

ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОГО (ГРАЖДАНСКОГО) ПРАВА

ВЛАДЕНИЕ В СИСТЕМЕ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Часть вторая*



Д.В. ДОЖДЕВ,

ведущий научный сотрудник Института государства и права РАН,
доктор юридических наук, профессор

Историческое значение ст. 305 ГК РФ в контексте развития защиты владения в европейском праве представляет проблему избирательности посессорной защиты в терминах материально-правовой квалификации владения. Если в римском праве и наследующих ему европейских юрисдикциях распространение посессорной защиты на ситуации, при которых возникновение права собственности исключено (беститульное владение, держание), происходило при сохранении (и даже закреплении) их специфики в оппозиции к юридическому (титульному) владению, то в российском праве владение не имеет формальной определенности и фиксируется на уровне факта. Такое понимание, несомненно, снимает препятствия к распространению посессорной защиты на ситуации фактической принадлежности как таковой и даже делает их первичным и естественным объектом защиты, нацеленной на возвращение вещи под фактический контроль потерпевшего или пресечение беспокойства, но блокирует развитие института владения в системе гражданского права, поскольку не нуждается в дальнейшей формализации и разработке материально-правовых оснований, казалось бы, найденной «фактической» природы об-

* Окончание. Начало см. № 4 за 2009 г.

суждаемого отношения. Этот подход получил дальнейшее развитие в Концепции развития гражданского законодательства, где имеющиеся рекуператорные и негативные формы защиты, параллельные исковой защите собственника, предполагается дополнить защитой от произвола и насилия, сходной с деликтными средствами, известными европейским юрисдикциям (*Spolienklage, réintégrande*)¹. Приближение к идеальной посессорной схеме, разработанной в доктринальных трудах прошлого, обещает неизбежные трудности практического осуществления. Декларируемое безразличие к формальной стороне владения вызывает справедливые возражения², отмечающие прежде всего невозможность определения фактической ситуации как таковой и оправдания преимущества одного факта перед другим, установления обоснованной иерархии сходных по типу фактов.

Поиск основания защиты владения должен быть дополнен формальным определением владения, где оно будет последовательно отличаться и от права, (собственности), и от факта (держания).

Временное владение по договору традиционно противопоставляется владению на себя как владение на другое лицо, илидержание (*détention, Detention*). В таких ситуациях владельцем признается лицо, передавшее вещь по договору, так что владение для другого лица, собственно, владением не признается. Определение владения в Кодексе Наполеона объединяет владение вещами и владение правами, противопоставляя самостоятельное владение владению от чужого имени:

Ст. 2228³:

Владение — это держание или пользование вещью или правом, которую мы держим или которое мы отправляем сами или через другое лицо, которое ее держит или которое его отправляет от нашего имени.

¹ Концепция развития гражданского законодательства // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11. С. 43. См. также: Концепция развития законодательства о вещном праве // Вестник ВАС РФ. 2009. № 4. С. 105 сл. Вызывает недоумение трактовка в Концепции защиты по ст. 305 ГК РФ как «виндикационного иска», как и намерение упразднить это средство защиты, будто предлагаемая «владельческая защита» может составить ему конкуренцию (см.: Концепция развития законодательства о вещном праве // Вестник ВАС РФ. 2009. № 4. С. 108). В последнем варианте (см.: Концепция развития гражданского законодательства // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11. С. 45) ст. 305 РФ ГК прямо не упоминается и речь идет об очевидном (п.4 ст. 216 ГК РФ) предоставлении виндикационного иска только субъектам вещных прав (п. 1.8). Такая редакция оставляет надежду на благоразумное решение.

² Рудоквас А.Д. Владение и владельческая защита в Концепции развития законодательства о вещном праве // Вестник ВАС РФ. 2009. № 5. С. 22 сл.; 47 сл.

³ Art. 2228:

La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom.

В контексте приобретательной давности (в котором рассматривается владение во французском гражданском праве⁴) владение для другого лица выступает в качестве состояния, лишенного юридического значения⁵.

Ст. 2236⁶:

Лица, которые владеют для другого, никогда не приобретают по давности, сколько бы времени это ни продолжалось.

Поэтому арендатор земельного участка, поклажеприниматель, узупруктуарий и все прочие, кто осуществляют прекарное держание вещи собственника, не могут приобретать по давности.

Прекарное держание — это временное держание по договору, включая держание субъектов права на чужую вещь (как узупрукт), и соответствует нашему законному владению в смысле ст. 305 ГК РФ. Наследники таких лиц (*héritiers*) также владеют самостоятельно и не могут приобретать по давности (art. 2237), поскольку их владение осуществляется на том же основании, что и владение правопродшественника. Постоянство основания (титула) выступает в качестве определяющей объективной характеристики владения:

Ст. 2240⁷:

Нельзя осуществлять приобретательную давность вопреки своему титулу, в том смысле, что никоим образом нельзя произвольно изменить основание и начало своего владения.

⁴ Уже Брунс отмечал, что такая систематика отражает недооценку института французским законодателем (см.: *Bruno C.G. Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*. Tübingen: H. Laupp, 1848. S. 442).

⁵ Французский Кодекс совмещает приобретательную давность и исковую (применительно к виндикации), что означает, что владение имеет значение не только для давности (вопреки мнению Х. Петера: *Peter H. Zur Regelung des Besitzes im französischen Code civil // Festschrift H. Hübner*. Berlin; New York: De Gruyter, 1984. S. 174): владение, противопоставленное праву собственника, выступает прежде всего как самостоятельное владение и отличается от держания (прекарного, несамостоятельного владения).

⁶ Art. 2236:

Ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais, par quelque laps de temps que ce soit.

Ainsi, le fermier, de dépositaire, l'usufruitier, et tous autres qui détiennent précairement la chose du propriétaire, ne peuvent la prescrire.

⁷ Art. 2240

On ne peut pas prescrire contre son titre, en ce sens que l'on ne peut point se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession.

Владение на себя всегда предполагается, пока не доказано, что владение осуществляется для другого лица (art. 2230). Отчуждение вещи прекарным держателем в пользу третьего лица на основании, направленном на перенос собственности (*titre translatif de propriété*), создает на стороне получателя самостоятельное владение, которое открывает возможность приобретательной давности (art. 2239). В этом случае собственник, лишившийся владения помимо своей воли, может отсудить по виндикации вещь у приобретателя, а также привлечь держателя, самовольно распорядившегося чужой вещью, к ответственности по договору. Сам держатель — не совершая отчуждения — может противопоставить свое владение собственнику (art. 2238), который таким образом оказывается в просрочке по опровержению брошенного вызова (Req. 31 déc. 1924 : D.H. 1925, 41). Это так называемое преобразование основания (*intervertion de titre*), которое также ведет к утрате владения прежним владельцем помимо его воли⁸.

Противопоставление владения держанию было определено выражено и в первом проекте Гражданского уложения Германии (1888 г.).

§ 797⁹:

Владение вещью приобретается посредством установления фактической власти над вещью (держания) в соединении с волей держателя обладать вещью как собственной (воля владеть).

⁸ Сходное регулирование предусматривает и Гражданский кодекс Италии (1942 г.).

Art. 1140 Possesso

Il possesso e il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale.

Si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona, che ha la detenzione della cosa.

Art. 1141 Mutamento della detenzione in possesso

Si presume il possesso in colui che esercita il potere di fatto, quando non si prova che ha cominciato a esercitarlo semplicemente come detenzione.

Se alcuno ha cominciato ad avere la detenzione, non può acquistare il possesso finché il titolo non venga ad essere mutato per causa proveniente da un terzo o in forza di opposizione da lui fatta contro il possessore. Ciò vale anche per i successori a titolo universale.

Владение

Владение — это власть над вещью, которая проявляется в деятельности, соответствующей осуществлению собственности или иного вещного права.

Можно владеть непосредственно или посредством другого лица, которое осуществляет держание вещи.

Преобразование держания во владение

Владение лица, осуществляющего фактическую власть, презюмируется, пока не доказано, что оно начало осуществлять его как простое держание.

Если кто-либо начал осуществлять держание, он не может приобрести владение, если титул не будет изменен на основании, исходящем от третьего лица, или вследствие противостояния с его стороны собственнику. То же самое действует и в отношении универсальных правопреемников.

⁹ §797: Der Besitz einer Sache wird erworben durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache (Inhabung) in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben (Besitzwille).

«Субъективная» концепция владения, воспринятая Б. Виндшейдом¹⁰ из учения Савиньи и его последователей, встретила критику Йеринга¹¹, Колера¹² и Гирке¹³. В результате Вторая комиссия изменила позицию, отождествив владение с фактом держания (с известным исключением для слуги владения — *Besitzdiener* (§778 = §855))¹⁴. Прямого определения владения в ГГУ нет: редукция владения к внешнему признаку — осуществлению «фактической власти» над вещью — выражена в норме о приобретении владения.

§ 854¹⁵:

Приобретение владения

Владение вещью приобретается установлением фактической власти над вещью.

Однако указанная перемена не изменила структурное различие держания и владения. Редукция владения к держанию была компенсирована признанием владения на стороне лица, отдавшего вещь в прекарное держание, так что возникло «двойное» владение: держатель признавался «непосредственным владельцем», тогда как лицо, отдавшее вещь в держание и остающееся юридическим

¹⁰ *Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I. 6. Aufl. Frankfurt: Rütten & Koenig, 1887. S. 484 sq. (§ 149 sq.)* Положения ГГУ о приобретении владения прямо следуют учению Виндшейда о необходимости для приобретения владения (§ 153) установить фактическую власть с волей обладать вещью (*Aneignungswille*), которую он решительно отличает от воли собственника — *animus domini*, критикуя Йеринга (S. 486–487 A. 6) и даже отказываясь следовать критерию Савиньи об устранении постороннего вмешательства: достаточно возможности осуществлять воздействие на вещь по своему усмотрению (S. 500–501 A. 8).

¹¹ *Jhering R. v. Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode. Jena: H. Fischer, 1889. S. 470 sqq.*

¹² *Kohler J. Zur Besitzlehre // AcP. 1886. № 69. S. 152 sqq.; 171 sq.* Колер, опираясь на источники римского права, призывал видеть во владении исключительно фактическое отношение (*faktischer Verhältnisse*).

¹³ *Gierke O. v. Der Entwurf eines BGB und das deutsche Recht. Leipzig: Duncker & Humblot, 1889. S. 294 sqq.* Гирке трактовал владение как держание (*Inhabung*), допуская защиту владения держателя против владельца (S. 307). Эту позицию трудно признать последовательной. Так, Гирке наряду с отождествлением владения с держанием, призывал восстановить конструкцию владения правами в феодальном духе, считая ее свойственной традиционному германскому праву (S. 297).

¹⁴ См. подробнее: *Schubert W. Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des BGB (Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft 10). Berlin, 1966. S. 73 sqq.; Lohsse S. Gutgläubiger Erwerb, mittelbarer Besitz und die Väter des BGB // AcP. 2006. № 206. S. 527 sqq.; Bömer G. Besitzmittlungswille und mittelbarer Besitz. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. S. 105 sqq.* Весьма критично об опосредованном владении: *Wendt. Der mittelbare Besitz des bürgerlichen Gesetzbuches // AcP. 1897. № 87. S. 40 sqq.*

¹⁵ **§ 854 Erwerb des Besitzes**

(1) Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben.

владельцем, по-прежнему в согласии с европейской правовой традицией считалось осуществляющим владение через другого и стало рассматриваться как «опосредованный владелец»¹⁶.

§ 868 [Mittelbarer Besitz]:

Besitz jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz).

Если кто-либо владеет вещью в качестве usufructуария, залогодержателя, арендатора, нанимателя, хранителя или на основании любого подобного отношения, в силу которого это лицо уполномочено или обязано временно осуществлять владение по отношению к другому лицу, то это другое лицо также является владельцем (опосредованное владение).

Применительно к приобретению владения (к которому относится и сведение владения к «фактической власти» над вещью (§ 854)) традиционное воззрение, согласно которому юридическое владение не сводится к фактическому держанию, выражено в конструкциях «передачи короткой рукой» (*traditio brevi manu*) и конститутивного признания владения (*constitutum possessorium*).

§ 854¹⁷:

Приобретение владения

(2) Соглашения прежнего владельца с приобретателем достаточно для приобретения владения, если приобретатель находится в состоянии осуществлять власть над вещью.

Здесь владелец передает владение держателю, изменив основание его держания по договору о приобретении (*Einigung*): владельцем назван отчуждатель, несмотря на то, что «фактическую власть» над вещью на момент заключения такого договора осуществляет приобретатель владения. Эта конструкция находится в очевидном структурном противоречии с режимом «двойного владения»: владельцем признается лишь одно лицо, отчуждатель, тогда как приобретатель владения, держатель, владеющий в соответствии с определением

¹⁶ Опосредованное владение восходит к германской многоступенчатой феодальной инвеституре – *mehrfache (ledigliche – brukende) Gewere* (см.: *Wieling H.J. Sachenrecht: Ein Handbuch. Bd. 1: Sachen, Besitz und Rechte an Beweglichen Sachen. 2. Aufl. Berlin: Springer, 2006. S. 126*).

¹⁷ § 854 **Erwerb des Besitzes**

(2) Die *Einigung* des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerb, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben.

§ 854(1), владельцем еще не признается: он станет им лишь с изменением основания, когда перестанет владеть для другого и станет владеть самостоятельно¹⁸. *Constitutum possessorium* также предполагает различие владения и держания: здесь приобретатель становится владельцем, тогда как отчуждатель получает положение держателя на его имя, оставляя вещь у себя на основании поклажки, ссуды, аренды или в узуфрукт. Такая конструкция возможна только в контексте традиционной трактовки владения и несовместима с режимом «двойного владения». В Германском гражданском уложении *constitutum possessorium*, в отличие от *traditio brevi manu*, которая трактуется как способ приобретения владения, рассматривается как способ приобретения права собственности.

§ 930¹⁹:

Конститутивное признание владения

Если собственник находится во владении вещью, то передача может быть заменена тем, что между ним и приобретателем будет установлено правоотношение, в силу которого приобретатель получает опосредованное владение.

Такое изменение трактовки, связанное с тем, что и передача трактуется как способ приобретения права собственности (а не владения)²⁰, снимает напряжение, возникающее в рамках теории «двойного владения», но нарушает согласование *constitutum possessorium* с *traditio brevi manu* и не может спас-

¹⁸ Определение самостоятельного владения (*Eigenbesitz*) в § 872 BGB принимает во внимание основание – «тот, кто владеет вещью как принадлежащей ему» (“*wer eine Sache als ihm gehörend besitzt*”), устанавливая точную параллель римскому владению *pro suo* (как своим собственным), однако доктрина отождествляет *Eigenbesitz* с владением на себя, признавая его и на стороне самостоятельного недобросовестного владельца (вора) (см.: *Wolf M. Sachenrecht. 22. Aufl. München: C.H. Beck, 2006. S. 83*). Только владелец вещью как своей собственной может приобретать ее по давности (§ 937 (1)), однако абз. 2 § 937 специально исключает приобретение по давности для владельца, бывшего недобросовестным в момент приобретения владения как своим собственным (*Eigenbesitz*), показывая, что понятие владения как собственным совпадает с понятием самостоятельного владения. Сходным образом абз. 1 § 939 противопоставляет владельца как своим собственным владельцу, который, владея опосредованно, производит свое право на владение от владельца как собственным (“*der sein Recht zum Besitz v. dem Eigenbesitzer ableitet*”). Это понимание воспроизводит традиционную оппозицию «владение для себя – владение для другого», которая, таким образом, остается значимой и для германского права. Мы скоро вернемся к этому вопросу.

¹⁹ § 930 *Besitzkonstitut*

Ist der Eigentümer im Besitze der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt.

²⁰ Сходным образом в российском Гражданском кодексе (п. 2 ст. 224) *traditio brevi manu* представлена как способ приобретения права собственности, заменяющий передачу (как вручение или сдачу перевозчику).

ти от противоречия, существующего между нормами второго и первого пунктов § 854²¹.

Опосредованный владелец активно легитимирован на защиту от запрещенного самоуправства (§ 861 Anspruch wegen Besitzentziehung), которое, по определению, нарушает именно фактическое держание («непосредственное владение»), как если бы нарушение затрагивало его самого, требуя возвращения вещи «непосредственному владельцу» или себе самому (§ 869)²². Нарушение фактического держания, таким образом, усматривается применительно к лицу, передавшему «непосредственное» владение другому. Для права вещь фактически (!) находится у кредитора.

Наиболее ярко различие держания («непосредственного владения») и юридического владения («опосредованного владения») проявляется в пассивной легитимации на виндикацию. Если по общему правилу § 985 собственник может требовать выдачи вещи от любого владельца²³, то в случае предъявления иска к «непосредственному владельцу» такой владелец может просто выдать вещь «опосредованному владельцу» и уйти от ответственности по виндикации.

§ 986²⁴:

Возражения владельца

(1) Владелец может отказать в выдаче вещи, если он или опосредованный владелец, от которого исходит его право на владение, уполномочен

²¹ Беккер предлагал отменить *constitutum possessorium*, но не видел подобной проблемы в *traditio brevi manu* (см.: *Bekker E.J. Der Besitz beweglicher Sachen // Jherings Jahrbücher. 1895. № 34. S. 1 sqq.*), Сходное «неразрешимое противоречие» усматривают между § 933 и § 934 применительно к суррогатам передачи от несобственника (см.: *Picker E. Mittelbarer Besitz, Nebenbesitz und Eigentumsvermutung in ihrer Bedeutung für den Gutgläubenserwerb // AcP. 1988. № 188. S. 511 sqq.; esp. 515 sq.; 524 sq.; Bömer G. Op. cit. S. 214 sqq.*). На этой почве может возникнуть конфликт опосредованных владений – *Nebenbesitz* (см.: *Medicus D. Gedanken zum Nebenbesitz // Festschrift H. Hübner. S. 611 sqq.; Picker E. Op. cit. S. 533 sqq.*).

²² **BGB § 869 Ansprüche des mittelbaren Besitzers**

Wird gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt, so stehen die in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche auch dem mittelbaren Besitzer zu. Im Falle der Entziehung des Besitzes ist der mittelbare Besitzer berechtigt, die Wiedereinräumung des Besitzes an den bisherigen Besitzer zu verlangen; kann oder will dieser den Besitz nicht wieder übernehmen, so kann der mittelbare Besitzer verlangen, dass ihm selbst der Besitz eingeräumt wird. Unter der gleichen Voraussetzung kann er im Falle des § 867 verlangen, dass ihm die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache gestattet wird.

Если в отношении владельца совершается запрещенное самоуправство, то требования, предусмотренные в §§ 861, 862, также принадлежат опосредованному владельцу. В случае лишения владения опосредованный владелец может потребовать восстановления владения прежнего владельца; если последний не может или не намерен вновь вступить во владение, то опосредованный владелец может потребовать, чтобы владение было предоставлено ему самому. При наличии такой предпосылки он может потребовать, чтобы в случае, предусмотренном в § 867, ему были разрешены отыскание и изъятие вещи.

²³ **§ 985 Herausgabeanspruch**

Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen.

²⁴ **§ 986 Einwendungen des Besitzers**

(1) Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Ist der mittelbare Besitzer nicht befugt, so kann der Eigentümer von dem Besitzer die Herausgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer oder, wenn dieser den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will, an sich selbst verlangen.

на владение по отношению к этому собственнику. Если опосредованный владделец не управомочен, то собственник может требовать от владельца выдачи вещи опосредованному владельцу или, если последний не может или не хочет принимать вещь обратно, – самому себе.

Эта норма примечательна также тем, что демонстрирует объективную дифференциацию владения для целей виндикации: только владделец, не управомоченный на владение по отношению к собственнику («незаконный владделец» в отечественной традиции), выступает надлежащим ответчиком: владделец, осуществляющий непосредственное владение от собственника, так что собственник остается владельцем «опосредованным», вообще не легитимирован пассивно на виндикацию. Истребование вещи допускается только в том случае, если между владельцем-ответчиком и собственником-истцом нет правоотношения, которое дает владельцу правомочие владеть. Владделец будет ответчиком, только если он самостоятельный владделец. Сходным образом ответчик-держатель, ведущий свое «фактическое владение» от «опосредованного владельца», также не является надлежащим ответчиком. Согласно § 987 (Nutzungen nach Rechtshängigkeit – выгоды, полученные после вчинения иска) ответчик по виндикации отвечает перед собственником за выгоды, которые он получил (абз. 1 § 987) или должен был получить (абз. 2 § 987) от вещи, а также за убытки, связанные с ухудшением или гибелью вещи по его вине (§ 989). Недобросовестный владделец отвечает за выгоды, которые он получил или должен был получить с момента получения владения (§ 990); владделец, получивший владение безвозмездно, отвечает только за полученные выгоды по правилам о неосновательном обогащении, но также с момента получения владения (§ 988). Положение же «непосредственного владельца» в данном отношении определяется квалификацией «опосредованного владельца».

§ 991²⁵:

Ответственность посредника во владении

(1) Если владделец ведет право владения от опосредованного владельца, то предписания § 990 находят соответствующее применение в отношении выгод лишь тогда, когда предпосылки § 990 выполняются также

²⁵ § 991 Haftung des Besitzmittlers

(1) Leitet der Besitzer das Recht zum Besitz von einem mittelbaren Besitzer ab, so findet die Vorschrift des § 990 in Ansehung der Nutzungen nur Anwendung, wenn die Voraussetzungen des § 990 auch bei dem mittelbaren Besitzer vorliegen oder diesem gegenüber die Rechtshängigkeit eingetreten ist.

(2) War der Besitzer bei dem Erwerb des Besitzes in gutem Glauben, so hat er gleichwohl von dem Erwerb an den im § 989 bezeichneten Schaden dem Eigentümer gegenüber insoweit zu vertreten, als er dem mittelbaren Besitzer verantwortlich ist.

применительно к опосредованному владельцу или против него также возбуждено судебное разбирательство.

(2) Если владелец при приобретении владения был в доброй совести, он также с момента приобретения владения отвечает перед собственником за убытки, предусмотренные в § 989, в той мере, в какой он отвечает перед опосредованным владельцем.

«Двойное владение» оборачивается двойным ответчиком по виндикации.

Попытка свести владение к держанию, к фактической стороне владения, ведет, вопреки намерениям законодателя, не к упрощению, а к усложнению отношений. Эта закономерность еще более наглядно проявляется в голландском праве. Новый гражданский кодекс Нидерландов (*Neuw Nederlands Burgerlijk Wetboek – NNBW*) определяет владение как «факт держания имущества для себя» (Boek 3 Art. 107 (3.5.1)). Такое регулирование сопровождается не только различием непосредственного и опосредованного владения, как в германском праве, но и допущением опосредованного держания (*middellijk houderschap*) наряду с непосредственным (*onmiddellijk*). Тем самым идея держания как фактического положения разрушается и на ее место ставится формальное понятие, как в классическом римском праве. Правила расчетов по виндикации (Art. 120–123 (3.5.14 – 3.5.15b)) применяются к держателю только с учетом его правоотношения с лицом, для которого он осуществляет держание (Art. 124 (3.5.16)). Определением владения выступает правоотношение между владельцем и держателем на чужое имя (Art. 110 (3.5.4)), которое опирается на недопустимость произвольного изменения основания владения (Art. 111 (3.5.5))²⁶ и «воззрения делового оборота», которые противопоставляются произвольному субъективному суждению держателя (Art. 108 (3.5.2))²⁷.

