. Во вторыхъ, при нормальныхъ условіяхъ поссessorная защита въ этой сферѣ будетъ направлена лишь на охрану существовавшаго до сихъ поръ фактическаго отношенія владѣльцевъ къ вещи, что можетъ

¹⁾ Ihering's Jahrbücher. Bd. 29 (1889), стр. 277 и слѣд.

²⁾ Ihering's Jahrbücher. Bd. 34 (1894), стр. 69.

быть установлено и безъ помощи контракта. Что арендаторъ не долженъ рубить лѣсъ, которымъ онъ до сихъ поръ пользовался лишь для пастьбы скота, что онъ не можетъ ломать домъ или спускать прудъ,—это вытекаетъ лишь изъ идеи охраны существующихъ фактическихъ отношеній; если же при этомъ будутъ нарушены его особенныя права изъ контракта,—то ужъ именно онъ долженъ обратиться къ петиторному иску, а не хозяйнѣ.

Какъ бы то ни было, уложеніе, создавъ институтъ посредственнаго владѣнія, въ сферѣ отношеній между владѣльцами посредственнымъ и непосредственнымъ этого института практически ничѣмъ не проявилось: истиннымъ владѣльцемъ является только владѣлецъ непосредственный.

II. Разсмотримъ однако и другую сторону отношеній—отношенія посредственнаго владѣльца къ третьимъ лицамъ.

Права самозащиты посредственный владѣлецъ и противъ третьихъ лицъ не имѣетъ, какъ бы сильно дѣйствія этихъ лицъ ни нарушали его интересы. Коммиссія находила здѣсь вполне достаточными общія правила о самозащитѣ § 229 уложенія ¹⁾. И вообще запрещенное самоуправство (*verbotene Eigenmacht*) согласно § 870 возможно только по отношенію къ владѣльцу непосредственному.

Что же касается владѣльческихъ исковъ, то—согласно вышеприведенному § 869—они принадлежатъ и владѣльцу посредственному, разъ противъ непосредственнаго владѣльца совершенно запрещенное самоуправство. При этомъ, въ случаѣ отнятія владѣнія, владѣлецъ посредственный можетъ требовать, чтобы владѣніе было возвращено владѣльцу непосредственному (т. е., напримѣръ, арендатору), а если этотъ послѣдній получить владѣніе не хочетъ или не можетъ, то ему самому. Такимъ образомъ, владѣльческіе иски для посредственнаго владѣльца возможны лишь въ томъ случаѣ, если нарушеніе или отнятіе владѣнія носить характеръ запрещеннаго самоуправства по отношенію къ владѣльцу непосредственному; гдѣ этого нѣтъ, тамъ и иски невозможны. Запрещенность же самоуправства исключается явнымъ или молчаливымъ согласіемъ владѣльца непосредственнаго; значить, въ случаѣ соглашенія между третьимъ лицомъ и непосредственнымъ владѣльцемъ владѣлецъ по-

¹⁾ Denkschrift, стр. 115.

средственный окажется въ совершенно безпомощномъ положеніи. Такъ именно и заявляетъ *Denkschrift*: „иски по поводу запрещеннаго самоуправства и для посредственнаго владѣльца возможны, но лишь тогда, если непосредственный владѣлецъ безъ его воли былъ изъ владѣнія вытѣсненъ или во владѣніи стѣсненъ“.

Если мы представимъ себѣ конкретное примѣненіе этихъ правилъ, то мы сразу оцѣнимъ ихъ практическое достоинство. Въ приведенномъ выше примѣрѣ (отдачи имѣнія въ аренду безъ права эксплуатаціи лѣса) третье лицо начинаетъ хозяйничать въ лѣсу,— быть можетъ, безъ вѣдома арендатора, а, быть можетъ, и съ его согласія. Арендатора и его интересовъ подобное хозяйничанье вовсе не касается; по отношенію къ нему, слѣдовательно, это дѣяніе не составитъ запрещеннаго самоуправства, и собственникъ окажется въ невозможности воспользоваться скорой и упрощенной поссessorной защитой. Другіе примѣры: постороннее лицо по договору съ арендаторомъ (которому, положимъ, осталось всего нѣсколько дней до срока) выкапываетъ въ саду цѣнныя плодовые деревья, растаскиваетъ заборы и т. п. Коммиссія, очевидно, полагаала, что и здѣсь совершенно достаточенъ искъ противъ арендатора изъ контракта, но недостаточность такой защиты очевидна.

