**ИСТОРИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА В РИМСКОМ ПРАВЕ**

**ПОНЯТИЕ И ВИДЫ ВЕЩНЫХ ПРАВ**

Одну из основных задач гражданского права составляет распределение имущественных благ, то есть прежде всего вещей, находящихся в обладании данного общества, между отдельными его членами. Средством такого распределения является предоставление этим последним субъективных вещных прав.

Соответственно этой функции, всякое вещное право представляет некоторую непосредственную юридическую связь лица с вещью – jus in rem: вещь принадлежит данному лицу, и все другие члены данного общества обязаны признавать эту связь принадлежности и не нарушать ее своими действиями. Вследствие этого всякое вещное право имеет характер абсолютного права в том смысле, что оно адресовано ко всем и будет в случае нарушения защищаться против всех. В чьи бы руки моя вещь ни попала, я могу ее потребовать к себе на том только основании, что эта вещь – моя, что она предоставлена мне правопорядком.

Противоположность вещному праву, как праву абсолютному, представляет обязательственное право, как право относительное. Обязательственное требование адресуется только к одному лицу – должнику, и потому является не jus in rem, a jus in personam; только это лицо может нарушить право кредитора (не заплатив долга и т. д.) и потому только против этого определенного лица может понадобиться защита (actio in personam).

Различие между вещным и обязательственным правом ярче всего выступает в тех случаях, когда предметом обязательства является также какая-нибудь определенная вещь: например, я продал вам такую-то лошадь. Договор продажи сам по себе еще не дает покупщику вещного права собственности, а лишь создает в его лице обязательственное право требовать от продавца передачи вещи. Если, несмотря на это, продавец продает ту же вещь другому лицу и передаст ее ему, то первый покупщик будет иметь право требовать от продавца возмещения своих убытков от неисполнения договора; на самую же вещь он никаких прав не имеет, ибо вещного права, непосредственной юридической связи с нею, простой обязательственный договор не устанавливает: он связывает лицо с лицом, но не лицо с вещью. Для установления этой последней – вещно-правовой – связи необходим особый акт передачи (traditio).

Вещное право предоставляет лицу юридическое господство над вещью; но самое господство это может быть различной степени и различного содержания, вследствие чего и вещные права не одинаковы.

а) Основное вещное право есть право собственности: оно предоставляет собственнику в принципе полную власть над вещью. Собственник имеет право владеть вещью, пользоваться ею, как ему угодно (jus utendi et abutendi), и распоряжаться ею (jus disponendi – право продавать, закладывать и т. д.). Но собственность есть полная, абсолютная власть только в принципе: государство может наложить на собственника известные ограничения, и действительно всегда, в любой исторический момент, те или другие ограничения в большей или меньшей степени имеются (ограничения в интересах соседей и в интересах общего блага); вследствие этого собственность фактически никогда абсолютно полной не бывает. Может даже случиться, что в силу тех или других распоряжений в руках данного собственника не будет ни права владения, ни права пользования, ни права распоряжения; собственность в таком случае превращается в nuda proprietas (например, мне принадлежит майоратное имение, которым распоряжаться собственник вообще не может; но, сверх того, предыдущим майоратным собственником оно завещано в пожизненное владение своей вдове: пока она жива, я никакой выгоды от своего огромного имения не имею). Тем не менее, она не есть нуль: с отпадением ограничений (смерть вдовы, отмена ограничений законом) собственность сама собою восстанавливается. Это присущее праву собственности стремление восстановиться во всей своей полноте, выпрямиться во весь свой рост, называется принципом эластичности права собственности.

b) Но, кроме права собственности, возможны вещные права ограниченного содержания или вещные права на чужую вещь – jura in re aliena. Вещь принадлежит на праве собственности одному, но другое лицо имеет на нее такое же непосредственное, следовательно, вещное, право, лишь ограниченное по своему содержанию. Эти jura in re aliena, в свою очередь, распадаются на две группы:

1) Первую группу составляют вещные права пользования чужой вещью. Сюда относятся, главным образом, так называемые сервитуты. Одни из них предоставляют пользование чужой вещью известному определенному лицу; таково, например, право пожизненного пользования (ususfructus): пока это определенное лицо существует, оно может пользоваться вещью, и соответственное право собственника на это время замирает. Сервитуты этого рода, как связанные с определенным лицом, называются сервитутами личными – servitutes personarum (вещь служит лицу). Другие сервитуты предоставляют право пользования не данному (именем) определенному лицу, а всякому, кто окажется в положении собственника какой-либо другой вещи: например, я предоставляю право проезда через мое имение к железной дороге, к реке и т.д. всякому собственнику другого, соседнего имения, которое в таком проезде нуждается. Экономически в случаях этого рода одно имение служит хозяйственным нуждам другого, почему первое называется praedium serviens, второе – praedium dominans, а самые сервитуты называются сервитутами предиальными или вещными – servitutes praediorum. Юридически же субъектом права проезда будет каждый данный собственник господствующего имения (praedium dominans): переход этого имения из рук в руки (путем наследования, продажи и т.д.) eo ipso приведет к перемене и лица, на пользование управомоченного. Сервитуты предиальные, в свою очередь, разделяются на сервитуты городские и сельские – servitutes praediorum urbanorum и servitutes praediorum rusticorum. Основанием для такого деления является хозяйственное назначение praedium dominans: если оно предназначено для сельскохозяйственной культуры, то сервитут, установленный в целях этой культуры, будет сервитут сельский; если же praedium dominans представляет участок для жилья, строение, то сервитут будет сервитутом городским.

Но всякий сервитут – личный и предиальный – есть вещное право на чужую вещь, ибо всякий сервитут создает, хотя и ограниченное, но непосредственное господство над вещью. В чьи бы руки служащая вещь ни перешла, она все время будет подлежать этому господству, причем это господство не зависит от воли каждого собственника ее. Этим сервитут отличается от различных обязательственных отношений, предоставляющих также нередко право пользования чужой вещью. Так, например, если я сдам вам мое имение в аренду, вы получите право пользоваться им, но это ваше право есть только личное право по отношению ко мне; если затем я это имение продам другому лицу, это лицо может не согласиться на вашу аренду и выселить вас; вы будете иметь только право требовать от меня ваших убытков. Иное дело, если ваше пользование покоится на сервитуте: пожизненного владельца, например, продажа имения, совершенная собственником, нисколько не затрагивает; его право будет обладать полною силой и против всякого нового собственника.

2) Вторую группу jura in re aliena составляют вещные права на распоряжение чужой вещью. Таково закладное или залоговое право. Сущность его состоит в том, что кредитор, которому вещь заложена, имеет право при неуплате долга продать эту вещь для своего удовлетворения, то есть распорядиться ею. Закладное право есть также вещное право на чужую вещь: вещь остается в собственности должника, ее заложившего; но кредитор имеет право вытребовать ее от всякого, в чьих руках она окажется, для того, чтобы ее затем продать: позднейший переход вещи путем продажи и т.д. прав кредитора нисколько не затрагивает – его право идет за вещью.

Таковы основные типы вещно-правовых отношений. Но все эти типы не были даны человечеству готовыми: они также вырабатывались в истории путем медленного и часто трудного процесса. И здесь римское право шло впереди и расчищало путь.

Как и во всех других областях, так и в области вещного права римская история представляет комбинацию двух пластов: глубоко внизу залегает пласт институтов старого цивильного права; мало-помалу над ним образуется слой институтов преторского права. Но образование этого последнего слоя не уничтожает вовсе первого; долгое время мы наблюдаем совместное существование обеих пород, переплетающихся друг с другом иногда самым причудливым образом. И лишь позднейшее право (классическое и послеклассическое) производит необходимую работу объединения и упрощения.

**ИНСТИТУТЫ ЦИВИЛЬНОГО ПРАВА. ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ. РАЗВИТИЕ ПОНЯТИЯ DOMINIUM EX JURE QUIRITIUM**

Институт частной собственности, обозначавшийся впоследствии термином dominium или proprietas, существует со всеми своими основными чертами уже в старом цивильном праве, и римские юристы рассматривают его, как институт исконный. Между тем в древнейшей истории мы встречает некоторые разрозненные явления (деление вещей на res mancipi и nec mancipi, воспоминание о различии familia и pecunia и т. д.), которые – особенно в связи с данными истории других народов – заставляют думать, что и в Риме частная собственность установилась не сразу, что ее установлению предшествовал долгий период подготовки и выработки этого понятия. Но, разумеется, относительно этого доисторического периода римской собственности мы можем делать только более или менее вероятные предположения.

Чувство частной, индивидуальной принадлежности вещей (зародыш позднейшего права собственности) появляется впервые, без сомнения, по отношению к вещам движимым; как мы уже видели, недвижимость (земля) первоначально находится в таком или ином коллективном обладании. Убитая тем или другим лицом дичь, выловленная рыба, созданное трудом оружие естественно рассматривается как вещь, принадлежащая тому, кто ее добыл или создал. Сознание "эта вещь моя" возникает здесь просто и психологически неизбежно. Также естественно, что человек будет защищать свою вещь от покушений со стороны других и будет стараться вернуть ее собственной силой, если ею кто-либо уже завладел. Однако, это чувство принадлежности движимых вещей, как показывает опыт истории, долгое время еще не имеет юридического характера права собственности в таком виде, как она известна праву более развитому. Если моею вещью владеет другое лицо и если я требую мою вещь от него, то в старом (например, древнегерманском) праве это мое требование юридически опирается не на то, что это вещь моя, а на то, что она была у меня украдена, отнята и т. д. и что владелец или сам виновник этого преступления, или косвенно (тем, что владеет похищенной у меня вещью) является его участником. Не столько право истца на вещь, сколько деликт ответчика служит основанием иска.

По-видимому, так же было и в древнейшем римском праве: право на движимые вещи защищалось при помощи деликтных исков (главным образом, actio furti); присущий праву собственности, как таковому, иск – rei vindicatio – к движимым вещам или вовсе не применялся (как думают одни – например, Жирар) или же, если применялся, то не был иском о собственности, а также имел деликтный характер (как думают другие – например, Майр). Право на движимые вещи на этой стадии еще не имело свойства прочной юридической связи между лицом и вещью, связи, которая уже сама по себе могла бы служить основанием иска.

Иначе складывались отношения к недвижимостям. Когда представление об общем праве на землю всего народа, а затем и отдельных gentes постепенно стерлось, принадлежность того или другого участка стала связываться с сидящей на нем семьей – familia (семейная собственность). Участок принадлежит семье, как таковой, в лице ее главы и представителя – домовладыки. Но принадлежность эта проникнута особым характером: распределение земли между отдельными родами и семьями покоится в идее не на таком или ином акте частного лица, а на воле всего народа, является выражением некоторого общегосударственного, публичного порядка. Участок земли принадлежит данному домовладыке как члену общины, как гражданину, quiris; как было уже указано, даже самый участок - "fundus" – был в то время не столько определенной частью территории, сколько количественной долей данной семьи в общем земельном владении – "жеребьем". Право гражданина на такой "жеребий", вытекающее из его положения как члена общины и всецело проникнутое публично-правовым характером, и есть, вероятно, то, что в древнейшее время обозначалось выражением "ex jure Quiritium". "Fundus meus est ex jure Quiritium" – значит: "участок – мой в силу моего права гражданства, в силу публичного порядка распределения земли между членами общины".

При таких условиях понятно, что участок земли, отведенный данной семье, должен оставаться в ее владении, пока существующее распределение не будет изменено каким-либо новым публичным актом (например, переделом). Если же им завладеет кто-либо другой, то домовладыка может потребовать его возвращения независимо от того, каким образом – добросовестно или недобросовестно – нынешний владелец стал владельцем: дело будет идти не об устранении последствий частного деликта, а о восстановлении общинного порядка земельного распределения. Таким образом, здесь впервые возникает представление о некоторой непременной юридической связи лица с вещью – первый и наиболее существенный элемент права собственности. В связи с этим, вероятно, именно здесь зародилась rei vindicatio с ее торжественным заявлением "hunc fundum ex jure Quiritium meum esse aio, – и, быть может даже, именно здесь впервые проявилось вмешательство государственной власти в частные споры, выразившееся в запрещении физической борьбы ("mittite ambo rem").

Но право на недвижимости, имея один из существенных элементов собственности, долго еще не имело другого – свободы распоряжения. Участок земли, как сказано, усваивался не домовладыке, как таковому, а всей семье: он был ее неотъемлемой принадлежностью, ее материальным базисом. Неограниченный в своей власти по отношению к членам своей семьи и к продуктам их труда (движимые вещи), домовладыка в то же время не мог распорядиться семейным участком так, чтобы он ушел от семьи – не мог его продать, подарить и т.д. Акт его частной воли не мог изменить публичного порядка.

С течением времени, однако, оба указанные рукава постепенно сближаются. С одной стороны, публично-правовой характер права на недвижимости и идея семейной собственности стираются: домовладыка приобретает и по отношению к земле свободу распоряжения. С другой стороны, на движимости переносится виндикационный принцип: они начинают защищаться не на деликтном только основании, а на основании их принадлежности такому-то лицу. Jus Quiritium утрачивает значение публичного права и начинает употребляться для обозначения права собственности вообще.

Процесс этого постепенного слияния обоих рукавов и выработки единого понятия dominium ex jure Quiritium, разумеется, во всей своей исторической конкретности скрыт от нас. Но он оставил свои следы в некоторых переживаниях.