К «воззрениям делового оборота» (*Verkehrsanschauung*, или *Verkehrsauffassung*, что одно и то же) вынуждена прибегать германская доктрина и судебная практика, лишенная нормативного определения владения. Если голландские авторы прекрасно различают собственность, владение и держание²⁸, то в Германии легальное определение владения как «фактической власти»

²⁶ Так, комментаторы отмечают, что держатель не может передавать владение посредством *constitutio possessorium*, поскольку этот способ заключается в изменении основания (см.: *Kleijn W.M., Jordaans J.P., Krans H.B., Ploeger H.D., Steketee F.A.* Property Law // Introduction to Dutch Law / J. Chorus, P.H. Gerver, E. Hondius, A. Koekkoek (eds.). 3 ed. The Hague; London; Boston: Kluwer Law International. P. 109). Исходя из каузальности передачи, признанной в голландском праве (*ibid.*, p. 103), следует исключить возможность для держателя передавать владение в любом случае (держатель должен сначала стать владельцем, произвольно изменив основание владения, – тогда он будет передавать вещь уже не как держатель, а как противоправный владелец).

²⁷ “Verkeersopvatting” – понятие, сходное с немецким “Verkehrsanschauung” (см.: *Kleijn W.M., Jordaans J.P., Krans H.B., Ploeger H.D., Steketee F.A.* Op. cit. P. 109).

²⁸ *Ibid.* P. 91.

дезориентирует практику, которая апеллирует к «представлениям повседневной жизни» для решения конкретных казусов²⁹.

Уже Первая комиссия столкнулась с проблемой определения «фактической власти» для целей приобретения владения. Редактор проекта Уложения Рейнхольд Йохов констатировал: «Фактическая власть над движимой вещью достигается посредством установления определенного отношения с вещью, при котором приобретатель получает непосредственное господство над вещью или считается получившим в соответствии с обычаем и обычновениями»³⁰. Йохоф ссылался на «Прусское частное право» Г. Дербурга (*Dernburg H. Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. Bd. I. 5. Aufl. Halle, 1894. S. 340 (§ 153)*), но там говорится об общественном признании частного притязания (“Annerkennung”), т.е. признается, что оборот покоится на нормативном, а не на фактическом порядке. Сам редактор предлагал различать владение и держание на основе критерия воли владеть самостоятельно. Итоговый протокол говорит о «выявлении установления фактического отношения лица к вещи в соответствии с господствующими воззрения оборота» (“nach in dem Verkehre herrschenden Anschauungen sei es dann zu beurtheilen, ob das thatsächliche Verhältnis der Person zur in Besitz genommenen Sache ausreiche”) как показателе приобретения владения³¹. Эта беспомощность вызвана трактовкой владения как фактической, а не формально-юридической ситуации³² и вызывает логичную критику такой «натуралистической» юриспруденции³³. Возможно, романские правопорядки (не только французское и итальянское, но и греческое и португальское право), которые трактуют владение как внешнее

²⁹ См.: *Baldus Chr. Die systematische Funktion der sogenannten Verkehrsauffassung beim Verlust des Besitzes: Portugiesisches, deutsches und römisches Modell // ZEuP. 2006. № 14. S. 770 A. 21*, со ссылкой на решение Федерального суда о деньгах, оставленных в супермаркете (см.: *Bundesgerichtshof (BGH) 24.6.1987, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen 101, 186, 188* и более ранние решения).

³⁰ *Baldus Chr. Op. cit. S. 776*, со ссылкой на Prot. I 3386 из издания: *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen / H.H. Jakobs, W. Schubert (Hg.). Bd. I. Berlin; New York, 1985. S. 109*.

³¹ *Ibid. S. 777–778*, со ссылкой на официальный протокол Prot. I 3334 (*Mungau B. Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. III. Berlin, 1899. S. 509*).

³² В этом смысле уже Виндшейд (*Windscheid B. Op. cit. S. 499*), державшийся «волевой теории», но сводивший владение к «фактической власти», которую он трактует шире, чем физический контакт, – как осуществление контроля и возможность воздействия на вещь, демонстрирует неспособность определить владение, сбиваясь на малоубедительные примеры из жизни и оставляя составителям ГГУ и последующим поколениям немецких юристов плохое наследство. Так, формула Вилинга, который говорит о «статистической вероятности иметь возможность осуществлять власть над вещью» (*Wieling H.J. Op. cit. S. 143*), немногим отличается от подхода Виндшейда, что показывает невозможность другого критерия (вообще какого-либо критерия) в рамках существующего в Германии легального определения владения.

³³ *Baldus Chr. Op. cit. S. 766; 781 sq.*

проявление правовой позиции, испытывают меньшие трудности в нахождении фактического субстрата владения. Акцент на *animus (domini)* не снимает проблему, но, видимо, способствует установке на нормативное (объективное) определение владения³⁴.

Суть вопроса заключается в признании и уяснении юридической природы владения. Нормативное значение различия владения (самостоятельного) и держания (служебного) свойственно всем право порядкам и ориентирует на разработку правового (с позиций науки права) подхода к вопросу. Так, несмотря на декларативное приравнивание владения к факту держания³⁵, германское право проводит строгое различие между владением на себя (*Eigenbesitz*) и владением для другого (*Fremdbesitz*). Только самостоятельный владелец отвечает за ущерб, вызванный обрушением здания (§ 836); только самостоятельный владелец приобретает по давности (§ 937–940), имеет право на плоды (§ 955 (1)), приобретая их посредством механического отделения — *Trennung (separatio)*; только самостоятельное владение дает собственность на бесхозяйную вещь (§ 958). Владение для другого признается за «непосредственными» владельцами и слугой владения. Последняя фигура подчеркивает несамостоятельность держателя по отношению к вещи, отсутствие нормативно признанной непосредственности связи с вещью (несмотря на предоставление посессорной защиты — § 860).

§ 855³⁶:

Слуга владения

Если кто-либо осуществляет фактическую власть над вещью для другого лица в его домохозяйстве или на предприятии, или в сходном отношении, если при этом оно применительно к вещи должно следовать указаниям этого лица, то только это другое лицо является владельцем.

Различение владения «на себя» и держания для другого лица восходит к римскому праву³⁷. Нельзя не отметить устойчивость нормативной конфигу-

³⁴ См: *Corlay P.* La notion de soustraction frauduleuse et la conception civiliste objective de la possession. Paris: L.G.D.J., 1978. P. 70 sq.

³⁵ Распространение посессорной защиты на всех держателей также не ведет к унификации владельческих ситуаций. В германском праве сохраняется относительность защиты «порочных» (*fehlerhaft*) владельцев – лиц, получивших владение путем запрещенного самоуправства (§ 858 (2)). Против порочных владельцев допускается применение силы в порядке самозащиты (§ 859 (2)).

³⁶ § 855 *Besitzdiener*:

Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft, oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer.

³⁷ См.: *Kaser M.* Das römische Privatrecht. Bd. I. München: C.H. Beck, 1971. S. 390; *Дождев Д.В.* Римское частное право. 3-е изд. М.: Норма, 2008. С. 376 слл.

рации института, общей всем континентальным правовым порядкам вопреки изменениям в понимании и законодательном регулировании владения в Новое время. Определение этого понятия и соответствующего правового положения исходит из формального начала, которым выступает правооснование, титул (*causa possessionis*). Список прекарных держателей или владельцев для другого лица (*Fremdbesitzer*) остается традиционным, претерпевая лишь незначительные модификации (так, в Германском кодексе к «непосредственным владельцам» причислен залогодержатель), так что голландский законодатель может ограничиться — не умаляя нормативный смысл критерия — ссылкой на общепринятые воззрения оборота, поскольку известно, что арендатор, подрядчик, ссудополучатель, поклажеприниматель, поверенный, лицо, действующее в чужом интересе без поручения, и даже субъекты вещного права, обладающие вещью на праве узуфрукта, пользования, проживания³⁸, не являются юридически самостоятельными владельцами, владельцами на себя. Осмысление этого факта затемняется распространением посессорной защиты за пределы собственно юридического владения, как и соображениями охраны порядка, которые требуют защиты любого факта держания от насилия. Признание владения фактом в самой влиятельной теории также предполагает, что значимого различия между владением и держанием быть не может. Владение на себя (*posséder pour soi, Eigenbesitz*), в отличие от держания (на чужое имя), признается рекузитом приобретательной давности, но приобретательная давность не является определением владения, так что для объяснения узкого круга владельческих ситуаций в римском праве требуются специальные доводы.

Савиньи усматривал признак владения в особом намерении (воле) субъекта — *animus domini*³⁹. Такое объяснение игнорировало нормативную волю арендатора или узуфруктуария⁴⁰, а также вступало в противоречие с такими фигурами, как залогодержатель, секвестор и прекариста, которые признавались в римском

³⁸ Владение суперфициария и эмфитевты (как и владение залогодержателя в свете отмеченной специфики германского права) может как признаваться, так и не признаваться (как в римском праве — см.: *Kaser M. Op. cit. Bd. I. S. 390*). Впрочем, уже Виндшейд (*Windscheid B. Op. cit. S. 506 A.7*) причислял их к юридическим владельцам, подобно залогодержателю.

³⁹ *Savigny F.C. v. Das Recht des Besitzes. Eine zivilistische Abhandlung. 7. Aufl. / A.F. Rudorff (Hg.). Wien: C. Gerolds Sohn, 1865. S. 109*. Распространенное выражение “*animus rem sibi habendi*” (намерение обладать вещью для себя) не имеет соответствий в источниках (см.: *Kaser M. Das römische Privatrecht. Bd. II. München: C.H. Beck, 1975. S. 253 A. 7*).

⁴⁰ Эти фигуры Савиньи практически игнорирует, констатируя у держателей отсутствие воли владеть (*Savigny F.C. v. Op. cit. S. 129 sq.; 283, 191*). Ему следует Брунс, трактуя владение как внешнее воплощение воли владеть: ссудополучатель и арендатор не имеют прав на вещь, но только требование к ссудо- и арендодателю, так что у них нет воли непосредственно подчинить себе вещь. Такая позиция грешит тавтологией (см.: *Bruno C.G. Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts. Weimar: Hermann Böhlau, 1874. S. 493 sq.*).

праве владельцами (D. 41, 3, 16; 41, 2, 1, 15; 41, 2, 39; 16, 3, 17, 1; Gai., 4, 151; D. 41, 2, 3, 5; 43, 26, 4, 1), несмотря на отсутствие у них *animus possidendi*.

Савиньи объяснял эти владения, «аномальность» которых заключается также в том, что они не дают приобретательной давности, особым переносом владения по воле собственника (*translatio possessionis*), усматривая в этих случаях некое «производное владение» (*abgeleiteter Besitz* — S. 119–120). Брунс легко находил опровержение: воплощение воли во внешнем явлении возможно, только если воля самостоятельна⁴¹. Надуманность этой конструкции очевидна и в сравнении с ситуациями голого держания: собственник, очевидно, желает, чтобы у поклажепринимателя, например, была возможность прибегнуть к посессорной защите в случае посягательства на взятую на хранение вещь. Однако конструкция отношения в римском праве исключает владение на стороне хранителя. Вопрос в том и состоит, чтобы найти единое объяснение, которое бы оправдывало отказ в признании владения у голых держателей вопреки возможной воле собственника и наделение владением залогодержателя, секвестора, прекаристы, а также наследственного арендатора общественного имущества, во владении которых собственник не заинтересован. Признавая владение фактом, Савиньи не объясняет, почему владение признается не во всех ситуациях фактического держания. Личность, воля, свобода, порядок — координаты нормативной системы, и их приложение к владению показывает, что это факт, интегрированный системой отношений, формально преобразованный факт.

Изменение точки зрения с позитивной — поиска причин наделения владением «аномальных» владельцев — на негативную — в попытке объяснить отказ в признании владением ситуаций держания на чужое имя, как это сделал Йеринг, — оставляет исследователя в том же порочном кругу. По Йерингу, арендатор и наниматель должны пребывать в зависимости от хозяина⁴² — отсюда различие во владении: «держатель держит лишь затем, чтобы владелец владел, он беззащитен лишь в интересах владельца» (“*der Detentor detiniert nur darum, damit der Besitzer besitze, er ist schutzlos nur in dessem Interesse*” (S. 126)). Постулируемая зависимость — не что иное, как экспликация отказа держателям во владении; это не объяснение, а перифраз. Утилитарные мотивы неизбежно предполагают более узкое основание, чем нормативные явления, которые они пытаются «объяснить». Единого критерия владения на этом пути найти не удастся.

Напротив, единый подход к исторически засвидетельствованной конфигурации института предполагает, что держание следует отличать от владения. Изу-

⁴¹ *Bruno C.G. Op. cit. S. 494.*

⁴² *Jhering R. v. Über den Grund des Besitzschutzes. Eine Revision der Lehre vom Besitz. Jena: H. Duß, 1869. S. 116 sqq.*

чение держания, «фактического» обладания, не имеет отношения к изучению владения как юридического явления. Избирательность в признании владением ситуаций фактического обладания, господства, контроля — держания — ориентирует на признание формальной природы владения.

Gai., Inst., 4, 153:

Possidere autem videmur non solum si ipsi possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, licet is nostro iuri subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus; per eos quoque apud quod deposuerimus, aut quibus commodaverimus, aut quibus gratuitam habitationem praestiterimus, ipsi possidere videmur. Et hoc est quod vulgo dicitur retineri possessionem posse per quemlibet, qui nostro nomine sit in possessione.

Считается, что мы владеем, не только когда владеем мы сами, но и если другой находится во владении от нашего имени, хотя бы он не был подчинен нашей власти, каковы арендатор и квартиросъемщик; считается также, что через тех, у кого мы оставили вещь на хранение, или кому сдали в ссуду, или кому предоставили бесплатное жилье, — владеем мы сами. И это то, о чем обычно говорят, что владение можно удерживать посредством любого, кто пребывает во владении от нашего имени.

Этот текст из «Институций» Гая (II в. н.э.), свободный от позднейших переработок, сохранил классическое противопоставление владения (о котором только и говорится “possidere”) и «пребывания во владении от чужого имени» (“nomine alieno in possessione esse”) — положения, которое владением не признается⁴³. Та же оппозиция во фрагменте из «Комментария к провинциальному эдикту» Гая, дошедшем до нас в составе юстиниановской кодификации.

Gai., 25 ad ed.prov., D. 41, 2, 9:

Generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessione, veluti procurator hospes amicus, nos possidere videmus.

Вообще, кто бы ни находился во владении полностью от нашего имени, например управляющий, гость, друг, — считается, что владеем мы.

⁴³ Показательно употребление этой оппозиции (применительно к лицу, введенному во владение от своего имени — *missus in possessionem*, которое владельцем также не признавалось) в цитате из преторского эдикта дошедшей в D. 39, 2, 7 pr. См. также D. 41, 2, 10, 1: “...est autem longe diversum: aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse” («...ведь велика разница: одно владеть, совсем другое — пребывать во владении»).

Лицо, пребывающее во владении от чужого имени, подобно подвластному (“*nostro iuri subiectus*”), который не может владеть из-за дефекта правосубъектности. По этому вопросу великий Папиниан (конец II в. н.э.) оставил примечательное обобщение, сопроводив его пояснением (*argumentatio*).

Par., 2 def., D. 41, 2, 49, 1:

Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est.

Те, кто пребывают в чужой власти, могут держать вещь пекулиарно, обладать и владеть не могут, потому что владение это не просто физическое, но правовое явление.

Технически выверенная терминология — “*tenerere*” противопоставляется “*habere possidere*” — придает соответствующее звучание и оппозиции в пояснении: “<res> corporis” — “<res> iuris”. Владение — это правовое отношение, поэтому даже применительно к полноправным, самовластным лицам, которые физически держат вещь, оно признается не всегда. Конструкция владения через другое лицо не столько умаляет значение личности держателя, сколько представляет собой формальное игнорирование факта физического держания вещи ради утверждения факта правового.

Ulp., 69 ad ed., D. 43, 16, 1, 22:

Quod servus vel procurator vel colonus tenent, dominus videtur possidere, et ideo his deiectis ipse deici de possessione videtur, etiamsi ignoret eos deiectos, per quos possidebat. et si quis igitur alius, per quem possidebam, deiectus fuerit, mihi competere interdictum nemini dubium est.

Считается, что тем, что держит раб или управляющий или арендатор, владеет господин, и поэтому, если их изгонят из владения, считается, что изгнали его самого, даже если он не знает, что изгнали тех, через кого он владел. И следовательно, если другое лицо, через которое я владел, будет изгнано, нет сомнения, что интердикт следует мне.

Владелец через другое лицо считается физически (!) изгнанным из имени, хотя фактически насилие применялось к другому лицу, находившемуся в физическом контакте с вещью. Эта схема прилагается не только к рабу, владение которого можно было считать продолжением личности господина (так, Павел (D. 41, 2, 3, 12) говорит о том, что через рабов владение приобретается господину и намерением, и телом рабов (“*eorumdem et animo et corpore possidere*”), но

и к независимым лицам — управляющему и арендатору (*ibid.*: “*animo nostro corpore alieno possidemus*”). Сомнения, о которых говорится в тексте (в форме решительного опровержения) применительно к легитимации на посессорную защиту (интердикт *unde vi*), снимаются сходным рассуждением Лабеоны (I в. до н.э. — I в. н.э.), одного из основателей классического римского права.

Lab., 3 pith. a Paulo epit., D. 43, 16, 20:

Si colonus tuus vi deiectus est, ages unde vi interdicto. idem si inquilinus tuus vi deiectus fuerit. PAULUS: idem dici potest de coloni colono, item inquilini inquilino.

Если твой арендатор был насильно изгнан, ты подаешь интердикт о применении силы. То же самое — если будет насильно изгнан твой квартирант. Павел: то же самое можно сказать и об арендаторе арендатора, а также о квартиранте квартиранта.

Текст дошел в эпитоме (сокращении) Павла (II–III в.), в которой добавление самого эпитоматора ясно отделено, подтверждая подлинность приведенной цитаты Лабеоны. Владение существует и в таком проявлении, как посессорная (интердиктная) защита. Признание владения в лице арендодателя влечет закономерное предоставление интердикта *unde vi* ему, а не физически изгнанному с участка колону.

Можно сказать, что личность собственника — в ее физическом масштабе — распространяется как за счет подвластных и домочадцев, так и за счет арендаторов. Так, владение не считается утраченным, если при изгнании хозяина из имения там остаются его подвластные.

Ulp., 69 ad ed., D. 43, 16, 1, 4:

Non alii autem, quam ei qui possidet, interdictum unde vi competere argumentum praebet, quod apud Vivianum relatatum est, si quis me vi deiecerit, meos non deiecerit, non posse me hoc interdicto experiri, quia per eos retineo possessionem, qui deiectioni non sunt.

Интердикт о применении силы следует только тому, кто владеет, и тому есть доказательство, которое приводится у Вивиана: если кто-либо изгнать меня силой, а моих домочадцев нет, я не могу предъявлять интердикт, так как я удерживаю владение через тех, кто не был изгнан.

Это не следует понимать как подавление личности держателя, которая просто игнорируется отношением владения: при наличии договорной связи с держателем его личность выявляется как равнозначная. Держатель исключен

именно из отношений владения — юридической конфигурации связи лица с вещью как фактической. Арендатора, следуя идее Йеринга⁴⁴, нередко считают зависимым от собственника лицом⁴⁵, полагая, что владение через колона (арендатора сельскохозяйственного имения) или инквиллина (квартиросъемщика) близко к владению через подвластных. Эта схема не может быть распространена на отношения, основанные на дружбе (*amicitia*), — поклажу, ссуду, поручение и подобные, поскольку дружеские отношения исключают личную зависимость⁴⁶. Прямые указания источников опровергают такой упрощенный подход и к древнему арендатору.

Ulp., 69 ad ed., D. 43, 17, 3, 3:

Cum inquilinus dominum aedes reficere volentem prohiberet, aequè competere interdictum uti possidetis placuit testarique dominum non prohibere inquilinum, ne habitaret, sed ne consideret.

Если квартирант запрещает собственнику вторгаться, когда тот хочет произвести ремонт здания, решено, что собственнику тоже следует интердикт «как вы владеете», и он тогда заявляет жильцу, не чтобы тот не проживал, но чтобы не владел.

В этом тексте обсуждается распространенный конфликт интересов: ремонт по договору аренды жилья возлагается на арендодателя, тогда как квартиросъемщик не желает терпеть связанные с этим неудобства. По договору аренды арендодатель обязан обеспечить нанимателю квартиры возможность в ней проживать: пользоваться тем, что он арендовал (D. 19, 2, 9 pr: “frui quod conduxit licere”). Сервий Сульпиций (I в. до н.э.), мнение которого, видимо, приводит его ученик Алфен Вар (D. 19, 2, 27 pr), считал, что квартиросъемщик должен терпеть свою небольшую долю неудобств (“*aliquam partem parvulam incommodi*”); сходное распределение «рисков» предлагал и Лабейон в случае повреждения дома (D. 19, 2, 28 pr-2). В нашем случае квартирант выступает как сторона договора аренды, выдвигая требования в качестве кредитора, которым арендодатель как должник должен подчиняться. Юрист предлагает арендодателю защиту по интердикту о защите владения недвижимостью (*uti possidetis*), отличая спор о владении от конфликта по договору. Арендатор не владеет не потому, что он социально зависим от арендодателя, а потому, что такова конструк-

⁴⁴ Jhering R. v. Über den Grund des Besitzschutzes. S. 116 sq.

⁴⁵ Zimmermann R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Cape Town; Wetton; Johannesburg: Juta & Co. Ltd., 1990. P. 348 (там же литература).

⁴⁶ См. подробнее: Дождев Д.В. Основание защиты владения. М.: ИГП РАН, 1996. С. 150 слл.

ция отношения. Круг держателей на чужое имя определяется не социальной иерархией, а спецификой основания (*causa possessionis*). Уместно привести еще два текста, в которых арендатор, отстаивая свои интересы, нарушает владение арендодателя.

Marcell., 19 dig., D. 43, 16, 12:

Colonus eum, cui locator fundum vendiderat, cum is in possessionem missus esset, non admisit: deinde colonus vi ab alio deiectus est: quaerebatur, quis haberet interdictum unde vi. dixi nihil interesse, colonus dominum ingredi volentem prohibuisset an emptorem, cui iussisset dominus tradi possessionem, non admisit. igitur interdictum unde vi colono competiturum ipsumque simili interdicto locatori obstrictum fore, quem deiecissem tunc videretur, cum emptori possessionem non tradidit [nisi forte propter iustam et probabilem causam id fecisset].

Арендатор не пустил на участок того, кому арендодатель продал имение; затем другой изгнал арендатора с участка силой; спрашивалось, кто управомочен на интердикт о применении силы. Я сказал, что нет разницы, отказал ли арендатор собственнику, когда тот хотел войти на участок, или не пустил покупателя, которому собственник приказал передать участок. Следовательно, арендатор будет управомочен на интердикт о применении силы и он же будет отвечать перед арендодателем по такому же интердикту, поскольку считается, что он изгнал его в тот момент, когда отказался передать участок покупателю, <если только он так поступил не на правомерном и извинительном основании>.

