

## Владение в системе гражданского права

Сегодня, по прошествии двухсот лет с момента открытия института владения как самостоятельного предмета юридической науки, он по-прежнему остается загадкой. Ведущие специалисты вынуждены признать, что мы не знаем, что именно защищается в посессорном процессе: каждое из предложенных решений встречает обоснованные возражения, а единая логика владельческой защиты не выстраивается.<sup>1</sup> Владение как юридический институт не совпадает с институтом посессорной защиты: защитой пользуется значительно более широкий круг ситуаций, чем признается владением, а значение владения в гражданском праве далеко выходит за рамки посессорной защиты, не сводясь лишь к факту материального контроля над вещью. Непрекращающийся спор о том, факт владения или право,<sup>2</sup> как и признанная связь института с правами личности и конституционными основами общества дополняют смысловое богатство проблемы. Место владения в системе гражданского права также остается невыясненным. Изучение парадоксального института стимулирует обращение к самым основам гражданского права,<sup>3</sup> развивая концептуальный словарь нашей дисциплины.

Современное представление о владении берет начало в работе Ф.К. фон Савиньи «Право владения» (1803 г.).<sup>4</sup> Мыслитель не только впервые поставил проблему владения как самостоятельного правового явления, но и предложил развернутое решение, которое остается основой обсуждения института. Все последующие суждения зависят от концепции Савиньи, и ни одно из них не выходит за рамки выдвинутых им положений.

Разрабатывая научное определение владения, Савиньи провел разграничение между владением как следствием различных юридических фактов и владением как источником юридических следствий.<sup>5</sup> Он различает право владеть (*ius possidendi*), теория которого относится к собственности, от права владения (*ius possessionis*), которое и должно стать предметом изучения.

Впервые различение права на владение, права на осуществление «фактического господства» над вещью (*ius possidendi*) от права владения, каковым выступает владение само по себе (*ius possessionis*) введено доктриной естественного права в XVIII в. Христиан Вольф писал: «Правом владения (*ius possessionis*) именуется то, что следует владельцу в силу

---

\* Ведущий научный сотрудник Института государства и права РАН, д.ю.н., профессор.

<sup>1</sup> Gordley J., Mattei U. Protecting possession, *AJCL*, 44, 1996, 293 sqq, 299 sq.

<sup>2</sup> Г.Й. Вилинг утверждает, что в настоящее время большинство специалистов считает владение правом: Wieling H. J., *Sachenrecht: Ein Handbuch. Bd. 1: Sachen, Besitz und Rechte an Beweglichen Sachen*, 2 Aufl., Berlin: Springer, 2006, S. 135, там же (А.4-6) литература.

<sup>3</sup> Так, П.Соколовский посвящает владению весь второй том своего знаменитого труда по философии частного права: Sokolowski P. *Die Philosophie im Privatrecht, Band II: Der Besitz im klassischen Recht und in dem Deutschen Bürgerlichen Gesetz*. Halle: Max Niemeyer, 1907.

<sup>4</sup> Savigny F.C. v., *Das Recht des Besitzes. Eine zivilistische Abhandlung*, 1 Aufl., Gießen, 1803; 7 Aufl. (A.F. Rudorff Hg.), Wien: C. Gerolds Sohn, 1865. Первое издание труда Савиньи вышло, когда автору было 24 года; неудивительно, что в дальнейшем монография постоянно пополнялась новыми материалами: если первое издание 1803 г. содержало 495 страниц, то третье (Gießen: G.F. Heyer, 1818) уже 600. Далее ссылки даются на 7 издание, самое полное (765 стр.), подготовленное после смерти автора А.Ф. Рудорфом и ценное его примечаниями.

<sup>5</sup> Savigny F.C. v., *Op. cit.* S. 28.

владения. И оно отличается от права на владение (*ius possidendi*), которое следует собственнику в силу права собственности”.<sup>6</sup> Это же различие представлено в Австрийском гражданском кодексе (ABGB), который причисляет владение к вещным правам (§308 – *Recht des Besitzes* или *Besitzrecht* – (§§ 319, 322), называя его первым в списке,<sup>7</sup> и противопоставляет ему владение как следствие других правоотношений – в качестве права на владение вещью (§320 – *Recht zum Besitze*), которое владением еще не является. Право на владение – это право на завладение, на вступление во владение, которое реализуется с передачей вещи или занесением в поземельную книгу (§§321, 322, при этом в отношении недвижимых вещей возникает либо владение, либо владение вещным правом – *rechtmäßige Besitz eines dinglichen Rechtes*) и представляет собой правооснование, которое у владельца всегда предполагается (§ 323).

Савиньи не дает ссылок на Вольфа, доктрина естественного права присутствует в его рассуждениях лишь как отрицаемая концепция, которая признает владение вещным правом. Ответственным за такую классификацию Савиньи считает автора XVII в. Хана (Hahn), защитившего в 1639 г. (Хельмштедтский университет) диссертацию о вещных правах, в которой владение предстало одним из пяти вещных прав. Другие классификации, по мнению Савиньи, также неудачны, так как объединяют вещное право (*ius in re*) и право на получение вещи (*ius ad rem*), отводя отдельную главу для *ius possessionis*.<sup>8</sup> Так, крупнейший систематизатор права XVII в. Жан Дома (Domat, *Lois civiles*. Paris, 1713), посвятив 3 книгу следствиям обязывающих соглашений (*engagements*), включил сюда 7 титул «О владении и давности» (р. 258-276), не отличая владение от держания, что, по мнению Савиньи (S. 53), показывает непонимание римского владения и смешение трех понятий, которые следовало различать: *possessio*, *possessio civilis*, *ius possidendi*.

*Ius possidendi* относит к праву собственности и Савиньи, но строго квалифицирует его как держание (*die Detention*), как фактическое осуществление права собственности, которое может принадлежать только собственнику или лицу, которому вещь передана собственником: «Раз собственность – это правовая возможность воздействовать на вещь по своему усмотрению и устранять любого другого от ее использования, то в держании заключается осуществление собственности, и оно является фактическим состоянием, которое соответствует собственности как правовому состоянию».<sup>9</sup> Савиньи ставит вопрос о владении

<sup>6</sup> «*Jus possessionis vocatur, quod possessori vi possessionis competit. Differt itaque a jure possedendi, quod domino competit vi dominii*» (Christianus Wolff, *Institutiones juris naturae et gentium*, Halae, 1750 §287).

<sup>7</sup> § 308. *Dingliche Sachenrechte sind das Recht des Besitzes, des Eigentumes, des Pfandes, der Dienstbarkeit und des Erbrechtes.* – Вещные права суть право владения, собственности, залога, сервитута и наследования.

<sup>8</sup> Рудорф (Rudorff, *Über der Grund der possessorischen Interdicte*// *Zeitschrift f. geschichtliche Rechtswissenschaft*, 7, 1831, S. 90 sq; 94) добавляет к ним основателя исторической школы Густава Гуго (Hugo), Дюруа (Duroi) автора диссертации 1812 г. (Гейдельбергский университет), геттингенского профессора Альбрехта Швеппе, автора авторитетного 5-томного труда (Schweppe A., *Das Römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung*. 2 Aulf. Alcona, 1819; 4 Aulf. Göttingen 1828-1833), – но все они пишут уже после выхода в свет книги Савиньи и смешивают *ius possidendi* с *ius possessionis*, интердиктную защиту с владением, полагая, что владелец уже потому, что пользуется интердиктной защитой, обладает абсолютной правовой позицией.

<sup>9</sup> Savigny F.K. v. *Op. cit.*, S. 27: “*Da nämlich das Eigenthum die rechtliche Möglichkeit ist, auf eine Sache nach Willkühr einzuwirken, und jeden andern von ihrem Gebrauch auszuschliessen, so liegt in der Detention die Ausübung des Eigenthums, und sie ist der factische Zustand, welcher dem*

не как о следствии какого-либо права, а как о самостоятельной предпосылке прав (*ius possessionis*) и пытается определить юридические явления, которые имеют владение своей предпосылкой. Такими следствиями владения выступают, по его мнению, лишь приобретательная давность и интердиктная защита (S. 33-38), а эти явления не требуют наличия права (S. 38-43), следовательно, владение также остается «пустым фактом» (*ein bloßes Factum* – S.43). Юридические следствия этого факта – *ius possessionis* (которое отныне следует отличать от самого владения как фактического явления) – только и создают правовой элемент во владении, которое оказывается «двойственным отношением – фактом и правом одновременно» (*zweifache Verhältniß, Factum und Recht zugleich* – S. 44).

Если поставить вопрос о том, к какому разделу права относится владение как *ius possessionis* (имея в виду правовые следствия владения), то следует поместить владение, – рассуждает Савиньи, – среди обязательственных прав, а именно, отнести его к деликтному праву. *Ius possessionis* как право на спокойное осуществление голого владения (держания) не дает никакого права, если его рассматривать вне связи с правонарушением: интердикт возникает из нарушения владения и сам по себе никакого права не защищает. Взятое вне нарушения, владение не является правом, как и *ius obligationis*, обязательственное право, не дает никакого права на вещь, но как и владение – создает возможность пользования (S.51)

«Деликтная теория» Савиньи излагается лишь в «Дополнении» к последнему прижизненному, 6 изданию (*Zus. der 6 Ausg. S.55 ff*), и нередко воспринимается как новое обоснование института.<sup>10</sup> Владение сначала представляется нам как «голое фактическое господство над вещью» (*blos factische Herrschaft über eine Sache*) и как «не-право», (*Nichtrecht*), в отличие от «неправа» (*Unrecht*), как «юридически нейтральное явление» (*ein rechtlich Indifferentes*). Однако оно защищено от нарушения и подчиняется правилам приобретения и утраты, как если бы оно было правом. Основание этой защиты, как и любой, – «выдача» (*die Aufgabe*), зависит от связи фактического положения с лицом владельца. Любое применение силы неправомерно, но следствия различны. Возможны две ситуации: насилие воздействует на лицо и ни на что вне его или насилие нарушает право лица, например, право собственности на вещь. В первом случае гражданское право предусматривает лишь одно следствие – иск об обиде (*actio de iniuria*), во втором – защита дается независимо от насилия, но в соединении с насилием возникают вещно-правовые следствия (как при иске из грабежа, *actio vi bonorum raptorum*). Нарушение владения лежит между этими двумя крайностями: право лица не нарушается, но положение владельца изменяется к его «невыгоде» (*Nachteil*). Защита от насилия, которому подвергается личность в этом случае, может принять только форму восстановления фактического положения вещей – возвращения вещи потерпевшему или устранения беспокойства. Возникает впечатление защиты права, которого здесь в действительности нет, хотя владелец вполне вероятно может оказаться и собственником, как и несобственником (S.56). Это очевидно при сравнении с добросовестным владельцем: фикция собственности, «предположение» (*Vermutung*) собственности **при добросовестном владении** основывается лишь на титуле,\* так что основания для собственности здесь нет, **но исключить возможность собственности у такого**

---

*Eigenthum, als einem rechtlichen Zustand, correspondirt*” (сохранена орфография оригинала – Д.Д.).

<sup>10</sup> См.: например: Jhering R. v. Über den Grund des Besitzschutzes. Eine Revision der Lehre vom Besitz. Jena: H. Duß, 1869. S. 25.

\* Титул здесь выступает в узком значении, как сделка или иной юридический факт, ведущий к приобретению собственности, тогда как владение, основанное на других основаниях, Савиньи квалифицирует как беститульное. О понимании титула см. вторую часть этой работы, которая появится в ближайшем номере «Вестника».

владельца нельзя. Отсюда его процессуальные и фактические преимущества (S.57) – положение ответчика в процессе о собственности, право на плоды. Совокупность этих преимуществ как «интерес осуществленной власти» (*Interesse der verübten Gewalt*), в которых заключается владение, действует так же, как и право, хотя права там нет (S.58). Правонарушение заключается в самом насилии, так что мыслима и интердиктная защита голого держания.\* Однако держатель получит защиту либо в интересах владельца, либо против него. В первом случае у него нет нужды в интердикте, так как его защитит владелец. Во втором – он вмешивался бы в обязательственное отношение, которому он обязан своим держанием и которое обслуживает все его мыслимые интересы. Задаваясь вопросом о месте владения в правовой системе, мы всякий раз должны понимать, что владение не имеет никакого положения в качестве права, так как оно не право, однако право, «которое оно производит» (*was er wirkt*) и которому оно подобно, – это право на интердиктную защиту и оно, как и интердикты, – обязательственное право (S.59).

Итак, по мнению Савиньи, в нарушении владения не затрагивается никакого права и во владении защищается не право, а факт. Тем не менее, он объявляет нарушение факта правонарушением: противоправным оказывается как произвольность вторжения, так и то, что вторжение затрагивает сферу непосредственного контроля лица. Эти положения демонстрируют зависимость теории Савиньи от идеи Канта об эмпирическом владении как сфере, не отличающейся от самого лица.

В «Метафизике нравов» (1797 г.) Кант, устанавливая теоретическую возможность объекта, внешнего лицу, приходит к необходимости различать внешнее (как отличное от субъекта) в понятии и в пространстве.<sup>11</sup> Первый же постулат первой части (*Частное право*) «Метафизических начал учения о праве» гласит:

§ 1. *Мое в правовом отношении* (*meum iuris*) — это то, с чем я связан так, что если бы кто-то другой пользовался им без моего согласия, то это нанесло бы мне ущерб. Субъективное условие возможности пользования вообще есть *владение*.<sup>12</sup>

Отсюда определение понятия внешнего Мое:

§ 5. *Номинальная дефиниция*, т. е. та, которая достаточна лишь для различения объекта от всех остальных объектов и вытекает из полного и точного объяснения понятия, была бы следующей: внешнее Мое — это то из находящегося вне меня, препятствовать в использовании чего по моему усмотрению означало бы нанести мне ущерб (ущемление моей свободы, совместимой со свободой каждого, сообразной со всеобщим законом). Но *реальная дефиниция* понятия Мое и Твое, т. е. достаточная для дедукции этого понятия (для познания возможности предмета), гласит: внешнее Мое — это то,

---

\* Эти слова Савиньи предвосхищают развитие посессорной защиты в европейских юрисдикциях, предлагая обоснование защиты держания (владения как чистого факта, *Detention*). Эта проблематика обсуждается во второй части настоящей работы.