С одной стороны, мы имеем в источниках смутные намеки, свидетельствующие о том, что имущество в отдаленную эпоху распадалось на два комплекса, обозначавшиеся выражениями familia и pecunia. Законы XII таблиц, например, регулируя наследование, говорят то о familia, то о pecunia; равным образом, только о pecunia идет речь в положении тех же законов XII таблиц относительно опеки над безумными. Как бы смутны ни были эти намеки, во всяком случае сопоставление их свидетельствует о том, что одни из имущественных объектов в древнейшее время теснее были связаны с семьей (familia) и допускали меньшую свободу распоряжения, чем другие (pecunia). Какие объекты относились к одной категории, какие к другой, – этого мы из самых терминов familia и pecunia вывести не можем; но на помощь здесь приходит другой, уже более известный, исторический факт.

Цивильное право делит все имущественные объекты на res mancipi и nec mancipi. По определению классических юристов (Ulpiani reg. 19. 1), к числу res mancipi относятся земли в Италии (praedia in Italio solo – fundus и domus), затем некоторые из предиальных сервитутов (via, iter, actus, aquaeductus) и, наконец, рабы и рабочий скот (servi et quadrupedes, quae dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini). Все остальные вещи суть res nec mancipi.

Основное значение этого различия для позднейшего цивильного права заключалось в том, что в то время, как res nec mancipi могли переходить из рук в руки путем простой бесформальной передачи, traditio, для перенесения права собственности на res mancipi необходим был формальный акт mancipatio (к которому присоединилась затем также формальная in jure cessio – Gai. II. 18 и сл.).

Перечисление вещей, входящих в категорию res mancipi, показывает, что это как раз те вещи, которые составляют основу земледельческого крестьянского хозяйства: участок земли и необходимый рабочий инвентарь. Без этого последнего самый земельный участок, на котором сидит крестьянская семья, будет мертвым капиталом, и семья будет лишена возможности хозяйственного существования; известно, например, что у наших крестьян потеря рабочей лошади является обыкновенно началом полного разорения.

Все это заставляет сближать деление вещей на res mancipi и nec mancipi с делением на familia и pecunia и усматривать в первом лишь ослабленный отголосок второго. Весьма вероятно, что в отмеченном выше процессе постепенного распространения понятия dominium ex jure Quiritium на движимые вещи первыми, на которых это понятие было распространено, явились именно рабы и рабочий скот: служа необходимым условием нормального хозяйственного существования семьи, они, вместе с fundus и domus, стали обозначаться и термином familia. Первоначальная неотчуждаемость земельного участка с течением времени отпала, но желание оградить интересы семьи сказывается еще в том, что для отчуждения вещей, входящих в состав familia, требуется соблюдение известной торжественной публичной формы. К тому же, с установлением ценза именно эти вещи имеют главное значение для определения имущественного положения гражданина (res censui censendo); вследствие этого было желательно, чтобы переход из рук в руки совершался формально и гласно. Таким образом, старое воззрение и новые условия встретились и преобразовали прежнее деление на familia и pecunia в новое – на res mancipi и nec mancipi.

За исключением этого, никаких других различий между вещами по отношению к понятию права собственности в цивильном праве исторической эпохи не существует: собственность уже едина – как по своему содержанию, так и по способам своей защиты.

Но несмотря на свой уже бесспорно частный характер, квиритская собственность все же еще сохраняет некоторые следы своего прежнего публично-правового значения. Так, субъектом ее может быть только римский гражданин или те из иностранцев, которым даровано jus commercii; перегрины не могут иметь квиритского права на вещь. Правда, с течением времени, как известно, и перегрины получили защиту, вследствие чего принадлежащие им вещи стали охранятся нормами jus gentium аналогично праву собственности; но право перегрина на вещь не есть квиритская собственность. Вследствие этого рядом с системой цивильных или квиритских вещных прав в Риме мало-помалу появилась особая система перегринских прав – особая перегринская собственность и т.д.

С другой стороны, истинное jus Quiritium могло быть только на земли, входящие в состав римской территории в полном смысле слова, то есть с распространением гражданства на всю Италию, – только на praedia in Italico solo. Земли провинциальные объектом частного квиритского права даже для римских граждан быть не могли: они рассматривались, как общее достояние всего римского народа, причем владение отдельных лиц теми или другими участками провинциальной земли характеризовалось не как dominium, а как possessio. В то время как эти провинциальные possessiones были обложены податью, квиритская собственность на praedia Italica в период республики была от всяких налогов свободна, вследствие чего свобода от податей в то время рассматривалась, как неотъемлемое качество самого права квиритской собственности. Хотя таким образом владение провинциальными землями теоретически не было настоящей собственностью, но практически оно, конечно, провинциальными судами охранялось, как собственность, вследствие чего с появлением провинций возникла новая юридическая категория – собственность провинциальная, со своими особыми нормами и особыми средствами охраны.

Как мы знаем, собственность, тяготея в принципе к своей полноте и неограниченности, в действительности положительным предписанием закона может быть ограничена в том или другом отношении, как в интересах общего блага, так и в интересах мирного соседского сожительства. Таким ограничениям подвержена и квиритская собственность уже в старом цивильном праве, причем эти ограничения установлены в интересах соседей. Городской характер древнеримского поселения и естественная при этом скученность жилищ делает это явление понятным.

Уже законам XII таблиц известен целый ряд подобных ограничений. Важнейшие из них состоят в следующем: а) Собственник обязан оставлять по своей меже свободной (для прохода, проезда, поворота плуга) полосу земли в 2 1/2 фута – так называемую ambitus. b) Собственник обязан терпеть ветви, перевешивающиеся с дерева соседа, если они находятся на высоте не менее 15 футов. c) Собственник должен допускать соседа на свой участок через день (tertio quoque die) для собирания плодов, упавших с его дерева. d) Собственник не должен изменять искусственными сооружениями естественного стока дождевой воды; против таких сооружений дается особый иск – actio aquae pluviae arcendae.

Все эти ограничения характерны для мелких хозяйств эпохи законов XII таблиц. С течением времени к ним присоединились другие – например, правило об immissiones: никто не обязан терпеть исходящего от соседнего участка дыма, запаха, шума и т. д., если все эти явления выходят за пределы обычного.

**ФОРМЫ ВЕЩНОГО ОБОРОТА**

В древнейшее время у всякого народа торговый оборот совершается путем непосредственного обмена, то есть передачи вещей из рук в руки. Однако практические неудобства непосредственного обмена приводят уже очень рано к созданию товара-посредника; таким товаром-посредником были в Риме, как известно, сначала мелкий скот (pecunia, от pecus), а затем металл, и именно медь в слитках (aes rude, raudusculum). Употребление в виде денег слитков металла приводило к тому, что при всякой сделке необходимо было взвешивать слитки и удостоверяться в их чистоте, для чего служил удар слитком по весам. Когда еще позже стала чеканиться монета, взвешивание и удар по весам потеряли свой реальный смысл, но еще долго оставались, как неизбежная формальность всякой сделки на деньги.

Древнейшим известным нам способом передачи права квиритской собственности в Риме является mancipatio. Гай (1. 119) описывает ее так: в присутствии не менее пяти нарочно для этой цели приглашенных свидетелей и особого весодержателя – libripens – приобретатель (покупщик) касался рукой приобретаемой вещи и произносил формулу покупки – так, например, если покупался раб, то: "hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra". При этом он ударял маленьким куском меди по весам и передавал его продавцу – "quasi pretii loco", вместо покупной цены.

Все эти формальности свидетельствуют о том, что mancipatio возникла еще в то время, когда в виде денег употреблялся металл в слитках: тогда, очевидно, медь передавалась не в виде маленького куска и не pretii loco, а в таком количестве, в каком было условлено, и в качестве настоящей уплаты; весы были нужны не только для ритуального удара, а для подлинного отвешивания меди; libripens был беспартийным лицом, которое по приглашению сторон являлось со своими весами и производило взвешивание.

В таком естественном виде mancipatio должна была исторически появиться впервые в применении к тем вещам, которые в древнейшее время только и могли быть объектом свободного обмена, то есть к вещам движимым, pecunia. Но затем, с расширением свободы распоряжения, она переносится на familia и делается в дальнейшем специфической формой оборота именно для этих последних вещей, которые и называются поэтому res mancipi. Развитие обмена по отношению к res nec mancipi приводит к тому, что уже очень рано для них допускается переход из рук в руки путем простой передачи – traditio - без каких бы то ни было формальностей.

Сохранившись в интересах публичности для res mancipi, mancipatio подверглась, по-видимому, некоторой регламентации в законах XII таблиц.

Конечно, искони было в обычае совершать mancipatio в присутствии свидетелей, но непременное число "пять", вероятно, обязано своим происхождением положительному предписанию закона. Некоторые из современных ученых (например, еще и теперь Зомм) считают пять свидетелей при mancipatio представителями пяти цензуальных классов, вследствие чего mancipatio кажется им сделкой, совершающейся как бы в присутствии всего народа. Но это мнение едва ли может быть признано правильным: число "пять" есть только minimum, как это явствует из самих слов Гая: "non minus quam quinque testibus". Во всяком случае, вероятно, что этот minimum был установлен для избежания колебаний в жизни законами XII таблиц.

Когда в Риме начали чеканить монету, это обстоятельство не могло не отразиться на mancipatio. Пока покупная цена отвешивалась при самой mancipatio в слитках, вещь и цена переходили в руки контрагентов одновременно; со введением чеканной монеты оказалось, что платеж денег должен происходить вне акта mancipatio, вследствие чего могло случиться, что вещь перейдет в руки покупщика, а продавец денег не получит. Дабы уравновесить положение сторон, законы XII таблиц постановили, что право собственности на вещь переходит к покупщику только тогда, если цена уплачена или каким-нибудь образом обеспечена

Вообще введение монеты мало-помалу совершенно изменило самый внутренний характер mancipatio. Если она возникла как действительная сделка купли-продажи, то теперь, когда цена вышла за пределы акта, формой mancipatio можно было воспользоваться и для других целей – например, для дарения: одаряемый произносил формулу mancipatio и затем передавал дарителю pretii loco какую-нибудь маленькую монетку (venditio nummo uno). Оставаясь по форме куплей-продажей ("emptus mihi esto"), mancipatio по существу превратилась в акт, способный осуществить самые разнообразные отношения между сторонами, самые разнообразные causae. В глазах классических юристов она уже только imaginaria venditio (Gai I. 119). И мы увидим далее, что ею цивильное право широко пользуется для самых различных целей (усыновления, завещания и т. д.).

Уже к старому цивильному праву – во всяком случае к законам XII таблиц – относится установление дополнительной ответственности продавца перед покупщиком по поводу mancipatio. Такая ответственность известна в двух видах: а) если впоследствии окажется, что продавец (манципант) не был собственником манципированной вещи и она будет отобрана от покупщика путем rei vindicatio, то продавец отвечает перед покупщиком in duplum pretii, то есть обязан вернуть полученную цену вдвое. Требование это осуществляется посредством actio auctoritatis, причем, очевидно, ответственность продавца рассматривается, как вид ответственности за furtum nec manifestum. b) При продаже недвижимости существенно было, конечно, указание меры продаваемого участка; если впоследствии окажется, что действительное пространство земли не соответствует объявленной мере, то продавец также отвечает в размерах двойной стоимости недостающей земли – следовательно, так же, как fur nec manifestus. Иск в этом случае носит название actio de modo agri.

Словесная формула mancipatio – так называемая nuncupatio – допускала различные модификации, вставки и т. д., благодаря которым стороны могли вводить в сделку разные добавочные определения – так называемые leges mancipii. Так, например, при продаже участка можно было выговорить для продавца право пожизненного пользования, право проезда через проданный участок и т. д. (mancipatio deducto usufructu, deducta via и т. д.). Законы XII таблиц санкционировали эту возможность своим положением: "cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita jus esto". Это еще более усиливало пригодность mancipatio для различных отношений и облегчало возможность ее приспособления далеко за пределами ее первоначальной сферы.

Одним из наиболее распространенных видов модифицированной манципации была манципация фидуциарная: вещь передавалась кому-либо в собственность, но с оговоркой "fidei fiduciae causa". Это значило, что приобретатель вещи должен был иметь ее лишь для известной цели и при наступлении предусмотренных соглашением условий должен был вернуть ее (совершить remancipatio) манципанту. Цели такой фидуциарной манципации могли быть весьма разнообразны. Гай (II. 60) упоминает о fiducia cum creditore и cum amico. В первом случае вещь передавалась в виде залога для обеспечения долга, во втором – для сохранения. Но не подлежит сомнению, что в такой же форме в древности удовлетворялись и другие юридические потребности – ссуды, найма, поручения и т. д., для которых еще не существовало выработанных обязательственных форм. Но обязанность приобретателя вещи вернуть ее потом манципанту не была в то время юридической: какого-либо иска об исполнении fiducia манципант не имел; он вверялся только "доброй совести" – fides – своего контрагента; неисполнение этой "fides" влекло для последнего только моральное бесчестье – infamia, но не юридическую ответственность. Тем не менее, фидуциарная манципация играла большую роль и заключала в себе зародыш целого ряда будущих самостоятельных обязательств. Широкое применение манципации к самым различным отношениям служит лучшей иллюстрацией к тому, что называется "принципом экономии форм", и самым наглядным образом показывает нам "интерпретационное" искусство древнейших римских юристов – понтификов, руками которых это приспособление совершалось.

Позже mancipatio, но также уже ко времени законов XII таблиц, возникла вторая форма передачи вещных прав – in jure cessio; как сообщает Павел, "et mancipationem et in jure cessionem lex XII tabularum confirmat" (Fr. Vatic. 50). Форма эта является всецело продуктом искусственного приспособления процесса для нужд договорного оборота: in jure cessio есть уступка вещи на суде в фиктивном процессе о собственности; подобно тому, как mancipatio в позднейшем праве есть imaginaria venditio, так in jure cessio – но уже с самого начала – есть imaginaria vindicatio.

