

ПРЕКАРІУМЪ

ПО

РИМСКОМУ ПРАВУ.

ДМИТРИЯ АЗАРЕВЧА.



ЯРОСЛАВЛЬ.

ВЪ ТИПОГРАФИИ ГУБЕРНСКАГО ПРАВЛЕНІЯ.

1877.

**Печатано по опредѣленію Совѣта Демидовскаго Юрическаго Лича.
Сентября 12 дня 1876 года.**

Директоръ М. Капустинъ.

ПРЕДИСЛОВІЕ

Считаемъ нелишнимъ вкратцѣ объяснить въ предисловіи мысль руководившую насъ въ выборѣ настоящей темы труда.

Съ перваго взгляда можетъ показаться страннымъ, что я остановился на разработкѣ вопроса, излагаемаго подробно не только въ общихъ курсахъ пандектнаго права, но имѣющаго кромѣ того большую минографическую литературу начиная уже съ прошлыхъ двухъ столѣтій ¹⁾ и кончая новѣйшими временами ²⁾. Все это предполагало бы исчерпывающую разработку прекарной сдѣлки и потому окончательную установку основныхъ его началъ. И въ самомъ дѣлѣ, какъ свидѣтельствуеъ Шмидтъ на первой страницѣ своей монографіи, долгое время ни одинъ правовой институтъ не пользовался такими установившимися въ наукѣ взглядами, передававшимися отъ поколѣнія къ поколѣнію ³⁾, какъ это выпало на долю прекаріума. Но уже тотъ фактъ, что самъ Шмидтъ нашелъ необходимымъ оста-

1) Таковы Böttcher (Eichel). Dissertat. inaug. de precariis. Helmst. 1669; Strauchius (de l'uchel) de precario Icn. 1674; Mascovius (Volschow) de precario. Gryphwld. 1704; Feltzius (Le Febure) excerp. contr. illust. de precario. Argent. 1714; Leyserus. de precario. Helmst. 1729 (Meditat. ad. Dg. VII St. 746); Christ. Rau s. Aug. Corn. Stockmann. Dissert. de precario. Lipsiae 1774; I. G. Vogel. Diss. de precario Gött. 1786.

2) Bickell. Dissert. inaug. de precario. Marb. 1820. Degener. Begriff des Precar. 1831; Carl Bulling. Das Precarium Leipzig 1846 и наконецъ особенно большой трудъ Geogr. Ed. Schmidt. Das Commodatum und Precarium. Leipzig 1841.

3) См. приведенную у него литературу въ примѣч. I.

IV.

новиться на обширномъ изслѣдованіи этого вопроса, даетъ понять, что господствовавшее до того, общепринятое воззрѣніе, далеко еще не исчерпывало всей юридической мотивировки, выводовъ, какія могли быть и должны были быть сдѣланы изъ этого ученія. Въ книгѣ Шмидта не имѣется какихъ нибудь новыхъ общихъ взглядовъ на сущность прекаріума. Нова въ ней постановка вопроса, выраженая въ самомъ уже заглавіи, а въ самомъ изложеніи попытка подвести главныя начала прекаріума подъ общіе принципы въ другихъ институтахъ гражданского права (владѣніе, дареніе и т. п.), т. е. привести это ученіе въ самостоятельное соотношеніе къ общей системѣ права.

До того обыкновенно на прекаріумъ смотрѣли, какъ на такую обособленную отъ другихъ отдѣловъ гражданского права сдѣлку, догматически изложить начала которой можно было, ограничиваясь ясными положеніями Юстиніанова права. Къ такому направленію изслѣдованія давалъ поводъ и совершенно отдѣльный титулъ *de precario* ¹⁾.

Вся задача при подобномъ изслѣдованіи ограничивалась примиреніемъ нѣсколькихъ явныхъ противорѣчій источниковъ и буквальной передачей текста римскихъ юристовъ. При этой работѣ не обращалось вниманія на соотношеніе признаковъ прекаріума къ другимъ юридическимъ актамъ весьма схожимъ съ нимъ по признакамъ, а если и останавливались на этомъ соотношеніи, то только мимоходомъ и притомъ всегда довольствовались тѣми разграниченіями, которыя попадаются въ Дигестахъ.

1) Dig. 43. 26.

Первый Критсъ ¹⁾ выдвинулъ на первый планъ вопросъ объ отношеніи прекаріума къ весьма сходной сдѣлкѣ ссуды, коммодата. Выходя изъ исторической точки зрѣнія онъ высказалъ неслыханную до того вещь о тождествѣ обѣихъ сдѣлокъ во всѣхъ признакахъ, а слѣдовательно и въ юридической сущности для позднѣйшаго римскаго права. Такая постановка вопроса дала ученію о прекаріумѣ громадное значеніе въ изслѣдованіяхъ, какъ историческихъ, такъ и догматическихъ по многимъ главнѣйшимъ институтамъ римскаго-гражданскаго права.

При мотивировкѣ и позднѣйшей провѣркѣ воззрѣнія Критца, вызвавшего на тихую до того поверхность прекаріума цѣлую бурю, пришлось затронуть множество до тѣхъ поръ неприводимыхъ въ связь съ даннымъ ученіемъ вопросовъ, какъ напримѣръ прежде всего исторію реальныхъ контрактовъ, развитіе и смыслъ такъ назыв. *judicia bonae fidei*, смыслъ и исторію безименныхъ договоровъ. Въ вещномъ правѣ пришлось останавливаться на подробномъ анализѣ тѣхъ случаевъ владѣнія, которые со временъ Савиньи извѣстны подъ именемъ производнаго владѣнія, каковой анализъ велъ къ общему ученію о природѣ владѣнія, существенныхъ его элементахъ. Въ процессѣ приходилось останавливаться на исторіи происхожденія и смыслѣ интердиктовъ, *condictiones*, *actiones praescriptis verbis* и т. д. Отдѣльные признаки прекаріума вызвали напримѣръ ту или другую установку признаковъ даренія. И т. д., и т. д.

1) Kritz. Sammlung von Rechtsfällen und Entscheidungen derselben Bd. 1 Num. XIV p. 177—229. E jusd. Pandectenrecht aus den Rechtsbüchern Iustinians nach den Erfordernissen einer zweckmäss. Gesetzgeb. I Bd. 2 Aufl. II p. 429—461.

VI.

Такое направленіе видно уже въ первыхъ трудахъ послѣ Критца. Исключительно оригинальность взгляда, высказаннаго имъ, побудила Шмидта предпринять свой трудъ. Самое заглавіе уже указываетъ на то, что главная задача его состоитъ не въ отдѣльномъ изложеніи признаковъ прекаріума, а только по отношенію къ коммодату. Защищая строгое различіе обѣихъ сдѣлокъ по догматической ихъ сущности, Шмидтъ принужденъ былъ коснуться многихъ догматическихъ вопросовъ по другимъ институтамъ гражданскаго права и процессу, частью помѣченныхъ въ послыкахъ Критца, частью новыхъ. Но изъ самого критическаго приѣма, принятаго Шмидтомъ, можно видѣть, что главная задача его состояла въ подтвержденіи противнаго Критцу взгляда на позднѣйшую сущность прекаріума своимъ толкованіемъ упомянутыхъ правовыхъ институтовъ, касаясь ихъ настолько, на сколько достигалась уже сначала предвзятая идея. Такое отношеніе къ вопросу всегда не убѣдительно и потому и послѣ труда Шмидта остается желать полного безпристрастнаго анализа прекаріума на основаніи богатыхъ данныхъ, добытыхъ въ новѣйшей литературѣ по вопросамъ того или другаго вопроса гражданскаго римскаго права.

Мы сказали, что прекаріумъ принадлежитъ къ числу такихъ вопросовъ ближайшая разработка которыхъ вызываетъ установку многихъ спорныхъ институтовъ римскаго гражданскаго права, интересъ которыхъ главнымъ образомъ и состоитъ въ этомъ близкомъ соотношеніи правовыхъ идей, разрѣшеніе котораго намѣчиваетъ главныя положенія цѣлой системы права. Посылками для прекаріума служатъ: все вѣчное право, исторія обязательственнаго права и развитіе римскаго процесса. Богатая новѣйшая литература этихъ

ученій дала чрезвычайно много новыхъ, оригинальныхъ выводовъ, соотношеніе которыхъ съ прекаріумомъ должно во многомъ измѣнить взглядъ на него; а съ другой стороны на прекаріумѣ многіе изъ этихъ выводовъ только и могутъ быть провѣрены. Слѣдовательно прекаріумъ такой вопросъ, въ изученіи котораго затрогиваются основные институты почти всего римскаго права. Въ этомъ все его научное значеніе и интересъ.

Итакъ моя задача состоитъ не въ систематическомъ изложеніи ученія о прекаріумѣ, а главнымъ образомъ въ изслѣдованіи тѣхъ его признаковъ, которые требуютъ предварительную установку взгляда на тотъ или другой институтъ римскаго права, т. е. на прекаріумѣ я пытался провѣрить и отчасти вновь разработать нѣкоторые главнѣйшіе вопросы въ институтахъ вещнаго, обязательственнаго правъ и процесса.

Д. Азаревичъ.

Ярославль.

16 августа 1876 года.

ПРЕКАРИУМЪ.¹⁾

(PRECARIUM).

Критсъ, приступая къ анализу отношенія извѣстнаго въ римскомъ правѣ подъ именемъ *precarium*, го-

1) Ни на нѣмецкомъ языкѣ (см. Windscheid. Pandekt. 2 p. 288), ни на русскомъ не имѣется соответствующаго данному выраженію слова. Но нѣмцы прежде его переводили не дающимъ никакого юридическаго представленія словомъ *Gutheit* (Brinz. Pandekten. p. 86, 87), теперь же иногда переводятъ словами *Bitthesitz* или *Bittgewahrsam*. *Bittvertrag*, *Vergünstigung* (см. напр. у Ziebarth. Die Realexecution u. die Obligation p. 132, 133). Противъ такого перевода можно замѣтить, что въ него вошли признаки далеко не безспорные (владѣніе или простая *detentio*, договорное отношеніе или нѣтъ), а потому онъ и не можетъ быть принятъ во всеобщее употребленіе. Что касается русскаго языка, то мы имѣемъ попытку даже официальную перевести слово *precarium*. Такъ переводчики мѣстныхъ узаконеній губерній Остзейскихъ перевели его словомъ *уступка* (ст. 3765—3776 св. гр. зак.), словомъ крайне неопредѣленнаго растяжимаго смысла, не дающимъ понятія ни объ одномъ признакѣ сдѣлки. Г. Дамашевскій далъ описательный переводъ «дача на поддержаніе впредь до усмотрѣнія» (Объ обязательствахъ по римскому праву Виндшейда. Спб. 1875 p. 308). Въ переводѣ этомъ не характеризуется вовсе юридическая сущность сдѣлки, а дается только одинъ изъ ея признаковъ. По этому всему мы остаемся при латинскомъ выраженіи *прекариумъ*, какъ это дѣлаютъ и французскіе цивилисты, только переначивающіе латинское *precarium* во французское *le précaire* (напр. Arntz. Cours de droit civil français. t. 2 Paris, 1863 p. 554).—Стороны въ прекарной сдѣлкѣ мы будемъ обозначать выраженіемъ *precario dans* или *rogatus*, т. е. предоставляющій или упрощаемый предоставить вещь на прекарномъ условіи, а *precario accipiens* или *rogans*, т. е. принимающій или выпрашивающій вещь на этомъ условіи.

ворить: «подобныхъ загадочныхъ фрагментовъ, каковыя содержатся въ титулѣ «de precario», не представляетъ ни одинъ вопросъ въ пандектномъ правѣ» ¹⁾).

Дѣйствительно, несмотря на очевидно тѣсную спеціальность вопроса, богатую его литературу ²⁾, весьма мало такихъ вопросовъ, какъ данный, въ которыхъ за послѣднее время наука отстояла такъ далеко отъ установленія болѣе или менѣе твердыхъ началъ. Ученые расходятся не только въ опредѣленіи отдѣльныхъ признаковъ, но даже и общаго характера всей сдѣлки (какъ договора, какъ вещной сдѣлки, какъ просто фактическаго отношенія, т. е. даже и во правоотношенія). Такое состояніе вопроса условливается не только тѣмъ непосредственнымъ обстоятельствомъ, что отдѣльные признаки прекаріума по положеніямъ Юстиніанова права легко истолковываются въ смыслѣ отождествленія его съ другими правовыми сдѣлками, какъ напримѣръ съ договоромъ ссуды (*commodatum*), иногда поклажи (*depositum*), даренія (*donatio*) и т. д. Неопредѣленность въ этомъ отношеніи выраженій источниковъ такъ велика, что до послѣднихъ временъ въ наукѣ можно встрѣтить самыя крайнія воззрѣнія съ одной стороны рѣзкаго различенія отъ всѣхъ прочихъ институтовъ римскаго права, а съ другой стороны—полнаго догматическаго отождествленія напр. всего ближе съ договоромъ ссуды, коммодатомъ. Но такъ какъ тождество въ Юстиніановомъ правѣ не исключало факта историческаго различія, то съ точки зрѣнія писателей тожде-

1) Kritz. *Das Pandektenrecht*. Meissen 1837 г. I, 2 p. 429.

2) Новѣйшая приведена у Вангерова (*Pand.* s 691), а болѣе древняя у Шмидта ((*D. Precar.* p. 1 n. 1).

ства слѣдовало опредѣлить характеръ историческаго различія въ постепенномъ развитіи *precarii* и *commodati*.

При такой задачѣ изслѣдователь наталкивается главнымъ образомъ на два слѣдующихъ затрудненія, какъ-то: прежде всего на общій крайне неразработанный вопросъ объ историческомъ развитіи формъ римскихъ обязательствъ, а во вторыхъ—на крайне спорный вопросъ о смыслѣ владѣйныхъ исковъ и ихъ историческомъ происхожденіи. Вотъ эти два вопроса и будутъ занимать насъ главнымъ образомъ при разъясненіи сущности прекарнаго отношенія; всѣ прочіе побочные вопросы будутъ затронуты по мѣрѣ того, какъ того будетъ требовать связь съ ними излагаемаго предмета.

Анализъ прекаріума мы начнемъ съ догматической стороны, а затѣмъ уже путемъ историческаго умозаключенія постараемся дать свое опредѣленіе значенію этой сдѣлки, какъ въ римскомъ, такъ и въ новѣйшихъ гражданскихъ правахъ.

Въ Дигестахъ мы находимъ такое опредѣленіе прекаріума:

Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu is, qui concessit, patitur (L. 1 pr. D. 43. 26).

По этому опредѣленію прекаріумъ долженъ имѣть два слѣдующихъ явно отличительныхъ признака:

1) *Прекаріумъ устнаивается по просьбѣ* (*precibus*) *precario accipientis*. Отсюда и выраженія *rogatus* и *rogans*, которыми юристы обыкновенно обозначаютъ стороны ¹⁾. На юридическую сущ-

1) Machelard. Théorie générale des interdits en droit romain. Paris 1864 p. 261 n. 2.

ность отношенія этотъ признакъ собственно не можетъ имѣть никакого вліянія, но какъ особенность именно даннаго отношенія, онъ можетъ съ одной стороны оказаться важнымъ для историческаго пониманія прекаріума, а съ другой стороны практически весьма важно знать: обусловливается ли существованіе прекаріума въ каждомъ случаѣ наличностью этого признака. Итакъ посмотримъ безспорно ли выразился этотъ признакъ въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ?

Основываясь на приведенномъ опредѣленіи и L. 2 § 3 D. 43, 26 ¹⁾, многіе писатели ²⁾ считаютъ этотъ признакъ до того характеристичнымъ, что признають его существеннымъ для понятія прекаріума, производя отъ него и общее названіе всего отношенія (*precarium* отъ *precēs* ³⁾), хотя достаточнаго внутренняго основанія этому чисто формальному пониманію сдѣлки и не находимъ ⁴⁾; поэтому уже трудно предположить, чтобы признакъ этотъ былъ на столько существенъ. Дѣйствительно, противъ подобнаго взгляда другіе писатели ⁵⁾ могли сослаться на слѣдующія слова юриста Паула: ⁶⁾ *precario possidere videtur, non tantum qui per epistolam vel quacumque alia ratione hoc sibi concedi postulavit, sed et is, qui nullo voluntatis indicio, patiente*

1) *Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel juris adeptus est ex hac solummodo causa, quod precēs adhibuit.*

2) Кромѣ приведенныхъ у Schmidt. *Precar.* p. 15 n. 13 см. Bulling. *Precar.* p. 22 n. 8; Thibaut. *System* § 557.

3) См. напр. Müller ad Struv. ex. 45 thes. 156 l. a.

4) Vangerow. *Pand.* 3 p. 606.

5) Особенно см. Savigny *Besitz.* p. 557. Wenig-Ingenheim. *D. gemein. Civilrecht* § 301; Schmidt v. Ilmenau въ Schneider's *Jahrbüchern* September 1843 p. 772.

6) Paulus *Sentent.* R. 5, 6 § 11.

tamen domino possidet. Чтобы устранить это недоразумѣніе нѣкоторые изъ писателей перваго взгляда толковали приведенныя слова Павла въ томъ смыслѣ, что ограничивали ихъ случаевъ продолженія прежде установленнаго прекаріума ¹⁾. Но противъ подобнаго ограниченія будутъ слѣдующія постановленія, какъ бы вытекшія изъ общаго положенія Павла. По словамъ Ульпіяна ²⁾ по продажѣ собственникомъ прекарно ссуженной вещи *precario accipiens* могъ оставаться въ прежнихъ отношеніяхъ къ ней, если только новый собственникъ не требуетъ ея выдачи; причемъ безразлично знаетъ ли *precario accipiens* о согласіи его на удержаніе вещи или нѣтъ ³⁾. Далѣе, по словамъ Помпонія ⁴⁾ и Ульпіяна ⁵⁾ досрочный прекаріумъ могъ быть возобновленъ по истеченіи срока. Правда, и этимъ свидѣтельствамъ, какъ увидимъ ниже, находили другое объясненіе, но пока мы ограничиваемся буквальнымъ смысломъ ихъ. О другихъ же доказательствахъ по крайней ихъ спорности мы пока и вовсе не говоримъ, таково напримѣръ возобновленіе прекаріума въ лицѣ прежняго *precario accipientis*, когда по смерти или безуміи *precario dantis* наступало наследованіе въ его имущество ⁶⁾, и др.

Уже изъ сказаннаго трудно признать за несомнѣнно отличительный признакъ отношенія прекаріума—его установленіе по предварительной просьбѣ *precario accipientis*; хотя бы даже смягчить это положеніе тѣмъ,

1) Напр. Cujacius ad h. l.

2) L. 8 § 2 D. 43, 26.

3) См. Bulling. Precar. p. 12, 13.

4) L. 5 D. 43, 26.

5) L. 4 § 4 D. 43, 26.

6) См. Bulling. Prec. p. 15—17.

что не требовать непременно буквально *preces*, а довольствоваться всякимъ заявленіемъ которое выражало бы ихъ смыслъ ¹⁾). Дѣйствительно, нѣтъ теоретическаго основанія и настаивать на этомъ признакѣ, какъ характеризующимъ прекаріумъ, такъ какъ самъ по себѣ онъ не говоритъ ничего. Поэтому не можемъ не согласиться съ тѣми писателями ²⁾), которые раздѣляютъ мнѣніе Фогеля: *precarium sine precibus et preces sine precario esse possunt* ³⁾).

Чтоже касается производства слова *precarii* отъ того, что *preces adhibet, ut sibi possidere aut uti liceat*, ⁴⁾ то, по замѣчанію Zielonacki ⁵⁾), оно также неудачно, какъ и производство напримѣръ *arcifinium ab hostibus arcendis*.

2) Второй признакъ прекаріума по вышеприведенному опредѣленію состоитъ изъ *права произвольнаго востребованію отданной precario вещи назадъ* ⁶⁾). Многіе писатели считаютъ этотъ признакъ на столько существеннымъ для прекарнаго отношенія, что часто на немъ одномъ строятъ все различіе прекаріума отъ коммодата ⁷⁾). Изъ доктрины такой взглядъ перешелъ

1) См. Schmidt. *Precar.* p. 17 n. 13.

2) Напр. Leyser. *Sp.* 510; med. 1—3; Bickell *Precar. Kap. II*; Machelard. *Interdits* p. 268.

3) Vogel. *Precar.* § 7.

4) L. 2 § 3 D. 43, 26.

5) Besitz p. 172.

6) L. 1 § 2 D. 43, 26: *quum sibi libuerit precarium solvere* L. 2 § 2 D. h. t.

7) См. напр. Glück. *Erläuter.* 13 p. 446; Bucher. *Rech^t d. Forder.* § 97; Schweppe. *Priv. Recht* § 453; Keller. *Pand.* § 355; Vangerow. *Pand.* 3 p. 631, 632; Arndts *Pand.* § 284; Sintenis. *Gem. Civilr.* 2 s 111 n. 34; Randa. *Besitz* p. 275, 276; Ronga. *Diritto rom.* 2 p. 93; и др.

и въ новѣйшія законодательства ¹⁾. иногда какъ единственное отличіе прекаріума отъ коммодата. Прикоммодатѣ, думаютъ ²⁾, отданная въ ссуду вещь не можетъ быть вытребована ссудодателемъ раньше условленнаго срока или окончанія выговореннаго пользованія (*certus usus*) ³⁾; тогда какъ по общему правилу прекарно отданная вещь могла быть вытребована въ любое время *ad nutum concedentis*. Нѣкоторые писатели ⁴⁾ однако, признавая этотъ отличительный признакъ прекаріума, отказывались выставить его въ различіи отъ коммодата, считая его не за реквизитъ, а только за естественный выводъ прекаріума.

Провѣрить существенность этого признака для прекаріума всего естественнѣе задававшись вопросомъ: какой результатъ на сдѣлку окажетъ установленіе срока пользованія? Единственное мѣсто, которое прямо отвѣчаетъ на данный вопросъ, читается такъ: *Cum precario aliquid datur, si convenit, ut in Calendas Iulias precario possideat, numquid exceptione adjuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? Sed nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat* (Celsus L. 12 pr. D. 43, 26) т. е. установленіе срока не имѣетъ силы, какъ условія, противнаго сущности сдѣлки, а потому и разсматриваемаго *pro non adjectis* ⁵⁾ или какъ говоритъ Mühlenbruch *interdictum de precaria possessione* исключаетъ *exceptio pacti* ⁶⁾.

1) Напр. Landr. 21 § 232.

2) См. Duarenus Opera. omnia 1607 p. 952, 956, 710; Höpfner. Comment. § 771; Vogel. Prec. p. 196; Mühlenbruch. Pand. § 383; Schmidt. Precar. p. 157—181.

3) L. 3 § 6; L. 5 § 7, 12; L. 10 pr.; L. 17 § 3 D. 13, 6, C. un. X de comm. 3, 15. См. подробно Schmidt von Ilmenau въ Schneider's Jahrbücher 1843 p. 786 и слѣд.

4) Schmidt. Precar. p. 18.

5) L. 27 § 3 D. 2, 14.

6) Mühlenbruch. Pandekt. § 240.

Таково и самое обыкновенное воззрѣніе въ литературѣ ¹⁾ Но противъ него весьма основательно приводили такой общій для всѣхъ сдѣлокъ доводъ ²⁾. Никогда нельзя сказать, чтобы изъ числа послѣдствій противныхъ сдѣлкѣ условій именно ничтожность самого условія имѣла мѣсто при прекаріумѣ. Поэтому съ равнымъ основаніемъ ³⁾ другіе писатели ⁴⁾ думаютъ, что съ установленіемъ срока пользованія вся сдѣлка превращается въ обязательственное отношеніе коммодата. Но противъ послѣдняго какъ и противъ перваго воззрѣнія будетъ въ общемъ уже то, что многіе римскіе юристы (Гай, Помпоній, Марцеллъ) занимаются тѣми случаями, когда *precario rogare* пркизводится *ad tempus* ⁵⁾, а другіе ⁶⁾ упоминаютъ объ этихъ случаяхъ, какъ практическихъ.

Поэтому уже одному нельзя признать воззрѣнія ⁷⁾. по которому подобное опредѣленіе срока является совершенно безполезнамъ, и если къ истеченію его не будетъ ревокаціи, то *prec. arriprens* продолжаетъ пользованіе по тому же титулу. Другіе писатели поступаютъ иначе. Множество изъ нихъ считаютъ необходи-

1) См. *Struvius. Synt. jur. civ. ex 45 th. 160*; *Scweppe. Röm. Priv. R. § 576 n. 6*; *Wening-Ingenheim. Civilr. 3 p. 315*; *Sintenis Civilr 2 § 111*; *Bulling. Prec. p. 14*; и др.

2) См. *Vogel. Precar. p. 208*.

3) Справ. *L- 26 D. 39, 6*; *L. 36*; *L. 38 D. 18, 1. съ L. ult. D. 39, 5*.

4) См. напр. *Brunemann. Comment. ad. Lib. 43, 26 § 12*; *Thihaut. System § 557*; *Mühlenbruch. Pand. § 384*.

5) *L. 4 § 4*; *L 5 D. 43, 26* справ. *L. 6 pr. D. 43, 26 съ L. 14 D. 19, 2*.

6) Ульпіанъ *L. 8 § 7 D. 43, 26*.

7) Напр. *Savigny. Besitz 6 изд. p. 559*.

мысль отвергнуть упомянутыя воззрѣнія и, выходя изъ
возможнаго факта ограниченія прекаріума срокомъ, ис-
кать объясненія ненарушающаго его отличительнаго
характера отъ коммодата. Такъ напримѣръ уже дав-
но ¹⁾ высказывался такой взглядъ: установленіемъ сро-
ка *precario dans* опредѣлялъ время реституціи буде
онъ не потребуетъ раньше, т. е. по истеченіи опредѣ-
леннаго срока прекаріумъ прекращается самъ собою и
если тѣмъ не менѣе *prec. accipiens* оставляется во вла-
дѣніи, то это должно разсматриваться какъ новый пре-
каріумъ, а не продолженіе стараго ²⁾, такъ сказать
reprecariatio tacita, какъ выражается Ленцъ ³⁾. Дру-
гіе же писатели ⁴⁾ придаютъ еще болѣе практическаго
значенія установленію срока, считая его за ревокацію
подъ резолютивнымъ условіемъ, съ наступленіемъ кото-
раго ревокація пріобрѣтаетъ тоже значеніе, какъ и при
отсутствіи срока; значить съ того момента *precario*
accipiens впадаетъ въ *inop* и поэтому отвѣчаетъ за
omnis culpa ⁵⁾, какъ было бы, еслибъ онъ не возвра-
тилъ вещи по востребованію. Изъ этихъ двухъ воззрѣ-
ній послѣднее не имѣетъ за себя ни одного намека ис-
точниковъ. Выходя же изъ перваго можно сказать слѣ-
дующее.

Логика не можетъ допустить, чтобы разъ установ-
ленный срокъ былъ не въ интересѣ *precario accipien-*
tis, просившаго известную вещь именно *ad tempus*;

1) Первый Duarenus (*Opera. Francofurti 1598 p. 710*),
а не Kraus (*Diss. de precario ad certum tempus dato. Wittenb.*
1750), какъ думаетъ Vogel. *Préc. p. 209.*

2) Vangerow. *Pand. 3 p. 607.*

3) Lenz. *Das Recht des Besitzes. Berlin 1860 p. 110 n. 3.*

4) Bulling. *Precar. p. 14.*

5) Kraus. *De precario ad certum tempus dato § 6.*

такъ какъ явно упомянутыя послѣдствія такого установленія срока были далеко не въ его интересѣ. Такъ съ прекращеніемъ установленнаго срока, если пресаріо ассіріенс оставался въ пользованіи вещью, то это разсматривалось какъ вновь установленный (*tacite*) пресаріумъ ¹⁾; такъ что *si interim dominus furere coeperit* ²⁾ или умереть, то уже не могло воспослѣдовать возобновленія прекаріума (*redintegrare*) ³⁾. Спрашивается: какой же интересъ для пресаріо ассіріенс просить установленія срока, который былъ бы не обязателенъ для пресаріо данті, а продолженіе его пользованія подвергалось бы риску подобныхъ случайностей, какъ съумашествіе пресаріо дантіс. Очевидно, онъ просилъ установленія срока потому, что оно гарантировало его отъ произвольной (и часто *intempestive*) ревокаціи со стороны прес. дантіс и обязанность уважать этотъ срокъ можетъ въ случаѣ смерти перейти и на наслѣдниковъ.