Уложеніе предоставляетъ посредственному владѣльцу искъ только на тотъ случай, если нарушеніе или захватъ владѣнія совершены противъ воли владѣльца непосредственнаго, и если этотъ послѣдній самъ предъявить иска не хочетъ или не можетъ. *Герингъ*¹⁾ по этому поводу замѣчаетъ, что здѣсь уложеніе оперируетъ съ отвлеченной возможностью, которой въ дѣйствительности опасаться совершенно нечего. Хотя *Герингъ* и не совѣмъ правъ, тѣмъ не менѣе онъ въ значительной степени правъ. Если нарушеніе или захватъ владѣнія произошли противъ воли непосредственнаго владѣльца, то несомнѣнно, что въ огромномъ большинствѣ случаевъ самъ же непосредственный владѣлецъ и предъявитъ владѣльческій искъ. Его нежеланіе воспользоваться поссessorной защитой мы можемъ себѣ представить лишь при самыхъ необычныхъ условіяхъ, а невозможность для него воспользоваться ею—лишь въ случаѣ болѣзни или продолжительнаго отсутствія.

¹⁾ *Der Besitzwille*, стр. 496.

Мы не станемъ утверждать вмѣстѣ съ Терингомъ, что эти послѣднія правила уложенія совершенно безсодержательны и излишни; но если мы сопоставимъ эти рѣдкіе случаи, гдѣ посредственное владѣніе защищается, со всѣми отмѣченными выше случаями, гдѣ потребность въ такой защитѣ особенно настоятельна, — то мы должны будемъ согласиться съ Терингомъ, что защищать посредственное владѣніе такъ, какъ защищаетъ уложеніе, значить защищать отъ укуловъ мухи и оставлять совершенно беззащитнымъ противъ укушеній скорпіона.

Создавъ новый институтъ посредственнаго владѣнія, уложеніе затѣмъ совершенно не подмѣтило, въ чемъ же выражаются оставшіяся за посредственнымъ владѣльцемъ фактическія отношенія къ вещи, и защищаетъ его лишь въ такихъ предѣлахъ, которые совершенно пропадаютъ въ огромной массѣ окружающаго ихъ пустаго пространства. И не далеко былъ отъ полной истины Терингъ, когда онъ говорилъ, что посредственное владѣніе уложенія есть нѣчто вродѣ *in rem jus quiritium* римскаго права, или, выражаясь словами Юстиніана, есть „*nomen, quod nihil ab aenigmate discrepat nec unquam videtur nec in rebus apparet*“¹⁾.

V.

Другое исключеніе изъ основнаго принципа уложенія *possessio=detentio* представляетъ § 855: „если кто либо осуществляетъ фактическую власть надъ вещью для другаго лица въ его домѣ или предпріятіи или въ иныхъ подобныхъ отношеніяхъ, при которыхъ онъ обязанъ слѣдовать указаніямъ этого послѣдняго относительно вещи, то владѣльцемъ считается только это другое лицо“.

Отступленіе, которое заключается въ этомъ параграфѣ, состоитъ въ томъ, что иногда *detentor* не считается *possessor*’омъ, несмотря на то, что реальная фактическая власть надъ вещью находится въ его рукахъ.

Интересна исторія этого постановленія. Въ проектѣ I этого исключенія вовсе не было; но послѣ обнародованія проекта критика съ особенной силой выдвинула именно этотъ пунктъ и требовала, чтобы при наличности извѣстныхъ правоотношеній былъ признанъ

¹⁾ Der Besitzwille, стр. 493.

владѣльцемъ только хозяинъ вещи. Представлялись примѣры,—одинъ остроумнѣе другаго,—которые должны были иллюстрировать тѣ смѣшныя и нелѣпыя положенія, въ какія при дѣйствіи противоположнаго проекта долженъ былъ бы неизбежно попадать хозяинъ даже въ своемъ собственномъ домѣ.

Господа отвели служанкѣ комнату для спанья; теперь эта комната понадобилась для другихъ цѣлей, и служанкѣ приказываютъ переселиться внизъ. Какъ быть въ случаѣ ея отказа: могутъ ли господа силой взять у нея ключъ или взломать замокъ? Нѣтъ, они будутъ виновны въ нарушеніи владѣнія! Господа возвращаются изъ путешествія: служанка запираетъ дверь квартиры передъ ихъ носомъ, и господа должны остаться на улицѣ! „Какая картина домашнихъ отношеній! восклицалъ Герингъ, приведя эти примѣры: господа, лишенные своего дома, безправные у своего собственнаго очага!“¹⁾ Изъ стада въ полѣ похищена овца: долженъ предъявлять владѣльческій искъ пастухъ, а не господинъ?! (Strohhal)²⁾ И т. д. и т. д. одинъ случай курьезнѣе другаго—„wahrhaft heitere Konsequenzen“ (Strohhal).

Подъ вліяніемъ этихъ „смѣшныхъ консеквенцій“ образовалось *communis opinio doctorum*, рѣдкое по своему единодушію, которое и вызвало уже въ проектѣ II упомянутый §. Дать владѣльческую защиту *detentor*’амъ этого рода не соответствовало бы житейскимъ отношеніемъ, заявляетъ при этомъ *Denkschrift*.

