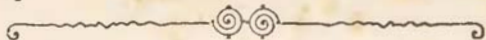


Проф. С. П. Никоновъ.



Actio Spolii.

СЛОВО

ХАРЬ



КОВЪ.

ТИПОГРАФІЯ „ПЕЧАТНИКЪ”

ПЕТРОВСКІЙ ПЕР. № 9.

1908.

ОГЛАВЛЕНИЕ.



Страницы.

Введение **I—IV**

Часть I-я.

Борьба против *vis* въ римскомъ правѣ.

Interdicta de vi преторскаго права; роль ихъ въ правѣ и условія примѣненія. Черты отличія *int. de vi* отъ *int. de vi armata* **1—15**

Interdicta de vi въ императорскомъ процессу extra ordinem; объединеніе обоихъ видовъ интердиктовъ въ понятіи *actio ex causa unde vi*. Наличность *possessio*, какъ условіе примѣненія этой *actio*. *Actio momenti*. Мнѣнія нѣкоторыхъ юристовъ о ея существованіи и условіяхъ примѣненіи въ римскомъ правѣ. Критика этого ученія Брунсомъ. Специальные законы (съ Константина), изданные въ цѣляхъ борьбы противъ *violentia*. L. 7 Cod. unde vi 8.4 и его вліяніе на практику *unde vi* **16—38**

Защита владѣнія въ эпоху ранняго средне-вѣковья на Западѣ; законы противъ *privata violentia* въ эдиктѣ Теодориха, *lex Romana Visigothorum*, *lex romana Burgundiorum*: дальнѣйшее ослабленіе романистическихъ идей борьбы противъ *vis* и замѣна ихъ идеями германскаго обычнаго права въ послѣдующихъ законодательныхъ сборникахъ и юридическихъ памятникахъ ранняго средне-вѣковья **38—51**

Борьба противъ vis въ средніе вѣка. Союзы защиты мира. Господство кулачнаго права въ феодальной Европѣ; потребность общества въ «правомъ преобразованіи самозащиты». Борьба за право;

ея первые проблески на югѣ Франціи, по инициативѣ духовенства. *Treugaе Dei*. Защита владѣнія лишь въ видѣ общаго положенія объ охранѣ *status quo* отъ насилій 51—66

Часть II-я.

Remedium spoliі, его возникновеніе.

Возникновеніе защиты имущественнаго *status quo* на югѣ Франціи съ половины IX вѣка, по мысли духовенства, путемъ подлоговъ и фальсификацій древнихъ церковныхъ правилъ. *Remedium spoliі*; условія его примѣненія по Лже—Исидоровымъ Декреталіямъ 69—82

Remedium spoliі за время до Граціана. Время признанія папами *remedium'a spoliі* изъ Лже—Исидоровыхъ Декреталій. Условія примѣненія *remedium'a spoliі* по папекимъ посланіямъ IX—XII вѣковъ 82—98

Расширеніе области примѣненія remedium'a spoliі съ XII вѣка; exceptio spoliі. Расширеніе круга лицъ, защищаемыхъ этимъ *remedium'омъ* вопреки ученію *ad hoc* Граціана. Распространительное примѣненіе первыми канонистами *remedium'a spoliі*. Выдѣленіе *exceptio* и *actio spoliі* изъ стараго *officiū'a iudicis*. *Exceptio spoliі* ея возникновеніе и условія примѣненія. Роль папъ Григорія IX и Иннокентія IV въ дѣлѣ развитія института *exc. spoliі*. Причины, вызвавшія созданіе *exc. spoliі* 98—129

Condictio ex canone Redintegranda. Признаніе канонистами необходимости защиты споліатовъ исковымъ путемъ, въ цѣляхъ возстановленія ихъ имущественнаго *stātus quo ante*; постепенное вытѣненіе ими въ этихъ цѣляхъ *condictio ex can. Redintegranda*. Отличительныя особенности послѣдней и условія ея примѣненія по ученію канонистовъ. Враждебное отношеніе папъ къ новому иску; канонъ *saere Contingit*. Роль этого канона въ правѣ

по толкованіямъ канонистовъ. Причины изданія папой Иннокентіемъ III канона Saepe Contingit. Роль и значеніе *condictio ex can. Redintegranda* (позднѣе а. *spolii*) въ практикѣ и теоріи защиты владѣнія; ученія юристовъ *ad hoc*, ея отличія отъ *int. unde vi* 129—180

Часть III-я.

Actio spolii въ свѣтскомъ правѣ.

Actio spolii у Глоссаторовъ и Лекторовъ; сравнительно позднѣйшая и слабая разработка *cond. ex c. Redintegranda* свѣтскими юристами—романистами, которыми не выработано ничего новаго здѣсь сравнительно съ канонистами и практикой церковныхъ судовъ 180—189

Actio spolii въ Итальянскомъ правѣ. Борьба законодателя противъ *privata violentia* въ стату-тахъ съ XII вѣка; условія и порядокъ примѣненія здѣсь *condictio ex c. Redintegranda*. Рецепція правилъ послѣдней въ *Codice Albertino* и въ дѣйствующее гражданское право Италіи 180—206

Actio spolii въ Французскомъ правѣ. Борьба противъ *vis* въ древне Нормандскомъ обычномъ правѣ, Рецепція *condictio ex can. Redint.* въ *Etablissements de st. Louis* и въ обычное право Франціи съ XIII вѣка. Ученіе Бомануара объ искахъ о защитѣ владѣнія; объединеніе имъ подъ однимъ наименованіемъ а. *de nouvelle dessaisine* двухъ различныхъ исковъ, именно: 1) а. *de nouvelle dessaisine* и 2) иска изъ *can. Redintegranda*. Дальнѣйшая рецепція послѣдняго французскимъ правомъ. Отношеніе *Code civil* и современной юриспруденціи во Франціи къ практическому примѣненію а. *spolii* . 206—232

Actio spolii въ Германскомъ правѣ. Рецепція здѣсь правилъ о *remedium'ѣ spolii* съ 13 вѣка. Ихъ рецепція *in pleno* изъ Италіи и процвѣтаніе въ правѣ и практикѣ позднѣйшаго времени. Ре-

цепція основних положеній а. spoliі въ Австрійскомъ гражданскомъ кодексеѣ и въ новомъ Германскомъ Уложеніи **233—263**

Русское право. Скудость указаній въ древнихъ нашихъ источникахъ права на существованіе защиты владѣнія. Законодательные акты Екатерины II въ области защиты владѣнія и позднѣйшіе указы ад hoc. Защита владѣнія по нашимъ старымъ законамъ о судопроизводствѣ гражданскомъ (т. X ч. II св. закон); ея сходство съ правилами а. spoliі. Защита владѣнія по дѣйствующему праву. Понятіе у насъ юридически защищаемаго владѣнія и основанія его защиты. Иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія и условія ихъ примѣненія. Черты сходства съ а. spoliі **263—300**

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Condictio ex canone Redintegranda, получившая позднѣе наименованіе actio spoliі, представляетъ собою очень оригинальное явленіе какъ съ точки зрѣнія своего развитія, такъ равно отношенія къ ней законодательства, юристовъ и судебной практики.

До послѣдняго времени, главнымъ образомъ благодаря авторитетному мнѣнію Савиньи (Savigny—Das Recht des Besitzes § 50), въ юридической литературѣ продолжаетъ существовать воззрѣніе на а. spoliі, какъ на „расширенный“ интердиктъ Unde vi, какъ на искъ, возникшій путемъ простаго расширенія области и условій примѣненія этого римскаго средства possessорной защиты, благодаря главнымъ образомъ слабымъ знаніямъ римскаго права средневѣковыми юристами—канонистами и ихъ неумѣнію оперировать съ правилами послѣдняго о защитѣ владѣнія.

Уже въ сочиненіи своемъ „Развитіе защиты владѣнія въ средневѣковой Европѣ“,—выясняя роль и значеніе actio spoliі среди другихъ извѣстныхъ тогда способовъ защиты владѣнія, я стремился отгѣнить какъ самостоятельность происхожденія этого иска, такъ и то крупное, а со временемъ и господствующее значеніе, какое онъ имѣлъ, начиная съ XIV вѣка, въ свѣтскомъ правѣ Запада среди остальныхъ многочисленныхъ способовъ защиты владѣнія.

Задачей настоящей работы является дальнѣйшее и болѣе подробное изученіе этого института права, какъ съ точки зрѣнія его историческаго развитія, такъ равно и вліянія на современныя правила защиты владѣнія Итальянскаго Французскаго Нѣмецкаго и нашего правъ. Въ этомъ отношеніи мы видимъ, что средневѣковые юристы, реципируя римскія средства possessорной защиты, сами признавали, что церковь *рядомъ* съ ихъ дѣятельностью въ области созданія новаго права, заботясь объ охранѣ епископовъ противъ насильниковъ, изобрѣла своеобразный способъ защиты, только *похожей* по цѣлямъ и задачамъ своимъ на римскія рекупера-

торныя средства. Это—церковное *remedium spoli*, которое сперва было экстраординарнымъ средствомъ защиты, въ видѣ *officium'a judicis*, ни *некомъ*, ни *exceptio* въ собственномъ смыслѣ, постепенно, въ теченіи ряда вѣковъ, трудами не законодателей, а главнымъ образомъ юристовъ—канонистовъ, развилось въ институтъ частнаго права, вѣрнѣе въ два института—*некъ* и *exceptio*. Съ этого времени *a. spoli*, получивъ самостоятельное существованіе, была разработана канонистами и легистами на началахъ не только интердиктовъ и *нековъ de dolo* и *quod metus causa*, но равно подъ значительнымъ воздѣйствіемъ правилъ германскаго права. При этомъ новый искъ сталъ съ успѣхомъ примѣняться *рядомъ* съ *Unde vi*, и конкурируя съ послѣднимъ. Въѣтъ съ тѣмъ однако *Unde vi* всюду изучался и канонистами, и легистами обособленно отъ *a. spoli*, причѣмъ большинствомъ ихъ ясно сознавалось различіе въ самой природѣ обоихъ *нековъ*. Словомъ, необходимо прійти къ тому неизбѣжному, съ исторической точки зрѣнія, выводу что *a. spoli* не является никоимъ образомъ простой модификаціей *Unde vi*. Ядро этого института взято изъ другого, не римскаго права, разработано опъ на началахъ каноническаго и германскаго правъ, лишь по римскимъ образцамъ. Какъ *поссessorный искъ*, *a. spoli* есть *specificum* среднихъ вѣковъ, ихъ дѣтище, вызванное къ жизни соціально-экономическими условіями, а не *рецепціей* нормъ римскаго права, при томъ разившееся удивительно своеобразнымъ образомъ, безъ санкціи законодателя, первое время даже вопреки его желанію, благодаря совмѣстной дѣятельности юристовъ—канонистовъ и судебной практики того времени.

Начиная съ XII вѣка въ Италіи и Франціи и съ XIII в. въ Германіи, *a. spoli* получаетъ права гражданства, путемъ *рецепціи*, въ свѣтскомъ правѣ и практикѣ, постепенно захватывая все большую область для своего примѣненія. Картина эта мѣняется лишь, начиная съ конца 18 вѣка во Франціи, гдѣ подъ влияніемъ усилившейся *рецепціи* римскаго права и юристы и практика стали критически относиться къ *a. spoli* и менѣе выдвигать ее среди другихъ чисто римскихъ средствъ возстановленія, нарушеннаго владѣнія. Code

Napoleon какъ и Code de la procédure civile довели здѣсь дѣло до полного умолчанія о réintégrande въ правилахъ своихъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, и только юристы и судебная практика позднѣйшаго времени воскресили вновь этотъ искъ для юридическаго быта Франціи, правда, въ крайне урѣзанномъ видѣ и во многомъ уподобленнымъ римскому Unde vi.

Итальянское право, реципировавшее себѣ Code Napoléon почти—что in pleno, не рѣшилось окончательно порвать съ а. spoliі, стремясь лишь уподобить ее римскому иску Unde vi. Но и здѣсь въ защиту а. spoliі выступили современные юристы и практика, которымъ за позднѣйшее время и удалось, до известной степени, сохранить самостоятельность а. spoliі для дѣйствующаго нынѣ положительнаго права.

Инымъ было отношеніе къ а. spoliі нѣмецкаго права. Начиная съ XIII вѣка здѣсь наблюдается постепенно все увеличивающаяся въ объемѣ реценція правилъ каноническаго права о restitutio spoliatorum въ цѣляхъ борьбы противъ насилія и самоуправства. Даже возникшее, начиная съ 17 вѣка, среди романистовъ враждебное отношеніе къ а. spoliі оказало слабое вліяніе на законодательство и судебную практику, въ которыхъ и въ настоящее время по прежнему мы замѣчаемъ ясно выраженную реценцію правилъ каноническаго а. spoliі, хотя и не въ чистомъ ея видѣ, а съ значительными измѣненіями. Последнихъ и должно было ожидать, въ виду колоссально измѣнившихся условій жизни въ современномъ западно-европейскомъ обществѣ, гдѣ спокойное обладаніе индивида его благими является несравненно болѣе упроченнымъ влѣдетвіе укрьпившихся началъ общественности, уваженія къ ближнему и его интересамъ и стремленія всего общества, не только власти, къ поддержанію и охранѣ земскаго мира. Однако *ядро*, основныя начала а. spoliі продолжаютъ свое бытіе и до настоящаго времени въ законодательствахъ Запада. Конечно, самое наименованіе а. spoliі теперь уже не существуетъ; но и послѣ перемѣны имени мы всюду встрѣчаемся здѣсь со старымъ знакомымъ, наружность котораго, правда, во многомъ измѣнилась, но внутреннія черты и свойства остались прежними.

Даже у насъ, начиная съ Екатерины II, получили права гражданства такія правила о защитѣ владѣнія, которыя удивительно схожи съ положеніями *ad hoc* канонической *a. spoli*. Это тѣмъ болѣе представляется интереснымъ, что мы не имѣемъ положительныхъ данныхъ, основываясь на которыхъ, можно было бы доказать фактъ *непосредственной* рецепціи *a. spoli* въ наше право; но во всякомъ случаѣ мы еще разъ видимъ здѣсь, какъ одинаковыя причины влекутъ за собою и одинаковыя послѣдствія въ области развитія права. Во всякомъ случаѣ существующія въ настоящее время юридическія и соціальныя условія русской жизни не на столько еще ясны и опредѣленны, чтобы законодатель не стремился у насъ къ настоящему проведенію въ поссессорномъ процессѣ стараго правила времени господства кулачнаго права—*spoliatus ante omnia restituendus*,—какъ залога возможности мирнаго культурнаго развитія общественной жизни....

г. Харьковъ. 2 Декабря 1908 г.

ЧАСТЬ I-я.

Борьба противъ *vis* въ римскомъ правѣ.

Interdicta de vi преторскаго права.

Римскіе преторы, заботясь по преимуществу объ охраненіи общественнаго мира отъ злой воли гражданъ, въ чемъ бы или какимъ образомъ послѣдняя не проявлялась, обратили между прочимъ свое вниманіе на нежелательное во всякомъ гражданскомъ обществѣ явленіе, когда «земскій миръ» въ странѣ (*pac publica*) нарушался насильственными дѣйствіями надъ личностью или имуществомъ гражданъ. Въ цѣляхъ борьбы противъ этого нестроенія ими былъ созданъ цѣлый рядъ исковъ и интердиктовъ, среди которыхъ особенно рельефно на первый планъ выступаютъ *interdicta de vi*, —именно *interd. de vi (non armata)* и *int. de vi armata*.

Формулы интердиктовъ этихъ, пережившія въ исторіи своего развитія рядъ измѣненій ¹⁾, въ реконструкціи ихъ Леллемъ гласили: во времена Цицерона—для *interd. de vi (non armata)*:

«Unde tu, aut familia, aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius in hoc anno vi deiecisti, cum ille possideret, quod nec vi nec clam, nec precario a te possideret, eo restituas».

И для времени Сальвія Юліана (*edictum perpetuum*):

«Unde in hoc anno tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, cum ille possideret, quod nec vi nec clam, nec precario a te possideret, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit, restituas» (*Lenel*—Das Edictum perpetuum p. 371, 373).

¹⁾ Объ этомъ см. *Ubbelohde*—Die Besitzinterdicte 1896 стр. 3 слѣд., 138 слѣд.

Текстъ формулы *int. de vi armata* во времена Цицерона былъ таковъ:

«Unde tu aut familia aut procurator tuus illum vi hominibus coactis, armatisve deieicisti, eo restituas».

Или, въ *edictum perpetuum* Сальвия Юлиана:

«Unde tu illum vi hominibus coactis armatisve deieicisti aut familia tua deieicit, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit, restituas» (*Lenel—cit p. 375*).

Вызванные къ жизни въ качествѣ мѣръ охраны общественнаго порядка противъ случаевъ насильственнаго изгнанія изъ владѣнія недвижимостями, эти интердикты прежде всего имѣли цѣлью своего примѣненія наказаніе насильника за его поступокъ, служа лишь вмѣстѣ съ тѣмъ и для защиты владѣльца. Только постепенно въ *int. de vi* этотъ уголовный ихъ элементъ началъ отходить на задній планъ, и они стали все болѣе приобретать характеръ средствъ частно-правной защиты владѣнія. Впрочемъ эта черта ихъ природы особенно рельефно выѣнилась не ранѣе времени классическихъ римскихъ юристовъ; причемъ однако *interdicta de vi* никогда и познѣе не теряли окончательно своей деликтной природы.

Въ подтвержденіе послѣдней говорить уже одно то обстоятельство, что римскіе юристы сами всегда квалифицировали какъ *delictum* дѣятельность насильника. 1) Еще рельефнѣе выступаютъ эти деликтныя черты изъ опредѣленія понятія пассивнаго субъекта этихъ интердиктовъ.— „*hoc interdictum ad recipendam possessionem introductum est*“ говоритъ Ульпіанъ 2) Исходя изъ этого правила, слѣдовало бы ждать, что условіемъ *legitimatіo passiva* при *int. de vi* должно быть владѣніе отнятой вещью, подобно тому какъ это требовалось при соответствующемъ петиторномъ искѣ (т. е. при *rei vindicatio*).

1) См. напр. Gai IV. 155 „*propter atrocitatem delicti*“ fr. 1 § 43 Dig. de vi 43. 16 (Ulpianus)—„*atrocitas facinoris*“; fr. 19 Dig. h. t. (Triphoniuss)—*ex ipso tempore delicti*.

2) Fr. 1 § 1 Dig. h. t. 43, 16; тоже у Gai IV. 154.

Однако при *interd. de vi* отвѣтчикомъ являлся именно субъектъ, виновный въ совершеніи *vis*, тотъ кто отнялъ объектъ, причѣмъ было совершенно безразлично, владѣль онъ или нѣтъ отнятымъ имуществомъ ко времени предъявленія интердикта. Насильникъ отвѣчалъ при этомъ даже въ томъ случаѣ, если и никогда не имѣлъ въ своемъ владѣніи отнятаго имъ имущества ¹⁾.

Равнымъ образомъ деликтнымъ характеромъ разсматриваемыхъ интердиктовъ объясняется и то, что а) по нимъ въ равной степени съ насильниками отвѣчали ихъ подстрекатели; ²⁾ б), что наследники насильника отвѣчали по *a. in factum ex causa interdicti de vi* только въ размѣрѣ ихъ обогащенія по смерти насильника (*quod ad eos pervenit*), т. е. въ размѣрѣ, какъ по общимъ правиламъ отвѣчали наследники за *delicta* наследодателя ³⁾. Въ тоже время могло быть, что не отвѣчалъ по этимъ интердиктамъ владѣлецъ спорной недвижимости, именно въ томъ случаѣ, если *не онъ* былъ насильникомъ; не отвѣчалъ при этомъ даже въ томъ случаѣ если приобрѣлъ самое имущество отъ насильника, зная о фактѣ *vis*. (Fr. 7 Dig. 43. 16; fr. 3 § 10 Dig. uti possid. 43. 17).

Необходимымъ условіемъ примѣненія этихъ интердиктовъ являлась наличность непосредственнаго насилія противъ лица, благодаря которому наступила утрата владѣнія вопреки волѣ не то владѣльца (*vis atrox*).

Существенное отличіе *int. de vi armata* отъ *int. de vi (non armata)* заключалось въ особенной квалификаціи этой *vis atrox*, какъ условія допущенія того или другого интердикта; именно при *int. de vi armata* предполагалась всегда со стороны насильника „*dejectio hominibus coactis armatis-ve*“, т. е. непосредственное участіе въ *dejectio* нѣсколькихъ

¹⁾ Fr. 1 § 26, 42, fr. 15 Dig. h. t. 43. 16; fr. 4 § 22 Dig. de usurpat. 41, 3.

²⁾ Fr. 1 § 4, fr. 3 § 10 Dig. h. t. 43, 16.

³⁾ Fr. 1 § 48, fr. 2, 3 pr. § 1 fr. 9 pr. Dig. 43. 16; cp. fr. 5 pr. Dig. de calumn. 3. 6, fr. 35 Dig. de. O. et A. 44. 7; см. F. Regelsberger—*Der gerichtliche Besitzschutz nach dem B. G. B.*—въ Festgabe für die juristische Facultät zu Giessen 1907. SS. 261 fg. Sokolowski—*Die Philosophie im Privatrechte B. II* 1907. SS. 90 fg. 101 fg.

лицъ, изъ которыхъ хотя бы иѣкоторые имѣли при себѣ оружіе или иные предметы, пригодные для причиненія пмѣтѣлеснаго поврежденія въ качествѣ орудій нападенія. 1)

Такъ называемая *vis armata* была квалифицированнымъ деликтомъ противъ общественнаго порядка—*vis publica* (ср. § 6 in fin. Instit. de interd. 4 16), который дозволялось преслѣдовать при всякихъ обстоятельствахъ. Поэтому, напр., не обращалось при немъ никакого вниманія на особенныя отношенія между сторонами; благодаря чему, онъ имѣлъ примѣненіе между родителями и ихъ дѣтьми, вольноотпущенными и ихъ патронами (гдѣ *int. de vi von armata* не имѣлъ мѣста.—См. fr. 1 § 43 Dig. h. t. 43. 16. См. *Sokolowski*—cit. S. 102).

Примѣнялись оба эти интердикта лишь въ случаяхъ *dejectio* владѣльца *недвижимаго* имущества (fr. 1 §§ 3—8 Dig. h. t.; Paulus V, 6 § 5). Относительно же движимостей интердикты эти могли имѣть мѣсто только когда эти вещи были уничтожены или испорчены при изгнаніи владѣльца изъ его *недвижимаго* имущества (fr. 1 §§ 6, 32—38 Dig. h. t.). Въ случаѣ же примѣненія *vis atrox* въ отношеніи къ движимостямъ, какъ таковымъ, непосредственно, *interd. de vi* не имѣли мѣста. Въ такихъ случаяхъ потерпѣвшимъ давались искъ иного рода. Ульпіанъ указываетъ въ этомъ отношеніи на примѣненіе къ движимостямъ другихъ средствъ защиты, а именно, въ случаяхъ отнятія въ цѣляхъ ихъ присвоенія—искъ *ex causa furti*, 2) а равно *a. vi bonorum raptorum* и *actio ad exhibendum*.

Fr. 1 § 6 Dig. h. t.—Ulpianus: «Illud utique ad res mobiles non pertinere: nam ex causa furti vel vi bonorum raptorum actio competit: potest et ad exhibendum agi. Plane si quae res sint in fundo vel in aedibus, unde quis de-

1) Fr. 3 §§ 2—11 Dig. h. t.; Cicero. Pro Caecina 21. 60; L. 9 Dig. ad leg. Jul. 48. 6; Gai Institut. IV, § 155 in fin. и др. См. Ubbelohde—cit. стр. 148 слѣд.

2) Savigny—cit. стр. 440 прим. 3—безъ достаточнаго основанія исключаетъ здѣсь послѣдній искъ.

jectus est, etiam earum nomine interdictum competere non est ambigendum». 1)

Что касается субъективных условий применения интердиктов *de vi*, то здесь прежде всего в отношении активного субъекта иска слѣдует отмѣтить, что не имѣло никакого значенія, былъ ли *deiectus* собственникомъ имущества, которымъ онъ владѣлъ, или нѣтъ 2).

Требовалось при этомъ лишь одно, именно, наличие владѣнія (*possessio*) у потерпѣвшаго въ моментъ насильственного отнятія у него имущества. Въ пользу этого между прочимъ говоритъ прямое указаніе Цицерона, касательно *int. de vi non armata*, что еще ранѣе его времени (*apud maiores*) и при немъ признавалось необходимымъ условіемъ применимости этого средства возстановленія владѣнія указаніе въ текстѣ формулы на наличие владѣнія за *deiectus* въ моментъ насильственного отнятія у него имущества «*cum ille possideret*».

Cicero pro Tullio 19, 44—: «*Fuit illud interdictum apud maiores nostros de vi, quod hodie quoque est: Unde tu aut familia tua aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratortem illius in hoc anno vi deiecasti. Deinde additur illius jam haec causa, qui cum agitur: quum ille possideret et hoc amplius: quod nec vi nec clam nec precario possideret*».

Это же правило и позднѣе было признано юристами императорскаго періода.

L. 1. § 23 Dig. h. t. «*Interdictum autem hoc nulli competit, nisi ei qui tunc, cum deiceretur, possidebat, nec alius deieci visus est, quam qui possidet*» 3).

Относительно *interd. de vi armata* мы имѣемъ указанія Гаия, что въ его время (при Маркѣ Аврелии) отъ *deiectus* требовалась наличие владѣнія *possessio* въ моментъ применения *vis*.

1) О применении здесь противъ *vi clam precario possidens* интердикта *utrobi* см. *Ubbelohde—cit.* стр. 575 слѣд.

2) fr. 8 Dig. h. t.—*Paulus.*—*Fulcinus* (юристъ I вѣка по Р. Хр.) *dicebat vi possideri, quotiens vel non dominus cum tamen possideret, vi deiectus est.*“ *Ср. Ubbelohde—cit.* s. 17.

3) Касательно невѣрнаго толкованія этого мѣста у *Keller-Semestrium ad M Tullium Ciceronem libri sex Vol I* p. 313 см. *Ubbelohde cit.* s. 17.

Излагая въ §§ 154 слѣд. IV книги Институцій правила касательно примѣненія *int. de vi* въ случаяхъ насильственнаго стнятія у лица имущества, находившагося въ его *владѣніи* (*possessio*), Гай отмѣчаетъ лишь то одно отличие въ послѣдствіяхъ примѣненія *vis armata* отъ *vis non armata*, что въ первомъ случаѣ возстановляется владѣніе даже лицу, владѣвшему *vi clam precario ab adversario*, чего не допускалось при *vis non armata*.

Gai Instit IV 154. «*Reciperandae possessionis causa solet interdictum dari, si quis ex possessione vi dejectus sit; nam ei proponitur interdictum, cujus principium est: Unde tu illum vi deiecesti, per quod is, qui deiecit, cogitur ei restituere possessionem, si modo is, qui dejectus est, nec vi nec clam nec precario (ab eo) possederit—cum qui a me vi aut clam aut precario possidet, impune deicio*». § 155. «*Interdum tamen et si eum vi deiecerim, qui a me vi aut clam aut precario possederit, cogor ei restituere possessionem, veluti si armis eum vi deiecerim; nam propter atrocitatem delicti in tantum patior actionem, ut omni modo debeam ei restituere possessionem*»... (Ср. впрочемъ толкованіе этого мѣста у Sokolowski—*cit.* S. 117 fg.).

Равнымъ образомъ и позднѣе цѣлый рядъ римскихъ юристовъ,—каковы: Ульпіанъ, (fr. 3 §§ 7, 8, 3 *Dig. h. t.*), Помпоній (fr. 14 *Dig. h. t.*), Павелъ (*Sent. recep. V, VI, 4*), указываютъ, что *int. de vi armata* примѣнялся для возстановленія нарушеннаго владѣнія. Но таково ли было правило ранне Гая, приблизительно около времени Цицерона, ближе къ моменту созданія *int. de vi armata*, это спорно въ литературѣ.

Слѣдуетъ указать, что въ литературѣ предмета, большинство писателей, начиная съ Савиньи, являются сторонниками положенія, что *int. de vi armata*, какъ и *de vi non armata* примѣнялись лишь въ защиту владѣльцевъ, а не простыхъ держателей ¹⁾.

¹⁾ См. Savigny—*cit.* § 40; Bruns—*Das Recht des Besitzes* стр. 62; Scialoia—*Delle azioni possessorie* p. 371; Alibrandi—*Teoria del possesso nel diritto romano*; Meischeider—*cit.* S. 452 fg.; Ubbelohde—*cit.* S. 163 и друг.

Однако до настоящаго времени имѣется не мало авторовъ, высказавшихъ противоположное мнѣніе, т. е. признающихъ, что *possessio* не является необходимымъ условіемъ примѣненія этого interdикта лицомъ, потерпѣвшимъ отъ вооруженнаго насилія. Такъ еще Куяцій указывалъ, что въ числѣ спорныхъ вопросовъ въ ученіи объ interdиктѣ *de vi*—«*hoc una est, quod interdictum de vi armata datur, non tamen possessori, qui dejectus est, sed etiam non possessori, qui in fundo erat tunc cum deiectus est*» (*Cujacii—Opera* vol. IV p. 652).

Однимъ изъ первыхъ сторонниковъ такого мнѣнія былъ *Menochius*. (*Menochii—De recuperandae possessionis Remed.* 1 п. 2), допускавшій примѣненіе *int. de vi armata* «*ad quemlibet sive possidet, sive non possidet*»¹⁾.

Оба противоположныя мнѣнія эти основываются на толкованіи рѣчи Цицерона про *Caecina*, по дѣлу, возникшему при слѣдующихъ обстоятельствахъ:

М. Фульциній замѣнилъ полученную имъ за женой Цезенній сумму денегъ своимъ земельнымъ участкомъ въ окрестностяхъ Тарквиній, передавъ его въ собственность жены (*permutatio dotis*). Позднѣе онъ приобрѣлъ уже въ личную собственность расположенные рядомъ съ этой землей участки, а затѣмъ умеръ. Согласно сдѣланному имъ завѣщанію наслѣдникомъ былъ назначенъ сынъ его тоже М. Фульциній а мать послѣдняго *Caesennia* въ силу *legatum ususfructus* получила право совместнаго со своимъ сыномъ пользованія наслѣдственнымъ имуществомъ (*Cic, pro Caecina* 4, 10 sq.). Скоро умеръ и младшій Фульциній, оставивъ по себѣ наслѣдство Р. *Caesennius*'у и легаты—своей жены и матери Цезенній (послѣдней большую часть своего имущества). Для удобства раздѣла между этими тремя лицами было рѣшено продать съ аукціона наслѣдственное имущество. При этомъ Цезеннія рѣшила приобрести себѣ съ аукціона въ собственность

¹⁾ Изъ новыхъ писателей того же возрѣнія придерживаются между прочимъ: Appleton—*De la possession* § 175 p. 168; Руджери (*Ruggieri—Del possesso* § 112); Дерубургъ (*Deruburg—Pandecten* § 188 № 2); Баронъ (*Baron—Geschichte des römischen Rechts* § 106); Бюгли—*Ueber Cicero's Rede für A. Caecina* 1906 SS. 42—57.

земельный участок, лежащий рядомъ съ собственнымъ и до той поры находившійся въ ея *ususfructus*. Совершить сдѣлку (покупку съ аукціона) Цезеннія поручила нѣкоему Эбуцію. Послѣдній это порученіе Цезенній выполнилъ и приобрѣлъ имѣніе съ аукціона отъ завѣдывающаго послѣднимъ банкира S. Clodius (Cic. pro Caec. 10, 27), при томъ, какъ увѣряетъ Цицеронъ, за счетъ Цезенній. Была ли при этомъ совершена формальная продажа участка Эбуцію или его довѣрительницѣ,—этого изъ дѣла не видно. Цицеронъ заявляетъ, впрочемъ, что деньги были черезъ Эбуція выплачены за покупку Клодію; послѣ чего Цезеннія фактически овладѣла (*possedit*) участкомъ и сдала его въ аренду (Cic. pro Caec. 6, 17 ср. 7.19). Вскорѣ послѣ того Цезеннія вышла замужъ за А. Цецина, который получилъ послѣ ея смерти въ наслѣдство почти все ея имущество, именно $\frac{60}{72}$; остальные же доли наслѣдства получили вольноотпущенникъ перваго мужа покойной M. Fulcinius ($\frac{2}{72}$) и $\frac{1}{72}$ наслѣдства Эбуцій (Pro Caec. 6, 17 *in fine*). Этотъ послѣдній, очевидно недовольный своей долей наслѣдства, заявилъ Цецингъ, что купленный имъ, Эбуціемъ, четыре года тому назадъ, съ аукціона земельный участокъ изъ наслѣдственной массы послѣ младшаго Фульцинія, онъ купилъ себѣ въ собственность, а что Цезеннія имѣла на этотъ участокъ только *usufructus* по легату ея перваго мужа (Pro Caec. 7, 19 *in fin*). Въ виду такого заявленія Эбуція Цецина, по совѣту известнаго юриста Г. Аквилія (*ibid.* 32, 95), рѣшилъ начать *rei vindicatio* противъ Эбуція по поводу этого спорнаго участка, и уговорился съ Эбуціемъ въ условленное ими время сойтись на этомъ участкѣ, чтобы выполнить *deductio moribus*. Однако, когда Цецина сталъ подходить съ этой цѣлью вмѣстѣ съ небольшимъ числомъ пріятелей къ границамъ спорнаго участка, то по дорогѣ узналъ, что Эбуцій съ цѣлой компаніей вооруженныхъ людей сторожитъ границы этого участка, не желая и близко подпустить къ нему Цецину. Скоро и самъ Эбуцій предупредилъ своего противника, чтобы тотъ подъ угрозой смерти не смѣлъ подходить къ участку. (Pro Caec. 7, 20; Ср. *Ubbelohde*—*cit.* стр. 166 и пр. 59). Цецина однако, не смотря на это, пытался съ разныхъ сто-

ронъ пробиться на спорный участокъ, что ему не удалось сдѣлать, благодаря бдительности Эбуція. Мало того, въ концѣ концовъ послѣдній приказалъ своимъ рабамъ напасть съ обнаженными оружіемъ на Цецину съ его свитой; такъ что послѣднимъ поспѣшнымъ бѣгствомъ съ трудомъ лишь удалось спастись отъ серьезной опасности (Cic. 8, 21; 10, 26). Выбравшись съ грѣхомъ—пополамъ изъ такой печальной авантюры, Цецина возбудилъ противъ Эбуція передъ преторомъ П. Долабеллой интердиктъ *de vi armata*, который явился теперь, въ спонсіонномъ порядкѣ, предметомъ разбирательства передъ *recuperatores* (*Pro Caec.* 8, 23).

Отвѣчая на судѣ своему противнику, Эбуцій не оспариваетъ предъявленнаго противъ него обвиненія въ совершеніи насильственныхъ поступковъ; онъ заявляетъ лишь, что въ данномъ случаѣ Цецина не имѣетъ права на защиту путемъ *int. de vi armata*, такъ какъ онъ не былъ фактически въ такомъ положеніи, чтобы его можно было изгнать изъ спорнаго имущества, т. е. не былъ владѣльцемъ послѣдняго, и что онъ, Эбуцій, лишь не пустилъ Цецину стать владѣльцемъ спорнаго участка.

Цицеронъ, защитникъ интересовъ Цецины, не соглашаясь съ этимъ заявленіемъ Эбуція, утверждаетъ между прочимъ, что для примѣненія *int. de vi armata* не требуется непременно, чтобы потерпѣвшій былъ владѣльцемъ (*possessor*) въ моментъ изгнанія его *vi* съ движимости, ибо формула этого интердикта, въ противоположность формулѣ *int. de vi (non armata)* не упоминаетъ о *possessio*.

Pro Caecina cap. 31 § 91: «Cur ergo aut in illum quotidianum interdictum unde ille me *vi* «dejecit» additur—«cum ego possiderem», si dejeci nemo potest qui non possidet, aut in hoc interdictum «de hominibus armatis» non additur, si oportet quaeri, possederit nec ne?».

Такое заявленіе Цицерона нѣтъ основанія считать «тактическимъ приѣмомъ адвоката» въ цѣляхъ не выясненія истины, а стремленія во чтобы то ни стало выиграть дѣло въ пользу своего клиента, какъ это утверждаетъ Савиньи и сторонники его воззрѣній на юридическую природу *interd. de vi armata*. Намъ думается, утвержденіе Цицерона

вполнѣ совпадало съ *первичной* юридической природой этого интердикта, съ цѣлями и задачами, ради которыхъ онъ былъ введенъ въ кругъ преторскихъ экстраординарныхъ средствъ охраны земскаго мира.

Не слѣдуетъ забывать въ этомъ отношеніи, что *interd. de vi armata* появился въ римскомъ правѣ во время разгара опустошительной и полной опасностей для жизни и благосостоянія мирныхъ жителей гражданской войны, въ концѣ республиканскаго періода Рима. Прежній порядокъ и безопасность въ общественной жизни стали тогда лишь пріятнымъ воспоминаніемъ. Ихъ замѣнило грубое издѣвательство надъ правомъ, насильственные нападенія на чужую имущественную сферу.

При слабости и растерянности власти, даже обладатели несомнѣнныхъ правъ перестали тогда довѣряться исключительно одной защитѣ государственной власти. Они начали удовлетворять свои притязанія своими средствами, въ случаяхъ нужды и путемъ насилій; словомъ, государству грозило наступленіе господства кулачнаго права. При такихъ то условіяхъ государственная власть, немного оправившись отъ своей летаргіи, увидѣла себя вынужденной пріять чрезвычайныя мѣры противъ разстройства всего правопорядка, въ особенности ошолчившись, путемъ специальныхъ предписаній, противъ все болѣе возростающаго самоуправства. *Interd. de vi armata* и былъ первымъ звеномъ въ цѣпи предписаній противъ насильственныхъ воздѣйствій на имущественный *status* частныхъ лицъ, предписаній, которыя и позднѣе издавались, даже и въ императорскомъ періодѣ. ¹⁾

Такая склонность къ исключительнымъ мѣрамъ, къ осядному положенію, къ законамъ противъ всякаго рода неповиновенія власти представляется обычнымъ въ государствахъ съ расшатанной системой правленія (*Sokolowski—cit. S 100 ff.*).

¹⁾ Относительно длинной цѣпи такихъ предписаній, по большей части казуистическаго характера, см. кромѣ Савиньи, *Hering—Ueber den Grund des Besitzschutzes* § 106 ff. *Bruns—Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts* § 84 ff.

Необходимымъ условіемъ примѣненія такого средства защиты признавалась наличность вооруженнаго насилья, нанесеннаго гражданину. При этомъ и *vis* самая была совѣмъ особаго рода. Въ то время какъ подъ *vis* въ болѣе раннихъ интердиктахъ понимали всякое нарушеніе фактическаго состоянія самовольнымъ дѣйствіемъ или упущеніемъ, путемъ нашего интердикта преслѣдовалась лишь *vis artoх*, при томъ квалифицированнаго, такъ сказать, типа, именно *vis armata*, или *vis eo* стороны *homines armati*. (Cicero pro Caecina 8.20). Эта *vis* являлась квалифицированнымъ деликтомъ противъ общественнаго порядка—*vis publica*, преслѣдованіе котораго допускалось при всякихъ обстоятельствахъ. Всякое вооруженное нападеніе на гражданина или на его имущество ставило виновнаго внѣ государственной защиты, какъ, грубѣйшаго нарушителя всемірнаго мира. Если кто при этомъ *in continenti* нанёсиль какой либо ущербъ насильнику, это признавалось правомѣрнымъ, и не влекущимъ за собою какой-либо отвѣтственности; тѣмъ болѣе когда такая *vis in continenti* примѣнялась въ цѣляхъ самозащиты насильника (fr. 3 § 9 Dig. 43.16. Sokolowski—cit. § 102 ff) При этомъ *vis armata* признавалась сама по себѣ на столько опаснымъ для государства явленіемъ—*vis publica*, деликтомъ, что преслѣдовалась какъ таковая даже въ томъ случаѣ, когда она и не оставляла за собою слѣда во внѣшней жизни, напр., измѣненія или осязательнаго нарушенія въ существующемъ частно-правовомъ (или фактическомъ) *status* лица.

Очевидно, именно эта первичная точка зрѣнія на характеръ *vis armata* при *int. de vi armata*, какъ деликта прежде всего, и отразилась въ разсужденіяхъ Цицерона касательно допустимости примѣненія этого интердикта *не только въ защиту владѣнія*, на что дѣйствительно довольно ясно намекалъ и текетъ самой формулы этого интердикта, въ которомъ было опущено указаніе на *possessio* и не стояло словъ «*cum ego possiderem*», какъ это было въ формулѣ *int. de vi non armata*.

Позднѣе, съ усиленіемъ авторитета власти въ государствѣ, этотъ деликтный характеръ *int. de vi armata* сталъ

все болѣе смягчаться и отходить на задній планъ, а вза-мѣнъ того преторы стали выдвигать *int. de vi armata*, какъ одно изъ средствъ возстановленія фактическаго владѣнія при его нарушеніяхъ путемъ *vis*.

Цѣлью претора при установленіи такихъ средствъ возстановленія нарушеннаго владѣнія стало теперь воспрепятствовать *dejectio*; причемъ цѣль эта преслѣдовалась обоими интердиктами *de vi* и *de vi armata*, съ той лишь разицей, что въ послѣднемъ интердиктѣ особенная квалифицированность *dejectio*:—*cum armis*,—влекла за собою существенныя привилегіи, въ смыслѣ большихъ льготъ въ пользу потерпѣвшаго. Именно изгнанный *vi armata*, могъ примѣнить интердиктъ:

1) противъ того, отъ кого самъ захватилъ имущество *vi clam precario*;

2) могъ предъявить этотъ интердиктъ и по истеченіи года со дня *spolium'a* (Cicer. *epist.* vol. V; *epistol.* 16 ad Cassium).

3) Наконецъ, его примѣненіе допускалось противъ патрона или либерта, а равно между отцомъ и дѣтьми. (fr. 1 § 43 Dig. h. t. 43.16).

Только эти отличія, собственно говоря, чисто формальнаго характера, и были установлены преторскимъ правомъ между обоими разсматриваемыми нами интердиктами. Сравнительная незначительность ихъ, а въ особенности то обстоятельство, что содержаніе ихъ не затрагивало по существу самой юридической природы обоихъ интердиктовъ, дали возможность легко и безъ особенной ломки *слить* позднѣе интердикты эти въ одинъ общій искъ—*unde vi*.

Послѣдствіемъ разсматриваемыхъ нами интердиктовъ для потерпѣвшаго отъ *vis* являлось полное возстановленіе его въ прежнемъ состояніи по имуществу. Насильникъ обязывался такимъ образомъ выдать все, что потерпѣвшій утратилъ, благодаря *dejectio* (fr. 1 § 31 sq. D. h. t), а именно—самую недвижимость, равно какъ и *res mobiles*, находившіяся въ моментъ *dejectio* на данной недвижимости—причемъ безразлично, былъ ли *dejectus* владѣльцемъ этихъ движимостей

или нѣтъ (L 1 § 33 D. h. t.); затѣмъ все плоды и доходы съ участка за время отъ *dejectio* и до *restitutio* (L 1 § 40 D. h. t.).

Нынѣ совершенно доказано, что лицо, признанное виновнымъ, приговаривалось къ возмѣщенію убытковъ, понесенныхъ въ силу его *vis*, и при томъ убытковъ въ ихъ полномъ объемѣ (L 1 § 31 Dig. de vi 43,16—*quidquid damni senserit ob hoc, quod deiectus est*), при чемъ принимался въ расчетъ и убытокъ, нанесенный отнятіемъ или потерей движимостей, хотя бы послѣднія и не принадлежали потерпѣвшему, если только онъ ими владѣлъ (L 1 § 32, 33 Dig. h. t. *Ubbelohde cit. s.s. 118 sq.*) Если вещи послѣ ихъ отнятія гибли, даже безъ вины въ томъ со стороны насильника, это не освобождало послѣдняго отъ отвѣтственности (L 1 §§ 34,35 D. h. t.). При этомъ размѣръ отвѣтственности опредѣлялся со времени причиненія *vis*, а не со времени предъявленія интердикта. Это выставляли римскіе юристы какъ особенность нашего средства защиты сравнительно со всеми другими интердиктами ¹⁾.

Интересы насильника въ свою очередь охранялись при помощи представленныхъ ему *exceptiones*. Онѣ впрочемъ почти исключительно допускаемы были лишь при *interd. de vi non armata*, который имѣлъ двѣ постоянныя экцепции, именно *exc. vitiosae possessionis* и *exc. annalis*.

Exceptio vitiosae possessionis могла быть представлена насильникомъ противъ *dejectus'a* въ томъ случаѣ, если послѣдній самъ владѣлъ вещью (до момента его *dejectio*) *vi clam precario ab adversario* ²⁾.

¹⁾ Ulpian L. 3 Dig. de interdictis 43, 1; L 1 § 48 D. h. t. Какъ основаніе такой отвѣтственности приводилось—*quia in eo culpa tua praecessit quod omnino deiecesti aut vi aut clam fecisti.* (Paul. L 15 D. de vi et Sentent. V, 6 § 8).

²⁾ Gai Instit. IV, 154—*„Eum qui a me vi aut clam aut precario possidet, impune deicio“.* (См. Gai IV, 155).

Paul.V. 6, 7.—*„Qui vi aut clam aut precario possidet ab adversario, impune deicitur.“*— Смъ еще § 6. Inst. De interd. 4, 15.

Если же у потерпѣвшаго такая *vitiosa possessio* была не *ab adversario*, а отъ третьяго лица, онъ могъ свободно примѣнять интердиктъ, не опасаясь *excerptio* противника ¹⁾).

Другая *excerptio*, имѣвшая мѣсто при *int. de vi non armata* была *excerptio annalis*, исключавшая возможность примѣненія этого интердикта по истеченіи года ²⁾).

По истеченіи этого давностнаго срока потерпѣвшій имѣлъ право требовать съ наследника только то, что дѣйствительно перешло въ руки послѣдняго ³⁾).

Что касается *int. de vi armata*, то здѣсь, согласно заявленію источниковъ, по общему правилу *excerptiones* вообще не имѣли мѣста: преторы не были расположены давать какія либо льготы лицамъ, проявившимъ высшую степень стремленія нарушить *rex publica*, именно выступленіе съ оружіемъ въ рукахъ—поступокъ совершенно невозможный и нетерпимый въ отношеніяхъ между мирными гражданами ⁴⁾).

¹⁾ fr. 1 § 30 Dig. h. t. Qui a me vi possidebat, si ab alio dejiciatur, habet interdictum.

fr. 17 Dig. de vi h. t.—„...ideoque si te vi deiecero, ilico tu me, deinde ego te: unde vi interdictum utile tibi erit“. См. еще fr. 12, fr. 18 pr. Dig. h. t.

²⁾ Annus utilis.—см. fr. 1 § 39 Dig. h. t. fr. princ. Dig. h. t.—„De eo... tantummodo intra annum... iudicium dabo“.

³⁾ Fr. 1 princ. Dig. h. t... post annum de eo quod ad eum qui vi deiecit, pervenerit, iudicium dabo; ср. fr. 7. Dig. comm. divid. 10, 3. въ этомъ смыслѣ „placuit etiam post annum in eum qui vi deiecit, interdictum reddi“. О примѣненіи *exc. pacti* при *int. de vi non armata* см. Savigny-cit. § 455.

⁴⁾ Cicero. pro Caecina 8, 23.—„illis rebus ita gestis P. Dolabella praetor interdixit ut est consuetudo de vi hominibus armatis sine ulla exceptione“ (см. *ibid.* 22, 63—*Vim quae ad caput ac vitam pertinet restitui sine ulla exceptione voluerunt*)...

Gaius Instit. IV-155—„Interdum tamen et si eum vi deiecerim, qui a me vi aut clam, aut precario possederit, cogar ei restituere possessionem, veluti si armis eum vi deiecerim; nam propter atrocitatem delicti in tantum patior actionem, ut omni modo debeam ei restituere possessionem“.

Cicero. ad div. XV, 16, 3—„postulabimusque, ex qua haeresi vi hominibus armatis dejectus sis, in eam restituere. In hoc edicto non solet addi: in hoc anno“.

Цицеронъ, въ одномъ изъ своихъ частныхъ писемъ къ другу Г. Trebatius Testa (отъ 700 г. ab urbe cond.), дѣлаетъ косвенное указаніе на примѣнимость въ его время при interd. de vi armata специальной эксцепціи, названной юристами новаго времени „exceptio quod tu prior vi hominibus armatis non veneris“.

Cic ad div. VII. 13,2—«Tantum metuo, ne artificium tuum (занятія Требація у Цезаря, съ которымъ онъ отправился въ Галлію въ качествѣ юрисконсульта) tibi parum prosit. Nam ut audio, istie.

«Non ex jure manum consertum, sed magis ferro Rem repetunt. Et tu soles ad vim faciendam adhiberi. Neque est quod illam exceptionem in interdicto pertimescas: quod tu prior vi hominibus armatis non veneris; scio enim te non esse procacem in laessendo».

Такимъ образомъ эта эксцепція имѣла при interd. de vi armata то же самое значеніе, какое эксцепція violentae possessionis при interd. de vi non armata ¹⁾. Но во всякомъ случаѣ она существовала не долго, и у позднѣйшихъ юристовъ не имѣется на него никакихъ указаній ²⁾.

¹⁾ Ср. Meisehneider—cit S. 459; Knip—Vacua possessio S. 371; возрѣніе это впрочемъ раздѣляется не всеми юристами. Объ этомъ см. Ubbelohde—cit. S. 183 слѣд.

²⁾ Ubbelohde—cit. S. 187 слѣд. исходя изъ того, что приведенный Цицерономъ текстъ этой эксцепціи гласилъ „quod tu prior vi hominibus armatis non veneris“—а не прямо „Quod tu prior illum vi hominibus armatis non dejeceris“—утверждаетъ, что эксцепція эта имѣла примѣненіе только въ особенныхъ случаяхъ, придерживаясь при томъ мнѣнія Келлера ad hoc (Keller—Semestria ad Ciceroem p. 133 sq.). Намъ думается однако, что создавать новую теорію, основываясь исключительно на буквальномъ толкованіи текста Цицерона,—едва-ли желательно: тѣтъ болѣе, что самая цитата, гдѣ имѣется у Цицерона указаніе на эту эксцепцію помѣщена въ дружеской частной перепискѣ, рядомъ съ каламбурами, шутками, намеками и цитатами изъ поэмъ. Почему непременно должны мы признавать, что здѣсь Цицеронъ привелъ *буквальный* текстъ преторскаго эдикта?

Interdicta de vi въ императорскомъ процессѣ extra ordinem.

Послѣ того какъ по реформѣ Діоклетіана *actiones extraordinariae ex causa interdictorum* замѣнили собою все вообще интердикты преторскаго права, на мѣсто двухъ интердиктовъ: *de vi* и *de vi armata*—былъ установленъ одинъ общій искъ—*actio ex causa unde vi*, примѣнявшійся на тѣхъ же условіяхъ и въ тѣхъ же случаяхъ, когда ранѣе имѣли мѣсто *interd. de vi* и *de vi armata*.

При этомъ, какъ видно изъ Институцій Юстиніана, въ цѣляхъ объединенія, была исключена возможность примѣненія *exceptio vitiosae possessionis* и въ случаяхъ *vis non armata*.

§ 6. Instit. De interdict. IV. 15—

— «*Reciperandae possessionis causa solet interdicti, si quis ex possessione fundi vel aedium vi dejectus fuerit: nam ei proponitur interdictum unde vi, per quod is, qui deiecit, cogitur ei restituere possessionem, licet ab eo qui vi deiecit, vi vel clam vel precario possidebat.*» (ср. L. 3 Cod. Theodos. unde vi. 4. 22). ¹⁾

¹⁾ Указанія на примѣненіе *exceptio annalis* въ новомъ искѣ имѣются въ l. 2 Cod. h. t.—*Dioclet. et Maxim.—a. 293—*„*Vi pulsos restituendos esse interdicti exemplo, si necdum annus excessit, certissimi juris est.*“

Vatic. fragm. 312—*Dioclet. et Constant. a. 293:—*„*Successoribus donatoris perfectam donationem revocare non permittitur, cum imperfectam perserverans voluntas per doli mali replicationem confirmet. Unde aditus praeses provinciae, si de possessione te pulsum animadvertit, nec annus excessit, ex interdicto Unde vi restitui te cum sua causa providebit, vel si hoc tempus finitum est, ad formulam promissam quasi nullas vires donationem habuisse dicatur, quaestione facti examiata jure praeses provinciae sententiam ferre curabit.*“

По истеченіи этого annus utilis потерпѣвшему отъ *vis* давался искъ противъ насильника о возвращеніи послѣднимъ того, въ какомъ размѣрѣ онъ обогатился—fr. 4 Dig h. t. ср. Vat. fragm. 312.

Въ Юстиніановомъ правѣ различіе между *vis* и *vis armata* существовало въ томъ лишь отношеніи, что въ случаѣ примѣненія *vis armata* нескѣ имѣль мѣсто со стороны потерпѣвшаго либерта или сына семьи противъ патрона или *paterfamilias* (fr. I § 43 Dig. h. t.).

Въ настоящее время большинство писателей признаютъ и при *actio ex interdicto unde vi* необходимость наличности юридическаго владѣнія (*possessio*) за *dejectus* ономъ, ¹⁾.

Такого же взгляда держались и многіе писатели стараго времени, начиная съ глоссаторовъ ²⁾.

Это ученіе основывается главнымъ образомъ на трехъ мѣстахъ изъ сочиненій Ульпіана, помѣщенныхъ въ fr. I Dig h. t. а именно:

§ 3.—*Hoc interdictum non ad omnem vim pertinet, verum ad eos, qui de possessione dejiciuntur.*

§ 22.—*Quod servus, vel procurator, vel colonus tenent, dominus videtur possidere, et ideo his dejectis ipse de jure de possessione videtur. Et si igitur alius, per quem possidebam, dejectus fuerit, mihi competere interdictum, nemini dubium est.*

§ 23.—*Interdictum hoc nulli competit, nisi ei, qui tunc cum deiceretur, possidebat, nec alius de jure visus est quam qui possidet.* ³⁾

¹⁾ Таковы напр.: Savigny—cit. § 40; Randa—*Der Besitz* S. 131; Appleton—*De la possession* p. 168; Bruus—*Das Recht des Besitzes im Mittelalter* S. 63. Dernburg—*Pandekten* § 188. Baron—*Pandekten* § 122; Baron—*Geschichte des röm. Rechts* § 106; Windscheid—*Lehrbuch des Pandektenrechts* § 160 not. 1; Ruggieri—*Del possesso* § 112; Brinz—*Lehrbuch der Pandekten* § 183 п. 3 и § 137 п. 14.

²⁾ Таковы напр., Azo—*Summa in jus civil. Lugdini* 1564 p. 216. Constantinus Rogerius—*De remediis possessoriis Tractatus juris* tom. III, part. II, p. 245 n. 2. Cujacius—*Quaest. Papin. Opus* vol. IV, p. 652. Menochius—*De recuperandae possessionis remediis* XIV p. 168. Donellus—*Commentar. in jus civ. lib. XV cap. 31*. Pothier—*De la possession* p. 63 и др.

³⁾ См. еще Paulus въ fr. 8 Dig h. t. и Labeo въ fr. 20 D. h. t., а равно fr. I § 4, Dig. *Uti possidet*. 43, 17 (Ulpianus), въ которомъ прямо сказано, что *int. uti possidetis* „*proponitur post interdictum Unde vi; illud enim restituit vi amissam possessionem, hoc interdictum tuetur, ne amittatur possessio*“. Contra безъ достаточнаго основанія Ruggieri—cit. § 112.

Рядомъ съ этимъ имѣется въ литературѣ не малое количество сторонниковъ противоположнаго воззрѣнія, по которому некъ *unde vi* могъ быть примѣняемъ не только юридическимъ владѣльцемъ, потерпѣвшимъ насиліе, но равно и держателями имущества, если не веѣми. то по крайней мѣрѣ арендаторами и колонами ¹⁾.

Въ пользу такого мнѣнія приводятся обыкновенно fr. I §§ 9, 10; fr. 3, § 13, 17; fr. 12, 18 и fr. I § 33 Dig h. t. (43.16). Ихъ мы здѣсь и раземотримъ:

Fr. I §§ 9 и 10 D. h. t., тѣсно связанные взаимно общностью содержания, гласятъ: (Ulpianus):

«Dejicitur is, qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possidet, nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet».

«Denique si maritus uxori donaverit, eaque dejecta sit, poterit interdicto uti, non si colonus» ²⁾.

При толкованіи этихъ двухъ мѣстъ камнемъ преткновенія является вопросъ о томъ, что слѣдуетъ разумѣть подъ *naturalis possessio*. При этомъ юристы, признающіе въ § 10 *cit.* включеніе примѣненія *unde vi* для колоновъ, толкуютъ понятіе *possessio naturalis* каждый по своему, стремясь однако веѣ обособить это понятіе отъ простой *detentio*. Тѣ же, напротивъ, которые признаютъ *possessio naturalis* за простое *detentio*, стараются толковать приведенные выше §§ такимъ образомъ, чтобы признать и колоновъ защищаемыми посредствомъ *unde vi*.

Гласса (Прнерія) къ „civiliter“ l. c. отмѣчаетъ:

«Civiliter id est juste, naturaliter id est injuste, pro quo est quod subiicit de uxore». Этотъ же взглядъ былъ принятъ позднѣе Дуареномъ ³⁾.

¹⁾ Таковы напр. Thibaut—въ Archiv für die Civilistische Praxis XVIII п. 13; Iousserandot—L'Edit perpetuel, n. 1012, p. 374; Pfeiffer—Was ist und gilt im römischen Rechte der Besitz S. 55; Kindel—Die Grundlagen des römischen Besitzrechts, S. 145 fg. и др.

²⁾ Klein—Sachbesitz und Ersitzung S. 147 слѣд. толкуеть эти мѣста въ томъ смыслѣ, что имъ признана была допустимость *Unde vi* во веѣхъ случаяхъ *detentio*, *кроме* аренды; см. объ этомъ Ubbelohde—*cit.* S. 19.

³⁾ Duarenus—Comment. in Dig. tit. De vi arm.

Azo (*Summa in jus civil. Lugdini 1564 p. 116*) пишетъ— „Naturaliter, ut cum est in re ipsa vel in conspectu: civiliter, quod est cum revertens non admittitur“.—Donellus (*lib. XV, cap. 31*) замѣчаетъ: «naturaliter scilicet sibi, lege repugnante, non si naturaliter nomine alieno».

Савиньи (*cit. § 7*) понимаетъ § 10 въ томъ смыслѣ, что здѣсь дается интердиктъ въ пользу одаренной супруги, а не колона, и думаетъ, что жена такая имѣла юридическое владѣніе (а не *possessio civilis*) имуществомъ, подареннымъ ей мужемъ, указывая въ то же время, что въ § 9 *possessio naturalis* поставлена въ противоположность *possessio civilis*, чтобы точнѣе отмѣнить юридическое владѣніе. *Брусеъ* (*Das Recht des Besitzes S. 65*) признаетъ, что въ § 9 *cit.* говорится не о *detentio*, а о случаяхъ юридическаго владѣнія, которые не являются видами *possessio civilis*, толкуя § 10 *cit.* такъ же, какъ и *Савиньи*.

Тѣ писатели, которые признаютъ за одаренной супругой *possessio civilis*, толкуютъ § 9 *cit.* различнымъ образомъ. Такъ *Ruggieri* (*op. cit. §§ 106—112*), слѣдуя Глоссѣ „civiliter“, допускаетъ интердиктъ въ пользу тѣхъ, кто владѣетъ вещь безъ *justus titulus*, какъ, напр., одаренная супруга, но не признаетъ его за тѣми, кто уполномоченъ отъ другихъ владѣть имуществомъ, какъ, напр., за колонами.

Изъ числа юристовъ, признающихъ *possessio naturalis* за *detentio*, *Pfeiffer*—(*Was ist und gilt im römischen Rechte der Besitz? 1840 S. 45—46*), не признавая за одаренной супругой юридическаго владѣнія, толкуетъ § 10 *cit.* въ томъ смыслѣ, что здѣсь интердиктъ дается одаренной супругѣ, если она удерживаетъ подаренное ей имущество въ своемъ непосредственномъ обладаніи; но защита такая неключается, если имущество сдано было ею въ аренду, ибо въ послѣднемъ случаѣ жена переставала быть держательницей имущества.

Какъ вѣрно отмѣтилъ еще *Rudorff*, въ этомъ мнѣніи столько же ошибокъ, сколько выставлено авторомъ положеній.

Kindel (*Kritische Bemerkungen zu den Besitztheorien von Randa und Ihering... S. 213*) интерпретируетъ спорное мѣсто

въ томъ смыслѣ, что „интердиктъ не дается женѣ, если мужъ лишитъ владѣнія только колона, не проявляя vis къ ней непосредственно“. 1)

Намъ кажется, здѣсь представляется болѣе правильнымъ толковать разематриваемое мѣсто въ томъ смыслѣ, что согласно ему, супруга имѣла не только detentio, но и юридическую possessio на полученное ею въ даръ имущество, въ противоположность колону, какъ это видно изъ § 10 cit. При этомъ и выраженіе possessio naturalis § 9 не означаетъ никоимъ образомъ простого держанія. Подтверженіе этой мысли мы имѣемъ въ *Базиликахъ* (*Basilic. XL, tit. 17. Cap. 7, ed Heimbach*), гдѣ приведеннымъ §§ cit. scholia даетъ такое толкованіе:—«*colonus autem fundo dejectus non agit interdicto, quia aliis possidet*».

Относительно fr. 3 §§ 13—17 *Dig. h. t.*, гдѣ говорится о защитѣ узурфрукта при помощи интердикта U. V., хотя бы *utiliter* (ср. *Bruns—cit. S. 66*), замѣтимъ, что они не могутъ служить въ пользу мнѣнія о допустимости *unde vi* въ защиту *detentio*.

Что касается fr. 12 и 18 *Dig. h. t.*, то здѣсь говорится о колонѣ, измѣнившемъ *causam possessionis*, именно не допустивъ хозяина арендованнаго имъ участка на послѣдній, или вообще лица, уполномоченнаго хозяиномъ на полученіе владѣнія Какъ говорить *Кулцій*. 2) «*Videtur dominum decessisse de possessione*». Здѣсь колонъ именно и становится владѣльцемъ арендованнаго имъ участка съ момента такой *dejectio*, а не съ момента заключенія или договора аренды.

Относительно fr. 1 § 33 замѣтимъ лишь, что здѣсь «*res depositae, commodatae etc.*»—суть *res mobiles*, которыя могутъ быть объектомъ интердикта не сами по себѣ, а лишь въ составѣ недвижимости, на которой онѣ находятся, какъ *partes* или какъ принадлежность 3).

1) См. критику этого мнѣнія у *Randa Der Besitz S. 131 not 14.*

2) *Cujacius—Quaest. Papin. Op. Vol. IV, p. 652.*

3) См. объ этомъ fr. 1 § 6 *Dig. h. t. Klein—Sachbesitz und Ersitzung S. 147* слѣд. на основаніи fr. 1 §§ 9 и слѣд. *Dig. h. t.* утверждаетъ, что *int. de vi* давался всякому *detentor*у, кромѣ только лицъ, владѣющихъ вещью по договору найма. См. критику этого мнѣнія у *Ubbelohde.—cit. стр. 19* прим. Относительно различія *possessio civilis* и *possessio naturalis* см. *Ruffini—Actio spoli 1889. p. 28—32, Savigny cit. § 7. Meischer—cit. стр. 16*, который самъ отказывается установить точныя черты въ различіи этихъ двухъ понятій—стр. 83, 84.

Кромѣ interd. U. V. въ римскомъ правѣ примѣнялись въ защиту противъ насильниковъ и иные неки, установленныя по lex Julia de vi publica et privata, а равно рядомъ императорскихъ конституцій.

L. 1 § 2 Dig. h. t.—Ne quid autem per vim admittatur, etiam legibus Juliis prospicitur publicorum et privatorum nec non et constitutionibus principum“. 1)

Сюда же слѣдуетъ отнести и установленную преторомъ Лукулломъ actio vi bonorum raptorum, по которой виновный въ vis преуждался in quadruplum.

Въ литературѣ имѣется мнѣніе, по которому признается, что начиная отъ времени императора Константина, actio ex causa interdicti Unde vi стала примѣняться, какъ actio momenti, какъ momentariae possessionis interdictum, не только въ случаяхъ утраты владѣнія по vis, но равно въ случаяхъ иного рода неправомѣрнаго лишенія владѣнія, (injusta causa amissionis), напр., путемъ обмана, незаконнаго правительственнаго распоряженія и др.

Сторонники такого мнѣнія, другими словами, хотѣли установить связь средневѣковаго иска—actio spoliі съ римской unde vi, въ ея формѣ какъ actio momenti.

Первымъ юристомъ, пытавшимся научно обосновать признаніе actio momenti, былъ Куяцій 2).

Указавъ, что Unde vi «nec omnino idem est, quo hodie utimur», Куяцій противопоставляетъ ему—„generale interdictum restitutorium momentariae possessionis, quod hodie redintegrandae beneficium appellamus“. Самое наименованіе его momentariae possessionis interdictum—объясняетъ онъ тѣмъ, что некъ этотъ—„protinus interponatur sine ulla cunctatione, quoniam, ut idem Theophilus scribit, saepe controversia procedit ad cedes, vel ad vulnera, vel ad plagas“... Природа этого интердикта указана въ lex. 8 Cod. Unde vi—

1) Глосса указываетъ, въ числѣ этихъ конституцій L. 7 Cod. Unde vi 8, 4; L. 4 Cod. fin. reg. 3, 39 и L. 13 Dig. quod met. 4, 2 (decretum divi Marci).

2) Cujacius—Comment. ad codicem tit. IV, lib. VIII. Op. tom. IX pag. 1139. См. его же Observationes lib. XIX, cap. 16.

«quia generale est (interdictum), ideo haec lex octava id non semper pertinere ait ad possessionem usurpatam vi armata, aut vi non armata, sed etiam ad possessionem usurpatam alio modo».

Этихъ «другихъ способовъ» нарушенія владѣнія Куяціи указываетъ три, а именно ¹⁾:

- 1) *Errore vel incuria domini* (argum. L. 5 Cod. Unde vi.
- 2) *Sub specie et terrore rescripti aut iudicati* (arg. L. 6. Cod. h. t.).
- 3) *Absente domino*. (Arg. l. ult. Cod. h. t. ²⁾).

Это ученіе Куяція объ *a. momenti* встрѣтило суровый отпоръ со стороны Савиньи, за которымъ послѣдовало въ данномъ отношеніи господствующее нынѣ ученіе по этому вопросу. (Savigny—cit § 43).

Съ ученіемъ Куяція относительно *actio momenti* однако приходится считаться и до послѣдняго времени, въ виду того обстоятельства, что оно получило сильную поддержку въ лицѣ Іеринга, который выступилъ въ книгѣ своей «*Vom Grund des Besitzschutzes*» (см. русскій переводъ 1883 г. стр. 85 слѣд.) положительнымъ образомъ въ его защиту, признавая вмѣстѣ съ тѣмъ *a. momenti* за *actio popularis*.

¹⁾ Cujacii Observation. lib. XIX, cap. 16.

²⁾ Сторонниками того же основного воззрѣнія на обособленное существованіе въ римскомъ правѣ послѣ Константина особый *actio momenti* являются между прочимъ: Діонисій Готифредъ (Dionisi Gotofred. Comment. ad Codicem VIII tit. IV L. 8 n. 9), который отмѣчаетъ въ своемъ комментаріи къ L. 8 Cod. h. t., что *interd. momentariae possessionis* „*hodie vocatur redintegrandae possessionis cujus usus ductus videtur ex hac lege*“; Яковъ Готифредъ, который признавалъ этотъ новый интердиктъ одновременно за интердиктъ *resuperandae* и *retinendae possessionis*, отмѣчая подробно, въ 12 пунктахъ, преимущества этого новаго средства защиты владѣнія. (Jacob. Gotofredus—Paratitlon in codicem Theodosianum t. I, p. 438; IV, 22); Азо, (Azonis—Summa in jus civile. Lugdini 1564 p. 215), который впрочемъ признавалъ *a. momenti* не новымъ способомъ поессессорной защиты, но средствомъ, обнимающимъ въ себѣ всѣ интердикты *in genere*, не только *resuperandae*, но и *adipiscendae possessionis*: „*quia licet aliquis obtineat in possessione, subinde tamen et quasi continuo elapso momento succumbere poterit in iudicium proprietatis*“. Изъ новыхъ писателей слѣдуютъ въ общемъ мнѣнію Куяція Sintenis—(Privatrecht II, § 124 Anm. 48) и Іерингъ (Grund des Besitzschutzes, переводъ Муромцева 1883 стр. 85 слѣд).

Называя *actio momentariae possessionis* некоемъ sui generis, отличнымъ отъ *int. unde vi*, Иерингъ устанавляетъ между ними обоими черты различія въ томъ, что: 1) а *momenti* могла быть возбуждаема *per quaecunque personam*, и 2) что она имѣла мѣсто не только въ случаяхъ *vis*, но равно при всякой *injusta causa amissionis*. Какъ замѣчаетъ Иерингъ: «Двумя существенными особенностями характеризуется этотъ искъ (т. е. а. *moment. possessionis*), въ отличіе отъ *int. unde vi* древняго права. Первая изъ нихъ, о которой Савиньи не упоминаетъ вовсе въ своей книгѣ, была введена эдиктомъ Константина, см. L. I Cod. Theodos. h. t. (L. I Cod. Inst. si per vim 8.5), и кратко выражена въ эдиктѣ Θεодосія и Гонорія L. 3 Cod. qui legit, 3.6: *Momentaneae possessionis actio exerceri potest per quaecunque personam*. Второе преобразование заключалось въ расширеніи понятія неправомѣрнаго захвата за предѣлы понятія *vis*». Такихъ случаевъ Иерингъ насчитываетъ три,—а именно: а) ошибка; б) недобросовѣтность представителя; в) присвоеніе владѣнія отсутствующихъ.

По поводу этихъ положеній Иеринга замѣтимъ слѣдующее:

Прежде всего, по поводу выраженій *momentum, momentaria possessio*, какъ уже указалъ Фиттингъ ¹⁾, основываясь на цѣломъ рядѣ источниковъ, слово *momentum* означало на западѣ Римской имперіи владѣніе, *status possessionis*. Въ томъ же смыслѣ тамъ часто употреблялись выраженія: *momentanea* или *momentaria possessio*. *Momentum* же или *momenti beneficium* служили для означенія этимъ наименованіемъ вообще посессорныхъ интердиктовъ, или интердиктовъ, какъ родового понятія. (Ср. *Ubbelohde*—cit. S. 604 слѣд.).

Брунсъ послѣ подробнѣйшаго изслѣдованія смысла всѣхъ *leges* и отрывковъ изъ сочиненій писателей, гдѣ только встрѣчаются эти выраженія, установилъ то безспорное теперь положеніе, что слово *momentum* въ IV и V вѣкахъ означало владѣніе; въ VI вѣкѣ у варваровъ имъ называли

¹⁾ *Fitting*—Ueber einige Rechtsquellen der vorjustinianischen spätere Kaiserszeit (*Zeitschrift f. Rechtsgechichte* Bd. XI p. 433 sq.).

поссessorные иски, потомъ снова *possessio*, наконецъ, еще позднѣе и *possessio* и *actiones possessoriae* безразлично. Юстинианъ старательно избѣгалъ такого смѣшенія, постоянно употребляя выраженія *momentanea* или *momentaria possessio*, въ реципированныхъ имъ мѣстахъ *Cod. Theodosiani*, взамѣнъ стоявшихъ въ послѣднемъ словъ *momentum*. Во всѣхъ мѣстахъ затѣмъ, гдѣ это выраженіе встрѣчается, оно служитъ для означенія объекта, а не основанія права на искъ, причемъ въ такомъ именно смыслѣ оно перешло и въ *Базилики*.

Въ виду этихъ выводовъ Брунса (*Brunns Die Besitzklagen S. S. 89—91*) становится очевидно ошибочнымъ утвержденіе Теринга, будто бы расширеніе области примѣненія поссessorныхъ исковъ совпало съ появленіемъ новаго наименованія. (*Терингъ—cit. русск. пер. 1883 г. стр. 86*)¹⁾.

Въ виду важности этихъ выводовъ Брунса для нашей работы изложимъ ихъ здѣсь подробнѣе.

Брунсъ, разсматривая, съ исторической точки зрѣнія, различныя императорскія конституціи, признаетъ, что у Ульпіана и Павла осталось неизмѣненнымъ старое представленіе о *vis* и объ интердиктахъ. Диоклетіанъ же, отмѣнивъ старое интердиктное производство, ввелъ этимъ реформу

¹⁾ Brinz. (*Brinz-Pandecten § 183*) отмѣчаетъ то обстоятельство, что съ отмѣной интердиктнаго процесса въ собственномъ смыслѣ, самое наименованіе интердиктовъ перестало употребляться не вполне, а лишь въ части; причемъ въ дополненіе на случаи, гдѣ этотъ терминъ перестали употреблять, начали примѣнять слова *actio momenti*, придавая имъ общее понятіе всякаго средства возстановленія нарушеннаго владѣнія (*momenti reformatio*), на основаніи предшествовавшаго владѣнія и такимъ же способомъ, какъ и при интердиктахъ. Позднѣе служилъ онъ для означенія правилъ противъ самоуправства (*privata violentia*). Только со времени реформы Юстиніана были возстановлены въ прежнемъ своемъ положеніи интердикты.—Такое объясненіе имѣетъ за себя безспорное историческое основаніе. Дѣйствительно, новый терминъ устанавливается со времени Константина, императора, вступившаго на престолъ послѣ Диоклетіана, именно творца реформы процесса, когда было отмѣнено старое интердиктное производство. Когда Юстинианъ реставрировалъ, до извѣстной степени, послѣднее, онъ не воспользовался новымъ терминомъ *momentum*, *momentaria possessio*. Въ особенности рельефно видно это въ его институціяхъ, гдѣ выраженіе *momentaria possessio* вовсе не встрѣчается.

чисто формальнаго характера, вмѣстѣ съ *actio utilis ex causa interdicti*. Потому то онъ и повторяетъ въ своихъ конституціяхъ: «*vi pulsos restituendos esse interdicti exemplo...*» (*Bruns—cit. S. 86, 87*).

Только Константинъ началъ говорить о независимой *actio recuperandae possessionis*. Поэтому нельзя согласиться съ Іерингомъ, что недостаточная ясность, съ формальной стороны, стараго понятія интердиктовъ облегчила возможность распространения области ихъ примѣненія.

Отъ Константина имѣется три конституціи, въ которыхъ помѣщены выраженія *momentum, momentaria possessio*. Для насъ важны, собственно говоря, изъ нихъ двѣ, изъ которыхъ одна постановлена въ пользу отсутствующихъ. Разматривая подробно ея содержаніе, Брунсъ (*cit. S. 92, 93*) утверждаетъ, что въ ней нѣтъ ничего такого, чего не было бы въ старыхъ интердиктахъ или въ замѣнившей ихъ *actio utilis*. Другая конституція Константина, это та, на которой основываютъ ученіе *act. momentariae possessionis* по причинѣ *error* (ошибки). Конституція эта помѣщена въ ея настоящемъ видѣ, какъ *L. 1 Cod. Theodos. Fin. regund. II 26*. Въ Кодексѣ же Юстиніана, она имѣется частью въ титулѣ *Fin. regund. (L. 3 Cod. III. 39)* частью же въ титулѣ *Unde vi*. Въ ея полной формѣ (которая только и имѣетъ для насъ значеніе, съ исторической точки зрѣнія) она имѣетъ такое содержаніе: Если возбуждается споръ о межахъ (границахъ имѣній), то прежде д. б. рѣшенъ вопросъ о владѣннн (*possessio*) такъ какъ лишь послѣ этого *agrimensor* можетъ выяснитъ вопросъ о правѣ собственности; тогда какъ вопросъ о владѣннн, его разрѣшеніе, находится внѣ его компетенціи. Если при этомъ *агримензоръ* найдетъ, что участки принадлежатъ ихъ владѣльцу, онъ отказываетъ въ искѣ петцу. Въ противномъ случаѣ владѣлецъ является обязаннымъ выдать *loca* своему противнику и еще уплатить законную пеню, если будетъ виновенъ въ проявленнн *vis*. Въ случаѣ же захвата имъ чужого имѣннн не насильно, а *per errorem aut incuriam domini*—пени на такого субъекта не налагалось.

Очевидно, при такомъ содержаннн данной конституціи, нѣтъ возможности утверждать, что ею устанавливается по-

вое средство possessорной защиты въ случаѣ ошибки или небрежности (*incuria*) (Bruns—cit. S. 94, 95).

Подъ эдиктомъ должно понимать здѣсь не преторскій эдиктъ, по которому во всякомъ случаѣ не было установлено штрафовъ за *dejectio*, но эдиктъ императора, вѣрнѣе всего (ср. *Ubbelohde*—cit. S. 676) самого же Константина отъ 319 года (L. 3 Cod. Theodos. ad leg. Iul. de vi 9, 10), по которому *violentus invasor* на чужой земельный участокъ карался ссылкой и конфискаціей всего имущества.

Конституція Граціана, Валентиніана и Феодосія отъ 382 г. (L. 2 Cod. Theodos IV, 22; L. 6 Cod. Justin. 8, 4) не устанавливаетъ новаго possessорнаго иска. Содержаніе ея таково: Кто, начиная процессъ въ порядкѣ *per rescriptum principis* получилъ уже императорскій рескриптъ, но вмѣсто того, чтобы (въ обычномъ порядкѣ веденія такого процесса) представить его въ судъ для инсинуаціи и сообщенія противнику ¹⁾, угрозой этого рескрипта вынудить себѣ владѣніе отъ противника, тотъ въ наказаніе *теряетъ свой процессъ* въ пользу послѣдняго. Тѣ же послѣдствія законъ опредѣляетъ лицу, которое послѣ состоящаго въ его пользу *неокончательнаго* судебного рѣшенія, обманно выдавая послѣднее за приговоръ въ окончательной формѣ, вытребуетъ владѣніе отъ своего противника.

Такимъ образомъ, здѣсь карой такихъ дѣйствій виновнаго является утрата имъ права на искъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ мы видимъ здѣсь, правда въ единичномъ случаѣ, однако крупное расширеніе области примѣненія *a. unde vi* не только въ случаяхъ проявленія *vis* въ собственномъ смыслѣ слова, но и въ случаѣ обмана и угрозъ *quasi*—законными средствами. Далѣе въ той же L. 2 Cod. Theod. cit. помѣщено правило на случай, когда опекуны малолѣтнихъ ведутъ за послѣднихъ искъ объ имуществѣ въ цѣляхъ не выиграть, а проиграть дѣло въ пользу противной стороны.

¹⁾ См. Bethmann—Hollweg—Der römische Civilprocess Bd. III, § 164, S. 351.

И здѣсь нельзя съ Іерингомъ видѣть первый примѣръ посессорнаго иска въ силу недобросовѣстности представителя, такъ какъ здѣсь не говорится объ искѣ, данномъ пупиллу противъ его опекуновъ или попечителей, согласившихся покинуть владѣніе его имуществомъ, чтобы предоставить таковое противнику, но о *violencia*, проявленной ими отъ его имени; въ такихъ случаяхъ возстановляли владѣніе, а съ опекуновъ или попечителей взыскивалась пеня. (*Bruns—cit.* S. 96, 98).

Въ рескриптѣ Валентиніана I отъ 376 года (L. unic. Cod. III, 16), гдѣ говорится—„*Ubi aut vis facta dicitur, aut momentaria possessio postulanda est, ibi loci judicem adversum eum, qui possessionem turbavit, convenit judicare*“,—не содержится противопоставленія двухъ понятій—*vis facta* и *moment. possess. postul.*, но одно является основаніемъ, а другое содержаніемъ иска, точкой же ихъ соединенія является—„*qui possessionem turbavit*“, что всегда означаетъ насильственное нарушеніе владѣнія. (*Bruns—cit.* S. 98, 99).

Законъ Валентиніана II отъ 385 г. относится только къ однимъ аппелляціямъ (L. 1 Cod. Theodos. II, 37; L. 1 Cod. Iustin. VII. 69).

Законъ Аркадія и Гонорія 395 года (L. 8 Cod. Theod. II, 1; L. 8 Cod. Iustin. VIII, 4), которому Іерингъ придаетъ особенное значеніе, является на самомъ дѣлѣ лишь закономъ о подсудности; и случая, въ которыхъ *actio moment. possessionis* не даетъ мѣста обвиненію *ex lege Julia*, суть тѣ, въ которыхъ *interdictum Unde vi* возбуждался противъ 3-го лица, „*quia pervenit aliquid ad eum*“, когда *dejectio* была совершена въ пользу другого лица, безъ его вѣдома и желанія (*Bruns—cit.* S. 99, 102).

Тремъ *leges* Аркадія, Гонорія и Θεодосія, отъ 396, 397, 414 г.г. ¹⁾ въ пользу отсудившихъ Іерингъ придаетъ значеніе потому, а) что *a. possessoria* едѣлалась *a. popularis*; что б) она распространилась на судебныя распоряженія.

¹⁾ LL 4, 5, 6 Cod. Theod. IV. 22; два послѣднихъ имѣются и въ Юстин. кодексе—LL. 2, Cod. 8, 5, L. 3 Cod. III. 6.

Но первый и третій законы не предоставляютъ вчинать этотъ искъ всякому субъекту, а лишь тому одному, кто владѣетъ вещью по какому-либо титулу для отсутствующаго.

Третій законъ, который представляетъ собою рескриптъ на специальный случай, устанавливаетъ, что *exceptio obreptionis* дается въ томъ лишь случаѣ отвѣтчику, если истецъ, предъявляя *actio moment. possessionis* за отсутствующаго, на самомъ дѣлѣ получилъ рескриптъ въ свою пользу «*sub colore adipiscendae possessionis*». Субъектъ *actionis momentariae possessionis* и *obreptionis* всегда здѣсь одинъ и тотъ же. Здѣсь еще дѣло идетъ объ *unde vi*.

Второй законъ содержитъ въ себѣ лишь примѣненіе общаго правила, по которому противъ отсутствующихъ, *non contumaces*, недопустимы приговоры суда и исполненіе послѣднихъ. Рескриптъ этотъ, не вводя какихъ-либо новшествъ, равно не устанавливаетъ и новаго possessорнаго иска, повторяя лишь то, что было извѣстно уже за 200 лѣтъ до него, (*Bruns—cit. S. 103—107*).

Въ *L. 12 pr. Cod. de poss. 7.32* Юстиніанъ опредѣляетъ, что если представитель владѣльца броситъ (*dereliquerit*) его имущество, или передастъ другому во владѣніе, «*domino nihil praejudicii generetur*». Это послѣднее выраженіе не можетъ означать въ первомъ случаѣ продолженія владѣнія, а во второмъ—утрату послѣдняго и possessорный искъ для его обратнаго полученія. Въ *Базиликахъ* оба эти случая означаются однимъ словомъ—*ἀποστῆ*. Такимъ образомъ здѣсь не устанавливается *a. momenti* на случай недобросовѣстности представителя. (*Bruns—cit. S. 108—120*).

Что касается *L. 11 Cod. U. V.*, здѣсь *Bruns* признаетъ вмѣстѣ съ *Iерингомъ* *vacua possessio*, въ смыслѣ владѣнія оставленнаго, но не утраченнаго ранѣе момента *occupatio*. Вмѣстѣ съ тѣмъ онъ различаетъ, велѣдъ за *Папиніаномъ*, непосредственнаго владѣльца, удерживающаго владѣніе *solo animo*, и владѣльца посредственнаго, т. е. удерживающаго владѣніе за собой при помощи представителя, и думаетъ, что *remedium* Юстиніана имѣло примѣненіе только въ этомъ послѣднемъ случаѣ, не предусмотрѣнномъ древнимъ правомъ,

когда лицо утрачивало владѣніе еще ранѣе того, чѣмъ оно получило свѣдѣнія объ этой утратѣ. (*Brunns—cit. S. 120—132.*)

Въ конечномъ результатѣ своей критики и разсужденій Брунсъ заявляетъ слѣдующее: 1) Ни въ одномъ изъ указанныхъ выше *leges*, за исключеніемъ случаевъ владѣнія отсутствующихъ, нѣтъ указаній на прямое измѣненіе старыхъ матерьяльныхъ условій примѣненія поессессорной защиты, или на введеніе новаго иска рядомъ съ *U. V.* 2) Съ точки зрѣнія историческаго развитія *leges*, нигдѣ не имѣется основаній для противоположнаго мнѣнія. 3) Такое новшество не могло быть проведено *tacite*, что было бы противно постоянному стремленію Юстиніана подчеркивать и отгѣнять всѣ новости въ правѣ.

Такимъ образомъ должно признать, что въ римскомъ правѣ еще не было создано, какъ это позднѣе установило средневѣковое *jus canonicum*, interdикта въ защиту противъ всякой *injuncta causa amissionis*. Здѣсь такая защита давалась только противъ наслія и тайнаго присвоенія чужой вещи. Вместе съ тѣмъ нельзя однако отрицать, что понятіе наслія (*vis*) какъ оно установлено въ позднѣйшихъ источникахъ, толкуется ими *lato sensu*, не только въ смыслѣ старой *vis atrox*. Равно нельзя отрицать, что уже въ римскомъ правѣ были установлены, на нѣкоторые немногіе случаи спеціальнаго характера, въ виду ихъ важности—новыя средства защиты, *аналогичныя* лишь поессессорнымъ. Въ этой сторонѣ своего развитія римское право пошло новой дорогой; но область эта не получила своего дальнѣйшаго развитія, которое дано было праву уже въ средніе вѣка ¹⁾.

Равнымъ образомъ оказалось далеко не господствующимъ въ литературѣ предмета мнѣніе Іеринга, что *a. momenti* была *actio popularis*. По крайней мѣрѣ Брунсъ. (*Brunns—cit. S. 92 слѣд. 103 слѣд.*) и Уббелодде (*Ubbelohde—cit. S. 667 fg.*) вполне убѣдительно доказали, что взглядъ этотъ Іеринга вызванъ невѣрнымъ съ его стороны толкованіемъ

¹⁾ Pro: Meischer—cit. S. 462; Appleton—cit. § 180; Randa—Besitz S. 133; Contra: Baron—Pandekten § 122; Brinz—Pandekten I Aufl. S. 86; съ 5-го изданія Бриницъ однако измѣнилъ свой взглядъ см. S. 749.

относящихся сюда мѣстѣ источниковъ, а именно: L. 1 Cod. si per vim 8,5; L 4 Cod. Theodos. unde vi 4,22; L 3 Cod. qui legit. pers. 3,6. Ихъ мы здѣсь и разсмотримъ.—

L. 1 Cod. Iust. Si per vim 8.5 (326 г.) (L 4 Cod. Theodos. unde vi 4,22). 1)

Въ приведенной конституціи императоръ прежде всего предписываетъ судьямъ *ex officio* вступаться за отсутствующихъ въ случаѣ, если у нихъ будетъ отнято владѣніе какими либо вещами. При этомъ однако *causa principalis*, т. е. вопросъ о титулѣ владѣнія, о томъ въ силу какого *права* лицо владѣеть, долженъ оставаться безъ разсмотрѣнія; а разбирательству долженъ подлежать именно вопросъ о владѣніи лица отсутствующаго, у котораго отнята была вещь во время нахождения ея въ рукахъ друга, раба, близкаго лица вообще. Эти послѣдніе держатели не могли быть устранимы отъ возможности возбужденія ими иска въ порядкѣ *possessorномъ*, на основаніи того, что у нихъ нѣтъ

1) „Iudices absentium qui cujuslibet rei possessione privati sunt, suscipiant in jure personam et auctoritatis suae formidabile ministerium obiciant atque ita tueantur absentes ut id (въ Cod. Theodos. еще стояло—absentes. Hos tamen iudices, quos absentium jussimus subire personam, intra hos terminos ministerii retinemus, ut illibatis atque omnibus integris causae principalis externis id) solum diligenter inquirent, an ejus, qui quolibet modo („pacto“ cod. Theod.) peregrinatur, possessio ablata est, quam propinquus vel parens vel proximus vel amicus vel colonus vel libertus seu servus quolibet titulo retinebat, nec eos, qui eieci sunt absentium nomine possidentes, quia minime ipsis dictio causae mandata sit, ab experienda re secludent, nec, si servi sint, eorum reiciant in jure personas quia hujusmodi condicionis hominibus causas orare fas non sit: sed post elapsa quoque spatia recuperandae possessionis legibus praestituta litigium eis inferentibus largiri convenit, ut eos momentariae perinde possessioni sine ulla cunctatione restituant, ac si reversus dominus litigasset. § 1. Cui tamen quolibet tempore reverso actionem recuperandae possessionis indulgemus, quia fieri potest, ut restitutio propter servulos infideles vel negligentes propinquos vel parentes vel proximos vel amicos et colonos vel libertos interea differatur. Absentibus enim officere non debet tempus emensum, quod recuperandae possessioni legibus praestitum est, sed reformatio statu, qui per injuriam sublatus est, omnia quae supererunt ad disceptationem litigii immutilata permaneant: iudicio servato iustus legitimisque personis, cum valde sufficiat possessionem tenentibus absentium nomine contra praesentium violentiam subveniri“.

достаточныхъ на то полномочій и правъ. Въстѣ съ тѣмъ закономъ этимъ отмѣняется ограниченіе извѣстнымъ временемъ права предьявленія нека о возстановленіи насильственно отнятого владѣнія; при томъ какъ для держателей вещи такъ и для ея прежняго владѣльца, у котораго она отнята; послѣднему равнымъ образомъ предоставляется право вести дѣло и въ порядкѣ петиторномъ.

Предоставленіе защиты владѣнія отсутствующаго самому судѣ ex officio является первымъ случаемъ признанія возможности защиты владѣнія въ порядкѣ административномъ.

Допущеніе же держателей къ такой защитѣ представляется, какъ мы говорили уже выше, одной изъ первыхъ робкихъ попытокъ въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ расширенія области юридически защищаемаго владѣнія *in интересахъ* вещно на то управомоченнаго субъекта, черезъ его представителей, довѣренныхъ или вообще близкихъ ему лицъ—держателей вещи. На дозволеніе же *cui libet ex populo* охранять владѣніе субъекта (*a. popularis*) здѣсь мы указаній не имѣемъ ¹⁾.

¹⁾ Правило Константина, здѣсь изложенное, было позднѣе повторено Аркадіемъ и Гоноріемъ въ 396 г.—I. 4 Cod. Theodos. unde vi 4, 22. Здѣсь въ самомъ законѣ указано, что его содержаніе есть именно повтореніе правилъ стараго закона *ad hoc.*, т. е. I. 1 Cod. Theod. unde vi 4, 22—I. 1 Cod. Just. 8, 5; причемъ *perpetendi coria* представляется здѣсь не всякому желающему, но лишь тому, кто *utendae rei habuit facultatem*. Очевидно, что такой *detentor* и понимается здѣсь подъ *quaelibet persona*, по требованію которой должно быть возвращено отсутствующему лицу отнятое у него владѣніе. Этимъ обстоятельствомъ объясняется и тотъ фактъ, что редакторы Юстиніанова кодекса не помѣстили въ послѣдній I. 4 Cod. Theod. 4, 22 какъ простое повтореніе правила I Cod. si per vim 8, 5. Въ виду сказаннаго ошибочнымъ является утвержденіе Геринга будто бы I. 4 Cod. Just. *cit* давалъ *actio momenti* не только детенторамъ, но равно веѣмъ лицамъ, близкимъ къ отсутствующему владѣльцу (Bruns-cit S. 103 fg.).