Здесь конфликт острее: римское право, как известно, не признавало права следования при аренде — действовал принцип *emptio tollit locatum*⁴⁷. Арендодатель отчуждает имение третьему лицу, которое не связано с арендатором договором и само решает, оставлять арендатора на участке или нет. Арендодатель, естественно, отвечает перед арендатором за нарушение своих обязательств. Речь идет, таким образом, не о распределении неудобств, связанных с эксплуатацией вещи, а о полном изгнании арендатора. Последняя фраза в тексте интерполирована. Решение Марцелла (II в.) вполне однозначное: арендатор не имеет права не впустить того, кто вторгается на участок по воле арендодателя, поскольку это равносильно нарушению владения самого арендодателя. Т. Майер-Мали усматривает здесь проблему наделения посессорным интердиктом арендатора (и даже предполагает, что речь здесь идет об интердикте о применении

⁴⁷ Zimmermann R. Op. cit. P. 378 sqq.

вооруженной силы — *de vi armata*, будто этот интердикт мог иметь более широкий режим применения и распространяться не только на владельцев, как *unde vi* — D. 43, 16, 1, 4, цит. выше)⁴⁸. Вопрос разрешается в следующем тексте Папиниана, где рассматривается та же ситуация.

Pap., 26 quaest., D. 43, 16, 18 pr:

Cum fundum qui locaverat vendidisset, iussit emptorem in vacuam possessionem ire, quem colonus intrare prohibuit: postea emptor vi colonum expulit: de interdictis unde vi quaesitum est. placebat colonum interdicto venditori teneri, quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate eius missum intrare prohibuerit: neque enim ante omissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emptori, quia nemo eo animo esset, ut possessionem omitteret propter emptorem, quam emptor adeptus non fuisset. emptorem quoque, qui postea vim adhibuit, et ipsum interdicto colono teneri: non enim ab ipso, sed a venditore per vim fundum esse possessum, cui possessio esset ablata. quaesitum est, an emptori succurri debeat, si voluntate venditoris colonum postea vi expulisset. dixi non esse iuvandum, qui mandatum illicitum suscepit.

Когда тот, кто сдавал имение в аренду, продал его, он приказал покупателю вступить во владение, но колон воспрепятствовал вторжению; затем покупатель силой выгнал колона; встал вопрос об интердиктах о применении силы. Было решено, что колон отвечает по интердикту перед продавцом, поскольку нет разницы, препятствовал ли он войти ему самому или другому, направленному по его воле; ведь не считается, что владение утрачено покупателем прежде, чем оно было ему передано, так как ни у кого не может быть намерения утратить владение ради покупателя, пока покупатель его не получил. И сам покупатель, раз он впоследствии применил силу, также отвечает по интердикту перед колоном: но участком завладел силой не он сам, а продавец, у которого было отнято владение. Спрашивается, следует ли оказать содействие покупателю, если он затем по воле продавца выгнал колона силой. Я сказал, что не следует поддерживать того, кто принял к исполнению недозволенное поручение.

До того, как покупатель вступил во владение участком, владельцем признается арендодатель (продавец), поэтому воспрепятствование вторжению поку-

⁴⁸ Mayer-Maly Th. *Locatio conductio*. Wien; München: Verlag Herold, 1956. S. 53 sq.

пателя рассматривается как нарушение арендатором владения арендодателя. Это нарушение делает арендатора владельцем, так что покупатель, изгоняя его с участка, сам несет перед ним ответственность по интердикту⁴⁹. В отсутствие сопротивления изгнание колона не считалось бы нарушением, так как владельцем он не является. Таким образом, арендатор, нарушив владение арендодателя (тем, что отказался пустить на участок лицо, направленное туда по воле владельца), перестал быть арендатором и стал лицом, насильственно завладевшим чужой вещью, неправомерным владельцем. Такое владение порочно по отношению к предшественнику, перед которым владелец беззащитен, но действительно по отношению ко всем третьим лицам⁵⁰.

Подобная ситуация возможна и при договоре ссуды.

Marcell., 19 dig., D. 41, 2, 20:

Si quis rem, quam utendam dederat, vendiderit emptorique tradi iusserit nec ille tradiderit, alias videbitur possessione dominum intervertisse, alias contra. nam nec tunc quidem semper dominus amittit possessionem, cum reposcenti ei commodatum non redditur: quid enim si alia quaequam fuit iusta et rationabilis causa non reddendi, non utique ut possessionem eius interverteret?

Если кто-либо продаст вещь, которую он дал в пользование, и прикажет передать ее покупателю, а ссудополучатель не передаст, одни будут считать, что собственник утратил владение, другие — наоборот. Ведь не всегда тогда собственник утрачивает владение, когда ему по требованию не возвращается ссуда: что если была другая какая-нибудь правомерная и обоснованная причина не возвращать, а не только та, чтобы нарушить его владение?

Сомнения в том, что владение нарушено, связаны лишь с оценкой действий ссудополучателя: если отказ подчиниться указанию ссудодателя не вызван уважительной причиной, он расценивается как нарушение владения (кража). Сходным образом отказ вернуть вещь по договору также влечет нарушение владения.

⁴⁹ D. 43, 16, 1, 30: "qui a me vi possidebat, si ab alio deiciatur, habet interdictum" («если тот, кто владел от меня с применением силы, изгнан другим лицом, он получает интердикт»).

⁵⁰ D. 41, 2, 53: "adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet" («порочное владение всегда действительно против посторонних»).

Pap., 26 quaest., D. 41, 2, 47:

Si rem mobilem apud te depositam aut ex commodato tibi, possidere neque red- dere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est.

Если ты овладеешь оставленной у тебя на хранение или данной тебе по договору ссуды движимой вещью и решишь не возвращать, дан ответ, что я сразу же теряю владение, даже если не знаю об этом.

Проблема обычно обсуждается в связи с древней (D. 41, 2, 3, 19: “a veteribus praeseptum”; D. 41,2,19,1: “scriptum est apud veteres”; см. также С. 7, 32, 5 Diocl. et Maxim.) максимой “nemo sibi ipsum causam possessionis mutare posse” («нельзя произвольно изменить основание своего владения»)⁵¹.

Iul., 44 dig., D. 41, 5, 2, 1:

Quod volgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intellegatur. et propterea responsum est neque colonum neque eum, apud quem res deposita aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse.

То, что обычно звучит в ответах, что никто не может произвольно менять основание владения, следует понимать так, что имеется в виду не только цивильное, но и естественное владение. И поэтому дан ответ, что ни арендатор, ни тот, у кого вещь оставлена на хранение или кому дана в ссуду, не может приобретать по давности ради наживы как наследник.

Здесь рассматривается возможность для арендатора, поклажепринимателя или ссудополучателя оставить вещь у себя в случае смерти арендо-, поклаже- или ссудодателя. Ответ отрицательный: должник, завладев вещью с целью наживы, становится вором, а вор не может приобретать по давности.

⁵¹ Böhr R. Das Verbot der Eigenmächtigen Besitzumwandlung im r. Privatrecht. Ein Beitrag zur rechtshistorischen Spruchregelforschung. München; Leipzig: K.G. Saur, 2002.

Cels., 12 dig., D. 47, 2, 68 pr:

Infitiando depositum nemo facit furtum (nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est): sed si possessionem eius apiscatur intervertendi causa, facit furtum. nec refert, in digito habeat anulum an dactyliothecca quem, cum deposito teneret, habere pro suo destinauerit.

Никто не совершает кражу, отрицая договор хранения (ведь само по себе отрицание не кража, хотя это и почти кража); но если с целью хищения присваивается владение, то совершается кража. И не важно, носит ли он на пальце или держит в ларце кольцо, которым он решил обладать как своим, в то время как он по договору хранения осуществлял держание.

Во фразе, поставленной в скобки, уматривают бессмысленную глоссемию⁵², однако выбрасывать и вторую часть текста (“quem, cum... destinauerit”), полагая, что здесь нарушается классическое требование взятия (adprehensio, contrectatio)⁵³, необходимого для состава кражи, необоснованно. Цельс терминологически строго выдерживает противопоставление “possidere – tenere”, утраченное в постклассический период⁵⁴. Поклажеприниматель, отказываясь вернуть вещь, взятую на хранение, нарушает договор. Но если он решит обладать ею как своей (pro suo), он совершает кражу. Физический аспект, необходимый элемент состава кражи в классическом представлении, обсуждается юристом особо⁵⁵. Цельс признает, что собственно взятия не требуется: кольцо необязательно надевать на палец — оно может оставаться в ларце, поскольку держание (cogrus) у поклажепринимателя уже имеется. Самовольное изменение основания дела его (неправомерным) владельцем.

⁵² Wesenberg G. Fr. 18 pr. D. 41, 2. Ein Beitrag zur Lehre vom constitutum possessorium // Studi in memoria di E. Albeltario. Vol. 2. S. 50 со ссылкой на Ф. Шульца (там же и более ранняя литература).

⁵³ Paul., 39 ad ed., D. 47, 2, 1, 3: “Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve”. («Кража – это изъятие вещи, совершенное по обману с целью обогащения, будь то [изъятие] самой вещи, или пользования или владения ею»). Cf. Gell., NA., 11, 18, 20 (verba Sabinii).

⁵⁴ Kaser M. Op. cit. Bd. II. S. 247 sq.

⁵⁵ Paul., 54 ad ed., D. 41, 2, 3, 18: “Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittatur”. («Если ты утащишь сданную тебе на хранение вещь с целью совершения кражи, я утрачиваю владение. Но если ты не сдвинешь ее с места и собираешься оспорить поклажу, большинство республиканских юристов, и Сабин, и Кассий верно ответили, что я остаюсь владельцем, так как кражу нельзя совершить, не утащив».)

Изменение основания владения допускается только по договору с прежним владельцем (тогда оно не будет произвольным). Так, супруга, получившая дарение от мужа (запрещенное по римскому праву), не может приобретать вещь по давности с прекращением брака, потому что не вправе произвольно изменить основание (D. 41, 6, 1, 2: Павел приводит мнение Гая Кассия (I в.)), но если бывший муж подтвердит дарение, основание меняется. Также если вор или тот, кто купил вещь у несобственника, испрашивает вещь у собственника в прекарное владение — считается, что он начинает владеть правомерно⁵⁶. Еще пример.

Ulp., 71 ad ed., D. 43, 26, 6, 3:

Iulianus ait eum, qui vi alterum deiecit et ab eodem precario rogavit, desinere vi possidere et incipere precario, neque existimare sibi ipsum causam possessionis mutare, cum voluntate eius quem deiecit coeperit precario possidere: nam si ab eodem emisset, incipere etiam pro emptore posse dominium capere.

Юлиан говорит, что тот, кто силой изгнал другого и испросил у него же в прекарий, прекращает владеть насильственно и начинает прекарно, и не считается, что он произвольно изменил основание владения, раз по воле того, кого он изгнал, он стал владеть прекарно: ведь и если бы он купил у него же, он может даже начать приобретать по давности как покупатель.

По соглашению можно изменить основание владения на держание, так чтобы владельцем стало другое лицо.

Cels., 23 dig., D. 41, 2, 18:

Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium.

То, чем я владею от моего имени, я могу владеть и от чужого имени: ведь я при этом не меняю самовольно основание моего владения, но прекращаю владеть и делаю другого владельцем посредством моей службы. И это не одно и то же — владеть и владеть от чужого имени: ведь владеет тот, от чьего имени осуществляется владение, управляющий же предоставляет службу чужому владению.

⁵⁶ Ven., 3 interd., D. 43, 26, 22 pr: "nec existimandos mutare sibi causam possessionis, quibus a domino concedatur precario possidere: nam et si id quod possideas alium precario rogaveris, videri te desinere ex prima causa possidere et incipere ex precario habere" («не считается, что произвольно изменили основание своего владения те, кому собственник дозволил владеть прекарно: ведь и если то, чем ты владеешь, ты испросишь в прекарий у другого, считается, что ты перестал владеть на прежнем основании и начал обладать прекарно»).

Знаменитый текст Цельса⁵⁷ интерпретировался как обоснование конститутивного признания владения — *constitutum possessorium*⁵⁸, но последняя фраза показывает, что речь шла об управляющем (*procurator omnium bonorum*), в отношении которого классики не без сомнений (*Gai.*, 2, 95: “*quaeritur*”) допускают представительство при приобретении владения (уже Нераций, предшественник Цельса во главе прокулианской школы: *D.* 41, 3, 41; 41, 1, 13 *pr.*). «Служба чужому владению»⁵⁹, держание, здесь именуется “*possidere*”, что обостряет вопрос об изменении основания, который Цельс решает признанием того, что владелец перестает владеть, делая владельцем другого (приобретателя). Возникает эффект представительства: владение приобретается через другое, независимое лицо. Сомнения в отношении допустимости такого представительства, по справедливому замечанию В. Кункеля⁶⁰, связаны с признанием во владении правовой ситуации. Напрасно М. Казер, разделяя идею обоснования представительства фактическим характером владения⁶¹, говорит о личной зависимости управляющего (обычно это вольноотпущенник): об опекуне, через которого также допускалось приобретение владения (уже Нераций — *D.* 41, 1, 13, 1), этого сказать нельзя (Казер обосновывает приобретение владения через опекуна доверительностью отношений — “*Treuhänderstellung*”, *fides*). Приобретение владения посредством *constitutum possessorium* основано на различии владения и держания: опекун осуществляет держание на имя подопечного, как и управляющий (поверенный) на имя доверителя: слова Цельса о «службе» (“*ministerium*”) чужому владению приложимы к любому держателю. Классическому праву известно конститутивное признание владения посредством заключения договора аренды.

⁵⁷ О тексте см.: *Klink F.* Erwerb durch Übergabe an Dritte im klassischen römischen Recht. Berlin: Dunkelt & Humblot, 2004. S. 259 sqq. (там же литература).

⁵⁸ *Savigny F.C. v. Op. cit.* S. 318 sq.

⁵⁹ А. Вакке усматривает в этом выражении предтечу «слуги владения» (§ 855 BGB: “*Besitzdiener*”) (см.: *Wacke A.* Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik. Köln: Peter Hanstein Verlag GmbH, 1974. S. 10 A. 33).

⁶⁰ *Kunkel W., Wenger L.* Römisches Recht (Aufgrund des Werkes v. P. Jörs). 3. Aufl. Berlin; Göttingen; Heidelberg: Springer Verlag, 1949. S. 115.

⁶¹ *Kaser M.* Op. cit. Bd. I. S. 393.

Ulp., 17 ad ed., D. 6, 1, 77:

Quaedam mulier fundum non marito donavit per epistulam et eundem fundum ab eo conduxit: posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam adquisierit possessionem veluti per colonam. proponebatur, quod etiam in eo agro qui donabatur fuisset, cum epistula emitteretur: quae res sufficebat ad traditam possessionem, licet conductio non intervenisset.

Некая женщина подарила имение не мужу посредством письма и взяла это же имение у него в аренду: можно признать, что ему следует вещный иск, будто он приобрел через нее владение, как через арендатора. Сообщалось также, что одаряемый также находился на этом участке, когда посылалось письмо; этого обстоятельства было достаточно для передачи владения, хотя бы и не было договора аренды.

Юрист в данном случае сосредоточен на малозначительном для нас обстоятельстве — письме, которое было получено одаряемым на том самом земельном участке, который и был объектом дарения. Эта связь обеспечила (вполне мистическим образом, точнее, магическим, по принципу заражения) необходимый телесный момент (*corpus*) приобретения владения. *Constitutum possessorium* Ульпиан принимает за нечто само собой разумеющееся, раскрывая техническую сторону этого способа приобретения владения: арендатор (женщина) не владеет, а держит на имя арендодателя. Тем самым арендодатель оказывается владельцем, меняя основание своего владения (добавим словами Цельса) не самовольно, а по воле предшественника.

Таким образом, различение владения и держания (на чужое имя) представляет собой классификацию оснований: только держание, опирающееся на признанное основание (сделку, судебное решение, наследование или находку) признается юридическим владением⁶². Табель оснований владения (*iusta causa possessionis*) шире круга оснований для приобретательной давности (*iusta causa usucapionis*) и включает, помимо оснований, направленных на получение собственности (*pro suo*), также залог, секвестр, прекарий, наследственную (долгосрочную) аренду общественного имущества (*locatio perpetua*) и неправомерные действия: силовое (*vi*) или тайное (*clam*) присвоение. Консолидация этого круга ситуаций в гражданском праве (*ius civile*) определяется не целями приобретательной давности (*usucapio*) и не посессорной защитой, которая относится к преторскому праву (*ius honorarium*) и дается даже тем держателям, которые владельцами не признаются⁶³. Владение в *ius civile* ориентировано на определе-

⁶² Kaser M. Op. cit. Bd. I. S. 386.

⁶³ Так, узупфруктуарию, держание которого уподобляется владению (D. 43, 16, 3, 17: *quasi in possessione*) предоставляются интердикты по аналогии (*utiles*): D. 43, 16, 3, 13–15.

ние ответчика по виндикации и восходит к институту *usus*, отраженному в ряде положений Законов XII таблиц⁶⁴. Ответчиком по виндикации в римском праве может быть только юридический владелец: против голого держателя установить процесс нельзя.

Ulp., 16 ad ed., D. 6, 1, 9:

Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrobi. denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.

Обязанность судьи при этом иске будет в том, чтобы судья выяснил, владеет ли ответчик: не имеет отношения к делу, на каком основании он владеет: ведь когда я докажу, что вещь моя по праву, владелец, если он не выдвинет какую-либо эксцепцию, должен будет вернуть вещь. Некоторые же, как Пегас, полагали, что для этого иска подходит только владение, которое имеет место при интердикте «как вы владеете» или «у кого из вас двоих». Поэтому он говорит, что против того, кому вещь сдана на хранение или дана в ссуду или в аренду, или того, кто пребывает во владении ради охраны легатов, или ради приданого, или плода чрева, поскольку они все не владеют, виндцировать нельзя. Я же полагаю, что судиться можно со всеми, кто держит и имеет правомочие выдать вещь.

⁶⁴ По убедительной реконструкции М. Казера (см.: *Kaser M. Eigentum und Besitz im altrömischen Recht. 2. Aufl. Köln; Graz: Böhlau, 1956. S. 313 sqq.*; см. также: *Leifer F. Possessio, possessor, possidere // PWRE. 1953. Bd. XXII. Coll. 831 sqq.*). В обобщающем академическом курсе Казер говорит о двойном источнике института владения в римском праве, добавляя к гражданскому также преторское право. Корни преторского владения лежат в *possessiones* на общественных землях (*ager publicus*) (см.: *Kaser M. Das römische Privatrecht Bd. I. 385*). Владения на *ager publicus* считает источником института вся современная наука начиная с Савиньи (*Savigny F.C. v. Op. cit. S. 197 sq.*). Этот взгляд опровергается частноправовой природой владения (см.: *Lauria M. Possessiones. Età repubblicana. I. 2 ed. Napoli: Jovene, 1957. P. 13 sqq.*). По справедливому замечанию Л. Капогресси Колоньези, на общественных землях мы видим особую форму собственности частных лиц, а не публично-правовую концессию (см.: *Capogrossi Colognesi L. Dominium e possessio nell'Italia romana // La proprietà e le proprietà (Pontignano, 30 settembre – 3 ottobre 1985). Milano: Giuffrè, 1988. P. 170*). Административно-правовой режим владения является плодом науки XIX в. и не соответствует историческим данным о древнеримском институте.

Ульпиан из практических соображений выходит за рамки устоявшегося правила, допуская виндикацию и против держателя⁶⁵, но правомочного выдать вещь: речь по-прежнему идет не о фактическом, а о формальном критерии. Он следует в этом Цельсу, существенно расширившему сферу виндикационного иска, иска об истребовании наследства (*hereditatis petitio*)⁶⁶ и иска о предъявлении (*actio ad exhibendum*). Решая вопрос о допустимости иска *ad exhibendum* против поклажепринимателя, когда вещь в наличии, а владельца (поклажедателя) отыскать не удастся, Цельс допускает в порядке исключения установление процесса против держателя, оставляя в силе сомнения в обоснованности такого решения.

Ulp., 24 ad ed., D. 10, 4, 5 pr:

Celsus scribit: si quis merces, quas exvehendas conduxit, in horreo posuit, cum conductore ad exhibendum agi potest: item si mortuo conductore heres existat, cum herede agendum: sed si nemo heres sit, cum horreario agendum: nam si a nullo, inquit, possidentur, verum est aut horrearium possidere aut certe ille est, qui possit exhibere. idem ait: quomodo autem possidet qui vehendas conduxit? an quia pignus tenet? — quae species ostendit etiam eos, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum teneri.

Цельс пишет: если кто-либо товары, взятые в аренду на вывоз, сложил на складе, то арендатору можно вчинить иск о предъявлении; также если по смерти арендатора найдется наследник, то следует вчинить иск наследнику; но если нет никакого наследника, то следует вчинить иск лабазнику; ведь, говорит [Цельс], если нет никакого владельца, то верно, что либо лабазник владеет, либо наверняка существует тот, кто сможет предъявить [товары]. Он же говорит: каким же образом владеет тот, кто взял в аренду на вывоз? потому ли, что он держит залог? — и это дело показало, что по иску о предъявлении должны отвечать и те, кто имеют возможность осуществить предъявление.

Особое решение Цельса вскоре было распространено по аналогии на все случаи держания (*Pomp. 6 ad Sab., D. 10, 4, 4*), но еще у Юлиана оно вызывало проблемы формального определения владельца.

⁶⁵ На этой основе развивается современное правило: где нахожу — там и виндицирую.

⁶⁶ Практика умышленного оставления владения с целью избежать ответственности по виндикации уже в начале II в. н.э. привела к тому, что владелец, умышленно избавившийся от владения (*qui dolo desinit possidere*), приравнивался к владельцу для целей виндикации (см.: *Дождев Д.В.* Римское частное право. С. 404). *Hereditatis petitio* распространялась и на вещи, которые находились у покойного в простом держании, но только если риск их гибели также возлагался на него (*D. 5, 3, 19*).

Ulp., 24 ad ed., D. 10, 4, 5, 1:

Iulianus autem ita scribit ad exhibendum actione teneri eum, qui rerum vel legatorum servandorum causa in possessione sit, sed et eum, qui usus fructus nomine rem teneat, quamvis nec hic utique possideat. inde Iulianus quaerit, quatenus hos oporteat exhibere: et ait priorem quidem sic, ut actor possessionem habeat, is autem cum quo agetur rei servandae causa sit in possessione: eum vero qui usum fructum habeat sic, ut actor rem possideat, is cum quo agetur utatur fruatur.

Юлиан же пишет, что по иску о предъявлении отвечает и тот, кто пребывает во владении вещью, например, ради охраны легатов, а также тот, кто держит вещь в связи с узуфруктом, хотя он вовсе не владеет. Поэтому Юлиан задается вопросом, каким образом им следует судиться о предъявлении, и говорит, что с первым так, чтобы истец получил владение, тот же, против кого подается иск, — чтобы пребывал во владении ради охраны вещи; с тем же, кто обладает узуфруктом, так, чтобы истец владел вещью, а тот, против кого подается иск, — осуществляя узуфрукт.

Строгость принципа связана со структурой виндикационного процесса. Если в Риме классического периода господствует денежное присуждение по иску (*condemnatio pecuniaria*), применительно к виндикации — учитывая интерес истца получить вещь в натуре и интерес правопослушного ответчика вернуть чужое — допускается освобождение от ответственности в случае добровольного удовлетворения требований истца. Формула иска содержала соответствующую оговорку (*formula arbitraria*), следуя которой, судья, выяснив наличие права на стороне истца, обращался к ответчику с приказом выдать вещь в натуре со всеми положенными возмещениями. Ответчик, подчинившийся приказу и добровольно отказавшийся от неправомερных приобретений в пользу лица, право которого установлено судом, подлежал оправданию⁶⁷. В противном случае истец называл под присягой сумму присуждения в деньгах (*litis aestimatio*), что было выше рыночной цены вещи, приращений, доходов, полученных владельцем, и прочих возмещений. В разнице между суммой присуждения и рыночной ценой можно усматривать штрафную санкцию за неповиновение суду (*contumacia*) — объективно же истец по виндикации добивался полноценной реализации своего права, которое имеет более высокую цену, чем возвращение физического держания.