Необходимость подобнаго заключенія отъ факта установленія срока при прекаріумѣ чувствовалась давно. Давно уже высказывалось воззрѣніе, что до истеченія условленнаго срока прес. ассіріенс могъ отказывать въ возвращеніи вещи ⁴⁾.

Что опредѣленіе срока было въ интересѣ пресаріо ассіріентіс признавали и тѣ писатели, которые съ установленіемъ его связывали одно только запрещеніе требовать реституцію вещи *intempestive* (несвоевремен-

1) L. 4 § 4; L. 5 D. 43, 26.

2) L. 6 pr. D. 43, 26 срав. L. 14 D. 19, 2.

3) См. Bulling. Precar. p. 15, 16.

4) См. Hufeland. Lehrb. § 372; Leyser. Med. ad. Pand. Sp. 510 m. 12. Thibaut. Syst. § 557; Mühlenbruch. Pand. § 384.

наго) ¹⁾. На этомъ взглядѣ мы остановимся, чтобы теоретически рѣшить вопросъ: имѣетъ ли прес. dans во всякомъ случаѣ право требовать немедленно возвращенія вещи, или иначе. обязанъ ли прес. accipiens всегда немедленно удовлетворить требованіе о возвращеніи подѣ страхомъ тѣхъ послѣдствій, которыя соединяетъ Римское Право съ отказомъ удовлетворить это требованіе? Уже давно рядомъ съ положительнымъ отвѣтомъ ²⁾ появлялись разныя оговорки, имѣвшія ввиду освободить въ извѣстныхъ случаяхъ пресario accipiens отъ немедленнаго удовлетворенія пресario dans ³⁾. Такъ отрицали эту обязанность въ случаяхъ требованія реституціи немедленно послѣ передачи ⁴⁾. Другіе распространяли это право вообще на всѣ случаи злого умысла со стороны прес. dans на основаніи правила: *adjuvari quippe vos. non decipi beneficio oportet* ⁵⁾. Идя далѣе въ литературѣ, наконецъ, стали высказывать такое общее воззрѣніе: если черезъ несвоевременное требованіе пресario dans причиняетъ пресario accipienti убытокъ или ставить его въ затрудненіе немедленно удовлетворить требованіе, то онъ не отвѣчаетъ если удержать на время вещь ⁶⁾. По моему взгляду это должно было бы разумѣться само собою уже изъ характера пользованія предоставляемою вещью.

1) Unterholzner. Schuldverhältn. 2 p. 562.

2) См. Vogel. Prec. p. 207.

3) См. напр. Strykius. Caut. contr. sect. II cap. 2; Lauterbach. Coll. theor. pr. § 18; Bickell. Prec. Kap. IV p. 53.

4) Bachov ad Treutlerum 1 Disp. 24 thes. 5 litt. h.

5) L. 17 § 3 in fin. D. 13, 6.

6) Напр. Stryck. Us. mod. Pand. Lib. 13, 6 § 3; Lib. 43, 26 § 1, 2; Pütter. Rechtsf. m. 1 p. 20 no 45; Unterholzner. Schuldverh. 2 p. 566.

Такъ большинство западныхъ писателей, какъ увидимъ позднѣе, согласны въ томъ, что впервые *precarium* введенъ для пользованія недвижимымъ имуществомъ, а именно землею.

Спрашивается: какъ соединить возможность какого либо хозяйства *precarij. assir.* съ правомъ *precario dantis* во всякое время, на примѣръ до жатвы посѣяннаго и тому подобное, требовать реституціи земли, не обязуясь удовлетворить *precario accipientis* за затраты ¹⁾. Съ другой стороны тутъ недалеко до такихъ случаевъ, когда невозможность даже фактически удовлетворить требованію предусматривается уже впередъ, а потому и выговаривается срокъ пользованія, съ котораго въ случаѣ требованія *precario dantis* начинается *moraj precario accipientis*.

По этому всему мы думаемъ, что Римскіе источники выражали только общее право *precario dantis* на немедленное возвращеніе по первому требованію, какъ историческое начало, лежавшее въ подразумѣваемыхъ мотивахъ первоначальной сдѣлки на уступку до востребованія, но разъ посмотрѣть на нее съ судебной точки зрѣнія, то частные ея случаи, особенно если предметъ *precarium* недвижимая вещь, низводятъ необходимо это право ревокаціи на право объявленія чтобы вещь къ извѣстному сроку была возвращена. Такимъ образомъ *de facto* пользованіе опредѣлялось или извѣ-

1) Въ текстѣ приведено господствующее воззрѣніе, по которому *prec. ass.* вообще не имѣлъ никакого обратнаго требованія къ *prec. dans* (напр. см. *Unterholzner. Schuldv.* 2 p 568). Правда, источники не упоминаютъ ничего о какомъ либо правѣ *prec. assir.* требовать вознагражденія за затраты. Насколько вѣрно заключеніе изъ молчанія источниковъ о несуществованіи этого права, — будетъ разсмотрѣно позднѣе.

стнымъ актомъ или срокомъ, что съ извѣстной точки зрѣнія на прекаріумъ должно было бы извратить самое понятіе сдѣлки ¹⁾. Но тутъ не слѣдуетъ выпускать изъ виду логическое развитіе идеи, которое формально постановленное въ результатѣ дѣйствительно измѣняло сущность прекаріума; но матеріально всегда допускало ограниченіе права ревокаціи, которое ограниченіе прежде разумѣлось само собою, а слѣдовательно не подавало повода и къ судебному опредѣленію случаевъ, когда *precario dans* на разныхъ основаніяхъ справедливости обязанъ былъ терпѣть пользованіе. Такая разработка вопроса не исключала общаго права *precario dantis* на произвольное востребованіе, конечно, если оно не дѣлало возвращеніе по извѣстнымъ основаніямъ невозможнымъ. Поэтому-то мы и находимъ еще въ *Дигестахъ* такое положеніе: *est enim natura aequum, tamdiu de liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, quum mutavero voluntatem* ²⁾, и одностороннее общее рѣшеніе Цельзомъ такого же спорнаго вопроса, какъ и между новѣйшими учеными, о результатѣ установленія срока. Основаніе этому правилу заимствовано изъ самой сущности сдѣлки, которая и не должна была бы допускать никакихъ сроковъ, но разъ практика признала подобныя опредѣленія времени пользованія, то они не могли имѣть другаго значенія, какъ такія же опредѣленія при коммодатѣ. Съ другой стороны по сравненію съ коммодатомъ и самое основаніе разсматриваемаго признака крайне несостоятельно.

Въ основаніи коммодата лежитъ также *liberalitas*; почему же не допускается и здѣсь по общему правилу

1) Schmidt. Comm. u. Prec. N. 83.

2) L. 2 § 2 D. 43, 26.

свобода ревокація? Слѣдовательно, для Юстиніанова Права мотивъ Ульпіяна негодился.

По нашему мнѣнію скорѣе слѣдовало бы смотрѣть такъ. Если пользованіе предоставляется *precario*, то это значитъ, что оно предоставляется на условіи произвольной ревокаціи. Слѣдовательно, установленіе срока пользованія, обязательнаго для *precario dans* было бы *contradictio in adjectis*, противнымъ самому содержанию отношенія. Вотъ основаніе обыкновеннаго воззрѣнія, имѣющаго всѣ преимущества передъ другими, выходящими какъ и это не изъ историческаго принципа, вѣрнымъ выразителемъ котораго и явился Ульпіянъ въ приведенномъ мѣстѣ. Но этотъ принципъ никогда не исключалъ того, чтобы время пользованія не было бы обязательнымъ для *prec. danti*, будучи опредѣлено самимъ характеромъ пользованія. *Precario dans* всегда обязывался терпѣть пользованіе землею до истеченія по меньшей мѣрѣ круглаго агрономическаго года, но не обязывался оставлять за *precar. accipiens* это пользованіе и на слѣдующій годъ, т. е. опредѣленный актъ пользованія устанавливалъ самый срокъ пользованія, а затѣмъ частные случаи сдѣлали необходимымъ опредѣленіе этого пользованія и просто срокомъ. Но такимъ же совершенно образомъ опредѣлялся и срокъ коммодата, т. е. временемъ или извѣстнымъ актомъ пользованія ¹⁾. Такимъ образомъ догматически произвольная ревокація не можетъ служить такимъ характеристическимъ признакомъ прекаріума, которымъ это отношеніе отличалось бы отъ коммодата.

Мало того сближеніе коммодата съ прекаріумомъ по разсматриваемому признаку можно провести и съ

1) L. 17 § 3 D. 13, 6.

другой стороны. Такъ спрашивается: допускаетъ ли сущность коммодата ревокацію ранѣе установленнаго срока, или не извращаетъ ли возможность подобной ревокаціи самую юридическую сущность коммодата? Договорно выговоренное поозованіе предполагаетъ для коммоданта обязанность уважать условія этого пользованіѣ коммодатаромъ ¹⁾. Но тоже самое можно сказать и о договорѣ имущественнаго найма на опредѣленное время; а между тѣмъ римское право положительно допускаетъ ревоцировать *intempestive* отданную въ наймы вещь, если напимѣрь наймодатель самъ начинаетъ нуждаться въ ея пользованіи ²⁾; хотя по общему правилу договоръ *locatio-conductio* не могъ быть прекращенъ до истеченія условленнаго срока по волѣ одного изъ контрагентовъ.

Эту аналогію проводили какъ въ законодательствахъ ³⁾, такъ и въ наукѣ уже давно ⁴⁾ и потому очень многіе изъ новѣйшихъ писателей ⁵⁾, выходя изъ безмездности коммодата, допускаютъ досрочное требованіе при немъ, если только оно не причиняетъ существен-

1) *Idem*.

2) *Antonin. L. 3 C. 4, 65*. О другихъ случаяхъ см. *Van-gerow. Pand. 3 p. 452, 453*.

3) *Haupt. Cod. Civ. § 1889; Allgem. Landr. 1 Theil, 21 Tit, § 235; Codice Civ. ital. § 1816; Осмс. гражд. законы ст. 3759, 3760*.

4) См. уже *Zoesius Comment. ad Pand. nr. 19, 20; Huber. Praelect. ad Pand. 43. 26 § 4; Kritz. Pand. 1, 2 p. 431*.

5) *Haupt. Dabelow. Handb. des röm. Priv. R. Th. 2 § 1214; Sintenis. Civilr. 2 § 111 p. 545; Koch. Recht d. Forder. 3 p. 353; Windscheid. Pand. 2 p. 386; Unterholzner. Schuldv. p. 555; и др.*

наго убытка коммодатору ¹⁾ и самъ коммодантъ нуждается въ своей вещи ²⁾.

Но противъ этой аналогіи уже также давно приводили много оснований ³⁾. Такъ говорили, напримѣръ, что если conductor теряетъ пользованіе вещью до окончанія условленнаго срока, то онъ и не выплачиваетъ всей наемной суммы, на которую, прибавляетъ Глюкъ ⁴⁾, онъ можетъ заключить новый наемъ; а потому онъ и не терпитъ при досрочной ревокаціи такого вреда, какой наносится безмездному пользованію коммодатора. Поэтому другіе писатели ⁵⁾ и нѣкоторые новѣйшія законодательства ⁶⁾, выходя изъ общаго обязательственнаго характера коммодата, не допускаютъ досрочнаго востребованія ссуженной вещи.

Намъ кажутся приведенныя основанія несостоятельными. Въ договорѣ найма право досрочной ревокаціи обусловливается интересомъ наймодателя безъ всякаго отношенія въ интересу наемщика; тѣмъ болѣе этимъ интересомъ должны опредѣляться отношенія коммоданта къ ссуженной вещи, такъ какъ все отноше-

1) Таковъ смыслъ думаютъ (Sintenis. Civilrecht 2 p. 656) въ словахъ Павла L. 17 § 3 D. 13, 6 и C. un. X de Commodato 3, 15.

2) См. Arntz. Cours de droit civil français 2 p. 555; Addison. A treatise on the law of contracts 3 ed. v. 1 p. 612.

3) См. особенно Voet. Comment. ad. Pand. h. t. § 9 и замѣтъ Höpfner. Comment. § 772 прим. 1.

4) Glück. Erlauter. 13 p. 448.

5) Напр. Schweppe. Rom. Priv. R. § 454; Schilling. Institut. 3 p. 255 not. 9.

6) Такъ напр. австрійское законодательство выставляетъ правиломъ (§ 676), что если бы коммодантъ до окончанія срока договора самъ нуждался въ ссуженной вещи, то все-таки безъ предварительнаго уговора онъ не имѣетъ права требовать возвращенія вещи. Но впрочемъ австр. законодательство не допускаетъ и права наймодателя требовать вещь ранѣе срока, если даже ему самому необходимо пользованіе ею (§ 1118).

ніе построено на *liberalitas*. Вотъ почему мы согласны съ тѣми писателями ¹⁾, которые, и не распространяя положеніе о наймѣ на ссуду, допускаютъ при коммодатѣ досрочную ревокацію въ тѣхъ же случаяхъ, въ какихъ она допускается при наймѣ.

Кромѣ всего мы знаемъ положительно одинъ такой случай, когда при коммодатѣ общимъ правиломъ допускалась досрочная ревокація, а именно, если коммодантъ отдаетъ въ ссуду чужую вещь ²⁾.

Итакъ по нѣкоторымъ основаніямъ ссуда можетъ быть ревоцирована и до срока. Съ другой стороны позднѣе мы увидимъ, что этотъ срокъ при коммодатѣ опредѣлялся не всегда временемъ, но и неопредѣленнымъ актомъ пользованія ³⁾. Мы увидимъ, что если родъ пользованія измѣнялся и не противъ воли коммоданта, то коммодатъ продолжалъ существовать ⁴⁾.

Мало того весь разсматриваемый вопросъ можно поставить еще на болѣе общее основаніе, а именно спрашивается: вообще обязанъ ли былъ по общему началу римскаго права концедентъ уважать пользованіе концессионарія до выговореннаго срока (*pactum de non petendo intra certum diem*) по какому бы ни было титулу этого пользованія (*locatio conductio, commodatum* и др.)? Въ одномъ изъ новѣйшихъ монографическихъ трудовъ ⁵⁾ защищается та мысль, что ни наймодатель,

1) Напр. *Wening-Ingenheim. Civilr.* 2 p. 220; *Heimbach u. Weiske v.* 6 p. 660.

2) *L.* 15, 16 *D.* 13, 6. Но особенно см. *Arg. L.* 28 *D.* 41, 2.

3) См. напр. *Schmid. Com. u. Prec.* p. 157—181.

4) *L.* 76 *pr. D.* 47, 2; § 7 *I.* 4, 1. См. *Kritz. Samml. v. Rechtsf.* 1 p. 189, *Pandektenr.* 1, 3 p. 387.

5) *Ziebarth. Die Realexecution und die Obligation. Halle* 1866 отъ p. 124 и слѣд., отъ p. 163 и слѣд.

ни коммодатарій не обязываются уважать пользование концессионарія, хотя бы срокъ и былъ опредѣленъ, только при безвременной ревокаціи они обязаны вознаградить за убытки. Мало того подтвержденіе этого взгляда видятъ въ приведенныхъ словахъ Цельза, въ которыхъ, думаютъ, высказано то общее положеніе, что ни однимъ договоромъ я не могу обязаться на то, чтобы другой владѣлъ моею вещью противъ моей воли ¹⁾. Если же это положеніе высказано по поводу прекаріума и само разумѣлось при имущественномъ наймѣ и коммодатѣ, то я думаю не потому, чтобы *precari assipiens* имѣлъ средства защиты противъ всѣхъ за исключеніемъ *precari dans*, но потому, что съ тѣхъ поръ, какъ стали въ практикѣ появляться подобные уговоры на срокъ, они могли возбудить сомнѣніе въ нарушимости основнаго для договоровъ правила о свободной ревокаціи при такомъ отношеніи, какъ прекаріумъ, за которымъ, какъ мы увидимъ ниже, не признавался первоначально договорный характеръ. Но все-таки уговоръ о срокѣ не исключаетъ обязанности вознаградить убытки происшедшіе отъ безвременной ревокаціи, что для случая простого прекаріума, быть можетъ, не разумѣлось само-собою. Этимъ объясняется частое упоминованіе въ источникахъ случаевъ *precarii ad tempus*.

Все до сихъ поръ сказанное даетъ право признать, что рассматриваемый признакъ далеко не составляетъ существенной принадлежности прекаріума, что послѣдній мыслимъ и при положительномъ опредѣленіи срока; а съ другой стороны противный разсмотрѣнному признакъ не составляетъ существенной принадлежности

1) Ziebarth p. 131, 132 и п. 9.

коммодата. Слѣдовательно и различія между тѣмъ и другимъ не можетъ быть въ этомъ отношеніи ¹⁾). Но оставиваясь на этомъ заключеніи, мы еще разъ указываемъ на происхожденіе этого спора и его настоящее значеніе. Прекаріумъ по происхожденію было такимъ отношеніемъ, въ которомъ обезпечивался датель, *præscriptio dans*; въ коммодатѣ же, какъ и имущественномъ наймѣ съ первоначалу бралось право въ защиту основанное на обѣщаніи состояніе ²⁾, т. е. гарантировался въ своемъ пользованіи коммодаторій ³⁾). Но въ дальнѣйшемъ развитіи чашностей необходимо должны были появиться опредѣленія, сгладившія между обоими отношеніями различіе.

До сихъ поръ мы разсмотрѣли догматически два признака прекаріума, какіе заключались въ опредѣленіи его юристомъ Ульпіяномъ. Мы видѣли, что оба признака не могутъ быть признаны существенными для понятія прекаріума. Продолжая догматическое его изслѣдованіе, обращаемся къ опредѣленію общей юридической сущности этого отношенія изъ отдѣльныхъ положеній римскихъ юристовъ.

О ЮРИДИЧЕСКОЙ СУЩНОСТИ ПРЕКАРІУМА.

Спрашивается, какое мѣсто долженъ занять прекаріумъ въ системѣ гражданскаго права? Вопросъ край-

1) См. Koch. *Recht d. Forderung*. 3 p 434.

2) См. Degenkolb. *Platzrecht* p. 204.

3) См. Bartels въ *Zeitschr. f. Civilrecht u. Prozess* B. 6 p. 189, 190.

не спорный въ литературѣ, которая даетъ на него самыя разнообразныя отвѣты.

Въ новѣйшихъ учебникахъ пандектнаго права прекаріумъ обыкновенно помѣщаютъ въ отдѣлѣ обязательствъ, но обязательственный характеръ отношенія признають часто только по поводу иска, предоставляемаго противъ *рес. accipiens* при отказѣ этого послѣдняго возвратить вещь по требованію *рес. a danti*. Отказъ этотъ возбуждаетъ обязательственное отношеніе *рес. accipientis* къ *рес. dans* ¹⁾, или, какъ говорятъ нѣкоторые ученые, отказъ въ возвращеніи вещи составляетъ *malefícium*, за которое отвѣтствуетъ каждый по мимо какого-либо договорнаго отношенія ²⁾; такъ что на прекаріумъ нельзя смотрѣть и какъ на обязательство возвратить вещь ³⁾, т. е. значить, самое прекарное отношеніе по обыкновенному взгляду не разсматривается, какъ обязательство ⁴⁾. Мало того въ самомъ понятіи прекаріума видятъ ⁵⁾ противоположеніе договору. Но уже и прежде находимъ въ литературѣ воззрѣніе, по которому за прекаріумомъ признавался обязательственный характеръ; причемъ одни писатели опредѣляли прекаріумъ, какъ преторское соглашеніе, другіе же—даже какъ договорное отношеніе, *contractus*. Наконецъ, большинство особенно новѣйшихъ писателей примиряють приведенныя два противоположныя воззрѣнія тѣмъ, что обязательственный характеръ прекаріума допускають признаннымъ болѣе или менѣе только

1) L. 8 § 4, 6 D. 43, 26.

2) L. 2 pr. D. 43, 26.

3) Demelius. Plautin p. 222.

4) См. напр. Göschen. Civil. § 608; Keller. Pandekt. § 159; Windcheid. Pand. § 376.

5) Degenkolb. Platzrecht p. 141.

въ Юстиніановомъ правѣ; по происхожденію же отрицаютъ его за нимъ.

При слѣдующемъ анализѣ юридической сущности прекаріума мы будемъ выходить изъ опредѣленій его имѣющихся уже въ западной литературѣ. При ранней и богатой литературѣ вопроса, крайней его спорности въ прежнее время можно безошибочно сказать, что всѣ варіаціи возможныхъ опредѣленій прекаріума были исчерпаны. Что же касается самого приема изложенія, то по моему убѣжденію въ такихъ разработанныхъ вопросахъ, какъ данный единственно положительный приемъ это—критическій.

Если оставить въ сторонѣ тѣ выраженія, которыя безъ ближайшимъ опредѣленій не выясняютъ вовсе юридической сущности прекаріума ¹⁾, то въ главномъ вопросѣ будетъ сводиться къ тому: составляетъ ли прекаріумъ обязательственное отношеніе или нѣтъ? Въ литературѣ находимъ и отрицательный и положительный отвѣтъ.

1. Одни писатели особенно новѣйшаго времени все отрицаютъ за прекаріумомъ характеръ обязательственнаго отношенія ²⁾. При чемъ одни изъ нихъ: 1) считаютъ прекаріумъ даже и не правоотношеніемъ ³⁾

1) Напримѣръ нѣкоторые писатели (Lauterbach. Colleg. th. pract. h. t. § 3; Stryck. Usus mod. h. t. § 1; Dabelow. R. P. R. § 318; Wening Ingenheim. Civilr. 2 § 301), держась выраженій источниковъ, довольствуются такими опредѣленіями сущности прекаріума, какъ выраженія *actus* или *species liberalitatis*; другіе же (напр. Coccejus. I. C. lib. 43, 26 q. 1) ограничиваются такими выраженіями: *precario utitur, qui non ex ullo contractu et pacto, sed tantum ad preces suas ex sola indulgentia ejus, qui rogatus est, re concessa utitur*.

2) См. напр. Savigny. Besitz § 42; Göschel. Gemein. Civilr. § 608; Vangerow. Pand. 3 p. 631.

3) Pfeifer. Abhandl. § 28 p. 85.

въ собственномъ смыслѣ, а только квалификаціею владѣнія ¹⁾ (*factisches Verhältniss* ²⁾; *un état de fait plutôt que de droit* ³⁾). Такъ по мнѣнію Савиньи ⁴⁾; прекаріумъ отношеніе неюридическое. *Precario* dans предоставляет только отпращиваніе правъ собственности и сервитутовъ, удерживая за собой сами права. Юридическое отношеніе по прекаріуму основывается единственно по поводу *vitiosa possessio*.

2) По мнѣнію другихъ писателей прекаріумъ—правоотношеніе, но не основанное на договорномъ соглашеніи, а единственно на передачѣ вещи ⁵⁾.

II. Прекаріумъ—договорное соглашеніе, основанное на передачѣ вещи, т. е. договоръ, въ силу котораго одна сторона предоставляет другой пользованіе вещью на извѣстныхъ условіяхъ ⁶⁾. Но въ какую опредѣленную форму облечь это обязательственное соглашеніе, въ наукѣ опять разногласіе ⁷⁾.

Въ литературѣ можно встрѣтить слѣдующія опредѣленія:

1) Прекаріумъ—реальный договоръ (*contractus, quod re contrahitur* ⁸⁾).

1) Schmidt. *Comm. u. Prec.* p. 12, 100; Puchta. *Pand.* § 136.

2) Bartels въ *Zeitschr. für Civilr. u. Prozess* 6 B. 1832 отъ p. 180 и д.

3) Pont. *Explication du Code Napol.* T. 3 Paris 1863 p. 23.

4) Savigny. *Besitz* § 11 и 42.

5) Christiansen. *Institut.* p. 424; и др.

6) Thibaut *System* § 557; Schweppe. *R. Priv. R.* § 575; Unterholzner. *Schuldverh.* 2 p. 565. Sinteniz. *Civilr.* 2 p. 548; Randa. *Besitz* p. 275—279.

7) См. Schmidt. *Comm. u. Prec.* p. 11.

8) Langsdorf. *Ueber die pacta u. contractus nach dem Iustinian. Rechte* § 32; Schilling. *Lehrb. v.*, 3 p. 621 прим. m m; въ Hugo's *Civil. Magaz.* 1 p. 172.

2) Прекаріумъ—преторское признанное закономъ соглашеніе (*pactum praetorium legitimum* ¹⁾).

3) Прекаріумъ—безымянный договоръ (*contractus innominatus* ²⁾).

4) Прекаріумъ—сдѣлка подобная договору (*quasi contractus* ³⁾).

Наконецъ, нѣкоторые писатели видятъ въ прекаріумѣ молчаливо заключенное обязательство на возвратъ вещи безъ дальнѣйшаго опредѣленія что это за обязательство ⁴⁾).

Итакъ остановимся на вопросѣ: подъ какое изъ извѣстныхъ въ системѣ гражданскаго права формъ сдѣлокъ подходитъ прекаріумъ.

За то что Римскіе юристы не считали прекаріумъ обязательственнымъ отношеніемъ приводили прежде всего мѣсто занимаемое имъ въ системѣ Юстиніанова права. Редакторы *corporis civilis* помѣстили его не въ ученіе о контрактахъ, а по поводу интердиктовъ.

Но это возраженіе не такъ еще сильно. Отвести это мѣсто прекаріуму могли и потому, что въ древнія времена онъ разсматривался какъ не формальное отношеніе, которое не имѣло притязанія на защиту *ex jure civili* ⁵⁾), какъ, дѣйствительно, въ источникахъ находимъ такіа выраженія: *quia nulla eo nomine juris civilis ac-*

1) Höpfner. Commentar. § 771; Mackeldey. Lehrb. d. heut. R. R. § 430; Degener. Prec. p. 12.

2) Hellfeld. Iuris pr. for. § 1869; Postel. Elements of roman law by Gajus. Oxford 1871 p. 305; Bonjean. Traité des actions p. 422.

3) Cujacius. Obs. L. 4 obs. 7 и ad. L. 23 D. de reg. juris 50, 17; Eichel. Diss de precariis. Helmstadt 1769 § 37.

4) Donellus. Comment. L. XII c. 13 § 9 Wenig-Inegheim. Civilr. 3 § 300; Bucher. Recht der Forder. § 110.

5) Heimbach. Rechtslex. 6 p. 663.

tio esset ¹⁾; non est contra eum civilis actio ²⁾). Оставивъ пока другія косвенныя доказательства за разсма-
триваемое воззрѣніе, остановлюсь на свидѣтельствѣ,
единство прямо опредѣляющемъ юридическій харак-
теръ прекаріума. Въ L. 14 D. 43, 26 юристъ Павелъ
говорить: *magis est ad donationes et beneficii causam,*
quam ad negotii contracti spectat praescri-
pti conditio. Смыслъ этихъ словъ, очевидно, тотъ
что прекаріумъ не есть юридическая сдѣлка. Пока за-
мѣтимъ только, что въ Юстиніановомъ правѣ положи-
тельно допускался по прекаріуму искъ (*actio praes-*
criptis verbis), необходимо предполагающій въ немъ
negotium ³⁾). Если слѣдовательно допустить буквальный
смыслъ цитированнаго фрагмента, то за нимъ слѣдуетъ
признать историческій отголосокъ первоначальной об-
щей сущности прекарной сдѣлки, въ Юстиніановомъ
правѣ уже измѣненной разными противорѣчающими при-
знаками.