Обращаясь къ оцѣнкѣ этого отступленія, прежде всего приходится отмѣтить, что § 855 далеко не ясно ограничиваетъ тѣ отношенія, о которыхъ онъ говоритъ, и что между случаями § 855 и случаями посредственнаго владѣнія, о которыхъ мы раньше говорили, межа будетъ всегда спорной.

Вопросъ не будетъ возбуждать сомнѣній, напр., относительно владѣнія служанки посудой и пр., кучера—лошадью и упряжью, прикащика, сторожа, пастуха и т. д. по отношенію ко ввѣреннымъ имъ вещамъ. Здѣсь всё эти лица, очевидно, владѣютъ „для другаго“. Однако этого признака за критерій для § 855 мы все-таки взять не можемъ. Изъ числа случаевъ владѣнія только для другаго и только въ чужихъ интересахъ мы можемъ представить себѣ такіе

¹⁾ Der Besitzwille, стр. 503—504.

²⁾ Iherings Jahrbücher. Bd. 29, стр. 354.

случаи, гдѣ примѣненіе § 855 также не соответствовало бы „житейскимъ отношеніямъ“. Напр., я сдаю пріятелю, ѣдущему въ Женеву, часы для отдачи ихъ тамъ въ починку, или на время моего путешествія сдаю кому либо мои вещи на сохраненіе. Здѣсь, очевидно, владѣльцемъ долженъ быть признанъ пріятель или хранитель. Ели критерій, поэтому, заключается не во владѣніи „для другаго“, то, можетъ быть, онъ усматривается въ служебныхъ отношеніяхъ? Тоже ибѣтъ: прикащикъ, посланный мною на далекий востокъ, будетъ, безъ сомнѣнія, владѣльцемъ порученныхъ ему товаровъ и т. п. Съ другой стороны, иногда мы должны будемъ признать только *detentio*, хотя такихъ служебныхъ отношеній и ибѣтъ: напр. въ моемъ домѣ хозяйничаетъ изъ дружбы ко мнѣ моя сестра. Взять за критерій домъ, хозяйство (*Haushalt, Erwerbsgeschäft*)—опять такъ нельзя по той простой причинѣ, что служанка, кучеръ и т. п. всегда имѣютъ и свои вещи: неужели они, вступая на службу, лишаются своего владѣнія ими? Съ другой стороны, и внѣ дома возможны отношенія подобнаго рода между совершенно неподчиненными людьми: напр. вы даете въ вагонѣ сосѣду вашу путеводитель, въ театрѣ—бинокль и т. д. Оказывается, что нужно принимать во вниманіе и прочность, продолжительность отношеній.

Мы привели въ послѣдовательномъ порядкѣ ходъ мыслей одного изъ авторовъ, пытавшихся уже дать догматическое изложеніе нашего вопроса (*Stgohal*)¹⁾. По нашему мнѣнію, уже приведенное изложеніе въ достаточной степени показываетъ, въ какое затруднительное положеніе попадетъ практика при примѣненіи § 855. Дербургъ²⁾ думаетъ, что лучшимъ критеріемъ является признакъ „внѣшнимъ образомъ замѣтныхъ отношеній зависимости“ („*äusserlich erkennbare Abhängigkeitsverhältnisse*“). Въ протоколахъ коммисіи выдвигалась, какъ признакъ отношеній, неподходящихъ подъ § 855, возможность *retentio* для фактическаго владѣльца: есть *jus retentio-nis*—мы будемъ имѣть непосредственнаго владѣльца § 868, ибѣтъ его—только *detentor*'а. Мы думаемъ однако, что ближайшая провѣрка обнаружитъ бы недостаточность и этихъ признаковъ.

Для насъ, однако, этотъ пунктъ (неопредѣленность § 855) представляетъ только второстепенный интересъ; намъ хотѣлось бы обра-

¹⁾ Iherings Jahrbücher. 1898. „Der Sachbesitz“.

²⁾ Op. cit., стр. 48.

тить больше вниманіе на другую сторону вопроса: какую юридическую нормировку даетъ этимъ отношеніямъ новый Германскій кодексъ?