Факультативная возможность, предоставляемая ответчику по виндикации, — подвергнуться присуждению или выдать вещь в натуре — делала иск приме-

⁶⁷ См.: *Дождев Д.В.* Римское частное право. С. 402.

нимым только против лиц, имевших юридически признанную (формально установленную) возможность подчиниться приказу судьи⁶⁸. Таковыми в римском праве считались только владельцы. Два титула Дигест Юстиниана специально посвящены обсуждению пассивной легитимации на виндикацию (D. 6, 1: De rei vindicatione) и на иск об истребовании наследства (D. 6, 5: De hereditatis petitione). Они содержат не меньше материала по квалификации юридического владения, чем все остальные наши источники. По иску об истребовании наследства перед наследником отвечает владелец наследства, как считающий себя наследником (основательно или по заблуждению) — владелец в качестве наследника, pro herede (Gai., 4, 144), так и владелец, знающий об отсутствии у него наследственных прав, — владелец в качестве владельца, pro possessore⁶⁹. Владение pro possessore (когда владелец не может указать титула) усматривается во всех случаях незаконности и противозаконности титула, когда вещь получена в результате кражи, разбойного нападения, а также в нарушение других предписаний права, например супругой в качестве дара от мужа (противоправное владение по воле собственника). Противоправный владелец наследства не может считаться вором или грабителем, так как наследство не имеет собственника, но приравнивается к этим лицам и выступает легитимным ответчиком во вещному иску.

Бросается в глаза параллелизм между фигурой владельца pro possessore и нашим «незаконным владельцем» (ст. 301 ГК РФ). Статья 609 ч. 1 т. X Свода законов Российской империи звучала: «Собственник вправе отыскивать свое имущество из чужого незаконного владения». Деликтный мотив, который выступает в этой формулировке, отражает первичность регулирования вещно-правовой защиты. Употребление неспецифированного термина «имущество» в значении вещей также выявляет неразвитость подхода, связанного со слабой проработкой конструкции вещного права и соответствующих процессуальных форм. Дословное воспроизведение этой фразы в действующем Кодексе неоправданно и ведет к недопустимым толкованиям, выходящим за рамки вещно-правовой защиты⁷⁰. Определение круга лиц, пассивно легитимированных на виндикацию, «незаконными владельцами» в современном российском праве наделяет эту категорию новым значением, которое снимает деликтную семантику термина. В

⁶⁸ Поэтому Ульпиан говорит о *facultas restituendi* как критерии ответчика, по-новому интерпретируя формулу иска, но оставаясь в зависимости от нее.

⁶⁹ См.: *Дождев Д.В.* Римское частное право. С. 379. Остается фундаментальной работа: *Talamanca M.* Studi sulla legittimazione passiva alla "hereditatis petitio". Milano: Giuffrè, 1956.

⁷⁰ С широкой трактовкой, которую допускает термин «имущество» в тексте ст. 301, связаны и предложения по расширению сферы виндикации, вызывающие справедливую критику (см.: *Суханов Е.А.* О видах сделок в германском и в российском гражданском праве // Вестник гражданского права. 2006. № 2. С. 7 (примеч. 4)).

самом деле, ответчиками по виндикации признаются не только неправомерные (и недобросовестные) владельцы, но и титулированные добросовестные владельцы, получившие вещь на основании, направленном на приобретение права собственности, от лица, не имеющего права ее отчуждать: «добросовестный приобретатель» (ст. 302 ГК РФ), получившей вещь на возмездном основании, добросовестный владелец на безвозмездном основании (*ibid.*), а также добросовестный владелец, приобретающий вещь по давности (п. 4 ст. 234 ГК РФ), но, в отличие от упомянутых владельцев, на производном основании (возмездном или безвозмездном), владеющий вещью на первоначальном титуле⁷¹. Эти владельцы незаконные (для целей ст. 301 ГК РФ) и могут выступать ответчиками по виндикации, но, в отличие от римских владельцев *pro possessore*, они владеют вещью «как своей собственной» — *pro suo*. Это правомерные и добросовестные «незаконные владельцы». Взятое в различии с законным владением в смысле ст. 305 ГК РФ владение «незаконное» оказывается единственной квалификацией юридического владения в нашем праве.

Единство наименования — «владельцы» — не может отменить принципиального противопоставления законных владельцев незаконным. Одни владеют временно, зависимо, условно, несамостоятельно и не находятся в непосредственном отношении к вещи. Они не могут стать субъектами вещно-правового отношения, будучи допущенными к вещи на основании личной и относительной связи (*inter partes*) с признанным владельцем (или даже нормативным собственником, как арендатор по ст. 608 ГК РФ), в отношении с которым (и в признании которого) они и черпают удовлетворение своих признанных интересов. Другие владеют самостоятельно, противопоставляя свою непосредственную связь с вещью праву известного лица — как «третьи» лица — и вынуждая его прибегать к виндикации для утверждения своего права как абсолютного, значимого «против всех» (*erga omnes*), — поскольку личного отношения с таким лицом у собственника нет. Противостояние «собственник — владелец» выстраивается здесь по основанию, имеющему настолько объективный характер, что его можно равным образом отнести и к миру формальных связей, миру права, и к миру фактических явлений. Это связь с вещью, признанная как непосредственная, как совпадающая с самой вещью («мое»), признаваемой правом в качестве объекта — внешнего и противопоставленного субъекту явления.

Наивная попытка Концепции⁷² игнорировать установившееся различие между «владельцами» законными и незаконными в отказе от «введения» различия владения и держания, или «опосредованного владения», отвечает идее по-

⁷¹ О таких владельцах упоминает п. 3 ст. 225 ГК РФ, но и ст. 234 ГК РФ, требуя титула, направленного на приобретение собственности, не уточняет, что это обязательно производный титул.

⁷² Концепция развития законодательства о вещном праве // Вестник ВАС РФ. 2009. № 4. С. 106.

сессорной защиты, которая требует однозначной идентификации субъекта защиты — владельца. Узость подхода, целиком подчиненного идее оперативной защиты неправового (независимого от правовой квалификации) контроля над вещами, выявляет уровень осмысления вопроса и подлинный смысл задач, поставленных Концепцией перед законодателем. Эта глухота к объективному требованию гражданского права соответствует и выраженному ультрапозитивистскому убеждению в возможности по усмотрению законодателя «вводить» или «не вводить» структурно неизбежные, необходимые отношения, которые уже сложились в определенную систему в нашем праве, еще страдающем, по известному мнению⁷³, от незрелости института владения. Так ребенок закрывает глаза, думая, что он спрятался от неприятностей. Несостоятельность этой позиции ставит под сомнение значение предлагаемой Концепцией защиты владения как искомой конфигурации института в современных условиях. Так, Концепция предлагает понимание владения как факта, «фактического отношения». Здесь — *contradictio in adiecto*. Отношения «фактическими» не бывают. Отношения — это всегда абстракция. Отношения, значимые для права, должны получить формальную определенность. Найти правовую интерпретацию владельческих отношений — задача юридической науки. Концепция открыто признает свою неспособность интегрировать институт владения в систему гражданского права⁷⁴. Значение владения не совпадает с пресловутой посессорной защитой. Само по себе обуздание самоуправных действий в сфере фактического распределения имущества⁷⁵ принадлежит к административно-правовым и к уголовно-правовым задачам и не связано с совершенствованием гражданского законодательства. Представленное в нашем праве особое формальное положение «незаконного владельца»⁷⁶ отражает, пусть слабое и неполное, но существование института владения, которое нуждается в сочувственном понимании и выверенном развитии.

С ролью владения как критерия пассивной легитимации на виндикацию связана и такая служебная функция посессорных интердиктов, как распределение ролей в виндикационном процессе.

⁷³ Словский К.И. Собственность в гражданском праве. М.: Статут, 2007. С. 509 слл.

⁷⁴ Концепция развития гражданского законодательства // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11. С. 43: «1.2. Владение следует урегулировать как факт (фактическое отношение). В противном случае невозможно найти место владению в системе институтов вещного права».

⁷⁵ Там же: «1.1. Назначение владельческой защиты — это борьба с насильственными, самоуправными действиями».

⁷⁶ Примечательна попытка Концепции возвести владение для давности по ст. 234 в ранг «законного владения» (там же, с. 44) как упоминаемого в законе, что вступает в противоречие с п. 4 ст. 234 ГК РФ, по которому владелец для давности признается легитимным (добавим, и естественным) ответчиком по виндикации.

Gai., Inst., 4, 148:

Retinendae possessionis causa solet interdicitum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia est, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat. Cuius rei gratia comparata sunt 'uti possidetis' et 'utrubi'.

Интердикт для удержания владения принято издавать, когда между обеими сторонами идет тяжба о праве собственности на какую-либо вещь и прежде выясняется, кто из тяжущихся должен владеть, а кто подавать иск. Ради этого составлены [интердикты] «как вы владеете» и «у кого из вас двоих».

Этот текст дал основание для «процессуальной» теории, которая видит источник и смысл посессорной защиты в распределении ролей в процессе по виндикации. Йеринг нашел в этом тексте подтверждение своей концепции, что во владении защищается право собственности, пусть особым, упрощенным и провизорным образом⁷⁷. Уже Брунс⁷⁸ представил убедительные аргументы против позиции Йеринга, показав, что интердиктная защита имела свой особый предмет, а владение защищалось как автономная ситуация. Новые исследования позволили выявить структурный параллелизм между процедурой производства по интердикту “uti possidetis” и древнейшим видом процесса по вещному иску – *legis actio sacramento in rem*. Позиция Г. Дернбурга⁷⁹, который усматривал в сходстве процессуальных форм свидетельство первоначального развития интердиктной защиты в области *possessiones* на общественных землях (*ager publicus*), где иски о собственности были неприменимы, были исторически осмыслены О. Карловой, который связал развитие интердиктного процесса с утверждением новых типов виндикационного иска, которые требовали строгого распределения ролей в процессе (*agere in rem per sponsionem*)⁸⁰. Уже Г. Пфлюгер на основе этих данных вернулся к теории подготовительной функции интердикта⁸¹; ему следовали Г. фон Безелер и Г. Зибер⁸².

⁷⁷ *Jhering R. v. Über den Grund des Besitzschutzes. Eine Revision der Lehre vom Besitz. Jena: H. Duß, 1869. S. 78 sqq.*

⁷⁸ *Brunns C.G. Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts. Weimar: Hermann Böhlau, 1874. S. 21 sqq.*

⁷⁹ *Dernburg H. Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts. Festschrift zum fünfzigjährigen Stiftungsfest der Universität Zürich. Zürich: Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, 1883. S. 3 sqq.; 33 sq.*

⁸⁰ *Karlowa O. Römische Rechtsgeschichte. Bd. II. Leipzig: Veit & Comp., 1901. S. 324 sqq.*

⁸¹ *Pflüger H. Die sogenannten Besitzklagen. Leipzig: Duncker & Humblot, 1890. S. 147 sq.*

⁸² *Beseler G. v. Miscellanea critica // SZ. 1922. № 43. S. 421 sqq.; Siber H. Vorbereitung- und Erstatzweck der Besitzinterdikte // Scritti in beatizzazione di C. Ferrini. Vol. IV. Milano: Vita e pensiero, 1949. S. 98 sqq.*

Еще в 1930-е гг. Г. Нидермейер опроверг текстологическую критику Безелера и Зибера⁸³, но в работах Казера утвердилась процессуальная трактовка⁸⁴. Интердикты “*uti possidetis*” и “*utrubi*”, согласно этой концепции, утратили первоначальную функцию защиты владения на *ager publicus*, превратившись в предклассическую эпоху во вспомогательное средство в процессе *in rem*⁸⁵. Только в 1971 г. Л. Лабруна, опираясь на Нидермейера, подверг эту позицию убедительной критике⁸⁶, восстановив историческую действительность.

В тексте Гая Лабруна акцентирует внимание на “*solet*” (принято), тогда как будь эта функция интердикта единственной, юрист должен был сказать “*datur*” (или “*redditur*”). Текст Гая находит убедительное соответствие во введении Ульпиана к изложению интердикта “*uti possidetis*” в преторском эдикте.

Ulp., 69 ad ed., D. 43, 17, 1, 2–3:

Huius autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate: fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit: [fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit].

Цель введения этого интердикта была в том, чтобы отделить владение от собственности: ведь может случиться, что одно лицо — владелец, но не собственник, а другое — собственник, но не владелец, <а может случиться, что одно и то же лицо — и владелец, и собственник>.

⁸³ *Nidermeyer H.* Ausgewählte Introduktionen zu Ulpian und zur Rechtslehre von der ‘vis’ // *Studi S. Riccobono*, I. Roma, 1931. P. 205 sqq.

⁸⁴ *Kaser M.* Eigentum und Besitz. S. 282 sq. Концепция Казера определяется крайне узкой трактовкой фигуры *usus auctoritas* — позиции производного приобретателя по манципации, поскольку “*auctoritas*” он трактует как гарантию от эвкции. Соответственно, его суждения о первичной конфигурации владения в рамках *ius civile* (см. выше, примеч. 64) искажены. Критику и развернутую интерпретацию режима *usus auctoritas* см.: *Дождев Д.В.* Основание защиты владения. С. 127 слл.

⁸⁵ В фундаментальном обобщении 1971 г. Казер оговаривает, что процессуальная функция не полностью вытеснила собственно посессорную (см.: *Kaser M.* Das römische Privatrecht. Bd. I. S. 397; см., однако: *Kunkel W.* Op. cit. S. 118).

⁸⁶ *Labuna L.* Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia. Napoli: Jovene, 1971. P. 143 sqq.; 174 sqq.

3. *Inter litigatores ergo quotiens est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. si convenit, absolutum est: ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere adfirmat, tunc, si res soli sit, in cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur.*

Итак, всякий раз, когда между тяжущимися идет спор о собственности, то они либо договариваются о том, кто из них владелец, а кто истец, либо не договариваются. Если договариваются, то вопрос решается: одному, который по соглашению получил владение, выпадает преимущество владельца, другому — бремя истца. Но если между ними возникает спор, кто из них владеет, поскольку каждый из них утверждает, что именно он владеет, тогда, если вещь, о владении которой они спорят, недвижимая, прибегают к этому интердикту.

Очевидна зависимость этого текста от изложения Гая. В Институциях Юстиниана приводится разъяснение преимуществ ответчика по виндикации, отсутствующее у Гая.

I. 4, 15, 4:

Namque nisi ante exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui, quia et civilis et naturalis ratio facit, ut alius possideat, alius a possidente petat. Et quia longe commodius est possidere potius quam petere, ideo plerumque et fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione. Commodum autem possidendi in eo est, quod, etiamsi eius res non sit qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio: propter quam causam, cum obscura sint utriusque iura, contra petitorem iudicari solet.

Ведь если сначала не будет выяснено, у кого из них двоих владение, нельзя установить процесс по петиторному иску, так как и цивильные, и естественные соображения требуют, чтобы один владел, а другой требовал от владельца. И раз много выгоднее владеть, чем предъявлять иск, поэтому зачастую и почти всегда идет первичная тяжба о самом владении. Выгода же позиции владельца в том, что даже если вещь, которой он владеет, не его, если все же истец не сможет доказать, что она его, он [ответчик] сохранит свое положение владельца; по этой причине, поскольку права каждого неясны, принято выносить решение против истца.

В классическом процессе интердиктное производство было обставлено рядом процедур, затруднявших ответчику защиту. От него требовались гарантии (sponsiones), которые вели к штрафу (Gai., 4, 167: poenae nomine) в случае

проигрыша процесса о владении. Подробное описание этой процедуры у Гая (Gai., 4, 161–170), которое, собственно, и позволило установить параллелизм форм интердиктного производства и древнейшего процесса *in rem*, объясняет знаменитые слова Фронтина (I в.): «велик же риск перевести тяжбу в интердиктное производство, ход которого чрезвычайно запутан» (“*magna enim alea est litem ad interdictum deducere, cuius est executio perplexissima*”)! (Front., P. 44 La).

Один процесс стоил другого, и подготовительная фаза в виде спора о владении могла быть установлена только по инициативе истца. Обращение к интердикту избавляло собственника от процесса по иску, если ответчик выдавал вещь, или давала ему существенное денежное возмещение по вторичному Касцеллиеву иску (Gai., 4, 166 a: “*Cascelliano sive secutorio iudicio condemnatur*”), не исключая процесса по виндикации.

Ulp., 69 ad ed., D. 43, 17, 3, 11:

In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. “quanti res est” sic accipimus “quanti uniuscuiusque interest possessionem retinere”. Servii autem sententia est existimantis tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est: sed hoc nequaquam opinandum est: longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis.

В этом интердикте сумма присуждения относится к оценке самой вещи. «Сколько стоит вещь» мы понимаем так: «насколько данное лицо заинтересовано сохранить владение». Существует и суждение Сервия, считавшего, что давать оценку следует во столько, сколько стоит сама вещь; но так думать ни в коем случае не следует: ведь одно — цена вещи и совсем другое — владения.

В этих словах (как и в суждении Сервия, приравнивавшего сумму присуждения в петиторном и в посессорном процессе) выражена самостоятельность предмета требования по интердикту, который не исключает последующей виндикации (как и предшествующая виндикация не исключает последующего процесса по интердикту) и направлен на разрешение другого конфликта, на защиту особого интереса. Эта независимость, автономия задач интердиктного производства, и соответствующая самоценность владения выступает в последующих словах Ульпиана, продолжающих его введение к “*uti possidetis*”.

Ulp., 69 ad ed., D. 43, 17, 1, 4:

Est igitur hoc interdictum, [quod volgo uti possidetis appellatur,] retinendae possessionis (nam huius rei causa redditur, ne vis fiat ei qui possidet) et consequenter proponitur post interdictum unde vi. illud enim restituit vi amissam possessionem, hoc interdictum tuetur, ne amittatur possessio, denique praetor possidenti vim fieri vetat: [et illud quidem interdictum obpugnat possessorem, hoc tuetur]. et ut Pedius ait, omnis de possessione controversia aut eo pertinet, ut, quod non possidemus, nobis restituatur, aut ad hoc, ut retinere nobis liceat quod possidemus. restitutae possessionis ordo aut interdicto expeditur aut per actionem: <...> retinendae itaque possessionis duplex via est, aut exceptio aut interdictum. exceptio datur ex multis causis ei qui possidet <...>.

Итак, этот интердикт, <который широко именуется «как вы владеете»> для удержания владения (ведь он издается с той целью, чтобы не чинилось насилия тому, кто владеет) и в соответствии с этим вводится [в эдикте] после интердикта «о применении силы». Ведь тот интердикт восстанавливает владение, утраченное вследствие насилия, а этот служит тому, чтобы владение не утрачивалось, раз претор запрещает чинить насилие владеющему: <и тот интердикт нападает на владельца, этот защищает>. И как говорит Педий, любой спор о владении касается либо того, чтобы нам вернули то, чем мы владеем, либо того, чтобы нам обеспечивалось удержание того, чем мы владеем. Порядок возвращения владения определяется либо интердиктом, либо иском <...> следовательно, путь для удержания владения двойкий: или эксцепция, или интердикт. Эксцепция в большинстве случаев дается тому, кто владеет <...>

Этот текст пострадал от переработки существенно, чем предыдущие. Так, Зибер считал в нем подчинными только слова: *interdictum uti possidetis proponitur post interdictum unde vi*⁸⁷. Лабруна защищает первую часть текста (кроме слов [quod volgo uti possidetis appellatur])⁸⁸, но считает вслед за Ленедем⁸⁹ бессмысленной вставкой слова [tuetur, ne amittatur possessio, denique praetor], во фразе, устанавливающий отличие интердикта “uti possidetis” от интердикта “unde vi”, таким образом оставляя лишь “hoc interdictum [...] possidenti vim fieri

⁸⁷ *Siber H. Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesungen. II. Römisches Privatrecht, 2. Aufl. Berlin, 1928. S. 155. Ему следует Даубе: Daube D. Concerning the classifications of interdicts // RIDA. 1951. № 6. P. 74 (nt. 146).*

⁸⁸ *Labruna L. Op. cit. P. 177 (nt. 148).*

⁸⁹ *Lenel O. Palingenesia iuris civilis. Vol. II. Lipsiae, 1889. P. 820 (nt. 3).*

vetat” («этот интердикт запрещает применять насилие против владеющего»), хотя именно претор выступает действующим лицом в комментарии Ульпиана к эдикту и вставка в текст слова “praetor» в постклассическую эпоху невероятна. Самым существенным элементом § 4, который признается подлинным, выступает цитата из Секста Педия (I в.)⁹⁰. Если Ульпиан сосредоточивает внимание на подавлении насилия: “vi amissam” – “vim fieri vetat”, то в словах Педия предметом спора предстает материальное держание: “ut restitatur” – “retinere liceat”. Эта терминология соответствует классификации интердиктов, которую воспроизводит и Ульпиан: если интердикт “unde vi” относится к интердиктам для восстановления владения (reciperandae possessionis – Gai., 4, 154), то “uti possidetis” (как и “utrubi”) – к интердиктам для удержания владения (retinendae possessionis – Gai., 4, 148–149)⁹¹. Упоминание интердикта “unde vi” у Ульпиана, который вовсе не был обязан сообщать о том, что интердикт “uti possidetis”, о котором у него идет речь, расположен в эдикте после интердикта “unde vi” (“proponitur”), спровоцировано обобщением Педия. Педий же предлагает более развернутое обсуждение способов защиты: восстановление нарушенного владения достигается либо по интердикту, либо по иску; удержание – либо путем эксцепции, либо по интердикту об удержании владения.

Это обобщение, свойственное Педию, гениальному систематизатору⁹², заслуживает особого внимания. Недавно Фальконе показал, что эксцепция, о которой говорится в тексте, нетождественна оговорке о порочном владении “nec vi, nec clam, nec precario” («не насильно, не тайно, не прекарно»), поскольку интердикт и его часть не могут рассматриваться как разные средства защиты⁹³. Оговорка о порочном владении (clausula vitii, или exceptio vitiosae possessionis) названа “exceptio” лишь в одном тексте (D. 43, 19, 1, 11), интерполяция которого установлена⁹⁴. Exceptio – это часть формулы (pars formulae). Поскольку в § 5, где говорится об оговорке “nec vi, nec clam, nec precario” усматривается постклассическая ин-

⁹⁰ Подлинность цитаты убедительно отстаивает Фальконе: *Falcone G. Ricerche sull'origine dell'interdetto 'uti possidetis' // AAP. 1996. № 44. P. 52.*

⁹¹ Гай (Gai., 4, 143) приводит трехчленную классификацию, включая в нее и интердикты для вступления во владение (adipiscendae possessionis), которые, собственно, посессорными не являются (см.: *Kaser M. Das römische Privatrecht. Bd. I. S. 396; Talamanca M. Istituzioni di diritto romano. Milano: Giuffrè, 1990. P. 495.*)

⁹² Следую словам Дж. Ла Пирры (см.: *La Pira G. La personalità scientifica di Sesto Pedio // BIDR. 1938. № 45. P. 302.*) Скъявоне убедительно раскрывает степень зависимости Ульпиана от Педия в теоретических обобщениях (см.: *Schiavone A. La scrittura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrattualistiche del quarto libro ad edictum // Le teorie contrattualistiche nella storiografia contemporanea. Atti Siena, 1989; Napoli, 1991. P. 125 ss.*). О Педии см.: *Giachi C. Studi su Sesto Pedio. La tradizione, L'editto. Milano: Giuffrè, 2005.*

⁹³ *Falcone G. Op. cit. P. 55.*

⁹⁴ *Kaser M. Zur Geschichte des precarium // SZ. 1972. № 89. S. 138, A. 142.*

терполяция, связанная с реформой интердикта “unde vi”⁹⁵, то и в нашем § 4 слова об эксцепции считают позднейшей вставкой (заметим, что в этом случае вставка должна была быть сделана после интерполяции § 5, задним числом). Основным же упреком выступает нестабильность эксцепции — “datur ex multis causis”. Однако бывают специальные эксцепции (in factum), по аналогии (exceptiones utiles)⁹⁶, а также эксцепции в интердиктном производстве (D. 39, 1, 1, 10; 43, 12, 1, 16; 43, 13, 1, 6; 43, 24, 4, 3–4; 43, 30, 1, 3; 4; 5)⁹⁷. Думается, речь может идти и об эксцепциях, прямо направленных на защиту вещного права, как exceptio iusti dominii (D. 6, 2, 16) или exceptio superficarii (D. 43, 18, 1, 4). При такой трактовке устанавливается полное соответствие с исковой защитой, о которой Педий наряду с интердиктной говорит применительно к восстановлению владения.