Кромѣ разсмотрѣннаго отрицательнаго свойства
прекаріума въ начальныхъ словахъ приведеннаго мѣста
есть попытка и положительнаго опредѣленія свойства
этого отношенія, а именно мысль Павла очевидна слѣ-
дующая: прекаріумъ потому только не составляетъ обя-
зательственнаго отношенія, что имѣетъ болѣе сходства
съ дареніемъ ⁴⁾). Выраженіе это по своей неопредѣлен-
ности давало поводъ къ весьма важнымъ заключеніямъ.
Если держаться того взгляда, что въ словахъ Павла

1) L. 14 D. 43, 26.

2) L. 14 § 11 D. 47, 2.

3) См. Schaaf. Abhandl. aus dem Pandektenrecht H. 1
Heidelb. 1857 p 177.

4) (м. ente L. 14 § 11 D. 47, 2; L. 2 C. 8, 9; Cap. 3 X
de precariis 3, 14.

содержится отождествленіе прекаріума и ему подоб-ныхъ отношеній съ дареніемъ, то во многомъ измѣняется господствующій взглядъ на дареніе вообще. Выходя же изъ общаго ученія о дареніи, придется подыскивать въ словахъ Павла такую аналогію, которая опредѣлитъ ближайшимъ образомъ нашъ взглядъ на юридическую сущность прекаріума. Итакъ останавливаемся на признакѣ безвозмездности прекарнаго пользованія.

Прекаріумъ необходимо даровое отношеніе. За пользование вещью не должно быть выговорено никакой платы. Да, плату считаютъ противной самому понятію прекаріума ¹⁾. Не смотря однако на это нѣкоторые ученые ²⁾ уже давно указывали на такіе случаи прекаріума, когда за *precarii concessio* брались деньги, причемъ чаще всего объясняли эту возмездность, какъ вознагражденіе за поврежденіе могущаго вытечь изъ слишкомъ нестрогой отвѣтственности *precario accipientis* ³⁾. Въ примѣръ приводятъ слѣдующіе два фрагмента L 10 § 1 D. 41, 2. *Idem Pomponius bellissime tentat dicere, numquid qui conduxerit quidem praedium, precario autem rogavit, non ut possideret, sed ut in possessione esset? Est autem longe diversum; aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse; denique rei servandae causa, legatorum, damni infecti, non possident, sed sunt in possessione custodiae causa; quod si factum est, utrumque procedit. u L. 3 § 6 D. 41, 3: Si rem pignori datam creditoris servus surripuerit, quum eam creditor possideret, non interpellabitur*

1) Schmidt v. Ilmenau въ Schneider's Jahrbuch. p. 772.

2) См. Meyerfeld. Schenkung. I p. 63 n. 102.

3) Bulling. Precar. p. 17, 18.

usucapio debitoris, quia servus dominum suum possessione non subvertit. Sed et si debitoris servus surripuerit, quamvis creditor possidere desinat, tamen debitori usucapio durat, non secus, ac si eam creditor debitori tradidisset; non quantum ad usucapiones attinet, servi subtrahendo res non faciunt deteriore domino conditionem. Facilius obtinebitur, si precario possidente debitore servus ejus surripuerit; nam conductio idem praestat, quod si apud creditorem res esset, possidet enim hoc casu creditor. Sed et si utrumque intercesserit, ei precarii rogatio, et conductio, intelligitur creditor possidere; et precarii rogatio non in hoc interponitur, ut debitor possessionem habeat, sed ut ei tenere rem liceat.

Мнѣ кажется, что тутъ недоразумѣніе такого рода. Заключается договоръ имущественнаго найма, т. е. договоръ возмездный на условіи quoad is qui eam locasset dedisset, vellet ¹⁾. Въ силу этого условія на сдѣлку распространяется *interdictum de precario* по вопросу о ревокаціи вещи по усмотрѣнію хозяина ея взысканіе же наемной платы и прочихъ требованій изъ *locatio-conductio* достигается другими средствами. Вотъ почему Ульпіанъ ясно различаетъ обѣ сдѣлки (*utrumque procedit*), а не соединяетъ ихъ въ отношеніяхъ условія къ главной. Поэтому всему я не вижу въ приведенныхъ фрагментахъ доказательства, что въ иныхъ случаяхъ прекаріумъ могъ быть и возмезднымъ.

Итакъ безвозмездность есть отличительный признакъ прекаріума, общій ему съ коммодатомъ, сдѣлкой

1) L. 4 D. 19, 2.

по существу ¹⁾ безвозмездной ²⁾. Этимъ признакомъ по мнѣнію большинства писателей ограничивается для прекаріума понятіе liberalitatis ³⁾.

Спрашивается теперь: на сколько установленный признакъ даетъ право причислять прекаріумъ и ему подобныя отношенія къ особымъ видамъ даренія? Въ литературѣ уже давно ⁴⁾ высказывалась мысль, что прекаріумъ ничто иное, какъ дареніе, въ подтвержденіе чего можно было сослаться на выше приведенный L. 14 D. 43, 26, а кромѣ того на такія выраженія, какъ simile donato ⁵⁾, genus liberalitatis ⁶⁾.

Въ опроверженіе этого взгляда ссылались не столько на противныя ему выраженія источниковъ, сколько на общее ученіе о дареніи. Такъ Савиньи въ своемъ известномъ анализѣ даренія ⁷⁾ подъ признакомъ отчужденія (Veräußerung) говоритъ между прочимъ, что ни коммодатъ ни прекаріумъ не содержатъ въ себѣ этого признака даренія ⁸⁾, такъ какъ ни тотъ, ни другой

1) Правда, источники знали такіе случаи коммодата, которые были не только въ интересѣ коммоданта и коммодатара (L. 18 D. 13, 6), но и исключительно въ интересѣ коммоданта (L. 5 § 10 D. 13, 6). Тролонг (Du Prêt. Paris 1845 p. 25), совершенно вѣрно замѣтилъ, что не въ этихъ исключительныхъ примѣрахъ слѣдуетъ искать нормальный характеръ отдачи въ пользованіе, цѣль которой состоитъ въ оказаніи услуги коммодатару, а не въ выгодномъ для себя помѣщеніи вещи. Конечно, рѣчь о выгодѣ можетъ идти только, какъ о ближайшемъ и прямомъ выводѣ заключенія сдѣлки, а не отдаленномъ и косвенномъ (см. Ропт. Explication du Code Napol. t. 3 Paris 1863 p. 11).

2) § 2 I. 3, 14; L. 5 § 12 D. 13, 6.

3) Degener. Precar. p. 7.

4) Напр. Cujacius ad D. 43, 26. Въ другомъ мѣстѣ онъ причисляетъ прекаріумъ къ quasi contractus.

5) L. 14 § 11 D. 47, 2.

6) L. 1 § 1 D. 43, 26.

7) Savigny. System. v. 4.

8) Ibid. p. 27.

не влекутъ за собой отчужденія, а слѣдовательно не производятъ вообще и измѣненія въ объемѣ имущества концедента и концессіонарія ¹⁾). Наши источники necessarily требуютъ для понятія даренія, чтобы даритель сдѣлался *pauperior*, а одаренный *locupletior* ²⁾). Поэтому уже давно говорили ³⁾, и мнѣніе это перешло въ новѣйшія законодательства ⁴⁾, что даритель отдаетъ вещь такъ, что лишается права требовать ее назадъ; при прекаріумѣ же рѣшь не переходитъ въ собственность, а предоставляется только пользованіе ею ⁵⁾, т. е. какъ выражается напр. Виндшейдтъ ⁶⁾ въ прекаріумѣ заключается услуга, а не увеличеніе состоянія *precario accipientis*, въ какомъ смыслѣ онъ и понимаетъ L. 14 D. 43, 26. Однимъ словомъ вопросъ сводится къ тому: что составляетъ предметъ прекаріума, сама ли вещь или только ея пользованіе, а затѣмъ уже: какіе существенные признаки даренія?

Источники, какъ уже сказано, въ общемъ опредѣляютъ прекаріумъ, какъ *genus liberalitatis*. Правда, смыслъ слова «*liberalitatis*» и т. п. (напр. *munificentia*) слишкомъ общій, чтобы подъ нимъ можно было разумѣть благодѣяніе оказываемое именно дареніемъ, а не

1) Ibid. p. 26.

2) L. 25 D. 24, 1 срав. L. 5 § 13; L. 31 § 7 D. 24, 1.

3) См. уже *Donellus*. *Comment.* p. 737; *Vogel. Prec.* p. 196; *Troplong. Du Prêt.* Paris. 1845 p. 26.

4) Такъ напр. по Австрійскому законодательству дареніе состоитъ необходимо въ безвозмездномъ отчужденіи вещи (§ 938), а такъ какъ во всякой ссудѣ нельзя видѣть этого *Veräußerung irgendeines Vermögensbestandtheiles*, то она и не подходитъ подъ понятіе даренія (*Kirchstetter. Comment. z. Oesterr. bürg. Gesetz.* Leipz. 1872 p. 463. См. §§ 345, 479, 974, 1464).

5) *Löhr. Culpa.* Giessen 1806 1 p. 192, 193.

6) *Pandekt* 2 p. 342 n. 2.

вообще всякая услуга ¹⁾). Слѣдовательно, чтобы ближе опредѣлить смысл *liberalitatis* при прекаріумѣ, необходимо выяснитъ ея содержаніе, предметъ.

Съ перваго взгляда ясно только то, что предметъ *liberalitatis* состоитъ не сама субстанція вещи уступленной прекарно ²⁾). Если теперь обратиться къ частнымъ случаямъ прекаріума, не выпуская изъ виду общаго его опредѣленія, какъ *liberalitatis*, то нельзя не замѣтить, что самое пользованіе вещью составляетъ содержаніе прекаріума ³⁾, а слѣдовательно *liberalitatis*. За такой взглядъ какъ нельзя болѣе уже то, что предметомъ прекаріума могла быть только такая вещь, которая способна доставить пользованіе ⁴⁾). Даже чужая вещь или особенно, собственная вещь потому только и могла быть ⁵⁾ уступлена собственнику прекарно ⁶⁾, что тутъ уступается прекарно не право собственности ⁷⁾ на вещь, а только пользованіе ею.

Поэтому Римляне ни однимъ словомъ не намекаютъ на исключительность тѣхъ случаевъ, въ которыхъ Мейерфельдъ и Савиньи видятъ отсутствіе *liberalitatis* при прекаріумѣ. Такими случаями будетъ по ихъ воззрѣнію ⁸⁾:

1) U n g e r. System d. österr. allgem. Privatr. 2 p. 189; Умовъ. Дареніе, его понятіе, характеристическіе черты и мѣсто въ системѣ права. Москва 1876 стр. 4, 5.

2) См. M e y e r f e l d. Die Lehre von den Schenkungen nach Röm. Recht. Marburg 1835 p. 60.

3) См. L. 12 § 2 D. 7, 1. Справ. о partus ancillae L. 10 D. 43, 26.

4) См. L a u t e r b a c h. Coll. theor. pract. h. t. § 10.!

5) Справ. S c h m i d t v. I l m e n a u. Krit. Jahrb. 1843 p. 772 n.

6) Arg. L. 6 § 4 D. 43, 26.

7) L. 4 § 3 D. 43, 26.

8) См. M e y e r f e l d. Schenkung. p. 60, 61; D e g e n k o l b. Platzrecht p. 188 прим.

1) Когда залогоприниматель по залогоу, соединенному съ передачей владѣнія заложенной вещью, *pignus*, уступает *precario* залогодателю пользование заложною вещью ¹⁾, и

2) Когда продавецъ уступаетъ *precario* покупщику пользование проданною вещью до полученія за нее платы ²⁾.

За неимѣніемъ прямыхъ выраженій источниковъ мотивируютъ эти исключенія такъ: для перваго случая, говорятъ, что залогоприниматель обязанъ дать отчетъ залогодателю о *fructus medii temporis*. Для втораго случая отрицаютъ *liberalitas* потому, что покупатель обязанъ за время пользованія платить *precario tanti* проценты съ *pretium* ³⁾. Мы думаемъ, что для обоихъ случаевъ мотивировка взгляда, а слѣдовательно и самый взглядъ несостоятельны. Что касается перваго случая, то, оставляя въ сторонѣ общій спорный вопросъ о правѣ залогопринимателя на плоды ⁴⁾ и случай *antichresis tacitae*, несомнѣнно будетъ только то, что удовлетвореніе распространяется не только на самую вещь, но и на плоды ея, которыя въ разсматриваемомъ случаѣ *precarium* остаются у *precario accipiens*. Во второмъ случаѣ мотивъ еще болѣе несостоятельный. Не *pretium* составляетъ предметъ *precarium*, а пользование вещью, которое и будетъ выраженіемъ *liberalitatis*. Если вещь продана, то покупатель по общему правилу обязывается платить проценты съ *pretium* ⁵⁾, не смотря на то,

1) *Gajus* 2, 60, L. 15 § 2 D. 2, 8; L. 6 § 4; L. 11 D. 43, 26; L. 29, 35 § 1 D. 13, 7 и др.

2) L. 20 D. 43, 26; L. 3 C. 4, 54.

3) L. 13 § 21 D. 19, 1; L. 11 § 12 D. 43, 24 *сравн. Fragm. Vatic.* § 2.

4) См. *Dernburg. Pfandr.* 2 § 91.

5) L. 13 § 20 D. 19, 1.

что продавец имѣетъ право удержать вещь до уплаты выговоренной суммы.

Итакъ мы не думаемъ, чтобы было достаточно логическихъ основаній дѣлать какія либо уклоненія отъ общаго опредѣленія прекаріума въ источникахъ, какъ *genus liberalitatis*; тѣмъ болѣе, что и сами источники не думаютъ видѣть исключеній въ разсмотрѣнныхъ случаяхъ. Если же и они составляютъ выраженіе *liberalitatis*, то самый предметъ ея или иначе прекаріума, какъ и коммодата должно съ точки зрѣнія разсматриваемаго взгляда составлять пользование вещью ¹⁾, плоды которой не ревоцируются, а отчуждаются въ вѣчную собственность *precario accipientis*. Въ послѣднемъ же оба существенные элементы сущности даренія по воззрѣнію Мейерфельда и Савиньи (*Substanz der Sache* и *Veräußerung*). Дѣйствительно, и наши источники несомнѣнно признаютъ по крайней мѣрѣ въ частныхъ случаяхъ коммодата настоящее дареніе. Такъ напримѣръ въ L. 9 pr. D. de donat. 39, 5 мы читаемъ: *in aedibus alienis habitare gratis, donatio videtur id enim ipsum capere videtur qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit*, т. е. дозволеніе даромъ занимать жилище разсматривается какъ дареніе. Основаніе этого воззрѣнія то, что хозяинъ дома лишаетъ себя наемной платы въ пользу настоящаго жильца. Въ другомъ мѣстѣ юристъ Ульпіанъ высказываетъ сомнѣніе ²⁾: слѣдуетъ ли въ данномъ случаѣ видѣть коммодатъ или дареніе и самъ рѣшаетъ въ пользу общаго иска *praes-*

1) См. Schaafe. *Abhandlungen aus dem Pandektenrecht*. H. I. Heidelberg 1857 p. 175, 177—180.

2) L. 17 pr. D. 19, 5.

scriptis verbis a ne actio commodati, за который высказывается Вивіанъ ¹⁾). На томъ же основаніи построенъ взглядъ Помпонія, какъ онъ выразился въ L. 15 § 1 D. 43, 26: Hospites et qui gratuitam habitatiōnem accipiunt non intelliguntur precario habitare. Про гостей нельзя сказать habitare, такъ какъ hospes non habitat, sed tantisper hospitatur ²⁾). Проживающіе же даромъ разсматриваются, какъ одаренные, и во имя этого качества сдѣлки по ней не предостается *interdictum de precario* ³⁾). Итакъ въ смыслѣ разсматриваемаго случая не можетъ быть сомнѣнія, что, несмотря на то, какъ объясняютъ его писатели, не смотря на то, что ни въ коммодатѣ, ни въ прекаріумѣ, Пространство обыкновенно думали видѣть въ каждомъ изъ этихъ видовъ пользованія признаки уменьшенія самостоятельности одной сторонѣ и приращенія на другой, взглядъ большинства характеризуетъ ⁴⁾), во всякомъ предоставленіи дароваго пользованія, дарованная вещь лишаетъ себя пользованія тѣмъ, кто ее получаетъ, который онъ отчуждаетъ въ пользу другого. Противъ такого взгляда Савинья пріобрѣтеній и въ законѣ установилъ различіе между дарованіемъ и предоставляемому пользованію. Но въ послѣднемъ случаѣ заставилъ различіе дарованія и предоставляемому пользованію писателей сдѣлать различіе между дарованіемъ и предоставляемому пользованію, да на дареніе. Савинья исключеніе изъ правила, что дарованіе дается на дата жилья исключеніе

1) Справ. L. 1 § 1 in fin.
obligations en droit romain éd. 2

2) L. 1 § 9 D. 9, 3.

3) L. 7 D. 8, 4. См. Bull.

4) Умовъ. Дареніе отъ стр. 53

5) S a v i g n y. System 4 p. 3

тутъ сама вещь содержитъ въ себѣ продуктивную силу, подготовляющую владѣльцу ея новую прибыль ¹⁾, т. е. держась ближе цитированнаго выраженія: въ даровомъ представленіи пользованія заключается въ томъ случаѣ дареніе, когда предославленная въ пользованіе вещь въ состояніи доставить хозяину ея прибыль (въ данномъ случаѣ *mercedem*). Обобщая этотъ взглядъ, нѣкоторые ученые ²⁾ высказывали такое общее положеніе: всякое дѣйствіе или отдача вещи въ пользованіе, которыя могутъ служить по своей природѣ къ прирѣтению денегъ, при безвозмездности, должны разсматриваться какъ дареніе.

Слѣдательно, вопросъ о томъ быть ли даренію нѣтъ обусловливается уже не продуктивною силой, а возможностью сдѣлать употребленіе изъ вещи въ интересахъ собственника. Домъ въ глуши отданный въ дарованіе, по этому воззрѣнію не будетъ дареніемъ. Если же спрашивается, заключается понятіе цѣны, то въ данномъ случаѣ предметъ даренія въ данномъ случаѣ цѣны опредѣляется отношеніемъ спроса къ предложенію; самое же существованіе цѣны только обусловлено потребностью въ пользованіи данною вещью. Если домъ и въ глуши (положимъ, въ деревнѣ) необходимо жить въ этой глуши, то не будетъ другого спроса на домъ, все-таки дареніе будетъ дареніемъ, такъ какъ за дареніе хозяинъ могъ бы получить ст. меня. Такимъ образомъ общій смыслъ цитированнаго выше положенія.

¹⁾ *Imblich* въ *Rechtslex.* 9 p. 647 n. 25.
²⁾ *Obligations* 2 p. 202.

scriptis verbis a ne actio commodati, за который высказывается Вивіанъ ¹⁾. На томъ же основаніи построенъ взглядъ Помпонія, какъ онъ выразился въ L. 15 § 1 D. 43, 26: Hospites et qui gratuitam habitatio-
nem accipiunt non intelliguntur precario habitare. Про гостей нельзя сказать habitare, такъ какъ hospes non habitat, sed tantisper hospitatur ²⁾. Проживающіе же даромъ разсматриваются, какъ одаренные, и во имя этого качества сдѣлки по ней не представляется interdictum de precario ³⁾. Итакъ въ смыслѣ разсматриваемаго случая не можетъ быть сомнѣнія. Посмотримъ, какъ объясняютъ его писатели, не желающіе видѣть ни въ коммодатѣ, ни въ прекаріумѣ даренія. Прежде обыкновенно думали видѣть въ каждомъ случаѣ дароваго пользованія признаки уменьшенія имущества на одной сторонѣ и приращенія на другой, что по воззрѣнію большинства характеризуетъ дареніе ⁴⁾, т. е. во всякомъ предоставленіи дароваго пользованія хозяинъ вещи лишаетъ себя пользованія тѣми качествами ея, которыя онъ отчуждаетъ въ пользу третьяго лица. Противъ такого взгляда Савиньи привелъ много основаній и въ заключеніе установилъ противное разсматриваемому общее положеніе. Но цитированный нами случай заставилъ его и многихъ другихъ новѣйшихъ писателей сдѣлать уклоненіе отъ основнаго ихъ взгляда на дареніе. Савиньи признаетъ для случая коммодата жилья исключеніе ⁵⁾, мотивируя его тѣмъ, что

1) Справ. L. 1 § 1 in fin. D. 13, 6. См. Molitor. Les obligations en droit romain éd. 2 t. 2 p. 201, 202.

2) L. 1 § 9 D. 9, 3.

3) L. 7 D. 8, 4. См. Bulling. Prec. p. 21, 22.

4) Умовъ. Дареніе стр. 55.

5) Savigny. System 4 p. 35.

тутъ сама вещь содержитъ въ себѣ продуктивную силу, подготовляющую владѣльцу ея новую прибыль ¹⁾, т. е. держась ближе цитированнаго выраженія: въ даровомъ представленіи пользованія заключается въ томъ случаѣ дареніе, когда предославленная въ пользованіе вещь въ состояніи доставить хозяину ея прибыль (въ данномъ случаѣ *mercedem*). Обобщая этотъ взглядъ, нѣкоторые ученые ²⁾ высказывали такое общее положеніе: всякое дѣйствіе или отдача вещи въ пользованіе, которыя могутъ служить по своей природѣ къ пріобрѣтенію денегъ, при безвозмездности, должны рассматриваться какъ дареніе.

Слѣдовательно, вопросъ о томъ быть ли даренію или нѣтъ обуславливается уже не продуктивною силою вещи, а возможностью сдѣлать употребленіе изъ этого ея свойства. Домъ въ глуши отданный въ даровое житіе по этому воззрѣнію не будетъ дареніемъ. Но въ чемъ, спрашивается, заключается понятіе цѣны, которая составляетъ предметъ даренія въ данномъ случаѣ? Величина цѣны опредѣляется отношеніемъ спроса къ предложенію; самое же существованіе цѣны только спросомъ, т. е. потребностью въ пользованіи данною вещью. Поэтому если домъ и въ глуши (положимъ, въ деревнѣ), да мнѣ необходимо жить въ этой глуши, то хотя и не будетъ другаго спроса на домъ, все-таки даровое пользованіе будетъ дареніемъ, такъ какъ за это пользованіе хозяинъ могъ бы получить съ меня плату ³⁾. Таковъ и общій смыслъ цитированнаго выше выраженія источниковъ.

1) Ibid. p. 49.

2) См. напр. Heimbach въ Rechtslex. 9 p. 647 n. 25.

3) См. Molitor. Obligations 2 p. 202.

Обращаясь теперь къ прекаріуму, мы видимъ, что все отношеніе возникаетъ въ силу потребности *precario accipientis* въ пользованіи данной вещью (нормально онъ испрашиваетъ *precibus* это пользованіе). Хозяинъ воленъ потребовать вознагражденія (величина и свойство цѣны тутъ ни причемъ) или предоставить вещь въ пользованіе даромъ. Если же въ пользованіи не заинтересованъ *precario accipiens*, то все отношеніе не интересуетъ *precario dantis*, каковой случай не можетъ быть и рассматриваемъ какъ прекаріумъ. Послѣ этого понятно, почему римскіе юристы рассматривали и коммодатъ, и прекаріумъ какъ *liberalitas*. Какъ коммодатъ, такъ и *precario dantis* удовлетворили потребности своихъ контрагентовъ безвозмездно, тогда какъ имѣли возможность и право требовать вознагражденія за это удовлетвореніе. Поэтому мы полагаемъ, что прекаріумъ всегда заключалъ въ себѣ дареніе, величина котораго можетъ быть опредѣлена только въ каждомъ случаѣ всею совокупностью условій даннаго положенія лицъ.

Мнѣ кажется, что изложенный сей-часъ взглядъ уже отчасти признанъ въ западной литературѣ въ той оговоркѣ, которой большинство новѣйшихъ ученыхъ ¹⁾ допускаютъ тотъ случай даренія при прекаріумѣ, когда услугой *precario dantis* *precario accipiens* освобождается отъ тратъ, которыя бы онъ иначе сдѣлалъ ²⁾, а подъ таковой признакъ легко подойдетъ всякій случай прекаріума, и особенно ясно прекаріумъ надъ недвижимымъ имуществомъ ³⁾. Съ другой стороны и въ источникахъ мы находимъ такое общее опредѣленіе даренія, подъ

1) Напр. Windscheid. Pand. 2 p. 342 n. 2.

2) См. L. 9 пр. § 1 D. 39, 5; L. 22, 28 D. 23, 4.

3) Умовъ. Дареніе стр. 65.

который подходит всякій случай прѣдмета *dat aliquis.... propter nullam aliam causam.... ut liberalitatem et munificentiam exerceat; haec proprie donatio appellatur* ¹⁾).

Дѣйствительно, какъ вы отличите случаи скрытаго даренія (*donation déguisée*) отъ простой сдѣлки прекаріума и коммодата, если объектомъ ихъ будетъ, напримѣръ, недвижимая вещь? Въдь при юридической квалификаціи факта нельзя останавливаться на такихъ признакахъ, которые въ любомъ частномъ случаѣ дадутъ неразрѣшимое недоумѣніе; какъ напримѣръ, если мы скажемъ съ Молиторомъ ²⁾), что коммодатъ будетъ дареніемъ въ случаѣ зданіе значительнаго размѣра (*hâtiments considérables*) и, значитъ, не будетъ имъ, если зданіе незначительное. Гдѣ мѣрило при этомъ признакъ и развѣ можно, говоря вообще, выходить изъ такихъ признаковъ при юридическихъ разграниченіяхъ? Если же нельзя найти другихъ поясненій, то слѣдуетъ брать общую основу даренія въ коммодатѣ значительныхъ, т. е. могущихъ приносить положительно или отрицательно (сбереженіемъ) выгоду, предметовъ, и распространить во имя этой основы понятіе даренія на всѣ случаи прекаріума и коммодата.

Держась сказаннаго, мы расходимся съ опредѣленіемъ даренія, какъ *imaginaria venditio* въ отлчіе отъ прекаріума, какъ *imaginaria conductio* ³⁾). По этому опредѣленію *precario concedere* не заключало въ себѣ

1) L. 1 pr. D. 39, 5 срав. L. 82 D. 50, 17; L. 29 pr. D. 39, 5.

2) Molitor. Les obligations en droit rom. 2 éd. t. 2 p. 304.

3) Meyerfeld. Schenk. p. 63.

danare, а только credere ¹⁾ и по имя этого нѣкоторые писатели ²⁾ отвергали и вышеуказанную оговорку Савиньи, основанную на ясномъ свидѣтельствѣ источниковъ. Все зависитъ отъ того какой установить объектъ даренія при отдачѣ въ безвозмездное пользованіе: саму ли вещь или ея продуктивность ³⁾. При прекаріумѣ дѣло идетъ не объ субстанціи вещи, а о субстанціи, такъ сказать, результата ея производительности; поэтому отчужденіе собственно производится и при прекаріумѣ ⁴⁾; а слѣдовательно мы не можемъ согласиться и съ тѣми учеными, которые хотѣли примирить источники такимъ образомъ, что въ прекаріумѣ заключается такъ сказать половинное дареніе ⁵⁾, или даже дареніе, но не въ техническомъ смыслѣ ⁶⁾, т. е. что Римляне вообще неохотно соглашались на самое дареніе, но обыкновенно шли на такое отношеніе, которое по времени могло быть неопредѣленнымъ и, хотя и продолжительнымъ, но всегда въ зависимости отъ воли концедента ⁷⁾. Посмотримъ на положительныя доказательства этого воззрѣнія. Прежде всего мы находимъ ссылку ⁸⁾ на слѣдующія слова: *Constat, quod utendum filiae*

1) Ibid.

2) Нанп. Schilling. Institut. § 349 n. f. x. § 351 n. o; Unger. Österr. Civilr. 2 p. 192 n. 12.

3) Умовъ. Стр. 66.

4) Сравн. примѣры даренія пользованія L. 22, 28, D. 23, 5; L. 9 pr. D. 39, 5. Но особенно см. L. 9 § 1 D. 39, 5: *ex rebus donatis fructus perceptus in rationem donationis non computatur; si vero non fundum, sed fructus perceptum tibi donem, fructus percepti venient in computationem donationis.*

5) См. Unterholzner въ Tüb. Krit. Zeitschr. 4 p. 386.