<sup>11</sup> Иммануил Кант, *Метафизика нравов* в двух частях. Часть первая. В кн.: Сочинения в шести томах. Т. 4, Ч. 2. М.: «Мысль», 1965. с. 154: (§ 1) Выражение: «Предмет находится вне меня» — может означать или то, что он есть лишь отличный от меня (от субъекта) предмет, или же он есть предмет, находящийся в другом месте (*positus*) в пространстве или во времени. Владение, взятое лишь в первом значении, можно мыслить как владение, основанное на разуме; во втором значении оно должно было бы называться эмпирическим.— Умопостигаемое владение (если таковое возможно) — это владение без держания (*detentio*).

<sup>12</sup> Там же, с. 154.

воспрепятствование в пользовании чем нанесло бы мне ущерб, *хотя бы я и не находился во владении им* (хотя бы и не был держателем предмета).— Мне необходимо каким-то образом владеть внешним предметом, если он должен называться моим; ведь иначе тот, кто вопреки моей воле воздействует на этот предмет, не затрагивал бы в то же время меня, стало быть, не мог бы мне нанести ущерб.<sup>13</sup>

У Канта находим не только отождествление нарушения эмпирического владения (держания) и нанесения ущерба как неправа (Unrecht) с ущемлением внутренней свободы лица,<sup>14</sup> но и противопоставление фактического обладания – эмпирического владения (possessio phaenomenon) – правовому обладанию (possessio noumenon),<sup>15</sup> выведению которого посвящена вся первая часть «Метафизики нравов»:

§ 4. Я не могу назвать какой-либо предмет (какую-либо телесную вещь) в пространстве своим, за исключением того случая, когда я, хотя физически и не владею им, все же могу утверждать, что я действительно владею им по-другому (следовательно, не физически).

<...> В самом деле, тот, кто в первом случае [эмпирического владения] захотел бы вырвать у меня из рук яблоко или стащить меня с того места, где я нахожусь, нанес бы мне, правда, ущерб с точки зрения внутреннего Мое (свободы), но не в отношении внешнего Мое, если бы я не мог утверждать, что я владелец предмета и без держания; следовательно, я не мог бы назвать указанные предметы (яблоко и мое местонахождение) своими.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Там же, с. 158. Immanuel Kant: Werke in zwölf Bänden. Band 8, Frankfurt a. M., 1977, S.357:

§ 5. Definition des Begriffs des äußeren Mein und Dein

Die *Namenerklärung*, d.i. diejenige, welche bloß zur *Unterscheidung* des Objekts von allen andern zureicht und aus einer vollständigen und bestimmten *Exposition* des Begriffs hervorgeht, würde sein: Das äußere Meine ist dasjenige außer mir, an dessen mir beliebigen Gebrauch mich zu hindern Läsion (Unrecht) sein würde. – Die *Sacherklärung* dieses Begriffs aber, d.i. die, welche auch zur *Deduktion* desselben (der Erkenntnis der Möglichkeit des Gegenstandes) zureicht, lautet nun so: Das äußere Meine ist dasjenige, in dessen Gebrauch mich zu stören Läsion sein würde, *ob ich gleich nicht im Besitz desselben* (nicht Inhaber des Gegenstandes) bin. – In irgend einem Besitz des äußeren Gegenstandes muß ich sein, wenn der Gegenstand mein heißen soll; denn sonst würde der, welcher diesen Gegenstand wider meinen Willen affizierte, mich nicht zugleich affizieren, mithin auch nicht lädieren.

<sup>14</sup> Там же, с. 159: (§6) Положение об эмпирическом правомерном владении не выходит, следовательно, за пределы права лица в отношении самого себя (Der Satz von einem empirischen rechtmäßigen Besitz geht also nicht über das Recht einer Person in Ansehung ihrer selbst hinaus).

<sup>15</sup> Различение эмпирического владения от интеллигибельного соответствует делению всех предметов вообще на phaenomena (явления, феномены) и noumena (мыслимые, ноумены), которое Кант обосновывает в последней главе аналитического отдела трансцендентальной логики. См.: Иммануил Кант, Критика чистого разума. М.: Мысль, 1994. с. 185 слл. О значении этого разделения для системы права см.: Friedrich R, Eigentum und Staatsbegründung in Kants Metaphysik der Sitten, Berlin: Walter de Gruyter 2004, S.89 sq; 95 sqq.

<sup>16</sup> Иммануил Кант, Метафизика нравов в двух частях, с. 157.

Метод исторической школы права опирался на кантианскую критику естественного права. Если методология естественного права сводилась к соотношению общего и частного,<sup>17</sup> то Кант, преодолевая ограниченность субсумпции, выводит юриспруденцию на уровень суждения.<sup>18</sup> Хотя отказ от априорности не привел к историзму самого Канта,<sup>19</sup> привнесение философского метода различения рационального и эмпирического (практического) в область права стало необходимой предпосылкой организации юридического знания на новом уровне.<sup>20</sup> Вся система Савиньи основана на ключевых понятиях философии права Канта: лицо, свобода, воля.<sup>21</sup> Учение о владении последовательно интегрирует институт в систему права,<sup>22</sup> однако при этом мыслитель опирается на источники римского права и выстраивает учение о владении как конкретно-историческую реконструкцию.<sup>23</sup> Любые попытки подвести интерпретацию института под обобщенные теоретические понятия и идеи разбиваются показаниями источников. Савиньи в 6 издании (1837 г.) своего труда методично разбирает все теории владения, которые его собственный вдохновляющий пример вызвал к жизни,

<sup>17</sup> Ограниченность юридического метода формальной логикой соотношения общего с особенным по учению Фомы Аквинского прослеживается до Лейбница и Вольфа: Stupp H. *Mos geometricus oder Prudentia als Denkform der Jurisprudenz. Eine Untersuchung an Hand der methodologischen Lehren des Christian Wolff und des Thomas von Aquin.* Köln: Vita, 1970. Кристиан Вольф представил юриспруденцию как механическую дедукцию в работе 1754 г. «Основания естественного и международного права, в которых все обязанности и все права выводятся из природы человека в установленном единстве»: Christian Wolff, *Grundzüge des Natur- und Völkerrechts, worinn alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhange hergeleitet werden*, in: *Gesammelte Werke*, J.Ecole (Hg.). Hildesheim, 1980. 1. Abteilung, Bd. 19. S. 587 sqq.

<sup>18</sup> В специальном исследовании Д.Непп показал, что Савиньи воспринял учение Канта о способности суждения как синтезе понятия и явления, субъекта и объекта: Nörr D. *Savignys Anschauung und Kants Urteilkraft*, in: *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart*. N.Horn, C.Luig, A.Sollner (Hgg.) Bd. 1, München, 1982, 615 sqq. См. также: Id., *Savignys philosophische Lehrjahre*. Frankfurt: Klostermann, 1994, S. 74 sqq; Meder S. *Urteilen: Elemente von Kants reflektierender Urteilkraft in Savignys Lehre von der juristische Entscheidungs- und Regelfindung*. Frankfurt: Klostermann, 1999. S. 83 sq; 132 sqq. Вхождение юриспруденции в систему наук о духе исследуется в работе: Hebeisen M. W., *Recht und Staat als Objektivationen des Geistes in der Geschichte. Eine Grundlegung von Jurisprudenz und Staatslehre als Geistwissenschaften*. Biel/Bienne: Schweizerische Wissenschafts- und Universitätsverlag, 2004. О Савиньи см.: S. 75 sqq.

<sup>19</sup> Cassirer E., *Kants Leben und Lehre*. 2 Aufl., Berlin, 1921. S. 426.

<sup>20</sup> См.: Blühdorn J., «Kantianer» und Kant. Die Wende von der Rechtsmetaphysik zum «wissenschaft» von positiven Recht, in: *Kant-Studien*, 64 (1973) 363 sqq; Stühler H.U. *Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780-1815*. Berlin: Duncker & Humblot, 1978.

<sup>21</sup> Kiefner H., *Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, in: *Philosophie und Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert*. J. Blühdorn, J.Ritter (Hgg.). Frankfurt, 1969. S. 3 sqq.

<sup>22</sup> Степень разрыва Савиньи с юриспруденцией понятий не следует преувеличивать. См.: Wieacker F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. 2 Aufl., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, S. 370. И. Рюкерт говорит о преемственности: Rückert J. *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*. Ebelsbach, 1984. S. 320 sq; 346; 423.

<sup>23</sup> Kunkel W., *Savignys Bedeutung für die deutsche Rechtswissenschaft und das deutsche Recht*, JZ, 1962. S. 457.



показывая, что **они не соответствуют римскому праву и что** ничего нового по сравнению с его **учением** современникам создать не удалось.

Последователь Гегеля Эдуард Ганс, прилагая к владению учение о праве как свободной воле, пересмотрел **положения** Савиньи и пришел к выводу о вещно-правовом характере владения.<sup>24</sup> Для Ганса владение стоит во главе системы вещных прав как первичная (и понятийно, и исторически<sup>25</sup>) форма воплощения индивидуальной воли в материальном мире. Если обладание вещью в соответствии с всеобщей волей составляет собственность, то обладание по индивидуальной воле – владение. Нарушение владения потому затрагивает личность – если следовать логике Савиньи – что нарушает эту правовую волю владеть. Волевое основание права признавал и Савиньи, однако сама по себе индивидуальная воля еще не составляет права, ее правовой характер нуждается в обосновании, поэтому Ганс говорит о владении как о «становящейся собственности» (*anfangendes Eigentum*). На это Савиньи справедливо возражает, что в таком случае речь может идти только о владении для давности, тогда как интердиктной защитой пользуется и беститульное владение – то, которое собственностью стать не может (S. 61). Тем самым позиция Ганса опровергается, так как основание защиты владения она не выявляет. Известно, что Савиньи недолго любил Гегеля, а приход Ганса в Берлинский университет (где Гегель работал с 1820 г.) воспринял как личный вызов, уйдя с поста ректора **(в 1828 г.)**,<sup>26</sup> однако критика позиции Ганса по владению не затрагивает теоретических оснований **полемики**, а ограничивается простой демонстрацией непоследовательности молодого автора.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Gans E., *System des römischen Privatrechts im Grundrisse*. Berlin, 1827. S. 202-217. Эти несколько страниц сами по себе не могли бы претендовать на то, чтобы считаться теорией, но они открывают систему вещных прав, которая, как и вся материя права, трактуется Гансом в эволюционистском ключе. Примечательна реакция на учение Ганса нашего К.Д. Кавелина, который в специальном обзоре «О теориях владения» (1841 г.) ставит его выше Савиньи. См.: Собрание сочинений К.Д. Кавелина. Т. 4: Этнография и правоведение: [исследования, очерки и заметки К. Д. Кавелина]/ с примеч. проф. Д. А. Корсакова. СПб., 1900. С. 503 слл., 509.

<sup>25</sup> Принято считать, что диалектический подход Ганса достигает подлинно эволюционистских воззрений. Однако применительно к владению его историзм наивен. Так, он принимает знаменитые слова Нервы (D. 41,2,1,1) о происхождении собственности из естественного владения как довод в пользу трактовки владения как «становящейся собственности» (*anfangendes Eigentum*). Если оценивать соотношение концептуальных позиций, то Савиньи, испытавший глубокое воздействие Монтеスキе и Гердера может считаться одним столпов эволюционизма в праве: Vindogradoff P., *Outlines of Historical Jurisprudence*. V.1. Oxford: Oxford University Press, 1920. p. 128 sq; Stein P. *Legal Evolution. The Story of an Idea*. Cambridge: Cambridge University Press, 1980. p. 61 sq; Fikentscher W. *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1976. Bd. 3, S.39 sq.; Jakobs H.H. *Die begründung des geschichtlichen Rechtswissenschaft*. Paderborn, 1992. S. 35 sq.

<sup>26</sup> Возможно, именно личная близость (по месту и времени) сказалась на том, что эти два великих мыслителя практически игнорируют учения друг друга (одно из редких свидетельств – Vecchi P. *Ein Fragment Hegels über Savigny. Zur Geschichte der Besitzlehre am Anfang des 19. Jahrhunderts*, in: ZNR 13, 1991. S. 145 sqq), что затрудняет анализ теоретических основ расхождений между ними. См.: Kletzer Chr., *Custom and positivity: an examination of the philosophic ground of the Hegel – Savigny controversy*, in: *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives*. A. Perreau-Saussine, J.B. Murphy (eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 125 sqq.