По взаимному соглашению приобретатель и отчуждатель вещи являлись к магистрату, и здесь приобретатель как бы вчинял иск о собственности – rei vindicatio: касаясь вещи, он говорил: "hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio". Отчуждатель притворялся сознающимся, и претор на основании такой мнимой confessio in jure ("confessus pro judicato habetur") предоставлял вещь фиктивному виндиканту (addicit rem – Gai. II. 24). Таким образом, in jure cessio есть по форме остановившийся в своей начальной стадии процесс о собственности, по существу же она представляет абстрактный способ передачи права собственности: causa ее наружу не выступает; почему отчуждатель промолчал (быть может, потому, что он получил за вещь деньги, то есть ее продал; быть может, потому, что он ее дарит), – этого из самого акта in jure cessio не видно.

Если mancipatio применялась в установившемся цивильном праве только к res mancipi, то in jure cessio была возможна по отношению ко всяким вещам – то есть и к res nec mancipi, так как vindicatio была возможна и относительно их. В отличие от mancipatio, далее, in jure cessio не влечет за собой ни actio auctoritatis, ни actio de modo agri. Но in jure cessio способна также воспринять в свою формулу известные вставки – например, deductio сервитута ("aio hunc fundum meum esse deducto usufructu" – Fr. Vat. 50) или соглашение о fiducia (Gai. II. 59).

Так же, как и mancipatio, in jure cessio была распространена затем на целый ряд других случаев, где дело шло уже о передаче права собственности: все, что могло быть предметом иска, vindicatio, могло быть и объектом фиктивного судебного отказа. Мы видели уже выше применение этой формы в целях освобождения раба на волю (manumissio vindicta); мы увидим ее дальше в целях усыновления и т.д. В силу своей простоты и абстрактности in jure cessio была в высокой степени пригодной к тому, чтобы занять в этом отношении место рядом с mancipatio.

Наконец, уже старому цивильному праву была известна давность – usus, usucapio – как способ приобретения права собственности. Несоблюдение формы или приобретение от лица, которое само не было собственником, вело естественно к тому, что приобретатель вещи не делался ее собственником; давность исцеляла этот порок. Законы XII таблиц определили срок такого давностного владения в два года для недвижимостей и один год для других вещей: "Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto". Usus и auctoritas соединены потому, что приобретение вещи по давности естественно освобождало продавца от ответственности за auctoritas перед покупщиком: вещь теперь от последнего отобрана уже быть не может. Законы XII таблиц для приобретения по давности требовали только одного – владеть вещью в течение указанного срока, и исключали возможность приобретения только для вора (fur). С течением времени, однако, для давности вводятся условия более строгие. Так, lex Atinia, закон второй половины республики, подтверждая запрещение давности для вора, придает этому запрещению тот смысл, что вещи украденные – res furtivae – вообще не могут быть приобретены по давности даже добросовестными приобретателями их, пока не возвратятся к собственнику (fr. 4. 6. F. 41. 3). Lex Plautia (I века до Р. Х.) распространила то же правило на вещи, отнятые насилием – res vi possessae . Вслед за тем юриспруденция стала требовать, чтобы владелец приобрел вещь на основании какого-либо правомерного титула – justo titulo (например, pro emptore, pro donato и т. д.) – и добросовестно – bona fide, то есть чтобы он в момент приобретения не знал, что вещь чужая; обнаружение ошибки впоследствии, однако, не мешает уже добросовестно начатой давности (mala fides superveiens non nocet). В некоторых особых случаях, впрочем, bona fides не требуется: так, например, если в случае fiducia тот, кому вещь была манципирована fiduciae causa, не совершает remancipatio, несмотря, например, на уплату долга, и если прежний собственник приобретает как-нибудь владение вещью, он по давности (и притом всегда в один год) получает собственность обратно, несмотря на сознание того, что remancipatio не было. Этот случай называется usureceptio ex fiducia (Gai. II. 52).

Mancipatio, in jure cessio и usucapio представляют строго цивильные способы приобретения права собственности, – acquisitiones civiles. Но квиритская собственность на res mancipi может быть приобретена и другими способами, которые общи цивильному праву и jus gentium; таковы: traditio, то есть передача вещи с намерением перенести право собственности; occupatio, завладение вещью, никому не принадлежащей; приобретение плодов и т. д. Все эти способы называются acquisitiones naturales; но их теоретическая разработка относится уже ко времени классических юристов.

**ЦИВИЛЬНЫЕ JURA IN RE ALIENA**

Уже древнейшая эпоха цивильного права в области вещных отношений не могла обходиться одной собственностью; она знает уже и некоторые jura in re aliena, причем количество этих последних постепенно растет.

Самым ранним из вещных прав на чужие вещи в Риме являются сервитуты, а из них сервитуты предиальные. Дробность землевладения, семейные разделы, скученность усадебных построек и т. п. были причинами того, что ужe очень рано обнаружилась потребность в признании и регулировании именно этого вида jura in re aliena.

Из сервитутов предиальных древнейшими являются четыре: три сервитута дорожных (iter – право прохода через чужой участок, actus – право прохода и прогона скота, via – право прохода, прогона и проезда вообще; каждый последующий сервитут включает в себя и предыдущий) и один сервитут воды (aquaeductus – право провести воду из чужого участка). Свидетельством их раннего появления служит то обстоятельство, что эти четыре сервитута относятся к res mancipi (Ulp. reg. 19, 1): очевидно, они возникли еще в ту эпоху, когда деление вещей на res mancipi и nec mancipi имело полное жизненное значение.

С течением времени к ним присоединяются другие сельские сервитуты (servitutes praediorum rusticorum). Важнейшими из них являются: servitus pecoris ad aquam appulsus – право пригонять скот для водопоя, servitus parscendi – право пасти скот на чужом выгоне, разнообразные сервитуты, предоставляющие право брать песок, глину и т. д. на чужом участке – servitutes harenae fodiendae и т. п.

Несколько позже, чем упомянутые четыре сервитута, возникли сервитуты городские – servitutes praediorum urbanorum. Старейшим из них является servitus cloacae – право проложить клоаку через чужой участок. Думают, что городские сервитуты возникли впервые в связи с новой постройкой города после галльского разгрома. Дальнейший рост города, постройка многоэтажных домов, тесно друг к другу прилегающих, вызывала к жизни чрезвычайное разнообразие сервитутов этого рода. Наиболее распространенными типами являются: право опереть здание на стену соседа – servitus tigni immittendi и servitus oneris ferendi; право отводить дождевую воду на двор соседа – servitus stilicidii avertendi; право требовать, чтобы сосед не загораживал моему дому света или вида (servitus ne luminibus officiatui, ne prospectui officiatur) и т. д. Содержание этих сервитутов нередко находилось в зависимости от различных муниципальных строительных порядков.

Еще позже, чем древнейшие сервитуты предиальные, возникли сервитуты личные, причем, вероятно, первым источником их были завещательные распоряжения: передавая, например, свое имущество законным наследникам, завещатель желал предоставить своей жене право пожизненного пользования им. Но во всяком случае личные сервитуты существуют уже в полной мере во второй половине республики.

Из этой категории личных сервитутов римскому праву известны четыре: а) Важнейшим является ususfructus, право пожизненного пользования вещью и ее плодами (usus и fructus), причем пожизненный владелец – узуфруктуарий – может пользоваться не только лично, но и сдавая пользование в аренду, продавая плоды и т. д. b) Второй, более ограниченный вид представляет usus – право только личного пользования вещью, без права на плоды (иногда, впрочем, и право на плоды, но лишь в пределах личных нужд, без права их продавать). c) Habitatio – право жить в чужом доме, и d) Operae servorum vel animalium – право личного пользования трудом чужого раба или животного. Нормы относительно личных сервитутов вырабатывались римскими юристами, главным образом, в связи с толкованием завещательных распоряжений (отказов) и носят на себе следы так называемых favor testamenti.

Сервитуты предиальные и личные на первых порах не сливались теоретически в одну категорию сервитутов; этот последний термин республиканскими юристами прилагался только к сервитутам предиальным. Но уже эти veteres jurisconsulti положили основание классической теории сервитутов; без сомнения, им принадлежат основные правила, своего рода "заповеди" римского сервитутного права: "nulli res sua servit" (не может быть сервитута на собственную вещь, вследствие чего при слиянии praedium dominans и praedium serviens в одних руках, хотя бы на короткий момент, сервитут погашается – confusio), "servitus servitutis esse non potest" (не может быть сервитута на сервитут – например, пожизненного пользования правом проезда) и "servitus in faciendo consistere non potest" (не может быть сервитута, который обязывал бы собственника praedium serviens к каким-либо положительным действиям; сервитут может состоять только in patiendo – в обязанности терпеть что-либо, например, проезд, – или in non faciendo – в обязанности не делать чего-либо, например, не закрывать света или вида).

Установление сервитутов в цивильном праве совершается или судебным приговором в исках о разделе – adjudicatio, или завещательным отказом – legatum, или, наконец, частным договором сторон. При этом договор может иметь смысл или constitutio servitutis, когда вещь, например, fundus, остается в собственности прежнего собственника и лишь на нее устанавливается сервитут, например, право проезда, в пользу другого лица, – или deductio servitutis, когда вещь передается в собственность другому лицу, но выговаривается на нее сервитут в пользу прежнего собственника. Во всяком случае, договор должен быть облечен в форму или mancipatio, или in jure cessio. a) Mancipatio: при constitutio servitutis приобретающий сервитут говорит, например: "aio jus mihi esse eundi agendi in fundo Corneliano idque mihi emptum esto hoc aere aeneaque libra" (но это возможно лишь по отношению к сервитутам, входящим в состав res mancipi); при deductio servitutis приобретатель вещи говорил: "aio fundum Cornelianum deducto itinere" или "usufructu meum esse isque mihi emptus esto". b) In jure cessio: при constitutio servitutis приобретающий его говорил на суде: "aio jus mihi esse eundi agendi in fundo Corneliano", а уступающий ему молчал; при deductio приобретающий вещь говорил: "aio fundum Cornelianum meum esse deducto itinere или usufructu", а отчуждатель вещи молчал. In jure cessio была возможна относительно всяких сервитутов.

В древнейшее время возможно было приобретение сервитутов и давностью, но lex Scribonia, закон неизвестного времени, применение usucapio к сервитутам воспретил (fr. 4. 28. D. 41. 3).

Кроме сервитутов, других вещных прав на чужие вещи цивильное право не знало; в частности, ему не было известно закладное право в его истинном юридическом смысле. Конечно, потребность в реальном кредите возникает во всяком обществе очень рано, но эта потребность удовлетворяется в других, хотя и несовершенных формах. Древнейшей формой этого рода является везде продажа вещи с правом обратного выкупа: лицо, желающее получить взаймы, продает кредитору какую-либо вещь за сумму займа с тем, чтобы по уплате долга вещь была ему возвращена.

Этот род реального обеспечения мы только и находим в римском цивильном праве. Целям залога служит в нем институт fiducia, о котором была уже речь выше. Должник передавал закладываемую вещь кредитору посредством mancipatio или in jure cessio (fiducia путем простой traditio была невозможна) – следовательно, юридически в его полную собственность; но передавал "fiduciae causa", то есть с тем, чтобы по уплате долга вещь была реманципирована (fiducia cum creditore). Если долг не будет уплачен, обязанность fiduciae для кредитора отпадает; он делается теперь окончательным собственником вещи – может ее оставить у себя, может продать, и, если получит больше, чем долг, излишка выдавать должнику не обязан. Если долг будет уплачен, но кредитор вещи вернуть не пожелает, то иска какого-либо должник не имел; кредитор только делался infamis. Лишь впоследствии – преторским эдиктом – установлен был на этот случай иск – actio fiduciae, личный иск инфамирующего характера.

Из всего этого ясно, что fiducia не имеет вовсе основных признаков закладного права. Здесь нет права на чужую вещь вовсе. Нет его в руках кредитора, ибо кредитор получает на вещь полную квиритскую собственность; нет его и в руках должника, ибо должник теряет вещное отношение к заложенной вещи: ни от кредитора, ни тем более от третьих лиц он ее вытребовать не может; все, что у него есть, это личное (да и то вначале не юридическое) требование к кредитору. И если мы говорим о fiducia, как о форме залога, то мы, очевидно, имеем в виду залог не в собственном, юридическом смысле, а в смысле более широком, экономическом.

С описанными чертами fiducia (как древнегерманская форма Kauf auf Wiederkauf, древнефранцузская vente a remere и т.д.) отражает на себе строгий характер примитивного кредита. Она одностороння: интерес, которому она служит, есть исключительно интерес кредитора; желание возможно сильнее обеспечить кредитора приводит к забвению справедливых интересов должника. Все это вполне понятно для того времени, когда кредитные сделки были редкостью, представляясь не обычным явлением деловой жизни, а событием чрезвычайным, признаком экономической крайности. Естественно, что с изменением условий и с увеличением капиталов fiducia должна была оказаться недостаточной.

Кроме fiducia, мы имеем в старом цивильном праве другой залогообразный институт – именно pignoris capio, взятие вещи должника в процессе legis actio per pignoris capionem. Но, с одной стороны, случаи такой pignoris capio представляют исключение и, как мы знаем, проникнуты особым (публичным или сакральным) характером, а с другой стороны, юридическое положение арестованной вещи не настолько ясно, чтобы мы могли говорить здесь о подлинном закладном праве кредитора. Еще менее может быть речь о нем в случаях pignoris capio магистрата.

**ЗАЩИТА ЦИВИЛЬНЫХ ПРАВ**

Для защиты древнейшего цивильного права на вещь – права квиритской собственности – основным средством является rei vindicatio. Но иск этот в течение римской истории значительно изменил свой характер565. В то время, когда все права paterfamilias по отношению к отдельным элементам его семьи рассматривались юридически под одинаковым углом зрения manus, vindicatio была общим средством для защиты этой manus; она не была только vindicatio rei, она была вообще спором о manus. Мы видели уже следы этого первоначального значения vindicatio в vindicatio filii. Но по мере того, как отдельные элементы manus дифференцируются, для семейной власти домовладыки над свободными членами семьи создаются другие средства защиты, а vindicatio превращается в иск о собственности, в подлинную rei vindicatio.