Равнымъ образомъ невѣрной представляется ссылка Геринга на f. 6 Cod. Theod. Unde vi 4, 22, въ подтвержденіе характера a. momenti, какъ acto popularis 1).

Какъ указалъ *Брунс* (*Brunns-cit. S. 104*) эта конституція представляетъ собою отвѣтъ императоровъ не на просьбу частнаго лица, но на запросъ проконсула Африки по отдѣльному частному случаю, и видѣтъ въ ней новое правило права нѣтъ достаточныхъ основаній; напротивъ, здѣсь отвѣтъ императора основанъ на существующихъ предписаніяхъ положительнаго права. Между тѣмъ, какъ мы указали выше, это послѣднее въ *L. 1 Cod. Theodos. Unde vi 4, 22* и *l. 4 Cod. Theodos. h. t. 4, 22* дозволяло detentor'амъ искаться въ посессорномъ порядкѣ владѣнія, vi отнятого, въ пользу отсутствующихъ владѣльцевъ и ничего не знало о правѣ juslibet ex populo, т. е. даже на детенторовъ, предъявлять такіе иски противъ насильниковъ. По этому и слова *l. 6 Cod. Theod. 4, 22—Momenti actio exerceri potest per quamcunque personam*—должно понимать, какъ признаніе за всякимъ держателемъ вещи права искаться о возстановленіи нарушеннаго владѣнія отсутствующаго possessor'a. Въ пользу такого толкованія *l. 6 Cod. Theod. cit.* говоритъ равнымъ образомъ и то обстоятельство, что эта конституція помѣщена была въ кодексъ Юстиніана редакторами его подъ рубрикой—*Qui legitimam personam in judiciis habent vel non* (*l. 3 Cod. Iust. 3, 6*). Это было бы непонятно и не логично, если бы здѣсь говорили о предъявленіи простой a. popularis, требующей отъ иетца не спеціальной процессуальной дѣеспособности, но лишь одного права гражданства (*Ubbelohde—cit S. 671*).

Новостью, сравнительно съ прежними правилами, въ приведенныхъ выше конституціяхъ является еще признаніе

1) *l. 6 Cod. Theod. unde vi 4, 22—23 Cod. Iust. qui legit. person 4, 6 414 года:—Honorius et Theodosius II;*

„Momenti actio exerceri potest per quamcunque personam. Sub colore autem adipisendae possessionis obrepta petitio alteri obesse non debet, maxime cum absque conventione personae legitimae initiatum iurium videatur Nihil autem opituletur conventio circa minorem habita, cum id rectius circa curatorem debuerit custodiri“.

защиты путемъ *actio ex interd. U. V.*, не только имѣній, но и *движимостей* (*Contra Bruns—cit. S. 92 fg.*). По крайней мѣрѣ въ этомъ отношеніи l. 1.—*cit.* говоритъ прямо объ отсутствующихъ владѣльцахъ, *qui eujuslibet rei possessione privati sunt.* Точно также и въ l. 4 *Cod. Theod. cit.* имѣемъ мы указаніе на примѣненіе этой *actio* на случай, если у отсутствующаго владѣльца *perturbatus possessionis status sit vel direptum aliquid.* Ограничивать и здѣсь область примѣненія иска *ex interd. unde vi* однимъ недвижимымъ имуществомъ мы не имѣемъ права. (Ср. *Ubbelohde—cit. S. 671—672.*)

Violentia, какъ явленіе не совмѣстное съ земскимъ миромъ (*paх publica*), вызвала противъ себя рядъ законоположеній императоровъ, начиная съ Константина.

Изданіе этихъ новыхъ законовъ противъ *vis* совпадаетъ съ временемъ, когда наступило въ государствѣ затишье послѣ кровавыхъ смуть и раздоровъ, въ періодъ которыхъ римская имперія была въ корнѣ потрясена взаимной борьбой изъ за власти соимператоровъ и претендентовъ на престолъ.

Какъ извѣстно, въ этомъ отношеніи почти все время отъ провозглашенія войскомъ въ 306 году Константина императоромъ и до 325 года, когда онъ признанъ былъ единственнымъ августомъ, представляетъ собою почти непрерывныя междуусобицы въ государствѣ, когда не только имущество, но и жизнь мирныхъ гражданъ подвергались постоянно величайшей опасности отъ насильниковъ и войскъ:—Сперва борьба Константина съ Максиміаномъ (310 г.) на югѣ Галліи, потомъ рядъ упорныхъ битвъ противъ Максенція въ Италіи (312 г.); разрывъ и война соправителя Лицинія съ Максиміаномъ во Фракіи (313 г.); затѣмъ ожесточенная борьба Константина съ Лициніемъ до полнаго взаимнаго истощенія силъ, на Балканскомъ полуостровѣ, во Фракіи же (314—325 г.г.), пока Константину не удалось, путемъ чрезвычайныхъ усилій, одолѣть противника и сдѣлаться, послѣ его смерти, въ 325 г., единымъ повелителемъ имперіи, заложивъ себѣ новую столицу (Константинополь) на слѣдующій годъ послѣ окончанія войны (326 г.).

Въ борьбѣ противъ насилій и самоуправства, защищая *raх publica*, Константинъ еще въ 317 г. издалъ два закона, каравшіе смертной казнью лицъ, виновныхъ въ *manifesta violentia*, *violenta invasio*, на чужой земельный участокъ (l. 1. 1,2 Cod. Theodos. ad leg. Jul. de vi 9.10).

Въ 330 году Константинъ издалъ спеціальнѣйшій законъ противъ самоуправно поступающихъ при спорахъ о межахъ, въ силу котораго тяжущійся, виновный въ самовольномъ захватѣ пограничнаго участка во владѣніе ранѣе судебного о томъ приговора въ окончательной формѣ, является обязаннымъ при проигрышѣ процесса, не только выдать этотъ участокъ земли, но еще уступить противнику изъ собственной недвижимости участокъ, равный захваченному¹⁾.

Еще большее значеніе въ исторіи развитія защиты противъ *vis* играетъ конституція Валентиніана, Θεодосія и Аркадія отъ 389 г.²⁾

Основной предусмотрѣнный здѣсь казусъ таковъ: Нѣсколько лицъ насильственно захватили каждый себѣ во владѣніе вещи изъ конфискованнаго въ казну имущества, уверждая, что они-собственники этихъ *res*. Законъ запре-

1) L. 2 Cod. Theodos. fin. regund. 2.26=L 4 Cod. Justin. 3.39:

„Si constiterit eum, qui finalem detulerit quaestionem, priusquam aliquid sententia determinetur, rem sibi alienam usurpare voluisse, non solum id quod male petebat, amittat, sed quo magis utriusque contentus suo rem non expetat juris alieni, is, qui irreptor agrorum fuerit in lite superatus, tantum agri modum quantum diripere tentavit, amittat.“—

2) Cod. Theodos. — unde vi. 4.22— „Plerosque detectum est rem privatam nostram, quam publicatio celebrata quaesiverat, invasisse: quam nos a retentatoribus erepim sociari iubemus acrio, punientes contumacius, quam decus publicum sinebat, erectos, ut, qui litem inferre potuissent, nollent expectare iudicium ac spernerent victoriam, quam iustitiae praescripsisset eventus, et amplecterentur, quod dedisset audacia. Cadat igitur lite, quisquis operire noluerit litis eventum, et quod recipere lege potuisset, contemper examinis violentus amittat. Illi vero, quos in tantum furorem provexit audacia, ut quod iurgaturi apud examinis fidem sperare non possent, ante eventum iudicialis arbitrii illicita praesumptione temerarent, aestimationem rei, de qua litigari convenerat, cogantur exsolvere. Quod quidem etiam in privatis observandum negotiis generali lege sancimus, Illud autem ab officio magnificentiae tuae cavendum esse decernimus, ut sacratissima domus nostra litem expectare, non inferre cogatur, neque expelat, sed patiatur examen“.

паетъ такое самоуправство, постановляя, что если виновными въ томъ лицами окажутся дѣйствительные собственники этихъ вещей, они теряютъ свое право собственности въ пользу казны, во владѣніе которой отбираются отъ нихъ и самыя вещи. Если же такими захватчиками окажутся не собственники, то они должны не только передать эти вещи во владѣніе казны, но и уплатить сверхъ того стоимость послѣднихъ. Въсѣтъ съ тѣмъ законъ далѣе обобщаетъ означенное правило, указывая, что тѣ же нормы должны быть примѣняемы въ случаяхъ совершенія такого же насильственного захвата вещей у частныхъ лицъ („*Quod quidem etiam in privatis observandum negotiis generali lege sancimus*“).

Эта конститутія послужила редакторамъ Юстиніанова кодекса въ значительно измѣненномъ имъ видѣ *Матерьяломъ* для изданія знаменитой *L. 7 Cod. unde vi 8, 4*, къ болѣе подробному разсмотрѣнію которой мы перейдемъ ниже. ¹⁾

¹⁾ Въ тоже время въ Дигестахъ мы имѣемъ *Decretum divi Marci*, по которому такъ же карались, какъ поздне насильники, кредиторы, самовольно захватившіе у своихъ должниковъ движимыя и недвижимыя вещи, которыя должники обязаны были выдать имъ. Основная идея этого эдикта, можно думать, и послужила базой позднѣйшаго развитія ученія о защитѣ противъ *vis* въ императорскомъ правѣ: *fr. 13 Dig. quod metus causa 4, 2—Callistratus*:

„*Exstat enim decretum divi Marci in haec verba; „Optimum est, ut si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris. Cum Marcianus diceret: vim nullam feci, Caesar dixit: tu vim putas esse solum, si homines vulneretur? vis est et tunc, quotiens quis id quod deberi sibi putat non per judicem reposcit. Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte datam sine ullo iudice temere possedisse vel accepisse, isque sibi jus in eam rem dixisse: jus crediti non habebit“.*

Самъ Юстиніанъ, въ институціяхъ своихъ, какъ можно думать, указываетъ, что *Unde vi* имѣетъ примѣненіе только при недвижимостяхъ:

„§ 6 *Inst. de interd. 4, 15—*„*Recuperandae possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel aedium vi dejectus fuerit: nam ei proponitur interdictum unde vi, per quod is qui deiecit cogitur restituere possessionem. licet is ab eo qui vi deiecit vi vel clam, vel precario possidebat“.* Вслѣдъ затѣмъ Юстиніанъ самъ дѣлаетъ ссылку на приведенныя нами выше „*sacrae constitutiones*“ и на тѣ послѣдствія, какія имъ указаны для лица, виновнаго въ насильственномъ захватѣ владѣнія. — *Sed ex sacris constitutionibus, ut supra diximus, si quis rem per vim occupaverit, si quidem in bonis ejus est, dominio ejus privatur: si aliena, post ejus restitutionem etiam aestimationem rei dare vim passo compellitur“.*

Въ знаменитомъ *L. 7 Cod. unde vi 8, 4* Юстиніана правила объ отвѣтственности за *vis* изложены слѣдующимъ образомъ:

Jmpp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius ad Messianum comitem rerum privatarum a. 389.

— «*Si quis in tantam furoris pervenit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante eventum judicialis arbitrii violenter invaseret, dominus quidem constitutus possessionem quam abstulit restituat possessori et dominium ejus rei amittat: sin vero alienarum rerum possessionem invasit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earundem rerum restituere compellatur.*»

Если кто, говоритеся здѣсь, ранѣе судебного о томъ разбирательствѣ, насильно вступитъ во владѣніе (*possessionem invaserit*) спорными вещами казны или частныхъ лицъ, тотъ теряетъ и собственность и владѣніе ими въ пользу своихъ противниковъ: а если насильникамъ такимъ захвачены *чужія* вещи, онъ долженъ выдать не только ихъ во владѣніе противнику, но еще уплатить въ его пользу полную стоимость этихъ вещей. (Ср. § 1 *Instit. vi bonor. 4, 2*).

Lex 7 Cod. cit. давалъ владѣльцу, ставшему жертвой насилія, возможность не только вытребовать вещь себѣ во владѣніе, но еще и прочно задержать объектъ въ своемъ обладаніи, не доказывая даже своего права собственности на него. Этотъ послѣдній результатъ какъ кара за самоуправство и былъ истинною цѣлью закона; возстановленіе же владѣнія было здѣсь лишь второстепеннымъ послѣдствіемъ.

Здѣсь мы имѣемъ дѣло съ новымъ институтомъ, а не съ случаемъ расширения *unde vi* или иного стараго поссессорнаго средства защиты. Вмѣстѣ съ тѣмъ это новое *remedium* является не поссессорнымъ искомъ, а *condictio ex lege*, съ чертами *actio reoialis*, имѣющей однако результатомъ своимъ охрану и владѣнія отъ насилія, при томъ охрану въ болѣе упрощенной и удобной для примѣненія формѣ, чѣмъ старые интердикты.

Appleton (*cit. p. 171*) замѣчаетъ, что законъ противъ самоуправства, (*L. 7 cit*) какъ все вообще чрезвычайныя мѣры,

не долженъ былъ имѣть частое примѣненіе въ жизни. Это мнѣніе можетъ быть принято, но лишь для перваго времени послѣ опубликованія этого *L. 7. Cod. cit.*, тѣмъ болѣе, что Валентиніанъ III, подтверждая вновь его обязательную силу, грозилъ строгими карами судьямъ, если тѣ не пожелаютъ примѣнять этого закона въ судахъ. Но для послѣдующаго времени мы имѣемъ рядъ указаній источниковъ, что такая защита часто примѣнялась, и пользовалась кредитомъ и извѣстностью. Указаніе на это видимъ мы, напр., въ § 6 *Inst. de vi bonor. raptor.* ¹⁾.

Можно даже прямо сказать вслѣдъ за *Майнцемъ*, ²⁾ что закономъ Валентиніана было отнято всякое практическое значеніе за *unde vi*. Цѣлью примѣненія послѣдняго была борьба противъ квалифицированнаго насилія, т. е. особенно преступной *vis*. Равнымъ образомъ на случай болѣе тяжкой *violentia* былъ составленъ *lex cit.*, какъ это ясно изъ его строгости, а равно изъ фразы его—*«Tantum furoris... audaciam»*. При этомъ не важно, что онъ говоритъ специально о насиліи лица, утверждающаго что такимъ путемъ онъ осуществляетъ свое право, ибо, по замѣчанію *Виндшейда*, не долженъ быть слабѣе наказанъ тотъ, кто совершаетъ насиліе безъ увѣреній при этомъ въ своей правомѣрности.

Оба епособа защиты были пенальными и не погашавшимися годичной давностью; оба не допускали *exceptio vitii*. Но законъ Валентиніана являлся несравненно болѣе выгоднымъ для истца въ томъ отношеніи, что имъ признавались за потерпѣвшимъ отъ насилія, послѣ доказательства имъ своего владѣнія и его насильственнаго отнятія, не только владѣніе спорнымъ предметомъ, но и право собственности на послѣдній. Этимъ объясняется, почему Юстиніанъ счелъ излишнимъ вводить въ *Corpus juris* правила объ *interd. de vi armata* (за ихъ излишествомъ).

Иное наблюдаемъ мы въ отношеніи къ *interd. de vi non armata*.

¹⁾ *Melius divalibus Constitutionibus pro hac parte prospectam est, ut nemini liceat vi rapere vel mobilem, vel se moventem, licet suam eandem rem mobilem existimet».*

²⁾ *Maynz-Droit romain* § 90 Note 19).

Необходимо замѣтить, что въ императорскомъ законодательствѣ вытребованіе владѣнія обратно не было болѣе въ гражданскомъ порядкѣ ограничиваемо только античной областью *vis atrox*, но имѣло мѣсто равнымъ образомъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ, гдѣ *violentia* не была наказуема; укажемъ здѣсь хотя бы на *L. 8 Cod. unde vi* съ его *momentaria actio*. Во всякомъ случаѣ почитается внѣ всякаго сомнѣнія тотъ фактъ, что *recuperatio possessionis* имѣла здѣсь примѣненіе во многихъ случаяхъ, гдѣ возбуждался вопросъ о *vis publica* или *privata*, гдѣ къ тому же была нужна и *inscriptio*. На подобные случаи, не могли быть распространяемы правила *L. 7. Cod. cit.* Такимъ образомъ очевидно, что еще существовала серьезная практическая потребность въ *interd. unde vi*, какъ въ *actio civilis*, въ частности именно въ двухъ случаяхъ, каковы:

а) Когда дѣло шло о *violentia* не деликтной.

б) Когда истецъ не хотѣлъ пользоваться пенальнымъ искомомъ, т. е. не хотѣлъ совершать *denuntiatio* о понесенномъ насиліи, при помощи *inscriptio*, результатомъ которой могло оказаться наказаніе самого истца талиономъ, въ случаѣ проигрыша имъ дѣла въ пользу отвѣтчика (*Appleton—cit. p. 179*).

Насильственное *spolium* давало такимъ образомъ по юстиніановому праву основаніе для вчиненія двухъ рекуператорныхъ исковъ:

а) одного уголовного (пенальнаго) на случай наказуемой *violentia*, примѣнявшагося къ движимостямъ и не движимостямъ и непогашавшагося годичной давностью;

б) другого гражданского, обнимавшаго собою кромѣ случаевъ наказуемой *violentia*, случаи ненаказуемой *violentia*, и не примѣнявшагося къ движимостямъ; погашался онъ годичной давностью.

Оба иска эти не примѣнялись противъ третьяго пріобрѣтателя вещи, какъ добро—такъ и не добросовѣтнаго.

Защита владѣнія въ эпоху ранняго средне- вѣковья на западѣ.

Эпоха ранняго средневѣковья вообще и въ частности условія и способы защиты владѣнія, тогда примѣнявшіеся, остаются для насъ крайне слабо извѣстными, за отсутствіемъ достаточнаго количества относящихся сюда дошедшихъ до нашего времени данныхъ. Поэтому и наше изслѣдованіе вопроса о защитѣ владѣнія въ это время будетъ неизбѣжно очень краткимъ, отрывистымъ и во всякомъ случаѣ не претендующимъ на цѣлостность и законченность. Задачей нашей будетъ здѣсь лишь по возможности указать на слѣды примѣненія въ законахъ и практикѣ ранняго средневѣковья правилъ римскаго права о защитѣ владѣнія, въ особенности же законовъ противъ *privata violentia*.

Эдиктъ Теодориха въ гл. X содержитъ законъ противъ *privata violentia*, предписывая здѣсь, чтобы въ случаяхъ спора о владѣніи стороны рѣшали послѣдній процессуальнымъ путемъ, не прибѣгая къ насильямъ; виновный же въ *violencia* не только утрачивалъ владѣніе вещью, но еще платилъ двойную стоимость плодовъ съ послѣдней ¹⁾. Если же въ насильственномъ захватѣ владѣнія вещью оказывалось виновнымъ такое лицо, которое не могло имѣть никакихъ основаній для владѣнія послѣдней (*quae eidem minime debebatur*), съ него въ пользу казны взыскивалось, кромѣ вещи и двойной стоимости плодовъ ея потерпѣвшему, еще стоимость захваченнаго имущества. Послѣднее являлось очевидной добавочной карой (пеней) съ насильника, умышленно желавшаго *vi* захватить вещь, ему не принадлежавшія. ²⁾

¹⁾ Правило L. 1. Cod. Theodos de fructibus, Юстинианомъ позднѣе отмѣненное. См. ergo L. 2, Cod. de fructibus.

²⁾ Edictum Theodorici regis изд. Walter Corpus jurs germanici antiqui 1824 г. т. I.

C. X.—„Qualemcumque cujuslibet rei possessorem conveneri judicaria auctoritate decernimus et expectari semper juste cognitionis eventus.

Изъ главы 75 эдикта Теодориха мы видимъ, что квалифицированное насиліе, противъ котораго по римскому праву давался *interd. de vi armata*, теперь карается согласно закону противъ *privata violentia*. Какъ мы читаемъ въ этой главѣ эдикта:

C. LXXV—«*Qui etiam armatis hominibus ferro, fuste, lapide, de possessione quemquam, domo, villa expulerit, expugnaverit, obsederit, clauserit, aut si forte propter hanc rem quis homines suos praestiterit, locaverit, conduxerit, turbam, seditiones, incendium fecerit, ad violentiae poenam quae est superius adscripta, teneatur.*»

Еще болѣе интересныя указанія касательно рецепціи римскихъ правилъ о защитѣ противъ *vis* встрѣчаемъ мы въ слѣдующей 76-й главѣ эдикта Теодориха. Здѣсь говорится уже исключительно объ интердиктѣ *de vi non armata* (или *quotidianiana*), причемъ имѣются указанія на примѣненіе его *intra annum* и помѣщено выраженіе *momenti jure* т. е. говорится о «правѣ владѣнія». Наконецъ здѣсь же отгѣняется значеніе *exceptio vitii*, свойственной такому интердикту.

Cap. LXXVI—«*Si res occupata per violentiam intra annum momenti jure salva proprietatis caussa reddetur: qui eandem rem quam alterius praesumptione perdidit, nec violenter, nec abscondite, nec precario possidet.*». Словомъ, здѣсь мы снова встрѣчаемся съ правовѣрнымъ ученіемъ касательно *int de vi*, какъ оно было изложено въ *Sententiae* Павла и Гаевыхъ Институціяхъ.

Quod si quis qualemunque possessorem possessione dejecerit, amissionem, pro tanta praesumptione, vel bonae litis incurrat; reformata scilicet possessione quam occupaverit, fructus quoque duples pro tanta temeritate persolvat. Quod si illam possessionem occupaverit, quae eidem minime debebatur, hanc poenam habeat, ut et rem cum fructibus in eo statu domino reddat invasam et aestimationem rei pervasae subire cogatur, fisci juribus profuturam. Cujus decreti justae ac legitimi omnes per provincias iudices, et urbe venerabili constitutos, vel eorum officia, jubemus esse custodes: ita ut si aliquid extiterit, quo se putent exigendae mulctae superius comprehensae pares esse non posse, relationem ad scriinia nostra transmittant, ut a nobis, si ratio poposcerit, districtius vindicetur».

Брунсъ (*Das Recht des Besitzes* S. 99) отмѣчаетъ, что законъ Валентиніана былъ реципированъ въ эдиктъ Теодоріра, гдѣ онъ трактуется съ особымъ вниманіемъ и называется «*decretum justum atque legitimum*». Вмѣстѣ съ тѣмъ Брунсъ добавляетъ, что не смотря на такое особенное вниманіе къ этому закону, было довольно необдуманно повторять въ с. 75 постановленіе стараго римскаго права, что изгнанный можетъ только тогда исцѣлиться, если онъ владѣль *sine vitio* отъ противника. Нѣсколько ниже Брунсъ дѣлаетъ такое же замѣчаніе касательно Бревіара Вестготовъ а равно по адресу автора *Brachylogus*.

Относительно вмѣненія Брунсомъ въ вину компиляторомъ эдикта и позднѣйшимъ юристамъ того обстоятельства, что они повторили означенное правило древняго римскаго права, слѣдуетъ замѣтить, что они при этомъ реципировали правило, тогда еще не отмѣненное ни закономъ, ни судебной практикой. Юстиніановъ Кодексъ, въ которомъ установлено было соответствующее измѣненіе, изданъ былъ значительно позднѣе эдикта Теодориха. Конечно, Брунсъ того мнѣнія, что все измѣненія въ интердиктной защитѣ, получившія законодательную санкцію въ *Corpus juris*, были *de facto* разработаны на практикѣ за время ранѣе юстиніановой кодификаціи. Но противъ принятія его гипотезы вообще, слѣдуетъ указать на то, что все юридическія книги запада не отклонялись въ ученіи своемъ объ *int. de vi* отъ правилъ *ad hoc* Павла и Гая. Это же во всякомъ случаѣ доказываетъ, что преобразование интердикта *de vi* въ его новый (Юстиніанова права) видъ произошло въ восточной, а не западной половинѣ Имперіи.

Тотъ фактъ, что на западѣ книги права (сборники права) продолжали принимать *exceptio vitii* при *int. unde vi*, не смотря на знакомство съ законами противъ *privata violentia*, служить прежде всего въ пользу того, чтобы указать, что исключеніе этой *exceptio* изъ Юстиніанова законодательства возникло не вслѣдствіе закона Валентиніана, но создано было восточными юристами, чтобы устранить такимъ путемъ затрудненія и дисгармоніи, появившіяся въ защитѣ владѣнія послѣ опубликованія этого закона, т. е. послѣ слитія

интердиктовъ *de vi* и *de vi armata* въ одинъ общій текстъ, въ которомъ *exceptio vitii* не имѣла уже мѣста. Другими словами, и это измѣненіе было дѣломъ восточно римскаго права и практики.

Такимъ образомъ на западѣ Римской имперіи въ правѣ разсматриваемаго времени продолжалъ примѣняться *int. de vi non armata*. Интердиктъ *de vi armata*, напротивъ, уже не появляется болѣе, какъ интердиктъ въ собственномъ смыслѣ слова, быть можетъ потому, что о *vis armata* говорятъ только по отношеніи къ *leges iuliae*. Это даетъ основаніе думать, что въ сборникахъ права, гдѣ это не высказано прямо, какъ въ эдиктѣ (Теодориха), его уже разсматривали въ качествѣ суррогата закона противъ *privata violentia*. А можетъ быть о немъ не упоминается потому, что практика его забыла, зная другіе способы борьбы противъ *vis*.

Какъ указываетъ Кассиодоръ (Cassiodori. Var. IX, 18) преемникъ Теодориха Аталарихъ обратилъ особенное вниманіе и возстановилъ на практикѣ примѣненіе совершенно неосновательно забытаго (*pessime neglecta*) закона Валентиніана противъ тѣхъ, «*qui praedia urbana vel rustica, despecto juris ordine, per se suosque praesumpserint expulso possessore violenter intrare*». Сюда была еще добавлена изъ L 1 Cod. Theodos. de fructibus обязанность для насильника выдать потерпѣвшему двойную стоимость плодовъ спорной вещи.

Эта особенная забота двухъ Остготскихъ царей о введеніи въ практику судовъ указанныхъ правилъ противъ насильниковъ съ достаточной очевидностью показываетъ, какъ хорошо отвѣчала такая мѣра потребности создать скорыя и рѣшительныя средства защиты противъ проявленій насилій и самоуправства, средства, въ которыхъ особенно чувствовалась потребность въ тѣ смутныя времена великихъ соціальныхъ переворотовъ, когда возрождалось взаимнѣ правового порядка римлянъ варварское кулачное право, какъ способъ самозащиты частными лицами ихъ интересовъ¹⁾.

¹⁾ Ср. Nani Gli Statuti di Pietro II Conte di Savoia въ *Memorie delle Accademie delle Scienze di Torino Serie II Tom. 32 p. 30.*

Что касается *lex romana Visigothorum* (*Breviarium Alariciani*), то здѣсь еще болѣе обширнымъ является заимствование правилъ римскаго права о защитѣ владѣнія. Въ этомъ отношеніи имѣются здѣсь цѣликомъ реципированные изъ *Codex Theodosianus* титулы *Unde vi* и *ad legem Iuliam de vi*, а равно изъ *Pauli Sententiae* титулъ *de interdictis* (последній съ опущеніемъ правилъ объ интердиктной защитѣ сервитутовъ). Изъ этихъ мѣсть разсматриваемаго сборника права для насъ здѣсь особый интересъ имѣетъ *lib. VIII, tit. 1 § 2 Brev. Alaric—Si possessor per violentiam expellatur*,—по смыслу котораго насильникъ утрачиваетъ отнятое имъ имущество въ пользу противника, хотя бы права послѣдняго на спорный объектъ и были хуже; мало того если насильникомъ оказывалось лицо, не имѣющее никакихъ правъ на владѣніе отнятымъ имъ имуществомъ, оно обязывалось не только выдать потерпѣвшему отнятое у него имущество, но еще уплатить ему же *tantum, quantum invasit*.¹⁾

Это же правило о возвращеніи отнятого потерпѣвшему *in duplum* специально развито *ibid.* въ § 5.²⁾

¹⁾ *Lib. VIII, tit. I § 2—«Si possessor per violentiam expellatur»—*

—*„Quicumque violenter expulerit possidentem, priusquam pro ipso iudicis sententia procedat, si causam meliorem habuerit, ipsam causam de qua agitur perdat, Ille vero qui violentiam pertulit, universa in statu quo fuerant recipiat quae possedit, et securus teneat. Si vero illud invasit, quod per iudicium obtinere non potuit, et causam amittat, et aliud tantum, quantum invasit, reddat expulso“.*

²⁾ *Ibid § V.—„Ut nulla res ab alio possessa absque iudicio usurpatur“.*

—*„Nullus comes, vicarius, villicus, praepositus, auctor aut procurator, seu quilibet ingenuus, atque etiam libertus, aut servus, rem quae ab alio possidetur, post nomen regiae potestatis, vel dominorum suorum, ausi usurpare praesumat ante iudicium. Quod si non expectata discussione id quod ab alio possidetur, aut jure alterius esse dignoscitur, iuaserit, omne quod abstulit et praesumptuosus invasit, tam in mancipiis, quam in ceteris rebus in duplum ei restituat, de cujus jure visus est abstulisse, ac singulorum annorum fruges, quas inde fideliter collegisse juraverit, petitori compellatur exsolvere“.*

Слѣдуетъ признать ошибочнымъ заявленіе Савиньи въ его *Geschichte des römischen Rechts in Mittelalter II*, 74, пр. 6—и Дана (*F. Dahn—Westgothische Studien S. 297*) о томъ, что Вестготамъ было извѣстно Юстиніаново право. Можно допускать проникновеніе Юстиніанова права лишь въ Южную часть Испаніи, которая долгое время безъ перерыва были подчинены византийскому государству. Далѣе же на сѣверъ, внутрь страны, римское право проникло лишь, поскольку оно вошло въ *Breviarium Alariciani*. См. Halban—*Das römische Recht in den Germanischen Volksstaaten I 1891 S 190.*

Очень своеобразно поставлено дѣло защиты владѣнія противъ насилій и самоуправства въ *lex Romana Burgundiorum*. Здѣсь видимъ мы у редакторовъ этого кодекса стремленіе реципировать болѣе совершенныя и развитыя нормы римскаго права ихъ времени, но именно тѣ изъ нихъ и въ такой переработкѣ, какая отвѣчала бы лучше всего запросомъ и условіямъ жизни народовъ, для удовлетворенія бытовыхъ условій которыхъ именно и былъ предназначенъ *liber Papianus*. Потому то, по всей вѣроятности, мы и находимъ здѣсь въ *tit. VIII—de violentiis*—помѣщенными, въ переработанномъ видѣ, правила, заимствованныя изъ *LL 2 и 3 Cod. Theodos. ad legem Iuliam. lib. 9. tit. 10; L 1 Cod. Theodos. de fructibus 4,18* и быть можетъ (ср. *Brunscit S. 100*) изъ *int. unde vi*; хотя, должно признаться, послѣднее заимствование довольно спорно.

Согласно смыслу означеннаго титула 8-го изъ *lex romana Burgundiorum*, здѣсь различаются случаи насильственнаго захвата имущества «*collectis turbis*» и «*sine tumultu*». Въ первомъ случаѣ, если окажется, что насильникъ не имѣлъ права на обладаніе захваченнымъ имъ имуществомъ, онъ подвергался смертной казни. Если же имъ будетъ доказано, что захваченное «*collectis turbis*» имущество принадлежитъ ему въ собственность, тогда съ насильника просто лишь взыскивалась въ казну *propter admissam violentiam* половина стоимости захваченнаго имущества. ¹⁾

¹⁾ *Lex romana Burgundiorum (liber Papianus ed. A. Barkow. 1826 г.)*.

Tit. VIII—De violentiis:—

Si quis violentiam ita convincitur admisisse, ut collectis turbis per vim intruens dejiciat possidentem, nec enim civili ut legum est, actione pulsaverit, capitali sententia feriat. Si tamen rem, de qua possidentem depulit, sui juris debere esse non convicerit, tum demum est, ut poena supra scripta damnetur. Quod si suam quidem proprietatem esse convicerit, medietas ejus rei in ejus proprietate permaneat, alia medietas propter admissam violentiam fisci viribus societum secundum legem theodosiani lib. IX sub titulo de vi publica et privata ad Bassum praefectum urbi datam. (ср. L 2 и 3 Theod. Cod. ad leg. Iuliam de vi publ. et priv. lib. 9 tit. 10; именно здѣсь L 2— „Si quis per violentiam alienum fundum invaserit, capite puniatur“, L 3—

Если въ случаѣ захвата чужого имущества «*sine tumultu*» виновный въ этомъ не имѣлъ права на захваченное (*rem indebite tenuisse*), онъ обязанъ былъ выдать обратно это имущество и уплатить двойную стоимость доходовъ съ послѣдняго.

Наконецъ, виновный въ насильственномъ отнятіи (*per vim haruerit*) у другого *движимаго* имущества, отвѣчалъ передъ потерпѣвшимъ въ теченіе перваго года *in quadruplum*, а послѣ года *in simplum*¹⁾.

Мы видѣли такимъ образомъ, что въ приведенныхъ выше законодательныхъ сборникахъ значеніе и вліяніе римскаго права въ разсмотрѣнной нами области отношеній еще настолько велико, что отгѣсняетъ примѣненіе нормъ германскаго обычнаго права и рѣзко проводитъ защиту владѣнія какъ такового, независимо и обособленно отъ защиты *права*. Позднѣе однако все болѣе наблюдается уже обратная картина; германская *Gewere* захватываетъ собою все. По крайней мѣрѣ до насъ дошли лишь настолько слабые черты и слѣды римской посессорной защиты, что можно даже и вообще сомнѣваться въ примѣненіи ея въ практикѣ того времени. Такое господство идей германскаго обычнаго права видимъ мы для Италіи уже въ Лангобардекомъ законодательствѣ, въ которомъ положительнымъ и опредѣленнымъ образомъ проводится основное правило, что насильникъ является обязаннымъ въ томъ лишь случаѣ выдать захваченное имъ *violenter* имущество, когда не докажетъ своего права собствен-

cit:—*si quis ad se fundum... adserit pertinere... civiliter... agat, aut... crimen violentiae obponat... Quodsi... vim possidenti intulerit, ante omnia amissae possessionis jura reparentur... violentus, agitato negotio principali, si contra eum fuerit judicatum, in insulam deportetur... Quodsi pro eo sententia profertur, omnium rerum, de quibus litigatum est, media pars penes eum resideat, cetera fisci viribus vindicentur*»).

¹⁾ Lex romana Burgundiorum ed Barkow tit. VIII. De his vero, qui *sine tumultu solum* occupatae aut pervasae rei actio intenditur, si quis convictus fuerit rem indebite tenuisse, post conventionem duplos fructus cum rei ipsius restitutione dissolvat. (Ср. L. I. Cod. Theod. de fuctibus et lit. expens. 4.18, откуда это заимствовано).

ности на послѣднее ¹⁾. Тѣ же германскія идеи касательно защиты владѣнія господствуютъ во всѣхъ сборникахъ правъ, изданныхъ внѣ Италіи за тотъ же періодъ времени (VII—IX вѣка), какъ, напр., въ *lex Ribuaria*, или въ *lex Bajuvariorum* ²⁾. вмѣстѣ съ тѣмъ мы не можемъ признать вѣрнымъ утверженіе Цѳпфля, ³⁾ который, ссылаясь на текстъ *leg. Bajuvarior. (tit. XVII, c. 1, 2)*, утверждаетъ, что въ германскомъ обычномъ правѣ допускался искъ противъ *spolium'a*, какъ таковой, подобный а *spolii* средневѣковаго права, п. ч. имѣется существенное различіе между обоими исками *Lex Baiuvariorum*, и всѣ законы того же рода предписываютъ насильнику, или споліатору, возвратитъ отнятое имъ имущество и вмѣстѣ съ тѣмъ уплатитъ извѣстную пеню. Однако въ то же самое время они признаютъ за насильникомъ возможность избавиться отъ такой обязанности путемъ ссылки на свое право собственности на эту вещь. Такимъ образомъ здѣсь дѣло идетъ не о настоящемъ possessорномъ искѣ, какъ у канонистовъ, но о пенальномъ средствѣ защиты, болѣе или менѣе суроваго характера, противъ того, кто совершилъ насиліе и не могъ при этомъ доказать своего права собственности на отнятую имъ вещь. Такимъ образомъ здѣсь въ *lex Bajuvar.* совершенно смѣшиваются петиторный и possessорный искъ ⁴⁾; при томъ въ нихъ говорится о защитѣ не противъ всякаго *spolium'a*, а лишь о такомъ, который совершенъ *malò ordine*, т. е. не собственникомъ вещи ⁵⁾.

Аналогичныя правила защиты противъ *violentia* имѣются и въ лонгобардскомъ правѣ, по которому равнымъ образомъ давалась защита лишь противъ такого насильника, *qui suum probare non potuerit* ⁶⁾.

¹⁾ См. Bruns—cit S. 101.

²⁾ См. *Lex Ribuaria* LIX, 8 edit. Sohni 1883 p. 83; *Lex Bajuvar. tit. XVII, Cap. 1, 2*, edit. Gengler p. 374.

³⁾ Zöpfel—*Deutsche Rechtsgeschichte* I § 102 S. 155.

⁴⁾ См. Heusler—*Die Gewere* S 103; Bruns—*Das Recht des Besitzes* S. 255 fg.

⁵⁾ Bethmann-Hollweg—*Civilprocess* I. § 24 S. 54.

⁶⁾ См. Bruns—cit S. 101; Del Giudice—*Le tracce del diritto romano nell'edito longobardico*—въ *Rendiconti del Istit. Lombardo Serie II, vol. XIX, 1886 p. 569.*

Въ качествѣ наиболѣе характернаго изъ многихъ правилъ такого рода приведемъ здѣсь сар. 148 Луйтпранда¹⁾

«Si quis ex sua auctoritate terra aliena sini publico wifavirit (захватилъ), dicendo quod sua debeat esse, et postea non potuerit provare quod sua sit, componat solidos sex, quomodo qui palo in terra aliena figit».

Лонгобардское право въ этомъ отношеніи никогда не отступало отъ чисто германской точки зрѣнія. Иное видимъ мы въ положеніяхъ капитулярій. Такъ уже въ капитуляріи Пипина 787 года, мы находимъ случай настоящей защиты владѣнія въ порядкѣ уголовномъ, а именно: ²⁾.

Capit. Pippini, сар. 23 (24) p. 373:

«Ut nullus alteri praesumat res suas aut alia causa sine iudicium tollere aut invadere; et qui hoc facere presumpserit, ad partem nostram bannum nostrum componat».

Царь Гвидонъ подтвердилъ и укрѣпилъ принципъ, санкціонированный Пипиномъ, въ одномъ специальномъ случаѣ, гдѣ указалъ, что лицо, приобрѣвшее вещь, зная, что продавецъ ея отнялъ послѣднюю незаконно у ея хозяина не можетъ приобрѣсть или удерживать за собою владѣніе этимъ имуществомъ, подъ угрозой утраты веѣхъ своихъ правъ на послѣднее и уплаты еще *bannum regis*: „si quis ipsas (res) sine lege invaserit, non solum ipsas res amittat, sed insuper bannum nostrum componat“.³⁾

Въ этомъ же постановленіи, наряду съ ясно выраженными чертами виндикаціоннаго германскаго процесса, видимъ мы точныя указанія и на посессорную защиту.

Вмѣстѣ съ тѣмъ признано было, что не только самъ споліаторъ, но равнымъ образомъ и третій приобрѣтатель отъ него *mala fide*—*spolii conscius*, обязанъ былъ выдавать споліату имущество, теряя вмѣстѣ съ тѣмъ свои права на по-

¹⁾ Luitprandi—с. 148 (VI) см. у Padeletti—*Fontes juris Italici*, p. 278; ср. еще *ibid* p. 156, 169, 210, 239, 279. Rothari с. 354—357; Luitprandi с. 46 (XVII); с. 47 (XVIII); с. 90 (VII), с. 150 (VIII).

²⁾ См. *Capitularia Regum Francorum* ed. Boretius (*Mon. German. histor. Leg.* tom I): Pippini Capit. Papiense сар. 14, pag. 200;

³⁾ Padeletti—*Fontes* p. 429—*Capitul. Widonis* сар. 5.

слѣднее и уплатчивая *bannum regis*.¹⁾ Такимъ образомъ приведенный нами выше капитулярій Гвидона можно считать первымъ случаемъ признанія правила о допустимости поссессорныхъ исковъ не только противъ виновныхъ въ споліумѣ лицъ, но и третьихъ пріобрѣтателей отнятого *vi* имущества—правила, позднѣе ставшаго господствующимъ въ средневѣковой юриспруденціи.

Выводомъ изъ сказаннаго можно установить то положеніе, что охрана владѣнія за разсмотрѣнный періодъ времени основывалось на западѣ бывшей Римской имперіи единственно на средствахъ пенальнаго характера, схожихъ, если не тождественныхъ, съ примѣнявшимися противъ *privata violentia*.

Подтверженіе этому мы находимъ равнымъ образомъ въ дошедшихъ до насъ случаяхъ изъ судебной практики и небольшого числа научныхъ сочиненій ранняго средневѣковья.

Такъ въ одной тяжбѣ 721 г. между епископами Ареццо и Сиены, первый ссылается на законъ Валентиніана.²⁾

Тотъ же *lex Valentiniana* помѣщенъ въ капитуляріяхъ Бенедикта Левиты (*lib. II libellus V C. 161, 353*). Въ обѣихъ главахъ послѣ правила, что *spoliator—„si causam meliorem habuerit, ipsam causam, de qua agitur perdat“*, дсбавлено—*„si vero illud invadit, quod per iudicium obtinere potuit (potuerit—въ с. 353), et causam amittat et alium tantum quantum invasit, reddat expulso“*.

Въ *lex Romana canonice compta*, какъ указалъ Маасенъ³⁾ цѣликомъ заимствованъ изъ Юстиніанова кодекса титулъ *unde vi*.

Decretum Ivonis почти буквально заимствуетъ содержаніе двухъ капитулярій Бенедикта Левиты съ правилами касательно *privata violentia*⁴⁾ Здѣсь же въ *cap. 324* имѣется

¹⁾ *Summa legis Longobardorum lib. I, cap. XX, de invasionibus edit. Anschütz S. 37.*

²⁾ *Savigny—Geschichte des rom. Rechts im Mittelalter II, S. 226; Brunscit S. 101.*

³⁾ *Maassen Geschichte der Quellen und der Litteratur des canonischen Rechts Gratz. 1871 I, S. 888.*

⁴⁾ *Decretum Ivonis XVI pars, cap. 310.*

указаніе на законъ Константина касательно захватчиковъ сосѣдскихъ участковъ, основанный на томъ же принципѣ.

Въ дѣлѣ Инкмара Реймскаго противъ его племянника, въ 872 г., на concilium Daziacense сдѣлана ссылка на тотъ же законъ Валентиніана, при чемъ цитруется даже относящаяся сюда мѣсто изъ Θεодосіева кодекса.¹⁾

Въ Petri Exceptiones cap. 2, lib. III de rapina mobilis rei, гдѣ говорится объ actio vi bonorum raptorum, установлено, что тотъ, кто *ne dolo malo* отнялъ насильно вещь, „si sua est, amittat eam, si aliena, eam et aliam similem reddat“.

Въ cap. XI той же книги, озаглавленномъ de invasione immobilium rerum,—говорится:

„Si quis domum vel aliquam rem immobilem violenter invaserit, si sua est, amittat eam; si sua non est, *in duplum restituet* idest eam et eam similem sub aestimatione pretii“.²⁾

Здѣсь мы ясно видимъ переходъ отъ уплаты вещи и пени къ обязанности выдать совместно съ спорнымъ объектомъ, еще другой, ему подобный, и наконецъ, двойную стоимость объекта спора.

Expositio ad Capitular. Widonis³⁾ противопоставляетъ правиламъ указаннаго выше закона царя Гвидона положенія римскаго права, изъ которыхъ собственно ссылка сдѣлана исключительно на одинъ лишь законъ Валентиніана, при чемъ говорится о послѣднемъ въ такихъ выраженіяхъ, что становится вполне очевиднымъ признаніе этого закона основнымъ, даже единственнымъ средствомъ поссессорной защиты, дошедшимъ сюда изъ римскаго права.

Brachylogus содержитъ въ титулѣ De Rapina (lib. III, tit. XXI, § 2) законъ Валентиніана, и въ титулѣ de interdictis (lib. IV, tit. XXVIII, § 2, 3) указаніе на interd. Unde vi; причемъ здѣсь еще добавлено: „in hoc interdicto nihil aliud quaeritur, nisi si possessor, qui vi expulsus est ab eo qui expulit, neque vi neque clam neque precario possidebat“.

¹⁾ Mansi—Conciliorum collectio XV, col. 447 (Responsa Episcoporum).

²⁾ Petri Exceptiones. Savigny Geschichte des römischen Rechts B. II.

³⁾ Padeletti—Fontes cit. p. 429.

Unde vi и законъ Валентиніана объединяются во многихъ документахъ въ теченіи всего періода, предшествовавшего расцвѣту теоретической разработки вопроса о владѣніи въ трудахъ юристовъ Болонской школы. Такъ, напримеръ, въ *libellus querulus*, посланикомъ въ 1140 году монахами Гроттаферрата къ Иннокентію II по поводу дѣла съ нѣкимъ Tolomeo, говорится между прочимъ. ¹⁾

— „Omnia ista violenter ingressus, violente possessionis invasor ut predo tenetur, de quibus ad instar interdicto Unde vi vel condictione ex lege (si quis in tantam furoris pervenerit) audaciam et cetera, per quam non solum restituitur ipsa possessio, sed etiam possessio estimatio“... „conquerimus de terra... quam nobis abstulit ut restituere faciatis per actiones quibus violenta possessio repetitur“.

Алибранди (l. c.), думается намъ, черезъ чуръ уже отбѣняетъ значеніе этого документа, какъ свидѣтельства въ пользу освѣдомленности судей и юристовъ того времени въ римскомъ правѣ: смѣшеніе во едино Unde vi и закона Валентиніана, какъ это дѣлаютъ здѣсь монахи въ приведенномъ отрывкѣ изъ *libellus querulus*, скорѣе всего именно указываетъ, что они имѣли смутное представленіе объ unde vi. Unde vi, на сколько можно судить изъ дошедшихъ до насъ памятниковъ разсматриваемаго періода, тогда на практикѣ почти-что совсѣмъ не примѣнялся, а если гдѣ о немъ и говорится, то въ соединеніи его съ закономъ Валентиніана. Этому послѣднему, наоборотъ, посчастливилу. Можно сказать, что до появленія *remed. spoli* онъ былъ единственнымъ средствомъ, примѣнявшимся на практикѣ, для возстановленія утраченнаго владѣнія, причемъ его признавали и духовныя и свѣтскія власти въ своихъ судахъ одинаково.

¹⁾ См. *Studie documenti de Storia e Diritto* anno VII (1886) p. 112; ср. *Alibrandi Osservazioni giuridiche sopra un ricorso dei monaci di Grottaferrata al pontef. Innocent. II*—въ *Studie e documenti di Storia...* anno VIII (1887) f. 3.

Борьба противъ *vis* въ средніе вѣка.

Съ усиленіемъ королевской власти при Карлѣ Великомъ и съ установленіемъ государственной системы на феодальныхъ началахъ постепенно все болѣе вытѣняется идея необходимости защиты земскаго мира.

Нарушеніе общественной безопасности путемъ совершенія насильственныхъ дѣйствій надъ личностью или имуществомъ, вообще нарушеніе *pac publica* или королевскаго мира, по выраженію того времени ¹⁾, преслѣдовалось королемъ какъ личная ему обида; причемъ виновный въ такихъ дѣйствіяхъ подвергался штрафу за нарушеніе *bannum regis*, обыкновенно въ размѣрѣ 60 солидовъ.

Необходимо замѣтить однако, что запрещеніе насильственныхъ дѣйствій королемъ, подѣ угрозой пени должно быть во всякомъ случаѣ понимаемо сообразно съ условіями жизни того времени, когда допускалось и процвѣтало законное, такъ сказать, насиліе, когда потерпѣвшіе сами должны были помогать себѣ въ охраненіи своихъ правъ. Такая *vis iusta* признавалась тогда почти добродѣтелью, и въ источникахъ мы имѣемъ ясныя указанія на запрещеніе лишь насилія, проявлявшагося въ отношеніи къ чужому имуществу—*vis iniusta*; свое же, захваченное *vi* другимъ лицомъ, дозволялось хозяину насильственнымъ образомъ вернуть себѣ обратно. Можно сказать, что *vis* въ теченіи всего времени до 13 вѣка являлась если не единственнымъ, то во всякомъ случаѣ наичаще примѣнявшимся способомъ охраны лицу спокойнаго пользованія его имуществомъ.

Со времени слабыхъ преемниковъ Карла Великаго, давшего мимолетный покой и порядокъ, Западная Европа въ теченіи длиннаго ряда лѣтъ переживала постоянныя невзгоды и бѣдствія, поражавшія всѣ слои населенія.

¹⁾ См. С. Никоновъ—Развитіе защиты владѣнія въ средневѣковой Европѣ 1905 г. стр. 4 слѣд.

Нападеніе внѣшнихъ враговъ шли рука объ руку съ внутреннимъ распадомъ прежнихъ устоевъ; хищныя орды сарацинъ и венгровъ, алчныя толпы норманскихъ пиратовъ вносили ужасъ и разграбленіе во все концы западно европейскаго міра. Частныя войны и произволъ стали царить повсюду; цѣлыя области были опустошены и обезлюдѣли; во многихъ мѣстахъ поля оставались невоздѣланными, торговыя сношенія почти совершенно прекратились; общенія между областями, простое путешествіе, сдѣлались въ высшей степени затруднительными, такъ какъ и безъ того плохіе и неудобные пути были перехвачены разбойниками и грабителями. У рѣчныхъ переправъ и горныхъ переваловъ высились крѣпкіе замки, владѣльцы которыхъ подстерегали путниковъ, грабили ихъ и убивали. Все отношенія въ обществѣ основываются теперь на правѣ сильного; сила становится правомъ.

При такихъ условіяхъ негдѣ было искать защиты отъ насильниковъ; самоуправство вытѣснило законъ и люди сильные грубо и властно попирали справедливость; слабые изнывали подъ тяготѣвшимъ надъ ними гнетомъ; каждый думалъ только о себѣ, о личномъ благостояніи и его защитѣ, хотя бы путемъ поддержки насилій надъ другими. Въ то же время никто не могъ себя чувствовать увѣреннымъ въ завтрашнемъ днѣ, никто не могъ считать обезпеченнымъ обладаніе своимъ имуществомъ. Частная война, этотъ дикій способъ самозащиты, предшествовавшій всякой судебной процедурѣ, стала теперь почти постояннымъ учрежденіемъ. Каждый, кто могъ, мстилъ за свои «обиды» насильнику самъ, съ оружіемъ въ рукахъ, или при помощи своего патрона-покровителя, съ которымъ связывалъ себя ленными или чиншевыми отношеніями. Кто былъ внѣ такихъ союзовъ феодальной защиты совассаловъ и ихъ вилановъ¹⁾, тотъ являлся (фактически *friedlos*, лицомъ, лишеннымъ мира, за невозможностью найти охрану себѣ и своему имуществу отъ насильниковъ.

Государство было безсильно помѣшать проявленіямъ самоуправства, которое даже трудно назвать частной защи-

¹⁾ О нихъ см. *С. Никоновъ*—cit. стр. 10 слѣд.

той правъ, въ виду того, что сторонами нерѣдко бывали мелкіе суверены, а верховная власть по слабости силъ своихъ и не могла помочь такому положенію дѣлъ, когда вея власть короля фактически ограничивалась предѣлами его сеньориальной территоріи ¹⁾).

Возникшее у феодаловъ обыкновеніе селиться въ укрѣпленныхъ замкахъ давало имъ достаточную фактическую защиту отъ насилій со стороны другихъ и укореняло въ нихъ убѣжденіе въ своей полной независимости отъ кого бы то ни было, кромѣ Бога, и о правѣ никому не повиноваться и не признавать никакихъ законовъ, кромѣ личной выгоды и личного произвола ²⁾).

Привлечь же такихъ насильниковъ и нарушителей общественнаго мира къ отвѣту передъ судомъ являлось невозможнымъ: сидя за крѣпкими стѣнами своихъ замковъ, они оставляли безъ вниманія вызовы ихъ на королевскій судъ, не только не желая подчиниться послѣднему, но прямо насмѣхаясь надъ такими бесплодными стараніями.

Только разрушеніе рыцарскихъ разбойничьихъ гнѣздъ и даже захватъ въ плѣнъ виновныхъ и присужденіе ихъ къ строгимъ наказаніямъ, до смертной казни включительно, могли ослабить ихъ самоуправство.

¹⁾ Cp. Viollet Hist. des instit. polit. et adm. de la France 1890—98 II p. 463.

²⁾ Мы имѣемъ интересное описаніе этого положенія вещей у Флодоарда Реймскаго, отъ 948 г. (См. Monumenta Germaniae historica scriptor. III, стр. 472—*Floardi historiarum ecclesiae Remensis libri quattuor*).

„Plures quoque colonarum praedones ipsius interemerunt, violentes ecclesias et tantum debacchantes, ut in Culmisciaco vico tam intra quam circa ecclesiam fere quadraginta homines interfecerunt ipsumque templum omnibus paene rebus exspoliaverunt; или Ordericus Vitalis у Буке (см. Bouquet—*Requel des historiens de France t. X p. 256 Note d. ep. pavo p.p. 195, 253*):

„Provincia tota erat dissoluta et praedones catervatim discurrabant per vicus et per rura debacchabatur latrociniorum caterva». Cp. Pflister *Etudes sur la régnе de Robert le Pieux (906—1031) 1885 p. 161*—«Les châteaux-forts étaient devenus de véritables repaires d'où s'élançaient les chevaliers, pour piller les terres d'église, detrousser les paysans et les voyageurs. On ne s'aventurait pas sur les grands chemins, sinon en armes prêt à repousser toute attaque».

Но такія рѣшительныя мѣры борьбы противъ насильниковъ могли имѣть мѣсто уже много позднѣе, когда усилилась центральная власть королей и императоровъ. Разсматриваемое же время представляло совершенно обратное явленіе. Мы видимъ, съ восшествія на престолъ Гуго Капета (987 г.), законченное раздѣленіе великой монархіи Карла, рядъ обособленныхъ, лишь слабо связанныхъ между собою феодальныхъ государствъ, когда, собственно говоря, каждый баронъ, каждый феодалъ являлся сувереномъ своего феода.

Между тѣмъ въ разбитомъ и растерзанномъ борьбой феодаловъ, вѣчными войнами и насиліями обществъ все болѣе настоятельно начинается проявляться сознаніе невозможности продолжать такое существованіе, чувствуется потребность въ «правовомъ преобразованіи самозащиты». Нужна была лишь инициатива для такой борьбы за право, и таковую приняло на себя духовенство на соборахъ въ южной Франціи (въ Аквитаніи).

Должно замѣтить что Аквитаннія вообще была мѣстомъ, гдѣ въ средніе вѣка ранѣе всего наблюдались новыя явленія. Такъ здѣсь впервые развилась поэзія на мелодичномъ мѣстномъ языкѣ, при посредствѣ трубадуровъ; здѣсь же, рядомъ съ чувственной жизнью общества, возникла дисциплина и ученіе аббатства Клуни.

Аквитаннія X вѣка была наиболѣе цвѣтущей и культурной частью Франціи; ее менѣе всего коснулось нашествіе германцевъ, почему менѣе измѣнились и старыя отношенія въ странѣ. Романское населеніе осталось здѣсь въ преобладающемъ количествѣ, продолжая попутно развивать свой языкъ, нравы и права¹⁾. Торговля сношенія процвѣтали по большимъ дорогамъ, которыя, идя по этой мѣстности, соединяли испанскихъ арабовъ съ христіанскимъ миромъ. Скоро здѣсь, рядомъ съ развивавшейся феодальной іерархіей, появляется и все болѣе и болѣе получаетъ значеніе городское сословіе²⁾, а вмѣстѣ съ нимъ среди населенія этой мѣстности

¹⁾ Ср. Mommsen—Römische Geschichte B. V. 77.

²⁾ Giesbrecht—Geschichte der deutschen Kaiserzeit B. II; см. Huberti—Gottesfrieden und Landfrieden 1892 стр. 53 слѣд.

все болѣе усиливается развитіе торговли и промышленности, которыя безусловно нуждаются для своего процвѣтанія прежде всего въ общественномъ мирѣ и возможности каждому покойно пользоваться своимъ имуществомъ и извлекать изъ него себѣ возможную выгоду, не опасаясь насилій и грабежа.

Такимъ образомъ здѣсь было на лицо достаточно виѣшнихъ причинъ, требовавшихъ упорядоченія въ странѣ правового состоянія, и прежде всего ограниченія самоуправства. Развившіяся отношенія нуждались въ болѣе совершенномъ правѣ, которое освободилось бы отъ остатковъ прежнихъ грубыхъ временъ и отношеній.

Духовенство, наиболѣе образованный слой тогдашняго средневѣковаго общества, естественно должно было представляться главнымъ проводникомъ культуры въ государствѣ и великимъ политическимъ дѣятелемъ. Оно обладало образованіемъ, дисциплиной, широкою раскинутыми связями, политическими традиціями, культурными идеалами¹⁾.

Увлеченное въ значительной степени и въ Аквитанніи феодальнымъ духомъ эпохи, отразившимся на его внутреннихъ іерархическихъ отношеніяхъ, духовенство однако первое создало невозможность культурнаго развитія общества при господствѣ кулачнаго права, и первое выступило съ пропагандой борьбы противъ насилій и самоуправства въ обществѣ, не только въ личныхъ цѣляхъ охраненія себя и своего имущества, но равнымъ образомъ заботясь объ охранѣ всѣхъ слабыхъ и беззащитныхъ, угрожая насильникамъ отлученіемъ отъ церкви.

Согласно изысканіямъ Боше и Ниссля²⁾ начало подсудности духовенству *pro foro externo* наблюдается уже во времена первыхъ Меровинговъ; причемъ такое право духо-

¹⁾ Ср. Beauchet—Origines de la juridiction ecclesiastique et son développement en France—Nouvelle Revue historique 1883 стр. 467 слѣд.; Violot—Histoire des instit. polit. et adm. de la France 1890—98 I стр. 384 слѣд.; Виноградовъ—Происхождение феодальныхъ отношеній въ Ломбардской Италіи 1880 г. стр. 104 слѣд.; Визигинъ—Очерки изъ исторіи панства. 1898 г. стр. 171 слѣд. и др.

²⁾ См. Beauchet—Origines de la juridiction etc.; Nissl—Der Gerichtsstand der Clerus im fränkischen Reich 1886.

венства получаетъ постепенно все болѣе частое примѣненіе въ отдѣльныхъ случаяхъ. Мы особенно часто видимъ въ источникахъ указанія на подобную компетенцію духовенства въ дѣлахъ противъ *depraedatores ecclesiasticorum bonorum* и противъ *invasores pauperum*¹⁾.

Но при этомъ первоначально отлученія отъ церкви, въ качествѣ наказанія лицамъ за такіе ихъ проступки, назначались епископамъ за каждый конкретный случай особо и санкціонировались святостью религіи и властью церкви. Въ разсматриваемый нами періодъ эта задача охраны мира становится духовенствомъ на новыя основанія. Именно, постановленіемъ собора епископовъ герцогства Аквитанніи, состоявшимся въ 989 году въ Charroux (*Concilium Carrofense*) были установлены наказанія не на каждый конкретный случай особо; напротивъ, собравшіеся епископы, въ силу своего авторитета, запрещаютъ, въ видѣ *общаго* правила, подъ угрозой отлученія виновныхъ, нападенія на церкви и похищенія священныхъ предметовъ, а равно нападенія, захватъ въ плѣнъ и нанесеніе увѣчій беззащитнымъ влирикамъ, или ограбленіе крестьянъ и вообще бѣдныхъ (*pauperi*)²⁾.

1) Huberti—cit s. 44—46. Для примѣра можно указать *Monum. German. Script II Flodoardi canonici Remensis annales seu chronicon* (919—966 г.г.)—подъ 932 годомъ:—„Milo, qui Catalaunense depraedabatur episcopium, excommunicatur ab Artoldo archiepiscopo“; подъ 939 годомъ— „Qui quoniam villas nuper Arnulfi comitis quasdam praediis incendiisque vastaverat, excommunicatur ab episcopis, qui erant cum rege, simul cum Heriberto, qui oppida quaedam villasque sancti Remigii pervasas pertinaciter detinebat“. Св. *ibid*, подъ 947, 964, 965 годами, а равно *Monum. German. histor. leg I. Capitularia edit. Pertz стр. 488, Edictum Pistense* отъ 864 г. с. 13 „Et ut sacrilegus et pauperum spoliator publicae paenitentiae iudicio episcopali subjiciatur“. *Mansi—Conciliorum collectio I. XIX стр. 95, 96 слѣд. 990 г.*), и др.

2) Правила эти таковы:

1) „Anathema infractoribus ecclesiarum: Si quis ecclesiam sanctam infregerit, aut aliquid exinde per viam abstraxerit, nisi ad satis confugerit factum, anathema sit.

2) Anathema res pauperum diripientibus: Si quis agricolarum ceterorumve pauperum praediaverit ovem, aut bovem, aut asinum, aut vaccam, aut capram, aut hircum, aut porcos, nisi per propriam culpam, si emendare per omnia neglexerit, anathema sit.

Въ борьбѣ противъ частныхъ войнъ духовенство однако не рѣшилось сразу запрещать самоуправство вообще, а стало примѣнять лишь частичныя ограниченія послѣдняго, защищая сперва церкви, позднѣе равнымъ образомъ кладбища, жилища, мельницы, земледѣльческія орудія на полѣ, также равно королевскія дороги, территорію деревни и города, затѣмъ опредѣленныя категоріи лицъ, именно—духовенство, женщины, купцовъ, крестьянъ, охотниковъ и рыбаковъ во время ихъ промысла, (см. Huberti—cit. § 3).

Мотивъ такой дѣятельности ясенъ: главной задачей установленія правилъ о мирѣ была борьба противъ стараго института кулачнаго права. Для этого былъ одинъ путь—прямо запретить послѣднюю. Однако такое радикальное средство въ самомъ началѣ борьбы оказалось бы бесполезнымъ, такъ какъ институтъ этотъ слишкомъ вкоренился въ обычаяхъ и возрѣвѣяхъ всего общества того времени, почему и рѣшительныя мѣры противъ него практически оказались бы неосуществимыми. Потому то духовенство и пошло къ намѣченной цѣли инымъ путемъ, именно стараясь недопускать примѣненія насилій къ возможно большому кругу лицъ и мѣсть и постепенно все расширяя область этихъ ограниченій. Осуществленіе такой задачи удалось духовенству не безъ упорной борьбы. Лишь путемъ непрерывнаго повторенія такихъ постановленій о защитѣ слабыхъ отъ насилій противъ ихъ личности и имущества, съ усиленіемъ наказаній ослушникамъ, оказалось возможнымъ шагъ за шагомъ если не вполне отмѣнить кулачное право, то во всякомъ случаѣ значительно ограничить область его примѣненія.

Указанный первый періодъ борьбы противъ частныхъ войнъ простирается во Франціи съ 989—1039 г., когда по-

... Anathema clericorum percussoribus: Si quis sacerdotem aut diaconem, vel ullum quemlibet ex clero, arma non ferentem, quod est scutum, gladium, lorica, galeam, sed simpliciter ambulans, aut in domo manentem, invaserit, vel ceperit, vel percusserit, nisi post examinationem proprii episcopi sui, si in aliquo delicto lapsus fuerit, sacrilegus ille, si ad satisfactionem non venerit, a liminibus sanctae dei ecclesiae habeatur extraneus". (См. Huberti—cit. стр. 34 слѣд.).

становленія такого рода появляются даже на сѣверѣ Франціи. Въ то же время, въ концѣ этого періода, на югѣ Франціи возникаетъ второе движеніе, достигшее около 1027 г. высшаго пункта своего развитія, въ такъ называемыхъ *Treuga dei*.

Этотъ дальнѣйшій шагъ въ дѣлѣ борьбы противъ самоуправства состоялъ въ томъ, что постановленія противъ нарушеній мира стали издаваться собраніями епископовъ совмѣстно съ князьями и знатными рыцарями юга Франціи, причемъ обязательность соблюденія ихъ вынуждалась не только угрозой отлученія ослушниковъ, но и разными уголовными карами¹⁾. Для насъ среди такихъ постановленій (въ общемъ между собою сходныхъ по содержанию) особенный интересъ представляетъ постановленіе синода въ Пуатье, 1000 года²⁾.

Въ постановленіи этомъ рядомъ съ правилами, извѣстными уже изъ постановленія синода въ Шарру (989 г.), встрѣчаемъ мы интересную новость, именно правило, чтобы всѣ споры по поводу отнятія вещей, возникшіе въ теченіи послѣднихъ 5 лѣтъ до собора, и кои могутъ наступить въ будущемъ, обязательно разрѣшилась не «путемъ самозащиты», но «путемъ права», судомъ князя данной страны или судьей данной округи.

¹⁾ См. правило о мѣрѣ 990 г. постановленное на съѣздѣ знати свѣтской и духовной юга Франціи, въ *Puy en Velai* (опять Аквитанія!); постановленіе синода въ Лиможѣ 947—948 и синода въ Пуатье 1000 г. (приведены *Huberti*—стр. 123 слѣд.).

²⁾ Здѣсь мы читаемъ: „*Constituerunt. ut a quinque annis praeteritis quaecumque res invasae fuerunt, et ab ipsi praesenti consilio id reliquum tempus, unde altercatio in ipsis pagis habetur, quorum ibi erant principis, si ex contententibus de ipsis rebus unus alium interpellaverit, veniant ante principium ipsius regionis, vel ante aliquem ipsius pagi iudicem, et stent in justitia pro ipsis rebus: et qui sub districtione justitiae stare noluerit, princeps vel iudex, ipsius rei aut justitiam faciat, aut obsidem perdat: et si justitiam facere non potuerit, convocet principes et episcopos qui concilium instituerunt, et omnes unanimiter in destructionem et confusionem ipsius pergant; et tandiu patiatur ipsam persecutionem et confusionem, quousque redeat ad justitiae rectitudinem. Ergo dati sunt obsides, et excommunicatum est in concilio pro hujusmodi confirmatione, ut nullus ab ipso die in antea ecclesiam infringat, et cetera sicut in consilio Karrofense constitutum est“.*

Согласно постановленіямъ Собора въ Пуатье 1000 года, насильственныя дѣйствія въ нарушеніи мира со стороны отдѣльныхъ лицъ должны быть разбираемы судомъ епископа или графа, на землѣ которыхъ они были совершены. Если эти судьи оказывались не въ сплахъ привлечь обвиняемаго къ суду и расправѣ, они могли требовать себѣ помощи отъ всѣхъ тѣхъ, кои присутствовали на соборѣ и вошли въ соглашеніе о такой совмѣстной защитѣ мира. Такія соглашенія подтверждались присягой участниковъ. Инги эти были установлены на соборахъ въ Verdun-sur-Saone, въ 1016 г., и въ 1038 г. на соборѣ въ Бурзь. На провинціальныя соборахъ, въ Нарбоннѣ 1054 г.; въ Эльнѣ 1065 г. (см. Hubert стр. 812 слѣд.) духовенство еще болѣе расширяетъ область ограниченій примѣненія самозащиты. ¹⁾ Теперь земледѣліе, торговля и промыслы получаютъ возможность спокойно развиваться, благодаря охранѣ ихъ синодальными постановленіями. Крестьяне, ихъ скоть и принадлежности полевого хозяйства, мелкіе промышленники и ихъ дома, кунцы, путешествующіе со своими товарами, все они состояли подъ охраной мира; все они были защищаемы, при томъ постоянно, а не въ опредѣленные только дни, какъ это постановлялось въ отношеніи къ остальнымъ лицамъ, которые представлялись достаточно сильными и способными защитить сами себя. Постановленія этихъ соборовъ охраняются теперь отъ нарушеній уже не только добровольнымъ согласіемъ и клятвой участниковъ; духовенство чувствуетъ теперь себя

¹⁾ Параллельно дѣятельности южно-французскаго духовенства на защиту мира, къ этой дѣятельности примыкаютъ и французскіе короли. Такъ изъ источниковъ XI вѣка мы имѣемъ указанія на стремленіе короля Роберта французскаго (996—1031) и послѣдующихъ за нимъ королей выступить въ защиту мира и справедливости. Робертъ старался, при помощи духовенства, стать посредникомъ въ возникающихъ спорахъ и добиться отъ враждующихъ примиренія, основываясь на правилахъ, установленныхъ соборами. Старанія такіа королей едва-ли увѣнчивались успѣхомъ, въ виду слабости ихъ власти и полной фактической независимости отъ нихъ бароновъ и другихъ феодаловъ, привыкшихъ „носить свое право на остріи своего меча“, которые, собственно говоря, и могущество свое основали *via facti*.

настолько въ силѣ, что на соборахъ издаетъ обязательныя для всѣхъ постановленія, благодаря чему, опредѣленія соборовъ носятъ теперь характеръ законоположеній гражданскаго и административнаго характера.

Слѣдуетъ впрочемъ замѣтить, что идея такой защиты мира посредствомъ установленія союзами духовныхъ и свѣтскихъ владыкъ соглашеній указаннаго выше характера не была принята всѣми въ обществѣ съ одинаковымъ энтузіазмомъ.

Правда, простой народъ, горожане и духовенство, т. е. въ общемъ тѣ социальные элементы, кои болѣе всего нуждались въ защитѣ отъ притѣсненій насильниковъ, охотно примкнули къ лигамъ въ защиту мира, образуя не рѣдко и сами такіе союзы самозащиты отъ насильниковъ.¹⁾ Далекое не съ такими симпатіями была встрѣчена идея *pac dei* со стороны феодаловъ, отношенія которыхъ къ ближнимъ и къ ихъ имуществу ясно выражены между прочимъ средневѣковыми германскими пословицами: „*Rauben ist keine Schande, das thun die Besten im Lande*“. „*Wer der stärkste war, der schob den andern in den Sack*“. „*Wer die Macht habe, auch das Recht habe*“ и т. п. Поэтому церковь рядомъ съ правилами о *pac dei*, въ дополненіе по этому институту, ввела новый, — такъ называемую *treuga dei*. При *pac dei* противъ насильственныхъ дѣйствій защищались лишь опредѣленные, точно указанные лица и имущества; тогда какъ по *treuga dei* устанавливалась охрана отъ насилій для всѣхъ лицъ и ихъ имущества, но на опредѣленные лишь дни и сроки, въ которые запрещалось всѣмъ вообще обнажать оружіе, кромѣ случаевъ войны или преслѣдованія преступниковъ, попавшихся *in flagranti*.

Впервые *treuga dei* была установлена на сборѣ 1027 г. въ Эльнѣ (*Elne*), когда было указано, чтобы на пространствѣ всего Эльнскаго графства не совершалось никѣмъ насиль-

¹⁾ Примѣры см. Huberti § 12 и § 14. О братствѣ „*agnus dei*“ 1183 г. для Германіи см. Busson — *Zur Geschichte des grossen Landfriedensbundes deutscher Städte 1251. 1871*; Eggert — *Studien zur Geschichte der Landfrieden 1876*; Goecke — *Die Anfänge der Landfriedensaufchtungen in Deutschland 1875*.

ственныхъ дѣйствій отъ 9 часовъ субботы до 1 часа понедѣльника, «для того чтобы въ это время каждый могъ воздать Божіе Богу въ теченіи праздничнаго дня».

Здѣсь намъ слѣдуетъ обратить вниманіе на то обстоятельство, что въ теченіи болѣе полувѣка рах и *treuga dei* возникали и развивались подъ преимущественнымъ вліяніемъ духовенства, по почину архіепископовъ французскихъ, на провинціальныхъ соборахъ, и въ то же время глава католическаго христіанства—папа стоялъ въ сторонѣ отъ этого движенія¹⁾.

Источники указываютъ намъ на участіе папъ въ установленіи Божьяго мира впервые лишь въ 1068 г. Именно, въ этомъ году состоялось нѣсколько мѣстныхъ соборовъ въ Испаніи, на которыхъ, въ особенности на соборахъ въ *Vich d'Osona* и въ *Gerona*, *treuga dei* была установлена при непосредственномъ и близкомъ участіи присутствовавшего на соборахъ папскаго (Александра II) легата-кардинала Гуго (*Hugo Candidus*). Наконецъ, непосредственно участвуютъ и даже предѣлательствуютъ папы на соборахъ—Латеранскомъ, 1059 г., и Римскомъ (при Григоріи VII, приблизительно въ 1074—75 г.г.), на которыхъ, въ числѣ прочихъ постановленій, состоялись подтвержденія Божьяго мира²⁾. Но во всякомъ случаѣ до конца XI вѣка миръ Божій играетъ въ исторіи папства второстепенную роль. Начиная съ этого времени, картина однако мѣняется; всюду въ жизни мы наблюдаемъ все возрастающее господство церковныхъ возрѣній. Могучимъ движеніемъ, при Григоріи VII, выступаютъ на первый планъ церковно-религіозные интересы, захватывая постепенно въ сферу своего вліянія всю культурную жизнь средне-вѣковья. Теперь проявляется въ духовенствѣ стремленіе не только освободить церковь отъ служебнаго подчиненнаго свѣтскимъ суверенамъ положенія, но и создать себѣ полную независимость отъ свѣтской власти и утвердить свое господство рядомъ съ послѣдней и даже надъ нею самой. Какъ извѣстно, благодаря дѣятельности цѣлаго ряда талантливыхъ

1) См. Huberti—cit. стр. 387 слѣд. стр. 468.

2) См. Huberti—cit. стр. 389 слѣд.

папъ, духовенство достигло намѣченной цѣли. Такъ, насколько великъ былъ къ XI вѣку авторитетъ духовенства, по крайней мѣрѣ въ области юстиціи, на это указываетъ въ достаточной мѣрѣ правило декрета Граціана, согласно которому *всякая* тяжба между христіанами признавалась подвѣдомственной суду духовному: — *Quaecumque contentiones inter christianos ortae fuerint, ad Ecclesiam deferantur et ab ecclesiasticis viris terminentur*¹⁾. Въ силу этого правила всякій истецъ могъ вызвать своего противника на судъ церковный; мало того, каждый тяжущійся по дѣлу, уже начатому передъ свѣтскимъ судьей, могъ перенести процессъ къ церковному судѣ.

Успѣшное и непосредственное вмѣшательство папъ въ движеніе на защиту мира проявляется особенно при Урбанѣ II, на Клермонтскомъ соборѣ 1095 г.

Уже съ начала 11 вѣка наступилъ тотъ періодъ всемірно-историческихъ движеній, при которомъ человѣчество направилось по новымъ путямъ²⁾. Эта эволюція общественной жизни была подмѣнена папой Урбаномъ II, которому удалось своевременно направить воинствующие элементы общества къ достиженію высокой цѣли освобожденія Іерусалима изъ рукъ невѣрныхъ. Благодаря этому, стало возможнымъ устранить наиболѣе безпокойный элементъ изъ общественной жизни, и достичь такимъ путемъ болѣе прочнаго установленія защиты мира внутри государства. Въ то же время на Клермонтскомъ соборѣ перковь, по инициативѣ Урбана II, приняла на себя защиту имущества крестоносцовъ на все время ихъ отсутствія съ родины³⁾.

1) Decret. Gratiani II pars. caus. I, quaest. i. c. 7.

2) См. Reuter—Geschichte der religiösen Aufklärung im Mittelalter I изд. § 139 слѣд.

3) Какъ справедливо говорить объ этомъ Fulcher de Chartres См. ero Historia Ierosolimitana lib. 1 стр. 4—1 въ Recueil des historiens des croi-ades—Historiens occidentaux III, p. 325:

„Taliter Urbanus vir prudens et venerandus, est meditatus opus, quo postea floruit orbis. Nam pacem renovavit, ecclesiaeque jura in modos pristinos restituit; sed et paganos do terris Christianorum instinctu vivaci effugare conatus est.

Въ силу такой защиты со стороны церкви, разъ кто либо покушался захватить имущество, оставленное крестоносцами дома, епископъ этой мѣстности выступалъ противъ нарушителя съ церковными наказаніями. Это правило неоднократно подтверждалось папами и позднѣе.

Папа Калликстъ II, пользуясь своей властью, считалъ уже возможнымъ на Латеранскомъ соборѣ 1123 года, установить обязательность охраны мира для *всѣхъ* христіанъ. Это правило Латеранскаго собора было реципировано въ *decretum Gratiani* с. 23, Caus. XXVI, quaest. 3, сдѣлавшись такимъ образомъ юридически обязательнымъ для всѣхъ. Въмѣстѣ съ тѣмъ постепенно вырабатывается все болѣе тщательнымъ образомъ казуистика вопроса о томъ, что, какія именно дѣйствія, слѣдуетъ считать нарушающими земскій миръ. И дѣйствительно, въ позднѣйшихъ папскихъ постановленіяхъ о вѣчномъ мирѣ встрѣчаемся мы съ замѣчательно подробной регламентаціей этого вопроса¹⁾.

Здѣсь же равнымъ образомъ видимъ мы указанія на ту строгость взысканій въ уголовномъ порядкѣ, которымъ подвергался нарушитель земскаго мира, и которыя налагались на него независимо отъ имущественнаго вознагражденія потерпѣвшимъ²⁾.

1) Примѣромъ могутъ служить изданныя во время папства Григорія III правила „de pace fracta“ (*Statuta almae urbis Romae*, edit. a. 1580, lib. II, cap. XXV pag. 95):

„Quicumque pacem cum adversario suo factam, studiose fregerit, per se vel per alium, si capi poterit, capite puniatur ad mortem; si autem capi non potuerit, capitaliter diffidetur ad mortem, bonis ejus publicatis: et si poena fuerit in instrumento apposita, illa etiam à datis fidejussoribus exigatur et cum offenso dividatur, secundum formam instrumenti pastorum; et non possit aliquo tempore reaffidari, nec liberationem a senatore impetrare; et si impetraverit, ipso jure nulla sit. Dominus autem ejus, ne Civitas ruinis deformetur, nullatenus diruatur, sed publicata pro medietate Camerae Urbis, et pro alia medietate parti offensae applicetur: reservatis semper juribus dotium mulierum et quoruncunque creditorum“.

2) Cp. *ibid* l. II, cap. XXVI pag. 95—„De frangentibus securitatem vel treugam“:

„Similiter etiam contra frangentem securitatum perpetuam, vel ab tempus ultra poenas conventionales, eaqem poena capitis ad mortem, sicut contra fragentes pacem, imponatur: et praedieta locum habeant, si de securitate vel treuga constet per publicum instrumentum“.

Въ Германіи, въ противоположность Франціи, императоры, имѣвшіе фактическую власть и силу даже въ самыя темныя времена средневѣковья, уже непосредственно, а не черезъ духовенство, выступали защитниками земскаго мира, проводя ту же идею, какъ и духовенство юга Франціи, именно о необходимой и обязательной защитѣ отъ насилія надъ личностью и имуществомъ всѣхъ слабыхъ и безпомощныхъ хотя бы и стоящихъ вѣдѣ феодальныхъ отношеній и феодальной охраны. Въ цѣляхъ этихъ императоры воспользовались готовымъ средствомъ; именно, они стали издавать, по договорамъ съ болѣе могущественными феодалами, обязательныя для соблюденія, подъ угрозой уголовной кары ослушникамъ, правила о земскомъ мирѣ (*Landfriede*). Такихъ *Landfriede* исторія знаетъ въ Германіи и Австріи непрерывный рядъ, начиная съ XII вѣка. 1).

Если при этомъ на насильниковъ палагалаась духовенствомъ отлученіе отъ церкви, оно влекло за собою и общее ограниченіе правоспособности. На это имѣются прямыя указанія, напр., въ такъ называемой *Constitutio contra incendiarios* Фридриха I, отъ 29 декабря 1186 года 2):

1) Такъ въ Швабскомъ соглашеніи о земскомъ мирѣ, отъ 1104 или 1108 года. См. *Monumenta Germaniae historica. Constitutiones* edit. Weiland et Schvalm I № 30, стр. 614 слѣд. мы читаемъ въ § 1— „*Clerici et ecclesiae et cineteria et dotes ecclesiarum pacem habeant; similiter omnes homines pacem habeant in domibus et in quolibet aedificio et in curiis etiam infra legitimas areas domum, quas honeste vulgo vocamus, sive sint septae seu nulla sepe sint circumdatae. Mulieres nullius violentiam paciantur. Mercatores et agricolae pacem habeant. Nullus omnino pro sola causa pecuniae capiatur. Si quis predictam pacem infregerit, manum perdere debet.*“

2) См. *Monumenta Germaniae—cit. Constitut. I, № 318, стр. 444—452. § 10—* „*Si quis autem a proscriptioe et excommunicatione simul infra annum et diem non fuerit absolutus, universo iure et honore et legalitate sua privatus habeatur, ita ut in ferendo testimonio vel ad causandum de cetero nequaquam sit admittendus. Omni quoque feudali jure perpetuo carebit.*“ См. *Monum. German.—cit. Constit. II № 375, § 2—* подтвержденіе Вильгельмомъ, въ 1255 году земскаго мира Рейнского союза. См. *Goecke—Die Anfänge der Landfriedenaufrichtungen in Deutschland 1875.*

Охрана самая мира противъ нарушителей гарантируется здѣсь союзомъ договаривающихся, обязывающихся солидарно бороться противъ лицъ, виновныхъ въ проявленіяхъ кулачнаго права ¹⁾).

Во всѣхъ этихъ постановленіяхъ императоръ ополчается противъ кулачнаго права и противъ насилій, заботясь объ охранѣ личности и имущества своихъ подданныхъ — сперва *debilium personarum*, а позднѣе всѣхъ вообще, безъ обращенія вниманія на ихъ социальное и экономическое положеніе.

Вмѣстѣ съ тѣмъ и во Франціи, и въ Германіи до конца XIII вѣка если по такимъ соглашениямъ о земскомъ мирѣ защита владѣнія и признавалась, то весьма неопредѣленно, именно лишь въ видѣ общаго положенія о необходимости возстановленія потерпѣвшаго отъ насилія въ его прежнемъ состояніи и о строгомъ наказаніи лица, нарушившаго земскій миръ грубыми проявленіями кулачнаго права. О владѣніи и необходимости защиты его отъ насилій помимо вопроса о правѣ лицъ и независимо отъ общей идеи защиты земскаго мира здѣсь еще нѣтъ и рѣчи. Поэтому, думается намъ, можно сказать, что всѣ эти *pacta pacis, treugae Dei, Landfrieden*, возникшія по инициативѣ духовенства юга Франціи и реципированныя всѣми тогдашними государствами запада Европы, вплоть до конца XIII вѣка не содержали еще правилъ о необходимости защиты владѣнія, какъ такового, отъ насилій и самоуправства; въ тоже время они однако расчистили дорогу для возникновенія въ сознаніи тогдашняго общества идеи о необходимости и желательности такой защиты.

¹⁾ Ср. напр. § 27 земскаго мира короля Рудольфа, отъ 1287 года. „Wir setzen auch und gebieten vesticliche, das swa es not geschehe durch bruche des lantfrides, die nehesten, die dabi gezezen si, da der bruch geschehen ist, den lantfrieden beschirmen und helfen wern; und vormugen ez die niht. so suln ez die tun, die darnach die nehesten sint, und darzu sulen wir (король) den helfen, ob ez not ist. *Monum. Germaniae historica. Leges t. II, стр. 448—452.*

Дѣйствительно, какъ увидимъ ниже, эта идея народилась почти одновременно съ правилами о земскомъ мирѣ въ той же мѣстности и среди того же круга лицъ, именно среди духовенства юга Франціи, откуда уже позднѣе проникла въ каноническое законодательство, а изъ послѣдняго путемъ рецепціи, совмѣстно съ правилами римскаго права, и въ свѣтскія законодательства средневѣковой Европы.

СПбГУ

Часть II-я.

Remedium spoliі, его возникновение.

Въ разсматриваемое нами время ранняго средневѣковья, при господствѣ кулачнаго права, церковь, которой въ то время принадлежала нравственная диктатура, была одна способна поддержать, хотя сколько нибудь, миръ и порядокъ въ грубомъ и некультурномъ тогдашнемъ обществѣ. Слабая къ тому же фактически она сама чувствовала потребность въ мирѣ и охранѣ общества отъ насильниковъ, почему съ тѣмъ большимъ рвеніемъ принялась за это дѣло, дойдя, какъ увидимъ ниже, даже до крайностей въ распространеніи понятія владѣльческой защиты.

Какъ исполнѣ справедливо указываетъ Брунс (Brunns—Das Recht des Besitzes § 15, стр. 128 слѣд.), издавна внутри церкви встрѣчаются случаи охраны status quo отъ проявленія насилія и самоуправства въ области отношеній чисто церковныхъ. Уже въ первые вѣка христіанской вѣры не рѣдко бывало, что епископы проявляли свою дѣятельность въ предѣлахъ чужихъ епископій въ цѣляхъ такимъ образомъ или увеличить свой авторитетъ въ этихъ мѣстностяхъ, или даже постепенно привлечь ихъ подъ свое управленіе. Правилами Апостольскими, cap. 14, и на первомъ Никейскомъ соборѣ, 325 г. cap. 15, это было запрещено; причемъ позднѣе запретъ этотъ многократно повторялся на соборахъ (см. цитаты у Brunns—cit. стр. 129). При этомъ въ постановленіяхъ нѣкоторыхъ соборовъ самое отношеніе епископа къ своей діоцезѣ прямо именуется possessio. Конечно, выраженіе это употреблено здѣсь не въ техническомъ смыслѣ—для установленія понятія владѣнія, въ противоположность собствен-

ности и инымъ вещнымъ правамъ; однако оно позднѣе послужило исходнымъ пунктомъ для идеи защиты владѣнія въ церковномъ правѣ. Такъ въ гл. 119 правилъ 6-го Карфагенскаго собора, 419 года, мы читаемъ: «*ut si quam dioecesim episcopus ab haeresi liberans triennio possederit, nullus eam repetat*», и въ связи съ этимъ, въ главѣ 120:—

«*Ut quicumque episcopi plebes, quis ad suam cathedram existiment pertinere, non ita repetant, ut causas suas episcopis judicantibus agant, sed alio retinente irruerint, causae suae detrimentum patiantur. Et si... nondum est finita contentio, ille discedat, quem constiterit praetermissis judiciis irruisse, et... conveniat eum qui tenet*» (см. Bruns—cit. стр. 129).

Достаточно ясныя указанія на сознание необходимости запрещенія насильственныхъ дѣйствій ранѣе признанія законнымъ порядкомъ фактическаго состоянія несоотвѣтствующимъ праву имѣются въ дѣлахъ Римскаго синода, 501 года, по обвиненію Симмаха. Этотъ папа за разныя преступленія былъ лишенъ Теодорихомъ своей епископін, куда посланъ былъ управлять намѣстникъ (*visitator*), а король созвалъ означенный соборъ для обсужденія винъ Симмаха, пригласивъ на него и Симмаха. Послѣдній явился на соборъ, благодарилъ Теодориха за вызовъ и заявилъ, что таково (на созывъ собора) было и его желаніе, и обѣщавъ дать свое согласіе какъ того требовали церковныя правила, на рѣшенія собора, надѣясь, что прежде синодъ отзоветъ визитатора и возстановитъ его, Симмаха, въ его прежнемъ состояніи, а потомъ уже станеть разбирать его дѣло по существу: ¹⁾

¹⁾ «*Sperans ut visitator, qui contra religionem, contra statuta veterum, vel contra regulas majorum, a parte cleri vel ab aliquibus laicis fuerat postulatus, ex ordinatione antistitum, sicut dicebat sanctum propositum, prima fronte cederet; et omnia quae per suggestiones inimicorum suorum amiserat potestati ejus legaliter ab honorabili concilio reintegrarentur seu redderentur: et tanti loci praesul regulariter prius statui pristino redderetur; et tunc, non ante, veniret ad causam: et si ita recte videretur, accusantium propositionibus responderet*».

Синодъ склонялся на сторону этой просьбы Симмаха, но король воспротивился, заявивъ:

«*Digna res visa est maximo sacerdotum numero, quae mereretur effectum: decernere tamen aliquid synodus sine regia notitia non praesumpsit. Sed suggestio justa (ista) per legatorum negligentiam non meruit secundum vota responsum. Iussus est regis praeceptionibus papa Simmachus ante partimonii vel ecclesiarum (quas amiserat) receptionem, cum impugnatoribus suis in disceptatione conflagere, qui potestatis suae privilegia, et quae pro conscientiae (quantum juste aestimamus) emendatione submisirant, nec hac voluit vice resumere*» ¹⁾.

Во всякомъ случаѣ намъ думается, изъ всего сказаннаго можно, согласно съ Брунсомъ, cit. S. 136 заключить, что идея защиты status quo отъ самовольныхъ нарушеній издавна уже проявлялась въ церковныхъ правилахъ, но во первыхъ, именно лишь исключительно въ области дѣлъ чисто церковныхъ, а во вторыхъ, только спорадически, не формируясь еще въ общеобязательное правило церковнаго права ²⁾.

Заслуга созданія послѣдняго, хотя, правда, не совсѣмъ нормальнымъ путемъ, именно, при помощи подлоговъ и фальсификаціи древнихъ текстовъ, принадлежитъ духовенству южной Франціи, въ половинѣ IX вѣка.

Въ настоящее время намъ извѣстенъ цѣлый рядъ сборниковъ такихъ фальцифированныхъ петочниковъ церковнаго

¹⁾ Mansi—Conciliorum collectio t. VIII, 249.

Blasius (Blasco)—De collectione canonum Isydori Merkatoris commentarii Neap. 1760, гл. 8 § 5—указываетъ еще на рядъ случаевъ такого же рода защиты status quo, но см. правильную критику ихъ у Bruns—cit. § 16.

²⁾ Равнымъ образомъ Goecke (De exceptioe spoli 1858 p. 26) признаетъ, что exceptio spoliі хотя и примѣнялась иногда, въ отдѣльных случаяхъ ранѣе Лже-Пендора, (напр. въ дѣлѣ Іоанна Злагоуста и Симмаха), но здѣсь случаи примѣненія ея основывали не на велѣніяхъ закона или обычая, но просто лишь въ силу того соображенія, quod executio ante iudicium fieri non debet. Причемъ и примѣнялась эта exceptio въ отдѣльных случаяхъ каждый разъ по особо уважительнымъ даже исключительнымъ причинамъ, каковыми являлись въ одномъ случаѣ протестъ римскихъ епископовъ противъ правила, изданнаго еретиками, въ другомъ—уваженіе къ авторитету папскаго сана.

права. Главное мѣсто среди нихъ занимають знаменитыя Лже-Исидоровы декреталіи; кромѣ того имѣются еще Капитуляріи Бенедикта Левиты и Ангильрмана. Имъ всеѣмъ предшествовали подготовительные труды, помѣщенные въ Acta Pontificum Senomannensium и Gesta Aldrici, на значеніе которыхъ въ означенномъ смыслѣ указалъ Симсонъ¹⁾.