<sup>27</sup> Хотя общий смысл расхождений между исторической и философской школой во многом определяет развитие юриспруденции в Германии первой половины XIX в. (Schiavone A., *La*

На институциональном анализе строится теория Ф. фон Тадена, который считал владение правом. Признание владения фактом, **по мнению Тадена**, заставляет искать основание защиты вне владения (в личности, общественном порядке и т.п.), но сами римляне различают факт и право, а восстановление владения по интердикту имеет смысл только, если владение не совпадает с фактом. Основание защиты следует видеть в самом владении, которое характеризуется специальными **процессуальными** средствами, определенностью в системе права и в правовой теории. Автор указывает на порядок защиты от кражи в римском праве.<sup>28</sup> По его мнению, кража возможна только в нарушение права: недопустимость кражи даже против залогодержателя (голого владельца) показывает, что владение – это и есть нарушаемое право (*furtum possessionis*). Однако залогодержатель подвергается краже и в том случае, если ему не передавалось владение, например, когда залогодатель продает залог (Paul., 7 ad Plaut., D. 47,2,67 pr),<sup>29</sup> – возражает Савиньи (S. 65). Вор, который считался в римском праве владельцем, не получил иска для защиты от кражи (D. 47,2,76,1; ср. 12,1; 71,1). Напротив, узуфруктуарий и узуарий, у которых нет владения (D. 47,2,15,1; 20,1; 46,3), пользовались таким иском (*actio furti*), поскольку признавались субъектами права на вещь. Предметом защиты от *furtum possessionis* также выступает не владение, а вещное право (*ius in re*), которое есть у залогодержателя, и которое кража нарушает. Следуя тезису о том, что владение – это становящаяся собственность, – Таден допускает, что интердиктная защита **в римском праве** развилась именно в тех случаях, когда из-за невозможности *usucapio* Публицианов иск был неприменим, а именно при *longi temporis praescriptio* на провинциальных землях.<sup>30</sup> Савиньи отвергает это суждение, указывая на то, что на защиту владения на провинциальных землях Публицианов иск был распространен очень рано (S. 66).<sup>31</sup>

Более близок к тезисам Савиньи его ближайший последователь Г.Ф. Пухта. Он воспроизводит разграничение владения и права на владение (*ius possidendi*), выдерживает противопоставление владения праву собственности и развивает учение о владении как факте и праве одновременно. В одном Пухта отступает от позиции Савиньи: следуя учению Канта, он классифицирует владение в области права лиц, относя «право владения» в раздел о

---

*nascita del pensiero giuridico borghese in Germania – Formalismo della legge e formalismo della libertà nella polemica di Hegel con Savigny*, in: Quaderni fiorentini, 9, 1980, p.165 sqq; Rückert J. Thibaut – Savigny – Gans. Der Streit zwischen “historischer” und “philosophischer” Rechtsschule, in: Eduard Gans (1797-1839). Politische Professor zwischen Restauration und Vormärz. Blänker R., Göhler G., Waszek N. (Hgg.). Leipzig: Universitätsverlag, 2002. S. 247 ff.), значение спора о владении для теории права (вопреки некоторым утверждениям: Braun J. Der Besitzrechtsstreit zwischen Friedrich Carl von Savigny und Eduard Gans, in: Quaderni Fiorentini, 1980, p. 457 sqq.) в целом представляется преувеличенным.

<sup>28</sup> Thaden F. v., Über der Begriff des römischen Interdictenbesitzes. Hamburg, 1833. S. 14 sq.

<sup>29</sup> В тексте ошибочно указано D. 47,2,66 pr: Savigny F.C. v. Op. cit., S.65 A.3. **Текст приводится в издании: Дождев Д.В. Римское частное право. Практический курс. М.: Норма, 2009. с. 494.**

<sup>30</sup> Thaden F. v., Op. cit., S. 63.

<sup>31</sup> Савиньи опирается на D. 6,2,12,2 (Paul., 19 ad ed.): «В отношении вектигальных и других участков, которые нельзя приобретать по давности, нам следует Публицианов иск...» (In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapari non possunt, Publiciana competit...). В тексте должно было говориться об иске по аналогии (*actio Publiciana utilis* – интерполяцию предположил уже Айзеле), что само по себе говорит о вторичности такой защиты. Идея Тадена опровергается уже тем, что на провинциальных участках усматривался особый, отличный от собственности (*dominium*) режим, который сам трактовался по аналогии с владением (Gai., 2,7) и поэтому не мог служить моделью для этой конструкции.



«правах на собственную личность» (4. Buch: Die Rechte an der eigenen Person).<sup>32</sup> Верный систематизаторским подходам,<sup>33</sup> Пухта выводит учение о владении как праве личности из противопоставления владения как «фактического подчинения» (Unterwerfung) собственности как признанной «власти» (Herrschaft – S. 261-262), а также «праву на владение» (Recht zu besitzen), праву на то, чтобы стать собственником (recht Eigenthümer zu sein oder zu werden) так как это правомочие основано на другом праве: его может у владельца не быть, оно может быть у невладелец – это право, объектом которого выступает владение (S. 265). Владение признается и защищается помимо собственности, «безотносительно» (abgesehen von) собственности: «сам факт – это право, владение-право, право владения. Право, которое заключается в естественном подчинении вещей и так реализуется между правом личности и правовым подчинением вещей» (S. 263: das Factum selbst ist ein Recht, Besitzrecht, Recht des Besitzes. Ein Recht das in der natürlichen Unterwerfung der Sache besteht und sich so zwischen das recht der Persölichkeit und die rechtliche Unterwerfung der Sache einschiebt).

Как разрешается это кажущееся противоречие, что факт – это право? Что, например, вор, раз он владелец, должен обладать правом, представляется необразованному взгляду «совершенно неестественным» (völlig unnatürlich). Отвергая объяснения, которые либо видели право в самом факте естественного господства (что отрицает, а не объясняет его фактичность), либо трактовали факт как становящееся право (что двусмысленно), либо вовсе отрицали право во владении, но усматривали в его нарушении правонарушение (что означает предположение другого права в основании владения), Пухта заявляет:

«Признание факта владения правом основано на правовом содержании, которое личность владельца придает чисто естественному господству. Эта личность требует, чтобы владение было защищено, пока не будет выяснено право на вещь. Тот, кто утверждает владение-право (Besitzrecht), тот сообщает действительность и этому основанию естественной власти посредством лица. Оно стремится к признанию своей воли в качестве воли лица, воля имеет себя своим объектом, владение-право – это право на собственное лицо. Это право личности в его приложении к естественному подчинению вещей. Во владении защищается субъективная возможность права».<sup>34</sup> Подлинное основание защиты владения в следующем

<sup>32</sup> Puchta G. F. Lehrbuch der Pandekten, 9 Aufl. von A. F. Rudorff. Leipzig: Barth, 1863. S. 185 sqq (§§122-139). Та же структура (и даже нумерация параграфов) в лекционном курсе (в русском переводе: Пухта Г.Ф. Курс римского гражданского права. Т. 1. М.: Ф. Н. Плевако, 1874, с. 319 и сл.); Puchta G. F. Vorlesungen über das heutige römische Recht - 4. Aufl. Leipzig: B. Tauschnitz, 1854. S. 261 sqq. Здесь содержится более развернутое обоснование теории владения, поэтому дальнейшие ссылки даны на это издание.

<sup>33</sup> Нередко в заслугу Пухте ставится преобразование принципов исторической школы права обратно в юриспруденцию понятий (Begriffsjurisprudenz) на основе философии Шеллинга. См.: Bohnert J. Über die Rechtslehre Georg Fridrich Puchtas. Karlsruhe: C. F. Müller, 1975. S. 56, 70; Haferkamp H.P. Recht als System bei Georg Friedrich Puchta, in: Forum Historiae Iuris. Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte. Artikel vom 19. Nov. 2003 (метод доступа: <http://www.forhistiur.de/zitat/0311haferkamp.htm>). Но системный подход был свойствен, прежде всего, самому Савиньи. См.: Coing H. Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft, in: Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht. D.Simon (Hg.). Bd. 1. Fankfurt a.M., 1982. S. 191 sqq.

<sup>34</sup> Puchta G.F., Vorlesungen, S. 264: Die Anerkennung des Besitzfactums als Recht beruht auf dem rechtlichen Gehalt, den die Persönlichkeit des Besitzers auch der bloßen natürlichen Unterwerfung gibt. Diese Persönlichkeit fordert, daß der Besitz geschützt werde, bis ein Recht an der Sache nachgewiesen ist. Wer daß Besitzrecht geltend macht, macht eben diese Deckung der natürlichen Gewalt durch der Person geltend. Er will seinen Willen als den einer Person anerkannt willen (er

(Anm.1 S. 264-265). Правопорядок состоит в подчинении частных волей общей воле, но и только ей (закону), а не чьей-либо личной воле. Нарушение воли другой личной волей составляет произвол, которому владелец может противиться, так что владение будет защищено не потому что оно право, а несмотря на то, что оно «никакое не право» (kein Recht).

Кажется, это наиболее цельное и последовательное изложение проблемы соотношения фактического характера владения и его защиты. Именно этими словами вдохновлено учение о владении нашего И.А. Покровского.<sup>35</sup> Сам Савиньи не усмотрел в этом учении ничего, отличного от его собственного: «Я также основываю защиту владения на неприкосновенности личности и на той связи, которую лицо устанавливает с вещью, посредством ее естественного подчинения» (S. 62).<sup>36</sup> В нарушении владения не затрагивается никакого права и во владении защищается не право, а факт. Тем не менее, Савиньи объявляет нарушение факта правонарушением: противоправным оказывается именно произвольность нарушения владения. При такой постановке вопроса основание защиты владения соответствует двойственности самого владения, в котором совмещаются фактическое и юридическое начала. Именно поиск права во владении нередко ведет к подмене предмета исследования.<sup>37</sup> При последовательном противопоставлении владения праву, основание защиты допускает **лишь** два объяснения: либо во владении защищается личность владельца, либо общественный мир и порядок.

Против признания во владении одновременно права и факта выступил А.Ф. Рудорф.<sup>38</sup> Он критикует непоследовательность Савиньи: владение вообще не право, это чистый факт (S. 101-103). Этому взгляду придерживались уже Ацо и Аккурсий, ему следовал Куяций, а в новое время – Цахария, Ланге, Тибо и сам Савиньи (S.104). Ничего правового во владении нет, именно поэтому защита владения дается независимо от вопроса о праве (S. 107-108). Проследив основания защиты, выраженные в источниках римского права, Рудорф приходит к выводу о первичной защите владения как самозащите от самоуправства, которая осуществлялась во внесудебном порядке и лишь впоследствии по законам Юлия и христианских императоров дополняется штрафными санкциями (S. 114). Автор делает вывод о том, что нарушение владения составляет нарушение гражданского мира и цель владельческой защиты – поддержание порядка. Савиньи отмечает односторонность такого взгляда. Любое правонарушение имеет две стороны: оно затрагивает и общественный порядок и отдельную личность, их можно назвать публичным и частным отношением (S. 62-63). И если Рудорф акцентирует публично-правовую сторону посессорной защиты, то Савиньи придает большее значение частно-правовой, отмечая, что самозащита это, хотя и

---

will seinen Willen haben), der Wille hat sich selbst zum Gegenstand, das Besitzrecht ist ein Recht an der eigenen Person. Est ist ein Recht der Persönlichkeit in seiner Anwendung auf die natürliche Unterwerfung der Sachen. Im Besitz wird die subjective Möglichkeit eines Rechts geschützt.

<sup>35</sup> См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права [1918]. М.: Статут, 1998. с. 225 сл., 229.

<sup>36</sup> Савиньи обсуждает раннее изложение теории Пухты: Puchta G.F. Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz? in: *Reinische Museum*, 3, 1829, S. 289 sqq.

<sup>37</sup> Так, Хассе (J.Hasse) объявляет владение относительным правом, которое защищено только против лиц, произвольно покушающихся на него. При этом право на защиту возникает, по его мнению, не из самого владения как факта, а из некоего связанного с ним безымянного права. Савиньи разъясняет, что таким относительным правом и будет обязательство нарушителя – единственное правовое следствие владения: Savigny F.C. von, *Op. cit.*, S.67.

<sup>38</sup> Rudorff A.F., *Rechtsgrund der possessorischen Interdicte*. in: *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 7, 1831, S.90 sqq.

неподобающий, но способ защиты личного права. Интердикты же сохраняются даже в позднейшее время, несмотря на появление более развитых средств поддержания порядка (S. 63).

Идеям Рудорфа было уготовано долгое будущее. На этой основе развилась теория охраны гражданского мира (*öffentlichen Frieden*), человеческого общежития (*Ordnung des menschlichen Gemeinlebens*), которая с фундаментальной работой Ф. Эндеманна<sup>39</sup> становится в Германии господствующей.<sup>40</sup> Эндеманн<sup>41</sup> привлекает в поддержку охранительной позиции авторитет Гете, который в своей автобиографии «Поэзия и правда» отразил практику Верховного суда в таких словах: «Государство следит лишь затем, чтобы владение было достоверным и прочным, а чтобы оно осуществлялось по праву – об этом можно меньше беспокоиться».<sup>42</sup> Обеспечение фактического владения важнее выяснения его правомерности.<sup>43</sup>

Вариантом этой теории можно считать позицию А.Ф. Тибо, К.С. Цахарии и Г. Денбургга, которые говорят об охране частного интереса в наличном распределении имущества.<sup>44</sup> При такой постановке вопроса владение совершенно исключается из сферы права и утрачивает специфику как предмет изучения. Все правовые средства защиты имеют своей целью гражданский мир, неясно, почему поддержание наличного распределения имущества вызывает к жизни целую систему средств, образующих особый правовой институт, и почему это институт гражданского права.<sup>45</sup> Почему общественный порядок защищается гражданскими средствами, а не полицейскими? – ставит вопрос Г.Ф. Пухта.<sup>46</sup> Средства

<sup>39</sup> Endemann F., *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuchs*, 6 Aufl. Bd. 2. Berlin, 1900, S. 95 sqq. С 1903 г. по 1920 вышло 9 изданий этого труда в 5 томах. См. также: Crome C., *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, Bd. 3. Rechte an Sache und an Rechte Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr, 1905, S. 12 sq.; Gierke, Otto v. *Deutsches Privatrecht*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1905. Bd. 2, S. 185 sq

<sup>40</sup> Gordley J., Mattei U. *Op. cit.*, 296. Там же (nt. 17) см. литературу; Wieling H.J. *Grund und Umfang des Besitzschutzes*. – *De iustitia et iure*. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag. M.Harder, G.Thielmann (Hgg). Berlin, 1980 S. 572 A. 43.

<sup>41</sup> Endemann F., *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 6 Aufl. Bd. 2, Berlin, 1900. S. 96 Anm.3.

<sup>42</sup> Goethe, *Dichtung und Wahrheit*, buch 12: ...frisch arbeiten sie weg alles, was kurz abgetan werden kann und muß, was über den Augenblick entscheidet, oder was sonst leicht beurteilt werden kann, und so erscheinen sie im ganzen Reiche wirksam und würdig. Die Sachen von schwererem Gehalt hingegen, die eigentlichen Rechtshändel, blieben im Rückstand, und es war kein Unglück. Dem Staate liegt nur daran, daß der Besitz gewiß und sicher sei; ob man mit Recht besitze, kann ihn weniger kümmern.