6) Умовъ Стр. 64.

7) Francke. Beiträge p. 24 not. 41.

8) Pernice. Antistius Laber p. 431 n. 26.

datum est (a matre), non esse donatum ¹⁾), и затѣмъ на одно мѣсто изъ Помпонія, гдѣ вопреки запрещенію даренія между супругами разрѣшается предоставленіе безмезднаго пользованія между прочимъ домоу ²⁾). Если просмотрѣть весь первый фрагментъ, то увидишь, что тамъ и рѣчи нѣтъ о томъ, слѣдуетъ ли разсматривать ссуду, какъ дареніе, а только приводится подобное предоставленіе пользованія въ соотношеніе съ положеніемъ дочери подъ отцовской властью. Второй же примѣръ только еще яснѣе указываетъ намъ, гдѣ слѣдуетъ искать при предоставленіи пользованія самого объекта даренія. Если сравнить L. 18 cit. съ L. 31 § 7 D. 24, 1, то ясно будетъ, что римскіе юристы заботились только о томъ, чтобы не уменьшилось наличное имущество одного супруга въ пользу другаго ³⁾), разрѣшая всѣ остальные случаи положительнаго одаренія плодами отъ него ⁴⁾ или путемъ сохраненія тратъ при другаго рода пользованія, какъ напримѣръ одеждою ⁵⁾). Такимъ образомъ выгода одареннаго есть главный признакъ опредѣляющій понятіе даренія, а въ силу этого признака нѣтъ ни одного случая ссуды и прекариума, который не подходилъ бы подъ него, стоитъ только правильнѣе посмотрѣть на объектъ даренія.

Правдивость сказаннаго объ этомъ объектѣ, какъ нельзя болѣе отразилась на безуспѣшныхъ попыткахъ различить тѣ случаи одаренія продуктивностью вещи,

1) *Fragm. Vatic.* § 269.

2) L. 18 D. 24, 1.

3) Сравни. L. 7 § 5 D. 24, 1; L. 152 D. eod. См. *Chambon*. *Beiträge zum Obligationenrecht.* p. 25, 26.

4) Ср. L. 45 D. 22, 1.

5) См. сопоставку этого примѣра съ пользованіемъ зданіемъ въ томъ же L. 18, D. cit.

когда не имѣется ссуды и когда она имѣется. Только для послѣдняго случая отвергають дареніе. Такъ нѣкоторые писатели ¹⁾, вовсе отрицая дареніе при коммодатѣ на томъ основаніи, что ссуженная вещь не отчуждается, не отрицають того случая даренія, когда я разрѣшаю кому либо напр. право доить ежедневно мою корову и собирать въ моемъ саду плоды. Различіе слишкомъ тонкое и непрактичное отъ того случая, когда я отдаю корову и садъ въ пользованіе, такъ какъ держаніе вещи будетъ для одной и той же цѣли. Мало того въ примѣрѣ пользованія садомъ, какъ имуществомъ недвижимымъ въ признакъ права исключительнаго пользованія должна всегда предполагаться и физическая сторона удержанія за собой, которая только и можетъ выразиться въ пользованіи ²⁾.

Послѣ всего сказаннаго мы думаемъ, что коммодатъ и прекаріумъ составляютъ одну изъ формъ настоящаго даренія, называемаго иногда дареніемъ пользованія ³⁾ или, точнѣе, дареніемъ пользованія свойствами вещи ⁴⁾.

Правда, въ источникахъ мы встрѣчаемъ такой фрагментъ, изъ котораго съ перваго взгляда слѣдовало бы, что Римское Право въ общемъ признавало рѣзкое различіе между прекаріумомъ и дареніемъ. Такъ въ *L. 1 § 2 D. 43, 26* читаемъ: *et distat a donatione eo quod*

1) Напр. *Troplong. Du Prêt. Paris 1845 p. 26, 27.*

2) Сказанное въ частности относится къ статьѣ 3740 *Остз. гражд. зак.*, редакторы которой очевидно раздѣляли возрѣніе изложенное въ текстѣ. Статья эта гласитъ: соучастіе въ употребленіи вещи безъ отдачи ея пользующемуся, какъ напр. предоставленіе кому либо безмезднаго пріюта, почитается не ссудою, а дареніемъ.—Интересно знать такой примѣръ, когда отдача дома пользующемуся выражалась иначе, какъ въ самомъ пользованіи.

3) *Pont explication du Code Napol. t. 3 p. 10.*

4) *Holzschuher. Casuistik d. gem. Civilr. 3 p. 589.*

qui donat, sic dat ne recipiat: at qui precario concedit, sic dat, quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere

Различіе, очевидно, проведено въ такихъ рѣзкихъ чертахъ, что теоретически разграниченіе обоихъ институтовъ не представляетъ никакого затрудненія, какъ думаетъ Унтергольцнеръ ¹⁾. Но въ силу этого же строгаго разграниченія было бы непонятно и уподобленіе прекаріума даренію. Если обратиться безъ предвзятой теоріи къ содержанію цитированнаго мѣста, то оно не говоритъ болѣе, чѣмъ заключается въ его буквальный смыслъ: различается прекаріумъ отъ даренія тѣмъ, что во второмъ случаѣ подаренная вещь не вытребывается назадъ, а въ первомъ за *precario dans* остается право всегда вытребовать ее назадъ. Различіе чисто формальное, а не по сущности, такъ какъ въ обоихъ случаяхъ предметъ отношенія иной: при обыкновенномъ дареніи—физическая вещь, при прекаріумѣ—пользованіе ею (*utendum conceditur*) ²⁾. Слѣдовательно, юристъ въ приведенномъ мѣстѣ желалъ только провести различіе между прекаріумомъ и тѣмъ случаемъ даренія, когда предметомъ его была физическая вещь. Этимъ примѣромъ онъ отдѣлялъ характеръ прекарной сдѣлки и въ словомъ не намекалъ, чтобы вообще различіе между прекаріумомъ и дареніемъ состояло въ томъ, чтобы во второмъ случаѣ что-либо отчуждалось, а въ первомъ предоставлялось только пользованіе ³⁾. И при прекаріумѣ, какъ мы видѣли, всегда происходило отчужденіе, а именно цѣнности самого употребленія, какъ при про-

1) Unterholzner. Schuldverhältn. 2 p. 561.

2) L. 1 pr. D. 43, 26.

3) Unterholzner. Schuldverh. 2 p. 561.

чихъ случаяхъ даренія отчуждалась стоимость самой вещи. Слѣдовательно, разсматриваемаго различія по сущности допустить никоимъ образомъ нельзя.

Если мы соглашаемся признать въ прекаріумѣ одну изъ формъ даренія, чему положительное свидѣтельство видимъ въ вышеприведенныхъ словахъ Павла L. 14 D. 43, 26, то основной вопросъ объ обязательственномъ или необязательственномъ характерѣ всего отношенія этимъ еще далеко не рѣшенъ; хотя содержаніе сдѣлки и смыслъ безвозмездности общія ей съ коммодатомъ и даетъ право уже теперь предполагать за прекаріумомъ обязательственную сдѣлку. Изъ словъ же Павла послѣдняго не только не слѣдуетъ, но напротивъ онъ прямо противуполагаетъ сдѣлку подобную даренію сдѣлкѣ договорной. Слѣдовательно заключеніе объ обязательственномъ характерѣ прекаріума по дарственной его сторонѣ будетъ зависеть оттого правъ ли Павелъ, не признавая въ дареніи обязательственнаго отношенія, или правы тѣ юристы, которымъ слѣдуютъ многіе новѣйшіе ученые, отводя даренію въ системѣ гражданскаго права мѣсто въ обязательственномъ правѣ.

Опредѣленіе даренія, какъ договора, было прежде господствующимъ, но съ Пухты ¹⁾, а за нимъ особенно Савиньи, сдѣлалось господствующимъ ²⁾ помѣщеніе даренія въ общей части, въ отдѣлѣ объ общемъ ученіи о правоотношеніяхъ ³⁾. Но это господствующее воззрѣніе подверглось въ новѣйшее время энергическому возраженію съ стороны Виндшейда ⁴⁾, который, опираясь на

1) P u c h t a. System d. gemeinen Civilrechts 1832 § 35.

2) N e u n e r Rechtsverhältn. p. 105.

3) Sintenis, Arndts, Keller, Brinz, Vangerow и др.

4) W i n d s c h e i d. Pandekt. 2 p. 348 n. 18.

рядъ выраженій источниковъ ¹⁾, снова помѣщаетъ дареніе гл. ученіи о договорахъ ²⁾.

Мы не станемъ останавливаться на послѣднемъ вопросѣ, но указываемъ на него только потому, чтобы показать, какъ сами опредѣленія источниковъ обусловливаются установкой другихъ болѣе общихъ вопросовъ и что поэтому опираться на приведенное выраженіе Павла нельзя, коль скоро вопросъ идетъ объ обязательственной или необязательственной сущности прекарной сдѣлки. Слѣдовательно провѣрить выше перечисленныя воззрѣнія мы можемъ только путемъ анализа частныхъ признаковъ прекарнаго отношенія

I. Правильность взгляда писателей первой категоріи, отрицающихъ обязательственный характеръ прекаріума, въ общемъ зависитъ оттого: получаетъ ли пресакіо ассіріенс владѣніе, а не только пользованіе вещью ³⁾. Съ этимъ послѣдствіемъ обыкновенно соединяютъ свой взглядъ писатели даннаго воззрѣнія, хотя для всѣхъ случаевъ прекаріума онъ и не признается необходимымъ ⁴⁾. Различіе же въ частностяхъ обусловливается уже тѣмъ, какой видъ владѣнія приписываетъ писатель пресакіо ассіріенті.

Что касается писателей, вовсе отрицающихъ за прекаріумомъ юридическій характеръ и видящихъ въ

1) L. 19 § 2 D. 39, 5; L. 18 pr. D. 12, 1, сравн. L. 5 § 6, 7; L. 7 § 7; L. 50 pr. D. 24, 1.

2) Если Neuner (Rechtsverh. p. 104, 105 ср. p. 222) помѣщаетъ дареніе, какъ и отвѣтственность за *dolus culpa*, и др. въ общей части имущественнаго права, то его воззрѣніе не подтверждаетъ взгляда Пухты и Савиньи, а построено на такихъ основахъ, которыя скорѣе оправдываютъ взглядъ Виндшейда.

3) См. Puchta въ Schunk's *Lehrbuch*. 3 p. 53; Bucher. *Recht der Forder.* § 110; Sittenis. *Civilr.* 2 p. 554 n. 38.

4) Bartels въ *Zeitschr. für Civilr. u. Proz.* B. 6 p. 195. 196.

немъ только фактическое отношеніе, то, очевидно, подкладка ему та, что за *precario accipiens* никоимъ образомъ нельзя признать юридическаго владѣнія, а только простое держаніе вещи, *detentio* ¹⁾). Правда, понятіе юридическаго владѣнія въ наукѣ еще далеко не установлено ²⁾, но мы беремъ его въ самомъ общемъ и обширномъ смыслѣ.

Итакъ получаетъ ли *precario accipiens* юридическое владѣніе надъ уступленной ему въ пользованіе вещью?

Прежде всего наши источники обозначаютъ прекарное пользованіе такими выраженіями: *precario possessio* ³⁾), просто *possessio* ⁴⁾ или, наконецъ, *possidere* ⁵⁾). Но не такъ важны эти выраженія, не всегда употребляемыя въ источникахъ въ техническомъ смыслѣ, какъ важно то обстоятельство, что по нѣкоторымъ, пригеденнымъ въ ссылкахъ мѣстамъ прекарное владѣніе сопоставлено съ владѣніемъ *creditoris pignoratitii*, которое почти единогласно признаютъ ⁶⁾ юридическимъ владѣніемъ. По этому съ перваго взгляда, держась пригеденныхъ выраженій, скорѣе всего слѣдуетъ предо-

1) См. напр. *D u a r e n u s*. Opera p. 652, 710; *W e n i n g - I n g e n h e i m*. Civilr. § 301; *C h r i s t i a n s e n*. Institut. p. 424; *S c h r o e t e r*. Obs. juris civ. obs. 4 cap. 1.

2) *J a h r b. d e s g e m e i n. d e u t s c h. R e c h t s.* v. 4 p. 35, 36; *T h o n*. Ueber civilis u. naturalis possessio въ *Rhein. Mus. f. Iurispr.* B. 4 Nr. 3.

3) L. 13 § 1 D. 6, 2; L. 13 § 21 D. 19, 1; L. 22 § 1 D. 43, 26.

4) L. 12 D. 43, 26; L. § 3 D. 43, 26. *Habere precario videtur qui possessionem vel corporis vel juris adeptus est...*

5) L. 22 § 1 D. 9, 4; L. 4 § 1 D. 43, 26; *meminisse autem nos oportet, eum qui precario habet, etiam possidere.* Справ. *S c h r o e t e r* въ *Zeitschr. f. Civilr. u. Prozess* B. 2 p. 265.

6) См. *W i t t e* въ *Zeitschr. f. Civilr. u. Proz.* 18 p. 253.

ставить *precario accipienti* юридическое владѣніе ¹⁾. Но обращаясь къ анализу частныхъ доводовъ въ пользу такого заключенія, мы не можемъ согласиться со многими изъ нихъ и прежде всего не можемъ согласиться по вопросу о владѣніи при залогѣ *pignus*, при которомъ по общему взгляду переходило на залогопринимателя, *creditor pignoratitius*, владѣніе заложенной вещью. По нашему взгляду абсолютно это воззрѣніе не подтверждается источниками.

Прежде всего замѣчено было ²⁾, что источники говорить о владѣніи должника заложенной имъ вещью весьма противорѣчиво ³⁾. Такъ юристъ Яволентъ говорить: *qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet; quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet; adeo ut adjici possit et possessio ejus, qui pignori dedit.* ⁴⁾ За тѣмъ Юліанъ выражается о владѣніи залогодателя такъ; *intelligitur, videtur possidere ad causam usucapionis.* ⁵⁾ Наконецъ, Флорентинъ и Павелъ не говорятъ вовсе о владѣніи залогодателя, а только о владѣніи кредитора: *pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem* ⁶⁾.

По моему мнѣнію во всѣхъ этихъ выраженіяхъ говорится о правѣ кредитора отправлять одну изъ функций юридическаго владѣнія, интердикты. Если мы вспом-

1) См. van Wetter. *Traité de la possession.* p. 71, 72; Thibaut въ *Archiv. f. Civ. Praxis* 18 p. 323.

2) Bruns. *D. Recht des Besitizes* p. 12, 13.

3) Рѣчь, конечно, тутъ идетъ о тѣхъ случаяхъ залога, когда послѣдовала передача вещи. Справ. L. 33 § 5 D. 41, 3.

4) L. 16 D. 41, 3.

5) L. 1 § 15; L. 36 D. 41, 2; L. 16; L. 33 § 4 D. 41, 3 справ. L. 29 D. 13, 7.

6) L. 15 § 1; L. 37 D. 14, 1.

нимъ, что вещь закладываемая по *pignus* переходила въ руки кредитора, то не будетъ ни чего удивительнаго, если онъ въ интересѣ должника получалъ отъ него право отправлять интердикты противъ третьихъ лицъ въ защиту заложенной вещи. и то не всегда. Въ литературѣ ¹⁾ не оставили незамѣченнымъ тотъ фактъ, что въ источникахъ не рѣдко предоставляется *pigneratitia actio* безразлично подлежитъ ли заложенная вещь *pignus* или *hypotheca* ²⁾; а слѣдовательно нѣтъ необходимости въ каждомъ случаѣ *pignoris* предполагать переходъ на кредитора владѣнія *ad interdicta*. Въ силу этого обстоятельства *pignus* часто раздѣляютъ на *pignus* съ передачей права на интердикты и безъ него. т. е. съ передачей простой *detentio*. По этому несовершенію вѣрно различать *pignus* и *hypotheca* абсолютно тѣмъ признакомъ, что при первомъ передается владѣніе, при второмъ нѣтъ ³⁾.

Если теперь просмотрѣть частные случаи залога, то замѣтимъ съ одной стороны, что тѣ изъ нихъ, въ которыхъ при *pignus* нельзя предполагать перехода юридическаго владѣнія, имѣютъ своимъ предметомъ вещи недвижимыя, а съ другой стороны по Гайю *pignus* примѣнялся главнымъ образомъ къ вещамъ движимымъ ⁴⁾. Не будетъ ли изъ послѣдняго слѣдовать необходимость передачи интердиктовъ при *pignus* въ техническомъ смыслѣ, что при томъ полномъ обладаніи,

1) См. напр. Schmid. Cession I p. 73, 74.

2) L. 7 C. 4, 24; L. 4 C. 4, 24.

3) L. 9 § 2 D. 13, 7 ср. Isidorus Orig. V, 25. См. Dernburg Pfandrecht 2 p. 53—57.

4) L. 238 § 2 D. 50, 16: *Pignus apperatum a pugno quia res, quae pignori dantur, manu traduntur; unde etiam videri potest, verum esse, quidam putant pignus proprie rei mobilis constitui.*

каковымъ будетъ при движимыхъ вещахъ *detentio*, дало поводъ и источникамъ и новѣйшимъ писателямъ говорить о владѣнн *creditoris pignoratitii*.

Мы не останавливаемся здѣсь на предположеніи Брунса ¹⁾ будто владѣніе первоначально до изобрѣтенія интердиктовъ оставалось за должникомъ, а позднѣе переведено было на кредитора. Такъ легко примирить можно всякое догматическое затрудненіе. Что же касается толкованія приведенныхъ фрагментовъ въ смыслѣ владѣнія кредиторомъ по залогу ²⁾, то по моему мнѣнію оно окончательно разбивается о *possessio ad usucapionem* должника. Такъ Савиньи ³⁾ полагаетъ, что настоящимъ юридическимъ владѣльцемъ былъ кредиторъ, который имѣлъ право вчинать и *interdicta* въ защиту владѣнія заложенной вещью, но не имѣлъ только права *usucapionis* (т. е. *civilis possessio* съ точки зрѣнія на него Савиньи), такъ какъ на это не доставало *fusta causa* и *bona fides*. Должникъ не имѣлъ права вчинать интердиктовъ въ случаѣ лишенія залогопринимателя владѣнія вещью со стороны третьяго лица ⁴⁾ и вообще не оставлялъ за собою никакого владѣнія, а слѣдовательно на время залога должна была для него прерваться и давность. Если же она по положительнымъ свидѣтельствамъ источниковъ непрерывалась, то это составляетъ *единственное исключеніе* изъ правилъ о владѣнн, для каковой цѣли въ лицѣ должника фингируется *possessio ad usucapionem*, т. е. касательно *usucapio* онъ разсматривается такъ, какъ будто бы онъ

1) Brun s. Recht des Besitizes p. 14, 15.

2) См. напр. Thibaut. Ueber possessio civilis въ Archiv f. Civil. Praxis B. 18 p. 324.

3) Savigny. Besitz 7 Aufl. p. 294—300.

4) Dernburg. Pfandrecht 2 p. 57.

владѣть вещью. Мы думаемъ, что, не прибѣгая къ фикціи, можно совершенно ясныя и пряныя выраженія источниковъ о *possessio ad usucapionem* принять буквально, если только не стараться во чтобы то ни стало лишить должника владѣнія.

Другіе писатели ¹⁾ пытались объяснить *possessio ad usucapionem* должника тѣмъ, что о владѣніи въ приведенныхъ фрагментахъ собственно и рѣчи нѣтъ, на что, думаютъ, указываетъ и противорѣчіе источниковъ; римскіе же юристы хотѣли только сказать, что *usucapio* должника могла выполниться и въ продолженіи залога. Объясненіе, по моему мнѣнію, крайне несостоятельное. Давность только принадлежность владѣнія ²⁾ (*sine possessione usucapio contingere non potest*), которое слѣдовательно нашими источниками признается за должникомъ, отъ имени котораго удерживаетъ вещь кредиторъ ³⁾, т. е. по отношенію къ интердиктамъ представляетъ его ⁴⁾.

Только крайнею несостоятельностью всѣхъ упомянутыхъ попытокъ объясняется то, что уже давно нѣкоторые писатели ⁵⁾ отчасти признавали владѣніе за должникомъ, но однако верѣшались лишить его и кредитора, т. е. разсматривали обоихъ, какъ *possessores*

1) *Lenz. Das Recht d. Besitzes* p. 107 и п. 4.

2) Это несомнѣнно по крайней мѣрѣ для позднѣйшихъ временъ. См. *Dernburg. Pfandrecht* 2 p. 58.

3) *L. 7 § 2 C. 7, 39.* Но см. объясненіе этого фрагмента у *Savigny. Besitz* 7 Aufl. p. 298 n. 1 или у *Dernburg. Pfandr.* 2 p. 52, 53.

4) За представительство должника кредиторомъ, но безъ нашего ограниченія, высказывались уже давно (напр. *Zimmermann* въ *Archiv f. civ. Praxis* 8 B. 3 H. p. 315) и также давно ратовали противъ этого взгляда (*Rosshirt* въ *Archiv f. civ. Praxis* 8 B. 1 H. p. 23—26).

5) Изъ новѣйшихъ м. *Keller. Pandektenvorlesung* p. 221

in solidum. Но такъ какъ *possessio in solidum* подвергалось основательному почти единогласному осужденію (см. ниже), то въ послѣдней попыткѣ объяснить приведенные фрагменты я вижу только необходимость признать за должникомъ юридическое владѣніе заложенной вещью.

Итакъ мы признаемъ юридическое владѣніе за залогодателемъ. Мнѣніе же въ такой формѣ высказалъ уже Placentinus ¹⁾ и мы думаемъ, что за него кроме выше сказаннаго можно привести и положительное свидѣтельство источниковъ, которое хотя и устраняли всевозможными объясненіями ²⁾, но, по моему мнѣнію, ясность выраженія говорить сама за себя. Такъ одинъ изъ позднѣйшихъ юристовъ, М а с с е г, говорить:.... *Creditor, qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat aut sibi traditam aut precario debitori concessam* ³⁾.

Заключеніе, къ которому мы пришли по вопросу о владѣніи залогопринимателя, намъ тѣмъ болѣе важно, что обыкновенно и справедливо уподобляютъ его положеніе къ вещи отношенію *precario accipientis* къ полученной въ пользованіе вещи ⁴⁾.

Итакъ остается ли за *precario dans* владѣніе вещью? Если допустить аналогію отъ коммодата, то трудно будетъ признать прекаріумъ за юридическое владѣніе. Въ L. 8 D 13, 6 Помпоній говоритъ положительно: *rei commodatae et possessionem, et proprietatem retinemus* ⁵⁾. Почему выходитъ, что коммодатаръ не при-

1) Summa in Cod. tit. de poss. in fin.

2) См. напр. D e r n b u r g. Pfandr. 2 p. 51, 52.

3) L. 15 § 2 D. 2, 8.

4) Напр. см. L e n z. Das Recht des Resitzes p. 110.

5) Сравн. L. 9 D. 13, 6; L. 3 § 20 D. 41, 2.

обрѣталъ юридическаго владѣнія надъ вещью ¹⁾), а только *detentio* ²⁾). Думаютъ, что по самой сущности сдѣлки владѣніе даже не могло переходить на коммодатара, хотя бы съ согласія коммоданта ³⁾). Коммодатаръ былъ только инструментомъ владѣнія коммоданта ⁴⁾), т. е. самъ былъ простымъ *detentor* ⁵⁾) (*in possessione esse, tenere, naturaliter possidere*) отъ имени другого лица. Дѣлая заключеніе отъ коммодата на аналогичную ему сдѣлку прекаріумъ, пришлось бы отрицать ⁶⁾) юридическое владѣніе и за *precario accipiens*. Такое заключеніе однако въ литературѣ обыкновенно не только не допускается, но именно въ разсматриваемомъ признакъ и проводятъ различіе между коммодатомъ и прекаріумомъ, допуская переходъ юридическаго владѣнія на концессіонера только во второмъ случаѣ ⁷⁾).

Однимъ изъ главныхъ доказательствъ за это воззрѣніе приводитъ ⁸⁾) тѣ свидѣтельства источниковъ, по которымъ допускалось для *precario danti* и *precario accipienti compossessio in solidum*.

Что же касается вообще вопроса о *compossessio duorum in solidum* ⁹⁾), то въ наукѣ прежняго времени

1) Arndts. Pand. § 284; G ö s c h e n. Vorlesung. p. 308.

2) Noodt. Ad. lib. 13 t. 6 Commod.

3) См. Bartels въ Zeitschr. f. Civilr. u. Prozess B. 6 Giessen 1832 p. 203, 204.

4) Demangeat. Droit rom. 2 p. 165.

5) Sintenis. Civilr. 2 p. 656; Molitor. Les obligations 2 p. 199.

6) Brinz. Pand. p. 64 ср. Holzschuher Casuistik 3 p. 589 n. 3.

7) См. Sintenis. Civ. 2 p. 553 n. 38; Machelard. Interdits en dr. rom. p. 262.

8) См. Heimbach въ Rechtslex. 6 p. 663.

9) Сведены источники о подобномъ владѣніи въ Jahrbuch. des gemeinen deutsch. Rechts 1860 v. 4 p. 44 и слѣд.; Archiv f. civil. Praxis 55 p. 308.

оно вообще допускалось ¹⁾, но послѣ классическаго труда Савиньи о владѣніи ²⁾ долгое время безспорно признавалось противное воззрѣніе. Только въ новѣйшее время снова пытаются установить ³⁾ на новыхъ началахъ возможность подобной *comprossessionis*, причемъ выраженіе источниковъ о прекаріумѣ служатъ однимъ изъ главныхъ доказательствъ. Дѣйствительно съ перваго взгляда нѣкоторые римскіе юристы выражаются именно въ этомъ смыслѣ, хотя другіе высказываются въ совершенно противоположномъ смыслѣ. Такъ Сабинъ, Требацій, Помпоній и Юліанъ выражаются въ смыслѣ допущенія *comprossessionis* при прекаріумѣ; Павелъ и Лabeонъ противъ такого взгляда; мнѣніе же Ульпіана въ новѣйшей наукѣ спорно ⁴⁾. Остановимся подробнѣе на фрагментахъ этихъ писателей. *Paulus L. 3 § 5 D. de acquir. poss. 41, 2: Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt, quippe contra naturam est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scripsit, eum, qui precario dederit, et ipsum possidere et eum, qui precario acceperit. Idem Trebatius probat, existimans posse alium juste, alium injuste possidere; duos injuste vel duos juste non posse. Quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum intersit, juste quis, an injuste possideat.*

1) См. примиреніе двойнаго владѣнія *in solidum* еще у *Christiansen. Institut. p. 424.*

2) *Savigny. Das Recht des Besitzes § 11.*

3) См. напр. *Witte* въ *Zeitsch. für Civilr. u. Prozess. N. F. Bd. XVIII p. 250* и слѣд.; *Fitting* въ *Archiv f. civil. Praxis 55* отъ *p. 315.*

4) *Bulling (Prec. p. 307)* причисляетъ его къ писателямъ первой категоріи, а *Fitting* (въ *Archiv. für d. Civil. Praxis 55 B. 1872 p. 313*)—къ второй.

Pomponius lib. XXIX ad Sabinum L. 15 § 4 D. de precario 43, 26: Eum, qui precario rogavit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium. An is quoque possideat, qui rogatus sit? Dubitatum est. Placet autem penes utrumque esse eum hominem, qui rogasset, quia possiderat corpore, penes dominum, quia non discesserit animo possessione.

Iulianus L. 19 pr. D. 43, 26: Duo in solidum precario habere non magis possunt, quam duo in solidum vi possidere, aut clam, neque justae neque injustae possessionis duae concurrere possunt.

Изъ перваго цитированнаго мѣста слѣдуетъ съ перваго взгляда, что Павелъ, устанавливая принципъ недопущенія compossessionis duorum in solidum, проводить противоположное (tamen) этому положенію взгляды Сабина и Требація, которымъ въ свою очередь возражаетъ Лabeонъ. Если на данный фрагментъ не смотрѣть, какъ на сводъ явно противорѣчащихъ другъ другу воззрѣній, въ результатѣ не дающихъ общаго единого ученія о природѣ владѣнія, то слѣдуетъ выходить изъ общихъ вопросовъ о possessio и compossessio.

