

Солидoro Маруотти Л.

«Абсолютная собственность» и «относительная собственность» в европейской правовой истории

[Stable URL: <http://elar.uniyar.ac.ru/jspui/handle/123456789/2587>]

[Публикация работы:]

Солидoro Маруотти Л. 2004: «Абсолютная собственность» и «относительная собственность» в европейской правовой истории // IVS ANTIQVVM. Древнее право. 14, 7-50.



НАУЧНО-ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫЙ
ЦЕНТР АНТИКОВЕДЕНИЯ
ЯРОСЛАВСКОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО УНИВЕРСИТЕТА
ИМ. П.Г. ДЕМИДОВА
ЯРОСЛАВЛЬ, РОССИЯ

THE SCIENTIFIC & EDUCATIONAL
CENTRE FOR CLASSICAL STUDIES
AT YAROSLAVL DEMIDOV STATE UNIVERSITY
YAROSLAVL, RUSSIA

DAS WISSENSCHAFTLICHEN FORSCHUNGS- UND
STUDIENZENTRUM FÜR DIE GESCHICHTE,
KULTUR UND RECHT DER ANTIKE
DER STAATLICHEN DEMIDOW-UNIVERSITÄT JAROSLAWL
YAROSLAWL, RUSSLAND



РОССИЙСКАЯ АССОЦИАЦИЯ АНТИКОВЕДОВ
RUSSIAN SOCIETY OF CLASSICAL STUDIES



НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ И ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫЙ ФОНД
«ЦЕНТР ИЗУЧЕНИЯ РИМСКОГО ПРАВА»
ЯРОСЛАВСКИЙ ФИЛИАЛ
THE RESEARCH AND EDUCATIONAL FOUNDATION
“THE CENTRE FOR ROMAN LAW STUDIES”
YAROSLAVL BRANCH



ЯРОСЛАВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
ИМ. П.Г. ДЕМИДОВА
YAROSLAVL DEMIDOV STATE UNIVERSITY

**«АБСОЛЮТНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ»
И «ОТНОСИТЕЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ»
В ЕВРОПЕЙСКОЙ ПРАВОВОЙ ИСТОРИИ****

1. Так называемая романистическая модель собственности

Общим убеждением является, что юридическое понятие собственности, воспринятое и применяемое в современной континентальной Европе, представляет собой производное «романистической традиции», то есть результат научного анализа и практического применения римского права, содержащегося в юстиниановом *Corpus iuris civilis*, в эпоху средневековья и далее вплоть до формирования современного права.

Эта устойчивая двухсотлетняя догма не избежала подвижек. Около середины прошлого века европейская цивилистика предприняла попытку вернуться к дискуссии как по поводу понятия, так и, следовательно, по поводу определения права собственности; однако в настоящее время наука частного права как будто потеряла интерес к сугубо определительным и понятийным аспектам, сосредоточившись прежде всего на изучении правового режима этого института. Такое направление, впрочем, соответствует тенденции, отраженной в некоторых новейших кодексах, которые не дают настоящего «определения» права собственности, предпочитая скорее определить его юридическое содержание (§ 903 BGB, ст. 641 ZGB).

В Италии полемика, возникшая около 1950 г. в ответ на выдвинутые Пульятти¹ возражения против господствовавшей постановки вопроса относительно отношений собственности, быстро сошла на нет, когда и доктрина, и судебная практика выказали стремление вновь возвратиться к традиционным тенденциям². Так, авторы наиболее широко распространенных учебников и научных работ, подчиняясь общему направлению почти всех цивилистов и многих компаративистов стран *civil law*, вновь вернулись к определению права собственности прежде всего через обращение к знаменитой латинской формуле “*proprietas est ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur*”, формуле, на основе которой на рубеже XIX и XX вв. были выстроены самые известные определения собственности в кодексах.

Еще одно общепринятое мнение, с которым не так легко согласиться, как с вышеизложенным, состоит в том, что наше современное понятие собственности пришло к нам не только непосредственно из «романистической традиции», но и конкретно из древнего

* Лаура Солидро Маруотти – профессор кафедры римского права юридического факультета Университета г. Салерно (Италия).

** Настоящая статья представляет собою переработанные тексты трех лекций автора, прочитанных в итальянских университетах Падуи (6.02.2002), Модены (16.05.2002), Санта Мария Капуа Ветере (21.11.2002). Перевод с итальянского выполнен сотрудниками Санкт-Петербургского филиала Центра изучения римского права С. Я. Сомовой и И. В. Лушниковой, под ред. А. Д. Рудокваса.

¹ См. прежде всего: *Pugliatti S.* La proprietà e le proprietà // *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano, 1954. P. 145 ss.; *Idem.* La definizione della proprietà nel nuovo codice civile // *Ibid.* P. 131 ss.; *Idem.* Beni e cose in senso giuridico. Milano, 1962. Новаторский подход такой точки зрения подчеркивал *Rodota S.* Note critiche in tema di proprietà // *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1960. P. 1252 ss.

² Непосредственный возврат к неизменной унитарной концепции собственности мы находим уже в работе: *Pescatore G.* Considerazioni sul «diritto» di proprietà // *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*. Torino, 1960. II. P. 1257 ss.

римского права (то есть из римского юридического опыта, который пресекался в VI в. н. э. с составлением юстинианова Свода), и в частности из понятия *dominium*³.

В определенном смысле это представление соответствует истине, так как римское понятие собственности было воспринято в странах *civil law* в тот самый момент, когда в средние века страны европейского континента приняли римское право в качестве *ius commune*. Но не стоит забывать о двух важных моментах. Прежде всего, понятие «собственности» не сохранялось в неизменном виде в ходе всего развития римского юридического опыта, продолжавшегося почти в течение тринадцати веков. Во-вторых, римское «окончательное» понятие собственности – то, которое было «освящено» юстиниановым Сводом, – не оставалось неизменным и в течение тех тринадцати веков, которые протекли между временем создания *Corpus iuris civilis* (VI в. н. э.) и составлением современных кодексов (XIX–XX вв.). Иными словами, в средневековую эпоху римское понятие собственности претерпело ряд существенных изменений, вызванных постоянными поправками к этому понятию, которые не могли не вноситься в целях практического применения.

Поэтому справедливо задаться вопросом, какой объем римского права содержится в так называемой романистической модели европейского права собственности. Трудность состоит в том, что понятие собственности очень долго описывалось цивилистами и компаративистами довольно спорным образом, то есть слишком эмоционально, а более всего слишком обобщенно. На самом деле, обычно утверждают, что романистическая модель, равно как и современная континентальная модель собственности, всегда отражали ситуацию «единой», «абстрактной», «абсолютной» принадлежности. Следует остановиться и уточнить, какой смысл обычно вкладывают в эти определения.

2. Некоторые уточнения понятий

Утверждать, что римская собственность так же, как и современная, является «единой», означает полагать, что существует лишь один нормативный порядок собственности, а не множество статусов, число которых равно числу различных типов имущества, являющихся объектом права собственности⁴.

Собственность определяется как «абстрактная», когда она рассматривается как синтез правомочий, но не как их сумма (правомочие пользования имуществом, правомочие приобретения его плодов, правомочие распоряжения имуществом *inter vivos*, правомочие передачи имущества *mortis causa*). Следствием такого «синтетического» понятия принадлежности в техническом плане является то, что собственность приобретает нормативную и понятийную автономность по отношению к другим фигурам принадлежности (например, правовой режим и понятие собственности отличны, автономны по отношению к другим вещным правам)⁵. Но имеется еще один аспект «абстрактности» юридических фигур, который был отмечен Марксом: «абстрактная» юридическая фигура (юридическая сделка, обязательство, договор, собственность) появляется, когда юристы оказываются способны выработать теоретическую форму, в которой одна или несколько характеристик являются общими для большого числа отношений. В этой перспективе чем больше число отношений, которые объединяет категория, тем выше уровень абстракции: то есть «абстракция» означает также «индифферентность» юридической категории по отношению к специфичности отношения или специфичности субъектов и объектов отношения. Иными словами, «абстрактность» предполагает отделение формы от ее конкретных содержаний. В специфическом поле отношений собственников собствен-

³ Это традиционное мнение недавно вновь предложил в своей работе: *Robaye R. Du 'dominium ex iure Quiritium' à la propriété du Code civil des Français // RIDA. 1997. XLIV. P. 311 ss.*

⁴ В таком смысле см., прежде всего: *Pugliatti S. La proprietà e le proprietà. P. 150, 309.*

⁵ По поводу такого толкования «абстрактности» см.: *Wiegand W. Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der abstrakte Eigentumsbegriff // Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert. III. Die rechtliche und wirtschaftliche Entwicklung des Grundeigentums und Grundkredits, a cura di H. Coing e W. Wilhelm. Frankfurt a/M., 1976. S. 118 ss.; Grossi P., s. v. Proprietà (dir. intern.) // Enc. dir. 1988. XXXVII. P. 252 ss.*

ность именуется «абстрактной», когда она сосредоточена на субъекте («собственнике») и на *его правомочиях*, а не на имуществе, которое является ее объектом. Таким образом, качества имущества могут изменяться, при том что статус собственника не изменяется⁶.

И наконец, собственность является «абсолютной», когда объект принадлежит кому-либо так, что никто другой не может заявить большее право, чем он. Как уже в I в. н. э. столь ясно объяснял Гай в своих «*Institutiones*» (2. 40), это исключает возможность того, чтобы несколько субъектов были обладателями *различных правомочий* на одно и то же имущество и считались одновременно его собственниками. Если исключить совершенно особый случай права общей собственности (имеющий место, когда несколько субъектов являются обладателями *одинаковых правомочий* на одно и то же имущество), такой способ восприятия принадлежности приводит к следующей альтернативе: или субъекты являются собственниками имущества, или они таковыми не являются, потому что нельзя быть «собственниками» относительно исполнения определенных правомочий, в то время как прочие являются «собственниками» того же имущества относительно других правомочий.

Вышеизложенное понятие «абсолютности» (которая по сравнению с двумя уже приведенными характеристиками имеет особое значение в сфере процессуального права) в юридическом плане влечет за собой, как заметил Потье, три последствия: 1) *ius excludendi*, то есть право исключать из пользования вещью всех прочих; 2) возможность истребовать свою вещь у любого другого лица; 3) право собственника использовать вещь по своему усмотрению, лишь бы это было законным⁷. *И напротив*, если правомочие, признанное за субъектом, на имущество не является полным и исключительным, то субъект не может быть назван собственником, а только обладателем менее интенсивного вещного права на имущество, которое по необходимости должно принадлежать кому-либо другому, то есть, иными словами, обладателем *ius in re aliena*. Следовательно, понятие абсолютной собственности предполагает также четкое различие, даже противопоставление между правом собственности (каковое следует представлять в виде наиболее широкого права, которое правопорядок может предоставить субъекту на юридический объект) и вещными правами на чужую вещь: между *dominium* и *iura in re aliena*.

Как уже было сказано, это научное положение, доминирующее в настоящее время в Европе, по древней традиции представляется нам как наследие римского юридического опыта и, более того, почти так, как будто современное право собственности напрямую происходит от *dominium*, в общем, как будто одно и то же понятие принадлежности применялось непрерывно в течение двух тысяч семисот лет⁸.

Это означает, что римское и современное понятие собственности нам представляется более или менее явно в качестве *вечного и неизменного*, а потому *универсального*, как естественное выражение человеческого существа, иными словами, в качестве *естественного права*. Это очень сильное предубеждение, тем более что его подпитывает объективный факт наличия лингвистического созвучия: *dominium* – *dominio* – *domaine*, *proprietas* – *proprietà* – *propriété* – *proprietà* – *property*, даже в англосаксонских странах *common law*. Выходит за рамки только немецкое *Eigentum*, не имеющее неолатинского

⁶ Более полно по этой теме: *Buchholz S.* Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht. Zur Geschichte der Auffassung und der Grundschuld. Frankfurt a/M., 1978. S. 7 ss.

⁷ Такое описание содержания права собственности уже присутствовало в первом издании: *Pothier R. J.* Trattato del diritto di dominio e di proprietà. 1772. (ит. пер.: Napoli, 1821. I. P. 27 ss.) и было воспроизведено несколько лет спустя в: *Pothier R. J.* Traité sur différentes matières de droit civil, appliquées à l'usage du barreau, et de jurisprudence française. II ed. IV. Paris; Orléans, 1781. P. 344 ss.; в этом отношении ср.: *Scozzafava T. O.* La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier // Riv. dir. comm. 1980. P. 327 ss.; а также: *Idem.* I beni e le forme giuridiche di appartenenza. Milano, 1982; другая постановка вопроса: *Grossi P.* Un paradiso per Pothier // Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. XIV. 1984. P. 401 ss.

⁸ По этому вопросу см. рассуждения: *Grossi P.* Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medioevale. Padova, 1968; *Idem.* Un altro modo di possedere. Milano, 1977.

корня, однако представляющее собой точный перевод *proprietas*⁹. Эти созвучия и буквальные переводы латинских выражений могут сбивать нас с верного пути, так как происхождение от латинского слова не означает обязательного и повсеместного влияния на понятие принадлежности, которое в некоторых европейских странах (притом не только в странах *common law*) – это мы будем констатировать – имеет *франко-германские*, а не *римские* корни.

Но столь же очевидно, с другой стороны, что цивилистика и компаративистика, чрезмерно подчеркивающие происхождение современного права собственности из римского права, тем не менее не выдумали полностью существующей тесной связи между римской собственностью и собственностью современной. Во-первых, потому что римляне в течение определенного периода своей юридической истории – а именно между II в. до н. э. и I в. н. э., но прежде всего в эпоху Юстиниана – фактически выработали и применили унитарное, абстрактное и абсолютное понятие принадлежности. А во-вторых, потому, что мысль о том, что современная собственность скопирована с римского образца, непрерывно повторялась в рамках юридической науки XVII, XVIII и XIX вв., а также в «Речах», предвосхищавших принятие кодексов, вдохновленных концепциями естественного права, а также последовавших за ними, которые и стали выражением самой этой науки.

Недостоверность такого историографического представления проистекает из того факта, что неопровержимое действие в римской правовой системе модели унитарной, абсолютной и абстрактной собственности не распространялось на всю историю римского права. Иными словами, римляне в течение своей юридической истории не признавали и не применяли исключительно только это унитарное, абстрактное и абсолютное понятие собственности. Напротив, как уже ясно показали некоторые авторы¹⁰, в течение их тринадцативекового правового опыта римлянам были известны также другие формы принадлежности, сводимые, в общем виде, к двум понятиям, которые современная наука именует «собственность, функционально разделенная» (*geteiltes Eigentum*) и «относительная собственность» (*relatives Eigentum*).

3. «Разделенная собственность» и «относительная собственность»

Отличие между двумя понятиями не является четким как раз в силу туманного характера формулировки, предлагаемой современной юридической наукой. Прежде всего,

⁹ См.: Замечание *Gambaro A.* La proprietà nel common-law anglo-americano // *A. Candian, A. Gambaro, B. Pozzo.* Property-Propriété-Eigentum. Corso di diritto privato comparato. Padova, 1992. P. 11 ss.

¹⁰ По царской и республиканской эпохам см.: *Kaser. M.* Neue Studien zum altrömischem Eigentum // ZSS. 1951. LXVIII. S. 186 ss.; *Idem.* Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht: II ed. Köln; Graz, 1956; и прежде всего: *Idem.* Über «Relatives Eigentum» im altrömischem Recht // ZSS. 1985. CII. S. 1 ss., где теория сформулирована в своем окончательном виде и в более уравновешенном тоне, чем в первоначальной трактовке, отличавшейся некоторыми преувеличениями (впервые она была пересмотрена уже в: *Kaser. M.* Das römische Privatrecht. I. II ed. München, 1971. S. 124 s.; другие замечания были сделаны в: *Idem.* Geteiltes Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht // Festschrift für P. Koschaker. I. Weimar, 1939. S. 445 ss.). Реконструкция Казера была подвергнута тщательному критическому разбору (по нашему мнению, как мы постараемся далее показать, малоубедительному) прежде всего в работах: *Voci P.* Modi di acquisto della proprietà. Varese, 1952. P. 279 ss.; *Archi G. G.* Il concetto di proprietà nei diritti del mondo antico // RIDA. 1959. VI. P. 235; *Capogrossi-Colognesi L.* La struttura. P. 122 ss., 396 ss.; *Diòsdi G.* Ownership in ancient and preclassical roman law. Budapest, 1970. P. 80 ss., 96 ss.; *Falchi G. L.* L'onere della prova nella 'legis actio sacramenti in rem' // SDHI. 1972. XXXVIII. P. 247 ss. Для императорского периода множественность форм принадлежности особенно тщательно разработана в: *Levy E.* West roman vulgar law. The law of property. Philadelphia, 1951; *Cannata C. A.* 'Possessio', 'possessor', 'possidere' nelle fonti giuridiche del basso impero romano. Milano, 1962; *Cortese E. (cur.).* La proprietà e le proprietà: Atti del Convegno della Società italiana di Storia del diritto. Pontignano, 1985, Milano, 1988; остальная библиография и дискуссия на эту тему: *Solidoro-Maruotti L.* 'Abstraktes Eigentum' e forme di appartenenza fondiaria nell'Impero romano // SDHI. 2001. LXVII. P. 135 ss.

следует пояснить, что формула «разделенная собственность» была выработана немецкой юридической наукой XIX в. и относится к материальному праву. Она означает, что если имущество является потенциальным источником *нескольких функций* (*utilitates*), то оно может принадлежать субъекту только в том, что касается одной или нескольких конкретных функций, в то время как другие лица могут быть обладателями иных прав на ту же вещь¹¹. Например, один субъект имеет право приобретать плоды земельного участка, другой субъект – брать воду из колодца, расположенного на этом участке, третий – распоряжаться им *inter vivos* или *mortis causa*. В плане материального права каждой форме разделенной собственности соответствует определенный правовой режим, в зависимости от типа права, обладателем которого является субъект, и в зависимости от различных *utilitates* (функций) самого имущества.

Очевидно, что эта фигура «разделенной собственности» может быть характерной только для систем, в которых нет четкого деления между правом собственности и ограниченными вещными правами, а потому она не совместима с абстрактным и абсолютным понятием собственности, противодействуя в особенности характеристикам «унитарности» и «абстрактности». Как мы подробно покажем чуть ниже, речь идет об историческом опыте, общем для древнеримской и древнегерманской правовых культур, том опыте, который позднее, в средние века, развился в доктринальную конструкцию («разделенной собственности», распавшейся на *dominium directum* и *dominium utile* (узуфрукт)), вплоть до настоящего времени применяемую в Австрии.

Понятие «относительной собственности» может быть определено менее четко: прежде всего потому, что является спорным и малопонятным его применение в историческом плане, а во-вторых, потому, что, будучи сформулированным не так давно¹², оно еще не вызвало зрелого и исчерпывающего обсуждения данного вопроса. В общем, «относительной» называется собственность, которая в судебном разбирательстве не может быть (или может, но не всегда) противопоставлена третьим лицам.

¹¹ Более подробно по этому вопросу см.: *Grossi P. Proprietà*. P. 241 ss.; см. также: *Kaser M. Geteiltes Eigentum*.

¹² Понятие «относительной собственности», примененное М. Казером (*Eigentum und Besitz*, и см. выше, сн. 10) к римскому юридическому опыту, было уже введено в конце XIX в. в немецкой романистике и во французской цивилистике. В сфере цивилистики понятие «относительной собственности» впервые было раскрыто пионером компаративистики П. Салейлем (*Saleilles P. De la possession des meubles*. P., 1907. P. 341) применительно к режиму обращения движимой собственности и, в частности, применительно к ст. 2279 приложение 2 Кодекса Наполеона (добросовестный приобретатель украденного имущества в случае, если он в свою очередь обворован, может получить защиту против последующих добросовестных владельцев, как обладатель относительной собственности. Он является собственником в противопоставлении всем, кроме первого собственника, который претерпел кражу). Сама конструкция относительной собственности была, однако, уже применена для иллюстрации всего французского механизма возмещения в удачной диссертации: *Lévy Em. Preuve par titre du droit de propriété immobilière*. P., 1896. Однако представляется, что эта категория появилась впервые в сфере романистики. Р. фон Йеринг, исследуя структуру древней виндикации, утверждал, что в *legis actio sacramenti in rem* процесс выигрывал тот из двух оспаривающих, кто доказывал «лучшее» право, то же самое в последующую эпоху происходило в результате применения Публицианова иска, направленного на защиту права, которое по результатам сравнительной оценки оказывалось преимущественным (*Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. III, я цитирую: V ed. Leipzig, 1906. S. 93, 105). Вслед за Йерингом многие авторы пришли к заключению, что симметричная позиция сторон, участвующих в процессе в древнем *legis actio sacramenti in rem*, демонстрировала «относительный» характер древней римской собственности (среди первых последователей предположения Йеринга назовем: *Bernhöft F. Staat und Recht der römischen Königskeit*. Stuttgart, 1882. S. 167 s.; *Leist G. A. Der Attische Eigentumsstreit im System der Diadikasen*. Jena, 1886. V–VIII). Реконструкцию истории дихотомии «абсолютная собственность – относительная собственность» в сугубо романистической сфере мы находим: *Kaser M. Eigentum und Besitz*. S. 7 s. Not. 1–5; *Diòsdi. G. Ownership*. P. 95 s. О применении этой категории в сфере гражданского права других европейских стран см.: *Mengoni L. Gli acquisti «a non domino»*. Milano, 1968; rist. III ed. Milano, 1994, которое я цитирую. P. 74 ss., 152 ss и *passim*; *Ferreri S. Le azioni reipersecutorie in diritto comparato*. Milano, 1988. P. 106. Not. 22.