<sup>43</sup> Сам Эндеманн (*Op. cit.*, S. 95) ссылается на то, что защита владения в римском праве исходила из приоритета обеспечения порядка перед установлением прав собственности, указывая на тексты (D. 41,2,35; C. 3,1,10), в которых говорится лишь о том, что решение о владении должно выноситься до рассмотрения вопроса о собственности. Таким образом, отождествление владельческой защиты с защитой порядка – порождение мысли самого автора.

<sup>44</sup> Thibau A.F. *System des Pandektenrechts*. 5 Aufl., Jena: F. Mauke, 1818, Bd. 1, S. 219 (§ 291); Zachariä von Lingenthal K.S. *Handbuch des französischen Zivilrechts*, 8 Aufl. (bearb. v. C. Crome). Freiburg i. B.: Ernst Mohr's Verlag, 1894. Bd. I. S. 453; Dernburg H. *Pandekten*, Bd.1, Ab. 2. Berlin: H.W.Müller, 1900, S. 4 sq. Существует русский перевод.

<sup>45</sup> Wieling H.J. *Grund und Umfang des Besitzschutzes*, S. 567.

<sup>46</sup> Puchta G.F. *Über die Existenz des Besitzrechts*, in: *Kleine Zivilistische Schriften*. A.F.Rudorff (Hg.). Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1851. S. 239, 259 sq.

защиты владения дифференцированы и не предоставляются всем заинтересованным лицам, но только тем, кто признается юридическим владельцем. Р. Йеринг отмечал несовпадение этой квалификации с наличием имущественного интереса. Так, у голых держателей в римском праве имущественный интерес получил признание, но он выразился в предоставлении им исков для защиты от кражи и грабежа, тогда как посессорных интердиктов они не получили.<sup>47</sup> И наоборот: нельзя усматривать нарушение общественного мира или неправомерность в нарушении факта, если у держателя нет защищенного интереса в сохранении владения.<sup>48</sup> Вопрос в том и состоит, чтобы дать юридическое определение этого специфического интереса, который пользуется специализированной защитой.

Охранительные концепции вызваны к жизни противоречиями в теории Савиньи: если правовой аспект владения заключается лишь в нарушении, появляется соблазн отождествить владение с нарушением, а правовое – в позитивистском ключе – редуцировать до административно-полицейской составляющей. Однако защитой пользуется не всякий факт держания – отсюда дальнейший поиск оправдания, уже вне охранительного подхода. Если Савиньи говорит о нарушении владения, чтобы подчеркнуть, что права в самом владении нет, то предмет нарушения остается невыясненным, поскольку просто факт таковым быть не может: требуется признанный интерес. Зафиксированное позитивным правом несовпадение предмета нарушения с фактом держания – защищается не всякий факт – стимулирует возврат к идее права (как следствие констатации недостаточности факта).<sup>49</sup> На недостаточность простого факта и необходимость выявления основания владельческой защиты впервые указал Ф.В. фон Тигерштрем.<sup>50</sup> Он же отверг предполагавшуюся Савиньи обязательственную трактовку посессорного правоотношения, решив, что владение пользуется защитой как объект и цель права собственности.<sup>51</sup> Тигерштрем обосновывал свой взгляд анализом римских интердиктов и утверждал, что интердикт для защиты владения от насилия – *unde vi* (D. 43, 16; C. 8, 4) – возникает именно в интересах защиты собственности (S. 187 sq). Последовательное развитие этой идеи в пользу признания основания защиты владения в защите собственности, а самого владения – правом, представлено в работе Р.Йеринга «Об основании защиты владения. Пересмотр учения о владении».<sup>52</sup>

Йеринг разделил все прежние теории владения на относительные и абсолютные. Относительные объясняют защиту владения, исходя из внешних по отношению к владению причин: запрета применения силы (как Савиньи и Рудорф), в предположении права у предшественника (Тибо), в возможности собственности (прежний взгляд Савиньи), в возникающей собственности (Ганс). Абсолютные теории усматривают основание защиты в самом владении: либо потому что владение – это воля в ее фактическом проявлении (Ганс, Пухта, Брунс), либо потому что в нем воплощается фактическое положение вещей, которое

<sup>47</sup> Jhering R. v. Über den Grund des Besitzschutzes, S. 10-11.

<sup>48</sup> Ibid., S. 8.

<sup>49</sup> Так, А. Тибо (*Thibau A.F., Op. cit., S. 234 (§ 309)*) говорит о вытекающем из владения праве на получение вещи (*ius ad rem*) – *Recht zu Besitzen*. Критику см. в упоминавшейся работе Рудорфа: *Rudorff A.F. Rechtsgrund der possessorischen Interdicte*, S. 93.

<sup>50</sup> *Tigerström F.W. v., Die bonae fidei possessio oder Das Recht des Besitzes*. Berlin: G. Reimer, 1836. S. 171.

<sup>51</sup> Ibid., S. 177 sqq.

<sup>52</sup> Первое издание появилось под другим названием: *Jhering R. v., Beiträge zur Lehre vom Besitz. – Jhering's Jahrbüchern für die Dogmatik*. IX. 1868. S. 1-196, – но уже на следующий год работа вышла отдельной книгой: *Jhering R. von, Über den Grund des Besitzschutzes. Eine Revision der Lehre vom Besitz*. Jena: H. Duß, 1869, 224 S.

следует сохранять (Шталь).<sup>53</sup> Владение должно быть объяснено из него самого, однако теория воли не подтверждается ни исторически, ни догматически. Если бы во владении защищался сам факт, защитой пользовались бы все держатели без исключения, но это не так. Йеринг утверждает, что во владении защищается право, а именно – право собственности. Владение защищается как собственность, как фактическая сторона собственности.<sup>54</sup> Это первый рубеж защиты собственности, форпост собственности. Защита противоправных владельцев – воров и грабителей – дается им не как ворами и грабителями, а в предположении права, пока не доказано иное. Это неизбежные издержки оперативной защиты собственности. Поссessorная защита в римском праве выстраивается как провизорная и лишь предваряет решение вопроса о собственности по существу.

Возражая Йерингу, К.Г. Брунс в специальном исследовании показал, что защита владения как в римском, так и в действующем праве преследует самостоятельную цель восстановления владения.<sup>55</sup> Тезис о провизорном поссessorном процессе не подтверждается источниками. Уже Савиньи объяснял, что провизорный характер поссessorного процесса означал бы, что последующий процесс о собственности был бы повторением процесса, и петиторный процесс о собственности исключал бы поссessorный.<sup>56</sup> Этот режим соответствует средневековой *actio spoli*, но в римском праве утвердился совершенно противоположный порядок. Достаточно привести знаменитый текст Ульпиана, в котором предмет петиторного и поссessorного требования характеризуются как различные настолько, что один процесс не исключает другой.

D. 41,2,12,1 (Ulp., 70 ad ed.):

*Nihil commune habet proprietas cum possessione: et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare: non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit.*

Собственность не имеет ничего общего с владением: и поэтому не отказывают в интердикте «Как вы владеете» тому, кто установил процесс по виндикационному иску: ведь не считается, что тот, кто предъявил виндикационный иск о вещи, отказался от владения.

Савиньи раскрывает происхождение ложного представления, отождествляющего поссessorный интердикт с провизорной виндикацией. В популярной в средние века энциклопедии Исидора Севильского «О происхождении слов» (VI в.) приводится такое определение: «Интердикт – это то, что судья говорит не навсегда, но для изменения положения на короткое время, с сохранением требования, заявленного в иске».<sup>57</sup> Савиньи показал, что этот текст зависит от вест-готского толкования (*interpretatio*), сопровождавшего текст «Сентенций» Павла (Paul., Sent., V, 6, 1), включенный в эдикт Алариха (*lex Romana Visigothorum*) 506 г.

Цахария, рассуждая о понятии владения в контексте *mos gallicus*, возводит теорию Йеринга к идее Потье (Pothier, *De la poss. n.2; Introd. à la coutume d'Orleans tit.XVI n.40*) о том, что защита владения покоится на предположении лучшего права, собственности, отмечая, что

<sup>53</sup> Ibid., S.6-44.

<sup>54</sup> Ibid., S.45 sqq.

<sup>55</sup> Bruns C. G. *Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts*. Wiemar: Hermann Böhlau, 1874. S. 32 sqq.

<sup>56</sup> Savigny F.C. v., *Op. cit.*, S. 391-395.

<sup>57</sup> Isid., *Orig.*, 5,25: *Inderdictum est, quod a iudice non in perpetuum, sed pro reformando momento ad tempus interim dicitur: salva propositione actionis eius.*



это учение идет от глоссаторов.<sup>58</sup> Действительно, эта теория возвращается к положению, существовавшему до Савиньи: владение признается правом собственности (становящейся или предполагаемой собственностью) и утрачивает собственное определение. Теория Йеринга сама должна классифицироваться как относительная,<sup>59</sup> ведь основание защиты владения он усматривает не в самом владении, а в **праве** собственности. Попытка наделить владение самостоятельным значением окончательно отводит ему вторичный характер: Йеринг говорит, что владение – это нормальное положение вещи, при котором она исполняет свое «экономическое назначение» (*ökonomische Bestimmung*) – служить людям.<sup>60</sup> Такое определение лишено **нормативного** смысла: если владелец прячет вещь или перестает ей пользоваться, он не теряет владение **как правовую позицию**.<sup>61</sup> Это определение, **очевидно, зависит** его концепции, в которой владение юридически существует лишь в предположении собственности. У Савиньи отправной посылкой было то, что держание – это осуществление собственности, и им можно обладать только по праву собственности или по воле собственника.<sup>62</sup> Это и есть пресловутое *ius possidendi*. Йеринг, таким образом, воспроизводит опровергнутую Савиньи концепцию владения, основанную на средневековых реалиях.<sup>63</sup>

Впервые владение среди вещных прав поместил в XIV в. комментатор Бальд, и хотя этот список, наряду с собственностью, залогом, сервитутом, эмпфитевсисом и владением, включал также наследство и приданое, его мнение приводит к формированию *communis opinio doctorum*, нашедшего отражение в гражданских кодексах эпохи естественного права. Это учение основано на понятии субъективного права, которое разрабатывает Фома Аквинский (*Summa Theologiae*, II-II, (1271-1272) q.66 a.5),<sup>64</sup> называя среди других субъективных правомочий (*facultates*) – по принципу уравнивающей справедливости соответствующих обязанностям (*secundum proportionis aequalitatem*)<sup>65</sup> – и *ius possidendi*.<sup>66</sup> Более ранние авторы, глоссаторы XII в., пытались приложить понятия римского права к современной им феодальной действительности, приходили в замешательство. Сам Бартол отмечал: «древние и современные авторы в этой области сильно отступают от логики права» (*antique et moderni doctores multum deviarunt a mente iuris in hac materia*).<sup>67</sup> Запутанные отношения зависимых держаний в сочетании с варварскими обычаями германских народов

<sup>58</sup> Zachariä von Lingenthal K.S. Op. cit., S. 457 A.2.

<sup>59</sup> Именно так классифицирует ее Дербург, **следуя предложенному Йерингом разделению теорий владения**. См.: Dernburg H. Op. cit., S.5.

<sup>60</sup> Jhering R. v. Über den Grund des Besitzschutzes, S. 179.

<sup>61</sup> Критику см.: Wieling H.J. Sachenrecht, S. 143-144. Напротив, Ж.М. Триго усматривает в идее Йеринга о назначении вещи ключ к пониманию владения как связи лица с вещью. См.: Trigeaud J.M. La possession des biens immobiliers. Paris: Economica, 1981. p. 50 sqq.

<sup>62</sup> Savigny F.C. v. Op. cit., S. 27.

<sup>63</sup> Ibid., S. 54.

<sup>64</sup> Finnis J. Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory. Oxford: Oxford University Press, 1998 p.133. Понятие субъективного права остается отличительной чертой естественно-правовых учений. См.: Tuck R. Natural Rights Theories: Their Origin and Development. Cambridge: Cambridge University Press, 1981. p. 24 sq.

<sup>65</sup> Учение о справедливости Фома заимствует у Аристотеля (*Nic.Eth.* 5, 5): *Summa*, I-I, q. 21.

<sup>66</sup> Аквинат выделяет также право отказа от наследства (*ius repugnandi [hereditatem]*), право требования долга (*ius petendi debitum*), право на взимание десятины (*ius percipiendi decimas*), право на получение причастия (*ius perceptione eucharistiae*), право на крещение (*ius baptizandi*).

<sup>67</sup> См.: Bussi E. *Formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (diritti reali e diritti di obbligazione)*. Padova: Antonio Milani, 1937. P. 28.



не **согласовывались** с системой римских правовых понятий.<sup>68</sup> Существенные расхождения между нормативными системами, по мнению Савиньи, явились основной причиной непонимания римского владения в средние века.<sup>69</sup> Уже в определении владения глоссаторы демонстрируют колебания **между правом и фактом**: «Согласно Иоанну [Бассиану] это [владение] можно определить так: владение это некое право держать вещь для себя. Или согласно Ацо, [его можно определить] двумя способами. Сначала так: «Владение это некое право, по которому кто-либо **обладает** телесной вещью действительно или мысленно». Ты говоришь, что тот же Ацо впоследствии сказал: «Владение – это держание телесной вещи телом и волей, при **помощи** права»». <sup>70</sup> По утвердившемуся мнению, эти подходы связаны с переносом на римское владение свойств средневекового института сезины.<sup>71</sup>

Сезина (*фр.* saisine, *англ.* seisin, *нем.* Gewere) – это признанное господство в отношении земельного участка, получаемое в результате торжественного введения во владение.<sup>72</sup> Обрядовая и публичная процедура относилась не столько к передаче имущества, сколько к новой роли вассала или зависимого крестьянина, которой он наделялся, поступая под покровительство сеньора. Эта роль фиксировалась как титул (ранг) землевладения (графство, маркизет и т.д.) и с совпадала с ним. Право на землю в феодальной системе определяется ролью (титулом, рангом) субъекта, которым он и наделяется в ходе обряда установления личной связи с сеньором (королем),<sup>73</sup> и существует как эманация властной позиции самого сеньора. Внешним выражением такой позиции, объективным знаком признания со стороны сеньора и была сезина. Эта форма делала возможной передачу имения третьему лицу, наследственное преемство, защиту от нарушений со стороны. Можно сказать, что в сезине объективизировался объект феодального обладания, фео́д – комплекс прав (свобод) и обязанностей (служб), который вообще вещью не являлся и классифицировался как *res incorporalis*. Идея владения в раннем средневековье могла существовать только применительно к сезине, понятийно совпадая с феодальным институтом. Во французском тексте швабского Зеркала термин “*possession*” употребляется для передачи “*Were*”, “*Gewere*”, “*Saisine*”, “*investitura*” германского памятника.