Что касается послѣдняго, то въ одной маленькой, но весьма обстоятельный брошюркѣ о прекаріумѣ ¹⁾ авторъ совершенно справедливо выходитъ изъ установки понятія precaria possessio justa и injusta. По опредѣленію юриста Павла: Iuste possidet ²⁾, т. е. тотъ, кого преторъ обязалъ охранять во владѣніи. Если это опредѣленіе примѣнить къ прекаріуму, то увидимъ, что precario accipiens съ одной стороны защищается въ своемъ владѣніи преторомъ, т. е. являет-

1) Bulling. Das Precarium p. 35 и слѣд.

2) L. 11 D. 41, 2.

ся, значить, *justus possessor*, а съ другой ему отказывается въ защитѣ, т. е. онъ считается *injustus possessor*. Первое бываетъ по отношенію къ третьимъ лицамъ ¹⁾, противъ которыхъ *precario accipienti* представлялись интердикты ²⁾, второе по отношенію къ *precario dans* ³⁾, противъ котораго источники отказывали *precario accipienti* въ защитѣ. Такъ напримѣръ Ульпіанъ ⁴⁾ рѣшаетъ слѣдующій вопросъ: если *precario accipiens* поземельнаго участка, въ пользу котораго уже имѣется сервитутъ, выпросить отпращиваніе этого сервитута *precario* у владѣльца *dominii servientis* въ случаѣ онъ не зналъ существованія сервитута, то имъ не могъ быть осуществленъ *interdictum Quo itinere*, которому *precario dans* могъ противопоставить *exceptio vitiosae possessionis* ⁵⁾.

Принятое нами объясненіе *justae ac injustae possessionis* намъ кажется имѣть преимущество предъ другими уже потому, что нѣкоторые выводы изъ подобнаго взгляда раздѣляются большинствомъ новѣйшихъ писателей, а съ другой стороны искусственность нѣкоторыхъ толкованій бросается въ глаза сама собою. Такъ, уже Савиньи замѣтилъ ⁶⁾, что въ нѣкоторыхъ мѣстахъ источниковъ *precaria possessio* называется *justa*, а въ другихъ—*injusta*, но объясняли это такъ, что оба эпитета шли совершенно вѣрно къ обладанію

1) См. L. 22 § 1 D. 9, 4; L. 13 D. 6, 1; L. 7 § 4 D. 10, 3.

2) L. 17 D. 43, 26: *qui precario fundum possidet, is interdicto uti possidetis adversus omnes praeter eum, quem rogavit, uti potest.*

3) См. L. 3 pr. D. 43, 17.

4) L. 1 § 11 D. 43, 18.

5) См. Schmidt. *Interdictenverf.* p. 101, 102.

6) Savigny. *Besitz* 7 p. 460 n. 1.

precario accipientis, но только въ различные періоды этого обладанія. Сама по себѣ precaria possessio—*iusta*, становится же она *injusta* съ момента отказа возвратить вещь по требованію. Такъ какъ подобное значеніе выраженій вовсе не выразилось въ приведенныхъ фрагментахъ, то объясненіе Савиньи мы считаемъ произвольнымъ. Прекарное владѣніе по отношенію къ precario dans было всегда *injusta* ¹⁾. Въ общемъ за это уже то, что при возраженіяхъ владѣніе precario сопоставлено съ владѣніемъ *vi* и *clam*. Въ томъ, что оба послѣдніе виды владѣнія были *injustae possessionis*, не сомнѣвается никто.

Съ разсматриваемымъ вопросомъ стоитъ въ связи другой крайне спорный вопросъ, который не только обуславливается первымъ, но въ рѣшеніи большинства ученыхъ подтверждаетъ его.

Вопросъ этотъ состоитъ въ томъ съ какого времени считать теченіе интердикта de precario, а слѣдовательно и общей Θεодосіевой 30-лѣтней погасительной давности? Источники, о продолжительности интердикта de precario (болѣе года), не даютъ ясныхъ указаній объ исходномъ моментѣ ²⁾. И вотъ одни писатели ³⁾ считаютъ теченіе давности уже съ момента установленія прекарнаго отношенія, т. е. съ момента передачи вещи; другіе же ⁴⁾—только съ момента востре-

1) Уже Cuperus. De nat. poss. P. II c. 7 (ed. Thibaut p. 102 sqq.); Albert. Ueber d. interdictum uti possidet. p. 72; Vangerow. Pand. 3 p. 609.

2) См. L. 8 § 7 D. 43, 26; L. 7 § 6 D. 10, 3.

3) Machelard. Interdits. p. 270; Bulling. Precar. p. 54; Vangerow. Pand. 3 § 691 срав. Archiv. B. 33 p. 292.

4) Wenig-Ingenheim. Civilr. 2 § 301; Schmidt. Precar. p. 91—96; Savigny. Besitz. 7 изд. p. 463 и System V p. 291 n. f.

бованія вещи а *precario dante*. Возрѣніе первыхъ опирается на слѣдующее основаніе: такъ какъ искъ на возвращеніе вещи *dominus* получаетъ съ момента самой концессіи, то съ этого момента слѣдовательно начинается и теченіе 30-лѣтней погасительной давности самого обязательства возвратить вещь по востребованію, т. е. тутъ полагается, что *precario accipiens* съ самого установленія прекаріума имѣлъ *possessionem injustam* по отношенію къ *precario dans*; тогда какъ писатели втораго возрѣнія признаютъ *possessio precario accipientis* по отношенію къ *precario dans justa* до предъявленія требованія возвратить вещь. Мы приняли выше, что прекарное владѣніе по отношенію къ *precario dans* всегда *injusta*, а потому и начало погасительной давности относимъ къ моменту концессіи. Прямое доказательство за такой взглядъ мы видимъ въ самомъ постановленіи, исключаящемъ интердиктъ *de precario* отъ общей для всѣхъ интердиктовъ годовой давности, такъ какъ иначе это значило бы ограничить самую концессію годовымъ срокомъ ¹⁾.

Обращаясь теперь къ *cit. L. 3 § 5 D. 41, 2*, мы можемъ совершенно просто объяснить положеніе Требація, распространившаго смыслъ словъ Сабина, а именно, что *compossessio* допускается только въ томъ случаѣ, когда одно лице владѣетъ *juste*, а другое *injuste* и никогда въ тѣхъ случаяхъ, когда оба лица *justi* или *injusti possessores*. Последнее положеніе высказываетъ и Юліанъ въ *cit. L. 19 pr. D. 41, 2*, изъ

1) *Interdictum hoc est post annum competere Labeo scribit, eoque jure utimur; quum enim nonnunquam in longum tempus precarium concedatur, absurdum est dicere, interdictum locum non habere post annum (L. 8 § 7 D. 43, 26).*

чего слѣдуетъ что и онъ допускаетъ одновременное владѣніе *justi* и *injusti possessoris* ¹⁾.

Принимая владѣніе въ техническомъ смыслѣ, какъ юридическое отношеніе къ вещи, т. е. такое отношеніе, съ которымъ соединяются послѣдствія юридическаго владѣнія ²⁾, въ разсматриваемомъ положеніи вообще нельзя видѣть допущенія *compossessionis plurium in solidum*, въ примѣненіи же къ сторонамъ при *precariū* *justus possessor* будетъ *precario dans*, а *injustus*, т. е. простой *detentor*, *precario accipiens*, которому и не предоставляется никакихъ средствъ защиты противъ перваго.

Выходя изъ сказаннаго, легко объяснить и мѣсто изъ Помпонія *L. 15 § 4 D 43. 26* ³⁾. Юристъ очевидно, понимаетъ владѣніе *precario dantis* и *precario accipientis* такимъ образомъ, что первый оставляетъ за собою владѣніе *animo*, а второй *corpore* ⁴⁾, что въ сущности сводится къ тому, что юридическимъ владѣльцемъ остается только *precario dans*, а *precario accipiens* является простымъ *detentoromъ*, а слѣдовательно принципъ *in solidum possidere* остается въ силѣ, т. е. юридически эта уступка разсматривается, какъ уступка осуществленія права владѣнія ⁵⁾, по отношенію къ каждому третьему лицу, какъ простая *cessio possessorum* интердиктовъ, которыми *precario accipiens* охраняетъ

1) Bulling. *Prec.* p. 39. Но Degener (*Precar.* p. 47) не допускаетъ этого вывода.

2) Windscheid. *Pand.* § 148.

3) Толкованію этого фрагмента посвящена цѣлая монографія Hagen. *Ueber den nach L. 15 § 4 D: 43, 26 statt findenden Besitz des precario rogans und des rogatus.* Hamm 1840.

4) Это положеніе повторено въ *Basilic.* 58, 24, XVII.

5) А не самого владѣнія, которое не подлежало уступки *L. 23 pr. D. 41, 2.*

владѣніе *precario dantis*, дополняя тѣмъ *comprope ego animus domini* ¹⁾).

Итакъ вопросъ о *compossessio* при прекаріумѣ рѣшается въ томъ смыслѣ, что истиннымъ юридическимъ владѣльцемъ будетъ одинъ *precario dans*, котораго владѣніе не прерывается на время существованія прекаріума.

Для большаго подтвержденія сказаннаго остановимся на нѣкоторыхъ особенно выдающихся попыткахъ примирить наши источники въ смыслѣ противномъ нами принятому. Такъ вопросъ о непрерывности владѣнія *prec. dantis* иногда рассматриваютъ ²⁾ въ связи съ вопросомъ о *compossessio* и рѣшаютъ именно въ томъ смыслѣ, что при прекаріумѣ имѣются два владѣнія изъ которыхъ одно *possessio ad interdicta*, другое *ad usucapionem*, или, какъ говоритъ Christiansen ³⁾, владѣютъ оба, и *precario dans*, и *prec. accipiens*, но правило о *compossessio* тѣмъ не менѣе не нарушается, такъ какъ владѣютъ они въ различныхъ себя не покрывающихъ, а исключаяющихъ направленіяхъ. Подобныя тонкія разграниченія, безъ сомнѣнія, чужды римскимъ юристамъ, свидѣлствуютъ только о томъ, что новѣйшая доктрина никакъ не хочетъ отрѣшиться отъ того, чтобы не видѣть въ интердиктахъ *precario accipientis* признакъ настоящаго юридическаго владѣнія и тѣмъ, конечно, или впадаетъ въ противорѣчіе съ другими свидѣтельствами источниковъ, или принуждена допустить *compossessio plurium in solidum*.

1) Fitting. Archiv f. civil. Praxis 55 p. 312.

2) Haug. Witte въ Zeitschr. f. Civilr. u. Process B. 18 p. 252—256.

3) Christiansen. Institut. d. römisch. Rechts. Altona 1843 p. 424.

Одинъ новѣйшій писатель, выходя изъ того же основанія, отчаявался найти догматическое разрѣшеніе всѣхъ этихъ коллизій и потому обратился къ попыткѣ исторической постройкѣ такую простую и съ перваго взгляда чрезвычайно заманчивую теорію ¹⁾. По его взгляду первоначально до изобрѣтенія интердиктовъ владѣльцемъ былъ исключительно *precario datus*, рассматривавшійся въ этомъ качествѣ по отношенію къ давности владѣнія; съ введеніемъ же поссессионныхъ интердиктовъ на *precario accipiens* вмѣстѣ съ *possessio naturalis* переносилось и право вчинать интердикты въ его защиту. Такимъ образомъ римскіе юристы не видѣли въ этомъ естественномъ ходѣ ничего аномальнаго.

Брунсу оставалось только сдѣлать заключеніе объ уступкѣ интердиктовъ для предъявленія ихъ въ интересѣ *precario dantis*, чтобы избѣгнуть такого насилуванія догматическихъ положеній и придти къ нашему заключенію ²⁾.

Такимъ образомъ общимъ правиломъ слѣдуетъ признать для прекаріума тоже опредѣленіе владѣнія, что и при коммодатѣ, а именно прежде всего, что *precario accipiens*, какъ и коммодатарій ³⁾ не могъ имѣть вла-

1) Brun s. Das Recht. d. Besitz. p. 14, 15.

2) Считаю лишнимъ останавливаться въ текстѣ на критическомъ анализѣ частныхъ толкованій того или другаго изъ приведенныхъ фрагментовъ. Здѣсь скажемъ только, что всѣ попытки писателей, принимающихъ юридическое владѣніе *prec. accipientis*, объяснить напр. L. 3 § 5 D. 41, 2 только еще яснѣе указываетъ на безсиліе совладать съ догматическимъ затрудненіемъ, если только держаться принятаго основанія. Такъ Савиньи (*Besitz* p. 197) признаетъ этотъ фрагментъ просто за догматическую неконсеквентность; Schmidt (*Precar.* p. 78) видитъ въ немъ проведеннымъ новое начало; S i n t e n i s (*Civilr.* 2 p. 555 n. 41) полагаетъ, что въ словахъ этихъ указывается на возможность произвольной ревокаціи, и т. п.

3) L. 5 § 15 D. 13, 6.

дѣнія in solidum съ концедентомъ ¹⁾), а признается это юридич. владѣніе только за пресagio dans, какъ при коммодатѣ единственнымъ владѣльцемъ является коммодантъ.

Противники принятаго нами взгляда ссылаются какъ на самое сильное доказательство на то мѣсто источниковъ, которымъ пресagio accipienti предоставляется поссессорный интердиктъ uti possidetis ²⁾). Выше мы дали объясненіе этому положенію, теперь же упоминаемъ его потому, что на немъ построено главнымъ образомъ то общее воззрѣніе о владѣніи прес. dantis, съ которымъ никакъ не укладывались многія частныя постановленія источниковъ, явно не допускавшія перехода владѣнія на прес. accipiens. Последнее обстоятельство уже давно подавало поводъ многимъ писателямъ разсматриваемаго воззрѣнія опредѣлять въ перечисленіи тѣ случаи прекаріума, въ которыхъ несомненно, по ихъ взгляду, на пресag. accipiens переходило владѣніе, а въ остальныхъ случаяхъ—видить возможность и обратнаго явленія.

Къ послѣднему разряду чаще всего причисляютъ слѣдующіе четыре случая прекаріума ³⁾): а) когда залогодатель по ріgnus получаетъ отъ залогопринимателя свою вещь въ прекарное пользованіе; б) когда при продажѣ до уплаты цѣны продавецъ предоставляетъ покупателю прекарное пользованіе проданною вещью ⁴⁾);

1) См. K'ritz. Pand. 1, 2 p. 451.

2) L. 17 D. 43, 26: qui precario fundum possideat, is interdicto uti possidetis adversus omnes praeter eum, quem rogavit, uti potest.

3) См. van Wetter. Traité de la possession p. 72, 73; Holzschuher. Casuistik 2, 2 p. 507 с прав. Pfeiffer. Abhandl. über den Besitz p. 80.

4) L. 13 § 8 D. 19, 1.

и г) когда прекарное отношеніе установлено узуфруктуаріемъ — Во всѣхъ этихъ случаяхъ владѣніе прекарно уступленною вещью остается за концендентомъ.

Послѣдніе три случая вполне подходятъ подъ защищаемый нами взглядъ на владѣніе *prec. dantis*, а потому въ критическомъ анализѣ господствующей доктрины намъ останавливаться на нихъ не зачѣмъ. Согласны мы и съ первымъ примѣромъ, но только касательно владѣнія *prec. accipientis*. Простое *detentio prec. accipientis* въ случаяхъ полученія *precario* вещи должникомъ отъ залогопринимателя ¹⁾ не можетъ быть подвержено никакому сомнѣнію ²⁾. Остановимся тутъ только на одномъ фрагментѣ, который читается такъ: *Creditor, qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat aut sibi traditam, aut precario debitori concessam* ³⁾. Нѣкоторые писатели ⁴⁾ толкуютъ въ данномъ случаѣ слово «*possessor*» не въ смыслѣ собственнаго владѣльца, а того, кто сидитъ на эмфитевтикарномъ имѣніи ⁵⁾. Если принять нашъ вышевыказанный взглядъ на владѣніе при *pignus*, то незачѣмъ будетъ уклоняться отъ совершенно яснаго буквального смысла фрагмента. *Creditor pigneratitius* ни въ какомъ случаѣ не приобреталъ юридическаго владѣнія, хотя и могъ получить въ руки заложенную вещь. Поэтому же залогоприниматель

1) Сдѣлка эта по словамъ Ульпіяна совершалась въ ежедневномъ оборотѣ весьма часто *L. 6 § 4 in fin. D. 43, 26*.

2) *Gajus 2, 60; L. 35 § 1 D. 13, 7; L. 22 § 1 D. 43, 26; L. 10 § 1, 2 D. 41, 2; L. 33 § 6 D. 41, 3*.

3) *L. 15 § 2 D. 2, 8*.

4) Напр. *Zielonacki. Besitz p. 16*.

5) *Срав. L. 15 pr. § 1 D. 2, 8*.

не могъ и переносить владѣнія на должника собственника вещи, а только передачей предоставить ему пользование ею. Вотъ смыслъ *cit. msta*, изъ котораго только слѣдуетъ, что на *precario assipiens* владѣніе не переносилось, такъ какъ онъ его до того не лишился, а *precario dans* его не имѣлъ, а потому могъ предоставить только *detentio*.

Итакъ въ нѣкоторыхъ перечисленныхъ случаяхъ *прекаріума* большинство ученыхъ не допускаютъ перехода владѣнія на *precario assipiens*. На основаніи этихъ случаевъ по инициативѣ уже Лаутербаха ¹⁾ давно ²⁾ дѣлили *прекаріумъ* на *precarium simplex*, которымъ предоставлялось только пользование ³⁾, и на *precarium non simplex*, которымъ предоставлялось также владѣніе ⁴⁾; причемъ иногда первое ⁵⁾, иногда, и чаще всего, послѣднее ⁶⁾—считали общимъ правиломъ, а противоположные случаи—исключеніемъ. Въ поясненіе этихъ различныхъ случаевъ обыкновенно говорилось ⁷⁾, что большую разницу составляетъ отдача вещи, предназначенной къ *прекарному* пользованію, въ руки *precario*

1) Lauterbach. Colleg. theor. Pract. ad. D. 43, 25.

2) Duarenus Opera Omnia p. 652, 710; Vogel. Prec. p. 213—215.

3) L. 6 § 2 D. 43, 26; L. 10 § 1 D.; L. 18 D. 41, 2.

4) L. 15 § 4; L. 12 pr.; L. 4 § 1, 2, 4; L. 2 § 3 D. 43, 26.

5) Напр. Schröter. Observ. juris civ. Ienae 1826. Observ. IV cap. 1; Thibaut. System 8 Aufl. § 5 57; Vogel. Prec. § 12; Сводъ Остѣ. Граж. Зак. § 3767.

6) Т. е. при *прекаріумѣ* владѣніе въ случаѣ сомнѣнія всегда предполагалось (Zielonacki. D. Besitz p. 15, 19, 25, 26 и н.) (См. Heimbach. Rechtsl. 5 p. 567; Albert. Ueber d. interd. uti poss. p. 58, 59; Bickell. Prec. 2 § 2; Degener. Prec. p. 50—74; Poste. Elements of roman law by Gajus p. 305.

7) См. Unterholzner въ Tübinger Krit. Zeitch. f. Rechtswiss. B. 4 p. 383.

accipientis, или, не выпуская ее изъ рукъ, разрѣшить только пользованіе ею. Думаютъ даже, что оба вида прекаріума обозначены L. 1 § 3 D. 43. 26 въ словахъ *precario possidere* и *precario uti*. Различать же въ каждомъ частномъ случаѣ прекаріумъ *cum possessione* и *sine possessione* слѣдуетъ по господствующему воззрѣнію ¹⁾ такъ: въ каждомъ случаѣ прекаріума слѣдуетъ толковать волю *precario dantis* по содержанію просьбы *precario accipientis*.

Если онъ проситъ, напримѣръ, *ut sibi in fundo morari liceat, ut in possessione esse liceat*, то получаетъ только *de entio* ²⁾. Если же онъ проситъ, *ut sibi possidere liceat*, то предоставленіе слѣдуетъ толковать въ буквальномъ смыслѣ просьбы и тогоа только уклоняться отъ него, когда предоставившій вещь въ прекарное пользованіе ясно выразился въ ограничительномъ смыслѣ ³⁾. Если же въ данномъ случаѣ нельзя навѣрное предполагать то или другое опредѣленіе владѣнія вещью, то одни ученые, какъ сказано, не считаютъ необходимымъ переносъ владѣнія на *prec. accipiens*; большинство же принимаетъ это, какъ болѣе соответствующее природѣ прекаріума. Общее подтвержденіе послѣднему видятъ въ такихъ словахъ источниковъ: *meminisse autem nos oportet, cum, qui precario habet, etiam possidere* ⁴⁾.

1) См. Kierulff. *Theorie d. gem. Civilr.* B. 1 p. 355 n.

2) L. 6 § 2 D. 43, 26: *is, qui rogavit, ut precario in fundo moretur, non possidet, sed possessio apud eum, qui concessit, remanet.* L. 21 D. 43, 26; L. 10 § 1 D. 41, 2.

3) L. 15 § 4 D. 43, 26: *eum, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem, non est dubium.*

4) L. 4 § 1 D. 43, 26.

На подобномъ взглядѣ основаны многія попытки подвести всѣ случаи прекаріума подъ извѣстныя категории. Кромѣ вышеупомянутаго дѣленія прекаріума на *simplex* и *non simplex* въ литературѣ мы находимъ различія: на *precarium solius usus* и *precarium possessionis* ¹⁾; на *precarium rei* и *precarium usus rei* или *usus-fructus* ²⁾ и, наконецъ, на прекаріумъ въ тѣсномъ, собственномъ смыслѣ и прекаріумъ въ общемъ смыслѣ ³⁾.

Не обращаясь пока къ анализу отдѣльных мѣстъ источниковъ, скажемъ только, что съ одной стороны вызваны всѣ эти различія прекаріума не изъ чтенія источниковъ, которые во многихъ фрагментахъ игнорируютъ ихъ вовсе ⁴⁾, а вынуждены они были исключительно затрудненіемъ провести безъ исключеній господствующее воззрѣніе о владѣніи *prec. accipientis*; съ другой же стороны одинъ новѣйшій писатель ⁵⁾ замѣтилъ, что владѣніемъ не предоставлялось какое-либо существенное преимущество предъ тѣми случаями, когда *prec. accipienti* предоставлялось только пользованіе съ простою *detentio*. Во всѣхъ примѣрахъ прекаріума вещь необходимо удерживалась *precar. accipiente* и вопросъ могъ идти только о характерѣ этого удержанія во всѣхъ случаяхъ, такъ какъ прекаріумъ направленъ былъ на пользованіе, которое осуществлялось всегда однимъ путемъ ⁶⁾.

1) Напр. *Stockmann. Prec. § 1.*

2) *Pfeiffer. Abhandl. über d. Besitz. Tübing. 1840 p. 80.*

3) *Schmidt. Precar. p. 70.*

4) Напр. см. *L. 1 pr.; L. 22 § 1 D. 43, 26.* См. съ какой натяжкой пытается Унтерголцнеръ (*Tübing. Krit. Zeitsch. v. 4. p. 383, 384*) исказить смыслъ этихъ фрагментовъ.

5) *Sintenis. Civilr. 2 p. 554 n. 41.*

6) *Randa. Besitz p. 277 n. 12a.*

Кромѣ разсмотрѣнныхъ уклоненій отъ строгаго проведенія господствующаго воззрѣнія на владѣніе *prescriptio accipientis* одинъ признакъ, а именно отказъ въ правѣ предъявлять *prescriptio accipientis* интердикты противъ *prescriptio accipientis*, далъ поводъ и въ случаяхъ предоставленія владѣнія видѣть особый аномальный случай, который по инициативѣ Савиньи называютъ ¹⁾ производнымъ юридическимъ владѣніемъ (*abgeleiteter juristischer Besitz*). Признакъ же владѣнія въ правѣ *prescriptio accipientis* на вещь видѣли главнымъ образомъ въ томъ, что онъ получаетъ по отношенію ко всѣмъ постороннимъ интердикты ²⁾, тогда какъ простой *detentor alieno nomine* не получалъ ни *remedia recuperandae* ³⁾, ни *retinendae possessionis* ⁴⁾. Выше мы дали объясненіе послѣднему факту, теперь же, выходя изъ ученія о т. н. производномъ владѣніи, мы прежде всего замѣтимъ, что случаи производнаго владѣнія до того неустановлены безспорно ⁵⁾, что одни ученые, послѣдователи Савиньи, безспорно допускали производное владѣніе только при *pignoratitia possessio*, тогда какъ другіе ⁶⁾ (напр. *Thibaut*) полагали даже, что во всѣхъ случаяхъ временнаго предоставленія пользованія можетъ быть такого рода владѣніе ⁷⁾ и воззрѣніе это нашло выраженіе даже въ законодательствѣ ⁸⁾. Наконецъ, среди писателей, при-

1) См. напр. *Pagenseher. Pandecten-Praktik. Heidelberg. 1860 p. 477; Sintenis. Civilr. 2 p. 554 n. 41; Arndts. Pand. p. 279; и др.*

2) *Keller. Pand. § 117.*

3) *Arg. L. 1 § 10 и 22 D. 43, 16 ср. съ L. 18 D. 41, 2.*

4) *L. 3 § 8 D. 41, 2.*

5) См. *Arndts. Pand. § 135 n. 8.*

6) См. *Randa. Besitz p. 13 n. 24.*

7) См. *Brinz. Pand. 1 p. 66.*

8) Такъ *Allg. Preuss. L. R. 1, 7 § 6* подъ именемъ *unvoll-*

знающихъ ученіе о производномъ владѣніи, есть и такія, которые ограничивали его только двумя сдѣлками, причемъ изъ числа ихъ положительно исключали *re-sagium* ¹⁾. Въ послѣднемъ воззрѣніи сказалась достаточно несостоятельность распространенія ученія и на прекаріумъ. Мало того, рассматриваемое воззрѣніе можно заподозрить и съ другой стороны.

Мы не имѣемъ наитренія здѣсь останавливаться на доводахъ противниковъ ученія Савиньи вообще о производномъ владѣніи. Споръ вращается о томъ, какъ понимать одинъ изъ признаковъ юридическаго владѣнія, *animus domini* ²⁾, а именно понимать ли его въ смыслѣ желанія удержать вещь *навсегда* и *никогда* на время ³⁾? Тутъ мы только скажемъ, что самое ученіе Савиньи о производномъ владѣніи вызвало въ наукѣ сильное возраженіе. Причемъ выходили главнымъ образомъ изъ того, что источники не знали никакого особеннаго производнаго владѣнія ⁴⁾. Мы не станемъ останавливаться на мнѣніяхъ тѣхъ писателей, которые, отвергая теорію Савиньи, пытаются доказать обыкновенный характеръ владѣнія со всѣми его обыкновенными признаками

tändiger Besitz подводитъ *коммодатъ*, имущественный наемъ, аренду.

1) P u c h t a въ Weiske's Rechtslex. 2 p. 48.

2) B ö c k i n g. Pand. § 123 Справ. Arndts въ Zeitschr. f. Civilr. 3 p. 371 n. 16.

3) L e n z. Besitz. p. 104; Kritische Jahrb. f. deut. Rechtswiss. v. Richter. Leipz. 1837 p. 679.

4) См напр. по одному разсужденію Schröter. Ueber den abgeleiteten Besitz въ Zeitschr. f. Civilrecht u. Prozess B. 2 1829 p. 233—369. По другому разсужденію см. W a r n k ö n i g. Ueber die richtige Begriffsbestimmung des animus possidenti въ Archiv. f. d. civilst. Praxis. B. 13 Heidelb. 1890 p. 169—180. См. еще T h i b a u t. Ueber possessio civilis въ Archiv. f. d. civil. Praxis B. 18 p. 322 и слѣд.; D e r n b u r g. Pfandr. 2 p. 62—67.