Слова об иске наряду с интердиктом считают интерполированными, поскольку в постклассическом праве интердикты приходят в упадок⁹⁸, вместо интердикта “de vi armata” вводятся новые средства защиты (в 389 г. СTh. 4, 22, 3; С. 8, 4, 7; I. 4, 2, 1). Однако в юстиниановском праве интердикты вовсе заменяются экстраординарным процессом (I. 4, 15, 8: extra ordinem ius dicitur), что не мешает компиляторам уделить им подробное внимание в Институциях (I. 4, 15 pr-7). Нидермейер указывал на явные языковые погрешности фразы “restitutae possessionis ordo aut interdicto expeditur aut per actionem”: вместо “restitutae possessionis” во всяком случае должно стоять “restituendae”; “ordo” здесь употреблено в значении, свойственном постклассическому праву и т.д.⁹⁹ Однако ведущими остаются содержательные соображения¹⁰⁰.

В 1939 г. С. Риккобоно привел убедительные доводы в защиту “actio”¹⁰¹. Он показал, что Гай (Gai., 4, 155) сам в одном случае говорит о предоставлении иска для восстановления владения, и опроверг доводы тех, кто подозревал в искажениях «Институций» Гаия (Безелера и Альбертарио). Риккобоно, которому, по словам Казера, мы обязаны современному представлению о владении¹⁰², сопос-

⁹⁵ *Labruna L.* Op. cit. P. 182 sq.

⁹⁶ *Wesener G.* Nichtediktales Einreden // SZ. 1995. № 112. S. 109 sqq.; 139 sq.

⁹⁷ *Falcone G.* Op. cit. P. 57 sq.

⁹⁸ В Кодексе Феодосия отсутствует раздел об интердиктах. В СTh. 4, 21–23 обсуждаются три интердикта: “quorum bonorum”, “unde vi” и “utrubi” (по одному фрагменту каждый) – и ни один не назван классическим наименованием: actio recuperandae possessionis (СTh. 4, 22, 1), momenti actio (СTh. 4, 22, 6). Uti possidetis вообще не упоминается.

⁹⁹ *Niedermeyer H.* Op. cit. S. 526.

¹⁰⁰ *Labruna L.* Op. cit. P. 178 sq.

¹⁰¹ *Riccobono S.* Interdictum – Actio. Ulp. LXIX ad Ed. fr. 1 § 4–9 D. 43, 17 – Gai., IV, 155 // Festschrift P. Koschaker. Bd. 2. Weimar: Verlag Hermann Böhlaus Nachf., 1939. S. 368 sqq.

¹⁰² *Kaser M.* Das römische Privatrecht. Bd. I. S. 385 A. 5.

тавил слова Педия об иске с классификацией интердиктов у Гая, по которой собственно интердиктами называются только запретительные (*prohibitoria*), тогда как другие средства – декретами (*Gai., 4, 139–140*)¹⁰³. Риккобоно связывает эту классификацию с порядком предоставления исков по разовым решениям претора – *actiones decretales*, которые применялись и при наличии соответствующего интердикта (например, применительно к *interdictum fraudatorium* (*D. 42, 8, 10 pr. in factum actionem permittam*)). Однако следует возразить, что этот порядок принципиально отличается от декретов, которые были все же интердиктами. Очевидно, Педий не мог назвать исками интердикты, и речь шла об исках. Так, Помпоний говорит об иске, который наряду с интердиктом защищает того, кто правомерно (*non calumniae causa*) желает откопать свой клад на чужом участке (*D. 10, 4, 15: vel interdictum vel iudicium... dari*). Прокул при наличии сомнений, стал ли принадлежать пойманный в капкан вепрь охотнику, дает иск *in factum* против того, кто выпустил зверя на волю (*Proc., 2 epist., D. 41, 1, 55*). Обобщение Педия подобно обобщению Модестина.

Mod., 7 reg., D. 41, 1, 52:

Rem in bonis nostris habere intellegimur, quotiens possidentes exceptionem aut amittentes ad recipendam eam actionem habemus.

Считается, что вещь пребывает в нашем имуществе, если, владея, мы имеем эксцепцию или, утратив вещь, – иск для ее возвращения.

Сопоставление исковой (петиторной) защиты с интердиктной (посессорной) во взгляде Педия отмечает существенную близость предмета тяжбы, которая выразилась и в суждении Сервия об одинаковом подходе к оценке вещи. Об этом говорит и структурное подобие ранних форм защиты собственности интердиктному производству. В то же время именно интердиктное производство отличается большей индивидуализацией (здесь нет процедуры предоставления заложников (*praedes*) – реликта древней групповой солидарности¹⁰⁴) и гибкостью: интердикт можно было истребовать оперативно, не дожидаясь судебной

¹⁰³ В Институциях Юстиниана (*I. 4, 15, 1*) сохранились сведения о controverse среди классиков по вопросу о наименовании интердиктов, которых нет у Гая: «Есть, однако, те, кто полагают, что собственно интердиктами называются те, которые являются запретительными, так как издавать интердикт – это объявлять и запрещать; восстановительные же и предьявительные, собственно, называются декретами; но все же возобладали порядок называть все интердиктами...» (*“Sunt tamen qui putant proprie interdicta ea vocari, quae prohibitoria sunt, quia interdicere est denuntiare et prohibere: restitutoria autem et exhibitoria proprie decreta vocari: sed tamen optinuit omnia interdicta appellari...”*)

¹⁰⁴ *Jobbé-Duval E. Études sur l'histoire de la procédure civile chez les romains. T. I. Paris: Arthur Rousseau, 1896. P. 275 sqq.*

сессии (*actus regum*)¹⁰⁵; в большинстве источников говорится о коллегии судей, что обеспечивало объективность и ведущую роль суда¹⁰⁶. Эти отличия показывают, что структурное сходство процедур на ранней стадии отражает лишь сходство, но не единство предмета. Интердиктное производство стало новым этапом в развитии средств защиты, но его предметом осталось материальное держание, тогда как петиторный процесс все больше отвлекался от возвращения вещи во владение истца: дальнейшее развитие форм защиты собственности демонстрирует принципиальное отличие предметов требования, другие цели, задачи, методы и другую судьбу виндикации.

Поссessorный процесс как служебная процедура для целей установления виндикационного иска не только не предрешает дела, но и демонстрирует отсутствие конкуренции с защитой собственности. В то же время эта функция (вспомогательная) интердиктной защиты раскрывает насыщенность владения правовыми характеристиками. Владение как признак пассивной легитимации на виндикационный иск показывает, что именно владелец находится в релевантной оппозиции к собственнику, угрожая его праву. Собственник, предъявляя виндикацию, идет на существенный риск (*onus probandi*, возражения о давности, о добросовестности и пр.) и ставит свое положение абстрактного обладателя права под угрозу в сопоставлении с позицией противника — обладания вещью как юридически признанным фактом. Владение само по себе противопоставит праву собственника как потенциально правовая позиция.

С другой стороны, возможность, предусмотренная для держателя (*alieno nomine*) отвести от себя ответственность по виндикации, указав лицо, от которого он держит вещь — юридического владельца, показывает, что подлинный правовой смысл виндикационного иска составляет не простое изъятие вещи у фактического обладателя, но юридическая квалификация сопоставимых притязаний. Владение — это конкурентная позиция по отношению к собственности. Владение соотносится с правом, выступает в праве, принимается во внимание правом в соотношении с правом собственности. Владение связано с юридическим бытием вещи и выступает одной из форм институционализации вещи в системе общественных связей, сближаясь в этой функции с правом собственности. Предъявлять свои права на вещь надо к тому лицу, у которого она находится юридически¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Фундаментальное понятие для римского судопроизводства (см.: *Hartmann O.E. Ueber die römische Gerichtsverfahren / A. Ubbelohde* (Hg.). Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht's Verlag, 1886. S. 179 sqq.).

¹⁰⁶ *Jobbé-Duval E.* Op. cit. P. 281. Хартманн вообще рассматривает интердиктное производство как вид экстраординарного процесса (*extra ordinem*) (см.: *Hartmann O.E.* Op. cit. S. 538 sqq.).

¹⁰⁷ В этом смысле функцию владения вполне может выполнять реестр, который создает юридическое существование вещи, фиксируя ее значимые параметры (границы и др.), и указывает юридически признанного держателя — владельца.

Опыт распространения пассивной легитимации на виндикацию на более широкий круг ситуаций, выходящий за рамки юридического владения, не меняет определения института, но лишь показывает вторичность этой его функции, зависимой от более существенного качества. Пустое держание, фактическое обладание, еще не создает владения, которое в оппозиции к притязанию по виндикации приближается к собственности именно как абстрактная форма, опосредующая интерес к вещи правовой нормой и выступающая одновременно способом социального признания и существования этого интереса.

Законное владение с точки зрения традиционной теории владения предстает аномалией: нет ни *animus*, ни приобретательной давности, ни добросовестности, ни права на плоды — ничего нет и быть не может, потому что не вещь является предметом отношения (точнее, отношение не принимает вещь за таковую, за фактическую, телесную данность внешнего мира, по поводу которой строится отношение; и хотя интересы держателя объективны — скажем, пользоваться и получать плоды, — они продукт соглашения, содержание которого произвольно, и не обладают объективностью факта, свойственной вещи и соответствующим отношениям, предполагающим переход владения), хотя именно в этих гипотезах связь держателя с вещью («фактическое» обладание) предстает более легитимной, чем при владении незаконном. Распространение посессорной защиты на такие отношения не меняет их природы и места в системе права.

При законном владении — за исключением титульного владения, не приведшего к переносу собственности из-за пороков исполняющей сделки (или связанного с ней оформления, регистрации), — оснований для предоставления посессорной защиты, собственно, нет, так как предметом отношения не является вещь как признанный правом имущественный объект.

Законное владение — это факт держания в чистом виде¹⁰⁸. Защита такого держания от возможного неправомерного вторжения собственника имеет в качестве предмета недозволенное поведение стороны обязательственного отношения, действия, нарушающие договор. Искомая оперативность посессорной защиты в таких случаях теряет смысл, так как конфликт неизбежно выйдет на уровень спора о договоре — с соответствующим исходом в виде понуждения к соблюдению договора или расторжения договора ввиду его существенного нарушения. Посессорная защита как самостоятельная фигура предполагает отсутствие других релевантных связей между сторонами.

Противопоставление держания (фактической связи с вещью) законного владельца другим, третьим, лицам задействует существенные черты посессорной защиты, но опять-таки выставляет возможные посягательства третьих лиц на

¹⁰⁸ Факт, который не является отражением (редукцией) соответствующего правоотношения, принимающего в качестве своего предмета (содержания) вещь как фактическую.

вещь в руках арендатора, ссудополучателя, поклажепринимателя, подрядчика или перевозчика в качестве недозволенного поведения, источника деликтной или вовсе административной ответственности, так что собственно посессорные черты защиты – оперативное возвращение вещи по месту ее последнего фактического нахождения – выступают как побочный продукт пресечения деликта или административного правонарушения. Восстановление нарушенного владения (держания) или ограждение от посягательств наличного владения (держания) полицейскими средствами фиксирует фактическое пребывание (нахождение) вещи у законного владельца, но никоим образом не создает абстрактную и нормативную связь между таким лицом и вещью. Подлинный интерес лица, получившего вещь по договору, определяется договором и может заключаться в получении определенных выгод от вещи или совершении определенных действий с этой вещью. Такой самостоятельный имущественный интерес принимает в качестве предмета (содержания) не вещь, а ее функцию («полезность»). Вещь как таковая задействована лишь в той мере, в какой такой держатель обязан вернуть ее собственнику (тому, от кого он ее получил) или – в случае поверенного или агента – выдать ее указанному лицу, т.е. совершить передачу, вручить вещь или обеспечить возможность контрагенту беспрепятственно ее забрать. Такая обязанность и составляет момент присутствия вещи в отношении (как принято говорить, реальный аспект отношения), так что защита владения в данном случае обслуживает интересы, воплощенные в обязательственном отношении между сторонами (в договоре).

Применительно к законному владению посессорная защита неизбежно актуализирует представительский аспект такого держания, выступая средством защиты интересов собственника, передавшего держание, а не самого держателя. В самом деле, в непрерывном (фактическом) пребывании вещи у должника заинтересован сам собственник-кредитор, поскольку данный факт составляет предмет его договорного обязательства или входит сферу его ответственности. Защищая вещь от силовых посягательств со стороны, держатель служит этому интересу, обеспечивая стабильность договорного отношения и исполняемость договора в целом. Здесь есть и его интерес, однако формально он представлен в отношении не как интерес автономного лица, направленный на исключительное обладание вещью (пусть как фактической, в ее телесном аспекте), но как интерес должника, заинтересованного в успешном исполнении обязательства. Посессорная защита законного владения в действительности выступает защитой связи собственника с вещью, опосредованного владения по германскому праву или абстрактного (собственно юридического) владения, которое по римскому праву продолжает осуществлять собственник, передавший вещь держателю (можно сказать, *apud suo, corprore alieno*).

Чуждость этой защиты собственно владельческой выявляется при анализе значения личности держателя, которое она получает в данной конструкции. Если посессорная защита наделяет владельца нормативным (формальным) существованием в качестве фактического человека (значимого как фактическое существо), то применительно к голому держанию она совершает прямо противоположное: лишает держателя формального существования именно в качестве фактической единицы.

В тех правопорядках, где держатель получил признание в качестве непосредственного владельца (при сохранении формального владения и на стороне собственника — как владельца опосредованного) или даже в качестве исключительного «законного» владельца, отрицание его личности не столь наглядно. В ретроспективном сопоставлении с римским классическим регулированием признание указанных лиц субъектами владения может даже создать впечатление прогресса в утверждении в праве значения их личности. Это впечатление будет обманчивым. Суть отношения несколько не изменилась. Самостоятельность действий по защите владения, которые отныне должен предпринимать такой держатель (даже в тех правопорядках, где его по-прежнему не признают владельцем), отнюдь не означает самостоятельности его владения и не утверждает его непосредственной связи с вещью (нормативной фактической связи, каковой является владение). Защита владения здесь все равно подчинена прежде всего интересам кредитора, ожидающего возвращения вещи (опосредованного владельца), так что активность держателя по реализации посессорной защиты является по сути службой другому лицу, точнее, владению этого лица.

В тех правопорядках, где держатель признается владельцем (непосредственным владельцем), защита держания (непосредственного владения) создает между собственником-кредитором (опосредованным владельцем) и вещью юридическую связь, которую и следует считать подлинным, пусть и скрытым владением (опосредованным владением). Именно собственник-кредитор оказывается в признанном непосредственном отношении к вещи как фактической (к фактической стороне вещи), тогда как связь с вещью держателя-должника, в чьих руках она находится, выступает опосредованной обязательственным отношением с таким скрытым владельцем, что наглядно проявляется в необходимости доказывания в посессорном споре титула («законности») владения для победы над нарушителем. Фигура законного владельца, таким образом, не дает оснований для суждений об изменении природы владения в современном праве, но — как и голое держание классического права — выявляет абстрактный и формальный характер владения как юридического института, сущность которого заключается в интеграции в сферу формальных отношений образа фактической вещи как объекта обладания и субстрата вещных правоотношений.

Приложение термина «владение» равно к юридическому (собственно, владению) и к фактическому явлению (держанию) отнюдь не предполагает их тождества, но, напротив, ориентирует на установление их релевантного различия. Единство терминологии характеризует и римское право владения, в котором голое держание также именовалось владением — «естественным владением» (“*naturalis possessio*”) (как это видно в словах Юлиана о знаменитой максиме “*nemo sibi causam possessionis mutare potest*” (D. 41, 5, 2, 1), цит. выше). Эта универсальность термина (подчеркнутая уточняющим определением¹⁰⁹) демонстрирует определенное единство фактического и формального явления. Научная разработка института в римской юриспруденции направлена на преодоление аморфного понимания и отграничение, понятийное отделение владения от фактической (естественной) ситуации. Изучение этого опыта позволяет выявить то существенное качество владения (от которого зависит и функция идентификации ответчика по виндикационному иску), которое делает его ключевым институтом для системы гражданского права.

Paul., 54 ad ed., D. 41, 2, 1 pr:

Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci κατοχήν dicunt.

Владение именуется, как говорит Лабейон, от как бы положения на месте, которое греки называют «обитанием», потому что оно удерживается естественным образом тем, кто там размещен.

Естественность, о которой говорит мыслитель, может пониматься как объективность — держание как нормальное следствие присутствия, а может означать наличие физического контакта (“*naturaliter tenere*” — техническое обозначение держания), необходимого для квалификации отношения. Ссылка на природное основание получает совершенно иное звучание в присутствии параллели с греческим культурным опытом: обсуждается социальное явление, которое подчиняется (или демонстрирует подчинение) естественному порядку вещей.

Последователь Лабейона Нерва-сын (I в., дед императора 96—98 гг.) обсуждает правовые следствия естественного владения как телесного взятия: чисто физический факт в рамках правовой системы получает нормативное значение.

¹⁰⁹ Возможно, это словоупотребление вторично: Казер считает (см.: *Kaser M. Das römische Privatrecht. Bd. I. S. 386*) этот текст самым ранним случаем употребления выражения “*naturalis possessio*”. Однако уже в определении Лабейона (см. ниже, D. 41, 2, 1 pr) естественная (природная и объективная) сторона владения представлена как принцип этого института.

Paul., 54 ad ed., D. 41, 2, 1, 1:

Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait eiusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari caeloque capiuntur: nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint. item bello capta et insula in mari enata et gemmae lapilli margaritae in litoribus inventae eius fiunt, qui primus eorum possessionem nactus est.

Собственность на вещи, — говорит Нерва-сын, — возникла из из естественного владения, и переживания этого остаются в отношении тех [вещей], что ловят на земле, в море и в небе: ведь они сразу же становятся собственностью тех, кто первым захватит владение ими. Также захваченное на войне и остров, родившийся в море, и драгоценные камни и жемчуг, найденные на берегах моря, принадлежат тому, кто первым получил владение ими.

Комментирование многих классических текстов по владению затруднено тем обстоятельством, что в постклассическом праве, когда собственность начинают мыслить как квалифицированное владение и для обозначения собственности нередко прибегают к терминам “possessor”, “possessio”, “possidere”¹¹⁰, термин “naturalis possessio” (“naturaliter, corporaliter possidere”) в противопоставлении “civiliter possidere”, обозначающему собственность¹¹¹ начинает обозначать юридическое владение, а не держание, как в классическую эпоху. Это отразилось в искажении ряда текстов, где говорится об interdiktной защите «естественного владения» — “naturalis possessio” (D. 43, 16, 1, 9: et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet), тогда как в классическом праве этот термин указывал на голое держание, которое защитой не пользовалось: «естественное владение» (“naturaliter possidere”) арендаторов и поклажепринимателей (D. 10, 3, 7, 11: quamvis naturaliter possideant) или узуфруктуария (D. 41, 2, 12 pr: naturaliter videtur possidere is qui usum fructum habet). Классик в таком случае говорит о держании (Jav., 14 epist., D. 41, 2, 24: “naturaliter tenet”, но здесь же “corporaliter

¹¹⁰ С квалифицирующими определениями: “firmiter possidere” (CTh. 5, 10, 1 а. 319; 10, 8, 3 а. 326; 11, 7, 4 а. 327 = С. 10, 21, 1), “intemerata possessio” (С. 11, 59, 11, 1 а. 400); “sine inquietudine, incosusse possidere”, “securus possessor” (С. 7, 33, 1 и 7; FV. 278) (см.: Levy E. Possessory Remedies [Scritti Ferrini, III, 1948, 109 ss.] // Levy E. West Roman Vulgar Law. The Law of Property. Philadelphia: American Philosophical Society, 1951. P. 246 sq., спец. 263 sq.). “Possessio” вообще может обозначать собственность, как в СTh. 8,15,6,1 а. 380 (см.: Kaser M. Das römische Privatrecht. Bd. II. S. 247 A.6).

¹¹¹ Наиболее распространено выражение «владеть по праву»: “iure (dominii) possidere”, “perpetuo iure possidere” (СTh. 10, 17, 1 а. 369 = С. 10, 3, 5; СTh. 10, 17, 3 а. 391 = С. 4, 44, 16, 1), “rei et iuris possessor”, «владелец и собственник» (СTh. 9, 42, 22 а. 408), тогда как для указания на владение говорится о телесном владении: “corpore possidere” (С. 7, 32, 10 а. 314; СTh. 2, 14, 1 а. 400 = С. 2, 14, 1, 3). Ср. интерполяцию в D. 43, 26, 2, 3: habere precario videtur, qui possessionem [vel corporis vel iuris] adeptus est...

tenetur” также в оппозиции к “civiliter possidere”; Pap., 2 def., D. 41, 2, 49 pr: naturaliter a fructuario teneatur).

Однако нередко и классики употребляют выражение “naturalis possessio” в оппозиции к “possessio civilis”, “civiliter possidere” (Ulp., 24 ad ed., D. 10, 4, 3, 15¹¹²; Marcian. 3 inst., D. 41, 1, 11 со ссылкой на позицию сабинианцев; Ven., 3 interd., D. 43, 26, 22, 1 со словами Лабейона “naturaliter possidere”¹¹³).

Ulp., 49 ad Sab., D. 45, 1, 38, 7–9:

Haec quoque stipulatio: "possidere mihi licere spondes?" utilis est: quam stipulationem servus an possit utiliter in suam personam concipere, videamus. sed quamvis civili iure servus non possideat, tamen ad possessionem naturalem hoc referendum est, et ideo dubitari non oportet, quin et servus recte ita stipuletur.

8. *Plane si "tenere sibi licere" stipulatus sit servus, utilem esse stipulationem convenit: licet enim possidere civiliter non possint, tenere tamen eos nemo dubitat.*

9. *"Habere" dupliciter accipitur: nam et eum habere dicimus, qui rei dominus est et eum, qui dominus quidem non est, sed tenet: denique habere rem apud nos depositam solemus dicere.*

Действительна также такая стипуляция «кляннешься, что у меня будет возможность владеть?»; посмотрим, может ли раб формулировать так запрос по стипуляции на свое лицо. Но хотя по цивильному праву раб не владеет, все же это следует относить к естественному владению, и поэтому не следует сомневаться, что и раб правильно так формулирует запрос по стипуляции.