Во первыхъ, что касается посессорныхъ исковъ, то въ случаѣ нарушенія или отнятія владѣнія слуга, прикащикъ и т. д. предъявлять ихъ ни при какихъ условіяхъ не могутъ. Значитъ, напр., въ случаѣ болѣзни или болѣе или менѣе продолжительнаго отсутствія хозяевъ (уѣхали на лѣто) вещи, остающіяся въ квартирѣ, будутъ вовсе лишены посессорной охраны. Не слишкомъ ли далеко зашло уложеніе въ такомъ отрицаніи владѣнія за лицами подобнаго рода? Что проиграло бы оно, если бы въ такихъ случаяхъ предоставило имъ право предъявлять искъ для защиты оставшихся на ихъ попеченіи вещей? Въ отсутствіи хозяевъ кто либо начинаеть выламывать двери и окна въ квартирѣ, выносить мебель и т. д. Соответствуетъ ли тѣмъ же самымъ житейскимъ потребностямъ, которыя послужили поводомъ для самаго созданія § 855, то, что прислуга или сторожъ въ этихъ случаяхъ должны лишь безпомощно взирать на проеходящее въ квартирѣ мародерство! *Strohhal*, какъ мы только что видѣли, считаетъ нужнымъ признать самостоятельнымъ владѣльцемъ прикащика, посланнаго на далекій востокъ; но не то же ли самое мы будемъ имѣть и въ противоположномъ примѣрѣ, когда самъ хозяинъ уѣхалъ на этотъ Востокъ?

Иначе поступаетъ уложеніе по отношенію къ самозащитѣ. § 860 опредѣляетъ: „осуществить принадлежащія владѣльцу на основаніи § 859 права (т. е. право защиты владѣнія собственною силой) можетъ и то лицо, которое владѣетъ для другаго на основаніи § 855“.

Такимъ образомъ, защищать собственнымъ кулакомъ владѣніе, ему не принадлежащее, можетъ и слуга, и прикащикъ. Но ему принадлежитъ только „осуществленіе“ права самозащиты, и изъ этого выводять, что противъ хозяина такого права у него нѣтъ, межъ тѣмъ какъ хозяинъ противъ него можетъ пользоваться силой въ полной мѣрѣ, можетъ по своему усмотрѣнію отнимать у него вещи, врываться въ его комнату и вовсе изъ нея выгонять и т. д.¹⁾ Это должно соответствовать, по увѣренію *Denkschrift*, современнымъ общественнымъ отношеніямъ и современной *aequitas*.

¹⁾ Ср. *Denburg. Op. cit.*, стр. 71.

Всмотримся же ближе въ картину современныхъ житейскихъ отношеній, какъ ее рисуеть уложеніе, проанализируемъ эту современную *aequitas*.

Представимъ себѣ современный домъ. Въ домѣ находятся, во первыхъ, хозяинъ его и глава, и, во вторыхъ, различныя лица: дѣти, родственники, свойственники, воспитанники, друзья, прислуга и пр. (беремъ перечисленіе Дернбурга)¹⁾. Каково положеніе ихъ по отношенію къ домовозяину?

Оставимъ въ сторонѣ ихъ отношеніе къ своимъ собственнымъ вещамъ: не подлежитъ сомнѣнію, что уложеніе, создавая § 855, не хотѣло лишить всѣхъ этихъ лицъ самостоятельнаго права владѣнія собственными вещами²⁾, хотя презумпція будетъ всегда говорить противъ нихъ и въ пользу владѣнія хозяина, и хотя на практикѣ во многихъ случаяхъ опровергнуть эту презумпцію можно будетъ только доказательствомъ права собственности, т. е. не въ поссесорномъ, а лишь въ петиторномъ порядкѣ. Положимъ, что практика изъ всѣхъ этихъ затрудненій такъ или иначе выпутается. Но во всѣхъ остальныхъ отношеніяхъ положеніе этихъ лицъ передъ домовладкой удивительно безправно. Вспомнимъ тѣ случаи, которые приводилъ Герингъ для иллюстраціи безпомощнаго положенія хозяевъ, если бы не было этого § 855, и постараемся взглянуть на нихъ съ обратной стороны.

Нелѣзно, конечно, положеніе хозяевъ, передъ носомъ которыхъ служанка захлопнула дверь; но мы можемъ утѣшиться тѣмъ, что мы имѣемъ здѣсь дѣло лишь съ абстрактной возможностью, которая въ дѣйствительности едва ли когда встрѣчается. Насколько краспорѣчиво нападалъ Герингъ на составителей уложенія за оперированіе съ такою абстрактной возможностью въ другихъ случаяхъ, настолько краспорѣчиво оперируетъ ею здѣсь онъ самъ. Но съ другой стороны, предоставляя хозяину въ случаѣ упорства служанки возможность взломать замокъ въ ея комнатѣ, мы этимъ самымъ отрываемъ широкій

¹⁾ *Op. cit.*, стр. 48.

²⁾ *Strohhal. Phering's Jahrbücher*. 1898. *Der Sachbesitz*, стр. 10. Ср. также *Endemann*. Отрицая какъ бы территориальное господство хозяина дома, онъ, однако, вѣдѣвъ за этимъ заявленіемъ принужденъ признать, по крайней мѣрѣ, нѣкоторое значеніе и за этимъ территориальнымъ господствомъ, — ср. примѣчаніе 8 на той же стр. и стр. 157.