В сфере романистики это определение требует значительного углубления, ибо вопрос о возможности противопоставить третьим лицам состоявшееся судебное решение разрешается различными авторами вовсе не однозначно¹³. Оставив в стороне *vexata quaestio* относительно возможности противопоставлять третьим лицам состоявшееся судебное решение, который невозможно подробно разобрать в настоящей работе, возьмем самый непосредственный пример относительной собственности. Это может быть положение *in bonis habens*¹⁴, которое первоначально могло быть противопоставлено любому третьему лицу, но – насколько мы можем предположить – не цивильному собственнику (*dominus ex iure Quiritium*). Обращаясь к действующему итальянскому гражданскому праву по вопросу об «относительной собственности», действительно, можно привлечь для рассмотрения случай двойного отчуждения недвижимости: лицо, отчуждающее недвижимое имущество, до регистрации акта отчуждения остается вправе продать его, так что в случае вторичного отчуждения первый покупатель является таковым *inter partes*, а также по отношению к третьим лицам, но не по отношению ко второму покупателю, который зарегистрировал покупку¹⁵. Аналогичная проблема могла возникнуть в римском праве, но только после 323 г. н. э., когда император Константин предписал в целях придания действительности акту дарения регистрировать его (CTh. 8. 12. 1; CI. 8. 53. 25; CI. 8. 53. 34).

Как уже было отмечено, спорное определение «относительной собственности», кроме своего материального содержания, имеет также отношение к процессуальному праву. Более того, следует уточнить, что процессуальная сторона явно преобладает, так что кажется, что было бы более точным употреблять выражение «относительная защита собственности», а не термин «относительная собственность» (с исключительно материальной точки зрения)¹⁶. Относительная собственность (уже в первоначальном описании Йеринга), действительно, отражает положение того, кто на суде может утверждать, что он имеет лучшее право, чем противная сторона, поэтому он не обязан доказывать свое абсолютное право на вещь. А потому, в таком контексте, тяжбу выигрывает тот, кто доказывает, что имеет лучшее и большее «право на владение» вещью, не в абсолютном смысле, но только *по отношению к противнику*, то есть в рамках сравнительной оценки с противной стороной. Задачей судьи является осуществить сравнительную оценку правовых позиций сторон, установить *шкалу правопритязаний*¹⁷, чтобы затем высказаться в пользу той или другой стороны. Очевидно, что такое судебное решение не может быть противопоставлено третьим лицам, так как суждение было высказано в отношении не *абсолютного*, а только *относительно лучшего* титула. В плане материального права «относительную собственность» характеризует то, что она не допускает признания только одного настоящего собственника, но только лучших и худших положений в порядке принадлежности вещи субъекту. Этим «относительным собственником» является именно тот, кто в состоянии доказать, что обладает правовым статусом лучшим по сравнению со статусом противной стороны.

На практике «относительная собственность» непременно присуща тем системам (к числу которых относились до недавнего времени системы *common law*), в которых

¹³ О дискуссии по этой проблеме см., прежде всего: *Marrone M.* L'effetto normativo della sentenza. II ed. Palermo, 1960; *Idem.* Sulla funzione delle «formulae praeiudiciales» // IUS. 1960. XI. P. 246 ss., а теперь также и в: *Idem.* Scritti giuridici. I. Palermo, 2003. P. 69 ss.; *Idem.* «Agere lege», «formulae» e preclusione processuale // «Praesidia libertatis». Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana: Atti del Convegno internazionale di diritto romano, Copanello 7–10 giugno 1942. Napoli, 1994. P. 17 ss., а также в: *Idem.* Scritti giuridici. I. P. 463 ss., с библиографическим обзором.

¹⁴ См. ниже § 7.

¹⁵ Изложено подробно: *Mengoni L.* Gli acquisti. P. 255 ss.

¹⁶ См. мнение: *Ibid.*

¹⁷ См.: *von Jhering R.* Geist. III. S. 93 ss.; *Kaser M.* Über 'relatives Eigentum'. S. 4 ss., а также: *Cannata C. A.* 'Possessio'. P. 125 s.; *Marrone M.* Rivendicazione (dir. rom.) // ED. 41. Milano, 1989. P. 1 ss., особ. 27; *Solidoro-Maruotti L.* La tutela del possesso in età costantiniana. Napoli, 1998. P. 163 ss., 207 ss., с другой библиографией.

не существует четкого различия между владением, собственностью и правами на чужие вещи. Однако противоположное не всегда верно: там, где такое различие применяется, то есть там, где действует понятие «абсолютной» собственности, также могут присутствовать формы «относительной собственности» и «сравнительная оценка правовых позиций». Представьте себе возможную ситуацию, когда два субъекта оспаривают в суде обладание правом собственности (в «абсолютном» смысле), ни в коей мере не ставя на рассмотрение право общего для них отчуждателя. Помимо уже рассмотренного случая двойного отчуждения недвижимости, за которым может последовать установление «сравнительной оценки правовых позиций» (хотя заявленный титул по необходимости оказывается абсолютным), тяжба может возникнуть в силу наличия нескольких завещательных распоряжений различного содержания, составленных одним и тем же лицом, но имеющих разные даты.

Не является также обязательным совпадение между системами «разделенной собственности» и системами «относительной собственности». Действительно, в плане материального права понятие «разделенной собственности» подразумевает «распределение» различных полномочий, связанных с принадлежностью имущества, между множеством субъектов, что, наоборот, отсутствует в структуре «относительной собственности». Иными словами, сравнительная оценка правовых позиций сторон не обязательно относится к формам «разделенной собственности»: действительно, многочисленные документы практики IX–XI вв. н. э. подтверждают наличие ряда тяжб, предметом которых было владение концессионными участками земли. Эти тяжбы завершались сравнительной оценкой правовых позиций сторон в споре об оценке концессии (титула), имевшей преимущественное право (а, следовательно, не об обладании различными правомочиями)¹⁸. Поэтому было бы ошибочным рассматривать «относительную собственность» в качестве обязательной, в процессуальном плане, характеристики явлений «разделенной собственности». Однако, как будет показано далее¹⁹, в некоторых ситуациях можно обнаружить *сосуществование* двух явлений: «разделенной собственности» и «относительной собственности».

4. Исторические судьбы принадлежности

Вернемся к истории возникновения юридических ситуаций, на которые впоследствии наложился описанный нами выше догматический конструктив. Насколько нам известно, римляне не выработали завершеного определения права собственности. Поэтому, чтобы прийти к римскому понятию (вернее: римским понятиям) собственности, нам не остается ничего другого, как осмыслить то, что нам известно о конкретном режиме отношений собственности. Однако об этом нельзя говорить однозначно, так как мы вынуждены выделять различные исторические этапы.

Что касается архаической эпохи, то обычно все склонны думать, что все властные положения абсолютного характера уже изначально сводились к единой *унитарной власти* (*ius* или *mancipium*), признававшейся за *pater familias* на *personae* и на *res*. Тем не менее очевидно, что этой древней власти, которую осуществлял *pater* над всеми членами семейной группы, не соответствовал единый правовой режим. Несмотря на то что власть *pater* с внешней стороны представляется унитарной – в силу того, что, возможно, отражает его первоначальное «верховенство»²⁰, – содержание ее отнюдь не было унитарным, но изменялось в значительной степени в зависимости от характеристик объекта: *personae*

¹⁸ Подробнее см.: *Diurni G.* Le situazioni possessorie nel Medioevo. Età longobardo-franca. Milano, 1988. P. 196 ss.

¹⁹ См. ниже § 7.

²⁰ Таково положение, которое я считаю возможным разделять и в настоящее время, высказанное в работе: *Bonfante P.* Corso di diritto romano. I. Diritto di famiglia. Roma, 1925, rist. Milano, 1963, которое я цитирую, P. 7 ss., 91 ss. О параллели, установленной античными писателями между монархом и *pater familias*, см., прежде всего: *Cic.* De re publ. I. 35. 54; 36. 56.

и *res* не подчинялись одинаковой власти, ибо «верховная» власть *pater* подразделялась на множество юридических схем.

В отношении категории *personae* наиболее интенсивной была власть, осуществлявшаяся над рабами, так как она была отчуждаемой, передаваемой и практически неограниченной (*ius vitae ac necis*). По отношению же к *пехи* и неисправным должникам власть *pater* оказывалась уже более слабой, так как эти лица сохраняли свое положение *sui iuris*; и еще более слабой была власть над клиентами и вольноотпущенниками в силу отношений патроната. Что касается *liberi in mancipio*, они могли быть отчуждены, и акт отчуждения окончательно прерывал отношение существующей власти. Напротив, акта отчуждения было недостаточно для того, чтобы окончательно разорвать властное отношение с сыном в силу того, что оно вновь распространялось на него трижды, всякий раз как сын освобождался покупателем (*si pater ter filium venum duit, filius a patre liber esto*). Сверх того, кажется, что отец мог свободно убивать детей только при наличии у них уродства. Что касается жен, то они могли быть безнаказанно убиты только в случае измены или если их заставляли в состоянии опьянения; а также, если верить свидетельству Плутарха, существовал запрет на их продажу²¹.

Относительно архаического режима принадлежности *res* мы также наблюдаем большое разнообразие схем²². Принадлежность земель никогда не была полностью абсолютной и свободной по причине ограничений и уз, налагаемых на земельную «собственность»: *limes, ambitus*, обязанность содержать в порядке дороги, проложенные через частные земли, обязанность обеспечивать доступ к местам захоронений (*iter ad sepulchrum*). Так или иначе, наиболее полной формой древней земельной принадлежности был *heredium* (*bina iugera*), передаваемый, но, возможно, не отчуждаемый. На остальную часть территории *patres* предоставлялась простое «право пользования», связанное с фактическим наличием недвижимости, но *possessio* на *ager publicus*, хотя и передаваемое, возможно, узаконивалось публичным заявлением²³ и теоретически всегда могло быть отозвано, то есть речь не шла об осуществлении «верховной» власти.

Наряду с названными формами индивидуального присвоения, возможно, имелись также родовые земли, объект коллективного присвоения, которое приводило к возникновению формы не абсолютной принадлежности, а потому не обладавшей *ius excludendi*, вследствие конкурентного и паритетного права различных субъектов пользоваться одним и тем же имуществом²⁴. Наконец, сама принадлежность *res*, не являвшихся земельным участком, не характеризуется неограниченностью полномочий, если признать свидетельства Плиния, Валерия Максима и Варрона о древней трактовке как *crimen* убийства собственного домашнего быка – *bos domitius*²⁵, игравшего центральную роль в архаической земледельческо-пастушеской экономике, что было признаком защиты «общественного интереса»²⁶.

²¹ Дополнительные подробности, список источников и дискуссия по теме содержатся в работе: Capogrossi-Colognesi L. *Patria potestà* (dir. rom.) // Enc. dir. Milano, 1982. XXXII. P. 242 ss.; Corbino A. *Schemi giuridici dell'appartenenza nell'esperienza romana arcaica* // *La proprietà e le proprietà*. P. 3 ss.

²² Подробно рассмотрено в работах: Capogrossi-Colognesi L. *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*. I. Milano, 1969; *Idem*. Ancora sui poteri del 'pater familias' // *BIDR*. 1970. LXXII. P. 357 ss.; *Idem* *La proprietà in Roma dalla fine del sistema patriarcale alla fioritura dell'ordinamento schiavistico* // *La terra in Roma antica. Forme di proprietà e rapporti produttivi*. I. Età arcaica. Roma, 1981. P. 135 ss.; *Idem*. *Idee vecchie e nuove sui poteri del 'pater familias'* // *Poteri 'negotia' 'actiones' nella esperienza romana arcaica: Atti del Convegno di diritto romano*, Copanello, 12–15 maggio 1982. Napoli, 1984. P. 53 ss.; Cannata C. A. *Corso di istituzioni di diritto romano*. Torino, 2001. I. P. 465 ss.

²³ Об этом см.: Burdese A. *Studi sull' 'ager publicus'*. Torino, 1952. P. 13 ss.

²⁴ Так у Corbino A. *Schemi*. P. 20.

²⁵ *Plin.*, n. h. 8. 45. 180; *Val. Max.*, 8. 1 *condann.* 8; *Varr.*, r. r. 2. 5. 3–4; см. также: *Colum.*, r. r. VI, *praef.* 7.

²⁶ Это отмечают: Corbino A. *Schemi*. P. 22 s.; Cannata C. A. *Corso*. I. P. 467 nt. 26.

В заключение можно утверждать, что во многих чертах миф о древней унитарной римской собственности, свободной, абсолютной и не имевшей ограничений, является чистым историографическим вымыслом. С другой стороны, так же очевидно, что римское общественное сознание воспринимало внешне унитарный характер этих многочисленных форм принадлежности, выделяя некий общий знаменатель для многочисленных схем, которые мы рассмотрели в обобщенном виде, а это явствует из стремления к выработке единого для принадлежащих *pater* прав названия – *mancipium*. В понятийном плане выделение единой терминологии, возможно, исходило из идеи «верховной власти», которая могла выводиться из первоначального *status'a pater gentis* как главы «первобытных государственных организаций»²⁷. Именно с «верховой властью» *pater* могли быть связаны полномочия, относящиеся к различным формам принадлежности, которые позднее, между VII и V вв. до н. э. претерпели различные ограничения и разработку. Возникновение единой терминологии остается, однако, особо показательным фактом, если учитывать, насколько ограниченными способностями к абстрагированию обладали древние римляне.

5. Древняя процессуальная защита принадлежности: следы «относительной собственности»

Можно предположить, что определяющим для сведения в плотную формулу отношений собственности (а с другой стороны, выделения из них семейной власти и власти «парасемейной»), скорее всего, оказалось установление процессуальной защиты, *legis actio sacramenti in rem*, которая была единой – в силу ограниченности первоначальных средств юрисдикции – для различных форм принадлежности на *personae* и *res*. В этом отношении с твердым основанием говорится о недифференцированном первоначальном характере *vindicatio*²⁸. Как известно, защита заявленного правового положения основывалась на произнесении торжественной формулы *aiō hanc rem meam esse* (либо: *aiō hunc hominem meum esse*) *ex iure Quiritium* (*Gai.* 4. 16–17). Вполне вероятно, что это утверждение недифференцированного права «*meum esse*» на процессе дало значительный толчок к унификации, усиливая впечатление единства форм принадлежности, уже созданное с помощью всеобъемлющего термина *mancipium*.

Но следует вновь подтвердить, что доказательство отсутствия в ту эпоху четкой границы между владельческими ситуациями, правом собственности и правами на чужие вещи можно усмотреть в крайнем разнообразии юридических схем, внутри которых объединялась «унитарная» власть *pater*, *mancipium*, которая, однако, в плане материального права соответствовала общей «принадлежности» *res* и *personae*. Более того, отсутствие понятия и правового режима собственности, понимаемой в смысле истинно унитарном (унитарность правового режима) и абсолютном (в силу неспособности римлян того времени различать на уровне понятий «собственность» как право и «владение» как фактическое положение), как будто выявляет следы «относительной собственности», которой в процессуальном плане соответствовала особая структура *legis actio sacramenti in rem*.

Из содержащегося в «Институциях» Гая (4. 16) описания мы узнаем, что в древней судебной процедуре стороны занимали одинаковое положение: они произносили торжественные заявления, идентичные по форме и содержанию, в которых утверждали, что обладают одинаковым правом (*aiō hanc rem meam esse ex iure Quiritium*). Кроме того, осуществление *sacramentum*-вызова (с помощью которого суд приходил к вынесению решения в процессуальном противостоянии сторон) можно рассматривать как исторический след ордалии (или «Божьего суда»), относившейся к «дуэли», которая определяла

²⁷ См. критические рассуждения об этой конструкции, разработанной П. Бонфанте, которую принимаю и я (см. *supra*, в тексте и сн. 20), в: *Capogrossi-Colognesi L. Patria potestà*. P. 242 ss.

²⁸ Этот вопрос подробно изучен: *Marrone M. Rivendicazione (dir. rom.)* // *Enc. dir. Milano*, 1989. XLI. P. 2 ss., 7 ss. и nt. 30 s.

решение суда в древнейшие времена²⁹. Естественно, что такая структура иска обязательно должна была отразиться на положении сторон в процессе и на распределении «бремени доказательства» (хотя было бы неправильно ссылаться на правила, которые в ту эпоху еще не были выработаны римлянами³⁰).

Было высказано предположение, что в римском архаическом опыте (то есть на стадии, предшествовавшей формированию понятия *dominium* как «абсолютной» собственности, четко отличавшейся от других вещных прав и от владения) защита принадлежности в том, что касается *onus probandi*, характеризовалась большей трудностью положения в процессе для владельца, вызванного в качестве ответчика в суд, по сравнению с положением истребующего истца потому, что ответчик, будучи под подозрением в краже, еще до предоставления ему возможности предоставить доказательства законности его материального отношения с *res litigiosa*, должен был доказать, что он не украл у истца оспариваемое имущество, ибо в противном случае он мог быть признан ответственным за уголовное преступление³¹.

Речь идет, однако, о предположении, не имеющем подтверждений в письменных источниках³² и, возможно, возникшем под влиянием позднегерманского феномена защиты принадлежности имущества³³. Из римских источников, а прежде всего из фрагмента Гая (4. 16), можно только заключить, что в *legis actio sacramenti in rem* стороны, участвовавшие в процессе, произносили одинаковые и противоположные заявления (*aiō hanc rem meam esse ex iure Quiritium*); а это может привести к двум возможным заключениям. Прежде всего, что позиции обеих сторон весьма мало отличались одна от другой, ибо одинаковые и противоречащие заявления показывали, что обе участвующие в процессе стороны рассматривались как «обладающие активным правом», потому что они даже не делились на «истца» и «ответчика» (у Гая – 4. 16), действительно, лишь «*qui prior vendicaverit*» отличается от «*adversarius*»); кроме того, обе стороны обязательно призывались к доказыванию своих заявлений, но мы, однако, не знаем, в каком порядке (сначала «истец» или сначала «ответчик»).

Тогда возложение бремени доказательства на обе стороны неизбежно создавало двойственность *thema probandum*: право собственности истца по петиторному иску, право собственности *defensor*. И именно поэтому для судьи становилось необходимым совершить *сравнительную оценку* доказательств, и в результате он присуждал *res* обладателю «более сильного права». Отсюда следует, что так как судебный спор велся вокруг «относительной собственности» (отсюда же двойственность *thema probandum*), то для судьи было безразлично, приводилось ли «абсолютное» доказательство своего основания, ему нужно было лишь оценить, какое из предоставленных доказательств было лучше, чем другое.

Мы не знаем, была ли такая процессуальная схема первоначально изобретена римлянами. Учитывая вероятное происхождение большей части норм децемвиров от греческого права, возможно, что описанный порядок не был исключительно римским изобретением. Действительно, нам известно, что греки всегда имели понятие «относительной» принадлежности вещей, по поводу которых они не могли на уровне понятий отличить владение от собственности и от иных вещных прав³⁴. Право субъекта на *res*, особенно на

²⁹ Так, подробный критический разбор источников приводится, прежде всего: *Broggini G.* La prova nel processo romano arcaico // *Jus.* 1963. XI. P. 348 ss.; а также в: «*Coniectanea*». Studi di diritto romano. Milano, 1966. P. 133 ss.; adde *Pugliese G.* Il processo civile romano. I. Le 'legis actiones'. Roma, 1962. P. 407 ss.; *Falchi G.* L'onere della prova nella 'legis actio sacramenti in rem' // *SDHI.* 1972. XXXVIII. P. 247 ss.; *Marrone M.* Rivendicazione // *Op. cit.* P. 7 s. и nt. 31.

³⁰ Об изначальной чуждости проблем доказательства юридической сфере см.: *Brasiello U.* Istruzione del processo (dir. rom.) // *Enc. dir.* Milano, 1973. XXIII. P. 134 s.

³¹ *Kaser M.* Eigentum. P. 6 ss., 109 ss.

³² Это подчеркнул *Falchi G.* L'onere. P. 250 ss.

³³ См. ниже § 11.

³⁴ Дополнительные сведения см. в работе: *Kaser M.* Über 'Relatives Eigentum'. P. 32 s.; *Biscardi A.* Diritto greco antico. Milano, 1982. P. 199 ss.

недвижимость, следовательно, не воспринималось как «частная собственность», а лишь как мера простого «права пользования», которая могла возрастать с течением времени. В том же, что касается иска, который греки использовали для защиты принадлежности, *diadicasia*, нам представляется, что стороны в процессе не имели четко определенных ролей «истца» и «ответчика», а спорили, будучи наравне, о преимущественном праве на имущество, представляя доказательства своих заявлений. Судья, проводя сравнительный анализ заявленных титулов и доказательств, приведенных по существу дела, проводил классификацию требований и в конце концов заявлял, какая из участвующих в процессе сторон обладала преимущественным титулом³⁵.

6. На пути к «абсолютному» понятию собственности

Мы не имеем возможности утверждать со всей определенностью, что римляне вывели из греческих образцов свой первоначальный правовой режим принадлежности в его материально-правовом и процессуальном аспектах. Но тем не менее очевидно, что на исходе республиканской эпохи римский правопорядок приступил к регламентации отношений собственности в духе, отличавшемся самостоятельностью и оригинальностью по сравнению с предшествовавшими схемами.

Структура средств защиты принадлежности, естественно, подлежала изменению, параллельно с уточнением унитарного и абсолютного понятия римской собственности. Не просто было бы установить момент, когда этот процесс был завершен в общественном и правовом мышлении той эпохи. Но фактически уже в III в. до н. э. начала определяться особая терминология для обозначения фигуры собственника в соответствии с окончательной дифференциацией режима семейных и «парасемейных» отношений и режима вещей (*res* и рабы).

Первым появился термин *egus*³⁶, вторым, в следующем веке (II в. до н. э.), – *dominus*³⁷. Однако в то время (II в.) еще не появились названия для полного выражения абстрактной идеи юридической власти над вещью, то есть абстрактной идеи собственности. Слово *dominium*, которое представляет собой достижение «абстрактного», появилось в I в. до н. э.³⁸, когда термин *dominus* уже укоренился в обращении. Так или иначе, термин «*dominium*», насколько нам известно, никогда не употреблялся слишком часто: Цицерон упоминает его всего один раз, Плавт, Теренций, Лукреций и Гораций не использовали его ни разу (когда Лукреций противопоставляет собственность пользованию, он использует термины *mancipium* и *usus*³⁹), а первым из юристов слово *dominium* использовал Алфен Вар или, возможно, его учитель Сервий Сульпиций Руф⁴⁰, но только если это упоминание не должно быть приписано Павлу, автору отрывка, сохранившегося в D. 8. 3. 30.