Въ задачу моего изложенія не входитъ подробное разсмотрѣніе содержанія этихъ источниковъ, ихъ взаимоотношенія, мѣста происхожденія, цѣли изданія и т. д. Поэтому я считаю возможнымъ лишь краткимъ образомъ отмѣтить въ данномъ отношеніи прежде всего, что до послѣдняго времени большинство писателей придерживалось того мнѣнія, что сборники Бен. Левиты и Ангильрамна, были составлены ими *позднѣ* Лже-Исидорова, которымъ они пользовались какъ источникомъ и руководствомъ для своихъ компиляцій²⁾. За послѣднее время однако большимъ успѣхомъ пользуется другое возрѣніе, по которому, напротивъ, древнѣйшимъ по времени изъ указанныхъ трехъ сборниковъ считается Капитулярій Бенедикта Левиты. Ангильрамнъ уже изъ него черпалъ свои правила; тогда какъ авторъ Лже-Исидоровыхъ декреталій составилъ свой сборникъ путемъ большихъ компиляцій изъ двухъ первыхъ³⁾.

Цѣлью изданія этихъ сборниковъ было желаніе улучшить процессуальное положеніе епископовъ, и желаніе это возникло впервые именно на юго-западѣ Франціи, гдѣ во время борьбы Людовика Благочестиваго съ Лотаремъ многіе епископы, сторонники того или другого, оказывались часто въ затруднительномъ положеніи и терпѣли насилія⁴⁾.

¹⁾ Simson—Die Entstehung der pseudo Isidorischen Fälschungen in le Maus 1886.

²⁾ См. наприм. Eihhorn—Ueber die Spanische Sammlung; Zeitschr. f. geschichtliche Rechtswissenschaft T. II, стр. 183; Stobbe—Geschichte der Deutschen Rechtsquellen I. стр. 237.

³⁾ Взглядъ этотъ высказалъ Hinschius и его приняли между прочимъ такіе авторитеты, какъ Richter—Kirchenrecht §§ 36—38; Schulte—Kirchenrecht § 6; ср. Simson—Die Entstehung der Pseudo Isidorischen Fälschungen 1886 стр. 107.

⁴⁾ Таково мнѣніе Blasco—De collectione canonum 1760. гл. X; его приняла Richter—cit. стр. 101; Schulte—cit. стр. 19 и др. Впрочемъ имѣются и иныя возрѣнія, см. напр. Viollet—Precis de l'histoire du droit Français. I стр. 49; Fournier—въ Nouv. Rev. Hist. de droit. 1887 стр. 101 и др.

Въ виду громаднaго влiянiя вообще не развитiе защиты владѣнiя въ церковномъ правѣ, какое оказалъ Лже-Исидоровъ сборникъ, благодаря рецепцiи нормъ его въ панское законодательство, мы и остановимся здѣсь на разсмотрѣнiи содержанiя именно этого памятника, по скольку оно касается интересующаго насъ вопроса ¹⁾.

Прежде всего должно замѣтить, что въ литературѣ далеко нѣтъ согласiя относительно не только мѣста и времени появленiя этого источника права, но и личности самого автора ²⁾.

Позднѣйшiе писатели, при такой неопредѣленности положенiя и отсутствiя достаточныхъ данныхъ для выясненiя вопроса, признають авторомъ Лже-Исидоровыхъ декреталiй вообще одного изъ церковниковъ Реймской дiоцезы ³⁾. Относительно времени появленiя этого сборника авторы въ общемъ согласно относятъ его къ половинѣ IX вѣка, приблизительно между 840—853 годами ⁴⁾. Мѣстомъ появленiя

¹⁾ Сюда относятся слѣдующiя мѣста, см. Hinschius—*Decretales Pseudo Isidorianae*:

*Praefat. cap. VI; Sixti, I—epist. 2; Zephirini—epist. 2. cap. XII; Fabianus—epist. 2. cap. XX; Stephanus—ep. 2. cap. VI; Sixti II—epist. cap. VI; Felix I—ep. 2. cap. X; Gaii—epist. cap. IV; Marcelli—ep. 2. cap. VIII; Eusebii—ep. 2. cap. XI—XIII; Iulii—ep. 2. cap. XII. XIII; Athanasii et omnium Aegiptorum ep. ad. Felicem II; Felic. II. ep. 2. cap. IV. V. IX Stephan. archiepisc. et trium Concil. Afric. ad. Damasum; Damas. ad Afros—ep. cap. XII. XIII; Acta quintae synodus sub Symmaco; Ioannis I—epist. I; Pelagii II—ep. 2. cap. III;—см. Hinschius—*cit. cit.* ерр. 18, 19, 109, 133, 165, 184, 192, 201, 215, 227, 237, 238, 468, 473, 480, 485: 501, 503, 676, 694 и 731.*

²⁾ Особенно разошлись писатели по послѣднему вопросу. Такъ Goecke—*De excerptione spollii*. Berol. 1858 стр. 58—называетъ его авторомъ Отгара, епископа Майнцаго; Walter—*op. cit.* § 97.—Vering—*Lehrb. des Kirchenrechts* § 17. Kunst—*Monum. German.* IV. 2 p. 35 и др. видятъ автора въ Бенедиктѣ Левита. Другiе, наконецъ, называютъ авторомъ епископа Альдрика, а равно канониковъ Вульфaда и Эбона.

³⁾ Таковы наприм.: Hinschius—*cit.* p. CCXXXV; Schulte—*cit.* p. 19.

⁴⁾ См. Hinschius—*Decis. Ps. Isydor.* p. 201; Walter—*Kirchenrecht* I. § 97; Richter—*Kirchenrecht* § 39 стр. 107; Schulte—*Kirchenrecht* § 6, стр. 18 и друг.

Лже-Исидорова сборника большинство писателей называет Францію ³⁾.

Относительно содержания многочисленных мѣстъ Лже-Исидорова сборника, заключающихъ въ себѣ правила касательно интересующаго насъ вопроса, слѣдуетъ замѣтить, вмѣстѣ съ Бруномъ и Гёке, что они почти исключительно повторяютъ ту основную мысль, что епископъ, утратившій насильственно свою власть, епископію, а вмѣстѣ съ тѣмъ и свое имущество, является крайне стѣсненнымъ и лишеннымъ возможности и средствъ съ успѣхомъ бороться противъ предъявленныхъ къ нему *post-factum* требованій на судѣ, почему легко можетъ проиграть и правое свое дѣло. Мотивъ этотъ ясно выраженъ у *Damasi epist. ad Afros cap. XII*, гдѣ сказано:—«*Scimus enim homines inermes non posse cum armatis rite pugnare, sed nec illi qui ejecti aut suis bonis sunt expoliati cum illis qui in suo stant gradu et suis fruuntur amicis atque bonis, litigare rite non possunt*» Поэтому здѣсь устанавливается общимъ правиломъ, что 1) епископъ, лишенный своей власти и епископіи можетъ быть привлеченъ къ суду за преступленія не ранѣе, какъ будетъ возстановленъ въ прежнемъ своемъ состояніи; причемъ 2) возстановленіе такого *status quo* возлагается на обязанность суда непосредственно (*ex officio* ²⁾) ранѣе разбора самаго дѣла.

³⁾ Этотъ взглядъ былъ высказанъ уже Кнустомъ, Вальтеромъ, а ведѣтъ за ними и другими позднѣйшими изслѣдователями. При этомъ Гиншюсъ, Гёке, Филиппсъ, Рихтеръ, Шульте и др. называютъ Реймъ мѣстомъ, гдѣ будто бы сборникъ этотъ былъ составленъ для епископа Эбона, чтобы помочь ему въ тяжбѣ съ Инкмаромъ. Другіе писатели, въ томъ числѣ Roth—въ *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* 1866 V, стр. 18. и Simson—*Die Entstehung Pseudo-Isidorischen Fälschungen in Le-Mans* 1886 на зываютъ Le-Mans его родиной.

Относительно приемовъ и средствъ, какими пользовался Лже-Исидоръ въ приведенныхъ выше мѣстахъ своего сборника для созданія *remedium'a spoli*, какъ самостоятельнаго института права, см. Brunс—*cit.* § 17. Ruffini—*L'actio Spolii* 1889 стр. 184 слѣд.

²⁾ Ср. Brunс—*cit.* стр. 144: «Die Idee, die Ps. Isidor hier hat, ist eine ganz eigenthümliche, bei uns noch keineswegs recht erkannte. Den Ausgangspunkt bei der ganzen Bestimmung bildet bei ihm der Gedanke, dass ein Bischof, der von seiner Sitze vertrieben und seiner Macht und seines Vermögens beraubt ist, sich nur schwer gegen die Anklagen mächtiger Feinde vertheidigen könne, und ihnen daher leicht ungerechter Weise unterliegen könne». Сравни. Гёке *cit.* S. 61.

Первое правило установлено въ цѣломъ рядѣ мѣстъ разсматриваемаго сборника.

Praefat. с. 6:

«Nullus si suis est rebus spoliatus... antequam omnia ei restituantur... justa canonicam accusari, vocari, judicari aut dampnari institutionem potest».

Sixti I, epistola 2; ep. Sixti II, ep. 2. cap. VI:—

«Nemo pontificum aliquem suis rebus expoliatum episcopum excommunicare aut judicare praesumat».

Stefan. epist. 2, cap. VI:—

«Nullus episcoporum, dum suis fuerit rebus expoliatus... debet accusari aut a quoquam potest ei crimen obici, priusquam integerrime restauretur».

Eusebius. epist. 2, cap. XI: сравн. Ioann. I ep. 1:—

«Quos (rebus suis expoliatos) scias nec ad synodum comprovincialem nec ad generalem posse vocare nec in aliquo judicare antequam cuncta... redintegrentur»

Большее количество мѣстъ гдѣ говорится у Лже-Исидора не только о лишеніи власти и епископіи, но и вообще рез, объясняется патримоніальнымъ воззрѣніемъ того времени на *sedes episcopalis*.

Второе правило ясно видно въ слѣдующихъ мѣстахъ:

Felix I, epist. 2, cap. X:—

«Nullatenus a quoquam respondere rogetur (cogatur) antequam integerrime omnia... potestati ejus ad honorabile concilio legali ordine redintegrentur».

Euseb. Epist. 2, cap. XII; ep. Acta quintae synod, sub Simmacho; Ioannis I, epist. I:—

«Redintegranda sunt omnia *expoliatis vel ejectis* episcopis praesentialiter ordinatione pontificum, et in eorum unde abscesserunt potestatem funditus revocanda, quaecunque conditione temporis aut dolo, aut captivitate, aut virtute maiorum, aut per quascunque injustas causas res ecclesiae vel proprias, aut substantias suas, perdidisse noscuntur, ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum».

Это знаменитое мѣсто Лже-Исидоровыхъ декреталій, равно какъ Damas. epist. ad Afros cap. XII, (см. выш.).

служать въ подтвержденіе примѣненія *remed. spoli* въ случаяхъ насильственнаго (вообще неправомѣрнаго) лишенія епископовъ ихъ власти и имущества. ¹⁾

Stephan. epist. 2, cap. VI:—

• «Nullus episcoporum... debet accusari... priusquam... propriae sedi... reddatur ita, ut omnes possessiones... primates et synodum episcopo... funditus restituant».

Euseb. ep 2, cap. XII; ep Acta V synodus sub Simmach.; Ioanis I epist. I:—

«Omnia sublata... perceptor vel primas possessori restituat».

Брунсомъ высказана мысль, что Лже-Исидоровыми декреталями устанавливается для епископа право на представленіе возраженія (*exsertio*), и вмѣстѣ право на специальный искъ, при помощи котораго епископъ могъ требовать возстановленія себѣ *status quo*, нарушеннаго *spolium*’омъ, но это обусловлено было предварительнымъ предъявленіемъ возраженія. Таковъ по крайней мѣрѣ неизбѣжный выводъ изъ сказаннаго Брунсомъ на стр. 148 его цитированнаго нами выше сочиненія. Какъ говоритъ здѣсь Брунсъ, у Лже-Исидора *exsertio spoli* не была простымъ дилаторнымъ *возраженіемъ* (Brunс употребляетъ именно терминъ *Einrede*, а не *exsertio*), но имѣла сложный характеръ, совмѣщая одновременно съ *возраженіемъ* своеобразное церковное исковое право; почему епископъ, предъявляя *возраженіе*, предъявлялъ въ немъ и искъ, и *возраженіе*. Результатомъ *предъявленія* такой *exsertio spoli* являлась при этомъ не только *пріостановка* (отсрочка) *судоговоренія* въ порядкѣ уголовномъ по ранѣ возбужденному противъ епископа дѣлу, но и *restitutio* епископа въ его власти и имуществѣ. Какъ указываетъ далѣе Брунсъ, *exsertio spoli*, являющаяся такимъ образомъ и *искомъ*, и *возраженіемъ*, была специально установлена Лже-Исидоромъ только для однихъ епископовъ.

¹⁾ Именно такіе случаи насильственнаго лишенія епископовъ ихъ власти и епископій наблюдаемъ мы въ первыхъ по времени казусахъ, рѣшенныхъ папами на основаніи Лже-Исидорова *remedium*’а *spoli* (см. С. Никоновъ *cit.* стр. 80—89—дѣло Ротада; стр. 91—92—дѣло Инкмара; стр. 93—дѣло Арнульфа; стр. 95, 98—дѣло Гебарда и др.).

При такой конструкции *excerptio spoli* по Лже-Исидорову сборнику, какъ ее даетъ здѣсь намъ Брунсъ, т. е. признавая ее возраженіемъ съ основными чертами нека, неизбѣжно слѣдуетъ прийти къ тому выводу, что она непременно должна была предъявляться именно епископами, а не судомъ *ex officio*: послѣднему неизбѣжно долженъ былъ бы мѣшать *исковый элементъ* этой *excerptio spoli*, результатомъ котораго являлась не только пріостановка судебного разбирательства по обвиненіи въ преступленіи, но еще и возвращеніе сполірованного. Такимъ образомъ Брунсъ утверждаетъ, что епископы не могли получить отсрочки судоустройства и возстановленія во владѣніи отнятымъ у нихъ имуществомъ непосредственной дѣятельностью власти *ex officio*, но что для достиженія этихъ результатовъ непременно должны были сами представить означенную *excerptio*, и при томъ *in limine litis*,

Согласно съ Гёке (Соеске—*cit. стр.* 62), я считаю это заявленіе Брунса не отвѣчающимъ дѣйствительному смыслу Лже-Исидоровыхъ декреталій. Прежде всего здѣсь нѣтъ мѣстъ, въ текстѣ которыхъ можно было бы отыскать хотя намекъ на необходимость для епископовъ непременно предъявлять *excerptio*, если они хотятъ возстановить себѣ *status quo*. Напротивъ, во многихъ мѣстахъ разсматриваемаго сборника ясно высказывается требованіе, чтобы судья не позволялъ епископу, до возстановленія его владѣнія, отвѣчать передъ судомъ ¹⁾, а въ другихъ мѣстахъ указано, что епископамъ не должно отвѣчать на судѣ до возстановленія ихъ владѣнія:

Zephyr.—ep. 2 cap. XII—*Nec prius eos (episcopos ejectos) respondere debere*».

Marcell.—ep. 2 cap. VIII—*«Nec liceat eis... respondere»*.

Felic. II.—ep. I, cap. VI—*«Nec respondere emulis debent»*

Наконецъ, самое представленіе возраженія возможно лишь на судѣ передъ синодомъ. Между тѣмъ во многихъ мѣстахъ Лже-Исидорова сборника, прямо запрещается лишен-

¹⁾ См. Felic. I—epist. 2 cap. X; Zephyr.—ep. 2 cap. XI; Sixti I—ep. 2 Sixti II—ep. 2.

ному владѣнія епископу становиться передъ судомъ ранѣ обратнаго полученія отнятаго у него имущества ²⁾).

Во всякомъ случаѣ изъ смысла декреталій этихъ, а въ особенности знаменитой *Redintegranda*, ясно видно, что судья не могъ отказать въ дачѣ защиты, но былъ обязанъ, защищая сполірованнаго епископа, а) отклонить обвиненіе, и б) выступить *ex officio* въ цѣляхъ возстановленія епископа во владѣніи по прежнему. Такимъ образомъ *Lже-Исидорово remedium spoliі* является не искомъ или возраженіемъ въ собственномъ смыслѣ слова, а законной обязанностью, налагаемой на судью, въ силу которой послѣдній *ex officio* долженъ выступать, при наличности извѣстныхъ условій, въ защиту интересовъ епископа-сполиата (*officium iudicis*.) Правда, епископъ и самъ могъ ссылаться на такой *beneficium spoliі* въ случаѣ, если судья забылъ его примѣнить; но это уже аномальный случай, не нарушающій смысла общаго правила (ср. *Gücke—cit.* стр. 63).

Что касается смысла мѣсть *Fabian. ep. 2 c. 20* („*Nullatenus a quoquam accusarentur aut criminarentur, et nisi sponte elegerint cuiquam pro talibus responderent*») и *Felic. 1 ep. 2 c. 10*. («*Nec convocari, nec iudicari poterit, nisi ipse pro sua necessitate, minime tamen iudicandus, advenire sponte elegerit*»), то въ нихъ мы видимъ прямое подтвержденіе только что высказанному нами положенію. По мысли этихъ двухъ мѣсть запрещается привлекать сполірованныхъ епископовъ къ уголовной отвѣтственности ранѣ возстановленія ихъ въ прежнее состояніи, если только *они сами не пожелаютъ* отвѣчать на судѣ и до *restitutio spoliatorum* («*nisi sponte elegerint*»); очевидно и здѣсь *restitutio spoliatorum* представляется какъ *officium iudicis*, какъ привилегія епископовъ, отъ которой они *могутъ* отказаться, явно выразивъ на это свою волю, но отказъ такой никоимъ образомъ не предполагается.

Относительно лицъ, имѣющихъ право на *remedium spoliі*, *Лже-Исидоровъ* сборникъ содержитъ ясныя и беспор-

²⁾ См. напр. *Eusebii—ep. 2; Felicis II—ep. 1, cap. III, IV, IX* и др.

ныя правила. Право такое было признано здѣсь за епископами, обвиняемыми въ совершеніи неправомѣрныхъ дѣяній, въ томъ случаѣ, когда у этихъ лицъ были самовольно отняты ихъ имуществъ и власть.

Такое ограниченіе области примѣненія *remedium'a spoli* одними епископами отвѣчало самой цѣли составителей Лже-Исидорова сборника, желавшихъ улучшить юридическое положеніе именно однихъ епископовъ, а не всѣхъ клириковъ вообще.

Замѣтимъ впрочемъ, что ограничивъ такимъ образомъ кругъ лицъ, имѣющихъ право на *remedium spoli*, авторъ Лже-Исидоровыхъ декреталій дѣлаетъ уже намеки на возможность распространенія этого средства защиты и на другихъ лицъ изъ духовенства, какъ бы подготавливая въ будущемъ такое примѣненіе *remedium'a spoli* для всего клира. Эту идею онъ проводитъ въ посланіи къ папѣ Дамазію:

«*Pateat nobis... beatissime pater, aut si liceat hos (episcopos) vel alicos etiam minorum graduum clericos nisi legitimo canonice tempore vocatos... vel suis sedibus ejectos, aut suis rebus expoliatos, vocare ad synodum vel damnare, quia legimus eos non posse canonice ad synodum ante suam... restitutionem... vocari.*»

Слѣдуетъ замѣтить, что все посланіе это Стефана личное измышленіе Лже-Исидора; поэтому очевидно и желаніе фальсификатора, прикрывшись авторитетомъ древней Африканской церкви, дать новую идею (правда, пока нерѣшительно и въ общихъ формахъ) въ цѣляхъ охраны духовенства отъ притѣвленій со стороны сильныхъ.

Равнымъ образомъ и въ гл. IV посланія Гая (тоже чистое измышленіе Лже-Исидора) говорится «*Et si quis episcopus, presbiter, aut diaconus vel quilibet clericus...*» и постановляется, что обвиняющій ихъ долженъ представить документальныя доказательства; иначе, при доказанной неосновательности обвиненія, терпѣть *infamiam*. Къ этому правилу здѣсь далѣе добавлено въ общей формѣ, безъ особаго отличія епископовъ отъ другихъ клириковъ: «*Nam qualiter ad concilium venietur, aut qualiter de suis rebus expoliatis vel ejectis a sedibus propriis*» и т. д.—всѣ другія

общія правила касательно *remedium spoli*. Интересно, что и здѣсь эти правила введены авторомъ съ ссылкой на источники, очевидно, въ цѣляхъ установить въ читателяхъ предположеніе, что нормы эти созданы были еще апостолами и ихъ непосредственными преемниками въ дѣлѣ церковнаго управления.

Наконецъ, въ цѣломъ рядѣ мѣстъ Лже-Исидоръ, очевидно въ тѣхъ же цѣляхъ упроченія примѣненія *remidium'a spoli* въ защиту духовенства вообще, прямо уже вопреки истинѣ заявляетъ, что мѣра такая примѣняется въ свѣтскомъ законодательствѣ въ защиту всѣхъ лицъ, лишенныхъ владѣнія, безразлично ¹⁾).

Какъ увидимъ ниже, эти намеки на возможность примѣненія *remidium'a spoli* не только въ защиту однихъ епископовъ, но и другихъ лицъ духовнаго званія, развились позднѣе, подъ вліяніемъ канонистовъ и папскихъ посланій, въ общее правило.

Необходимымъ условіемъ возможности примѣненія *remidium'a spoli* является наличность всякаго рода *неправомернаго отнятія* имущества у епископа, привлекаемаго къ суду за преступленія. Это понятіе Лже-Исидоръ выражаетъ глаголомъ *exspoliare*, т. е. выраженіемъ общаго характера, означающимъ всякаго рода (не только насильственное) отнятіе вещей и иныхъ цѣнностей, благодаря которому нарушается нормальное положеніе лица въ его хозяйственной сферѣ и въ обществѣ; а равно фразами: *volentiam pertulit* (*Euseb*; cap. XII etc): *vi aut terrore, vi aut timore pulsus* (*Felic. II*, cap. IV, V, IX, *Praef.* cap. VI); *vi aut dolo* (*Synod. V sub Sym.*), или еще болѣе обще:—*qualibet occasione, quocumque modo, ingenio* (*Steph. Ep.* cap. VI; *Syn. V sub Symm.*). Эта же идея еще болѣе ясно выражается въ знаменитыхъ словахъ:—

«*Redintegranda sunt omnia exspoliatis episcopis... quacun- que conditione temporis aut dolo, aut captivitate, aut virtute majorum, aut per quascunque injustas causas res... perdidisse noscuntur*» (ср. *Bruns—cit.* стр. 155 слѣд.).

¹⁾ См. *Praefat.*—с. VI; *Steph.*—ep. 2, cap. VI; *Zephirini*—ep. 2 cap. XI; *Damasii*—epist. ad Afros,—cap. XIII.

Относительно продолжительности времени, допустимаго между примѣненіемъ *remedium'a spoli* и суда надъ споліро-ваннымъ епископомъ, источники говорятъ не вездѣ точно. Такъ въ Praef. (cap. VI) и въ посланіяхъ Юлія, Феликса II, Дамазія, Фабіана, Маркелла и у другихъ мы встрѣчаемъ общія выраженія—*multo tempore, per spatiosa tempora, magnum spatium, etc.* Въ другихъ мѣстахъ однако время опредѣлено болѣе точно, именно тѣмъ же срокомъ, какой прошелъ отъ *spolium'a* до возстановленіи споліата въ прежнемъ положеніи¹⁾.

Еще категоричнѣе опредѣленъ этотъ срокъ въ посланіяхъ Феликса I и Гая, гдѣ говорится, что такой *spatium* долженъ быть 4, 5, 6, 7 мѣсяцевъ:—*inter quattuor vel quinque aut septem menses induitiae anniversariae vel sex mensium indulgentiae.*

Какъ видно изъ текста многихъ мѣстъ Лже-Исидоровыхъ декреталій, цѣлью дачи *remedium'a spoli* являлось возстановленіе епископа въ прежнемъ его состояніи до момента *spoliatio*, чтобы онъ не являлся *nudus et inermis* въ послѣдующемъ процессѣ о его проступкахъ²⁾. Сообразно съ этой основной цѣлью епископъ возстановлялся въ правахъ своихъ и ему возвращали *omne* отнятое у него имущество, въ чемъ бы оно не состояло,—безразлично: *suis rebus, sua sede, sua ecclesia, sua omnia, cuncta etc.*“ Единственное число здѣсь не употребляется, кромѣ случаевъ означенія *universitates rerum*, каковы напр.—*sedes, ecclesia*. Въмѣстѣ съ тѣмъ этотъ *remedium* не былъ установленъ (подобно средствамъ поссессорной защиты въ собственномъ смыслѣ слова) для выясненія споровъ по *отдѣльнымъ* вещамъ: это совершенно и не входило въ задачу Лже-Исидора. Вездѣ въ разсматриваемомъ сборникѣ говорится о возстановленіи

¹⁾ Ep. ad Felic. II, cap. IX, Ep. ad Euseb. cap. IX или еще ep. Iohannis I:

„Et tamdiu in sede propria pacifice et potestative cuncta disponens resideat, quandiu expulsus vel expoliatus carere visus est rebus; tantum temporis spatium eis indulgeatur, quanti expoliati vel expulsi esse videntur“

²⁾ Damas. ep. ad Afros cap. XIII—„Scimus enim homines inermes non posse cum armatis rite pugnare, sic nec illi, qui ejecti aut suis bonis sunt expoliati cum illis qui in suo stant gradu et suis fruuntur amicis atque bonis. litigare ritu non possunt“

для епископа *status quo ante*, объ обратной передачѣ ему *sedes cum omnibus ad se pertinentibus, status cum omni honore, ecclesiae cum omni privilegio*, или *omnes possessiones, res, suppellectilia* и т. д. ¹⁾.

Слѣдуетъ замѣтить впрочемъ, что именно эта общность и неопредѣленность выражений явилась позднѣе весьма полезной при дальнѣйшемъ развитіи *remedium'a spoli* въ институтъ защиты владѣнія вообще, когда отчасти путемъ распространительнаго толкованія старыхъ нормъ, отчасти посредствомъ новеллъ, оказалось возможнымъ, на *старомъ фундаментѣ* создать защиту *status quo* въ дѣлѣ пользованія и отдѣльными вещами, взятыми противъ воли на то у ихъ прежняго обладателя.

Брунсъ (*Bruno-cit.* стр. 149—151) высказалъ иное мнѣніе по этому вопросу. Онъ считалъ привилегію, предоставленную Лже-Исидоромъ епископамъ, за настоящее средство посессорной защиты, состоящее изъ *exceptio* и вспомогательнаго при послѣдней иска, служащаго для обратнаго полученія владѣнія отнятой вещью: „*eine neue Einrede, zugleich auch ein neues Klagrecht*“. Другими словами, Брунсъ признавалъ уже для конца 9 вѣка возникшей и развившейся въ области каноническаго права специальную систему защиты владѣнія, при томъ независимо отъ старой римской системы посессорныхъ исковъ. (См. выше стр. 74 слѣд.).

Мы думаемъ однако, что болѣе правильнымъ въ этомъ отношеніи представляется мнѣніе Гёке (*Goescke—De Exceptioe Spolii* 1858 г. стр. 67), который замѣчаетъ, что отрывки изъ Лже-Исидоровыхъ декреталій могутъ дать позднѣйшему юристу достаточно матерьяла для горячихъ споровъ и доводовъ въ пользу признанія здѣсь *remedium'a spoli* институтомъ, основаннымъ на правѣ собственности, или на *possessio*, или на *detentio*; но что ничего такого никогда и на мысль не приходило самому Лже-Исидору, преслѣдовавшему изданіемъ своего сборника совершенно инья цѣли и задачи. Желая гарантировать епископовъ, обвиненныхъ въ извѣст-

¹⁾ *Marcell.—ep. 2, cap. VIII; Euseb.—ep. cap. XI; Felicis I.—ep. cap. X; Steph.—ep. cap. VI; Zephyr.—Ep. II, cap. XI* и др.

ныхъ преступленіяхъ, отъ послѣдствій самоуправныхъ дѣйствій враговъ, отъ *violentia*, благодаря которой потерпѣвшій ее могъ бы оказаться *nudatus et inermis*, и слѣдовательно безсильнымъ въ борьбѣ съ противниками, Лже-Исидоръ предписывалъ судьямъ прежде всего непременно возстановить обвиняемаго епископа-сполиата въ его прежнемъ состояніи, устранить результаты *violentia* его враговъ, и только послѣ это уже приступать къ разбору дѣла о его проступкахъ.

Результатомъ примѣненія *remedium'a spoli* являлись послѣдствія двоякого рода: (см. Goecke-cit. p. 68):

1) Обязательно и немедленно приостанавливался уголовный искъ, возбужденный противъ споліированнаго епископа, каковы бы ни было сущность этого иска, или лицо, его возбудившее ¹⁾.

При этомъ не имѣеть значенія, самъ ли споліаторъ возбуждаетъ такой искъ, или кто другой.

2) Это *remed spoli* налагаетъ *ex officio* на судью обязанность возстановить споліированнаго епископа въ его прежнемъ состояніи, кто бы при этомъ не являлся владѣльцемъ отнятого у епископа имущества, и какой бы *animus possidendi* не былъ у этого владѣльца ²⁾

Примѣненіе такого *remedium'a spoli* обставлено было Лже-Исидоромъ слѣдующими условіями:

а) прежде всего судья самъ *ex officio* долженъ былъ примѣнять его, не дожидаясь непременно ссылки епископа на такое *beneficium*.

б) Привилегія такая дана была лишь въ пользу епископовъ, *status quo* которыхъ въ области спокойнаго пользованія ихъ правами и имуществомъ былъ нарушенъ противниками самовольно.

¹⁾ "Nullatenus a quoquam accusarentur...; nullatenus cuiquam pro talibus responderent...; nec quisquam potest eis quilibet majorum vel minorum obicere (Fabian Epist. 2. c. XX); „nullatenus a quoquam respondere cogetur“ (Felic I, Ep. C. X.); „aut a quoquam potest ei crimen obici“ (Seph. Ep. c. VI).

²⁾ Cp. Dum... res ab emulis aut a quibuscumque aliis detinentur— Fabian. Ep. 2, cap. XX; Pelag. II ep. 2).

в) Она примѣнялась лишь въ случаѣ возбужденія уголовнаго преслѣдованія противъ епископа, которому учинено было такое *spolium*.

Поэтому намъ кажется болѣе правильнымъ считать *remedium spolii* въ томъ видѣ, какъ онъ установленъ въ Лже-Исидоровыхъ декреталіяхъ, спеціальной привилегіей епископовъ, предоставленной имъ, въ интересахъ охраненія отъ насильниковъ, сравнительно въ очень ограниченномъ числѣ случаевъ, но не процессуальнымъ институтомъ *executio* съ чертами пса, какъ утверждаетъ это Брунсъ (cit. S. 149), а именно лишь привилегіей, процессуальнаго характера, которая только позднѣе послужила основаніемъ для развитія новаго института *executio*, а затѣмъ и *actio spolii*.

Но и позднѣе разившійся институтъ этотъ черпалъ силу свою не въ подложныхъ документахъ, а скорѣе изъ соответствія своего нравамъ и потребностямъ той эпохи, когда нужно было во что бы то ни стало найти средства и способы борьбы противъ насильниковъ и создать тишину и спокойствіе въ обществѣ путемъ охраны фактическаго пользования и обладанія вещами. Вотъ почему *remedium spolii* былъ принятъ съ такимъ успѣхомъ, распространяя все болѣе и болѣе изъ каноническаго законодательства область своего примѣненія и среди мірянъ по всей Европѣ, вплоть до того времени, когда средство такое должно было отойти на второй планъ подъ вліяніемъ новыхъ запросовъ жизни, потребовавшей установленія другихъ менѣе рѣзкихъ и рѣзкихъ способовъ защиты владѣнія.

Remedium spoliі за время до Граціана.

Признаніе папами Лже-Исидоровыхъ декреталій, начало примѣненія ими правилъ о remedium'ѣ spoliі въ своихъ посланіяхъ слѣдуетъ относить ко времени папъ Николая I и слѣдовавшаго за нимъ Адриана II. По крайней мѣрѣ изъ извѣстныхъ намъ источниковъ этого времени первый случай такого примѣненія remedium'a spoliі относится къ концу 864 года.

Rothadus, епископъ Суассона былъ, въ 863 году, обвиненъ епископомъ Реймскимъ Инкмаромъ и синодомъ въ томъ, что неправильно наказалъ подчиненнаго ему священника, который не смотря на то, что апеллировалъ передъ папой на такой приговоръ, былъ лишенъ своей епископії. Узнавъ объ этомъ, папа Николай I немедленно отправилъ посланія къ епископамъ Франціи, къ Инкмару и къ королю Карлу Лысому, предписывая Инкмару возстановить Ротада въ его епископії, а затѣмъ или явиться лично, или послать за себя легата въ Римъ на судъ къ папѣ вмѣстѣ съ Ротадомъ. Ротаду, который былъ уже къ этому времени заключенъ въ монастырь, было позволено отправиться въ Римъ; но ни Инкмаръ, ни его легаты на судъ къ папѣ не явились. Прождавъ ихъ 9 мѣсяцевъ, папа затѣмъ на соборѣ торжественно объявилъ, что онъ возстановляетъ Ротада въ его санѣ.

Слѣдуетъ при этомъ отмѣтить двѣ фазы въ развитіи этого дѣла—до и послѣ прибытія Ротада въ Римъ.

Въ посланіи къ Инкмару, отъ 863 года, папа пишетъ¹⁾:

«Ut... Rothadum episcopato pariter et pristino honoris sui officio restituitis: ita ut tali per omnia decoretur honore, ea omnibus ita reddatur integer officios, qualem illum

¹⁾ Mansi—Conciliarum collectio XV, col. 295; см. Jaffé—Regesta Pontificum Romanorum p. 241 c. 2053.

eo constat fuisse tempore, quando expellendus apostolicae sedis memoriam fecit. Et ita demum, si qui videntur illius esse calumniatores, cum presbytero illo qui dejectionis ipsius causa extitit, Romam pariter cum saepe nominato Rothado; omni remota occasione, indefinientes accurrant».

И далѣе:

«Hoc autem expresse decernimus, ut post XXX dies, postquam haec nostra epistola ad vos delata fuerit, aut praefatum virum Rothadam omnino restituatis pristinae dignitati, aut si juste vos in eum egisse putatis, Romam cum eodem vos, vel vester legatus vestram vicem in omnibus ferens, ut utriusque partis causam ad liquidum scimus, adveniat».

Такимъ образомъ папа здѣсь предоставляетъ Инкмару на выборъ или возстановить Ротада въ его прежнемъ состоянiи, признавъ свое рѣшенiе неправымъ; или же, въ противномъ случаѣ, если считаетъ приговоръ свой правильнымъ, явиться съ Ротадомъ въ Римъ на судъ второй инстанци. Обязательнаго проведенiя здѣсь правила—*spoliatus ante omnia restituendus* мы еще не видимъ.

Когда Ротада прибылъ въ Римъ, папа, въ 865 году, въ торжественномъ собранiи призналъ его возстановленнымъ въ прежнемъ званiи и состоянiи. Вскорѣ послѣ того (см. Iaffe—cit. стр. 246) тотъ же папа, сообщая о такомъ своемъ рѣшенiи Карлу Лысому, совѣтуетъ ему остерегаться, чтобы потомъ про него не говорили того же, что уже написано про Теодориха:

«Qui ante patrimonii vel ecclesiarum, quas amiserat, receptionem, papam Symmachum, utpote Arianus et sceleratissimus rex, cum impugnantibus suis in disceptationem conflare iussit cum potestate ejus omnia, quae per suggestiones inimicorum suorum amisit, reddenda ad honorabilem Italarum episcoporum concilia jussa fuissent, et legaliter prius status pristino reditus, tunc veniret ad causam, et si ita recte videretur accusantium propositionibus responderet».

И добавляетъ затѣмъ:

«Cujus rei documento et aliis nonnullis decretis et exemplis imbuti, idipsum de Rothado episcopo nos quoque decrevimus» (Mansi—Concil. collectio t. XV, col. 690).

Здѣсь папа Николай уже прямо ссылается на случай съ Симмахомъ, постоянно встрѣчающійся въ Лже-Исидоровомъ сборникѣ, очевидно подчеркивая такимъ образомъ свое знакомство съ этимъ сборникомъ.

Въ подтвержденіе того, что папа въ это время уже былъ хорошо знакомъ съ содержаніемъ Лже-Исидоровыхъ декреталій, можно привести еще посланіе того же папы къ Инкмару, написанное одновременно и по поводу того же дѣла. Въ посланіи этомъ Николай I, приказываетъ Инкмару или немедленно подчиниться его рѣшенію, или явиться въ Римъ, но во всякомъ случаѣ возстановить Ротада въ его званіи и состояніи (на чемъ особенно папа здѣсь настаиваетъ). При этомъ онъ говоритъ между прочимъ:

«Ita dumtaxat, ut prius ipse Rothadus *cunctis ablatis sicut statuimus, recuperatis honoribus, et vires sumens, diutius possideat, et suis omnibus perfruatur*»¹⁾.

Напечатанныя здѣсь курсивомъ слова цѣликомъ заимствованы изъ извѣстнаго мѣста Дамазія въ Лже-Исидоровыхъ декреталіяхъ, и по смыслу явно повторяютъ правила о *remedium spoli* этого источника²⁾.

Мы видимъ такимъ образомъ здѣсь любопытный фактъ, именно, до прибытія Ротада въ Римъ папа въ рѣшеніяхъ своихъ нигдѣ не примѣняетъ еще *remedium spoli*. Между тѣмъ въ посланіяхъ его, написанныхъ послѣ того, какъ Ротада явился на судъ въ Римъ, не только *remedium spoli* получаетъ папскую санкцію, но уже помѣщаются цѣликомъ отдѣльныя наиболѣе характерныя выраженія изъ Лже-Исидоровыхъ декреталій. Въ виду этого намъ представляется весьма вѣроятнымъ предположеніе, что именно Ротада первый, по прибытіи своемъ изъ Франціи въ Римъ, ознакомилъ

¹⁾ Mansi—cit XV, col. 693.

²⁾ Ср. Mansi—cit. XV, col. 700, гдѣ встрѣчаются такія же замѣтованія изъ Лже-Исидорова сборника въ другихъ посланіяхъ папы, написанныхъ два года спустя къ тому же Инкмару.

папу съ существованіемъ Лже-Исидоровыхъ декреталій ¹⁾, прежде всего въ своихъ интересахъ представивъ сборникъ такого благоприятнаго и для папской власти содержанія.

Трудно сказать, почему папа, зная про Лже-Исидоровы декреталіи, не цитуетъ ихъ болѣе точнымъ образомъ въ своихъ посланіяхъ, равно какъ не даетъ болѣе примѣненія его нормамъ. Причины этого могли быть самыя различныя. Быть можетъ, папа, не имѣя въ рукахъ списка декреталій, не рѣшался примѣнять правила ихъ по цитатамъ изъ третьихъ рукъ, или вообще сомнѣвался въ подлинности этого сборника. Наконецъ, причиной здѣсь могла быть основательная осторожность, необходимая въ дѣлѣ примѣненія правилъ новыхъ, неизвѣстныхъ до той поры папамъ.

Имѣется еще въ источникахъ указаніе на случай примѣненія *remedium'a spoli* папой Николаемъ I, въ 866 году (см. Mansi—cit. XV, с. 743), гдѣ папа въ своемъ рѣшеніи предписываетъ возстановить въ прежнее состояніе епископа Эбона и *другихъ клириковъ*, замѣчая по этому поводу, что эти лица

«Ante omnia pristinis gradibus et ordinibus et quodammodo suis omnibus revestiti, vires adversus impetentes se integras habeant. Non enim inermis cum armato rite conflictum inire poterit».

Интересно отмѣтить здѣсь примѣненіе папой *remedium'a spoli* не только въ защиту интересовъ епископа, но равнымъ образомъ и духовенства иного званія.

Наконецъ, тотъ же папа Николай I дѣлаетъ примѣненіе *remedium'a spoli* въ извѣстномъ дѣлѣ о разводѣ Лотаря II съ его женой Tietberga. По этому поводу папа писалъ въ 867 году королю Карлу Лысому (Iaffé—Regesta p. 253 с. 2174):

— «Praeterea sive de conjugii foedere, sive de adulterii crimine iudicium sit agitandum, nulla ratio patitur Teutbergam cum Lothario posse legalem inire conflictum,

¹⁾ Ср. Hinschius—cit. стр. CCVII; Richter—cit. стр. 98 пр. 18; стр. 118 пр. 45.

vel legitimum controversiae subire certamen, nisi prius ad tempus fuerit suae potestati reddita et consanguineis propriis libere sociata ¹⁾

Уже Брунъ (cit. S. 162), слѣдуя глоссѣ къ Декрету Граціана, объясняетъ такой случай примѣненія папой *remedium'a spoli* тѣмъ, что здѣсь Николай I разсматривалъ лишеніе свободы (плѣтъ) Титберги, какъ случай *spoliatio libertatis*.

Самая *ratio*, мотивъ примѣненія въ данномъ случаѣ *remedium'a spoli* остается та же, что и въ остальныхъ нормальныхъ, такъ сказать, случаяхъ примѣненія послѣдняго. Уравненіе положенія обѣихъ тяжущихся сторонъ на время процесса путемъ освобожденія одной изъ нихъ отъ притѣсненій со стороны противника, проявленныхъ послѣднимъ передъ тяжбой,—съ одной стороны, съ другой стороны,—предоставленіе каждому тяжущемуся возможности свободно располагать своимъ имуществомъ и спокойно готовить свои силы къ предстоящей тяжбѣ—такова цѣль папы, цѣль, которая, будучи вполне согласующеюся съ знаменитыми словами папы Дамазія, была, какъ мы уже говорили, *leitmotiv'омъ* примѣненія *remedium'a spoli* ²⁾.

Что касается объекта предписанной здѣсь папой реституціи, то онъ ясно указанъ самимъ Николаемъ I:—личная свобода какъ таковая—*propriae potestati reddita, propriae libertati committi*“.

Относительно примѣненія здѣсь папой крайне распространеннаго толкованія понятія *spolium* мы должны вспомнить, какъ обширно толковалось это понятіе самимъ Лжи-Пейдоромъ, который признавалъ за *spolium* на ряду съ двумя основными случаями—именно отнятія вещи или лишенія права, еще и самовольное задержаніе лица, препятствующее послѣднему осуществлять свои права. Равно и глосса

¹⁾ Mansi-- Concil. collect. XV. col. 320. Граціанъ помѣстилъ этотъ отрывокъ въ can. VI, озаглавивъ его: *Nicolaus Papa Karolo regi*.

²⁾ Сравн. Mansi XV, col. 320—*„Propria igitur libertati committi, et ab omni oppressione ac potestate ipsius cum quo iurur conflictus, oportet liberari: atque in suis licenter (liberaliter?) uti et suspectas personas convenit declinare, quae se ab objectis ostendere cupit immunitem“*.

(къ Декрету Граціана) замѣчаетъ по поводу нашего случая, что Титберга, «*spoliata erat quadam libertate: quia compulsua fuerat contra se confiteri*». Необходимо отмѣтить, съ одной стороны, съ какимъ стараніемъ въ эту эпоху, подъ вліяніемъ германскихъ идей, стремились возможно болѣе уравнять положеніе тяжущихся въ процессѣ, а съ другой—на сколько велика была въ это время власть мужа надъ женой. Последняя, оставаясь подъ властью своего супруга, не могла, очевидно, ни покойно и успѣшно подготовиться къ процессу о дѣйствительности брачнаго ихъ союза—«*de conjugii foedere legalem inire conflictum*», ни приступить къ рѣшенію дѣла „судомъ Божиимъ“—посредствомъ судебного поединка (*monomachia*).

Въ этомъ отношеніи, въ цѣляхъ уравненія положенія тяжущихся въ процессѣ—этого основного правила тогдашняго судопроизводства, мужъ вчиняя искъ о дѣйствительности своего брака, или обвиняя жену въ прелюбодѣянніи, былъ обязанъ предоставить своей женѣ полную свободу дѣйствій, какъ если-бы уже ихъ брачныхъ узъ болѣе не существовало. Съ другой стороны, желаніе настаивать на осуществленіи своихъ правъ мужа надъ женою уже послѣ возбужденія дѣла или предъявленія обвиненія противъ жены въ нарушеніи супружеской вѣрности, составляло даже безъ проявленія непосредственныхъ актовъ насилія надъ женою, само по себѣ *spolium*, и давало болѣе чѣмъ достаточное основаніе какъ судѣ выступить *ex officio* для возстановленія личной свободы жены ранѣе обещанія самой тяжбы супруговъ, такъ и женѣ предъявить *remedium spolii* еще *in limine litis* въ случаѣ, если почему-либо судья не осуществилъ *ex officio* этого *rem. spolii*.

Замѣстившій Николая I папа Адріанъ II вмѣшался въ споръ епископа Реймскаго Инкмара съ племянникомъ Инкмара епископомъ Лаонскимъ (*Laudunensis*). Этотъ послѣдній былъ лишенъ сана и неоднократно вызывался въ судъ въ синодъ за разныя преступленія, но всегда отказывался идти на судъ и отвѣчать, заявляя: «*spoliatus sum omnibus rebus et facultibus meis, et ideo nihil in hoc synodo respodebo*» (*Mansi—Concil. Collect. XVI, c. 662*), и высказывалъ желаніе

сперва апеллировать папѣ на лишеніе сана, а потомъ уже явиться на судъ синода.

Папа призналъ эти требованія епископа Лаонскаго основательными и предписалъ, чтобы ему позволено было явиться въ Римъ и чтобы онъ за это время былъ возстановленъ въ прежнемъ состояніи ¹⁾. Епископы Франціи однако не подчинились этому предписанію Адріана II. Тогда папа далъ вторичное посланіе, требуя, если не возстановленія отвѣтчика въ прежнемъ санѣ, то хотя бы пересмотра его дѣла ²⁾. Но епископы и Карлъ Лысый не послушались и этого второго папскаго посланія, и достигли того, что позднѣе папа Іоаннъ VIII одобрилъ ихъ приговоръ ³⁾.

Должно замѣтить, что въ этомъ дѣлѣ и папа требуетъ соблюденія *remedium'a spoli*, да и французскіе епископы, собственно говоря, не оспариваютъ послѣдняго, а престо лишь настаиваютъ на своемъ рѣшеніи, указывая, что они лишили виновнаго епископа его сана законнымъ порядкомъ и никакой *spoliatio* не совершали (ср. Goecke—cit. стр. 74—75).

Тотъ же Адрианъ II по поводу жалобы священника Эрлефрида (*Herlefridus presbyter*) на епископа Эрпуина (*Erpuius*), лишившаго просителя сана и мѣста, обратился съ посланіемъ къ Карлу Лысому, предписывая ему разобрать это дѣло на провинціальномъ синодѣ, подѣ председательствомъ Никмара архіепископа Реймскаго. Какъ видно изъ посланія, папа убѣждаетъ Карла или озаботиться о немедленномъ возстановленіи споліата, т. е. Эрлефрида, согласно правиламъ святыхъ каноновъ (т. е. Лже-Пендорова сборника, на который здѣсь прямо сдѣлана папой ссылка), или же понудить епископа Эрпуина послать къ папѣ легата для подробнаго ознакомленія, почему здѣсь епископъ не примѣнялъ правилъ о *restitutio spoliatorum*. Это послѣднее *дополнительное* къ первому предписанію Адріана вѣрнѣе всего было вызвано тѣмъ обстоятельствомъ, что епископы Франціи стали

¹⁾ Mansi—cit. XV, col. 852.

²⁾ Mansi—cit. XVI, c. 719—„non tamen eo prius in gradu restituto“.

³⁾ Mansi—cit. XVII, col. 226.

не подчиняться указамъ папъ о *restitutio spoliatorum*, какъ, напр., это видно изъ приведеннаго мною выше посланія того же папы Адриана II къ Карлу Лысому по дѣлу епископа Лаонскаго Инкмара (*Mansi—Concil. Coll. XV, col 852 и XVI, col. 719*). Такимъ образомъ изъ этихъ посланій Адриана II явствуетъ, что теперь папы признають правило о *restitutio spoliatorum*, а не желаютъ его примѣнять епископы Франціи ¹⁾).

Въ *Decretum Gratiani* (с. 3, С. III, qu II) имѣется слѣдующій отрывокъ посланія папы Стефана V. ²⁾

«*Oporet, ut primum vos tam de invasis civitatibus et monasteriis, et mansis, quamque et de reliquis generaliter rebus reinvestire faciatis, quia nec nudi contendere nec inermes inimicis nos debemus obponere*».

Въ 916 году мѣстный Альтхеймскій (*Altheimensis*) соборъ помѣстилъ, въ числѣ своихъ постановленій, отрывокъ изъ посланій папы Фабіана (Лже-Фабіана) Лже-Исидорова сборника, начинающійся словами: «*Nulla enim permittit ratio etc*» ³⁾).

Равнымъ образомъ примѣненіе *remedium'a spoli* видимъ мы въ дѣлѣ Арнульфа, архіепископа Реймскаго, происшедшемъ около 999 или 1000 года. Арнульфъ былъ обвиненъ въ государственной измѣнѣ (*perduellio*) и вызванъ въ судъ на мѣстный соборъ. На этомъ послѣднемъ сторонники обвиняемаго привели рядъ соображеній въ его пользу. Они между прочимъ указывали, что у него отнята епископія, ссылаясь при этомъ на рядъ цитатъ изъ Лже-Исидоровыхъ

¹⁾ „*Aut praesentialiter huic Perlefrido presbytero suam ecclesiam cum omnibus suis, usque ad tempus provincialis synodi hanc libere possessuro, pro tempore quod sacri canones definire, solemniter reddere faciatis, aut Erpwinum episcopum suum legatum nobis qui haec plenius veriusque renuntiat, praesentialiter mittere cogatis: quatenus luce clarior euncta noverimus, sciamus in quem apostolicae animadversionis sententiam proferamus*“ (*Mansi—concil. coll. XV c. 837*)

²⁾ Или Стефана VI, если считать «*Papam quadriduannum*» — Стефана II, (752 г.) ср. *Jaffe—Regesta*, p. 297. c. 2657.

³⁾ *Pertz—Monumenta German. t. VI (leg. II) p. 557, c. 14—«de expiato episcopo»*.

декреталій. Соборъ, не разсматривая по существу юридической стороны этихъ заявленій, рѣшилъ дѣло не въ пользу Арнульфа и лишилъ его сана. Папскій легатъ объявилъ это низложеніе не имѣющимъ силы. Дѣло перешло въ другой помѣстный соборъ. Но и новый соборъ подтвердилъ прежнее постановленіе, отвѣтивъ на представленные возраженія слѣдующее:

«Sed inquit emulus; non potuit dijudicari; ecclesiam reciperet, suis viribus resumtis, suisque diu retentis amicis, ad iudicium provocetur Quidnam est armatus a tyrannide removeri? Immo non aliter quam spoliatus potuit dijudicari. Sed aeque tyrannus armis circumspectus nunquam ad iudicium potuit adduci. Quid est autem ecclesiae receptio, virium resumptio, amicorum retentio, nisi in reges nostros tyrannidis extinctae resuscitatio, injuriarum ultio, malorum sublevatio, bonorum omnium oppressio?» ¹⁾

Здѣсь указаніе на необходимость примѣненія такого *remedium'a spoli* идетъ непосредственно отъ *самихъ судей*, именно отъ сторонниковъ обвиняемаго—епископовъ, членовъ Реймскаго собора, разсматривающаго это дѣло, т. е. именно возбуждается *ex officio*. ²⁾

Прочіе епископы возражали противъ возможности ретитуціи по соображеніямъ политическаго свойства. Позднѣе однако Арнульфъ напой былъ восстановленъ въ прежнее состояніе по тому соображенію, что его низложеніе совершено было безъ согласія папы ³⁾.

Александръ II (1061—1067 г.) писалъ Реймскому архіепископу ⁴⁾, обращая его вниманіе на фактъ лишенія аббатиссы ея прерогативъ безъ суда и слѣдствія и предписывая

¹⁾ Pertz—Monum. German. V. p. 692.

²⁾ Сравни. такіе же случаи примѣненія *remed. spoli* какъ *officium'a iudicis*, С. Никоновъ—Развитіе защиты владѣнія... стр. 94—посланіе папы Александра II; стр. 90—91—письмо папы Григорія VII; стр. 96—письмо того же папы; стр. 97—посланіе папы Пасхалія II и др.

³⁾ Ср. Goecke—cit. стр. 77.

⁴⁾ Mansi—Concil. Coll. XIX col. 955. Alex. II. epist. 17.

возстановить ее въ прежнемъ состояніи до разбора дѣла по существу ¹⁾.

Здѣсь снова видимъ мы примѣненіе *remedium'a spoli* къ лицамъ духовнаго званія, и не имѣющимъ сана епископа.

Тотъ же папа въ 1071 году (см. *Iaffe—Regesta* p. 397 c. 3465), въ посланіи къ Вильгельму королю Англійскому не признаетъ правильнымъ низложеніе епископа Альрика, замѣчая по этому поводу:—

„Ideoque, sicut in canonibus cautum est, in pristinum locum debere restitui iudicavimus. Deinde causam ejus juxta censuram canonicae traditionis diligenter retractandam et definiendam praedicto fratri nostri archiepiscopo Lanfranco commisimus“ ²⁾.

Въ посланіи Григорія VII епископу Пражскому, отъ 1074 г., мы читаемъ такое же предписаніе о возстановленіи Моравскому епископу *status quo*, нарушеннаго до суда надъ послѣднимъ ³⁾.

Тотъ же папа написалъ, въ 1076 г., письмо къ Генриху IV, который незадолго передъ этимъ посадилъ въ тюрьму нѣсколькихъ епископовъ, составившихъ заговоръ съ цѣлью низложить этого императора съ престола. Въ письмѣ своемъ Григорій VII обращается къ Генриху IV съ требованіемъ освободить этихъ епископовъ и возстановить ихъ въ преж-

¹⁾ «Proclamatio delata est sanctae apostolicae sedi, quod abbatissa Laudunensis, monasterii scilicet sancti Ioannis, sine Canonica audientia et iudicio episcopi sui, a regimine suo ejiciatur. Quod nimirum quia canonicis institutionibus omnino videtur esse contrarium, admonimus confratrem nostrum Elimandum Laudunensem episcopum, ut hanc causam diligenter discutiatur atque canonice diffiniatur. Ita tamen, ut eadem abbatissa, priusquam discussio fiat, regimini suo, sicut sacri canones praecipunt, restituatur».

²⁾ Mansi—cit. XIX c. 950.

³⁾ Mansi—cit. XX, c. 142; *Iaffe—Regesta* p. 413 c. 3638:

„Praecipimus... ut castrum quod tam fraudulententer cepisti, et alia omnia quae in lite sunt, praefato Moravensi episcopo reddas, et tu ad diffiniendam causam (sicut statutum est) aut ipse Romam venias, aut idoneas legatos mittas; atque hoc ita tempestive Moravensi episcopo notifices, quatenus et ipse pariter se, vel legatos suos ad iter praeparare valeat“.

немъ состояніи, чтобы судъ надъ ними совершенъ былъ при нормальныхъ условіяхъ: 1).

Въ 1079 г. Григорій VII (Iaffe—cit p. 431 с. 3846) пишетъ аббату монастыря св. Севера, отнявшему церковь у аббата Св. Креста, о томъ, чтобы они разобрали свой споръ законнымъ порядкомъ, съ возстановленіемъ ранѣе всего status quo каждому 2):

«Attamen interim, ut illam possessionem scilicet ecclesiam S. Mariae de Solaco, de qua lis inter vos orta est, abbatae sanctae Crucis ex integro restituas, apostolica auctoritate praecipimus, et ut quiete donec ad iudicium veniat possidere permittas ex parte beati Petri iubendo mouemus.» При этомъ дается имъ такая ratio своего рѣшенія:— „Indignum quippe est, et canonicis institutis nimis alienum ducimus, causam quae ventilanda est ad examen debere deduci, nisi de rebus in lite positis ille qui vim patitur prius fuerit reuocatus».

Въ томъ же году (Iaffé—cit. p. 432, с. 3866) Григорій VII предписываетъ двумъ прелатамъ, по поводу замѣщенія аббата другимъ за время отсутствія перваго, возстановить споліата въ прежнемъ состояніи 3):

«Ut ea bona sua quibus expoliatus est, (аббатъ) expulsore illo restitui faciat. Qui tamen post quam de his quae perdidit, fuerit plener investitus, si quid contra illum habet aliquis, paratus erit in nostro iudicio respondere» 4).

1) «Ut episcopus a captivitate dimissos, ecclesiis bonisque suis integro restituitis, remitteret, orabat, et post haec concilium in loco quo venire posset apostolicis congregaret, ubi episcopi vel, si digni essent, episcopalem perderent dignitatem, vel injuriarum, quas erant passi, canonicam reciperent satisfactionem». Pertz—Mon. Germ. VII. p. 351; Iaffe—Regesta p. 430. с. 3790.

2) Mansi—cit. XX, 276; Epist. Gregor. VII, ep. 25.

3) Pertz—Mon. Germ. X; Hugonis chronicon. p. 450.

4) См. еще Mansi—cit. XX, 276. посланіе Григорія VII къ епископу

Тотъ же папа Григорій VII писалъ Роберту графу Фландрскому по поводу изложенія одного епископа:—

«Itaque praecipimus, ut congregato concilio causam ipsius episcopi diligentius eventilare procurent: et si quidem juste depositus fuisse comprobatus fuerit, acquiescens, saniori concilio cesset: sin autem vel omnino injuste vel praeproperere addictus esse patuerit, rebus et honore suo recepto, instauretur, deinde canonice, si qua sibi fuerint obiecta, respondeat». (Mansi—Conc. Coll. XX, c. 36. Gregor. VII Ep. lib. IX, ep. 33).

Гонорій II, (около 1126—1127 г. ep. Iaffe—Regesta p. 554 c. 5250), упрекая Адальберга архіепископа Майнцаго за то, что онъ отлучилъ отъ церкви и изгналъ безъ суда Гебарда епископа Вюрцбургскаго, писалъ между прочимъ (Mansi—cit XX Col. 349):

«Quod si ita est, fraternitatem vestram a canonicis regulis divinitus inspiratis liquido constat deviasse. Ait igitur sacra canonum auctoritas adimi episcopo episcopatum non debere, antequam causae ejus exitus appareat.»—

Въ 1117 году папа Пасхалій II въ посланіи къ королю Англійскому Генриху пишетъ (Mansi—cit. XX, 1012):—

«Audivimus electum Eboracensem, virum sapientem et strenuum, sine judicio ab Eboracensi ecclesia sequestratum. quod nimirum divinae justitiae, et sanctorum patrum institutionibus adversatur... Idem ergo electus, ut justitia exigit, ad suam ecclesiam omnimodis revocetur. Si quid autem quaestionis inter easdem ecclesias nascitur, praesentibus utriusque partibus in nostra praesentia pertractetur.»

Въ 1118 году тотъ же папа указываетъ Конраду архіепископу Зальцбургскому произвести изслѣдованіе по вопросу, былъ ли одинъ аббатъ canonice dejectus изъ своего монастыря; причемъ въ случаѣ, если dejectio такая дѣйствительно имѣла мѣсто, предписываетъ, чтобы „abbas ipse secundum litterarum nostrarum tenorem supradicto monasterio restituatur, et competenti, sine retractatione temporis, termino coram vestra et fratrum nostrorum praesentia canonice judicetur.“ (Mansi—cit. XXI, Col. 418).

Изъ приведенныхъ нами примѣровъ ясно видно, что папы, начиная съ Николая I, постоянно и неуклонно примѣняютъ на практикѣ постановленія Лже-Исидоровыхъ декреталій касательно *remedium'a spoli*, какъ процессуальной привилегіи епископовъ въ дѣлѣ охраненія ихъ отъ насилій и самоуправства. Въстѣ съ тѣмъ однако папы умѣло воспользовались указаннымъ нами выше намекомъ Лже-Исидора о желательности распространенія этой защиты *status quo* съ епископовъ и на другихъ клириковъ болѣе низкихъ степеней, и въ цѣломъ рядѣ своихъ посланій дѣйствительно стали примѣнять эту привилегію въ защиту не только епископовъ, но равно аббатовъ, монаховъ, монахинь, священниковъ и другихъ лицъ бѣлаго и чернаго духовенства, даже иногда и мірянъ, при условіи, чтобы былъ доказанъ фактъ ихъ *spoliatio* ¹⁾. Этимъ въ значительной мѣрѣ ослаблено было, ими значеніе *remedium'a spoli*, какъ привилегіи политическаго характера.

Вмѣстѣ съ тѣмъ институтъ этотъ удерживаетъ свой прежній характеръ *officium'a iudicis*. Большинство цитованныхъ источниковъ представляютъ собою посланія папъ или высшихъ духовныхъ властей къ судьямъ, къ князьямъ церкви, или наконецъ, къ суверенамъ или свѣтскимъ князьямъ, съ предложеніемъ имъ выступить *ex officio* для реституціи *spoliata* ранѣе, чѣмъ соберется синодъ или начнется судъ надъ нимъ.

Основаіемъ примѣненія *remedium'a spoli* остается по прежнему тотъ принципъ, что юридическое и имущественное положеніе обвиняемаго должны быть, прежде начатія дѣла въ судѣ, приведены въ ихъ нормальное состояніе, какъ по отношенію къ суду, который не долженъ допускать чтобы *executio*—исполненіе рѣшенія—предшествовало самому рѣшенію, — а равно и въ отношеніи къ истцу, который не долженъ вчинать дѣла при неблагоприятныхъ для противника фактическихъ условіяхъ, нарушающихъ принципъ равенства сторонъ въ процессѣ. Дѣйствительно, во многихъ приведенныхъ выше мѣстахъ источниковъ встрѣчаемся мы

¹⁾ Ср. Goeke—cit. p. 81.

съ примѣненіемъ правила, придписаннаго Лже-Исидоровыми Декреталіями папѣ Дамазію. ¹⁾ Въ письмѣ Пасхалія II отъ 1115 г. предписывается *restitutio* епископа потому, что онъ былъ изгнанъ *nullo praesente iudicio*; въ письмѣ того же папы отъ 1107 г. такое же предписаніе мотивируется тѣмъ, что секвестрація отвѣтчика произведена *sine iudicio*. Гонорій II снова пользуется старымъ мотивомъ «*adimi episcopo episcopatum antequam causae ejus etc.*», т. е. именно традиціонной формой выраженія принципа, что *executio* не должно предшествовать *iudicium*'у. Наконецъ, во всѣхъ случаяхъ, гдѣ *spolium* совершала та самая власть, которая должна была и вершить *iudicium* (письмо Гонорія II), ясно, что возстановленіе споліата въ прежнемъ состояніи должно было основываться главнымъ образомъ на томъ же болѣе раннемъ по времени правилѣ. Новое начало, обобщающее, такъ сказать, въ себѣ оба прежніе мотива примѣненія *remedium*'а *spolii*, указано въ письмѣ Григорія VII 1079 г., гдѣ говорится— «*Indignum quippe est et canonicis institutis nimis alienum ducimus, causam, quae ventilanda est ad examen debere deduci nisi de rebus in lite positis ille qui vim patitur prius fuerit revestitus*».

Здѣсь такимъ образомъ впервые точно выставляются соображенія общественнаго порядка вынуждающія требовать во всякомъ случаѣ и обязательно уничтоженія ненормальнаго положенія вещей, явившагося результатомъ насплія (*spolium*), и что еще болѣе важно для насъ, наблюдается крайне важное сближеніе его съ основными мотивами старыхъ римскихъ средствъ борьбы противъ *vis*, такъ какъ слова папы совершенно согласуются съ содержаніемъ *Unde vi*. Выѣстъ съ тѣмъ необходимо замѣтить, что папа, не уклоняясь отъ процессуальной точки зрѣнія, дѣлаетъ переходъ къ античнымъ средствамъ посессорной защиты; но совершаетъ это онъ, руководствуясь не соображеніями защиты владѣнія, но именно стремясь къ борьбѣ противъ *violentia*; и это по различнымъ соображеніямъ. Прежде всего уже

¹⁾ Наприм. въ посланіяхъ Николая I, по дѣламъ Ротада и Эбона, въ дѣлѣ Титберги, у папы Стефана VI въ его письмахъ и др.

потому, что въ римскихъ *int. de vi* идея борьбы противъ *vis* превентивовала надъ идеей защиты владѣнія; затѣмъ потому, что въ случаѣ, имѣвшемся въ виду Григоріемъ VII, и при *spolium*'ѣ имѣвшемъ форму *violenta dejectio*, положеніе вещей, когда напа примѣнялъ *remed. spolii*, было тождественно со случаями, въ защиту которыхъ былъ созданъ *int. de vi*. Наконецъ, и главнымъ образомъ потому, что понятіе насилія, которое нарушало принципъ равенства сторонъ въ процессѣ и создавало такое положеніе вещей, когда рѣшенію судьи предшествовало то, что должно было являться его эвентуальнымъ слѣдствіемъ (*executio*), менѣе удалялось по идеѣ своей, чѣмъ защита владѣнія, отъ указанной процессуальной точки зрѣнія, которая осталась на всегда душой всего нашего института. Это подтверждается, наконецъ, и тѣмъ фактомъ, что *spolium* не давало основанія примѣненію нашего *remedium*'а, гдѣ съ этимъ *spolium*'омъ не связывалось возбужденіе обвиненія противъ споліата со стороны насильника или третьихъ лицъ.

Что касается объектовъ защиты, то здѣсь мы не видимъ существенныхъ новшествъ сравнительно съ правилами Лже-Исидорова сборника. Въ большинствѣ источниковъ еще по прежнему говорится о возстановленіи споліату его *sedes*, собственности или пользованія имуществомъ или правами, съ нимъ связанными. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ впрочемъ уже имѣются указанія на *restitutio* отдѣльныхъ вещей. Такъ въ письмѣ Инкмара сказано: *quibusdam facultatibus*, въ посланіи Григорія VII отъ 1074 г.—*castrum et alia omnia quae in lite sunt*; въ первомъ посланіи того же папы отъ 1079 г.—*«illam possessionem scilicet ecclesiam sanctae Mariae etc.»*. Однако случаи такого рода слѣдуетъ разсматривать какъ исключительные, въ виду незначительнаго числа ихъ сравнительно съ массой случаевъ противоположнаго характера ¹⁾.

¹⁾ Такъ наприм. Калликстъ II-й въ 1120 году пишетъ епископу, отнявшему насилью у нѣкоторыхъ клириковъ *praedium*—*„praecipimus igitur dilectioni vestrae, ut ejus aut praedium ipsum in pace et quiete reddatis aut si quid in eo jure habere confiditis, oportuno loco et tempore ad exequendam justitiam veniatis“* (Iaffe—Regesta p. 532 c. 4973). Папа Евреній III въ 1151 предписалъ епископу, отнявшему въ гнѣвъ на одного

Причину этого, думается намъ, слѣдуетъ искать главнымъ образомъ, въ особенныхъ свойствахъ тѣхъ дѣлъ, разрѣшеніе которыхъ доходило въ приведенныхъ нами выше случаяхъ до верховной власти церкви католической—папѣ. Всюду здѣсь положеніе таково: епископъ или (рѣже) лицо иного званія, обвиняемое въ тѣхъ или иныхъ проступкахъ, до разбора дѣла по существу лишается и своего званія, и своего имущества, часто даже утрачиваетъ и свободу, словомъ, становится дѣйствительно *nudatus et inermis* передъ своими обвинителями. Поэтому и преимущественной задачей папѣ въ ихъ посланіяхъ въ этихъ случаяхъ является не забота о возвращеніи отдѣльныхъ вещей изъ имущества лица, потерявшаго *spolium*, но именно возстановленіе его въ прежнемъ санѣ и званіи и въ возвращеніи ему тѣхъ матеріальныхъ благъ во всей ихъ совокупности, каковыя являлись въ данномъ случаѣ результатомъ облеченія споліата въ извѣстное духовное званіе.

аббата и его монаховъ *contra justitiam* и удержавшему *per violentiam* ихъ церковью:

„—*Si eorum querimonia veritate innitur, aut ecclesiam suam memorato abbati et fratribus ejus in pace restituas, aut in praesentia venerabili fratris nostri Hugonis, Senonensis archiepiscopi, exinde justitiam facias*“ (Mansi—Cone. Coll. XXI, col. 661; Jaffe—Regesta p. 642 c. 6556)

Расширеніе области примѣненія *remedium'a spolii* съ XII вѣка; *exceptio spolii*.

Разматривая довольно многочисленныя (хотя въ общемъ и однообразныя по содержанию) мѣста Граціанова сборника, трактующія о *remedium'ѣ spolii*, необходимо должно признать, что Граціанъ здѣсь почти исключительно ограничивается заимствованиемъ правилъ *ad hoc* изъ Лже-Исидоровыхъ декреталій. Онъ не измѣняетъ сущности разсматриваемаго института, основныя свойства котораго, какъ *officium'a judicis*, онъ ясно подчеркиваетъ въ примѣчаніи къ *cap. 2, caus. III, quaest. 1* своего декрета:—

«*Sed notandum est, quod restitutionis sententia sola non sufficit, nisi presentialiter omnia judicis officio restituantur, ut ejectus vel expoliatus etiam naturalem possessionem recipiat etc.*».

При этомъ Граціанъ пошелъ нѣсколько далѣе Лже-Исидора въ стремленіи ограничить примѣненіе этого *remedium'a spolii* лишь кругомъ однихъ епископовъ, потергѣвшихъ насиліе ранѣе постановленія приговора по обвиненію ихъ въ преступленіяхъ. Слѣдуетъ оговориться, что это мнѣніе противорѣчитъ господствующимъ въ литературѣ ¹⁾, со-

¹⁾ См. Bruns—cit. стр. 166; Goecke—cit. стр. 86. Брунъ указывая здѣсь на общность опредѣленія с. I. C. II, qu 2, полагаетъ, что оно давало поводъ относить *exc. spolii* и къ дѣламъ гражданскимъ; причемъ не оставалось никакого основанія не брать всего опредѣленія въ общемъ видѣ, а относить его лишь къ епископамъ. Гёке, не рѣшаясь высказать опредѣленнаго мнѣнія по данному вопросу, тѣмъ не менѣе полагаетъ, что Граціанъ относилъ *exceptio spolii* только къ епископамъ или по крайней мѣрѣ къ клирикамъ.

гласно которымъ видятъ у Граціана стремленіе расширить область примѣненія *remedium'a spoli* на *всѣхъ* клириковъ вообще. Думается намъ, это не находитъ себѣ подтвержденія въ текстѣ Граціанова сборника. Въ то время какъ Лже-Исидоръ довольно ясно, какъ мы видѣли выше, намекнулъ, на *возможность* такого распроетранительнаго примѣненія *remedium'a spoli*, Граціанъ всюду допускаетъ примѣненіе послѣдняго только къ епископамъ¹⁾. Лишь въ двухъ мѣстахъ говорится о примѣненіи этого правила *вообще*, безъ означенія субъекта²⁾; но и здѣсь таковымъ подразумѣвается тоже епископъ, какъ это ясно видно изъ текста самой «Causa», разрѣшаемой здѣсь Граціаномъ: ³⁾—

«*Quidam episcopus de lapsu carnis a laico inpeditur; duo monachi, unus subdiaconus et duo Levitae adversus ipsum testimonium ferunt, a metropolitano suo sentit se pregravari... expoliatur tamen episcopus, quia crimen ejus notorium erat*».

Наконецъ, доказательствомъ противъ желанія Граціана обобщить смыслъ указанныхъ мѣстъ, въ цѣляхъ допущенія *remedium'a spoli* и для другихъ лицъ духовнаго сана, кромѣ епископовъ, является *dictum* самаго Граціана въ концѣ *can. VI, Caus. III, quaest. I*, гдѣ авторъ, по поводу *restitutio spoliatorum*, говоритъ объ обязательномъ соблюденіи этого правила именно въ отношеніи лишь епископовъ:

1) Ср. напр. *Caus. 2 quaest. 2 can. 3*; (nullus episcoporum); *can. 4* (quosdam episcopos). *can 6* (decernentes episcopos) *Causu 3 quaest. 1 can. 1* (episcopis rebus suis expoliatis), *can. 2* (episcopos); *can. 3 и 4* (Redintegranda... episcopis). *Caus. 3, quaest. 2 can. 2* (ecclesiae alicuius episcopi). *Can. 4* (episcopos a civitatibus propriis pulsos) *can. 8* (episcopus). Самъ Граціанъ излагаетъ *Causa II*, такимъ образомъ (ed. Friedberg 1879 p. 433)— „*Quidam episcopus de lapsu carnis a laico inpeditur... expoliatur tamen episcopus quia crimen ejus notorium erat*“. *Causa III* изложена Граціаномъ слѣд. образомъ (ed. Friedberg p. 504): „*Quidam episcopus a propria sede dejectus est, petit restitui*“. Здѣсь же въ *dictum Gratiani ad. can. 6* читаемъ— „*Illi ergo quorum electio vitiosa est, vel qui a clero non sunt electi... non sunt habendi inter episcopos*“. (См. еще *dictum ad. Can. 8 Caus. III, quaest. 2 и др.*).

2) *Caus. 2, qu. 2, c. 1, 2.*

3) *Decret. Grat. pars. II. Causa 2* (см. стр. 438 изд. Friedberg).

«Patet ergo, quod expoliati prius sunt presentialiter restituendi, antequam ad causam sint vocandi. Sed obicitur, ubi non fuit legitima institutio, ibi non potest esse restitutio. Non enim probatur destitutus qui prius non fuit institutus, ac per hoc nec restaurationem postulare potest. Illi ergo, quorum electio vitiosa est, vel qui a clero non sunt electi, vel a populo expetiti, vel qui per symoniam irrepererunt, non sunt habendi *inter episcopos*, et ideo, si a sedibus, quas tenere videbantur, expulsi fuerint, non possunt restitutionem petere ante, quam vocentur ad causam. Unde supra in tractatu ordinandorum: «Si quis pecunia vel gratia humana, seu populari vel militari etc» (т. е. правило Николая II касательно симонистовъ). *Sed hoc in eo tantum casu intelligitur, quo apostolica sedes per violentiam occupatur*, quo casu iudex non invenitur, cujus officio ille apostaticus possit excludi. *In aliis autem locum non habet*, cum violenta possessio, nisi per iudicis sententiam, violento detentori detrahi non possit. Si autem verus dominus, bello non continuato, sed renovato, vi eum eiecerit de possessione, iudicis auctoritate predoni possessionem restituet. Si ergo *episcopi* a sedibus, quas quoquo modo tenere videbantur, non per iudicem, sed violenter eiectionem fuerint, post eiectionem restituendi sunt ante regularem ad synodum vocationem».

Изъ приведенной цитаты мы видимъ равнымъ образомъ, что Граціанъ даетъ *remedium spoli* епископамъ, не обращая вниманія на тотъ способъ, которымъ они сами приобрѣли свои епархіи. Онъ признаетъ для примѣненія указанной привилегіи достаточнымъ наличности одного факта *spoliatio* обвиняемаго епископа.

Въ пользу нашего мнѣнія говорятъ равнымъ образомъ и то обстоятельство, что и въ отношеніи природы нековъ, возбуждаемыхъ противъ споліата, лишь противъ которыхъ допускалось *remed. spoli*, Граціанъ вернулся къ первоначальному ученію Лже-Исидора, согласно которому *remed. spoli* могло имѣть мѣсто только въ случаѣ предъявленія противъ споліата иска въ порядкѣ *уоловномъ*.

Не слѣдуетъ однако думать, что этимъ Граціанъ преобразовалъ разсматриваемый институтъ изъ привилегіи сно-

лированных епископовъ, вызываемыхъ на судъ, въ средство possessорной защиты въ собственномъ смыслѣ слова. Я уже указывалъ выше, что въ этомъ отношеніи Граціанъ оказался болѣе строгимъ въ условіи примѣненія *remedium'a spoli*, чѣмъ самъ Лже-Исидоръ. Вездю, въ своихъ декреталіяхъ, Граціанъ говоритъ исключительно о возстановленіи епископа въ его *sedes episcopalis*, со веѣмъ имуществомъ и правами, съ епископіей связанными, предписывая въ то же время примѣненіе *ex officio remedium'a spoli* въ томъ лишь случаѣ, когда такой снолированный епископъ привлекался «*nudatus et inermis*», къ суду по обвиненію его въ уголовныхъ проступкахъ.

Слѣдуетъ впрочемъ замѣтить, что въ этомъ послѣднемъ отношеніи нѣкоторое сомнѣніе можетъ возбудить С. III. Caus. 3, quaest. 1, мѣсто реципированное цѣликомъ изъ Лже-Исидоровыхъ декреталій— знаменитый канонъ «*Redintegranda*», въ которомъ однако Граціанъ пеключилъ послѣднюю фразу („*ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum et reliqua*“). Благодаря этому, имѣется основаніе предположить у Граціана желаніе такимъ путемъ допустить охрану *status quo* за епископами въ тѣхъ случаяхъ, когда ихъ и не вызываютъ ¹⁾ на судъ уголовный отвѣтчиками. Противъ такого предположенія говорить, съ одной стороны, текеть, can. 1 и 2 той же Caus. III, quaest. 1, гдѣ условіемъ примѣненія *remedium'a spoli* выставляется «*crimen obiscere*», а съ другой стороны, поясненіе самого Граціана къ разсматриваемымъ тремъ канонамъ, въ которомъ онъ заявляетъ:

«*Patet ergo, quod expoliati prius sunt presentialiter restituendi, antequam ad causam sint vocandi... post ejectionem restituendi sunt ante regularem ad synodum vocationem* ²⁾».

Брунсъ пошелъ впрочемъ еще далѣе ³⁾. Указывая на то, что ученіе о *remedium'ѣ spoli* помѣщено Граціаномъ въ

¹⁾ Ср. Bruns—cit. стр. 165.

²⁾ Ср. еще dictum Gratiani послѣ can. IV Caus. V, quaest. 2.

³⁾ Bruns—cit. стр. 164. слѣд.

двухъ различныхъ мѣстахъ его сборника, именно въ Caus. 2 и 3, онъ утверждаетъ, что это было сдѣлано Граціаномъ въ цѣляхъ отдѣленія exscriptio spoliі отъ иска о возвращеніи вещи, причемъ первому институту посвящены правила caus. 2, а иску Redintegranda—caus, 3 ¹⁾. Произвольность такого толкованія, не говоря уже объ отсутствіи данныхъ на то въ содержаніи трактующихъ о remedium'ѣ spoliі каноновъ, очевидна между прочимъ изъ того обстоятельства, что Граціанъ и не думалъ помѣщать правила о remedium spoliі въ *двухъ* мѣстахъ, какъ утверждаетъ Bruns. Напротивъ, о remedium spoliі говорится въ декретѣ Граціана въ *четырехъ* мѣстахъ, именно, кромѣ Caus. 2, quaest. 2 и Caus. 3, quaest. 1, еще въ Caus. 3 quaest. 2 и Caus. 5, quaest. 2, гдѣ равнымъ образомъ повторяются правила о необходимости воз-

¹⁾ Правда, на стр. 165—166 Брунсъ замѣчаетъ, что сдѣланное Граціаномъ раздѣленіе обѣихъ quaestiones трудно понять иначе, какъ въ томъ смыслѣ, что въ одной идетъ рѣчь объ отлагательномъ возраженіи, а въ другой о самостоятельномъ искѣ о возстановленіи владѣнія. Однако самъ же Брунсъ далѣе категорически отрицаетъ, чтобы Граціанъ самъ стоялъ на этой точкѣ зрѣнія, разбѣщая ученіе о remed. spoliі по этимъ двумъ quaestiones, и приносить мѣста изъ Граціана же, изъ которыхъ видно, что тамъ о самостоятельномъ респитуторномъ искѣ не могло быть и рѣчи (стр. 166). (Брунсъ здѣсь особенно отбѣняетъ именно *самостоятельность* иска). Въ тоже время въ самомъ началѣ того же своего § 21 (стр. 163) Брунсъ категорически заявляетъ: „Gratians Decret ist für die Besitzlehre fast nur durch die Aufnahme der Ps. Isidorischen Bestimmungen über die ex. spoliі wichtig... Was aber die ex. spoliі betrifft, so hat man ihre eigentliche Bedeutung noch recht wohl aus ihm erkennen kann.“ Какого же взгляда на remed. spoliі придерживался Ps. Isidor, это Брунсомъ указано на стр. 148—149, гдѣ мысль свою Брунсъ сформулировалъ въ томъ смыслѣ, что Лже-Исидоръ, (а слѣд., по мнѣнію Брунса, и Граціанъ) установилъ въ ex. spoliі не только новое возраженіе, но вмѣстѣ съ тѣмъ и новый искъ, только *отнюдь не самостоятельный*, но обусловленный представленіемъ обвиненія въ уголовномъ порядкѣ и защиты путемъ ex. spoliі. Потому то и отрицаетъ Брунсъ (стр. 165—166) у Граціана намѣреніе создать *самостоятельный искъ* путемъ раздѣленія основного матерьяла по двумъ Quaestiones, желая тѣмъ болѣе отбѣнить установленное, по его мнѣнію, Граціаномъ раздѣленіе exscriptio и *несамостоятельнаго* респитуторнаго иска, какъ частей одного remedium'a spoliі.

становленія до суда *status quo* сполірованному епископу ¹⁾. Да и вообще, при полномъ почти отсутствіи систематизаціи матерьяла въ Граціановомъ сборникѣ, рискованно толковать институты по мѣсту нахождения каноновъ въ этомъ памятникѣ права ²⁾.

Равнымъ образомъ и древніе канонисты не видѣли различія между двумя *Quaestiones* Граціана.

Такъ въ *Summa Rolandi Bandinelli* ³⁾ авторъ замѣчаетъ, что въ обоихъ случаяхъ говорится о *restitutio*:

Causa II, qu. II.—*Inordinate vero expoliati restituantur ante litis contestationem.*“

Caus III qu. I.—*«Omnis expoliatio non canonice facta ante causae ventilationem est rescindenda».*

¹⁾ Укажемъ изъ нихъ для примѣра слѣдующія мѣста:

Causa 3, quaest. 2 can. 2.—Здѣсь постановлено запрещеніе вчинати какіе-либо иски противъ сполірованныхъ епископовъ, пока они не будутъ возстановлены въ прежнемъ своемъ состояніи.

Can. 4 eod.—Высказано отлученіе изъ клира и признаніе *infames* тѣхъ, кто займетъ мѣста сполірованныхъ епископовъ ранѣе уничтоженія споліаціи.

Can. 8 eod.—Здѣсь равнымъ образомъ имѣется общее правило объ обязанности сперва возстановить сполірованного епископа (*in pristino statu restitutio cum omni privilegio sui honoris*), и *потомъ* уже вести съ нимъ дѣло обычнымъ порядкомъ (*ad causam vocare*).

Causa V, quaest. 2 can. 4.—Онъ постановляетъ *in fine* то же правило о запрещеніи судить епископовъ ранѣе возстановленія ихъ въ прежнемъ состояніи.

²⁾ Ср. Maassen—*Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*. въ *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts* 1859, III, стр. 229, который равнымъ образомъ замѣчаетъ, что Граціанъ еще и не думалъ о такомъ отдѣленіи иска отъ возраженія и что толкованіе такое с. II qu. II и C. III. qu. I глоссою въ томъ смыслѣ, что „*haec est differentia inter quaestionem istam et illam, quae est infra C. III. qu. I. quia hic petitur restitutio in modum exceptionis, ibi in modum actionis*“—установлено было въ юриспруденціи позднѣе, въ то время, когда каноническая теорія уже закончила и установила такое отдѣленіе иска отъ *exceptio* въ области *remed. spollii*. Позднѣе Bruns самъ измѣнилъ свой взглядъ.—См. *Jahrb. des gemein. deutsch. Rechts*. T. IV стр. 74, прим. 108.

³⁾ Позднѣе папа Александръ III—см. Thauer—*Die Summa Magistri Rolandi, nachmals Papstes Alexander III.* 1874 г. стр. 16, 18.

Stephanus Tornacensis ¹⁾ по поводу С. III. qu. I пишетъ :

„Si quis quaerat, quare hic de restitutione tractat, cum in superiori causa qu. II tractaverat de ea, dicimus, quia repetit, ut quod ibi minus dixerit, his suppleat. Vel in superiori causa dixerat de restitutione eorum, qui per sententiam iudicis inique fuerint expoliati, hic sive ante sententiam, sive post, sive a iudice, sive ab alio.“

Iohannes Faventinus ²⁾ замѣчаетъ по поводу С. III, qu. I:

«In secunda Q., II. C., proposuerat expoliatos non posse vocari ad iudicem, antequam restituantur. In hac autem Q. proponit illos restituendos esse, et licet in prosecutione superioris Q. hoc dixerit, tamen hic repetit, ut aliud addat, scil. quod non solum per sententiam, sed etiam per officium iudicis omnia praesentialiter sunt restituenda» ³⁾.

Такимъ образомъ по Декрету Граціана *remedium spoli* имѣло примѣненіе.

1) Только въ защиту епископовъ.

2) Только въ томъ случаѣ, когда противъ споліата возбуждался искъ по обвиненію въ уголовномъ правонарушеніи;

3) Когда дѣло шло о *spolium*'ѣ сана, имущества, въ его цѣломъ или въ большей части, или правъ, входящихъ въ составъ имущества, но не въ случаяхъ *spolium*'а отдѣльныхъ вещей.

Мы видѣли, что *remedium spoli*, какъ привилегія для епископовъ въ случаѣ уголовного суда надъ ними, влекло за собою два основныхъ правила: 1) *spoliatus* не могъ быть отвѣтчикомъ ни по какому дѣлу до тѣхъ поръ, пока не былъ сперва возстановляемъ въ прежнемъ своемъ *status quo*, и 2) судъ долженъ былъ *ex officio* совершить такую *restitutio*, не ожидая непременно ссылки епископа на эту привилегію.

Оба эти правила у Лже-Исидора, въ большинствѣ позднѣйшихъ декреталій, а равно въ сборникѣ Граціана тѣсно

1) 1135—1203 г. См. Schulte—Die Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen. Rechts 1875 стр. 133.

2) Написано около 1160 г. см. Schulte—cit. стр. 137.

3) Цитаты взяты у Maassen—Zur Dogmengeschichte der Spolienklage в Jahrb. des gem. deutsch. Rechts 1859 B. III, S. 229 стр. 230 пр. 5 и 6.

соединялись въ одно понятие, составляя въ послѣднемъ какъ бы лишь двѣ различныя его стороны. Въмѣстѣ съ тѣмъ и самый институтъ этотъ, являясь спеціальной привилегіей епископовъ, не представлялъ собою средства поссессорной защиты, въ собственномъ смыслѣ слова; равно онъ не имѣлъ и характера *exceptio*, въ виду возложенія именно на судей непремѣнной обязанности (*officium iudicis*) слѣдить за соблюденіемъ этихъ правилъ.

Такого же возрѣнія на *remedium spoli* придерживалось и каноническое ученіе почти въ теченіе трехъ вѣковъ, т. е. отъ Лже-Исидора и до Граціана. Наконецъ, и послѣ изданія Граціанова сборника, почти до конца XIII вѣка, имѣлось не мало канонистовъ, оставшихся вѣрными тому же возрѣнію на *remedium spoli*. Они утверждали, что *spoliatus* не обязанъ непременно самъ предъявлять *in limine litis* своей *exceptio spoli*, продолжая считать *remedium spoli* по прежнему привилегіей для лицъ, потерпѣвшихъ *spoliatio*, которыя поэтому имѣли право не являться въ судъ и не считать обязательнымъ для себя судебный приговоръ, постановленный противъ нихъ ранѣе возстановленія ихъ въ прежнее состояніе¹⁾.

Слѣдуетъ замѣтить, что большинство первыхъ канонистовъ, съ одной стороны, не придавали какого либо особен-

¹⁾ Глосса „*Convocari*“, къ с. 8 X. с. III, qu 2 замѣчаетъ по этому поводу:

„*Sed numquid veniet allegare privilegium suum? Respondeo non: eum constet eum esse spoliatum*“.

Iohannes Teutonicus пишетъ:

„*Tutius tamen est, quod citatus vadat allegaturus privilegium suum, vel appellaturus, si eum gravaverit, nisi quando constat eum non esse suum iudicem*“.

Равнымъ образомъ и „*Speculator Magnus*“—Durand замѣчаетъ: (См. Durantis—*Speculum juris* lib. II, part. I de citatione § 1 № 11 изданіе 1578 г. II, fol. 32).

„*Item quod est spoliatus; unde non tenetur venire, vel respondere, donec fuerit plene restitutus. Consulo tamen, quod veniat allegare privilegium suum, nisi notorium sit ipsum esse spoliatum*“. См. Goecke—*De Exceptione Spolii*. стр. 89.

наго значенія или важности означенному расположенію мѣстъ Граціаномъ въ его *Decretum* изъ Лже-Исидорова сборника; съ другой стороны, однако они совершенно своеобразно представляли себѣ *remedium spoli*, понимая его не какъ одинъ институтъ, въ которомъ сдѣланы были отказъ отъ разбирательства дѣла и *restitutio*, осуществляясь къ тому же непосредственно *officio iudicis*; напротивъ, уже имъ *remedium spoli* представлялся совокупностью различныхъ институтовъ.

Stephanus Tornacensis по поводу с. I. X. с. II, *quaest. 2* пишетъ:

«*Omnia ista decreta videntur loqui de his, quibus ablatae sunt res suae vel etiam sedes non per iudiciale sententiam, sed per violentiam, unde ei restituendi sunt per possessoria iudicia, i. e. per interdicta vel per actiones in factum redditas loco interdictorum*» ¹⁾.

Huguccio по поводу С. 2. X. С. III, *qu. I* пишетъ:

«*Sed ecce spoliatus non vult petere restitutionem, ne postea accusetur de illo crimine, pro quo est spoliatus, quia majorem paenam meretur de illo, quam sit ipsa spoliatio: quid ergo tunc debet esse? Credo quod in tali causa vocandus est ad iudicium et accusandus tam de illo crimine, quam de aliis, etiam ante restitutionem, si monitus non vult eam petere, ne fraus sit ei lucrosa*» ²⁾.

Здѣсь такимъ образомъ говорится о примѣненіи въ защиту противъ *spolium'a* различныхъ способовъ possessорной защиты; вмѣстѣ съ тѣмъ отмѣчается, что споліать даже послѣ того, какъ судья *ex officio* откажется разбирать возбужденное противъ него дѣло, или если самъ споліать— отвѣтчикъ *in limine litis* соплетется на такую свою привилегію, все же тѣмъ однимъ не возстановляется въ своемъ прежнемъ состояніи, но долженъ въ интердиктномъ или иномъ соответствующемъ порядкѣ производства еще негаться о выдачѣ ему отнятаго у него имущества. Такимъ образомъ здѣсь уже точно различаются два послѣдствія примѣненія *remed.*

¹⁾ Позднѣе это мѣсто было повторено у *Iohannes Faventinus*.

²⁾ См. *Maassen—cit.* стр. 231.

spolii: a) приостановка возбужденнаго противъ споліата иска и b) возстановленіе споліата въ его прежнемъ status quo, причеиъ возстановленіе это уже не совершается болѣе officio iudicis.