Rei vindicatio определяют обыкновенно как иск не владеющего собственника против владеющего не-собственника; целью иска является возвращение вещи. Но цель эта достигалась в истории неодинаковыми путями.

В старейшем легисакционном процессе rei vindicatio осуществлялась в форме legis actio sacramento. Каждая из спорящих сторон перед магистратом произносила заявление о своем праве собственности, подтверждая эти заявления наложением vindicta (vindicatio-contravindicatio; "hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio; sicut dixi, esse tibi vindictam imposui"). Таким образом, rei vindicatio имела характер двухсторонний: каждая сторона выставляла себя собственником, вследствие чего rei vindicatio была возможна только против того, кто такую претензию имеет. Равным образом, обе стороны должны были in judicio доказывать свои утверждения, и мыслимо было, что judex признает sacramentum обеих сторон за injustum. Ограничиться одним отрицанием собственности истца ответчик не мог: если он не делал contravindicatio, он считался отказывающимся от процесса, и тогда магистрат просто переносил владение спорной вещью на истца (translatio possessionis). По отношению к движимой вещи это было просто, так как движимая вещь находилась обычно тут же на суде: истец брал ее себе, и тем дело кончалось. По отношению же к недвижимости (fundus) это достигалось преторским административным приказом (interdictum quem fundum).

Если ответчик вступался в процесс, то дело шло обычным порядком, причем магистрат отдавал спорную вещь на время процесса той или другой из сторон (vindicias dare); однако сторона, получающая владение, должна была дать обеспечение, что в случае решения дела не в ее пользу она вернет противнику вещь со всеми ее приращениями (praedes litis et vindiciarum). Вследствие этого решение судьи, формально касавшееся вопроса о sacramentum, практически приводило к возвращению вещи in natura.

Описанное строение rei vindicatio ставило ответчика нередко в очень трудное положение: либо доказывай свое право собственности с риском потерять процессуальный залог, либо без борьбы уступай вещь истцу; между тем часто ответчик лишь сомневался в праве истца. Ввиду этого позже стали прибегать к процессу per sponsionem praejudicialem: стороны заключали между собой в форме stipulatio (sponsio) пари, причем ставкой пари назначали какую-нибудь незначительную сумму, с намерением и этой суммы не требовать (sponsio praejudicalis). Затем спор уже шел формально об этой sponsio. Существенно важным при этом порядке было то, что ответчик мог уже ограничиться одним отрицанием права истца, не выставляя своего положительного заявления о собственности, вследствие чего тяжесть доказательства (onus probandi) падала только на истца. Но по образцу прежних praedes litis et vindiciarum владелец вещи, ответчик (здесь translatio possessionis уже не может быть) давал истцу обеспечение, что он выдаст вещь, если спор о sponsio будет решен против него – так называемая satisdatio pro praede litis et vindiciarum.

Все эти искусственные меры сделались излишними с установлением процесса формулярного. Rei vindicatio стала осуществляться посредством formula petitoria: "Si paret fundum Cornelianum ex jure Quiritium Ai Ai esse, judex Nm Nm Ao Ao condemna, si non paret, absolve". Rei vindicatio стала окончательно иском односторонним: доказывает свое право собственности только истец, ответчик может заявить только о своем сомнении (в праве истца). На время процесса вещь остается у ответчика, но – в этом остаток прошлого – он должен дать истцу cautio judicatum solvi. Судья постановляет приговор по существу о самом праве собственности, и, если найдет, что истец прав, он перед обвинением должен предложить ответчику вернуть вещь добровольно (arbitrium de restituendo, вследствие чего formula peitoria есть formula arbitraria). Если ответчик последует этому предложению, истец достигнет своей цели – получит вещь in natura; если не последует, судья в силу правила относительно condemnatio pecuniaria приговорит ответчика к платежу известной денежной суммы (quanti ea res est), причем определить эту сумму будет предоставлено самому истцу под присягой.

В силу того, что ответчик не обязан теперь утверждать свое право собственности, сфера применения rei vindicatio значительно расширилась, и ко времени классического права установилось правило, что ее можно предъявлять ко всякому владельцу, ко всякому, "qui tenet et habet restituendi facultatem". Собственнику, таким образом, было достаточно знать, кто владеет его вещью, чтобы он мог предъявить уже иск: если ответчик владеет не от себя, а от чужого имени (например, ему вещь дана кем-либо в аренду, на сохранение и т. д.), то это его дело – отвести от себя иск указанием того, от чьего имени он владеет (nominatio или laudatio auctoris). Быть может, только одно исключение существовало в классическом праве на этот счет: против тех лиц, которые владеют вещью от имени самого истца (собственник желает предъявить rei vindicatio против своего же арендатора и т. д.), rei vindicatio не допускалась: истец должен был обратиться к иску из соответствующего контракта (actio locati, depositi и т. д.). Во всяком случае, в праве послеклассическом и это ограничение отпало. Даже более того, – rei vindicatio в некоторых случаях стала допускаться даже против лица невладеющего, против так называемого fictus possessor: именно против того, кто умышленно, для отклонения процесса от себя, передаст вещь другому – qui dolo desiit possidere, и против того, кто, не владея, умышленно заявит, что он владеет, и этим подставит себя под процесс – qui liti se optulit. В виде штрафа такое лицо будет обвинено, как владелец.

К обязанности вернуть вещь для ответчика присоединяются разные дополнительные обязательства личного характера – так называемые praestationes personales, например, обязательство уплатить за ухудшение вещи, обязательство выдать доходы от вещи, причем в этом отношении различаются владельцы добросовестные и недобросовестные – bonae fidei possessores и malae fidei possessores; последние отвечают строже, чем первые.

С другой стороны, против rei vindicatio ответчик может делать известные возражения – exceptiones, доказывая, что он имеет право на удержание вещи – например, exceptio ususfructus, exceptio rei pigneratae et traditae, exceptio doli, по поводу понесенных на вещь издержек и т. д.

Появление сервитутов вызвало необходимость новых процессуальных средств – и именно в двояком направлении.

а) Для защиты собственности от претензий на сервитут: кто-либо утверждает, что у него есть право проезда через мой участок, меж тем как этого, по моему мнению, нет. Для отражения такой претензии на сервитут уже в старом цивильном праве собственник имеет иск, получивший впоследствии название actio negatoria. В легисакционном процессе этот иск начинался с заявления собственника на суде – например: "aio jus tibi non esse eundi agendi in fundo meo", на что ответчик говорил: "aio jus mihi esse eundi agendi" etc.; затем следовала provocatio sacramento и т. д. В формулярном процессе иск ведется через посредство формулы "Si paret No No jus non esse eundi agendi… judex condemna, si non paret absolve". Рядом с этой actio negatoria в классическом праве существовала, по-видимому, и некоторая разновидность ее – actio prohibitoria ("si paret Ao Ao jus esse prohibendi Nm Nm uti frui"), быть может, применявшаяся для защиты собственности от преторского сервитута (Ленель); но относительно этой разновидности мы осведомлены мало. Целью actio negatoria является признание свободы собственности от претендуемого сервитута и обеспечение от дальнейших посягательств – cautio de non amplius turbando.

b) Для защиты сервитута как против собственника, так и против других лиц, также уже старым цивильным правом был создан иск, носящий название actio confessoria и играющий по отношению к сервитуту такую же роль, как rei vindicatio по отношению к собственности (vindicatio servitutis). В легисакционном процессе иск начинался с заявления лица, имеющего право на сервитут, например: "aio jus mihi esse eundi agendi in fundo tuo"; собственник возражал и занимал положение ответчика. В формулярном процессе actio confessoria осуществляется формулой: "si paret Ao Ao jus esse eundi agendi etс.". Цель иска – признание сервитута и cautio de non amplius turbando.

Независимо от указанных основных исков, старому праву были известны и некоторые специальные иски для защиты собственников и сервитутно-управомоченных в известных случаях. Нужно, однако, сказать, что эти специальные средства, известные еще законам XII таблиц, были впоследствии настолько реформированы преторским правом, что мы не можем восстановить их теперь в их первоначальном, цивильном виде. Главнейшие из этих средств таковы:

1) Actio finium regundorum. Соседи должны были оставлять по меже свободной полосу земли в 2 1/2 фута каждый. В случае, если межевые знаки внутри этой 5-футовой полосы окажутся утраченными или спорными, то для восстановления межи (controversia de fine) назначается arbitrium finium regundorum из землемеров (agrimensores). Если же спор касается частей земли за пределами межевой полосы, то это уже будет controversia de loco, причем спор должен быть разрешен в форме rei vindicatio. В юстиниановском праве это различие, однако, уже не существует.

2) Actio aquae pluviae arcendae – иск на тот случай, если сосед своими сооружениями меняет естественный сток дождевой воды в ущерб мне; иск этот имеет в виду, однако, лишь участки полевые (agri).

3) Cautio damni infecti. Если соседний участок грозит мне каким-либо вредом (например, здание соседа грозит рухнуть и в своем падении причинить мне вред), то уже цивильное право давало какое-то средство для обеспечения от этого будущего вреда. В чем оно состояло, неясно; во всяком случае, оно было затем заменено мерами преторского права (stipulatio praetoria et missio in possessionem

4) Operis novi nuntiatio. Если сосед предпринимает какое-либо новое сооружение (opus novum), которое нарушает мои права (например, право проезда) или грозит мне вредом, то я могу заявить на месте работ (in re praesenti) свой протест (nuntiatio), вследствие чего работы должны быть немедленно приостановлены – под угрозой разрушения всего того, что после протеста будет сделано (впоследствии преторское interdictum demolitorium). В случае неосновательности протеста между соседями возникнет процесс, но в какой форме он шел в старом цивильном праве, мы не знаем. Впоследствии, если сосед даст перед претором обеспечение моих убытков, он получает от него разрешение на продолжение работ, а нунциант должен обратиться к иску на основании того права, которое оказывается постройкой нарушено (actio confessoria и т. д.).

**ИНСТИТУТЫ ПРЕТОРСКОГО ПРАВА. РАЗВИТИЕ ЗАЩИТЫ ВЛАДЕНИЯ (POSSESSIO)**

Помимо прав на вещи, большое значение имеет в жизни гражданского общества и чисто фактическое распределение вещей. Вещи принадлежат кому-нибудь на праве собственности, но далеко не всегда они находятся в руках собственников: часто они оказываются в обладании других лиц, причем это обладание может покоиться на каком-нибудь юридическом основании (вещь отдана внаймы, на сохранение и т. д.), но может быть и лишено такого основания (вещь куплена, но у лица, которое не было собственником и, следовательно, вещи продавать не могло); даже более того, – оно может стоять в противоречии с правом (вещь украдена, отнята силой и т. д.). Соответствует ли данное фактическое положение вещей праву или не соответствует, каким образом оно возникло и т.д. – все это вопросы дальнейшие; первое же, с чем мы встречаемся, когда приступаем к наблюдениям над распределением вещей в данном обществе, это простой факт нахождения их в обладании у тех или других лиц.

Такое фактическое обладание лица вещью, взятое независимо от вопроса о праве на него (jus possidendi) и от вопроса о способах его приобретения (causa possessionis), называется владением – possessio. Очевидно, что possessio юридически не имеет ничего общего с собственностью: "nihil commune habet proprietas cum possessione", говорит Ульпиан (fr. 12. 1. D. 41. 2). Конечно, собственник может оказаться и владельцем (так, быть может, в большинстве случаев и бывает), но он будет тогда iinanni?ом не как собственник, а как лицо, имеющее фактическую власть над вещью, и будет в этом отношении стоять принципиально на одной доске со всякими другими владельцами – даже недобросовестными.

Во всяком культурном обществе фактическое распределение вещей, как таковое, владение в описанном смысле, пользуется охраной от всякого насилия и посягательств со стороны частных лиц. Конечно, как было указано, факт владения иногда может не соответствовать праву, даже противоречить ему, но для восстановления права в подобных случаях указываются известные законные пути (обращение к суду), и если для такого восстановления понадобится насилие над владельцем (понадобится принудительно отобрать от него вещь), то это насилие будет произведено государством и его органами; для отдельных же частных лиц насилие и посягательство недопустимы. Этого требует культурное правосознание, растущее уважение человека к человеку. Этого же требует спокойствие гражданской жизни, гражданский мир, а вследствие этого даже интересы самих собственников.

Однако в истории этот культурный принцип охраны владения, как такового, появляется не сразу. Новому миру этот принцип в значительной степени был выяснен только римским правом, а в самом Риме он был провозглашен только претором, причем далеко не во всей своей полноте и ясности. Классическая юриспруденция много поработала над его уяснением и развитием, но и при всем том римская охрана владения отнюдь не является законченным зданием. Как бы то ни было, но самая постановка проблемы и ее принципиальное разрешение составляет одну из крупнейших заслуг римского – и именно преторского – права.

Каким образом претор дошел до мысли охранять владение, как таковое, – это вопрос и доныне спорный. По мнению одних ученых (Нибур, Савиньи, Дернбург, Коста и др.), преторская защита частных владений выросла из защиты possessiones на agri occupatorii. Но с этим мнением едва ли можно согласиться: охрана этих possessiones совершалась не преторами, а цензорами, и не в частном, а в публичном порядке. По мнению других (Пухта, Иеринг и т. д.), интердиктная защита последующего времени выросла из преторского регулирования владения спорной вещью на время процесса о собственности и вообще была создана в интересах лучшей охраны права собственности. Но и это мнение едва ли правильно: против него говорит не только указанное выше принципиальное отделение proprietas от possessio, проходящее красной нитью через все римское право от самых первых моментов появления владельческой защиты, но и то обстоятельство, что во владельческом (посессорном) процессе никакое – даже самое ясное – возражение о собственности не допускается. Ввиду этого безусловного предпочтения заслуживает третье мнение (Пернис и др.), которое усматривает генезис посессорной защиты в общей идее охраны гражданского мира и порядка, определяющей всю деятельность преторской власти.