въ случаяхъ прекаріума ¹⁾; такъ какъ рѣчь о юридическомъ владѣніи *prescriptio accipientis* занимаетъ данный отдѣлъ; но мы остановимся на подведеніи общихъ признаковъ такъ называемаго производнаго владѣнія къ учению о прекаріумѣ. Все ученіе о такъ называемомъ производномъ владѣніи основано на сущности одного изъ признаковъ юридического владѣнія, *animus possidenti*. Этотъ *animus possidenti* былъ *animus domini* когда черезъ предоставленіе владѣнія отъ прежняго владѣльца переносилась въ тоже время на новаго убѣжденіе въ лучшемъ сравнительно съ всѣми другими правѣ на вещь, что и выражалось въ намѣреніи относиться къ ней на правахъ собственника. Если же послѣдняго не могло предполагаться, то имѣлось только *possessio naturalis*. Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ, а въ томъ числѣ и при прекаріумѣ получается юридическое владѣніе (производное) основанное не на *animus domini* владѣльца, но на его намѣреніи приобрѣсти себѣ и отпавлять переносимое на него *jus possessionis*. Это то и есть такъ называемое производное владѣніе ²⁾. Послѣ разсмотрѣнныхъ признаковъ прекаріума мы можемъ сказать, что юридическое владѣніе остается за *prescriptio dans*; къ *prescriptio accipiens* же переходитъ одно *detentio* съ правомъ вчинать интердиктъ на защиту повѣренной вещи. Послѣднее и дало поводъ видѣть въ *prescriptio accipiens* настоящаго владѣльца и говорить о его правѣ владѣнія, тогда какъ по особому мотиву ему предоставлялось отправление одной изъ функцій права владѣнія, которой по существу сдѣлки онъ не имѣлъ.

1) См. литературу у Windscheid. Pand. 4 Aufl. 1 p. 448 п. 7.

2) См. Puchta § 125; Brinz. Pand. p. 64—66 и др.

Помимо сказаннаго до сихъ поръ противъ разсматриваемаго воззрѣнія мы можемъ сослаться на такія постановленія источниковъ, которые ужъ никакимъ образомъ не укладываются съ какимъ бы то ни было владѣніемъ *precario accipientis*. Такъ прежде всего мы находимъ такое положеніе: время держанія вещи *prec. accipiente* засчитывается (*accessio temporis*) въ давность владѣнія *prec. dantis* ¹⁾. Это же начало признано и при *locatio conductio, ususfructus, pignus* ²⁾ и вообще при всякомъ случаѣ т. н. производнаго владѣнія ³⁾, т. е. во всѣхъ случаяхъ, когда настоящему обладателю вещи приписывается владѣніе, а потому *detentio* ея другимъ не прекращаетъ теченіе давности ⁴⁾.

Съ точки зрѣнія разсматриваемаго взгляда иногда ⁵⁾ стараются объяснить сказанное послѣдствіе тѣмъ, что *precario accipiens* признавалъ всегда право концедента высшимъ, т. е. *precario dans* былъ въ *interdictum retinendae possessionis potior* ⁶⁾. Я не мниваю этого объясненія, такъ какъ не вижу основаній дѣлать

1) L. 13 § 7, 9 D. 41, 2; L. 33 § 6 D. 41, 3.

2) L. 14 § 3 D. 44, 3:.... Et si mihi pignori dederis et ego eandem rem alii pignoravi, meus creditor utetur accessione tui temporis.... L. 16 D. 14, 3.... addici possit et possessio ejus qui pignori dedit. Dernburg (Pfandrecht 2 p. 66) видитъ именно въ этихъ словахъ доказательство самостоятельнаго владѣнія кредитора по залогу, къ каковому владѣнію онъ прибавляетъ владѣніе своего *actoris*. Такъ какъ исполненіе давности не мыслимо въ лицѣ (*suo nomine*) *creditoris pigneratii*, то согласно выше сказанному о владѣніи при *pignus* въ данныхъ фрагментахъ рѣчь идетъ исключительно о зачисленіи времени залога въ давность владѣнія собственника вещи.

3) См. Sell. Römische Lehre der dinglichen Rechte § 57.

4) См. L. 13 § 7 срав. L. 17 § 1 D. 41, 2; L. 1 § 15; L. 36; L. 40 pr. D. 41, 2; L. 16 D. 41, 3.

5) Van Wetter. Traité de la possession p. 72.

6) Ubbelohde. Ueber das Precarium въ Archiv. f. d. civ. Praxis N. F. B. 9 p. 237.

изъ этого случая исключенія предъ другимъ подобнымъ производнымъ пользованіемъ. Гораздо серьезнѣе другая попытка. Такъ, одинъ писатель ¹⁾ именно L. 13 § 7 D. 41, 2 ²⁾ толкуетъ въ пользу владѣнія *precario accipientis*, отъ лица котораго и объясняетъ *accessio possessionis*. Намъ кажется, что на редакціи этого фрагмента только отчасти и то чисто теоретически отразилось колебаніе во взглядахъ римскихъ юристовъ на владѣніе при *precarium*. Если взять во вниманіе разсмотрѣнный смыслъ этого колебанія, то положеніе фрагмента выразится въ томъ, что все время *precarium* зачитывается *precario danti*, т. е. *precario dans*, какъ и залогоприниматель по *pignus* владѣетъ *ad usucapionem* и въ положеніяхъ ихъ нѣтъ никакого различія, какое находятъ писатели ³⁾, выходящіе изъ взгляда на юридическое владѣніе *prec. accipientis*. Дѣйствительно, ставъ на эту точку зрѣнія, нельзя не согласиться съ этимъ заключеніемъ. *Precarium* предоставляетъ владѣніе подъ резолютивнымъ условіемъ, которымъ будетъ востребованіе вещи по усмотрѣнію *prec. dantis*, и на основаніи общей природы условій все относится къ началу и только поэтому *accessio temporis* наступаетъ по окончаніи *precarium*. Выходя же изъ нашей точки зрѣнія на владѣніе *accessio temporis* и не прекращалась во все время *precarium*. Разъ же это такъ, то за *precario accipiens* никакъ нельзя при-

1) Fitting въ *Archiv. f. civ. Praxis* B. 55 p. 313.

2) Si is, qui precario concessit, accessione velit uti ex persona ejus, cui concessit, an possit, quaeritur. Ego puto, eum, qui precario concessit, quamdiu manet precarium, accessione uti non posse; si tamen receperit possessionem rupto precario, dicendum esse, accedere possessionem ejus temporis, quo precario possidebatur.

3) Hanp. Lenz. *Das Recht d. Besitzes* p. 111.

знать юридическаго владѣнія. Передача такого владѣнія всегда вела къ перерыву давности, какъ напримеръ при секвестрѣ ¹⁾. Одинъ писатель ясно созналъ несоотвѣтствіе владѣнія *precario accipientis* съ *accessio temporis* и, выходя изъ перваго, старался доказать, что въ давность не зачисляется время *precarium* ²⁾. Мы принимаемъ посылку, но не выводъ, такъ какъ противъ него будутъ ясныя свидѣтельства источниковъ.

Въ соотвѣтствіи съ сказаннымъ въ наукѣ справедливо отрицаютъ тотъ случай *lucrative usucapionis*, когда должникъ получаетъ отъ залогопринимателя свою вещь въ *precarium* пользованіе ³⁾.

Итакъ мы считаемъ достаточно оснований, чтобы отвергнуть господствующее воззрѣніе на владѣніе *precario accipientis*, тѣмъ болѣе, что воззрѣніе это самими же его послѣдователями обезсиленно частью неограниченною возможностью противныхъ явленій ⁴⁾, частью, по взгляду многихъ писателей, аномальнымъ характеромъ владѣнія *prec. accipientis*. По нашему воззрѣнію *precario accipiens* имѣлъ вещь только *in possessione* (*detentio*), а владѣлъ ею *precario dans* ⁵⁾. Воля *precario accipientis* во всѣхъ случаяхъ какъ и воля коммоданта направлена была на пользованіе вещью, а не на владѣніе ею ⁶⁾. Прямое выраженіе источниковъ «*meminis-*

1) L. 39 D. 41, 2; L. 17 § 1 D. 16, 3.

2) Unterholzner. Auzführ. Entwickl. der gesamten Verjährungslehre. B. 1 Leipzig 1828 p. 479.

3) Tomkins and Lemon. The commentaries of Gajus on the Roman Law. London 1869 p. 265.

4) См. Degenkolb. Platzrecht u. Mietke p. 178—185.

5) См. L. 10 § 1 D. 41, 2; L. 6 § 2 D. 43, 26; L. 33 § 6 D. 41, 3 срав. L. 4 § 1 D. 43, 26.

6) Randa. Besitz p. 277 n. 12a.

se oportet, eum, qui precario habet, etiam possidere», ¹⁾ не можетъ служить ни какимъ доказательствомъ, такъ какъ тотъ же юристъ говоритъ общимъ выраженіемъ «is, qui rogavit ut precario in fundo moretur, non possidet, sed possessio apud eum, qui concessit, remanet; nam et fructuarius, inquit, et colonus, et inquilinus sunt in praedio et tamen non possident. ²⁾ Если сравнить гр. обоихъ фрагментовъ, то увидимъ, что рѣчь въ первомъ идетъ о движимыхъ, а во второмъ о недвижимыхъ вещахъ.

Въ первомъ случаѣ весьма трудно различить простое *detentio* отъ владѣнія, такъ какъ всякое постороннее вліяніе на вещь устраняется самымъ фактомъ держанія вещи; во второмъ же легко возможное нарушеніе владѣнія заставляетъ прямо отрицать его за *precario accipiens*.

Поэтому уже несостоятельна та мотивировка предоставленія владѣнія по прекаріуму, по которой въ интересъ *precario dans* было бы выразить прекарное пользованіе землею часто отдаленной. лежащей въ провинціи, въ такомъ отношеніи, которымъ предоставлялось *precario accipienti*, обыкновенно кліенту, лицу близко стоящему къ семьѣ, право непосредственно устранять всякія нарушенія владѣнія ³⁾. Правда, мотивъ этотъ могъ служить основаніемъ предоставить право на интердикты прекарно сидящимъ на землѣ, какъ оно и выразилось во мнѣніяхъ многихъ римскихъ юристовъ ⁴⁾. Но это была уже неконсеквентность съ первоначаль-

1) L. 6 § 2 D. 43, 26.

2) Zielonacki. D. Besitz. p. 25, 26.

3) L. 17 D. 43, 26.

нымъ обыкновеннымъ случаемъ сидѣнія на *ager publicus* ¹⁾, а во вторыхъ римскіе юристы не были юристами систематиками, чтобы, считая практически необходимымъ допустить подобную неконсеквентность, они навязали въ общемъ *precario accipienti* юридическое владѣніе. Вотъ объясненіе противорѣчій.

Тутъ мы отмѣтимъ еще одинъ фактъ. До новѣйшихъ временъ въ догматическомъ изложеніи ученія о владѣніи на основаніи Юстиніановыхъ компиляцій не придавали большаго значенія разновременности фрагментовъ, бравшихся въ основаніе этихъ изслѣдованій. Заботились только объ одномъ: выискать общію теорію владѣнія изъ отдѣльныхъ положеній римскихъ юристовъ, стараясь догматически примирить противорѣчія между ними. Весьма мало обращалось вниманія на то, что подъ самимъ словомъ *possessio* юристы различныхъ эпохъ понимали вещныя отношенія различныхъ признаковъ и что во всѣхъ противорѣчіяхъ Юстиніанова Свода могла проходить исторія постепеннаго выясненія и выработки новѣйшаго понятія владѣнія. Ни въ одномъ вопросѣ такъ ни важно выяснить, что разумѣлъ тотъ или другой юристъ подъ именемъ *possessio*, какъ въ столь спорномъ вопросѣ о владѣніи *precario accipientis*.

Одинъ изъ новѣйшихъ писателей ²⁾ замѣтилъ между прочимъ, что первоначально римскіе юристы не отличали рѣзко случаевъ *detentionis* съ *animus possidenti* и безъ нея, въ примѣръ чего привелъ теорію *usureceptionis* (Gajus II, 59—61). Въ примѣненіи къ *precarium* онъ полагалъ, что первоначально *detentio precario*

1) См. мон. *Патриции и Плебеи* т. 1 прил. VII.

2) Fitting g. Archiv. f. d. Civilist. Praxis 55 p. 312 n. 6.

accipientis рассматривалась, как possessio, затѣмъ по позднѣйшимъ взглядамъ недостатокъ *animus domini* дѣлалъ *precario accipiens* неспособнымъ на приобретене юридическаго владѣнія. На него переходило простое *detentio* отъ имени *precario dans*. Но во времена Ульпіяна и Павла *Fitting* видитъ новое измѣненіе взгляда, по которому на *precario accipiens* переносится уже юридическое владѣніе и лишается его *precario dans* ¹⁾).

Дѣйствительно, въ выше разсмотрѣнномъ фрагментѣ Помпонія (L. 15 § 4 D. 43, 26) юристъ рассматриваетъ *precario accipiens* не какъ *detentor'a*, а какъ юридическаго владѣльца (*dubitatum est, penes utrumque*) ²⁾. хотя на лицѣ одинъ только признакъ, держаніе вещи *corpore*.

Много вѣроятія допустить, что первоначально не только не знали разграниченій, но все *possessio* сливалось въ общемъ понятіи *detentionis* ³⁾, какъ его и опредѣляетъ еще по Лабеоу юристъ Павелъ ⁴⁾. На это же указываетъ и то, что въ позднѣйшемъ правѣ понятіе владѣнія примѣнялось главнымъ образомъ къ вещамъ движимымъ ⁵⁾ и отчасти сервитутамъ ⁶⁾, гдѣ фактъ detenціи или фактическое пользованіе было главнымъ моментомъ вещнаго отношенія.

1) Р. 312, 313.

2) *Bulling. Precarium* p. 39.

3) Отъ республиканскихъ временъ мы знаемъ, что *detentio* общественныхъ земель называлось технически *possessio*. Опредѣленіе Феста *possessiones*. См. весь вопросъ о *detentio agri publici* у *Giraud. Recherches sur le droit de propriété*. Aix 1838 p. 185—208.

4) L. 1 pr. D. 41, 2.

5) *Possideri autem possunt, quae sunt corporalia* L. 3 pr. D. 41, 2.

6) L. 3 и 7 D. 43, 19.

Къ подобнаго же рода выраженіямъ причисляемъ мы и общее выраженіе Ульпіана: Si quis ea mente possessionem tradidit, ut postea ei restituatur, desinit possidere ¹⁾, если только распространить его на прекаріумъ ²⁾.

Намъ остается теперь рассмотреть два вопроса, поставленныхъ, какъ главные косвенныя доказательства за оспариваемое воззрѣніе, а именно 1) вопросъ о поссessorномъ характерѣ *interdicti de precario* и 2) вопросъ объ отношеніи *precarii* къ имущественному найму *locatio conductio*, по мнѣнію господствующему, какъ противоположеніе юридическаго владѣнія простой *detentio*.

Многіе ученые ³⁾ полагаютъ доказать юридическое владѣніе *precario accipientis* тѣмъ, что видятъ въ *interdictum de precario* *interdictum restitutorum*, т. е. такой интердиктъ, который вчиняется не владѣльцемъ, а тѣмъ кто теряетъ владѣніе. Поэтому если бы *precario* данъ былъ владѣльцемъ, то не могъ бы имѣть *interdictum de precario*. Выводъ вполне вѣрный, если посылка о сущности *interdicti de precario* вѣрна. Обращаемся по этому къ вопросу о характерѣ интердикта *de precario*.

До выхода въ свѣтъ трактата Савиньи о владѣніи господствующимъ воззрѣніемъ за *interdictum de precario* вообще отвергали поссessorный характеръ ⁴⁾, но по инициативѣ Савиньи ⁵⁾ почти всѣ новѣйшіе цивилис-

1) L. 17 § 1 D. 41, 2.

2) См. Fitting. Archiv. f. d. Civ. Pr. 55 p. 313.

3) Напр. Degener. Begriff des Precar. p. 45.

4) Такъ смотрѣли напр. Donellus, Menochi, Moesler, Thibaut.

5) См. Ihering. Besitzschutz 2 ed. p. 101.

ты ¹⁾ причисляли этотъ интердиктъ къ *interdicta recuperandae possessionis* считая его даже древнѣйшимъ изъ этихъ интердиктовъ ²⁾. Но въ самое послѣднее время прежнее воззрѣніе находить все болѣе и болѣе защитниковъ ³⁾ и въ томъ числѣ известнаго Игеринга, который во второмъ изданіи своей известной монографіи *Ueber den Grund des Besitzesschutzes* (Iena 1869 р. 97—101 срав. р. 82, 83) отказался отъ прежде раздѣляемаго имъ воззрѣнія Савиньи ⁴⁾.

Основанія его новаго воззрѣнія сводятся къ слѣдующимъ пунктамъ:

1) Въ нашихъ источникахъ *interdictum de precario* никогда не обозначается какъ *interdictum recuperandae possessionis* ⁵⁾. Ни одинъ римскій юристъ не причислилъ его къ этого рода интердиктамъ. Кромѣ того ни въ Институціяхъ (§ 6 I. 4, 15), ни въ Дигестахъ (L. 2 § 3 D. 43, 1) ни у Гая (4, 154) ни у Теофила (4, 15 § 6) онъ не упоминается на ряду съ

1) См. напр. Heimbach въ *Rechtslex.* 6 p. 663; Zimmermann. *Process* p. 230, 231; Windscheid. *Pand.* § 160 n. 17; Keller. *Pand.* § 355, Vangerow. *Pand.* 3 § 691, 3, 2; Bonjean. *Traité des actions* 2 p. 421.

2) Puchta. *Institut.* 2 p. 458.

3) См. Bruns. *Besitz* p. 62 и *Besitzklagen* p. 180—184; Dernburg. *Lehrbuch des preuss. Privatrechts.* Halle 1871 p. 315 n. 2.

4) Мнѣніе Игеринга приобретаетъ въ самое послѣднее время все большее признаніе. Такъ напр. см. Dankwardt. *Das Precarium und die Emphyteuse* въ *Jahrbuch. f. die Dogmatik* N. F. B. 2 p. 310 n. 5 и только что полученную мною статью Ubbelohde. *Ueber das Precarium in Körperlichen Sachen* въ *Archiv. f. d. civ. Praxis* N. F. B. 9 H. 2 вышед. въ Августѣ 1876 года p. 222, 223.—Послѣднія двѣ статьи еще разъ подтверждаютъ современность и особую теоретическую важность избранной нами темы труда.

5) См. § 6 I. 4, 15, L. 2 § 3 D. 43, 1; Gajus 4, 143, 154; Theophil. 4, 15 § 6; Paulus 5, 6, 9—13; Ulpianus. *Institut. ed. Endlicher* fr. 4.

interdictum unde vi, какъ второй interdictum recuperandae possessionis. ¹⁾ Мало того въ преторскомъ эдиктѣ и въ Пандектахъ онъ отдѣленъ отъ interdictum unde vi многими другими интердиктами ²⁾.

2) Interdictum de precario, въ существенныхъ пунктахъ не проявляетъ характера, какъ средства охраненія права владѣнія, а именно:

а) Для осуществленія его нѣтъ необходимости предполагать владѣніе въ лицѣ концедента ³⁾. Precario accipiens не имѣетъ права отказать въ выдачѣ вещи по востребованію precario dantis на томъ основаніи, что этотъ послѣдній не былъ владѣльцемъ, а только detentor' омъ. ⁴⁾ Мало того настоящій владѣлецъ не имѣетъ права требовать своей вещи, если отдавшій ее precario detentor не дѣйствовалъ въ качествѣ представителя. ⁵⁾ Слѣдовательно за interdictum de precario ни коимъ образомъ нельзя признать характеръ interdicti recuperandae possessionis.

б) Интердикту de precario можно противопоставить возраженіе права собственности, exceptio dominii, но не exceptio vitii. ⁶⁾ Первое составляетъ полное отрицаніе поссессиорныхъ интердиктовъ, вторымъ же свидѣтельствуется, что при прекаріумѣ нѣтъ рѣчи о нарушеніи владѣнія противъ воли владѣльца.

1) U b b e l o h d e. Precarium p. 222 и п. 1а.

2) Interd. unde vi изложенъ въ 16 Tit. 43 книги Пандектъ, а interd. de precario въ 26 Tit.

3) См. L 18 D. 43, 26.

4) B r u n s. Besitzklag. p. 181.

5) L. 8 pr. D. 43, 26.

6) L. 2 pr.; L. 4 § 3; L. 6 § 4 D. 43, 26.

с) Кто выговариваетъ себя (чрезъ *stipulatio*) возвращеніе прекаріума, тотъ теряетъ право на *interdictum de precario* ¹⁾).

Такимъ образомъ очевидно, что *interdictum de precario* не имѣлась въ виду реституція уступленнаго прекарно владѣнія. Это не былъ ни вообще *interdictum possessorium*, ни *interdictum recuperandae possessionis* въ частности, т. е. слѣдовательно прекаріумомъ не переносилось на *precario accipiens* владѣніе, которое добывать обратно пришлось бы путемъ интердикта *de precario*. Въ основаніи его лежало предположеніе о *precario ab actore habere* и пока болѣе ничего.

Обращаемся ко второму вопросу.

Иногда въ доказательство того, что прекаріумомъ предоставляется владѣнія, ссылаются ²⁾ на противоположеніе прекаріума къ *conductio*, какъ юридическаго владѣнія надъ вещью къ удержанію ея для извѣстной цѣли ³⁾). Выраженіе этого противоположенія находятъ въ слѣдующемъ фрагментѣ Ульпіана: *Si quis ante conduxit, postea precario rogavit, videbitur discessisse a conductione; quodsi ante rogavit, postea conduxit, conduxisse videbitur; potius enim hoc procedere videtur, quod novissime factum est; et hoc Pomponius ait (L. 10 pr. D. 41, 2). Idem Pomponius bellissime tentat dicere, numquid qui conduxerit quidem praedium, precario autem rogavit, non ut possideret, sed ut in possessione esset? Est autem longe diversum; aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse; denique rei*

1) L. 15 § 3 D. 43, 26.

2) W a r n k ö n i g въ *Archiv. f. d. civilist. Praxis* B. 13 p. 179; Machelard. *Interdits*. p. 277.

3) См. D u a r e n u s ad L. 10 de adq. poss.

servandae causa, legatorum, damni infecti, non possident, sed sunt in possessione custodiae causa; quod si factum est, utrumque procedit (§ 1 ibid.). Si quis et conduxerit, et rogaverit precario, uti possideret, si quidem numo uno conduxit, nulla dubitatio est, quin ei precarium solum teneat, quia conductio nulla est, quia est in uno numo; sin vero pretio, tunc distinguendum, quid prius factum est (§ 2 ibid.) Изъ L. 10 пр. и § 1 слѣдуетъ, что *conductio* не соединимо съ *прекаріумъ*¹⁾ по § 1 же рѣшеніемъ Помпонія допускается одновременная *conductio* и *прекаріумъ*. Какъ это понять, составляетъ одинъ изъ труднѣйшихъ вопросовъ экзегезы. Думаютъ²⁾, что въ силу *прекаріума* наймодатель приобретаетъ *interdictum de precario*, чтобы имѣть возможность всякое время изгонять наемщика во имя этой стороны отношенія, такъ какъ въ *conductio* само по себѣ этого права не разумѣлось. При этомъ я не вижу, чтобы въ L. 10 пр. и § 2 рѣчь шла о *прекаріумѣ* съ владѣніемъ, а въ § 1—безъ владѣнія, съ простой *detentio*³⁾. Въ § 1 безъ сомнѣнія за *прекаріумомъ* не признается владѣніе, но нѣтъ необходимости и въ пр. § 2 видить другой какой нибудь случай *прекаріума*. Тутъ разсматриваются только юридическія послѣдствія того случая, когда на одну и ту же вещь будетъ послѣдовательно заключено нѣсколько сдѣлокъ различныхъ формъ; въ § 1 же разсматривается случай

1) Ziebarth. Die Realexecution u. die Obligation. Halle 1866 p. 132, 133; Dankwardt. Das Precarium und die Emphyteuse въ Jahrb. f. d. Dogmatik N. F. B. 2 Iena 1875 p. 302.

2) Ziebarth ibid. p. 134; Dankwardt ibid. p. 302.

3) Какъ думаютъ напр. Schmidt v. Ilmenau въ Richter's Jahrbücher 1843 p. 780 n. 1.

предназначеннаго соединенія *conductionis* и *precarii* ¹⁾).

За подобное толкованіе, какъ нельзя иначе, говорить слѣдующій подобный же случай, разсматриваемый во фрагментѣ L. 33 § 6 D. 41, 3 ²⁾. Текстъ приведенъ выше (стр. 33 и 34), содержаніе же его таково: если вещь отданная въ залогъ и находившаяся у кредитора была похищена рабомъ кредитора или должника, то давность владѣнія послѣдняго не прерывается.

Объяснить это положеніе для случая уступки и прекарное пользованіе заложенною вещью самому должнику, ея собственнику, и покражи ея у него рабомъ легче ³⁾, такъ какъ (nam) при наймѣ владѣльцемъ разсматривается самъ кредиторъ; и затѣмъ далѣе оба случая *precario rogationis* и *conductionis* разсматриваются вполне аналогично.

Итакъ разсматриваемое противоположеніе несостоятельно. Изъ приведенныхъ фрагментовъ можно скорѣе заключить, что за прекаріумомъ не признавалось юридическое владѣніе, какъ по самой сущности акта имущественнаго найма оно не могло перейти на нанимателя ⁴⁾.

1) Совершенно такой же случай слѣдуетъ видѣть (Bulling. Precar. p. 72—75) въ L. 4 D. locati cond. 19, 2 (Pompon.).

2) См. van Wetter. Traité de la possession en droit romain. Paris 1868 p. 73 n. 1.

3) Unterholzner (въ Tübing. Krit. Zeitschr. 4 P. 384. 385) толкуетъ данный случай какъ бы противоположеніемъ предъидущаго, а именно въ первомъ будто бы рѣчь идетъ о держаніи вещи должникомъ *ex conducto*, т. е. безъ юридическаго владѣнія, а во второмъ *precario*, т. е. съ владѣльцемъ. Заключительныя слова фрагмента не оставляютъ сомнѣнія, что даннаго противоположенія въ немъ не имѣется (Cp. L. 15 § 2 D. 2, 8. Bulling. Das Precarium p. 24).

4) Bartels въ Zeitschr. f. Civilr. und Prozess B. 6 p. 203, 204. Иногда впрочемъ разсматриваемое противоположеніе отвергали и обратнымъ положеніемъ, а именно дѣлая заключеніе

Замѣтимъ тутъ, что иногда ¹⁾ не допускаютъ сравненія прекаріума съ usufructus, по самой сущности не предоставляющаго юридическаго владѣнія вещью. Въ силу особой ясности источниковъ мы не находимъ нужнымъ останавливаться на частномъ ихъ анализѣ. Просимъ только сравнить L. 49 D. 41, 2 съ L. 6 § 2 D. 4326. Намъ кажется, что ни одинъ примѣръ сравненія не говоритъ такъ ясно въ пользу нашего взгляда на владѣніе пресаріо ассіпиентис.

Итакъ въ конечномъ результатѣ всего выше сказаннаго мы отрицаемъ тотъ *несомнѣнный* ²⁾ по господствующему воззрѣнію фактъ, чтобы на пресаріо ассіпиентс переходило юридическое владѣніе. Да къ тому же мы думаемъ, что нельзя достаточно обмотивировать основанія переносить на пресаріо ассіпиентс владѣнія. Савиньи видитъ его въ томъ, что этотъ переносъ нисколько не вредитъ собственнику. Давность владѣнія его не прерывается, а для реституціи отчужденнаго владѣнія онъ имѣетъ особый interd. recuperandae possessionis. По послѣднему мотиву слѣдовало бы предоставить владѣніе по многимъ правоотношеніямъ, за которыми однако Римское право не признаетъ его (напр. locatio). Первый же мотивъ слишкомъ сомнителенъ. Также не могу признать и другаго объясненія встрѣ-

отъ ager vectigalis и emphyteusis, допускали возможность юридическаго владѣнія и для conductor'a по особому договору (см. E l y e r s. въ Tübing. Krit. Zeitschr. für Rechtswiss. B. I H. 2 p. 88).