Другими словами, spoliatus, обвиненный передъ судомъ, теперь, въ этой второй фазѣ процесса, является уравненнымъ съ споліатомъ не обвиненнымъ, которому уже издавна принадлежали средства возстановительнаго охраненія своего имущества противъ vis. Вмѣстѣ съ тѣмъ remedium spolii на практикѣ перестало быть политической главнымъ образомъ ¹⁾ привилегіей епископовъ, но вошло въ область общаго права, становясь средствомъ защиты отъ насилій для всѣхъ лицъ духовнаго званія. Это произошло въ сущности въ связи съ допущеніемъ такого remedium'a въ защиту всѣхъ клириковъ (позднѣе и мірянъ) для обратнаго полученія ими споліированныхъ отдѣльныхъ вещей, при возбужденіи противъ споліата иска въ порядкѣ гражданскомъ.

Выше мы видѣли случаи такого распространительнаго примѣненія разематриваемаго института въ цѣломъ рядѣ посланій самихъ папъ; такъ что практика здѣсь не создала, собственно говоря, ничего новаго, а воспользовалась лишь и фактически осуществила идею, намѣченную къ исполненію еще Лже-Никодоромъ. Что такая практика послѣ Граціана уже безспорно существовала, это видно изъ приведеннаго Маасеномъ ²⁾ мѣста Фавентина ³⁾.

Iohannes Faventinus in c. 2 X. c. III quaest. 1:

«Nota quia quod dicitur de episcopis spoliatis, generaliter intelligitur de omnibus ecclesiasticis personis».

Такое постепенное и медленное развитіе remed. spolii сблизило его съ римскими мѣрами возстановительнаго охраненія, отъ котораго само remedium это въ то же время заимствовало не только терминологію, но равно основныя свои и руководящія начала. Оно уже считалось теперь не привилегіей—но именно мѣрой публичной защиты общаго ха-

¹⁾ Ср. Bruns—cit. стр. 144—149.

²⁾ Maassen—cit. стр. 232 пр. 9.

³⁾ Iohannes Faventinus умеръ въ 1090 году см. Schulte стр. 137.

рактора. Съ измѣненіемъ въ такомъ смыслѣ самой юридической природы разсматриваемаго института явилась полная и легкая возможность его дальнѣйшаго превращенія въ *actio* и *exceptio spoli*.

Что касается времени, когда въ *remedium*'ѣ *spoli* стали различать и отдѣльно одну отъ другой разсматривать *actio* и *exceptio spoli*, въ этомъ отношеніи можно установить безспорно слѣдующее: Граціанъ (1150 г.) еще не думалъ о такомъ раздѣленіи; однако оно признается ясно уже первыми комментаторами Граціанова декрета—какъ учениками Граціана, такъ равно и другими декретистами. При этомъ, по всей вѣроятности въ Болоньѣ, или вѣрнѣе среди сторонниковъ Болонской школы, произошло это крупное событіе въ исторіи развитія нашего института въ средніе вѣка.

Особенно подробно разсматриваетъ вопросъ объ условіяхъ примѣненія *exceptio spoli* Угучіо ¹⁾. Нугуссіо, признавая это возраженіе допустимымъ въ защиту не только однихъ епископовъ, но и другихъ духовныхъ лицъ, опредѣляетъ примѣненіе *exceptio spoli* сообразно съ тѣмъ, идетъ ли самое дѣло въ уголовномъ или гражданскомъ порядкѣ, и затѣмъ кто въ немъ является истцомъ, самъ ли насильникъ, или третье лицо.

Въ первомъ случаѣ, потерпѣвшій можетъ представить *exceptio* эту противъ насильника, какое угодно обвиненіе послѣдній на него не возводилъ бы, безразлично; противъ третьяго же лица *spoliatio* можетъ представить *exceptio* лишь по уголовному обвиненію въ томъ именно проступкѣ, за который ему была учинена *spoliatio*.

Во второмъ случаѣ, при обращеніи къ *spoliato* иска въ гражданскомъ порядкѣ, отвѣтчикъ можетъ представить *exceptio spoli* какъ противъ самаго насильника, такъ и противъ третьяго лица—истца тогда только, когда предметомъ иска является отнятое имущество, или когда искъ

¹⁾ См. Maassen—cit. стр. 234.

содержаніемъ своимъ направленъ на тотъ проступокъ, изъ за котораго совершена *spoliatio* ¹⁾.

Отдѣленіе иска отъ *exceptio spoli* получило окончательную законодательную санкцію, (послѣ чего *exceptio spoli* стала простымъ возраженіемъ для уклоненія отъ суда—*exceptio declinatoria*) со времени изданія ученикомъ Угучіо—напой Иннокентіемъ III ²⁾ знаменитой его декретали «*Cum dilectus*» (с. 2 X. de ordin. cogn. II 10).

Декреталия эта была издана по поводу одной тяжбы, въ 1198 году, между аббатомъ и нѣсколькими нобиліями, въ которой аббатъ вызвалъ своихъ противниковъ на судъ за насильственные ихъ поступки въ отношеніи къ нему и къ его имуществу. Нобили же въ свою очередь представили *exceptio spoli*, утверждая, что аббатъ самъ совершилъ противъ нихъ насильственные дѣйствія; такъ что было неясно, которое изъ этихъ дѣлъ разбирать прежде другого. Разрѣшая вопросъ, Иннокентіи III постановилъ слѣдующее:—

«*Nos autem distinguendum esse credimus, utrum spoliationis quaestio ab eisdem nobilibus sit objecta in modum actionis ad restitutionem petendam, an in forma exceptionis ad intentionem adversarii repellendam; quum ea in modum actionis proposita, intelligantur mutuae petitiones sese tanquam diversae minime contingentes, ac per hoc juxta regulam iuris praemissam, quae dicitur: «qui prior appellat, prior agat» quae prius esset proposita prius foret tractanda, quamquam in idem iudicium ambae deductae vicissimque trac-*

¹⁾ Iluguccio in C. 2, C. III, qu. 1. verb. „*quilibet maiorum vel minorum*“.—

„*Quilibet spoliator praesumitur enim suus inimicus esse, et ideo contra eum non potest agere criminaliter, ut in extra, „In literis“; sed alius etiam ante restitutionem accusare eos potest de alio crimine, sed non de illo, pro quo sunt spoliati... Sed quid de causa civili? Respondeo et dico, quod spoliator ante restitutionem non potest agere contra eum civiliter de crimine, pro quo eum spoliavit, nec de re, qua eum spoliavit, sed de alia potest... Item dico, quod alius non potest ante restitutionem agere contra eum civiliter de illo crimine vel de illa re, ut intra e qu. II „Oportet“, sed de alia potest“.*

²⁾ См. Schulte—cit. стр. 156.

tatae simul essent eadem sententia terminandae. Sed quoniam quaestio illa fuit eisdem nobilibus tantum in modum exceptionis objecta, de communi fratrum nostrorum consilio interloquendo pronunciavimus, ut probationes eorum super ista exceptione primitus audirentur, et ea probata legitime abbati non cogerentur respondere super petitionibus memoratis, donec restituerentur ab ipso, quum spoliatori spoliatus ante restitutionem non cogatur ullatenus respondere. Verum spoliatio in modum exceptionis tantum probata non est per hoc restitutio facienda»..

Это правило Иннокентія III стало господствующим среди канонистовъ. Уже Глосса къ правилу—*spoliatus statim est restituendus*—добавляетъ однако; «*cum spoliatio est probata in modum exceptionis*» (Glossa «*quidam episcopus*» с. III, qu. I Can).

Однако Иннокентію III правиломъ своимъ—«*Cum dilectus*», собственно говоря, удалось лишь создать изъ *remedium*'а *spolii* новыя средства защиты *status quo* общаго характера,—и только. И послѣ его декреталии 1198 года оставалось обширное поле нерешенныхъ сомнѣній и споровъ касательно условій примѣненія *ex. spolii*. Болѣе всего недоразумѣній и разнорѣчій среди писателей того времени возбуждали здѣсь вопросъ, въ какихъ случаяхъ *ex. spolii* можетъ быть примѣняема противъ насильника и въ какихъ противъ третьихъ лицъ, предъявляющихъ искъ противъ *spoliatus*'а уголовнымъ и гражданскимъ порядкомъ.

Прежде указанія ученій по этому вопросу нѣкоторыхъ писателей—современниковъ, отмѣтимъ здѣсь, что первоначально доктрина допускала *ex. spolii* только въ уголовныхъ дѣлахъ и въ случаяхъ, когда объектомъ *spolium*'а было все или часть имущества лица, и полагала основнымъ принципомъ экзецціи невозможность для тяжущихся бороться одинаковымъ оружіемъ, безъ предварительной реституціи; при этомъ не было установлено точнаго различія, кто могъ быть истцомъ—сполиаторъ или равно и третье лицо. Практика распространила *ex. spolii* на искъ гражданскіе и по поводу отдѣльныхъ вещей. При этихъ допущенныхъ условіяхъ примѣненія *ex. spolii* не было уже основанія говорить ни о

борьбѣ сторонъ вообще, ни въ случаяхъ *spolium*'а отдѣльныхъ вещей о лишеніи споліата возможности въ качествѣ «*nudatus et inermis*» иначе (безъ *exceptio*) бороться съ противникомъ равнымъ оружіемъ.

Вмѣстѣ съ тѣмъ правила объ *exe. spolii* за недостаткомъ научной обработки до времени Угучіо и декретистовъ, не представляя собою точно опредѣленнаго и фиксированнаго содержанія, не давали и не дадутъ изслѣдователю возможности сдѣлать изъ нихъ достаточно опредѣленныхъ и безспорныхъ выводовъ. Здѣсь мы находимъ указанія, изданныя на отдѣльные, различные, спеціальные случаи; причемъ постановленіями этими не отмѣнялись старыя нормы по тѣмъ же вопросамъ, по скольку онѣ имѣли еще свое примѣненіе на практикѣ.

Поэтому то для насъ въ разсматриваемомъ вопросѣ особенную цѣнность имѣютъ положенія, выставленныя и обработанныя Угучіо въ его комментарий къ с. 2. С. III *qu. I*, гдѣ имъ вопросъ объ условіяхъ примѣненія *exceptio spolii* разсмотрѣнъ и разработанъ довольно подробно, и къ тому же въ видѣ положеній и правилъ общаго характера.

По его мнѣнію при примѣненіи *exe. spolii* слѣдуетъ прежде всего различать, возбуждается-ли дѣло въ порядкѣ уголовномъ или гражданскомъ, а равно—кто возбуждаетъ это дѣло—самъ ли споліаторъ или третье лицо.

Вопросы эти Угучіо и разрѣшаетъ слѣдующимъ образомъ:

1) Споліать можетъ отразить; а) всякій *уголовный* искъ, предъявленный противъ него споліаторомъ:—«*Quilibet spoliator praesumitur enim suus inimicus esse et ideo contra eum non potest agere criminaliter*»; б) можетъ отразить искъ уголовный третьяго лица, но лишь если искъ этотъ касается того деликта, изъ за котораго произошла самая *spoliatio*: «*Sed alius etiam ante restitutionem accusare eos potest de alio crimine, sed non de illo, pro quo sunt spoliati*».

2) Споліать можетъ отразить всякій искъ, возбужденный противъ него споліаторомъ или 3-имъ лицомъ въ порядкѣ гражданскомъ, если искъ этотъ имѣетъ основаніемъ своимъ деликтъ—причину споліаціи, или возбуждается по поводу

сполированныхъ объектовъ—«Sed quid de causa civili? Respondeo et dico, quod spoliator ante restitutionem non potest agere contra eum civiliter de crimine, pro quo eum spoliavit, nec de re qua eum spoliavit, sed de alia potest... Item dico, quod alius non potest ante restitutionem agere contra eum civiliter de illo crimine vel de illa re» (Maassen—cit. S. 234).

Далѣ Угучіо предусматриваетъ случай, когда споліать не предъявляетъ иска о возстановленіи споліированнаго, довольствуясь, даже пользуясь при этомъ возможностью отклонить, путемъ *exceptio spoli*, отъ себя отвѣтственность по предъявленному къ нему иску въ порядкѣ уголовномъ, по которому подлежитъ серьезной карѣ; причеиъ полагаетъ, что въ такомъ доказанномъ случаѣ его *fraus* споліать д. б. судимъ *ante restitutionem*, если послѣ предупрежденія объ этомъ, все же не будетъ представлять иска:—«Sed ecce spoliatus non vult petere restitutionem ne postea accusetur de illo crimine, pro quo est spoliatus, quia majorem paenam meretur de illo, quam sit ipsa spoliatio; quid ergo tunc debet esse? Credo, quod in tali causa vocandus est ad iudicium et accusandus tam de illo crimine, quam de aliis, etiam ante restitutionem, si *monitus* non vult eam petere, ni *frans* sit ei *lucrosa*».

Спорнымъ среди канонистовъ оказался даже самый вопросъ о послѣдствіяхъ примѣненія *exc. spoli*; именно, слѣдуетъ ли за ней только приостановка суда, или неизбежна еще и реституція споліированнаго имущества. Такъ *Iohannes Teutonicus* утверждалъ, что правило «*Cum dilectus*»... имѣло мѣсто только въ искахъ гражданскихъ; въ искахъ же уголовныхъ *exceptio spoli* неизбежно влекла за собою реституцію:

Clossa «*restituatur*» C. II qu. II c. I.

«Dico tamen decretalem illam non habere locum, quia ubi excipitur de spoliatione contra illum qui crimen intendit, bene restituitur, si spoliationem probat, prout intelligo omnia haec iura; secus ubi utraque quaestio est civilis ut in illa decretali C. cum dilectus».

На то же указывает и Durand говоря ¹⁾:

«Imo enim *dixerunt quidam*, quod tunc (in causa criminali) non solum repellitur accusator, verum etiam probata exceptione restituitur».

При этомъ однако господствующимъ осталось учение Иннокентія III, какъ между прочимъ отмѣчаетъ позднѣе тотъ же Дюранъ.

Приведя въ сочиненіи своемъ *Speculum iuris* противоположное мнѣніе Iohannes Teutonicus, онъ далѣе самъ высказываетъ свой взглядъ по данному предмету слѣдующимъ образомъ ²⁾:

«*Diversi tamen sunt effectus; quia spoliatione per modum exceptionis probata agens repellitur, sed non restituitur; sed si probetur in modum actionis, restituitur opponens ante ingressum principalis causae*».

Здѣсь имъ такимъ образомъ категорически подчеркивается различіе результатовъ для споліата сообразно съ тѣмъ, въ какомъ порядкѣ онъ возбуждаетъ дѣло по поводу *spolium*'а; причѣмъ если споліать предъявляетъ *exceptio*, этимъ онъ парализуетъ лишь возбужденное противъ него дѣло, но *restitutio spoliatorum* не получаетъ. Для послѣдней необходимо споліату вести дѣло «*in modum actionis*».

Глосса къ Декреталіямъ даетъ слѣдующее толкованіе словъ—„*non est per hoc restitutio facienda*“:

„*Quia ad hoc non agebatur. Semper enim videndum est, ad quid agatur, quia secundum modum agendi formatur sententia, Nec enim potestas iudicandi ultra id estenditur, quam in libello est deductum*“, т. е. споліать требовалъ приостановки возбужденнаго противъ него производства, и это только одно и было постановлено въ его пользу.

Относительно допустимости *exc. spolii* противъ третьихъ лицъ—не споліаторовъ Iohannes Teutonicus замѣчаетъ, что она д. б. допускаема лишь противъ обвиненія въ томъ, проступкѣ, которымъ была вызвана *spoliatio*.

¹⁾ *Durantis—Speculum iuris. lib. II pars I De petitorio et possessorio et spoliat. Taurini 1578 fol 85.*

²⁾ *Durantis—Speculum iuris lib. II p. I De petitorio, possessorio polsiat. Taurini 1578 fol. 85.*

Gl. nec in aliquo judicari (къ с. 4 С. II, q. II):

— „A spoliatore nullum potest obici crimen spoliato, nisi suam prosequatur iniuriam, vel nisi sit tale crimen, ad quod quilibet admittatur. Sed ab alio potest accusari de aliis criminibus, sed non de illo, pro quo est spoliatus. Alioquin delictum ejus maneret impunitum, si de nullo crimine posset accusari ab aliquo“.

Одно мѣсто глоссы даетъ основаніе предполагать, что она не допускала ранѣе restitutio никакого обвиненія ни въ порядкѣ гражданскомъ, ни въ уголовномъ, какъ со стороны иетца споліатора, такъ и третьяго лица. Дѣйствительно, обсуждая вопросъ, что лучше для споліата—требовать ли сразу путемъ actio возстановленія себѣ status quo, или представить exceptio,—глосса restituat (къ с. I, С. II qu. II) замѣчаетъ:

„Sed si de alio agit adversarius, et tu super alio dicis te spoliatum, utilius est tibi, ut in modum exceptionis proponas spoliationem“.

Если разсматривать это одно мѣсто, то въ немъ ясно говорится про допустимость *exe. spoli* въ искахъ гражданскихъ (тѣмъ болѣе, что здѣсь говорится *agere*, а не *accusare*); причеиъ распространяется понятіе *adversarius* не только на споліатора, но и на третьихъ лицъ,—не виновниковъ *spolium*'а. Необходимо однако имѣть въ виду, что здѣсь глосса къ декрету имѣла въ виду только лишь случай возбужденія *уголовнаго* обвиненія, обозначая вмѣстѣ съ тѣмъ наименованіемъ *adversarius* лишь одного споліатора. Наконецъ, въ изслѣдуемой части глосса имѣетъ своей цѣлью не выясненіе вопроса, нами разсматриваемаго, но единственно стремится установить, что искъ о *spolium*'ѣ можно предъявлять только по поводу вещей споліированныхъ; между тѣмъ какъ *exceptio* могла примѣняться и въ иныхъ случаяхъ, здѣсь глоссой не указываемыхъ (такъ какъ она о нихъ уже упоминала выше), а равно и въ отношеніи не только однихъ *res spoliatae*.

Думается намъ, изъ сказаннаго съ достаточной очевидностью видно, какъ мало имѣлось въ разсматриваемый періодъ твердыхъ и одинаковыхъ правилъ касательно условій примѣненія *exe. spoli*.

По всей вѣроятности, вся эта путаница въ ученіяхъ канонистовъ и въ судебной практикѣ касательно условій примѣненія ехе. spoliі и была причиной, благодаря которой папа Григорій IX отвергъ почти все новшества въ ученіи объ ехе. spoliі и рѣзко поворотилъ къ прежней доктринѣ по данному вопросу. Согласно его правиламъ подъ spoliіum'омъ, какъ условіемъ допустимости примѣненія ехе. spoliі должно было понимать отнятіе всего имущества или его большей части. Вмѣстѣ съ тѣмъ, при наличности такого spoliіum'a, Григорій IX призналъ возможной ехе. spoliі не только противъ споліаторовъ, но равно и противъ третьихъ лицъ, даже предъявляющихъ искъ противъ споліата по обвиненію его въ другомъ проступкѣ, а не въ томъ, которымъ была вызвана spoliatio. Наконецъ, имъ же была допущена ехе. spoliі не только въ искахъ уголовныхъ, но равно и гражданскихъ:—

«*Ut quando quis fuerit spoliatus omnibus bonis vel maiori parte, non teneatur interium aliquibus respondere neque in civili, neque in criminali causa* 1)».

Впрочемъ въ этомъ послѣднемъ пунктѣ Григорій IX пошелъ далѣе, чѣмъ древняя теорія, которая не допускала ехе. spoliі въ искахъ гражданскихъ, и этимъ далъ возможность лицу, утратившему по spoliіum'у большую часть своего имущества, отразить гражданскій искъ третьяго лица направленный содержаніемъ своимъ на предметы, оставшіеся послѣ spoliіum'a въ рукахъ у споліата.

Первоначально придерживалась того же взгляда первые декретисты, въ томъ числѣ и Угучіо. Однако постепенно

1) См. Göcke—cit. Стр. 99 пр. 6; Roffredi Beneventani—*Libellus super jure politico* p. VI. *Qualiter et quis debet agere quando jure canonico dicit se esse spoliatum*. § 6.

Правила Григорія IX были приняты Гоффредомъ де Трано (*Goffredi de Trano—Summa de restitut... Spoliator. Venetiis 1570 fol. 83*), который писалъ, что spoliatio «*proposita in modum exceptionis repellit civiliter agentem. quemlibet accusantem*»; при чемъ допускалъ ея примѣненіе лишь при spoliatio omnium bonorum: «*eum quis spoliatus est tota sua substantia. vel maiori parte ipsius. et hoc innuunt verba canonis «nudi et inermes»*. Послѣ этого понятнымъ является его замѣчаніе, что — «*exceptio fortior est et potentior quam actio*»...

такое примѣненіе *executio spoli* вышло изъ употребленія на практикѣ по соображеніямъ цѣлесообразности. По крайней мѣрѣ уже декреталистъ *Bernardus* могъ отмѣтить, что онъ никогда не встрѣчалъ кого-либо, кто представилъ бы такую *executio spoli* противъ гражданскаго иска третьяго лица — не споліатора ¹⁾.

Невыясненность и противорѣчія въ теоріи и на практикѣ по этому вопросу, равно какъ злоупотребленія установленной Григоріемъ IX обширной областью примѣненія *exec. spoli* побудили папу Иннокентія IV на Лионскомъ соборѣ, 1245 г., издать рядъ правилъ касательно дальнѣйшаго упорядоченія *executio spoli*. Здѣсь между прочимъ было постановлено о недопущеніи *executio spoli* въ гражданскихъ искахъ, когда *spolium* самое было учинено стороннимъ лицомъ, не истцомъ въ этомъ процессѣ. Здѣсь же было точно установлено понятіе *spoliatio*, какъ лишенія *omnino* имущества или его большей части; причемъ повторяется и старая *ratio* запрещенія такихъ насилій: «*quia nec nudi contendere, nec inermes inimicis opponere nos debemus*»: (с. 1. *De restit. spoliat. in Sexto*, II 5 ²⁾).

¹⁾ *Glossa ab actore: Sexti II. tit. V, cap. 1:—Et recitat hic Bernardus se non meminisse vidisse aliquem excipientem sic in civilibus. Hostiensis, возражая ему, выказалъ противоположный взглядъ, допуская такое примѣненіе *exec. spoli* въ случаяхъ, когда отвѣтчикъ сдѣлался несостоятельнымъ, когда у него (у споліатора) не осталось болѣе ни имущества, ни капиталовъ. (Henric. de Segusio (Hostiensis)—*Commentaria t. II, ad Sext. Frequens* № 4, fol. 12). Замѣтимъ однако, что случай несостоятельности (*insolventia*) споліатора, про который говоритъ здѣсь *Hostiensis*, не устанавливаетъ *executio spoli*, потому что здѣсь, какъ и самъ онъ признаетъ, идетъ дѣло не объ отерочкѣ суда *ratione spoliationis, factae ab alio*, но именно объ *executio ratione impotentiae*.*

²⁾ «*Statuimus ut in civilibus negotiis spoliationis objectu, quae ab alio quam ab actore proponitur, iudex in principali procedere non postponat. Sed si in civilibus ab actore, in criminalibus autem se spoliatum reus asserat a quocumque; infra quindecim dierum spatium post diem, in quo proponitur, quod asserit comprobabit; alioqui in expensis, quas interim actor ob hoc fecerit, judiciali taxatione praehabita condemnetur, alias, si iudici aequum visum fuerit, puniendus. Illum autem spoliatum intelligi volumus in hoc casu, quum criminaliter accusatur, qui tota substantia vel majori parte ipsius se per violentiam*

Глубоко свѣдующій и дѣльный юристъ своего времени, и практикъ, и теоретикъ, папа Иннокентій IV правилами своими съумѣлъ здѣсь примирить запросы жизни въ области ехс. spoliі со строгими и точными правилами каноновъ; вмѣстѣ съ тѣмъ ему же лучше веѣхъ удалось устранить и упорядочить веѣ споры и нелады, существовавшіе до него въ разсматриваемой области права.

Особенно крупной заслугой Иннокентія IV въ этой области было запрещеніе споліатамъ прикрываться путемъ ехс. spoliі отъ отвѣтственности какъ по уголовнымъ, такъ и по гражданскимъ искамъ, предъявленнымъ противъ нихъ не споліаторами, а третьими лицами. Благодаря этому правилу, третьи лица уже не могли болѣе опасаться предъявленія противъ ихъ исковъ ехс. spoliі inter alios facti. Глосса такимъ образомъ толкуетъ это правило—*Glossa ab actore c. 1 in Sexto de restit. spolat.*

«Hoc erat iniquum, quod reus exciperet contra actorem de spoliatione facta a tertio: cum in hoc non deliquerit actor, et ideo factum alterius sibi non debebat obesse, et peccata suos teneant auctores».

Кромѣ грѣха (peccatum) мотивомъ рѣшенія такого является здѣсь, что «res inter alios acta aliis non praejudicet»¹⁾.

И далѣе Глосса «substantia» eod. loco прямо уже говорить:

«Ridiculum enim videbatur, quod criminaliter accusatus accusatorem suum per exceptionem spoliationis rei modicae et vilis ab accusatione repelleret».

На практикѣ могло явиться два случая вреднаго для правопорядка примѣненія разсматриваемой ехсепціо, именно отвѣтчикъ, представляя такую ехсепціо, могъ или отложить представленіе доказательствъ о spoliум'ѣ, чтобы задержать этимъ приемомъ возбужденное, противъ себя дѣло, или, что

destitutum affirmat. Et secundum hoc loqui canones sano credendum est intellectu, quia nec nudi contendere, nec inermes inimicis opponere nos debemus. Habet enim spoliatus privilegium, ut non possit exui jam nudatus».

¹⁾ Ср. тоже правило въ Gloss. «nullum crimen» (с. 1 С. III qu. 1).

было еще хуже, послѣ представленія доказательствъ о наличности *spolium*'а отложить на неопредѣленное время свое требованіе о возстановленіи въ прежнемъ *status quo*, чтобы такимъ путемъ парализовать самую возможность окончанія надъ собою суда и получения себѣ обвинительнаго приговора по возбужденному противъ него дѣлу.

Первое неудобство Иннокентій IV устранилъ, установивъ, что фактъ *spolium*'а должно было доказать въ теченіи 15 дней, подъ угрозой уплаты иначе судебныхъ издержекъ или иной пени. Что касается устраненія возможности второго злоупотребленія со стороны споліата путемъ *exc. spolii*, то въ этомъ отношеніи уже Угучіо полагалъ, что въ такомъ случаѣ необходимо привлечь во всякомъ случаѣ отвѣтчика на судъ, не ожидая реституціи. (См. выше стр. 113).

Глосса приняла мнѣніе Угучіо для такого случая, когда наказаніе, отъ котораго пытался отвѣтчикъ уклониться такимъ путемъ, было несравненно болѣе, чѣмъ убытокъ отъ *spolium*'а, но не допускала его на случаи, гдѣ наказаніе было менѣе убытка отъ *spolium*'а, и постановила:

«*Sed si minorem paenam de illo crimine meretur, tunc non est accusandus de illo, cum satis sit punitus*» (Gloss. „*obicere*“, с. 2. С. III. qu. I).

Какъ кажется, такое злоупотребленіе примѣненіемъ *exc. spolii* проявлялось специально въ области уголовныхъ дѣлъ, при томъ именно когда возраженіе такое предъявлялось противъ третьихъ лицъ, не виновныхъ въ *spolium*'ѣ. Потому Goffredus a Trano пишетъ 1):

— «*Cum absonum videatur et etiam multorum corda perturbet, ut spoliatus tota substantia vel maiori parte ipsius excipiat contra illos, qui non expoliaverunt*»... съ цѣлью остаться безнаказаннымъ. При этомъ онъ замѣчаетъ, что справедливо были установлены указанная нами выше мѣры противъ такихъ злоупотребленій.

Иннокентій IV, оставивъ въ сторонѣ трудное различіе въ условіяхъ приложенія правила, установленнаго глоссой (см. выше), предписываетъ, въ своей извѣстной декреталии:

1) Goffredi de Trano.—Summa. De ordin. Cognit. fol. 83.

(§ 1 с. 1 De restit. spoliat. in Sexto II, 5) примѣнять ехе. spoliі въ теченіи устанавливаемаго для того судьей въ каждомъ контретьномъ случаѣ срока, не позднѣе, подъ угрозой утраты иначе права на эту ехеptio:

«Solet autem inter scholasticos dubitari, si spoliatus a tertio de spoliatione contra suum accusatorem excipiat, an ei tempus a iudice debeat indulgeri, infra quod restitutionem imploret, ne forte sic velit existere ut omnem accusationem eludat; quod satis aequitati et iuri consonum aestimamus. Quod si infra tempus indultum restitutionem non petierit, et causam, quum potuerit, non ducat ad finem: non obstante spoliationis exceptione deinceps poterit accusari».

Вообще дѣятельность Иннокентія IV по нормировкѣ упомянутой ехеptio spoliі выяснила самую суть послѣдней, устранивъ первопричину всей путаницы и неопредѣленности, господствовавшей въ этой области. Въмѣстѣ съ тѣмъ этотъ папа точно и ясно обособилъ въ ехе. spoliі часть ея чисто церковную отъ элементовъ, реципированныхъ тамъ изъ области права частнаго.

Ехе. spoliі была по происхожденію своему институтомъ, свойственнымъ именно церковной дисциплинѣ; но позднѣйшая практика сдѣлала изъ него средство защиты для общаго права. Старыя и новыя начала при этомъ оказались въ ехе. spoliі смѣшанными, откуда неизбежно и должно было возникнуть не мало противорѣчій.

Ехеptio эта въ началѣ, согласно характеру своему каноническаго института исключала самый вопросъ о владѣннн, въ техническомъ смыслѣ этого слова. Постепенно однако, по мѣрѣ дальнѣйшаго ея развитія, стали принимать во вниманіе вопросъ о владѣннн, какъ одномъ изъ условій примѣненія ехе. spoliі; такимъ образомъ нормы свѣтскаго права касательно владѣннн, оказались необходимо реципированными и въ нашемъ институтѣ. Это однако повлекло за собою крайнюю неопредѣленность въ дѣлѣ выясненія условій примѣненія ехеptio spoliі, благодаря смѣшенію въ ней элементовъ различной взаимно природы, что въ свою очередь возбуждало на практикѣ много недоразумѣній и споровъ. Правда, и

ранѣе пытались упорядочить, хотя сколько нибудь, въ этомъ отношеніи условія примѣненія *ex. spolii*, но неудачно.

Такъ Граціанъ утверждалъ, что право на такое *remedium* принадлежитъ даже епископу, незаконно утвержденному въ его званіи (с. 6, С. III qu, 1, dictum Gratiani); а папа Александръ III издалъ правило, что насильникъ не можетъ обвинять споліата въ незаконномъ достиженіи имъ духовнаго сана, если самъ не возстановитъ послѣдняго во владѣніи; причеиъ ссылался на правило гражданскаго права:—*praedo etiam est secundum rigorem juris restituendus* (с. 5 X. de rest. spol. II. 10). Однако Александръ же III въ другомъ случаѣ даетъ прямо противоположное правило¹⁾ гдѣ на жалобу, R, что у него отняли церковь, постановляетъ:

«*Si verbis constiterit, praedictum R. in prelibata ecclesia fuisse canonice institutum et injuste spoliatum... eam cum fructibus inde perceptis restitui faciatis*»²⁾.

¹⁾ Ср. Friedberg—*Quinque compilationes antiquae*. Compil. II. lib. II cit. 7, 1882 стр. 73.

²⁾ Хорошо отмѣчаетъ сомнѣнія, возбужденныя этимъ труднымъ для разрѣшенія вопросомъ Petrus Blesensis (1180 г. см. Schulte—cit. стр. 208). Авторъ здѣсь признаетъ допустимость примѣненія *remedium'a spolii* въ защиту священниковъ, „поставленных“ въ известную церковь безъ согласія на то мѣстныхъ епископа или архидиакона, въ вѣдомствѣ которыхъ церковь находилась, въ случаѣ когда эти князья церкви изгоняли такихъ священниковъ безъ разсмотрѣнія вопроса о правѣ ихъ „владѣнія“ приходомъ. Далѣе однако Blesensis иначе обсуждаетъ случай, гдѣ *spolium* такой совершается надъ священникомъ, самовольно захватившимъ себѣ приходскую церковь, замѣчая, что въ вопросахъ „мірекихъ“ никто не можетъ быть лишенъ владѣнія безъ судебного о томъ разбирательства, тогда какъ въ дѣлахъ церковныхъ (in ecclesiasticis causis) такое лишеніе владѣнія допускается канонами. Авторъ впрочемъ самъ сознается далѣе, что это послѣднее правило очень спорно:

„Cum quidam presbiter in quadam ecclesia... sit institutus sine consensu episcopi vel archidiaconi quorum erat instituire sacerdotem in illa ecclesia. non expectato vel expetito ordine iudiciario, quaesitum est, an restituendus sit in possessionem. nullo prioris titulo possessionis allegato... Humanior videtur sententia, cum qui preter ordinem iudicarium est expulsus. debere statim restitui (С. II. qu. II, с. 1. 2). et postea principalem questionem ventilari (с. 4). Non enim habet, qui possit exui jam nudatus (ead c. 5, 6; С. XXXIII, qu. II, с. 3, 4; С. III, qu. 1—4). Et hoc ideo ne

И дѣйствительно, не смотря на постановленія Граціана и Александра III, которыми, казалось, каноническіе вопросы были нормированы по правиламъ свѣтскаго права, оставалось еще то различіе, что когда кто представлялъ *exsertio*, какъ *persona ecclesiastica*, онъ всегда долженъ былъ доказывать свое квалифицированное владѣніе. Ему не было достаточно сослаться на то, что онъ владѣлецъ спорнаго имущества; сверхъ того онъ д. б. еще доказать, что онъ владѣтъ въ силу институціи, (инвеституры), хотя бы и незаконной и насильственной.

Легко представить себѣ, какія неудобства, не говоря уже объ указанныхъ выше, неизбѣжно должны были имѣть здѣсь мѣсто въ силу неопредѣленности вопросовъ касательно лица и объекта *exsertio*, противъ которыхъ и когда послѣднюю можно было бы представить, напр. въ случаяхъ наличности гражданскаго *spolium'a*, его примѣненія при искѣ, истекающемъ изъ чисто каноническихъ отношеній, или церковнаго *spolium'a*, въ случаѣ ссылки на него при искѣ, основанномъ на общихъ нормахъ права собственности.

Упорядоченіе этого *rebellio legum et canonum* сдѣлано Иннокентіемъ IV, постановившимъ (§ 2 c. 1 de rest. spoliat. in

detur episcopis occasio malignandi et auferendi subditis suis ecclesias vel prebendas legitime vel canonice collatas. cum forte sint legitimis probatiombus destituti. quibus titulum et causam suae possessionis debeant demonstrare. Porro dici potest ex adverso, nimis iniquum videri, si presbiter vel aliquis clericus ignorante episcopo vel archidiacono, qui jus habet instituendi. ecclesiae possessionem invadat, vel clam intret, vel sibi commissam intvertat, si episcopus cum non possit expellere ab ecclesia occupata. Ut igitur distinctius circa hunc articulum disseramus: sciendum est alia ratio causarum saecularium, alia divinarum. In saecularibus enim causis nullus est expellendus: a possessio vitiosa. Nec cogitur respondere ante restitutionem, cui et canones consentiunt (c. 4, C. V, qu. II). In ecclesiasticis autem causis preter ordinem juris jure aufertur possessio. Ergo et ablata non restituitur, quia cui denegatur exceptio. multo fortius actio. Sed quia circa hunc articulum *multa videtur rebellio legum et canonum*, hoc potius allegando quam definiendo dixisse sufficiat. Petrus Blesensis—Opusculum de distinctionibus in canonum interpretatione adhibendis, sive ut auctor voluit, Speculum juris canonici Edidit Th. Reinarus Berol. 1837 cap. 42, p. 75 c. 14.

Sexto II 5) запрещеніе примѣнять *ex. spoli* по частному имуществу потерпѣвшаго, когда искъ самый противъ споліата возбуждается по вопросамъ церковнаго права, и наоборотъ, ссылаться на *spolium* церковнаго имущества, когда споръ идетъ по частнымъ дѣламъ споліата—церковника:

«*Sancimus, ut rerum privatarum spoliatio agentis super ecclesiasticis, vel a contrario, nullatenus opponatur*».

Тотъ же папа Иннокентій такъ объясняетъ это постановленіе въ своемъ комментарий.¹⁾

«*Si prelatus agat nomine ecclesiae, non obstat sibi exceptio de spoliatione, quod nomine suo tantum fecit, et non nomine ecclesiae*», и наоборотъ.

Глосса такъ объясняетъ это правило (*Glossa «opponatur», cap. I de rest. spol. in Sexto II. 5)*:

«*Privata dicuntur quia possunt a privato possideri. Res autem ecclesiasticae vocantur hae, quae non cadunt in laicum: ut decumae et alia spiritualia. Et est ratio hujus dicti; quia agens nomine ecclesiastico, non agit suo jure, sed nomine ecclesiae. Unde sicut procurator agens nomine alieno de jure suo non excipit; sic nec hic. Item res ecclesiasticae sunt publici iuris; de publicum ad privatum non est compensatio*».

Наконецъ, Иннокентіемъ же IV' опредѣленъ былъ и срокъ для предъявленія *exceptio spoli*: § 1 с. 1. *De rest. spol. in Sexto II 5: 2)*

Намъ важно здѣсь установить, что Иннокентій этимъ предписаніемъ увѣнчалъ трудъ свой согласованія правилъ каноновъ съ правилами судебной практики.

Его декретацій точно ограничили свѣтскую отъ церковной области въ нашемъ институтѣ, вмѣстѣ съ тѣмъ отмѣнивъ всякій поводъ къ дальнѣйшему ихъ смѣшенію. При этомъ однако *exceptio spolio* не утратила своего прежняго единства, и нельзя говорить, что она раздѣлилась на институтъ, входящій всецѣло въ церковную дисциплину и на институтъ, свойственный общему праву. Слѣдуетъ сказать

¹⁾ Innocent.—Commentaria fol. 90 № 4).

²⁾ См. цитату выше стр. 120).

лишь, что *ex. spoli* могла примѣняться, какъ по дѣламъ чисто церковнымъ, такъ и по дѣламъ строго гражданскимъ, причемъ была устранена всякая возможность коллизіи или смѣшенія между ними.

Послѣ Иннокентія IV *ex. spoli* продолжала свое примѣненіе въ жизни; но лишь ею болѣе не занимаются ни духовное, ни свѣтское законодательства; это само по себѣ является доказательствомъ того, какъ удачно Иннокентій IV регламентировалъ разсматриваемый нами институтъ.

Канонисты разсматривали *ex. spoli* какъ старый каноническій институтъ, и продолжали примѣнять ее согласно съ правилами каноновъ и декреталій. Между тѣмъ цивилисты сдѣлали изъ нея процессуальное средство защиты, основанное на владѣніи, при томъ въ видѣ первоначальной защиты владѣнія, какъ предшественницу possessорныхъ interdiktovъ, примѣненію которыхъ на данный случай она открывала дорогу. Такое мѣсто ея въ ряду всѣхъ многочисленныхъ средствъ защиты владѣнія, созданныхъ казуистикой среднихъ вѣковъ, хорошо отмѣчено у Hostiensis ¹⁾.

«Hanc exceptionem credimus locum habere, sive quis sit spoliatus ita, quod ei competat interdictum, sive ei competat condictio ex decretalis, sive condictio ex legibus»...

Оставляя здѣсь въ сторонѣ ученіе объ *exceptio spoli*, какъ о такомъ институтѣ, который по немногу отошелъ на второй планъ въ практической жизни средневѣковья, мы обратимъ далѣе наше преимущественное вниманіе на *actio spoli*, получившую такое крупное значеніе въ ученіи не только средневѣковаго церковнаго и свѣтскаго правъ, но перешедшую и въ законодательства позднѣйшаго времени.

Но прежде чѣмъ перейти къ изложенію хода развитія этого иска, постараемся выяснитъ *тѣ причины, которыя вызвали на свѣтъ установленіе exceptio spoli*.

Въ этомъ отношеніи Маасень замѣчаетъ, что Лже-Исидоръ предоставилъ право на *exceptio* лишь однимъ епископамъ, обвиненнымъ передъ синодомъ въ совершеніи престу-

¹⁾ Henricus de Segusio—Comment. vol. I, fol. 37 № 26.

плений. Синодъ обязанъ былъ по представленіи возраженія возстановить споліату его status quo. Но допустить, чтобы еще и въ XII вѣкѣ синоды имѣли власть на совершеніе такихъ дѣйствій, не представляется возможнымъ, такъ какъ безспорно, тогда синоды такихъ правомочій (права судить епископовъ) уже не имѣли ¹⁾. Это обстоятельство не ускользнуло отъ вниманія канонистовъ, изъ коихъ, напр., Joh. Faventinus замѣчаетъ по поводу can. 2. C. III, qu. 1 verb. *ad synodum*:

«Responsuri de crimine; *antiquitus* etiam omnia in synodo a metropolitano et a compvincialibus episcopis celebrata examinari solebant» отмѣчая далѣе: «Nota quia, quod dicitur de episcopis spoliatis generaliter intelligitur de omnibus ecclesiasticis personis».

Кромѣ того все постановленія Лже-Исидора имѣютъ, какъ указалъ еще Bruns, характеръ, политической привилегіи, для защиты епископовъ. Однако такая привилегія въ XII вѣкѣ уже не имѣла никакого достаточнаго основанія для своего существованія. Поэтому, разъ не хотѣли обречь весь институтъ этотъ на отмѣну, необходимо было распространить его на все духовенство; что практика и сдѣлала. Въ то же время, очевидно, не каждый судья, передъ которымъ обвинялась *persona ecclesiastica*, былъ въ состояніи помочь ей реституціей въ виду *spolium'a*. Поэтому и не оставалось ничего другого, какъ отдѣлнить искъ отъ возраженія ²⁾.

Никто не станетъ отрицать, что эти указаннныя Маассеномъ причины содѣйствовали возникновенію изъ *remedium'a spolii* древнихъ декреталій нека и возраженія въ цѣляхъ защиты status quo. Мнѣ думается однако, что не они были дѣйствительными причинами такой эволюціи въ правѣ.

Безспорно, въ XII вѣкѣ подъ влияніемъ усиленія папской власти синоды перестали являться судебной инстанціей, которой были подсудны епископы; мало того, папы къ XII вѣку уже давно покончили съ такой привилегіей провинціальныхъ

¹⁾ Cp. Richter—Lehrbuch des Katholischen und Evangelischen Kirchenrechts 8 Aufl. 1886 § 45. S. 124, 125, § 206. S.S. 714, 719.

²⁾ Maassen—cit, стр. 232.

синодовъ. Это ограниченіе власти синодовъ произошло уже ко времени, когда Граціанъ писалъ свои «dicta» и составлялъ сборникъ декреталій; однако и онъ продолжаетъ говорить о синодахъ и о подеудности имъ епископовъ, разма- тривая *remedium spoli* по старому, съ Лже-Исидоровой на него точки зрѣнія.

Церковное законодательство было слишкомъ консерва- тивно, слишкомъ боялось всякихъ новшествъ, чтобы само рискнуло создать изъ *officium'a judicis*, какъ привилегіи огра- ниченнаго класса лицъ (епископовъ), *actio* и *exceptio spoli* для защиты *status quo* всѣхъ клириковъ безъ исключенія. Въ этомъ отношеніи въ самой церкви и ея правѣ мы наблюдаемъ любопытное явленіе: въ то время какъ церковные каноны и декреталіи палъ упорно стремились поддерживать ученіе о *remedium'ѣ spoli* въ его чистомъ Лже-Исидоровомъ видѣ, канонисты далеко не удовлетворенные такимъ стрем- леніемъ права, сами на практикѣ старались проводить новыя воззрѣнія, и постепенно создали путемъ практическимъ ученіе объ *actio* и *exceptio spoli*, которое позднѣйшіе папы оказались вынужденными ввести въ декреталіи свои, подчи- няясь требованіямъ жизни и практики ихъ времени.

Нужно помнить, что декретисты были свѣдующими не только въ каноническомъ, но равно и въ римскомъ правахъ, состоя въ тѣсной связи со школой глоссаторовъ. Занявшіеся разработкой нормъ каноническаго права, они, какъ знатоки римскаго права, неизбежно должны были толковать право каноническое на началахъ романистическихъ, что особенно проявилось въ дѣлѣ разработки каноническаго процесса. Въ этомъ отношеніи по крайней мѣрѣ уже одинъ изъ древнѣй- шихъ канонистовъ—*Гуфинг*¹⁾ писалъ:

«De actionibus non agit jus ecclesiasticum quia de his plenarie et sufficienter agitur in legibus. Amplectuntur sacri canones ea quae legibus continentur, nisi ipsis sint contraria»²⁾.

1) Жилъ около середины XII вѣка, см. Schulte—cit. стр. 123.

2) См. Schulte—cit. Anhang S. 246.

Лже-Исидоръ и палы, стремясь путем *remedium'a spoli* охранять имущественный *status quo* въ интересахъ защиты епископовъ противъ самоуправства и самосуда мірянъ, не обращали вниманія на юридическую сторону создаваемого ими института. Имъ было важно, преимущественной задачей ихъ здѣсь въ этой области было прекратить, по возможности, насилие и самоуправство—и только. Иначе отнеслись къ вопросу канонисты, воспитанные на началахъ римскаго права. Имъ, знающимъ послѣдняго, должно было показаться аномальнымъ старое соединеніе въ *remedium'в spoli* двухъ различныхъ функций въ рукахъ судьи. Справедливо замѣчаетъ Гёке—*cit.* стр. 89, въ этомъ отношеніи: «*quum haec res (т. е. древній институтъ remedium spoli) jam in jurisconsultorum manus incideret, eadem forma quoque juris induere necesse est.*». Равнымъ образомъ имъ неизбѣжно должно было казаться необходимымъ уничтожить всякое смѣшеніе сакральной части института съ его мірской частью, т. е. отдѣлить въ немъ то, что отвѣчало специальнымъ условіямъ, въ которыхъ находились клирики и церкви, отъ того что, напротивъ, входило въ область права, общаго для всѣхъ гражданъ.

Въ этихъ цѣляхъ канонисты прежде всего обратили вниманіе на то обстоятельство, что уже и ранѣе бывали случаи, когда самъ епископъ-сполиатъ *in limine litis* указывалъ на фактъ споліаціи, если судья *ex officio* не примѣнялъ *remedium'a spoli*. Воспользовавшись этимъ, они лишь установили *общимъ* правиломъ такой порядокъ производства, оставивъ однако *exceptio spoli* по прежнему специально каноническимъ институтомъ.

Реституція же, начиная съ перваго времени появленія института, представляла собою *accessorium*, какъ бы дополненіе къ послѣднему. Она довѣрялась судья, его инициативѣ, не столько въ цѣляхъ упорядоченія системы, сколько въ цѣляхъ утилитарныхъ, чтобы обезпечить успѣхъ возстановленія споліату *ergo status quo*, что явствуетъ изъ самихъ словъ Граціана, гдѣ говорится, что не достаточно платоническаго постановленія судьи, предписывающаго реституцію, но необходимо фактическое совершеніе послѣдней непосредственной личной дѣятельностью судьи. Отсюда ясенъ

выводъ, что хотя реституція и признавалась въ принципѣ необходимой, но не важно было, какимъ способомъ достигнута была она, ея фактическое осуществленіе.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, во времена декреталистовъ, или что то же хронологически—во времена глоссаторовъ, лучшимъ, болѣе разработаннымъ и точнымъ средствомъ получения отнятой вещи обратно представлялись possessорные искы (интердикты) на случаи *violentia* противъ насильниковъ, или *metus*—и противъ сторонняго владѣльца. Поэтому и не удивительно, что декреталисты, исходя изъ основной мысли высказанной Руфиномъ (см. выше), что церковное право само не создаетъ искъ, но беретъ таковыя изъ гражданскаго права, реципировали основныя начала этихъ римскихъ possessорныхъ искъ въ отношеніи *remedium'a spoli*, поддерживавъ такимъ образомъ существованіе послѣдняго, который иначе теперь неизбежно утратилъ бы практическое значеніе. Въ то же самое время глоссаторы въ свою очередь переработали possessорные искы такимъ образомъ, что стало возможно ихъ примѣненіе не только въ защиту вещей, но равно и въ защиту правъ. Эта реформа еще болѣе облегчила рецепцію тѣхъ же possessорныхъ началъ и для *remedium'a spoli*, при помощи коего возстановлялось лицо не только въ матерьяльномъ имуществѣ, но и въ правахъ.

Конечно трудно опредѣлить, какое изъ этихъ двухъ новшествъ вліяло на другое, т. е. вліяло ли на ученіе глоссаторовъ новое примѣненіе интендиктовъ, сдѣланное канонистами, или наоборотъ, первое вліяло на послѣднее. Быть можетъ при постоянной и непрерывной связи и постоянномъ обмѣнѣ мыслей въ то время между канонистами и глоссаторами такое воздѣйствіе было у нихъ взаимнымъ.

Во всякомъ случаѣ слѣдуетъ помнить, что даже древнѣйшіе декретисты очень хорошо знали римскіе источники права и были хорошо знакомы съ трудами глоссаторовъ, которые ими постоянно цитуются (ср. *Schulte-Geschichte der Quellen und Litteratur der kanonischen Rechts* B. I, § 21 S. 103), и исторія возрожденія постоянно показываетъ намъ въ юриспруденціи непрерывную и совмѣстную разработку глоссаторами и декретистами какъ нормъ римскаго права, въ при-

мѣненіи его къ услугамъ церкви, такъ равно нормъ каноническаго права на началахъ романистическихъ. Между прочимъ какъ результатъ ихъ совмѣстныхъ трудовъ и въ области нашего вопроса удалось провести въ каноническомъ правѣ созданіе изъ *officium'a judicis* къ срединѣ XII вѣка двухъ институтовъ, взаимно обособленныхъ—*actio* и *executio spoli*.

Такимъ образомъ не по формальнымъ причинамъ подбора Граціаномъ изъ Лже-Исидоровыхъ декреталій подходящихъ мѣсть и не по приведеннымъ выше соображеніямъ Маасена, но скорѣе всего въ силу рецепціи нормъ римскаго права и развитія ихъ Болонской школой примѣнительно къ запросамъ ихъ времени возникли въ правѣ каноническомъ со второй половины XII вѣка, взявъ древняго сложнаго *officium judicis*, настоящіе искъ и возраженіе, вполне отдѣленные другъ отъ друга и направленные къ защитѣ владѣнія отъ его нарушеній.

Condictio ex canone Redintegranda.

Выше мы уже указали на то обстоятельство, что санкционированное въ 1198 году папой Иннокентіемъ III отдѣленіе иска отъ *exceptio spoli* въ его знаменитомъ канонѣ «*Summum dilectus*» фактически существовало и признавалось уже первыми комментаторами Граціанова декрета; причемъ всѣ канонисты согласно стояли за допустимость исковъ о возстановленіи владѣнія споліату—но какихъ именно исковъ—этотъ вопросъ первое время оставался открытымъ.

Первоначально канонисты понимали это правило въ смыслѣ дозволенія возстановлять *status quo* при *spolium*'ѣ путемъ примѣненія здѣсь обычныхъ римскихъ средствъ посессорной защиты.

Такъ *Stephanus Tornacensis* (отъ 1135—1203 г. см. *Schulte—cit. S. 133*) и за нимъ буквально *Ioannes Faventinus* (умеръ въ 1190 г. *Schulte—cit. стр. 137*) in c. I, C. II qu. 2 пишутъ:

«*Omnia ista decreta videntur loqui de his, quibus ablatae sunt res suae vel etiam sedes non per judicialem sententiam, sed per violentiam, unde et restituendi sunt per possessoria judicia, i. e. per interdicta vel per actiones in factum redditas loco interdictorum*»¹⁾.

Вмѣстѣ съ тѣмъ однако явилась необходимость примѣнять искъ о возстановленіи владѣнія не только въ случаѣ *depossessionis violentae*, но равно когда лишеніе владѣнія совершалось иными неправомѣрными способами (*metus, dolus*

¹⁾ См. *Maassen—Zur Dogmengeschichte der Spolienklage cit. стр. 231* прим. 8. Работа эта, почти исчерпывающе излагающая вопросъ за періодъ времени отъ 1150—1210 г., является здѣсь основой нашего изложенія.

напр.) Huguccio по крайней мѣрѣ ¹⁾ уже прямо заявляетъ въ этомъ отношеніи по поводу с. 3, С. III. qu. I, что:

«Sive vi, sive metu, sive dolo adversarii, sive quacumque circumventionem suis rebus quis privetur, debet restitui» ²⁾.

При этомъ однако оказалось, что далеко не всегда было возможно примѣнять римскія поессессорныя средства въ защиту противъ *spolium*'а. При послѣднемъ стало недостаточно интердиктовъ *recuperandae possessionis*, и было нужно прибѣгать къ другимъ дополнительнымъ искамъ, именно къ *a. doli* и *a. quod metus causa*. Но и при такой постановкѣ дѣла не во всѣ случаи *spolium*'а оказывались защищенными исками. Прежде всего, одна *a. quod metus causa* давалась противъ всякаго третьяго владѣльца; интердиктъ же *unde vi* и *actio doli* давались въ защиту лишь противъ лица, виновнаго въ *spolium*'ѣ. Такимъ образомъ только въ одномъ случаѣ *metus* оказывалась возможность примѣнять *remedium spoli* съ успѣхомъ и противъ владѣльца вещи, не споліатора, въ остальныхъ же случаяхъ римское право такой защиты споліату не давало.

Huguccio сдѣлалъ попытку расширить область примѣненія интердикта *unde vi* и противъ 3-хъ владѣльцевъ, не самихъ захватчиковъ имущества споліата ³⁾. Однако такой приемъ распространительнаго примѣненія римскихъ средствъ защиты оказался мало удобнымъ и успѣха въ канонической практикѣ не имѣлъ. Стѣсненные ясными и точными правилами

1) Умеръ въ 1210 году см. Schulte—cit. стр. 156, 161).

2) Maassen—cit стр. 235.

3) Hug. ad Decret. Grat. c. 6. С. III, qu. I, praedoni:

«Quia secundum rigorem juris praedo est restituendus... Hoc verum est, ubi dominus rei rem illam vi abstulerit praedoni ex intervallo. Item est et si alius abstulit eam illi. Si tamen, cum abstulit eam (alius) a domino, praedo et dominus simul venerent ad repetendum, crederem tum ex aequitate dominum esse praeposendum et rei rem esse restituendam, quamvis de stricto jure videatur esse reddenda praedoni. Et hoc ad similitudinem ejus, quod dicitur de deposito. Ecce praedo mihi rem meam ablatam deposuit apud aliquem ignarum hujus facti, postea ipse repetit et ego, et licet de stricto jure videatur esse ei reddenda, mihi tamen potius debet restitui ex aequitate. ut f. depositi. Bona fides § incurrit». (Maassen—cit. стр. 237).

римскаго права канонисты не могли, безъ явнаго нарушенія послѣдняго, расширить область примѣненія котораго—либо изъ трехъ выше указанныхъ процессуальныхъ средствъ защиты, что между тѣмъ было необходимо въ интересахъ соотвѣтствія съ задачами *remedium'a spoli*.

Это обстоятельство вынудило канонистовъ пойти здѣсь инымъ путемъ; именно, они создали новый искъ, признавъ его основаннымъ на правилахъ каноническаго законодательства.

Исходнымъ, или вѣрнѣе опорнымъ пунктомъ здѣсь канонисты взяли канонъ. «*Redintegranda*» т. е. с. 3, с. III, qu I. декрета Граціана. Въ этомъ канонѣ говорилось въ общихъ выраженіяхъ: «*Redintegranda sunt omnia expoliatis vel ejectis episcopis... per quascunque injustas causas res... perdidisse possuntur*». *Metus, dolus, violentia* были совершенно уравнены между собою въ этомъ постановленіи общаго характера, которое вмѣстѣ съ тѣмъ предписывало и возстановленіе владѣнія, у кого бы не находилась отнятая вещь въ моментъ иска—у самого насильника или у сторонняго приобретателя—безразлично.

По замѣчанію Маасена ¹⁾ первое указаніе на измышленіе такого новаго иска каноническаго права имѣется въ «*Summa*» Сикарда Кремонскаго, ²⁾ гдѣ искъ этотъ называется—*condictio ex canone*:

Sicard. Cremonens. Summa c. II. qu 2:

«Expoliatur quis	{	per violentiam: Hic restituitur per interdicta, secundum leges, condictione ex canone, ut II. Qu. II.
		per sententiam: Hic restituitur officio iudicis.»

Равнымъ образомъ Vincentius Hispanus, въ его *Apparatus ad Compilationem III* ³⁾, указываетъ на такой самостоятельный искъ ⁴⁾.

¹⁾ Sicardus Cremonensis умеръ въ 1215 г. см. Schulte—cit. I, стр. 143.

²⁾ Maassen—cit. стр. 242.

³⁾ Написанъ около 1216—1217 года. См. Schulte—cit. стр. 193.

⁴⁾ Glossa Vincent. Hispan. in C. un. Comp. III. de ord. cognit. 2. 4 (C. 2 X. eod. 2. 1o) verb.: «*judicium restitutorium contra spoliatorem tantum competere*»:

«*Quia non datur interdictum unde vi nisi contra dejectorem... Forte*

Еще яснѣе говорится о новомъ искѣ въ Глоссѣ къ сборнику Граціана, которая, вытѣняя искъ этотъ изъ другихъ средствъ защиты владѣнія, не исключаетъ послѣднихъ, но указываетъ условія примѣненія каждаго въ отдѣльности.

Glossa къ случаю С. III введеніе:

«Hoc autem scias quod quattuor sunt auxilia prodita, per quae petitur restitutio: actio, interdictum, condictio ex canone, iudicis officium. Actione petitur restitutio, ut actione quod metus causa. Datur restitutio contra quemlibet possessorem.... Item actione de dolo petitur restitutio, et per illam non fit restitutio nisi contra illum, qui dolum fecit.... Item per interdictum datur restitutio contra illum solum, qui vim fecit.... Per conductionem ex canone datur restitutio contra quemlibet possessorem: ut extra de appel. C. Bonae memor. et extra eod. cap. Saepe, et infra C. Redintegranda. Item per iudicis officium petitur restitutio, cum aliquis propter absentiam perdidit rem suam, de qua agitur... et illa potest agi contra quemlibet possessorem».

Слѣдую примѣру can. Redintegranda, въ которомъ, какъ мы сказали выше, metus, dolus, violentia были совершенно уравнены между собою, канонисты въ дѣлѣ созданія новаго иска рѣзко отошли отъ нормъ римскаго права ad hoc. Именно, въ то время какъ Римляне создавали изъ violentia сложное понятіе, установивъ столько-же средствъ спеціальной защиты, сколько ими было признано видовъ понятія

latius patet restitutorium iudicium leges, ut habeat locum etiam ubi metu quis perdit rem vel dolo. III. Qu. I. Redintegr. Tamen de hac materia notabo infra. De rest. spo. Cum ad».

Ergo же розоца in C. 5. Comp. III. de restit. spoliat. 2. 6. verb. „interdictum unde vi locum nullatenus habuisse“:

«Quia non datur nisi contra deiectorem... Latius tamen patet iudicium possessorium secundum canones. Datur enim contra eum, qui dolum fecit vel metum intulit et qui vim fecit, III. qu. I Redintegranda... cum tamen legiste ibi habeant proprias actiones, scil. quod metus causa et de dolo et alias.. Nota secundum leges quod non datur unde vi contra deiectorem et quod metus causa edictum datur contra quemlibet, ad quem res pervenit, in qua metus illatus est... Обѣ цитаты см. Maassen—cit. стр. 240.

violentia.—Канонисты стремились въ новомъ искѣ своемъ напротивъ, объединить эти всѣ различныя понятія въ цѣляхъ установленія, въ случаяхъ проявленія *injustae privationis* въ любой ея формѣ—безразлично одинаковую защиту интересовъ потерпѣвшаго однимъ и тѣмъ же новымъ искомъ. Канонисты исходили при этомъ изъ того соображенія, что какая бы ни была причина или форма споліаціи, она представляется одинаково неправой и нарушающей мирную жизнь въ обществѣ, а потому одинаково и необходимо, въ интересахъ общественности, подлежащей преслѣдованію въ цѣляхъ возстановленія фактическаго состоянія отношеній въ томъ ихъ видѣ, какъ было до момента *injustae privationis*. Въ виду этого основного соображенія канонисты сочли здѣсь бесполезной римскую систематизацію исковъ по видамъ *violentia*, и объединивъ всѣ эти различныя формы послѣдней въ одно общее понятіе *spolium*'а, какъ нарушенія имущественнаго *status quo* безъ правомѣрнаго на то основанія, создали новый искъ *ex can. Redintegranda* именно въ цѣляхъ возстановленія этого *status quo* для лица, понесшаго *spolium*.

Такъ уже Глосса къ сборнику Граціана, указавъ съ полной опредѣленностью источникъ, изъ котораго заимствовано содержаніе новаго иска (канонъ *Redintegranda*), прямо говорить о примѣненіи новаго иска противъ всякаго владѣльца вещи, въ случаяхъ отнятія имущества по *metus, dolus, violentia*—безразлично.

Gloss. aut dolo къ с. 3, С. III, qu. 1:

«Cum autem canon aequiparet dolum, metum, vel violentiam, videtur, quod condictione ex hoc canone quilibet possidens possit conveniri».

Это же воззрѣніе ясно высказано и у Guido a Baysio¹⁾:

«Condictio ex c. Redintegr. generalis est, et locum habet qualitercunque quis rem amisit... Et nota, quod cum clericus dicit se amisisse rem, in casibus in littera non pa-

¹⁾ Archidiaconus—каноникъ XIII вѣка, въ его комментаріи къ с. *Redintegranda*.

tentibus secundum simplicitatem juris canonici petit restitui per officium judicis, et sic consuevit intelligi hoc e. Redintegranda».

И позднѣе канонисты категорически проводили то же правило, что искъ изъ с. Redintegranda, по выраженію Гоффрида «*generalis est, qualitercumque et quomodocumque quis amiserit rem*» причѣмъ ими понятіе *spolium*'а крайне обобщается и приравливается ко всякой *injusta causa omissionis*, т. е. ко всякому неправомѣрному лишенію лица вещи 1).

Какъ видно изъ приведенныхъ цитатъ, особенно изъ сочиненія Archidiaconus'a (Guido a Baysio), канонисты разсматривали еще первое время *condictio ex can. Redintegr.* какъ удержавшую нѣкоторыя особенности своей прежней юридической природы, когда институтъ этотъ считался за *officium judicis*. Такого же возрѣнія на этотъ искъ придерживался и Белламера, который замѣчаетъ:—

«*Licet jure actionis petatur restitutio, tamen post sententiam ex officio judicis fit executio et realis restitutio*» 2).

Равнымъ образомъ Menochius отмѣчаетъ, что «*potest enim (judex) si vult, etiam spoliato non petente, cogere spoliatorem ad possessionis restitutionem (ita Bellamera, Archidiaconus)*» 3).

У позднѣйшихъ канонистовъ указанія на такую особенность новаго иска мы не находимъ,

Послѣдствіемъ примѣненія такого иска являлось *restitutio* не только отнятыхъ предметовъ *cum omnia causa*, но

1) Goffredi—Summa in titulos Decretalium. De restit. spoliat. Venetiis 1570. fol. 87. Равно Hostiensis заявлялъ: «*Et dicitur violentia committi, quoties quis id quod sibi debetur, non per judicem reposcit*»; причѣмъ онъ, равно какъ Дюранъ, Кальдерини и др. прямо утверждалъ, что достаточно любой *injustae causae omissionis* для возможности предъявленія *condictio ex can. Redintegranda* (Henricus a Segusio (cardin. Hostiensis)—Aurea Summa; Venetiis 1531.—Comment. De restit. Spoliator. I; cap. 1, fol. 45, № 2).

2) Aegidius Bellamera—Commentaria ad Decretum. c. 3. C. III, q. I. Lugdini 1550 fol. 165.

3) Jacobi Menochii.—De adipiscenda, retinenda et recuperanda poss. commentar. 1549. Venetiis. De recuper. possess. remed. XV.

равно плодовъ и доходовъ съ нихъ, т. е. какъ *fructus percepti* такъ и *fructus percipiendi* 1).

Вмѣстѣ съ тѣмъ канонисты тщательно отмѣчаютъ основную цѣль иска изъ с. *Redintegranda*—именно возстановленіе споліату его прежняго фактическаго состоянія; почему указываютъ, что рѣшеніе дѣла о *spolium*'ѣ путемъ нашего иска не вліяетъ нисколько на возбужденіе и рѣшеніе дѣла въ порядкѣ петиторномъ по тѣмъ же предметамъ между тѣми же тяжущимися. Такъ напр. *Egidius Bellamera* и *Goffredus a Trano* признаютъ это общимъ правиломъ при *unde vi* и при *condictio ex canone Redintegranda* 2).

Въ виду того обстоятельства, что въ цѣломъ рядѣ случаевъ лицо, понесшее *spolium*, могло защищать свои интересы различными исками, напр. на основаніи *unde vi*, по конституціи Валентиніана II, или по *condictio ex canone Redint.*, канонисты установили точное правило, которымъ запрещалась кумуляція исковъ. Въ этомъ отношеніи *Menochius*,

1) *Goffredus a Trano*—*Summa in titulos Decretalium* ed. 1586 p. 86—замѣчаетъ въ этомъ отношеніи:

«*Restituenda sunt igitur omnia et in eo loco unde abscesserant funditus revocanda, si ad alia loca sunt translata, ut 3 qu. 1 ca. Redintegranda. Revocanda inquam sumptibus violenti... non tantum autem res ablatae veniant in restitutionem, sed et damna et fructus percepti a violento, et quae percipere potuissent a violentiam passo, si ei possidere licuisset... Item omnes commoditates et utilitates, quas habiturus et consecuturus fuisset a die ejectionis... Damna vero probantur per juramentum ejecti*». Ср. *Hostiensis—Aurea Summa*—cit. fof. 98.

2) *Egidius Bellamera*—*Consilia* edit. Venetiis 1579; consilium II, § 14 pag 20; см. *Goffredus a Trano*—*Summa in titulos Decretalium Venet.* 1586; *De causa possession. et propriet.* pag. 85:—

„*Item pone quod egi contra te interdicto unde vi, vel conditione ex illo canone Reintegranda, restituitur mihi possessio, nunquid haec sententia oberit violento in quaestione proprietatis, ut vietus in possessione non possit agere contra me de proprietate? Respondeo, non puto hos fieri posse ex vi interdicti seu conditionis ex canone, quia haec nudam possessionem avocant*“.

Тотъ же взглядъ высказанъ у *Hostiensis* (*Henr. a. Segusio cardinalis Hostiensis—Aurea Summa* edit. Venetiis 1531 p. 94).

слѣдую мнѣнію Socinus'a, запрещаетъ такую кумуляцію, указывая: 1)

De recuper. possess. Remed. XV:

«Quia cum plures sunt actiones. seu plura remedia, quae ad unum tendunt finem, unum tantum est ex multis eligendum».

Такимъ образомъ разъ споліатъ, вчиняль искъ на основаніи канона Redintegrandi, онъ уже не могъ начинать снова дѣло о томъ же, ссылаясь на unde vi или иной кумулирующій съ Redintegrandi искъ.

Что касается субъективныхъ условій примѣненія cond. ex c. Redintegrandi, то въ канонической практикѣ довольно долгое время оставался невыясненнымъ, или скорѣе спорнымъ, вопросъ о томъ, примѣняется ли этотъ искъ лишь въ цѣляхъ возстановленія владѣнія (possessio), или можно также и держателямъ (detentores) защищать свое пользованіе вещами путемъ того же иска.

Въ этомъ отношеніи можно подмѣтить, что первоначально канонисты шли *противъ* такого распространительнаго примѣненія нашего иска. По крайней мѣрѣ глосса къ декрету Граціана не допускала примѣненія этого иска въ случаяхъ detentio, куда она относила владѣніе sub condicione, precario, владѣніе колона и отъ имени другого лица.

Такого же мнѣнія были между прочимъ Goffredus a Trano и Дюранъ; мало того, они добавили еще нѣсколько случаевъ исключенія возможности примѣненія cond. ex c. Redintegr. къ случаямъ, извѣстнымъ глоссѣ. Такъ Goffredus 2) указываетъ: «Item si is, qui dicit, se dejectum, non habuit possessionem juris». Дюранъ 3) прямо исключаетъ примѣненіе этого иска «cum spoliatus non habuit veram possessionem, sed solam detentionem». При этомъ однако онъ же

1) Menochii. De adipiscenda, retinenda et recuperanda poss. commentarii Venet. 1549. Toro же мнѣнія Durandus—Speculum juris 1556. Lugdini. p. 79, 80.

2) Goffredi—Summa fol. 86.

3) Durantis—Speculum judiciale Taurini. 1578. l. VI, p. I. De petitionibus et possessionibus et spoliis fol. 87.

даетъ *cond. ex canone Redint.* въ защиту *depositar'a* и *commodatar'a* ¹⁾).

Позднѣе однако церковная практика упорно стремилась распространить новое средство защиты *status quo* и на простого держателя, чего въ концѣ концовъ и достигла. По крайней мѣрѣ уже у *Iohannes Andrea de St. Georgio (praepositus)* въ его *Commentar. super decretorum volumina, Venetiis 1579 fol. 123, 124, 125* мы читаемъ:

«*In palatio apostolico practicatur, quod etiam non probata possessione plena, sed aliquo actu possessionis vel detentationis, pronunciant restituendo taliter agentem*»...
Дальше авторъ замѣчаетъ, что такая практика не противорѣчитъ и слову «*suas*» въ *can. Redintegrandae*: «*Quod hic capitur verbum suas late etiam respectu detentationis. Ideo et depositarius et commodatarius, cui res deposita aut commodata aufertur, potest pro recuperatione uti remedio hujus canonis. Ex quo inferri potest generaliter, quod etiam non habenti dominium, nec possessionem, sed meram detentationem, competit hoc remedium*».

Вмѣстѣ съ тѣмъ канонистами вырабатывается замѣчательное правило касательно условіи примѣненія *a. spoli*, въ силу котораго право на такой искъ давалось всякому, кто только ранѣе, хотя бы одинъ моментъ, владѣлъ или былъ держателемъ вещи до перехода ея въ руки отвѣтчика. При этомъ уже на отвѣтчика возлагалась обязанность доказыванія, что истецъ выпустилъ вещь добровольно изъ своихъ рукъ.

Здѣсь каноническая практика въ вопросѣ о способахъ доказыванія совершенно отклонилась отъ правилъ римскаго права, созданныхъ тамъ, напр., въ отношеніи *unde vi*. При искѣ изъ *can. Redintegrandae* не требовалось, чтобы истецъ доказывалъ наличность владѣнія (или держанія) въ моментъ

¹⁾ *Durantis - Speculum juris p. II ed. 1556 г. стр. 80.* Того же возрѣнія были: *Jo. de Dio—Cavillationes IV, 6 № 5* въ добавленіи къ *Speculum Jurana: t. II, fol. 76*; *Io. Andrea—Additiones ad Durantis Speculum juris. T. de restit. Spoliator: Menochius—De adipiscenda, retinenda, et recuper. poss. Commentarii 1549 г. Butrius—Commentar. de restit. spoliatorum. c. 18. Venetiis. 1578 fol. 110.*

spolium'a и фактъ послѣдняго. Взамѣнъ того, подъ очевиднымъ вліяніемъ правилъ германскаго права, создана была здѣсь презумція за болѣе раннимъ владѣльцамъ, т. е. презумція, по которой признавался законнымъ владѣльцемъ болѣе ранній владѣлецъ, а фактическій обладатель вещи въ данный моментъ—владѣльцемъ незаконнымъ (violenter), пока ему не удастся доказать законный способъ своего приобрѣтенія по волѣ на то прежняго владѣльца вещи.

Думается намъ однако, что такая практика въ распредѣленіи доказыванія возникла среди канонистовъ не сразу, и первое время, именно въ эпоху увлеченія, совмѣстно съ глоссаторами, возрожденнымъ для науки римскимъ правомъ, *въпрямую* здѣсь канонисты слѣдовали общимъ правиламъ о распредѣленіи обязанности доказыванія между сторонами, какъ это было создано римскими юристами для интердикта Unde vi. По крайней мѣрѣ первыя по времени указанія на такую презумцію законности владѣнія за болѣе раннимъ владѣльцемъ имѣемъ мы лишь въ комментаріѣ Иннокентія IV, гдѣ онъ говоритъ:

«Si aliquis possideat bona fide, et alius eandem possessionem occupat bona fide nisi constiterit priorem bonae fidei possessorem juste possessionem amisisse, fiet ei restitutio possessionis, etiam non probata spoliatione»¹⁾.

Современникъ Иннокентія IV Hostiensis, говоритъ объ этомъ правилѣ, уже обобщая его примѣненіе:

«Is qui probat se semel possedissee, adhuc praesumitur possidere nisi contrarium probetur, nam constat nos possidere donec aut nostra voluntate discesserimus, aut dejecti fuerimus... nam et si dicam quod nunquam habui animum omittendi possessionem credendum est magis mihi quam alii»²⁾.

¹⁾ Innocentii IV—Commentaria in V libr. Decret., Taurini 1581, fol. 98. Укажемъ здѣсь кстати, что Дюранъ не зналъ этого правила, и въ tit. de restit. spoliat. № 13 своего Speculum juris требуетъ отъ истца доказательства факта spoliationis.

²⁾ Henr. a Segusio (Hostiensis)—Summa Aurea—Commentar. de restitut. spoliator. fol. 57. Брунсъ (Bruns въ Jahrbuch des gemeinen Deutschl. Rechts B. IV, S. 59) утверждаетъ, что Hostiensis не признавалъ еще этой

Равнымъ образомъ Iohan. Anton. de St. Georgio ¹⁾ заявляетъ о необходимости защиты status quo ante за всякимъ лицомъ, хотя бы владѣвшимъ вещью одинъ лишь моментъ:

«In palatio apostolico practicatur, quod etiam non probata possessione plena, sed aliquo actu possessionis vel detentationis pronunciant restituendo taliter agentem ad statum quem in re prius habebat, etiam si momento habuisset, vel fuisset in illo statu». — И замѣчаетъ далѣе, что по новому закону, въ отличіе отъ unde vi, не нужно доказывать spoliū и владѣніе вещью въ моментъ spoliū'a.

Bruns (cit. S. 229), ссылаясь на заявленіе Барбація считаетъ Иннокентія IV' установившимъ это правило ²⁾: Намъ представляется однако болѣе правдоподобнымъ утвержденіе Heusler'a (Die Gewere стр. 320), что правило это — не выдумка Иннокентія IV, но что оно имѣло уже твердые корни въ жизни церковной того времени; иначе невѣроятно предположить, чтобы основываясь на немногихъ словахъ Инно-

презумцій, такъ какъ онъ въ комментаріи къ с. 12 того же титула (cit. № 33, fol. 53) самъ пишетъ — „is qui petit restitui, habet necesse probare duo, scilicet se spoliatum; sed istud non sufficit, nisi et probet secundum, scilicet se possedisse tempore spoliationis“.

По поводу этого мѣста замѣтимъ, что прежде всего оно не стоитъ въ прямомъ противорѣчій съ мѣстомъ, приведеннымъ въ текстѣ книги, ибо здѣсь Hostiensis не настаиваетъ на лишеніи защиты искомъ ex cap. Redintegranda того, кто доказалъ только свое болѣе раннее владѣніе: онъ лишь отмѣчаетъ, что для выигрыша дѣла итцу мало доказать одинъ фактъ spoliatio, оставивъ недоказанными ни своего болѣе ранняго владѣнія, ни своего владѣнія во время spoliū'a. Безспорно, извѣстная „шероховатость“ неточность выраженій у Hostiensis есть, но она не ослабляетъ значенія общаго правила касательно распределенія onus probandi и презумцій, какъ оно высказано имъ въ приведенной нами цитатѣ изъ его сочиненія.

¹⁾ Iohan. Anton. de st. Georgio — Commentar. super decretum C. III qu. 1 c. III, fol. 123, 125. № 12.

²⁾ „Et sic sentit (Innocent. IV) apertissime, quod non incumbat actori onus probandi, se injuste perdidisse possessionem, sed praesumitur, quod injuste amiserit eo ipso *quod non probatur contrarium*. Item Io. Calderini in c. 15 de restit. spol. ubi dicit, utilius agi ex c. Red. quam ex c. 18, quia ubi actor probare debet, quod possessor scienter successit in vitium, in. c. Red. non nisi possessionem se perdidisse; injustitia enim praesumitur, quia quilibet praesumitur diligens in facto suo. Barbatii IV, 23“.

кентія IV, наука XIV вѣка могла выставить правило, такъ мало согласующееся съ нормами реципируемаго тогда римскаго права. По всей вѣроятности, Иннокентій подмѣтилъ это правило въ практикѣ, у юристовъ и канонистовъ и далъ ему лишь точную и ясную формулировку.

Въ позднѣйшемъ правѣ (съ XIV в.) громадное большинство писателей канонистовъ признавало допустимость *Redintegranda* въ защиту и недобросовѣстнаго владѣльца:

«*Et quod dixi generaliter restituendum spoliatum esse, in tantum verum est, ut non obstet exceptio criminis*», замѣчаетъ по этому поводу (Goffredus¹⁾).

Что касается пассивнаго субъекта иска *ex canone Redintegranda*, то таковымъ по общему правилу признавался всякій, кто владѣлъ споліированнымъ имуществомъ въ моментъ предъявленія къ нему этого иска. Другими словами, отвѣтчикомъ въ *Redintegranda* могъ быть не только одинъ *spoliator* непосредственно, но равно всякій и третій владѣлецъ. Такъ по крайней мѣрѣ учило большинство декреталистовъ. De Ferrariis, напримѣръ, писали «*Communis decretalistarum opinio est, quod sic: sive sit bona fide, sive cum titulo, sive sine titulo possessor*»²⁾. Мнѣніе это однако не было безспорнымъ. Нѣкоторые изъ канонистовъ допускали примѣненіе *Redintegranda* лишь противъ *spoliator'a* и *malae fidei possessor'a*. Такъ Bellamera пишетъ:—

«*Quaeritur utrum beneficium hujus canonis habeat locum contra tertium possessorem qui habet bonum titulum et bonam fidem, et qui scienter in alterius vitium non succedit, sed potius ignoranter. Et videtur quod non, quia ille qui fortius jus allegat in judicio obtinere debet*».

И добавляетъ далѣе:

«*Non obstat, si dicatur quod agenti possessorio quaestio proprietatis opponi non potest*», т. к. это правило имѣло силу лишь въ случаѣ, когда собственникъ самъ совершилъ *spolium*.

¹⁾ Goffedi a Trano—*Summa in titulos Decretalium Venet.* 1585 p. 85; См. тоже у Io. Ant. di St. Georgio—*Commentar.* fol. 125.

²⁾ Petrus-de Ferrariis—*Practica aurea; Lugdini* 1579 p. 393; см. Deibrück—*Die dinglichen Klagen* S. 162.

Дюрантъ прямо не признавалъ за споліатомъ права на *Redintegranda*, «*cum a malae fidei possessore res pervenit ad verum dominum*» 1).

Вопросъ о ерокѣ, въ теченіи котораго, считая со времени совершенія *spolium*'а, возможно было предъявлять *Redintegranda*, остался очень слабо выясненнымъ канонистами. Можно сказать даже, что по этому пункту *communis opinio* среди нихъ такъ и не установилась: Большинство согласно точному смыслу словъ канона *Redintegranda* считало этотъ искъ за *actio perpetua*, давностью, въ отличіи отъ *unde vi*, не погашавшимся. Такъ *Goffredus a Trano* заявляетъ категорически, что «*condictio ex illo canone Redintegranda perpetuo datur et ad omnia condicione temporis, captivitate, dolo aut vioientia non obstante, ut in eodem canone continetur*». Но рядомъ съ нимъ другіе писатели настаивали на примѣненіи здѣсь 30-40 лѣтней общей исковой давности. Своеобразный взглядъ по этому поводу мы находимъ между прочимъ у *Archidiaconus*'а. 2) Этотъ писатель ставитъ примѣненіе давности при *Redint.* въ зависимость отъ того, велось ли дѣло *ad rem* или *ad personam*, и только въ послѣднемъ случаѣ признавалъ, что «*nulla condictio temporis tollere possit istud remedium*».

Относительно объекта защиты должно сказать, что таковымъ при *Redintegr.* канонисты, въ отличіе отъ *int. unde vi*, признавали какъ недвижимости, такъ и движимости. Въ этомъ отношеніи *Goffredus* писалъ 3):

«*Spoliatio est possessionis rei immobilis violenta et injuriosa dejectio, vel mobilis rei ablatio*».

И далѣе:

«*Generaliter restituendus est quilibet ab alio quam suo iudice spoliatus*».

Того же мнѣнія были *Durantis*, *Menochius*, *Socinus*, *Ripa*, *Didacus* и др.

1) *Durantis Speculum judiciale lib. II p. 1 De restitut, Spolat. Taurini 1578 fol. 87.*

2) *Jo. Ant. de S. Georgio-Comentar. C. III. № 15, fol. 125.*

3) *Goffredi—Summa in titulos decretalium 1586 fol. 85.*

Вмѣстѣ съ тѣмъ *condictio ex san. Redintegranda* давалась въ защиту не только вещей движимыхъ и недвижимыхъ, но равно въ цѣляхъ возстановленія нарушеннаго осуществленія всякаго рода правъ. По крайней мѣрѣ уже глосса къ декрету Граціана замѣчаетъ въ этомъ отношеніи, по поводу с. 5. С. П. qu. 2, слѣдующее:

«*Omnia jura etiam incorporalia... et etiam communio hominum est restituenda, si est injuste excommunicatus vel suspensus, quia verbum restituendi plenam et perpetuam habet significationem*».

И дѣйствительно, разсматривая источники каноническаго права, мы видимъ здѣсь упоминанія о *spolium*’ѣ самыхъ разнообразныхъ правъ и о примѣненіи для возстановленія осуществленія ихъ *cond. ex s. Redintegranda*.

Исходной точкой канонистамъ для такого распространенія области примѣненія *Redintegranda* служили два обстоятельства. Прежде всего уже по правиламъ Лже-Исидоровыхъ Декреталій *remedium spolii*, какъ *officium judicis*, давался въ цѣляхъ возстановленія сполірованному всего отнятаго у него имущества, т. е. въ составѣ и вещей и *правъ*—безразлично. Вмѣстѣ съ тѣмъ и глоссаторы, реципируя римское право, стали распространительно толковать возможность примѣненія интердикта *Unde Vi*, допустивъ его, какъ *interd. utile* въ защиту владѣнія различными правами ¹⁾.

Воспользовавшись этими „прецедентами“, канонисты, разрабатывая ученіе о новомъ искѣ, съ большей увѣренностью распространили его примѣненіе въ области защиты правъ.

Въ источникахъ церковнаго права мы имѣемъ указанія на примѣненіе *Redintegranda* въ случаяхъ *spolium*’а самыхъ разнообразныхъ правъ. Мы приведемъ здѣсь лишь главнѣйшіе случаи ²⁾.

1) Искъ изъ канона *Redintegranda* примѣнялся въ случаяхъ самовольнаго нарушенія (*spolium*) духовнаго званія

¹⁾ См. С. Никоновъ.—Развитіе защиты владѣнія... стр. 161 слѣд.

²⁾ Подробности объ этомъ см. Bruns—cit. §§ 24, 25, 26.

или церковной должности, напр., епископской, архидіаконской и др. ¹⁾).

2) Въ случаяхъ нарушенія особенныхъ специальныхъ правъ на почетъ и внѣшніе знаки отличія ²⁾).

3) При *spolium*'ѣ правъ на духовную власть надъ общиной, монастыремъ, церковью ³⁾).

4) Въ случаяхъ самовольнаго нарушенія правъ патрона и выбора себѣ помощниковъ по церковной службѣ ⁴⁾).

5) Когда *spolium* проявился въ отношеніи бенефицій, пребендъ, приходскихъ правъ, въ особенности права на сборъ десятины ⁵⁾).

6) При нарушеніи правъ семейственныхъ, въ особенности правъ брачныхъ ⁶⁾).

¹⁾ Указаніе на это въ источникахъ имѣется въ с. 37 X. *di offic. jud. del. I* 29:—

„Episcopum restituere faceret ad episcopatum et ad alia, quibus fuerat indebite spoliatus“.

²⁾ Напр., С. 1 X. *Ut lite pendente II* 16.

„Coram nobis querimoniam deposuisti, asserens, quod te de possessione huius rei (per totam Angliam ante se crucem deferre)... ante cognitionem iudicii spoliassetus“.

³⁾ Напр., с. 2 *De testibus et attestacionibus, in Sexto II*. 10:—

„Abbas et conventus (Св. Николая) se ab ipsis priori et conventu de Paldigen possessione subiectionis eiusdem prioratus asserunt spoliatos“.

⁴⁾ См. 24 X. *De election. I*, 6:

„Procurator petebat ab eodem episcopo restitutionem tam super libertate liberi eligendi sibi praelatum, quam etiam super... aliis, quibus omnibus pars sua spoliata fuerat“.

⁵⁾ См. с. 7 X. *de restit. spoliat. II*, 13:

„quia... non decet... clericos... suis beneficiis spoliare... clerico praefatam ecclesiam cum redditibus inde perceptis restituas...“; или по поводу *spolium*'а десятины—с. 13 X. *de restitut. spol. II*. 13—„Nec... afflictuum et pensionum possessio poterat tibi restitui quia ea non fueras spoliatus“.

⁶⁾ Напр. С. 13 X. *de restit. Spoliat. II*. 13—„Decretalem epistolam bonae memoriae Lucii papae praedecessoris nostri..., arguentis quosdam iudices delegatos, qui, restitutionem viri, qui sine iudicio ecclesiae uxorem dimiserat, et ei consanguinitatem postmodum opponebat, spoliatae ac

Интереснѣе всего здѣсь представляется для насъ то обстоятельство, что всюду въ указанныхъ выше sub 1—6 случаяхъ источники, говоря о возстановленіи споліату его прежняго состоянія, разумѣютъ здѣсь возстановленіе потерпѣвшему именно его владѣнія; причемъ для означенія послѣдняго примѣняютъ терминъ *possessio* ¹⁾. вмѣстѣ съ тѣмъ здѣсь тщательно обособляется поссесорный порядокъ защиты отъ неправомернаго, и предписывается совершать *restitutio spoliatorum* «*salva quaestione proprietatis*» ²⁾.

На эту особенность каноническаго права обратили вниманіе еще глоссаторы. Уже Azo въ своихъ *Quaestiones* замѣтилъ, что «*de subtilitate canonum potest intendi possessorium pro quolibet jure*» (Landsberg-cit. S. 80). Позднѣе писатели стали даже указывать на такое распространеніе поссесорной защиты на право, какъ на отличительную черту каноническаго права сравнительно съ правомъ римскимъ. Такъ Roffredus Epiphanius Beneventanus въ VI части книги своей—*Libellus de jure canonico* ³⁾ въ этомъ отношеніи пишетъ:

«*Quia quis aliquando spoliatur possessione vel quasi jurium, de quo plena notitia juris civilis non habetur, sed bene discutitur jure canonico, ideo de hac materia videamus; nam jure civili fuit quaesitum, an possét quis juribus*

repetenti coniugem denegabant, et mandantis, sibi prius restitui taliter spoliatam, et postea de matrimoniali causa cognosci».

Савиньи—cit. § 49 не признавалъ здѣсь распространенія дѣйствительной поссесорной защиты на семейныя права. Но уже фактъ самый нахождения мѣстъ касательно ихъ въ титулѣ *de restitutione spoliatorum*, равно какъ примѣненіе словъ—*possessio, spoliare, restituere, possessorium*, въ техническомъ смыслѣ, т. е. именно такъ же, какъ ихъ употребляютъ въ отношеніи правъ на бенефиціи, и т. п.,—все это ясно подтверждаетъ, что и за семейными правами здѣсь въ такой же мѣрѣ признавалась поссесорная защита. Это ясно указать Bruns—cit. стр. 191 слѣд.; того же мнѣнія Meischeider—*Besitz und Besitzschutz* § 87 стр. 395; Randa—*Der Besitz* § 24 стр. 519 прим. 6 и др.

¹⁾ См. напр., С. 17 X. de restit. spoliat.

²⁾ С. 24 X. de election. I 6; Ср. С. 6 X. de arbitris I. 43.

³⁾ Написанной для папы Григорія IX, см. Schulte—*Die Geschichte der Quellen etc.* II, § 17, S. 75; Bruns—cit. S. 237.

spoliari, et non videtur. Jure tamen canonico, secundum quod de aequitate, et non de subtili juris rigore proceditur, quis dicitur spoliari juribus vel quasi spoliari, ut competat restitutio, vel quasi».

Нѣкоторыя особенности представляли собою случаи spolium'a неразрывно связанныхъ съ саномъ церковнымъ или должностью правъ на извѣстныя почести или на доходы, напр. на сборъ одной десятой части доходовъ мирянъ. Здѣсь лицо, повинное совершить опредѣленную praestatio извѣстному субъекту какъ носителю духовнаго сана или званія (напр. внести «десятину»), если совершало такую praestatio въ пользу третьяго лица, по настоянію послѣдняго, какъ требовавшаго оказанія себѣ тѣхъ же знаковъ вниманія, какія присвоены были споліату,—этимъ освобождалось отъ своей обязанности передъ дѣйствительно управомоченнымъ лицомъ. Послѣднему (споліату) оставался лишь одинъ путь, именно обратиться съ требованіемъ противъ споліатора—третьяго лица о restitutio spoliatorum въ свою пользу ¹⁾.

По этому поводу Брунсъ замѣчаетъ, что согласно правиламъ римскаго обязательственнаго права третье лицо никогда не могло вмѣшиваться въ отношенія контрагентовъ; оно могло препятствовать кредитору получить удовлетвореніе по обязательству, или должнику—мѣшать выполнению послѣдняго или требовать уплаты не кредитору а себѣ самому;—однако это все не вліяло на установленныя отношенія между контрагентами обязательства. Другими словами, кредиторъ имѣлъ искъ изъ обязательства только противъ должника, какъ въ случаѣ, когда послѣдній не выполнялъ обязательства по своей на то волѣ, такъ равно когда неисполненіе такое наступало, благодаря vis или dolus третьяго лица (Bruns cit. S. 214 fg.). По каноническому праву, напротивъ, въ области десятинъ, кредиторъ имѣлъ петиторный и посессорный искъ только противъ 3-го лица. Брунсъ пола-

¹⁾ Указанія на такой именно порядокъ удовлетворенія споліата имѣются въ с. 9 X. De decimis III. 30 и Can. 15. Comp. I. De decimis IV. 26. Edit. Friedberg—Quinque compilationes antiquae p. 36. См. Bruns—cit. S. 216 fg.

гаеть, что эта особенность каноническаго права зависѣла отъ свойствъ десятины, разсматриваемой не какъ родовая *praestatio*, но какъ опредѣленный объектъ, который отдавался одинъ только разъ; причемъ право на *praestationes reales* или на десятину разсматривались какъ «*quid*», которое такимъ же образомъ, какъ *res corporalis*, могло законно или незаконно переходить изъ рукъ въ руки, давая такимъ образомъ мѣсто и поссессорному иску.

По поводу указанныхъ замѣчаній Брунса отмѣтимъ прежде всего, что у насъ нѣтъ никакихъ данныхъ признавать десятину за родовую *praestatio*; но если даже принять такое толкованіе, все же остается невыясненнымъ, почему искъ не давался должнику, понесшему, собственно говоря, *spolium*, противъ третьяго лица.