Равным образом, если раб стипулировал себе «возможность осуществлять держание», признано, что стипуляция действительна, ведь хотя они не могут владеть по цивильному праву, никто не сомневается, что они осуществляют держание.

«Иметь» понимается двояко: ведь мы говорим, что имеет и тот, кто является собственником вещи, и тот, кто не является собственником, но осуществляет держание: так, мы обычно говорим, что мы имеем вещь, оставленную у нас на хранении.

Речь идет о стипуляции, сопровождающей договор купли-продажи, в которой воспроизводится модельное обязательство продавца — передать спокойное

¹¹² В этом тексте “incumbere possessioni” выдает руку компилятора, но сама оппозиция “civiliter – naturaliter” отвечает мысли классика.

¹¹³ О тексте см.: *Дождев Д.В.* Основание защиты владения. С. 187 слл.

владение (или обеспечить обладание) (*habere licere*). Вопрос заключается в том, может ли раб формулировать запрос по стипуляции (в пользу своего господина) в таких словах, поскольку сам он владеть не может. Здесь строгое противопоставление держания и владения усилено определением “*civiliter*” (§ 8), которое вписывается в ход рассуждений юриста (характерное постклассическое “*naturaliter*” отсутствует) и может принадлежать классику. Сходным образом Яволен противопоставляет “*corporalis possessio*” и “*iusta possessio*”, отрицая возможность приобретения через раба физического владения, но признавая приобретение владения как правовой ситуации.

Jav., 14 epist., D. 41, 2, 24:

Quod servus tuus ignorante te vi possidet, id tu non possides, quoniam is, qui in tua potestate est, ignorantibus tibi non corporalem possessionem, sed iustam potest adquirere: sicut id, quod ex peculio ad eum pervenerit, possidet. nam tum per servum dominus quoque possidere dicitur, summa scilicet cum ratione, quia, quod ex iusta causa corporaliter a servo tenetur, id in peculio servi est et peculium, quod servus civiliter quidem possidere non posset, sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere. quod vero ex maleficiis adprehenditur, id ad domini possessionem ideo non pertinet, quia nec peculii causam adprehendit.

То, чем твой раб при твоём неведении завладеет силой, ты не владеешь, поскольку тот, кто пребывает в твоей власти, может приобрести тебе при твоём неведении не телесное владение, но правомерное, как, например, он завладеет тем, что поступит к нему из пекулия. Ибо и тогда говорится, что господин владеет через раба, понимается, вполне логично, так как то, что раб физически держит на правомерном основании, входит в пекулий раба, а тем, чем раб не может владеть по цивильному праву, но держит естественным образом, считается, что владеет господин. То же, что получают в результате неправомερных деяний, не входит во владение господина, потому что это раб берет не для пекулия.

Текст насыщен выражениями “*corporaliter*”, “*naturaliter*”, “*civiliter*”, но выдерживает оппозицию “*tenere – possidere*” и точно передает классические принципы приобретения владения через подвластного. Напротив, смешение понятий держания (которое теперь обозначается как “*corporalis possessio*”) и владения, несмотря на сохраняющееся различие владения самостоятельного и зависимого, демонстрирует рескрипт Александра Севера, испытавший позднейшую переработку.

С. 7, 30, 1:

Alex. A. Sabino

Qui ex conducto possidet, quamvis corporaliter teneat, non tamen sibi, sed domino rei creditur possidere. neque enim colono vel conductori praediorum longae possessionis praescriptio quaeritur.

(a. 226 pp. VII k. April. Alexandro A. II et Marcello cons.)

Александр Август Сабину

Считается, что тот, кто владеет на основании аренды, хотя держит телесно, все же владеет не для себя, а для собственника вещи. Ведь колону или арендатору участка не дается возражение о давностном владении.

(7 апреля в консульство Александра Августа (2-е) и Марцелла).

Даже здесь “corporaliter teneat” остается в рамках классической терминологии – “tenere”, тогда как в ряде случаев “corporaliter” сочетается с “possessio”, что выдает постклассическое вмешательство (Iav., 10 epist., D. 46, 3, 79: corporaliter eius rei possessio detinetur; Jav., 14 epist., D. 41, 2, 24: corporaliter a servo tenetur; Jav., 1 epist., D. 41, 2, 23, 1: corporaliter tamen possessionem amittunt; Paul., 54 ad ed., D. 41, 3, 4, 13: corporaliter eius non sim nactus possessionem)¹¹⁴.

Противопоставление телесного, физического элемента владения юридическому наблюдается не только в различении держания и владения, но и применительно к структуре самого владения. Процесс постепенного «одухотворения» (Vergeistigung) владения нередко выделяют в оппозиции к якобы «материалистическому» взгляду ранних римских юристов (как у Лабееона и Нервы)¹¹⁵. Так, можно проследить, как лишь постепенно устанавливается взгляд, допускающий удержание владения в отсутствие физического контакта с вещью – animo retinere possessionem¹¹⁶.

Эта конструкция первоначально прилагается к владению сезонными пастбищами (saltus hibernus et aestivus), эксплуатация которых требует периодического перемещения с места на место.

¹¹⁴ Казер (см.: Kaser M. Das römische Privatrecht. Bd. II. S. 253) признает в этих текстах «классическое ядро».

¹¹⁵ Kunkel W. Op. cit. S. 114 sq.; Wesener G. Zur Dogmengeschichte des Rechtsbesitzes // Festschrift W. Wilburg. Graz, 1975: ADEVA. S. 453 sqq.; Benöhr H.P. Besitzerwerb durch Gewaltabhängige im klassischen römischen Recht. Berlin Springer, 1972. S. 12 sq. См. там же другую литературу.

¹¹⁶ Rotondi G. Possessio quae animo retinetur // Scritti di diritto romano. Milano, 1922. Vol. 3. P. 190 sqq.

Paul., 54 ad ed., D. 41, 2, 3, 11:

Saltus hibernos aestivosque animo possidemus, quamvis certis temporibus eos relinquamus.

Мы осуществляем владение сезонными пастбищами голой волей, хотя и покидаем их на определенное время.

Очевидно, что временное отсутствие владельца в этом случае может рассматриваться как форма присутствия: он, собственно, никогда не покидает пастбище, взятое как единый хозяйственный комплекс¹¹⁷. В этой ситуации выделение *animus* представляет собой лишь способ осмысления феномена: владелец сохраняет владение, потому что покидает пастбище не с тем, чтобы его оставить. Конструкция была введена Прокулом (D. 43, 16, 1, 25) и затем быстро распространена на другие объекты, а также на владение через держателя (D. 41, 2, 3, 12: *animus nostro, corpore etiam alieno possidemus*). Так, сам Прокул еще считал, что владение утрачивается, когда имение покинуто рабами.

Proc., 2 epist., D. 4, 3, 31:

Cum quis persuaserit familiae meae, ut de possessione decedat, possessio quidem [non] amittitur, sed de dolo malo iudicium in eum competit, si quid damni mihi accesserit.

Если кто-либо убедит моих рабов, чтобы они вышли из владения, владение все же <не> утрачивается, но против него следует иск о злом умысле, если я понесу какой-либо ущерб.

Предоставление иска о злом усмысле (*actio de dolo malo*) показывает, что суждение юриста об утрате владения было прямо противоположным: текст был «исправлен» впоследствии (ср. также D. 43, 16, 1, 45, цит. выше)¹¹⁸. Помпоний в комментарии «к Сабину» приводит суждение о сохранении владения, осуществляемого через держателя, в котором во внимание принимается умонастроенное самого держателя (арендатора), а не *animus* арендодателя, как это стало принято впоследствии (Pomp., 23 ad Q. Muc., D. 41, 2, 25, 1; Pap., 23 quaest., D. 41, 2, 44, 2; Paul., 54 ad ed., D. 41, 2, 3, 8: *animus retinebo possessionem*).

¹¹⁷ Cannata C.A. L'«animus possidere» nel diritto romano classico // SDHI. 1960. № 26. P. 74; MacCormack G. The Role of 'animus' in the Classical Law of Possession // SZ. 1969. № 86. P. 115.

¹¹⁸ Kunkel W. Op. cit. S. 114.

Pomp., 32 ad Sab., D. 41, 2, 31:

Si colonus non deserendae possessionis causa exisset de fundo et eo redisset, eundem locatorem possidere placet.

Если арендатор выйдет из имения не с тем, чтобы покинуть владение, и туда вернется, решено, что арендодатель владеет этим имением.

Сходным образом смерть держателя прекращала владение, и только Юлиан признал в этой ситуации владение для давности (Afr., 7 quaest. D. 41, 2, 40, 1: utilitatis causa). Если Квинт Муций Сцевола еще считает, что владение беглым рабом утрачивается ([Mod.] <Pomp>, 31 ad Q. Muc., 41, 1, 54, 4: sicuti ne per fugitivum quidem, quem non possidet), то в дальнейшем признание невозможности для раба лишиться господина владения чем-либо приводит к решению, что он не может лишиться его и владения самим собой (Gai., 26 ad ed. provinc., D. 41, 2, 15: quemadmodum aliarum rerum possessionem intervertere non potest, ita ne suam quidem potest)¹¹⁹. Здесь также усматривалось владение animo (даже если раб начинал процесс о свободе, до вынесения решения господин сохраняет владение (D. 41, 2, 3, 10: animo eum possideo; D. 47, 2, 17, 3; PS., 4, 14, 3: fugitivi quoque, quorum semper possessio animo retinetur¹²⁰)).

Особая проблема возникала в ситуации конкурентного вторжения на участок, когда владелец отсутствовал.

Pomp., 23 ad Q. Muc., D. 41, 2, 25, 2:

Quod autem solo animo possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possideamus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio, an vero (quod quasi magis probatur) usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem: et videtur utilius esse.

В отношении же того, чем мы владеем одним намерением, спрашивается, владеем ли мы до тех пор, пока другой не совершил телесное вторжение (вторгся телом), так чтобы его телесное владение признавалось более сильным, или же (что вроде бы пользуется большим признанием) мы владеем до тех пор, пока по нашему возвращению нас кто-нибудь не изгонит или же мы перестанем владеть с таким умонастроением, что допустим, чтобы нас мог выгнать тот, кто вторгся во владение? И представляется, что это более приемлемо.

¹¹⁹ Мнение Кассия о возможности приобретать владение через беглого раба (D. 41, 2, 1, 14) предполагает признание владения и самим рабом, тогда как его современник Нерва не допускает возможности приобретать что-либо через беглого раба (ibid.). Возможно, это расхождение в мнениях отражает начало изменения воззрения. О тексте см.: *Benöhr H.P.* Op. cit. S. 41 A. 22.

¹²⁰ МакКормак (см.: *MacCormack G.* Op. cit. P. 132 (nt. 79)) усматривает в этом тексте подлинный классический подход.

Выражение “corporealis possessio” вызывает подозрения, однако логика текста, основанного на противопоставлении телесного вторжения (“corpore ingressus”) владению solo animo (а также возможной утрате владения с изменением намерения — animo desinere possidere) безупречна. Помпоний решает проблему, возможно, поставленную уже Муцием-понтификом, но в новом ключе: признавая за удалившимся владение animo, он последовательно обсуждает конкуренцию телесного и нормативного владения: конфликт разрешается, только когда выяснится, что владелец, вернувшись, уступил силе. Квинт Муций мог поставить вопрос только в других терминах и скорее всего предлагал другое решение. Самый ранний текст по проблеме принадлежит Лабеону.

Ulp., 70 ad ed., D. 41, 2, 6, 1:

Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere Labeo scribit: retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit: verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intellegi possidere, non clam.

Лабеон пишет, что если некто, отправляясь на рынок, никого не оставит [вместо себя], и, пока он возвращается с рынка, другой захватит владение, то считается, что он владеет тайно: следовательно, тот, кто ушел на рынок, удерживает владение; впрочем, если он не пустит вернувшегося собственника, вернее полагать, что он владеет насильно, а не тайно.

Лабеона интересует квалификация владения захватчика: оно может считаться тайным (clam), а может признаваться насильственным (vi)¹²¹. Очевидно, мыслитель признавал владение на стороне захватчика даже в отсутствие предшественника: открытый конфликт между двумя претендентами, который может разразиться по возвращении ушедшего на рынок, лишь делает владение захватчика из тайного насильственным. На этом основании в тексте признается интерполированной фраза: [retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit] (“сле-

¹²¹ Следы первоначальной постановки вопроса явно видны в позднейшем комментарии Ульпиана (Ulp., 69 ad ed., D. 43, 16, 1, 24): “Sive autem corpore sive animo possidens quis deiectus est, palam est eum vi deiectum videri. idcircoque si quis de agro suo vel de domo processisset nemine suorum relicto, mox revertens prohibitus sit ingredi vel ipsum praedium, vel si quis eum in medio itinere detinuerit et ipse possederit, vi deiectus videtur: ademisti enim ei possessionem, quam animo retinebat, etsi non corpore” («Если кто-либо, владеющий будь то телом, будь то волей, изгнан, ясно, что он считается изгнанным силой. Поэтому если кто-либо уйдет со своего поля из своего дома, не оставив там никого из своих, а затем, когда он вернется, ему воспретят входить или на сам участок, или его кто-либо задержит на полпути и сам завладеет, считается, что его изгнали силой; ведь ты отнял у него владение, которое он удерживал намерением, пусть даже не телом»), а также в противоположном решении Павла (Paul., 54 ad ed., D.41, 3, 4, 27): “Item si occupaveris vacuam possessionem, deinde venientem dominum prohibueris, non videberis vi possessisse”. («Также если ты захватишь оставленное владение, а затем, когда собственник вернется, непустишь его, то не будет считаться, что ты завладел силой».)

довательно, тот, кто ушел на рынок, удерживает владение”)¹²². По Лабеоу, захватчик сразу получает владение, взгляды меняются только в позднее время с развитием учения об удержании владения *solo animo*¹²³.

Проблема демонстрирует невозможность примирения конфликта двух конкурентов при трактовке владения как фактической ситуации: для решения вопроса необходимо изменение перспективы и развитие понимания владения как формального (нормативного) явления. Она издавна занимает умы европейских юристов¹²⁴. Донелл отвергает применимость к этой ситуации двойного владения и предлагает следующее рассуждение: «Если мы представим трех держателей: Первого, Второго и Третьего... Первый, который владел правомерно, отправился в дальние края, никого не оставив дома. В его отсутствие владение захватил Второй. Затем появляется Третий и получает от Второго, которого считал собственником, владение в доброй совести или силой изгоняет Второго... В этой ситуации, если ты представишь, что Первый вернулся и начал тяжбу с Третьим или подвергается иску Третьего, оба правильно прибегают к интердикту *uti possidetis* и обоих претор защищает как владельцев. Первого — так как он удерживал владение намерением, которое не утратил и впоследствии. Третьего же — так как он держит с намерением собственника. И не относится к делу, что он владеет неправомерно, силой, тайно, или прекарно: ведь по отношению к противнику, к Первому, он так не владеет»¹²⁵.

¹²² Kunkel W. Op. cit. S.117; Kaser M. Das römische Privatrecht. Bd. I. S. 394 A.41, там же более ранняя литература.

¹²³ Еще Папиниан (Pap., 23 quaest, D. 41, 2, 44, 2) допускает утрату владения вследствие вторжения на участок в отсутствие владельца, даже если он оставил там держателя (*eius vero, quod servi vel etiam coloni sorpore possidentur, non aliter amitti possessionem, quam eam alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus*), считая исключением ситуацию владения сезонным пастбищем, когда владение, несмотря на вторжение, сохранялось, пока владелец оставался в неведении (D. 41, 2, 46). Цельс (Cels., 23 dig., D.41, 2, 18, 3) признавал сохранение владения в случае вторжения, только если владелец находился на участке и не знал о брошенном ему вызове.

¹²⁴ Примечательный комментарий к данному тексту «О владении (D. 41, 2, 6, 1–7)» составил в XIII в. уже Жак де Ревиньи (Jacques de Révigny). Рукопись, хранившаяся в муниципальной библиотеке г. Шартра не пережила Вторую мировую войну, но в собрании автора Гражданского кодекса Нидерландов Меййрса (E.I. Meijers) сохранились ее фотографии (см. в издании: Lewis A.D.E., David J. Ibbetson D.J. The Roman Law Tradition. Cambridge: Cambridge University Press, 1994. P. 73 sqq. (автор публикации – W.M. Gordon).

¹²⁵ Donellus, ad tit. VI. Cod. Uti possidetis. Imp. Dioclet. et Maximian. AA. et CC. Cyrillo (Opera omnia, t. X, Macerata, Ex officina Benedicti q. Antonii Cortesi, 1830, col. 971: “Si proponamus nobis tres detentores, Primum Secundum, Tertium: et Tertium possidere a Secundo, vel bona fide; vel vi aut clam aut precario, hoc modo: Primus, qui juste possidebat, peregre profectus est, nemine domi relicto. Eo absente Secundus clam occupavit possessionem. Exstitit deinde Tertius, qui a Secundo, quem dominum putabat, possessionem acciperet bona fide: aut qui Secundum vi dejiceret: aut qui ejus controversiam metuens, possessionem eo ignorante occuparet: aut qui precibus ab eo possessionem impetraret. In hac specie si proponas Primum redire, et controversiam facere Tertio, aut a Tertio controversiam pati, ambo interdicto uti possidetis recte agent et ambos praetor tuebitur tanquam possessores. Primum, quia animo retinuit possessionem, quam ipse postea non amisit. Tertium vero quia et is animo dominantis tenet. Nec ad rem pertinet, quod possidet injuste, nempe vi, aut clam, aut precario. Nam ab adversario Primo ita non possidet”.

Решение Донелла неожиданно: раз первый удерживает владение *animo*, а одновременное владение двоих в целом (*duos in solidum*) невозможно, то Третий не владеет вовсе: «И поэтому хотя бы Третий владел десять или двадцать лет, даже в доброй совести, он не приобретает по давности, так как без владения приобретение по давности не происходит»!¹²⁶

Последовательное приложение нормативного подхода дает обоснованное решение, которое противоречит представлениям, исходящим из обыденного опыта и не применимым к обсуждению правовых явлений. Понятие порочного владения предполагает относительность положения такого владельца: будучи незащищенным против потерпевшего, он защищен против третьих лиц, и возможна ситуация (как у Донелла), когда порочный владелец оказывается стороной в споре о владении с тем, чье владение он непосредственно не нарушал.

Ulp., 69 ad ed., D. 43, 17, 3 pr:

Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum. quod qualiter procedat, tractemus, si quis proponeret possessionem iustam et iniustam. ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam: si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vincetur: nam et tu possides et ego.

Если двое владеют вещью в целом, посмотрим, что следует сказать. Рассмотрим, что и как происходит, если представить себе владение [одновременно] правомерное и неправомерное. Я владею на правомерном основании, а ты — в результате насилия или кражи: если ты владеешь от меня, я сильнее по интердикту, если же не от меня, то никто из нас не выйдет победителем: ведь и ты владеешь, и я.

Такое решение соответствует и структуре интердикта, в котором оба противника признаются владельцами: «Как вы владеете...», «У которого из вас двоих...» — обращается претор к противникам¹²⁷. Абсурдность ситуации показывает, что анализ интердиктной защиты дает искаженное представление о владении: невозможность претендента (бывшего владельца) победить по интердикту означает, что он не владеет. Владелец, не нарушавший владения противника, не будет порочным (поскольку порочность владения относительна); если же он признается владельцем, то претендент владельцем не будет (и поэтому не сможет победить по интердикту).

¹²⁶ Ibid. col. 972: “Et ideo quamvis Tertius possederit decem, aut viginti annos, idque bona fide, tamen non usucapiet, quia sine possessione usucapio non contingit”.

¹²⁷ Ulp., 69 ad ed., D. 43, 17, 3, 1: “Hoc interdiction [scil. Uti possidetis] duplex est et hi, quibus competit, et actores et rei sunt” (этот интердикт обоюдный, и те, кто имеют на него право, одновременно являются и истцами и ответчиками).

Недопустимость владения двоих в целом (*in solidum* — в противоположность владению в доле (*pro parte*) при общей собственности¹²⁸), которая лежит в основе решения гуманиста, акцентируется как в ситуации порочного владения, так и при владении через держателя. Римская юриспруденция успешно разрешает вопрос, вскрывая юридическую сущность владения.

Paul., 54 ad ed., D. 41, 2, 3, 5:

Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit eum qui precario dedit et ipsum possidere et eum qui precario acceperit. idem Trebatius probabat existimans posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste vel duos iuste non posse. quem Laeoe reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat: quod est verius. non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.

И напротив, несколько лиц не могут одновременно в полной мере владеть одной и той же вещью: ведь противно природе, чтобы когда я держу что-либо, считалось, что ты тоже это держишь. Сабин, однако, пишет, что и тот, кто отдал вещь в прекарий, сам владеет, и тот, кто получил в прекарий. То же утверждает Требаций, полагая, что одно лицо может владеть правильно, другое порочно; двое же правильно или двое порочно владеть не могут. Его опровергает Лабееон, так как в отношении владения как понятия нет разницы, владеет ли кто-то правильно или порочно, и это вернее. Ибо одно владение может быть у двоих не более, чем если бы считалось, что ты стоишь в том месте, где я стою, или там, где я сижу, считалось бы, что и ты сидишь.

Сабин принадлежит к следующему после Лабееона поколению. Гай Требаций Теста — один из учителей Лабееона¹²⁹, с которым тот нередко не соглашался. Требаций, отрицая возможность одновременного владения двоих лиц на равных основаниях, допускал двойное владение в случае порочного владения. Лабее-

¹²⁸ Pomp., 26 ad Q. Muc., D. 41, 2, 26: "Locus certus ex fundo et possideri et [per longam possessionem] <usu>capi potest et certa pars pro indiviso, quae introducitur vel ex emptione vel ex donatione vel qualibet alia ex causa..." (Определенный участок имущества может быть и объектом владения и приобретения по давности, как и определенная доля в нераздельном целом, которая возникает или на основании купли, или дарения, или каком-либо другом основании...»)

¹²⁹ О Требации см.: *Talamanca M. Trebatio Testa fra retorica e diritto // Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana. Milano: Giuffrè, 1985. P. 29 sqq.*

он, опровергая это суждение, выходит на уровень понятия. Заключительная фраза принадлежит, несомненно, ему (она согласуется с определением владения, данным Лабеоном (D. 41, 2, 1 pr), цит. выше), хотя и стоит после одобрительного высказывания Павла, донесшего до нас это рассуждение. Здесь в форме риторической фигуры *reductio ad absurdum* мыслитель раскрывает значение владения как юридического бытия факта в правовой системе: владение моделируется правом как факт.

Позиция Сабина, оставшегося невосприимчивым к учению основателя другой школы, впоследствии получила развитие на основе учения об осуществлении владения *solo animo*.

Pomp., 29 ad Sab., D. 43, 26, 15, 4:

Eum, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium: an is quoque possideat, qui rogatus sit, dubitatum est. placet autem penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset, penes eum qui rogasset, quia possideat corpore, penes dominum, quia non discesserit animo possessione.

Нет сомнения, что получает владение тот, кто испросил в прекарый, чтобы ему было дозволено осуществлять владение, но вызывало сомнение, владеет ли также тот, у кого испросили. И решено, что тот раб, который был дан в прекарый, пребывает у обоих: у того, кто испросил, — потому что он осуществляет телесное владение, у господина — потому что он не выказал намерения отказаться от владения.