Закрепление понятия *dominium* как абсолютной собственности повлекло целый ряд изменений, которые в сфере процессуального права выразились в двух явлениях. С одной стороны, это было введение *actio in rem per sponsionem* – иска, известного Цицерону

³⁵ Обзор и анализ источников см. в работе: *Leist B. W. Der attische Eigentumsstreit im System der Diadikasien. Jena, 1886.*

³⁶ Ср.: D. 9. 2. 11. 6, о значении которого см.: *Capogrossi Colognesi L. Proprietà. P. 177 ss.*, с другими источниками и библиографией.

³⁷ Термин *dominus* впервые появляется в законодательном языке в *lex agraria* 111 г. до н. э. (FIRA. I. 109, lin. 27: *Is ager locus domneis privatus ita, ut ei optuma lege privatus est, esto.*

³⁸ *Kaser M. Eigentum. S. 309* приписывает Лабеоу первое применение в техническом смысле термина *dominium*, а *Monier R. La date d'apparition du 'dominium' et la distinction des 'res' en 'corporales' et 'incorporales' // Studi in onore di Siro Solazzi. Napoli, 1948. P. 357 ss.* указывает на Алфена Вара как на первого юриста, который его использовал; *Diòsdi G. Ownership. P. 135 s.* подтверждает, что появление абстрактного понятия *dominium* можно с уверенностью отнести к I в. до н. э.

³⁹ *Lucr., rer. nat. 3. 984.*

⁴⁰ D. 8. 3. 30.

(Verg. 2. 1. 45. 115), но применявшегося уже в предшествовавшую эпоху⁴¹: Собственник, лишенный вещи, получал от противной стороны в виде *sponsio praedjudicialis* обещание выплаты некоторой символической денежной суммы на тот случай, если ему удастся доказать свое право собственности на оспариваемую вещь, и предъявлял противной стороне иск, пользуясь *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (*Gai.* 4. 9, 93–95). Даже после распространения формулярного процесса оставалась возможность виндигировать посредством *actio per sponsionem*, но на практике значительно чаще использовалась процедура, которой более не предшествовала *sponsio*, *formula petitoria*, с помощью которой истец заявлял перед магистратом, что он является *dominus ex iure Quiritium* оспариваемого имущества, требуя его возврата⁴².

Оба нововведения, однако, подразумевали единство *thema probandum*, то есть право собственности, заявленное истцом, последующее четкое разделение участвующих в процессе сторон и возложение на истца бремени доказательства. В средние века этот способ доказывания права собственности был назван *probatio diabolica*, так как виндигирующий должен был доказать право собственности того, у кого он приобрел вещь, и далее вплоть до приобретения первоначальным способом. Но следует подчеркнуть, что в римском праве до поздней императорской эпохи задача истца была упрощена не только благодаря принципу преемства давности владения, но и из-за краткости сроков приобретательной давности: два года для недвижимости, один год для прочего имущества (*Tab.* 6. 3). Второе последствие в процессуальной сфере, которое имело достижение компактности отношений собственности, состояло в том, что к концу периода Республики параллельно с процессом признания в качестве самостоятельных категорий сервитутов и узуфрукта реиперсекutorialный иск, имевший в качестве предмета рабов, земельные участки и неодушевленные предметы (*res corporales*⁴³), оформился как самостоятельный и унитарный в виде *rei vindicatio*.

Новая фигура *dominium ex iure Quiritium*, хотя и имела экономическое содержание, а потому определялась как имущественное право, прививалась на древнее, еще доэтрускское, понятие «суверенитета» *pater*, либо, возможно (согласно другой точке зрения⁴⁴), его «власти», которое следует понимать, в любом случае, как вид «одиночного» господства, так как оно было «отчужденным» и безразличным к правовым отношениям с другими членами сообщества. Это прививание *dominium* на древнее властное – или даже суверенное – понятие стало возможным благодаря индивидуалистическому духу (некоторые именуют его даже «либеральным»), который, без сомнения, пронизывал в определенной степени республиканскую эпоху. Цицерон, предвосхищая мысль Локка, в некоторых местах своих сочинений отметил связь между свободой *civis Romanus* и применением права собственности⁴⁵.

И именно исходя из этих факторов, к фигуре *dominium ex iure Quiritium* в последующие века постоянно обращались (особенно начиная с Локка) при построении модели не социально-ориентированного, а индивидуалистического и либерального образа собственности.

7. Возвращение к многообразию отношений собственности

Однако единая и абстрактная картина принадлежности, с такими трудами достигнутая и сделавшаяся ясной благодаря появлению слова *dominium* и новых средств специальной процессуальной защиты принадлежности, распалась весьма скоро из-за формирования новых владельческих форм, отмеченных особенно широкими правомо-

⁴¹ См. по этому поводу: *Marrone M.* Rivendicazione. P. 8 s. с другой библиографией.

⁴² *Gai.* 4. 91, но также: *Cic.* Verg. 2. 2. 12. 31; подробно рассмотрено с привлечением источников и списком литературы у: *Marrone M.* Rivendicazione. P. 11 ss.

⁴³ *Gai.* 2. 13.

⁴⁴ Исходящей в особенности от: *Franciosi G.* Corso istituzionale di diritto romano. III ed. Torino, 2000. P. 119 ss., 126 ss.

⁴⁵ Связь между свободой и правом собственности скрыто присутствует, например, в: *Cic.* De off. 1. 42. 151; II. 22. 78; см. также I. 20. 69–70.

циями, признанными за субъектами: *in bonis esse* и пользование провинциальными землями. Эти формы принадлежности приобрели настолько эффективную защиту в сфере *ius honorarium*, что весьма скоро, возможно, уже в I в. до н. э., они стали параллельными *dominium ex iure Quiritium*. И, несомненно, уже для начала эпохи принцепата можно вновь говорить о восстановлении многообразия схем собственности.

Первый удар по компактности *dominium*'а был нанесен в 68 или 67 г. до н. э., когда претор решил защищать особое положение приобретателя *res mancipi*, переданной путем простой *traditio*, то есть без необходимых формальностей *in iure cessio* или *mancipatio*: приобретатель, хотя и становился простым владельцем *ad usucapionem*, а не собственником, в случае лишения его обладания вещью со стороны продавца (который оставался *dominus ex iure Quiritium* этой вещи) или третьего лица получал от претора *actio* с формулой *ficticia*, *actio Publiciana*, то есть иск, составленный по образцу *rei vindicatio*, но отличающийся от виндикации обращенным к судье указанием претора фигировать (*fingere*) то, что покупатель уже провладел имуществом в течение срока приобретательной давности⁴⁶.

Кажется, что первоначально, если Публицианов иск применялся со стороны *in bonis habens* против самого продавца, который вновь овладевал вещью (цивильным собственником которой он оставался), ответчик мог с успехом противопоставить *exceptio iusti dominii* (*Ner. D. 6. 2. 17*), против которой истец не мог бы возразить: *in bonis esse* на данном историческом этапе, вероятно, мог быть противопоставлен любому третьему лицу, но не продавцу, который оставался *dominus ex iure Quiritium*. Хотя мы не знаем хронологии событий, нам представляется совершенно очевидным, что с течением времени претор разрешил истцу по Публицианову иску (*in bonis habens*) противопоставлять *exceptio iusti dominii* квинтиского собственника *replicatio rei venditae ac traditae*, либо *replicatio doli* (*Ner. D. 6. 2. 17; Pap. D. 1. 1. 57*). Такая процессуальная защита привела к тому, что *in bonis esse* стал принимать черты уже не «относительной», а «абсолютной» собственности⁴⁷, так как этот правовой статус всегда мог быть противопоставлен третьим лицам. И, напротив, *dominium ex iure Quiritium* стало соответствовать скорее «относительной собственности», так как оно могло быть противопоставлено любым третьим лицам, кроме *in bonis habens* (за исключением случая, когда *in bonis habens* является добросовестным приобретателем а *non domino*, привлеченным к суду в качестве ответчика настоящим собственником, который, не будучи участником акта купли-продажи, в любом случае имел преимущество перед *in bonis habens*).

Предоставление такой защиты имело следствием, хотя и не прямым, появление в римском правопорядке новой формы принадлежности, а именно *in bonis esse*, которая занимала позицию рядом с *dominium ex iure Quiritium*.

Во II в. н. э. эта новая ситуация была не только описана, но и обоснована теоретически Гаем, который прибег к весьма убедительной фигуре: разделению собственности. Действительно, юрист утверждал, что у иностранцев существовал только один вид собственности, отчего можно было или быть собственником или им не быть, как когда-то рассуждали и римляне: можно было быть собственником *ex iure Quiritium* или не быть собственником вообще. Но впоследствии – продолжал рассуждение Гай – в Риме *dominium* претерпело «деление» в том смысле, что один субъект мог быть *dominus ex iure Quiritium* какой-либо *res*, а другой мог иметь ее в имуществе (*in bonis habere*), как в

⁴⁶ Библиография по этой теме очень обширна, об описанных здесь аспектах см., прежде всего: *Bonfante P.* L'editto Publiciano // *Scritti giuridici varii*. II. Proprietà e servitù. Torino, 1918. P. 389 ss.; *Idem.* Sul cosiddetto dominio bonitario e in particolare sulla denominazione 'in bonis habere' // *Ibid.* P. 370 ss.; *Kaser M.* 'In bonis esse' // *ZSS.* 1961. LXXVIII. S. 173 ss.; *Feenstra R.* 'Duplex dominium' // *Symbolae David.* Leiden, 1968. I. P. 55 ss.; *Di Lella L.* 'Formulae ficticiae'. Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto. Napoli, 1984. P. 110 ss.; *Vacca L.* 'Duplex dominium' // *La proprietà e le proprietà.* P. 39 ss.; *Cannata C. A.* Istituzioni. I. P. 539 ss.

⁴⁷ Ср. по этому поводу: *Ankum H. A.* Le droit romain classique a-t-il connu un droit de propriété bonitaire relatif? // *Satura Roberto Feenstral.* Fribourg, 1985. P. 125 ss.



случае продажи *res mancipi* без *mancipatio*⁴⁸. У римлян *dominium* поэтому было «двойным» – *duplex*, заключал Гай, рассуждая об осуществлении *potestas* над рабами⁴⁹. Рассуждение Гая, особенно в части, касающейся *duplex dominium* (1. 54), привело затем романистику к делению на «цивильную собственность» и «преторскую собственность», однако эта вторая формула не является полностью адекватной, поскольку Гай хотя и говорил о «разделении» (*divisio*) *dominium*'а, но не доходил до того, чтобы определять *in bonis habere* как '*dominium*', или *in bonis habens* как '*dominus*'. И это потому, что двойственность форм принадлежности (*dominium ex iure Quiritium* и *in bonis esse*), как, впрочем, показал со всей очевидностью Гай, развивалась не внутри системы гражданского права, а представляла собой проекцию двух различных правовых систем: *ius civile* и *ius honorarium*⁵⁰.

С другой стороны, уже Бонфанте отметил, что выражение Гая *duplex dominium* могло пониматься совсем по-иному, то есть не как указание на возникновение двух различных типов собственности, а как разделение (*divisionem* accepit *dominium*) единого понятия (*unum*) собственности. Иными словами, возможно, что *duplex dominium* Гая означало распределение отдельных правомочий собственности между двумя субъектами согласно схеме «разделенной собственности» (*geteiltes Eigentum*)⁵¹. В таком же смысле свидетельствует и утверждение Гая (2. 41), согласно которому «полная собственность» (*plenum ius*) была результатом суммирования *in bonis esse* и *dominium ex iure Quiritium*, как в случае, когда *in bonis habens* доводил до завершения приобретательную давность – *tempus ad usucapionem*.

Нами проиллюстрирована история трансформаций института, в которой в итоге можно увидеть возвращение к формам «разделенной» собственности. Категория «функционально разделенной собственности» легко просматривается в случае, когда объектом «*duplex dominium*» был раб; согласно тому, что утверждал Гай, «не считается, что имеет власть над рабом тот, кто имеет на него голое квиритское право»⁵². Следовательно, *potestas* признавалась за *in bonis habens*, в то время как абстрактное обладание правом (*nudum ius Quiritium*) принадлежало гражданскому собственнику.

Другой разговор, могла ли и в каких пределах диалектическая связь между *dominium ex iure Quiritium* и *in bonis esse* интегрировать формы «относительной собственности». В связи с этим можно было бы напомнить то, что было проиллюстрировано нами ранее, а именно, что первоначально *in bonis esse* можно было противопоставить всем третьим лицам, за исключением – возможно – *dominus ex iure Quiritium*, но после предоставления претором *replicatio rei venditae ac traditae* (которая ясно засвидетельствована источниками) гражданский собственник мог выйти победителем в споре с *in bonis habens* только в случае, если этот последний не был добросовестным. Вне такого случая (а также исключая случай тяжбы между гражданским собственником и покупателем *a non domino*) *in bonis habens* всегда имел в суде преимущество перед квиритским собственником и перед всеми третьими лицами, следовательно, его право было практически «абсолютным». Во всяком случае, тогда уже именно *dominium ex iure Quiritium* представлялось как «относительная собственность» в силу того, что оно могло противопоставляться всем, кроме *in bonis habens*.

⁴⁸ *Gai.* 2. 40: Sequitur ut admoñeamus apud peregrinos quidem unum esse dominium: nam aut dominus quisque est, aut dominus non intellegitur. Quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus. Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere.

⁴⁹ *Gai.* 1. 54: Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegatur.

⁵⁰ Это отметил *Talamanca M.* *Considerazioni conclusive // La proprietà e le proprietà.* P. 183 ss.

⁵¹ *Bonfante P.* *Sul cosiddetto dominio.* P. 378.

⁵² *Gai.* Inst. 1. 54: qui nudum ius Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intellegitur.

8. Центральное положение *dominium ex iure Quiritium* и приемы, применявшиеся римским претором

Сохраняя принятые рамки, нам следует подчеркнуть еще одну важную грань римской ситуации с «разделением собственности». Как уже было показано, Гай ссылаясь на сложную фигуру *duplex dominium* как на инструмент для теоретического обоснования действий претора, который в течение нескольких десятилетий значительно расширил сферу применения ранее существовавших процессуальных инструментов защиты принадлежности. Но такое расширение произошло в рамках *ius honorarium*, а следовательно, в процессуальном плане, благодаря искусству претора в использовании двух особых техник.

Действительно, можно утверждать, что если новое положение собственности *in bonis esse* нашло свое теоретическое обоснование благодаря разработке Гая, то оно обязано своим вступлением в римский правовой порядок двум техникам, применявшимся римским претором. Во-первых, технике аналогии, *from case to case*, как ее определяют англичане, характерной для любой системы, основанной на судебной практике. В формировании *in bonis esse* интерпретация по аналогии была необходима для того, чтобы перенести формы защиты, уже предусмотренные римским правовым порядком, на отношения принадлежности, новые по своей сути, возникавшие в результате приобретения *res mancipi* без соблюдения формальностей *mancipatio* или приобретения (добросовестного) *a non domino* любого вида *res*. Второй техникой, примененной претором, была техника фикции, которая в формуле Публицианова иска имела своим предметом фиктивное завершение течения приобретательной давности – *tempus ad usucapionem* – в пользу *in bonis habens*.

Может оказаться любопытным отметить, как в европейской истории права к технике фикций прибегали всякий раз, когда юристы под влиянием сильных традиционалистских чувств испытывали потребность (моральную или юридическую) сохранять неизменными ранее существовавшие правовые категории. Не случайно техника *fictionis iuris* пышно расцвела не только в римском праве, но и в традиционном *common law*⁵³.

Прибегая к технике фикции через обращенный к судье призыв представить, что покупатель-владелец уже приобрел право собственности на имущество по давности владения, а потому стал его *dominus*, римский претор, по существу, демонстрировал свою почтительность по отношению к гражданским принципам и к тем традиционным категориям, которые он не осмеливался переформулировать, а именно к необходимости совершения торжественных актов для передачи права собственности на *res mancipi* и догме абсолютности *dominium*'а. Устаревший характер гражданской структуры был очевиден, так как в практике коммерческих отношений правило исполнения торжественных актов для передачи права собственности на *res mancipi* уже не соблюдалось, а применялось включение договорных пунктов в *instrumenta*. Но претор не мог вмешиваться в материальное право, а потому прибегал к манипулированию фактами, которые должны были быть обобщены в правиле (*in bonis habens* фиктивно считался *dominus*), с целью изменить то, что должно было стать решением дела в силу *ius civile*.

Парадоксальным образом этот механизм, разработанный для того, чтобы отойти от применения традиционных институтов, в итоге сильно увеличил устойчивость тех самых правовых норм и категорий, которые практика отношений стремилась модифицировать.

По сути, именно благодаря техникам аналогии и фикции, к которым претор прибегал, чтобы обойти принцип единства *dominium* как отношения собственности, *dominium* окончательно утвердилось как парадигма форм собственности. В этом смысле можно утверждать, что техники аналогии и фикции препятствовали или сильно замедляли обновление основной классификации и соответствующей номенклатуры⁵⁴. И именно использование претором этих техник позволило впоследствии Гаю в рамках научного размышления вновь объединить разделение собственности в едином измерении

⁵³ Подробнее, с библиографией, см.: *Gambaro A. La proprietà*. P. 40 ss.

⁵⁴ Ср. по этому вопросу для аналогичных ситуаций в более близкие нам времена: *Ibid*.

и в русле традиции, обращаясь к категории *dominium ex iure Quiritium*⁵⁵. Юрист, не колеблясь, демонстрировал в деталях разделение отношений собственности, характерное для действительности его времени, но в то же самое время позволял проглядывать и своему стремлению к единству, к традиционной правовой категории *dominium*, жизненная сила которой была косвенным образом продлена и укреплена преторскими нововведениями.

Таким образом, возникновение *in bonis habere* как положения принадлежности, защищенного наравне с «цивильной собственностью», не нанесло непоправимого ущерба абсолютности и компактности *dominium ex iure Quiritium*. Более акцентированное и решительное разделение отношений собственности, наряду с широкомасштабным возвращением феноменов «разделенной собственности» и «относительной собственности», было скорее подготовлено и определено другой формой принадлежности, близкой к *dominium*, которая в течение эпохи принципата медленно вырисовывалась, хотя и менее четко, чем феномен *in bonis esse*. Такой формой стало пользование общественными землями и провинциальными участками (*stipendiarii vel tributarii*).

9. *Possessio vel ususfructus*

С древнейших времен римское правительство отдавало в частные руки в полное пользование, но не в полную собственность, общественные земли, среди которых преобладали земли, захваченные во время войны. *Possessio*, которую получали концессионеры на эти земли, часто давалась на неопределенное время, но теоретически всегда оставалась отзываемой. Аналогичный режим действовал для *agri vectigales*, представлявших собой, вероятно, сельскохозяйственные земли городов (прежде всего *municipia* и *coloniae*), но также и государственные. В годы принципата земли в провинциях, простиравшиеся на огромные расстояния, хотя и рассматривались как собственность римского народа или императора, но отдавались в пользование частным лицам на разных основаниях. В практическом плане, однако, признание собственности на эти земли за народом или императором выражалось только (да и то не всегда) во взимании периодической арендной платы (*stipendium vel tributum*)⁵⁶.

Очень скоро концессионеры общественных земель не стали встречать препятствий в постепенном расширении своих полномочий по распоряжению ими. Таким образом, концессии получили характер постоянных, а земли в конце концов стали передаваться не только *mortis causa*, но также и актами *inter vivos*. Широкие правомочия по распоряжению землями – признанные или допускавшиеся – вызвали сомнение, не порождала ли концессия вещное право; это сомнение подпитывалось тем обстоятельством, что претор ввел в свой эдикт некоторые иски *in rem* в пользу концессионеров, помимо расширения по аналогии других средств, традиционно поставленных на защиту *dominium ex iure Quiritium*: *actio aquae pluviae arcendae*, *actio finium regundorum*, *cautio damni infecti*, *operis novi nunciatio* (D. 6. 3. 1–3); а это впоследствии еще раз заставило романистику неточно определять такую владельческую ситуацию как «провинциальную собственность».

В своих «Институциях» Гай правильно утверждает, что земли в провинциях рассматривались как собственность (*dominium*) римского народа и императора, а частные лица имели на них лишь «владение и узуфрукт». Выражение *possessio vel ususfructus* во всей полноте показывает замешательство, которое юрист испытывал при описании в юридических терминах владельческой ситуации концессионеров, а именно: положение частно-

⁵⁵ См.; *Talamanca M.* Considerazioni. P. 183 ss.

⁵⁶ О квалификации и режиме оборота такого имущества см., в особенности: *Gai.* 2. 7, 2. 15, 2. 19, 2. 21, 2. 27, 2. 31. Более обширную библиографию по теме см.: *Burdese A.* Studi; *Grelle F.* 'Stipendium vel tributum'. L'imposizione fondiaria nelle dottrine giuridiche del II e III secolo. Napoli, 1963; *Capogrossi Colognesi L.* Proprietà. P. 204 ss., также: *Solidoro Maruotti L.* Studi sull'abbandono degli immobili nel diritto romano. Napoli, 1989. P. 249 ss., 255 ss., с исследованием некоторых эпиграфических источников и дальнейшей библиографией.

го лица оставалось в подвешенном состоянии между фактическим положением (владение, узаконенное относителем отношением, возникшим из концессии) и правом на чужую вещь (узуфрукт).

Кроме того, можно предположить наличие связи между выражением Гая «*possessio vel ususfructus*» и триадой «*habere, possidere, uti frui*», использованной в аграрном законе 111 г. до н. э.⁵⁷, который, однако, предусматривал передачу участков общественной земли практически в частную собственность (хотя при этом правовое положение переданных участков, расположенных *in agro italico*, равно как и идентификация получателей, окружены – это известно – большой неопределенностью). В силу того, что в это время еще не сформировалось абстрактное понятие *dominium*, переданное право описывалось не с помощью особого и единого названия, а через перечисление признававшихся за частными лицами полномочий. Такая техника позволяла (и, как было установлено в отношении изложения Гая в *Gai.* 1. 54 и 2. 41, позволила и в последующие века) указывать при необходимости принадлежность только в ее экономическом содержании, избегая какого бы то ни было уточнения относительно юридической структуры отношения, которое обращение к специальному и абстрактному наименованию (каким было «*dominium*») непременно повлекло бы за собой.