Дѣйствительно, средневѣковые юристы придерживались въ разсматриваемомъ случаѣ взгляда о допустимости вещнаго основанія въ отношеніи десятины и другихъ *praestationes*. По крайней мѣрѣ указанія на это имѣются уже у Azo. Этотъ глоссаторъ возражаетъ противъ возможности защиты, при помощи поссессорныхъ средствъ, *praestationes personales*; а по поводу десятины, обособляя ее отсюда, замѣчаетъ—«*Licet aliud dicat in decimis et in jure patronatus, quod magis versatur circa res certas*»¹⁾.

Такое «овеществленіе» канонистами десятины и другихъ правъ на различныя *praestationes*, связанныя съ обладаніемъ извѣстной церковной должностью или саномъ, думается намъ, скорѣе всего объясняется тѣмъ обстоятельствомъ, что самый вопросъ этотъ разсматривался ими не съ точки зрѣнія обязательственныхъ отношеній. Здѣсь, напротивъ, канонисты рѣшали вопросъ съ той старой точки зрѣнія, какой придерживался еще Лже-Исидоръ; именно, все эти бенефиціи, десятины, права патроната и т. п. продолжали разсматриваться ими, какъ составныя части, какъ принадлежности извѣстнаго сана или духовнаго званія; почему неисправность въ выполненіи ихъ, наступившая по злой волѣ на то третьяго лица, признавалась дѣйствіемъ послѣдняго, направленнымъ про-

¹⁾ Landsberg—cit. S. 80.

тивъ носителя этихъ прерогативъ—духовнаго владыки, нарушеніемъ его покойнаго обладанія саномъ и связан-ными съ нимъ прерогативами матерьяльнаго и нематерьяльнаго свойства; а отсюда, при патримоніальномъ возрѣніи на духовное званіе и санъ, за *turbatio possessionis*, за *spolium*. Духовный владыка считалъ себя при этомъ *гозиномъ* паствы, и къ такимъ поступкамъ третьихъ лицъ относился какъ къ нарушеніямъ покойнаго воздѣйствія своего на пасомыхъ «овець».

Подобная матерьялизація отношеній иного типа вообще была свойственна юридическому міросозерцанію канонистовъ. Съ нею же мы встрѣчаемся, наприм., въ области брачныхъ отношеній. Такъ Roffedus далъ очень характерное объясненіе, почему нельзя было примѣнять *int. unde vi* для охраненія мужу совмѣстной жизни съ женою, а давался искъ изъ канона *Redintegranda*. Какъ объясняетъ Роффредъ, причиной этого было запрещеніе римскаго права примѣнять *int. unde vi...* къ движимостямъ!..

«*Illud locum habet, quotiens pro re immobili restitutio petitur; uxor autem non est res immobilis, sed potius mobilis vel se movens*»¹⁾.

Какъ въ отношеніи бенефиціи, десятины и другихъ подобныхъ имъ *praestationes*, такъ равно въ области брачныхъ отношеній, для успѣха проведенія защиты противъ *spolium*'а этихъ правъ, большинство канонистовъ требовали отъ истца «*colorare possessionem*». Другими словами, при этомъ требовалось, чтобы истецъ, не доказывая своего права по существу, все же подтверждалъ свое владѣніе ссылкой на титулъ, по которому онъ владѣніе свое приобрѣлъ. Такъ Bellamega, замѣчая, что необходимость доказывать титулъ владѣнія, въ цѣляхъ лучшаго вѣтвенія (*colorare*) послѣдняго, признана на практикѣ лишь для случаевъ, когда имѣють цѣлью вернуть себѣ «*possessionem beneficij ecclesiae vel uxoris*», далѣе даетъ и объясненіе этого требованія, указывая что эти отношенія изъ области публичнаго права, не могутъ быть приоб-

¹⁾ Bruns—cit. S. 240.

рѣтаемы дѣятельностью частныхъ лицъ, но лишь предоставляемы лицу актомъ пожалованія отъ высшихъ властей.

«Quia absque titulo non potest ibi haberi possessio colorata, nec possessio quae debeat aliquos juris effectus habere; quia talia, quae juris publici sunt,... propriis actibus nostris nobis acquiri non possunt, nec haberi valent, nisi ex concessione alicujis superioris specialis. et alia publica et maiori administratione jus hoc concedenti habente» 1).

Касательно способа colorare possessionem Белламера замѣчаетъ, что какъ для бенефицій, такъ и въ случаяхъ брачныхъ споровъ «sufficit titulum probare summarie» (Bellameracit. pag. 32), такимъ образомъ, добавляетъ онъ, чтобы не затрогивать при этомъ различія петиторнаго и поссесорнаго исковъ.

И Cassadorus утверждаетъ, что «in materia beneficiaria non debet agens probare titulum, sed justificare possessionem ex titulo, vel aliter colorare» 2).

Мы думаемъ, требованіе такое о coloratio possessionis въ указанныхъ случаяхъ вызвано главнымъ образомъ тѣмъ обстоятельствомъ, что канонисты признавали невозможнымъ и нетерпимымъ, по соображеніямъ религіознымъ или политическимъ, допускать, а тѣмъ болѣе защищать фактическое осуществленіе содержанія означенныхъ правъ за такими лицами, которыя не уполномочены на это. Такимъ образомъ противоестественнымъ казалось правовѣрному канонисту, чтобы, напр., не епископъ, законно поставленный и избранный, получалъ бенефицію или десятины со своей епископії, такъ же неестественно, какъ если бы мірянинъ сталъ служить мессу. Фактическое же осуществленіе содержанія супружескихъ отношеній для лицъ, на то „не уполномоченныхъ“ было прямо грѣховнымъ дѣломъ, церковью и ея правилами возбраняемымъ, и покровительствовать такимъ лицамъ, давая имъ исковую защиту путемъ Redintegranda было бы нарушеніемъ основныхъ церковныхъ правилъ о бракѣ.

1) Bellamera—Sacrosanctae decisiones canonicae. Conclusio XVII. Venet. 1599 p. 7.

2) Cassadorus—Sacrosanctae decisiones canonicae. De restit. spoliator. Venetiis 1559 pag. 298.

По этому то, вѣроятно, канонисты и рѣшили ввести на такіе деликатные случаи защиты владѣнія правами требованіе о *colorata possessio*, какъ необходимомъ условіи примѣненія здѣсь *Redintegrandi*. Такой добавкой они спасали общее правило о допустимости примѣненія послѣдней въ защиту владѣнія правами и въ то же время избѣгали «соблазна» въ отдѣльныхъ случаяхъ, гдѣ полная свобода примѣненія этого иска повела бы за собою нарушеніе основныхъ правилъ церковнаго права.

Обращая вниманіе на необычайное, сравнительно съ римскимъ правомъ, расширеніе области примѣненія защиты владѣнія въ правѣ каноническомъ, въ области обязательственныхъ отношеній, Брунсъ приписываетъ это особенному характеру каноническаго права, какъ независящаго отъ мѣста и времени. Подобно тому, пишетъ Брунсъ, какъ церковь, не отождествлялась ни съ однимъ народомъ, но существовала внѣ ихъ обособленной жизнью, точно также и право церкви не смѣшивалось съ теченіями національной жизни какого либо народа, но основывалось на теоретической абстракціи, именно на правѣ римскомъ, изолированномъ отъ римской жизни. Самая разработка права здѣсь совершалась съ доктринальной строгостью, безъ возможности даже какихъ либо недоразумѣній и путаницы, зависящихъ отъ различныхъ обстоятельствъ и условій практической жизни; поэтому и выработанныя здѣсь нормы изъ области правъ имущественныхъ, личныхъ и семейныхъ вышли отвлеченными, беспочвенными понятіями, которыя или совсѣмъ не примѣнимы въ положительныхъ законодательствахъ отдѣльныхъ народовъ, или хотя и примѣнимы, но лишь съ большимъ трудомъ ¹⁾.

Эти соображенія Брунса едва-ли представляются убѣдительными.

Прежде всего, какъ мы говорили выше, уже въ первые вѣка своего существованія церковь реципировала римскую поссессорную терминологію, вынужденная къ тому практической необходимостью защиты противъ *violentia* осу-

¹⁾ Bruns. cit. S. 196.

ществленія нѣкоторыхъ юридическихъ отношеній, созданныхъ церковью, преимущественно чтобы помѣшать епископамъ проявлять епископальныя права за предѣлами своей епархіи. Какъ видно изъ постановленій соборовъ, въ этой именно области встрѣчаются первые случаи распространенія ученія о *possessio*.

Постепенно такія отдѣльныя и отрывочныя правила стали выработываться въ особый институтъ, извѣстный подъ именемъ *remedium spoli*.

Но даже оставляя въ сторонѣ этотъ древній періодъ церковнаго права и переходя къ разсмотрѣнію классическаго періода папскаго законодательства XII вѣка, т. е. когда сознательно перерабатывалось и измѣнялось римское право для принятія его церковью и мірянами, я думаю, и здѣсь теорія Брунса имѣетъ мало почвы.

Дѣйствительно, нельзя говорить такъ категорически, что церковь не вмѣшивалась въ народную жизнь, когда именно она, на примѣръ, нормировала семейныя права. И тотъ фактъ, что папское законодательство допускало *possessorium* для защиты лишь тѣхъ правъ семейственныхъ, кои происходятъ отъ брака, потому что одни они состояли подъ ихъ вѣдомствомъ, развѣ не доказываетъ, что распространеніе посессорной защиты было совершаемо для практическихъ цѣлей, а не въ цѣляхъ абстрактныхъ или доктринальныхъ. Иначе нельзя было бы найти основанія, почему папы не нормировали точно такимъ же образомъ и другія семейныя права.

Но идемъ далѣе. Каноинсты распространили понятіе владѣнія, или лучше его терминологію, не на всѣ случаи, гдѣ считали нужнымъ или полезнымъ допустить посессорныя иски. Такъ въ области личныхъ обязательствъ они по возможности старались обходиться безъ термина *possessio*¹⁾. и придумали выраженіе «*status recipiendi*», чтобы дать хотя какое-либо основаніе распространенію посессорныхъ

¹⁾ Такъ Butrius говоритъ, что «*in jure debiti personalis proprie loquendo non est possessio, vel quasi possessio, quia in illo non cadit possessio, sed bene impimitur status quidam cujus respectu eo quod innovatur potest agi possessorio*» (Butrius—Commentar. in Decret. c. 24 X. de electione l. 6).

средствъ защиты за римскіе предѣлы понятія *possessio* 1).

Во всякомъ случаѣ при этомъ слѣдуетъ замѣтить, что канонисты, въ своихъ трудахъ и не стремились опредѣлять условія и область примѣненія *possessio* съ романистической точки зрѣнія; они просто лишь изучали вопросъ, въ какихъ случаяхъ можно прибѣгать къ защитѣ противъ послѣдствій *spolium'a*. *Spolium*—вотъ ихъ единственное предположеніе и ихъ единственный руководящій критерій, когда дѣло шло о вопросахъ владѣнія. Поэтому Дюранъ даетъ заглавіе своему изслѣдованію: *De petitorio et possessorio, et spolio*, и Pontanus, разсматривая все «*remedia restitutoria*», исходитъ не изъ понятія о владѣніи, но изъ идеи *spolium'a*, и называетъ свой трудъ:—*De spolio*. У Roffredus'a рубрика, говорящая о владѣніи правами, носитъ названіе: «*Qualiter quis debeat agere, quando jure canonico dicit se spoliatum*», причемъ и вопросъ самый о нарушеніи владѣнія правами у него выраженъ слѣдующимъ образомъ: *an posset quis juribus spoliari*. Примѣры эти м. б. увеличены *ad libitum*.

Самое понятіе *spolium* было расширено ими до возможныхъ предѣловъ, причемъ подъ этимъ терминомъ стали понимать всякое самовольное отнятіе вещи или права, въ какой бы формѣ оно не совершалось. Хорошо это выражено у Pontanus'a:—

«*Verbum... in jure latissimum, continens id omne, cuius restitutio denegetur primo possessori; plures tamen habens in se sinus, ac species, invicem dissimiles, variisque temporibus editas, et propriis subsidiis munitas, prout temporum eventus, et occasio postulare videbantur*».

Средствъ борьбы противъ самоуправства—этого крупнаго зла средневѣковой жизни—было создано канонистами не мало, преимущественно путемъ рецепціи изъ римскаго права. Menochius напр., исчисляетъ ихъ 17 2). Но эта мно-

1) Въ этомъ отношеніи Pontanus говоритъ: „*Licet enim quodam juris subtilitate videretur incongrua restitutio, non praecedente alicujus rei possessione. id tamen ab aequitate canonica receptum est etc*“. Pontanus—*De Spolio. Tractatus univers. juris* t. XIV lib. I. cap. 13, № 120.

2) См. Ioacobi Menochii—*De adipiscenda. retinenda. et recuperanda possessione commentarii* 1649 Venetiis.

гочисленность влекла за собой много путаницы и недоразумѣній на практикѣ; почему сами же канонисты постарались слить все *remedia spoliū* въ одно средство защиты, получившее позднѣе наименованіе *actio spoliū* 1).

Эта послѣдняя, какъ квинтъ—эссенція всеѣхъ прежнихъ, создана была такимъ образомъ не для защиты *possessio* въ римскомъ смыслѣ, но именно для защиты *status quo*, въ цѣляхъ подавленія произвола и самоуправства во всякомъ ихъ проявленіи въ отношеніи имущества лица, являлось ли у споліата пользованіе самое осуществленіемъ права, или даже вопреки праву, безразлично.

Кто обратитъ вниманіе на юридическія и соціальныя условія средневѣковой жизни, въ особенности, съ одной стороны, на живѣйшую потребность въ подавленіи насилій и произвола во всеѣхъ возможныхъ ихъ проявленіяхъ, съ другой стороны, на невѣроятную медленность римско—каноническаго процесса, дѣлавшаго труднымъ, убыточнымъ и почти постоянно запоздалымъ признаніе правъ судомъ,—кто обратитъ, повторяемъ, вниманіе на все это, тотъ легко пойметъ, почему распространеніе *remedium'a spoliū* на все эти отношенія, какъ лучшаго средства быстрой и успѣшной борьбы съ произволомъ и возстановленія *status quo ante*, встрѣтило такой благоприятный приѣмъ въ то время у канонистовъ. Этимъ объясняется и стремленіе постоянно расширять область примѣненія *remedium'a spoliū*, которое скоро завоевываетъ себѣ мѣсто и въ правѣ свѣтскомъ среднихъ вѣковъ.

Канонисты, создавая и разрабатывая искъ изъ канона *Redintegranda*, въ большинствѣ своемъ, какъ мы видѣли, были сторонниками возможно большаго расширенія области примѣненія этого иска, который сталъ между прочимъ да-

1) Подтвержденіе сказанному мы видимъ между прочимъ въ томъ, что въ позднѣйшихъ юридическихъ сочиненіяхъ, напр., *actio metus* и *actio doli* уже болѣе не разсматриваются среди средствъ защиты владѣнія. Такъ уже Дюранъ въ своемъ *Speculum juris* (lib. III, pars. II, fol. 96) про нихъ ничего не пишетъ, хотя и отмѣчаетъ ихъ самъ же въ числѣ средствъ возстановленія владѣнія.

ваться споліатамъ не только противъ самихъ споліаторовъ, но и третьихъ лицъ, въ искахъ и гражданскихъ, и уголовныхъ, въ цѣляхъ возстановленія въ обладаніи имуществомъ, отдѣльными вещами и наконецъ, самыми разнообразными правами. Практика жизни однако скоро уже показала, что подобное возможно распространительное примѣненіе иска изъ *can. Redintegrandi* въ цѣломъ рядѣ случаевъ влекло за собою не торжество справедливости въ защиту униженныхъ и оскорбленныхъ, но являлось покровительствомъ и пособничествомъ насильникамъ и вообще завѣдомо недобросовѣстнымъ лицамъ, или же создавало тормазъ законной регламентаціи отношеній сторонъ, вступая въ коллизію съ основными правилами права; другими словами, возможно было при этомъ, что въ отдѣльныхъ конкретныхъ случаяхъ примѣненіе иска изъ канона *Redintegrandi* при охранѣ *summum jus* влекло за собою торжество *summae injuriae*.

Канонисты не закрывали глаза на эти нежелательныя послѣдствія примѣненія въ отдѣльныхъ случаяхъ разсматриваемаго иска; только они не сумѣли выработать основныхъ и общихъ правилъ относительно того, когда, въ какихъ случаяхъ *condictio ex canone Redintegrandi* не допустима, и ограничились простымъ перечисленіемъ случаевъ такого рода, безо всякой ихъ систематической группировки, по всей вѣроятности, по мѣрѣ того, какъ они вызывались къ жизни въ судебной практикѣ по отдѣльнымъ дѣламъ ¹⁾. Въ пользу такого предположенія говоритъ между прочимъ то обстоятельство, что перечисляемые канонистами случаи, гдѣ не допускалось, по исключенію, примѣненіе нашего иска, у отдѣльныхъ писателей различны и по содержанию, и по числу своему. Съ теченіемъ времени число изъятій этихъ все болѣе и болѣе увеличивалось, и изъ 17 случаевъ, упоминаемыхъ въ *Glossa ordinaria* къ Де-

¹⁾ Случаи такихъ ограниченій примѣненія *remed. spoli* имѣются впрочемъ еще ранѣе, именно, напр., въ декретѣ папы Николая II объ избраніи палль (С. I. Dist. XXIII), а равно въ его же декретѣ *contra symoniacos* (Mansi—Concil. coll. XIX, col. 899), и въ посланіи Гонорія II (Mansi—cit. XXI, col. 349, 350) и др.; такъ что прецеденты указаны были самими папами.

креду Граціана у позднѣйшихъ канонистовъ, напр. Goffredus a Trano, доходитъ до 21, а у Дюрана даже до 26 ¹⁾).

Теке въ диссертациі своей (Goecke—De exceptione Spolii p. 3) вынесъ крайне суровый приговоръ канонистамъ по поводу

1) Случаи недопущенія *condictio ex canone* указаны глоссою слѣдующе: „*Intrusio, dilapidatio, criminis enormitas, infamia et criminis evidentiā, crimen simoniae, contumacia, scandalum, fornicatio notoria, cum incontinenti dejecerit, cum spoliatio est probata in modum exceptionis, cum incontinenter spoliator vult probare exceptionem, cum a muliere objicitur saevitia viri, in casu. quem habes extra de divort. C. gaudemus, exceptio rei iudicatae vel pacti, si sub conditione possedit, si ex gratia vel precario possedit ut „colonus“.*

Позднѣйшіе канонисты знаютъ ихъ уже неравненно больше. Такъ Goffedus a Trano въ своей *Summa in titulos Decretalium* (стр. 86 слѣд. по издан. 1586 г.), говорить въ этомъ отношеніи слѣдующее:

„*Et quod dixi generaliter restituendum spoliatum esse in tantum verum est. ut non obstet exceptio criminis... Item cum quis; vel non canonicae institutionis... hos tamen fallit in multis casibus in spoliato a iudice in figura iudicii. Item si qui intrusus fuerit in Romanam sedem et eiectus. non restituetur... Item si destitutus propter suspicionem dilapidationis non restituetur ante cognitam veritatem de dilapidatione, ut 3 qu. 2 c. quia ea, hodie tamen recipit correctionem, quia suspectus de dilapidatione non destituitur ab administratione, nisi probata fuerit suspicio, ut intra de simo. cap. licet. Item impedit restitutionem crimen simoniae... Item contumacia... Item scandalum... Item rei absentia... Item cum eiciens incontinenti eiecitur, ut dictum est in prin. Item cum spoliatio objicitur in modum exceptionis... Item secundum quosdam, si adversarius incontinenti velit probare de proprietate... Item impedit restitutionem rei iudicatae exceptio... Item exceptio juris iurandi vel pacti secundum quosdam... Item ubi sub conditione quis possedit... Item si ex gratia vel precario quis possedit Item virum et uxorem haec sunt, quae restitutionem impediunt, saevitia viri, Item si uxor in iudaismo repudietur... Item si is qui dicit se eiectum non habuit possessionem juris... vel habuit possessionem. sed per violentiam...*

Hostiensis (Henrici a Segusio cardinalis Hostiensis aurea summa, edit, Venet. 1531 p. 96) приводитъ даже въ стихахъ большинство случаевъ, гдѣ по исключенію не допускалось примѣненіе *condictio ex canone Redintegranda*:

«*Usurpans Cathedram Petri, Ne scandala fiant.
Altera vis: Damasus seu sit quod sponte resignans.
Cum quis restitui petit et rem vendicat At non.
Possedisse probat. Cadit aut de proprietate.
Visque repulsa. Scelus geritur cui mos. Anathema.
Vir suspectus. Inops. Gradus; Ac offensio Christi.
Qui fore possessor nequit, hi non restituuntur».*

установленныхъ ими такихъ случаевъ, гдѣ не допускалось примѣненія *condictio ex canone*:—«*Quos (случаи эти) si inspexeris*»—замѣчаетъ онъ—„*meum censebis non operae pretium esse, eos hic enumerare et de iis disserere, quum maxima pars eorum tanta libidine tantaque stultitia proposita sit, ut per se ipsa refellatur*“.

Приговоръ Геке суровъ, но несправедливъ. Съ своей стороны мы думаемъ, что если читатель просмотритъ случаи эти въ нашемъ примѣчаніи, то навѣрное не станетъ говорить ни о *libido*, ни тѣмъ болѣе о *stultitia* канонистовъ, давшихъ перечисленіе этихъ изъятій; а лишь подмѣтитъ здѣсь отсутствіе системы и руководящей объединяющей это перечисленіе общей идеи. За это одно ихъ лишь и можно упрекать здѣсь, если кому такое занятіе нравится.

Несравненно болѣе важная попытка ограничить распространеніе области примѣненія пса изъ канона *Redintegranda* исходила изъ другого источника, именно отъ носителей высшей власти земной въ католической церкви—отъ папъ.

Разматривая отношенія церковныхъ законодателей къ практикѣ и канонической наукѣ своего времени мы наблюдаемъ любопытное и крайне своеобразное явленіе. Въ то время какъ канонисты усиленно стараются развить и подробнѣе разработать созданную ими *condictio ex canone Redintegranda*, папское законодательство XII и XIII вѣковъ становится въ явно враждебное отношеніе къ этому новшеству, заботясь о сохраненіи въ цѣлости и неприкосновенности старыхъ началъ въ каноническомъ правѣ, созданныхъ преимущественно путемъ рецепціи нормъ римскаго права.

Прежде всего въ этомъ отношеніи мы можемъ указать на нежеланіе законодателей распространительно толковать, велѣдъ за большинствомъ канонистовъ, *spolium* въ смыслѣ всякой *injusta causa possidendi*. По крайней мѣрѣ уже во вѣхъ канонахъ титула *De restitutione spoliatorum* сборника Григорія IX говорится о *spolium*’ѣ какъ послѣдствіи насилія (*violentia*). Такъ же толкуется *spolium* и въ *Liber Sextus c. I.*

De restitut. spoliator. 1), Другими словами, изъ текста этихъ каноновъ видно явное желаніе законодателя не распространять примѣненія средствъ защиты противъ spoliator'a на случаи metus, dolus или иной injusta causa privationis, какъ это было допущено канонистами и судебной практикой.

Особенно рѣзкимъ врагомъ *condictio ex canone Redintegranda* выступилъ папа Иннокентій III въ цѣломъ рядѣ своихъ постановленій, изъ которыхъ особенно важное значеніе имѣетъ знаменитый канонъ его «*Saepe contingit*», 1215 года, помѣщенный въ с. 18 X. de restitut. spoliator. II. 13.

«*Saepe contingit, quod spoliatus injuste, per spoliatorem in alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium spoliato, commodo possessionis ommissio propter difficultatem probationum juris proprietatis amittit effectum. Unde non obstante juris civilis rigore, sancimus, ut, si quis de cetero scienter rem talem receperit, quum spoliatori quasi succedat in vitium eo, quod non multum intersit, quoad periculum animae, injuste detinere ac invadere alienum contra possessorem hujusmodi spoliato per restitutionis beneficium succuratur*» 2).

Приведеннымъ папскимъ постановленіемъ субъекту, утратившему по spoliatio свое имущество, въ случаѣ нахождения послѣдняго въ рукахъ третьяго лица, дозволено было «*non obstante juris civilis rigore*» лишь въ томъ случаѣ примѣнять *remedium spoli*, когда это третье лицо приобрѣло вещь, зная о spoliator'ѣ, т. е. когда оно было *malae fidei possessor*'омъ.

Папа Григорій IX цѣликомъ рецидивировалъ въ своемъ сборникѣ точку зрѣнія Иннокентія III, умолчавъ при этомъ о новшествахъ, введенныхъ уже въ этой области на практикѣ его времени. Это ясно показываетъ, что и Григорій IX

1) Здѣсь прямо сказано:—*Illud autem spoliatum intelligi volumus in hoc casu (возбужденіе уголовнаго иска), qui tota sua substantia vel maiori parte ipsius se per violentiam destitutum affirmat.* Противоположное толкованіе этого канона Брюномъ (Bruns—cit. S. 177) является не отвѣчающимъ точному смыслу этого законодательнаго акта).

2) См. еще его же декретади въ С. 2 X. de ordine Cognition II. 10; с. 15 X. de restitut. spoliator. II. 13.

былъ единомышленникомъ Иннокентія III въ разсматриваемой нами области.

Враждебное отношеніе папъ къ *condictio ex can. Redintegranda* проявилось не только въ законодательной дѣятельности, но равно и въ теоретическихъ изысканіяхъ ихъ, по крайней мѣрѣ въ ученыхъ трудахъ главнаго врага разсматриваемого нами института—папы Иннокентія III, знаменитаго комментатора декреталій. Этотъ папа, ксати сказать, горячій и убѣжденный романистъ, пишетъ по поводу нашего иска слѣдующее въ своемъ комментарий къ с. 15 X de restit. spol. II, 13:

«In rebus ecclesiasticis dixerunt quidam contra quemlibet agi posse per interdictum unde vi, vel ad minus conditione ex canone Redintegranda. Sed nos hoc non dicimus et intellegimus hoc C. Redint. et alia jura, quae pro eis facere videntur, quod omnia sunt spoliatis restituenta non conditione ex canone, vel interdicto unde vi, sed aliis competentibus actionibus. puta si dolo contraxit actione de dolo, si metu actione quod metus causa etc» 1).

Отвергая такимъ образомъ распространительное примѣненіе *can. Redintegranda*, какое было ему придано канонистами, Иннокентій IV далѣе, въ комментарий къ с. 18 Saere contingit, высказываетъ свое воззрѣніе на *can. Redintegranda*, говоря,

«Bene dicit, si scienter accepit, quod tenetur restituere per conditionem ex hac constitutione, nam si ignoranter accepit, secus esset. Nee contradicit C. Reint».

1) Innocent. IV—Commentaria, издан. Туринъ 1581 г. fol. 97 № 6; у Вуиз—сн. стр. 223 мѣсто это приведено въ искаженномъ видѣ, совершенно измѣняющимъ смыслъ его. Въ редакціи Бруиса *cond. ex can. противносполителастся* интердикту *unde vi*; по редакціи же Туринскаго изданія 1581 г. оба эти средства защиты обобщаются, а имъ противопоставляются *aliae competentes actiones*. Эта разница редакціи особенно рѣзко отражается именно на роли и области примѣненія *int. unde vi*.

Изъ приведеннаго мѣста въ его редакціи по Бруису можно вывести, что Иннокентій IV рѣшилъ допустить примѣненіе *int. unde vi* не только противъ *spoliator'a*, но и противъ всякаго вообще приобрѣтателя сполитрованнаго имущества.—«Dixerunt quidam contra quemlibet agi posse ex c. Re-

Затѣмъ касательно *C. Redint*: «*Si quis daret libellum, sub quo possit comprehendi actio quod metus causa per quam advocatur res ad eo, qui metum non intulit, puta peto restitutionem possessionis talis rei quae mihi per metum est ablata, crederemus posse ferre sententiam contra possidentem quamvis non spoliasset, nec rem scienter a spoliatore recipisset, et sic intelligitur c. Reintegranda*».

Другими словами, Иннокентій IV не признаетъ особой *condictio ex canone*, и считаетъ *c. Redintegranda* дающимъ лишь право на примѣненіе обычныхъ рекуператорныхъ исковъ римскаго права, въ томъ числѣ *actio quod metus causa*, которая одна только давала возможность требовать выдачи вещи отъ третьяго ея приобретателя.

Однако попытка Иннокентія IV возстановить такимъ образомъ возрѣніе нѣкоторыхъ старыхъ канонистовъ на *remedium spoli* на практикѣ потерпѣла полное фіаско, и сторонниковъ, за весьма немногими исключеніями, его толкованіе не имѣло ¹⁾. Иначе однако неизбѣжно пришлось отнестись канонистамъ къ *can. Saepe contingit*, хотя бы уже потому, что онъ имѣлъ силу закона.

Канонисты здѣсь не могли не замѣтить очевиднаго противорѣчія между правилами каноновъ *Redintegranda* и *Saepe contingit*: Въ то время какъ по *can. Redintegranda* искъ давался противъ всякаго владѣльца сполірованнаго имуще-

dint... sed nos hos non dicimus, et intellegimus... quod omnia sunt spoliatis restituenda, non condictione ex canone. sed interdicto unde vi...

Совершенно обратный выводъ получается изъ того же фрагмента въ его редакція по Туринскому изданію 1581 г., по которой Иннокентій IV, идя противъ мнѣнія „нѣкоторыхъ“, допускающихъ примѣненіе *interd. unde vi* „vel ad minus“ „*cond. ex canone*“ противъ *всякаго* владѣльца, заявляетъ, „*quod omnia sunt spoliatis restituenda non condictione ex canone vel interdicto unde vi, sed aliis competentibus actionibus*“...

¹⁾ Ср. между прочимъ приведенное Брунеомъ—*cit.* стр. 244 пр. 1 мѣсто изъ комментарія канониста *Butrio*—на *can. 18*—„*Host. intellexit Inn. quod c. Redint. simpliciter esset approbatorium aliorum remediorum Sed dicit Jo. Calderini, quod alii intelligunt, Innoc. voluisse, quod omnia alia remedia possessoria, ut actio metus, doli, de vi et similia, in isto can. includerentur et quod per hoc remedium ut generale posset agi, ubi alia competunt, et posse simul cum aliis specialibus in eodem libello accumulari*“.

ства, *can. Saepe contingit* не давалъ иска такого противъ *добросовѣстнаго* владѣльца вещи.

Уже *Hostiensis*, видя это противорѣчiе, старался если не примирить его, то по возможности ослабить его рѣзкость, и замѣтилъ по этому поводу 1).

«*Sed non datur, nisi contra scientem. Cave tamen quia in hoc casu quilibet praesumitur sciens... et praesumitur sciens, is qui suam esse nescit, ridiculum enim est audire, vel dicere... I. cum quaereb. (11 Cod. Unde vi), ex cuius mente hanc puto inductam constitutionem*».

Въ другомъ мѣстѣ онъ однако указываетъ уже основные отличительные признаки иска изъ *can. Redintegranda* въ отличiе отъ *нована* иска изъ *can. Saepe contingit*, которые онъ видитъ въ томъ, что *Redintegranda* имѣлъ примѣненiе не только противъ сполiатора, но равно и противъ третьихъ приобрѣтателей вещи, какъ добро—такъ и недобросовѣстныхъ владѣльцевъ: 2)

«*Si restitutio petatur ex canone Saepe, habet locum contra quemlibet possessorem, qui scienter receperit. Si vero ignorans, habet locum condictio ex canone Redintegranda*».

Среди канонистовъ была впрочемъ и другого рода попытка примирить правило обоихъ канонѣвъ, сторонниками которой являются *Hugolinus, Giovanni da Fano, Giovanni Calderini, Panormitanus, Paulus de Castro, S. Georgio*. Они признавали *condictio ex canone Redintegranda* искомъ, при посредствѣ котораго могли быть разрѣшаемы споры между духовенствомъ лишь, и только по церковнымъ дѣламъ; а *cond. ex c. Saepe* считали искомъ общимъ и для духовныхъ, и для свѣтскихъ дѣлъ и лицъ.

1) *Henrici a Segusio cardinalis Hostiensis—Commentarii Venet. 1531 fol. 95 № 6.*

2) *Henrici a Segusio cardinalis Hostiensis aurea summa ed. Venetiis 1531 p. 97.* Изъ позднѣйшихъ канонистовъ *Petrus de Anachrano* объявилъ себя сторонникомъ взгляда, высказаннаго у *Hostiensis* (*Petrus de Anachrano—Comment. in Decret. Bologna 1581 fol. 176*) Къ нему же примкнулъ *Iohannes ab Imola*, признавая что *remedium ex can. Saepe* *Иннокентiя III* было „non necessarium sed utile“ *Iohannes ab Imola—Commentaria Venetiis 1575 vol. II. fol. 58.*

У Franciscus de Zabarella (*Commentarii Venetiis* 1602 fol. 31) мы встрѣчаемся со своеобразнымъ толкованіемъ исковъ изъ обоихъ каноновъ. Онъ признавалъ *condictio ex canone Redintegrandi* искамъ петиторнымъ, въ отличіе отъ possessорнаго иска изъ канона *Saere contingit*.

Особенно тщательно и подробно изложенъ этотъ трудный для рѣшенія вопросъ о согласованіи обоихъ каноновъ у Aegidius Bellamera (умеръ въ 1342 г.; см. Schulte —cit. II S. 274). Белламера, обращаясь къ Лже-Исидорову сборнику декреталій, какъ къ источнику канона *Redintegrandi*, отмѣчаетъ, что редакторы каноновъ, издавая правило о *remedium spoli*, заботились исключительно о созданіи этимъ путемъ спеціальной привилегіи для епископовъ, лишенныхъ имущества и подвергшихся обвиненію, и что ихъ единственной цѣлью при этомъ было возстановить такихъ епископовъ въ ихъ прежнемъ фактическомъ состояніи, чтобы они могли спокойно и на равныхъ условіяхъ съ противниками отвѣчать на судѣ. При этомъ Bellamera указываетъ, что измѣненіе этого института изъ привилегіи въ правило общаго права явилось дѣломъ не папъ, а канонической практики, и далѣе заявляетъ, что вообще должно отвергнуть такое произвольное и незаконное распространеніе области *remedium'a spoli* для всѣхъ клириковъ, въ силу того что «*ille canon Redintegrandi praecepit de tempore pontificatum Innocentii III; qui fuit conditor hujus decretalis*», и такъ «*frustra haec decretalis post illum canonem generalem de vero rimedio magis restrictivo providisset hujusmodi spoliatis*»¹⁾. Однако и онъ долженъ былъ признать, что *cond. ex canone Redintegrandi* продолжала имѣть силу и примѣняться въ такомъ смыслѣ даже вопреки желанію папъ; почему касательно этого иска, на вопросъ «*cui et contra quem et pro quo competat sive detur*», отвѣчаетъ:—

«*Aut quaerimus de jure, aut quaerimus de consuetudine. Si quaerimus de jure, dico quod datur episcopis de suis sedibus ejectis, aut de rebus ecclesiarum suarum, sive*

¹⁾ Aegidius Bellamera Praelection. in Decret. lib. c. XVIII, № 6 Lugdini 1549 fol. 228.

de suis propriis quomodolibet spoliatis, contra quoslibet possessores, ad recuperationem possessiones, vel quasi»...

И далѣе, касательно обычнаго примѣненія *cond. ex can.* замѣчаетъ, что—

«In palatio... apostolico auditores, advocati, procuratores et notarii ejusdem palatii ex quadam consuetudine, cujus initii memoria non exstabat, pro determinato habebant quod beneficium hujus canonis ad omnes personas ecclesiasticas extendi debebat: sed et multi inter eos illud ad omnes saeculares et laicos extendebant, sed quo jure praeter consuetudinem nunquam potui videre. Fateor tamen quod Hugolinum videtur intelligere istum canonem generaliter de omnibus pers, eccles. sed nihil allegat».

Такимъ образомъ и онъ полагаетъ, что лучше придерживаться обычая «quia consuetudo est legitima legum interpret» (Bellamera—cit. fol. 166).

Remedium Иннокентія не имѣло большого успѣха среди канонистовъ, изъ которыхъ лишь очень немногіе шли противъ *condictio ex can. Redintegrandi*. Большинство же писателей разсматривало оба иска—изъ каноновъ *Saepe contingit* и *Redintegrandi*—рядомъ и одновременно, выясняя черты сходства и различія между ними.

Такъ Goffredus a Trano ¹⁾ намѣчаетъ черты различія между обоими исками въ двухъ отношеніяхъ, указывая, что а) одинъ искъ давался въ защиту противъ всякаго неправомѣрнаго отнятія вещей, а другой (изъ с. *Saepe*) лишь въ случаѣ совершенія *spolium*'а насильственнымъ образомъ (*violenter*) или приобрѣтенія *mala fide* вещи отъ насильника, и б) что благодаря этому, отвѣтчикомъ въ искѣ изъ с. *Redintegrandi* могъ быть всякій владѣлецъ вещи безразлично, тогда какъ при искѣ изъ с. *Saepe* лишь самъ владѣлецъ—насильникъ или владѣлецъ *mala fide* отъ послѣдняго.

«Sed inter canonem et decretalem differentia est notanda. Nam canon ille reint. generalis est qualitercumque et quomodocumque quis amiserit rem propriam vel ecclesiae

¹⁾ Goffredi—Summa in titulos Decretalium. De restitut. spoliat. Venetiis. 1586 fol. 87.

apud quemcunque et in quocumque loco fuerit constituta. Decret. illa saepe contingit requirit scientiam successoris, ut cum quis scienter a spoliatore rem receperit violentam». ¹⁾

Въ виду того однако, что доказать malam fidem отвѣтника трудно, авторъ совѣтуетъ по возможности избѣгать этого иска, а защищать свои интересы при помощи иска ex can. Redintegranda; почему онъ совѣтуетъ:

«Verumtamen cum is qui scientiam allegat, probare habeat, grave sit probare scientiam alienam, non reputo cautum agi conditione ex illa decret. Saepe contingit, puto tamen esse tutum agi officio iudicis ex can. Redint.»

Извѣстный канонистъ Nicola de Tudeschis (abbas Siculus, Panormitanus) ²⁾ съ своей стороны отмѣчаетъ, что въ его время въ литературѣ предмета господствовало три возрѣнія по разсматриваемому вопросу; а именно а) согласно одному мнѣнью, основанному на ученіи Иннокентія IV, канонъ Saepe contingit не ввелъ никакого новаго процессуальнаго средства защиты, а лишь просто изъяснилъ и подтвердилъ примѣненіе уже существовавшихъ. б) Другой взглядъ признаетъ, что canon этотъ собралъ всѣ разбѣянные въ правѣ средства защиты во едино, благодаря чему, истцу достаточно было сослаться на любое изъ нихъ, чтобы получить возстановленіе своего владѣнія. в) Наконецъ, третье мнѣніе, которое Panormitanus отмѣчаетъ господствующимъ, признаетъ, что can. Saepe ввелъ новое специальное средство защиты противъ всякаго владѣльца, „etiam non vitiosum“ ³⁾:

„Adverte latius et clarius ceteris scribentibus, quia iste punctus est quotidianus. Reperio enim in hoc tres principales intellectus“; а) „Primus colligitur ex dictis Innoc. IV (т. е. къ С. XV) ubi videtur velle quod ille canon non

¹⁾ На то же отличіе между обоими исками указываетъ и Hostiensis, замѣчая (Henrici a Segusio cardinalis Hostiensis aurea summa. Venetiis 1531 p. 97) — Si restitutio petatur ex canone Saepe, habet locum contra quemlibet possessorem, qui scienter receperit. Si vero ignorans, habet locum conditio ex canone Redintegranda.

²⁾ Умеръ въ 1453 г. см. Schulte—cit. S. 312.

³⁾ Panormitanus Lectura in Decretales c. XV № 25. Venetiis 1627, fol. 191.

inducit specificum et novum remedium, sed est declaratorius et approbatorius aliorum remediorum“...

«Secundus intellectus est quod canon ille reint. colligit omnia remedia sparsa in jure, et colligitur in unum, et coniungit ea ut sic sufficiat probari actori illud propter quod aliquo juris beneficio possessio venit restituenda etc.»

c) «Tertius principalis intellectus illius can. est ut inducat novum et specificum remedium possessorium contra quemlibet possessorem, etiam non vitiosum, et iste intellectus est hodie communis».

Мы видимъ такимъ образомъ, что на практикѣ и въ толкованіяхъ канонистовъ реформа Иннокентія III получила своеобразный видъ: вмѣсто отмѣны или во всякомъ случаѣ ограниченія области примѣненія разработаннаго практикой *remedium*'а ex can. *Redintegrandi*, правило этого папы, высказанное въ can. *Saepe contingit*, стали толковать какъ создавшее *novum* искъ *sui generis* въ защиту владѣнія. Искъ этотъ еще болѣе пополнилъ ряды средствъ possessорной защиты, признаваемыхъ канонистами, ¹⁾ и еще болѣе запуталъ и усложнилъ для послѣднихъ вопросъ о взаимоотношеніи и условіяхъ примѣненія этихъ исковъ. Съ *condictio* ex can. *Saepe contingit* мы встрѣчаемся однако во всѣхъ позднѣйшихъ сборникахъ папскаго законодательства, которое, какъ мы говорили уже, относилось къ ней весьма покровительственно. На практикѣ съ нею равнымъ образомъ первоначально считались, признавая ее какъ бы связью между *Unde vi* и *Redintegrandi*. Сравнительно скоро однако, благодаря, съ одной стороны, тѣмъ трудностямъ, какія представляла въ этой *condictio* ex can. *Saepe contingit* для *spoliati* обязанность доказывать знаніе *spolium*'а противникомъ ²⁾ съ другой стороны влѣдствіе безполезности ея при наличности *cond ex c. Redintegrandi*,—искъ этотъ постепенно

¹⁾ Дюранъ насчиталъ ихъ восемь, хотя глосса къ *Decr. Grat. c. III princ.* называла лишь четыре—*Sp. Durantis—Speculum juris lib. IV p. II, fol. 66.*

²⁾ Объ этомъ Bellamera пишетъ: „*Et quia grave est eam (т. е. scientiam alienam) probare, laudo quod proponas cond ex c. redint*“ (*Commentar in Decretal. C. 18 fol. 227*).

стать терять свое значеніе, и наконецъ прекратилъ свое существованіе въ судебной практикѣ, оставшись лишь въ сборникахъ церковнаго права пережиткомъ былаго времени.

И старые и новые писатели-юристы и канонисты приложили не мало труда, чтобы выяснить, чѣмъ, какими соображеніями руководствовался папа Иннокентій III, издавая свой канонъ *Saere contingit*.

Въ этомъ отношеніи изъ новыхъ писателей своеобразную теорію выставилъ Дельбрюкъ ¹⁾.

Прежде всего онъ утверждаетъ, что практическое распространеніе иска изъ *can. Redintegranda* появилось уже послѣ того, какъ установилось постоянное примѣненіе иска изъ канона *Saere contingit*. Въ пользу этого онъ указываетъ на то обстоятельство, что процессуалисты XII и начала XIII вѣковъ, равно какъ и глоссаторы, говоря о средствахъ защиты владѣнія, не упоминаютъ совершенно въ числѣ ихъ искъ изъ *s. Redintegranda*, и утверждаетъ, что въ источникахъ встрѣчаются впервые указанія на этотъ послѣдній только въ глоссѣ къ Декрету, составленной въ 1250 году т. е. 50 лѣтъ послѣ опубликованія декретала *Saere contingit*. Вмѣстѣ съ тѣмъ Дельбрюкъ видитъ въ этомъ декреталѣ, или вѣриѣ въ этомъ постановленіи Латеранскаго собора 1215 года, первую стадію борьбы германскаго обычнаго права съ нормами права римскаго и послѣдовательно первый шагъ къ признанію вещнаго иска германскаго права.

Эти положенія Дельбрюка, въ ихъ исторической части, встрѣтили серьезную критику у Маасена послѣ которой ²⁾ нынѣ уже не имѣютъ болѣе сторонниковъ. По поводу «исторической» части мнѣнія Дельбрюка укажемъ лишь здѣсь, что декреталъ *Saere contingit* явился въ качествѣ 39 главы правилъ Латеранскаго собора 1215 г. *Summa* же Сикарда Кремонскаго, въ которой впервые говорится о *condictio ex canone*, написана въ XII вѣкѣ ³⁾. Изслѣдованіе Vincentus

¹⁾ Delbrück—Die dingliche Klage... § 24 S.S. 152 fg. 155).

²⁾ Maassen—Zur Dogmengeschichte der Spolienklage cit. S. 243),

³⁾ Sicardus Cremonensis умеръ въ 1215 году, а его *Summa* составлена между 1179 и 1182 г.г. см. Schulte—Die Geschichte der Quellen und Literatur des Canonischen Rechts B. I § 31. S 143.

Hispanus по поводу Comp. III, гдѣ говорится о *remedium quod patet secundum canones*, написано имъ ранѣе появленія *Saere contingit*; въ то время какъ Tancredus въ своемъ изслѣдованіи той же *Compilatio*, составленномъ послѣ 1215 г. ¹⁾ цитуетъ декреталій *Saere contingit*. По мнѣнію Маасена, *Iohannes Teutonicus*, вѣроятнѣе всего, составилъ свой *Apparatus ad Decretum* ранѣе 1215 года, именно ранѣе состоявшагося въ этомъ году IV Латеранскаго собора. Вмѣстѣ съ тѣмъ выходитъ, что учение о *condictio ex canone Redintegranda*, помѣщенное въ *Glossa ordinaria* и являющееся сочиненіемъ *Iohannes Teutonicus*, а не Бартоломея изъ Брепії (см. Maassen—cit. S. 244), написано ранѣе 1215 г. т. е. ранѣе опубликованія канона *Saere contingit*.

Такимъ образомъ, вопреки мнѣнію Дельбрюка, *condictio ex canone Redintegranda* получила свое практическое примѣненіе *ранѣе*, чѣмъ *condictio ex c. Saere*.

Брунсъ (*Bruns—cit. S. 180*) отмѣтилъ ту особенность *can. Saere contingit*, что онъ, подобно всѣмъ другимъ правиламъ Латеранскаго собора 1215 г. и вмѣстѣ съ ними, имѣлъ цѣлью своего установленія облегчить духовенству возможность обратнаго полученія ихъ имущества, въ случаѣ захвата послѣдняго мірянами.

Это предположеніе Брунса не даетъ однако отвѣта на цѣлый рядъ вопросовъ и недоразумѣній. Такъ остается непонятнымъ, почему же въ такомъ случаѣ Иннокентій III не признавалъ примѣненія *Redintegranda* не только для свѣтскихъ судей и судовъ, но равно для области дѣлъ чисто церковныхъ, гдѣ при помощи его скорѣе и проще было бы тогда дать защиту споліатамъ, чѣмъ изобрѣтать для того новыя правила канона *Saere contingit*.

Намъ думается, что издавая этотъ декреталій свой и борясь противъ злоупотребленій въ примѣненіи нека изъ *can. Redintegranda*, папа Иннокентій руководился соображеніями двоякаго рода—а именно своеобразнымъ характеромъ и ходомъ возникновенія нека изъ *c. Redintegranda* и затѣмъ желаніемъ слѣдить за однообразнымъ и точнымъ примѣненіемъ правилъ церковнаго законодательства.

¹⁾ См. Schulte—cit. S. 193 § 44 и стр. 205 § 48.

Какъ мы уже не разъ указывали раньше, искъ изъ канона *Redintegranda* получилъ свое бытіе и дальнѣйшее развитіе не по инициативѣ законодателей—папъ: его родителями и восприемщиками были юристы-канонисты; появился онъ въ искахъ повседневной жизни, путемъ обычно—правнымъ, а не законодательнымъ. Возникнувъ такимъ образомъ среди мірянъ, онъ рѣзко вторгнулся въ область церковныхъ интересовъ и отношеній, гдѣ существенно измѣнялъ правила и практику церковныхъ законовъ.

Благодаря вліянію этого иска, возникшаго путемъ обычая, канонъ *Redintegranda*, бывшій краеугольнымъ камнемъ всего ученія по данному вопросу съ момента появленія своего въ Лже-Исидоровомъ сборникѣ, получилъ одно примѣненіе въ законодательствѣ и другое въ практикѣ повседневной жизни. Именно канонъ этотъ, по буквѣ закона, удерживалъ въ неприкосновенности свое первоначальное значеніе и свою первичную природу привилегіи епископовъ, понесшихъ *spolium*; причемъ въ качествѣ такого *remedium'a juris* и помѣщался въ сборники церковнаго права. Въ то же время канонисты и судебная практика создали изъ него новый институтъ, ставшій изъ процессуальной привилегіи епископовъ настоящимъ искомъ общаго права.

Положеніе папъ въ отношеніи къ иску изъ *can. Redintegranda* оказалось очень затруднительнымъ. Съ одной стороны, папы, охраняя и слѣдя за точнымъ и буквальнымъ соблюденіемъ правилъ церковнаго права, не могли признавать (по крайней мѣрѣ первое время), а тѣмъ болѣе санкціонировать, этотъ искъ, «самовольнаго», такъ сказать, происхожденія, созданный даже не духовенствомъ, а мірскимъ обычаемъ, при содѣйствіи канонистовъ. Съ другой стороны, отмѣнить его специальнымъ указомъ они не рѣшались, боясь, что при этомъ сочувствіе и симпатіи общества будутъ не на ихъ сторонѣ, и тогда запретъ такой окажется «гласомъ вопіющаго въ пустынь».

Первоначально папы отъ Граціана и до Иннокентія III разрѣшали эту дилемму своеобразно: они просто замалчивали новыя правила о защитѣ *spolium'a*, выработанныя канонистами и судебной практикой. Иннокентій же III рѣшилъ

пойти инымъ путемъ. Продолжая, по примѣру своихъ предшественниковъ, игнорировать созданный мірянами, ихъ обычаями, искъ изъ *Redintegranda*, онъ однако счелъ необходимымъ сдѣлать уступку запросамъ жизни, и создалъ своимъ *cap. Saere contingit* «нѣчто подобное» существующему иску, но освященное уже папскимъ авторитетомъ. Большое сходство содержания *cap. Saere* съ выработанными практикой правилами примѣненія нека изъ *s. Redintegranda* гарантировали папѣ успѣхъ въ жизни его «новаго» средства. Нѣкоторыя особенности, напр., дозволеніе примѣнять новое *remedium spoli* не противъ всѣхъ владѣльцевъ вещи, а лишь противъ третьихъ недобросовѣстныхъ приобретателей, давало папскому постановленію видъ самостоятельности. Другими словами, Иннокентію III изданіемъ правилъ *s. Saere contingit* удалось, до извѣстной степени, присвоить себѣ законодательную инициативу созданія новаго иска противъ *spolium*'а, и этимъ, такъ сказать, сохранить престижъ и папъ, и церкви отъ допущенія въ церковныхъ дѣлахъ господства правилъ, вырабатываемыхъ помимо высшей церковной власти, при томъ простыми мірянами.

Что папы вопреки желанію своему вынуждены были обстоятельствами пойти указаннымъ путемъ, и хотя косвенно, своимъ «новымъ» постановленіемъ провести въ церковное законодательство тѣ правила, которыя обычно-правнымъ порядкомъ уже господствовали въ жизни,—это подтверждается между прочимъ и тѣмъ, что не смотря на враждебность папъ къ иску изъ *cap. Redintegranda*, въ *Sacra Rota Romana*, т. е. въ высшемъ судебномъ трибуналѣ римской куріи, непосредственно подчиненномъ папской власти и рѣшенія котораго служили руководствомъ для тождественныхъ и аналогичныхъ случаевъ духовнымъ судамъ не только въ самой Италіи, но и внѣ ея, въ другихъ каноническихъ странахъ Европы,—постоянно и неуклонно примѣнялась въ его практикѣ защита противъ *spolium*'а при помощи иска изъ *cap. Redintegranda*. Причина такого своеобразнаго явленія ясно изложена у Белламера¹⁾.

¹⁾ Aegidius Bellamera commentar. ad Decretum c. III qu. I. № 15. Lugdini 1550 fol 166.

Этотъ извѣстный ученый своего времени, бывший именно аудиторомъ Rotae Romanae при папѣ Григоріи XI (См. Schulte cit. II S. 274), жестоко критикуетъ распространительное толкованіе канона Redintegranda, но въ тоже время самъ признаетъ, что не смотря на все это, *нѣтъ возможности* на практикѣ не примѣнять этого иска, возникшаго по обычаю, и утѣшается въ этомъ печальномъ положеніи судей тѣмъ, что все же обычай вообще является лучшимъ толкователемъ закона: «quia consuetudo est legitima legum interpres»¹⁾.

И дѣйствительно, разсматривая сборникъ болѣе раннихъ рѣшеній Rotae Romanae, мы видимъ, что этотъ судебный трибуналъ съ начала практики своей давалъ защиту при spoliū'ѣ даже простымъ держателямъ (detentores) вещи (Antiquae decisiones Rotae Rom. № 56. De restit. spolat.²⁾, принимая понятіе spoliū'a въ обширномъ его толкованіи какъ всякаго неправомѣрнаго дѣйствія, согласно ученія большинства канонистовъ.

¹⁾ „In palatio... apostolico auditores, advocati, procuratores et notarii ejusdem palatii ex quadam consuetudine, cujus initii memoria non extabat, pro determinato habebunt quod beneficium hujus canonis ad omnes personas ecclesiasticas extendi debebat: sed et multi inter eos illud ad omnes saeculares et laicos extendebant, sed quo jure praeter consuetudinem nunquam potui videre. Fatetur tamen quod Hugolinum videtur intelligere istum canonem generaliter de omnibus pers. eccles. sed nihil allegat“.

²⁾ Сравни. Johannes Andrea de St. Georgio (praepositus). Въ его Commentar. super decretorum volumina, Venetiis 1579 fol. 123, 124, 125, мы читаемъ:

„In palatio apostolico practicatur, quod etiam non probata possessione plena, sed aliquo actu possessionis vel detentationis, pronunciant restituendo taliter agentem“... Дальше авторъ замѣчаетъ, что такая практика не противорѣчитъ и слову „suas“ въ can. Redintegranda: „Quod hic capitur verbum suas late etiam respectu detentationis. Ideo et depositarius et commodatarius, cui res deposita aut commodata aufertur, potest pro recuperatione uti remedio hujus canonis. Ex quo inferri potest generaliter, quod etiam non habenti dominium, nec possessionem, sed meram detentationem, competit hoc remedium“.

При этомъ защита имъ давалась даже недобросовѣт-нымъ владѣльцамъ противъ всякаго насильника ¹⁾. и по поводу *spolium*'а какъ недвижимаго, такъ и движимаго имущества ²⁾. Въмѣстѣ съ тѣмъ скоро *Rota* стала требовать въ процессѣ необходимости доказывать два существенныхъ элемента, во первыхъ, «*extremum primum*», т. е. *possessio antiquior* истца, и «*extremum secundum*», т. е. *possessio junior* отвѣтчика ³⁾.

Практика *Rotae Romanae* первоначально не признавала совершенно давности для защиты *spolium*'а. ⁴⁾ Это правило такъ твердо примѣнялось, что *Contardus* писалъ по поводу его ⁵⁾.

«*Quam opinionem te sequi velis, nolis, necesse est; facilius enim clavem de manu Herculis extorseris quam hanc tam persuasam ac receptam tanto tempore opinionem deicere possis in hac curia*».

Нѣсколько далѣе впрочемъ *Контардо* самъ обращаетъ вниманіе на то обстоятельство, что въ его время среди юристовъ уже шла сильная реакція противъ такого *rigor juris*, и прибавляетъ:

«*Audivi... nonnullos magni nominis advocatos frustra tentasse revangare dietas decisiones*»....

И далѣе замѣчаетъ:

«*Advetrendum est, quod in text. C. reint. ne verbum quidem legitur de praescriptione, et illa verba conditione temporis (si rectius intraspiciatur) non important praescriptionem, sed temporis qualitatem. Verbum enim conditio aliquando importat qualitatem*».

Эта реакція въ концѣ концовъ одержала верхъ, и ко времени папы *Григорія XIII* въ статутахъ, изданныхъ горо-

¹⁾ *Putei*—*Decisiones*; *Venetis* 1605, lib. II, decis. 176, fol. 195.

²⁾ *Buratto*—*Decisiones Rotae Romanae* 1637 *Romae*; decis. 271.

³⁾ *Crescenti*—*Decisiones Rotae*; de restitutione. *spoliatarum*, decis. III. p. 74 *Romae* 1717. *Decisiones S. Rotae Romanae (Mantica) Coloniae Allob. rogam* 1620 *Decis.* 181, № 2 p. 262; *Pacioni*—*Allegationes civiles et canonicae S. Rotae Romanae Lugdini* 1700, fol. 217.

⁴⁾ *Putei*—*Decisiones*, lib. I, deci. 15 fol. 44).

⁵⁾ *Contardi*—*Comentarii in l. un. Cod. si de moment. poss. fuerit appell.* *Venet.* 1574. *Limit.* II, § 4, fol. 193.

домъ Римомъ, въ титулѣ—*de praescriptiouiibus spoli*, мы считаемъ.

»*Actio spoli* ultra annos triginta non detur, nisi de spolio cum violentia doceatur» 1).

Давность иска и на случай *spolium'a cum violentia*, какъ можно предполагать, согласно указанію Costa 2), была установлена лишь папой Климентомъ VIII, около 1605 года, истеченіемъ 40 лѣтней общей давности, введенной имъ для *a. spoli*.

Замѣтимъ здѣсь кстати, что именно въ *decisiones Rotae Romanae* первой половины XVI вѣка впервые мы встрѣчаемся съ наименованіемъ спеціальнаго иска въ защиту отъ *spolium'a*—*actio spoli*, взаменъ прежнихъ его наименованій,— то какъ *condictio ex c. Redintegrandae*, то какъ *remedium ex can. Redintegrandae*, или даже просто—*Redintegrandae*. При папѣ Григоріи XIII это наименование получило свою законодательную санкцію, въ *Statuta urbis Romae*, гдѣ сказано: «*Actio spoli* ultra annos triginta non detur etc» 3). Въ виду того, что названіе это введено было практикой, оказывается труднымъ вообще установить какъ точное время созданія новаго термина, такъ равно тѣ причины, которыя вызвали къ жизни новое наименованіе стараго иска.

Мы во всякомъ случаѣ считаемъ нужнымъ здѣсь указать на тотъ безспорный фактъ, что *actio spoli*, или ранѣе ея *remedium ex can. Redintegrandae*, явились не продуктомъ измы-

1) *Statuta almae urbis Romae*, cap. 160. Romae 1580, p. 69.

2) Io. Batist. Costa—*Tractatus de remed. sub idiar. Remed* 49, fol. 149. Ticin. 1605.

3) См. *Statuta almae urbis Romae*, cap. 160, p. 69. Romae 1580; ср. Putei—*Decisiones* edit. Venet. 1605; lib. II, decis. 176 fol 145; decis. 278. fol. 224. Farinacci—*Decisiones Rotae Romanae Lugdini* 1640 t. I, рѣшен. отъ 1542 г. Peyna—*Decisiones Sanctae Rotae Romanae* t. I, decis. 771 отъ 1599 г., 1805 (1607 г.) и др. Brunс ошибочно относитъ появленіе названіе *actio spoli* къ 1676 году. Dernburg, Randa, Meischeider видятъ появленіе его впервые въ Германіи не ранѣе XVIII вѣка—*Dernburg Pandekten* I, § 189; Randa *Der Besitz* стр. 144 пр. 43; Meischeider—*Besitz und Besitzschutz*, стр. 168.

шений законодателя, его досужимъ изобрѣтеніемъ, но были созданы условіями самой средневѣковой жизни, имѣя часто практическое свое примѣненіе даже противъ желанія на то законодателей, стремившихся не разъ или обезличить этотъ институтъ и подвести его подъ рамки обычныхъ средствъ посессорной защиты римскаго права, или даже совершенно уничтожить.

Уже это одно показываетъ, насколько *remedium spoli* оказался дѣйствительно отвѣчавшимъ запросамъ и нуждамъ общественной жизни того времени, которая и создала и поддерживала институтъ этотъ.

Своеобразность и происхожденія, и содержанія этого института, какъ продукта средневѣковаго быта, неизбежно повлекла за собою неудачу всѣхъ попытокъ юристовъ стараго и новаго времени подчинить его во всемъ правиламъ римскаго права касательно посессорной защиты ¹⁾.

Такъ Брунсъ ²⁾ признавалъ *remedium ex c. Redintegranda*, въ его распространительномъ примѣненіи, (какое было отмѣчено нами выше), имѣющимъ характеръ вѣдѣній вещи, основанной лишь на простомъ владѣніи, даже на держаніи. Отсюда однако еще не слѣдуетъ признавать искъ этотъ результатомъ заблужденія средневѣковыхъ юристовъ и ихъ неумѣнія научно обрабатывать институты на началахъ римскаго права.

Между тѣмъ такое возрѣніе имѣло и имѣетъ еще сторонниковъ въ литературѣ.

Такъ Савиньи, создавая свою знаменитую теорію владѣнія по римскому праву, устранялъ при этомъ тѣ элементы, которые, по его мнѣнію, уже проникли въ этотъ институтъ, позднѣе, лишивъ его первичной чистоты и цѣльности. Онъ между прочимъ разсматривалъ и *a. spoli* какъ одно изъ аномальныхъ явленій въ институтѣ владѣнія, и утверждалъ что средневѣковые юристы, не зная хорошо римскаго права, и слѣдовательно, не имѣя возможности усвоить себѣ точныя понятія о *possessio*, нашли болѣе удобнымъ создать новый

¹⁾ Ср. Ruffini—*L'actio spoli* 1839 г., стр., 397.

²⁾ Bruns—*Die Besitzklagen* cit. § 20, стр., 214.

юридическій путь, который, благодаря своей обширности и неопредѣленности, избавилъ бы ихъ отъ необходимости изучать римское право ¹⁾).

Не вдаваясь въ критику ученія Савиньи по этому вопросу, особенно послѣ суровой отповѣди ему со стороны Иеринга, ²⁾ мы можемъ здѣсь лишь замѣтить, что Савиньи далъ очевидно ошибочную оцѣнку а. spoliі, увлеченный созданной имъ теоріей, что владѣльческіе interdикты должны быть деликтными некама, и желая непременно сохранить цѣлостность своего ученія.

Въ настоящее время никто не станетъ сомнѣваться въ томъ безспорномъ фактѣ, что моментъ развитія remedium'a spoliі совпадаетъ по времени именно со временемъ расцвѣта рецепціи римскаго права и его научно—теоретической разработки въ средніе вѣка. Уже Брунсъ ³⁾ указалъ, насколько въ смутныя времена XIII и XIV вѣковъ, когда въ Италіи всюду процвѣтали произволъ и кулачное право,—насколько въ это время были необходимы экстраординарныя обширнѣйшія мѣры для защиты владѣнія. Потребность въ этомъ стала еще болѣе острой, благодаря невѣроятной волокитѣ, дороговизнѣ и сложности обыкновеннаго римско-каноническаго судопроизводства. Если средневѣковые юристы называли доказываніе собственности probatio diabolica, то это объясняется главнымъ образомъ именно сложностью процессовъ того времени о собственности. Собственникъ, хорошо защищенный по римскому праву петиторными некама, не имѣлъ уже возможности съ успѣхомъ и легко пользоваться этими же средствами защиты въ средніе вѣка, какъ объ этомъ свидѣлствуютъ намъ Иннокентій III и Фридрихъ II. Отсюда возникла идея о смягченіи крайностей, какія давалъ средневѣковый rigor civilis. То же замѣчается въ дѣлѣ защиты и другихъ, кромѣ собственности, правъ. Лучшимъ средствомъ здѣсь явилась поссессорная защита въ ея разно-

¹⁾ Savigny—Das Recht des Besitzes § 50.

²⁾ Cp. Ihering—Grund des Besitzschutzes § 8.

³⁾ Bruns—Das Recht des Besitzes § 30.

образныхъ видахъ. Потому то средневѣковая практика и стремилась дать possessорную защиту всякаго рода правоотношеніямъ, создавая вмѣстѣ съ тѣмъ самыя своеобразныя формы для такой защиты.

Remedium (позднѣе actio) spoliі было основнымъ изъ этихъ экстраординарныхъ средствъ защиты. Оно допускалось въ возможно обширномъ примѣненіи, гдѣ не только можно было создать possessорную защиту, но вообще гдѣ являлась необходимость возстановленія status quo, отвѣчая вполнѣ стремленію общества въ тѣ смутныя эпохи кулачнаго права охранять во что бы то ни стало фактическое состояніе отношеній отъ покушеній нарушить его самоуправно.

Примѣненіе этого иска неизбѣжно должно было колебаться въ своемъ объемѣ сообразно съ тѣмъ состояніемъ тишины и порядка, какое въ данное время было въ обществѣ.

Среди новыхъ юристовъ имѣется не мало сторонниковъ признанія а. spoliі за искъ петиторный; причемъ одни считаютъ его имѣющимъ цѣлью своею защиту собственности, другіе признаютъ его примѣнимымъ и въ защиту добросовѣтнаго владѣнія.

Сторонниками такого возрѣнія можно указать Миттермайера ¹⁾ и особенно Дельбрюка ²⁾.

Дельбрюкъ, какъ сторонникъ признанія а. spoliі результатомъ реценціи нормъ германскаго права, замѣчаетъ, что институты и принципы германскаго права, гдѣ не различались фактъ отъ права, владѣніе отъ собственности, и гдѣ спеціальныя вещныя иски имѣли смѣшанный possessорно-петиторный характеръ, не утратили своего значенія въ средневѣковой итальянской жизни. Здѣсь они продолжали свое существованіе въ видѣ разнообразныхъ новыхъ юридическихъ институтовъ, неизвѣстныхъ римскому праву. Таковы, напр., новый способъ различія видовъ владѣнія, многочисленныя презумпціи, *possessorium ordinarium, officium iudicis*,

¹⁾ Mittermayer—Das gemeine deutsche bürgerliche Process § 290.

²⁾ Delbrück—Die dingliche Klage des deutschen Rechts 1857.

remedium ex lege «Si coloni», condictio ex lege «Quum quaerebatur» и др., особенно же actio spoli. Последняя, поскольку она давалась против насильника, собственно говоря, свободно могла быть разсматриваема как искъ по сессорный, явившийся естественнымъ развитіемъ римскаго интердикта Unde vi. Но поскольку а. spoli примѣнялась противъ третьяго владѣльца (не насильника), она являлась рецепціей вещнаго иска германскаго права, и потому была настоящимъ петиторнымъ искомъ. Эту свою функцію а. spoli выполняло въ двухъ различныхъ формахъ: или какъ искъ, основанный на предшествовавшемъ добросовѣстномъ владѣніи, или какъ искъ, зависящій отъ недобровольной утраты владѣнія; причемъ при каждой формѣ этой допускались противъ иска различныя возраженія.

Какъ справедливо замѣчаетъ въ этомъ отношеніи Гейслеръ¹⁾ во всякомъ случаѣ Дельбрюкъ не даетъ никакихъ указаній на то, какимъ образомъ вещный искъ германскаго права могъ проявляться въ тѣхъ разнообразныхъ формахъ защиты status quo, какія были нами указаны выше; причемъ а. spoli сама представляется не болѣе какъ только одной изъ этихъ формъ.

Такимъ образомъ если и признавать, что не мало элементовъ, свойственныхъ германскому праву, проникло въ каноническій процессъ о защитѣ владѣнія, то все же на основаніи этого одного обстоятельства нельзя еще считать а. spoli непременно случаемъ такой рецепціи германскаго института, у котораго средневѣковая практика удовольствовалась лишь перемѣной оболочки и аксессуаровъ, не вводя ничего новаго по существу.

Съ точки зрѣнія систематики Delbrück²⁾ основывается свои соображенія на слѣдующемъ, именно, что искъ противъ третьяго владѣльца вещи никогда не можетъ быть по сессорнымъ искомъ, причемъ, будетъ ли этотъ третій добросо-

¹⁾ Heusler—Die Gewere стр. 304 слѣд.

²⁾ Delbrück—Nachträge zur dinglichen Klage des deutschen Rechts—Iher. Jahrb. 1871, B. X, S. 110—116, а равно см. Ziebarth—Die Realexecution und die Obligation 1866 S. 262—271.

вѣстнымъ или недобросовѣстнымъ владѣльцемъ — безразлично. Поссessorный искъ, какой можно предъявить противъ третьяго владѣльца, будетъ служить не для охраны владѣнія, но самъ станетъ постоянной угрозой владѣнію, сдѣлавшись такимъ образомъ покровителемъ и пособникомъ для насильниковъ и разбойниковъ, а не для законныхъ владѣльцевъ¹⁾.

Справедливо замѣтилъ въ этомъ отношеніи Bruns²⁾, что по своимъ послѣдствіямъ поссessorная защита является какъ бы обюдоострымъ оружіемъ, которое, если его слишкомъ отточить, можетъ не только быть бесполезнымъ, но даже и прямо опаснымъ.

Если при такой защитѣ оставляется совершенно вопросъ о правѣ лица на владѣніе, то хотя этимъ, съ одной стороны, и дается управомоченному лицу средство получить свою вещь скорѣе и легче, чѣмъ при помощи петиторнаго иска, съ другой стороны, искъ такой идетъ на помощь и неправому владѣльцу. Такимъ образомъ здѣсь на лицо выгоды и невыгоды, которыя вмѣстѣ увеличиваются пропорціонально тому, какъ расширяется область поссessorной защиты. Но нельзя рѣшить а. priori, которая изъ этихъ двухъ точекъ зрѣнія должна одержать верхъ, — боязнь ли невыгодъ или соображеніе о выгодахъ, п. ч. рѣшеніе этого вопроса зависитъ отъ большого числа историческихъ условій, права и опыта юридической жизни. Во всякомъ случаѣ законъ, желающій получить выгоду отъ этой мѣры защиты, долженъ какъ добавленіе, получить и неудобства, изъ нея истекающія, какъ неизбежное послѣдствіе самой мѣры. Конечно, когда практика покажетъ, что въ данное время поссessorная за-

¹⁾ Въ этомъ отношеніи Дельбрюкъ и Цибартъ сходятся въ ихъ выводахъ съ положеніями, много ранѣе ихъ высказанными у Costa—(см. Ioan-Batista Costa.—Tractatus de remediis subsidiariis Remed, 49, fol. 149 Ticin-1608), который утверждалъ, что допущеніе Remedium'a ex canone Redinte. granda противъ третьихъ добросовѣстныхъ владѣльцевъ является уже не защитой владѣльцевъ, но „ad omnes justos possessores spoliandos et iniquitandos“.

²⁾ Bruns—Die Besitzklagen... cit. стр. 217.

щита становится слишкомъ уже выгодной для насильниковъ, тогда защита такая д. б. отмѣнена или измѣнена; но даже, и при такихъ условіяхъ законодательство можетъ предпочесть выгоды, какія доставляетъ законному владѣльцу обширная область примѣненія такой защиты, тѣмъ невыгоднымъ послѣдствіямъ, какія посессорная защита можетъ повлечь за собою, охраняя интересы неправыхъ владѣльцевъ. Другими словами, и въ такихъ случаяхъ законодатель можетъ допустить посессорную защиту противъ третьихъ лицъ ¹⁾).

Безспорно, соображеніе выгодъ отъ покровительства законнымъ владѣльцамъ и невыгодъ отъ охраны въ тоже время и неправого владѣнія можетъ, а въ извѣстныхъ случаяхъ даже должно, при обычномъ теченіи жизни, оказать влияніе на большую или меньшую область примѣненія посессорной защиты. Но такое соображеніе не представляетъ собою *raison d'être* защиты владѣнія. Другими словами, соображеніе выгодъ и неудобствъ, о которыхъ мы говорили выше, можетъ быть границей, но не основаніемъ защиты владѣнія.

Remedium ex cap. Redintegranda (actio spoli), какъ правильно утверждаетъ Брунсъ ²⁾, никогда не имѣло своей основной задачей защиту собственности. Такой цѣли нашъ искъ уже прямо противорѣчитъ по самой идеѣ его созданія. *Remedium ex capone Redintegranda*, въ своемъ первичномъ видѣ, было установлено не въ цѣляхъ того, чтобы сдѣлать излишнимъ петиторный искъ, но предполагало искъ этотъ какъ свое необходимое послѣдствіе. Такимъ образомъ когда позднѣе оно превратилось въ самостоятельный искъ, послѣдній нашелъ свое *raison d'être* не въ необходимости защиты собственника, которому не хватило средствъ доказать свое право петиторнымъ порядкомъ; но именно въ принципѣ болѣе общаго характера и болѣе высшаго, сравнительно съ соображеніями имущественнаго характера, а именно въ принципѣ: *spoliatus ante omnia restituendus*. Нельзя говорить о специальномъ законодательствѣ, безусловно поставившемъ

¹⁾ Bruns—cit. стр. 219.

²⁾ Bruns—cit. стр. 221.

выгоды отъ обширной защиты владѣнія выше невыгодъ, фатально связанныхъ съ послѣдней. Можно лишь говорить, что вся средневѣковая практика и все многочисленныя законодательства того времени, признавшія *actio spoli*, неизбежно чувствовали, благодаря особымъ условіямъ того времени, потребность, чтобы владѣнія были ясны и обезпечены, не обращая при этомъ вниманія на вредъ или выгоду этого принципа для имущества отдѣльныхъ частныхъ лицъ.

Поэтому то и не обращалось вниманія, при установленіи такой защиты, на *bona* или *mala fides*, на *titulus* или давность. Установленіе границъ для примѣненія этого средства защиты владѣнія явилось или плодомъ дѣятельности отдѣльныхъ изслѣдователей, или подъ вліяніемъ германскаго права, или результатомъ той тиранин, съ которой идеи римскаго права захватили умы юристовъ того времени. Но этимъ факторамъ удалось оказать вліяніе лишь въ концѣ среднихъ вѣковъ и въ новое время, когда смутныя времена социальныхъ неурядицъ и господства самоуправства, т. е. тѣ именно условія, при которыхъ вышла и развилась *actio spoli*, стали въ значительной степени ослабѣвать и смягчаться. Въѣсть съ тѣмъ однако *a. spoli* никогда и позднѣе не утрачивало, по общему ученію, своего характера possessорнаго иска. Если же нѣкоторые петиторные элементы проникали иногда въ этотъ искъ (напр. *ex dominii*), то причиной этого являлась слабость научнаго развитія законовѣдовъ того времени, которые не умѣли съ точностью отличать иски петиторный отъ possessорнаго. Подтвержденіе сказанному мы имѣемъ въ томъ фактѣ, что тѣ же петиторные элементы вводились и въ *interdicta*, possessорная природа которыхъ однако не подлежала никогда ни малѣйшему сомнѣнію.

До послѣдняго времени въ юридической литературѣ можно еще встрѣтить временами воззрѣніе на *actio spoli*, какъ на «расширенный» *interd. Unde vi*, какъ на искъ, возникшій путемъ простаго расширенія области и условій примѣненія этого римскаго средства possessорной защиты¹⁾.

¹⁾ См. напр., F. Regelsberger. *Besitzschutz nach römischem Recht, nach gemeinem Recht und nach der BGB.*; въ *Festschrift für die juristische Facultät zu Giessen 1907* S. 265.

Отвѣтомъ на это мнѣніе служатъ все, что мы сказали выше про разсматриваемый здѣсь институтъ. Средневѣковые юристы, реципируя римскія средства possessорной защиты, сами признавали, что церковь *рядомъ* съ ихъ дѣятельностью въ области созданія новаго права, заботясь объ охранѣ епископовъ противъ насильниковъ, изобрѣла своеобразный способъ защиты, дѣйствительно похожій по цѣлямъ и задачамъ своимъ на римскія рекуператорныя средства. Это—церковное *remedium spoli*, которое сперва было экстраординарнымъ средствомъ защиты, въ видѣ *officium'a judicis*, ни *искомъ*, ни *exceptio* въ собственномъ смыслѣ, постепенно, въ теченіи трехъ вѣковъ, трудами не законодателей, а главнымъ образомъ юристовъ-канонистовъ, развилося въ институтъ частнаго права, вѣрнѣе въ два института—*искъ* и *exceptio*. Съ этого времени *a. spoli*, получивъ самостоятельное существованіе, была разработана легистами и канонистами на началахъ не только *интердиктовъ* и *исковъ de dolo* и *quod metus causa*, но равно подъ значительнымъ воздѣйствіемъ началъ германскаго права. При этомъ новый *искъ* сталъ съ успѣхомъ примѣняться *рядомъ* съ *Unde vi*, и конкурируя съ послѣднимъ. Въмѣстѣ съ тѣмъ однако *Unde vi* всюду изучался и канонистами и легистами отдѣльно и обособленно отъ *a. spoli*, причемъ большинствомъ ихъ яено сознавалось различіе въ самой природѣ обоихъ *исковъ*. Словомъ, необходимо прійти къ тому неизбежному, съ исторической точки зрѣнія, выводу, что *a. spoli* не является никомъ образомъ простой модификаціей *Unde vi*. Ядро этого института взято изъ другого, не римскаго права; разработанъ онъ на началахъ каноническаго и германскаго правъ, по римскимъ образцамъ лишь. Какъ possessорный *искъ a. spoli* есть *specificum* среднихъ вѣковъ, ихъ дѣтище, вызванное къ жизни социальными-экономическими условіями, а не рецепціей нормъ римскаго права, при томъ развившееся удивительно своеобразнымъ образомъ, безъ санкціи законодателя, даже вопреки его желанію, благодаря совмѣстной дѣятельности юристовъ-канонистовъ и судебной практики того времени.

Съ догматической точки зрѣнія, согласно *communis opinio canonistarum*, можно установить слѣдующія главнѣйшія черты отличія *a. spoli* отъ *unde vi*:

1) Основаніемъ нашего иска м. б. не только *vis*, но *spolium*, подъ которымъ понимается всякая *injusta causa omissionis*, всякое неправомѣрное отнятіе вещи вопреки волѣ на то ея обладателя.

2) Защищались при помощи *a. spoli* не только *possesores*, но и держатели.

3) Предъявлена она м. б. не только противъ споліатора, но противъ всякаго владѣльца сполірованной вещи, являясь такимъ образомъ, съ точки зрѣнія римской терминологіи, *actio in rem scripta*.

4) Давалась она въ защиту отъ *spolium*'а не только вещей движимыхъ и недвижимыхъ, но равно и правъ, не исключая и личныхъ, если только (согласно мнѣнію большинства) они допускали повторное осуществленіе своего содержанія, а не погашались *ipso actu*.

5) Истецъ при *a. spoli* долженъ былъ лишь доказать, что владѣлъ вещью *ранѣе* отвѣтчика; откуда возникала презумпція продолженія болѣе ранняго владѣнія и порочности владѣнія отвѣтчика. Доказывать свое владѣніе и фактъ *spolium*'а какъ это нужно было при *unde vi*—здѣсь не требовалось.

Часть III-я.

Actio spoliі въ свѣтскомъ правѣ.

Actio spoliі у Глоссаторовъ и Легистовъ.

Искъ изъ канона Redintegranda получилъ права гражданства въ свѣтскомъ законодательствѣ сравнительно поздно, даже въ самой Италіи не ранѣе XIV вѣка¹⁾; съ XV же вѣка мы встрѣчаемся съ Redintegranda у всѣхъ легистовъ, которые специально занимались вопросомъ о владѣніи²⁾. Объяснить такое сравнительное запозданіе рецепціи свѣтскимъ правомъ этого иска, созданнаго церковной жизнью и канонистами, можно тѣмъ, что Глоссаторы, специально изучавшіе источники римскаго права и задачей всей дѣятельности своей ставившіе пересадку нормъ этого права на родную почву, уже тѣмъ самымъ не считали нужнымъ заниматься новымъ искомъ, противопоставленнымъ практикой искамъ римскаго права. У глоссаторовъ мы и встрѣчаемся лишь съ краткими указаниями на этотъ искъ³⁾. Да и позднѣе искъ этотъ проникъ въ свѣтское право не сразу, главнымъ образомъ потому, что неблагоприятное къ нему отношеніе папскаго законодательства, когда высшая духовная власть отрелася, такъ сказать, отъ *condictio ex canone Redintegranda*, вліяло вред-

¹⁾ См. Bruns—Das Recht des Besitzes. S. 257.

²⁾ Такъ о ней говоритъ Альциати (Alciati—Opera t. I, p. 141 и 1463 De possessione): «aliud uberius remedium addiderunt Pontifices»; см. еще Constantinus Rogerius—De remediis possessorii—I. Tractatus juris univers. t. III, p. II, p. 425; Ioan. Crisp. de Montibus—Termini actionum № 64—въ Tractatus actionum p. 202; Ripa—Commentarius de possessione Taurini 1574 fol. 202—«Materia utilis et quotidiana. quae in curiis continuo prae manibus versatur». См. еще Bruns—Das Recht des Besitzes § 32.

³⁾ Напр. у Azo см. Landsberg—die Quaestiones des Azo Freiburg 1888 s. 80.

но на свѣтскихъ юристовъ при ихъ попыткахъ заняться этимъ искомъ. Позднѣе, съ раскрытіемъ подложности Нейдровыхъ Декреталій, порокъ происхожденія *can. Redintegranda*—этой основы иска—дѣйствовалъ еще болѣе охлаждающимъ образомъ. Только начиная съ того времени, какъ *aspiratio* стала господствующей въ правѣ каноническомъ, ея начала болѣе внимательно заниматься и свѣтская юриспруденція. Но и послѣ такой переменны отношеній свѣтскихъ юристовъ къ иску многіе изъ послѣднихъ продолжали враждебно относиться къ нему, признавая нужнымъ исключить изъ этого иска его наиболѣе характерные признаки, чтобы такимъ образомъ ограничить область и условія его примѣненія областью и условіями примѣненія другихъ средствъ посессорной защиты 1).

Юристовъ этого времени, писавшихъ о *Redintegranda*, можно раздѣлить на двѣ группы; одни изъ нихъ, основываясь на содержаніи *Corpus juris civilis* и руководствуясь болѣе теоріей, чѣмъ практикой, старались ограничить и сѣузить область примѣненія *Redintegranda*. Другіе, основываясь на фактѣ ея распространенности на практикѣ и въ судебныхъ обычаяхъ, признавали примѣненіе *Redintegranda* среди мірянъ въ полномъ объемѣ, какой получила она къ этому времени въ правѣ каноническомъ.

Представителемъ перваго направленія можно указать *Menochius*'а Признавая *Redintegranda* защищающимъ между прочимъ и недобросовѣстнаго владѣльца, онъ отрицаетъ однако возможность примѣненія этого иска для простаго детента 2).

1) *Ferdinandus de Rets—De interdictis et remediis possessoriiis*, въ *Meermann—Thesaurus juris I. VII. p. 514.*

2) См. *Menochii—De recuperandae possessionis remedio XV, № 62, 50—52.* Относительно характера направленія этого автора нѣтъ согласія среди новѣйшихъ изслѣдователей; *Bruns—cit. стр. 259—260,* считаетъ его въ числѣ противниковъ новаго иска, съ чѣмъ согласенъ и *Meischer—Besitz und Besitzschutz стр. 148.* Напротивъ *Délbrück—cit стр. 166* причисляетъ его къ сторонникамъ распространительнаго примѣненія *Redintegranda.*

Menochius не допускалъ *Redint.* противъ добросовѣстнаго владѣльца *cum titulo* (cit. № 64—94). Какъ при *Unde vi*, здѣсь истцу было достаточно доказать свое болѣе раннее владѣніе и фактъ владѣнія въ данный моментъ за противникомъ (cit. № 383, 397), при чемъ какъ при *Unde vi* здѣсь не допускалась *exceptio dominii*. Отличіе отъ *Unde vi* Menochius признавалъ за *Redintegranda* въ томъ лишь, что допускалъ его для движимостей и для *res incorporales* (cit. № 193). Отличіе очень слабое, тѣмъ болѣе, что самъ же Menochius допускаетъ въ двухъ послѣднихъ случаяхъ примѣненіе *Unde vi utiliter*. (ibid. № 200). Наконецъ, Menochius добавляетъ, что при спорахъ о бенефиціяхъ истецъ долженъ былъ *colore possessionem* (ibid. № 407) ¹⁾.

Представитель другого воззрѣнія Pontanus ²⁾ излагаетъ ученіе о *Redintegranda* безъ какихъ либо ограниченій въ условіяхъ примѣненія этого иска. Самое изслѣдованіе свое—*De Spolio* онъ, въ *Praefatio*, начинаетъ замѣчаніемъ о томъ, что самое слово *spolium* имѣетъ въ правѣ обширный смыслъ:

«*In jure latissimum, continens id omne cujus restitutio denegatur primo possessori; plures tamen habens in se sinus ac species invicem dissimiles, variisque temporibus editas, et propriis subsidiis munitas, prout temporum eventus, et occasio postulare videbantur.*»

Здѣсь онъ признаетъ искъ *ex. c. Redintegr.* за *remedium sui generis*, примѣняющійся «*in singulis generibus spoli tam comprehensis, quam omissis in aliis constitutionibus de spolio latis*», причемъ въ отличіе отъ Menochius, даетъ этотъ

¹⁾ Другіе комментаторы, такъ напр. Angelus de Ubaldo—*Consilia Francofurtii* 1575 fol. 101 признавали его нарушеніемъ области *ius civile*, въ предѣлахъ, установленныхъ Иннокентіемъ III по его *C. Saepe contingit*. Другіе, напр., Bartolus (in. l. 15 De possess.), Baldus (*Consil.* III. 307) разсматривали его объединенно съ интердиктами. При этомъ отъ Бартоло происходитъ мнѣніе, позднѣе получившее много сторонниковъ. Бартоло признавалъ *Redintegranda* допустимымъ лишь противъ третьяго владѣльца, имѣющаго тяжбу съ тѣмъ, кто потерялъ *spolium*; причемъ не имѣла значенія *bona* или *mala fides* этого третьяго лица. Того же мнѣнія напр. *Giason de Mayo—Prima Dig. De poss. L. 15 Taurini.* 1542 fol. 113.

²⁾ Pontanus—*De Spolio. Tractatus univers. juris t. XIV, fol. 270.*

искъ въ защиту и держателей, противъ всякаго владѣльца даже титулованнаго и добросовѣтнаго ¹⁾).

Вмѣстѣ съ тѣмъ Pontanus указываетъ, что не требовалось для предъявляющаго этотъ искъ никакой «directam spoliū aut vitii probationem», и допускаетъ здѣсь простую praesumptio, опредѣляя послѣднюю точно и подробно въ этомъ отношеніи. Онъ замѣчаетъ, что доказываніе при этомъ совершается различно, именно сообразно съ тѣмъ, идетъ ли дѣло о spoliūмъ вещей in commercio или о res religiosae и incorporales. Въ отношеніи къ первымъ (res in commercio) должно доказывать болѣе раннее владѣніе истца и фактъ наличности владѣнія у отвѣтчика. При этомъ существуетъ praesumptio medii temporis, т. е. предположеніе продолженія прежняго владѣнія за истцомъ до самого времени доказыванія injustae possessionis отвѣтчика, если послѣдній не докажетъ противнаго (ibid. № 79, 80). Предъявляя искъ, достаточно было истцу доказать фактъ своего болѣе ранняго владѣнія, хотя бы въ теченіе самаго непродолжительнаго времени, потому что

«temporisqualitas nec in brevitare, aut in diuturnitate regulariter impediatur agentem de spolio» ²⁾.

Остальные писатели раздѣлились между этими двумя воззрѣніями ³⁾. De Ferrariis (Practica aurea p. 335 № 8) допускаетъ Redintegranda безъ ограниченій, замѣчаетъ при этомъ, что по условіямъ примѣненія эта мѣра защиты владѣнія, «valde levis et trifactoria», и считаетъ желательнымъ ея практику лишь въ области церковныхъ отношеній и для одного

¹⁾ Pontanus—cit. № 115, 126, 129.

²⁾ Pontanus—cit. l. III. cap. II. № 83.

³⁾ Съ Redintegranda мы встрѣчаемся у всѣхъ юристовъ, которые и въ позднѣйшее время писали о владѣніи. Такъ, изъ итальянскихъ авторовъ можно указать здѣсь: 1) Contardus—Commentaria in leg. unicam... Venet. 1574 p. 112; 2) Decianus—Responsa Venetiis 1602 t. IV p. 23 слѣд. 3) Gabrielli—Conclusiones. De restitut. spoliū 1570 p. 393 и др. 4) De Ferrariis въ его Practica aurea—Lugdini 1570 p. 293 № 7; Parisius—Consilia 1576 g. consil. 29 p. 160. Costa—Tractatus de remediis subsidiariis. Taurini 1608 fol. 149, Remed. 49. Farinaceus—Repertorium judiciale Lugdini 1639 quaest. 22, fol. 70.

лишь духовенства. Большинство юристовъ, однако было противъ такого ограниченія ¹⁾. Не мало и такихъ писателей, которые ограничивали возможность защиты недобросовѣстнаго владѣнія путемъ *Redintegranda*, дозволяя примѣнять въ такихъ случаяхъ *exceptio vitii* ²⁾.

Большинство легистовъ при этомъ даютъ *Redintegranda* въ защиту *detentio*. *Contardus* пишетъ въ этомъ отношеніи:

«*Id fit, quia non tantum loquor de spoliatis, sed etiam de ejectis, quasi quod hoc ultimum verbum adaptetur etiam ad mandatarium, depositarium et pari ratione ad conductorem*».

Онъ добавляетъ, далѣе, что нѣкоторые писатели, подъ влияніемъ *Redintegranda*, даже стали ошибочно давать въ защиту держателей *int. Unde vi* ³⁾.

Многіе писатели признавали допустимость этого иска безъ ограниченій противъ всякаго третьяго владѣльца вещи, получившаго ее сингулярно или универсально *bona fide* или *cum titulo* ⁴⁾. Но другіе оспаривали такое примѣненіе его, указывая, что въ такомъ случаѣ *Redintegranda* окажется даваемой скорѣе не въ защиту владѣнія, но для непрерывнаго безпокойства всѣхъ законныхъ владѣльцевъ ⁵⁾.

Постепенно здѣсь начинается развиваться мысль о возможности примѣненія *Redintegranda* въ видѣ защиты всякаго рода правъ отъ ихъ нарушенія, и о возможности *spolium*'а всѣхъ тѣхъ правъ, для какихъ это было уже признано канонистами. Въ этомъ отношеніи свѣтское право пошло даже далѣе, допустивъ примѣненіе *Redintegranda* въ защиту не только супружескихъ, но еще и другихъ правъ семейственныхъ, а равно правъ по личнымъ обязательствамъ, не смотря

¹⁾ *Decianus—Responsa IV, 3 № 109 p. 23; Giason de Mayno—Commentarii l. XV Taurini 1592 fol. 113 № 20 и друг.*

²⁾ *Ср. Gabrielli—Conclus. fol. 1407; Parisius—Consilia Venetiis 1593 fol. 67 vol. I.*

³⁾ *Contardus—Commentarius in l. unic. Cod. Si de moment. poss. L. mil. 21, fol. 230 № 11; ср. Gabrielli—Conclus. fol. 1407 № 7.*

⁴⁾ *Таковы: Hondedeus—Consilia Venetiis 1601 I, 17 fol. 97; De Nevizanis—Consilia Venetiis 1573. Cons. 78.*

⁵⁾ *Ioh. Baptist. Costa—Tractatus de remediis subsidiariis Taurini 1608 Remed. 49, fol. 149.*

на сильную оппозицію въ этомъ отношеніи со стороны многихъ писателей ¹⁾).