просторъ для всевозможныхъ злоупотребленій со стороны хозяина, а эти злоупотребленія властью, какъ показываетъ дѣйствительная жизнь, къ сожалѣнію, далеко не абстрактная только возможность. Желая оградить хозяина отъ упорства прислуги, § 855 предоставляетъ ему право въ любой моментъ врываться въ ея комнату, силой отнимать у нея вещи, и даже выбрасывать ее (и въ дождь, и въ снѣгъ, и днемъ, и ночью) на улицу. Малѣйшее сопротивленіе съ ея стороны будетъ нарушеніемъ хозяйскаго владѣнія квартирой или вещами, будетъ „запрещеннымъ самоуправством“.

При такихъ условіяхъ картина современныхъ домашнихъ отношеній, какъ они рисуются по уложенію, представляется, очевидно, весьма непривлекательною. Въ домѣ царитъ домовладыка, и всѣ живущіе въ домѣ передъ нимъ безправны. Врываться насильно (быть можетъ, съ нечистыми намѣреніями) въ комнату служанки—это хозяину не запрещается; а если служанка запретъ передъ его носомъ дверь своей комнаты,—это будетъ запрещенное самоуправство, нарушеніе владѣнія! Очевидно—широкій просторъ для всевозможныхъ проявленій хозяйскаго „права“, съ одной стороны, и почти полная беззащитность—съ другой.

Можно себѣ представить, какъ Іерингъ, который былъ недостижимымъ мастеромъ въ доведеніи той или другой ошибочной мысли до всевозможныхъ „heitere Konsequenzen“, изобразилъ бы здѣсь обратную сторону медали, если бы только онъ ее замѣтилъ. Но именно то и характерно, что и онъ и другіе были слишкомъ заняты отыскиваніемъ этихъ смѣшныхъ консеквенцій, чтобы замѣтить и противоположныя, уже не смѣшныя, а прямо печальныя. Имѣя въ виду исключительно интересы хозяина, они возвели въ законодательный идеаль „домъ“ нашего замоскворѣцкаго Тита Титыча.

Такая картина домашнихъ отношеній, быть можетъ, и соответствуетъ „житейскимъ отношеніямъ“ въ томъ смыслѣ, что такъ дѣйствительно сплошь и рядомъ бываетъ, но она несомнѣнно не соответствуетъ ни современной *aequitas*, ни современнымъ представленіямъ объ уваженіи къ чужой личности, хотя бы это была и прислуга. Даже несомнѣнному собственнику законъ запрещаетъ отнимать силою свои вещи у несомнѣннаго же вора (кромѣ нѣкоторыхъ случаевъ). Почему? Изъ уваженія къ общественному порядку и къ человѣческой личности *in abstracto*. А развѣ личность прислуги заслуживаетъ меньшаго уваженія, чѣмъ личность вора?

Мораль, которую усвоило уложение въ этомъ случаѣ, есть мораль мелкаго бюргера-лавочника, а не мораль истинно интеллигентнаго человѣка. Мы не сомнѣваемся, что интеллигентному человѣку, проникнутому чувствомъ деликатности къ личности, какъ таковой, никогда не придетъ въ голову не только врываться въ комнату служанки или захватывать ея вещи, но даже и вырвать силой свою собственную вещь у нея изъ рукъ. Конечно, отъ этого могутъ иногда пострадать его имущественные интересы (отходящая служанка собирается унести съ собой и нѣкоторыя вещи хозяйна), но для огражденія ихъ совершенно достаточно тотъ общій порядокъ, который уложение устанавливаетъ въ своихъ общихъ правилахъ о необходимомъ самоуправствѣ (§ 229—см. ниже).

На основаніи всего этого приходится, какъ намъ кажется, признать, что правило § 855 уложения и съ юридической, и съ нравственной точки зрѣнія нельзя назвать удачнымъ. Мы не беремъ на себя задачи конструктивной, т. е., разрѣшенія вопроса, какъ же быть,—но кое-какія положенія уже сами собой напрашиваются изъ того, что сказано.

Если само уложение признало цѣлесообразнымъ дать всеѣмъ этимъ лицамъ право защиты своей *detentio* отъ посягательствъ со стороны третьихъ лицъ; если, какъ мы видѣли выше, при извѣстныхъ условіяхъ такъ же цѣлесообразно предоставить имъ и право предъявлять посессорныя иски; если, наконецъ, нецѣлесообразно лишать ихъ права самозащиты противъ самого хозяйна,—то отсюда вытекаетъ, что и ихъ слѣдуетъ признать юридическими владѣльцами. Но, съ другой стороны, это не значитъ, что *eo ipso* мы должны лишить владѣльческихъ правъ хозяйна. И опъ остается владѣльцемъ, и, такимъ образомъ, мы получимъ отношенія, совершенно аналогичныя отношеніямъ § 868, т. е. отношеніямъ при владѣніи посредственнымъ и непосредственнымъ. Они и въ дѣйствительности аналогичны, чѣмъ и объясняется отмѣченная выше трудность отдѣлить одни отъ другихъ.