В последующие века эволюция режима общественных земель произвела разрушительное в прямом смысле действие на первоначальное понятие *dominium ex iure Quiritium*. Это объясняется прежде всего тем соображением, что категория и правовой режим *dominium*'а могли применяться исключительно на италийской территории (а также на тех землях вне Италии, на которые распространялось *ius Italicum*), в то время как в совокупности территория провинций представляла собой самую значительную часть Империи. Юридические проблемы, связанные с квалификацией и регламентацией форм принадлежности в провинциях, оказались на пороге поздней античности количественно более значимыми по сравнению с проблемами применения схемы *dominium ex iure Quiritium*.

В этом отношении уже юриспруденция эпохи Северов пошла дальше предложенного Гаем представления, так как устанавливала некий параллелизм между собственностью на италийские земли (*dominium*) и *possessio vel ususfructus* на провинциальные земли, особенно в сфере процессуальной защиты. Модель и на этом этапе по-прежнему видели в *dominium ex iure Quiritium*, как в наиболее интенсивной форме принадлежности, которую *ius civile* освятило в качестве исключительной и абсолютной и которая не могла быть признана одновременно за различными субъектами; но признание верховной собственности императора или римского народа (хотя ее можно было квалифицировать как принадлежность публичного права) означало исключение ситуации, когда частные лица могли бы считаться *domini ex iure Quiritium* тех же земель.

С другой стороны, в ту же эпоху продолжали сохраняться некоторые структурные элементы, которые резко ограничивали режим италийских земель от режима земель провинциальных, например обложение последних периодической арендной платой (*vestigal*) и традиционное различие актов по их передаче (торжественные акты, *mancipatio* и *in iure cessio*, для италийских земель, *traditio* для провинциальных земель (*Gai.* 2. 31)). Но вскоре после этого, после предоставления гражданства всем жителям Империи в 212 г. н. э., а более всего после уравнивания земель в фискальном отношении (в результате реформ Аврелиана и Диоклетиана) все оставшиеся отличия отпали: италийские земли также были обложены земельным налогом, а *traditio* превратилась в передаточный акт всеобщего значения. Сверх того, с утверждением концепции Домината, *dominium* окончательно потерял свою первоначальную «суверенную» характеристику по сравнению с верховной властью императора на все имущество, находящееся на территории Империи.

⁵⁷ *FIRA*. I. P. 102 ss., lin. 11, 32, 40; по этому поводу см.: *De Martino F.* Storia della costituzione romana. 2^oed. IV. Napoli, 1975. T. 2. P. 881 ss., 887 ss.

10. Процесс размывания противопоставления *dominium-possessio*

Описанные изменения не могли не отразиться на номенклатуре. Когда исчезло какое бы то ни было различие между правовым положением *domini* италийских земель и концессионерами внеиталийских земель, названия этих форм принадлежности также уравнились, а термины *dominium* и *possessio* стали применяться вперемешку. Более того, тогда как в течение всего периода принципата схему обозначения правового режима земель постоянно представлял собой *dominium ex iure Quiritium*, законодательные тексты постдиоклетиановой эпохи показывают, как отношения собственности начали обозначаться преимущественно с использованием терминологии, берущей начало из владельческих моделей, типичных для провинциальных территорий. Это было признаком того, что также в новом поколении юристов наметился отход от модели *dominium*, которому соответствовало сближение с новой парадигмой форм земельной принадлежности, то есть с *possessio*, определяемой по-разному (*possessio iure*, *possessio inconcussa*, *firmiter possidere*, *secure possidere*)⁵⁸.

Отход от модели *dominium* был вызван многими причинами. Во-первых, в силу того, что почти для всех провинциальных правопорядков всегда, даже после римского завоевания, оставалось чуждым понятие компактной и абсолютной собственности, а это обстоятельство не могло не учитываться в нормативном плане, так как провинции составляли теперь почти всю территорию империи. Во-вторых, схемы земельной принадлежности повсеместно стали более разнообразными: формирование новой, притом широкой, гаммы отношений собственности было результатом нечеткого и беспорядочного управления общественными землями, что в течение веков породило бесконечный ряд актов аренды, дарения, отчуждения, концессии, к тому же не всегда законных. Сложившаяся подобным образом ситуация делала невозможным четкое разграничение отношений собственности и отделение их от прочих отношений, аналогичных по внешнему виду, но менее насыщенных по правовому содержанию. В действительности, правомочия, предоставляемые частным лицам императорскими распорядительными актами, значительно разнились по содержанию; вот почему эти права трудно было отличить одни от других не только самим их обладателям, но и чиновникам императорских канцелярий, культурный уровень которых не мог идти ни в какое сравнение с гораздо более серьезной подготовкой, отличавшей классических юристов.

Терминологическая и понятийная путаница, а также пробелы в подготовке юристов той эпохи порождали немало последствий. В сфере аграрных отношений, которые можно было свести к ранее существовавшим категориям (эмфитевзис, узуфрукт, *ius perpetuum*), чрезвычайная широта полномочий, признававшихся за обладателями (концессий на земельные участки) или осуществлявшихся ими фактически (CI. 11. 63. 2), привела к возникновению весьма показательной терминологической аномалии, которая имела дальнейшие последствия, выявляемые прежде всего в средневековье, а именно: расширительное и неточное применение термина *dominium* для определения прав на чужую вещь или владельческих ситуаций, которые отличало признание широких распорядительных полномочий, но которые технически не могли быть приравнены к полному и исключительному праву собственности. Так, в некоторых императорских конституциях квалифицировались как *domini* узуфруктуарии (CTh. 8. 18. 1. 1; CTh. 8. 18. 2; CI. 1. 2. 14. 9–10), эмфитевты и обладатели *ius perpetuum* (CTh. 5. 15. 18; CI. 11. 70. 4).

Что же касается владельческих ситуаций, более или менее интенсивных, формировавшихся вновь и находившихся в периоде становления, то они остались напроць лишены специальных технических определений. Отсутствие необходимой деятельности по изучению этого вопроса и его научной систематизации привело к возникновению сложных проблем по квалификации, особенно в случае тяжб, передаваемых на рассмотрение императорским чиновникам.

⁵⁸ Этот феномен был детально исследован. См.: Biscardi A. Studi sulla legislazione del Basso Impero. II: Orientamenti e tendenze del legislatore nella disciplina dei rapporti reali // Studi senesi. 1940. LIV. P. 276 ss.; Cannata C. A. 'Possessio'; Voci P. Nuovi studi sulla legislazione romana del Tardo Impero. Padova, 1989. P. 3 ss. e *passim*; также см.: Solidoro Maruotti L. Abstraktes Eigentum. P. 160 ss.

Многие из новых владельческих ситуаций, толковавшихся различно и часто имевших довольно широкое содержание, размыли те очертания категории *dominium*, которые в древности были весьма четкими, стерев в ней даже критерии демаркации, то есть критерии, которые в прошлом позволили исключить из понятия *dominium* любые ситуации принадлежности, сложившиеся при отсутствии некоторых формальных требований. Таким образом, новая реальность аграрных отношений привела к двум последствиям: исчезновению признаков абсолютности, исключительности и единства *dominium*, а также возникновению новой широкой гаммы *iura in re* («вещных прав»), не очень четко различаемых между собой⁵⁹.

Последствия этого в плане правоприменения были отмечены как в материальном, так и в процессуальном плане. Прежде всего императорские канцелярии, не имея возможности называть бесчисленные формы принадлежности точными *nomina iuris*, стали в итоге обозначать эти формы через перечисление правомочий, признанных за владельцем: например, право пользоваться вещью, право приобретать ее плоды, право передавать ее посредством актов *inter vivos* или распоряжаться ею *mortis causa*. К такому результату канцелярии пришли через разложение и объединение различных правомочий, сводимых к классическому понятию *dominium*. То есть, поступая таким образом, имперские канцелярии выполнили операцию, обратную по отношению к медленному процессу абстрагирования, который в I в. до н. э. привел юристов к восприятию собственности не как суммы, а как синтеза правомочий (превзойдя таким образом тот уровень еще недостаточно абстрактной научной мысли, который в III в. до н. э. заставлял обозначать частную собственность через перечисление правомочий собственника⁶⁰).

Многочисленные трудности коснулись не только квалификации новых отношений, но и процессуальной стороны. Чиновники, призванные принимать решение по петиторным или поссессорным искам, в условиях крайнего разнообразия форм и режимов принадлежности испытывали большие трудности в вынесении быстрого и квалифицированного решения относительно принадлежности права или характера владения. С одной стороны, закат традиционного римского противопоставления «*dominium, iura in re aliena, possessio*» не мог с ходом времени не размыть классическое разделение петиторных или поссессорных споров.

Но наиболее непосредственным последствием была неизбежность того, что обращение к провинциальным моделям принадлежности, то есть моделям, происходившим из иных, отличных от типично римских, юридических традиций, должно было привести к принятию также инструментов процессуальной защиты, свойственной для новых форм. Иными словами, распространение отношений земельной принадлежности, заимствованных из провинциального эллинистического и франко-германского мира (однако некоторые территории Греции, Испании и Цизальпинской Галлии в силу культурной близости и единства с Римом восприняли *ius Italicum*, за чем последовало освобождение от земельного налога и восприятие модели *dominium ex iure Quiritium*), неизбежно привело к применению соответствующих инструментов процессуальной защиты, чуждых римской классической традиции.

Несмотря на то что выработка техник систематизации и процессуальной защиты новых аграрных отношений имела несомненную тенденцию к тому, чтобы приобрести с течением времени чисто римский отпечаток и таким образом отдалиться от внешних моделей, воспринятых изначально, трудно отрицать, что помещение римской земельной организации внутрь модели *possessiones* различной интенсивности было решением, заимствованным из эллинистических и франко-германских моделей, действовавших на обширных территориях империи.

⁵⁹ Это подчеркивает М. Бретоне: *Bretone M. Volgarismo e proprietà postclassica* // Labeo. 1965. XI. 193 s., 198; в то же время Канната (*Cannata C. A., 'Possessio'*. P. 180 s.) полагает, что вышеописанные явления скорее были включены в некую систему «вещных прав», хотя и новую и отличную от порядка предшествующей эпохи.

⁶⁰ *Fruantur habeant possideantque*: FIRA. I. P. 102 ss. (e v. supra, nt. 54).

В этом отношении было бы, несомненно, преувеличением, если не ошибкой, полагать, что все провинциалы применяли «относительное» понятие собственности. Напротив, Гай, прекрасный знаток провинциального права, утверждал открытым текстом в отрывке, уже рассмотренном нами (*Gai. 2. 40*), что иностранцы применяли понятие единой и абсолютной собственности (...*apud peregrinos unum esse dominium; nam aut dominus quisque est, aut dominus non intellegitur etc.*). Тем не менее нельзя придавать абсолютного значения этому утверждению. Действительно, даже при желании разделить известную гипотезу Моммзена, полагавшего, что Гай родился в одной из эллинистических провинций, не следует забывать уже отмеченное нами выше, а именно, что некоторые территории или города, находившиеся в провинциях, особенно близких к римской культуре, к числу которых как раз относилась Греция, получили от римского государства *ius Italicum*, следствием чего было применение здесь фигуры *dominium ex iure Quiritium*. Впрочем, в других местах правовой режим имущества был урегулирован иначе.

11. Принадлежность во франко-германской традиции

Для франко-германской традиции, к примеру, всегда было абсолютно чуждо римское противопоставление «*dominium-possessio*».

Еще в I в. до н. э. ни единый участок земли, принадлежавшей свевам (одному из сильнейших племен Германии), не находился в частной собственности, так как этот институт был не совместим с главным занятием этого народа – военным делом. Дабы интерес к собственности и к ее плодам не ослабил их духа, понизив воинственный инстинкт, германцам не разрешалось возделывать один и тот же земельный участок более одного года⁶¹.

В эту эпоху для германцев вообще характерно общее равнодушие к сельскому хозяйству и, в частности, к личной собственности. Так, Цезарь рассказывает, что никто из представителей народа не владел полем определенным образом, потому что вожди и магистраты ежегодно распределяли земли среди различных социальных групп (семей, сообществ, лиц, принадлежавших к одному и тому же клану), заставляя их на следующий год перемещаться в другие места⁶². То, что германцы не имели индивидуальной собственности, подтверждает и Тацит⁶³. Отсутствие индивидуальной собственности у гетов (древние обитатели Фракии по нижнему течению Дуная, впоследствии смешавшиеся с народностями, которых римляне именовали даками) отмечено Горацием (*Carm. III. 24*), а Страбон (VII. 50) описывает сходный обычай у народов Далмации, покоренной римлянами в 33 г. до н. э. и ставшей императорской провинцией во II в. н. э.

После периода более продолжительной оседлости германцы начали применять вызвавшую много дискуссий фигуру *Gewere* (инвеститура, от *wern*, «одевать»), которая состояла в пользовании и распоряжении имуществом, защищаемом правопорядком, то есть это было фактическое отношение, возведенное в титул⁶⁴.

⁶¹ *Caes. De bell. Gall. IV. 1. 3–7*: ...*sed privati ac separati agri apud eos nihil est, neque longius anno rimanere uno in loco colendi causa licet*. Ср.: *Caes. De bell. Gall. VI. 22. 3*. Эта характеристика проясняет также особый порядок так называемой «германской фидуции», в которой действие *pactum fiduciae* как резолютивного условия для права собственности фидуциария создает разновидность «временной собственности», неизвестной романистической традиции, но применявшейся германцами с самого начала. Об этом см.: *Sacco R. Il contratto: Trattato di dir. civ. Sacco. Torino, 1997. P. 668*.

⁶² *Caes. De bell. Gall. VI. 21. 1–2*: *Agri culturae non student, maiorque pars eorum victus in lacte caseo carne consistit. Neque quisquam agri modum certum aut fines habet proprios, sed magistratus ac principes in annos singulos gentibus cognationibusque hominum quique una coierunt, quantum et quo loco visum est agri, adtribuunt atque anno post alio transire cogunt*.

⁶³ *Tac. Germ. XXVI. 2*: *Agri pro numero cultorum ab universis in vicem occupantur, quos mox inter se secum ditionem partiantur*.

⁶⁴ Фундаментальными источниками по этой теме, также для углубленного ознакомления с позднесредневековыми источниками, остаются следующие исследования: *Heusler L. Die Gewere*.

Подробно реконструировать и поставить в точные временные рамки развитие *Gewere* весьма затруднительно в силу известной антипатии варваров к письму. Поэтому документы, из которых мы берем приводимые ниже сведения, по преимуществу относятся ко времени позднее VII в. н. э., когда варварские племена начали использовать письменность. В общем, в любом случае можно считать, что форма пользования, обозначенная термином *Gewere*, видимо представляла собою владельческие ситуации различного типа и различной интенсивности, что приводило, в полном соответствии с древней германской традицией коллективной принадлежности, к ситуации, когда на одно и то же имущество могли претендовать несколько *Gewere*. Следовательно, один и тот же участок земли мог находиться одновременно в *Gewere* нескольких лиц, хотя и на основании различных титулов различного содержания: система «разделенной собственности», сопоставляемая с *Gewere*, на самом деле не имела ничего общего с совершенно иным явлением общей собственности. Если имущество было источником нескольких видов «пользы», то могли иметь место столько *Gewere*, сколько статусов пользования, сколько видов пользы предоставляла вещь.

Теперь эта концепция «функционально разделенной принадлежности» (которая в теории современной пандектики получила название «*geteiltes Eigentum*») в плане процессуальной защиты принимала вид «относительной собственности», которую судья должен был подвергнуть оценке сравнительного порядка.

Gewere, действительно, подчинялась правилам, разработанным для любых юридических споров и бывшим общими для всего варварского мира, то есть правилам, на которых строился процесс, решаемый с помощью ордалии. На основании этой системы обе тяжущиеся стороны, то есть истец, который жаловался на утрату вещи, и ответчик, находящийся в материальном отношении с оспариваемой вещью, должны были предоставить доказательства титула, который позволял им пользование вещью⁶⁵. В случае, если сравнение не давало достаточно данных, то главное доказательство устанавливалось посредством ордалии, предложенной магистратом; в более поздние времена (в VI–VII вв. н. э.) субъект, обладающий *Gewere*, мог освободиться от обвинения, просто принеся клятву, в случае если истец не предоставлял какого-либо конкретного доказательства в свою пользу и против пользования вещью ответчиком (ed. Rotari 227, а. 643), но первоначально ордалия понималась, притом в абсолютно материальном смысле, как поединок, исход которого решал Божий суд.

Хотя с течением времени поединок утратил форму физического столкновения, доказательство посредством ордалии сохранило некоторые свои первоначальные черты: так, в лангобардском процессе доказательство посредством ордалии представляло собою одновременно средство защиты и решения спора⁶⁶. Не проводилось никакого разбора дела, поскольку событие, породившее спор, являлось объектом не *выяснения*, а *регулирования*; это, в свою очередь, осуществлялось не через *ознакомление* с фактами, а на базе *сравнения*, проводимого согласно установленному порядку, чтобы позволить сторонам –

Weimar, 1872; *Idem*. Institutionen des deutschen Privatrechts. Leipzig, 1885. II. S. 1 ss.; *Pertile A.* Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione. IV: Storia del diritto privato. Torino, 1893. P. 170 ss.; *von Gierke O.* Die Bedeutung des Fahnbesitzes für streitiges Rechts. Jena, 1897. Specialm. P. 45 ss.; *Idem*. Deutsches Privatrecht. II. Sachenrecht. Leipzig, 1905. § 113, 187; *Schupfer F.* Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia. Possessi e domini. II. 2° ed. Città di Castello, 1915. P. 7 ss.; *Diurni G.* Le situazioni possessorie nel Medioevo. Età longobardo-franca. Milano, 1988. P. 57 ss.; *Mengoni L.* Gli acquisti. P. 43 ss. (здесь же дальнейшая библиография).

⁶⁵ Шире этот вопрос рассматривается в следующих произведениях: *Bethmann-Hollweg M. A.* Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. IV: Der germanisch-romanische Civilprozess. Bonn, 1868. Rist. 1874; *Gaudemet J.* La preuve. Bruxelles, 1964. P. 99 ss.; *Diurni G.* Le situazioni. P. 46 ss., 97 ss.

⁶⁶ *Astuti G.* Spirito del diritto longobardo: il processo ordalico // Atti del Convegno int. 'La civiltà dei Longobardi in Europa', Accad. naz. dei Lincei, Problemi attuali di scienza e cultura. Roma, 1973. CCCLXX. P. 1 ss.; *Idem*. Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea / Cur. G. Diurni. Napoli, 1984. I. P. 83 ss.; *Diurni G.*, Le situazioni. P. 69 ss., 97 ss., 115 ss.

участникам спора показать свое физическое или моральное превосходство *не в абсолютном выражении, а только относительно*, то есть *только по отношению к противнику*⁶⁷.

Между VI и IX вв. н. э. медленный процесс эволюции франко-германских процессов по вопросу о принадлежности завершился. Это позволило зафиксировать некоторые постоянные принципы, начиная с VII в. н. э. В лангобардском праве, в частности, истец вызывал в суд держателя имущества, сразу отрицая законное право ответчика, то есть исходя из предпосылки, что противная сторона владеет *malo ordine* (ed. Rotari 228⁶⁸). А потому в первую очередь ответчик должен был назвать своих свидетелей и предоставить *wadia*, на которую истец был обязан дать ответ в срок до двенадцати ночей, предложив своих свидетелей и свою *wadia* (ed. Rotari 360).

Как из нормативных актов, так и из многочисленных документов судебной практики выясняется, что в спорах о *Gewere* бремя доказательства возлагалось прежде всего на владельца – ответчика на суде, возможно потому, что предполагалось вплоть до доказательства обратного, что тот присвоил вещь (*invasor*)⁶⁹. Действительно, виндикационный процесс у франков и лангобардов первоначально смешивался с уголовным иском. Иск, направленный на защиту *Gewere* в его двух вариантах: *Anefangsklage* (иск, по которому обворованный, нашедший у третьего лица украденную вещь, накладывал на нее руку и объявлял с помощью торжественной формулы, что узнает в ней свою вещь, которая была у него украдена) и *schlichte Klage* (такой же иск, но без торжественного акта *Anefang*) – представлял собой своего рода «виндикацию владения», основанную (исключительно или, по крайней мере, преимущественно) на преступном факте кражи. Именно по этой причине во франко-лангобардских процессах ответчик немедленно привлекался к объявлению основания и законности своего владения, а потом, когда начинался этап *investigatio*, он первым призывался для предоставления доказательств своих ранее данных заявлений⁷⁰.

Таким образом, возможная презумпция присвоения относительно ответчика-владельца лежала в основе правила лангобардов, согласно которому именно действительный владелец вещи (то есть субъект, вызванный в суд) был обязан первым предоставлять доказательства законной принадлежности имущества. После выяснения законности владения ответчика для предъявления доказательств вызывался истец, дабы последующая сравнительная оценка заявленных титулов решила спор, хотя потом исход этой тяжбы не мог быть противопоставлен третьим лицам, так как он основывался на сравнении, а не абсолютных оценках.

Бытует весьма распространенное мнение⁷¹ – его нельзя поддержать специальными доказательствами, а потому оно разделяется не всеми, – что древние эллинистические

⁶⁷ Детальное критическое исследование источников и дискуссию по этой проблеме см.: *Astuti G. Spirito*. P. 87 ss.; *Diurni G. Le situazioni*. P. 93 ss.