Посессорные интердикты, служащие для защиты владения, мы едва ли поймем правильно, если будем брать их изолированно, вне связи со всей совокупностью интердиктов вообще; interdicta possessoria представляют только один из видов интердиктов и, конечно, возникли первоначально из тех же соображений, какие вызвали к жизни всю систему интердиктных средств. Мы уже видели выше, что все преторское вмешательство в область частных отношений выросло из его функций чисто полицейских – из обязанности охранять гражданский мир и порядок. То обстоятельство, что древнейшими интердиктами являются такие, как interdicta "ne quid in loco publico vel itinere publico fiat", "ne quid flumine publico ripave ejus fiat" и т. д., служит полным подтверждением этой мысли. Выше было сказано также и о том, что, отправляясь от идеи охраны гражданского мира, претор с течением времени все шире и шире распространял свое вмешательство в область частных, гражданских отношений.

Естественно, что эта идея гражданского мира в области вещных отношений должна была прежде всего привести претора к необходимости охранять факт владения от всяких покушений на самоуправство. Всякие проявления такого самоуправства, хотя бы даже исходящие от лиц, имеющих право на вещь, конечно, были чреваты разными потрясениями общественного порядка, а первою задачею претора было обеспечивать этот порядок. Так возникли посессорные интердикты и, по-видимому, довольно рано: они уже упоминаются у Плавта, то есть приблизительно за 200 лет до Р.Х. Но, конечно, они возникли не сразу в таком виде, в каком мы их встречаем впоследствии. Долгое время преторская практика шла ощупью, от случая к случаю, руководясь не столько ясным сознанием таких или иных общих принципов, сколько непосредственными запросами жизни.

Посессорные интердикты делятся на две категории: одни имеют своею целью охрану наличного владения от посягательств – interdicta retinendae possessionis, другие – восстановление уже нарушенного, отнятого владения – interdicta recuperandae possessionis. Третья категория – так называемые interdicta adipiscendae possessionis – интердикты, направленные на получение владения вновь (например, interdicta quorum bonorum для получения владения наследством), – не принадлежит уже к посессорным средствам в истинном смысле, так как истец здесь опирается не на факт владения, а на такое или иное (хотя и преторское) право.

К interdicta retinendae possessionis относятся два:

а) Interdictum uti possidetis предназначен для охраны владения недвижимостями. Формула приказа, с которой претор обращался к сторонам и от основных слов которой получил свое название самый интердикт, передана нам так (fr. 1 pr. D. 43. 17): "Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possideatis, quominus ita possideatis, vim fieri veto"577. Как видно из этой формулы, интердиктом защищается наличное владение, – однако, с оговоркой: "если нынешний владелец не приобрел своего владения насилием (vi), тайно (clam) или путем просьбы до востребования (precario) от противника (alter ab altero)". Если это имело место, тогда наличное владение будет по отношению к противнику порочным (exceptio vitiosae possessionis), и должно быть возвращено этому последнему; в таком случае interdictum uti possidetis будет иметь так называемую рекуператорную функцию. Но возражение подобного рода допускается только для того, у кого владение было отнято vi, clam aut precario; для посторонних же лиц даже такое владение должно быть неприкосновенным.

b) Interdictum utrubi предназначен для защиты владения движимостями. Формула его гласила так (Gai. IV. 150. 160): "Utrubi vestrum hic homo, quo de agitur, nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, apud quem majore parte hujus anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto". Охраняется и здесь наличный владелец, но уже с двумя оговорками: а) если он не приобрел своего владения vi, clam aut precario ab adversario, и b) если он владел спорной вещью на протяжении последнего года бoльшую часть времени, чем его противник. Последняя оговорка отличает interdictum utrubi от interdictum uti possidetis и усиливает рекуператорную функцию interdictum utrubi, давая лицу, утратившему владение, возможность предъявить его против менее продолжительного владельца с целью самого возвращения владения. Нужно, однако, сказать, что это отличие interdictum utrubi в праве Юстиниана было отменено, и оба интердикта были уравнены.

К категории interdicta recuperandae possessionis относится в истинном смысле только один интердикт – именно interdictum de vi или unde vi. Цель его – возвращение владения недвижимостью, отнятой насилием (изгнанием, dejectio). В классическом праве, впрочем, существовало два интердикта de vi: один – interdictum de vi cotidiana, другой – interdictum de vi armata, причем в этом втором интердикте (когда насилие было произведено вооруженной толпой) не допускалась exceptio vitiosae possessionis. В праве Юстиниана оба эти интердикта были слиты в один interdictum de vi, причем недопустимость exceptio vitiosae possessionis стала общей нормой: таким образом, изгнавший не может оправдаться тем, что он сам был перед этим изгнан противником; насилие (vis) недопустимо даже в виде ответа на насилие. Особенностью interdictum de vi является то, что он может быть предъявлен против изгнавшего (дейициента) даже тогда, если он уже не владеет: ответственность по интердикту имеет в этом случае штрафной (деликтный) характер.

Какого-либо особого интердикта для возвращения владения движимой вещью не существовало: потребность в этом удовлетворялась указанной выше рекуператорной функцией interdictum utrubi.

К числу interdicta recuperandae possessionis относят иногда еще interdictum de precario – интердикт о возвращении вещи, отданной в precarium (пользование до востребования; precarium практиковалось в отношениях между патроном и клиентом, патроном и вольноотпущенником и т. п.). Но этот интердикт не принадлежит к числу чисто владельческих: основанием его является не простое владение, а precarium, то есть некоторое юридическое, правовое отношение между сторонами. – Некоторые относят сюда, далее, особый interdictum de clandestina possessione – о возвращении владения недвижимостью, оккупированной тайком; но самое существование такого интердикта недостоверно.

Уже изложенное строение посессорных интердиктов и их история свидетельствует о том, что защита владения создавалась претором не по одному, заранее установленному плану, а по частям и разновременно, чем и объясняется как множественность владельческих средств, так и их взаимная несогласованность.

Применение владельческих интердиктов поставило перед практикой и теорией вопрос о том, каким признакам должно удовлетворять владение, чтобы получить право на защиту. Мало-помалу римскими юристами была выработана теория владения, основные положения которой сводятся к следующему.

Владение, хотя и фактическое господство над вещью, не может быть, однако, признано владением в истинном смысле, если оно не соединено с волей лица владеть. Поэтому нет владения в юридическом смысле, например, в том случае, когда спящему кто-нибудь вложил вещь в руку; на том же основании нельзя признавать владения, приобретенного лицами недееспособными (малолетними, безумными и т. д.), ибо их воля юридически не признается: все эти лица "affectionem tenendi non habent" (fr. 1. 3. D. 41. 2). Ввиду этого римские юристы учили, что для наличности possessio необходимы два элемента – corpus possessionis, фактическая власть над вещью, и animus possidendi, воля владеть. Владение, таким образом, приобретается, когда оба элемента соединяются в одном лице ("apiscimur possessionem animo et corpore" – fr. 3. 1. D. 41. 2); владение теряется, когда один из этих элементов исчезает (amittimur possessionem aut animo aut corpore).

Но не всякое владение, даже при наличности обоих этих элементов, заслуживало, по учению римских юристов, самостоятельной защиты, и в этом отношении они различали юридическое, защищаемое владение, possessio, и владение незащищаемое, detentio (или "in possessione esse"). Но принципиального критерия для отграничения possessio от detentio они не дали. Наиболее близким к истине критерием является характер animus possidendi: если кто-либо владеет alieno nomine, от чужого имени (например, вещь дана мне кем-либо внаймы, в пользование, на сохранение и т. д.), то мы будем иметь detentio; если же владение соединено с animus suo nomine possidere, мы будем иметь possessio (такой animus будет у собственника, у добросовестного приобретателя, но он будет и у вора). Только possessor suo nomine может претендовать от своего имени на защиту владения; владение же детентора должно быть защищаемо не им, а тем, от чьего имени он владеет.

Однако, этот критерий неточен. В целом ряде случаев, где мы имеем бесспорное владение alieno nomine, претор тем не менее давал самостоятельную интердиктную защиту; таково владение кредитора заложенной ему вещью, владение прекариста (получившего вещь в precarium), владение секвестария (того, кому была двумя спорящими лицами передана на сохранение спорная вещь до разрешения их спора), эмфитевтического и суперфициарного владельца это случаи так называемого производного владения. В основе этих исключений лежит не тот или другой теоретический принцип (как думают некоторые и до сих пор, – например, Зомм), а та же самая постепенная историческая эволюция, вызывавшаяся чисто практическими соображениями. На первых порах, вероятно, самостоятельная защита давалась только владельцам suo nomine; детенторов защищали те, от чьего имени они владели. Но мало-помалу обнаружились случаи, где такой защиты для детенторов было недостаточно. Я, например, отдал вещь в залог, но уже потерял надежду ее выкупить; если кто-либо отнимет вещь у кредитора, я вовсе не склонен буду защищать ненужное мне владение, и кредитор останется вовсе без защиты. Даже если я предъявлю интердикт о защите владения, то вещь будет возвращена мне, что вовсе не в интересах кредитора. Таким образом, оказывалась существенно необходимой самостоятельная защита для creditor pigneraticius. Аналогичные соображения могли возникнуть и в других случаях, и таким образом создался указанный ряд исключений. Этими исключениями римское право вступило на путь постепенного расширения сферы защищаемого владения, – путь, по которому пошло далее право новых народов, закончившееся в новейших кодификациях признанием всякого владения (даже владения alieno nomine) защищаемым.

Наконец, вопрос о владении возникал и в тех случаях, когда кто-либо фактически осуществлял содержание какого-либо сервитута – например, кто-либо пользовался вещью, как узуфруктуарий, кто-либо пользовался проездом через чужое имение и т. д. Можно ли в случае нарушения кем-либо такого фактического пользования претендовать на интердиктную защиту? Римские юристы ответили на этот вопрос утвердительно, признав, что в случаях этого рода есть "как бы владение правом" – juris quasi-possessio (fr. 20. D. 8. 1). В действительности, мы имеем здесь не "как бы владение правом", а самое подлинное владение вещью, только владение не всестороннее, а ограниченное в своем содержании. Тем не менее, эта теоретически неправильная конструкция сыграла большую роль в юриспруденции новых народов, которая понятие juris quasi possessio распространила далеко за римские пределы – на права обязательственные, семейственные, даже публичные.

Как бы то ни было, но институт владения, как фактического господства, независимого от права на него, утвержденный преторским эдиктом и разработанный классическими юристами, стал с той поры прочным достоянием всякого сколько-нибудь развитого гражданского права.

**БОНИТАРНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ И BONAE FIDEI POSSESSIO**

Защищая всякое, даже недобросовестное, владение при помощи интердиктов, претор в дальнейшей своей практике не мог не обратить внимания на то обстоятельство, что среди всей массы разнообразных случаев владения есть некоторые особенные виды его, которые заслуживают большего внимания и большей защиты. Два случая особенно выделялись в этом отношении.

1) Как уже известно, цивильное право требовало для передачи права собственности на res mancipi формальных актов mancipatio или in jure cessio. Если почему-либо эти формальности не были соблюдены (они вовсе не были соблюдены: вещь была просто передана путем traditio; или же они были соблюдены, но, например, оказалось, что один из пяти приглашенных свидетелей не имел необходимой дееспособности), то право собственности не переходило, отчуждатель оставался dominus ex jure Quiritium, а приобретатель делался только владельцем вещи: jus Quiritium он мог приобрести только посредством давности. Конечно, такой приобретатель мог защищать свое владение посредством владельческих интердиктов и не только против посторонних лиц, но и против самого квиритского собственника; но посессорная защита не есть окончательная: отчуждатель мог предъявить петиторный иск – rei vindicatio, – и тогда приобретатель должен был вещь ему вернуть.

Такая несправедливость не могла не обратить на себя внимания претора – недобросовестные люди могли сделать из этого для себя средство наживы: продав вещь и получив деньги, они могли ее потребовать назад. Тем более, что с развитием оборота самые формальности старого цивильного права утрачивали свой смысл и стесняли в быстроте деловых отношений. Ввиду этого для того, чтобы парализовать возможность указанной недобросовестности со стороны продавцов, претор стал давать приобретателям exceptio rei venditae et traditae (вид exceptio doli) и тем охранял их от нападений со стороны отчуждателей.

Но этого было мало. Вещь могла каким-нибудь образом очутиться во владении отчуждателя (купленная мною лошадь убежала обратно во двор продавца и т. п.) или в руках третьих лиц; каким образом покупщик мог вытребовать ее назад? Интердиктная защита сплошь и рядом могла оказаться недостаточной – например, вследствие того, что при interdictum utrubi защищался тот, кто владел большую часть времени в течение последнего года; если купленная мною лошадь на другой день ушла от меня к продавцу, я получить ее при помощи этого единственного для движимых вещей интердикта не мог (продавец владел ею больше, чем я). Между тем было очевидно, что раз претор признал справедливым защищать покупщика от rei vindicatio продавца, то необходимо продолжить эту защиту, дав покупщику не только exceptio, но и какой-нибудь иск для получения приобретенной им вещи как от самого продавца, так и от посторонних лиц.