Уложение не должно было дѣлать въ § 855 слишкомъ поспѣшное исключеніе изъ § 868, а подробнѣе и основательнѣе изслѣдовать вообще отношенія въ случаяхъ подобной *compossessio*. Этотъ вопросъ получилъ себѣ въ уложеніи только принципиальное признаніе, но далеко не получилъ полнаго и всесторонняго разрѣшенія. Подготовить такое разрѣшеніе должно составить задачу послѣдующей юридической

литературы, хотя она, без сомнѣнія, натолкнется здѣсь на немалое количество всевозможныхъ трудностей.

VI.

Слѣдующимъ сомнительнымъ пунктомъ уложенія является на нашъ взглядъ общій характеръ поссессорной защиты.

Для защиты владѣнія уложеніе предлагаетъ владѣльцу два пути: во первыхъ, путь защиты собственною силою, и во вторыхъ, путь судебный, т. е. владѣльческіе искы.

А) § 859 говоритъ слѣдующее: „Владѣлецъ можетъ силою противиться самоуправству. Въ случаѣ самоуправнаго захвата движимой вещи владѣлецъ можетъ силою отнять ее назадъ, если онъ застигнетъ виновника на мѣстѣ или настигнетъ во время преслѣдованія. Въ случаѣ самоуправнаго захвата владѣнія недвижимостью владѣлецъ можетъ тотчасъ же послѣ захвата овладѣть ею снова, собственною силою удаливъ виновника“.

На первый взглядъ можетъ, пожалуй, показаться, что приведенный § 859 выражаетъ въ спеціальному примѣненіи лишь общій принципъ о необходимой самозащитѣ („*vim vi repellere licet*“). Однако, это первое впечатлѣніе совершенно ошибочно; § 859 умышленно отступаетъ здѣсь отъ общихъ положеній о самозащитѣ и необходимомъ самоуправствѣ.

Эти общія положенія изложены въ общей части уложенія (§ 226—231) и исходятъ изъ того принципа, что каждый членъ современнаго общества не долженъ осуществлять и защищать свои права собственною силою, что возстановленіе и защита правъ есть дѣло государства ¹⁾. Только въ крайнихъ, строго опредѣленныхъ, случаяхъ лицу предоставляется охранять свои интересы собственною силою, и указанные §§ 226—231 именно и посвящены опредѣленію этихъ исключительныхъ случаевъ. Изъ этихъ параграфовъ особенное значеніе имѣетъ для насъ § 229, который говоритъ, что отнятіе вещи собственною силою не будетъ запрещеннымъ самоуправствомъ лишь тогда, если правительственной защиты своевременно получить нельзя, а между тѣмъ отъ промедленія интересы лица могутъ существенно пострадать. Характерно затѣмъ еще положеніе § 230, который го-

¹⁾ Ср. Ріанск. Комент., стр. 276.

ворить, что самозащита не должна идти далѣе того, что нужно для отвращенія опасности.

Если теперь мы сравнимъ эти правила съ положеніями § 859, то безъ труда увидимъ, что эти послѣднія идутъ гораздо дальше первыхъ ¹⁾.

Abs. 1 говоритъ, правда, просто, что владѣлецъ можетъ сией отражать посягательства на его владѣніе; но Abs. 2 позволяетъ ему отнять вещь силой у нарушителя на мѣстѣ или во время преслѣдованія, а Abs. 3—возстановить владѣніе недвижимостью непосредственно послѣ захвата. Въ обоихъ послѣднихъ случаяхъ, очевидно, мы имѣемъ дѣло уже не съ самообороной, а съ возстановленіемъ своихъ правъ, причеиъ, однако, объ ограничительныхъ условіяхъ § 229 уже вовсе нѣтъ рѣчи.

У меня со двора пѣкто взялъ топоръ подѣ (основательнымъ или неосновательнымъ) предложомъ, что этотъ топоръ принадлежитъ ему. Если этотъ „пѣкто“ есть, положимъ, крестьянинъ той же деревни, домовладѣлецъ того же города и т. д., если, словомъ, для меня нѣтъ никакихъ опасеній относительно возможности получить этотъ топоръ обратно судебнымъ порядкомъ, то по § 229 я не могу нагнать захватчика на улицѣ и силой отнять у него топоръ. Напротивъ, § 859 развязываетъ мнѣ на этотъ счетъ руки вполне: догоняй и отнимай.