⁶⁸ О дискусии по поводу интерпретации формулы *malo ordine* ср.: *Ourliac P., De Malafosse J. Histoire du droit privé. II: Les biens*. Paris, 1961. P. 331 s. (эти авторы рассматривают владельца *malo ordine* наравне с узурпатором); *Sinatti d'Amico F. Le prove giudiziali nel diritto longobardo // Legislazione e prassi da Rotari ad Astolfo*. Milano, 1968. P. 263 s. (по его мнению, это выражение намекает на ситуацию, когда имели место злоупотребление и обман); *Diurni G. Possesso (diritto intermedio) // Enc. dir. Milano, 1985. XXXIV. P. 476*. См. также: *Idem. Le situazioni*. P. 89 ss. (он настаивает, с моей точки зрения слишком общим образом, на том, что выражение *malo ordine* означает лишь «дефект титула»); *Sciume A. Rivendicazione (diritto intermedio) // Enc. dir. Milano, 1989. XLI. P. 31 e nt. 7* (он, примыкая к мнению Diurni, интерпретирует *malo ordine* как «дефект титула»).

⁶⁹ Эта достойная внимания гипотеза сформулирована на солидной источниковой базе: *Leicht P. S. Il diritto privato preirmeriano*. Bologna, 1933. P. 147 e nt. 1; *Ourliac P., De Malafosse J. Histoire. II. P. 332*.

⁷⁰ По этому пункту абсолютно ясно содержание *lex ribuarica* 33 и *lex salica* 49. О других источниках и библиографии см.: *Diurni G. Le situazioni*. P. 97 ss. e *passim*; *Mengoni L. Gli acquisti*. P. 44 s.

⁷¹ См. прежде всего: *Gaudenzi A. L'antica procedura germanica e le 'legis actiones' del diritto romano*. Bologna, 1884; *Biscardi A. Studi III. P. 343*; *Brugi B., Della proprietà // Il diritto civile italiano secondo*

понятия, а позднее франко-германская модель принадлежности, соответствующая *Gewere*, получили широкое распространение в Римской империи наравне с некоторыми формами процессуальной защиты, чуждыми римскому классическому опыту. Широкое применение форм «разделенной» и «относительной» собственности отчетливо проявилось начиная с IV в. н. э., как показывает содержание многочисленных римских нормативных документов, которые мы рассмотрим чуть ниже. Возможно, не является просто совпадением и то, что именно IV в. был отмечен массовыми концессиями римских земель покоренным германцам (*Laeti*) под обязательство защищать провинцию (*terrae Laeticae*).

Распространение в римских пределах эллинистических и франко-германских понятий о принадлежности нельзя доказать неопровержимо при нынешнем состоянии наших знаний. Но, в любом случае, появление в Римской империи форм «разделенной собственности» и «относительной собственности», которого мы не можем отрицать, не могло быть изолировано от принятия процессуальных норм, которые соответствовали бы этим формам принадлежности. Поэтому в сфере римского частного процесса возникла необходимость отказаться от тех аспектов судебной защиты принадлежности, которые были неразрывно связаны с абсолютным понятием *dominium* и его четким отличием по отношению к прочим *iura in re* и владению. Параллельно наблюдалось сближение с процессуальными структурами, не отличавшимися от структур, имевших место у греков и германцев.

12. Сравнительные оценки правовых позиций в поздней Римской империи

В римской судебной практике в связи с петиторными и поссessorными процессами начала вырисовываться тенденция к тому, чтобы не возлагать бремя доказательств только на сторону истца.

Уже к концу II в. н. э. традиционный принцип возложения бремени доказательства на сторону истца при виндикации претерпел целый ряд изменений и смягчений, тем более, что в 215 г. Антонин Каракалла издал рескрипт, решительно подтверждающий необходимость применения классического порядка, что было явно направлено против какого бы то ни было провинциального влияния. На ответчика по петиторному иску не должна была налагаться *necessitas probandi*, а потому в случае, если истец не мог доказать свое право на оспариваемые *possessiones*, они должны были оставаться в распоряжении ответчика⁷².

Ответ императора некоему *Auluzanus* (мы не знаем, был ли это императорский чиновник или частное лицо), вероятно, был следствием одной из многочисленных просьб, с которыми после предоставления гражданства всем жителям Империи (212 г. н. э.) новые граждане из провинций обращались в императорские канцелярии с целью добиться того, чтобы применение римского права (весьма усиленное, если не прямо введенное мерами Каракаллы) было несколько смягчено ввиду наличия старинных местных обычаев.

Приблизительно сто лет спустя в явном противоречии с направлением, обозначенным Каракаллой, Константин высказался в пользу применения местных обычаев (*mores regionum*), пытаясь, однако, согласовать их с традиционными римскими нормами. Канцелярия Константина напоминала, что возложение бремени доказательства на истца по петиторному иску основывается на очень давней норме, поддержанной мнением юристов и императорскими рескриптами, и заявляла, что равенство и справедливость требуют изменить традиционный порядок, ввиду чего, хотя и подтверждается тот принцип, что в первую очередь доказывать свой титул должен был истец, но если затем такое доказательство окажется недостаточным, то бремя доказательства возлагается также на

la dottrina e la giurisprudenza, diretto da B. Brugi. Napoli; Torino 1923. IV. T. 1. P. 14 s.; Longo G. L'onere della prova nel processo civile romano // IURA 11. 1960. P. 149 ss.

⁷² Cl. 4. 19. 2: *Possessiones, quas ad te pertinere dicis, more iudiciorum persequere. Nec enim possessori incumbit necessitas probandi eas ad se pertinere, cum te in probatione cessante dominium apud eum remaneat.*

ответчика-владельца, который должен показать природу своего владения, дабы судья мог выяснить истину⁷³.

Отыскание истины (*veritas*), бывшее подлинным лейтмотивом законодательства Константина, в контексте спора о принадлежности имущества подразумевало, таким образом, принесение в жертву традиционных механизмов, посредством которых действовали стороны и на основании которых в прошлом, если истец не приводил достаточных доказательств, факт безусловно воспринимался как недоказанный, вследствие чего оспариваемая вещь оставалась в распоряжении владельца-ответчика.

Реформа, по существу, значительно облегчала задачу истца, шансы которого выиграть тяжбу повышались. Действительно, если требовавший возвращения вещи не мог дать исчерпывающих доказательств своих требований, ответчик вызывался для доказательства оснований своей власти над вещью (происхождение владения из актов *inter vivos* или наследования *mortis causa*, либо приобретение владения посредством оккупации, либо, наконец, держание на основе договора), и таким образом начиналась *сравнительная оценка правовых позиций*. Суд мог завершиться благоприятно для лица, требующего возврата вещи, хотя и не давшего исчерпывающего доказательства (*deficiens in probationibus*), то есть несмотря на то, что истец был в состоянии доказать только «относительно лучший», но не «абсолютный» титул⁷⁴.

По всей вероятности, новый режим доказательства был связан также с расширением поля виндикации, явлением, обнаружившимся в эпоху домината, в силу которого процессуальные иски, именуемые *actiones in rem* и *vindicationes*, стали применяться в целях возвращения оспариваемой вещи, даже в том случае, если данное отношение имело договорную природу (CTh. 11. 39. 1: *...vel quo iure teneat...*)⁷⁵. Однако, напротив, нельзя с определенностью утверждать, что сравнительная оценка правовых позиций была допущена Константином ввиду распада отношений собственности. В частности, нельзя исключать того, что тип «относительной собственности», установления которой требовал *petitor* в ходе судебного процесса (который мог бы развиваться «сравнительным» порядком), мог относиться к «абсолютному» титулу: можно представить случай, о котором мы говорили выше (§ 3), тяжбы между бенефициарами завещательных распоряжений, оформленных в разные даты, в ходе которой ни в малейшей степени не рассматривалось бы право («абсолютной» собственности) общего завещателя.

В любом случае, распоряжение Константина не было включено в компиляцию Юстиниана, возможно, потому, что изменение режима доказательства, которое вводилось этим распоряжением, воспринималось как ясное выражение тенденций, чуждых тому классическому римскому праву, которое Юстиниан намеревался возродить. В ней содержится, напротив, установление Аркадия, появившееся несколькими десятилетиями позднее распоряжения Константина (в 396 или, возможно, в 402 г.) и, вероятно, имевшее источником некий конкретный случай.

Канцелярия строгим и осуждающим тоном отвергала практику, вероятно, принятую в судах Востока (постановление на самом деле адресовалось проконсулу Азии Этерналию), принуждать ответчика-владельца немедленно предъявлять свой титул до того, как выскажется истец. Мотивацией императорского приказа служило следующее: считалось бессмысленным, что истец заставлял ответчика первым объявлять основание своего владения, так как это давало слишком большое преимущество истцу, позволяя ему наиболее удобным образом выдвинуть свой иск после ознакомления с положением противной стороны. Таким образом, канцелярия подтверждала, что бремя доказательства ложится

⁷³ CTh. 11. 39. 1, а. 325: *Etsi veteris iuris definitio et retro principum rescripta in iudicio petitori eius rei quam petit necessitatem probationis dederunt, tamen nos aequitate et iustitia moti iubemus, ut, si quando talis emerit causa, in primordio iuxta regulam iuris petitor debeat provare, unde res ad ipsum pertineat; sed si deficiat pars eius in probationibus, tunc demum possessori necessitas inponatur probandi, unde possideat vel quo iure teneat, ut sic veritas examinetur.*

⁷⁴ Этот текст Константина уже был более детально нами разобран. См.: *Solidoro-Marzotti L.* La tutela. P. 163 ss.

⁷⁵ См.: *Levy E.* West Roman vulgar law. P. 210 ss., 228 ss.



на истца, а не на ответчика, за исключением тех случаев, когда последний был обязан уточнить, владеет ли он в качестве наследника или на другом основании⁷⁶.

Говоря о связи между реформой Константина 325 г. и последующим законом Аркадия, можно отметить идентичное по существу содержание, хотя обстоятельства, вызвавшие эти две императорские меры, были весьма различны. В 325 г., хотя и была подтверждена действительность классической нормы, согласно которой бремя доказательства возлагалось на истца, было разрешено, чтобы в случае недостаточной доказанности титула истца (и только при этом условии) ответчик также призывался к предоставлению доказательств. Вероятно, что допущение Константином процессуальной практики, принятой в провинциях, вызвало быструю и чрезмерную реакцию. Действительно, по содержанию распоряжения Аркадия можно понять, что в практике восточных судов ответчик-владелец в любом случае призывался к доказыванию своего титула (а не только в случае недостаточного доказательства со стороны истца), и при этом он делал это раньше истца. То есть речь шла о двойном нарушении формально действующей нормы. В том же, что касается случая, который вызвал вмешательство императора, текст распоряжения не позволяет с легкостью оспорить гипотезу, что тип рассматриваемого здесь спора касался сравнительной оценки правовых позиций в поссessorном споре по «относительному», а не «абсолютному» (*intentanti-possidere*) титулу⁷⁷.

Наконец, распоряжение Аркадия, рассматриваемое само по себе, дает повод для интересного сравнения. Практика, применяемая восточными судами, а позднее сурово осужденная императорской канцелярией, прекрасно отражала процессуальную структуру, имевшую место у франко-германских народов. Так же и у лангобардов, действительно, на процессе ответчик-владелец как предполагаемый захватчик должен был сразу доказывать законность своего владения, тогда как истец призывался для доказательства только во вторую очередь. Мы не можем с уверенностью утверждать, что неприменение римского классического режима доказательства, наблюдаемое в некоторых частях Империи, явилось следствием своеобразной «рецепции» провинциальной практики эллинистического и франко-германского происхождения, также и потому, что документы, относящиеся к окончательному становлению процесса о принадлежности имущества у лангобардов, датированы VII–XI вв., а значит, они могут определенно иллюстрировать ситуацию только относительно времени, наступившего после того периода, который мы рассматриваем. Происхождение практики судов римского Востока от особых эллинистических и франко-германских понятий отношений собственности и их процессуальной защиты остается поэтому только гипотезой.

Несомненно только, что канцелярия Аркадия не обеспечивала текущую практику: постановлением 396 г. Ответчик в первую очередь освобождался от принуждения доказывать титул до того, как это сделает истец, а затем по разъяснении этого исходного положения подтверждалась необходимость применять общую римскую норму в тех рамках, в которых она была исправлена реформой Константина, а она предписывала, чтобы обязанность объявления титула и соответствующего доказательства возлагалась только на истца, в то время как к разделению *onus probandi* вследствие налагавшейся на владельца-ответчика обязанности прояснить природу его владения можно было прибегать только в случае, когда выяснение таких обстоятельств представлялось полезным.

В конечном счете, можно заключить, как кажется, что формирование новых процессуальных норм в отношении бремени доказательства было прямым следствием радикального изменения отношений собственности. Чтение законодательных текстов эпохи поздней Империи и документов судебной практики показывает, как часто возникали

⁷⁶ CTh. 11. 39. 12: *Cogi possessorem ad eo qui expetit titulum suae possessionis edicere, quae tanta erit amentia, ut ratione praepostera petitor ab eo quem pulsatur informari suas postulet actiones, cum omnem probationem exigi oporteat ab eo, qui vindicare nititur, non ab eo, qui se iuste tenere contendit? Intentanti namque, non suscipienti probationum necessitas inponenda est, praeter eum, qui edicere cogitur, utrum ex sua persona an ex successione coeperit possidere.*

⁷⁷ Подробнее о мерах Аркадия см.: *Solidoro-Marzotti L. La tutela*. P. 174 ss.

споры, особенно по вопросу о земельной принадлежности. Споры возникали из-за беспорядочно поступавших императорских распоряжений, накладывавшихся на другие права, существовавшие ранее или возникавшие впоследствии, поэтому сами обладатели прав, предоставляемых частным лицам, плохо знали, а иногда неправильно понимали содержание этих своих прав, которое было трудно истолковать даже юристам. Перед лицом этой новой ситуации императорское законодательство не предложило современного и органичного порядка ни в плане материального, ни в плане процессуального права; поэтому продолжали применять традиционный юридический инструментарий, но с поправками, которые отвечали требованиям новых прав.

Итак, после того как древнее противопоставление *dominium* и других вещных прав оказалось размытым, а позднее размылось и различие между владением и вещными правами, в процессуальном плане стало невозможным определить положение сторон в процессе, исходя из классических критериев, которые, в свою очередь, сформировались на базе необходимости защищать различными способами *possessio*, *dominium*, *iura in re*. Перед лицом крайнего разнообразия новых форм принадлежности (особенно в сфере недвижимости) и почти абсолютного исчезновения полной частной собственности в ходе петиторных судебных разбирательств истец все реже оказывался в состоянии заявить и доказать абсолютный титул (*dominium ex iure Quiritium*). Отсюда и необходимость ввести сравнительную оценку правовых позиций, в рамках которой обе стороны-участницы процесса были обязаны доказывать заявленные титулы для того, чтобы позволить судье провести «классификацию» прав спорящих, чтобы иметь возможность, наконец, установить, какая из двух сторон имеет преимущество, превалирует над другой.

Решение процессуального вопроса с помощью сравнительной оценки, как уже говорилось, не было исключительно римским юридическим опытом. Структура древнего *legis actio sacramenti in rem* и его связь с «относительной собственностью» находят соответствие в ранее существовавших механизмах «*diadicasia*» греческого права, а также в греческих понятиях принадлежности. Явная симметрия сближает также возвращение «относительной собственности» и сравнительных оценок правовых позиций в эпоху домината с – почти одновременным – окончательным установлением франко-германских моделей пользования недвижимым имуществом, вместе с соответствующими формами процессуальной защиты. Относительная собственность и сравнительные оценки правовых позиций исчезли позднее с приходом к власти Юстиниана и последующим восстановлением классической системы вещных прав и относящихся к ним средств процессуальной защиты.

Но это возвращение к прошлому оказалось иллюзорным и только временным. Формы «относительной собственности» и процедуры сравнительных оценок правовых позиций вновь возникли уже в раннее средневековье, параллельно с выработкой возрожденной юридической наукой доктрины «разделенной собственности», разделенной на *dominium directum* и *dominium utile*⁷⁸.

В последующие эпохи схема сравнительной оценки правовых позиций продолжала действовать во всех юридических системах, для которых было характерно отсутствие четкого разделения между собственностью, владением и правами на чужую вещь. Так, сравнительная оценка правовых позиций была воспринята в Англии в юрисдикции Equity и в традиционном *common law*, где она в течение долгого времени применялась с назначением критерия «лучшего титула» – «*better title*»⁷⁹. Действительно, английское

⁷⁸ См. ниже § 14.

⁷⁹ В этом отношении см.: Ferreri S. Le azioni reipersecutorie in diritto comparato. Milano, 1988. P. 11 ss. e *passim*; Gambaro A. La proprietà. P. 57 e nt. 35, где утверждается что «критерий *better title* обнаруживает радикальное противопоставление романистическому критерию, по которому при виндикационном иске возврат владения вещью обусловлен выполнением обязанности доказать то, что истец на самом деле абсолютный собственник виндцированной вещи (так называемой *probatio diabólica*), и всякий дефект в исполнении этой обязанности приводит к отклонению иска и сохранению существующей владельческой ситуации без необходимости исследования титула актуального владельца». Я, напротив, полагаю, что в этом исследовании и в еще более

право, пропитанное до недавнего времени феодальными понятиями правового режима недвижимости, а потому разделением отношений собственности на *dominium directum* и *dominium utile*, признавало отличие между владением (фактическим состоянием) и вещным правом, но не знало различия между собственностью и правами на чужую вещь. Вследствие этого у виндицирующего не требовали доказательства абсолютного права, а только доказательства того, что он имеет большее «право на владение» по сравнению с противной стороной. То есть титулы были «относительными», а не «абсолютными», а потому, будучи установлены в конкретном споре, не могли впоследствии противопоставляться третьим лицам. Эта концепция была частично изменена в современную эпоху, когда регистрация титулов на недвижимость создала своего рода «абсолютную собственность»⁸⁰.

13. *Dominium* Юстиниана как основа «романистической модели» собственности

Проясним сейчас, какова была судьба относительной собственности и сравнительных оценок правовых позиций на итальянской территории в других странах, которые в настоящее время мы относим к странам *civil law*.

Компиляция Юстиниана серьезно изменила ту картину отношений собственности и их процессуальной защиты, которая сложилась между III и VI вв. н. э. Движимый своим восхищением строгостью римского права, Юстиниан отказался в конкретной сфере правового режима принадлежности имущества от применения моделей, чуждых первоначальному римскому понятию *dominium ex iure Quiritium* и его процессуальной защите. Император брал курс на укрепление унитарного понятия *dominium*, вновь предлагая его четкое отделение от *possessio* и так называемых прав на чужую вещь⁸¹. Но, следуя этим курсом, Юстиниан вышел за пределы абстракции и компактности, которые были характерны для юридического опыта поздней республиканской эпохи, так как значительно резче подчеркнул те стороны, которые только *in puse* определяли *dominium ex iure Quiritium* как абсолютное и унитарное право.

Реформа была проведена по существу посредством трех конституций и целого ряда мер, которые дополняли и усовершенствовали их содержание⁸². Первая конституция (C1. 7. 25. 1, изданная не ранее 530 г., но, во всяком случае, до середины октября 531 г.) законодательно устраняла явление двойной собственности через отмену всех различий между *dominium ex iure Quiritium* и *in bonis habere*. Тем не менее Публицианов иск продолжал существовать с ограничительным применением для защиты *emptor bonae fidei a non domino*. Кроме того, постановлялось, что никакого значения не будет иметь выражение «*ex iure Quiritium*» в том смысле, что как *dominus ex iure Quiritium*, так и *in bonis habens*, будучи владельцами имущества, движимого или недвижимого, должны равным образом рассматриваться в качестве полных и законных собственников (*plenissimus et legitimus dominus*) имущества.

Следуя этой систематизации, Юстиниан должен был бы отменить Публицианов иск, сохранив только виндикацию. Однако он, как уже говорилось, предпочел сохранить оба иска (D. 6. 1; 2), обусловив применение Публицианова иска случаями приобретения а

специальной работе, которую предстоит опубликовать, я показала, что критерий *better title*, действительно господствующий в системе *common law*, совсем не чужд ни римскому праву, ни романистической традиции, ни современным процессуальным системам стран группы *civil law*, но он чередовался – и все еще чередуется – с «абсолютной» защитой права собственности.

⁸⁰ Дальнейшую информацию о том типе *real property*, который называется *Registered Land*, см.: *Ferreri S. Le azioni*. P. 26 ss.

⁸¹ Об отсутствии в римскую эпоху категории «вещные права на чужую вещь» (также неизвестной еще и глоссаторам и комментаторам) см.: *Feenstra R. 'Dominium' and 'ius un re aliena': the origins of a civil law distinction // New perspectives in the roman law of property. Essays for Barry Nicholas*. Oxford, 1989. P. 111 ss.

⁸² О значении и содержании юстиниановой реформы см.: *Vacca L. La riforma di Giustiniano in materia di 'usucapio' e 'longi temporis praescriptio' fra concezioni dommatiche classiche e prassi postclassica // BIDR. 1993/1994. XXXV/XXXVI. P. 146 ss.; Cannata C. A. Corso. I. P. 547 ss.*

non domino (D. 6. 2. 1 pr.) согласно схеме, которая сохранится впоследствии практически неизменной до нового времени⁸³.

Кроме того устанавливалась (C.I. 7. 25. 1; C.I. 7. 31. 1 pr.) окончательная унификация правового режима собственности на италийские и провинциальные земли, мера, за которой последовали отмена любых остатков различия между *res mancipi* и *res nec mancipi* и унификация режима имущественного оборота через признание *traditio* в качестве акта, универсально пригодного для передачи имущества между живыми людьми (C.I. 7. 31. 5; I. 2. 1. 40). Древние отличия между объектами права были заменены новой дихотомией движимое имущество – недвижимое имущество, значение которой выражалось в соблюдении трехлетнего срока для движимого имущества и десятилетнего и двадцатилетнего срока для недвижимого в целях приобретательной давности (C.I. 7. 31. 1; I. 2. 6 pr.). Понятно, что значительное увеличение срока приобретательной давности для недвижимого имущества косвенно заметно усложнило задачу истца при виндикации, так как на него возлагалось бремя веского доказательства заявленного права, что впоследствии, в средние века, заставило называть доказательство собственности *probatio diabolica*.