Большинство легистовъ въ этомъ спорномъ вопросѣ оказалось на сторонѣ воззрѣнія, высказаннаго Бартоло, согласно которому въ отношеніи обязательствъ личныхъ *spolium*, и слѣдовательно *Redintegranda*, могли быть допускаемы лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда изъ обязательства возникаетъ право на самую личность обязавшагося ²⁾).

На этомъ однако развитіе защиты владѣнія въ средніе вѣка не остановилось. По отношеніи къ обязательствамъ вообще стали, въ концѣ XVI вѣка, признавать, что отказъ въ удовлетвореніи кредитора по обязательству уже тѣмъ самымъ ставить послѣдняго въ положеніе *spoliatus'a*; причемъ однако полагали, что въ такомъ случаѣ кредиторъ могъ выбирать между средствами *retinendae* и *recuperandae possessionis*, утверждая, что, не смотря на *spolium*, кредиторъ сохранялъ при этомъ за собою *possessio civilis*. Такъ *Postius* пишетъ ³⁾).

«*Si denegatur solutio, potest possessor animo retinere civilem possessionem et petere, ut manuteneatur in quasi possessione sua;—est tamen in facultate ejus, cui est denegata solutio habere se pro spoliato, et intentare remedium recuperandae possessionis*».

Обычнымъ средствомъ защиты при этомъ была *Redintegranda*; хотя допускалось здѣсь даже *Unde vi*. По этому поводу мы читаемъ у *Menochius'a* ⁴⁾:

«*Si pro quasi possessione rei incorporalis conceditur saltem utile interdictum Unde vi.... quanto fortius hoc nostrum (Redintegranda), quod dicitur illo pinguis*».

Равнымъ образомъ *Pontanus* замѣчаетъ, что *Redintegranda* дается тому, «*cui fuerit denegata soluta praestatio juris incorporei, ex quo dicitur quasi possessione spoliatus* ⁵⁾).

¹⁾ См. *Bruns—cit.* § 31. S. 274, fig.

²⁾ *Bartolus—in l. 2 Dig. 43, 2:—*«*Si aliquis debet mihi dare aliquid annuum, propter quod habeo aliquod jus in ejus persona, quia est meus vassalus, vel ascriptitius, ita quod habeo aliquod jus reale in ejus persona: tunc possum agere interdicto etiam possessorio.*

³⁾ *Postius—De Manuteneendo Observ. 57—58:*

⁴⁾ *Menochii—cit. Remed. XV, № 200.*

⁵⁾ *Pontanus—cit. cap. XIII, lib. 1, II, № 119.*

Мало того, Costa пошелъ еще дальше, допуская примѣненіе *Redintegranda* «in subsidium contra consules dejectionem vel spoliationem», именно въ случаяхъ несостоятельности самихъ должниковъ—сполиаторовъ¹⁾.

Какъ сообщаетъ Bellamera²⁾ были легисты, которые утверждали, что при *condictio ex c. Redintegranda* истецъ долженъ быть всегда *colorare possessionem* ссылкой на титулъ, въ виду того, что кто хочетъ выиграть процессъ, тотъ долженъ «*aliquid plus habere, cum jus agendi fortius esse oportet, quam jus excipiendi*».

Спорнымъ былъ вопросъ, возможна или нѣтъ противъ *Redintegranda* апелляція. Contardus указываетъ, что въ этомъ отношеніи было три основныхъ ученія³⁾.

а) Одни это безусловно допускали.

б) Другіе, въ томъ числѣ Baldus, различали: «*Aut appellatur super condictione casu reint., quando succedit loco interdicti;*» причеиъ считали, что «*denegandam esse appellatorem*». Или же «*succedit loco actionis quod metus causa, vel de dolo; et tunc admittenda est appellatio*».

в) Третьи, наконецъ, въ числѣ коихъ и Contardus, отрицали апелляцію за проигравшими *Redintegranda*, хотя никакихъ запретовъ этому въ *jus canonicum* и не указано, ссылаясь при этомъ на общее правило *jus civile*, гдѣ нѣтъ апелляціи въ *possessorіихъ* искахъ вообще.

Другими словами, мы видимъ, что и у легистовъ, даже въ большей несравненно степени, чѣмъ у канонистовъ, по цѣлому ряду основныхъ вопросовъ, касающихся юридической природы и условій примѣненія *actio spoli* такъ и не составила *communis opinio*. Взамѣнъ того въ сочиненіяхъ ихъ наблюдаются самыя различныя мнѣнія и ученія даже по тѣмъ вопросамъ, которые такъ или иначе уже къ тому времени были разрѣшены канонистами въ общемъ однооб-

¹⁾ Io. Baptist Costa—*Tractatus de remediis subsidiariis Taurin.* 1608 Remed. 59.

²⁾ Bellamera *Sacr. decision. Canon. Venetiis* 1599. *Conclus.* 17 p. 7.

³⁾ Contardus—*Commentar. in legem unicam Si de momentar. possessione fuerit appellatum sive in Aegidianam Venetiis* 1574 *limitatio quart. fol.* 142.

разно и однообразно же примѣнялись въ практикѣ судовъ. Въ то же время однако легистамъ, не смотря на всё ихъ попытки создать въ области разсматриваемаго иска что либо свое и новое, такъ и не удалось получить удовлетворительныхъ результатовъ такой своей творческой дѣятельности и прійти къ какимъ либо новымъ выводамъ, сравнительно съ выработанными уже *ad hoc* канонистами и практикой церковныхъ судовъ.

СПбГУ

Actio spoliі въ итальянскомъ правѣ.

Разнообразіе правъ и судопроизводства является отличительнымъ признакомъ средневѣковаго юридическаго быта въ Италіи. При слабости, или вѣрнѣе, при полномъ отсутствіи центральной власти, каждый городъ, княжество, община, жили по своимъ особымъ законамъ и обычаямъ, судились въ своихъ судахъ по своимъ правиламъ судоустройства и судопроизводства. Мало того, такая правовая и процессуальная обособленность считались тогда отличительнымъ признакомъ, привилегіей, независимости отдѣльной политической организаціи.

При такомъ положеніи вещей однако мы наблюдаемъ во веѣхъ этихъ соціальныхъ организмахъ одинаковыя воззрѣнія касательно защиты владѣнія, съ точки зрѣнія борьбы противъ самоуправства.

Оно и понятно. Чѣмъ слабѣе была тогда въ какой мѣстности судебная и административная власть, тѣмъ болѣе нуждалось общество въ самыхъ рѣшительныхъ и строгихъ мѣрахъ противъ насилій, въ цѣляхъ охраны не только владѣнія, но вообще земскаго мира. Поэтому-то въ небольшихъ королевствахъ и княжествахъ, на которыя дробилась въ среднія вѣка Италія, законодатели обратили свое особенное вниманіе на борьбу противъ насилій вообще. Средствомъ для этого послужили имъ прежде всего знаменитый *Decretum divi Marci*, а равно законы Валентиніана II, Θεодосія и Аркадія (*L. 7 Cod. Unde vi 8.4*) и *Nov. XIX de invas.* (законъ Валентиніана II и Θεодосія¹⁾), но еще въ большей степени реципированное ими изъ каноническаго права *remedium spoliі*.

Первыя безспорныя указанія на рецепцію этого средства защиты каноническаго права городскими статутами Италія имѣемъ мы не ранѣе XII вѣка, когда въ нихъ все

¹⁾ См. С. Никоновъ—*cit.* стр. 199 слѣд.

болѣе и болѣе выясняется стремленіе отдѣлнить possessорные иски отъ петиторныхъ, и проникаютъ положенія права каноническаго о *remedium'ѣ spoliі* и обязательной, *officio judicis* охранѣ имущества состоянія лицъ отъ самовольнаго нарушенія ¹⁾.

Самая рецензія пормъ каноническаго права о *remedium spoliі* проведена была однако не сразу *in pleno* и въ чистомъ видѣ. Большинство статутовъ ранняго времени, говоря о примѣненіи *int. Unde vi* противъ насильниковъ, не ограничивали possessорную защиту случаями насильственнаго отнятія вещи, когда лишь давались *int. Unde vi* или защита по *l. 7—cod. Unde vi*,—но распространили ее на случаи всякаго рода самовольнаго отнятія вещи. Другими словами, они примѣняли possessорную защиту ко всеѣмъ тѣмъ многочисленнымъ случаямъ, для которыхъ въ правѣ каноническомъ давался *remedium spoliі*. Въсѣтъ съ тѣмъ въ статутахъ здѣсь и не говорится непременно о насиліи, а употребляются общія выраженія: *spoliare sua auctoritate* ²⁾ или «*contra voluntatem possessoris seu detinentis*» ³⁾ или «*propria auctoritate, et sine licentia judicentis vel domini possessionis, vel ejus detentoris*» ⁴⁾. Наконецъ, не мало статутовъ, въ которыхъ «*spoliare*» употребляется прямо въ томъ смыслѣ слова, какъ оно примѣнялось въ правѣ каноническомъ; причѣмъ признается possessорная защита допустимой и въ случаяхъ *juris quasi possessio* ⁵⁾.

Въсѣтъ съ тѣмъ устанавливая самое правило каноническаго права о *remedium'ѣ spoliі*, редакторы очень многихъ статутовъ не могли еще отрѣшиться отъ связи съ законами варварскаго періода, добавляя къ правиламъ о *restitutio spoliatorum* пеню съ насильниковъ за нарушение *bannum regis*.

1) См. С. Никоновъ *cit.* стр. 202—203.

2) Напр. *Breve Pisani communis* отъ 1286 г. издан. Bonaini, I, p. 219.

3) Напр. *Statuta di Boiardo*. Parma 1506 Criminalia, cap. 17.

4) *Statuta civitatis Aquarum—Acqui* 1618 lib. III, cap. 35.

5) См. напрям. *Statuta di Ferrara, Cremona, Vigevano, Brescia*, отъ 1557 издан. въ Венеціи 1747 г. стр. 131, кн. II, гл. 80 и др.

Напр. въ гл. 10 статута Петра II, Савойскаго, ¹⁾ содержится правило, что всякій, кто силой отнимет самовластно у другого движимое или недвижимое имущество долженъ уплатить баннумъ въ 60 солидовъ, вознаградить споліата за убытки и немедленно возстановить ему владѣніе:

«Item statuimus quod nullus dicti Comitatus spoliat vel devestiat alium sua auctoritate alicujus rei possessione, mobili vel immobili; quod si quis quidem fecerit, solvat pro banno LX solidos et incontinenti possessio restituatur spoliato, probata spoliatione ab eo, et omne dampnum quod inde fecerit, vel sostinuerit spoliatus, facta prius cassatione (taxatione?) judicis» ²⁾.

Такимъ образомъ мы видимъ здѣсь, рядомъ съ очевиднымъ заимствованіемъ изъ каноническаго права правилъ о *remedium'ъ spoli*, явные слѣды законодательства варварскаго періода, съ его правилами о баннумъ и вытѣненіемъ чистого уголовнаго характера нека.

Statuta Castellarii anno 1283 ³⁾ равнымъ образомъ налагаютъ на споліата кромѣ обязанности возстановить владѣніе еще уплату суду 5 солидовъ:

«Item si quis alienam possessionem auctoritate propria occupaverit seu intraverit, solvat curie pro pena quinque solidos; et nihilominus fiat per antea restitutio possessionis predictae».

¹⁾ Отъ 1263—1263 года. См. Cesare Nani—Gli Statuti di Pietro II, conte di Savoia, въ *Memorie della accademia delle scienze di Torino II Serie t. 33 1881 p. 73 sq.*

²⁾ См. еще такія же правила:

Statuta Parmae—1255 а. р. 231—«Si aliqua persona intraverit in possessionem alterius... sive (rei) mobilis sive immobilis, teneatur eam restituere cum poena et fructibus: salvo usu manentorum et antiquorum habitatorum, quem usum; tali modo interpretamur, quod potestas teneatur non facere malum neque injuriam dominis».

Statuta Ravennae 1303 c. 122—«Si quis sua auctoritate possessionem alterius invaserit vel eum inquietaverit... potestas faciat eum cessare et insuper invasori vel inquietatori auferat bannum 20 sol., si res erit valens, 20 solidorum et si plus minusve suo arbitrio».

³⁾ Cirolamo Rossi—Gli statuti della Liguria—t. I, 1898, p. 34.

Безспорно, при этомъ самое *spolium* разсматривается еще съ точки зрѣнія уголовной, свойственной варварской эпохѣ въ правѣ. Со временемъ однако здѣсь самая пеня за самоуправство превращается изъ уголовного взысканія «за обиду» князю въ таксацію убытковъ, понесенныхъ споліа-томъ, и какъ таковая взыскивается въ пользу послѣдняго, хотя нѣкоторое время все же, въ половинѣ, идетъ по прежнему въ пользу князя.

Такъ, напр., правила такія выражены въ статутахъ Кастелларо, Монако, Монтегрессо и окрестныхъ общинъ, отъ 1297 года:

Capitula Castellanie, Cuxii, Mendatice et Montisgrossi anno MCCLXXXVII ¹⁾.

«*Qui acceperit vel abstulerit possessionem alicujus persone de aliqua re a soldis duobus supra, bannum sol. V, medietas justicie et alia qui restituet hoc quod accepit occasione dicte aufereptionis; salvo si fuerint concordis infra dies octo proximas, non esset ad bannum; salvo si accederent quod pignora banni ponerent coram justitio, sit ad bannum, si non poterit probare rem esse suam. Et qui accepit possessionem de soldis duobus infra, ban. sol. ut supra*».—

Постепенно гражданская точка зрѣнія на *spolium* беретъ въ статутахъ верхъ, и мы все чаще встрѣчаемся здѣсь съ полнымъ замѣтваніемъ нормъ каноническаго права о *remed. spolii* и объ обязанности судьи *ex officio* разбирать дѣла о нарушеніи владѣнія и возстановлять имущественное *status quo* лицу, потерпѣвшему *spolium*.

Мы читаемъ въ этомъ отношеніи еще въ *Breve consulum Pisanae Civitatis a. 1162* ²⁾.

«*Quas (possessiones) si traditas quiete quis possidere non permiserit; idest si eum de possessione dejecit, vel dejecerit, aut damnum ei occasione possessionis dedit vel dederit, aut personam offendit vel offenderit; damnum quod ei fecit vel fecerit, si, ut dictum est, inde reclamatio facta fuerit, ut a iudice vel previsoribus cognoscatur et cognitum*

¹⁾ Rossi—Gli statuti della Liguria. I. p. 56.

²⁾ См. Bonaini—Statuti inediti della citta di Pisa t. I. p. 8.

emendetur, sine fraude studebo, et possessionem restitutam vel restituere faciam.... De ceteris autem possessionibus injuste ablatis vel invasis, dejectorem de possessione victum, expensas publicas, et advocatos dare faciam. A dejecto autem, vel eo cui res invasa fuerit, nichil pro publico tollam» 1).

Правиломъ этимъ опредѣляется не только возстановленіе нарушеннаго владѣнія, но равнымъ образомъ дается защита *retinendae possessionis* и предоставляется потерпѣвшему право взыскивать понесенные имъ убытки съ нарушителя владѣнія.

Точно также и въ изданныхъ проф. Ре статутахъ города Рима (13—14 вѣка), имѣется правило, по которому судьямъ предписывается въ случаѣ *spolium*'а недвижимыхъ или *движимыхъ* вещей, по жалобѣ споліата, немедленно приступать къ разбору дѣла *sine strepitu et figura judicii* и возстановлять *status quo* потерпѣвшему; что однако не лишаетъ споліата возможности возбуждать позднѣе искъ о *правѣ* своемъ на споліированные предметы. Уголовный элементъ здѣсь уже совершенно отсутствуетъ 2).

Еще болѣе яснымъ образомъ высказаны эти правила о борьбѣ противъ споліума въ главѣ 29 статута Амедея Савойскаго, отъ 1379 года 3).

Кто, говорится здѣсь, силой лишилъ другого владѣнія имуществомъ, разъ при этомъ самый фактъ *spolium*'а про-

1) Ср. *ibid.* *Breve Consulum* 1164 г. I стр. 27, гдѣ почти буквально повторяется тоже самое.

2) *Statuta della città di Roma*, public. dal prof. Re. Roma 1880 pars II, сар. LXXIX. § 5 p. 129.

«Item dicimus et ordinamus quod si aliquis exfortiatus vel destitutus est vel fuerit aliquibus castris casalibus domibus villis vel vineis seu possessionibus quibuscumque *stabilibus vel mobilibus* et inde posuerit querimoniam coram senatore vel curia Capitolii, quod idem senator et curia si constituerit legitime, de exfortiamenti hujusmodi reducat illum vel illos qui sic destituti sunt sine strepitu et figura judicii in possessionem castrorum seu bonorum quibus destituti sunt, et facta restitutione ipsa si expoliator ipsarum rerum credit in eis jus habere illud ordine judicario prosequatur».

3) См. Nani—Gli Statuti dell'anno 1379 di Amedeo VI, conte di Savoia 1881 p. 56.

изошелъ очевидно для всѣхъ, или когда это насиліе стало явнымъ для суда, въ такомъ случаѣ насильникъ долженъ возвратить отнятое потерпѣвшему. При этомъ не совершалось обычнаго (въ петиторномъ порядкѣ) судопроизводства и не постановлялось приговора о правѣ. Достаточно было для потерпѣшаго просто обратиться за помощью къ суду, и этотъ послѣдній уже *ex officio* долженъ былъ принять мѣры для возстановленія прежняго *status quo spoliata*:

Cap. 29—

«Item (statuimus) quod ubicumque aliqua spoliato fiet in comitatu Sabaudie, que in loco ubi facta fuerit erit notoria vel aliter Consilio vel iudici notoria apparebit, ita quod non possit aliqua tergiversatione celari, debeat statim sine aliqua processo ex mero officio fieri restitutio spoliato».

Constitutum legis Pisanae civitatis 1248, c. 45—

«Assessor potestatis possit et debeat cognoscere et definire summatim et extra ordinem de possessionibus turbatis et invasis».

Цѣлый рядъ статутовъ прямо содержитъ въ себѣ фразы изъ папскихъ декреталій касательно *remed. spoli*. Такъ Вильгельмъ, маркизъ Монферратекій, въ началѣ рубрики «*Super Spolio*» своего сборника, цѣликомъ заимствуетъ фразу изъ знаменитаго декретала Пиннокентія IV касательно *ex. spoli*: «*Frequens nos et assidua spoliatorum querela circumstrepit*» 1).

Вмѣстѣ съ тѣмъ въ значительномъ числѣ статутовъ дается поссессорная защита простымъ держателямъ, причемъ здѣсь дѣлаются тоже прямыя цитаты изъ папскихъ декреталій касательно *remedium'a spoli*. Такъ въ Кремонскихъ статутахъ сказано 2):

«*Quicumque spoliatus restitatur in ea possessione, vel quasi, et in ea detentatione, in qua erat tempore spoliationis*» 3).

1) Saletae—Decretalia Montisferrati 1675—lib. I. pag. 26. См. еще Statuta Novariae 1719 lib. III p. 132; Statuta Brixiae—1557 п др.

2) Statuta civitatis Cremonae 1588 cap. 196 De Malefic.

3) Cp. Statuta Ferrariae. Феррара 1694 г. 81 стр. 367.

Равнымъ образомъ въ статутахъ реципировано и постановленіе каноническаго права касательно презумпціи о порочности настоящаго владѣнія отвѣтчика, если истцомъ будетъ доказано, что спорный предметъ ранѣе былъ въ его (истца) владѣніи. Въ *Constitutum legis Pisanae* 1248 г. мы читаемъ:

«Sancimus quod si aliquis fuit possessor alicujus fundi, vel domus, vel rei immobilis (seu mobilis добавлено въ статутъ Пизы отъ 1271 г.), aliquo tempore prius illo qui invenitur in possessione nunc licet non probetur qui vi vel clam vel precario possideat ab adversario, tamen in possessione recuperanda semper sit potior prior possessor, nisi secundus possessor habuerit causam a primo possessore» 1).

Въ статутахъ Брешии говорится:

«Si quis probat rem mobilem se possedissee, et eam petat ab aliquo qui habeat juniorem possessionem, et non antiquiorem, quod condemnandus est possessor junior petitori, ita ille petitor, seu antiquior possessor dominus praesumatur, nisi contrarium probetur» 2).

Касательно объекта иска должно замѣтить, что въ большинствѣ статутовъ таковыми признаются не только недвижимости, но равнымъ образомъ вещи движимыя и права. Какъ мы видѣли уже выше изъ цитатъ, объ этомъ прямо говорятъ статуты Пизанскіи и Петра I Савойскаго и друг. Наконецъ, въ цѣломъ рядѣ статутовъ possessорная защита дается «de possessione, vel quasi possessione alicujus rei immobilis, seu mobiliis, vel juris» 3), съ возложеніемъ на судъ обязанности возстановлять владѣніе ex officio.

Статуты Амедея VIII Савойскаго отъ 1430 г. 4) постановляютъ:

«Praesenti statuimus Edicto, quod ubicunque aliquis fuerit sua possessione, vel quasi possessione per quemcum-

1) См. Delbrück—cit. S. 199 слѣд.; Bruns—cit. въ *Jahrb. des gem. deutsch. Rechts.* B. IV, 73; Pertile—*Storia del diritto* IV p. 181.

2) Statut. Brixiae III, CLVII, col. 1760.

3) Такъ напр. см. Statuta de Cuneo 1590; Statuta Derthonae: Миланъ 1573 г. lib. III De poss. non auferenda. См. еще Pertile—cit IV. p. 187.

4) Borelli—*Editi antichi e nuovi dei sovrani della Real Casa di Savoia.* Torino 1681. p. 62.

que alium de facto, vi, vel clam spoliatus in Patria nostra, et in loco spoliationis, ipsa spoliatio erit notoria... Tunc ipse spoliatus in suam pristinam possessionem, seu quasi possessionem, sine quocumque alio processu, vel litigio, sineque mora, vel dilatione, ex Officio Curiae, ad quam pertinebit ratione locorum, seu loci spoliationis, debet restitui, et ipsum spoliatum restitui jubemus».

При нарушении владѣнія движимостями еще болѣе ускорялся срокъ производства. Constitut Forijul.—1366 и 1429 гг. С. 64:—

«Si aliquis contenderit de exforeio super rebus mobilibus, et non sit necessaria probatio possessionis rei immobilis, tunc in causa tali utrique parti detur terminus ad probandum intra spatium X dierum» ¹⁾.

Отвѣтчикомъ по иску признавался не только самъ насильникъ, но, какъ и въ Redintegranda, всякій третій, хотя бы и добросовѣтный владѣлецъ. Извѣтна въ этомъ отношеніи одна конституція Фридриха II, содержаніе которой очевидно заимствовано изъ знаменитаго декрета Saere contingit. Желая прийти на помощь владѣльцу вещи, который не всегда можетъ съ успѣхомъ доказать свое право владѣнія, законодатель даетъ здѣсь защиту ему не только противъ самого насильника и его наслѣдниковъ, но вообще противъ всѣхъ добро—и недобросовѣтныхъ приобрѣтателей его вещи «sive sciens sive ignorans, per quascumque manus possessio ambulaverit» ²⁾

¹⁾ Ср. Statuta di Verona II, cap. 80 Венеція 1747 г. p. 131; Breve Pisani comminis a. 1286 c. CXIII ed. Bonaini I p. 219 и др.

²⁾ De restitutione possessionis. Alias contra quem de restitutione agatur: Circa violentiarum pœnas, eas patientibus satis credimus constitutionibus prædecessorum nostrorum et nostris esse provisum, quodam juris rigore circa destitutos violentos inducto, quod destituto contra destituentem vel ejus hæredes restituendæ possessionis beneficio succurrebat. Nec contra eum in quem ab ipso violento vel ejus hæredibus transferebatur possessio ad recuperandam eandem aliquod remedium inducebat: Imperiali providentia lenire volentes; atque ipsius juris defectum congruo et necessario supplemento supplere disponimus. Per violentiam destitutum non, ut olim, provisione carere, sed electionem

Еще ранѣе довольно близкія по смыслу постановленія были помѣщены въ *Constitutum usus Pisanae civitatis* (изданнаго въ 1161 году), въ главѣ 45—*De fraudulentibus possessionibus* (ed. Bonaini t. II p. 969). Какъ сказано здѣсь, во избѣжаніе возможности для насильниковъ и недобросовѣстныхъ владѣльцевъ избѣгать путемъ «*callida machinatione*» отвѣтственности передъ судомъ, дозволено было споліатамъ отыскивать свои вещи изъ владѣнія всякаго третяго лица, добро-или недобросовѣстнаго владѣльца—безразлично, если только будетъ доказано, что вещь перешла къ этимъ лицамъ *titulo lucrativo*. Отъ приобрѣвшихъ вещь *titulo oneroso* она можетъ быть возвращена споліату лишь путемъ иска о правѣ собственности ¹⁾.

Какъ замѣчаетъ Menochius ²⁾, этимъ постановленіемъ защита давалась «*etiam contra millesimum successorem*»; или

habere, utrum ipsum destituentem, vel ejus haeredes, si possessionem in alium transtulerit, ad interesse convenire, prout praedicto jure cavetur: vel detentorem, qui ab ejectore causam habet, per quascumque manus possessio ambulaverit, sive sciens, sive ignorans fuerit, possessionem recuperare velit amissam, condictione ex lege praesenti, ad recuperandam possessionem ipsam indulta. Saepe enim contingebat, ut qui a possessione cadebat, dum vel probationes de dominio non habebat, vel cum dejector erat forsitan non solvendo, omni remedio se inveniebat exclusum. Const. Regn. utr. Sicil. l. 26. Cp. Pertile—Storia del diritto italiano 1874 IV p. 179.

¹⁾ Гл. 45—„*Quidam possessiones rerum habentes, quas per rationem ab adversario suo credere debent se defendere non posse, callida machinatione judicia deluserunt. Cum enim possessiones violentas vel alio modo injustas haberent, vel quas per contumacie sententiam vel diffinitivam restituere deberent, illas in detrimentum alterius partis in alios transtulerunt, vel eas dereliquerunt, ut aliis aperiretur locus eas detinere, sive etiam illas vi amiserunt, et hoc modo delusi illi qui eas possessiones recuperare vel habere debebant, nullo jure eas habere poterunt; quod nos, ne de cetero contingat providentes, constituimus talem possessionem etiam si per multas iverit manus, apud quemcumque inveniat, ei qui taliter delusus est restitui debere; nisi is apud quem invenitur, nesciens fraudem, titulo emptionis vel alio justo, non tamen lucrativo, ut donatione, possideat. Qui enim dono habuerit quamvis fraudem nesciat, possessionem restituat, salva proprietatis questione in ea curia, unde esse videbitur*“. Правилу это буквально повторено въ гл. 50 *Constitutum legis Pisanae civitatis* (a 1241—1281 ed. Bonaini II p. 797).

²⁾ Menochii—*De remedio recuperandae possessionis* XV, № 94.

по замѣчанію Rovitus'a¹⁾—«*restituendus est spoliatus etiam si millies injustus et violentus sit possessor*». Тѣ же выраженія имѣются уже въ *Breve consulum Pisanae civitatis* отъ 1164 г. и въ *Constitutum legis Pisanae civitatis* отъ 1230 г.²⁾

Въ нѣкоторыхъ статутахъ владѣльческая защита была исключена изъ подъ дѣйствія давности. Такъ въ статутахъ Брешии, читаемъ:

«*Et hoc intelligatur non obstante aliqua temporis longitudine, qua invasor seu occupator eam terram vel possessionem invaserit, seu occupaverit possidendo*»³⁾.

Въ другихъ мѣстахъ, напротивъ, *remed. spoli* имѣло давностный срокъ (*contra can. Redintegrandi*, гдѣ прямо было сказано: «*quacumque conditione temporis*»). Такъ *Statuta Lucae* (Лукка) 1308 г. III, 154 опредѣлили давность въ 3 года:

«*Si quis fuit vel erat a tribus annis citra in possessionem alicujus... rei immobilis, et de ipsa re fuerit per aliquem auctoritate propria spoliatus... eidem lucanus potestas, facta sibi fide de possessione ipsius pacifica et spoliatione infra octo dies possessionem restitui facere teneatur*».

Многіе статуты прямо запрещаютъ примѣненіе петиторныхъ возраженій въ посессорномъ производствѣ.

Statuta civitatis Castello III. cap. 83 fol. 52: «*Et debeat obtinere qui probaverit antiquiorem possessionem non obstante quod adversarius aliquem titulum justum vel injustum haberet*».

Statuta Placentiae отъ 1391 г. p. 371:

«*Statuimus quod nullus occupator, invasor vel turbator alicujus rei immobilis possit referre adversario aliquam quaestionem de dominio*»...

Замѣтвая изъ каноническаго права положенія о *remedium*'ѣ *spoli*, всѣ эти статуты Итальянскихъ городовъ и княжествъ реципировали изъ того же источника и самый порядокъ производства этого иска. Такъ здѣсь въ болѣе

¹⁾ Roviti—*Consilia* 90 p. 89 № 7.

²⁾ См. *Breve consulum Pisanae civitatis* edit. Bonaini I, p. 27.

³⁾ *Statuta Brixiae* 1313 г. (*Mon. histor. patr. vol. II, p. 1) lib. II c. 120 p. 1683.*

ранних по времени статутахъ, особенно въ статутахъ Петра II Савойскаго, городовомъ статутѣ Равенны отъ 1441 г. Иврен 1313 г. и другихъ, гдѣ всюду говорится о томъ, что при *spolium*'ѣ должно вести дѣло «*summarie, sine strepitu iudicii juris solemnitate et oblatione libelli*», «ясно видно отраженіе двухъ формъ процесса возникшихъ въ каноническомъ правѣ» 1). Именно здѣсь видимъ мы попытки реципировать процессъ, установленный двумя декретами Климента V 2) въ цѣляхъ борьбы противъ многословія и дороговизны ординарнаго процесса и который получилъ названіе *пленарнаго* производства, чтобы не смѣшивать его съ суммарнымъ процессомъ римскаго происхожденія и иного характера 3).

Рядомъ съ пленарнымъ процессомъ видимъ мы въ тѣхъ же раннихъ статутахъ попытки реципировать и другую форму судопроизводства, установленную Иннокентіемъ III, для нормировки общаго порядка производства судьями разбирательства различныхъ дѣлъ *ex officio*. Процессъ этотъ примѣнялся въ тѣхъ случаяхъ, когда судья считалъ необходимымъ выступить *ex officio proprio motu* въ виду обвиненія общественнымъ мнѣніемъ, молвой (*fama publica*) духовнаго лица, клирика въ совершеніи какого-либо преступленія, когда технически выражаясь, имѣлась въ наличности *diffamatio* или когда устанавливалась *denuntiatio*, причемъ не требовалось представленія доказательствъ со стороны денунціанта. Процессъ этотъ, подъ наименованіемъ *inquisitio*, получилъ скоро обширную область примѣненія и въ свѣтскомъ правѣ 4).

Въ раннихъ статутахъ уже имѣются указанія на оба эти процесса, и пленарный и инквизиціонный, которые примѣняются въ случаяхъ *injuria* и *violentia*, т. е. въ томъ чис-

1) См. Cesare Nani—*Gli statuti di Pietro II conte di Savoia*—въ *Memoria della R. Accademia della scienze di Torino Serie II t. 32 p. 12.*

2) Clem. C. 2 De verb. significat. V. II; C. 2 De iudic. II. 1; ср. Briegleb—*Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse* 1859. I, cap. 1, § 9 S. 27.

3) См. Briegleb—*cit.* I. cap. II § 13 S. 35.

4) См. Durantis—*Speculum juris III pars. I De inquisitione*. § 3. 4;—*Cum inquiritur, non est necessarius libellus, nec litis contestatio.*

лѣ, и главнымъ образомъ, при *spolium'*ѣ. Въсѣтъ съ тѣмъ самое *spolium* здѣсь разсматривается еще съ точки зрѣнія уголовной, а не частно-правной, чѣмъ именно и объясняется примѣненіе этихъ обоихъ исковъ, такъ какъ *denuntiatio* и *fama publica* были свойственны исключительно лишь уголовному процессу.

Съ установленіемъ въ статутахъ частно-правной точки зрѣнія на *remedium spolii*, наблюдаемъ мы измѣненія и въ способъ производства здѣсь самаго процесса, который совершается теперь не уголовнымъ, а гражданскимъ порядкомъ.

Такъ въ статутахъ Амедея VI Савойскаго отъ 1379 г. гл. 29 имѣется такое правило: 1).

«Item quod ubicumque aliqua spoliatio fiet in comitatu Sabaudiae, que in loco ubi facta fuerit erit notoria vel aliter Consilio vel iudici notoria apparebit, ita quod non possit aliqua tergiversatione celari, debeat statim sine aliquo processo ex mero officio fieri restitutio spoliato».

Снова рецепція изъ права каноническаго! Именно мы видимъ здѣсь ясное указаніе на примѣненіе *notorium'a* въ случаяхъ *spoliuma*, т. е. процесса, имѣвшаго мѣсто и въ уголовныхъ, и гражданскихъ судахъ. Примѣненіе такой общей для обоихъ порядковъ веденія исковъ формы здѣсь какъ бы смягчало, дѣлало болѣе незамѣтнымъ переходъ *spolium'a* изъ области уголовной въ область отношеній частно-правныхъ 2).

При этомъ впрочемъ по прежнему имѣлъ мѣсто инквизиціонный процессъ, т. е. во всякомъ случаѣ не требовалось непременно *spoliату* доказывать *spolium*; судья самъ *ex officio* обязанъ былъ возстановлять потерпѣвшаго въ его имущественномъ состояніи, какое было до *spoliuma*.

Думается намъ, впрочемъ, что не слѣдуетъ увлекаться указаніями раннихъ городскихъ итальянскихъ статутовъ на примѣненіе у нихъ для защиты *spoliата* той или иной изъ формъ процесса, изобрѣтенныхъ каноническимъ правомъ—

1) См. Nani—Gli statuti di Amedeo VI dell'anno 1379—въ R. Accad delle scienze di Torino serie II. tom. 34 p. 56.

2) См. Nani—cit. p. 28.

notorium'a denuntiatio, officium'a judicis. Тонкое различіе между ними, созданное канонистами, не должно просуществовало даже въ каноническомъ правѣ, и съ большой вѣроятностью можно предполагать, что свѣтскіе юристы-редакторы статутовъ, реципируя въ послѣдніе тотъ или другой изъ этихъ исковъ, на дѣлѣ просто предписывали тѣмъ самымъ вмѣшательство судьи ex officio для защиты споліатовъ и разборъ имъ дѣла безъ соблюденія какихъ бы то ни было формъ и обрядовъ судоговоренія, дѣйствуя при этомъ скорѣе порядкомъ административнымъ, а не судебнымъ. Увлекаться терминами, считая на основаніи ихъ безспорнымъ здѣсь примѣненіе и самыхъ исковъ, ими означаемыхъ, не слѣдуетъ; тѣмъ болѣе, если вспомнимъ, какое вообще слабое развитіе права и процесса видимъ мы въ большинствѣ разсмотрѣнныхъ нами статутовъ.

И въ позднѣйшемъ итальянскомъ законодательствѣ встрѣчаемся мы съ ясными указаніями на рецепцію нормъ каноническаго права объ искѣ изъ cap. Redintegranda.

Такъ art. 446 Codice Albertino постановляетъ, что всякій, насильственно или тайно лишенный владѣнія, какого бы свойства это владѣніе не было, можетъ требовать себѣ возстановленія прежняго состоянія въ теченіи года, считая со времени споліума ¹⁾.

Относительно же самаго порядка производства такихъ исковъ читаемъ мы въ слѣдующемъ параграфѣ (447), что такое производство д. б. выполнено судьей простымъ разсмотрѣніемъ факта, безъ процесса, и безотлагательно противъ вѣхъ, хотя бы и собственниковъ вещи, споліровавшихъ послѣднюю у ея владѣльца ²⁾.

¹⁾ Codice Albertino. Art. 446—

«Chiunque sarà stato violentemente, od occultamente spogliato del possesso qualunque esso sia, di una cosa da lui tenuta, potrà entro l'anno dal sofferto spoglio chiedere di venir reintegrato nel possesso medesimo».

²⁾ Art. 447. «Tale reintegrazione dovrà ordinarsi dal Giudice sulla semplice notorietà del fatto senza processo e senza dilazione, contra qualsivoglia persona, quand' anche fosse il proprietario della cosa di cui si è patito lo spoglio».

Процессъ самый здѣсь ведется уже по формамъ и правиламъ каноническаго инквизиціоннаго процесса. Въѣсть съ тѣмъ безспорность факта *spolium*'а не только освобождаетъ здѣсь споліата отъ обязанности представленія доказательствъ, но дѣлается излишнимъ и самый вызовъ на судъ споліата, чѣмъ процессъ еще болѣе приобрѣтаетъ характеръ инквизиціонный.

Эти правила были, почти дословно, реципированы и въ дѣйствующій нынѣ итальянскій Гражданскій кодексъ, въ art. 695 и 696 его.

Здѣсь постановлено, что кто потерпѣлъ насильственно или тайно нарушеніе своего владѣнія, каково бы оно не было, движимыми вещами или недвижимыми безразлично, тотъ можетъ въ теченіи года отъ времени нанесенія *spolium*'а, требовать отъ виновника послѣдняго возстановленія своего нарушеннаго владѣнія. Самый процессъ при этомъ д. б. совершаемъ судьей послѣ предварительнаго вызова на судъ противной стороны, вѣдствіе простой извѣстности событія, безъ всякаго замедленія возможно ускореннымъ порядкомъ производства, противъ всякаго лица, хотя бы даже противъ собственника вещи, отнятой у нея владѣльца.

Art. 695.—«Chi è stato violentemente od occultamente spogliato del possesso, qualunque esso sia, di una cosa mobile od immobile; può entro l'anno dal sofferto spoglio chiedere contro l'autore di esso di venir reintegrato nel possesso medesimo».

Art. 696.—«La reintegrazione deve ordinarsi dal giudice, premessa la citazione dell'altra parte, sulla semplice notorietà del fatto, senza dilazione e con la maggiore celerità di procedura, contro qualsivoglia persona, fosse anche il proprietario delle cose, di cui si é patito lo spoglio».

Здѣсь по прежнему ясно указывается на то, что процессъ долженъ совершиться по системѣ каноническаго *notorium*'а. Особенность сравнительно съ art. 447 кодекса Альберта является лишь въ томъ, что признается необходимымъ вызовъ въ судъ противной стороны, именно самого споліатора ¹⁾.

¹⁾ Cp. Rinaldi—Della proprietà mobile, 1872 vol I, p. 375.

Не вполне выясненнымъ остается здѣсь вопросъ, какимъ «владѣльцамъ» даетъ итальянскій кодексъ защиту противъ споліума.

Въ этомъ отношеніи въ art. 685 итальянскаго гражданскаго кодекса мы читаемъ:

«Владѣніе есть держаніе предмета или пользованіе правомъ, которое принадлежитъ кому-либо или непосредственно или черезъ другое лицо, удерживающее предметъ или приводящее отъ имени владѣльца право въ дѣйствіе»¹⁾

Въ настоящее время большинствомъ итальянскихъ юристовъ, слѣдуя Forlani²⁾, понятіе защищаемаго здѣсь отъ spoliūm'a владѣнія не вполне отождествляется съ держаніемъ (detentio). Именно, слова art. 685 Codice civile—«che uno ha... per mezzo di un altro il quale detenga la cosa od eserciti il diritto in nome di lui», по мнѣнію ихъ, очевидно исключаютъ изъ понятія защищаемаго здѣсь владѣнія всѣхъ владѣльцевъ, не имѣющихъ личнаго интереса. Держатели же, владѣющіе вещь въ собственномъ личномъ независимомъ интересѣ (напр., арендаторы, ссудобратели, поклажеприниматели и т. п.) признаются согласно смыслу art. 685 защищаемыми исками противъ spoliūm'a. Впрочемъ имѣется и противоположное мнѣніе, сторонники котораго, слѣдуя Брунесу³⁾, признаютъ здѣсь защиту только за possessores въ римскомъ смыслѣ, лишая ея и тѣхъ держателей, которые владѣютъ вещь въ собственномъ личномъ независимомъ интересѣ⁴⁾.

Самое понятіе spoliūm'a, по art. 695, какъ насильственнаго акта, совершеннаго vi или clam, установлено съ явной цѣлью уподобленія иска римскому Unde vi, уподобленію, которое однако не принято толкованіемъ практики, начиная

1) Art 685. «Il possesso e la detentione di una cosa o il godimento di un diritto, che uno ha o per se stesso, o per mezzo di un altro il quale detenga la cosa ad eserciti il diritto in nome di lui».

2) Forlani—Appunti sulla teoria possessoria—Filangieri III. 1878 part. I, p. 697, и его же добавленіе къ переводу книги Ierniga Sul fondamento della protezione del possesso p. 242, 243.

3) Bruus—Die Besitzklagen § 21 S. 227.

4) См. напр. Del Vitto—Commentario del codice civile III. p. 834 sq.

съ средних вѣковъ и до нашего времени, и объясняемое простымъ желаніемъ редакторовъ Codice civile совершить здѣсь, въ отступленіе отъ всего хода развитія Redintegranda въ свѣтскомъ статутарномъ правѣ Италіи, если не замѣну, то уподобленіе этого иска римскому образцу Undi vi. И въ настоящее время итальянская юриспруденція не считаетъ возможнымъ и желательнымъ признавать здѣсь рецепціи Unde vi, а толкуеть art. 695 въ общемъ смыслѣ a. spoli, причемъ и понятіе послѣдняго признается согласно установленному на то мнѣнію большинства юристовъ средних вѣковъ. Такимъ образомъ понятіе насильственного spolium'a примѣняется въ итальянскомъ современномъ правѣ ко «всякому акту самоуправнаго отнятія, совершенному вопреки выраженной или *предполагаемой* волѣ на то владѣльца, хотя бы противъ послѣдняго и не было проявлено никакого физическаго насилія». Подъ тайною же (clam) споліаціей разумѣется «всякая споліація, имѣвшая мѣсто безъ вѣдома о томъ хозяина, хотя бы актъ самый ея не былъ совершенъ ночью или тайно»¹⁾.

Романизация иска, установленнаго въ art. 695 Codice civile отразилась еще и въ томъ, что, подъ влияніемъ главнымъ образомъ французскаго Code civil—главнѣйшаго источника, откуда, какъ извѣстно, заимствовано наибольшее количество статей итальянскаго гражданскаго кодекса,—искъ этотъ разсматривался въ итальянской современной юриспруденціи, какъ искъ *деликтивный*, направляемый по основной цѣли своей на подавленіе деликтнаго акта spolium'a. Какъ выражается Pacifici-Mazzoni, основаніемъ иска при этомъ является «недозволенный фактъ споліума, виновный въ совершеніи котораго наказывается принудительной выдачей имъ вещи обратно»²⁾.

Между тѣмъ, какъ мы указывали выше, *condictio ex c. Redintegranda* ни въ каноническомъ правѣ, ни въ рецептировавшихъ ее *позднѣйшихъ* итальянскихъ статутахъ,

¹⁾ См. Mattiolo—Trattato di diritto giudiziario italiano. I, 2 edit. № 229 p. 190; ср. Barano—Delle azioni possessorie vol II № 198 и др.

²⁾ Pacifici-Mazzoni—Istit. III, 399; Ср. Scotti—въ Arch. giurid. XV, 113, 117.

не имѣла деликтнаго характера, не считалась за *pec̄e ex delicto*. Прежде всего, этому противорѣчило самое представленіе о *spolium'*ѣ, какъ условіи ея примѣненія. *Spolium* какъ основаніе иска, допускалось безразлично какъ въ случаяхъ, гдѣ оно совершено было съ примѣненіемъ насилія, такъ и когда совершалось иными способами (безъ *violentia*), являясь простой *injusta privatio*; другими словами, не деликтъ, а *restitutio* служила здѣсь основаніемъ иска. Знаменитое изрѣченіе «*Spoliatus ante omnia restituendus*», въ которомъ нашъ институтъ нашелъ свой *raison d'être* ясно указываетъ, что рядомъ съ мотивами общественнаго порядка (охрана земскаго мира) здѣсь основаніемъ иска является не деликтъ споліатора, но неправомѣрная утрата имущества споліатомъ и возможно скорѣйшее полученіе его обратно.

Слѣдуетъ замѣтить, что и въ каноническомъ правѣ даже послѣ рецепціи разсматриваемаго иска въ область свѣтскаго права рядомъ съ нимъ всегда имѣла мѣсто конституція Валентиніана II, карающая споліата лишеніемъ его права собственности или уплатой пени. Она, конституція эта, и примѣнялась именно въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ споліація имѣла явно деликтный характеръ, и гдѣ слѣдовательно въ защиту потерпѣвшаго давался этотъ искъ *ex delicto*, а не *a spoliis*.

Для французскаго права деликтная точка зрѣнія на нашъ искъ еще имѣетъ за себя историческія основы, потому что тамъ не разъ, напр. еще и въ процессуальномъ ордонансѣ Людовика XIV, *la Réintegrande* признается одновременно искомъ и гражданскимъ, и уголовнымъ, по усмотрѣнію споліата. Но разъ итальянское право реципировало у себя, въ своемъ историческомъ развитіи *a spoliis* въ ея чистомъ каноническомъ видѣ, нѣтъ основаній для такой, къ тому же и бесполезной практически, рецепціи правила франц. права; тѣмъ болѣе что противъ споліаціи, какъ уголовнаго насилія, и по итальян. праву, какъ всюду, уставлены закономъ уголовныя кары²⁾.

Давался разсматриваемый искъ въ защиту противъ *spolium'*а какъ недвижимыхъ, такъ равно и движимыхъ вещей;

²⁾ Ср. Padeletti—въ *Archivio juridico* XV (1875) p. 29.

это ясно установлено въ art. 605 cit. Относительно правъ юристы не одинаковаго мнѣнія. Большинство ихъ, основываясь на art. 685, гдѣ признается владѣніе правами, считаютъ допустимымъ и *spolium*, этихъ правъ въ смыслѣ ихъ *injusae privationis*¹⁾ причемъ однако, слѣдуя Брунеу, признають какъ самое *spolium*, такъ и защиту противъ него не въ отношеніи всѣхъ правъ, безразлично, но лишь для тѣхъ правъ, которыя допускають повторную дѣятельность, склоняясь и здѣсь въ общемъ къ ученію канонистовъ.²⁾

Такимъ образомъ, напр., дается ими защита противъ *spolium*: сервитутовъ и иныхъ правъ вещныхъ на недвижимости, нѣкоторыхъ правъ обязательственныхъ, именно тѣхъ, осуществленіе которыхъ совершается не *in opo actu*, напр., правъ изъ договора найма, ссуды и т. д. Это мнѣніе считается нынѣ господствующимъ въ итальянской юриспруденціи³⁾.

¹⁾ См. Milone—Il possesso delle cose e dei diritti e le azioni che ne derivano § 13.

²⁾ См. Bellavite—Il possesso secondo il diritto romano con riguardo ai codici moderni—въ Archivio juridico III. 1869. p. 513; Mattiolo—Trattato di diritto giudiziario civile vol. I (№ 235 и слѣд.) Forlani—Appunti sulla teoria possessoria (Filangieri III. 1878 part I p. 700).

³⁾ Cp. Ruffini—L'actio spolii p. 456 sq.

Actio spoliі во французскомъ правѣ.

Во Франціи, во времена ранняго средневѣковья, какъ извѣстно, не говоря уже объ обширной компетенціи церкви *ratione personae* и *ratione materiae* вообще, епископы и аббаты, какъ феодальные сеньоры, имѣли въ своихъ владѣніяхъ обширныя судебныя и административныя права. Мало того, они имѣли серьезное вліяніе на судъ и расправу другихъ свѣтскихъ владыкъ, съ королями во главѣ. Этому способствовало много причинъ: изъятіе церковниковъ изъ вѣдомства свѣтскихъ судовъ, лучшая организація судовъ духовныхъ, отсутствіе точнаго разграниченія вѣдомства дѣлъ церковныхъ и свѣтскихъ судовъ, наконецъ, громадное вліяніе духовенства на свѣтскую власть вообще¹⁾.

Съ точки зрѣнія политической жизни, церковь въ первой половинѣ среднихъ вѣковъ одна имѣла во Франціи полную организацію. Подъ вліяніемъ прочнаго законодательства, выразившагося въ цѣломъ рядѣ каноновъ,²⁾ духовенство объединилось, выдѣлившись въ стройное цѣлое изъ иждръ остатальнаго феодальнаго міра. Церковь представляла собою въ полномъ смыслѣ слово государство, со своимъ особымъ управленіемъ, особымъ главою, чинами, юстиціей, общими или мѣстными собраніями, съ особымъ законодательствомъ. Церковное законодательство было первымъ изъ практически примѣнявшихся, поставленнымъ на научныхъ началахъ. И это въ тѣ времена, когда во Франціи свѣтское закондательство еще находилось въ состояніи полнаго упадка. Законы

¹⁾ См. Alauzet—Histoire de la possession p. 203 слѣд; Glasson—Histoire de droit Français V стр. 228 слѣд. и др.

²⁾ См. напр. у R. Fournier—Le premier Manuel canonique de la Reforme du XI Siècle—въ Mélanges d' Archéologie et d'histoire. XIV^e année 1894 Вязигиль—Очерки изъ исторіи папства въ XI вѣкѣ 1898.

Франкской эпохи, капитулярии Карла Великого и его потомков болѣе не соблюдалась; ихъ даже не знали теперь. Короли, ослабленные феодализмомъ и личной бездарностью, утратили почти всякій авторитетъ; ихъ ордонысы появлялись рѣдко и еще рѣже дѣйствительно примѣнялись на практикѣ. Научное изученіе римскаго права во Франціи тогда только что начиналось. Въ то же время каноническое право комментировалось въ ученыхъ трудахъ канонистовъ, наконецъ, постоянно практически примѣнялось въ церковныхъ судахъ имѣвшихъ весьма обширную область подсудности. Такимъ образомъ вліяніе каноническаго права въ Франціи было громаднымъ. Это законодательство папъ и соборовъ проникло со своимъ духомъ и идеями въ древне-французское обычное право, разившееся во многомъ подъ значительнымъ его вліяніемъ.

Церковь, всегда имѣвшая возможность черезъ мѣстное духовенство проводить свои идеи въ кутюмы, прямо покровительствовала обычному праву; тѣмъ болѣе, что и эволюція послѣдняго шла тѣмъ же путемъ, какъ и эволюція каноническаго права. Этимъ между прочимъ объясняется, почему въ буллахъ и другихъ папскихъ актахъ даже XIII вѣка ¹⁾ постоянно указывается на необходимость поддержки обычнаго права въ странахъ, гдѣ таковое тогда примѣнялось. Теологи послѣ того не замедлили начать утверждать, что для духовенства даже предпочтительнѣе всего жить именно по обычному праву ²⁾.

Забываясь всюду объ упроченіи тишины и порядка въ обществѣ, церковь между прочимъ приняла самую энергическія мѣры борьбы противъ насильниковъ, до excommunicatio включительно, ревностно проводя въ тоже время и въ своихъ, и въ свѣтскихъ судахъ въ тѣхъ же цѣляхъ основное правящее каноническаго права въ этой области: «*Spoliatus ante omnia restituendus*».

¹⁾ См. наприм. Буллу „*Super Speculam*“, 1219 г. и буллу „*Dolentes*“ приведены у Fournier—*L'eglise et le droit romain au XIII Siècle*—Nouv. Rev Historique t. 14, 1890 г. in fine.

²⁾ С. Няконовъ cit. стр. 218 слѣд.

Разсматривая обычаи древней Нормандии,—этой колыбели владѣльческихъ искъ Франціи вообще ¹⁾—именно *Grand Coutumier de Normandie* ²⁾ мы видимъ, что уже здѣсь имѣлось ясно выраженнымъ правило о необходимости защиты владѣльца отъ насилья и самоуправства надъ его имуществомъ. Въ этихъ цѣляхъ, сообразно съ тѣмъ, примѣнялась или пѣтъ при лишеніи владѣнія *violentia*, давались въ защиту потерпѣвшаго на выборъ два иска—*action de nouvelle saisine* и *a. de force*.

Послѣдній искъ, уголовнаго характера, примѣнялся лишь въ случаѣ насильственного лишенія лица владѣнія имуществомъ, и навлекалъ на насильника, кромѣ обязанности возвратить вещь обратно потерпѣвшему, еще денежный штрафъ за проступокъ. Условіемъ примѣненія такого иска (*a. de force*), согласно указанію *Grand Coutumier de Normandie*, являлось одно лишь, а именно, потерпѣвшій могъ предъявлять его противъ насильника только въ теченіи года, считая со времени проявленія отвѣтчикомъ насилья. При этомъ совершенно не обращалось вниманія, ни на продолжительность владѣнія, ни на природу владѣнія лица, подвергнутаго насилью ³⁾. Насколько можно заключить изъ источниковъ того времени, главнѣйшей цѣлью установленія такой *action de force*, или какъ называетъ его *Gr. Coutumier de Norm.* по латыши—*actio de vi*, было создать возможно болѣе покойное пользованіе земельными участками: «*Utile genti est araturam non disturbari*» ³⁾. Теперь уже кутюмы категорически запрещаютъ самоуправство: «*Nullus ausus sit aliquem de aliqua re devestire sine ordine judicario*» (*ibid.* XXII), угрожая во всякомъ случаѣ виновному уголовной карой за нарушение *bannum regis*. Здѣсь видимъ мы скорѣе рецепцію

¹⁾ См. С. Никоновъ—*cit.* стр. 228 слѣд.

²⁾ *Le Grand Coutumier du pays et duché de Normandie* edit-Gruchy ch. 52.

³⁾ *Grand Coutumier de Normandie*, ed. Gruchy ch. 52 p. 132.

³⁾ *Trés ancien Coutum. de Norm.* edit Tardif XVI, § 5. «*Arator in aratione sua non disturbabitur, licet aliquis in alterius terra injuste laborat*» (*ibid.* XVI, § 2). См. Brunner—*Die Entstehung der Schwurgerichte* 1872 стр. 328 слѣд.

правиль римскаго права, а не положеніе канонистовъ о Redintegranda.

Обращаясь къ законодательнымъ памятникамъ самой Франціи, мы здѣсь имѣемъ ясныя указанія на примѣненіе *remedium'a ex. c. Redintegranda* уже въ *Etablissements de st. Louis*.

При внимательномъ изученіи этого знаменитаго законодательнаго памятника французскаго средневѣковаго права, мы должны будемъ, вслѣдъ за Виолле ¹⁾, признать наличность въ немъ указаній на одновременное существованіе въ правѣ того времени двухъ способовъ защиты владѣнія, изъ которыхъ одинъ—*Redintegranda*—римско-каноническаго происхожденія, другой—*a. de nouvelle dessaisine*—германскаго, съ явнымъ характеромъ иска петиторнаго, дававшійся въ защиту законной (*cum titulo*) севизны ²⁾.

Именно въ *Etablissements de St. Louis*, во II-й ихъ части гл. 7,—реципированной изъ *usages d'Orlenois*,—говорится про искъ, установленный для защиты владѣнія: причемъ въ самомъ текетѣ имѣется прямое указаніе на заимствованіе его изъ каноническаго права; искъ этотъ—уже знакомое намъ *remedium ex canone Redintegranda*:

«Nuns ne doit plaidier en nule cort despolliés; mais il doit demander saisine avant tote evre, ou doit savoir s'il la doit avoir. Droiz dit qu'il la doit avoir, et n'est mie tenuz de respondre despoilliez, ne le sien tenant, ne faire ne ni, ne connoissance, ne response, ne deffense nulle, selonc droit escrit en Decretales. De ordine cognitionum. Cum dilectus filius etc. capitulo Super spoliacione, et per totum titulum; et selonc l'usage de cort laie» ³⁾.

Отпечатанные курсивомъ слова этой главы являются ничѣмъ инымъ, какъ вольнымъ переводомъ формулы каноническаго права: *«spoliatus ante omnia restituendus»*.

¹⁾ Viollet—*Les Etablissements de saint Louis t. I. 1831 p. 112, слѣд.*; ср. Viollet—*Histoire de droit civil français 1893 p. 590 sq.*

²⁾ Объ *a. de nouvelle dessaisine* см. С. Никоновъ—*cit. стр. 241 слѣд.*

³⁾ Ср. *Etablis. de st. Louis II, ch. IV.*

Такимъ образомъ видимъ мы, что по смыслу этой главы 7-й, 2-й книги *Etablissements* св. Людовика всякое владѣніе, *bona* или *mala fide*, лично или черезъ представителя, и продолжавшееся хотя бы самое короткое время, наконецъ, всякое держаніе защищались этимъ искомъ во всемъ по правиламъ *remedium ex canone Redintegranda*.

Оба иска эти, т. е. и *Redintegr.* и *a. de nouvelle dessaisine*, въ *Etablissements de st.—Louis* конкурировали между собою; причемъ, по остроумному предположенію Виолле ¹⁾, отъ усмотрѣнія самого потерпѣвшаго зависѣлъ выборъ того или другого изъ нихъ. Последний искъ при этомъ былъ хорошъ и удобенъ для давностнаго лишь владѣнія; тогда какъ искъ каноническаго права защищалъ всякаго держателя отъ возможныхъ нарушеній его имущественнаго *status quo ante* ²⁾,

Рапѣе изданія разсматриваемаго памятника такого, по выраженію Виолле, «юридическаго дублета» не существовало въ судебной практикѣ кутюмовъ, бывшихъ источниками для *Etabl. de st. Louis*. Дѣло въ томъ, что въ *Coutumes d'Ajou et du Maine* откуда взята въ *Etabliss. de st. Louis, a. de nouv. dessaisine*, признавалась возможной защита годичной сезины путемъ лишь *a. de nouvelle dessaisine*; *remedium* же *ex can. Redintegranda* здѣсь не примѣнялось. Напротивъ, другой источникъ *Etablissements* Св. Людовика—Орлеанскіе кутюмы—только и упоминаютъ о *Redintegranda*, тогда какъ объ *a. de nouvelle dessaisine* они не говорятъ совсѣмъ.

Указанія на рецепцію кутюмами различныхъ мѣстъ Франціи изъ римско-каноническаго права положеній въ защиту владѣнія противъ его насильственнаго (главнымъ образомъ) нарушенія имѣемъ мы уже, начиная съ XII вѣка. Такъ въ документѣ 1149 года въ процессѣ между церквями

¹⁾ Viollet—*Etablissements* cit. I p. 115.

²⁾ См. Viollet—cit I p. 116 указаніе на ошибочное толкованіе условій примѣненія обоихъ исковъ со стороны Pasquier—*Interpretation des Institutes de Justinien* edit. Giraud. pp. 765, 766, —который признавалъ, что насильственное лишеніе владѣнія давало мѣсто примѣненію *redintegranda*, а лишеніе владѣнія „*sans force, sans violence*“ служило поводомъ для примѣненія *complainte*.

de Namesa и Marcha ¹⁾ судъ прямо высказываетъ положеніе, что хотя бы даже итець, потерпѣвшій *spolium*, былъ безспорно *malae fidei possessor*, онъ во всякомъ случаѣ долженъ быть возстановленъ во владѣніи самоуправно отнятымъ у него имуществомъ ²⁾.

Это стало общимъ правиломъ, въ силу чего и суды объявляютъ, что ранѣе изслѣдованія вопроса о *modus* и *qualitas* сезины, должно приступить къ выясненію вопроса о *violentia*, и возстановлять владѣніе тому, кто эту *violentia* понесъ ³⁾.

Бордо ⁴⁾ приводитъ документы отъ XII вѣка, гдѣ равнымъ образомъ говорится о *redintegranda*, именно *la charte de la communauté de st. Quentin*, отъ 1195 г.

Еще большее развитіе и примѣненіе получило *remedium ex canone Redintegranda* во французскомъ обычномъ правѣ съ XIII вѣка. Соціальной причиной, благодаря которой всюду съ такой настойчивостью стали проводить здѣсь знаменитое каноническое правило—*spoliatus ante omnia restituendus*, было общее стремленіе прогрессирующихъ классовъ тогдашняго общества положить конецъ насиліямъ и господству печальной памяти кулачнаго права. Задачу такую стало теперь легче выполнять, благодаря установленію болѣе сильной, чѣмъ ранѣе, центральной власти, въ связи съ сознаннымъ и обществомъ потребностью въ упроченіи порядка въ интересахъ охраны имущественной неприкосновенности каждаго.

¹⁾ См. Martène et Durand—*Collectio veterum scriptorum et monumentorum amplissima* 1724—73 II p. 362.

²⁾ „*Quod si propositus de Marcha qui possessor ab utraque parte cognoscebatur, licet ab altera malae fidei possessor diceretur, legitimis testibus.... probare posset se quiete possedisse, magis ei probatio incumberet quam ei qui recenter in eandem possessionem irruisse non dubitabatur.*“

³⁾ „*Si quis intret in possessionem meam et ego dicam violententer ipsum intrasse, res debet capi in manum domini regis, et si violentus petat saisinam suam, et ego meam, inquirendum est antequam reciperet cujusmodi possessionem, an violentus habuit tempore quo capta fuit, et si inveniatur violenta, non recipiat hec de dolose.*“ *Assisae Normann. см. у Warnkönig—Französische Rechtsgeschichte II; Urkundenbuch p. 50; Summa de legibus XCV §§ 15, 16; Beaumanoir—Cout. de Beauvoisis XXII № 526.*

⁴⁾ *Bordeau—Sur la coutume de Paris II p. 84.*

Потому то правило каноническаго права и повторяется почти съ энтузіазмомъ всюду въ кутюмахъ, ополчившихся противъ самоуправства, какъ противъ личнаго врага, и настоятельно требующихъ неперемѣннаго возстановленія спо-ліата въ его имуществѣ, ранѣе всякаго разбора спора по существу.

«Encore te dis—je»—читаемъ мы, напримѣръ, въ кутюмахъ d'Artois XIII вѣка ¹⁾.—«que nus ne doit plaidier, en nule court, dessaisis, mais il doit demander saisine avant tout oeuvre ou droit; s'avoir le droit, on non. Drois s'accorde qu' il doit s'estre resaisis. Et n'est mie tenus à res-pondre despouilliés ne le sien tenant, ne faire ne ni, ne connoissance, ne responce nulle selone droit escrit en decretales».

«Nus n'ont devestir home d'aucune chose, forz par l'ordre des jugements» ²⁾.

Въ кутюмахъ съ XIII вѣка начинается уче-ніе о необходимости защищать всякое фактическое воздѣй-ствіе лицъ на вещь отъ его нарушенія, независимо отъ вопроса о правѣ. Сообразно съ этимъ рядомъ съ прежнимъ представленіемъ о правовой сезинѣ, въ собственномъ смыслѣ, т. е. владѣніи, (tenementum), основанномъ на титулѣ, напр., на судебномъ рѣшеніи, на правѣ наслѣдованія, давности, словомъ, имѣющей спеціальное юридическое основаніе и потому охраняемой исками отъ его нарушеній (saisine de droit, или vraie saisine),—возникаетъ теперь представленіе о фактической сезинѣ (saisine de fait, simple saisine). Эта послѣд-няя представляетъ собою простое держаніе вещи (detentio). Теперь и держатель такой получить извѣстную санкцію своего спокойнаго воздѣйствія на вещь. Не говоря уже о томъ, что субъектъ фактической сезины могъ силою, даже съ оружіемъ въ рукахъ, отражать всѣ нападенія и насиль-ственныя дѣйствія, направленные противъ его держанія сто-

¹⁾ Coutumes d' Artois издан. Tardif; ср. Pierre de Fontaines XXI, 50, издан. Marnier.

²⁾ Grand Coutumier de France стр. 11, 16, 21, 36.

ронными лицами ¹⁾, за нимъ признавалось право представить противъ нарушителя искъ о возстановленіи своего status quo ²⁾.

Впрочемъ если отвѣтчикъ приобрѣталъ вещь не насиліемъ, простой держатель не могъ предъявлять никакого иска противъ нарушителя его держанія вещи ³⁾. Наконецъ и держатель могъ быть лишенъ вещи лишь по законно состоявшемуся судебному рѣшенію. Вмѣстѣ съ тѣмъ всегда имѣлась законная презумпція въ пользу держателя вещи. Какъ говорить Coutume primitive Бургундіи:

«Se aucun me vent héritage et devant ce qu'il me ait baillé la possession de fait, je ne pourroye demander à celui qui tient laditte possession, mais à celui qui m'a vendu» ⁴⁾.

Въ царствование Филиппа Смѣлаго издано было одно парламентское рѣшеніе, которымъ указывалось, что querela de novis dissaisinis не должна восходить на разрѣшеніе парламента, а предоставляется вѣдомству балли, которые, въ своемъ округѣ каждый, должны разбирать жалобы споліатовъ и немедленно по разсмотрѣннн жалобъ возстановлять потерпѣвшихъ въ ихъ имущественномъ status quo ante ⁵⁾.

Очевидно, здѣсь содержится ясное указаніе на примѣненіе remedium'a ex canone Redintegrandi, а не говорится о compliante, какъ ошибочно утверждаетъ Виолле ⁶⁾.

1) «Si l'en me vient ma chose efforcier» — говоритъ Бомануаръ, — je le puis bien rescoure à force, se le force est tel moie, mes que che soit présentement quant l'en me vient le force fere. «Cout. de Beauvoisis 32».

2) Ср. Cout. de Beauvoisis — гл. 32, 26. Grand coutumier de France liv. II, ch. 21.

3) Grand Coutumier de France ibid. II. ch. 21.

4) Art. 62; Giraud — Essais sur l'histoire du droit français au moyen-âge t. II p. 279.

5) «Querela de novis dissaisinis non venient in parlamentis, sed quilibet bailivus, in bailivia sua. vocatis secum bonis viris eat ad locum. et, sine strepitu, sciat si sit nova dissaisina, seu impedimentum. seu turbatio; et si inveniat ita esse, faciat statim ressaisire locum, et arripiat in manu regis et faciat jus partibus».

6) См. Viollet — Les Etablissements de St. Louis 1881 I. p. 310.

Бомануаръ, у котораго мы имѣемъ ссылку на это рѣшеніе парижскаго парламента¹⁾ отмѣчаетъ, что для защиты владѣнія здѣсь было установлено три вида исковъ, именно: *action de trouble*, *a. de nouvelle dessaisine* и *a. de force*. Изъ нихъ *action de trouble* установленъ, подобно интердикту *uti possidetis*, въ защиту владѣнія отъ его нарушенія; искъ *de nouvelle dessaisine* имѣетъ цѣлью возстановленіе нарушеннаго владѣнія; искъ-же *de force* былъ искомъ по цѣли общимъ со вторымъ, съ тою лишь разницею, что являясь видомъ *a. de nouvelle dessaisine*, имѣлъ мѣсто исключительно въ случаяхъ насильственнаго отнятія владѣнія. Впрочемъ самъ же Бомануаръ сближаетъ ихъ оба, говоря (ch. 32 § 2):

— «*Vos poez savoir que nule tex force n'est sans novele dessaisine, mais novele dessaisine est bien sans force, si come il est dit dessus.*»

Дѣйствительно, позднѣе въ скоромъ времени, благодаря ихъ близости, *a. de force* и *a. de nouvelle dessaisine* были слиты въ одинъ искъ—*la réintegrande*.

Излагая далѣе ученіе обо вѣсхъ этихъ трехъ искахъ²⁾, Бомануаръ между прочимъ подробно разсматриваетъ и *action de nouvelle dessaisine*, собственно говоря, имъ самимъ созданную. Въ этомъ искѣ, Бомануаръ, по всей вѣроятности, хотѣлъ объединить въ одинъ новый два извѣстныхъ *Etabliss. de st. Louis* иска—именно о защитѣ феодальной сезины и *Redintegranda*. Но это ему не удалось, и взамѣнъ того мы находимъ въ *Coutumes de Beauvoisis* рядъ постановленій, въ которыхъ подъ однимъ наименованіемъ—*a. de nouvelle dessaisine*, говорится о двухъ различныхъ (по прежнему) искахъ. Мало того, тѣмъ же терминомъ—*nouvelle dessaisine* Бомануаръ называетъ здѣсь и вообще всякое нарушеніе сезины, будетъ ли оно совершено *vi, clam*, или безъ таковыхъ—безразлично.

Чтобы эти заявленія наши не показались голословными, изложимъ здѣсь мѣста изъ *coutumes de Beauvoisis*, могущіе служить въ подтвержденіе сказанному.

¹⁾ Beaumanoir—*Les coutumes de Beauvoisis* ch. 32 § 1; ср. Viollet—*cit.* I p. 399 слѣд.; см. С. Никоновъ—*cit.* стр. 254 слѣд.

²⁾ См. С. Никоновъ—*cit.* стр. 256 слѣд.

Разсматривая изъ числа мѣетъ Coutumes de Beauvoisis, въ которыхъ Бомунуаръ излагаетъ свое ученіе объ а. de nouvelle dessaisine, chap 32 §§ 4, 6, 8, 24, 26, 39, 13, 27, 15 и др. ¹⁾ мы находимъ ясныя указанія, что означенный писатель признавалъ здѣсь подѣ именемъ этого иска искъ, дававшійся въ защиту лишь феодальной, титулованной (го-дичной) сезины отъ ея нарушеній, имѣвшій въ себѣ ясно выраженнымъ уголовный элементъ. При этомъ запрещалось искаться о нарушеніи сезины противъ того лица, отъ кото-раго, феодальнымъ порядкомъ, получена была ранѣе эта се-зина: «car entre seigneur et tenant n'a point de dessaisine». Мало того, тотъ кто станеть искаться о возстановленіи на-рушенной сезины противъ своего сеньора, кромѣ отказа въ судебной защитѣ, еще присуждался къ уплатѣ въ казну пе-ни 90 су; хотя ему не запрещалось искаться объ охранѣ нарушенныхъ правъ на судѣ у *своего-же сеньора*, если поже-лаетъ тамъ вести дѣло инымъ искомъ, а не посредствомъ action de simple saisine.

Рядомъ съ изложеніемъ такого процесса, установлен-наго въ защиту только феодальныхъ отношеній, въ тѣхъ же Coutumes de Beauvoisis указаны случаи, гдѣ выраженіе nouvelle dessaisine *означаетъ всякое нарушеніе сезины вообще*. Такъ, напр., въ гл. 32 § 11 постановлено, что при нарушеніи сезины, когда предъявляется одинъ изъ трехъ исковъ (а. de force, de trouble, de nouvelle dessaisine), судья долженъ прежде всего взять спорные предметы (недвижимости) подѣ свою охрану и потомъ уже «demener le plet de nouvelle des- saisine en le maniere qui est dite dessus».

Въ § 2 гл. 32 равнымъ образомъ Бомануаръ замѣчаетъ, что при всякомъ насильственномъ отнятій вещи неизбежно совершается и nouvelle dessaisine «Vos poés savoir que nulle tex force n'est sans novele dessaisine»...

Наконецъ, въ той же гл. 32 Cout. de Beauvoisis имѣет-ся рядъ постановленій, хотя и говорящихъ равнымъ обра-зомъ объ а. de nouvelle dessaisine, однако въ совокупности своей выясняющихъ намъ здѣсь искъ особый, во многомъ совер-

¹⁾ См. С. Никоновъ — *cit.* стр. 262 слѣд.

шенно отличающійся отъ вышеуказаннаго иска того же наименованія.

Прежде всего въ этомъ отношеніи намъ необходимо остановиться на разсмотрѣніи правилъ гл. 32 §§ 23 и 24 Бомануарова сборника.

§ 23.—«Pierres estoit entrés en une tere el mois de mars et le fist areer et semer pesivement, et quant vint à l'aoust, et il quida l'aveine soier, et tout presentement la terre despouillier de celle année, et y estoient si ovrier ja dedens pour queillir les biens adont vint Iehans et en osta les ouvriers dudit Pierre et contre son gré, et y mist les siens ovriers et emporta, que lui que sa mesnie, l'aveine. Adont fist Pierres ajorner Iehan sor novele dessaisine, et quant il vinrent en cort, Pierres requist à estre restablis de l'aveine que Iehans en avoit emporté, le quele il avoit arrée et semée et laborée paisivement, et y estoit esentrés paisivement, qu' onques nus à celui temps de lors n'i mist arrest ne contens pour debatre le labourage. A ce respondi Iehan, qu'il li connoissoit moult bien que Pierres avoit le terre laborée et semée et entrés le soier, mes à tort l'avoit fet, si comme il disoit, car le terre estoit soie; mes il n'i estoit pas entrés par li, par quoi il ne voloit pas estre tenu à li resaisir ne restablis; et mesment, poree que Pierres ne disoit pas qu'il eust esté en saisine an et jor, par quoi il ne pooit demander saisine, comme il fust aparelliés de prover que li heritages fust siens; et sor ce mirent en droit: se Pierres seroit restablis ou non. Il fu jugié que Pierres seroit resaisis et restablis de l'aveine, le quele il avoit laborée pesivement, tout n'eust il pas esté en saisine an et ior. Et par cel jugement pot on veoir que, de quelque coze je soie en saisine, et que le saisine soit bone ou malvese, et de quelque tans que ce soit grans ou petis, qui m'oste de cele saisine sans jugement on sans justice, je doi estre resaisis avant toute oevre, se je le requier».

Бомануаръ разсматриваетъ здѣсь слѣдующій случай: Петръ занялъ извѣтный участокъ земли въ мартѣ и сталъ его спокойно разрабатывать подъ пашню; когда же наступилъ августъ мѣсяць, онъ приступилъ къ сбору урожая, и

работники его уже начали уборку хлѣба. Въ это самое время другое лицо—Иванъ—явился со своими рабочими, запретилъ рабочимъ Петра снимать урожай, и поручилъ это дѣло своимъ, что тѣ и выполнили. Тогда Петръ предъявилъ противъ Ивана искъ *de nouvelle dessaisine* съ просьбой возстановить ему прежнее спокойное пользование имуществомъ и доходомъ съ него (урожай). На этотъ искъ Иванъ возразилъ, что онъ хотя и знаетъ про пользование Петра спорнымъ земельнымъ участкомъ, но что пользование это не заслуживаетъ уваженія, главнымъ образомъ потому, что сезина Петра продолжалась менѣе года со днемъ; тогда какъ онъ—Иванъ—можетъ доказать свои наслѣдственныя права на спорный участокъ. Далѣе Бомануаръ задаетъ вопросъ, въ какомъ смыслѣ долженъ быть разрѣшенъ этотъ казусъ, и рѣшаетъ его въ пользу Петра, замѣчая, что какая бы вещь не находилась въ сезинѣ лица, т. е. движимая или недвижимая, будетъ ли самое владѣнiе добросовѣстнымъ или нѣтъ, и какой бы краткiй срокъ оно не продолжалось, но разъ вещь безъ суда, самовольно, была отнята у ея обладателя, послѣднiй прежде всего, буде потребуетъ того самъ, долженъ быть возстановленъ въ прежнемъ своемъ состоянiи.

Идея установленiя такой защиты исключительно въ интересахъ охраненiя всякаго спокойнаго фактическаго воздѣйствiя на вещь, безъ обращенiя вниманiя на титулъ такого владѣнiя (т. е. случай *rem. ex cap. Redintegrandi*), здѣсь исполнѣ ясна и очевидна.

Фактъ обобщенiя Бомануаромъ подъ однимъ наименованiемъ *a. de nouvelle dessaisine* двухъ различныхъ исковъ, именно иска объ охранѣ феодальной сезины (выше изложеннаго) и *a. ex cap. Redintegrandi*, еще болѣе выясняется изъ содержанiя гл. 32 § 24 *Coutumes de Beauvoisis*.

Изслѣдуя здѣсь далѣе примѣръ свой, изложенный въ § 23, Бомануаръ замѣчаетъ, что Иванъ (указанный выше захватчикъ вещи, проигравшiй дѣло и вынужденный возвратить вещь Петру—истцу) можетъ, послѣ выдачи объекта иска обратно Петру, предъявить противъ послѣдняго въ свою очередь искъ *de nouvelle dessaisine*, основываясь на томъ, что спорная вещь—его наслѣдственное имущество, на

которое онъ, еще до захвата его Петромъ, уже имѣлъ сезину долге года со днемъ. На такой искъ Ивана Петръ не можетъ предъявить *exceptio rei judicatae*, ссылаясь на то, что спорный предметъ переданъ ему, Петру, по судебному приговору, и настаивать на возможности веденія Ивановомъ дѣла лишь о правѣ собственности. Разъ дѣйствительно вещь была ранѣе, чѣмъ попасть къ Петру, у Ивана, въ его сезинѣ годъ и день, Петръ и долженъ будетъ, если эти обстоятельства на судѣ выяснятся, снова передать вещь Ивану.

Гл. 32 § 24:—

«Or veons comment cil qui est tenuz à resaisir par jugement, se pot puis plaindre de novele dessaisine de celi qu'il a resaisi et de ce meismes dont il l'a resaisi. Quant Iehan out resaisi de l'aveine dessus dite et aempli le jugement, il fist Pierre ajorner, qui resaisi estoit, sor novele dessaisine, et proposa contre li, qu'à tort et sans cause estoit entrés en le saisine et en le possession de son heritage, et sans saisine de segneur, et de novel puis un an et un jor pourquoy il requeroit que cele saisine fust ostée à Pierre et baillié à Iehan, comme a celi qui avoit esté en le derraine saisine de un an et un jor, et dusqu'au jor qu'il entra en le terre por laborer et semer. A ce respondi Pierres, qu'il avoit pledié au dit Iehan de cele meisme coze et sor novele dessaisine, et li avoit esté livrée le saisine par jugement, par quoi il ne voloit estre tenuz à nule resaisine fere ne à respondre, se n'estoit au plet de le propriété quant il seroit sor. le propriété ajornés, et sor ce se mirent en droit. Il fu jugié que Pierres respondroit au claim que Iehan avoit fet contre li; car por ce se Pierres avoit esté resaisi de ce dont il avoit esté trovés en saisine, et il n'avoit maintenu le saisine d'un an et un jor entierement, ne demore pas, que Iehan qui maintenoit se saisine d'un an et un jor entierement, ne se peust plaindre de novele dessaisine de Pierre qui derrainemet estoit en le saisine entrés et n'i avoit pas esté an et jor».

Идея обонхъ исковъ очевидна; при первомъ (§ 23) судебная защита была направлена прежде всего на восстановление *status quo*, самовольно нарушеннаго отвѣтчикомъ (Иваномъ). При этомъ не обращалось вниманія ни на какой

титулъ самоуправно дѣйствовавшаго здѣсь лица: *spoliatus ante omnia, restituendus est* («je doi estre resaisis avant toute oeuvre, se je le requier»). Но разъ такая *restitutio* послѣдовала, разъ власть общественная вступилась, возстановила прежнее спокойное *status quo* и наказала виновнаго въ нарушеніи земскаго мира еще и пеней (60 су), *травмоченный* субъектъ, потерпѣвшій за свою попытку *самоуправно* охранять свои интересы, не лишался возможности *въ обычномъ порядкѣ* просить охраны своихъ интересоовъ, и искаться противъ ихъ нарушителя передъ судомъ о защитѣ своей сезины путемъ *a. de nouvelle dessaisine*, доказывая титулъ свой и вообще права свои на обладаніе спорнымъ предметомъ, каковое требованіе и должно быть уважено судомъ, если послѣдній найдетъ доказательства истца убѣдительными. (§ 24); ср. *ibid* § 15: «Mes moi resaisi, se cil qui le m'osta prueve le coze à soie, il le r'aura».

Этимъ же, думается намъ, можно объяснить и то обстоятельство, что говоря объ *action de nouvelle dessaisine*, Бомануаръ, кромѣ приведенной имъ въ гл. 32 § 4 формулы заявленія истцомъ суду своей претензіи, указываетъ въ гл. VI § 10, другую болѣе сокращенную формулу этого иска, въ которой уже не имѣется указаній на годъ и день обладанія сезиной, а просто лишь содержится заявленіе о совершеніи противникомъ нарушенія владѣнія:

«Sire vés la Ichans qui m'a dessaisi et de tel coze et de nouvel».

Подобной же двойственности формулъ при *a. de trouble* и *a. de force* здѣсь мы не имѣемъ.

Таково наше толкованіе содержанія §§ 23 и 24 гл. 32 Бомануарова сборника ¹⁾.

Въ литературѣ предмета господствуетъ иное воззрѣніе. Большинство думаетъ, что здѣсь Бомануаръ имѣлъ въ виду случаи нарушенія владѣнія лица вещами *движимыми*, въ отношеніи которыхъ лишь и не требуется непременно доказательства наличности сезины у лица въ теченіи года и дня.

¹⁾ См. С. Никоновъ—сѣт. стр. 268 слѣд.

Такимъ спорнымъ объектомъ поэтому въ примѣрѣ § 23 является будто бы *урожай*, а не самый участокъ ¹⁾. Намъ думается, произвольность такого толкованія § 23, при болѣе внимательномъ изученіи содержанія послѣдняго, особенно въ связи съ § 24—*cit.*, является настолько очевидной, что едва ли нуждается въ подробной критикѣ (ср. *ibid.* § 13).

Какъ видно изъ словъ того же Бомануара, некъ а. de nouvelle dessaisine второго типа (*redintegrenda*) давался въ защиту противъ насильниковъ всякому владѣльцу, не только титулованному, но даже недобросовѣтному. По крайней мѣрѣ въ § 23 *cit.* ясно сказано:... «*et que le saisine soit bone ou malvese.... je doi estre resaisis avant toute oeuvre, se je le requier*». Некъ этотъ давался въ защиту владѣнія арендаторовъ и залогобрателей, при томъ не только противъ третьихъ лицъ, но даже противъ собственниковъ находящагося у нихъ имущества; въ послѣднемъ случаѣ однако лишь если эти собственники отберутъ самовольно свои вещи до срока, на какой они были переданы по договору въ пользованіе ²⁾.

Область примѣненія нека о новомъ лишеніи сезины второго типа (*redintegranda*) весьма обширна. По крайней мѣрѣ Бомануаръ въ цѣломъ рядѣ мѣстъ допускаетъ некъ этотъ въ защиту какъ вещей движимыхъ (гл. 32 § 15—*cit.* «*...d'un queval, ou d'une autre beste ou de meuble quel qu'il soit*...»), такъ и недвижимыхъ (*ibid.* § 13—«*terre*»), или тѣхъ

¹⁾ См. напр. Esquiron de Parieu—*Etudes historiques et critiques sur les actions possessoires* 1850 стр. 113 слѣд.; Glasson—*De la possession et des actions possessoires* въ *Nouv. Rev. histor.* 1890 т. XIV стр. 615 слѣд.; Auzanet—*Histoire de la possession* 1849 стр. 160 и др.

²⁾ Гл. 32 § 13 *cit.*

„ Cil qui tient autrui terre à ferme ou de grain ou de denier, à certain tans, se li tans est passés et je me remet en me terre, il ne se pot pas plaindre de moi de novele dessaisine. Et aussi s'il l'a par reson de gage qu' il ait engagé à anées, et les anées sunt hors, et je rente en le coze, il n'a pas action de novele dessaisine vers moi, car male coze seroit se cil qui tient mon heritage à gage ou par reson d'engagement, après son tans passé pooit aquerre saisine contre moi. Mes se je li oste le coze le tans durant de son engagement, il a bien action de novele dessaisine contre moi“.—

и другихъ вмѣстѣ (§ 16—«doaire»; §§ 23, 24—«l'aveine», «l'heritage»).

Срокъ годъ со днемъ при этомъ искѣ имѣлъ значеніе въ томъ отношеніи, что лишалъ споліата возможности искать возстановленія своего status quo, разъ имъ не было въ теченіи этого времени, считая съ момента spoliium'a, возбуждено иска о nouvelle dessaisine (гл. 32 § 25). Въ Бомануаровомъ сборникѣ положительнымъ образомъ высказано, что истець не обязанъ доказывать годичность своей сезины, предъявляя такой искъ: 1)

Вообще для примѣненія a. de nouvelle dessaisine второго вида (redintegrandi) не требовалось никакихъ иныхъ условій, кромѣ наличности факта насилія; въ частности искомъ этимъ защищался и владѣлецъ vi clam, precario (ср. § 23 cit). Требовалось такъ мало условій для его примѣненія, что (§ 15 гл. 32) Бомануаръ объявляетъ его допустимымъ въ защиту недобросовѣстнаго владѣнія:

— «Et par ce pot on entendre, c'on pot bien estre resaisis de tel coze par coustume c'on en porteroit après le hart, si comme s'on avoit le coze dont on seroit resaisis, mal tolue ou emblée, et il est prové clérement».

Выигравшій дѣло въ такомъ процессѣ могъ, безъ сомнѣнія, проиграть его въ возбужденномъ противъ него противникомъ процессѣ о *правѣ* владѣнія, и тогда долженъ былъ выдать имущество cum omni causa (ibid. 32 § 30).

Начиная съ XIII вѣка, по мѣрѣ усиленія во Франціи изученія римскаго права и права каноническаго, иски о защитѣ владѣнія вообще стали получать все большее развитіе. Все болѣе проявляется стремленіе обезпечить за субъектомъ спокойное пользованіе находящимися у него въ обладаніи

1) „En aucun cas me puis je bien plaindre de novele dessaisine, tout soit ce que je n'aie pas esté en saisine de le coze dont je me plains“.
(§ 15 гл. 32).

„Et que le saisine soit bone ou malvese, et de quelque tans que ce soit, soit grans ou petis, qui me oste de cele saisine sans jugement ou sans justice, je coi estre resaisis avant tout oevre, se je le requier“.
(§ 24 ibid).

благами и защищать его от всяких покушений на личность и имущество со стороны третьихъ лицъ. Этому въ значительной степени помогло и то обстоятельство что королямъ Ордоннансомъ 1315 г. 13 мая удалось добиться категорическаго признанія за королевскимъ судомъ права разбора всякихъ исковъ о владѣннц, въ обширномъ смыслѣ этого слова ¹⁾.

Объединеніе подсудности скоро повлекло за собою болѣе точную и однообразную разработку исковъ о защитѣ владѣннц.

Прежде всего здѣсь въ этомъ отношеніи три формы исковъ, о которыхъ говоритъ Бомануаръ, т. е. *action de nouvelle dessaisine* (перваго феодальнаго типа), *a. de force* и *a. de trouble*, объединяются въ одной общей для всѣхъ формъ, подъ именемъ *trouble, nouveau trouble, complainte de nouvelle trouble, novitas*, или просто *complainte* ²⁾.

Эта *Complainte* защищала, собственно говоря, одинъ лишь видъ владѣннц, именно владѣніе титулованное, продолжавшееся годъ со днемъ, и при томъ объектомъ котораго являлись, почти исключительно, недвижимости. Такимъ образомъ цѣлая весьма значительная область владѣльческихъ отношеній оставалась незащищенной этимъ искомъ. Здѣсь именно выступаетъ теперь на сцену реципированный изъ каноническаго права искъ *ex c. Redintegrandi*, при томъ уже не прикрываемый другими исками, какъ, напр. дѣлалъ съ нимъ Бомануаръ, но подъ своимъ старымъ наименованіемъ *La Réintégrande*.

Искъ этотъ былъ реципированъ въ Франціи безусловно въ цѣляхъ удовлетворенія тѣхъ же потребностей, которыя заставили реципировать его изъ каноническаго права въ свѣтскія законодательства и другихъ странъ. Насилія процвѣтали тогда во Франціи не менѣе, чѣмъ въ другихъ странахъ; одинаково и здѣсь, подъ вліяніемъ феодальныхъ идей, обращено было законодательствомъ и обычаями преимущественное, если не исключительное вниманіе на защиту недви-

¹⁾ См. С. Никоновъ—*cit.* стр. 276 слѣд.

²⁾ См. С. Никоновъ—*cit.* стр. 273 слѣд. 283 слѣд.

жимостей по связи таковыхъ съ феодальными отношеніями ихъ владѣльцевъ. Въ то же время условія жизни и быта Франціи, начиная съ XIV вѣка, стали постепенно выдвигать на первый планъ, вопросъ объ упрядоченіи владѣнія и пользованія вещами движимыми, а равно о средствахъ и способахъ защиты владѣнія послѣдними, безотносительно къ феодальному строю, игравшему такую важную роль въ ученіи о защитѣ владѣнія (сезины) недвижимостями. Дѣло въ томъ, что въ XIV вѣку движимости, съ развитіемъ торговли и оборота вообще, получили и юридически большое значеніе какъ самостоятельные объекты права, охрана покойнаго пользованія которыми за ихъ владѣльцами являлась настоятельно необходимой. Между тѣмъ la complainte могла быть примѣняема лишь въ защиту *феодалыныхъ* владѣній, т. е. почти исключительно недвижимостей. Наконецъ, и въ отношеніи послѣднихъ la complainte не всегда давала надежную защиту. Такъ прежде всего многихъ владѣльцевъ стѣняло при ней обязательное требованіе годичнаго срока покойнаго владѣнія, ранѣе котораго они оставались беззащитными противъ такъ часто совершавшихся тогда насильственныхъ захватовъ имущества, особенно когда ихъ лишали владѣнія объектомъ, а не просто лишь тревожили въ спокойномъ обладаніи послѣднимъ.

Выходъ изъ этихъ затрудненій при защитѣ владѣнія былъ найденъ, благодаря реценціи правилъ каноническаго права о *redintegranda*, которую Grand Coutumier сталъ примѣнять именно въ защиту владѣнія *движимостями* въ случаяхъ *spolium'a*¹⁾.

¹⁾ Grand Coutumier—cit. p. 250:—

„Nota quod ubi quis intentat vim ablativam vel violenciam *mobilium* sibi factam, recredencia facienda est actori sine causae cognitione, et ante litis contestationem, et est speciale propter privilegium causae spoliationis. Nam sicut ante omnia de ea cognoscitur, ita et ante omnia recredencia facienda est. Et est ratio potissima, quia cum regulariter recredencia fieri debeat illi qui ultimo invenitur possidere, et spoliatus se dicendo spoliatum confiteretur adversarium saisitum, et sic semper fieret illi de quo est querella tamquam de spoliatore, quod non est faciendum“.—

„Item in causa spoliationis non potest fieri litiscontestatio ad finem recredenciae quin fieri oporteret super principali, quia in ea non potest

Redintegranda такимъ образомъ являлась по прежнему средствомъ защиты имущественнаго status quo отъ его нарушеній безъ обращенія при этомъ вниманія на самый характеръ владѣнія споліата—владѣль ли онъ годъ со днемъ, или хотя одинъ день, былъ ли онъ управомоченъ и имѣлъ justus titulus, или былъ недобросовѣстнымъ владѣльцемъ,—безразлично. Въстѣ съ тѣмъ лицо, проигравшее дѣло въ порядкѣ redintegranda, не лишалось права искаться о томъ же имуществѣ путемъ la complainte, конечно, если оно считало себя способнымъ выиграть дѣло путемъ предьявленія такого иска.

Это свойство réintégrande часто является какъ бы предварительной стадіей для complainte повлекло за собою среди юристовъ XV—XVI в.в. смѣшеніе понятій, или вѣрнѣе обобщеніе réintégrande съ la récréance, т. е. со средствомъ судебного выясненія, кому владѣть вещью за время веденія complainte 1).

Въ то же время однако Имберъ 2) отмѣчаетъ условія примѣненія reint. во всемъ согласно съ правилами ad hoc каноническаго права, указывая, что:

«La réintégrande a lieu contre tous ceux qui injustement detiennent et occupent, et peut estre formée par tous qui à droit et bonne cause tenaient et exploitaient avant la spoliation».