Понятие сезины ориентировано на участок как телесную вещь, недвижимость, объективность которого, способность к внешнему существованию, делала возможными

<sup>68</sup> Bruns C.G. Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tübingen: H.Laupp, 1848. S. 103 sq; 185 sq

<sup>69</sup> Savigny F.C. v., Op. cit., S. 503.

<sup>70</sup> Gl. “*a pedibus*” ad. D. 41,2,1 pr: Definiri autem potest hoc secundum Iohanni **<Bassiani>**: *possessio est ius quoddam rem detinendi sibi. Vel secundum Azonem duobus modis. Primo sic: Possessio est ius quoddam quo quis rem corporalem vere vel interpretative sibi habeat. Tu dic ut et idem Azo postea dixit: Possessio est corporalis rei retentio corporis et animi et iuris adminiculo concurrente.*

<sup>71</sup> См.: Никонов С.П. Развитие защиты владения в средневековой Европе. Харьков, 1905. с. 37, прим. 2; Zachariä von Lingenthal K.S. Op. cit., Bd. I. S. 452; Wieling H. J. Sachenrecht  $\diamond$ , S. 131.

<sup>72</sup> Никонов (Никонов С.П. Указ. соч., с. 16) выделяет две фазы обряда: оставление участка сеньором и формальный захват новым владельцем.

<sup>73</sup> Обряд мог включать торжественную передачу оружия или символического образа имущества (см.: Никонов С.П. Указ. соч., с. 3 слл.). Этимология слова *Gewere* устанавливает соответствие термина с понятием инвеституры: *Gewere* < *wern* (одевать, облачать), как *investitura* < *vestitum* (одетый, облаченный), но не от *Wehr* (оружие). См.: Gierke, O. v. Op. cit., §113, S. 188 (со ссылкой на работу: Huber E. Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, Berner Festschrift für Halle, 1894).

отношения с третьими лицами (отчуждение, обременение, установление залога или приданого и т.д.).<sup>74</sup> Так, в Англии, где отношения земельной собственности дольше всего сохраняли феодальный характер, именно наличие сезины до середины XIX в. определяло полноту права на участок: без сезины нет собственности, без сезины нельзя было ни отчуждать (до 1845 г.), ни завещать (до 1838 г.), ни наследовать (до 1834 г.).<sup>75</sup> Если феодальное право (ранг, титул) было строго личным и после смерти отходило обратно к сеньору, то сезина переходила по наследству (отсюда: *le mort saisit le vif*, мертвый вводит во владение живого; *seisina fecit stipitem*, сезина создает нисходящую линию наследников). Наделение сезиной вассала не прекращала сезину сеньора, как и признание сезины у крестьянина. Возникали многоступенчатые конструкции, которые Филипп Хек назвал «небоскребами средневековья» (*Wolkenkrätzer des Mittelalters*).<sup>76</sup> Каждый из них почитался обладателем сезины на тот же участок, но в своей области пользования, подчиняясь особой юридической регуляции и особой подсудности.<sup>77</sup> Споры о сезине между сеньорами разбирались по земскому праву (*Landrecht, juridiction justicière*), между вассалами по феодальному праву (*Lehnrecht*), между крестьянами – судом помещика (*Hofrecht, juridiction cottière*). В споре между вассалом и сеньором вассал во владении имел преимущество; сезина крестьянина находила защиту в суде помещика только против третьих лиц; защиты от себя самого сеньор дать не мог.<sup>78</sup>

Своеобразие средневекового права вызвало в науке продолжительную полемику. В понимании института столкнулись две позиции: догматическая (Хойслер) и историческая (Альбрехт, Брунс, Климрат, Прост, Мэйтланд, Пертиле и др.). Исторический подход берет начало в работе В. Альбрехта (*Albrecht W.E., Die Gewaehre als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts. Königsberg, 1828*), который считал сезину относительным вещным правом. При догматическом подходе (Heusler A., *Die Gewere. Weimar, 1872*), менее склонном к метафорическим квалификациям, сезина не может быть признана правом – настолько ее свойства отличаются от развитых определений. Историческая действительность, однако, демонстрирует бесспорные формальные черты сезины, которые отразились и в порядке защиты. Сезина не являлась простым держанием, при споре о ней разбирался вопрос о праве обладать вещью, фактическое обладание лишь создавало предположение в пользу признания правомерности такого состояния, пока не доказано противное. Никонов убедительно опровергает аргументы Хойслера в пользу фактического характера сезины.<sup>79</sup> В частности, возможность отвести иск присягой о правомерности владения, еще не означает, что преимущество ответчика сводилось к пустому факту присутствия на участке. От владельца-ответчика также требовались доказательства. Присяга допускалась только если владение вассала было продолжительным (*Libri feudorum, II, tit.33, 5: longa possessio*), в случае нового владения, вассал уступал сеньору. Все приведенные Хойслером примеры говорят о

<sup>74</sup> Никонов С.П. Указ. соч., с. 26.

<sup>75</sup> Maitland F.W. *The Mystery of Seisin*, in: *The Collected Papers of Frederic William Maitland* ed. H.A.L. Fisher, Cambridge: Cambridge University Press, 1911. Vol. I, p. 196 sq.

<sup>76</sup> Heck Ph., *Grundriß des Sachenrechts*, Tübingen, 1930 (Aalen, 1970), Exkurs 2, S. 491.

<sup>77</sup> Heusler A. *Die Institutionen des deutschen Privatrechts. Bd. 2. Das Sachenrecht*. Leipzig: Dunker & Humblot, 1886. S. 50 sq.

<sup>78</sup> Никонов (Никонов С.П. Указ. соч., с. 27, прим. 4) приводит слова Ф. де Бомануара (*Beaumanoir. XXXII, 8*): «entre seigneur et son vilain il n'ya de juge fors dieu» (между сеньором и его крестьянином нет судьи кроме бога).

<sup>79</sup> Никонов С.П., Указ. соч., с. 31 сл., 37.

петиторном порядке защиты сезины, тогда как особые случаи объясняются спецификой феодальных прав.<sup>80</sup>

Формальным показателем сезины было владение продолжительностью больше года – год и один день, на которое и ссылался ответчик, если не мог указать на инвеституру.

*Libri feudorum*, I, 26 § 1:

*Si aliquis in possessione feudi sit, de quo dominus dicet eum non fuisse investitum, tunc, sine probatione ulla testium, debet solus iurare, se vel patrem suum fuisse investitum, si per unum annum sciente domino et non contradicente, in possessione feudi permansit.*

Если кто-либо пребывает во владении феодем и сеньор говорит, что инвеститура в отношении него не производилась, тогда – без всяких свидетельских показаний, он один должен присягнуть, что он или его отец подверглись инвеституре, если он пребывал во владении феодем с ведома и без возражений сеньора в течение года.

*Libri feudorum*, II, 33 pr:

*Inde etiam dicitur, quod si alius probaveret, se aliquid nomine beneficii aliquo tempore tenuisse domino praesente et non contradicente et servitium eius quasi a vassalo recipiente: licet non probet investituram, verum tamen obtinebit praestito iuramento.*

Поэтому также говорится, что если другой докажет, что он вследствие какого-либо пожалования некоторое время осуществлял держание в присутствии собственника, который не возражал и получал от него службу как от вассала, то хотя бы он и не смог доказать инвеституру, все же он победит в процессе, принеся присягу.

Продолжительность владения получала особое значение при отчуждении участка третьему лицу. Владение в течение года и одного дня давало сезину и пользовалось преимуществом, потому что уподобляло держателя вассалу.<sup>81</sup> Ф. Мэйтланд, изучив институт годичной давности на английских материалах XII в., показывает распространение этого принципа на все население.<sup>82</sup> Для вилланов продолжительность владения предоставляла право на юрисдикцию сеньора, тем самым превращая фактическое держание в юридическое.<sup>83</sup> <>

Савиньи справедливо указывал, что применение насилия может быть нарушением лишь вещных отношений,<sup>84</sup> так что сложившиеся в средние века формы защиты сезины не могли не ассоциироваться с посессорными. Сезину сближает с владением то, что она непосредственно относится к телесной, физической стороне обладания, но как формальная, квалифицированная позиция она ассоциируется с вещным правом. В феодальном контексте, где вещно-правовые отношения отличаются от развитых конструкций не только по объекту (которым всегда выступает *res incorporalis*), но и по субъекту (когда до формирования идеи равенства в свободе было еще далеко), такая ассоциация не могла не оказывать влияние на осмысление римского института владения. По словам О. фон Гирке в пандектистике понятие владения сложилось из германской *Gewere*, которая составила с римским правом отнюдь не гармоничное единство.<sup>85</sup> Савиньи нашел владение, потому что смог абстрагироваться от феодальной практики. В его учении научное понятие владения утверждается именно в

<sup>80</sup> Там же, с. 41 слл.; 45 слл.

<sup>81</sup> Bruns C.G., *Das Recht des Besitzes*, S. 352 sqq.

<sup>82</sup> Maitland F.W. Possession for a year and day, in: *Collected papers*, vol.2, 26 sqq; 32.

<sup>83</sup> Никонов С.П., *Указ. соч.*, с. 50 сл.

<sup>84</sup> Savigny F.C. v. *Das Recht des Besitzes*, S. 505.

<sup>85</sup> Gierke O. v., *Op. cit.* S. 201.

оппозиции к праву, к праву собственности, которой в его время была феодальная собственность<sup>86</sup>. Противопоставление владения праву – следуя Савиньи – следует признать методологическим ключом к познанию института.

До Савиньи только Донелл (*Donellus, Commentarii de iure civili I-XI, Frankfurt, 1589-90*) выступил с трактовкой владения как факта, представив доказательства, которые широко используются и в современной мануалистике. Определение Донелла прямо называет владение держанием,<sup>87</sup> отмечая что по этому вопросу существуют большие расхождения. Бартол определял владение как право, *jus insistendi rei*; Куяций говорил, что владение, даже естественное, является частью правом, частью фактом (*possessionem, etiam naturalem, partim iuris, partim facti esse*). Донелл (**V, VI, 10** [р. 964]) подчеркивает, что владение – это *detentio*, и различие заключается не в терминологии, но в правовом значении. «Держание – это вещь, взятая в качестве факта и обладания, но не право держания и обладания» (*detentio, res videlicet in facto et detinendo posita, non autem ius detinendi*). Фактическое во владении проявляется не только в процессе приобретения, когда существенно физическое взятие вещи, но и когда оно уже приобретено. Римские юристы определяют владение как фактическую ситуацию (*D. 41,2,1 pr*) – дело факта (*rem, causam facti*). Папиниан, объясняя, почему владение, утраченное вследствие плена, не восстанавливается **по праву возвращения в отечество** (*ius postliminii*), говорит, что это дело факта (*causa facti non continetur postliminio*). Владение прекращается со смертью владельца и не переходит по наследству, как другие права, требуя специального вступления во владение; оно утрачивается вместе с вещью, вследствие передачи, пропажи. Собственность же – право и сохраняется, даже если мы об этом не знаем (**V, VI, 12** [р. 967]). Если бы владение было правом, то владельцы имели бы право обладания вещью (*ius insistendi rei*), а те, кто не владеет, права бы не имели, но оба положения неверны. Супруга владеет подаренным, несмотря на запрет на дарения между супругами. Собственник, изгнанный из владения, больше не владеет, хотя сохраняет право вернуть вещь (*ius insistendi rei*) по интердикту о применении силы – *unde vi*. (**V, VI, 13** [р. 968]).

Влияние Донелла, первого крупного систематизатора гражданского права,<sup>88</sup> на систему Савиньи общепризнано.<sup>89</sup> Савиньи уже в предисловии к первому изданию своего труда<sup>90</sup> называет изложение владения у Донелла «превосходным» (*vortrefflich*), отмечая, что только у Донелла понятие владения рассматривается в единстве со всем гражданским правом. Учение о владении, как и вся работа Донелла – по словам Савиньи – принадлежит к «известнейшим и одновременно наименее известным сочинениям по гражданскому праву» (*bekanntesten und unbekanntesten zivilistischen Schriften zugleich*). Эту оценку нередко

<sup>86</sup> Известно, что в вопросах собственности Савиньи ориентировался на действующие феодальные модели, а не на либеральную конструкцию: Brutti M. L'intuizione della proprietà nel sistema di Savigny, in: Quaderni Fiorentini, 5-6, 1976-1977, p. 41 sqq.

<sup>87</sup> Donellus, *De iure civili* [Roma, Typis Iosephi Salviucci, 1829], Lib.V, cap.VI de possessione, 9, col. 963: «Итак, владением будет держание телесной оборотоспособной вещи, свободной от других владельцев, связанное с намерением быть собственником или господствовать» (*Erit igitur possessio detentio rei corporalis, quae in commercio sit, aliis possessoribus vacua, cum affectu domini seu dominantis conjuncta*).

<sup>88</sup> Troje H.E. Die Literatur des gemeinen Rechts unter dem Einfluß des Humanismus, in: Coing H., *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte. Bd. II Neuere Zeit (1500-1800). Das Zeitalter des gemeinen Rechts. 1. Teilband: Wissenschaft. München: C. H. Beck, 1977. 1. S. 615 sqq. О Донелле – S. 766 sqq.*

<sup>89</sup> Wieacker F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, S. 386.