В результате этой радикальной реформы категория *dominium* вышла на несравненно высокий относительно первоначального уровень унитарности и абстрактности. В целом, в Институциях и Дигестах собственность, в результате, была представлена как исключительное и свободное от обременений право; а собственность на землю, в частности, представлялась как востребованная и продуктивная. Компиляторы Юстиниана добились такого результата благодаря разумному отбору имеющегося материала. При рассмотрении вопросов вещного права они отдали предпочтение юридическим текстам, относившимся к *dominium*, из которых было изъято выражение *ex iure Quiritium*, а упоминания *mancipatio* и *in iure cessio* были заменены на *traditio*.

Однако другие части *Corpus iuris civilis*, то есть Кодекс и Новеллы, представляют – если исключить вышеназванные постановления Юстиниана – совершенно противоположную картину: земельная принадлежность оказывается организованной в *possessiones* разной интенсивности (согласно греческим и франко-германским представлениям), которым абсолютно чуждо классическое и юстинианово трехчастное деление на «*dominium, servitutes, possessio*». Эта ситуация отражается также в терминологической путанице, в смешанном и неточном употреблении терминов *dominium* и *possessio*, в появлении двусмысленных выражений, таких как «*possessio iure*» и «*possessio iuris*». Из содержания законодательных текстов следует, что владельцы стали в массовом порядке покидать земли, ставшие неплодородными во многих областях империи и повсюду обремененные налогами⁸⁴.

Многочисленные сообщения письменных источников о кризисном состоянии сельского хозяйства и бедственном положении сельских тружеников не оставляют никаких сомнений в том, что реальное экономическое и юридическое положение земель в позднеантичный период было именно таким, неясным и тревожным, как это иллюстрируют законодательные тексты Кодекса и Новелл. Явный контраст между различными частями *Corpus iuris civilis* приобретает, таким образом, совершенно определенный смысл. Юстиниан пытался втиснуть в рамки систематики, созданной на основе элементов римского классического права («*dominium, servitutes, possessio*»), земельную организацию VI в., которая, однако, по своим особенностям совершенно не согласовывалась с такой классификацией.

При этой операции, вероятно, впервые в истории европейского права, была применена техника, которая стала впоследствии характерной для пандектистики XIX в. и получила название «инверсионной». «Инверсия» – это метод, к которому прибегают, чтобы нарушить обычный процесс формирования права, в котором действующие правовые

⁸³ Это подчеркивал уже Бонфанте: *Bonfante P. L'editto Publiciano // Scritti. II. P. 389 ss., особ.: P. 406 ss.; Idem. L'azione Publiciana nel diritto civile // Ibid. P. 439 ss.; см. также: Cannata C. A. Corso. I. P. 551 ss.*

⁸⁴ По этим темам см.: *Sitzia F. Il diritto di proprietà nelle Novelle giustinianee // La proprietà e le proprietà. P. 121 ss.; Solidoro Maruotti L. Studi. P. 328 ss., а также: 'Abstraktes Eigentum. P. 180 ss.*

нормы – то есть те, которые вытекают из реальных социально-экономических отношений, – закладываются в основание понятий и классификаций (поскольку обычно понятия и систематика возникают после формирования детального правопорядка). Юстиниан, напротив, предполагал зафиксировать абсолютное понятие собственности и систематику вещных прав как априорные по отношению к действующим нормам, которые впоследствии могли быть уточнены а posteriori (по отношению к предварительно закрепленной классификации). Таким образом моменты нормального процесса формирования права оказывались *инвертированными*.

Эфемерность этой сложной операции обнаружилась очень скоро. Но, как мы установим далее, подход Юстиниана к режиму принадлежности был возрожден много веков спустя, в XIX в., в рамках пандектного направления⁸⁵ и занял столь заметное место ввиду своей абсолютной внутренней логичности, что он определяющим образом повлиял на структуру и содержание большей части современных кодексов.

14. «Разделенная собственность» в эпоху средневековья

Условия реальной жизни в VI в. еще не были достаточно зрелыми для того, чтобы грандиозная юстинианова систематика могла начать действовать. Законодательство Новелл показывает, как еще при жизни Юстиниана судебная практика отражала трагическое кризисное положение и распад аграрных отношений, а не идиллическую теоретическую картину, которую создавали Институции и Дигесты. Позднее, после падения Восточной Римской империи средневековая земельная организация окончательно установилась по образцу эпохи поздней Империи, все более тесно соприкасаясь с франко-германскими и греческими понятиями принадлежности. Встреча между варварским миром и римским миром, с другой стороны, создала почву для целого ряда отклонений в направлении к частичной «романизации» варварских прав в эпоху раннего средневековья⁸⁶.

Правопорядок, получившийся в результате, был неопределенным и противоречивым, в частности, в силу восприятия римского классического правила возложения только на истца по виндикации *onus probandi* (*Expositio ad Roth. 232. 7; Expositio ad Liut. 90. 1*). Хотя трактовка режима распределения бремени доказательства, изложенная в главах 227 и 228 Эдикта Ротария⁸⁷, остается неясной, в общем, по крайней мере, после VIII в. виндикация у лангобардов претерпела изменения «в романистическом смысле»⁸⁸. Очень важным в этом отношении считали комментарий, данный *Expositor* к главе 232 Эдикта Ротария, в котором отрицается практическое значение распоряжения Ротария в силу того, что *usus contra legem positam in quarto Institutionum libro*: при соблюдении *lex romana* у ответчика-владельца, который мог выставить в качестве возражения *commodum possessionis*, нельзя было требовать никаких доказательств⁸⁹. Об этом же свидетельствует сказанное в прибавлении к главам Лотаря, которое приводит содержание уже рассмотренной нами конституции Аркадия, сохранившейся в Кодексе Феодосия: «Не следует принуждать призванного в суд владельца доказывать, на каком основании он дер-

⁸⁵ См. в особенности: *Pugliese G. I Pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto* // RISG. 1973. XVII. P. 89 ss., и, со специальным вниманием к методу инверсии, пылко атакованному Р. Иерингом, ср.: *Solidoro Maruotti L. La tradizione romanistica nel diritto europeo. II: Dalla crisi dello 'ius commune' alle codificazioni moderne*. Torino, 2003. P. 166 ss. 175 ss.

⁸⁶ В этом смысле см.: *Leicht P. S. Il diritto privato preimeriano*. P. 28.

⁸⁷ Согласно традиционному мнению (см., например: *Ibid*), здесь была бы проиллюстрирована процедура, основанная на возложении бремени доказательства на истца, но *Diurni G. Possesso*. P. 476, и в *Le situazioni*. P. 86 ss., напротив, интерпретировал спорные отрывки в том смысле, что процесс продолжал базироваться на доказательстве ответчиком своей правоты посредством принесения присяги.

⁸⁸ *Leicht P. S. Il diritto privato preimeriano*. P. 152. В правоте этих тезисов убедился на солидной текстуальной базе: *Sciume A. Rivendicazione*. P. 33 s.

⁸⁹ *Expositio ad Roth. 232. § 7*; см. по этому поводу: *Sciume A. Rivendicazione*. P. 33 s.

жит вещь, и не следует налагать на него бремя доказательства, но это обязанностью истца является, чтобы он доказал, что ему принадлежит вещь, которую он истребует»⁹⁰.

Однако классический римский процессуальный механизм не мог быть приложен в своем первоначальном виде к вещным правам, которые сильно отличались от древнего абсолютного *dominium*, а потому были несовместимы с подобной формой защиты⁹¹. Из этого очевидного беспорядка возникла практическая необходимость допустить виндикационный процесс не только о полной собственности (к этому времени практически исчезнувшей), но также о множестве других вещных прав.

В частности, было два фактора, которые делали неактуальным применение унитарного и абсолютного понятия собственности в средние века: феодальная структура и новые аграрные договоры – два явления, которые, впрочем, охватили всю Европу. В феодальной земельной организации единственным видом полной и унитарной собственности римско-юстинианового образца был «аллод», который укоренился более всего на юге Франции: «Римское право – мать аллодов (*lex Romana, mater allodiorum*)» – гласило средневековое изречение⁹². В других местах феодальная структура помешала повсеместному возрождению собственности римского типа: стратификация прав, уже сложившаяся в период поздней Римской империи, и обременения, порожденные феодализмом, породили распространенное явление *разделения* титулов прав, осуществляемых по отношению к одному и тому же недвижимому имуществу. Единственной правовой моделью земельной организации, совместимой с реалиями средневековья, была, таким образом, *Gewere* германской традиции, распространившаяся и внутри Римской империи начиная с IV в. н. э. в результате щедрых концессий римских земель покоренным германцам. Новой форме земельной принадлежности, среди прочего, содействовало то обстоятельство, что в раннее средневековье права концессионеров и независимых работников, обрабатывавших землю, еще более увеличились по сравнению со временем Юстиниана, так что стало почти невозможно отличить концессионеров и независимых работников от собственников, хотя последние продолжали обладать титулами права⁹³.

С возрождением научного изучения права между XII и XIV вв. глоссаторы и комментаторы теоретически обосновали это положение. При выработке новой правовой системы отношений собственности юристы Возрождения, особенно от Ирнерия до Аккурсия, отводили роль первого плана римским понятиям *dominium*, *actiones in rem*, *rei vindicatio*⁹⁴.

Взяв в качестве ориентира юстинианов Свод, средневековые толкователи старались, прежде всего, внедрить в римскую систематику новые институты франко-германского происхождения, на основании которых произошла реорганизация аграрных отношений в Италии и в остальной части Европы. Речь шла о приведении в соответствие систем, только внешне разнородных или даже противоположных, в силу того что, как мы уже установили, римская собственность на некоторых исторических этапах имела признаки относительности и разделения, характерные для греческих и франко-германских форм принадлежности. Поэтому оказалось достаточным, чтобы средневековые магистры права обратили свое внимание на многочисленные римские юридические и законодательные тексты, в которых еще отражался этот опыт.

⁹⁰ CTh. 11. 39. 12. Qui possessor ad iudicium venit, non est cogendum dicere unde tenet, nec probationis necessitas ei debet imponi, sed hoc officium magis est petitoris, ut rem quam repetit ad se doceat pertinere MGH. Legum. II. Capitularia. I. 336 n. 6 b, об этом см.: *Leicht P. S. Il diritto privato preimeriano. P. 151.*

⁹¹ Cfr.: *Ourliac P., De Malafosse J. Histoire. P. 334 ss.; Grossi P. Le situazioni. P. 141 ss.*

⁹² Подробнее см.: *Chenon E. Etude sur l'histoire des alleux en France. P., 1888; Patault A. M. Introduction historique au droit de biens. P., 1989; Candian A. Propriété // Property – Propriété – Eigentum. P. 191 ss.*

⁹³ К цитированным выше авторам надо добавить: *Doufur A. Notion et division des choses en droit germanique // Les biens et les choses, Archives de philosophie du droit. P., 1979 T. 24; Pozzo B. Eigentum // Property – Propriété – Eigentum. P. 261 ss. l.*

⁹⁴ Об этом см.: *Grossi P. Le situazioni. P. 151.*

Так, в центре внимания оказались некоторые поздние юридические тексты, в которых за эмфитевтом, определяемым как *dominus* (C.I. 11. 62. 12), признавалось право применять *actio in rem utilis*. На этом направлении средневековые магистры теоретически обосновали разделение собственности на *directum* (признаваемую за обладателем права, то есть, например, сеньором, который предоставлял землю вассалу), которой соответствовала процессуальная защита с помощью *vindicatio directa*, и *utile* (состоящую в пользовании имуществом и приобретении ее плодов). Собственность *utile* (именуемая так потому, что ее обладатель, с точки зрения римского права, мог прибегать к *vindicatio utilis*) постепенно признавалась за эмфитевтами, суперфициариями, вассалами, прекаристами, арендаторами на долгий срок, узуфруктуариями⁹⁵.

Так, посредством теории двойной собственности германская традиция *Gewere* сохранилась, будучи облаченной в римские понятия и терминологию. Однако возведение двойной собственности к римским источникам не было только «культурной операцией». Напротив, оно повлекло целый ряд практических последствий, например, в вопросе об установлении сервитута, приобретении плодов, открытии клада; сверх того, теория двойной собственности позволила каждому из собственников (соответственно, прямо или по аналогии) пользоваться механизмами процессуальной защиты, которые были выработаны римлянами⁹⁶.

15. Новая структура виндикации

Однако между Глоссой и Комментарием виндикация приобрела совершенно особые черты в силу необходимости приспособить это средство защиты к новым и разнообразным отношениям господства над вещью⁹⁷.

Различия, связанные с определением собственности как *directum* или *utile*, начали создавать проблемы в процессуальной сфере, так как не все судьи восприняли столь широкое и недифференцированное применение виндикации (со стороны эмфитевтов, суперфициариев, долгосрочных арендаторов, вассалов, собственников). Поэтому, чтобы избежать риска отклонения требования со стороны судьи, Бернардо Дорна рекомендовал предъявлять прямой иск только тем, кто был абсолютно уверен, что сумеет доказать полную собственность, и предлагал в противном случае применять две различные судебные формулы для составления требования: одну, относящуюся к виндикации, пред-

⁹⁵ Литература по теме «разделенной собственности» необъятна. По поводу иных аспектов, которым здесь уделено внимание, см. в особенности: *Meynial E.* Notes sur la formation de la théorie du domaine divise (domiane direct et domaine utile) du XII au XV siècle dans les romanistes // *Mélanges Fitting*. Montpellier, 1908. P. 409 ss.; *Feenstra R.* Les origines du 'dominium utile' chez les Glossateurs (avec un appendice concernant l'opinion des Ultramontani) // 'Fata iuris Romani'. Etudes d'histoire du droit. Leiden, 1974. P. 215 ss.; *Idem.* 'Dominium'. P. 112 ss.; *Pastori F.* Il doppio dominio dei Glossatori e la tradizione romanistica // Studi in onore di Giuseppe Grosso. Torino, 1974. VI. P. 307 ss.; *Pozzo B.* Eigentum. P. 273 ss.; *Grossi P.* Il dominio e le cose. Percezioni medioevali e moderne dei diritti reali. Milano, 1992. Наконец, по поводу отношений между средневековой теорией «разделенной собственности» и римскими прецедентами см. *Solidoro Maruotti L.* Abstraktes Eigentum. P. 191 ss. О соотношении между *rei vindicatio utilis* римского права и средневековой конструкцией *dominium utile* см.: *Piacentino.* Summa Codicis. Moguntiae, 1563, ed. an. Torino, 1962. Fol. 114.

⁹⁶ Об этом см.: *Bussi E.* La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune. Diritti reali e diritti di obbligazione // Studi di diritto privato italiano e straniero diretti da M. Rotondi. Padova, 1937. XXVII. P. 3 ss., 13 ss.; *Wiegand W.* Zur theoretischen Begründung. S. 118 ss. О распространении виндикации на пользователя см.: *Rogierio – Rogerii summa Codicis* curante I. B. Parmerio. 1888. Lib. III. Rubr. XXI. De rei vindicatione 46 // Biblioteca iuridica Medii Aevi. Scripta anecdota Glossatorum. I. Bononiae, 1913): *Directa ei competiti qui dominus est iure gentium vel iure civili [...]. Utiles competiti ei qui non est dominus sed ius in rem habet, ut superfidiario, emphiteoticario et ei qui habet agrum vectigalem rell.*

⁹⁷ Полный обзор источников см.: *Grossi P.* Le situazioni. P. 151 ss.; *Sciume A.* Rivendicazione. P. 34 ss.



назначенную для dominus, а вторую – относящуюся к actio Publiciana, доступную для всех тех, кто не был уверен, что сумеет доказать полную собственность⁹⁸.

Дорна отмечал также, что некоторые особо осторожные адвокаты предлагали предъявлять требования с обоими исками так, чтобы клиент в случае, если он проиграет дело по виндикации, мог бы выиграть его по Публицианову иску⁹⁹.

Судя по тому, что допускал Роффредо Беневентано, можно сказать, что, идя по этому пути, весьма быстро пришли к тому, чтобы предъявлять требования, в которых для определения титула, заявляемого виндицирующим, использовалось выражение: «я требую как или как будто как собственник» («peto ratione dominii vel quasi»), хотя, с другой стороны, в это же самое время распространялось мнение, что составленное таким образом требование включало кроме reivindicatio directa и Публицианова иска также и vindicationes utiles¹⁰⁰. Широкое применение подобной практики находит дополнительное подтверждение в свидетельстве Эджидио Фоскарарии¹⁰¹, который утверждает, что требование ratione dominii vel quasi применялось в обоих судах, как церковном, так и светском (in utroque foro, tam ecclesiastico, quam civili).

Комментаторы, будучи исследователями прежде всего правовой практики, благосклонно приняли такое «гибкое» решение, привившееся в юридической практике и вошедшее в некоторые городские статуты¹⁰²; особенно учитывая крайнюю трудность для истца по reivindicatio directa предоставить веское доказательство права собственности в тот исторический период, для которого, прежде всего, было характерно разделение имущественных прав на несколько конкурирующих dominia, а также частые подделки документов и недостаточная публичность актов передачи имущества¹⁰³. «Доминий, доказывание которого является труднейшим», отмечал Пизо Соациа¹⁰⁴, а Бальд предупреждал, чтобы тот, кто может оградить себя поссessorным иском, не прибегал к петиторному, в котором доказывание является трудным¹⁰⁵. Тот же Бальд, в частности, отрицал, что требование, содержащее формулу «ты захватил такую-то принадлежащую мне вещь (occupasti talem rem ad me pertinentem)», можно было считать недействительным из-за его общего характера¹⁰⁶, в то время как Паоло ди Кастро¹⁰⁷ подчеркивал, что в начале XV в. все еще было в обиходе виндикационное требование с использованием формулы «iure dominii vel quasi».

⁹⁸ Si vero credat se dominum sed diffidat de probatione dominii, proponat actionem publicianam. Si vero dubitat sit dominus necne, quia nescit habuerit causam a domino vel a non domino, tunc certe cautius faciat actor, si proponat publiciana. См.: *Dorna B. Summa libellorum XIX. De Publiciana* / Ed. Wahrmund. Quellen zur Geschichte der römisch-kanonischen Processes im Mittelalter. Innsbruck. 1925. I. Fasc. 1. 19.

⁹⁹ Quidam advocati ad maiorem cautela ponunt in libellis suis utramque actionem, scilicet et rei vindicationem et publicianam, in hunc modum: 'Vobis conqueror ego talis de tali, qui iniuste detinet rem talem, quam peto ratione dominii vel quasi'. Et per hoc quod dicunt: 'ratione dominii', intellegunt proponete directam reivindicationem; per hoc quod dicunt: 'vel quasi dominii', publicianam, et hoc ita, ut si succumbunt in una, obtineant in alia. См.: Ibid.

¹⁰⁰ *Roffredo Beneventano. Tractatus aureus ordini iudicarii. Lugduni. 1561: de actione publiciana. n. 6–7.*

¹⁰¹ *Ordo iudiciarius, CXLVIII, Libellus super rei vindicatione* / Ed. Wahrmund. Quellen. III. Fasc. 1.

¹⁰² Возможность предъявления петиторного иска вместе с поссessorным была допущена Бергамским Статутом 1331 г., а еще ранее Статутом Брешии 1277 г.: См.: *Sciume A. Rivendicazione. 37, nt. 57.*

¹⁰³ По этому поводу см.: *Colorni V. Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare. Milano, 1954. P. 115 ss.*

¹⁰⁴ *Dominium cuius probatio difficilissima est. См.: Tha. Piso Soacia. Commentaria in quattuor Institutionum Iustiniani imperator libros. Bononiae 1640. De actionibus. Tit. VI. Cap. 19. Quae requirantur ad hoc, ut rei vindicatio locum habeat.*

¹⁰⁵ qui potest se tueri per possessorium, non confluat ad petitoriam, ubi est difficilis probatio – In primam Digesti veteris partem. Venetiis, 1599. Rubr. De rei vindicatione, ad l. Is qui destinavit. N 1.

¹⁰⁶ *Baldo. In tertium Codicis Librum commentaria. Venetiis, 1599. Rubr. De rei vindicatione. Ad l. 'domum', n. 1: '...iste libellus non est ineptus'.*

¹⁰⁷ *In Digestum Novum. Lugduni, 1548. Ad l. 'si mater', § eandem causam n. 3.*

Проблемы, которые объективно поставило доказывание собственности, заставили юридическую науку, вслед за Бальдом, допустить, наряду с предъявлением документов (*instrumenta*, обычных способов доказательства), также и свидетельские показания и признание, а при отсутствии других способов доказывания было допущено, чтобы право собственности доказывалось фактом долгого и непрерывного владения. Доказательство *traditio*, как элемента осуществления передачи собственности, получило особую эффективность: из двух приобретателей от одного и того же отчуждателя право предъявлять виндикационный иск признавалось за тем, кто первым получил имущество (*cui priori tradita est*)¹⁰⁸.

Такой порядок земельного режима и его процессуальной защиты оставался действующим и доминирующим, фактически и по праву, в течение почти четырехсот лет. Затем в связи с упадком феодальных структур и подъемом нового социального класса буржуазии в Европе XVIII в. наметилось общее сближение правового режима земель с римской классическо-юстиниановой схемой *dominium*: направление, которое не захватило только территорию Габсбургов, сохранившую – как мы покажем ниже – свою верность модели разделенной собственности германского образца.

16. Долгий путь к статье 544 ГК Франции

В теоретическом плане возвращение к римской классическо-юстиниановой модели собственности было подготовлено научной деятельностью двух знаменитых докторов, которые, однако, писали в то время, когда в вопросе правового режима земель господствовала теория разделенной собственности франко-германского происхождения.