2) Аналогичная потребность выяснилась и в другом случае. Если до сих пор мы имели дело с пороком формальным в акте приобретения (несоблюдение формы), то с развитием оборота не менее часто стали встречаться случаи порока материального. Кто-либо приобрел вещь, даже с соблюдением всех необходимых формальностей (если дело шло о res mancipi), и владеет ею в полной уверенности (bona fides), что он собственник. Но затем оказывается, что то лицо, у которого вещь была куплена, само не было собственником, что вещь куплена a non domino (например, я купил вещь у законного наследника; впоследствии было обнаружено завещание, которым все наследство передано другому лицу). Законный собственник может, конечно, теперь предъявить rei vindicatio и отобрать вещь; приобретатель и в этом случае станет собственником лишь по истечении usucapio. Но, если нет оснований защищать приобретателя от законного собственника, то иначе обстоит дело по отношению к посторонним лицам: пока собственник не требует от меня вещи, я все же имею на нее больше прав, чем кто-либо другой. Если при таких условиях вещь, добросовестно мною приобретенная, очутится в руках постороннего лица, справедливость требует, чтобы мне было дано какое-либо средство для получения ее обратно. Конечно, и здесь будет достаточно посессорных интердиктов, но не всегда; необходимо и здесь какое-либо более прочное средство, необходим какой-либо иск.

Оба указанные случая были разрешены одновременно. В последнем столетии республики некоторым претором Публицием (точнее ни имени претора, ни времени реформы мы не знаем) был издан эдикт, получивший название edictum Publicianum, который и установил желательный в обоих случаях иск.

Текст этого эдикта до нас в подлинном виде не сохранился, и современные исследователи спорят даже о том, был ли это один эдикт, охватывавший оба случая, или же два отдельных эдикта для каждого случая в отдельности. Ленель, известный своей реконструкцией преторского эдикта, стоявший сначала на точке зрения двух отдельных эдиктов, впоследствии переменил свое мнение и в настоящее время думает, что оба случая охватывались одним общим обещанием претора. Весьма вероятно, что это обещание гласило так: "Si quis id, quod traditum erit ex justa causa et nondum usucaptum, petit, judicium dabo".

Иск, который на основании этого эдикта давался, как в первом, так и во втором случае, носил название Publiciana in rem actio. Формула этого иска передана нам Гаем (Gai. IV, 36): "Iudex esto. Si quem hominem As As emit, et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ex jure Quiritium ejus esse oporteret et reliqua" (то есть: si is homo Ao Ao arbitrio tuo non restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam judex Nm Nm Ao Ao condemna, si non paret, absolve). Как видно из этой формулы, actio Publiciana есть actio ficticia: иск построен на фикции исполнившейся давности; им защищается только такой владелец, оторый может приобрести собственность по давности, и защита его является как бы предварением этой возможной в будущем собственности. В этом отношении оба описанные случая сходятся, но они расходятся в других отношениях, вследствие чего actio Publiciana приводит к последствиям далеко не одинаковым.

В первом случае (вещь приобретена от собственника, но лишь без соблюдения формальностей) actio Publiciana дается приобретателю не только против третьих лиц, но и против самого квиритского собственника. Вследствие этого в руках такого приобретателя оказалось теперь прочное право на вещь, защищаемое абсолютно против всех. Конечно, прежний собственник сохраняет свое nudum jus Quiritium, ибо такового претор у него отнять не может; с другой стороны, приобретатель пока не имеет квиритского права; тем не менее, вещь прочно входит теперь в состав его имущества, in bonis ejus est, принадлежит ему на праве, аналогичном собственности. Так образовалась рядом со старой квиритской собственностью новая собственность – преторская или бонитарная, которая затем нашла себе широкое применение в целом ряде других отношений: собственность преторского наследника (bonorum possessor), собственность в случае missio ex secundo decreto при cautio damni infecti и т. д.

Во втором случае (покупка bona fide не несобственника) actio Publiciano не имеет такой безусловной силы. Прежде всего, этот иск бессилен против действительного собственника вещи. Римское право (в противоположность праву новых народов) строго держится принципа "nemo ad alium plus juris transferre potest, quam ipse habet": раз продавец не имел права собственности, не может иметь его и покупщик; продажа моей вещи лицом, не имеющим на то права, не может лишить меня моей собственности. Ввиду этого, если приобретатель вещи предъявит actio Publiciana против действительного собственника, последний может противопоставить этому иску exceptio justi dominii. Кроме того, этот иск бессилен против другого такого же добросовестного приобретателя той же вещи (например, лошадь, купленная мною у несобственника, убежала, кем-то была поймана и продана другому лицу, которое также считало продавца собственнником), так как нет основания предпочитать одного добросовестного владельца другому: "in pari causa melior est conditio possidentis". Таким образом, actio Publiciana в этом втором случае идет только против худших владельцев (против malae fidei possessores), но все же против всех худших владельцев, и в этом смысле есть также in rem actio.

Благодаря этому иску в его втором применении в истории римского права возник новый преторский институт добросовестного владения, bonae fidei possessio. Добросовестное владение перестало быть только простым фактом, оно возвысилось до степени некоторого относительно-вещного права, охраняемого преторским иском, и тем было выделено из общей массы простых possessiones.

**ПРЕТОРСКИЕ ПРАВА НА ЧУЖУЮ ВЕЩЬ**

1. Из прав пользования чужой вещью претором прежде всего были взяты под свою охрану единственные цивильные права этого рода – сервитуты. Цивильный иск для защиты их – actio confessoria – был дополнен целым рядом преторских средств, которые значительно облегчили положение лиц сервитутноуправомоченных. Фактическое пользование сервитутом, как указано, было подведено под понятие владения (juris quasi-possessio), вследствие чего некоторые сервитуты, например, ususfructus, стали защищаться при помощи обыкновенных посессорных интердиктов, лишь несколько модифицированных – interdicta utilia. Кроме того, для массы отдельных сервитутов в преторском эдикте были установлены специальные интердикты – interdictes de itinere actuque privato, de aqua, de fonte, de cloacis и т.д.

Помимо этой, лучшей охраны цивильных сервитутов, практика преторов и провинциальных наместников привела к признанию сервитутов преторских и провинциальных.

Уже появление собственности бонитарной должно было поставить на очередь вопрос о защите соответствующих ей сервитутов: часто бонитарная собственность на участок заключала в себе, как принадлежность, и право на какой-нибудь сервитут (например, право проезда через соседний участок); раз претор стал защищать бонитарного владельца, как собственника, он, естественно, должен был охранять его и в осуществлении сервитута. Но и независимо от этого, формальные акты mancipatio и in jure cessio, при помощи которых должны были устанавливаться цивильные сервитуты, стали также часто опускаться и здесь, как они опускались при передаче права собственности. Если претор, невзирая на опущение формальностей, стал защищать приобретателя вещи, то та же справедливость требовала от него, чтобы он защищал и сервитуты, установленные без соблюдения тех же формальностей (fr. 1. 9. D. 43. 18). На провинциальные земли, как выше было указано, цивильные права (даже для cives romani) были невозможны. Между тем, там, конечно, существовали свои собственники, которые, хотя и носили скромное название possessores, тем не менее судами провинциальных наместников рассматривались и защищались, как действительные собственники (собственность провинциальная). Точно так же там существовали и свои сервитутные отношения, которые должны были охраняться провинциальным правом.

Ввиду этого как для преторов, так и для провинциальных наместников возникал существенно важный вопрос: если формальные акты mancipatio и in jure cessio не применяются или неприменимы, то каким же иным образом могут быть установлены сервитуты? Ответ был дан самой жизнью, в которой выработался новый способ установления сервитутов – pactionibus et stipulationibus (Gai. II. 31). Лица, желавшие установить сервитут, заключали между собой об этом соглашение (pactio), которое подкреплялось затем формальным обещанием (stipilatio) того, на чье имение сервитут налагался, предоставить пользование этим сервитутом (uti frui licere, ire agere licere и т. д.). Вероятно, на первых порах такой договор создавал только обязательственные отношения между сторонами, но, по-видимому (спорно: многие, например, Дернбург, Виндшейд и др. только обязательственную силу признают и для позднейшего времени), впоследствии претор стал давать и вещный иск против всех – actio confessorio utilis. С окончательным отпадением mancipatio и in jure cessio в позднейшем праве pactio et stipulatio сделались нормальным способом установления сервитутов вообще, то есть перешли и в цивильное право последней формации.

Кроме этого способа, в классическом праве вырабатывается и другой преторский способ установления сервитутов – именно quasi-traditio, то есть фактическое предоставление пользования, хотя между юристами значение quasi-traditiо было спорно (ср. отрицательное мнение Помпония в fr. 3. 2. D. 19. 1 и положительное Яволена в fr. 20. D. 8. 1). Признание возможности quasi-possessio сервитутами естественно должно было вызвать мысль о возможности по отношению к ним quasi-traditio с тем же значением, какое имела traditio в процессе перехода права собственности.

Указанными нововведениями в области сервитутного права деятельность претора, однако, не ограничилась; им были созданы два новых вида прав пользования чужими вещами, которые были совершенно неизвестны цивильному праву – именно superficies и право на agri vectigales, получившее впоследствии название emphyteusis.

а) Superficies. Уже в период республики государство и отдельные городские общины сдавали нередко участки городской земли для возведения построек с тем, что выстроивший получает право на продолжительное или даже бессрочное пользование участком под постройкой за известный ежегодный оброк (solarium). С течением времени к такому же способу сдачи земель стали прибегать и частные лица. Это и есть superficies. Поскольку дело касалось земель государственных, возникающие из такой сдачи отношения регулировались юрисдикцией цензоров; но когда дело шло о землях муниципий или частных лиц, эти отношения подлежали ведению претора. Договор сдачи земли под выстройку по существу сначала рассматривался, как обыкновенный договор аренды, вследствие чего съемщик – суперфициарий – имел только обязательственное требование к хозяину, а не jus in rem. Но затем претор совершенно справедливо выделил его из ряда обыкновенных, краткосрочных арендаторов, дав суперфициарию особые средства защиты. Сначала он создал для него специальный интердикт – interdictum de superficie, аналогичный interdictum uti possidetis, а затем стал давать и actio in factum, иск, аналогичный rei vindicatio, при помощи которого суперфиций мог защищать свое право пользования землей (например, требовать возвращения ему участка) от всех посторонних лиц и от самого собственника. Вследствие этого superficies из личного права превратилась в вещное и притом в особое право на чужую вещь, так как земля и постройка (по правилу "superficies solo cedit") считаются собственностью хозяина. Это есть право на пользование чужой вещью; в этом superficies сходна с сервитутами, но отличается от них своим содержанием (fr. 1. D. 43. 18).

b) Jus in agro vectigali. Аналогичный процесс превращения обязательственного права в вещное мы наблюдаем и в другой области. Так же точно, как под выстройку, государство, город, а потом и частные владельцы сдавали нередко свои земли за известный ежегодный оброк (vectigal) в наследственную и даже вечную аренду – "in annos centenos pluresve" или "in perpetuum" – с тем, что пока vectigal вносится, земля ни у самого съемщика, ни у его правопреемника отобрана быть не может (fr. 1 D. 6. 3). И здесь, как при superficies, во внимание к такому продолжительному праву съемщика претор стал давать ему как посессорные интердикты, так и actio in rem – иск, аналогичный rei vindicatio против всех, даже и против собственника. Вследствие этого и это право приобрело характер особого вещного права на чужую вещь.

Характерною чертой всех указанных преторских прав на чужие вещи (преторских сервитутов, superficies и jus in agro vectigali) является то обстоятельство, что для установления всех их не требуется какого-либо особого вещного акта – не только формального (вроде цивильной mancipatio или in jure cessio), но даже и бесформального (вроде traditio); простой договор уже сам по себе создает и вещное право. Это объясняется тем, что преторские иски против всех (actiones in rem) возникли исторически во всех указанных случаях в качестве простой практической прибавки к личным искам из договора.

2. Но, быть может, самым важным из преторских нововведений в области прав на чужие вещи является создание закладного права.

Мы знаем, что цивильное право закладного права в истинном смысле не знало; институт fiducia, удовлетворявший там целям реального кредита, представлял собою не установление закладного права, а перенесение самого права собственности на вещь. Выше было также указано, что в старом цивильном праве должник даже не имел личного иска против кредитора на случай невозвращения вещи по уплате долга. Претор усовершенствовал институт fiducia тем, что стал давать должнику в этом случае личный иск – actio fiduciae, обвинение, которое, сверх возмещения материального, навлекало на кредитора и бесчестие моральное – infamia.

Но этот иск облегчал положение должника только отчасти; другие стороны fiducia оставались в силе, – и прежде всего то обстоятельство, что должник лишался своего права собственности; если кредитор продаст вещь, то она уйдет от должника окончательно, а личный иск – actio fiduciae – может оказаться для него бесполезным (например, в случае несостоятельности кредитора).

Ввиду этого – и, без сомнения, уже очень рано – стали прибегать к залогу бесформальному – так называемому pignus: должник просто (без mancipatio и in jure cessio) передавал кредитору какую-нибудь из своих вещей не в собственность, а в простое владение, причем вся обеспечительная сила такого залога заключалась только в том, что кредитор мог удерживать вещь у себя, пока долг не будет уплачен (так сказать, арест вещи). Мы видели выше, что претор снабдил владение кредитора самостоятельной интердиктной защитой не только против лиц посторонних, но и против самого залогодателя. Но эта защита была, конечно, неполной: интердикты часто могли оказаться безрезультатными.

Ясно, что, если fiducia на первый план ставила интересы кредитора, то при описанном характере pignus мы имеем противоположную крайность: интересы кредитора обеспечены чрезвычайно слабо. Задачей будущего было найти справедливую середину: с одной стороны, сохранив за должником право собственности, создать в руках кредитора вещное право на заложенную вещь, а с другой стороны – определить это право как право на распоряжение вещью на случай неуплаты долга. И действительно, в дальнейшем работа идет в этих двух направлениях.