<sup>90</sup> Savigny F.C.v., *Op. cit.*, 1 Aufl., 1803, S. 12.

связывают с тем, что Донелл возводит интердиктную защиту владения к деликтным обязательствам (... *interdicta ad obligationem ex maleficio omnia revocari*).<sup>91</sup> Но связь между двумя теориями намного глубже. Так, Донелл (II, VII) излагает учение о субъективном праве – «юридически признанном правомочии и власти» (*facultas et potestas iure tributa*), – которое образует «наше» (*nostrum*) двух видов (*cap. VIII*): «то которое является впрямь и собственно нашим, и то, которое нам следует по обязательству» (*quod vere et proprie nostrum et quod nobis debeatur*). Следуя определению Теофила,<sup>92</sup> Донелл акцентирует значение *animus*, предвосхищая учение Савиньи: «мы не требуем для наличия владения, чтобы кто-либо осуществлял держание, думая, что он собственник, но лишь с намерением собственника» (*non exigere nos ad possessionem, ut quis teneat opinione domini, sed solum ut domini affectu*). Таковы те, кто получает вещь, считая себя собственником, как добросовестный владелец, а также те, кто стремится стать собственником или ведет себя, как собственник, даже зная, что он не собственник (V, VI, 5 [р. 960]).<sup>93</sup> Таким образом, у Донелла владение – это осознанное держание (*detentio*), которое признается и защищается независимо от права, и в противопоставлении субъективному праву.

Представляется, что эта близость двух теорий обязана систематизаторским установкам их создателей. Интегрированное в систему права владение предстает в строгом различении с субъективным правом, правом на владение (*ius detinendi, ius possidendi*). Все правовое во владении и Донелл, и Савиньи относят к нарушению, которое влечет возникновение деликтного правоотношения. Однако такое следствие предполагает определенную социальную ценность в самом владении – то, что подвергается нарушению и требует защиты. Что же защищается во владении? Последователь Савиньи Карл Брунс ставит проблему предельно остро.<sup>94</sup> Усматривать предмет защиты владения в факте, значит, уйти от вопроса. Говорить о защите личности недостаточно, так как произвол и неправое всегда затрагивает личность, но защита владения не просто самозащита или подавление насилия: она ведет не к штрафу, а к праву на владение, которого у потерпевшего не было. Воля на владение может быть правомерной и неправомерной, но вор пользуется защитой, хотя его воля неправомерна. Если защищается правомерная воля – то она защищается как общая свобода и как отдельное право, но если защищается неправомерная воля, то защищается воля без права, «один факт владения как фактическое бытие воли, как общее право воли против насилия» (*allein das Factum des Besitzes wird, weil es factisches Dasein des Willens ist, des allgemeinen Rechts des Willens wegen gegen Gewalt geschützt*). «Именно в защите владения личность и свобода человека приходят к полному правовому признанию; здесь впервые устанавливается, что личность как таковая, без специального правомочия, не может подвергаться насилию, но только по всеобщей воле – по праву» (*Gerade erst im Schutze des Besitzes kommt daher die Persönlichkeit und Freiheit des Menschen zur vollen rechtlichen Ahnerkennung, indem es erst hier hervortritt das die Person schlechthin, auch ohne besondere Berechtigung, nicht von Andern mit*

<sup>91</sup> Donellus, *De iure civili*, lib. XV, *cap. XXXIV*, 15.

<sup>92</sup> См. в комментарии к Кодексу Юстиниана: Donellus, *ad tit. VI. Cod. Uti possidetis. Impp. Dioclet. et Maximian. AA. et CC. Cyrillo* (*Opera omnia t.X, Macerata, Ex officina Benedicti q. Antonii Cortesi, 1830, col. 968 sq: Possidere est animo, seu affectu domini tenere, ut Theophilus < bene definivit...*

<sup>93</sup> Напрасно Бергфельд (*Bergfeld Chr., Savigny und Donellus, in: Ius commune, VIII. Vorträge zum 200. Geburtstag von F.C. von Savigny / Coing H. (Hg.). Frankfurt 1979, S. 34*) усматривает здесь пресловутую волю на владение (*Besitzwille*): в докантианском дискурсе *animus* не может получить этого понимания.

<sup>94</sup> Bruns C.G., *Das Recht des Besitzes*, S. 488 sqq.



Gewalt behandelt werden darf, sondern nur dem allgemeinen Willen, dem Rechte in der Form des Rechtes, weichen muß – S. 492).

Идея защиты личности как таковой предполагает защиту личности, действующей и против права, то есть доправовую личность. Такая личность еще не допускает идею всеобщей воли как сложившуюся, но знает только отдельную волю, произвол. Защита же владения выступает, прежде всего, как подавление произвола и насилия. Предложенное Брунсом объяснение, таким образом, не снимает противоречий теории. Исторические основания учения Савиньи оказываются не менее сомнительными. Защита владения как факта, значимость факта самого по себе, в значительной степени выводится из принципов посессорной защиты, сложившихся в средние века, когда идея личности еще не развита. Сама процедура защиты владения, несмотря на формальное безразличие к вопросам права, ориентирована на сезину, квалифицированное держание, несводимое к простому факту. Подавление насилия как цель владельческой защиты отнюдь не определяет тождественность представления о владении в средние века и в римском праве, как его реконструировал Савиньи.<sup>95</sup>

Известное с конца XII в. как Декрет Грациана (*Decretum Gratiani*) частное собрание источников по церковному праву, сделанное учеником Ирнерия<sup>96</sup> болонским монахом Грацианом в 1139-1142 гг. получает известность и официальный статус в 1144 г., когда папа Евгений III приказал использовать его в церковных трибуналах – т.н. «Канон о **согласовании противоречий**» (*Concordia discordantium canonum*).<sup>97</sup> В XVI в. Декрет Грациана составил первую часть свода канонического права (*Corpus Iuris Canonici*).

Собрание состояло из канонов (постановлений церковных соборов), посланий понтификов (римских пап) и комментариев (*dicta*). Вторая часть Декрета представляет собой тематически организованное по 36 проблемам (*quaestiones*) собрание декретов и писем римских пап, значительная часть которых была подделана в IX в. – т.н. Лже-Исидоровы декреталии.<sup>98</sup> Во второй и третьей главе (*causa*) проблемной части Декрета представлены материалы по рассмотрению обвинений, выдвинутых против епископов окружными синодами. Поскольку епископов нередко уже по подозрению в каком-либо нарушении изгоняли из приходов, так что свидетельства подавались в отсутствие обвиняемого, римские папы в серии посланий предписывали, чтобы в этих случаях епископов нельзя было вызвать в синод для обвинения прежде, чем они будут восстановлены в епископстве.<sup>99</sup>

<sup>95</sup> Сам Савиньи утверждал единство принципа посессорной защиты в римском праве и в средневековье. См.: Savigny F.C. v. Op. cit., S. 503; 509. **Критику см.: Bruns C.G. Die Besitzklagen, S. 41 sq.**

<sup>96</sup> О Грациане см.: van Caenegem R. C. *An Historical Introduction to Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992. p. 60.

<sup>97</sup> Schulte J.F. v. *Geschichte der Quellen und Literatur des Canonischen Rechts von Gratian bis auf die Gegenwart*, Bd. 1. Stuttgart: F. Enke, 1875. S. 46 sqq.

<sup>98</sup> См.: Seckel E. s.v. *Pseudoisidor*, in: *Realencyklopädie für protestantische Theologie und Kirche*, 3 Aufl. Bd.16, 1905, S. 265 sqq. Собрание Исидора Меркатора содержало послания пап от Клементя до Григория Великого. Подделка была установлена в XVI в. (*Ibid.*, S. 267).

<sup>99</sup> Состояние дел и причины вмешательства понтификов описаны самим Грацианом во введении к *Causa III: Decretum magistri Gratiani*. Ed. Aemilius Friedberg, Leipzig: Ex officina Bernardi Tauchnitz, 1879, p. 504.



**QUESTIO I<sup>100</sup>**

GRATIANUS.

Quod restitutio quibuslibet danda sit, multis auctoritatibus probatur. Ait enim Gaius papa: [epist. unica ad Felicem Episcopum, cap. 3.]

**C. I. Expoliatis uel eiectis omnia sunt redintegranda.**

Episcopis suis rebus expoliatis uel a propriis sedibus eiectis omnia, que eis ablata sunt, legibus sunt redintegranda, quia priusquam factum fuerit hoc, nullum crimen eis obici potest.

Грациан

Что восстановление владения дается всякому, подтверждают многочисленные авторитеты. Ибо говорит папа Гай (единственное письмо к Феликсу, епископу, гл.3):

**Гл. I. Лишенным владения или изгнанным все должно быть возвращено**

Епископам, которые лишены своих вещей или изгнаны из своих поместий, все, что у них отнято, согласно законам должно быть возвращено, так как прежде, чем это будет сделано, их нельзя обвинить ни в каком преступлении.

**C. II. De eodem.**

Item Fabianus Papa. [ep. II. Episcopis orientalibus.]

Episcopi, si a propriis sedibus aut ecclesiis sine auctoritate Romani Pontificis expulsi fuerint, antequam ad sinodum uocentur, proprius locus et sua omnia redintegranda sunt. Nulla enim ratio permittit, dum ad tempus eorum bona, uel ecclesiae, atque res ab emulis aut a quibuscumque detinentur, ut aliquid illis obici debeat. Nec quicquam potest eis quilibet maiorum uel minorum obicere, dum suis ecclesiis, uel rebus, uel potestatibus carent.

**Gratian.** Sed notandum est, quod restitutionis sententia sola non sufficit, nisi presentialiter omnia iudicis offitio restituantur, ut eiectus uel expoliatus etiam naturalem possessionem recipiat, siue animo suo et corpore alieno, ueluti per procuratorem, siue animo et corpore suo. Cuncta quoque, que sibi ablata fuerant quacumque conditione, in eodem loco, unde surrepta fuerant, sunt reuocanda.

Unde Iohannes urbis Romae Episcopus scribit Zachariae Archiepiscopo: [epist. I.]

**Гл. II. О том же**

Также папа Фабиан (письмо 2 восточным епископам):

Если епископы будут изгнаны из своих поместий или церквей без одобрения римского Понтифика, прежде чем их призовут на синод, им должны быть возвращены собственное место и все имущество. Ведь никакие соображения не позволяют, чтобы пока их имущество или имущество церкви, а также вещи, удерживает кто-либо, чтобы их можно было в чем-либо обвинить. И никто не может обвинять их в большем или меньшем, пока у них нет своих церквей, вещей или властных полномочий.

**Грациан.** Но следует заметить, что решение о реституции само по себе не достаточно, если только немедленно все не возвращается по усмотрению судьи, чтобы изгнанный или лишенный получил даже естественное владение, будь то своей волей и чужим телом, например, через управляющего, будь то своей волей и своим телом. И чтобы все, что у него было отнято на каких угодно условиях, в том же месте, где было изъято, должно быть восстановлено.

Так и Иоанн, епископ Рима, пишет архиепископу Захарии (Письмо 1).

**C. III. De eodem.**

Redintegranda sunt omnia expoliatis uel eiectis episcopis presentialiter ordinatione pontificum, et in eo loco unde abscesserant, funditus reuocanda, quacumque conditione temporis, aut

<sup>100</sup> Ibid., p.506: Causa III.

captiuitate, aut dolo, aut uiolentia malorum, et per quascumque iniustas causas res ecclesiae, uel proprias, id est suas substantias perdidisse noscuntur [ante accusationem, aut regularum ad synodum vocationem et rel.]<sup>101</sup>

### Гл. III. О том же

Должно быть возвращено все епископам, у которых было отнято или которые были изгнаны, немедленно по распоряжению понтификов и в том месте, из которого они удалились, и полностью восстановлено, какими бы ни были, как выяснится, условия времени или утраты или умысла или насилия недобрых **людей**, и по каким бы неправомерным основаниям ни были утрачены церковные вещи или собственные, то есть свое имущество, *до предъявления обвинения или вызова в синод обычным порядком и проч.*

Последний канон именуется по первым словам «Redintegranda». Интерпретация декрета привела к возникновению нового процессуального средства с тем же названием. Было признано, что redintegranda предоставляется безотносительно права на владение, независимо от формы и порядка изъятия или изгнания (не обязательно насильственного), против любого третьего лица (не только против виновного в насилии). Слова о времени были поняты как бессрочный характер защиты, слова об изъятии и изгнании – как применимость защиты и для движимых и для недвижимых вещей. Хотя в каноне и говорится о «своем» имуществе епископа, однако защита не носит петиторного характера, как считал Савиньи,<sup>102</sup> поскольку она дается в предположении права и в порядке экцепции, которая действует как обязанность судьи (officio iudicis):<sup>103</sup> доказыванию подлежит только сам факт изъятия имущества (изгнания из **епархии**). На этой основе стала возможна защита от насильственного покушения на имущество без ссылки на право.

В каноническом праве нет идеи владения: все правила лже-Исидоровых Декреталий и декрета Грациана нацелены на разграничение и обособление предметов разбирательства. Канон «Redintegranda» был адресован только епископам, и речь в нем шла не об иске, а о процессуальном возражении, позволявшем отклонить обвинение в синоде ссылкой на изъятие имущества (exceptio spoli). Смешение с римскими посессорными средствами происходит значительно позднее, и попытки предвосхитить романистические трактовки в духе исторической школы уже в средневековье грешат натяжками. Владение в эту эпоху не обсуждается, речь идет о сезине. Как мы видели, сезина – это формальное выражение (знак, презумпция) основания на пребывание во владении под защитой феодального права. Одним из определений режима такого владения **предстает** понятие запрещенного самоуправства, которое одинаково квалифицирует владение движимыми и недвижимыми вещами, выступая основанием для иска о прекращении беспокойства, ответчиком по которому становится именно нарушитель, причинитель беспокойства. В этой ситуации защита неизбежно приобретает деликтный характер и не дает оснований для определения природы отношения. В случае утраты владения движимой вещью помимо воли владельца – кражи или потери – бывший владелец преследует любое лицо, оказавшееся во владении вещью, независимо от вины и осведомленности. Этот порядок придает квалифицированному владению (saisine, Gewere) характер права, так как юридическая связь владельца с вещью сохраняется вопреки утрате держания. Однако позиция актуального держателя стремится превратиться в такое же

<sup>101</sup> В примечании к 7 изданию работы Савиньи (Savigny F.C.v. Op. cit., S. 511 A.2) говорится, что окончание фрагмента («ante accusationem, aut regularum ad synodum vocationem et rel.») отсутствует в рукописях, все издатели отмечают, что они добавлены из источников Грациана.