Первые признаки возвращения к юстиниановой логике встречаются в трудах великого комментатора Бартола (1314–1357), которому мы обязаны определением: «Собственность есть право полного распоряжения телесной вещью, если это не запрещено законом (*Dominium est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lex prohibeatur*)»¹⁰⁹. В этой знаменитой формуле можно отметить два важнейших элемента. Прежде всего это определение находится в явном противоречии с двумя фигурами собственности, которые различали уже глоссаторы, а затем комментаторы (*dominium directum* и *utile*). Бартол, действительно, осуществил операцию абстрагирования, представив собственность как унитарное, полное и исключительное правомочие по распоряжению, и, сделав это, противопоставил себя практике своего времени, которая была скорее охарактеризована наличием целого ряда отношений между лицами, заявлявшими различные права на один и тот же участок земли, такие как претензии на арендную плату, на сервитуты, на право пользования, притом даже постоянное, а аллодиальная собственность в то время представляла собой лишь исключение¹¹⁰.

Но более всего определение великого комментатора явилось поворотным пунктом в истории европейского права собственности по другой причине: заслуга, которую следует признать за Бартолом, состоит в том, что он зафиксировал новый элемент в определении права собственности, затем ставший постоянным для всего современного опыта, а именно ограничение правомочий собственника законом. Нужно оговорить, что этот принцип не являлся полностью оригинальной идеей. На самом деле Бартол цитировал по этому вопросу один римский источник, а точнее, одну из конституций Константина. Однако приводимое распоряжение не содержало определения собственности, а скорее санкционировало необходимость соблюдать ограничения, наложенные законом на отчуждение общего имущества. Следовательно, предписание Константина (которое ком-

¹⁰⁸ Обзор источников см.: *Sciune A.* Rivendicazione. P. 40, nt. 87.

¹⁰⁹ *Bartholus a Saxoferrato.* Lectura super primam partem Digesti novi. Venetiis, 1493. Ad I. Si quis vi § differentia Dig. De acq. poss.

¹¹⁰ См.: *Brugi B.* Della proprietà. I. P. 25 s.; также: *Piccinelli F.* Studi e ricerche intorno alla definizione 'Dominium est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur'. Firenze, 1886. Rist. Napoli, 1980. P. 44 ss.; о важности и новизне определения Бартоло см.: *Grossi P.* Il dominio e le cose. Percorrezioni medioevali e moderne dei diritti reali. Milano, 1992. P. 453 s.

ментировал Бартол) действовало в более специфическом контексте, чем общее определение права собственности, ограничиваясь лишь признанием за собственником права продавать часть общего имущества не обязательно сособственникам, но и посторонним лицам, при условии, что специальный закон не налагал запрета на это для определенных категорий лиц¹¹¹.

Нельзя утверждать, что упомянутый римский текст был процитирован средневековым магистром совершенно не к месту, но очевидно, что источник представлял для Бартола просто *предлог* для того, чтобы достигнуть желаемого результата. Впрочем, для *modus oregandi* комментаторов было типичным, что логическая связь между римским текстом и комментарием не отсутствовала полностью, но была очень тонка, поскольку римские выражения изымались из их оригинального контекста и переносились в иной контекст.

Определение Бартола, хотя и было вдохновлено идеальной собственностью, что было явным контрастом с социально-экономической и правовой действительностью того времени, пользовалось огромным успехом: будучи принятым в итальянской науке права вплоть до XVI в., определение собственности, санкционированное в *Sacra Rota Romana*, сохранило текстуальную идентичность с определением Бартола¹¹². Формула вызвала широкий отклик также и у гуманистов¹¹³, но это в определенной степени представляло собой парадокс ввиду того, что гуманисты, в отличие от комментаторов, изучали римское право только в исторической и филологической перспективе, и уж точно не с практическими целями. Но возможно, что именно явный разрыв между конкретной действительностью отношений собственности того времени и идеальным планом, начертанным рукою Бартола, послужил для определения великого комментатора пропуском также и в учение гуманистов.

Ясон Майн, который в конце XV в. занимал среднюю позицию между практическим подходом комментаторов и историческими исследованиями гуманистов, обратил внимание еще на один аспект права собственности, который несколько веков спустя станет боевым конем сторонников концепций естественного права, а именно на природу собственности (*natura domini*). Убеждение Ясона, что собственность обладает своей собственной внутренней, естественной логикой, которую закон не должен попирать, сформировалось при чтении римских источников. Так, фрагмент Дигест по вопросу о прекарии, в котором говорилось: «ничтожно соглашение о том, чтобы дозволялось владеть чужой вещью вопреки воле собственника»¹¹⁴, Ясон прокомментировал, вводя абстрактное понятие (не столь уж несовместимое с содержанием цитируемого текста, но к нему напрямую не относящееся), что любое ограничение полного права собственности (*plenum ius domini*) является противным природе собственности¹¹⁵. У Ясона мы также встречаем цитирование CI. 4. 38. 14 (об отмене обязательства продавать часть общего имущества *consortes*), позволившее этому магистру отметить, насколько лишение собственника права свободно распоряжаться собственным имуществом противоречит добрым нравам (*est contra bonos mores auferre domino liberam facultatem disponendi re sua*). А потому собственность представляет собой полную власть над вещью с правом ее отчуждения (*plena potestas est dominium absolute dictum cum alienandi potentia*)¹¹⁶.

¹¹¹ CI. 4. 38. 14, a. 391: *Dudum proximis consortibusque concessum erat, ut extraneos ab emptione removerent neque homines suo arbitratu vendenda distraherent. sed quia gravis haec videtur iniuria, quae inani honestatis colore velatur, ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur inviti, superiore lege cassata unusquisque suo arbitratu quaerere vel probare possit emptorem, nisi lex specialiter quasdam personas hoc facere prohibuerit.*

¹¹² *Sacrae Rotae Romanae decis. rec. in comnd. red., Mediolani, 1730. II. Verb. Dominium in genere.*

¹¹³ См. также: *Brugi B. Per la storia della giurisprudenza e delle Università italiane. Torino, 1915. P. 79 ss., 113 ss.*

¹¹⁴ D. 43. 26. 12: *nulla vis est huius conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat.*

¹¹⁵ *Consilia IV. Cons. 139. N. 13. Contra naturam domini.*

¹¹⁶ *In primam Digesti novi partem Commentaria, Venetiis, 1598, ad l. naturaliter § nihil comune, De acq. poss. n. 19.*

Однако наиболее существенный переход состоял в идентификации права собственности со *свободным распоряжением имуществом*, концепция, которую Ясон выводил из авторитетных римских источников, цитируя одну из конституций Константина (СІ. 4. 35. 21). Отметим, что в упомянутом источнике опять же совершенно не затрагивается тема правомочий, признаваемых за собственником, а рассматривается совершенно иной вопрос: о пределах свободы, налагаемых на мандатария при исполнении его обязанностей. В этом отношении канцелярия Константина указывала, что если *в собственных делах каждый волен вести себя как ему угодно*, то мандатарий, действующий в интересах другого лица, должен считать себя ответственным за деятельность по ведению дел, учитывая также упущения¹¹⁷.

Но дальнейший и решающий шаг к современному понятию собственности был совершен в те же самые годы трудами французского гуманиста Франсуа Отмана, который в 1569 г. предложил следующее определение: «Собственность суть право и власть как использования, так и употребления какой-либо вещи, насколько это дозволяется цивильным правом. Ведь как говорит император, каждый является судьей и управителем своей вещи»¹¹⁸.

Здесь новым элементом является обращение к *ius utendi et abutendi*, которое накладывается на традиционное определение, данное Бартолом. Обращение к *ius utendi et abutendi* заимствовано из римских источников, но и в этом случае со значительной натяжкой, так как текст Ульпиана, цитируемый Отманом, касался не права собственности, а завещательного отказа узурфрукта на потребляемые вещи, которые – так утверждал юрисконсульт эпохи Северов – в момент использования исчезают, потребляются, разрушаются¹¹⁹. Но и обращение к фрагменту D. 3. 25. 11 нельзя считать вполне соответствующим теме, потому что выражение *re sua abuti* в оригинальном тексте Ульпиана использовано для описания поведения тех, кто проматывает свое имущество¹²⁰. Еще одно отклонение от оригинального значения римских текстов находится в конце определения, где Отман, как и Ясон Майн, приписывает Константину признание за собственником абсолютных и неограниченных прав по отношению к его имуществу, в то время как текст закона, как уже было указано, говорит о свободе субъектов действовать так, как им заблагорассудится, при ведении своих дел.

В целом внимательная оценка этих прочтений, привлеченных со значительной натяжкой, если не прямо искаженных, вызывает некоторое удивление. Ведь гуманисты в отличие от комментаторов изучали римское право только для того, чтобы открыть истинный дух классического права, объявляя, что они полностью отказываются от изучения его ради практического применения. Поэтому представляется странным, что целый ряд сильно искаженных толкований текстов дошел до нас от самого воинственного и нетерпимого из последователей гуманизма. Действительно, Отман прославился более всего как автор сочинения «*Antitribonianus*», в котором он в резких тонах обвинял Юстиниана и Трибониана в ужасном «преступлении» («*facinora Triboniani*»): непоправимой порче посредством интерполяций произведений классических юристов с целью согласования их с действующим правом. Тем не менее выработанное Отманом определение собственности, в свою очередь, было лишь результатом умелой манипуляции разнород-

¹¹⁷ СІ. 4. 35. 21: *In re mandata non pecuniae solum, cuius est certissimum mandati iudicium, verum etiam existimationis periculum est. nam suae quidam quisque rei moderator atque arbiter non omnia negotia, sed pleraque ex proprio animo facit: aliena vero negotia exacto officio geruntur nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est.*

¹¹⁸ *Dominium est ius ac potestas, re quapiam tum utendi, tum abutendi, quatenus iure civili permittitur. Nam, ut ait Imperator, rei quisque suae est arbiter et moderator.* Эта формула содержится в: *Commentarius de verbis iuris Francisci Hotomani iurisconsulti*. Basileae, 1563, а также в: *Francisci Hotomani iurisconsulti, commentarius de verbis iuris antiquitatum romanarum elementis amplificatum*. Venetiis, 1564. 2° ed. Lugduni, 1569; другие детали см.: *Piccinelli F.* Studi. P. 86 s.

¹¹⁹ D. 7. 5. 5. 1: *Si pecuniae sit usus fructus legatus vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt.*

¹²⁰ D. 3. 25. 11: *quaecumque igitur sumptum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt perdidit, dum re sua se abuti putant.*

ными юридическими материалами, которые первоначально не имели никакого отношения к институту собственности.

Формула Отмана не пользовалась успехом у современных ему юристов и юристов, работавших сразу после него. Они продолжали отдавать предпочтение определению Бартола. Потребовалось около ста пятидесяти лет, чтобы за формулой Отмана была признана та степень важности, которая впоследствии позволила ей войти в большую часть современных гражданских кодексов. Посредниками между работами Отмана и кодексами нового времени стали представители школы естественного права.

17. Собственность и свобода

Школа естественного права стала выразителем той резкой нетерпимости, которая сложилась в XVII в., по отношению к любого рода узам и ограничениям, налагаемым феодальной системой; из них наибольшую ненависть населения вызывали различные обременения, налагавшиеся на все формы земельной принадлежности.

Новые требования свободы и стремление к признанию субъективных прав проявились, более всего во Франции, в форме буржуазных требований. По этой причине у борников теории естественного права, и прежде всего в работах Пуффендорфа¹²¹, проблема собственности заняла центральное место: *dominium* было введено в число естественных прав, а следовательно, защита собственности представлялась как объект соответствующих позитивных норм¹²².

В конце XVII в., возвращаясь к теме, некогда затронутой Цицероном, английский философ Локк, отец либеральной мысли, указал на собственность как на *символ свободы*, описывая ее в терминах, созвучных традиции научной романистики. Локк особенно подчеркивал значение *ius abutendi*, которое уже выявил Отман, опираясь на ловкое прочтение римских источников. Вопреки первоначальному значению слова *abuti*, которое в римских текстах используется в значении «потреблять, терять в процессе использования», у Локка формула *ius abutendi*, напротив, приобретала значение, которое она сохраняла в большей части последующей романистической и цивилистической литературы, «права потреблять и уничтожать вещь»¹²³.

Сколько же было действительно нового в той связи, которую Локк устанавливает между правом собственности и свободой, опираясь на римские источники? Действительно, как уже отмечалось, первое установление связи между свободой человеческого существа и осуществлением права собственности восходит к Цицерону. Новизна, привнесенная учением Локка, состояла более всего в том, что он слил в единой концепции некоторые ранее существовавшие идеи. По существу, успех либеральной теории в вопросе собственности был следствием предложенного Локком удачного сочетания знаменитого определения свободы, выработанного римским юристом Флорентином, – «Свобода есть естественная возможность для осуществления того, что каждому хочется, кроме того, что запрещается силой или правом»¹²⁴, определения собственности, созданного Отманом, и ссылки на внутренне присущую *natura dominii*, отмеченную Ясоном. С помощью этих фрагментов Локк построил теорию собственности, формально основанную на авторитете римских классических источников, но на деле отвечающую идеологии поднимающейся буржуазии. Цитирование римских текстов – между прочим, почти всегда неуместное – служило для

¹²¹ Pufendorf S. De iure naturae et gentium. Frankfurt, 1743. lib. IV. Capp. IV–XIII.

¹²² О роли школы «естественного права» в определении метапозитивного фундамента частной собственности см.: Gambaro A. La proprietà. P. 97 ss.; Pozzo B. Eigentum. P. 289 ss., 294 ss., 300 ss.

¹²³ Детальное описание см.: Tully J. A discourse on property: Jhon Locke and his adversaries. Cambridge, 1980; Gambaro A. La proprietà. P. 117 ss. О собственности как институте, лишенном каких-либо социальных коннотаций и предназначенном прежде всего служить чистым выражением индивидуальной воли, см., в частности: Solari G. L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato. I: L'idea individuale. Torino, 1911; Macpherson C. B. The political theory of possessive individualism: Hobbes to Locke. Oxford, 1962.

¹²⁴ D. 1. 5. 4: Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur.

придания престижа такому изображению собственности, в котором главной была функция индивидуальной принадлежности, и, следовательно, лишенному всякой социальной характеристики.

Тем временем среди сторонников теории естественного права выявилась тенденция к новому выдвижению наряду с «романистическим» понятием *dominium* также и римско-классической формы виндикационного иска. Этот аспект даже подчеркивался особо, так как требование надежности и обеспеченности «естественных прав» выражалось в том, чтобы «полагать защиту прав в качестве основной цели юридической деятельности»¹²⁵.

Тема единой формы собственности и связанное с ней обращение к римско-классической схеме виндикации заняли центральное место также в сочинениях Р.-Ж. Потье¹²⁶, и прежде всего в его «*Traité du droit du domaine de propriété*», опубликованном в 1771–1772 гг. В плане концепций и определений заслугой Потье прежде всего стало то, что формула Отмана оказалась почти дословно воспроизведенной в современных европейских кодексах.

Чтобы понять этот переход, следует помнить, что в середине XVIII в. французская буржуазия в идеологическом и социальном плане остро ощущала свою задачу осуществить проект реформы земельной собственности. Но этой цели нельзя было добиться иначе как через выбор модели собственности, противоположной феодальной модели, которая привела бы к новому усилению права собственности. Потье был убежденным поборником классической римской модели *dominium ex iure Quiritium*, и именно благодаря систематическому прочтению римских источников (через призму концепций естественного права) и обычного права (*droit coutumier*) он изложил и радикально переформулировал вопрос собственности и ее процессуальной защиты. Поэтому, подчиняясь общему настроению, юрист из Орлеана объявил конец средневековой правовой фигуры «двойной собственности», указывая на «собственника *utile*» как единственного, «истинного» собственника. В своем сочинении «*Pandectae in novum ordinem digestae*», опубликованном в 1748 г., он писал: «Собственность обычно определяется так: право пользоваться и злоупотреблять своей вещью в пределах, допустимых правопорядком»¹²⁷.

Эта конструкция получила всеобщее одобрение, ускорив процесс уничтожения «*dominium directum*» (аристократической собственности), которая вскоре не рассматривалась более как «собственность». Незадолго до того как разразилась Французская революция, в 1772 г. в своем «*Traité du droit du domaine*» Потье определил «доминий собственности» как *ius de re libere disponendi*, а также как *ius utendi et abutendi*, уточнив затем, что собственность есть «право, по которому вещь является моей и принадлежит мне с исключением любого другого лица»¹²⁸. В том же сочинении ученый четко описал также порядок процессуальных средств, поставленных на защиту собственности, в духе позднего общего права перемежая уроки романистической традиции с опытом французского обычного права (*droit coutumier*)¹²⁹. Именно в качестве ответа на требования французской исторической действительности, отдаляясь от римского права, Потье утверждал, применительно к территории Франции, возможность виндикации бестелесных вещей. Таким образом он подкрепил то направление, которое впоследствии придало определенный характер понятию имущества, принятому в Гражданском кодексе Наполеона 1804 г.¹³⁰

Позитивная модель собственности римского классическо-юстинианова права в противовес негативной модели феодальных структур была воспринята французским революционным законодательством вместе с биномом либерального толка «собственность –

¹²⁵ См.: *Sciume A. Rivendicazione*. P. 41, в том же духе см.: *Villey M. La formation de la pensée juridique moderne*. P., 1975. P. 509 ss., 530 ss.

¹²⁶ О Потье см.: *Scozzafava T. O. La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier* // *Riv. dir. comm.* 1980. P. 327 ss.; *Grossi P. Un paradiso per Pothier*.

¹²⁷ *Lib. XLI Tit. I. Pt. I. § 2.*

¹²⁸ Цитата из итал. пер. см.: *Trattato del diritto di dominio e di proprietà*. Napoli, 1821. 2 ed. I. P. 27 ss.

¹²⁹ Подробнее см.: *Ourliac P., De Malafosse J. Histoire du droit privé*. P. 335 ss.

¹³⁰ Эта тема исследована: *Sciume A. Rivendicazione*. P. 43.

свобода». В августе 1789 г. был отменен феодальный режим, а в «Декларации прав человека и гражданина» 1789 г. (ст. 2 и 17) собственность была определена как естественное право, «священное и неприкосновенное»¹³¹.

Потье был справедливо назван предшественником постреволюционного земельного порядка: римская модель *dominium* была представлена в качестве прототипа собственности, лишенной уз, на которую следовало ориентироваться для введения понятия принадлежности, понимаемой как «право пользоваться и злоупотреблять» своим имуществом. В действительности *dominium* никогда не понимался римлянами как право абсолютно свободное и неограниченное, даже в те немногие столетия, когда «абсолютная собственность» утвердилась и действовала. Но к этому времени натяжки, допущенные при чтении и комментировании текстов *Corpus iuris civilis* в средние века, стали традицией, которой большинство доверяло слепо, иные, возможно, более критично, но всегда с убеждением, что авторитет римских источников представляет необходимое условие для оправдания введения нового режима собственности.

В общем, идея, что свойствами римской собственности всегда были унитарность, абсолютность, исключительность, с течением времени стала общим местом.

18. «Освящение» современного понятия собственности

Это убеждение несомненно уже сложилось ко времени подготовительных работ над Кодексом Наполеона¹³². Предлагая текст ст. 544 Гражданского кодекса Франции, Гресье определял собственность как *ius utendi et abutendi*, приписывая (ошибочно!) эту формулу римлянам. Точно такое же утверждение содержится в «Речи к Законодательному корпусу Франции» Порталиса¹³³. А Мальвиль в «Обоснованном анализе дискуссии о гражданском кодексе в Государственном Совете»¹³⁴, рассматривая содержание ст. 544 Кодекса, писал: «Эта статья является переводом того определения собственности, которое дают нам римские законы: *dominium* – гласит закон 21 Cod. mand. – *est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur*». Здесь, очевидно, допущена ошибка, если только речь идет об ошибке, а не о сознательном манипулировании, так как цитируемая конституция Константина (СІ. 4. 35. 21) вовсе не содержит приписываемого ей определения, которое представляет собой комментарий Отмана к оригинальному римскому выражению (к тому же не относящемуся к праву собственности) «*suae quidem quisque rei moderator atque arbiter*».

Поэтому формулировка ст. 544 Кодекса, вступившего в силу в 1804 г., была следующей: «Собственность есть право пользоваться и распоряжаться вещами наиболее абсолютным образом, с тем чтобы пользование не являлось таким, которое запрещено законами или регламентами»¹³⁵.

С того момента убеждение, что это определение взято из авторитетных римских источников и буквально воспроизведено в ст. 544 Гражданского кодекса Франции, окончательно утвердилось в юридической науке, притом не только французской.

Тем же путем шли в XIX в. толкователи ст. 544 в отношении полного и исключительного характера права собственности. Более корректно высказался Тулье¹³⁶: «таковы также и характерные черты романистической традиции». В то же время Лоран¹³⁷ без колебаний подчеркивал происхождение французского права собственности напрямую от римского юридического опыта: «Наша собственность есть римская собственность».

¹³¹ См. также: *Dezza E. Lezioni di storia della codificazione civile*. 2° ed. Torino, 2000. P. 69 s.

¹³² Подробнее см.: *Fenet P. A. Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*: 15 voll. P., 1827 (rist. an., Osnabrück, 1968). I. specialm. 518 ss.

¹³³ *Portalis J.-É.-M. Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement, premier pluviose an IX // Fenet P. A. Recueil*. I. P. 518.

¹³⁴ *Maleville J. de. Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*. P., 1807. P. 29.

¹³⁵ Эта знаменитая формула стала объектом бесчисленных исследований, в особенности см.: *Dezza E. Lezioni*. P. 70 ss.

¹³⁶ *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*. Bruxelles, 1845. II. P. 50.

¹³⁷ *Principes de droit civil français*. 6° ed. P., 1893. P. 108.

В Италии Борсари¹³⁸ в своем «Комментарии» к Итальянскому гражданскому кодексу 1865 г. (этот Кодекс во многих местах почти буквально воспроизводит Гражданский кодекс Франции 1804 г.) писал в 1874 г., что, «согласно римским законам, *dominium est ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur*». Эта неточность была, наконец, отмечена Бруджи¹³⁹, который в своем трактате о собственности в 1923 г. сетовал на то, что формулу *proprietas est ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur* «к сожалению (...) стали приписывать римским юрисконсультам даже лица высшей образованности и авторитета».

Что касается средств защиты собственности, Кодекс Наполеона не регулирует четким образом этот вопрос, ограничиваясь разделением виндикационных исков для движимого и недвижимого имущества (ст. 156). Право собственника истребовать свое имущество, следовательно, представляет собою «принцип, безусловно признаваемый кодексом Франции»¹⁴⁰.