Сосѣдъ при постановкѣ поваго забора захватилъ часть моего двора. Хотя здѣсь уже и вовсе не можетъ быть никакого сомнѣнія, что я и по суду получу эту полосу земли *in natura*, тѣмъ не менѣе: ломай и разорай... И т. д. и т. д.

Мы не знаемъ и не можемъ себѣ представить, какими мотивами могло быть вызвано подобное отступленіе отъ общихъ принциповъ спеціально въ отношеніи владѣнія; но что оно противно характеру современнаго общежитія и современнаго государства, это, какъ намъ кажется, не подлежитъ сомнѣнію. Почему государство разпущиваетъ здѣсь личную силу, межъ тѣмъ какъ въ другихъ случаяхъ оно старательно вводитъ ее въ опредѣленные, узкія границы?

Совершенно справедливо замѣчаетъ по этому поводу Дернбургъ, что такая свобода несетъ съ собою опасность множить споры

¹⁾ Ср. E n d e m a n n. Op. cit., стр. 170.

и драки¹⁾. Такъ же справедливо отмѣчаетъ онъ при этомъ соответствующія правила Прусскаго земскаго уложенія, въ силу которыхъ самозащита и для владѣльца допускалась лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда правительственная защита пришла бы слишкомъ поздно. Новое общегерманское уложеніе шагнуло по сравненію съ Preuss. Landrecht далеко, — только не впередъ, а назадъ.

Б) Кромѣ защиты собственною силой уложеніе даетъ владѣльцу, конечно, и possessорныя искы (о возвращеніи владѣнія § 861 и о прекращеніи нарушенія § 862). Однако, эти искы исключаются „если владѣніе истца или его предшественника по отношенію къ отвѣтчику было порочно и было пріобрѣтено въ теченіе одного года назадъ“ (§ 861; ср. аналогичное правило § 862).

Другими словами, противъ владѣльческаго иска допускается такъ называемая *exceptio vitiosae possessionis*. Положеніе это Strohal иллюстрируетъ слѣдующимъ примѣромъ²⁾.

У крестьянина А его сосѣдь В самовольно захватилъ двухъ быковъ съ цѣлью обезпеченія какой либо претензіи. Черезъ нѣсколько дней А видитъ ихъ пасущимися въ полѣ и пользуется этимъ случаемъ, чтобы возвратитъ ихъ себѣ. В предъявляетъ искъ о возстановленіи владѣнія, но А можетъ противопоставитъ ему возраженіе, что владѣніе его (истца) было по отношенію къ нему (отвѣтчику) порочнымъ, что оно было пріобрѣтено отъ него путемъ самоуправства. Выражаясь конкретнѣе, лицо, у котораго было самовольно отнято владѣніе, можетъ самовольно же возвратитъ его себѣ, лишь бы это было сдѣлано въ теченіе 1 года.

Сопоставимъ теперъ это положеніе съ вышеприведеннымъ § 859 Abs. 2, гдѣ говорилось, что владѣлецъ можетъ отнять вещь у захватчика лишь на мѣстѣ преступленія или во время преслѣдованія. Какой же смыслъ могло имѣть это послѣднее ограниченіе, разъ на основаніи § 861 тоже самое возможно въ теченіе цѣлаго слѣдующаго года?!

Допуская *exceptio vitiosae possessionis*, составители уложенія руководились отчасти примѣромъ другихъ законодательствъ, отчасти

¹⁾ Op. cit., стр. 69: „Das legt freilich die Gefahr von Privatfehden in aufgeregten Zeiten sehr nahe“. Ср. Endemann. I. cit.: „Damit wird ein volles Recht zum Angriff und Eingriff gegeben“.

²⁾ Ihering's Jahrb. 1898 г., стр. 129.

тѣмъ соображеніемъ, что насиліе со стороны перваго владѣльца здѣсь не создаетъ новаго правонарушенія, а лишь возстановляетъ прежнее состояніе. „Сила, которая только беретъ назадъ то, что у нея было отнято, говорить *Vergründung*¹⁾, не создаетъ состоянія, противнаго праву, какъ первое населеніе; она, въ крайнемъ случаѣ, лишь нарушаетъ публичное право; но тогда это дѣло публичнаго права указать ей должныя границы путемъ наложенія уголовныхъ взысканій“.