<sup>102</sup> Savigny F.C. v. Op. cit., S. 512.

<sup>103</sup> См. Никонов С.П. Указ. соч., с.82 (со ссылкой на работу: Göcke, De exceptione spoli, 1858).

квалифицированное владение, особенно, если он добросовестный, так что в отсутствие притязания со стороны прежнего владельца положение нынешнего держателя ничем не будет отличаться от положения **признанного** владельца  $\diamond$ . Право на абсолютную защиту в случае утраты владения помимо своей воли обусловлено продолжительностью владения (год и один день), но по истечении срока владение не считается преобразованным в право, но лишь пользуется лучшей защитой, так что квалифицированный владелец вытесняет моментального владельца, даже добросовестного. Различие между  $\diamond$  квалифицированным фактом **и правом** становится очевидным применительно к распоряжению: квалифицированный владелец не может передать свою позицию как таковую другому лицу: новый владелец получит простое владение (держание) и только продолжительность такого положения наделит его правом абсолютной защиты. Будь сезина правом, имелся бы способ передать другому лицу именно его.

Понятие сезины распространяется не только на движимые вещи, но и на любые возможные права: власть епископа над **епархией**, обременения участка, чинш, десятину и другие повинности. Влияние канонического права и германских обычаев ведет к тому, что защита от беспокойства предоставляется не только применительно к собственности и вещным правам, но и к любым возможным правам, как и при римской *iuris quasi possessio*. Приложение средств защиты от беспокойства к владению правами порой не требует даже доказательства права, но лишь – наличия нарушения. Это обстоятельство Савиньи спешит объявить доказательством того, что защита владения при этом основывается, как **якобы** и в римском праве, на обязательстве из нарушения и предоставляется безотносительно наличия самого права, будто выведенные им римские принципы защиты владения не претерпели существенных изменений в средние века, но лишь распространились на новые объекты.<sup>104</sup>

Расширительную интерпретацию канону «Redintegranda» дал ученик глоссатора Угуччо папа Иннокентий III.<sup>105</sup> В середине XIII в. Григорий IX распространяет *exsertio spoliū* на всех гражданских лиц (и против всех), если нарушение затрагивало все имущество истца.<sup>106</sup> Папы руководствовались идеей разделения предметов спора, чтобы нельзя было ссылкой на отобрание парализовать любое обвинение. Распространение *remedium spoliū* за пределы духовного сословия, связанное с упразднением сословных привилегий, вело к разработке нового, собственно рекуператорного средства защиты.

Принцип подавления насилия и допущения самозащиты (*vim vi repellere licet*) **канонисты вывели** из римских источников:<sup>107</sup>

<sup>104</sup> Savigny F.C. v. Op. cit., S. 505 sq.

<sup>105</sup> Schulte J.F. v. Op. cit., S. 156, 161.

<sup>106</sup> Ruffini F. L'actio spoliū: studio storico-giuridico. Roma: L'erma di Bretschneider, 1889. p. 354 sq.; Никонов С.П. Указ. соч., с. 117 сл.; См. Также: Decretum magistri Gratiani, p. 450 (Causa II, Quaestio 2 C.2): «Item Nicolaus. [Папа] Omnes leges tam ecclesiasticae, quam uulgares et publice precipiunt, ut omnia sibi ablata restituantur ei, qui suis est rebus expoliatus» (То же Николай [папа] Все законы, как церковные, так и светские публично предписывают, чтобы все, что у кого-либо отнято, было возвращено тому, кто был лишен своих вещей).

<sup>107</sup> Ф. Мэйтленд говорил о тщетности попыток канонического права вести «равную борьбу» (*equal combat*) с римским правом за влияние, так как она не могла быть равной: «Декрет Грациана – тоскливая вещь, если сравнивать его с Дигестами, и изучение римского права никогда не умирает. Когда кажется, что оно умирает, оно всегда возвращается к текстам и возрождается снова» (The Decretum is sad stuff when set beside the Digest and the study of Roman law never dies. When it seems to be dying it always returns to the texts and is born anew). См.: Pollock F, Maitland F.W. History of English Law. 2<sup>nd</sup> ed. Vol.1. Cambridge: Cambridge University Press, 1898. p. 24. Только совершенно искаженное представление о действительном

C. 8, 4, 1 Diocl. et Maxim. AA. et cc. Theodoro:

Recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet. <a. 290 pp. XV k. Dec. Ispis III et III AA. cons.>

Диоклетиан и Максимиан Августы и консулы Теодору:

Лицу, правильно осуществляющему владение, дозволено для защиты владения, которое он держал без порока, отразить примененное насилие, прибегнув к не подлежащей осуждению защите. (16 ноября 290 г.)<sup>108</sup>

Сходным образом, защита третьего лица, даже осведомленного о пороках владения предшественника, также основывалась на римском праве.

D. 43, 17, 3, 10 (Ulp., 69 ad ed.):

Non videor vi possidere, qui ab eo, quem scirem vi in possessionem esse, fundum accipiam.

Не считается, что я владею силой, если я получаю участок от того, кто, как я знаю, вступил во владение с применением силы.

Так возникает *actio spoli* (или *redintegranda*), ориентированная на преследование причинителя насилия и доступная практически всем держателям.<sup>109</sup> Канонисты объединили все известные римскому праву формы насилия (*violentia*) в одно общее понятие “*spolium*” – нарушения *status quo* без правомерного на то основания. Брунс убедительно согласовывает этот процесс в рецепцией римского права.<sup>110</sup> Никонов<sup>111</sup> прослеживает, как римские папы сопротивлялись новому иску канонистов. Иннокентий III в каноне “*Saepe contingit*” 1215 г. (вошел в Декрет Грациана как *Decretales Gregorii IX*, 2.13.18) допускает кондицию только против недобросовестного владельца:

Хорошо говорит: если получил сознательно, то, что должно было быть возвращено по кондиции на основании этого постановления, ведь если он получил, не ведая [о нарушении], он был бы неподсуден. Это не противоречит к[анону] “*Reintegranda*”.

*Bene dicit, si scienter accepit, quod tenetur restituere per conditionem ex hac constitutione, nam si ignoranter accepit, secus esset. Nec contradicit C. Reint..*

Иннокентий IV восстанавливает применение специальных исков римского права, в зависимости от вида насилия: иск о насилье (*de vi*), о мошенничестве (*de dolo*), и о вымогательстве (*quod metus causa*), из которых только последний давался против третьего лица. Эта попытка не имела успеха, но утвердилась презумпция неправомерности утраты

соотношении источников европейской правовой традиции могло заставить Г. Бермана сказать, что в римском праве вопросы защиты владения затронуты лишь очень кратко. См.: Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. 2 изд. М.: Изд-во МГУ; Инфра-М – Норма, 1998. с. 234. Чего стоят, например, его слова о Дигестах, «реконструированных средневековыми романистами» (Там же, с. 574, прим. 18).

<sup>108</sup> Неприемлемый перевод фрагмента предлагает Г. Берман (Там же, с. 234), произвольно упоминая здесь «право владения» и обсуждая на этом основании вопрос о защите собственности.

<sup>109</sup> В *Corpus iuris canonici* (can. 1698 sq.) *actio spoli* продержалась до 1983 г. См.: Wieling H. J., *Sachenrecht*, S. 131.

<sup>110</sup> Bruns C.G. *Das Recht des Besitzes*, S. 352 sqq.

<sup>111</sup> Никонов С.П. Указ. соч., с. 132 сл.

владения,<sup>112</sup> так что собственно насильственный характер нарушения потерял значение. Это отступление от римских принципов было дополнено интерпретацией канона “*Saepe contingit*” как введения нового средства защиты, которое, в отличие от *redintegranda*, следовало только против осведомленного получателя (*spolii conscius*). Такое толкование противоречило инициативе папы на ограничение *redintegranda* (как понимал “*Saepe*” Бартол), и абсолютное действие старого иска (*actio spolii*) осталось без изменения. Однако интерпретация канона “*Redintegranda*” основывалась на “*Saepe*”, которая становилась авторитетом по вопросу об определении круга ответчиков: либо *actio spolii* распространялась на добросовестных (неосведомленных) владельцев, либо нет. Этот диспут непосредственно определял конфигурацию посессорной защиты, так как к XVII в. защита владения по каноническому праву получает самое широкое распространение.<sup>113</sup> *Redintegranda* применялась в любом случае утраты владения не по своей воле (даже, например, в случае потери) и следовала любому держателю, вследствие самого широкого толкования слова «*suas*» в каноне,<sup>114</sup> но соображения охраны владения наталкивались на уважение к добросовестности неосведомленного приобретателя. Й. Менохий в специальной монографии по защите владения 1618 г. (*Menochius J. De adipiscenda, retinenda et recuperanda possessione doctissima commentaria*, XV, at p.445 no.89) насчитал тридцать одного автора, считающего, что *redintegranda* следует против добросовестного владельца и двадцать девять авторитетов, которые были против.<sup>115</sup>

Во Франции (и в Англии) этот иск дополнялся защитой сезины, независимо от применения силы – *assize de nouvelle dessaisine*. В 1283 г. Филипп де Бомануар, автор авторитетного собрания обычаев (*Coutumes de Beauvoisis*), сделал попытку объединить под наименованием *nouvelle dessaisine* иск о защите сезины и *redintegranda*, заменив годичную давность сезины годичным сроком предъявления иска.<sup>116</sup> В XIV в. под различными названиями: *trouble*, *nouveau trouble*, *complainte de nouveau trouble*, *novitas*, *la complainte en cas de saisine et de nouvelleté*, *quaestio in casu novitatis*, *complainte*, – существует единое средство защиты от любого беспокойства, но применимое только к титулированному владению (как теперь понимают сезину).<sup>117</sup> *Ordonance civil* Людовика XIV 1667 г. устанавливал применение *complainte en cas de saisine et nouvelleté* для квалифицированного владения (год и один день) и в течение года с момента причинения беспокойства. На иск не могли рассчитывать голые держатели (арендаторы, поклажеприниматели, **поверенные**), так как у них не было сезины.<sup>118</sup> *Complainte* стали трактовать как иск против беспокойства, в отличие от *actio spolii* (*réintégrandé*) как рекуператорного иска. Распространенное в XVI-XVIII вв. уподобление *complainte* римскому интердикту ‘*uti possidetis*’ для удержания владения недвижимостью (*retinendae possessionis*), а *réintégrandé* – ‘*unde vi*’, интердикту для восстановления владения

<sup>112</sup> Там же, с. 144.

<sup>113</sup> Coing H. *Europäisches Privatrecht*, 1985. S. 286; Дж.Гордли и У.Маттеи (Gordly J., Mattei U. *Op. cit.*, p. 307, nt.86) приводят слова крупнейшего голландского юриста Й. Воета (J. Voet, *Compendium iuris iuxta seriem Pandectarum adjectis differentiis iuris civilis et canonici*, 1688 ad lib. 43, tit 16, p. 583): «для восстановления владения мы чаще всего пользуемся средствами, предусмотренными по каноническим правом (*recuperandae possessionis remediis plenioribus iure Canonico utimur*)».

<sup>114</sup> Никонов С.П. Указ. соч., с. 142 сл.

<sup>115</sup> Gordly J., Mattei U. *Op. cit.*, p.309, nt. 95.

<sup>116</sup> Никонов С.П. Указ. соч., с. 274 сл.

<sup>117</sup> Там же, с. 278.

<sup>118</sup> Там же, с. 287.



(*reciperandae possessionis*),<sup>119</sup> угрожало ограничить сферу применения обоих средств недвижимостью. Сходным образом, унификация всех оснований в ходе кодификации, казалось, оставляла без защиты простых, **неквалифицированных** владельцев.

Накануне принятия Гражданского кодекса во Франции было два иска для защиты владения:

- 1) *Complainte*, которая давалась для защиты владения дольше года и даже против угрозы нарушения (*possessorium summarum*)
- 2) *Réintégrande*, которая не требовала годичного владения, но давалась только в случае нарушения и следовала только против нарушителя (квазиделиктный иск).<sup>120</sup>

Кодификация же предусматривала единственное основание иска: ст.23 Процессуального кодекса, которая предоставляла владельческую защиту только владельцам старше года. Получалось, что оба средства следуют только квалифицированным владельцам. Первый председатель Кассационного суда Франции Анрион де Пансей, исходя из истории института, поставил защиту в зависимость от характера беспокойства, так чтобы в случае насильственного изъятия владения следовало подавать *réintégrande*, *complainte* же защищала даже от беспокойства, но только владение старше года.<sup>121</sup> Таким образом, квалифицированный владелец в случае насильственного изъятия владения мог подавать и *complainte*, тогда как простой держатель получал защиту только от насилия. Позиция де Пансея привела к восстановлению дореволюционного обычного права,<sup>122</sup> которое и утвердилось в практике французских судов середины XIX в.