Такое вспомогательное, такъ сказать, значеніе réintégrande при искѣ la complainte (т. е. слѣдовательно, главнымъ образомъ въ случаяхъ, когда объектомъ иска было

esse recredencia nata post causam principalem, cum simul ei jungatur si bene advertes, sed in aliis causis secus, ut in interdicto uti possidetis et aliis“.—

1) „Sibi recredencia adjudicetur, id est monumentanea (momentanea) aut fiduciaria possessio“. Bugnion—Tractatus I. I. c. CXLII стр. 102.

„Les sentences de récréance et de réintégrande en toutes matières et de garnison seront exécutoires nonobstant l'appel et sans préjudice d'iceluy en bailant caution“—читаемъ мы въ art. 59, Ordonnance de Villers Cotterets (1539 г.) Recueil du Louvre XII, стр. 612, art. 63; сравн. Ordonnance civile 1667 г. tit. XVIII. art. 2.

2) Imbert.—Pratique judiciaire ch. 17.

недвижимое имущество) не закрыло отъ юристовъ того времени непосредственнаго значенія и роли его, какъ иска самостоятельнаго, примѣнявшагося въ цѣляхъ возстановленія спокойнаго пользованія (преимущественно) вещами движимыми. Какъ искъ самостоятельный, при томъ *sui generis*, рассматривается *reintegranda* тѣмъ же Имберомъ, который даже различаетъ въ отношеніи его два способа предьявленія, именно, въ порядкѣ гражданскомъ и уголовномъ¹⁾.

Увлеченные вообще стремленіемъ реципировать на Французскую почву нормы римскаго права романисты признавали и *reintegranda* за институтъ римскаго права, считая ее тождественной интердикту *recuperandae possessionis*²⁾.

Такое отождествленіе *reintegranda* съ *unde vi* однако нашло себѣ мало сторонниковъ, благодаря главнымъ образомъ различію въ самыхъ объектахъ защиты при этихъ искахъ. Уже Имберъ въ своей *Pratique judiciaire*, въ гл. 17,

1) Какъ пишетъ Имберъ:—*Pratique judiciaire* ch. 17:

„Cette reintegranda peut estre formée et commencée en deux manières, car l'on peut la former civilement et simplement comme une autre action civile: ou bien avoir lettres royaux ou mandemens de juge competent adressans au premier sergent par lequel luy est mandé que, appelé un notaire avecques luy, il s'informe diligemment et secrettement de la possession et spoliation du demandeur de la chose dont est question pour l'information faicte, estre portée ou envoyée par lui féablement close et scellée par-devant le dict juge, pour y estre donné telle provision que de raison. Et l'information rapportée par devers les gens de roy et le juge est baillé décret d'adjournement personnel ou prise de corps selon la qualité des excez qui ont été commis en faisant la dite spoliation et au parsus l'on y procéde comme en une autre matière criminelle“.—

2) Какъ говоритъ Gregorius Tolosanus (*Syntagma juris* pars III, lib 21):

— „In locum interdicti recuperandae possessionis utimur litteris seu codicillis regis, seu senachi, si is privilegium habet, quos statutum dicunt querelae de novis dessaisinis, in quo spoliatus dicit se possedisset et fuisse vocant etiam restitutionem la reintegranda“. Cp. Lizet et Imbert — въ ихъ „Pratiques“ ch 17; Charondas—примѣчаніе къ *Grand Coutumier* ch 21; 21; cp. Parieu—стр. 133.

Равно указываетъ Charondas, sur Bouthellier liv. I ch. 27:

„— Au lieu de l'interdit *Unde vi* (единственный, о коемъ говорилъ Бутеффе) à présent on pratique la reintegranda, qui a esté introduite par les canonistes“.

весьма подробно излагаетъ черты различія между *interd. unde vi* и *reintegranda*, указывая между прочимъ на то, что послѣдняя давалась въ защиту какъ *possessor'a*, такъ и всякаго держателя не только недвижимаго имущества, но главнымъ образомъ вещей движимыхъ, каковая область примѣненія совершенно чужда римскому *unde vi*. Здѣсь же онъ, кстати сказать, отмѣчаетъ весьма обширную область примѣненія этого иска не только въ духовныхъ но и свѣтскихъ судахъ того времени:

— «*Frequentissimus est illius constitutionis (can. Reintegranda) in foro etiam laico usus*».

Кюжасъ выставилъ иное воззрѣнiе, утверждая, что *reintegranda* происходитъ изъ римскаго права, гдѣ онъ видѣлъ ея основанiе въ знаменитомъ *generale interdictum restitutorium* глосаторовъ или *generale interd. momenti, actio momenti, beneficium momenti*, т. е. въ средствѣ защиты „*ad omnes perturbatae ac perversae possessionis casus*“ (Cujacii—*Observationes XIX, 16. 1. 20*). При этомъ спеціально по поводу *reintegranda* онъ замѣтилъ, что искъ этотъ не могъ быть названъ *int. unde vi*, «*quia vis nulla intercessit*» но что это «*generale interdictum restitutorium momentariae possessionis appellamus*».—

Природу его онъ характеризовалъ слѣдующимъ образомъ:

—«*...postulatur possessio momentaria per interdictum vel actionem ex causa interdicti ab eo, qui possessionem vi, aut dolo, aut metu, aut iniquo iudicio spoliatus est; et quia statim restituenda est, dilata dominii quaestione, ideo dicitur momentaria*» ¹⁾.

Точно также и Charondas, въ своихъ примѣчанiяхъ къ *Grand Coutumier*, называетъ *la reintegranda* «*interdictum momenti sive momentariae possessionis quae statim sine ulla cunctatione spoliato restituenda est et a Symmacho (lib. 1 Epistul.) momenti reformatio appellatur*».

Слѣдуетъ замѣтить, что и это мнѣнiе не оказалось господствующимъ, въ виду слишкомъ явной и несомнѣнной

¹⁾ Объ этомъ см. выше стр. 21 слѣд.

рецепцій разсматриваемаго иска изъ каноническаго, а не изъ римскаго права ¹⁾).

Во всякомъ случаѣ, какъ справедливо указалъ еще Bruns, (cit. стр. 365) réintégr. за періодъ времени отъ XIII до XIV столѣтія получила несомнѣнное распространеніе и права гражданства во Франціи. Уже Masuer, Rebuff, Gui—Pape, Gregorius Tolosanus и другіе трактуютъ о ней, какъ объ общеизвѣстномъ и распространенномъ средствѣ процесуальной защиты ²⁾.

Eguinardus Baro говоритъ про него:

—«Recuperandae possessionis gratia—«redintegration ou redintegrande», ex lege pontifica apud Gallos tralatitia est conditio, sive vi, metu, dolo, sive alia iniusta causa despoliati simus rebus nostris vel mobilibus»...

Самый терминъ réintégrande для означенія особаго иска о защитѣ владѣнія встрѣчается уже издавна во французскихъ законодательныхъ памятникахъ. Такъ о немъ имѣются указанія въ ордоннансѣ de Villers—Coterets (1539 г.), Art 63 котораго гласить:

—«Et seront toutes instances possessoires de complainte ou réintégrande vidées sommairement les preuves faites tant par lettres que par témoins dedans un seul délai arbitré au jour de la contestation et sans plus y retourner par reliévetent de nos chancelleries n'autrement».—

Art 62 того же ордоннанса постановляетъ:

«les sentences de recreance et réintégrande en toutes matières et de garnison seront exécutoires nonobstant l'appel et sans préjudice d'iceluy en baillant caution».

¹⁾ Замѣчаніе Heusler'a—cit. S. 406, что réintégrande имѣла мало значенія и рѣдко примѣнялась въ средневѣковой жизни, почему мало о ней указаній и въ кутюмахъ и въ кодексахъ—является вполне ошибочнымъ и несоответствующимъ дѣйствительному положенію вещей, какъ это, думается мнѣ, я съ достаточной ясностью изложилъ выше, на страницахъ настоящей работы.

²⁾ Masuer—Pratic. tit. 9; Rebuff—Comment. in const. Gall. tit. de mat. poss; Guido Papa—Decis. aur. qu 552 № 5; Gregor. Tolosan. Syntagma juris 36, 25 § 13.

Закономъ этимъ 1539 года установлено было ограничение примѣненія réintégrande годичнымъ срокомъ. Наконецъ, въ ордоннансѣ 1667 года дано было болѣе точное разграниченіе области примѣненія *complainte* и *réintégrande*. Они разсматриваются какъ два взаимно параллельныхъ иска; причемъ какъ замѣчаетъ Heusler (cit. стр. 407), легко можно подмѣнить и здѣсь стремленіе редакторовъ уподобить *la complainte* интердикту *uti possidetis*, а *réintégrande* интердикту *unde vi*. Въ 18 титулѣ §§ 1, 2, этого ордоннанса имѣются слѣдующія правила:

Art 1—«Si aucun est troublé ou empêché en la possession et jouissance, d'un héritage ou droit réel réputé immeuble ou universalité de meubles, qu'il possédoit publiquement sans violence et sans tenir la possession précairement de sa partie, il doit dans l'année de trouble intenter complainte en cas de saisine et de nouveleté contre celui qui lui a faict le trouble ou empêchement».

Art. 2.—«Celui qui aura été dépossédé par violence ou par voie de fait, pourra demander la réintégrande, laquelle il poursuivra par action civile ei ordinaire, si bon lui semble, ou extraordinairement et par action criminelle».

И этотъ ордоннансъ оставилъ не выясненнымъ рядъ вопросовъ въ области примѣненія *réintégrande*. Такъ не видно изъ него, допустимъ ли былъ этотъ искъ въ защиту недвижимостей или однихъ движимостей; не выяснено и то, что здѣсь должно понимать подъ терминомъ «*possession*», равно требовался ли годичный срокъ для его примѣненія и проч. ¹⁾.

Дальнѣйшая судьба *Réintégrande* во Франціи, оказалась печальной. Юристы 18-го и начала 19-го вѣка, съ Потье во главѣ, увлеченные рецепціей римскаго права во Французское законодательство и судебную практику, старались всеми силами подвести подъ романистическій уровень и старые французскіе иски—*la complainte* и *la réintégrande*, ассимилируя первый изъ нихъ съ римскимъ *Uti possidetis*, а второй—съ *Unde vi*. Эта романизация исковъ

¹⁾ См. Renaud—Die Besitzklagen... S. 316.

повела къ тому, что теперь снова стали признавать допустимыми ихъ въ защиту лишь недвижимостей ¹⁾ отрицающая возможность примѣненія ихъ къ движимостямъ. При этомъ «реформа» Réintégrande дошла до того, что стали даже смѣшивать этотъ искъ съ Complainte, признавая допустимыми ихъ оба въ защиту лишь титулованнаго (годъ и день) владѣнія, а не всякаго держанія, какъ было установлено ранѣе ²⁾ Такая неудачная разработка ученія о разсматриваемомъ искѣ оказалась однако господствующей въ юридической литературѣ того времени. Тщетно Chabrol, напр., (Cout. d'Auvergne) старался убѣдить юристовъ своего времени, что «la moindre possession suffit pour autoriser la réintégrande, et elle peut être exercée par un fermier même»:—забота его возстановить во французскомъ правѣ а. spoliі въ ея чистомъ видѣ оказалась «гласомъ вопіющаго въ пустынѣ».

Великая Французская революція застала такимъ образомъ полное смѣшеніе понятій о réintégrande (какъ и о владѣніи вообще) въ литературѣ, и въ судебной практикѣ. Однако и извѣстный декретъ 24 августа 1790 года (art. 10) не далъ въ нашей области какихъ-либо руководящихъ указаній, говоря вообще лишь мимоходомъ о посессорныхъ искахъ. Редакторы Code Napoleon,—убѣжденные романисты, какъ и слѣдовало здѣсь отъ нихъ ожидать, рецепируя въ родное право по возможности именно правила римскаго права, говорятъ о Réintégrande, лишь случайно, въ art. 2060 ³⁾.

Собственно говоря, даже представляется совершенно неяснымъ, какъ относились редакторы Code Civil къ разсматриваемому нами иску, т. е. оказались ли здѣсь въ своей точкѣ зрѣнія на него романистами типа Потье, или признавали réintégrande съ основными по крайней мѣрѣ свойствами и характеромъ а. spoliі каноническаго права.

1) Pothier—De la possession № 84, № 108.

2) Esquiou de Parieu De la possession p. 159.

3) Art. 2060 Code civil—«La contrainte par corps a lieu pareillement... En cas de réintégrande, pour le délaissement, ordonné par justice, d'un fonds dont le propriétaire a été dépouillé par voies de fait; pour la restitution des fruits qui en ont été perçus pendant l'indue possession et pour le payement des dommages et intérêts adjugés au propriétaire».

Въ тоже время въ Code de la procédure civile имѣется цѣлый специальный титулъ, озаглавленный—Des jugements sur les actions possessoires, гдѣ однако редакторы не помѣстили даже упоминанія ни о *complainte*, ни о *réintégrandé*. Подобное своеобразное отношеніе ихъ къ старымъ искамъ французскаго права, думается намъ, никакъ нельзя объяснить «разсѣянностью» редакторовъ или тѣмъ, что они просто забыли установить хотя бы руководящія основныя начала этихъ исковъ. Скорѣе всего они хотѣли „замолчать“ оба иска, и устранить ихъ такимъ образомъ изъ созданной ими системы поссессорной защиты, гдѣ имъ не оказалось мѣста.

Такое отношеніе дѣйствующаго французскаго законодательства къ *réintégrandé* и къ *complainte* вызвало цѣлый расколъ среди французскихъ юристовъ, по вопросу о томъ, какъ слѣдуетъ въ настоящее время относиться къ этимъ двумъ искамъ, признавать ли ихъ вообще, и если—да, то какой объемъ и условія примѣненія имѣютъ они. Мы не будемъ входить здѣсь въ разсмотрѣніе всѣхъ относящихся сюда многочисленныхъ и сложныхъ контроверзъ; замѣтимъ лишь, что большинство писателей, основываясь на Art. 23 и 24 Code de proced., гдѣ говорится лишь о *trouble*, признаютъ, что весь указанный титулъ говоритъ именно о *la complainte*, и считаютъ, что и по дѣйствующему праву этотъ искъ продолжаетъ примѣняться въ томъ же объемѣ, какой онъ имѣлъ до ордоннанса 1667 года. Самое выраженіе законодателя—*trouble*—толкуется ими *lato sensu*; именно подъ нимъ разумѣется всякое *spolium*, лишь безъ насилія. Что же касается случаевъ причиненія *spolium*'а съ насиліемъ, то юристы, ссылаясь на фактъ упоминанія въ art. 2060 Code Civil про *réintégrandé*, признаютъ именно въ этихъ случаяхъ примѣненіе послѣдняго, т. е. какъ бы воскрешаютъ его и для современнаго юридическаго быта Франціи. Однако воскрешенная ими *réintégrandé* въ конечномъ результатѣ получила такой видъ что подъ ней съ трудомъ лишь можно разпознать могучій и властный искъ каноническаго права.

Прежде всего, теперь *réintégrandé* признается въ силу своего допущенія только для случаевъ *spolium*'а, совершен-

паго *violenter*, за искъ *ex delicto*, даваемый только противъ самихъ насильниковъ и ихъ наслѣдниковъ. Въмѣстѣ съ тѣмъ, по точному смыслу законовъ приходится признать, что защищаться имъ могутъ владѣльцы, *cum animo domini*, но не держатели вещи, имѣющие ея по прекарному титулу („à titre précaire), и при томъ лишь лица, въ спокойномъ владѣннн которыхъ спорныя вещи находились не менѣе одного года. Именно ст. 23. Code de procédure civile гласить: «Les actions possessoires ne seront recevables qu' autant qu' elles auront été formées dans l'année du trouble par ceux, qui depuis une année au moins étaient en possession paisible par eux, ou les leurs, a titre non précaire». По ст. 2236 Code Civil установлено что *précairement* владѣютъ; арендаторъ, хранитель поклажи, пользовладѣлецъ и всѣ другіе, которые владѣютъ отъ имени собственника. Однако не только юристы, но и судебная практика Франціи рѣшительно пошли противъ примѣненія этихъ явно устарѣлыхъ и невозможныхъ нынѣ въ развитомъ оборотѣ современнаго общества привилъ,—и категорически постановила, основываясь на прежнемъ обычномъ правѣ Франціи, допустимость *la réintégrande*, какъ иска о возстановленнн нарушеннаго владѣннн не только въ защиту владѣльцевъ *cum animo domini*, но всѣхъ, кто имѣетъ по вещи дѣйствительное фактическое обладаніе («*possession actuelle et matérielle*»). ¹⁾ Нѣкоторые юристы, какъ напр. *Molitor*—(cit. № 81), *Merlin* (Repertoire v. Comptainte § 2, пошли еще далѣе, и допускаютъ *réintégrande* даже въ случаяхъ, когда *spolium* было совершено безъ *violentia*; однако подъ условіемъ, чтобы споліать доказалъ свое владѣннн (*colorare possessionem*).

Въ виду существованія и господства во французскомъ правѣ извѣстнаго правила art. 2279 Cod. Civil: *en fait des meubles la possession vaut titre*, *réintégrande* признается теперь допустимой лишь въ случаяхъ *spolium* а недвижимо-стей.

¹⁾ См. Cassat. 25 Avr. 1865; 10 fevr. 1869; 2 juill. 1882 и др. См. еще *Duranton*—t. IV № 246; *Molitor*—№ 108, 103; *Aubry et Rau* § 189 и др.

Actio spoliі въ германскомъ правѣ.

При внимательномъ разсмотрѣніи источниковъ быта и права германскаго средневѣковья мы неизбежно замѣчаемъ всюду проникновеніе правилъ о защитѣ споліатовъ, начиная съ XIII вѣка. При этомъ приходится убѣждаться, что нормы эти не привились здѣсь въ обществѣ насильственнымъ способомъ, волей, напр., однихъ императоровъ или князей. Напротивъ, общество, въ громадномъ большинствѣ случаевъ, реципировало ихъ добровольно, и законодатель, издавая правила противъ spoliū'a, просто шелъ лишь этимъ на встрѣчу назрѣвшей въ обществѣ потребности защиты и охраны покойнаго фактическаго воздѣйствія лица на вещь противъ всякихъ насильниковъ и самоуправцевъ. Можно прямо сказать, что всюду въ Германіи, разъ гдѣ возникала въ обществѣ потребность въ охранѣ земскаго мира и борьба противъ насильниковъ, тамъ законодатель обыкновенно реципировалъ нормы каноническаго remedium'a spoliі.

Уже въ раннихъ постановленіяхъ о земскомъ мирѣ для Германіи XIII вѣка постепенно все чаще помѣщается основное правило каноническаго права о restitutio spoliatorum; причѣмъ споліату предписывается лишь доказывать одинъ фактъ споліума, чтобы получить возстановленіе своего прежняго состоянія по имуществу.

Такъ въ земскомъ мирѣ Оттокара для Австріи, отъ 1251 года ¹⁾ гдѣ впервые встрѣчаемся мы съ признаніемъ частно-правнаго характера за искомъ о защитѣ владѣнія, постановлено, что всякій, лишенный самоуправно владѣнія (Gewere) своимъ имуществомъ, если подтвердить «самъ—третій» подъ присягой просто одинъ фактъ лишенія сезины, долженъ быть возстановленъ судьей въ обладаніи отня-

¹⁾ Archiv für Kunde Oesterreichischer Geschichte I S. 59.

тымъ имуществомъ и охраняемъ отъ нарушеній владѣнiя на будущее время: 1)

Тѣ же правила, только въ болѣе распространенномъ видѣ, повторяются въ земскомъ мирѣ Рудольфа Габсбургскаго, отъ 1281 года, изданномъ по соглашенiю съ Баварскими князьями и епископомъ для Баварскихъ земель. 2)

Согласно art. 4 этого земскаго мира, кто жалуется на другого, что тотъ самовольно изгналъ его изъ имѣнiя силой, долженъ привести двухъ или трехъ свидѣтелей изъ наиболѣе уважаемыхъ лицъ своего прихода для подтвержденiя факта насилiя, и тогда сполнать возстановляется въ своей сезинѣ, а насильникъ платитъ еще пени 5 шфен. 3)

Въ пользу рецензии этого правила изъ каноническаго права, кромѣ общаго смысла его, можно указать на помѣщенное здѣсь въ текстѣ правило о срокѣ—«*alz lang, alz ez im auzen gewesen*»,—которое равнымъ образомъ примѣнялось и при *remedium'ѣ spoliis*:—«*tamdiu quamdiu expoliatus est*».

Равнымъ образомъ и въ Art. 28 того же земскаго мира, отъ 1281 г., содержится правило о *restitutio spoliatorum*, въ примѣненiи къ леннымъ отношенiямъ. Именно, здѣсь устанавливается обязанность возстановленiя нарушеннаго владѣнiя леномъ прежде разбора спора о самомъ *правѣ* на послѣднiй. 4)

Въ послѣдующихъ по времени Landfrieden это правило

1) „Wir setzen und gebiten: Swer den andern siner gutes entwert, mak der ehlager daz bringen selbe dritte seiner hausgnozze... mit dem acide auf den heiligen, man antwurt im di gwer wider und sol ims (uns) der richter als lange schermen als si ener (jener) gehabt hat; und swaz er sin gnozen hat, daz sol er im selbe anderes wider geben“.—

2) См. Pertz-Mon. Germ. IV p. 427.

3) „Swa ain man den anderen anspricht, er hab in siner guts entwert mit gewalt an recht, mag der ehlager daz bringen mit zwein der nahsten und besten in der pfarre, daz er in entwert hat m. g. a. r. den sol man in sin gewer als lang setzen, als ez im auzen gewezen und sol der schuldige 5 ph. geben dem richter“.—

4) „Swer des andern sin laent innimt, die er in nutz und in gwer hat behabt, di sol er im wider antwurten, und sol im dirre daz recht dann davon tuon, und die gwer an den laenten sol er bababen mit zwein“.—

o restitutio spoliatorum уже постоянно встрѣчается. Такъ на земскомъ мирѣ, отъ 1244 года ¹⁾, установленномъ герцогомъ Баварскимъ, архіепископомъ Зальцбургскимъ и его Баварскими суффраганами, а равно епископомъ Эйхштедтскимъ и Бамберскимъ, было постановлено (Art. 63 de possessione):—

«Si quis de sua possessione ejectus fuerit, si violentiam cum tribus idoneis personis probaverit, in suam restituatur potestatem».

Другими словами, при изгнаніи изъ владѣнія извѣстнымъ имуществомъ достаточно было потерпѣвшему доказать, при помощи опредѣленнаго числа достовѣрныхъ свидѣтелей, *самый фактъ* учиненнаго ему насилія, чтобы тѣмъ самымъ получить возстановленіе въ прежнее свое состояніе по имуществу ²⁾.

При этомъ постепенно все болѣе ясно выражается идея необходимости защиты владѣнія отъ его нарушеній, и при томъ защиты въ цѣляхъ охраненія имущественной безопасности гражданъ. Такъ въ земскомъ мирѣ Карла V, отъ 1548 г. ³⁾ прямо запрещается всякое самоуправное нарушеніе владѣнія, хотя бы оно и было совершено безъ насилія.

Запрещая здѣсь (§ 1) всякаго рода самовольныя нарушенія status quo, императоръ Карлъ V постановляетъ, чтобы каждый оставался спокойно владѣющимъ своимъ имуществомъ, и объявляетъ, что беретъ всѣхъ мирныхъ гражданъ подъ свою защиту отъ насильниковъ, руководствуясь въ этомъ примѣромъ своихъ «предшественниковъ»—Римскихъ

¹⁾ Monumenta Wittelsbachiana I, № 36.

²⁾ Въ 1300 году герцоги Оттонъ, Рудольфъ и Стефанъ установили (въ Баваріи) земскій миръ, § 60 котораго повторяетъ тѣ же правила, что и договоръ 1281 года:

„Wir setzen auch swa ein man den andern anspricht vor dem gericht, er hab in sines gutes entwert mit gewalt an reht, mag der chlager daz bringen mit siben geloubhaftigen man, daz er im entwert hab mit gewalt an reht, den sol man in sin gewer wider setzen, alslang er entwert ist, und sol dem richter 5 pf. der schuldig ze wandel geben und sol dem chlager abtun.“ Monum. Wittelsbachiana II № 217.

³⁾ См. Zeumer—Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Reichsverfassung 1904 S. 271—281.

королей и императоровъ. Признавая далѣе вредными (§ 5) всякаго рода насилия и грабежи, а равно всякаго рода самовольные поступки, въ виду причиненія ими «смуты» въ государствѣ, императоръ требуетъ прежде всего отъ князей и своихъ подданныхъ борьбы съ насильниками и возстановленія споліатовъ въ ихъ прежнемъ состояніи ¹⁾:

Весьма интереснымъ для насъ является здѣсь то обстоятельство, что редакторы земскаго мира, отъ 1548 г., занимая правило *каноническаго* права о *restitutio spoliatorum*, заявляютъ сами о рецепціи ими этихъ положеній изъ права *римскаго*. Объяснить это можно, думается намъ, тѣмъ увлеченіемъ римскимъ правомъ, съ которымъ изучали и практически примѣняли его нормы къ той порѣ повсемѣстно въ Германіи; причѣмъ ссылка такая на римское право, какъ на источникъ, придавала въ жизни болѣе авторитетъ самой реципируемой нормѣ ²⁾.

¹⁾ § 1—„dass auch keiner den andern seiner Possession. Inhabens, oder Gewehr, es wären Schloss, Städt, Dörffer, Kirchen, Klöster, Clausen, Zuss, Gültten, liegend und fahrend Haab, Güter, Regalia, Jurisdiction, Gericht, Hoch und Obrigkeiten, geistlicher und anderer Gericht, geistlicher und weltlicher, Zöll, Wasser, Weyde und aller anderer Gerechtigkeiten, nichts ausgenommen, mit gewehrter Hand und gewaltiger That freventlich entsetzen, noch seine Unterthanen abziehen oder zum Ungehorsam wider ihre Obrigkeit bewegen oder dieselben olm gemeldeter ihrer Obrigkeit Wissen und Willen anders dann, wie es jederzeit bey Unsern Vorfahren Römischen Kaysern und Königen löblicher Gedächtniss und uns herkommen ist, in Schutz und Schirm amemen, sondern soll ein jeder den andern bey dem seinen geruhiglich und unverhindert bleiben“...

И далѣе, § 5:

„Und nachdem sich aber gemeiner, schlechten Spolien und Entsetzung halben, so nicht mit gewaltiger That und doch wider Recht geschehen (welche also diesem kayserlichen Land Frieden und desselben Straff und Pön nicht unterworfen) allerley Irrung in dem Reich künfftiglich zutragen möchten, unz aber zu Erhaltung beständigen Friedens, auch gleichmässigs Rechtens vornöthen seyn will, den Entsetzten dissfalls fürderlich zur Restitution und dem Jhrigen zu verhelffen, so haben Wir Uns aus billigen Mitleyden, so mit Entsetzen getragen werden soll, mit Churfürsten, Fürsten und gemeine standen eines Austrags angezogener Entsetzung verglichen, wie dann in gemeiner Cammer-Gerichts-Ordnung allhie auffgerichtet, solches unter seinem Titul gefunden wird“.

²⁾ См. еще случаи рецепціи *remedium'a spoli* въ тяжбахъ между магнатами отъ XIII—XIV вв. С. Никоновъ—cit. стр. 332 слѣд.

Указанія на примѣненіе *remed. spolii* въ случаяхъ разбора дѣлъ королевскимъ Hofgericht'омъ имѣются равнымъ образомъ, уже начиная съ середины XIII вѣка. Такъ въ 1260 году, Hofgericht¹⁾ декретомъ своимъ предписалъ возстановить аббатиссу von Essen во владѣнн имуществомъ, насильственнымъ образомъ отнятымъ у нея, причемъ указалъ вмѣстѣ съ тѣмъ, что этимъ приговоромъ не затрагивается вопросъ о разрѣшеніи въ будущемъ спора тяжущихся, въ порядкѣ петиторномъ, о *правѣ* владѣнн тѣмъ же объектомъ:

«Abbatissam de plenitudine consilii nostri in possessionem advocatie sue... missimus, ex qua... possessione, sicut asserebat, a comite Adolfo de Marchia per violentiam fuerat ejecta, et in eadem possessione... abbatissam ab omnibus defendere proponimus diligenter; volumus enim, quod si prenotatus comes... affirmat, se aliquod jus habere in advocatia antefata, in nostra presentia proponat plenam justitiam recepturus». —

Думается намъ, трудно пайти другой примѣръ, въ которомъ болѣе ясно выражено было бы знакомое намъ правило каноническаго права—*Spoliatus ante omnia restituendus est*²⁾.

Наконецъ, и въ статутахъ германскихъ городовъ, начиная съ того же времени (XIII вѣкъ), встрѣчаются указанія на примѣненіе особыхъ исковъ въ защиту владѣнн отъ его нарушеній, независимо отъ разрѣшенія вопроса о *правѣ* лицъ по тому же имуществу. Вмѣстѣ съ тѣмъ и здѣсь ранѣе всего проявляется рецепція нормъ, собственно говоря, не римскаго права, а каноническаго.

Такъ въ правѣ города Муртена (Murtener Stadtordel),

¹⁾ См. Franklin—Das Reichshofgericht im Mittelalter I, 129, прим. 4.

²⁾ Сравн. еще случай примѣненія *remedium spolii*, тоже отъ XIII вѣка, приведенный Лабандомъ, именно отъ 1265 г.: Monum. Wittelsbachiana I, № 86, art. 17, гдѣ постановлено:

„Item si dux H. probaverit se violenter privatum villa in E., restituatur possessioni ejusdem et postmodum duci L. abinde justitiam exhibebit“. Cp. Laband - Die vermögensrechtl. Klagen. 1869 p. 189.

отъ 13 вѣка¹⁾, постановлено, что лицо, учинившее *spolium* въ предѣлахъ города, обязано, кромѣ возстановленія споліату имущества, еще уплатить пени по 60 солидовъ потерпѣвшему и городскому судѣ (Schuldheiss). Пеня эта уменьшается, въ случаѣ совершенія насилія за предѣлами города, до трехъ солидовъ каждому. Такой повышенный размѣръ пени съ виновнаго въ *spolium*'ѣ въ самомъ городѣ объясняется, думаемъ мы, стремленіемъ закона возможно тщательнѣе обезпечить личную и имущественную безопасность гражданъ именно въ предѣлахъ городскихъ стѣнъ, гдѣ особенно были бы нежелательны случаи нарушенія земскаго мира²⁾.

1) См. Gaupp-Deutsche Stadtrechte des Mittelalters II p. 145—147.

2) § 22— „Et quicumque auctoritate propria re sua alium spoliaverit infra villam, tenetur ea restituere spoliato et LX solidos emendare, et sculteto similiter sexaginta. Si extra villam spoliaverit, tenetur sculteto et spoliato cui libet tres solidos emendare, nisi forte contra prohibitionem sculteti spoliaverit, quia tunc utriusque in LX solidis est astrictus“.—

То же правило повторяется (съ нѣкоторымъ лишь измѣненіемъ въ суммѣ пени, подлежащей взысканію съ насильника), въ послѣдующемъ по времени Мургенскомъ же городскомъ правѣ отъ 1377 года.

§ 19— „Item quicumque alium re sua spoliaverit infra villam, ea restituat spoliato cum viginti solidis Lausannensibus et advocato viginti. Et si extra villam spoliaverit, restituat rem spoliato cum duodecim denariis Lausannensibus, et advocato tantundem. Si vero non spoliaverit violenter, ad iudicium advocati et burgensium emendetur, nisi fecerit ultra defensionem nostram et burgensium, quia tunc nobis et parti cui libet in XX solidis Lausannensibus tenetur“.— См. Gaupp.—cit. II, p. 164.

Равнымъ образомъ и въ Аугсбургскомъ городскомъ правѣ 1104—1157 г. говорится о *remedium*'ѣ *spolii*, правда, въ довольно туманной формѣ:

§ 11 „Si aliquis Augustensium civium spoliatus fuerit extra civitatem, spoliator si civitatem intraverit, secundum urbanam justitiam in praesenti antequam exeat satisfacere debet“.— См. Gaupp.—cit. II, p. 199, 205.

Сравни. еще *Handfeste von Freiburg*, a. 1248 (Gaupp-Deutsche Stadtrechte des Mittelalters 1851 II, p. 93:

§ 54. „Quandocumque burgensis libere et sine contradictione et prohibitione juris aliquod feodum aut alcidium, aut praedium per annum diemque integrum possederit, nemo de cetero postea ad ipso auferre potest.

§ 55. „Si quis burgensium nostrorum aliqua feoda in suam vestituram adduxerit et habuerit, nemo burgensium ipsum de vestitura potest nec debet gravare, nec non sine jure expoliare. (ibid. § 61). Правило

Такимъ образомъ реципируя изъ римскаго права положенія о владѣнн и его защитѣ, нѣмцы одновременно заимствовали и нормы права каноническаго, съ сапон. Saere и Redintegranda во главѣ, часто прикрывая лишь такую рецепцію ссылками на римское право, какъ на источникъ. Въмѣстѣ съ тѣмъ наблюдаемъ мы и здѣсь, какъ во Франціи, стремленіе, съ одной стороны, уложить новыя правила въ старыя рамки сезины, и въ то же время расширить понятіе послѣдней и отождествить со римской *possessio*. Въ этомъ двойственномъ направленіи развивается въ Германіи и самая защита сезины, отождествляемый теперь, по мѣрѣ возможности, съ *possessio*.

Иначе не могло и быть. *Gewere*, какъ вѣчное правоотношеніе весьма низменнаго и слабо очерченнаго общаго типа, не могла конкурировать съ развитой системой римскихъ вѣчныхъ правъ, которыя ее замѣнили съ успѣхомъ и въ германской средневѣковой юридической жизни. Защиту же фактической стороны отношеній лицъ въ обществѣ по ихъ имуществу дали римская поссессорная система и реципированное изъ каноническаго права *remedium spoli*.

Объ эти системы защиты владѣнн перешли изъ Италіи въ Германію рядомъ, и часто смѣшиваясь взаимно. Какъ правильно указалъ Heusler (cit. S. 452), имѣнно объ онѣ разумются въ раннихъ Reformationen и Untergerichtsordnungen гдѣ говорится про «Klag wegen gewaltiger Entzetzung oder Entwerung» и про «Klag gegen dem, welcher mich in meinem Besess betrübt, irret oder verhindert».

Что касается специально *remedium'a spoli*, то рецепція этого средства защиты покойнаго воздѣйствія лица на вещь

это повторено въ § 104 Burgdorfer Handfeste 1316 года, *ibid* стр. 131.

§ 61—„Quicumque burgensis sit, qui aliquid in sua vestitura habuerit, nemo conjuratorum suorum ipsum gravare debet in ea, nec spoliare absque iudicio et justicia (повторено въ Burgdorfer Handfeste 1316 г. § 107).

Stadtrecht von Dattenried in Suntgau 1358 г. (Haupp--cit. II p. 181).

Cap. 23—„Nullus res suas sibi furtim ablatas vel spolio repertas alterum debet impetere, nisi iudicialie ac pro suis in iudicio juramento proprio obtinere“.

См. еще Labaud. cit. 192—195.

совершена была въ Германіи изъ Италіи *in pleno*. При этомъ непременнымъ условіемъ допустимости его признавалась личность самоуправнаго отнятія вещи у истца; но доказывать этотъ фактъ потерпѣвшій не былъ обязанъ. Онъ, предъявляя искъ свой, долженъ былъ просто лишь доказать, что ранѣе владѣлъ вещью, а теперь послѣдняя находится въ обладаніи отвѣтчика. Уже отвѣтчикъ обязанъ былъ оспаривать неосновательность претензіи истца указаніемъ на фактъ добровольнаго оставленія послѣднимъ владѣнія своей вещью («actorem sponte a possessione cecidisse»). При этомъ и въ Германіи, какъ въ Италіи, въ литературѣ предмета возбуждались тѣ же спорные вопросы изъ области примѣненія *remed. spoli*.

Такъ напр., здѣсь равнымъ образомъ не мало было споровъ о томъ, защищались ли путемъ *Redintegrandi* простые держатели (*detentores*); причемъ большинствомъ вопросъ этотъ былъ разрѣшенъ въ утвердительномъ смыслѣ. Точно также и здѣсь было у писателей сомнѣніе въ достаточной обоснованности этого средства защиты имущественнаго *status quo*, особенно послѣ раскрытія подложности Исидоровыхъ декреталій—этого источника *remedium'a spoli*.

Слѣдуетъ замѣтить впрочемъ, что все эти сомнѣнія въ законмѣрности *remedium'a ex canone Redintegrandi* не мѣшали процвѣтанію послѣдняго на практикѣ въ Германіи еще долгое время. Главной причиной этого было соответствіе реципированнаго средства защиты условіямъ тогдашняго быта. Смутное время религіозной борьбы 16 и 17 вѣковъ, возрожденіе въ эпоху 30 лѣтней войны господства кулачнаго права, разрушеніе собственности и процвѣтаніе насилій,— все это, какъ и въ средневѣковой Италіи, оказалось отличной почвой для примѣненія *Redintegrandi* въ цѣляхъ охраны имущественнаго *status quo*, въ интересахъ земскаго мира, въ которомъ такъ нуждалось тогдашнее общество.

И дѣйствительно, мы видимъ, что въ XVI вѣкѣ этотъ искъ получилъ все права гражданства на Германской почвѣ, и въ практикѣ и въ теоретической литературѣ. По крайней мѣрѣ съ нимъ встрѣчаемся мы въ цѣломъ рядѣ «*Consilia*»: Годена, Эвергарда jun. Шруффа. Мод. Пистора, Фихарда,

Шредера, а равно—по поводу господства его въ практикѣ Reichskammergericht'a—у Минзингера, Гильмана, Клокка Мейхнера, Гайля.¹⁾ Мало того, Kammergerichtsordnung содержалъ специальный титулъ о «gemeine schlechte Spolien» князей и вообще сувереновъ противъ ихъ подданныхъ «so nicht mit gewaltiger That, aber doch wider Recht geschehen»; откуда мы видимъ, что и самое понятие spoliū'a было расширено; причемъ подъ нимъ разумѣлись даже случаи отнятія владѣнія по административному распоряженію, безъ примѣненія vis въ собственномъ смыслѣ слова.²⁾

Послѣдующее по времени, въ 17 и 18 вѣкахъ, все большее развитіе въ Германіи рецепціи нормъ римскаго права начинаеть до извѣстной степени отражаться и на судьбѣ а. spoliū—института, на который вообще правовѣрные романисты смотрѣли косо. Такъ и въ Германіи уже въ 17 вѣкѣ въ литературѣ того времени наблюдаемъ мы рядъ выпадовъ противъ этого иска, въ особенности со стороны Giphanius'a (въ 1615 г.) и Casp. Ziegler'a (въ 1674 г.)³⁾. Изъ нихъ Giphanius въ своихъ нападкахъ на а. spoliū ограничился впрочемъ повтореніемъ того, что было уже высказано въ этомъ отношеніи Испанцемъ Sarmiento di Mendosa⁴⁾.

Этотъ взглядъ на а. spoliū нашелъ въ Германіи тогда

1) О нихъ см. Bruus—cit. S. 374.

2) Bruus—cit. S. 375. См. Ero-же Der ältere Besitz S. 68 fg. Delbrück—Die dinglich. Klage des deutsch. Rechts S. 147 fg., 166 fg. Meischer—Besitz. S. 141 fg. 166 fg. Heusler—Die Gewere S. 318 fg., 452 fg.

3) Giphanius—Eplan. Cod. prolegom. ad lib. 8; Ziegler—Commentar. ad canon. Redintegranda.

4) Этотъ послѣдній (умеръ въ 1595 г.), какъ извѣстно (см. Bruus—cit. S. 348) въ своемъ Tractatus de rediv. eccles. I, 4 писалъ по поводу иска изъ can. Redintegranda: „invenerunt doctores quoddam remedium ad omnes justos possessores spoliandos et inquietandos, quod remedium ex can. Redintegr. appellant“.

При этомъ ссылку самую на can. Redint., какъ на основаніе этого иска, онъ называетъ „iniqua et absurda et contra legum et canonum mentem et communem sensum hominum“,—„самъ толкуя этотъ can. Redint. въ томъ смыслѣ, что „Textus ille nihil speciale disponit sed generalia quaedam praecepta in eo ponuntur, sicut etiam in I. 7 D. I. 1 tria praecepta juris, ex quo textu nemo dixerit alia juris remedia esse sublata“.

мало сторонниковъ. И несравненно болѣе успѣха имѣло ученіе Циглера, который, ссылаясь на первоисточникъ *Redintegranda*—именно на Лже-Исидоровы Декреталии, признавалъ этотъ канонъ основаніемъ не иска, а лишь *exceptio spoli*.

Такое толкованіе *can. Redint.* было однако скоро энергично оспорено *Bötticher*'омъ, въ 1676 г. ¹⁾, который указывалъ на необходимость признанія существованія *a. spoli* въ силу того, что она уже рядъ вѣковъ практически примѣняется въ жизни и м. б. въ достаточной степени оправдана правилами *can. Red.* и другими мѣстами изъ *Corpus juris canonici*. Подробно излагая далѣе эти мѣста источниковъ, которыми подтверждается существованіе иска изъ *e. Red.*, Беттихеръ впервые въ Германіи называетъ его *a. spoli*, выясняя вмѣстѣ съ тѣмъ основныя черты и свойства послѣдней, что до него въ Германіи никѣмъ еще не было сдѣлано. Именно здѣсь онъ такимъ образомъ опредѣляетъ *a. spoli*:—

«*Actio spoli* sensu stricto est *condictio ex canone, omni cuiuscunque rei possessione injuste privato competens contra ejusdem possessorem ut restituatur*“.

Результатомъ такого научнаго обоснованія и конструкции *a. spoli* Беттихеромъ явилось то, что его ученіе объ этомъ искѣ стало на долгое время господствующимъ въ Германіи; по крайней мѣрѣ сторонниками его является рядъ писателей 17 и начала 18 вѣка ²⁾.

Примѣнялась ли тогда *a. spoli* въ отношеніи защиты *движимостей*—вопросъ этотъ юристами 17-го и 18-го вв. почти совершенно не затронуть. До извѣстной лишь степени можно установить, что случаи примѣненія *a. spoli* въ защиту *движимостей* наблюдались тогда несравненно рѣже, чѣмъ въ защиту *недвижимостей*; причемъ уже съ 16 вѣка здѣсь было установлено отличіе въ условіяхъ примѣненія этого иска по *движимостямъ* и *недвижимостямъ* въ томъ отношеніи, что при *движимостяхъ* требовали доказательства

¹⁾ См. *Brunns*—*cit.* S. 391.

²⁾ Каковы, напр., *Брунеманиъ*, *Лаутербахъ*. *Граве*, *Шильтеръ*, *Штрикъ*, *Струве*, *Бергеръ*, *Лейзеръ*, *Энгельбрехтъ*, *Гоппе*, *Тциусъ* и др. (см. *Brunns*—*cit.* S. 392).

spolium'a, тогда какъ при искахъ о недвижности, въ громадномъ большинствѣ случаевъ, довольствовались доказываніемъ факта прежняго владѣнія. Это возрѣніе въ Германіи нашло себѣ особенно вліятельныхъ сторонниковъ въ лицѣ Фабера и Менохія ¹⁾. Въ 18 вѣкѣ болѣе уже не проводится такого различія сообразно съ движимостью или недвижностью, какъ объектомъ спора, такъ какъ тогда стали требовать доказательства *spolium'a* и при охранѣ недвижимостей (Bruns)—*cit.* S. 396.

Восемнадцатый вѣкъ начинается снова рѣзкой критикой противъ *a. spolii*, гдѣ особенно серьезное нападеніе на послѣднюю сдѣлано было Бемеромъ ²⁾. Признавая *a. spolii* за простое лишь видоизмѣненіе *int de vi* на основаніи С. 18 X de Rest. Spoliator., Бемеръ рѣшительнѣйшимъ образомъ оиолчился противъ обычной ссылки на заведенную издавна практику какъ на доказательство въ пользу признанія *a. spolii*. Указывая, что практика такая не основана здѣсь ни на нормахъ права, ни на требованіяхъ справедливости, и что слѣдовательно она не имѣетъ въ свою пользу никакого достаточнаго основанія, онъ настаивалъ на необходимости признанія ея необязательной и не дающей ничего въ защиту существованія *a. spolii*. вмѣстѣ съ тѣмъ однако Бемеръ значительно ослабилъ впечатлѣніе отъ своей критики *a. spolii* тѣмъ, что не отрицалъ окончательно нѣкоторыя повншества, взятая изъ *jus canoniceum*, но утверждалъ, что они на самомъ дѣлѣ реципированы изъ римскаго права. Благодаря этой ошибкѣ въ его критикѣ, на практикѣ результатомъ его нападокъ на *a. spolii* явилось не отрицаніе ея существованія, но лишь значительное измѣненіе области примѣненія этого иска. Въ тоже время однако, какъ указалъ Брунсъ (Bruns—*cit.* S. 393), съ искомъ этимъ мы встрѣчаемся до конца 18 вѣка во всѣхъ учебныхъ и римскаго иска и каноническаго

¹⁾ См. Delbrück—*cit.* стр. 324 прим. Иско такое различіе было установлено у Berlich—*Conclusionum practicabilium sec. ordinem constitutionum d. Augusti electoris Saxoniae... discussarum liber 1641 I, 21 № 76 и 79.*

²⁾ Böhmer—*Jus ecclesiasticum protestantium 1756 II. 13 Doctrina de actionibus II. 4 § 39, 40.*

правъ, равно какъ въ разныхъ практическихъ руководствахъ для суда.

Указанныя измѣненія въ области примѣненія а. spoliі отразились здѣсь прежде всего на ученіи о субъектахъ иска. Въ то время какъ истцомъ въ а. spoliі господствующее мнѣніе признавало даже detentor'овъ, у которыхъ была самовольно отнята вещь¹⁾, значительно ограничиваются условія примѣненія иска къ отвѣтчику. Ужъ Maevius (Maevius—Decision. VIII. 383) считалъ недопустимымъ и не согласнымъ съ С. 18 X. De Rest. Spoliat. признавать отвѣтчикомъ по а. spoliі всякаго держателя сполірованной вещи, особенно же ея добросовѣстныхъ владѣльцевъ²⁾.

Въ результатѣ къ концу 18 вѣка судебная практика, подъ влияніемъ ставшаго тогда господствующимъ мнѣнія, ограничила согласно С. 18 X. de Rest. Spol. отвѣтственность третьихъ лицъ—не споліаторовъ случаями, когда они приобрѣтали сполірованную вещь, зная о spolium'ѣ.

Самое spolium, какъ основаніе иска, продолжаетъ толковаться lato sensu, т. е. не только какъ vis atrox римскихъ интердиктовъ, но какъ самоуправство вообще, какъ бы оно не проявлялось. Даже Böhmer въ своемъ Jus ecclesiasticum protestantium 1756 т. I, 2, 13 § 1, опредѣлялъ его какъ «*quaecumque iniqua privatio possessionis alterius*», утверждая лишь, что такое распространеніе допущено было уже римскимъ правомъ. Равно Hellfeld—Jurisprudentia forensis 1692 § 1852 называетъ spolium—«*quodvis illicitum factum, quod possessionem rei vel juris cujuscunque aufert*» (Ср. еще Delbrück—

1) Такого мнѣнія были между прочимъ Bötticher, Stryck, Berger, Struve, Leyser, Wernher, Heineccius, Hommel, Schmidt, Fleck, Thibaut, и др. См. Bruns—cit S. 394.

2) Позднѣе тотъ же взглядъ высказанъ былъ (въ началѣ 18 вѣка) со стороны Соссеи, Böhmer'a, Cramer'a см. Bruns—cit. S. 394. Теоретическими противниками распространенія примѣненія а. spoliі противъ добросовѣстныхъ владѣльцевъ сполірованной вещи какъ отвѣтчиковъ въ искѣ, являются кромѣ указанныхъ здѣсь Брунсомъ—cit. § 394, еще Brunnemann—Commentarius in Pandectos 1731 г.—Commentar. ad L. 7 Dig. 43, 16: Leyser—Meditationes ad Pandectas 1772 Sp. 505 т. I, котораго Meischeider—cit. S. 166 fg. не вѣрно считаетъ сторонникомъ стараго воззрѣнія.

cit. S. 314). Какъ отмѣчаетъ Брунсъ (cit. стр. 395), въ этой области оставался не рѣшеннымъ вопросъ, имѣла ли мѣсто а. spoliі въ случаяхъ принужденія, обмана и другихъ случаяхъ отнятія владѣнія при посредствѣ собственной воли прежняго владѣльца. Въ этой области—полное разногласіе среди юристовъ разсматриваемаго времени. Большинство ихъ выражается такъ неопредѣленно и нерѣшительно по этому вопросу, что, очевидно, и для нихъ самихъ была неясна а. spoliі съ этой ея стороны.

Расширеніе области примѣненія разсматриваемаго нами иска въ 18 в. наблюдается въ томъ отношеніи, что нѣкоторые писатели (см. Bruns—cit. S. 396) стали признавать а. spoliі допустимой не только въ случаѣ отнятія вещи, но равно и при нарушеніи существующаго (и продолжающаго послѣ spoliū'a) владѣнія. Впрочемъ такое мнѣніе никогда не было господствующимъ.

Въ области доказыванія наблюдаемъ мы, что теперь совершенно исчезаетъ презумція споліума. Вмѣстѣ съ тѣмъ наблюдаемъ мы довольно обширное распространеніе допустимости примѣненія противъ а. spoliі *exceptio dominii*, что развилося еще въ 17 вѣкѣ. Уже тогда нѣкоторые писатели (напр., Ripa—Comment. in 1 12 § 1 De poss. № 73, 74, 97) допускали эту *exceptio* въ тѣхъ случаяхъ, когда *spoliatio* совершалась не *vi*, но *clam* или посредствомъ *vis compulsiva*. При *vis dejectiva* эта *exceptio* не примѣнялась по общему правилу; однако изъ послѣдняго было сдѣлано столько исключеній, что самое правило, можно сказать, оказалось близкимъ сдѣлаться исключеніемъ. Zasius серьезно жалуется на такое „*mutilatio istius gloriosi privilegii*“ (Comment. cit. № 52).

Постепенно вырабатывается правило, по которому *exceptio dominii* признается допустимой: а) если безспорно извѣстно или выяснилось путемъ признанія виновнаго или документально, что истецъ въ а. spoliі не имѣетъ никакихъ правъ на споліированное имущество. При этомъ *exceptio dominii* давалась противъ *manifestus praedo* даже въ томъ случаѣ, когда онъ *ex intervallo* былъ признанъ собственникомъ б) *Exceptio dominii* допускалась, когда того требовали соображенія обще-

ственного интереса, напр., въ случаяхъ, когда возстановленіе владѣнія, не смотря на *ex. dominii* со стороны споліатора, могло бы возбудить негодованіе общества. Примѣромъ здѣсь *Zasius* приводитъ случай, когда требованію отца—сврея представившаго *remedium ex cap. Redintegranda* чтобы вытребовать къ себѣ своего сына захваченнаго у него христіанами и крещеннаго ими,—была противопоставлена *exceptio dominii Jesu Christi propter evitandum scandalum, ne fidei illudatur* (*Zasius—cit.* № 60 sq.). в) Эта *exceptio* допускалась въ тѣхъ случаяхъ, когда послѣдствіемъ передачи вещи споліату во владѣніе, не смотря на *право* владѣть противной стороны, явилось бы причиненіе непоправимаго убытка. Примѣромъ здѣсь выставляли обыкновенно случай *restitutionis* крѣпости или укрѣпленнаго замка, т. е. признавали при этомъ, что выполненіе приговора противъ споліанта, а позднѣе выполненіе приговора въ пользу послѣдняго послѣ выигрыша имъ иска въ порядкѣ петиторномъ, повлекло бы за собой много трудовъ и крупныхъ издержекъ¹⁾.

Старое критическое отношеніе къ *a. spoli.* проявившееся еще у *Bellamera*, *Sarmiento*. *Böhmer*; нашло себѣ въ началѣ 19 вѣка могущественнаго сторонника въ лицѣ *Савиньи*. Этотъ корифей юридической литературы, будучи убѣжденнымъ романистомъ, не могъ не смотрѣть враждебно на новое неизвѣстное римскому праву средство защиты, возникшее на практикѣ подъ именемъ *remedium'a spoli.*, *actio spoli.* (См выше стр. 172 сл.).

Занявшись специально вопросомъ о выясненіи юридической природы владѣнія, *Савиньи* пришелъ къ полному отрицанію *a. spoli.*, признавая *cap. Redintegranda* основаніемъ

¹⁾ *Ripa—Comment.* in l. 12 № 70; *Menochius—De recuperandae possessionis remediis* l. № 215 sq.; *Frieder—De interdictis* XXVIII № 49; *Strykius—Usus modernus Pandectarum* lib. 43, tit. 16 § 2; *Leyser* (умеръ 1752 г.)—*Meditationes ad Pandectas* sp. 504 № 10. 11 хотя и утверждалъ что споліать долженъ быть возстановленъ даже въ томъ случаѣ, когда право споліатора на владѣніе вполне очевидно; однако и онъ допускалъ *ex. dominii* въ тѣхъ случаяхъ, когда это требовалось по соображеніямъ общественнаго блага (*salus rei publicae*). *Zasius—cit.* См. *Meischeider—cit.* S 178.

простой exceptio и указывая, что C. 18 X de Rest spol. (cap. Saepe contingit) представляет собою не что иное, какъ нѣкоторое измѣненіе въ практическихъ условіяхъ примѣненія int. unde Vi. Особенно же онъ, подобно Бемеру, ополчился на практику, какъ на источникъ возникновенія а. spoliі, считая таковую простымъ злоупотребленіемъ, противъ котораго юристамъ должно бороться всеми силами.

Авторитетъ Савиньи привлекъ много сторонниковъ означеннаго его мнѣнія. Правда, еще первое время раздавались голоса въ литературѣ въ защиту а. spoliі¹⁾ и ее продолжали помѣщать въ учебникахъ римскаго права²⁾. Но съ 20-хъ годовъ прошлаго вѣка „романизация“, такъ сказать а. spoliі и признаніе ея развитымъ въ канонич. правѣ Unde Vi была принята почти всеми юристами теоретиками, и въ такомъ видѣ внесена во все почти учебники римскаго права и въ другія спеціальныя сочиненія и статьи (см. Bruns—cit. S 418),

Слѣдуетъ замѣтить впрочемъ, что это стремленіе позднѣйшихъ писателей-теоретиковъ уничтожить самый институтъ а. spoliі, замѣнивъ его ученіемъ о реценціи римскаго int. unde vi, съ нѣкоторыми измѣненіями и добавленіями въ его юридической природѣ, — оказало слабое вліяніе на законодательство и судебную практику³⁾, въ которыхъ по прежнему мы замѣчаемъ ясно выраженную въ цѣломъ рядѣ случаевъ примѣненія иска о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, рядомъ съ нормами римскаго права, реценцію правилъ канонической а. spoliі, правда, не въ чистомъ ея видѣ, а со значительными видоизмѣненіями. Послѣднихъ, и должно было ожидать, въ виду колоссально измѣнившихся условій жизни въ современномъ западно-европейскомъ обществѣ, гдѣ спокойное обладаніе индивида его благами яв-

¹⁾ Напр. Thibaut—Pandecten § 230; Gönner—Handbuch des Process. B. IV, S 398.

²⁾ Напр. въ учебникахъ Гюнтера, Гуфеланда, Швенге, Вебера; см. Bruns—cit. S 418.

³⁾ См. Bruns—cit. S. 418; Bruns—Die Resitzklagen... S. 226 fg. Randa—Der Besitz nach Oest. Rechte IV Aufl. 1895 S. 287 fg. и др.

ляется несравненно болѣе упроченнымъ, вслѣдствіе укрѣпившихся началъ общественности, уваженія къ ближнему и его интересамъ и стремленія всего общества, не только власти, къ поддержанію и охранѣ земскаго мира. При такомъ положеніи вещей, очевидно, а priori, что крайности въ правахъ а. spoliі, введенныя для охраны споліатовъ исключительно въ силу господства въ средніе вѣка кулачнаго права, благодаря которымъ искъ этотъ, по выраженію Дельбрюка, дѣйствительно временами являлся покровителемъ и охранителемъ воровъ и насильниковъ, теперь при болѣе культурныхъ условіяхъ жизни, неизбежно за ненадобностью прекратили свое существованіе. Однако ядро, основныя начала а. spoliі, продолжаютъ свое бытіе и до сихъ поръ въ законодательствахъ Запада. Конечно, самое наименованіе а. spoliі теперь уже не существуетъ; но и съ перемѣной имени, въ новой оболочкѣ, такъ сказать, мы всею встрѣчаемся со старымъ знакомымъ, наружность котораго, правда, во многомъ измѣнилась, но внутреннія черты и свойства остались прежними¹⁾.

Обращаясь къ болѣе старому по времени изъ дѣйствующихъ нѣмецкихъ законодательствъ, именно къ *Австрійскому гражданскому кодексу*, мы во многомъ находимъ подтвержденіе сказанному. Здѣсь по поводу иска о возстановленіи нарушеннаго владѣнія въ § 346 G. B. говорится, что если кто будетъ лишенъ владѣнія вещью или правомъ самовольно (вопреки праву), онъ можетъ возбудить искъ о возстановленіи прежняго состоянія (въ особенности о возвращеніи вещи) и возмѣщенія убытковъ противъ того, кто отнялъ вещь такимъ образомъ.

Изъ этого постановленія § 346 G. B. мы видимъ прежде всего, что такая защита признается здѣсь допустимой

¹⁾ Справедливо замѣтилъ въ этомъ отношеніи Bruns—Die Besitzklagen... S. 223, что «die Spolienklage war in ihrem Ursprunge bei Pseudo-Isidor rein possessorisch und diesen Charakter hat sie auch in ihrer ersten Gestaltung in der kanonischen Theorie beibehalten; später wurden zwar petitorische Elemente herangezogen, aber in unklarer und stets schwankender Weise, und zuletzt sind diese wieder ausgestossen und die Klage ist wieder auf das possessorische Gebiet beschränkt».

какъ въ отношеніи движимыхъ и недвижимыхъ вещей, такъ равно и правъ—правило хорошо знакомое намъ изъ ученія объ *a. spoliis*. Дается искъ этотъ въ защиту владѣльца, а не всякаго держателя. Владѣльцами же здѣсь признаются только лица, обладающія вещами *cum animo domini*; такимъ образомъ закладоприематели, ссудобратели, арендаторы и т. п. закономъ не признаются владѣльцами. 1) Въмѣстѣ съ тѣмъ однако законъ же признаетъ очень обширную область владѣнія правами, въ томъ числѣ и правами обязательственными; напр. правомъ по арендѣ, найму, ссудѣ и т. п. 2) По крайней мѣры согласно тексту § 311 В. G. объектомъ владѣнія могутъ быть все тѣлесныя и безтѣлесныя вещи, являющіяся предметами правового оборота 3). Благодаря этому правилу, наниматели, ссудобратели, хранители и т. п. лица получаютъ здѣсь владѣльческую защиту, какъ владѣльцы того или иного права, т. е. въ концѣ концовъ, хотя и косвенно, признаются охраняемыми владѣльческими исками, такъ же какъ и владѣльцы *cum animo domini* 4).

Подъ отнятіемъ владѣнія понимается здѣсь такая дѣятельность лица, благодаря которой, владѣлецъ лишается своего держанія (*detentio*) вещи. Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ не наблюдается такого лишенія лица возможности фактически воздѣйствовать на предметъ, тамъ не имѣетъ мѣста и разсматриваемый искъ, который данъ по мысли закона именно лишь для случаевъ самовольнаго физическаго лишенія владѣнія 5).

1) § 309 В. G.:—„Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsame hat, heisst ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seine zu behalten, so ist er Besitzer“. См. Randa—Der Besitz nach Oester. Rechte 1895. § 1 S. 29, 30; Meischeider—cit § 23, S. 126; Stubenrauch.—Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch vom Juni 1811 B. I. 1854 S. 630 fg. Bruns—cit. S. 456 fg.

2) См. Randa—cit. §. 24 S. 654 fg.

3) § 311 „Alle körperliche und unkörperliche Sachen, Welche ein Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind, können in Besitz genommen werden“.

4) См. Randa—cit. S. 178 fg. Вопросъ впрочемъ споренъ. См. Kirchstetter—Maitisch—Commentar zum Oest. Allgem. bürgerl. Gesetzbuch 3 Aufl. 1876 S. 183.

5) Randa—cit. S. 290 fg.

Такимъ образомъ не будетъ лишения владѣнія въ понимаемомъ здѣсь смыслѣ, когда ссудополучатель или арендаторъ откажутся выдать хозяину его вещи, потому что не м. б. и рѣчи о неправомѣрномъ отнятіи владѣнія въ томъ случаѣ, когда самый предметъ еще ранѣе переданъ былъ его хозяиномъ добровольно во владѣніе или держаніе теперешнему его обладателю.

Искъ самый дозволенъ лишь противъ споліатора или его универсальнаго преемника, но не противъ третьяго приобрѣтателя вещи, хотя бы даже послѣдній зналъ въ моментъ своего приобрѣтенія о споліумѣ, совершенномъ лицомъ, отъ котораго онъ, такой 3-й приобрѣтатель, получилъ предметъ. Это правило Австрійскаго права отмѣнило такимъ образомъ с. 8 X. de restit. spol. 2, 13, гдѣ отвѣтственность за spoliумъ распространялась, до извѣстной степени, и на третьихъ лицъ.

Что касается самого понятія «наспльственнаго отнятія» вещи (spolium), какъ условія примѣненія разсматриваемаго иска, то по справедливому указанію Randa (cit. S. 295 fg.), согласно специально изданному съ этой цѣлью императорскому указу 27 октября 1849 г., подъ spoliумомъ должно понимать всякое *неправомѣрное* отнятіе владѣнія; какъ говорить § 2 этого указа: „Wenn Jemand in dem Besitze einer Sache oder eines Rechtes beeinträchtigt oder wenn er dieses Besitzes widerrechtlich entsetzt worden, hat derselbe... die richterliche Hilfe anzusuchen“. Изъ яснаго смысла §§ 339, 345, 346, 347, 851 G. B., на которые ссылается приведенный § 2 указа 1849 года, подъ widerrechtliche Besitzentsetzung неизбѣжно по смыслу § 339 G. B. должно понимать всякое самовольное отнятіе владѣнія («eigenmächtige Besitzentsetzung»).

При такомъ положеніи вещей очевидно, что самовольное отнятіе владѣнія (dejectio) можетъ быть совершенно лицомъ какъ bona, такъ и mala fide—безразлично. Напримѣръ, если захватчикъ того мнѣнія, что захватываемый имъ участокъ или движимость брошены собственникомъ, или вообще являются безхозяйными вещами, то онъ, очевидно, приобрѣтаетъ при этомъ владѣніе bona fide (ср. § 326 G. B.); но съ объективной точки зрѣнія захватъ владѣнія остается во всякомъ случаѣ здѣсь самовольнымъ—неправомѣрнымъ,

п. ч. при этомъ существовавшее до того момента владѣльческое состояніе нарушено *противъ воли* на то владѣльца.

Если же такъ, то выходитъ, что mala fides захватчика не требуется по австрійскому праву, какъ essentialia допустимости разсматриваемаго иска ¹⁾, и слѣдовательно, нѣтъ основаній говорить о деликтной природѣ этого иска. Другими словами, въ австрійскомъ искѣ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія не признается наличность деликта необходимымъ условіемъ его примѣненія, и слѣдовательно искъ этотъ не является искомъ деликтнымъ, но именно искомъ лишь владѣльческимъ ²⁾.

Что касается возраженій въ владѣльческихъ искахъ, то должно отмѣтить, что здѣсь допустимы лишь тѣ возраженія, кои относятся къ владѣнію или его нарушенію. Всѣ же петиторныя возраженія, особенно же касательно права на владѣніе, совершенно не допускаются. ³⁾

Изъ возраженій посессорныхъ допускается по австрійскому праву здѣсь между прочимъ возраженіе, что истецъ самъ неправомѣрно приобрѣлъ владѣніе вещью отъ противника (exceptio vitiosae possessionis ab adversario § 345 G. B.). Это возраженіе, заимствованное изъ римскаго права, гдѣ примѣнялось по юстиніанову праву лишь при interdicta retinendae possessionis, а не при interd. unde vi ⁴⁾.

¹⁾ Contra ученіе романистовъ объ int. unde vi. Ср. напр., Hering—Grund des Besitzschutzes S. 17.

²⁾ Ср. Randa—cit S. 296 слѣд. примѣры изъ австр. судебн. практики. S. 298.

³⁾ § 346 первая половина; § 347 2-я часть. Ср. § 5 Императорскаго указа отъ 27 октября 1849 г.;—«Der Richter hat von Amtswegen sich gegenwärtig zu halten... dass es einzig auf die Erörterung und den Beweis der Thatsache des letzten factischen Besitzstandes und der erfolgten Störung ankomme... Wer einen Besitz erst erwerben oder ein stärkeres Recht zum Besitze geltend machen will.. muss den ordentlichen Rechtsweg betreten, in welchem auch die Fragen über Titel, Redlichkeit und Unredlichkeit des Besitzes und die Entschädigungsansprüche zu behandeln sind, wenn diese letzteren nicht freiwillig anerkannt werden (§§ 320, 335, 339, 372, 373 und 374 A. b. G. B.) (См. Randa cit. S. 331 Anm. 30).

⁴⁾ Ср. § 5, 6. Inst. De interd. 4. 15.

чуждо каноническому праву, въ которомъ господствовали основной принципъ—*spoliatus ante omnia restituendus*. Правилomъ такимъ—о допущеніи *exceptio vitiosae possessionis*, другими словами Австрійское право дѣлаетъ шагъ назадъ сравнительно съ каноническимъ правомъ, дозволяя вмѣстѣ съ тѣмъ самоуправство, къ тому же самоуправство даже не *in continenti*, въ отношеніяхъ между частными лицами, что не д. б. терпимо въ культурномъ обществѣ.

Погащаются иски владѣльческіе лишь 30 лѣтней давностью (§ 1479 G. B.)

Резюмируя сказанное, мы отмѣтимъ слѣдующее: Австрійское право даетъ защиту владѣнія противъ случаевъ всякаго самовольнаго, т. е. противъ воли владѣльца послѣдовавшаго нарушенія и отнятія владѣнія, и при томъ именно лишь такого отнятія владѣнія. Защита самая дается при всякомъ владѣніи безъ обращенія вниманія на объектъ послѣдняго (движимость, недвижимость, права), не ограничивается опредѣленными формами нарушенія, и не предполагаетъ непременно вину (деликтъ) споліатора. При этомъ подъ «вторженіемъ» (*Eindringen*) во владѣніе слѣдуетъ понимать всякаго рода самовольный захватъ владѣнія. Нѣтъ возможности говорить о такомъ лишеніи владѣнія въ томъ случаѣ, когда вещь вышла изъ рукъ владѣльца по его на то волѣ, передана имъ другому, хотя бы даже передача такая не влекла бы за собою приобрѣтенія правъ для получателя, напр., потому что вызвана *dolo*, или угрозой (§§ 870—876 G. B.). По тому же соображенію искъ этотъ не дается хозяину имущества, передавшему послѣднее въ пользованіе арендатору, сеудобрателю, псклажепринимателю или закладобрателю, противъ этихъ лицъ, даже послѣ истеченія срока или условій пользованія послѣднихъ вещью. *Exceptio dominii* не допускается; но *exc. vitiosae possessionis ab adversario* получила права гражданства въ процессѣ.

Мы видимъ такимъ образомъ, что владѣльческая защита въ дѣйствующемъ Австрійскомъ правѣ создана на началахъ, такъ сказать, смѣшаннаго типа, именно, римско-каноническихъ; причемъ однако наблюдается несравненно большая рецепція нормъ права каноническаго, установленныхъ для

a. spoliis. Занемтованія эти такъ обширны, что, не смотря на нѣкоторыя романстическія добавки и измѣненія, Австрійскій искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія стоитъ въ самой интимной связи со своимъ каноническимъ прототипомъ.

Новое *Германское гражданское уложеніе*, исходя изъ той мысли, какъ это указано въ объяснительной запискѣ къ его проекту ¹⁾, что защита владѣнія имѣетъ своимъ назначеніемъ «обезпечивать общественный миръ охраной виѣшняго господства лица надъ вещью» ²⁾, въ § 861 постановляетъ: „если владѣніе отнято путемъ запрещеннаго самоуправства у владѣльца, то этотъ послѣдній можетъ требовать возвращенія владѣнія отъ того, кто владѣетъ порочно по отношенію къ нему. Этотъ искъ исключается, если владѣніе истца или его предшественника по отношенію къ отвѣтчику было порочно и было пріобрѣтено въ теченіи одного года назадъ“.

Такимъ образомъ мы видимъ, что здѣсь въ искахъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія истцомъ можетъ быть только владѣлецъ, потерявшій spoliatio. При этомъ слѣдуетъ однако помнить, что Германское уложеніе чрезвычайно широко толкуетъ самое понятіе владѣнія, „предоставляя посессорную защиту“—какъ говоритъ Denkschrift,—„безъ различія, покоится-ли владѣніе на какомъ-либо вещномъ или обязательственномъ правѣ, располагаетъ-ли владѣлецъ вещью, какъ ему принадлежащей, или нѣтъ“. Владѣніемъ здѣсь называется фактическая власть лица надъ вещью. ³⁾ «Какой-либо воли, направленной на пріобрѣтеніе владѣнія» говоритъ Denkschrift,—«проектъ (т. е. В. Г. В.) не требуетъ. Необходимо принимать во вниманіе и такіе случаи, гдѣ вещь попала въ область виѣшняго господства лица при такихъ

¹⁾ Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs 1896 S. 109.

²⁾ „Den Rechtsfrieden durch Aufrechterhaltung der äusseren Herrschaftsverhältnisse der Person zur Sache zu bewahren“.

³⁾ См. § 854 В. Г. В. „Владѣніе вещью пріобрѣтается установленіемъ фактической власти надъ нею“; § 856 — „Владѣніе прекращается, если владѣлецъ оставляетъ фактическую власть надъ вещью или теряетъ ее какимъ-либо инымъ способом“.

условіяхъ, когда объ *animus possidendi* не м. б. и рѣчи, но однако имѣется потребность въ защитѣ. Въ особенности это касается лицъ, неспособныхъ изъявлять волю (дѣти, душевно-больные), которыя въ противномъ случаѣ оказались бы неспособными пріобрѣтать владѣніе“.

Мы видимъ, другими словами, что такое понятіе владѣльца почти цѣликомъ обнимаетъ собою и держателей каноническаго и римскаго правъ. Закладоприематели, арендаторы, наниматели, ссудобратели, поклажеприематели и т. п. лица—все это владѣльцы по Германскому уложенію, и при томъ владѣльцы въ самомъ полномъ и точномъ значеніи слова ¹⁾. Мало того, Германское уложеніе признаетъ двойственность активныхъ субъектовъ посессорнаго иска. Какъ говоритъ § 868—„Если кто владѣетъ вещью какъ пользовладѣлецъ, закладобратель, арендаторъ, хранитель или инымъ подобномъ правоотношеніи, на основаніи котораго онъ является управомоченнымъ передъ другимъ лицомъ, или обязаннымъ владѣть въ теченіи извѣстнаго времени, то въ такихъ случаяхъ и это лицо есть также владѣлецъ (посредственное владѣніе)“.

Такимъ образомъ уложеніе допускаетъ, въ извѣстныхъ случаяхъ, двухъ владѣльцевъ по одной и той же вещи, именно а) владѣльца посредственнаго—т. е. собственника вещи, передавнаго послѣднюю во временное фактическое обладаніе другому (напр., пожизненному владѣльцу, арендатору и т. д.), и б) владѣльца непосредственнаго, т. е. лицо, въ чьемъ непосредственномъ фактическомъ обладаніи находится данная вещь. Эта группировка впрочемъ допускаетъ рядъ модификацій. Прежде всего и непосредственный владѣлецъ, напр., арендаторъ, можетъ отъ себя сдать вещь во владѣніе другому лицу (подъаренда), и въ такомъ случаѣ самъ становится, рядомъ съ хозяиномъ, тоже посредственнымъ

¹⁾ См. Dernburg—Des bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens III, § 11 S. 42, 43 Endemann—Einführung in das Studium des B. G. B. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II, Th. I, § 29 S. 116. Kniep—Der Besitz des B. G. B. 1900 S. 2. 6. Покровскій.—Основные вопросы владѣнія въ новомъ Герм. Уложеніи. Вѣстн. Права 1899 I, 97,

владѣльцемъ. 1) Такимъ образомъ посредственное владѣніе не связано неразрывно ни съ собственностью, ни съ волей владѣть вещью, какъ собственной. 2) Въ то же время возможна одновременная наличность нѣсколькихъ непосредственныхъ владѣльцевъ по одной и той же вещи, именно когда каждый владѣетъ частью одной и той же вещи. 3)

Рядомъ съ посредственнымъ и непосредственнымъ владѣльцами, Герм. гражд. уложеніе знаетъ впрочемъ еще группу лицъ, которыхъ не признаетъ владѣльцами, хотя бы даже въ рукахъ ихъ находились извѣстныя вещи. Именно, согласно § 855, если кто-либо осуществляетъ фактическое господство надъ вещью для другого лица въ его домашнемъ хозяйствѣ или въ его предпріятіи, или въ какомъ-либо подобномъ положеніи, благодаря, которому онъ долженъ слѣдовать указаніямъ этого другого лица относительно вещи, то владѣльцемъ является только это другое лицо. 4)

Кромѣ такихъ хозяйскихъ „длинныхъ рукъ“, являющихся какъ бы орудіями въ его хозяйственной сферѣ, всѣ остальные владѣльцы, и посредственные, и непосредственные, имѣютъ право на владѣльческую защиту. Здѣсь однако большее предпочтеніе и лучшую охрану уложеніе даетъ непосредственнымъ владѣльцамъ. Какъ видно изъ §§ 859, 861 и 862 В. Г. В., непосредственный владѣлецъ, если толь-

1) § 871—„Steht der mittelbare Besitzer zu einem Dritten in einem Verhältnisse der im § 863 bezeichneten Art, so ist auch der Dritte mittelbarer Besitzer“.

2) Eigenbesitz § 872 В. Г. В. Cp. Strohal—въ Iherings Jahrb. В. 38. S. 28.

3) § 865—„Die Vorschriften der §§ 858 bis 864 gelten auch zu Gunsten desjenigen, welcher nur einen Theil einer Sache, insbesondere abgesonderte Wohnräume oder andere Räume, besitzt“.

4) Впрочемъ Эндеманн (Endemann—Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 8 Ausg 1905. В. III S. 224) замѣчаетъ, что въ отношеніи къ третьимъ лицамъ такой держатель, представляется какъ бы посредственнымъ владѣльцемъ, въ силу презумпціи владѣнія за держателемъ вещи.

ко не былъ самъ виновнымъ передъ отвѣтчикомъ въ нарушеніи или отнятіи владѣнія, имѣеть право силою отражать силу и возвращать отнятое; онъ можетъ требовать и судебной защиты владѣнія. Что же касается владѣльца посредственнаго, то изъ смысла § 869 ясно видна его лишь вспомогательная, дополнительная, такъ сказать, роль при непосредственномъ владѣльцѣ въ дѣлѣ защиты владѣнія. Какъ гласить въ этомъ отношеніи § 869—если противъ владѣльца совершено недозволенное самоуправство, то указанные въ §§ 861 и 862 искъ принадлежатъ и посредственному владѣльцу. Въ случаѣ отнятія владѣнія посредственный владѣлецъ можетъ требовать возстановленія владѣнія прежнему непосредственному владѣльцу; если же этотъ послѣдній *не можетъ или не хочетъ* снова получить владѣніе, то тогда посредственный владѣлецъ можетъ потребовать эту вещь въ свое непосредственное владѣніе.

Такимъ образомъ, самостоятельную роль истца въ процессѣ посредственный владѣлецъ начинаетъ играть и можетъ требовать выдачи вещи отъ споліатора себѣ во владѣніе въ томъ лишь случаѣ, когда непосредственный владѣлецъ, утратившій вещь, *не можетъ или не хочетъ* искатся т. е. другими словами, когда вещь эта безповоротно выходитъ изъ сферы его хозяйства. Такое отношеніе непосредственнаго владѣльца, т. е. прекращеніе его хозяйственнаго попеченія о *чужой* вещи, врученной ему не для растраты, а для рациональнаго и временнаго лишь пользованія или храненія, законъ очевидно считаетъ равносильнымъ его отказу отъ послѣдней, отъ своего владѣнія ею; съ какого момента и объектъ поворачивается въ фактическое владѣніе посредственнаго владѣльца. Послѣдній разсматривается уже закономъ, съ момента такого отказа отъ вещи ея прежняго непосредственнаго владѣльца, самъ владѣльцемъ непосредственнымъ, причемъ ему, какъ таковому именно, уже и дается право на самостоятельный владѣльческій искъ.

Другое ограниченіе посредственныхъ владѣльцевъ въ правѣ на владѣльческій искъ, сравнительно съ владѣльцами непосредственными, заключается въ томъ, что они не мо-

гуть защищаться противъ непосредственнаго владѣльца. 1)

Даются владѣльческіе иски по В. Г. В. въ защиту владѣнія какъ движимостями, такъ и недвижимостями. Относительно владѣнія правами вопросъ остается въ общемъ довольно спорнымъ. Дѣло въ томъ, что редакторы уложенія принципиально устранили изъ отдѣла о владѣніи понятіе владѣнія правомъ, придя къ тому выводу, что новая постановка по В. Г. В. вопроса владѣнія, съ крайнимъ расширеніемъ понятія послѣдняго, повлекла за собой послѣдствіемъ, что цѣлый рядъ случаевъ, гдѣ римское право видѣло *juris quasi possessio*, признается въ В. Г. В. владѣніемъ непосредственно вещью, (напр., владѣніе пожизненнаго пользователя, наслѣдственнаго арендатора и т. п.). Въ результатѣ, редакторы нашли только два случая владѣнія правами, гдѣ и допустили владѣльческую защиту (§ 1029 В. Г. В.), именно владѣніе предѣльными и личными ограниченными сервитутами. 2).

Какъ видно изъ § 860, владѣльческая защита по уложенію дается лишь въ случаѣ нарушенія владѣнія путемъ запрещеннаго самоуправства (*verbotene Eigenmacht*)! Подъ этимъ послѣднимъ § 858 понимаетъ всякое дѣйствіе лица, благодаря которому, владѣлецъ безъ своей воли на то лишается возможности или стѣняется въ осуществленіи фактическаго господства надъ вещью. Если самое дѣйствіе это по исключенію является дозволеннымъ по закону, оно не почитается самоуправнымъ. 3) Самоуправство почитается

1) Randa—Der Besitz Vorwort zu 4 Ausg. S. VIII; Dernburg—Das bürgerl. Recht III, 23 S. 71, 72; Strohal—Der Sachbesitz—въ Iherings Jahrb. V. 38. S. 48 fg; Endemann Einführung B. II. Th. 1, § 32. S. 127, 128. Gierke—Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 7, напротивъ, желаетъ уравнять положеніе владѣльцевъ обоюго рода, и даетъ владѣльческую защиту посредственному владѣльцу и противъ непосредственнаго, утверждая, что каждая норма закона, говорящая вообще о владѣніи, д. б. распространяема и на посредственное владѣніе. Того-же взгляда держится Gärtner—Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und neuem deutschen Recht 1901. S. 151, 153 fg., ссылаясь на исторію и текстъ § 858. Мнѣніе это однако много сторонниковъ себѣ не нашло.

2) См. Покровскій—cit. стр. 95.

3) См. Planck—cit. B. III, Lief. I. S. 43.

совершеннымъ безъ воли на то лица не только въ томъ случаѣ, когда оно возражаетъ противъ него, но и тогда, когда оно просто не изъявляетъ своего на то согласія. Рѣшающей при этомъ является воля непосредственнаго владѣльца. Совершаетъ же самоуправство субъектъ bona или mala fide, это не вліяетъ на самое понятіе самоуправства, какъ нарушенія владѣнія.

Предъявляя искъ, истецъ долженъ при этомъ доказывать лишь фактъ отнятія владѣнія безъ его на то воли, откуда уже выводится презумпція самоуправства отвѣтника и слѣдовательно порочности его владѣнія (§ 858 Abs. 2). Другими словами, и по гражд. уложенію болѣе раннее владѣніе признается законнымъ; владѣніе же въ моментъ предъявленія иска законодатель подозрѣваетъ въ порочности, доколѣбъ противное владѣльцемъ не будетъ доказано.

Отвѣтчикомъ въ разсматриваемыхъ искахъ является самъ споліаторъ, его наслѣдники или третій приобрѣтатель, *spolii conscius*. Какъ указываетъ въ этомъ отношеніи вторая половина § 858, владѣніе, прибрѣтенное путемъ недозволеннаго самоуправства, называется порочнымъ. Порочность владѣнія вредитъ преемнику во владѣніи, когда онъ является наслѣдникомъ владѣльца или зналъ въ моментъ прибрѣтенія о порочности владѣнія своего предшественника¹⁾.

Мы видимъ такимъ образомъ здѣсь повтореніе тѣхъ же правилъ о пассивной легитимации въ посессорныхъ искахъ, какія были установлены въ каноническомъ правѣ по *Cap. Saere contingit*, гдѣ равнымъ образомъ исключалась возможность предъявленія *remed. spolii* противъ третьихъ добросовѣстныхъ прибрѣтателей (см. выше стр. 157).

Отвѣтчикомъ въ процессѣ можетъ оказаться и самъ посредственный владѣлецъ, въ случаѣ нарушенія имъ владѣнія владѣльца непосредственнаго. Создавая свою посессорную защиту въ интересахъ именно непосредственнаго

¹⁾ § 858 2 Abs.—„Der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz ist fehlerhaft. Die Fehlerhaftigkeit muss der Nachfolger im Besitz gegen sich gelten lassen, wenn er Erbe des Besitzers ist, oder die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe kennt“.

владѣльца, гражд. уложение сурово относится къ попыткамъ нарушенія его спокойнаго фактическаго воздѣйствія на вещь: со стороны кого бы то ни было онѣ ни проявлялись—все равно, этими дѣйствіями нарушалась бы основная идея защиты владѣнія, какъ она намѣчена редакторами уложения („den Rechtsfrieden durch Aufrechterhaltung des äusseren Herrschaftsverhältnisses der Person zur Sache zu bewahren“). Потому то В. Г. В. своимъ § 859 предоставило непосредственному владѣльцу право самозащиты противъ всѣхъ, въ томъ числѣ и противъ хозяина вещи или вообще посредственнаго владѣльца, рѣзко повернувъ въ этомъ отношеніи отъ правилъ Римскаго права. Если въ Римѣ, говоритъ Dernburg (cit. S. 71—72), 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 наемателямъ и даже въ томъ случаѣ, если бы въ самомъ контрактѣ былъ подобный допускъ предусмотрѣнъ, такъ какъ контрактъ имѣетъ значеніе для *petitorium*'а, а не для *possessorium*'а. Другими словами, какъ вѣрно отмѣтилъ Ранда, по В. Г. В. хозяинъ оказывается посессорно беззащитнымъ передъ непосредственнымъ владѣльцемъ. 1)

Вмѣстѣ съ тѣмъ изъ указанныхъ лицъ только тотъ можетъ быть отвѣтчикомъ, кто дѣйствительно владѣлъ вещью въ моментъ предъявленія къ нему владѣльческаго иска; если же вещь имъ будетъ отчуждена въ третьи руки, или покинута, онъ уже не м. б. отвѣтчикомъ въ такомъ искѣ. 2). Другими словами, содержаниемъ своимъ разсматриваемый искъ направляется по В. Г. В. всегда на возстановленіе нарушеннаго владѣнія, и никогда на возмѣщеніе убытковъ, такъ какъ деликтная точка зрѣнія на этотъ искъ совершенно чужда германскому уложенію. 3) Этимъ и объяс-

1) Randa—cit. Vorwort zu 4 Ausg. См. Покровскій—cit. стр. 103.

2) См. Motive III. S. 124. Planck—cit. III, I Lief. S. 48.

3) Motive—III. S. 119, 124.

няется, почему отвѣтчикомъ по иску здѣсь не м. б. споліаторъ, его наслѣдникъ или *malae fidei possessor*, переставшіе фактически господствовать надъ вещью. Впрочемъ, согласно § 260 *Civilprozessordnung*, представляется вполне возможнымъ и допустимымъ соединеніе иска объ убыткахъ съ искомъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія. ¹⁾

Примѣненіе владѣльческихъ исковъ ограничивается по В. Г. В. двумя условіями; во 1-хъ, требуется, чтобы искъ начинался не позднѣе года, считая со дня самоуправнаго отнятія владѣнія ²⁾. Во вторыхъ, иски исключаются «если владѣніе истца или его предшественника по отношенію къ отвѣтчику было порочно и было приобрѣтено въ теченіи одного года назадъ», (§ 862, В. Г. В.) Понятіе это порочности владѣнія напоминаетъ собою римское ученіе о владѣніи *vi, clam, precario ab adversario*. Однако оба эти понятія не тождественны. Порочность владѣнія по уложенію не ограничивается случаями недозволеннаго самоуправства или тайнаго отнятія вещи, и не распространяется на владѣніе по прекарію. Затѣмъ, такая *vitiosa possessio* вредила по римскому праву лишь владѣльцу, который приобрѣлъ самъ отъ своего противника вещь во владѣніе *vi, clam, precario*, но не его наслѣднику ³⁾. Напротивъ, В. Г. В. признаетъ такую же *vitiosa possessio* и за сингулярными преемниками владѣнія споліатора, когда они знали, въ моментъ приобрѣтенія ими владѣнія, о порочности владѣнія своего предшественника (§ 858 Abs. 2). При этомъ и отразить нападеніе противника ссылкой на порочность его владѣнія (*exceptio vitiosae possessionis*) можетъ не только непосредственно лишенный владѣнія *vi, clam, precario*, но и его правопреемникъ ⁴⁾.

¹⁾ См. Planck—cit. S. 47.

²⁾ § 864 Abs. 1—«Ein nach den §§ 861, 862 begründeter Anspruch erlischt mit dem Ablauf eines Jahres nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht, wenn nicht vorher der Anspruch im Wege der Klage geltend gemacht wird.»

³⁾ fr. 53 Dig. de poss. 41—2; fr. 1 § 9. fr. 2 Dig. Uti possid. 43—17 Cp. Regelsberger—Der gerichtliche Besitzschutz etc. въ Festschrift für die Juristische Facultät zu Giessen 1907 r. S. 268 fg.

⁴⁾ § 861 Abs 2; § 862 Abs. 2.

Вмѣстѣ съ тѣмъ В. Г. В. отказываетъ въ защитѣ порочнаго владѣнія въ томъ лишь случаѣ, если искъ предъявляется противъ того, по отношеніи къ кому истецъ самъ владѣетъ порочно. Такое правило соблюдается впрочемъ лишь въ теченіи года, по истеченіи котораго всякія ограниченія въ защитѣ снимаются.

Уложеніе такимъ образомъ создаетъ крайне обширную область примѣненія этой *exceptio* въ отношеніи искомъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія. (§ 861 Abs. 2), уклоняясь въ этомъ отношеніи не только отъ правилъ *ad hoc* права каноническаго съ его основнымъ положеніемъ— *spoliatus ante omnia restituendus est*, но и отъ положеній римскаго права, гдѣ при искѣ *unde vi* (Юстиніанова права) эта *exceptio* совершенно не допускалась, (см. выше стр. 16). Этимъ оно даетъ обширнѣйшую область примѣненію началъ самоуправства и кулачнаго права между претендентами на владѣніе однимъ и тѣмъ же объектомъ. «*Exceptio spoli*— заявляютъ мотивы къ проекту гражд. уложенія (III, 125)— „не принята, потому что въ настоящее время насилія не такъ часты, чтобы бороться съ ними нужно было еще путемъ исключительныхъ гражданско-правовыхъ предписаній“.

Такое покровительственное отношеніе уложенія къ проявленіямъ кулачнаго права въ области взаимныхъ отношеній претендентовъ на владѣніе одной и тою же вещью, благодаря допущенію *exc. vitiosae possessionis* въ посесорныхъ искахъ, вызвало рѣзкую критику цѣлага ряда германскихъ юристовъ, (напр. Гирке, Козака, Вендта, Реаца и др.), которые все находили нежелательнымъ и не только бесполезнымъ, но и прямо противнымъ основной идеѣ защиты владѣнія такое разрѣшеніе кулачнаго права въ теченіи цѣлага года. Совершенно вѣрно отмѣчаетъ Покровский сомнительность этого правила уложенія и съ точки зрѣнія этики. „Что рекомендуетъ уложеніе своимъ кліентамъ?“ замѣчаетъ онъ— „Оно не говоритъ: не насильничай, разъ у тебя есть законная защита судебной власти, а напротивъ, говоритъ, дѣйствуй во всю, ломай, разоряй, захватывай и т. д., только старайся сдѣлать это половчѣе, чтобы не попасться въ руки сердитаго уголовнаго закона. Гражданское

уложение, такимъ образомъ, входитъ въ роль маменьки, готовой допустить и драку между дѣтьми, лишь бы только дѣло не покончилось синяками и разбитыми носами, которые вызовутъ юрисдикцію менѣе покладистаго паленьки¹⁾.

Непригодность этого правила и съ юридической, и съ этической точекъ зрѣнія выясняется еще болѣе тѣмъ, что идя здѣсь противъ общей тенденціи развитія защиты владѣнія отъ насилій и самоуправства, какъ она проявлялась въ теченіи ряда вѣковъ въ каноническомъ правѣ, вылившись въ ясный и рѣзкій афоризмъ—*spoliatus ante omnia restituendus*, гражданское уложение въ остальномъ (сознательно или нѣтъ—это иной вопросъ) реципировало изъ каноническаго права цѣлый рядъ положеній объ *a. spoli* въ свое ученіе объ искахъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія.

Въ этомъ отношеніи, какъ мы уже указывали выше, а) уложение даетъ владѣльческую защиту не только владѣльцамъ, какъ ихъ понимало римское право, но равно и держателямъ *suo aut alieno nomine* (арендаторы, хранители и т. д.).

б) Отвѣтчиками здѣсь могутъ быть, какъ и по правиламъ *cap. Saepe contingit*, сами споліаторы, ихъ универсальные преемники и третьи приобрѣтатели, *spolii conscii*.

в) Условіемъ примѣненія иска является наличность *spolium'a*, понимаемаго въ смыслѣ *vitiosa dejectio*.

д) Искъ м. б. предъявляемъ только къ фактическому владѣльцу спорнаго объекта; утрата имъ владѣнія уничтожаетъ *ergo legitimatio passiva*.

е) Кумуляція петиторнаго и possessорнаго исковъ не допускается.

ф) Требованіе истца м. б. направлено только на выдачу вещи, а не на взысканіе убытковъ, для которыхъ д. б. предъявленъ особый искъ.

г) Иски о возстановленіи владѣнія не имѣютъ деликтнаго характера.

h) *Exceptio dominii*, равно какъ и ссылка отвѣтчика на право владѣть вообще, не имѣютъ мѣста (*ср. § 863 B. G. B.*).

¹⁾ Покровскій—*cit.* стр. 119.

Русское право.