1) B a r t e l s въ Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. 6 p. 181—183, 202.

2) (См. B r u n n s. Das Recht des Besitzes im Mittelalter u. in der Gegenwart. Tübingen 1848 p. 7; S i n t e n i s. Civilr. 2 p. 553 n. 38.

чаемаго въ литературѣ ¹⁾, какъ напримѣр. думаютъ, что *precarium* не налагаетъ обязанностей о любой заботливости о вещи, что самое отношеніе должно разсматриваться, какъ полудареніе, за что и сближеніе обоихъ институтовъ въ источникахъ, а при такой отдачѣ вещи, которое разсматривается какъ полудареніе ея, удержаніе владѣнія у дарителя не соответствуетъ самому правоотношенію.

Послѣ всего до сихъ поръ сказаннаго юридическая сущность прекаріума не можетъ опредѣляться отношеніемъ основаннымъ на передачѣ вещи во владѣніе *prec. accipienti*. Что же касается опредѣленія этого отношенія, какъ чисто фактическаго, то противъ него въ источникахъ будутъ сильныя возраженія, которыя заставляютъ склоняться въ пользу обязательственнаго характера прекаріума.

II. *Прекаріумъ какъ обязательственное отношеніе*. Такъ прежде всего изъ отдѣльных признаковъ, частью разсмотрѣнныхъ выше, нельзя сдѣлать вывода о не обязательственномъ характерѣ прекаріума. Въ общемъ основаніе этому воззрѣнію выражалось въ такомъ положеніи: прекаріумъ не обязательство, такъ какъ концентъ необязывается ни къ чему относительно *precario accipiens* ²⁾. Но изъ того, что при прекаріумѣ нормально не опредѣляется время и потому вещь всегда можетъ быть вытребована назадъ, далеко еще нельзя отрицать обязательственнаго характера. Источники предусмотрѣли подобный случай и при поклажѣ, когда при

1) Unterholzner въ Tübing. Krit. Zeitschr. v. 6 p. 385, 386.

2) Zielonacki. Besitz p. 171 и слѣд.

ней не опредѣленъ предварительно срокъ и потому *res deposita* должна быть возвращена по первому требованію ¹⁾. Тоже мы видѣли и при *locatio conductio*.

Разрѣшить вопросъ объ обязательственномъ характерѣ прекаріума всего стрѣнѣе тѣмъ путемъ, которымъ слѣдуетъ большинство новѣйшихъ писателей, сводя весь вопросъ къ средствамъ защиты прекаріума. Спрашивается: допускалось ли по прекарному отношенію кромѣ интердиктовъ исковое требованіе? Ответы источниковъ весьма противорѣчивы. Такъ въ одномъ мѣстѣ юристъ Павель говоритъ, что кромѣ *in edictum de precario* не имѣется eo nomine никакого *juris civilis actio*; а въ другомъ мѣстѣ онъ же говоритъ, что кромѣ интердикта имѣется *civilis actio hujus rei* ²⁾. Далѣе Ульпіанъ и Юліанъ утверждаютъ также, что изъ прекаріума дается *actio praescriptis verbis* и *condictio incerti* (*id est praescriptis verbis* ³⁾), а въ другомъ мѣстѣ тотъ же Ульпіанъ говоритъ, что изъ прекаріума *non est civilis actio*, а только *interdictum* ⁴⁾. Итакъ какое заключеніе можемъ мы сдѣлать изъ этихъ свидѣтельствъ?

Беря приведенныя свидѣтельства за фактъ, мы допускаемъ, что по прекаріуму предоставлялись и иски,

1) L. 1 §§ 45, 46 D. 16, 3.

2) Paulus L. 14 pr. D. 43, 26: *interdictum de precario merito introductum est, quia nulla illo nomine juris civilis actio esset*. Paulus. Sent. rec. 5, 6, 10; *reddito interdicto actio quamquam proponatur ex eo, ut quis, quod precario habet, restituat, tamen et civilis actio hujus rei, sicut commodati, competit: eo vel maxime, quod ex beneficio suo unusquisque pati non debet*.

3) L. 2 § 2; L. 19 § 2 D. 43, 26. (Оттеніи этого мѣста *actio* или *condictio*. Въ послѣднемъ случаѣ особое толкованіе словъ *id est praescriptis verbis*) см. V a n g e r o w Pand. 3 p. 634, 635. Объ этомъ впрочемъ ниже,

4) L. 14 § 11 D. 47, 2.

которыми были *actiones praescriptis verbis* и *condictiones (incerti)* ¹⁾. Правда, *juris civilis actionem* въ смыслъ *ipsis verbis juris civilis propositam* прекаріумъ не имѣлъ никогда, но какъ *inductam ex sententia legis per interpretationem* въ этомъ смыслѣ прекаріумъ имѣлъ *juris civilis actionem* ²⁾.

Допуская все это, многіе писатели ³⁾ все-таки не хотѣтъ видѣть въ прекаріумѣ юридическаго обязательственнаго отношенія ни по *jus civile*, но по *jus gentium*, изобрѣтая для него какую-то новую форму фактическаго обязательства, которое относилось бы къ юридическому, какъ владѣніе къ собственности. Основывается это воззрѣніе на томъ разсужденіи, что *actio in factum* и *condictio incerti* будто не основываются на договорѣ. Основу перваго видятъ въ словахъ *L. 2 § 2 D. 43, 26: natura aequum est, tandiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim ut possim revocare, quum mutavero voluntatem. Condictio же incerti по этому взгляду коренится въ этой общей нравственной идѣ, что *precario accipiens sine causa* обогатился изъ имущества *precario dantis* ⁴⁾. Все это разсужденіе едва ли выдерживаетъ критику. Цѣли, на которыя, по этому воззрѣнію, были направлены эти иски осуществлялись интердиктомъ *de precario*, къ чему же было вводить*

1) Нѣкоторые прежніе писатели (напр. *Boehmer ad D. 43, 26 § 3*) думали на основаніи *L. 8 pr. D. 43, 26*, что по прекаріуму предоставлялся еще одинъ особый видъ исковаго *actio in factum*. Но ниже мы увидимъ, что въ данномъ случаѣ *actio in factum* тоже, что и *actio praescript. verbis* (ср. *L. 1 pr. D. 19. 5: L. 2; L. 11; L. 14 § 3 D. h. t.*). Съ другой тамъ же будетъ разсмотрѣно на сколько можно отождествлять (напр. *Vogel. Prec. p. 227*) *condictio incerti* съ *actio praescript. verbis*.

2) *Donellus. Commentar. juris civ. libr. 28 p. 738.*

3) Напр. *Zielonacki. Der Besitz. p. 170—175.*

4) См. *Vogel. Die condiction. ob causam. 1862 § 39—45.*

еще иски? Да, наконецъ, какія права осуществлялись этими исками? Изъ L. 2, 3, 4 D. de praescrip. verb. 19, 5 слѣдуетъ, что *actio praescriptis verbis* въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ предоставлялся только по договорнымъ отношеніямъ, какъ это будетъ доказано ниже изъ исторіи этого иска, гдѣ будетъ указано и отношеніе къ этому иску *condictio incerti*, отношеніе не только не нарушающее этого положенія, но еще подтверждающее его. По этому уже одному весьма основательно изъ факта предоставленія *actionis praescrip. verbis* выводили ¹⁾ именно договорный характеръ *прекаріума*.

Какъ мы видѣли простое *liberalitas* по понятію Римлянъ могла составлять противоположность къ *negotii*, т. е. сдѣлки, основывавшей искъ ²⁾, и съ точки зрѣнія этого опредѣленія *прекаріумъ* могъ основывать только интердиктъ, но разъ предоставленъ искъ, хотя бы и не соименный, то уже нельзя отрицать въ немъ въ отличіе отъ *коммодата* значеніе обязательства ³⁾. Странно только одно: какъ могли классическіе юристы не замѣтить раздвоенія отношенія, предоставляя по нему судебныя средства, характеризующія ихъ въ явно противоположномъ смыслѣ? Нерѣдко, указавъ на этотъ фактъ, довольствуются такимъ замѣчаніемъ, что интердиктъ хотя и продолжалъ существовать, но пересталъ уже считаться необходимою принадлежностью *прека-*

1) Уже Donellus. *Commentar. juris civilis libri 28. Francofurti 1626 p. 583.*

2) L. 3 § 17 D. 13, 6.

3) См. Kritz. *Pand. 1, 2 p. 433; Verniet. Textes choisis sur la théorie des obligations p. 74, 76; Puchta. Institut. 2 p. 459.*

ріума ¹⁾). Мнѣ кажется, что такую замѣткой не могъ быть объясненъ даже самый фактъ позднѣйшаго признанія этого судебного средства рядомъ съ *actio praescript. verbis*. Мы думаемъ, что и безъ разсмотрѣнной натяжки нетрудно будетъ дать отвѣтъ на поставленный вопросъ, исходя изъ слѣдующаго толкованія интердикта *de precario*

Въ литературѣ обыкновенно отрицаютъ абсолютно въ интердиктѣ *de precario* характеръ договорнаго иска ²⁾). Отдѣльные признаки, какъ нельзя болѣе, подтверждаютъ этотъ взглядъ. Перечислимъ его основанія ³⁾: а) По древнему праву *procurator* не отвѣчалъ искомъ порядкомъ по обязательственному договору, заключенному безъ требуемаго *auctoritas tutoris* (L. 1 pr. D. 28 8; L. 5 pr. D. eod.; L. 3 pr. D. 13, 6), по прекаріуму же, принятому имъ безъ *auctoritas tutoris*, онъ всегда отвѣчалъ по интердикту *de precario* (L. 22 § 1 D. 43, 26). б) Если бы отношеніе по прекаріуму было договорнымъ обязательствомъ, то съ одной стороны *homo alieni juris* (но не рабъ), получившій прекаріумъ по порученію или съ согласія *domini*, обязался бы этимъ, а съ другой—самъ *dominus* только въ крайнемъ случаѣ отвѣчалъ бы по *actio adjectitiae qualitatis*. По источникамъ же *homo alieni juris* въ этихъ случаяхъ вполне свободенъ отъ всякой ответственности. *dominus* же отвѣчаетъ по *interdictum de precario suo nomine* (L. 4 § 2; L. 13 init. D. 43, 26). в) При обязательствѣ въ случаѣ если я выпрошу вещь въ пре-

1) Puchta. Institut. 2 p. 459.

2) Напр. Schwegge. Römisch. Privatr. § 691; Vangerow Pand. § 691.

3) Сведены въ статьѣ Ubbelohde. Ueber das Precarium въ Archiv f. d. civ. Praxis N. F. B. 9 p. 225—228.

карное пользование для себя или для третьяго, который въ свою очередь получаетъ прекаріумъ отъ моего прес. dans, то въ обоихъ случаяхъ *precario rogatus* имѣетъ право на интердиктъ *de precario*. Источники же отказываютъ во второмъ случаѣ противъ меня въ интердиктѣ, *quia non habet precario, quum non sibi, sed alii impetravit* (L. 8 pr. D. 43. 26). d) Съ обязанностью возвратить вещь на основаніи реального или консенсуального договора можетъ конкурировать обязанность того же содержанія, опирающаяся на *contractus verbalis*. Прекаріумъ же исключаетъ соглашеніе послѣдняго рода (L. 15 § 4 D. 43, 26). e) Обыкновенно обязательства изъ договоровъ переходятъ на наследниковъ первоначальнаго должника, при прекаріумѣ же общимъ правиломъ признавалось противное начало (L. 11 D. 44, 3; L. 12 § 1 D. 43, 26). f) Прекаріумъ заключается въ интересѣ *precario accipientis*, а слѣдовательно будь онъ договорнымъ, или якобы (*quasi*) договорнымъ обязательствомъ, то ответственность была бы за *omnis culpa*, а не только за *dolus* и *culpa lata*, какъ это признано общимъ правиломъ при прекаріумѣ (L. 14 § 11 D. 47, 2; L. 8 § 6 D. 43, 26).

Но вѣтъ перечисленнымъ признакамъ прекаріумъ никоимъ образомъ нельзя отнести къ договорно-обязательственнымъ отношеніямъ. Но съ одной стороны мы увидимъ, что вѣтъ признаки, выставляемые въ литературѣ, какъ признаки именно прекарнаго отношенія въ отличіе отъ договорно-обязательственного отношенія коммодата, въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ не проводились строго и тѣмъ сглаживалось отличіе прекаріума отъ коммодата, а съ другой стороны формальная сторона происхожденія интердиктовъ въ новѣйшее время дала поводъ смотрѣть вообще на вѣтъ интердикты позд-

нѣйшаго времени, какъ на иски по обязательствамъ. Начинаемъ съ послѣдняго.

Формальная исторія происхожденія интердиктовъ. явела одного новѣйшаго писателя ¹⁾ на таковое воззрѣнiе объ отношенiи интердиктовъ въ интересъ частныхъ лицъ къ искамъ. Интердиктъ основывалъ обязательство ²⁾ только *post. redditum* ³⁾. Кто совершалъ поступокъ, дававшій право на *interdictum exhibitorium* или *restitutorium*, тотъ первоначально этимъ поступкомъ не обязывался; обязательство наступало только въ силу преторскаго декрета ⁴⁾. Но разъ подобный декретъ занесенъ въ едиктъ, то уже измѣнялось само воззрѣнiе. Поступокъ по прежнему не обязывалъ, но всякій знаетъ, что своимъ поступкомъ онъ давалъ третьему возможность его обязать, испросивъ конкретное повелѣнiе ⁵⁾, но гдѣ тоже самое и при всякомъ обязательственномъ основанiи, при которомъ однако каждый считаетъ себя обязаннымъ *ex contractu, ex delicto*, а не изъ возможности предоставленiя преторомъ *judicii*.

Такъ мало по малу привыкають видить юридическое основанiе обязательства не въ *interdictum redditum*, а въ соответствующемъ этому интердикту отдѣлу эдикта ⁶⁾ или какъ говорить юристъ Модестинъ ⁷⁾:

1) B e k k e r. Die Actionen des römisch. Privatrechts 2 B. Berlin 1873 p. 50—73.

2) Obligatio см. L. 52 § 6 D. 44. 7.

3) Справ. Z i e l o n a c k i. Besitz p. 133, 134.

4) S c h m i d t. Interdiktenverf. p. 8 ср. p. 10, 11.

5) Т. е. на интердиктъ занесенный въ эдиктъ можно было ссылаться, какъ на законъ. Cic. in Verr. 2, 1, cap. 42: qui pluriam tribuunt edicto, praetoris edictum legem annuam dicunt esse.

6) См. B o n j e a n. Traité des actions 2 p. 351.

7) L. 52 § 6 D. 44, 7.

jure honorario obligatur ex his, quae edicto perpetuo... fieri praecipiuntur vel fieri prohibentur. Такимъ путемъ interdикты все болѣе и болѣе могли приближаться къ actiones ¹⁾ и, дѣйствительно, въ классическій періодъ interdикты причислялись къ actiones ²⁾. Но, повторяемъ, произойти это сличеніе могло только во времени, чѣмъ и объясняется рассматриваемое противорѣчіе въ источникахъ. И ни въ какомъ случаѣ исторія interdиктовъ не допускаетъ того взгляда, что будто interdикты вообще были формою, въ которой обязательства могли получить дѣйствительную силу и правовую защиту ³⁾ и поэтому всякое отношеніе защищаемое interdиктомъ частнаго интереса были всегда обязательственнаго характера.

Теперь рассмотримъ отдѣльные признаки, которыми *precarium* по господствующему мнѣнію рѣзко отличается отъ аналогичнаго ему отношенія, договора ссуды (*commodata*). Прежде всего остановимся на самомъ выдающемся отличіи, а именно *Отавтственности* *resecario accipientis*. Спрашивается: почему отвѣтственность изъ договора ссуды распространяется не только на злой умыселъ (*dolus*) и отождествляемой съ нимъ крайней небрежности (*culpa lata*), но и на простую неосторожность (*culpa levis*) ⁴⁾, т. е. на *omnem*

1) *Interdicta quoque actionis verbo continentur.* L. 37 pr. D. 44, 7; L. 35 pr. D. eod.; L. 43 D. 9, 2 и др.

2) Уже Куяцій (*Observ. lib. 5 cap. 17*) причислялъ interdикты къ actiones.

3) См. Brun s. *Die Besitzklagen.* 1874 p. 183.

4) См. Hasse. *Die Culpa des Römischen Rechts.* Bonn. 1838 § 47, 64.

culpa¹⁾); а иногда даже и на casus²⁾); тогда какъ ответственность precario accipientis ограничивается только первыми двумя случаями³⁾), если только онъ не впалъ въ mora, т. е. не возвратилъ вещи тотчасъ post interdictum editum⁴⁾); или же не принявъ на себя особымъ соглашеніемъ ответственности и за culpa levis⁵⁾).

Источники приводятъ основаніе этому различію, но признать его правильнымъ никоимъ образомъ нельзя. Такъ Ульпіанъ мотивируетъ такую ответственность precario accipientis тѣмъ, quia totum hoc ex liberalitate descendit ejus, qui precario concessit⁶⁾).

Противъ этого довода совершенно вѣрно возражали, что на основаніи его напротивъ слѣдовало бы наложить ответственность на precario rogans за omnem culpa⁷⁾).

Дѣйствительно, ответственность по договору поклажи только за dolus⁸⁾ мотивируется источниками такъ: nam quia nulla utilitas ejus versatur, apud quem

1) См. § 2 I. 4, 14; L. 5 § 2, 4, 5, 9, 15; L. 18 pr. 13, 6; L. 3 D. 18, 6; L. 1 § 4 D. 44, 4; L. 14 § 15, 16 D. 47, 2.

2) L. 5 § 3 D. 13, 6. См. Cham b o n. Beiträge z. Oblig. p. 15; H a s s e. Culpa p. 216. По Бременскому праву коммодатарій отвѣчаетъ за casus даже по общему праву (см. P o s t. Die Elemente d. gemein. deutsch. u. hansestadt-bremischen Privatrechts. Bremen 1867 B. 3 p. 204).

3) L. 2 pr.; L. 8 §§ 3, 4, 5. 6 8 D. 43, 26; L. 23 D. 50, 17.

4) L. 8 § 6 D. 43, 26.

5) V o g e l. Ueber das Precarium въ Barth's Samml. Dissert. 3 p. 222.

6) L. 8 § 3 D. 43, 26 срав. L. 2 § 3; L. 14 D. h. t.

7) См. уже Höpfner. Commentar. § 771 n. 1: K r i t z. Pand. 2, 1 p. 434.

8) L. 1 § 8, 10, 22; L. 32 D. 16, 3; L. 1 C. 4, 34 ср. L. 1 § 6 D. 16, 3. См. Löhr. Culpa p. 31—35; H a s s e. Culpa § 95 p. 492; P e r n i c e. Antist. Labeo p. 436, 437.

deponitur ¹⁾, такъ что если по исключительному случаю (*depositum irregulare*) поклада будетъ въ интересъ депозитарія то онъ могъ отвѣчать даже за *casus* ²⁾. По этому общему началу мотивируется въ институтіяхъ Юстиніана ³⁾ степень отвѣтственности по *pignus* ⁴⁾, купли, продажи, имущественнаго найма ⁵⁾ товарищества ⁶⁾ и т. д. ⁷⁾. Что касается въ частности коммодата, то развѣ нельзя сказать, что *totum descendit ex liberalitate ejus qui commodavit*; а слѣдовательно *commodatum... solam utilitatem continet ejus, cui commodatur* ⁸⁾? По чему степень отвѣтственности коммодатара опредѣляется тѣмъ, что сдѣлка имѣетъ ввиду только его интересъ ⁹⁾; слѣдовательно, если бы ссуда была по исключенію въ интересъ коммоданта, то коммодатарій отвѣтствовалъ бы только за *dolus* ¹⁰⁾.

Послѣ всего этого ясно, что наши источники допускали для прекаріума исключеніе изъ общаго пра-

1) L. 5 § 2 D. 13, 6 срав. L. 1 § 5 D. 44, 7; L. 17 § 2 D. 19, 5. См. Unterholzner. Schuldverh. p. 666.

2) L. 4 pr. D. 12, 1 срав. также L. 1 § 35 D. 16, 3.

3) § 4 I. 3, 14.

4) L. 13 § 1; L. 14 D. 13, 7; L. 7, 8 C. 4, 24. См. Dernburg. Pfandrecht p. 162 ср. Schmid. Cession I p. 85 и слѣд.

5) L. 31 D. 19, 2.

6) L. 7 § 2 D. 13, 6.

7) L. 5 § 2; L. 10 § 1 D. 13, 6; L. 108 § 1 D. 30; L. 61 § 5 D. 47, 2; L. 23 D. 50, 17. См. Loehr. Culpa p. 137 и слѣд.; Wenning-Ingenheim. Die Lehre vom Schadensersatz nach Röm. Rechte p. 175, 181.

8) См. того же Ульпіяна L. 5 § 2; L. 7 § 3 D. 13, 6 ср. § 2 I. 3, 14.

9) См. Addison. A treatise on the law of contracts 3 изд. v. 1 p. 609; Broom. Commentaries on the common law. 4 ed. London 1869 p. 813, 814.

10) L. 5 § 10; L. 10 § 1; L. 12 pr. D. 13, 6. См. Erlleben. De contractuum innominatum indole ac natura. p. 19.

вила объ ответственности ¹⁾ и не знали истиннаго основанія даннаго различія между прекаріумомъ и коммодатомъ, объясненіе котораго слѣдовательно нужно искать внѣ цитированнаго выраженія Ульпіана. но не упуская изъ виду того, что если источники не даютъ удовлетворительнаго отвѣта на вопросъ, то искать его не слѣдуетъ въ тѣхъ признакахъ, которые разъ установленныя бросались бы сами въ глаза всякому римскому юристу.

По этому всѣ многочисленныя ²⁾ объясненія, встречаемыя въ литературѣ можно подвести подъ слѣдующія три категоріи ³⁾:

1) Самая слабая выходящая изъ отдѣльныхъ отличительныхъ признаковъ прекаріума.

2) Выходящая изъ догматическаго общаго понятія всего отношенія.

3) Самая основательная категорія историческаго объясненія.

I. Большинство писателей первой категоріи обосновываетъ различіе между прекаріумомъ и коммодатомъ по отвѣтственности чаще всего признакомъ произвольной ревокаціи при первомъ; при этомъ въ ближайшемъ объясненіи вліянія этого признака на степень отвѣтственности имѣется громадное разнообразіе воз-

1) Schaa f. Zur Lehre von der Culpa (въ Abhandl. II. 1 p. 177). На сколько не выдержанъ вообще этотъ принципъ въ нашихъ источникахъ, составляетъ у него предметъ особой главы § VIII. См. также Wenig-Ingenheim. Die Lehre vom Schadensersatz nach röm. R. p. 181.

2) Древняя литература сведена у H ö p f n e r Comment § 771.

3) Впрочемъ нѣкоторые писатели (напр. Stockmann. Prec. p. 24; Degener. Prec. § 5; Bickell. Prec. Kap. II § 3) не ограничиваются однимъ основаніемъ, а приводятъ ихъ нѣсколько.

зрѣній. Приведемъ для примѣра нѣкоторые изъ нихъ. Такъ уже Донелль ¹⁾ видѣлъ всю сущность вопроса въ правѣ *precario dantis* вытребовать вещь во всякое время. По его воззрѣнію, если *prec. dans* не пользовался этимъ правомъ, то онъ тѣмъ какъ бы признавалъ обращеніе *precario accipientis* съ вещью. Но достаточно будетъ сказать на это, что *precario dans* могъ узнать о поврежденіи вещи уже тогда, когда осуществленіе права ревокаціи уже не помогло бы ничему ²⁾. Другой писатель ³⁾, выходя изъ того же основанія, мотивируетъ меньшую отвѣтственность *prec. accipientis* тѣмъ, что при *precarium* нельзя рассчитывать на вѣрное пользованіе, какъ при *commodat*, а потому и самое пользованіе не такъ выгодно, какъ во второмъ случаѣ. Какъ несостоятельно ⁴⁾ основывать на такомъ разсужденіи болѣе легкую отвѣтственность *precario accipientis* будетъ слѣдовать уже изъ того, что у другихъ писателей степень отвѣтственности ставится въ зависимость отъ совершенно противоположнаго признака пользованія. Такъ по взгляду Шмидта ⁵⁾ различіе въ отвѣтственности между *precarium* и *commodat* объясняется тѣмъ, что *precario rodans* могъ пользоваться вещью произвольно и неограниченно, т. е. при *precarium* не предписывался ни срокъ, ни способъ пользованія, не такъ какъ при *commodat*, а наложеніемъ отвѣтственности свѣше *dolus* и *culpa lata* само подобное пользованіе было бы ограничено. Приведемъ еще одно

1) *Donellus. Commentariorum juris civilis libri 28. Francofurti 1626 p. 738*; см. также *Vogel. D. Precarium p. 222*.

2) *Schaa f. Abhandl. aus dem Pandektenr. H. 1 p. 177*.

3) *Höpfner. Commentar. § 771*.

4) *См. Löh r. Culpa I p. 193*.

5) *Schmidt. Comm. u. Prec. p. 152, 153*.

объясненіе. На признакъ же произвольной ревокаціи построено крайне искусственное объясненіе Шаафа ¹⁾. Беря въ основаніе тотъ случай залога, когда залогодатель предоставляет вещь заложенную въ прекарное пользованіе должнику, ея собственнику, онъ уподобляетъ этому положенію всякаго *precario accipiens*, которому слѣдовательно и предоставляетъ полную свободу въ распоряженіи вещью безъ всякихъ обязательствъ по отношенію къ *precario dans*. Все въ ихъ сдѣлкѣ ограничивается обязанностью возвратить вещь по востребованію, и если *precario accipiens* не можетъ этого сдѣлать по злему умыслу, то и отвѣчаетъ только въ этомъ случаѣ.

II. Объясненія изъ предварительно установленнаго понятія юридической сущности прекарнаго отношенія въ противоположность къ коммодату встрѣчается въ литературѣ уже давно, но всѣ они уже а priori неубѣдительны потому, что въ основаніи ихъ кладется положеніе не безспорное и по взгляду многихъ писателей часто общее прекаріуму съ коммодатомъ, какъ-то характеръ обладанія вещью по прекаріуму.

Такъ наприимѣръ говорятъ ²⁾, что *precarium*—не договорное отношеніе, а отвѣтственность за *culpa levis* всегда или договорная или, какъ при опеѣ, должностная обязанность; или, какъ развиваютъ это положеніе другіе писатели ³⁾, *interdictum de precario* основывается всегда на предполагаемомъ *possessio vitiosa* по отношенію къ *precario dans*; поэтому онъ распространяется только на возвратъ вещи и вознагражденіе

1) Schaa f. Abhandl. p. 178, 180.

2) Zielonacki. Besitz p. 173.

3) Koch. Recht d. Forderung. 3 p. 436.

за убытки причиненные *dolo* и *culpa lata*, т. е. *interdictum de precario* былъ исключительно деликтнымъ искомъ ¹⁾. Да и вообще, замѣчаетъ одинъ ученый ²⁾, было бы несправедливо налагать бѣольшую отвѣтственность на лице, которое по *jus civile* не отвѣтствовало вовсе. Слабая сторона этого объясненія уже въ томъ, что въ источникахъ нигдѣ не выразилась отрицательная этого отличія прекаріума отъ коммодата въ позднѣйшей юриспруденціи, когда по прекарному отношенію предоставлялись обязательственные иски, а во вторыхъ и обязательственное отношеніе къ вещи, какъ мы видѣли, не исключало такой тѣсной отвѣтственности. Поэтому мы думаемъ, что основательнѣе поступаютъ тѣ писатели, которые ищутъ объясненія въ самомъ характерѣ прекарнаго обладанія вещью, хотя спорность и частое отождествленіе въ этомъ отношеніи прекаріума съ коммодатомъ уже впередъ дѣлаетъ сомнительнымъ успѣхъ подобныхъ попытокъ. Такъ полагаютъ иногда ³⁾, что *precario accipiens* рассматривался какъ бы собственникомъ вещи, какъ бы одареннымъ ею, а потому разумѣется, не могъ подвергаться и такой отвѣтственности, какъ при коммодатѣ, гдѣ вещь оставалась въ юридическомъ владѣніи собственника. Кромѣ того, что все въроятіе за вышеизложенное воззрѣніе обь одинаковомъ отношеніи *precario accipiens* и коммодатарія къ вещи, т. е. что оба не имѣли юридическаго владѣнія, противъ высказаннаго взгляда будетъ явная не состоятельность главной посылки. Не вещь сама отчуждается

1) Hasse. Culpa p. 499.