Аргументация в этом фрагменте из комментария Помпония «к Сабину» принадлежит комментатору. Такое разделение режима владения: у одного лица — *corpore*, у другого — *animo* — отводит прекарите роль держателя. Признание у него владения исключало бы владение концессионера: при передаче владения, даже временного, владение у передающего прекращается (Ulp., 76 ad ed., D. 41, 2, 17, 1: “si quis igitur ea mente possessionem tradidit, ut postea ei restitatur, desinit possidere”) (следовательно, если кто-либо передает владение с тем намерением, чтобы впоследствии оно было ему возвращено, он прекращает владеть»)¹³⁰. Сомнение, о котором говорится в тексте, отражает конroversу, одной стороной в которой был Сабин. Юлиан, последний глава сабинианской школы, решительно отвергает возможность двойного владения.

¹³⁰ При передаче владение прекращается, даже если получатель из-за порока воли владельцем не становится (Cels., 23 dig., D. 41, 2, 18, 1).

Iul., 49 dig., D. 43, 26, 19:

Duo in solidum precario habere non magis possunt, quam duo in solidum vi possidere aut clam: nam neque iustae neque iniustae possessiones duae concurrere possunt.

Двое не могут солидарно осуществлять прекарное владение, равно как и двое солидарно владеть силой или тайно: ведь не могут сосуществовать два правомерных и неправомерных владения.

Ульпиан, суждение которого о двойном владении противников по интердикту приводилось выше, выдвигает и другое, более строгое решение, которое показывает, как далеко зашла римская юриспруденция на пути признания юридической природы этого отношения.

Ulp., 76 ad ed., D. 41, 2, 17 pr:

Si quis vi de possessione deiectus sit, perinde haberi debet ac si possideret, cum interdicto de vi recipiendae possessionis facultatem habeat.

Если кого-либо силой изгнали из владения, к нему следует относиться, как если бы он владел, раз у него есть возможность восстановить владение по интердикту о применении силы.

Признавая владение даже за владельцем, изгнанным с применением силы, Ульпиан наделяет владение значением подлинного вещного права. Этот взгляд — поздний, прежде считалось, что владение потерпевшего прерывается¹³¹ (Gai., 21 ad ed. provinc., D. 41, 3, 5: “Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi deicitur vel alicui res eripitur. quo casu non adversus eum tantum, qui eripit, interrumpitur possessio, sed adversus omnes”. («Владение прерывается естественным образом, когда кого-либо изгоняют из владения силой или у кого-либо отнимают вещь. В этом случае владение прерывается не только в отношении того, кто отнял, но в отношении всех»)). Напротив, утрата владения вместе с потерей вещи, даже добровольной, считалась характерной чертой этого режима обладания, в отличие от собственности.

¹³¹ Впрочем, см. уже мнение Кассия в D. 41, 3, 4, 25.

Ulp., 72 ad ed., D. 41, 2, 13 pr:

Pomponius refert, cum lapides in Tiberim demersi essent naufragio et post tempus extracti, an dominium in integro fuit per id tempus, quo erant mersi. ego dominium me retinere puto, possessionem non puto, nec est simile fugitivo: namque fugitivus idcirco a nobis consideri videtur, ne ipse nos privet possessione: at in lapidibus diversum est.

Помпоний передает: когда камни при кораблекрушении были сброшены в Тибр, а затем извлечены, сохранялось ли право собственности все то время, когда они были под водой. Я полагаю, что я сохраняю право собственности, но не владение, и это отличается от беглого раба: ведь потому считается, что мы владеем беглым рабом, чтобы он не лишил нас владения; в отношении же камней иначе.

В этот же процесс разработки абстрактного понятия владения вписывается утверждение концепта «права владения» (“*ius possessionis*”). Традиционно считается, что только в постклассическом праве владение начинает уподобляться собственности в связи с упадком института права собственности¹³². В конституции Константина положение ответчика во владении описывается как отказ ему в праве.

C. 7, 32, 10:

Const. A. ad Maternum

Nemo ambigit possessionis duplicem esse rationem, aliam quae iure consistit, aliam quae corpore, utramque autem ita demum esse legitimam, cum omnium adversariorum silentio ac taciturnitate firmetur: interpellatione vero et controversia progressa non posse eum intellegi possessorem, qui, licet corpore teneat, tamen ex interposita contestatione et causa in iudicium deducta super iure possessionis vacillet ac dubitet.

a. 314 p. XI k. Febr. Triveris Volusiano et Anniano cons.

Константин Август Матерну

Никто не сомневается в том, что основание владения двоякое: одно заключается в праве, другое — в телесном контакте, однако оба законны до тех пор, пока поддерживаются молчанием и невмешательством всех противников; когда же начались притязания и споры, нельзя считать владельцем того, кто хотя и держит вещь телесно, однако в условиях начатого оспаривания и установления судебного процесса в отношении права владения не уверен и сомневается.

(314 г. 11 февраля в консульство Триверия Волюзиана и Анниана).

¹³² Riccobono S. Zur Terminologie der Besitzverhältnisse // SZ. 1910. № 31. S. 339 sqq.; Levy E. West Roman Vulgar Law. P. 19 sqq.; Kaser M. Das römische Privatrecht. Bd. II. S. 246 sq.

Эту терминологию сближают с “iure possidere” или “iure domini possidere” Кодекса Феодосия, приходя к обобщениям. Однако в III в. эта синтагма свободна от ассоциаций с правом собственности и обычно указывает на спокойное владение. Так, выражение “inconcussam possessionis ius” из рескрипта Александра Севера (С. 7, 16, 5) убедительно сопоставляется со словами конституции (постановления) Диоклетиана и Максимиана 292 г. в контексте возражения об исковой давности (С. 7, 35, 4: “Si possessio inconcussa sine controversia perseveraverit...”) ¹³³. Выражение “ius possessionis” нередко в классических текстах ¹³⁴ и не предполагает аллюзий на право собственности. Так, в тексте Юлиана (Iul., 13 dig., D. 41, 2, 36) речь идет о владении залогодателя, испросившего залог в прекарый. Вопрос в том, прерывается ли его владение для давности. Юрист говорит, что прекарное владение не отменяет начатую давность, как ее не отменяет и залог, во всяком случае по владению: у того, кто испросил прекарый, прав больше, чем у того, кто вовсе не владеет (“plus iuris in possessione habeat qui precario rogaverit quam qui omnino non possidet”) ¹³⁵.

Сходным образом Павел указывает этими словами на преимущество ответчика во владении.

Paul., 65 ad ed., D. 43, 17, 2:

Iusta enim an iniusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert: qualiscumque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet.

Правомерно или нет его владение в отношении прочих лиц, в этом интердикте не отражено: ведь каким бы он ни был владельцем, уже потому, что он владелец, он имеет больше прав, чем тот, кто не владеет.

¹³³ Д. Непп (*Nörr D. Die Entstehung der "longi temporis praescriptio"*. München: C.H. Beck, 1969. S. 90 (Anm. 3) трактует выражение как спокойное владение (ungestörte Besitz), сближая его с “possessio continua nec interrupta inquietudine litis” в С. 7, 33, 2 (а. 286). Сходным образом трактует выражение “inquietata possessio” Канната (см.: *Cannata C.A. "Possessio", "possessor", "possidere"*. Milano, Giuffré, 1962. P. 18 sqq.; 51 sqq.). См. также: С. 11, 62, 6 (а. 384); С. 6, 61, 4, 3 (а. 472). Уже А. Штайнвертер (*Steinwenter A. Ueber einige Bedeutungen von "ius" in den nachklassischen Quellen // Iura*. 1953. № 4. S. 129) отмечал нетехническое (вульгарное) употребление термина “ius” начиная с А. Севера (С. 5, 16, 6 pr (а. 229); 5, 21, 1, 1 (а. 229); 6,2,8 (а. 213) (ср. “ius possessoris” о владении узупапиента в Alex. С. 2, 50, 3 (а. 223)).

¹³⁴ Так, Казер говорит о том, что процесс юридизации владения начался уже в классическую эпоху (см.: *Kaser M. Das römische Privatrecht*. Bd. I. S. 390). Ему следует Г. Везенер (см.: *Wesener G. Ius possessionis // Festschrift M. Kaser*. München: C.H. Beck, 1976. S. 162 sqq.).

¹³⁵ Считается, что текст относится к фидуции, но фидуциарная манципация со стороны лица, приобретающего по давности, сомнительна, а в отношении залога продолжение usucapio, несмотря на передачу вещи в залог (собственно, *possessio ad usucapionem tanta*), удостоверено самим Юлианом (D. 41, 3, 16; см. также: *Iav., 4 ex Plaut., D. 41, 2, 1, 15*). О тексте см.: *Tondo S. "Pignus" e "precarium" // Labeo*. 1959. № 5. P. 159 sq.

Здесь, собственно, выражения “*ius possessionis*” нет: юрист отмечает известное нормативное преимущество владельца¹³⁶. Непосредственно к вопросу относятся тексты, сообщающие о рескрипте Антонина Пия фессалийской общине. Marcian., 14 inst., D. 48, 6, 5, 1:

Si de vi et possessione vel dominio quaeratur, ante cognoscendum de vi quam de proprietate rei divus Pius τὸ κοινὸ τῶν Θεσσαλῶν Graece rescripsit: sed et decrevit, ut prius de vi quaeratur quam de iure domini sive possessionis.

Если вопрос стоит о насилии и владении или праве собственности, прежде следует провести процесс о насилии, чем о собственности, предписал в рескрипте божественный Пий фессалийской общине по-гречески; но также постановил, чтобы сначала разбирался вопрос о насилии, чем о праве собственности или владения.

Этот текст в значительной мере дублирует фрагмент Каллистрата.

Call., 5 cogn., D. 5, 1, 37:

Si de vi et possessione quaeratur, prius cognoscendum de vi quam de proprietate rei divus Hadrianus τὸ κοινὸ τῶν Θεσσαλῶν Graece rescripsit.

Если встает вопрос о насилии и владении, сначала следует провести процесс о насилии, чем о собственности, — предписал в рескрипте божественный Адриан фессалийской общине по-гречески.

В академическом издании Дигест Юстиниана Моммзен, опираясь на постановление Александра Севера по апелляции 209 г. (C. 7, 62, 1: “*Severus dixit: prius de possessione pronuntiare et ita crimen violentiae excutere praeses provinciae debuit. Quod cum non fecerit, iuste provocatum est*”). (“Север сказал: прежде чем выносить решение о владении, наместник провинции должен был сначала разобрать преступление, связанное с насилием. Поскольку он

¹³⁶ В знаменитом тексте Ульпиана (D. 7, 6, 5 pr), где говорится о том, что истец, не имеющий права собственности, не сможет заявить никакого притязания узурфруктуарию, прямо отрицается какое-либо право у владельца: “*quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant*” («раз владельцы сильнее, даже если у них нет никакого права»). Приложение термина «владелец» к узурфруктуарию создает проблему. М. Марроне решает ее, придавая слову значение «ответчик» (см.: *Marrone M. Contributi in tema di legittimazione passiva alla “reivindicatio”* // Studi G. Scherillo. Vol. 3. Milano: Giuffrè, 1972. P. 366 sq. (здесь же литература к тексту)).

так не сделал, апелляция подана правильно”.)» восстанавливал в тексте Марциана: <sed divus Severus decrevit, ut prius quam de vi quaeratur de iure possessionis> («но божественный Север постановил, чтобы прежде чем о насилии, разбирался вопрос о праве владения»). Однако такое изменение смысла текста на противоположное не находит поддержки в сентенции Севера, где говорится о приоритете восстановления владения как форме обуздания насилия, и нет противопоставления *vis* и *ius possessionis*, как у Марциана. Отсутствие фразы “sed et decrevit... possessionis” в тексте Каллистрата побудило многих считать ее глоссой¹³⁷. Зибер считает фрагмент Марциана подлинным, элиминируя в первой фразе “vel dominio” и восстанавливая во второй “[vi] <crimine vis>”, поскольку речь в декрете Антонина Пия шла именно об уголовном иске *de vi*, который требовал приоритетного разрешения до постановки вопроса о собственности¹³⁸. Термин “*possessio*” в тексте Марциана Зибер приравнивает по значению словам “*proprietetas rei*”, считая, что он означает землевладение.

Во всех текстах обсуждаются конкретные казусы, состав которых неясен, но очевидно противоречие между Севером, который говорит об уголовном подавлении насилия и текстами Дигест (Марцианом-Пием и Каллистратом-Адрианом), где речь идет о владении. При этом сентенция Севера обсуждает только нарушение владения, восстановление которого само по себе выступает средством подавления насилия. Тогда “*crimen violentiae*” получает метафорическое значение и выступает выражением содержания посессорной защиты. В тексте Каллистрата выдерживается противопоставление “*de vi – de proprietate rei*” (слова рескрипта Адриана), так что владение также оказывается связано с вопросом о насилии “*de vi et possessione*”. В рескрипте Антонина Пия собственность и владение оказываются однопорядковыми явлениями, но текст Марциана можно прочитать и таким образом, что вопрос *de vi et possessione* будет противопоставляться вопросу *de dominio* (*de iure dominii*), тогда слова “*sive [iure] possessionis*” предстанут излишним довеском, нарушающим структуру и смысл текста. Соединение в одном вопросе насилия и владения отвечает тексту сентенции Севера и структуре текста Каллистрата и позволяет выстроить противопоставление праву собственности при сохранении единства частноправовой тематики.

Остается текст Папиниана.

¹³⁷ См.: *Leifer F.* Op. cit. Col. 857.

¹³⁸ *Siber H.* Vorbereitung- und Erstatzszweck der Besitzinterdikte. S. 124 sq.

Pap., 23 quaest., D. 41, 2, 44 pr:

Peregre profecturus pecuniam in terra custodiae causa condiderat: cum reversus locum thesauri memoria non repeteret, an desisset pecuniam possidere, vel, si postea recognovisset locum, an confestim possidere inciperet, quaesitum est. dixi, quoniam custodiae causa pecunia condita proponeretur, ius possessionis ei, qui condidisset, non videri peremptum, nec infirmitatem memoriae damnum adferre possessionis, quam alius non invasit: alioquin responsuros per momenta servorum, quos non viderimus, interire possessionem. et nihil interest, pecuniam in meo an in alieno condidissem, cum, si alius in meo condidisset, non alias possiderem, quam si ipsius rei possessionem supra terram adeptus fuisset. itaque nec alienus locus meam propriam aufert possessionem, cum, supra terram an infra terram possideam, nihil intersit.

Некто, отправляясь за границу зарыл в землю деньги для сохранности, когда же, вернувшись, он не смог вспомнить местоположение клада, встал вопрос, перестал ли он владеть деньгами или, если он впоследствии отыскал бы место, стал бы он сразу владеть. Я сказал, что поскольку из условия задачи следует, что деньги были зарыты для сохранности, право владения того, кто закопал, не считается утраченным и нестойкая память не вредит владению, в которое не вторгнулся другой; а иначе следовало бы дать ответ, что утрачивается и владение рабами, которых мы порой теряем из виду. И не имеет значения, закопал бы я деньги на моем или на чужом участке, раз, если бы другой закопал на моем, я бы стал владеть только в том случае, если бы вступил во владение самой вещью, извлеченной на поверхность. Итак, чужой участок не отнимает мое собственное владение, раз нет разницы, владею я на поверхности или под землей.

Здесь для указания на неизменность владения — и соответствующего правового положения — использовано выражение “ius possessionis”, подлинность которого защищал уже Дж. Бранка¹³⁹. Выражение “ius possessionis”, хотя и в нетехническом смысле, известно Цицерону (Cic., pro Caec., 12, 35; pro Mil., 28, 78) и само по себе не предполагает постклассического вмешательства. По справедливому замечанию Везенера, уже Юлиан различал фактическую и юридическую сторону различных институтов (Iul., 21 dig., D. 27, 10, 7, 3: “quia solutio venditio traditio facti magis quam iuris sunt...” («так как исполнение, продажа, передача скорее дело факта, чем права...»)). Сходным образом следует трактовать и нередкие

¹³⁹ Branca G. Il possesso come diritto affievolito // Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti. V. 3. Padova: Cedam, 1950. P. 396.

у классиков заявления, относящие владение то к миру фактов (D. 41, 2, 1, 3: *rem facti, non iuris*; D. 41, 2, 1, 4: *rem facti*), то к сфере права (Pap., 2 def., D. 41, 2, 49, 1, цит. выше). Так, Папиниан, в одном месте говорит, что владение — это “*causa facti*” (D. 4, 6, 19), в другом — связывает владение с правом (D. 41, 2, 49 pr). Правомерны сдержанные трактовки, объясняющие различие подходов специфической задачей, стоящих перед юристом, в связи с особенностью казуса¹⁴⁰. Современная методология предполагает бережное отношение к подобным расхождениям, рассматривая их как источник нового знания. В нашем контексте это означает, что постепенное так называемое одухотворение владения — это показатель осознания его формальной природы.

Сходным образом следует понимать и выделение в структуре владения телесного (*corpus*) и психического (или волевого) момента (*animus*). *Animus possidendi* (*possidentis*) — это инструмент описания тех проявлений владения, которые не совпадают с его фактической стороной. Выделение *corpus* само по себе ярко маркирует несовпадение владения с телесным контактом, физическим обладанием. Значение *animus* не следует преувеличивать. Йеринг приписывал это учение Павлу, считая его одним из проявлений доктринерства этого юриста¹⁴¹. Но это понятие характеризует владение уже в текстах основателей прокулианской школы. Павел также акцентировал *animus* в основном в ситуациях приобретения, удержания и утраты владения¹⁴². Когда владение приобретено, *animus* не требуется: владелец может сойти с ума, но владение останется.

Pomp., 23 ad Q. Muc., D. 41, 2, 25, 1:

Et per colonos et inquilinos aut servos nostros possidemus: et si moriantur aut furere incipiant aut alii locent, intellegimur nos retinere possessionem. nec inter colonum et servum nostrum, per quem possessionem retinemus, quicquam interest.

Мы владеем также через арендаторов и квартиросъемщиков или наших рабов: и даже если они умрут, или сойдут с ума, или сдадут в субаренду другим, считается, что мы удерживаем владение. И нет разницы между арендатором и нашим рабом, через которого мы удерживаем владение.

Этот подход известен уже Прокулу (Proc., 5 epist., D. 41, 2, 27), его разделяет и Павел (Paul., 32 ad Sab., D. 41, 3, 31, 3–4). Существенно не умонастроение вла-

¹⁴⁰ Benöhr H.P. Op. cit. S. 75; Wesener G. Op.cit. S. 163.

¹⁴¹ Jhering R. v. Der Besitzwille. S. 270 sq.; 283 sq.; 299 sq.

¹⁴² Возражения против критики Йеринга уже в работе: Kuntze J.E. Zur Besitzlehre für und wider R. v. Jhering. Leipzig: J.C. Hinrichs, 1890. S. 11 sq.

дельца, а основание, которое фиксируется в момент приобретения владения и уже не может быть произвольно изменено. Основание — объективированный правом интерес — определяет качество владения (как и само его признание правовой системой). Если в ситуации приобретения владения держателем (*traditio brevi manu*) римский юрист говорит, что держатель стал владеть намерением (D. 12, 1, 9, 9, Ульпиан со ссылкой на Марцелла: “*animo... coepit possidere*”, цит. ниже; D. 41, 2, 34, где Ульпиан критикует мнение Цельса и Марцелла о возможности передавать владение одним намерением (*constitutum possessorium*): “*animo deponere et mutare nos possessionem potest*”), то имеется в виду новая сделка (договор), в рамках которой воля нормативна (ср. акцент на *causa* применительно к *traditio brevi manu* в Gai., 2 *per. cott.*, D. 41, 1, 9, 5: *patior eam ex causa emptionis apud te esse*)¹⁴³.

Владение описывается правом как факт: оно утрачивается в момент передачи, изъятия или потери.

Paul., 54 *ad ed.*, D. 41, 2, 3, 9:

Et si alii tradiderim, amitto possessionem. nam constat possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserimus aut vi deiectionis fuerimus.

И если я передам другому, утрачиваю владение. Ведь установлено, что мы владеем, пока либо по нашей воле не оставим, либо не будем изгнаны силой.

Pomp., 23 *ad Q. Muc.*, D. 41, 2, 25 *pr.*:

Si id quod possidemus ita perdidimus, ut ignoremus, ubi sit, desinimus possidere.

Если мы то, чем владеем, утратим так, что не будем знать, где оно, мы теряем владение.

Iav., 13 *ex Cass.*, D. 41, 2, 22:

Non videtur possessionem adeptus is qui ita nactus est, ut eam retinere non possit.

Не считается, что вступил во владение тот, кто схватил что-либо таким образом, что не может его удержать.

Для приобретения владения требуется физическое взятие и сохранение контроля — *custodia* (Нерва-сын в D. 41, 2, 3, 13; ср. владение зверями — D. 41, 1, 3, 2; 5, 1; 55; 41, 2, 3, 14–16).

¹⁴³ Досадно отметить, что *traditio brevi manu* и *constitutum possessorium* еще нередко обсуждаются в терминах “*animus*” и “*corpus*” (см.: *Bömer G. Op. cit. S. 95*).

Paul., 54 ad ed., D. 41, 2, 3, 13:

Nerva filius res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus. nam pecus simul atque aberraverit aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur: dissimiliter atque si sub custodia mea sit nec inveniatur, quia praesentia eius sit et tantum cessat interim diligens inquisitio.

Нерва-сын говорит, что владение движимыми вещами, за исключением раба, продолжается до тех пор, пока они находятся под нашим контролем, т.е. до тех пор, пока мы в состоянии, если захотим, возобновить естественное владение. Ибо скот сразу, как он заблудился, или посуда так потеряется, что найти нельзя, тут и выбывает из нашего владения, хотя бы никто им не завладел; и это не так, когда вещь пребывает под моим контролем, но не может найтись, так как сохраняется ее присутствие и лишь ее отыскание на время оказывается затруднительным.

Здесь “custodia” – не юридико-техническое понятие, а бытовое. Известно, что Квинт Муций еще причислял к владению (D. 41, 2, 3, 23: “inter genera possessionum posuit”) ситуации преторской *missio in possessionem*, при которых владение юридически не признавалось (*ibid.*: “*ineptissimum*”)¹⁴⁴, поскольку в этих случаях претор наделял не владением, но контролем и наблюдением (“*custodiam rerum et observationem*”). В контексте приобретения владения *custodia* рассматривается как необходимый признак владения не Нервой, а Сабином, главой другой школы.

Paul., 54 ad ed., D. 41, 2, 3, 3:

Neratius et Proculus et solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio. ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. ceterum quod Brutus et Manilius putant eum, qui fundum [longa possessione]

Нераций и Прокул и <..> [говорят,] что одним намерением мы не можем приобретать владение, если не предшествует естественное владение. Поэтому если я знаю, что в моем имении зарыт клад, сразу же получаю владение, как только у меня будет желание владеть, так как то, что недостает естественному владению, то восполняет намерение. Впрочем, то, что полага-

¹⁴⁴ D. 6, 1, 9; см. также примеч. 43.

<usu>cepit, etiam thensaurum <usu>cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim qui nescit non possidet thensaurum, quamvis fundum possideat. sed et si sciat, non <usu>capit [longa possessione], quia scit alienum esse. quidam putant Sabini sententiam veriore esse nec alias eum qui scit possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra: quibus consentio.