Еще римское право, создавъ эту *exceptio vitiosae possessionis*. при *interdictum de vi* отъ этой *exceptio* однако отказалось. Больше въ этомъ направленіи сдѣлало средневѣковое право, которое установило принципъ, что во всѣхъ случаяхъ захвата прежде всякаго судебного разбора владѣніе должно быть возстановлено („*spoliatus ante omnia restituendus est*“). Такимъ образомъ, правовая практика человечества, къ которой составители уложенія въ другихъ случаяхъ старались прислушиваться, давала имъ весьма недвусмысленное указаніе на то, въ какомъ духѣ должно совершаться дальнѣйшее развитіе права въ этомъ вопросѣ. Тѣмъ не менѣе составители кодекса поступили иначе. „*Exceptio spoli*, завляютъ *Motive*, проектомъ не принята, потому что въ настоящее время насилія не такъ часты, чтобы бороться противъ нихъ нужно было еще путемъ исключительныхъ гражданско-правовыхъ предписаній“.

Аргументація эта производитъ чрезвычайно странное впечатлѣніе. Во первыхъ, въ вопросѣ о допущеніи *exceptio vitiosae possessionis*, очевидно, идетъ рѣчь не о томъ, чтобы противъ насильника устанавливать какія либо особыя ограничительныя правила, а напротивъ,—о томъ, чтобы дать ему диспенсацію отъ общихъ правилъ о непозволительности возстановленія своихъ правъ силой, диспенсацію отъ того принципа, который уложеніе формулировало въ своихъ §§ 229 и 230. А для этого, очевидно, надо было доказать причины, почему силѣ здѣсь долженъ быть предоставленъ большій просторъ, чѣмъ обыкновенно. Во вторыхъ, мотивы полагаютъ, что насилія въ настоящее время не такъ часты. Очень можетъ быть; но всякій законъ, безъ сомнѣнія, оказываетъ извѣстное воспитательное вліяніе на общество, и всегда имѣетъ значеніе тотъ *modus vivendi*, который законъ обществу рекомендуетъ. Что же рекомендуетъ уложеніе своимъ клиен-

¹⁾ *Vd.* III, стр. 458. Тоже самое повторяютъ и *Motive*, III, стр. 124.

тамъ? Оно не говорить: не насильничай, разъ у тебя есть законная защита судебной власти. а, напротивъ: дѣйствуй во всю, ломай, разоряй, захватывай и т. д., только старайся сдѣлать это половичье, чтобы не попасться въ руки сердитаго уголовного закона. Гражданское уложеніе, такимъ образомъ, входитъ въ роль маменьки, готовой допустить и драку между дѣтьми, лишь бы только дѣло не кончилось синяками и разбитыми носами, которые вызовутъ юрисдикцію менѣе покладистаго папеньки.

Допущеніе *exceptio vitiosae possessionis* въ критической литературѣ проектов встрѣтило многочисленныхъ противниковъ (Bähr, Wendt, Gierke, Reatz, Cosack), которые все, въ большей или меньшей степени, находили, что этимъ на дѣлѣй годъ узаконяется между сторонами кулачное право. Въ самомъ дѣлѣ, если даже предоставленіе бывшему владѣльцу права отнимать свою вещь у захватчика во время преслѣдованія, безъ общихъ ограниченій § 229, вызываетъ справедливыя опасенія, то тѣмъ болѣе эти опасенія законны здѣсь, гдѣ подобное непорядочное положеніе вещей удлинняется на цѣлѣй годъ.

И если мы припомнимъ, что эпиграфомъ къ отдѣлу о владѣніи уложеніе выставило слово „*Rechtsfrieden*“, то послѣ всего этого этотъ эпиграфъ долженъ показаться насмѣшкой!

Постановка possessорной защиты въ уложеніи не можетъ не производить тяжелаго впечатлѣнія: оно гораздо больше говорить о силѣ, чѣмъ это вообще прилично праву. Слова „*Selbstschutz*“, „*wiederbemächtigen*“, „*entsetzen*“ и т. п. слышатся въ немъ гораздо чаще, чѣмъ мы могли бы ожидать отъ закона, предназначеннаго регулировать жизнь культурнаго и граждански-воспитаннаго общества.

Если судить объ обществѣ по дѣйствующему въ немъ праву, то мы должны были бы заключить, что общество, для котораго предназначено Германское уложеніе и которое его создало, болѣе дезорганизовано и обладаетъ болѣе грубыми нравами, чѣмъ, напр., общество Прусскаго Земскаго уложенія, общества времени *actio spoli* и даже общества древняго Рима, ибо ни одно изъ нихъ не предоставляло такого широкаго простора собственной силѣ, какъ новое Германское уложеніе.

Есть ли это ошибка составителей кодекса, не умѣвшихъ подслухать истинное настроеніе своего народа, или же это специфическое настроеніе Германскаго общества, или же, наконецъ, это „признаеъ

времени“, общій для всего цивилизованнаго міра къ концу XIX столѣтія,—судить не станемъ. Во всякомъ случаѣ пужно пожелать, чтобы всякое новое законодательство, которому выпадеть на долю та же задача, ошибокъ Германскаго уложенія не повторило.

И. Покровскій.

СПбГУ