Но к этой основной задаче присоединилась добавочная. Как при fiducia, так и при pignus, при всем их глубоком юридическом различии между собой, было одно общее, что не могло не стеснять до крайности известные виды кредита: это – необходимость для лица, нуждающегося в кредите, лишиться на время вещи. Между тем, самый кредит нередко нужен для этой вещи – например, для улучшения обработки той же земли, которая теперь должна быть передана кредитору, хотя б и в простое pignus. Получить ссуду и в то же время удержать в своих руках заложенную вещь для должника возможно было лишь обходным путем: передав вещь кредитору, он должен был выпросить ее себе в precarium, т. е. во владение до востребования. Что такие просьбы о precarium встречались часто даже в позднейшее время, об этом свидетельствуют юстиниановские компиляторы в одной из своих интерполяций к тексту ульпиановского комментария (fr. 6. 4. D. 43. 26: "cotidie enim precario rogantur creditores ab his, qui pignori dederunt"). Но этот обходной путь, даже в случае согласия кредитора, ставил должника в полную зависимость от него: в любой момент, даже до наступления срока платежа, кредитор мог потребовать выдачи вещи (посредством interdictum de precario) и тем, быть может, разрушить все хозяйственные расчеты должника. Между тем, развитие экономических отношений требовало создания и такой формы реального обеспечения, при которой вещь, считаясь заложенной кредитору, до наступления срока платежа оставалась бы в руках должника. Особенно сильна была нужда в этом для ссуд под залог недвижимостей.

Если потребность в такой форме ощущалась все сильнее и сильнее, то, с другой стороны, в окружающей действительности встречались и образцы для надлежащего разрешения задачи.

Так, государство и муниципии, вступая в договоры (откупа или подряда) с компаниями капиталистов, естественно, нуждались в таком или ином обеспечении со стороны последних в исправном исполнении договора. Такое обеспечение осуществлялось praefibus praediisque: компания капиталистов выставляла поручителей (praedes) и указывала земли, имения (praedia), которые могли быть проданы на случай их неисправности и которые с этой целью описывались (praedia subsignata). До наступления неисправности эти praedia оставались в собственности и во владении их хозяев и лишь в случае неисправности они (в чьих бы руках они к тому времени ни оказались) подвергались продаже (venditio ex lege praediatoria). Такая форма обеспечения называется предиатурой; как видим, она имеет все существенные черты залога, но она применялась лишь в отношении казны и муниципий (ср. lex Malacitana. 64, 65, Girard P. Textes. p. 115-116).

С другой стороны, несомненно, в греческих и эллинизированных провинциях, а также в греческих городах южной Италии уже существовала аналогичная форма залога под именем ипотеки (hypotheca) даже в отношениях между частными лицами.

Наконец, и описанные выше случаи pignus с precarium могли наводить на мысль о возможности усовершенствовать эту форму, придав положению должника более независимый от кредитора характер.

Как бы то ни было, но новая форма залога, получившая впоследствии название hypotheca и сохранившая это название до сих пор (согласно исследованиям Фера, это название официально введено в римский юридический язык только Юстинианом и в "Corpus" везде интерполировано; классические юристы говорили о "rem pignori obligare"), проникла и в частный римский оборот, получив свою санкцию в преторском эдикте. Можно спорить о том, какой из указанных выше образцов сыграл в деле выработки этой формы главную роль: по мнению одних (Дернбург) – греческая hypotheca, по мнению других (Йордан, Маниг) – предиатура, по мнению третьих (Герцен) – pignus. Во всяком случае, конкретно историческое возникновение этой формы в римском праве представляется в следующем виде.

Древнейшим случаем, где нашла себе осуществление идея ипотеки, был залог движимости квартиранта или арендатора. С развитием найма квартир и мелких сельских участков установился обычай, что все привезенное с собой квартирантом или арендатором, все так называемое illata, invecta, inducta (мебель, сельскохозяйственные орудия и т.д.) закладывались хозяину с целью обеспечения исправного выполнения обязанностей из найма со стороны квартиранта или арендатора. Весьма вероятно, что этот обычай выработался на почве договоров о pignus и precarium. Квартирант, таким образом, оставался собственником и владельцем своей движимости, но она была pignori obligatio в пользу кредитора; в случае неуплаты квартирных денег кредитор мог не выпустить вещей из квартиры. Отношения этого рода в последнем столетии республики, когда масса бедноты ютилась по наемным квартирам и сидела на мелких участках, вызывали, по-видимому, много жалоб и злоупотреблений, а вследствие этого и особое внимание претора. В городах особенно часты были злоупотребления со стороны домохозяев: под предлогом каких-либо неисправностей по вине квартиранта хозяева часто не выпускали вещей последнего и этим лишали его возможности переселиться на другую квартиру. Чтобы облегчить положение квартирантов, претор стал давать им interdictum de migrando . По поводу аренды сельских участков, напротив, более затруднительным оказывалось положение хозяев: находясь вне постоянного надзора, арендатор легко мог вывезти вещи. Для того, чтобы предоставить хозяевам возможность получить эти вещи, преторский эдикт установил особое средство – interdictum Salvianum (Gai. IV. 147). Но этот интердикт направлялся только против самого colonus, а не против третьих лиц; для того же, чтобы вытребовать iliata invecta, inducta от последних, несколько позже был установлен другой иск – actio Serviana. Благодаря этому последнему иску, право хозяина на инвентарь арендатора приобрело характер настоящего вещного права: хозяин мог отыскивать эти вещи из рук всякого владельца их.

Actio Serviana, установленная для одного частного случая, явилась первой брешью в стене, загораживавшей свободное развитие закладного права. Ипотека, признанная для одного случая, требовала себе признания и в других, – и в классическом праве появляется, наконец, под названием actio quasi-Serviana или actio hypothecaria in rem, общий иск для всех тех случаев, когда по договору сторон залог установлен в форме ипотеки, то есть с сохранением в руках должника как собственности, так и владения заложенной вещью. В случае неуплаты долга кредитор может посредством этого иска вытребовать заложенную вещь себе как от самого залогодателя, так и от всех посторонних лиц; последующие распоряжения залогодателя относительно вещи для кредитора не имеют значения. Но раз вещное право было признано для случаев ипотеки, тем более необходимо было признать его и для случаев pignus, и действительно, actio quasi-Serviana стала применяться и здесь под именем actio pigneraticia.

Так была разрешена задача в одном направлении: закладное право стало подлинным вещным правом, причем были выработаны две формы залога: с передачей владения – pignus и без передачи его – hypotheca. Обе формы существуют рядом на выбор сторон, хотя в то же время сохраняется и старая цивильная форма fiducia. Для своего установления hypotheca не нуждается в каком-либо особом вещном акте: вещное право возникает уже с момента соглашения.

Оставалась, однако, еще неразрешенной задача в другом направлении: надо было определить существенное содержание закладного права.

Как было указано, на первых порах pignus предоставляло кредитору только право удерживать вещь до уплаты долга; каких-либо иных прав кредитор не имел; продажа вещи, даже в случае неуплаты долга, являлась с его стороны furtum. Но, разумеется, это было слабое обеспечение, и обыкновенно при самом установлении pignus кредитор выговаривал себе добавочные права: или право продать вещь – pactum de vendendo, или же право удержать вещь в собственность – lex commissoria. Но в обоих случаях необходимо было особое соглашение об этом, так как ни то ни другое право само собою нее подразумевалось. То же самое имело место и в случаях ипотеки. В таком виде закладное право существует еще в первые столетия империи: юрист Яволен, например, говорит, что продажа вещи без pactum de vendendo составляет furtum (fr. 74. D. 47. 2).

Мало-помалу, однако, все более и более выясняется, что закладное право без права продажи лишено своего надлежащего обеспечительного значения, и юристы конца классического периода начинают всякий закладной договор толковать в том смысле, что кредитору самим этим договором предоставляется jus vendendi; если же стороны этого права не желают, они должны особым соглашением его исключить (Ульпиан – fr. 4 D. 13. 7). Таким образом, если ранее было необходимо особое pactum de vendendo, то теперь необходимо особое pactum de non vendendo.

Наконец, в праве послеклассическом развитие было завершено. С одной стороны, император Константин запретил lex commissoria, как соглашение, по большей части прикрывающее сделки ростовщические. С другой стороны, Юстиниан постановил, что даже pactum de non vendendo не устраняет права продажи в случае неуплаты долга, а лишь несколько затрудняет его, возлагая на кредитора обязанность три раза предварительно напомнить должнику об уплате. В результате этих мер закладное право определилось окончательно как вещное право продажи чужой вещи, каковым оно и является по существу.

Но закладное право сохраняет в римском праве все черты добавочного, акцессорного права: оно существует только как обеспечение долгового требования и разделяет судьбу этого последнего. Оно должно дать кредитору только то, на что он имеет право, по его личному требованию, должно гарантировать его от убытков, а не приносить ему какие-либо прибыли. Вследствие этого, если дело дойдет до продажи вещей и вырученная сумма будет превышать долг, кредитор обязан излишек – так называемый hyperocha – выдать должнику. Если же вырученная сумма окажется ниже долга, на недополученное кредитор сохраняет личное требование против должника.

Установить ли залог в форме pignus или в форме hypohteca – это зависело от воли сторон. В противоположность современному праву, которое знает для движимых вещей только так называемый ручной залог (pignus), а для недвижимых только ипотечный, римское право допускало для всех вещей как ту, так и другую форму. Если залог был соединен с передачей вещи (pignus), владение кредитора отнюдь не давало ему права пользования заложенной вещью; такое пользование составляло вид кражи, furtum usus. И лишь особым соглашением такое право пользования могло быть предоставлено (antichresis).

На одну и ту же вещь – например, имение, дом – могло оказаться несколько ипотек: вещь заложена сначала одному, потом другому и т.д. Не препятствуя такому залогу несколько раз, часто необходимому в известных хозяйственных условиях, римское право установило для этого случая принцип приоритета: сначала удовлетворяется первое по времени закладное право, потом из излишка второе и т. д.

**ПРАВО ПОСЛЕКЛАССИЧЕСКОЕ. ОБЪЕДИНЕНИЕ ЦИВИЛЬНОГО И ПРЕТОРСКОГО ПРАВА**

Сложная система вещных отношений, возникнувшая в период республики и слагавшаяся из нескольких переплетающихся между собой исторических пластов (вещные права квиритские, преторские, перегринские и провинциальные), представляла, конечно, множество практических неудобств. Задачей империи и здесь является уравнение исторически разнородного и упрощение.

Что касается права собственности, то из четырех указанных видов его прежде всего отпадал вид собственности перегринской; закон Каракаллы 212 г., даровавший всем подданным Римской империи право гражданства, этим самым уничтожил необходимость ее отдельного существования. Но она недаром существовала в прошлом: ее свободное от всяких местных особенностей содержание и циркулирование в обороте оказало большое влияние на самое понятие и построение собственности римской.

С установлением при Диоклетиане нового административного деления территории и с уничтожением прежнего юридического значения провинций исчезла и система особых провинциальных вещных прав. Подчинение всего (и италийского) землевладения новым поземельным податям (capitatio terrena и capitatio humana) лишила solum Italicum прежних податных привилегий.

Таким образом, в период монархии сохранялось еще различие между собственностью квиритской и преторской (бонитарной). Но это различие, главным образом сказывавшееся в различии исковых средств защиты (rei vindicatio – actio Publiciana), почти совершенно утратило свое практическое значение с тех пор, как формулярный процесс заменился бесформальным экстраординарным процессом. Да и главный источник квиритской собственности – формальное приобретение res mancipi – мало-помалу иссякает; самое деление вещей на res mancipi и nec mancipi давно сделалось анахронизмом. И можно сказать, что деление собственности на dominium ex jure Quiritium и in bonis esse на практике было давно забыто, когда Юстиниану пришлось вспомнить об этом по поводу кодификации. Составляя "Digesta", компиляторы встретились с этими различиями в сочинениях классических юристов, и дабы покончить с ними, обратились к Юстиниану. Двумя своими указами Юстиниан формально уничтожает эти остатки старины. Один из этих указов – указ 530 г. de nudo ex jure Quiritium tollendo (c. unica C. 7. 25) – уничтожает различие между собственностью квиритской и бонитарной. Текст этого указа характерен: по словам Юстиниана, квиритское право ничем не отличается от загадки и никогда не может быть зримо ("nihil aenigmate discrepat nec umquam videtur nec in rebus apparet"); оно только пустое слово, отпугивающее студентов ("vacuum et superfluum verbum, per quod animi iuvenum… perterriti"); отныне не должно быть никакого различия между собственниками, всякий есть "plenissimus et legitimus dominus". – Другой указ 531 г., посвященный реформе института давности, в конце касается вопроса о res mancipi и nec mancipi и уничтожает это деление во избежание "inutiles ambiguitates" (c. 1. 5. C. 7. 31). Так умерли эти пережитки глубокого народного детства, казавшиеся современникам Юстиниана уже только "antique subtilitatis ludibrium".

Также выходят из употребления в течение этого периода и старые квиритские способы передачи права собственности – mancipatio и in jure cessio. Mancipatio еще упоминается в "Codex Theodosianus", в указе 355 г., но ко времени Юстиниана она уже, как и in jure cessio, не существует. В "Digesta" во всех тех случаях, где юристы говорили о mancipatio, она заменена traditio или аналогичными выражениями ("per traditionem accipere" и т. д.).

Единственным способом перенесения права собственности по договору остается traditio. Но римское право и теперь стоит на той точке зрения, что вещное право (собственности) может быть передано только этим особым вещным актом traditio; простого соглашения сторон для этого недостаточно; "tradionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur", гласит указ Диоклетиана (c. 20. C. 2. 3).