ют Брут и Манилий, что тот, кто приобрел по давности имение, приобрел также и клад, хотя и не знал, что он находится в имении, неверно: ведь тот, кто не знает, не владеет кладом, хотя и владеет имением. Но и если знает, он не приобретает по давности, так как знает, что он чужой. Некоторые полагают, что суждение Сабина вернее и что тот, кто знает, получает владение не иначе, как с извлечением [клада] из земли, так как он не находится под нашим контролем; я согласен с ними.

Мнение Сабина и «некоторых» противопоставляется суждению прокулианских юристов — Нерация и Прокула (зависшее «и», возможно, предполагает упоминание еще одного юриста, опущенное компилятором)¹⁴⁵. Если сабинианцы (с которыми соглашается Павел) требуют для начала владения изъять клад из земли, установить физический контакт с ним как с отдельной вещью¹⁴⁶, то прокулианцы, очевидно, придерживались противоположного мнения, признавая владение кладом даже до его извлечения, лишь бы владелец имел намерение им завладеть (“animus”, “affectum possidendi”), поскольку недостаток физического контакта с вещью компенсируется мысленным и волевым отношением (“quod desit naturali possessioni, id animus implet”). Первая фраза оказывается в противоречии с этим суждением: здесь прокулианцам приписывается утверждение, что “naturalis possessio” — это необходимое предварительное условие приобретения владения и в его отсутствие одного намерения (“solo animo”) недостаточно.

Приобретение клада по давности невозможно по определению, потому что клад признается ничейной вещью и сразу же становится собственностью нашедшего (D. 41, 1, 31, 1). Следует согласиться с Г. Хаусманингером¹⁴⁷ в том, что

¹⁴⁵ Канната (см.: *Cannata C.A. L"animo possidere". P.78 nt. 14*) предполагает Нерву, но Павел всегда говорит о Нерве-сыне, что нарушало бы хронологический порядок; это мог быть и Лабен (ср. D. 41, 2, 51). Т. Книп (см.: *Kniep T. Vacua possessio. Jena: H. Fischer, 1886. S. 165 A.1*) заменял [Neratus] на <Nerva>. Как мы увидим в дальнейшем, в этом исправлении нет нужды.

¹⁴⁶ Папиниан, как мы видели, также требует извлечения клада из земли для получения владения: *non alias possiderem, quam si ipsius rei possessionem supra terram adeptus fuisset* (Pap., 23 quaest., D. 41, 2, 44 pr, цит. выше).

¹⁴⁷ *Hausmaninger H. Besitzerwerb solo animo // Festgabe A. Herdliczka / F. Horak, W. Waldstein (Hgg.). München; Salzburg: Wilhelm Fink, 1972. S. 112.*

Павел приводит суждение Брута и Манилия (II в. до н.э.) скорее как курьез, поскольку вопрос о приобретении клада по давности его не интересует. Мнение республиканских юристов даже не предполагает владения для приобретения клада по давности: для них приобретение клада совершается вместе с недвижимостью как ее части. Эта сторона вопроса также не вызывает разногласий среди основателей классических школ: для них клад — это особая вещь, владение которой приобретает независимо от владения именем, на котором он находится.

Если Прокул не требует извлечения клада из земли, считая, что владение им приобретает *“solo animo”*, то это означает, что прокулианцы, как и сабинианцы, признают, что пока клад не извлечен, в отсутствие телесного контакта физический момент владения не существует. Ротонди предлагал убрать первое *“non”*: [non] *posse*¹⁴⁸; его поддерживает Хаусманингер, полагая, что компилятор, который стремился подчинить текст правилу *“animus et corpore”*, воспринял ситуацию как приобретение владения держателем (*traditio brevi manu*), ориентируясь на слова об *animus*. Изъятие из текста первого [non] делает излишней и конъектуру, восстанавливающую имя третьего юриста, якобы продолжавшее список, поскольку *“et”* получает значение *“etiam”*: «даже если нет предварительно полученного естественного владения».

Neratius et Proculus et solo animo posse nos adquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio...

Нераций и Прокул [говорят,] что и одним намерением мы можем приобрести владение...

Эта фраза может принадлежать самому Павлу, который акцентирует внимание на необычной позиции прокулианцев. Ясно, что речь в контексте приобретения клада шла не о *traditio brevi manu*, а об *occupatio* — захвате, способе первоначального приобретения владения. Специфика клада отнюдь не делала Прокула и следующего ему Нерация авторами новой теории абстрактно-волевого приобретения владения¹⁴⁹; возможно, они вовсе не мыслили в понятиях *animus* и *corpus* (*naturalis possessio* во второй фразе несомненно принадлежит им, но *corpus* они не упоминают, а понятие *animus* только разрабатывают): *“solo animo”* — говорит Павел, приводя отдельное решение конкретного казуса в согласии с концепцией, управлявшей в его время правилами приобретения владения (Paul., 54 ad ed., D. 41, 2, 3, 1: *et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore*). Сходным образом в другом текс-

¹⁴⁸ Rotondi G. Op. cit. P. 347.

¹⁴⁹ Лабеев не признавал владения кладом, зарытым на участке (D. 10, 4, 15: *Labeo ait, quia neque consideres*).

те мнение Прокула подведено под положения новой теории, что выражено также терминологически.

Ulp., 26 ad ed., D. 12, 1, 9, 9:

Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere. ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici.

Я оставил у тебя на хранение десять, а затем позволил тебе ими пользоваться: Нерва и Прокул говорят, что даже до того, как они будут сдвинуты с места, я могу предъявить тебе кондикционный иск об этих деньгах как о данных займы, и верно, как считал и Марцелл, — ведь он начал владеть намерением. Следовательно, риск переходит на того, кто испросил займы, и против него можно подавать кондикционный иск.

Здесь обсуждается возможность установления займа без передачи денег займы (*mutui datio*): проблема связана с тем, что заем как реальный договор (*re contrahere*) требует передачи денег в собственность заемщика, причем передачи именно от займодавца. Нерва и Прокул допускают передачу соглашением собственника и поклажепринимателя о займе, которое меняет основание владения с поклажи на заем (*traditio brevi manu*). Для юристов существенно получение заемщиком владения, которого у поклажепринимателя нет: отсюда рассуждение о желательном смещении денег с места (*movege*). Если поклажеприниматель решит владеть поклажей как собственным, он совершает кражу, произвольно меняя основание своего владения (с держания на владение). Признаком вступления во владение (как и кражи) выступает сдвигание с места, о котором и говорится в тексте¹⁵⁰. В D. 12, 1, 9, 9 с Нервой и Прокулом в вопросе о допустимости *traditio brevi manu* для цели установления займа соглашается Марцелл (и сам Ульпиан), который и говорит о получении владения “*animo*”.

Такой существенный признак приобретения (и удержания) владения, как “*custodia*” — «охрана», «контроль», наличие которого до извлеченияклада из земли отрицает Сабин, признают и прокулианцы (см. обобщение Нервы в D. 41, 2, 3, 13, цит. выше, а также D. 41, 2, 47), но они, видимо, склонны считать *animus* элементом такого контроля, что и приводит к положительному решению даже в отсутствие телесного держания.

¹⁵⁰ Применительно к краже вещи, взятой на хранение, только Цельс преодолевает механический рекевизит состава (*Cels., 12 dig., D. 47, 2, 68 pr.*, цит. выше).

Значение телесного контакта для приобретения владения в представлении основателей прокулианской школы проясняет следующий текст из эпитафы Лабеоны, выполненной Яволеном.

Jav., 5 ex post. Lab., D. 41, 2, 51:

Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo: veluti si acervum lignorum emero et eum venditor tollere me iusserit, simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. idem iuris esse vino vendito, cum universae amphorae vini simul essent. sed videamus, inquit, ne haec ipsa corporis traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi an et cuilibet iusserim custodia tradatur. in eo puto hanc quaestionem consistere, an, etiamsi corpore acervus aut amphorae adprehensae non sunt, nihilo minus traditae videantur: nihil video interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat: utriusque animi quodam genere possessio erit aestimanda.

Лабео говорит, что владение некоторыми вещами мы приобретаем намерением: например, если я куплю кучу дров и продавец прикажет мне ее забрать, то как только я поставлю охрану, она считается переданной мне. То же самое право соблюдается в отношении проданного вина, как только все амфоры будут наполнены вином. Но посмотрим, говорит он, не будет ли это той же телесной передачей, раз нет разницы, передается ли оно мне [в руки] или под охрану любому, кому я прикажу. Я полагаю, что вопрос заключается в том, будут ли куча дров или амфоры все равно считаться переданными, даже если они не взяты физически: я не вижу разницы, сам ли я сторожу кучу или кто-либо по моему приказу: в обоих случаях будет считаться, что владение осуществляется некоего рода намерением.

Лабео признает в случае выставления охраны, что владение приобретено “*animo*”, тогда как Яволен с некоторым раздражением вводит в обсуждение *corpore*, о котором мыслитель не говорит. Лабео не мыслит по схеме *animo et corpore*, он сомневается в том, будет ли владение вообще получено. И это сомнение, как и слова об “*animo*”, показывают, что для него выставление охраны — *custodia* — не равнозначно физическому взятию (“*corporis traditio*”). Очевидно, что результат позволяет приравнять охрану к взятию, но для любого классика вопрос бы даже не встал. Как верно заметил по этому поводу Хаусманингер¹⁵¹, для Павла здесь было бы бесспорно наличие *corpore*. Лабео требует гораздо боль-

¹⁵¹ Hausmaninger H. Op. cit. S. 118.

шей определенности факта, чем дает охрана. Это не свидетельство материалистической трактовки владения¹⁵², но опыт проработки института как правовой формы. *Animus* здесь получает значение компенсирующего элемента, благодаря которому достигается определенность искомой позиции, признаваемой именно как фактический контакт. *Animus* обеспечивает непосредственность связи владельца с вещью, тогда как охрана — лишь опосредованную. Для юриста важен не контроль, а соответствие получаемой позиции ее юридическому определению. Сходным образом последователи Лабеоны в вопросе о владении кладом возлагают на волевой момент задачу, которую не решил телесный: *animus* выступает квалификацией факта, которого требует юридическая конструкция владения. Так, *animus* позволяет определить земельный участок для целей вступления во владения, так что не нужно обходить каждую пядь земли (D. 41, 2, 3, 2: *omnes glebas circumambulare*), поскольку участок конституируется как объект приобретения волей и разумом (“*mens et cogitatio*”) приобретателя.

В поиске определенности предмета отношения Лабеоны вступает в полемику и со своим учителем Требацием.

Ulp., 28 ad Sab., D. 18, 6, 1, 2:

Si dolium signatum sit ab emptore, Trebatius ait traditum id videri: Labeo contra, quod et verum est: magis enim ne summutetur, signari solere, quam ut traditum videatur.

Если бочка помечена покупателем, Требаций говорит, что она считается переданной; Лабеоны против, что и верно: ведь маркировку принято наносить скорее, чтобы не перепутали, нежели чтобы считалось переданным.

Кункель усматривает в маркировке выражение действительного господства над вещью (*wirkliche Beherrschung*)¹⁵³. Лабеоны в таком случае выступает против. Маркировка идентифицирует товар для целей договора купли-продажи. Этого недостаточно для получения владения (вопрос впоследствии решен иначе — D. 18, 6, 15, 1), которое требует более тесной связи с объектом. Содержание от-

¹⁵² В гораздо большей степени понятийную зависимость от материалистического подхода демонстрирует в сходной ситуации Цельс (Cels., 23 dig., D. 41, 2, 18, 2): “*Si venditorem quod emerim deponere in mea domo iusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit*”. («Если я прикажу продавцу то, что я купил, положить в моем доме, разумеется, я владею, хотя никто еще до этого не дотронулся»). Здесь налицо материальный контакт вещи с домом получателя, а выраженная оппозиция преодолеваемому требованию «дотронуться» показывает ограниченность мышления заданными схемами.

¹⁵³ Kunkel W. Op. cit. S. 117.

ношения выстраивается в системе права как фактическое, уподобляется фактическому настолько, что только телесное взятие (или признанные замещающие формы) может обеспечить его установление.

Этот поиск отвечает первичной фиксации объективного характера владения и не сводит отношение к фактическому держанию. В самых ранних источниках нашло отражение противопоставление владения его объекту.

Fest. v. 'Possessio' (260 L):

Possessio est, ut definit Gallus Aelius, usus quidam agri aut aedificii, non ipse fundus aut ager. Non enim possessio est <...> rebus quae tangi possunt <neque> qui dicit se possidere [his vere] <is suam rem> potest dicere. Itaque in legitimis actionibus nemo ex [his qui] <iure quiritorium> possessionem suam vocare audet, sed ad interdictum venit, ut praetor his verbis utatur: "Uti nunc possidetis eum fundum quo de agitur, quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis. Adversus ea vim fieri veto"

Владение, как определил Элий Галл, это только пользование полем или зданием, а не само имение или поле. Ведь владение это не <...> вещам, до которых можно дотронуться, и тот, кто говорит, что он владеет, не может назвать вещь своей. Итак, в исках по закону никто не решается назвать владение своим по праву квиритов, но прибегает к интердикту, чтобы претор использовал такие слова: «Как вы сейчас владеете этим имением, о котором идет спор, раз вы владеете не насильно, не тайно, не прекарно один от другого, так и владейте. Против этого я запрещаю применять силу».

Определение Элия Галла (I в. до н.э.) дошло в словаре Феста (I в.). Здесь приводится древнейшая редакция интердикта "uti possidetis"¹⁵⁴. Куяций считал это определение лучшим введением в изучение института¹⁵⁵. Восстановлением слов "ex <iure quiritorium>" вместо "ex [his qui]" мы обязаны Э. Хушке¹⁵⁶. Скептически отнесся к этой конъектуре Казер, предложив другую: "nemo ex his qui <tantum possident, rem> [possessionem] suam vocare audet..." («никто из тех, кто лишь владеет, не решается называть вещь своей...»)¹⁵⁷. Конъектура Хушке соответству-

¹⁵⁴ О тексте см.: *Labruna L.* Op. cit. P. 91 sqq.

¹⁵⁵ *Cuiacius*, Paratitla in Lib. VII Cod. Tit. XXXII de acquirenda et retinenda possessione // Opera, ed. Prati. Vol. VIII. Paris, 1839. Col. 1148: "Et ut a definitione possessionis incipiam, nulla mihi videtur melior dari posse illa quam ex Aelio Gallo retulit Festus: "Possessio est usus quidam agri aut aedificii"".

¹⁵⁶ См.: *Kaser M.* Eigentum und Besitz. S. 259.

¹⁵⁷ В дальнейшем он совсем отказывается от попыток реконструкции текста: *Kaser M.* 'Ius honorarium' und 'Ius civile' // ZSS. 1984. № 101. S. 55 A. 268.

ет словам иска (*legis actio*), о котором говорится в тексте: внимание к процессуальным аспектам свойственно римским юристам. В определении выражено различие собственности и владения, которое согласовано с различием самой вещи и владения ею (пользования)¹⁵⁸. Это свидетельство не позволяет говорить о материалистической концепции владения на самых ранних этапах развития римской юридической мысли: владение изначально понималось как юридическая конструкция.

Сводить владение к телесному держанию, реальному контролю, фактическому распределению имущества и другим первичным впечатлениям от идеи обладания — обычная отправная точка рассуждений о владении. Но истоки этого смутного чувства принадлежности могут находиться только в праве. Когда ученый-юрист отправляется в анализе вопроса от таких категорий, он тем самым уничтожает предшествующий этап осмысления, собственно интеллектуальную фазу развития института, становясь на уровень тех смыслов, которые научная теория получила в обиходном приложении.

Владение не факт, но отношение. Это формальное явление, существующее только в правовой системе: оно не внешнее праву как объект регулирования, не природное (фактическое) состояние, но абстракция, форма, норма, состоящая прежде всего в том, что участники правового общения не могут применять силу против лица, которое считается «владельцем». «Владелец», таким образом, оказывается поставлен в определенную связь с вещью, связь, которая, как предполагается, может быть нарушена только силой, физическим воздействием на вещь или на держателя. Такая связь производна от нормы и также абстрактна. Владелец как субъект отношения, именуемого «владением», не держит вещь фактически, но пользуется признанием и защитой как фактический (физический) обладатель. Несовпадение фактического и формального во владении следует из классического различения *possessio* (владения как отношения) и *detentio* (держания как факта): владельцем может признаваться лицо, которое не осуществляет фактическое держание, у которого вещи нет. В ситуации, когда вещь передана другому лицу, право (институт владения) все равно рассматривает связь между владельцем и вещью как существующую и выстраивает ее как фактическую, трактуя его отношения с другими лицами в терминах его материальной связи с вещью. Именно право (институт владения) придает абстрактной связи между лицом и вещью, связи, существующей в виде правоотношений владельца с третьими лицами, характер фактической связи владельца с вещью. Это будет верно и для ситуации, когда владение осуществляется непосредственно

¹⁵⁸ Владение предполагает возможность беспрепятственного пользования вещью (*Ulp., 69 ad ed., D. 43, 17, 3, 4: "qui colere fundum prohibetur, possidere prohibetur, inquit Pomponius"* («кому запрещают возделывать участок, запрещают владеть, — говорит Помпоний»).

самим владельцем: право воспринимает отношение как физическую связь между лицом и вещью (которую можно нарушить только физическим, силовым воздействием) независимо от ее действительного состояния, от ее фактических параметров. Например, если владелец дома уехал по делам, его фактическая связь с вещью не существует и поэтому нарушена быть не может, однако вторжение в дом постороннего будет рассматриваться как нарушение владения, хотя препятствия к пользованию вещью могут возникнуть только после возвращения владельца.

Владение выстраивает отношение как имеющее объектом вещь в качестве физического предмета, а саму — абстрактную — связь между лицом и вещью — как фактическую.

Фиксация отношения в виде физического обладания, придание ему характеристик, свойственных факту, представляет собой один из вариантов формализации, но формализации не факта держания, а запрета на силовое вмешательство в отношения принадлежности, запрета, который действителен только применительно к определенным (специально отобранным по формальным критериям) типам ситуаций — основаниям.

Фактическая принадлежность, физическая связь с вещью, получает социальное значение только как видимое, осязаемое проявление (индикатор) этой формальной, нормативной связи¹⁵⁹. Владение (как юридическая конструкция) первично по отношению к этой фактической реальности, социальное значение которой производно от юридического института, от права.

Пусть такая картина не покажется нарочито усложненной и надуманной: она адекватно описывает действительность и потому наиболее проста и понятна. Инвертированное соотношение между фактом и формой — будто право регулирует фактические отношения (применительно к владению — защищает фактическое обладание) — наталкивается на целый ряд данных, противоречащих такому упрощенному взгляду, материалистическому по виду, но мистическому по сути. Представление о том, что физическое держание первично и выступает объектом регулирования, всеобщего признания и защиты — это наивный материализм, искажающий подлинное соотношение между явлениями. Это свидетельство того, что социальное существует, но — в обыденном сознании — мыслится как фактическое.

¹⁵⁹ В природе никакой связи (отношения) между лицами и вещами нет. Если человек стоит на участке земли, или пребывает в помещении, или надел на себя одежду и обувь, или держит в руках какую-либо вещь, между ним и вещью существует физический (телесный) контакт (*corpus*), однако усмотреть в этом контакте социально значимую связь — значит впасть в наивный фетишизм; увидеть же здесь основание для регулирования — значит возвести фактическое в формальное, нормативное, наделять факт мистической силой.

Фактическое во владении вторично по отношению к формальному. Та степень определенности, которая требуется для того, чтобы держание («фактическое» владение) стало объектом регулирования, предполагает такой уровень обобщения, который в фактической (физической, телесной) действительности невозможен и существует только в сфере абстрактных отношений, т.е. как формальное явление. Понятие фактического владения, держания — это проекция юридической формы владения в сферу бытовых явлений, взятых в их конкретных, единичных проявлениях.

Владение получает все значимые характеристики в момент приобретения и в дальнейшем удерживает их (*nemo sibi causam possessionis mutare potest*), несмотря на то, что определяющие их юридические факты могут измениться: качество владения как фиксированная характеристика показывает, что владение — это формальная ситуация, существующая лишь в сфере подобных определений; факт физического контакта с вещью в момент приобретения (признаваемый приобретением владения) становится референтным пунктом дальнейшего обсуждения возникшей ситуации принадлежности, которая, в свою очередь, предстает как абстракция, порожденная сферой формального и существующая как явление этой сферы, подобно и тем бесспорно формальным явлениям, которые выступают определениями (характеристиками) владения: *causa possessionis*, добросовестность, самостоятельность (владение для себя).

Таким образом, защищается не физическая связь с вещью, а правовая позиция применительно к вещи, определяемая титулом, юридическим фактом, на основании которого получена вещь (пусть физически). Для владения существенно не то, что вещь пребывает у лица физически, а то, на каком основании она получена, какова юридическая роль лица в связи с этой вещью, в каких отношениях (прежде всего обязательственных) находится держатель с другими участниками оборота.

Неверно полагать, что принципиальным отличием посессорной защиты является недопущение ссылки на титул. Титул — это юридический факт или сделка, по которой получена вещь, и его обсуждение в посессорном процессе обязательно, потому что только титул позволяет выявить подлинного, юридического владельца, отличного от фактического держателя. Не допускается ссылка на право (тот, кто отождествляет титул с правом, показывает, что слово «право» для него не обладает достаточной определенностью значения), хотя и этот принцип знает показательные исключения. Посессорная защита, которая принимала бы за предмет рассмотрения исключительно (подверженный силовому нарушению, утрате, потере, физическому взятию) факт обладания¹⁶⁰, существу-

¹⁶⁰ Мы видели, какие трудности возникают на пути установления такого факта. Устанавливая формальный характер владельческих отношений, которые лишь представляются, моделируются в виде фактических, право снимает эту проблему,

ет лишь как теоретическая конструкция¹⁶¹. Владение никогда полностью не отождествляется с фактом (с держанием). Такое представление не только ведет к утрате понятия владения (подмене его идеей охраны порядка и т.п.), но наделяет фактическое правовым измерением, опять-таки демонстрируя зависимость идеи фактической связи между лицом и вещью от (предпосланной) формы признания и защиты и подлежащей материальной нормы, от юридической конструкции владения.

Владение наделяет абстрактную вещь как предмет правоотношения физическими характеристиками, смоделированными по образу фактической действительности, но создающими новую, социально преобразованную реальность. Владение игнорирует многие физические (плотность, тяжесть, шероховатость, цвет, прозрачность) и важнейшие социальные (потребительные и меновые) свойства вещи. Единственное качество, которое выявляется этой социальной формой, – способность испытывать силовое воздействие, быть объектом физического взятия (и соответственно, физической утраты). Как владелец, находясь в бытовой ситуации телесного контакта с вещью, в действительности выступает в определенной социальной роли, так что его положение получает новое измерение, так и вещь, будучи в праве лишь поводом для выстраивания формального отношения между лицами, во владении вбирает в себя юридически преобразованные свойства фактического и диалектически возвращается к себе в новом качестве, став социально значимым фактическим явлением, социальным фактом, который преодолел узкие рамки природного существования. Интегрирование фактического в сферу формального (нормативного) обеспечивает объективность формы (нормы) и знаменует новый уровень самого формального.

Среди нормативных систем нет такой, которая способна задействовать природную сферу, фрагменты внешнего человеку мира и устанавливать отношения между членами общества (совокупности людей, конституируемой нормативной системой) в виде непосредственной связи человека с вещью. Идея владения целиком принадлежит миру права.

¹⁶¹ Повторим: идея фактической связи (держания, контроля) является отражением параметров представляемой в случае силового посягательства защиты, которое и выставляет нарушенную связь лица с вещью в виде фактической.