Тем временем определяющую роль в новом распространении романистической классико-юстиниановой модели *dominium* по всей европейской территории сыграло научное направление пандектистики¹⁴¹, которое стремилось к тому, чтобы стать выразителем «истинного» римского права, которое оно видело в классическом римском праве. Но цель этого возвращения не имела чисто культурного характера (чем отличалось гуманистическое направление). Напротив, пандектисты стремились к применению классического римского права – или, по крайней мере, хотя бы его основных категорий – в качестве действующего права.

В сфере отношений собственности пандектисты применяли метод определения собственности по *принципу абстракции*. Это означало понимание собственности как синтеза прав, а не как их суммы, учитывая скорее правомочия собственника, чем природу того имущества, которое могло быть их объектом. Внутри категории, построенной таким образом, должны были затем размещаться действующие нормы, которые должны были гармонично сливаться в идеальной фигуре собственности (*метод инверсии*). Поступая таким образом, пандектисты искали позади, в римских источниках, намеченную ими модель, то есть политико-философскую модель, освященную Французской революцией.

Отыскивая в древних юридических материалах первые ростки понятия, разработанного в соответствии с требованиями их времени, пандектисты совершили операцию во многом «антиисторическую». Тем не менее, обращаясь к римским источникам классического периода и юстиниановой эпохи в поисках следов некоего компактного и абсолютного понятия собственности, пандектисты получили действительный заряд, который еще жил в римских юристах эпохи Принципата и который несколько веков спустя еще более эффективно был поддержан Юстинианом. Искажение исторической действительности состоит, пожалуй, в *преувеличении* важности феномена и в чрезмерном *расширении* его временных рамок, что создавало впечатление, что римляне *всегда* применяли унитарное и абсолютное понятие собственности. Внимательный отбор римских источников, способных придать престиж и авторитет абсолютному и исключительному понятию собственности, впоследствии настолько решительным образом повлиял в Германии на разработку III книги BGB (*Sachenrecht*), что привел к отказу от традиционной «германской модели» собственности (собственность, разделенная на «*directum*» и «*utile*») в пользу «романистической модели», которая до того времени оставалась по существу чуждой местным традициям¹⁴².

¹³⁸ Borsari L. Commentario del Codice civile italiano. Torino, 1874. II (art. 432). P. 132.

¹³⁹ Brugi B. Della proprietà. P. 25, nt. 1. Cp.: Stella Maranca F. 'Ius utendi et abutendi' // Riv. giur. abruzzese. 1925. I. P. 1 ss.

¹⁴⁰ Так, см.: Sciume A. Rivendicazione. P. 44. подробнее см.: Ferreri S. Le azioni. P. 55 ss. Эта тема является объектом другого моего исследования, в настоящее время находящегося в печати.

¹⁴¹ В этом отношении сравни: Pugliese G. I Pandettisti; Mazzacane A. Pandettistica // Enc. Dir. Milano, 1981. XXXI. P. 592 ss. (с библиографией); Pozzo B. Eigentum. P. 314 ss.; см. также: Solidoro Maruotti L. La tradizione romanistica. II. P. 166 ss.

¹⁴² Детали см.: Pozzo B. Eigentum. P. 314 ss., 318 ss.

19. Влияние ст. 544 Гражданского кодекса Франции на другие европейские кодексы

В любом случае, идея унитарной и абсолютной собственности, скопированной с модели римского *dominium*, через фильтр юридической науки XVIII–XIX вв., перешла почти во все современные кодификации, которые стали выражением этой науки.

Статья 544 Кодекса Наполеона 1804 г., действующего до сих пор, гласит: «Собственность есть право пользоваться и распоряжаться вещами наиболее абсолютным образом, с тем чтобы пользование не являлось таким, которое запрещено законами или регламентами». Эта формула была воспринята впоследствии большинством итальянских кодексов до объединения Италии и воспроизведена буквально в ст. 439 Кодекса Альберта 1837 г. для Королевства Сардинии; в неизменном виде она перекочевала также в ст. 436 Гражданского кодекса объединенной Италии 1865 г. (Кодекс Пизанелли, который во многих своих частях является дополненным и обновленным переводом *Code civil*).

Аналогично в BGB, Гражданском кодексе Германии, вступившем в силу 1 января 1900 г., в § 903 говорится: «Собственник вещи может, поскольку тому не препятствует закон или права третьих лиц, распоряжаться вещью по своему усмотрению и устранять других лиц от всякого на нее воздействия»; в этой формулировке, однако, вырисовывается тенденция скорее к описанию содержания правомочий, нежели к их определению.

Гражданский кодекс Швейцарии (ZGB) 1907 г. в ст. 641 также в полном соответствии с учением пандектистов уточняет, что «Собственник вещи может свободно распоряжаться ею в рамках закона».

Влияние Кодекса Наполеона и немецкой пандектики все еще заметно в формуле определения, выработанного итальянским законодателем в 1942 г. для ст. 832 действующего Гражданского кодекса, которая гласит: «Собственник имеет право пользоваться и распоряжаться вещами полным и исключительным образом в пределах и при соблюдении обязательств, установленных правопорядком». Здесь появляется новый важный элемент: «соблюдение обязательств», который отсутствовал в прежних определениях; но остается нетронутой догма полного и исключительного пользования.

Новейший Гражданский кодекс Голландии 1992 г. (NWB) поддерживает эту традицию, провозглашая в ст. 1 V книги, что «Собственность есть самое широкое право, которое лицо может иметь на вещь».

Единственный несогласный голос принадлежит Общему Гражданскому кодексу Австрии (ABGB), вступившему в силу 1 января 1812 г. В нем полностью отсутствует понятие полного и эксклюзивного пользования, освященного несколько лет назад Кодексом Наполеона, а собственность определяется через общее понятие принадлежности, § 353 гласит: «Собственностью кого-либо называется все то, что ему принадлежит, и все его телесные и бестелесные вещи»; § 357: «Если право на сущность вещи и право пользоваться ею принадлежат одному собственнику, тогда право собственности является полным и неразделенным. В случае же, когда одному принадлежит только право на сущность вещи, а другому – наряду с правом на сущность – исключительное право пользования ею, право собственности является разделенным и неполным для обоих. Первый называется собственником *directum*, а второй – собственником *utile*». Здесь проводится разделение внутри права собственности между правом на сущность и правом на пользу, вследствие чего одно и то же имущество может быть одновременно объектом собственности *directum* и собственности *utile*.

Очевидно, что это понятие, принятое в Австрии, отражает германскую модель принадлежности, определенную средневековой юриспруденцией как «разделенная собственность». В соответствии с этим направлением в австрийской системе собственности право виндигировать вещь признается как за собственником «непосредственным» (*directum*), так и за пользователем¹⁴³. В § 372 ABGB регулируется случай, если истец не

¹⁴³ Подробнее см.: *Amati A., Castelli A.* Manuale sul codice generale austriaco. Milano, 1844. P. 158; *Basevi G.* Annotazioni pratiche al Codice civile austriaco. Milano, 1847. P. 118 ss.; *Brugi B.* Della proprietà. P. 56 ss.; *Sciume A.* Rivendicazione. P. 45.

может предоставить исчерпывающего доказательства своего права собственности: «Если истец не может доказать приобретения права собственности на вещь от другого лица, но доказывает действительное основание и добросовестность приобретенного владения, он должен будет считаться истинным собственником в отличие от всякого владельца, который не предъявляет никакого основания своего владения, либо предъявляет более слабое». Эта возможная ситуация была воспринята доктриной как допущение *actio Publiciana* в систему, созданную Кодексом¹⁴⁴.

Сохранение в некоторых геополитических зонах Европы средневекового понятия разделенной собственности следует также из уже недействующих кодексов: например, в Гражданском кодексе Пармы 1820 г. в ст. 406–407 различались «совершенная собственность (*dominio perfetto*)» и «несовершенная собственность (*dominio imperfetto*)». Некое наложение концепций, напротив, наблюдается в Гражданском кодексе Тичино 1837 г., в котором в ст. 178 предлагалось «пандектистское» определение собственности как «права пользоваться исключительно и распоряжаться вещами по своему усмотрению любым способом, не запрещенным законом», при том что в следующей ст. 179 узуфрукт квалифицировался как *dominio utile*, а право распоряжаться сущностью вещи называлось *dominio diretto* или голой собственностью, что служит знаком глубокого укоренения разделения на *dominium utile* и *dominium directum* и остатков феодализма в реальной жизни XIX в.¹⁴⁵

20. «Декларативный» характер определений права собственности в кодексах

Мы показали, что умелый подбор и искаженное прочтение римских источников выполнялись с целью поставить современное понятие частной собственности, к которому стремилась буржуазия, на авторитетный фундамент *Corpus iuris civilis* Юстиниана. Это требование, в некотором смысле, представляло собою пережиток средневековой культуры: действительно, в то время как современная мысль отличается *критическим направлением*, умственная деятельность человека средневековья неизменно склонялась перед авторитетом. Так, между XVII и XIX вв. сохранялось постоянное, хотя и не совсем корректное, обращение к римским источникам, так как его считали необходимым для придания веса и ценности либеральному понятию собственности, которое хотели ввести в действие.

Но какие практические последствия имели эти трудоемкие «манипуляции» с античными юридическими материалами? Мы убедились, что за исключением ABGB модель собственности римского гражданского права получила в Европе всеобщее признание. Тем не менее отказ в сфере кодификации от длительного опыта разделенной собственности не остался без последствий.

Определить роль современных, внесенных в кодексы, определений права собственности в сфере прикладного права означает, по существу, задать себе вопрос, нашел ли соответствие в реальных социальных отношениях нашего современного мира образ унитарного и абсолютного права собственности, который в течение длительных периодов не находил соответствия даже в месте своего зарождения на римской территории.

Введение в современные кодексы абстрактного, абсолютного и унитарного понятия собственности – которое европейская юридическая наука представляла как «возрождение» римской классической модели *dominium* – не отвечало в полной мере требованиям современного мира. Этот разлад порожден тем фактом, что вновь введенная римская модель принадлежности была применена к социально-экономическим связям, которые в течение многих веков были отмечены распадом отношений собственности, разбитых на многочисленные формы принадлежности. Поэтому германская модель «разделенной собственности» (*directum* и *utile*) продолжала сохраняться даже после введения французского, немецкого и итальянского кодексов. Укоренившееся в европейской правовой культуре разделение на *dominium directum* и *utile* стало особенно явным благодаря рабо-

¹⁴⁴ Так: *Amati A., Castelli A. Manuale*. P. 161.

¹⁴⁵ Об этом см.: *Brugi B. Della proprietà*. P. 58, nt. 2 s.

те немецких и французских ученых-юристов XX в., которые отметили резкий контраст внутри самих кодексов (Кодекс Наполеона и BGB) между определением собственности, унитарной и абсолютной, и конкретным правовым режимом, который во многих разделах как будто исходит из идеи множества схем собственности или функционально разделенной собственности¹⁴⁶.

В конечном счете, можно утверждать, что «райские куши собственности», которые сулят наши кодексы¹⁴⁷, провозглашая право пользоваться и распоряжаться вещами самым абсолютным образом, отнюдь не отражают исторический опыт прошлого. Вспомним древние обязанности *limes* и *ambitus*, позволять проход, тщательно возделывать свой участок и ухаживать за своей лошастью, вспомним запрещение забивать *bos arator*, хоронить покойников в определенных местах, отводить дождевую воду, разрушать здания с целью спекуляции и, наконец, вспомним институт «экспроприации ради общественной пользы»¹⁴⁸. И еще меньше соответствий они находят в современном мире, где собственник окружен различными сложными ограничениями и условиями, которые постоянно растут.

В Италии, так же как во Франции и Германии, идея абсолютности и унитарности права собственности переживает кризис, прежде всего, из-за появления понятия собственности, признаваемого на конституциональном уровне, которое с течением времени перестало совпадать со значением собственности, обозначенным в кодексах XIX и XX вв. Это «расхождение» между «конституционным понятием» и «кодификационным понятием» собственности зависит от того, что кодексы представляют право собственности в значении частном, то есть индивидуальном (такой характер смягчен в Гражданском кодексе Италии ввиду упоминания «обязанностей», налагаемых на собственника), а конституции представляют право собственности в значении публичном¹⁴⁹, подчеркивая социальную функцию этого института (укажем на содержание ст. 42 итальянской Конституции), функцию, которую во всех странах Европы публичное право охраняет, прежде всего, через институт экспроприации в интересах общественной пользы.

Однако расхождение между конституционным определением собственности и формулами, данными в кодексах, зависит не только от различных формулировок текстов; существуют также и другие факторы, связанные особенно с моментами применения права. Среди этих факторов следует, прежде всего, отметить все более широкую интерпретацию социальной функции собственности, которую ей придают во всей Европе верховные органы судебной власти.

Не остается в стороне от этого социального заказа и законодательная власть. Осуществление социальной функции собственности привело к введению за счет обладателя права собственности растущих по объему ограничений и обязанностей, накладываемых строгими рестрикционистскими законодательствами в сфере городской недвижимости и сельскохозяйственных контрактов. Так, в конце 60-х – начале 70-х гг. XX в. в Италии законодательство и юриспруденция пришли к тому, чтобы лишить право собственности его юридического и экономического содержания. В эти годы оно даже отдаленно не было таким абсолютным и исключительным, как его описывал Гражданский кодекс. Вследствие этого в последующие годы многочисленные решения Конституционного

¹⁴⁶ Подробнее см.: *Wiegand W.* Zur theoretischen Begründung. S. 118 ss.; также: *Rodota S.* Scienza giuridica ufficiale e definizioni della proprietà // *Materiali per una storia della cultura giuridica.* Bologna, 1972. III. P. 439 ss.; в особенности по поводу влияния рефлексий европейской науки на ситуацию в Италии см.: *Grossi P.* Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà // *Quaderni fiorentini.* 1976–1977. V–VI. I. P. 201 ss.

¹⁴⁷ Cp.: *Gambaro A.* Proprietà in diritto comparato // *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.* Torino, 1997. XV. P. 502 ss.

¹⁴⁸ Tab. 7. 1. 7; Tab. 10; D. 8. 6. 14. 1; *Varr.* r. r. 2. 5. 4; *Cic. de off.* 3. 16. 66; *Gell.* 4. 12; D. 47. 3. 1; D. 39. 3.

¹⁴⁹ См.: *Pozzo B.* Eigentum. P. 327 ss., в особенности по поводу Италии см.: *Pugliatti S.* La proprietà nel nuovo diritto. Milano, 1954, *passim*, также: *Solidoro Maruotti L.* 'Abstraktes Eigentum'. P. 139 s.

суда объявили конституционную незаконность норм, противоречивших ст. 42 Конституции Италии, которая провозглашает принцип защиты частной собственности¹⁵⁰.

В то же самое время наряду с наступлением на понятие *исключительности* права собственности (признание *ius excludendi*) началось разрушение *унитарного* характера современного понятия собственности. Компактность режима отношений собственности, отличавшая определение собственности, внесенное в кодексы, исходила из того обстоятельства, что по древней традиции статус собственника формировался практически исключительно применительно к требованиям земельной собственности, которая до завершения процесса индустриализации играла преобладающую роль в экономической истории Европы¹⁵¹. Еще в Гражданском кодексе Италии 1942 г. земельная принадлежность принималась как парадигма широкой категории собственности (ст. 2135 ГК). Но затем, как раз с середины XX в., наряду с земельной собственностью быстро выросло экономическое значение других форм собственности, таких как коммерческая, литературная, художественная собственность, жилищная мультипроприетарность. Это явление несомненно покончило с унитарностью этой фигуры, поскольку различные формы принадлежности начали регулироваться в частных случаях различными способами, в зависимости от природы имущества. Таким образом, множественность правовых режимов продемонстрировала, что в правовом порядке Италии, Франции, Германии определились различные типы собственности, создавая институциональное положение, которое находится в явном противоречии с заявленной унитарностью некоего прочного и компактного института¹⁵².

В свете этих соображений можно заключить, что формулы, вырабатывавшиеся для описания права собственности со времен Бартола и далее, вплоть до современных гражданских кодексов, имеют чисто декларативный характер, то есть политико-философский, идеологический, метапозитивистский, но лишены черт чисто распорядительного, определяющего или, иными словами, технико-юридического характера¹⁵³. С другой стороны, во всех современных правовых порядках имеется некоторое число положений, связанных с идеологией, не имеющих распорядительного характера (*декларации*), таких, например, как утверждение, содержащееся в ст. 52 Конституции Италии, что долг защищать Родину священен, или принцип, провозглашенный в ст. 315 ГК Италии 1942 г., что сын должен уважать родителей.

Дело в том, что в истории права слишком часто смешивали философское понятие собственности и его технико-юридические аспекты. Можно принять в качестве подтвердившегося факта, что единая *техническая* форма принадлежности существовала только в строго ограниченные исторические периоды; но история через свидетельства Гая, Юстиниана, Бартола, Ясона Майна, французских законовевов, составителей современных кодексов учит нас также, что юристы никогда не оставляли попыток достичь *идеала* компактной и исключительной собственности, понимаемой как наиболее полное и интенсивное выражение принадлежности¹⁵⁴.

Поэтому, применение унитарного термина «собственность», как и обращение к «абсолютному» понятию собственности, никогда не являются ошибочными, даже когда они относятся к самым разнообразным историко-институциональным ситуациям. Это объясняется тем, что они, с одной стороны, в философско-идеологическом плане указывают на стремление к более плотному понятию принадлежности, как утверждению публичных или индивидуальных правомочий, а с другой стороны, в узко техническом плане обозначают комплекс прав, дающих возможность пользоваться и распоряжаться имуществом. Однако необходимо всегда помнить, что идеальная модель абсолютной, компак-

¹⁵⁰ Подробнее см.: *Solidoro Maruotti L.* 'Abstraktes Eigentum'. P. 140 s.

¹⁵¹ Тема раскрыта: *Costato L.* Proprietà agraria // Enc. dir. Milano, 1988. XXXVII. P. 325 ss.

¹⁵² См.: *Pugliatti S.* La proprietà nel nuovo diritto; *Rodota S.* La proprietà e le proprietà // Il controllo sociale delle attività economiche. Bologna, 1977. P. 287 ss.

¹⁵³ *Candian A.* Propriété. P. 238. *Pozzo B.* Eigentum. P. 289.

¹⁵⁴ Cp.: *Grossi P.* Proprietà (diritto intermedio) // Enc. dir. Milano, 1988. XXXVII. P. 226 ss.

ной и исключительной собственности не всегда и не обязательно совпадает с технико-юридическими понятиями принадлежности, которые выявляются в различные моменты в различных правовых порядках.

L. SOLIDORO MARUOTTI

'PROPRIETÀ ASSOLUTA' E 'PROPRIETÀ RELATIVA' NELLA STORIA GIURIDICA EUROPEA

(RIASSUNTO)

La nozione assoluta e unitaria della proprietà, che è stata accolta nella maggior parte dei codici civili europei del XIX e XX secolo, non è, come comunemente si crede, derivata dal diritto romano e dalla tradizione giuridica europea senza soluzione di continuità. Anche se il diritto romano effettivamente applicò, in una circoscritta fase storica, un tipo di dominio unitario e assoluto, certamente questo modo di concepire l'appartenenza dei beni non costituisce una esperienza né universale, né eterna, né immutabile. Al contrario, sia nell'esperienza giuridica romana, sia nelle vicende europee successive al crollo dell'Impero romano si sono alternati differenti assetti dell'appartenenza dei beni. La struttura dell'arcaica *legis actio sacramenti in rem* dimostra che il diritto romano conobbe, in origine, una molteplicità di forme di appartenenza e una forma di *'tutela relativa'* delle proprietà. Solo tra il III e il I sec. a. C. cominciò a delinearsi una distinzione netta tra possesso e proprietà e a formarsi, per conseguenza, una nozione di dominio unitario, assoluto e astratto (*dominium ex iure Quiritium*); ma questo assetto non ebbe lunga durata, perché, secondo quanto attesta Gaio, le *possessiones* sugli agri vectigales e la comparsa dell'*in bonis esse* produssero una nuova frantumazione del concetto unitario di proprietà. Tracce ancora più evidenti di proprietà relativa si evidenziano nelle fonti del Basso Impero, periodo in cui i contatti con i Germani fecero conoscere ai Romani le concezioni franco-germaniche dell'appartenenza, legate alla *Gewere*, e, quindi, alla

proprietà funzionalmente divisa (c. d. *Geteiltes Eigentum*). Nonostante il tentativo giustiniano di ripristinare il concetto classico di *dominium unitario* e assoluto, dopo il crollo dell'Impero romano la proprietà fondiaria si assestò secondo il modello dell'appartenenza franco-germanica (ad eccezione delle poche aree in cui era praticato l'allodio). Su queste basi, i Maestri medioevali elaborarono la celebre teoria del *'dominio diviso'* (in dominio diretto e dominio utile). La frammentazione dei rapporti proprietari rimase inalterata fino alla Rivoluzione francese. In quegli anni la borghesia, insofferente nei confronti dei limiti e dei vincoli posti dal feudalesimo alla proprietà delle terre, prese a identificare la libertà con la proprietà, esaltando il pensiero di Locke. Così, nel 1748 Pothier (sulla base di una formula di Hotman, a sua volta ricavata da una lettura forzata e deviata di alcuni testi romani) definì la proprietà come «il diritto di usare e di abusare della cosa propria nei limiti consentiti dall'ordinamento giuridico». Benché i legisti francesi e, più tardi, la Pandettistica tedesca affermassero ripetutamente che questa formula era romana, ciò non risponde al vero: i Romani non ci hanno lasciato alcuna definizione del diritto di proprietà. In ogni caso, la definizione di Pothier fu riprodotta all'art. 544 del Codice Napoleone e poi, quasi immutata, negli altri codici europei, ad eccezione del Codice civile austriaco, che ha respinto la nozione assoluta e unitaria della proprietà, preferendo restare fedele alla tradizione germanica del *dominio diviso*.