Но, провозгласив этот совершенно правильный теоретически принцип, римское право не дало ему надлежащего развития. Особый вещный акт при переходе права собственности в другие руки желателен для того, чтобы все третьи лица могли по тому или иному внешнему признаку легче судить о том, кто собственник данной вещи. По отношению к движимым вещам переход владения (traditio) может служить таким достаточным признаком; не стесняя свободы оборота, трудно требовать большего. Иначе обстоит дело по отношению к недвижимостям: они являются наиболее важными объектами оборота, на них могут покоиться важные права других лиц (сервитуты, закладные права и т. д.). Все это привело современное право к установлению принципа публичности для актов на недвижимость, принципа, нашедшего себе наиболее полное выражение в институте поземельных книг. Всякая переуступка права собственности, всякое установление сервитута или ипотеки должны быть отмечены особой записью в официальных поземельных книгах, вследствие чего всякое заинтересованное лицо, справившись в них, может иметь верные сведения о юридическом положении интересующего его имения.

Римское право в этом направлении надлежащего шага не сделало. Движимость и недвижимость для него стоят на одной доске. Хотя старая mancipatio и не представляла полных гарантий публичности в описанном смысле, но все же она была более публична, чем бесформальная traditio; и в этом отношении отпадение mancipatio являлось даже шагом назад. О совершившейся traditio огромного имения мог почти никто не знать; прежний собственник мог еще долго в широких кругах считаться за собственника и заключать новые сделки о том же имении; разумеется, все эти сделки окажутся впоследствии ничтожными, но они оставят после себя массу вреда и разорений. Отсутствие публичности составляет поэтому едва ли не самое слабое место римского права, которое пришлось затем уже самостоятельно исправлять новым народам.

Нужно, однако, сказать, что недостаток этот уже сознавался римскими императорами, и некоторые попытки в смысле усиления публичности могут быть отмечены. Так, заслуживает указания закон императора Константина (Fr. Vat. 35), которым предписывалось совершать traditio имения в присутствии соседей – так, чтобы "contractus solemniter explicatur" и чтобы "certa et vera proprietas vicinis praesentibus demonstretur". На западе, по-видимому, был довольно распространен обычай торжественного ввода во владение – solemnis locorum introductio, даже иногда с записью в окладные книги (libri censuales). Но все это были обычаи юридически необязательные. И только в одной части римского государства дело обстояло иначе – именно в Египте. Здесь уже в I столетии по Р. Х. мы находим вполне организованный институт обязательной регистрации актов о недвижимостях, своего рода институт поземельных книг. В главном городе каждого округа существует официальное учреждение – так называемое – под начальством особых. Для совершения какого-либо акта на недвижимость (продажа, залог и т. д.) необходимо предварительное удостоверение указанного учреждения о том, что такое-то лицо является собственником данной недвижимости и что на ней нет никаких ограничений, которые бы препятствовали совершению предложенного акта. На основании такого удостоверения нотариус совершает самый акт, но этот акт должен быть представлен затем в "библиотеку" для занесения в особый реестр, который и служит источником сведений о юридическом положении недвижимостей. Каким образом установился в Египте этот порядок – вопрос не вполне выясненный: высказывается даже мысль о том, что он был заведен самими римлянами после установления владычества над Египтом. Существование этого порядка мы наблюдаем (по документам) еще в начале IV в., но удержался ли он долее, неизвестно. Во всяком случае, этот любопытный опыт, почти современный поземельной записи, остался в Римской империи местным явлением Египта и не повлиял на общеимперское римское право.

Существенной реформе подвергся в период империи институт давности. Цивильная usucapio была неприменима в отношениях между перегринами и в провинциях, а между тем давность была там нужна в такой же степени, как и в цивильных отношениях. Вследствие этого там возникает свой институт давности – так называемая longi temporis praesciptio. Общее происхождение ее, однако, иное, чем цивильный usucapio. Отправной идеей longi temporis praesciptio была не идея приобретения права собственности путем продолжительного владения (приобретательная давность), а идея погашения иска собственника вследствие долговременного непредъявления его (погасительная давность). Отсюда безразличие в сроках для движимости и недвижимости: longi temporis praesciptio требует истечения 10 лет, если истец и ответчик живут в одной провинции (inter praesentes), и 20 лет, если в разных (inter absentes), но движимость или недвижимость не имеет значения. Далее, предъявляя возражение о погашении иска, ответчик может присчитать ко времени своего владения и время владения своего предшественника (accessio temporis). Но самое существенное заключается в том, что longi temporis praesciptio являлась первоначально только возражением (praesciptio pro reo) против иска собственника, самостоятельного же права на отыскивание вещи из рук собственника или третьих лиц (если она попадет к ним по истечении срока praesciptio) владелец не имел. Но этот недостаток был восполнен впоследствии: владельцу стали давать не только возражение, но и actio ad rem vindicandam, вследствие чего longi temporis praesciptio получила характер давности приобретательной и стала находить себе применение даже в отношении между cives romani.

Таким образом, в период монархии по отношению к давности фактически дело обстояло так: в Италии действовала по общему правилу цивильная usucapio, в провинциях longi temporis praesciptio. Но такая двойственность уже перестала оправдываться реальными условиями; в частности, двухлетний срок цивильной usucapio для недвижимостей, достаточный в то время, когда территория Рима была невелика, решительно оказывался слишком кратким, когда он распространился на всю Италию. Ввиду всего этого Юстиниан особым указом 531 г. de usucapione transformanda (Cod. 7. 31) комбинировал обе исторические давности следующим образом: для движимых вещей действует usucapio, но с удлинением срока до 3 лет, а для недвижимостей longi temporis praescriptio в 10 или 20 лет, причем условия давностного владения (bona fides, justus titulus и res habilis) в обоих случаях одни и те же. Так образовалась так называемая praescriptio ordinaria.

Но рядом с нею Юстинианом была создана praescriptio extraordinaria или longissimi temporis praescriptio. Император Феодосий II указом 424 г. установил общую погасительную исковую давность в 30 (а для некоторых исков в 40) лет; по истечении этого срока истец уже не может предъявлять своего иска. Вследствие этого для лица, владеющего чужой вещью, создалось такое же положение, какое мы видели при первоначальной longi temporis praescriptio: он мог отразить иск собственника, но не имел средства для получения вещи назад, если она вышла из его рук. Юстиниан указом 528 г. (c. 8. I. C. 7. 39) сделал то, что было раньше сделано по отношению к longi temporis praescriptio: он дал такому владельцу и иск. Вследствие этого возникла вторая давность, более продолжительная по времени, но более льготная по условиям: для нее требуется только bona fides владельца; таким образом, лицо, которое не могло приобрести вещь путем обыкновенной давности (например, вследствие отсутствия justus titulus или вследствие того, что вещь была res furtiva), приобретало ее путем давности чрезвычайной.

Кроме указанных основных реформ в области способов приобретения права собственности, императорское время дало также несколько специальных постановлений, регулирующих некоторые другие случаи приобретения права собственности. Таков указ Адриана, подтвержденный Юстинианом, о судьбе найденного клада (thesaurus): половина принадлежит нашедшему, половина – собственнику земли, в которой клад найден. Таково решение Юстиниана, устранившее старый спор между прокульянцами и сабиньянцами о судьбе вещи, сделанной из чужого материала (specificatio): прокульянцы собственность на вещь отдавали тому, кто совершил specificatio, сабиньянцы – тому, кому принадлежал материал; Юстиниан взял среднее решение: вещь принадлежит хозяину материала, если она может быть возвращена в прежний вид, и спецификанту, если не может (fr. 7. 7. D. 41. 1).

В области прав на чужие вещи наиболее существенным результатом законодательной деятельности позднейших императоров явилось завершение развития права вещной наследственной аренды, намеченного уже в jus in argo vectigali преторского права.

В период империи рядом с этим jus in argo vectigali стал развиваться другой вид такой аренды под именем emphyteusis. В огромных императорских имениях (fundi patrimoniales) земли – чаще всего невозделанные – стали раздаваться арендаторам в наем за известный ежегодный оброк (canon). Первоначально этот наем был бессрочным только фактически, но затем он делается таковым и юридически. С течением времени обычай раздавать земли в вечную аренду распространяется и на частных владельцев, и сфера применения этого института расширяется. Мало-помалу незначительные различия, быть может, отделявшие jus in argo vectigali от эмфитевтической аренды, сгладились, и ко времени Юстиниана мы имеем уже один институт этого рода, обыкновенно называющийся emphyteusis. (В "Digesta" вследствие этого мы находим интерполяционные вставки – например, fr. 15. 1. D. 2. 8: "sed et qui vectigalem, id est emphyteuticum, agrum possidet, possessor intelligitur"; "id est emphyteuticum" – интерполяция).

В то же время императорское законодательство точнее определило природу эмфитевтического отношения и его содержание. Среди классических юристов вопрос о природе договора относительно сдачи agri vectigales возбуждал разногласия: одни считали этот договор наймом вещи, locatio-conductio, другие – куплей-продажей, emptio-venditio (Gai. III. 145). Вопрос этот имел для арендаторов большое практическое значение: если это договор найма, тогда по общим правилам locatio conductio арендатор в случае каких-либо чрезвычайных бедствий (неурожая и т. п.) мог требовать сложения арендной платы (remissio mercedis); если же это договор купли-продажи, то нет. Император Зенон (476-484) устранил эти разногласия, решив, что установление emphyteusis есть не наем и не продажа, а "jus tertium"; то есть контракт особого рода, причем вопрос о remissio mercedis был разрешен им отрицательно (c. 1. C. 4. 66). Далее Юстиниан установил, что в случае неуплаты оброка в течение трех лет хозяин имеет право отнять участок у владельца (jus privationis), а в случае продажи эмфитевтой своего права хозяин имеет или право преимущественной покупки (jus protimiseos), или право на пошлину в размере 2% продажной цены (laudemium – c. 2 и 3. C. 4. 66).

Что касается закладного права, то из трех форм залога, известных классическому праву, – fiducia, pigmus и hypotheca, – старейшая форма, fiducia, отпала вместе с отпадением mancipatio и in jure cessio; таким образом, ко времени Юстиниана существуют только две последние. Кроме того, что pignus заключает в себе передачу владения, а hypotheca нет, других различий между этими формами не замечается, так что Марциан мог сказать "inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt" (fr. 5. 1. D. 20. 1). В качестве наиболее любопытных явлений позднейшего времени в области залоговых отношений должны быть указаны следующие.

Закладное право и теперь устанавливается простым соглашением между сторонами. Если, как было указано, даже traditio при передаче права собственности недостаточно гарантировала оборот на недвижимости от злоупотреблений, то для установления ипотеки даже такой traditio не требовалось, вследствие чего возможность злоупотреблений на этой почве была еще больше. Давая ссуду под залог имения, кредитор никогда не мог быть уверен, что на это имение уже не существует целого ряда ипотек. Даже более того: легко были возможны злоупотребления в том отношении, что при приближении взыскания по ипотеке должник мог установить подложные (задним числом) ипотеки в пользу других лиц; раскрыть такую подложность при соглашении этих лиц с должником было, разумеется, почти невозможно. Чтобы парализовать подобные злоупотребления, император Лев указом 472 г. (c. 11. 1. C. 8. 17) постановил, что при стечении нескольких ипотек преимущество должны иметь те из них, которые установлены в письменном документе, совершенном с участием официального нотариуса (instrumenta publice confecta) или же скрепленном подписью по крайней мере трех свидетелей (instrumenta quasi publice confecta); дата таких документов считается прочной. Но указ Льва только отодвигает неформальные ипотеки на второй план при столкновении; поскольку такого столкновения нет, и они имеют полную силу; принципом остается, что ипотека может быть установлена и nuda conventione (fr. 1 pr. D. 13. 7).

Кроме закладных прав, устанавливаемых договором, в римском праве появляются закладные права, возникающие непосредственно в силу закона – hypotheca legalis (римские юристы фингировали здесь молчаливое соглашение и говорили o pignus tacite contractum – tit. D. 20. 2), и чем далее, тем случаев подобного рода встречается больше. Так, например, обычай закладывать illata квартирантов с течением времени превратился в законное закладное право домохозяина, само собою подразумевающееся. Так же точно возникли: законное закладное право собственника сельского участка на плоды его (сжатый хлеб и т.д.) по поводу неисправностей арендатора; закладное право опекаемого на имущество опекуна; закладное право фиска по поводу его требований к частным лицам и т.д. Законодательство позднейших императоров щедро расточало подобные привилегии, естественно, понижая их ценность и до крайности ослабляя силу требований непривилегированных.

Наконец, следует отметить развитие так называемых генеральных ипотек – hypotheca generalis. Рядом с обыкновенным залогом, устанавливаемым на одну определенную вещь (принцип специальности залога), появляются ипотеки на все вообще имущество лица. Такие генеральные ипотеки принадлежат уже ipso jure (в силу закона – hypotheca legalis) казне на имущество ее должников (с. 2. С. 8. 14), опекаемому на имущество опекуна, жене на имущество мужа по поводу приданого и т. д. При общей расшатанности реального кредита законодательство пыталось еще таким путем подкрепить требования, по его мнению, нуждающиеся в особом покровительстве, но лишь ухудшало этим общее положение еще более.

Недостаток публичности вещно-правовых актов на недвижимости на почве общего экономического упадка привел римскую залоговую систему в состояние чрезвычайно неудовлетворительное. В решениях классических юристов и в области залога мы находим множество чрезвычайно ценного, но все это только изящная отделка, орнаменты здания, которое должно было новым временем быть перестроено на новых началах – публичности и специальности залога, ибо только эти начала могут быть основанием здоровой системы реального кредита.