Обращаясь къ законодательнымъ памятникамъ родного права, намъ необходимо заранѣе оговориться, что здѣсь самое понятіе о владѣніи, въ смыслѣ самостоятельнаго правового института, отличнаго отъ собственности и другихъ вещныхъ правъ, равно и ученіе о защитѣ владѣнія какъ такового, представляются явленіями сравнительно новыми, нашей старинѣ и обычному праву неизвѣстными.

Правда, въ Новгородской судной грамотѣ мы имѣемъ уже статью, въ которой сдѣлано различіе въ охранѣ собственности отъ охраны владѣнія. Это именно ст. 10, гдѣ сказано:— «А кто на комъ пощеть наѣзда или грабежа на земномъ дѣлѣ: ино судити напередъ наѣздъ и грабежь, а о земли послѣ судъ»; причемъ съ наѣздчика взыскивался въ казну громаднѣйшій для того времени штрафъ за нарушеніе земскаго мира („на бояринѣ пятьдесятъ рублевъ, а на житѣмъ двадцать рублевъ, а на молодчемъ десять рублевъ“). Однако на основаніи „двухъ словъ“ этого законодательнаго памятника, по вѣрному замѣчанію проф. Дювернуа, нельзя конструировать цѣлаго ученія. ¹⁾

Руководствуясь этими скудными данными, мы можемъ лишь отмѣтить здѣсь стремленіе законодателя охранять владѣльца отъ всякихъ попытокъ со стороны другихъ лицъ къ насильственному, самоуправному отнятію владѣнія недвижимостями, безъ обращенія при этомъ вниманія на юридическія свойства самаго владѣнія споліата, ²⁾ причемъ на споліатора за его «наѣздъ» всею тяжестью обрушивается «*banum regis*»—Господина Великаго Новгорода.

¹⁾ Дювернуа—Пособіе къ лекціямъ по Граждан. праву. Часть особенная вып. 1-й 1899, стр. 5.

²⁾ Ср. Владимірскій—Будановъ—Христоматія по исторіи Русскаго права I 1889 г. стр. 188 пр. 15.

Несравненно болѣе подробно разработанъ вопросъ о защитѣ владѣнія въ извѣстномъ законодательномъ сборникѣ западной Руси XVI вѣка—въ Литовскомъ статутѣ. Здѣсь прямо установлена защита всякаго владѣнія, какъ такового, безъ различія законнаго отъ незаконнаго, добросовѣтнаго отъ недобросовѣтнаго. При этомъ самая защита такая совершалась: а) путемъ самозащиты, при томъ понимаемой въ обширномъ смыслѣ. По выраженію Статута, если бы кто, защищаясь отъ насильника не только домоваго, но и таково, который совершилъ наѣздъ на село, на людей, на стада и грунты (земли), его убилъ или ранилъ, и въ томъ присягнулъ, (что дѣйствовалъ такъ, защищая свое владѣніе), то такой убійца освобождается отъ законной отвѣтственности, б) Кроме самозащиты, Статутъ даетъ судебную защиту владѣнія отъ насилій и самоуправства, отъ завладѣнія, съ боемъ и безъ бою», въ теченіи 10 недѣль отъ момента *spolium'a*. При этомъ владѣніе возвращается споліату по одному фактическому изслѣдованію, съ наложеніемъ крупной пени на насильника (20 копъ грошей), кроме особаго взысканія „за бой, раны, забуйства“. Если же отвѣтчикъ, оправдывая себя, станетъ ссылаться на свое *право* и предъявлять крѣпости на захваченное имъ имущество, то ихъ предписано не разсматривать, а отсылать къ суду (въ порядкѣ петиторномъ¹⁾). Истецъ (споліатъ) обязанъ былъ, предъявляя искъ, лишь доказать свидѣтельскими показаніями „добрыхъ людей“ и собственной присягой, что онъ дѣйствительно лишенъ спокойнаго владѣнія; *права* же своего на владѣніе онъ не долженъ былъ доказывать.²⁾

Слѣдуетъ замѣтить что это помѣщенное въ Литовскомъ Статутѣ правило не было принято законодательствомъ Москов-

¹⁾ „А где бы сторона обвиненая признавшися до держанья того имения або людей поведила то же онъ жалобника стого и што онъ жалуетъ квалтовне не выбиалъ але то держитъ за правомъ якимъ слышнымъ и хотель бы якимъ правомъ хотя и на письме показати, тогда передъ ся той стороне отпорной немаеть быти на выводъ давало“... Статутъ Велик. князства Литовскаго 1588 г. изд. во Времени. Общества Истор. и Древн. кн. 19, 1854 г. разд. 4 арт. 92.

²⁾ Литов. Статутъ. Раздѣлъ IV. арт. 92; Разд. X, арт. 4, 5, 15, 16; XI, 20, 43.

ской Руси, гдѣ, напр. Уложеніе Алексѣя Михайловича, 1649 г. предписывало споръ о владѣніи недвижимостями всегда разрѣшать судомъ, и при томъ въ связи съ вопросомъ о *правѣ* владѣнія; другими словами, особаго поссессорнаго иска Московское право еще не знало ¹⁾.

Только начиная съ Екатерины II, у насъ выработывается защита владѣнія, независимо отъ права, главнымъ образомъ въ изданномъ ею, въ 1775 году, Учрежденіи о губерніяхъ, по которому возстановленіе нарушеннаго владѣнія стало функціей административныхъ властей—городничихъ въ городѣ и исправниковъ въ уѣздѣ; возстановленіе же права собственности было признано дѣломъ исключительно суда (ст. 243 и 266). Согласно ст. 243 Учрежд. о губерніяхъ земскій исправникъ являлся обязаннымъ „давать всякому обязанному *судейское* покровительство, и буде гдѣ въ уѣздѣ окажется насильство, изслѣдовать на мѣстѣ, безъ многого письменнаго производства, и то единственно въ ясность приводить, учинился-ли такой случай или нѣтъ, и свидѣтелей допрашивать, и буде что у кого отнято, а оно на лицо находится, тотчасъ возвращать; но вмѣстѣ съ тѣмъ давать знать о семъ уѣздному суду, въ которомъ дозволяется просьбу производить тѣмъ, кто доказать можетъ, что исправникъ поступилъ несправедливо“.

Новый порядокъ судопроизводства по спорамъ о владѣніи скоро вызвалъ въ жизни рядъ недоразумѣній, главнымъ образомъ благодаря тому, что и судьи, и администрація не умѣли его понять и усвоить. По крайней мѣрѣ уже въ началѣ 19 столѣтія, Государственному Совѣту пришлось снова подтверждать правила Учрежд. о Губерніяхъ. По одному частному случаю, именно по дѣлу о захватѣ земель казенныхъ крестьянъ, возникли пререканія между судомъ и полиціей, причемъ судъ обвинялъ въ превышеніи власти земскаго исправника, рѣшившаго дѣло о владѣніи землею

¹⁾ Уложен. 1649 г. гл. X ст. 213—„А будетъ кто у кого и насильствомъ землю хлѣбомъ посягетъ: и его земли искати судомъ, а собою не управиватися, и хлѣба съ поля безъ указу не свозити, и животиною не тодочити и не травити“. Ср. Морозкинъ—О владѣніи по началамъ россійскаго законодательства 1837 г., стр. 100.

и возвратившаго послѣднюю ея прежнимъ владѣльцамъ-крестьянамъ. При разборѣ этого дѣла Государственнымъ Совѣтомъ отъ 30 іюня 1820 года было постановлено, что „Градскія и Земскія полиціи, не входя въ разборъ документовъ, обязаны приводить только въ ясность, въ чьемъ владѣніи было имѣніе тогда, когда на ономъ учинено насиліе, и по изслѣдованіи возвращать тотчасъ тому, у кого что отнято или заграблено, а учинившаго насиліе отсылать къ суду... О принадлежности же имѣнія по письменнымъ документамъ относится къ формальному производству Гражданскаго, а не къ разбору Нижняго Земскаго Суда“. (И. С. З. № 28338).

Указомъ 16-го Ноября 1821 года было предписано возвращать отнятое тому, у кого было во владѣніи, «хотя бы отнимающій по документамъ и поводъ имѣлъ къ присвоенію; ибо никто самъ собою управляться не долженъ». Указомъ 23 мая 1824 г. былъ опредѣленъ и самый срокъ, въ теченіи котораго дѣла о завладѣніи разбирались въ порядкѣ посесорномъ, именно согласно съ правилами *ad hoc Литовскаго Статута* (на послѣдній сдѣлана ссылка) въ 10 недѣль. По истеченіи этого времени искъ о возвращеніи владѣнія измѣнялся въ вещный (о *правѣ* владѣть) и допускался къ производству уже не слѣдственнымъ (административнымъ) порядкомъ, но судомъ (И. С. З. № 29889). Указомъ 27 Декабря 1823 года (И. С. З. № 29716) были еще разъ подтверждены и развиты тѣ же положенія о порядкѣ и условіяхъ производства исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія. Признавъ общимъ правиломъ, что по силѣ законовъ предоставлено всякому на волю за насильное завладѣніе имѣніемъ и грабежъ отыскивать удовлетворенія не однимъ токмо судомъ гражданскимъ, но и слѣдственнымъ, этотъ указъ опредѣлилъ, что когда въ постановленное закономъ время дойдетъ до земской или гражданской полиціи *просьба* о такомъ поступкѣ, то полиція немедленно приступаетъ на мѣстѣ къ изслѣдованію и открытію черезъ вѣрныхъ и свѣдующихъ свидѣтелей или другими возможными способами, не требуя и не входя въ разборъ представляемыхъ сторонами письменныхъ документовъ. Задача полиціи здѣсь заключается въ томъ, что она «приводитъ только въ ясность, въ чьемъ владѣніи было имѣ-

ніе тогда, когда на ономъ учинено насиліе, и по изслѣдованіи тотчасъ возвращаетъ оное тому, у кого что отнято или разграблено... а дерзнувшаго нарушить спокойствіе отсылаетъ немедленно къ суду для законнаго опредѣленія, гдѣ уже и производится дѣло уголовнымъ порядкомъ; принадлежность же имѣнія, на коемъ насиліе или грабежь учиненъ, по письменнымъ документамъ относится къ (формальному судопроизводству гражданскому).

Эти правила о защитѣ владѣнія противъ насиліи и самоуправства, независимо отъ вопроса о самомъ *право* споліата на владѣніе (*spoliatus ante omnia restituendus*), ни о характерѣ послѣдняго (добро,—недобросовѣстное, законное, незаконное), а равно созданіе особой административной инстанціи (полиція) для разбора такихъ дѣлъ, рядомъ съ судомъ, въ которомъ разбирались дѣла въ порядкѣ петиторномъ, легли въ основу положеній *ad hoc* въ сводѣ законовъ.

Можно сказать, что уже по старымъ нашимъ законамъ о судопроизводствѣ гражданскомъ (ст. 2, 8, 9, 10, 11 и 14 по изд. 1876 г.; ст. 637, 641—643; 645, 646 по изд. 1892 г.) правила указовъ о защитѣ владѣнія получили свое дальнѣйшее развитіе, еще болѣе приблизившись къ нормамъ каноническаго права объ искѣ изъ *cap. Redintegrandi*.

Установивъ здѣсь основнымъ положеніемъ, что «всякое дѣйствительное владѣніе недвижимымъ имуществомъ, хотя и незаконное, почитается безспорнымъ и защищается законами отъ насилія и самоуправства, доколѣ не будетъ предъявленъ на оное споръ или тяжба и имущество не будетъ присуждено другому» (ст. 2 (637), законодатель тщательно проводитъ различіе поссессорныхъ отъ петиторныхъ исковъ даже съ точки зрѣнія ихъ подсудности. Онъ опредѣляетъ въ этомъ отношеніи (ст. 8 (641), что жалобы о завладѣніи недвижимою собственностью, и на насильное завладѣніе или на отнятіе какого-либо *отънимаго* имущества подаются мѣстной окружной или городской полиціи, по принадлежности. При этомъ далѣе наблюдаемъ мы замѣчательное нововведеніе сравнительно съ правилами указовъ 27 декабря 1823 г. и 30 іюня 1820 г. Именно закономъ возлагается на полицію обязанность разбирать дѣла о возстановленіи нарушеннаго

владѣнія не только обычнымъ порядкомъ, т. е. по жалобѣ потерпѣвшаго, но и *ex officio*, или какъ выражается законъ (ст. 9 (642) «*по непосредственному ея (полиціи) дѣйствию*», возбуждая разбирательство такихъ дѣлъ по собственной инициативѣ и безъ заявленія споліата о фактѣ споліума. «Дѣла означенныя въ ст. 7-й (640) (т. е. объ обидахъ, ущербахъ, убыткахъ и насильномъ и самовольномъ завладѣніи) начинаются въ полиціи или по прошенію обиженнаго, или же по непосредственному ея дѣйствию, когда, усмотрѣвъ самоуправство и насиліе, она по обязанности своей приметъ законныя мѣры къ пресѣченію онаго».

Подтвердивъ далѣе «указный» срокъ (10 недѣль, считая отъ времени «происшествія») для возбужденія исковъ о владѣніи, законы о судопроизводствѣ гражданскомъ въ ст. 18 и 19 (645, 646) излагаютъ самый порядокъ разбора такихъ дѣлъ полиціей. Последняя «безъ пространнаго письменнаго производства» изслѣдуетъ на мѣстѣ чрезъ вѣрныхъ и свѣдущихъ свидѣтелей или другими возможными способами событіе, подавшее поводъ къ началу дѣла, приводя по дѣламъ о насильномъ и самоуправномъ завладѣніи въ ясность, въ чѣмъ владѣніи было имѣніе тогда, когда на ономъ учинено насиліе, не требуя и не входя въ разсмотрѣніе представленныхъ письменныхъ доказательствъ, подлежащихъ разбору исключительно судебныхъ мѣстъ (въ порядкѣ петиторномъ). Если по разборѣ дѣла выяснится, у кого что отнято, отнятое немедленно возвращается прежнему владѣльцу полиціей, а противнику предоставляется отыскивать свои права на захваченное имущество судебнымъ порядкомъ, т. е. петиторнымъ искомъ. Виновный въ насиліи при завладѣніи имущества, кромѣ возстановленія владѣнія имъ споліату, отдается суду уголовному.

И такъ мы видимъ здѣсь слѣдующіе характерные признаки, приближающіе нашъ дороферменный порядокъ вѣденія владѣльческихъ исковъ къ *a. spoli* каноническаго права:

а) Прежде всего мы видимъ, что законъ защищаетъ «всякое дѣйствительное владѣніе», «хотя и незаконное» отъ насилія и самоуправства.

б) Неки о возстановленіи нарушеннаго владѣнія имѣли

мѣсто лишь въ случаѣ *spolium'a*, которое понимается, какъ всякое неправомѣрное («самовольное») отнятіе у другого владѣнія, хотя бы и безъ насилія.

е) Содержаніемъ своимъ искъ имѣетъ возстановленіе нарушеннаго владѣнія, почему и направляется исключительно противъ фактическаго владѣльца вещи въ моментъ предъявленія дѣла; при этомъ отвѣтчикомъ можетъ быть и добросовѣстный владѣлецъ, но крайней мѣрѣ законъ ни слова не говоритъ по этому пункту, лишь глухо указывая (ст. 19(646) что «полиція... буде у кого что отнято, *тотчасъ* возвращаетъ отнятое прежнему владѣльцу, предоставляя другой сторонѣ отыскивать свои права на завладѣнное имущество, буде имѣетъ ихъ, судебнымъ порядкомъ». При господствѣ у насъ въ дореформенное время толкованія законовъ по ихъ буквальному тексту, является необходимымъ признать, что отвѣтчикомъ по разсматриваему иску могъ быть *всякій* добро—и недобросовѣстный владѣлецъ сполірованной вещи.

д) При помощи исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія нельзя было отыскивать *убытковое* отъ споліума; для этого требовалось предъявлять особое прошеніе и вести отдѣльный искъ, который лишь могъ *быть*, (а могъ и не быть) разбираемъ въ I-й инстанціи полиціей одновременно съ первымъ для передачи въ судъ, какъ во II-ю инстанцію¹⁾.

е) Разсматриваемый искъ давался въ защиту владѣнія не только недвижимостями но и *движимыми* вещами, какъ это точно изложено въ ст. 8 (641) закон. о судопроизв. гражд. Замѣтимъ кстати, что это правило о защитѣ владѣнія движимостями не представлялось ужъ тогда новымъ для нашего законодательства. Правда, въ ст. 243 I ч. Учрежденія о губерніяхъ 1775 г. 7 ноября глухо говорится лишь вообще, что земскій исправникъ, буде у кого что отнято и

¹⁾ Въ ст. 19 (646), во второй ея половинѣ, мы читаемъ, что „въ случаѣ спора объ удовлетвореніи за причиненную обиду, убытокъ или насиліе, полиція *равнымъ образомъ* предоставляетъ спорящимъ разбираться въ судебномъ мѣстѣ, и отсылаетъ учиненное ею изслѣдованіе о дѣйствительности событія въ судъ, для опредѣленія мѣры вознагражденія“. Ср. ст. 600 (436); ст. 6 (639).

на лицо находится, велить тотчасъ возвратить. Однако уже въ указѣ 12 октября 1808 года, легшемъ въ основу указовъ 30 іюня 1820 г. и 27 декабря 1823 года и буквально повторенномъ ими, рѣшено дѣло «маіора Манька съ дворяниномъ Мойсеенкомъ о насильномъ якобы забраніи сѣна и вырубкѣ дѣса», т. е. именно о возстановленіи нарушеннаго владѣнія *движимымъ* имуществомъ.

f) Новымъ является въ разсматриваемой области правило, которымъ на полицію возлагалась обязанность немедленно приступать къ возстановленію нарушеннаго владѣнія не только по прошенію о томъ споліата, но и *proprio motu, ex officio* (*officium iudicis!*..) «по непосредственному ея дѣйствию», какъ гласитъ статья 9 (642) *cit.* Въ этомъ отношеніи, можно сказать, наши дореформенные законы о судопроизводствѣ гражданскомъ напоминаютъ то старое время въ исторіи развитія *remed. spoli* каноническаго права, когда еще самый искъ *ex cap. Redintegrandi* не получилъ тамъ своего развитія, и защита владѣнія въ интересахъ охраны земскаго мира возлагалась на дѣятельность судей *ex officio*, рядомъ и параллельно съ возбужденіемъ исковъ самимъ споліатомъ.

g) Иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія велись строго *поссеессорнымъ* порядкомъ, причемъ въ нихъ совершенно исключался вопросъ о *правѣ* владѣнія (см. ст. 18, 19 (645, 646) *cit.*).

h) Въмѣстѣ съ тѣмъ изъ возраженій со стороны отвѣтчика допускалась лишь ссылка на пропускъ истцомъ-споліатомъ десятидѣльнаго срока давности, считая отъ момента *spolium'a*. *Exceptio dominii a* равно *exc. vitiosae possessionis* здѣсь не имѣли мѣста.

У насъ нѣтъ безспорныхъ данныхъ, основываясь на которыхъ можно было бы доказать фактъ *непосредственной* рецессіи *a. spoli* въ наши законы о судопроизводствѣ гражданскомъ; однако приходится признаться, что еходство разсматриваемаго иска съ правилами каноническаго права объ *a. spoli* невольно бросается въ глаза. Но во всякомъ случаѣ мы еще разъ видимъ здѣсь, какъ одинаковыя причины влекутъ за собою и одинаковыя послѣдствія въ области развитія права.

Если мы обратимъ вниманіе на юридическія и социальныя условія русской жизни въ концѣ 13 и началѣ 19 вѣковъ, когда въ помѣщичьемъ быту процвѣтало кулачное право (наѣзды, потравы, порубки и т. п.), причѣмъ законодатель, со своей стороны, всячески стремился къ подавленію насилій и произвола во всѣхъ возможныхъ ихъ проявленіяхъ; если вспомнимъ при этомъ невѣроятную медленность нашего дореформеннаго процесса, съ его массой инстанцій, дѣлаваго труднымъ, убыточнымъ и почти постоянно запоздалымъ признаніе правъ судомъ,—если, повторяю, вспомнимъ все это, тогда легко понятнымъ и объяснимымъ станетъ намъ, почему самая система возстановленія нарушеннаго владѣнія была создана въ законахъ о судопр. гражданскомъ въ цѣляхъ не защиты *possessio*, въ римскомъ смыслѣ слова, но именно для защиты имущественнаго *status quo*, въ цѣляхъ подавленія произвола и самоуправства во всякомъ ихъ проявленіи въ отношеніи имущества лица. Являлось ли при этомъ у споліата обладаніе вещью результатомъ осуществленія имъ своихъ правомочій на то, или даже вопреки праву—безразлично, ибо всюду здѣсь совершалось нарушеніе земскаго мира и правомочій государственной власти на охрану порядка и общественнаго спокойствія. Этимъ между прочимъ объясняется и проведеніе въ старыхъ законахъ о судопр. производствѣ гражданскомъ предположенія правомѣрности нахожденія вещи у ея прежняго владѣльца и охраненіе такого состоянія противъ всякихъ самовольныхъ покушеній со стороны третьихъ лицъ и возможности перехода къ нимъ имущества безъ воли и желанія на то хозяина послѣдняго.

Въ значительной мѣрѣ тѣ же основныя особенности исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія сохранились и въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ. Здѣсь находимъ мы въ законахъ слѣдующія постановленія.

«Всякое, даже и незаконное, владѣніе охраняется отъ насилій и самоуправства дотогѣ, пока имущество не будетъ присуждено другому и сдѣланы надлежащія по закону, о передачѣ онаго, распоряженія» (ст. 531 т. X. ч. I Св. закон.).

«Незаконное владѣніе можетъ быть прекращено по рѣшенію судебного мѣста, вошедшему въ законную силу» (ст. 532 т. X ч. 1).

«Всякое самоуправство по имуществамъ, хотя бы они состояли и въ незаконномъ владѣніи, строго воспрещается» (ст. 690 т. X ч. 1).

«Каждый имѣетъ право отыскивать свое имущество изъ чужого неправильнаго владѣнія судомъ» (ст. 691 т. X ч. 1).

Таковы правила т. X. ч. 1 Свода законовъ о защитѣ владѣнія. Согласно п. 4 ст. 29 Уст. Гражд. Судопроизводства вѣдомству мирового судьи предоставлены между прочимъ «иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, когда со времени нарушенія прошло не болѣе шести мѣсяцевъ» (ср. ст. 1310 Уст. гражд. Судопр. и ст. 20 II разд. прав. о произв. суд. дѣлъ, подвѣд. зем. нач. и город. суд.).

Здѣсь намъ прежде всего приходится остановиться на выясненіи вопросовъ объ основаніи защиты владѣнія по нашему праву и о томъ, что слѣдуетъ понимать подъ владѣніемъ, защищаемымъ по ст. 531 т. X. ч. 1.

Оба вопроса эти очень спорны въ нашей юридической литературѣ.

Интереснымъ... своей туманностью является формулированіе основанія защиты владѣнія у Кавелина: (Сочиненія т. I, стр. 36, 37).

Считая владѣніе правомъ, а не фактомъ, авторъ пишетъ здѣсь—«основное начало юридическаго владѣнія есть признаніе государствомъ владѣнія безъ признанія его справедливости, а основаніе защиты несправедливаго владѣнія не заключается во внутреннемъ существѣ его, но во внѣшнемъ сходствѣ и безразличіи его съ владѣніемъ, въ самомъ себѣ справедливымъ. Эта форма признанія перенесена и на то владѣніе, котораго справедливость признана государствомъ. Основаніе лежитъ въ слѣдующемъ: признаніе справедливости владѣнія заключаетъ въ себѣ признаніе самаго владѣнія. Оба могутъ быть разсматриваемы отдѣльно, независимо другъ отъ друга. Признаніе владѣнія, разсматриваемое отдѣльно отъ признанія его справедливости, не представляетъ никакого отличія отъ признанія такого отно-

шенія къ вещи, которое государство не признаетъ за справедливое. Поэтому то на него вполне можетъ и должна быть перенесена форма признанія послѣдняго. Такимъ образомъ владѣніе, само въ себѣ справедливое, владѣніе несправедливое, и наконецъ, владѣніе, составляющее часть права собственности, всё соединяются въ государствѣ подъ одну форму признанія, а потому они имъ и не различаются».

Что хотѣлъ сказать своимъ объясненіемъ Кавелинъ, къ сожалѣнію, разобраться въ этомъ довольно трудно, главнымъ образомъ благодаря излишне часто употребленнымъ здѣсь авторамъ «признаніямъ». Однако со стороны Кавелина, признающаго владѣніе правомъ, самая попытка объяснить причины, почему право защищается искомъ, кажется мнѣ очень подозрительной и сильно схожей съ тѣмъ, что Кавелинъ «признавалъ» самъ, или уже близокъ быть къ «признанію» владѣнія фактомъ, защищаемымъ исками, безъ отношенія къ его правовому основанію.

Нашъ знаменитый цивилистъ Побѣдоносцевъ по вопросу объ основаніи защиты владѣнія высказалъ, одновременно съ Терингомъ, взглядъ на владѣніе, аналогичный воззрѣнію, выработанному послѣднимъ. «Съ состояніемъ владѣнія» — пишетъ Побѣдоносцевъ (Курсъ гражд. права 4-е изд. I, 163) — «обыкновенно соединяется понятіе о собственности, предположеніе о томъ, что лицо, владѣющее предметомъ, имѣетъ на него право собственности. Владѣніе есть состояніе (status) фактическое, наличное, которое само за себя говоритъ, которому не требуется доказательствъ, покуда оно продолжается. На чемъ оно основано, это владѣніе, и дѣйствительно-ли основано на правѣ собственности, — вопросъ этотъ самъ собою не возникаетъ, если не является другое лицо, объявляющее наличнаго владѣльца незаконнымъ и выставляющее свое право на собственность въ томъ же имуществѣ, стало быть вопросъ этотъ возбуждается только влѣдствіе иска о собственности. И въ этомъ случаѣ владѣніе предполагается основаннымъ на правѣ собственности до тѣхъ поръ, пока противное не будетъ доказано. Отсюда возникаетъ право всякаго владѣльца, на чемъ бы не основалось его владѣніе, защищать свое владѣніе и не

выставляя ему никакихъ оснований, требовать защиты и возстановленія своего владѣнія, если оно нарушено».

Мнѣніе Побѣдоносцева еще можно было бы признать допустимымъ для нашего права, если бы въ послѣднемъ еуществовало правило, подобное выраженному въ ст. 2230 Code Civil (Всегда предполагается, что лицо владѣетъ для себя, какъ собственникъ если не доказано его владѣніе для другого) ¹⁾.

Изъ этой статьи нѣкоторые французскіе юристы хотѣли найти основаніе защиты владѣнія въ предположеніи собственности за владѣльцемъ ²⁾. Однако въ нашемъ законодательствѣ мы не находимъ ничего подобнаго правилу этой ст. 2230 Code Civil. У насъ, напротивъ, владѣльческими исками защищается владѣніе даже такихъ лицъ, которыя никоимъ образомъ не имѣютъ *animus'a domini*, владѣя однако для себя, а не для собственника, и считать владѣніе ихъ предполагаемой собственностью было бы *contra naturam juris*. Таково, напр., владѣніе пожизненнаго владѣльца, чиншевика, крестьянина—общинника своимъ надѣломъ. Мало того, согласно ст. 531 т. X ч. I св. зак. по нашему праву всякое даже и незаконное владѣніе охраняется правительствомъ отъ насилія и самоуправства дотолѣ, пока имущество не будетъ присуждено другому. Между тѣмъ является прямо противоестественнымъ предполагать собственность въ незаконномъ владѣніи, что неизбежно однако приходится признавать согласно теоріи Побѣдоносцева ³⁾.

¹⁾ Art. 2230 Code Civil—«On est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre».

²⁾ Сравн. однако art 2228—гдѣ владѣніе опредѣляется слѣдующимъ образомъ—La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit, que nous tenons ou que nous exerçons par nous—mêmes, ou par un autre, qui la tient ou qui l'exerce en notre nom“.

³⁾ Анненковъ—Система русскаго гражданскаго права т. III-й стр. 494, 495 признаетъ, подобно Побѣдоносцеву, основаніемъ защиты владѣнія предполагаемую во владѣніи собственности. Однако въ другомъ мѣстѣ онъ же заявляетъ (ст. 528), что имѣется „коренное различіе по существу права собственности и владѣнія“.

Ближе къ цѣли подошелъ Поповъ ¹⁾, утверждая, что нашъ законъ, защищая владѣльца отъ нарушеній его владѣнія, вмѣстѣ съ тѣмъ защищаетъ и свои собственные интересы, состоящіе въ охраненіи порядка и общественнаго спокойствія.

Дѣйствительно, разсматривая источники ст. 531 т. X ч. I Св. законовъ, мы убѣждаемся, что и по дѣйствующему нашему праву основаніемъ защиты владѣнія остались тѣ же соображенія и задачи, какія имѣлись въ виду и редакторами дореформенныхъ нашихъ законовъ о судопроизводствѣ гражданскомъ. И въ настоящее время такимъ образомъ у насъ защита владѣнія установлена въ цѣляхъ подавленія произвола и самоуправства, во всякомъ ихъ проявленіи въ отношеніи имущества лица, являлось ли у споліата обладаніе вещью результатомъ осуществленія имъ своихъ правомочій на то, или даже вопреки праву—безразлично, ибо всюду здѣсь совершается нарушение земскаго мира и обязанности государственной власти охранять порядокъ и общественное спокойствіе.

Кромѣ приведенныхъ уже нами выше источниковъ права (см. стр. 265 слѣд.) въ подтвержденіе указаннаго воззрѣнія законодательства нашего на основаніе защиты владѣнія м. б. приведены еще слѣдующія законоположенія, изъ числа источниковъ ст. 531 X ч. I:

П. С. З. № 12474—Манифестъ о генеральномъ размежеваніи земель 1765 г. Сент. 19 § 16:—„Ежели кто изъ сухихъ препятственниковъ истинной государственной пользы можетъ сыскаться и дерзнетъ послѣ публикаціи нынѣшняго... манифеста владѣнія свои самовольствомъ далѣе распространять... и въ томъ околными людьми, яко живыми еще свидѣтелями, обличенъ будетъ, за такуюю государственную вредность... взять и пр.“.

П. С. З. № 15 349—1732 г. Апр. 8—Уставъ благочинія, гдѣ подтверждается запрещеніе чинить уголовныя преступленія

¹⁾ Поповъ—Владѣніе и его защита по русскому гражданскому праву—Журн. Гражд. и Угол. Пр. 1874 V. стр. 129—131.

противъ народной тишины, какъ то; п. 9) «насильное завладѣнiе недвижимымъ имуществомъ».

П. С. З. № 12659—Инструкціи межевымъ губернскимъ канцеляріямъ 1766 г. Мая 25 гл. XIII § 8—„Ежели... откроется, что кто изъ владѣльцевъ, по изданіи уже нашего о генеральномъ государственномъ межеваніи манифеста... захватилъ во владѣнiе свое изъ государственныхъ дикихъ земель еще больше, нежели оныхъ до того манифеста имѣлъ, то у такого... ту землю отрѣзать.., да сверхъ того *тиковыхъ* злонамѣренныхъ *владѣльцевъ* признать мы не оставимъ на всегдашнее время *аредителямъ общаго государственнаго благосостоянія и казенными почитателями*“.

П. С. З. № 28338 Юня 30 1810 г. «Всякое насиліе есть непозволенный законами поступокъ и не рѣдко можетъ служить поводомъ къ уголовному преступленію... полиція приводитъ въ ясность, въ чьемъ владѣнiи было имѣнiе тогда, когда на ономъ было учинено насиліе, и по изслѣдованіи тотчасъ возвращаетъ тому, у кого что отнято или заграблено, а дерзнушаго нарушить спокойствіе отсылаетъ немедленно къ суду. ¹⁾

Несравненно болѣе трудностей представляетъ разрѣшеніе второго вопроса, именно, что разумѣетъ наше законодательство подъ терминомъ владѣнiя, или какое владѣнiе защищается исками противъ насилія и самоуправства.

Дѣло въ томъ, что въ дѣйствующемъ нашемъ законодательствѣ терминъ *владѣнiе* употребляется въ *четырехъ* различныхъ значеніяхъ. Именно, во 1-хъ, имъ означается право собственности. (См. ст. 424—428, 431, 434, 442, 500—512, 514, 534, 535, 543, 544, 538, 553, 555, 640, 688, 1703 т. X ч. I Св. закон.). При этомъ лишь иногда прибавляются еще слова: «законный» владѣлецъ (ст. 431, 539 прим. I. 620, 622, 624—626, 629, 634, 636, 640, 643 cit.), или частный владѣлецъ (514); общая собственность называется общимъ владѣнiемъ, совладѣнiемъ (543, 544, 553).

Во 2-хъ, владѣнiемъ называется въ законѣ не только право собственности, но вмѣстѣ съ тѣмъ и другія вещныя

¹⁾ Ср. еще П. С. З. № 28721 Авг. 1821 г. и др.

права, напримѣръ, пожизненное владѣніе, сервитуты и т. п. (Ст. 116, 514, 448, 431 т. X ч. I).

Въ 3-хъ, напротивъ, терминъ владѣніе употребляется именно для обозначенія извѣстнаго вещнаго права, съ цѣлью отличія его отъ права собственности по тому же объекту. (Ст. 514, 515, 516, 432, 527, 533¹⁻¹³ 485—493, 1692; т. X ч. I; Уст. Гражд. судопр. ст. 31 п. I).

Наконецъ, въ 4-хъ, этимъ названіемъ законъ опредѣляетъ вообще фактическое воздѣйствіе лица на вещь, безъ отношенія къ титулу такого воздѣйствія. (Ст. 523, 535—533, 534, 557—560, 564, 567, 609—638, 641—643, 690, 691; Уст. Гражд. Судопр. 29 п. 4, ст. 73, 213). При этомъ лицо, имѣющее право на тотъ же самый объектъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ называется иначе, напр. вотчинникъ (533⁴—533⁹, 566, 521), хозяинъ (ст. 609, 621, 635, 527, 431); частный владѣлецъ (514); законный владѣлецъ (431, 539 прим. I, 620, 622, 624—626, 629, 634, 636, 640, 643).

Спрашивается, про какое же «владѣніе» говорится въ 531 ст. т. X ч. I Св. Законовъ?

Вопросъ этотъ до настоящаго времени представляетъ собою *sic ut doctogum*.

Въ этомъ отношеніи слѣдуетъ раздѣлить нашихъ писателей на три группы: одни изъ нихъ, являясь правотѣрными сторонниками теоріи Савиньи и на почвѣ нашего законодательства, признаютъ защищаемымъ юридически владѣніе только тѣхъ лицъ, которыя имѣютъ намѣреніе обладать вещью, какъ своею собственною ¹⁾.

Въ пользу этого взгляда его сторонниками приводятся различныя основанія. Такъ Морошкинъ здѣсь ссылается на то обстоятельство, что у насъ въ законодательныхъ памятникахъ изстари (съ XII в.) понятіе завладѣнія выра-

¹⁾ Сторонниками такого ученія являются: Морошкинъ—О владѣніи стр. 113, 117; Неволинъ—Исторія россійскихъ гражданскихъ законовъ 1851 г. II § 258; Поповъ—*cit.* стр. 57, 64—65; Кавелинъ—Права и обязанности по имуществамъ и обязательствамъ 1879 г. стр. 69; Мейеръ (Ред. Гольмстена)—Русское гражданское право 1902 г. стр. 254 слѣд.; Шершеневичъ—Учебникъ русскаго гражд. права 1901 г. стр. 201 слѣд.; Любавскій—Юридическія монографіи и изслѣдованія I, стр. 142—143.

жалось терминомъ «освоить»; понятіе же «владѣть» выражалось словами — «володѣть», «волю дѣяти». «Изъ сего явствуетъ—замѣчаетъ онъ далѣе (стр. 77), «что въ основаніи понятія овладѣнія наші предки поражены были болѣе духовнымъ нежели вещественнымъ дѣятелемъ событія»; а потому онъ считаетъ необходимымъ условіемъ владѣнія *animus domini* 1).

Эта мотивировка Морошкина едва-ли кому покажется въ настоящее время убѣдительною, и во всякомъ случаѣ его филологическія изысканія не имѣютъ рѣшающаго значенія въ пользу его взгляда на владѣніе. Положимъ, владѣть значитъ волю дѣять, осуществлять свою волю внѣ; но спрашивается, какою волю, на что? Является-ли при владѣніи *animus domini* или *animus rem alieno nomine detinendi*?—На это невозможно дать никакого отвѣта на основаніи одного такого филологическаго изысканія. Что касается термина «освоить», то по справедливому замѣчанію Васьковскаго, онъ потому не можетъ имѣть рѣшающаго значенія, что у насъ до конца 18 вѣка институтъ владѣнія не имѣлъ самостоятельнаго значенія и существованія, и словомъ *владѣніе* обозначали собственность, какъ очень часто обозначаютъ и теперь, и не только въ обыденной рѣчи, но и въ законахъ—отсюда его двусмысленность и недостовѣрность 2). Во всякомъ случаѣ весьма шаткимъ основаніемъ для теоріи представляется ссылка Морошкина на терминологию нашего Московскаго законодательства, въ которомъ, собственно говоря, почти не существовало твердо установившихся юридическихъ терминовъ. Вспомнимъ, напр., въ какихъ разнообразныхъ значеніяхъ употребляли тамъ хотя-бы слова—порука, артель, семья и др. Даже въ современномъ нашемъ законодательствѣ, какъ уже было указано выше, терминъ владѣніе употреблялся крайне неопредѣленно; тѣмъ болѣе понятны и часты такія «юридическія шероховатости» въ памятникахъ нашего законодательства стараго времени.

Особенно горячимъ защитникомъ ученія Савиньи о природѣ владѣнія, въ примѣненіи его къ нашему праву, является

1) Морошкинъ—*cit.* стр. 77 слѣд.

2) Васьковскій—учебникъ II стр. 41.

Поповъ. «Наше право» говоритъ онъ—«вовсе не представляетъ ни одной статьи, прямо опредѣляющей, что оно разумѣеть подѣ владѣніемъ, и только косвенно, изъ сопоставленія различныхъ статей свода гражданскихъ законовъ, можно прийти къ положенію, что и у насъ владѣніе принимается въ томъ же смыслѣ, какъ въ римскомъ и основанныхъ на немъ законодательствахъ. Сводъ знаетъ терминъ «владѣніе» не только какъ составную часть права собственности и не только какъ отдѣлившуюся отъ послѣдней часть, но и какъ существующій самостоятельно, въ противоположность собственности. Такъ, спокойное, безспорное и непрерывное владѣніе обращается въ законное обладаніе, когда оно происходитъ въ видѣ собственности въ теченіе установленнаго закономъ срока времени. Какъ это выраженіе—*вз видѣ собственности*, такъ и употребленное сводомъ въ другомъ мѣстѣ *на правѣ собственности* наша доктрина единогласно понимаетъ въ томъ смыслѣ, что это требованіе закона относится не къ тому, чтобы лицо дѣйствительно считало себя собственникомъ и не потому, что въ основаніи давности былъ полагаемъ *justus titulus*, а чтобы владѣніе было *cum animo domini*. Такимъ образомъ и по русскому праву полнота воздѣйствія давностнаго владѣнія на вещь только приравнивается обѣими этими выраженіями къ собственности, т. е. лицо должно располагать вещью при давностномъ владѣніи такъ-же полно, какъ если бы она принадлежала ему въ собственность. Что касается защиты, то и здѣсь наше право отличаетъ detenцію отъ юридическаго (подлежащаго защитѣ) владѣнія. Такъ, напр., наемъ у насъ совершенно правильно и характеристично называется «отдачею въ содержаніе»;—при чемъ, только владѣніе дѣйствительное (X ч. 2 ст. 2), т. е. владѣніе *cum animo domini*, получаетъ защиту»¹⁾.

По моему мнѣнію, такого рода защита примѣнимости теоріи Савиньи и для нашего владѣнія мало убѣдительна. Если согласно смыслу ст. 531 и 560 для пріобрѣтенія права собственности по давности, необходимо владѣніе «*вз видѣ*

¹⁾ Поповъ *cit.* Стр. 64—65; ср. окончаніе этой статьи въ Ж. Гр. Уг. пр. 1874, кн. V стр. 85, 74, 81.

собственности» или «на правъ собственности», т. е. *cum animo domini*, то изъ этого еще нельзя выводить обязательности такого же условія и для защиты всякаго иного рода владѣнія. Самое установленіе закономъ нашимъ *особыхъ* условій, при наличности которыхъ продолжительное владѣніе *можетъ* обратиться *въ право собственности*, уже указываетъ не то, что самъ законъ *выдѣляетъ* давностное владѣніе какъ *особый видъ* фактическаго отношенія лица къ вещи, не только защищаемаго правомъ, но и влекущаго за собою *установленіе правъ* для владѣльца данной вещи. Такъ же мало убѣдительно утвержденіе Попова, будто бы употребленное въ законѣ выраженіе «дѣйствительное» владѣніе слѣдуетъ понимать въ смыслѣ владѣнія съ намѣреніемъ обладать вещью какъ своею. Почему? На какомъ основаніи должно придавать этому выраженію закона такой смыслъ, авторъ ничѣмъ не объясняетъ и ни на чемъ яномъ не обосновываетъ, кромѣ такого гипотетическаго толкованія. Какъ вполне справедливо замѣчаетъ Васьковскій (Ж. М. Ю. 1896 г. IV, 59), слово *дѣйствительный* всякій непредубѣжденный человекъ пойметъ въ смыслѣ—наличный, настоящій, даже фактическій,—и видѣтъ въ немъ указаніе на извѣстное направленіе воли владѣльца болѣе чѣмъ произвольно¹⁾.

Шершеневичъ, называя владѣніе фактическимъ господствомъ лица надъ вещью, соединеннымъ съ намѣреніемъ присвоить ее себѣ (Учебникъ—издан. 1907 г. стр. 208), допускаетъ защиту лишь владѣнія въ видѣ собственности, т. е. господства, соединеннаго съ намѣреніемъ присвоенія. Въ подтвержденіе такого заявленія своего онъ ссылается на ст. 1314 Уст. гражд. судопр.²⁾.

¹⁾ См. еще критику этого ученія: Треницынъ.—Переходъ правъ собственности на движимыя имущества посредствомъ передачи и соглашения 1903 г. стр. 333 слѣд. Фридрихъ—Вѣстникъ Права 1900 г. № VII, 48, 49.

²⁾ Ст. 1314 Уст. гр. судопр.:—„Частныя лица и общества, владѣющія имуществами казенныхъ управленій на правѣ пользованія, въ случаѣ нарушенія къмъ-либо ихъ владѣнія могутъ и непосредственно отъ себя предъявлять иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія“.

Если бы, говорить Шершеневичъ (cit. стр. 223, 224) — „это было общимъ правиламъ, то о немъ не зачѣмъ было говорить. Законъ въ этомъ случаѣ дѣлаетъ исключеніе изъ предполагаемаго имъ общаго правила, когда такой искъ можетъ быть предъявленъ только собственникомъ или дѣйствительнымъ владѣльцемъ, а не держателемъ“.

Совершенно основательно замѣтилъ въ этомъ отношеніи Трепицынъ (cit. стр. 335), что приведенный *argumentum a contrario*, конечно, не является *прямымъ* доказательствомъ романстической теоріи. Онъ создаетъ лишь извѣстнаго рода *вѣроятность* въ ея пользу. Но и эта вѣроятность очень не велика. Наши законы не такъ ужъ полны, чтобы нѣкоторыя повторенія или подтвержденія считать излишними или видѣть въ этихъ повтореніяхъ указаніе на исключительный случай. Намъ думается, законодатель счелъ себя здѣсь въ правѣ повторить общее правило въ виду главнымъ образомъ того обстоятельства, что здѣсь дѣло идетъ о *казенномъ* имуществѣ, отношенія по которому въ области частныхъ сдѣлокъ нормируются у насъ своеобразно и отлично отъ имущественныхъ отношеній частныхъ лицъ. Потому то законодатель и нашелъ нужнымъ подтвердить здѣсь еще разъ, что по вопросу о защитѣ владѣнія такимъ имуществомъ исключенія изъ общихъ *ad hoc* правилъ закономъ не устанавливаются¹⁾.

Васьковскій²⁾ пришелъ къ совершенно обратному выводу. Онъ пишетъ— «Мы не встрѣтили... (въ нашемъ законодательствѣ) никакого указанія на то, чтобы владѣніе предполагало наличность намѣренія обладать вещью, какъ своею (*animus domini*), или чтобы отсутствіе такого намѣренія обращало владѣніе въ держаніе и лишало его юридической защиты. Мало того, въ сводѣ законовъ не только не встрѣчается термина «держаніе» (*detentio*), но даже нѣтъ ни прямыхъ, ни косвенныхъ указаній на то, что понятіе держанія извѣстно законодателю. Эти факты должны были служить

¹⁾ Ср. критику ученія Шершеневича у Фришштейнъ—cit. Вѣсти. Права 1900 г. № 7 стр. 49, 50.

²⁾ Васьковскій—Понятіе владѣнія по русскому праву—Журн. Мин. Юст. 1896 г. IV, стр. 52—53, 59.

всякому непредубѣжденному изслѣдователю яснымъ доказательствомъ того, что нашему праву совершенно чужды какъ объективная точка зрѣнія на владѣніе, такъ и понятіе держанія, а равнымъ образомъ и различіе между владѣніемъ и держаніемъ, а потому, слѣдуя принципу юридической интерпретаціи—«не наше дѣло проводить различія тамъ, гдѣ ихъ не проводитъ законъ»,... оставалось прійти къ выводу, что наше право считаетъ владѣніемъ и защищаетъ владѣльческими исками всякое фактическое господство надъ вещью, независимо отъ того или иного направленія воли владѣльца ¹⁾.

Это уже другая крайность! Примѣняя такую точку зрѣнія на владѣніе къ случаямъ практической жизни, мы должны будемъ, напр., признать сторожа владѣльцемъ охраняемаго имъ имущества, пастуха—владѣльцемъ стада, находящагося подъ его наблюденіемъ и охраной, стараго «дѣда» на баптинѣ—владѣльцемъ послѣдняго, гдѣ онъ выстроилъ себѣ шалашъ и хранитъ арбузы и дыни отъ воровъ и т. д. Вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ указалъ г. Трепицынъ—сѣт. стр. 336, въ т. X ч. I имѣются указанія, что не всякій держатель признается по нашему праву владѣльцемъ. Именно по ст. 514 т. X ч. I реальное держаніе признается юридическимъ владѣніемъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда собственникъ «отдѣлптъ»

¹⁾ Того же взгляда придерживаются: Змирловъ—О недостаткахъ нашихъ гражданскихъ законовъ Жур. Гражд. и Уголовн. Права 1883, V, стр. 112—114; Фридштейнъ—О владѣльческомъ искѣ по дѣйствующему русскому праву. Вѣстникъ Права 1900 г. VII, стр. 51, 52; Дювернуа—Пособіе къ лекціямъ по Гражд. Праву. Выпускъ I-й изд. 1899 г. стр. 9. Совершенно ошибочно отосить Трепицынъ—сѣт. стр. 323 меня къ сторонникамъ такого же воззрѣнія на владѣніе. Въ статьѣ моей „Владѣніе по русскому праву“, (помѣщенной въ Словарѣ юридическихъ и государственныхъ наукъ, подъ редакцію Волкова и Филиппова; вып. IV стр. 2002 слѣд.) стр. 2004 я категорически заявляю, что основнымъ признакомъ владѣнія, отличающимъ его отъ держанія вещи, незащищаемаго исками, „является наличность у субъекта *намѣренія* обладать вещью, воздѣйствовать на нее, проявляемаго виѣ, хотя бы въ устраненіи всѣхъ другихъ отъ такого же воздѣйствія на данную вещь. Что же касается вопроса, проявляется ли такое намѣренія въ личныхъ интересахъ или въ интересахъ другого,—это при установленіи отличія владѣнія отъ держанія—безразлично. Разъ намѣреніе обладать вещью у лица имѣется, самое отношеніе это охраняется правомъ; нѣтъ такого намѣренія,—нѣтъ и владѣнія“.

отъ своей собственности владѣніе и „передасть или уступить оное по договору, дарственной записи или другому какому либо акту».

Если я нанимаю прислугу въ свой домъ, или носильщика на вокзалѣ для переноски вещей на извозчика, сторожа къ амбару и т. д., веюду здѣсь я и не думаю предоставлять имъ владѣніе своими вещами, или уступать его по какому либо договору или акту, но лишь просто нанимаю или вообще поручаю другимъ лицамъ выполнение извѣстныхъ *услугъ* въ мою пользу; причемъ лица эти дѣйствуютъ какъ мои «длинные руки», какъ орудія, при помощи которыхъ я веду свою хозяйственную дѣятельность. Нѣтъ здѣсь возможности потому и говорить о владѣніи этихъ лицъ моими вещами, хотя бы даже онѣ находились въ ихъ непосредственномъ обладаніи. Такъ же точно, нельзя, напр., говорить о владѣніи ребенка часами съ цѣпочкой, данными ему мною для игры въ руки. Здѣсь самый ребенокъ служитъ мнѣ развлеченіемъ и утѣхой.

Своеобразную попытку примирить непримиримое сдѣлали Побѣдоносцевъ и за нимъ Анненковъ ¹⁾.

Признавая по нашему праву владѣніе лишь за тѣми лицами, которыя фактически господствуютъ надъ объектомъ *cum animo domini*, оба автора въ то же время даютъ владѣльческую защиту всякому держателю вещи, безразлично. Разъ признать ихъ ученіе, то необходимо приходится прийти къ тому заключенію, что законъ слѣдовательно не проводитъ различія между юридически защищаемымъ владѣніемъ (*poss. ad interdicta*) и держаніемъ (*detentio*); тогда становится излишнимъ установленное ими требованіе отъ владѣльца личности *animus a domini* ²⁾.

Что же такое является юридически защищаемымъ владѣніемъ по нашему праву?

Юридически охраняемымъ (поссессорными исками) владѣніемъ по нашему праву, думаемъ мы, является фактическое

¹⁾ Побѣдоносцевъ—Курсъ Гражд. Права I, 149, 168; Анненковъ—Система русск. гражд. пр. II 489—491, 576—577.

²⁾ Васильковскій—Учебникъ гражд. пр. II, стр. 41.

воздѣйствіе лица на объектъ въ цѣляхъ обладать имъ вполне или въ извѣстномъ лишь отношеніи. Основнымъ признакомъ владѣнія, въ отличіе отъ держанія вещи, не защищаемаго исками, является наличность у субъекта *намѣренія* обладать вещью, воздѣйствовать на нее, проявляемаго внѣ, хотя бы въ устраненіи всѣхъ другихъ отъ *такого же* воздѣйствія на данную вещь. Что же касается вопроса, проявляется ли такое намѣреніе въ личныхъ интересахъ или въ интересахъ другого—это при установленіи отличія владѣнія отъ держанія не имѣетъ значенія. Разъ намѣреніе обладать вещью у лица имѣется, въ чемъ бы это намѣреніе не выразилось—безразлично,—самое отношеніе такое охраняется правомъ; нѣтъ у лица такого намѣренія, нѣтъ возможности по объективнымъ даннымъ вывести заключенія о наличности его—тогда нѣтъ и владѣнія ¹⁾.

Въ виду сказаннаго слѣдуетъ у насъ считать возможнымъ пріобрѣтеніе владѣнія и такими лицами, которыя представляются неспособными пріобрѣтать собственность на владѣемое ими имущество. Установившееся при такихъ условіяхъ владѣніе, согласно ст. 531 т. X ч. 1, все таки будетъ пользоваться защитой отъ насилія и самоуправства. Такимъ образомъ возможно пріобрѣтеніе владѣнія лицами недѣеспособными или дѣеспособность которыхъ ограничена. Такъ возможно пріобрѣтеніе владѣнія недвижимостями для монастырей и церквей безъ Высочайшаго на то разрѣшенія. Равнымъ образомъ вполне допустимо *possessio duorum in solidum*; это особенно часто наблюдается въ случаяхъ такъ называемаго *перемежающагося* владѣнія, когда, напр., два лица арендуютъ общественный садъ—одинъ на зиму, для устройства въ немъ катка, другой—на лѣто для театра и гуляній. Законный владѣлецъ можетъ искаться о возстановленіи нарушеннаго владѣнія какъ противъ самого нарушителя (А), такъ равнымъ образомъ противъ третьяго лица (В), похитившаго его вещь отъ (А); но и нарушитель вла-

¹⁾ Ср. С. Никоновъ—Владѣніе по русскому праву—Словарь юрид. и государства. наукъ, изд. Волкова и Филипова т. IV, вып. 4-й, стр. 200-4 слѣд

дѣнія (А) самъ обладаетъ владѣльческою защитою противъ похитителя (В).

Все владѣльцы, подходящія подъ указанный нами выше критерій владѣнія, пользуются по дѣйствующему праву защитой владѣнія своего отъ насилій и самоуправства, какъ это указано ст. 531 т. X ч. I, св. законовъ. Въ общемъ того же возрѣнія придерживается и Правит. Сенатъ въ своей кассационной практикѣ, указывая, что искою о возстановленіи нарушеннаго владѣнія въ правѣ защищаться не только хозяинъ вещи, но и фактическій владѣлецъ (кассац. гражд. 1886 г. № 88; 1882 № 134 и др.), а равно пожизненный владѣлецъ, чиншевикъ, залогодержатель и т. д. даже незаконный владѣлецъ, присваивающій себѣ вещь (кассац. 1881 г. № 43; 1877 г. № 295; 1876 г. № 232).

Относительно владѣнія арендатора Сенатомъ постановлено, что послѣдній можетъ защищаться владѣльческими исками лишь противъ третьихъ лицъ, а не противъ своего хозяина (кассац. 1893 г. № 34; 1879 г. № 88, 99; 1877 г. № 22 и др.) или противъ арендатора того же собственника (кассац. 1879 г. № 182; 1878 г. № 160). Въмѣстѣ съ тѣмъ и собственникъ вещи признается Сенатомъ не имѣющимъ права предъявлять владѣльческіе иски противъ временныхъ владѣльцевъ его имуществомъ по договору (кассац. 1882 г. № 134; 1879 г. № 97, 98; 1877 г. № 179, 211; 1875 г. № 914 и мн. др.). Дѣйствительно, къ такимъ лицамъ владѣніе перешло отъ хозяина по договору, т. е. съ взаимнаго о томъ согласія обоихъ лицъ. Между тѣмъ по смыслу ст. 531 т. X ч. I, владѣльческіе иски даются лишь въ защиту противъ насилія или самоуправства, чего въ разсматриваемыхъ случаяхъ нѣтъ.

Въмѣстѣ съ тѣмъ, какъ замѣчаетъ Юреневъ (cit. стр. 21), возстановить нарушенное владѣніе значить—привести это владѣніе въ то положеніе, въ которомъ оно находилось непосредственно передъ нарушеніемъ; между тѣмъ хозяинъ, просящій объ отобраніи отъ нанимателя нанятаго имущества за прекращеніемъ силы наемнаго договора, вовсе не стремится къ возстановленію того владѣнія, которое предшествовало прекращенію силы этого договора, т. е. владѣнія

наемщика, а, напротив, домогается прекращенія этого владѣнія.

Запрещеніе поссессорныхъ исковъ собственниковъ противъ временныхъ владѣльцевъ ихъ имуществомъ по договору находить себѣ такимъ образомъ въ общемъ довольно удовлетворительное объясненіе въ толкованіи ст. 531 ¹⁾. Но совершенно ошибочнымъ представляется отказъ Сената въ защитѣ владѣльческими исками арендатора противъ насильственного или самоуправнаго захвата хозяиномъ арендованнаго имущества у послѣдняго. Здѣсь Сенатъ совершаетъ рѣзкое нарушеніе ст. 73 Уст. гражд. судопроизводства, по которой судъ возстановляетъ нарушенное владѣніе, не входя въ разсмотрѣніе права собственности на вещь. Безъ такого же разсмотрѣнія, очевидно, суду невозможно узнать, кто собственникъ вещи-истецъ или отвѣтчикъ. Между тѣмъ, согласно смыслу сенатской практики, отвѣтчику (собственнику—сполиатору) предоставляется теперь право на представленіе *exsertio domini* противъ иска сполиата—арендатора ²⁾.

Что касается того, кто можетъ быть отвѣтчикомъ въ поссессорномъ искѣ, то здѣсь, исходя изъ основной задачи иска о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, именно—возвратить отнятую вещь прежнему ея владѣльцу—должно а priori такимъ отвѣтчикомъ признавать прежде всего самого сполиатора. Но вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ вѣрно отмѣтилъ Юреневъ ³⁾, нарушителемъ владѣнія слѣдуетъ признавать и такое лицо, которое, не совершивъ непосредственно само отнятія владѣнія, пользуется однако послѣдствіями такого отнятія, владѣя, напяримѣръ, отнятыми самовольно вещами. На этомъ основаніи слѣдуетъ признать, что отвѣтчиками въ искахъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія можетъ быть не только тотъ, кто самовольно отнял вещь, (сполиаторъ), но и всѣ его универсальные и сингулярные преемники во

¹⁾ Ср. Фридштейнъ—cit. стр. 75.

²⁾ Ср. Васьковскій—cit. стр. 53; Фридштейнъ—cit. стр. 79 слѣд.

³⁾ Юреневъ—Искъ о защитѣ владѣнія по русскимъ законамъ Ж. Гр. Угол. Пр. 1875 г. кн. 2 стр. 12.

владѣніи послѣдней, и при томъ именно тѣ, кто изъ нихъ владѣеть вещью въ моментъ предъявленія иска.

Сенать въ этомъ отношеніи установилъ общимъ правиломъ, что посессорные иски предъявляются ко владѣльцу имущества, которымъ или въ пользу котораго допущено завладѣніе, хотя бы захватъ былъ учиненъ не имъ самимъ, а лицомъ, завѣдующимъ его имуществомъ или хозяйствомъ (кассац. 1893 г. № 47; 1878 г. № 194; 1875 г. № 309), или его предшественникомъ по владѣнію (кассац. 1882 г. № 139).

Содержаніе иска при этомъ направляется именно на возвращеніе захваченныхъ вещей обратно отъ владѣльца истцу *cum omni causa* (кассац. 1875 г. № 536); возвращенія понесенныхъ убытковъ споліать при этомъ можетъ искатель, но по *особому* дополнительному при томъ требованію (кассац. 1873 г. № 946).

Вопросъ о томъ, можетъ ли защищаться по нашему дѣйствующему праву владѣніе какъ движимымъ такъ и недвижимымъ имуществомъ, въ порядкѣ посессорномъ, является спорнымъ въ нашей литературѣ. Одни писатели полагаютъ, что по нашему праву недопустима защита владѣльческими исками движимостей ¹⁾. Другіе, напротивъ, утверждаютъ, что иски эти и въ настоящее время, какъ и до изданія судебныхъ уставовъ 1864 года, должны считаться допустимыми одинаково для защиты какъ имущества недвижимаго, такъ и движимаго ²⁾. Сенать до 1873 года придерживался послѣдняго мнѣнія ³⁾. Начиная однако съ 1873 г., сенатская практика рѣзко склонилась къ противоположной точкѣ зрѣнія, допустивъ такую защиту только въ отношеніи недвижимости ⁴⁾.

¹⁾ Таковы напр. Побѣдоносцевъ, — курсъ I, стр. 174; Поповъ — *cit.* Ж. Гр. Угол. Пр. 1874 г. кн. V стр. 86—94; Дювернуа — пособие къ лекціямъ, часть особ., вып. I, стр. 21, 22; Исаиченко — Гр. проц. I, 65 и др.

²⁾ Таковы напр., Малышевъ — Курсъ Гр. Суд. I, 151; Шершеневичъ — *cit.* стр. 222—223; Васьковскій — Учебникъ II, стр. 54; Анненковъ — *cit.* II, стр. 575—576; Юреневъ — *cit.* стр. 41—49; Фридштейнъ — *cit.* стр. 68—70 и др.

³⁾ Напр. Кассац. 1870 г. № 165, 1602, 1538.

⁴⁾ Рѣшен. кассац. 1890 г., № 128; 1895 г. № 113; 1875 г. № 26, 165; 1874 г. № 356; 1873 г. № 611, № 782.

Въ пользу этого послѣдняго мнѣнія приводятся обыкновенно слѣдующія соображенія: а) Уставъ гражд. суд. не указываетъ, чтобы искъ по 4 п. 29 ст. Уст. гр. судопр. относился также и къ движимости; б) Уст. гражд. суд. не опредѣляетъ подеудности для исковъ о возстановленіи владѣнія движимостью, а примѣненіе 34 ст. Уст. гр. суд. невозможно, ибо мѣсто нахождения движимости, по его измѣчливости, не можетъ служить признакомъ подеудности; в) наконецъ 534 ст. т. X ч. 1 постановляетъ, что «движимыя вещи почитаются собственностью того, кто ими владѣетъ, доколѣбъ противное не будетъ доказано»;—слѣдовательно, чтобы опровергнуть право наличнаго владѣльца, надо доказать, что не онъ—собственникъ данной движимости, для чего необходимо искъ о правѣ собственности, а не владѣльческій ¹⁾.

Противъ этихъ положеній можно выставить слѣдующія возраженія.

1) Прежде всего, какъ мы говорили уже выше, тѣ указы, которые приведены редакторами ст. 531 т. X ч. 1, какъ ея источники, говорятъ именно о возстановленіи владѣнія движимостями. (См. выше стр. 269 сл.).

2) Въ то же время и сами редакторы Уст. гражд. суд. при составленіи ст. 29 п. 4 Уст. гр. судопр., имѣли въ виду распространить этотъ законъ не только на недвижимое, но и на движимое имущество. По крайней мѣрѣ въ мотивахъ къ п. 4 ст. 29 Уст. гр. судопр. положительнымъ образомъ высказано въ этомъ отношеніи, что „мировой судья, въ дѣлахъ сего рода, не входя въ разсмотрѣніе самаго права на владѣніе, долженъ ограничиваться возвращеніемъ имущества тому, въ чьемъ владѣніи оно состояло, и при томъ безразлично, *относится-ли нарушеніе до движимаго или недвижимаго имѣнія*» ²⁾.

3) Какъ вѣрно замѣтилъ Фридрихъ (ср. стр. 68), по поводу ссылки на Уст. 34 ст. гражд. судопр., давать особую подеудность для исковъ о возстановленіи владѣнія движимостью не было никакой надобности: эти иски могли бы

¹⁾ Побѣдоносцевъ—Судебное руководство 1872 г. стр. 35.

²⁾ Судебн. уст. изд. Госуд. Канцеляріи 1866 г. стр. 44.

быть предъявлены тамъ, гдѣ вообще предъявляются иные искъ о движимости, т. е. по мѣсту жительства отвѣтчика.

4) Равнымъ образомъ и правило 531 ст. т. X ч. 1 говоритъ о защитѣ владѣнія отъ насилія и самоуправства вообще, не дѣлая различія вещей движимыхъ отъ недвижимыхъ, почему и мы не вправѣ дѣлать такого различія. Наконецъ, и ст. 691 т. X ч. 1, говоря о правѣ каждаго отыскивать свое имущество изъ чужаго неправильнаго владѣнія, одинаково не различаетъ движимостей отъ недвижимостей. И отсюда, конечно, возможно лишь только одно заключеніе, какъ и изъ ст. 531, что законъ говоритъ о защитѣ владѣнія какъ движимыми, такъ и недвижимыми имуществами— безразлично.

5) Что касается смысла ст. 534 т. X ч. 1 то изъ содержанія ея можно ввести лишь, что при спорѣ о *правѣ* на движимую вещь право собственности предполагается за лицомъ, во владѣніи котораго находится самая вещь, и противное должно быть доказано лицомъ заинтересованнымъ. Въ виду того, что владѣніе не есть право, а простое фактическое отношеніе, которое разсматривается и защищается безъ разсмотрѣнія вопроса о правѣ, ст. 534 ст. какъ опредѣляющая именно вопросъ о *правѣ собственности* на вещь, не можетъ имѣть примѣненія въ разсматриваемомъ здѣсь нами случаѣ. О правѣ собственности въ посессорномъ процессѣ, на основаніи ст. 73 Уст. гражд. судопр. нельзя даже и говорить. Здѣсь истецъ долженъ доказать лишь, что онъ владѣлъ данной вещью и что его владѣніе нарушено отвѣтчикомъ; при чемъ судъ обязанъ возстановить его владѣніе, хотя бы право собственности на спорную вещь дѣйствительно принадлежало отвѣтчику, а не только предполагалось лишь за нимъ по ст. 534 ¹⁾.

6) Наконецъ, какъ вѣрно замѣчаетъ Шершеневичъ (ст. стр. 223) защита владѣнія д. б. распространена на движимости и по соображеніямъ цѣлесообразности. Во многихъ случаяхъ примѣненіе посессорной защиты для движимостей

¹⁾ Ср. Васильковскій—Учебникъ II, стр. 54.

является несравненно болѣе необходимымъ въ виду трудности доказыванія права собственности; тогда какъ доказываніе права собственности на недвижимости облегчается очень часто наличностью актовъ укрѣпленія правъ. Примѣромъ здѣсь Шершеневичъ даетъ такой случай: весною на берегу Волги по ошибкѣ грузится чужая баржа; собственнику въ горячее время дорогъ каждый день, и онъ предпочтетъ доказывать передъ мѣстнымъ земскимъ начальникомъ свое владѣніе этою баржею, чѣмъ собирать доказательства своего права собственности на нее и ѣхать въ губернскойій городъ для предъявленія иска въ окружномъ судѣ.

Такимъ образомъ мы послѣ сказаннаго вправѣ утверждать, что существующая нынѣ практика Сената, не допускающая владѣльческихъ исковъ въ защиту движимостей, не оправдывается ни исторіей нашего дѣйствующаго законодательства о владѣніи, ни соображеніями редакторовъ Уст. гр. судопр., ни общимъ смысломъ относящихся сюда статей т. X ч. 1; почему представляется настоятельно необходимымъ поворотъ въ ней къ тому ученію о поссессорныхъ искахъ, какое уже высказывалось Сенатомъ въ его практикѣ до 1873 года.

Вопросъ о томъ, подлежатъ ли у насъ поссессорной защитѣ права, какъ равно и вообще могутъ ли права быть объектомъ владѣнія,—споренъ въ литературѣ. Большинство писателей не признаетъ возможности допустить у насъ владѣніе правами; причемъ они основываютъ это мнѣніе свое преимущественно а) на томъ соображеніи, что нашъ законъ говоритъ какъ о предметахъ владѣнія только о вещахъ тѣлесныхъ, и б) на томъ, что въ законахъ не упоминается о давности пользованія этими правами¹⁾.

Разсматривая эти два основныя положенія писателей, отвергающихъ возможность существованія у насъ владѣнія правами, мы не считаемъ ихъ убѣдительными. Первое изъ

¹⁾ См. Мейеръ—cit. 2-е изд. т. 2 ст. 16; Куницынъ—Право собственности по опредѣленію его въ Сводѣ законовъ—въ Журн. Мин. Юстиціи 1866 г. III, стр. 448; Поповъ—cit. Ж. Гражд. Угол. Права 1874 г. IV, стр. 128, Анненковъ—cit. стр. 514—517.

нихъ, именно что законъ нашъ признаетъ предметами владѣнія только вещи тѣлесныя, является простой *petitio principii*. Мало того, заявленіе такое прямо противорѣчитъ смыслу ст. 416—419 т. X ч. I, признающихъ въ составѣ имущества владѣльцевъ имущества долговныя, т. е. *res incorporales*.

Соображеніе, что законъ не признаетъ давности пользованія правами основаніемъ пріобрѣтенія пользователемъ самаго права на чужую вещь, можетъ служить убѣдительнымъ аргументомъ для отрицанія возможности владѣть правами въ томъ лишь случаѣ, если мы станемъ признавать владѣніе, согласно съ Ieringомъ, за предполагаемую собственность, и аналогично этому владѣніе правами за предполагаемое право на чужую вещь¹⁾.

Признавая однако владѣніе не правомъ а фактическимъ отношеніемъ, мы въ то же время, утверждаемъ, что такое отношеніе защищается по дѣйствующему праву не какъ предполагаемая собственность, а въ цѣляхъ защиты владѣльца отъ насилій и самоуправства. Вместе съ тѣмъ необходимо отмѣтить, что понятіе давностнаго владѣнія, какъ одного изъ способовъ пріобрѣтенія права собственности, не должно быть смѣшиваемо съ понятіемъ фактическаго владѣнія, защищаемаго исками отъ его нарушенія. Владѣніе *можетъ*, въ извѣстныхъ случаяхъ, и при извѣстныхъ условіяхъ, разсматриваться, какъ предполагаемая собственность; но изъ этого еще не слѣдуетъ, чтобы владѣніе *необходимо* служило основаніемъ пріобрѣтенія собственности, чтобы оно *непрерывно* разсматривалось и являлось предполагаемой собственностью. Давностное владѣніе, владѣніе, какъ предполагаемая собственность, по нашему праву являются лишь какъ бы членами одной обширной семьи—фактическаго владѣнія, защищаемаго посессорными исками. Примѣняя наше опредѣленіе понятія владѣнія къ случаямъ владѣнія правами, должно замѣтить, что владѣніе правами не является предполагаемымъ правомъ въ чужой вещи, а лишь простымъ фактическимъ осуществленіемъ содержанія извѣстнаго права въ

¹⁾ Ihering—Der Besitz—Ihering's Jahrbücher 1893, B. 32, 20 S. 89 fg.

чужой вещи, соединеннаго съ намѣреніемъ субъекта осуществлять его для себя или въ интересахъ другого. Наличие такого *animus*'а служитъ здѣсь критеріемъ владѣнія правами, въ отличіе отъ случаевъ «держанія правъ» (напр. прогулка по чужому лѣсу).

Что касается сенатской практики, то здѣсь Сенатъ прямо признаетъ, что предметами владѣнія м. б. не только вещи, но и права (Кассац. 1876 г. № 180; 1871 г. № 1219; 1889 г. № 40).

Согласно ст. 531 т. X ч. I. possessорные иски могутъ быть примѣняемы у насъ лишь въ случаяхъ, когда нарушение владѣнія состоялось путемъ примѣненія насилія или самоуправства (Кассац. 1898 г. № 42). При этомъ и теорія и сенатская практика самоуправство понимаютъ *lato sensu*, именно въ смыслѣ самовольства, о которомъ говорится въ ст. 528 т. X ч. I, т. е. допускаютъ possessорную защиту не только въ случаяхъ насильственного или самоуправнаго завладѣнія имуществомъ, но и въ случаяхъ просто самовольнаго завладѣнія имъ, т. е. только безъ согласія на то владѣльца, но безъ всякаго насилія противъ него ¹⁾. Поэтому нельзя считать нарушителемъ владѣнія того, кто вступилъ въ обладаніе имуществомъ, хотя и противъ воли на то владѣльца послѣдняго, но при содѣйствіи подлежащей судебной власти, напр., суда, межевого установленія или иного административнаго установленія ²⁾.

Равнымъ образомъ, въ виду отсутствія элемента самовольнаго завладѣнія, не допускаются possessорные иски въ случаяхъ перехода владѣнія къ другому лицу съ согласія или путемъ передачи вещей бывшимъ ихъ владѣльцемъ по какой бы то ни было причинѣ (продажа, отдача въ наемъ, раздѣлъ общаго имущества и т. п.). (См. выше стр. 285 сл.).

Другимъ условіемъ примѣненія possessорныхъ исковъ является шестимѣсячный срокъ. Именно, необходимо здѣсь,

¹⁾ См. Фриштейнъ—сѣ. стр. 61 слѣд. Анненковъ—сѣ. II стр. 608; кассац. 1902 г. № 52; 1898 г. № 42; 1890 г. № 128; 1883 г. № 24; 1879 г. № 226.

²⁾ Рѣшен. 1878 г. № 126, 175, 237; 1877 г. № 1, 2, 295; 1875 г. № 376, 561, 840, 890; 1872 г. № 65, 986; 1870 г. № 1320 и др.

чтобы истецъ до предъявленія иска въ надлежащемъ судѣ, и не далѣе какъ за 6 мѣсяцевъ до этого дня былъ вѣщенъ вполнѣ или отчасти изъ владѣнія имуществомъ, вѣдѣствіе захвата его или завладѣнія отвѣтчикомъ.

Въ нашей литературѣ споренъ вопросъ о значеніи этого срока, т. е. является-ли онъ погашающимъ possessорные иски давностнымъ ерокомъ (подобно тому какъ установленъ здѣсь напр. ст. 23 Code de procedure civile годичный срокъ нековой давности, или ст. 864 B.G. B. для Германіи), или простымъ ерокомъ, разграничивающимъ подсудность мировыхъ судовъ отъ судовъ общихъ, въ которыхъ possessорные иски м. б. предъявляемы и послѣ этихъ 6 мѣсяцевъ въ теченіи всего общаго 10-лѣтняго срока давности¹⁾. Сенатъ съ 1884 года рѣшительнымъ образомъ выступилъ въ защиту второго мнѣнія. Такъ въ кассац. рѣшен. отъ 1884 г. за № 33 мы читаемъ, что «по законамъ о судопроизводствѣ и взыскаціяхъ гражданскихъ, изложеннымъ въ ч. 2 т. X изд. 1876 года, иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія послѣ пропущенія срока, определеннаго на предъявленіе оныхъ въ полиціи, допускаются въ судебныхъ мѣстахъ. Это положительно доказывается содержаніемъ какъ вышеприведенной ст. 10 ч. 2 т. X, такъ и ст. 600 этой же части, изд. 1876 г... Точно также начатіе въ общихъ судебныхъ мѣстахъ дѣла о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, послѣ пропущенія срока на предъявленіе о томъ иска у мирового судьи допускается и Уст. гр. судопр. 1864 г. Въ ст. 202 Уст. гр. судопр. сказано, что окружнымъ судамъ подсудны все иски, неподлежащіе вѣдомству мировыхъ судей. Посему какъ вѣдомству мирового судьи подлежатъ иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, когда со времени нарушенія прошло не болѣе шести мѣсяцевъ, то изъ сего необходимо слѣдуетъ, что искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія,

¹⁾ Такъ Побѣдоносцевъ (Судебное руководство стр. 34, 35), считаетъ 6 мѣсячный срокъ давностью, погашающей possessорные иски, которые не м. б. предъявляемы въ окружныхъ судахъ. Противоположнаго мнѣнія Юреневъ—сіт. стр. 25 слѣд. Фридрихъ—сіт. стр. 83 слѣд. Энгельманъ—О давности стр. 506; Гольмстенъ—Учебникъ гражданск. судопроизв. изд. III, стр. 51.

когда такое нарушение послѣдовало болѣе чѣмъ за 6 мѣсяцевъ, подлежитъ разбору общихъ судебныхъ мѣстъ. Что такого рода иски не изъяты изъ вѣдомства общихъ судебныхъ мѣстъ, а напротивъ, подвѣдомы онымъ, въ извѣстномъ случаѣ (ст. 29 п. 4, Уст. гр. суд.), то подтверждается и другими статьями устава. Такъ въ ст. 213, помѣщенной въ той части устава, въ которой опредѣляется порядокъ производства владѣнія въ общихъ судебныхъ мѣстахъ, сказано:—*иски по нарушенію владѣнія недвижимымъ имуществомъ и о причиненныхъ сему имуществу убыткахъ и ущербахъ предъявляются по мѣсту нахождения сего имущества.* Очевидно, что если, съ истеченіемъ со времени нарушения владѣнія шестимѣсячнаго срока, утрачивалось бы всякое право на предъявленіе о семъ иска, то не предстояло бы надобности опредѣлять въ Уставѣ подсудность такого рода исковъ въ общихъ судебныхъ мѣстахъ. Статьями 1310 и 1312 Уст. гр. судопр. еще яснѣе доказывается, что наше законодательство ограничиваетъ иски о нарушенномъ владѣніи не шестимѣсячнымъ срокомъ, а земскою давностью. Въ этихъ статьяхъ, которыми опредѣляется подсудность дѣлъ между казною и частными лицами, сказано, что дѣла частныхъ лицъ съ казеннымъ управленіемъ о завладѣніи недвижимымъ имуществомъ или о нарушеніи владѣнія подсудны вѣдомству мировыхъ судей, когда со времени завладѣнія или нарушения владѣнія прошло не болѣе 6 мѣсяцевъ; по минованіи же этого срока дѣла о завладѣніи или нарушеніи владѣнія могутъ быть вчиняемы не иначе, какъ въ окружномъ судѣ, Наконецъ, и приложение къ ст. 694 (примѣчаніе) ч. 1 т. X, по прод. 1876 г. вполне опровергаетъ утвержденіе о томъ, что опредѣленный п. 4 ст. 29 Уст. гражд. судопр. шестимѣсячный срокъ имѣетъ значеніе давностнаго срока, съ истеченіемъ котораго прекращается, будто бы, всякое право на предъявленіе иска о нарушенномъ владѣніи. Въ п. 1 этого приложения сказано, что срокъ, опредѣленный для начатія иска о недвижимомъ или движимомъ имѣніи, есть десятилѣтній, и съ истеченіемъ этого срока право на искъ уничтожается. Случаи, въ которыхъ право на искъ прекращается въ сроки болѣе краткіе, чѣмъ десятилѣтній, въ под-

робности изложены въ законахъ, но въ нихъ нѣтъ указанія на то, чтобы на искъ о нарушенномъ владѣннн не распро-странялся опредѣленный означеннымъ пунктомъ десятилѣт-ный срокъ и что для этого рода исковъ существуетъ особый кратчайшнй срокъ».

Относительно самого порядка производства такихъ ис-ковъ о возстановленнн нарушеннаго владѣннн *недвижимостями* въ окружныхъ судахъ, имѣются ясныя указанія въ кассац. 1889 г. № 44.

Въ этомъ сенатскомъ рѣшеннн разъяснено, что при искѣ о возстановленнн нарушеннаго владѣннн, предъявленномъ въ общнхъ судебныхъ мѣстахъ, «общня судебныя установ-леннн, не будучн стѣснены закономъ, вправѣ входятъ въ обсу-жденнн по дѣламъ этого рода самыхъ правъ тяжущихся на спорное имущество, не должны ограничиваться установ-ленннмъ лишь факта, въ чьемъ дѣйствнтельномъ владѣннн имущество это находилось; но въ случаѣ предъявленнн отвѣтчикомъ спора о правѣ истца на имущество, возстановле-ннн владѣннн которымъ онъ отыскиваетъ, и о правахъ на оное самого отвѣтчика судъ не долженъ уклоняться отъ разрѣшеннн такого спора по представленнымъ сторонами дока-зательствамъ, такъ какъ однимъ формальнымъ возстановле-нннмъ владѣннн, *безъ опредѣленнн правъ тяжущихся на имущест-во*, не достигалась бы цѣль правосуднн, заключающаяся въ установленнн и укрѣпленнн правъ лицъ, обращающихся къ защитѣ суда, и тяжущнися безъ всякаго основаннн и надоб-ности обращались бы къ новому судебному производству для разрѣшеннн спора о правѣ ихъ на имущество. На осно-ваннн ст. 531 т. X ч. 1, всякое, даже и незаконное владѣннн охраняется правнтельствомъ отъ наснлнн и самоуправства, но лишь до толѣ, пока имущество не будетъ присуждено другому. Въ обязанность же суда именно и входитъ опре-дѣлнть, должно-ли быть имущество присуждено другому по иведеннымъ имъ доказательствамъ *его правъ*» 1).

Смысль приведенныхъ толкованнн Сената вполне ясенъ. А именно, споры о владѣннн недвижимымъ имуществомъ

1) См. еще рѣшен. 1882 г. № 149 1884 г. № 33.

могутъ быть возбуждаемы и по истеченіи шестимѣсячнаго срока (считая со времени нарушенія владѣнія), но лишь въ общихъ (окружныхъ) судахъ. Но при этомъ, въ случаѣ возбужденія владѣльческаго иска въ окружномъ судѣ, здѣсь разбирается вопросъ не о фактѣ насилія или самоуправства, равнымъ образомъ не устанавливается ни допустимости *exsertio domini* въ поссессорномъ искѣ (какъ ошибочно толкуеть это рѣшеніе Фридрихейнъ—*cit. стр. 82*) ни *coloratio possessionis*; напротивъ, Сенатъ точно и ясно опредѣляетъ, что въ окружныхъ судахъ при разборѣ владѣльческихъ исковъ дѣло должно быть направлено именно на выясненіе вопроса о *правѣ владѣнія* тяжущихся спорною вещью, о томъ титулѣ, на которомъ основано владѣніе тяжущагося ¹⁾.

Другими словами, какъ уже отметили это редакторы проекта нашего будущаго Уст. гражд. судопр., «срокъ, указанный въ 4 п. ст. 29 уст. гражд. судопр., имѣетъ значеніе не разграниченія подсудности, а опредѣляетъ тотъ промежутокъ времени, по истеченіи котораго прекращается вообще право на предъявленіе владѣльческаго иска и наступаетъ необходимость заявить искъ о правѣ владѣнія» ²⁾.

При разборѣ владѣльческихъ исковъ въ мировыхъ судахъ (у земскихъ начальниковъ и город. судей) вопросъ о правѣ владѣнія совершенно исключается; *exsertio domini* здѣсь наше право не допускаетъ. «По дѣламъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія» — читаемъ мы въ ст. 73 Уст. гражд. судопр., — мировой судья не входитъ въ разсмотрѣніе документовъ, удостоверяющихъ право собственности на недвижимое имѣніе, но лишь возстановляетъ нарушенное владѣніе» ³⁾.

¹⁾ Ср. Нефедьевъ—Учебникъ русск. гражд. судопр. выш. I. стр. 80; Кассо—Русское поземельное право стр. 63.

²⁾ Высочайше учрежденная коммисія для пересмотра законоположеній по судебной части. — Объяснительная записка къ проекту новой редакціи Уст. гражд. судопр. т. III, ч. I, стр. 33.

³⁾ Ср. ст. 49 разд. II. Правила о прозв. суд. дѣлъ, подвѣдом. зем. нач. и гор. суд.—«По дѣламъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія земскій начальникъ или городской судья не входитъ въ разсмотрѣніе вопроса о правѣ собственности на недвижимое имѣніе, но лишь возстановляетъ нарушенное владѣніе».

Какъ вѣрно указалъ г. Фридрихъ (cit. стр. 53), смыслъ ст. 73 тотъ, что мировой судья не вправе входить въ разсмотрѣніе не только документовъ, удостоверяющихъ *право собственности* на недвижимое имущество, но и документовъ, удостоверяющихъ вообще *право на владѣніе* недвижимостью, утвержденное на формальномъ актѣ. Этотъ выводъ неизбежно слѣдуетъ изъ 1 п. ст. 31 Уст. гражд. судопр. Того же мнѣнія постоянно придерживается и Сенатъ въ своей кассационной практикѣ, указывая, что при разсмотрѣніи посессорныхъ исковъ мировой судья обязанъ удостовѣриться, у кого предметъ иска состоялъ въ действительномъ владѣніи, и о времени, съ котораго такое владѣніе продолжается, и затѣмъ, безъ всякаго разсмотрѣнія правъ сторонъ, рѣшить, у кого изъ тяжущихся должно оставаться во владѣніи спорное имущество. Если же противъ посессорнаго иска отвѣтчикъ противопоставляетъ свое *право на владѣніе* спорнымъ предметомъ, то мировой судья обязанъ, рѣшивъ искъ по существу, отклониться отъ разсмотрѣнія права отвѣтчика на владѣніе ¹⁾.

Однако такое исключеніе *exceptio domini* при владѣльческихъ искахъ нашего права не слѣдуетъ толковать ²⁾ въ томъ смыслѣ, что при посессорныхъ искахъ (по ст. 29 п. 4 Уст. гражд. судопр.) совершенно устраняется представленіе письменныхъ доказательствъ въ подтвержденіе *факта* владѣнія. Совершенно вѣрно отмѣтилъ Сенатъ въ этомъ отношеніи, что когда документы представлены въ посессорномъ процесѣ въ цѣляхъ удостовѣренія самаго факта владѣнія, или же факта добровольной, съ согласія истца, передачи вещи во владѣніе противной стороны, а не для доказательства права собственности или вообще права на владѣніе, то въ такихъ случаяхъ судъ *обязанъ* разсмотрѣть представлен-

¹⁾ Кассац. 1875 г. № 532; 1898 г. № 42; 1896 г. № 130; 1880 г. № 284; 1871 г. № 1109 и др.

²⁾ Какъ это дѣлаетъ, напр., Побѣдоносцевъ—Курсъ гражд. прав. изд. 4 т. 1, стр. 186²—170.

ные документы и принять ихъ во вниманіе при рѣшеніи поссессорнаго иска. 1).

Нѣкоторые юристы признають по нашему праву допустимой *exceptio vitiosae possessionis* при искахъ о владѣніи. Такъ Малышевъ пишетъ, что «незаконное владѣніе, основанное на захватѣ имущества отвѣтчика, охраняется мировымъ судьей только тогда, когда оно продолжалось болѣе 6 мѣсяцевъ, или же, когда отвѣтчикъ не заявитъ противъ него спора и не докажетъ своихъ правъ на возстановленіе владѣнія» 2).

Ученіе такое однако не находитъ ни малѣйшей поддержки въ нашемъ законодательствѣ. Напротивъ ст. 531 т. X ч. I положительнымъ образомъ признаетъ «*всякое, даже и незаконное владѣніе*» подлежащимъ поссессорной защитѣ отъ насилій и самоуправствъ, безразлично со стороны кого-либо совершенныхъ. Что же касается шестимѣсячнаго срока въ п. 4 ст. 29 уст. гражд. судопр., то имъ опредѣляется лишь срокъ подеудности владѣльческихъ исковъ мировымъ судамъ. 3) И нигдѣ мы не находимъ здѣсь правила, которымъ, подобно ст. 861 Герм. гражд. уложенія или art. 23 *Code de procedure civile*, устанавливался бы срокъ, лишь по истеченіи котораго давалась бы возможность „порочному“ владѣльцу защищаться поссессорными исками въ своемъ владѣніи. Вмѣстѣ съ тѣмъ замѣчаніе, что отвѣтчикъ самъ можетъ предъявить свой владѣльческій искъ противъ истца, если послѣдній нарушилъ его владѣніе ранѣе 6 мѣсяцевъ,—не имѣетъ практическаго значенія. Совершенно правильно указываетъ въ этомъ отношеніи Фридриштейнъ (*cit. стр. 59—60*), что нельзя же предъявлять искъ о возстановленіи владѣнія *противъ того, кто уже болѣе не владѣетъ* спорнымъ имуществомъ, а самъ отыскиваетъ это имущество изъ самовольнаго владѣнія отвѣтчика 4).

1) Кассац. 1875 г. № 51; 1875 г. № 49. 1885 г. № 113; 1874 г. № 142. № 344; того же мнѣнія Малышевъ—*cit. I, 155*; Анненковъ—*cit. II, 586*. Фридриштейнъ—*cit. стр. 57*.

2) Малышевъ—Курсъ гражд. судопр. I. стр. 149.

3) Ср. касс. рѣшен. 1894 г. № 79.

4) Ср. Кассо—Русское поземельное право стр. 63.

Выводомъ изъ всего сказаннаго нами выше можно установить слѣдующія основныя начала нашего иска о возстановленіи нарушеннаго владѣнія.

1) По дѣйствующему праву защищается всякое даже незаконное владѣніе отъ насилія и самоуправства; причемъ *exceptio domini* и *exc. vitiosae possessionis* не имѣютъ мѣста.

2) Иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія имѣютъ мѣсто только въ случаѣ *spolium'a*, понимая этотъ терминъ въ смыслѣ всякаго неправомѣрнаго (самовольнаго) отнятія у другого лица владѣнія, хотя бы и безъ насилія.

3) Содержаніемъ своимъ искъ направляется исключительно на возстановленіе нарушеннаго владѣнія, причемъ отвѣтчикомъ по нему м. б. лишь фактически владѣющей спорной вещи въ моментъ предъявленія иска, добро—или недобросовѣстный владѣлец—безразлично; деликтнаго характера за владѣтельскими исками у насъ не признается.

4) Дается искъ этотъ въ защиту отъ *spolium'a* не только вещей недвижимыхъ, но рано движимостей и правъ.

5) Иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія ведутся строго посессорнымъ порядкомъ, причемъ въ нихъ совершенно исключается вопросъ о *правѣ владѣнія*.

6) Погасительная давность для владѣльческихъ исковъ—шесть мѣсяцевъ. По истеченіи этого срока м. б. возбуждаемы иски въ окружномъ судѣ для недвижимостей, но уже о *правѣ владѣнія* ими.

7) Защищаются при помощи разсматриваемаго иска не только владѣльцы *cum animo rem sibi habendi* (*possessores*), но равно и лица, получившія вещь отъ хозяина во временное владѣніе и пользованіе (держатели).

Другими словами, и въ отношеніи дѣйствующаго права приходится установить то же поразительное сходство, во многихъ основныхъ чертахъ, нашего посессорнаго процесса съ канонической *actio spolii*, какъ это было установлено нами относительно нашего дореформеннаго процесса.

Очевидно, существующія юридическія и социальныя условія русской жизни не настолько еще въ настоящее время измѣнились, сравнительно съ 18—19 вѣками, чтобы законодатель не стремился къ настоящему проведенію въ пос-

сессорномъ процессѣ старого правила время господства кулачнаго права—*spoliatus ante omnia restituendus*, какъ залога возможности мирнаго культурнаго развитія общественной жизни ¹⁾.

¹⁾ Ср. ст. 140 Проекта гражданского уложения кн. III т. 1-й.—„Всякое даже незаконное владѣніе охраняется закономъ отъ самовольнаго нарушенія, пока это владѣніе не будетъ прекращено надлежащимъ по закону распоряженіемъ о передачѣ имущества отъ владѣющаго имъ другому лицу“, ср. *ibid.* ст. 141, слѣд.

О П Е Ч А Т К И.

Страница.	Строка.		Напечатано.	Слѣдуетъ читать.
	Сверху.	Снизу.		
7	13	—	п.	№
9	—	14	движимости	недвижимости
11	—	19	насилъника	противъ насилъника
15	—	4	имѣтся	имѣется
15	—	5	тѣтъ	тѣмъ
25	—	19	Кодексъ	Кодексъ
30	10	—	о томъ	о томъ,
32	3	—	acto	actio
32	15	—	на	не
35	2—3	—	Собетвеникъ	Собственники
35	14	—	Матерьяломъ	матерьяломъ
41	2—3	—	Теодорира	Теодориха
42	10	—	iuliae	Juliae
48	10	—	основывалось	основывалась
62	—	—	conatus est“	conatus est“ См. Hu- berti—cit. S. 395.
62	—	6	1 стр. 4—1	1 cap. 4.
111	13	—	restituendus	restituendus
115	—	1	сех.	ехс.
116	—	4	substantia	substantia
116	—	13	придерживалась	придерживались
123	—	6	excerptio spolio	excerptio spoliū
157	—	11	реципироваль	реципироваль
181	—	2	Quaesiones	Quaestiones
203	2	—	кадексъ	кодексъ
205	—	3	давался	дается
225	12	—	являетсяся	являютсяся
226	—	4	Clarondas	Charondas
231	—	4	видъ	видъ,
232	—	11	§ 2	§ 2)
232	—	18	постановила	постановили
243	9	—	(Bruns)—cit. S. 396	(Bruns—cit. S. 396).
243	—	6	учебныхъ	учебникахъ
243	—	6	иска и	и
243	—	9	измѣненія	измѣненіе
243	5	—	вещей,	вещей
274	--	3	собственности	собственность
285	17	—	не	не