Утрата *complainte* прежнего значения средства защиты права сопровождалось распространением виндикации (*revindication*), которая также трактуется как средство защиты владения (правда, окончательное): истцу достаточно доказать лучшее право на владение, чем у ответчика.<sup>123</sup> На место презумпции собственности пришла относительность в доказывании права собственности: владение трактуется как право, хотя ни закон, ни доктрина такого права не знают. Возможна и защита беститульного владения от любого посягательства средствами административного характера на деликтном основании – против нарушителя (*réintégrande*), но в случае, если владение опирается на титул, она дополняется **петиторной защитой** – против любого актуального владельца, что придает владению характер права.<sup>124</sup> По закону 12 мая 1981 г. годичное владение дает право на посессорную защиту,\* тогда как владение менее года – на восстановительный иск, *réintégrande*, против насилия. Ст. 1264 Нового Гражданского процессуального кодекса звучит:

<sup>119</sup> Там же, с. 316.

<sup>120</sup> Цахария (Zachariä von Lingenthal K.S., Op. cit. S. 459) добавляет к этому *enunciation de nouvel oeuvre* – жалобу на проведение работ, аналог римской *operis novi nuntiatio*.

<sup>121</sup> Henrion de Pansey M. De la competence des juges de paix, 6 ed., Paris: T.Barrois père, 1822. p. 515 sq.

<sup>122</sup> Sacco R., Catarina R. Il possesso. Milano: Giuffré, 2000. p. 48.

<sup>123</sup> См.: Gordley J., Mattei U. Op. cit., p. 317 sq.

<sup>124</sup> Отсюда внимание к процедурному разъединению посессорной и петиторной защиты: обращение к петиторной защите исключает в дальнейшем посессорную (art. 1266), а ответчик по посессорному иску, как еще по каноническим порядкам, не может подавать иск о праве, прежде чем положит конец беспокойству (art. 1267); выяснение оснований владения, которое может быть проведено по инициативе суда и в посессорном процессе, не должно относиться к установлению права (art. 1265: *ne peuvent porter sur le fond du droit*).

\* <sup>124a</sup> Распространение *complainte* на защиту держания произошло по закону 1975 г. (la loi 75-596, 9.07.1975 art.5).



«С учетом правил, касающихся публичной собственности, посессорные иски открыты в год нарушения для тех, кто осуществлял <math>\langle \rangle</math> спокойное владение или держание не менее года; тем не менее, иск о восстановлении владения против причинителя беспокойства может быть предъявлен даже в том случае, если потерпевший от нарушения владения владел или осуществлял держание менее года».<sup>125</sup>

Во Франции не сложилась посессорная защита, как ее понимает теория права.

<math>\langle \rangle</math>Искушение установлением параллелей между средневековыми средствами защиты и развитыми конструкциями римского права пережила и немецкая наука. <math>\langle \rangle</math>Савиньи предлагал оставить *actio spoli* (*Spoienklage*) только для тех владельческих ситуаций, в которых давалась интердиктная защита по римскому праву.<sup>126</sup> Позднейшая установка на защиту всех видов держания с целью охраны гражданского мира и даже включение в Гражданское уложение унитарной концепции держания-владения (§ 854 BGB) так и не привели к единству средств защиты из-за различия целей восстановления и удержания владения, которые обслуживались разными исками: *Vesitzentziehungklage* и *Störungklage*. Первый подается против актуального владельца, второй – против причинителя беспокойства. У первого реальный характер, у второго личный (деликтный). Создатели Германского гражданского уложения включили эти средства защиты в комплекс материально-правовых норм. Движимые вещи в случае кражи или потери можно истребовать из рук любого добросовестного владельца, кроме собственника или более раннего добросовестного владельца (§ 1007 BGB).<sup>127</sup>

### §1007 Притязания прежнего владельца

- (1) Тот, кто ранее имел во владении движимую вещь, может требовать от владельца выдачи этой вещи, если тот в момент приобретения владения был недобросовестен.
- (2) Если вещь была украдена у прежнего владельца, утеряна им или утрачена иным образом, то он может требовать ее выдачи и у добросовестного владельца, за исключением случая, когда тот является собственником этой вещи или вещь была им утрачена еще ранее прежнего владельца [истца]. Данное предписание не применяется к деньгам и ценным бумагам на предъявителя.
- (3) Требование исключается, если прежний владелец [истец] при приобретении владения был недобросовестен или отказался от владения. В остальных случаях применяются соответственно предписания §§ 986 – 1003.<sup>128</sup>

<sup>125</sup> **Nouveau Code de procédure civile** (réd. D. n. 81-500 du 12 mai 1981)

**Art. 1264:** Sous réserve du respect des règles concernant le domaine public, les actions possessoires sont ouvertes dans l'année du trouble à ceux qui, paisiblement, possèdent ou détiennent depuis au moins un an; toutefois, l'action en réintégration contre l'auteur d'une voie de fait peut être exercée alors même que la victime de la dépossession possédait ou détenait depuis moins d'un an.

<sup>126</sup> Savigny F.C. v. Op. cit., S. 518.

<sup>127</sup> Здесь надо учитывать, что владелец движимой вещи признается по ГГУ в большинстве случаев собственником (§§ 932-935), так что конкуренция последующего владельца с добросовестным предшественником несобственником предполагает, что вещь в свое время была украдена у собственника или выбыла из его владения другим образом.

<sup>128</sup> §1007 [Ansprüche des früheren Besitzers]

- (1) Wer eine bewegliche Sache im Besitze gehabt hat, kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen, wenn dieser bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war.
- (2) Ist die Sache dem früheren Besitzer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen, so kann er die Herausgabe auch von einem gutgläubigen Besitzer verlangen, es sei denn, daß dieser Eigentümer der Sache ist oder die Sache ihm vor der Besitzzeit des früheren

Эта защита основана на предположении у владельца права собственности (§ 1006 (1)), которое не действует в случае кражи или утраты иным образом вопреки воле предшественника, характеризуя, таким образом, не владение, а правооснование. Предположение собственности на стороне лица, лишившегося владения вследствие кражи или потери <> как и **эксцепция о праве собственности ответчика (§ 1007 (2))**, нарушает логику: отсутствие оснований для предположения о праве на стороне актуального владельца требует не доказательства обстоятельств утраты владения истцом, а оспаривания правомерности владения ответчика.

Защита владения уподоблена защите собственности (и на недобросовестного владельца не распространяется – § 1007 (3)), но собственник уступает добросовестному владельцу, если вещь не выбыла из его владения помимо его воли, то есть была не утрачена, а передана добровольно предшественнику ответчика по владению. Конкуренция собственника с добросовестным владельцем подчиняется правилам защиты владения, но отягощена чертами деликтной ответственности. Истец-несобственник уступает собственнику, что нарушает правила посессорной защиты.

Авторы ГГУ отказались от последовательного воспроизведения принципов защиты **владения**, подчинив институт владения принципам права собственности и деликтной ответственности. Защиты владения как таковой в ГГУ нет. Современные комментаторы, пытаясь преодолеть предположение собственности как основание защиты, говорят о лучшем праве истца на владение, отказываясь, таким образом, от концепции посессорной защиты.<sup>129</sup>

Владение недвижимыми вещами защищено от недозволенного самоуправства (§§ 861, 862 BGB) со стороны любого лица. В случае утраты владения прежний владелец может потребовать его восстановления от нарушителя или от любого осведомленного приобретателя (§§ 858 (2-3), **861 (2)** – порочное владение). Здесь налицо деликтные основания защиты, несмотря на то, что предметом защиты выступает не собственность, не право, а фактическое положение (защита от самоуправства согласно § 860 предоставлена голому держателю и даже слуге в чужом имуществе в смысле § 855 BGB). **В то же время, в ГГУ сохраняется и традиционное возражение о годичном сроке (§ 861 (2)), что возвращает в определение владения декларативно преодоленный (§854) формальный момент.** Применительно же к недвижимости составители Уложения говорят о предпочтительности защиты права, а не владения, и предлагают деликтное основание защиты: владение можно истребовать только от нарушителя.<sup>130</sup>

Защита недвижимости подчинена в Германском гражданском уложении деликтному подходу, который ассоциируется с именем Савиньи, но его теория не предполагает никакого права в основании защиты. Защита движимости покоится на предположении собственности, которое выдает зависимость от идей Йеринга, но господствующее в этой сфере понятие порочного владения предполагает относительность владения, вопреки установке мыслителя на его самостоятельное значение.

Besitzers abhanden gekommen war. Auf Geld und Inhaberpapiere findet diese Vorschrift keine Anwendung.

(3) Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der früherer Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war oder wenn er denn Besitz aufgegeben hat. Im übrigen finden die Vorschriften der §§ 986 bis 1003 entsprechende Anwendung

<sup>129</sup> Gordley J., Mattei U. Op. cit., p. 311, nt. 113. Здесь же литература.

<sup>130</sup> Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerliches Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. 3. Berlin; Leipzig, 1888. S. 123.

Более века назад И.А. Покровский ставил германские решения в пример отечественному законодателю<sup>131</sup>, однако его мечта о безусловной защите владения как факта воплощения в Германии также не получила. Последний отечественный исследователь института, академик А.В. Венедиктов, отмечал как устойчивую тенденцию владельческой защиты постепенный отказ от строгого разграничения посессорного и петиторного процесса.<sup>132</sup> Представляется, что посессорная защита как продукт чисто теоретической спекуляции на практике никогда не существовала. Установка на защиту владения как факта была обречена: с позиций факта нельзя оправдать преимущество истца, лишённого владения, перед ответчиком, осуществляющим владение, поскольку факт – на стороне последнего.<sup>133</sup> Во Франции утвердился традиционный критерий квалифицированного владения – продолжительность: давний владелец побеждает недавнего. Даже лишившись прежнего нормативного значения, срок в один год и один день достаточно выразительно маркирует формальное основание преимущества, отрицая фактический характер явления. Свойства рекуператорного иска сближают его с виндикацией, которую отличает лишь окончательность судебного решения. В Германии (где удерживается и требование годичной давности) защита владения в еще большей степени насыщается правовыми характеристиками. Логично причисление владения к «прочим правам» (sonstiges Recht), которые помимо собственности признаются возможным объектом причинения вреда (§ 823 (1) BGB).<sup>134</sup> Владение рассматривается как возможный предмет неосновательного обогащения, который вследствие этого выступает объектом специального кондикционного требования (Eingriffskondiktion), признаваемого на основе толкования нормы § 812 BGB.<sup>135</sup> В литературе в этой связи нередко говорится об обязательственном праве на владение,<sup>136</sup> которое признается, например, за арендатором, получающим, таким образом, абсолютное требование на защиту от недозволенного самоуправства<sup>137</sup> и даже негаторный иск (§ 1004 BGB), однако обязательственное право (аренды, например) не может стать предметом неосновательного обогащения. По кондикционному иску истребуется само владение – как имущественная ценность, составляющая обогащение.<sup>138</sup>

Судебная защита предполагает нарушение или оспаривание права. Предоставление судебной защиты владению неизбежно выводит его на уровень правовой позиции. **Наделение**

<sup>131</sup> Покровский И.А. Владение в русском проекте гражданского уложения. – Журнал Мининстерства Юстиции. 1902, декабрь. С. 31 слл.

<sup>132</sup> Венедиктов А.В. Защита фактического владения в условиях мирного и военного времени. - Ученые труды ВИЮН, Вып. IX. М., 1947. С. 52.

<sup>133</sup> Эту апорию выдвигает Г. Дербург (Dernburg H. Op. cit., S.6) применительно к волевой теории: почему воля истца должна иметь преимущество перед волей ответчика по интердикту? Взаимоисключающие притязания не поддаются примирению, иначе как с признанием общего авторитета (ценности, критерия), что требует перехода на более высокий уровень абстракции (расширения основания). С этой точки зрения и воля, и факт держания – как тщетные основания искомого преимущества – оказываются характеристиками, однопорядковыми предмету спора – владению, его предикатами (animus и corpus).

<sup>134</sup> Fabricius F. Zur Dogmatik des „sonstigen Rechts“ gemäß § 823 Abs. 1 BGB, AcP 160 (1961), S. 273 sqq.

<sup>135</sup> Kurz I. Der Besitz als möglicher Gegenstand der Eingriffskondiktion, Tübingen: Mohr 1969.

<sup>136</sup> См., например: Wolf M. Sachenrecht, 22 Aufl., München: C. H. Beck, 2006. S. 80.

<sup>137</sup> Diederichsen U. Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen, Hamburg: Hansischer Geldenverlag, 1965. S. 87 sq; 95.

<sup>138</sup> Эта позиция разделяется и отечественными специалистами: Новак Д.В. В чем ценность владения и при чем здесь кондикция? // Вестник гражданского права. 2009. №3. с 289 слл.

рекуператорным иском для защиты владения (Besitzentziehungklage) только добросовестного владельца (§ 1007 (3) BGB) превращает этот иск в специальное средство защиты собственности (или предполагаемой собственности – в наличии которой искренне заблуждается добросовестный владелец). Абсолютный характер такая защита получает только в случае утраты владения вопреки воле потерпевшего, как это свойственно традиционной actio spoliī. Однако в действующем немецком праве рекуператорный иск дает также право на возмещения, как при защите собственности: §§ 986 – 1003, к которым отсылает § 1007 (3), трактуют расчеты между сторонами виндикационного иска, подобно ст. 303 ГК РФ. Это средство защиты владения опирается на титул собственника (иначе добросовестность немислима) и строится как защита права.

В этом контексте норма российского Гражданского кодекса, наделяющая владельца исками собственника (ст. 305), включая возмещение за возможные доходы (fructus percipiendi) по ст. 303, – что очевидным образом придает имущественному интересу владельца правовое измерение, – разительно отличается по сфере действия. Защитой, которая также выстраивается как петиторная, пользуются все правомерные владельцы, которые не являются и не могут стать собственниками (т.е., в отличие от германского решения, недобросовестные владельцы), поскольку они получили вещь на основании, исключающем приобретение собственности. В отличие от германской модели, это защита абсолютная: она действует против всех третьих лиц (возражение о добросовестности ответчику не предоставляется) и не зависит от характера нарушения. Недопустимость возражения о праве собственности наделяет эту защиту важнейшим свойством посессорной. Исключение неправомерных владельцев отвечает правовому характеру признания личности во владении (независимо от его продолжительности), позволяя говорить о наиболее полном воплощении гуманистического идеала в российском институте.