2) Löhr. Culpa I p. 192, 193.

3) Unterholzner. Schuldv. 2 p. 564; Löhr. Culpa p. 192.

precario accipienti, не вещью онъ одаряется, а плодами продуктивной ея силы. Пользованіе вещью составляетъ предметъ прекаріума и относительно этого предмета *precario accipiens* разсматривается полнымъ собственникомъ, въ чемъ онъ не отвѣчаетъ и за *dolus*. Напримеръ, если залогоприниматель поземельнаго участка по *fiducia* по просьбѣ залогодателя предоставляетъ временное пользованіе заложенной землѣ ¹⁾, то, разумѣется, первый остается, ея собственникомъ, а не послѣдній; но надъ произведеніями земли залогодатель становится полнымъ собственникомъ и если онъ могъ отвѣчать за *dolus* въ истребленіи ихъ, то только по отношенію къ залогопринимателю, т. е. за желаніе устранить возможность полного взысканія его долга, какъ отвѣчали по *actio Pauliana* или *interdictum fraudatorium*.

Поэтому всему я считаю болѣе удачнымъ объясненіе, выходящее изъ отрицанія за *precario accipiens* юридическаго владѣнія надъ вещью. Если прекаріумъ предоставляетъ владѣніе не отъ собственнаго лица, а отъ лица *precario dantis* (*Vertretungsbesitz*), т. е. если настоящимъ владѣльцемъ отданной *precario* вещи остается *precario dans*, то вопросъ рѣшается весьма просто. Злой умыселъ наказывается всегда абсолютно ²⁾; всѣ же степени небрежности во владѣніи не могутъ быть вмѣнены *precario accipienti*, такъ какъ владѣлецъ и истецъ были бы однимъ и тѣмъ же лицомъ. Итакъ за *dolus* отвѣтственность вытекала сама собою,

1) См. Gajus 2, 60. Isidorus 5, 25. См. Dernburg. Pfandr. 2 p. 77—79.

2) См. Wenning Ingenheim. Die Lehre vom Schadensersatz nach Röm. Rechte. Heidelb. 1841 p. 85—87, 181.

а если отвѣчали еще за culpa lata, то потому, что по ученію римскихъ юристовъ culpa lata если не теоретически ¹⁾, то практически, т. е. въ послѣдствіяхъ ²⁾, равнялась злему умыслу ³⁾, т. е. доктрина своей интерпретаціей распространяла иски, обращенные преторомъ противъ dolus, и на culpa lata. Особенно часто такое распространеніе встрѣчается у Ульпіяна ⁴⁾. Противъ этого объясненія самого по себѣ нельзя было бы сдѣлать возраженія, но по отношенію къ коммодатару оно окончательно не состоятельно. О gladіи коммодатара можно было бы сказать тоже самое, а потому опять различіе въ отвѣтственности остается не понятнымъ. Всѣ разсмотрѣнныя попытки объясненія поставленнаго вопроса пока выдають слабость догматическаго разграниченія прекаріума и коммодата, остается обратиться къ объясненію историческому.

III. Такъ напримѣръ ученый Критцъ ⁵⁾ полагаетъ, что преторскій интердиктъ распространялся только на dolus (dolo malo possidere desiisse) ⁶⁾, а потому если precario dans употреблялъ формулу «precario do» то

1) Но см. L. 32 D. 16, 3; L. 226 D. 50, 16. См. разграниченіе у Löhr. Culpa 2 p. 13, 14. Справ. Schaaff. Zur Lehre von der Culpa въ Abhandlung. Н. 1 p. 21, 22, 25—34.

2) L. 1 § 1 D. 47, 4; L. 1 § 1 D. 11, 6; L. 29 D. 17, 1. Почему нерѣдко подъ dolus, гдѣ оно употребляется въ противоположность къ culpa levis, разумѣется и culpa lata (L. 23 D. 50, 17. L. 17 § 2 D. 19, 5; L. 5 § 2 D. 13, 6). См. Wenig Ingenheim. Schadensersatz. p. 167.

3) См. уже Donellus. Comm. juris civilis lib. 16 c. 7: Faber. De erroribus pragm. dec. 79 er. 3. Въ преторскомъ эдиктѣ о culpa lata даже и не упоминается, какъ это слѣдуетъ изъ L. 2 D. 43, 26. См. Zielonacki. Besitz p. 173.

4) L. 1 pr. D. 47, 4; L. 11 § 11 D. 11, 1; L. 8 pr. D. 2, 13; L. 1 § 1 D. 4, 9. См. Bulling. Prec. p. 49, 51.

5) Kritz. Pand. 1, 2 p. 442.

6) L. 2 pr. D. 43, 26.

онъ отказывался добровольно отъ послѣдствій иска и ограничивался только взысканіемъ по этому интердикту. Этого объясненія какъ чисто формальнаго мы не можемъ признать въ вопросѣ о степеняхъ отвѣтственности. Во первыхъ всегда останется вопросъ: почему преторъ не находилъ нужнымъ распространить свой интердиктъ и на *culpa*, и такимъ образомъ, во вторыхъ, обуславливать ту или другую степень отвѣтственности внутреннимъ основаніемъ ¹⁾, какъ это и пытался сдѣлать Ульпіанъ въ выше приведенномъ мѣстѣ. Но писатели даннаго объясненія весьма близко стояли къ истинному разрѣшенію даннаго вопроса, когда обратились къ словамъ самаго интердикта. Въ интердиктѣ этомъ преторъ говорилъ: *quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas* ²⁾, т. е. онъ предусматривалъ случай преднамѣренной невозможности возратить вещь ³⁾, а слѣдовательно обязывалъ уплатить *precario danti* ея стоимость ⁴⁾. И Ульпіанъ, цитируя нѣсколько разъ ⁵⁾ эти слова и интерпретируя ихъ, какъ единственный случай предусмотрѣнный преторомъ въ прекарномъ отношеніи (*eum quoque precario teneri voluit praetor, qui dolo fecit, ut habere desineret*), ограничивалъ всю отвѣтственность по прекаріуму только указанною въ интердиктѣ степенью ⁶⁾. Почему преторъ

1) Справ. *Arndts*. *Ipse dolus und quasi-dolus* въ *oesterreichische Vierteljahresschr. f. Rechts u. Staatwiss.* Wien 1866 v. 17 p. 181, 183.

2) *L. 2 pr. D. 43, 26.*

3) *Schmidt v. Ilmenau* въ *Krit. Jahrb. für deut. Rechtswiss* 1843 p. 776.

4) *Wening Ingenheim. Civilr.* 2 § 301.

5) См. напр. *L. 8 § 3 D. 43, 26.*

6) Мѣсто *L. 23 D. 50, 17* принадлежитъ ему же.

не предусмотрѣлъ другіе случаи и степени отвѣтственности, будетъ понятно всякому изъ того какъ составлялся преторскій эдиктъ.

Главная коллизія между *precario dans* и *precario accipientis* могла произойти по поводу единственной обязанности *precario accipientis* возвратить по требованію вещь. Осуществленіе своего права *prec. dans* могъ достигнуть въ прежнемъ правѣ ¹⁾ или простымъ отнятіемъ силою ²⁾ или при невозможности примѣнить ее — путемъ виндикаціи. Последнее однако могло имѣть мѣсто въ томъ только случаѣ, если *precario dans* былъ квинтитскимъ собственникомъ вещи и если вещь еще находилась въ рукахъ *precario accipientis*; если же этотъ послѣдній злонамѣренно отчуждалъ вещь, то именно въ этихъ спеціальныхъ случаяхъ на помощь *precario dans* шелъ со своимъ интердиктомъ преторъ, который навѣрное развилъ бы мало по малу и другія степени отвѣтственности ³⁾, если бы не помѣшало появленіе реальныхъ контрактовъ съ вышеупомянутымъ началомъ отвѣтственности. Каждый гражданинъ былъ воленъ совершить безъ всякихъ формальныхъ затрудненій сдѣлку, направленную на пользованіе вещью, въ той или другой формѣ контракта и особенно во всемирно тождественной съ обыкновеннымъ случаемъ *прекаріума*, формѣ *коммодата*. Ульпіанъ (поэтому и выставилъ полнымъ принципомъ такую ограниченную отвѣтственность

1) См. M a c h e l a r d. *Théorie generale des interdits en droit romain* p. 284—286. Справ. Z i e b a r t h. *Die Realexecution u. die Obligation*. Halle 1866 отъ p. 124 и д.

2) S c h m i d t v. I l m e n a u. *Kritisch. Jahrb.* 1843 p. 775.

3) Развѣтіе это должно бы было идти путемъ предоставленій *actionum in factum* (см. L. 33 § 1 D. 9, 2; L. 11 D. 19, 5 ср. L. 19 D. 13, 6; L. 41 D. 19, 2).

precario accipientis, найденную имъ въ преторскомъ эдиктѣ предусмотрѣннаго имъ случая и распространеннаго на всякое прекарное отношеніе, заключаемое и въ дѣйствительности прежде всегда на рискъ, въ одномъ только случаѣ устраненномъ эдиктомъ.

Такимъ образомъ рядомъ съ коммодатомъ и отвѣтственностью по немъ за *omnem culpam* сохранилось во всемъ аналогичное ему отношеніе съ большимъ рискомъ для дателя вещи въ пользованіе. Если же теперь спросить: почему прекаріумъ съ такою отвѣтственностью могъ быть практиченъ рядомъ съ коммодатомъ, то отвѣтъ найдемъ въ исторически условленномъ ихъ принципѣ. Тогда какъ представленной только что исторіей всѣ мѣры были направлены на полученіе *precario dante* своей вещи обратно; коммодатъ былъ построенъ на идеѣ *bonae fidei*, которая опредѣляла отношеніе коммодатара къ вещи въ интересъ коммоданта. Или какъ увидимъ ниже отъ общаго случая предоставленія *ad utendum* мало по малу отдѣлялись случаи позднѣйшей ссуды и на нихъ опять послѣдовательно вырабатывался указанный принципъ ¹⁾. Но преобладаніе послѣдняго направленія мысли въ классической юриспруденціи выразилось въ предоставленіи по прекаріуму *actionis praescriptis verbis*, по которому отвѣтственность распространялась и на *culpa levis* ²⁾. Мало того, и при-

1) Первый Q. Mucius Scaevola провелъ отвѣтственность изъ коммодата за *culpa levis* (L. 5 § 2 D. 13, 6); вообще же объ этомъ спорили (L. 5 § 6, § D. 13, 6).

2) L. 17 § 2 D. 19, 5; L. 1 § 10 D. 16, 3. См. Pernice. Marcus Antistius Labeo. Halle 1873 p. 430 n. 24. Нѣкоторые ученые (напр. Vangerow. Pand. 3 p. 610 Machelard. Interdits p. 283) отказываются признавать отвѣтственность *precario accipientis* за *omnis culpa* по *actio praescriptis verbis* на томъ основаніи, что въ источникахъ нигдѣ не указано на измѣненіе

мѣненіе этого средства не было необходимостью во всѣхъ случаяхъ для того, чтобы провести въ позднѣйшемъ правѣ отвѣтственность *precario accipientis* за *culpa levis*. Такъ самый частый въ практикѣ случай прекарнаго пользованія будетъ тогда, когда залогоприниматель предоставлялъ пользованіе заложенной вещью собственнику залогодателя, или продавецъ предоставлялъ пользованіе проданною вещью покупателю до уплаты цѣны. Нельзя допустить, чтобы *precario datus* въ обоихъ случаяхъ могъ ограничиваться отвѣтственностью за цѣлость вещи въ размѣрѣ, предоставляемомъ интердиктомъ *de precario*. Если же эти случаи могли быть практичны въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ, то только потому, что *precario datus* гарантированъ противъ всякой небрежности условіями самого договора залога (*contractus pignoratitius*) и договора купли-продажи, судебными средствами по которымъ онъ могъ провести отвѣтственность *precario accipientis* и за *culpa levis* ¹⁾. Слѣдовательно, *actio praescriptis verbis* только дополнялъ тѣ случаи, когда отвѣтственность за *culpa levis*

прежняго начала, а напротивъ въ L. 23 D. de R. I. 50, 17 Ульпіанъ ограничиваетъ отвѣтственность *precario dantis* исключительно однимъ *dolus*: *contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam; dolum tantum depositum et precarium....* Мы полагаемъ, что это мѣсто можно было бы привести въ доказательство противнаго принятому въ текстѣ взгляду въ томъ только случаѣ еслибъ мы имѣли право утверждать, что у Ульпіана безъ колебаній сложился взглядъ на договорный характеръ прекаріума со всѣми послѣдствіями договорной сдѣлки, чего заключать изъ другихъ извѣстныхъ намъ фрагментовъ этого юриста никоимъ образомъ нельзя (см. ниже). Приводили и другія возраженія противъ этого взгляда Вангерова (напр. см. Dankwardt въ *Jahrb. f. d. Dogmatik* N. F. B. 2 p. 316), но мы не считаемъ ихъ основательными.

1) См. Machelard. *Interdits* p. 267.

текала изъ условій сдѣлки, при которой устанавливалось прекарное отношеніе.

Здѣсь мы не остановимся на провѣркѣ взгляда одного ученаго ¹⁾, который полагаетъ, что *precario dans* во всѣхъ случаяхъ могъ осуществить отвѣтственность *prec. accipientis* за *omnis culpa* путемъ *actionis legis Aquiliae*, не останавливаемся мы на этомъ воззрѣніи только потому, что отвѣтственность эта во всякомъ случаѣ не вытекаетъ изъ самого прекарнаго отношенія.

Въ конечномъ результатѣ разсмотрѣннаго вопроса объ отвѣтственности *precario accipientis* мы можемъ сказать что въ Юстиніановомъ правѣ въ этомъ отношеніи не было различія между прекаріумомъ и договоромъ коммодата ²⁾.

Обращаемся къ другимъ признакамъ прекаріума, въ которыхъ выразился бы его необязательственный характеръ въ отличіе отъ коммодата. Такъ писатели, не признающіе за прекаріумомъ договорнаго обязательства, приводятъ, какъ одно изъ самыхъ сильныхъ доказательствъ за это, тотъ признакъ, что прекарное отношеніе не переходитъ на наслѣдниковъ лицъ не участвовавшихъ въ передачѣ и приѣмѣ вещи въ прекарное пользованіе между тѣмъ какъ извѣстно, что общимъ правиломъ договорное обязательство переходитъ на наслѣдниковъ контрагентовъ. Проверимъ это различіе.

Продолжается ли прекаріумъ по смерти precario dantis? На этотъ вопросъ источники очевидно даютъ несогласныя рѣшенія. Такъ въ одномъ мѣстѣ (L. 4 D. 19, 2) мы читаемъ: *Locatio precariive rogatio ita*

1) K r i t z. Abh. p. 217.

2) Ibid. 14 § 4.

acta, quoad is, qui eam locasset, dedissetve, vellet, morte ejus, qui locavit, tollitur. а въ другомъ (L. 12 § 1 D. 43. 26) общимъ правиломъ высказано: *precario rogatio et ad heredem ejus, qui concessit, transit*. Въ дополненіе къ послѣднему можемъ привести слѣдующій фрагментъ Ульпіяна: L. 8 § 1 D. 43. 26: *Quod a Titio precario quis rogavit, id etiam ab herede ejus precario habere videtur, et ita et Sabinus, et Celsus scribunt, eoque jure utimur. Ergo et a ceteris successoribus habere quis precario videtur. Idem et Labeo probat, et adjicit, etiamsi ignoret quis heredem, tamen videri eum ab herede precario habere. L. 8 § 2 D. 43, 26: Illud tamen videamus, quale sit si a me precario rogaveris, et ego eam rem alienavero, an precarium duret re ad alium translata. Et magis est, ut si ille non revocet, posse interdicere, quasi ab illo precario habes, non quasi a me; et si passus est aliquo tempore a se precario habere, recte interdicet, quasi a se precario habeas.*

Изъ попытокъ примирить это противорѣчіе ¹⁾, Укажемъ напримѣръ на ту, по которой все сводится къ спеціальному условію. Если напримѣръ было ясно (*nominatim*) выговорено, что прекаріумъ будетъ продолжаться пока этого будетъ хотѣть *precario dans*, или, какъ выражается сводъ Остзейскихъ Гражданскихъ Законовъ § 3775, будетъ поставленъ въ зависимость отъ его воли (*quoad is, qui eam locasset dedissetve, vellet.* ²⁾), то со смертію его прекаріумъ необходимо прекращается ³⁾. Мнѣ кажется такое объясненіе слишкомъ натя-

1) См. Schmidt v. Ilmenau въ Krit. Jahrb. 1843 p. 782 n.

2) Срав. L. 32 D. 39, 5.

3) Pont. Explicat. d. Code Nap. T. 3 p. 23, 24. Meyerfeld. Die Lehre von den Schenkungen B. 1 p. 65, 66.

нутымъ. Прекаріумъ по самой своей сущности всегда предполагалъ право ревокаціи по усмотрѣнію и притомъ L. 8 § 1, 2 D. 43, 26 слишкомъ обще говорить объ активномъ переходѣ прекаріума не только на универсальнаго, но и на сингулярнаго наслѣдника ¹⁾). Мнѣ кажется, что слова *quoad* и такъ далѣе въ L. 4 D. 19, 2 только пояснительныя въ спеціальному случаю имущественнаго найма подъ этимъ условіемъ.

Итакъ общимъ правиломъ мы должны признать, что прекарное отношеніе переходитъ на наслѣдниковъ *precario dantis*. Посмотримъ теперь.

Переходитъ ли прекаріумъ на наслѣдниковъ precario accipientis и вѣчается ли противъ нихъ interdictum de precario? Въ отличіе отъ коммодата, при которомъ отношеніе концессіонарія переходило на его наслѣдника, источники и литература выставляютъ для прекаріума противное этому начало. Думаютъ, что прекаріумъ былъ такимъ *liberalitas*, которая направлена только въ пользу *precario accipiens*, слѣдовательно составляетъ его *beneficium* и потому имѣетъ силу только *ad dies vitae precario accipientis* ²⁾). Что касается источниковъ, то въ нихъ мы находимъ полное разногласіе ³⁾). Такъ по взгляду нѣкоторыхъ римскихъ юристовъ *interdictum de precario* не примѣнялся противъ наслѣдниковъ *precario accipientis* ⁴⁾), но основаніе этому воззрѣнію, приводимое въ источникахъ, неубѣдительно.

1) Иногда послѣднее отрицаютъ (напр. Brinz. Pand. p. 88) на основаніи L. 8 § 2 D. 43, 26, но едва ли справедливо.

2) Dankwardt. Jahrb. für d. Dogmatik. N. F. B. 2 p. 301.

3) См. Schmidt v. Ilmenau въ Schneider's Kritisch. Jahrbuch. Jahrg. 1843 p. 781 n.

4) Paulus 5, 6 § 12; Papinian. L. 11 D. 44, 3; Celsus L. 12 § 1 D. 43, 26.

Такъ напримѣръ юристъ Павелъ мотивируетъ этотъ взглядъ тѣмъ, что *nullae enim preces ejus videntur adhibitae* ¹⁾, а въ L. 12 § 1 D. 43, 26 юристъ Цельзъ какъ бы въ дополненіе этому говоритъ: *quippe ipsi dum taxat non etiam heredi concessa possessio est*.

Въ первомъ фрагментѣ по мимо всего заключается такой чисто формальный мотивъ, который ослабленъ былъ самимъ же Павломъ въ выщепримеденномъ выраженіи, а тотъ смыслъ обоихъ cit. фрагментовъ, что вещь прекарно уступлена не наслѣднику *precario accipientis* ²⁾, не имѣетъ смысла, такъ какъ тотъ же мотивъ приходился бы и для такихъ правоотношеній, какъ обязательство ссуды.

Поэтому всего основательнѣе для объясненія рассматриваемой особенности прекаріума выходить изъ такой сущности его, которая отвергала бы въ немъ обязательственный элементъ. По рассматриваемому признаку необходимо видѣть въ прекаріумѣ вещную сдѣлку, основанную исключительно на передачѣ вещи безъ всякаго обязательства со стороны лица, принимающаго ее. Такая сдѣлка, какъ увидимъ ниже, требовала исключительно добрыя, основаннаго на личномъ отношеніи *precario dantis* къ *precario accipientis*. Въ силу всего этого *interdictum de precario* не могъ распространяться на наслѣдниковъ *prec. accipientis*, противъ которыхъ по словамъ Павла ³⁾ первоначально предоставлялся

1) Paulus 5, 6 § 12.

2) См. Zielonaski. Besitz. p. 174.

3) Paulus 5, 6 § 12: *clam videri possidere*. Нѣкоторые писатели (напр. Bulling. Precar. p. 67) отвергали приписываемый нами смыслъ этимъ словамъ на томъ основаніи, что нельзя приписать наслѣднику *clandestinam possessionem*, когда онъ удерживалъ вещь *bona fide* (L. 6 D. 41, 2); и поэтому полагали, что

interdictum clandestinae possessionis, замѣненный позднѣе интердиктомъ *uti possidetis* ¹⁾).

Но позднѣйшее превращеніе прекарнаго отношенія въ обязательственное выразилось въ источникахъ въ попыткахъ распространить интердиктъ *de precario* и на наследниковъ *precario accipientis*. Такъ первымъ въ этомъ смыслѣ высказался юристъ Ульпіанъ: *Nos interdicto heres ejus, qui precario rogavit tenetur, quemadmodum ipse: ut sive habet, sive dolo fecit quominus haberet vel ad se perveniret, teneatur: ex dolo autem defuncti hactenus quatenus ad eum pervenit* (L. 8 § 8 D. 43, 26).

Было много попытокъ устранить противорѣчіе словъ Ульпіана съ вышеприведенными свидетельствами, но попытки эти должно признать необудительными ввиду крайней ясности *cit.* фрагментовъ. Древнѣйшая и болѣе слабая попытка принадлежитъ Куяцію, предполагавшему отвѣтственность наследника по интердикту *de precario* не *pro proprio nomine*, а только *nomine hereditario* ²⁾. Но у Ульпіана эти два положенія различены ясно. Другіе писатели ³⁾ полагали, что Ульпіанъ предполагалъ новое (*tacite*) соглашеніе о прекаріумѣ въ томъ, что наследникъ продолжалъ пользованіе съ согласія *precario dantis*, знавшаго о смерти *precario accipientis*. Но противъ такого взгляда можно возразить, что отвѣтственность наследника по интердикту *de pre-*

Павелъ только отвергалъ пассивный переходъ прекаріума на наследника, говоря что онъ влѣдѣтъ скорѣе *clam*, чѣмъ *precario*.

1) *Vernet*. *chextes choisis sur la théorie des obligations en droit romain* p. 75 срав. *Machelard*. *Interdits* p. 273.

2) *Cujacius ad Paul.* 5, 6 § 12.

3) Напр. изъ новѣйшихъ писателей *Vangerow*. *Pand.* B. 3 § 691, 5; *Dankwardt* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik N. F.* B. II p. 302.

сagio будетъ въ силу акта, получившаго существованіе въ его лицѣ, а не въ качествѣ наследника.

Итакъ нельзя не признать въ словахъ Ульпіяна полного противорѣчія со словами Павла, Цельза и Папиніяна. Объяснить же ихъ можно только тѣмъ, что Ульпіянъ былъ одинъ изъ тѣхъ юристовъ, которые признали въ прекаріумѣ обязательственное отношеніе, предоставивъ по нему договорный искъ ¹⁾. Въ этомъ же новомъ характерѣ обязательства ex contractu вся ответственность *precario dantis* могла переходить на рачномъ съ коммодатаріумъ основанія и на наследниковъ его ²⁾.

Таково было мнѣніе Ульпіяна и мнѣніе это со времени Діоклетіана и Максиміана сдѣлалось преобладающимъ ³⁾ до того, что нѣкоторые ученые ⁴⁾ считаютъ его господствующимъ въ Юстиніановомъ правѣ.

Но спрашивается: со всеѣми ли послѣдствіями интердиктъ *de precario* примѣнялся противъ наследниковъ *precario accipientis*, какъ напримѣръ примѣнялся *actio commodati directa* противъ наследниковъ коммодатарія? Наследники послѣдняго отвѣчали *in solidum* за *dolus* наследодателя ⁵⁾, между тѣмъ какъ для прекаріума мы имѣемъ такое положеніе Ульпіяна: наследникъ *precario accipientis* отвѣчаетъ за *dolus* наследователя *hactenus quatenus ad eum ex eo dolo perve-*

1) L. 2 § 2 D. 43, 26.

2) См. P u c h t a. Institut. 2 p. 459 n. ii и M a c h e l a r d. Interdits p. 276, 277; W i n d s c h e i d. Pandekt. 1 § 160 n. 22.

3) L. 2 C. 8, 9.

4) Напр. S c h i l l i n g Institut. p. 487.

5) L. 12 D. 44, 7 слав., Gajus 4, 113 и § 1 I. 4, 12.

nit ¹⁾). Некоторые писатели ²⁾ полагаютъ, что это ограниче- ніе имѣетъ мѣсто при примѣненіи только интер- дикта de precario; искъ же praescriptis verbis предо- ставляетъ соответственно общимъ началамъ ответствен- ности по договорамъ ³⁾ (а въ томъ числѣ и ссуды) precario danti подвергнуть наследниковъ prec. accipien- tis общей ответственности за dolus наследодателя, въ основаніи чего лежала бы абстракція отъ обстоя- тельства обогащенія на счетъ prec dantis. Actio praes- criptis verbis по общему началу предоставлялся наслед- никамъ и противъ наследниковъ контрагентовъ ⁴⁾).

Итакъ въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ прекаріумъ переходилъ на наследниковъ precario accipientis со всеми его послѣдствіями, въ чемъ мы видимъ выраже- ніе его обязательственного характера.

Далѣе, договорно-обязательственный характеръ ком- модата въ отличіе отъ прекаріума думали видѣть въ томъ его признакѣ, что при самомъ заключеніи ссуды договорно уговаривались о самомъ пользованіи, кото- рое при прекаріумѣ оставлялось на волю precario ac- cipientis. Итакъ посмотримъ.

Составляетъ ли существенный признакъ коммодата въ отличіе отъ прекаріума определенное указаніе цѣли предоставленія и родъ пользованія ссуженной вещью, или иначе, всегда ли предоставленіе вещи при коммодатѣ было

1) L. 8 § 8 D. 43, 26.

2) V a n g e r o w. Pand. 3 § 691, 5; M a c h e l a r d Inter- lts p. 283; B u l l i n g. Precarium p. 61; H o l z s c h u c h e r. Casuistik 3 p. 588.

3) Общее это начало то, что наследникъ отвѣчаетъ за do- sus наследодателя in solidum: Ex depositi, et commodati, et man- dati, et tutelae, et negotiorum gestorum ob dolum malum defuncti heres in solidum tenetur L. 12 D. 44, 7; L. 49 D. cod.

4) Favre. De l'échange en droit romain Paris 1870 p. 65.

ad certam usum? На этотъ вопросъ и въ литературѣ ¹⁾ и въ дѣйствующихъ законодательствахъ ²⁾ отвѣтъ дается обыкновенно не только утвердительный, но въ прежнее время даже этимологически слово *commodatum* производили отъ *cum modo*, какъ предоставленіе вещи для извѣстнаго рода пользованія ³⁾; но съ другой стороны нельзя не сомнѣваться съ нѣкоторыми писателями ⁴⁾, что за этотъ взглядъ неимѣется положительныхъ свидѣтельствъ источниковъ. Чаше всего приводимый ⁵⁾ *L. 5 § 7, 8 D. commod. 13, 6* ⁶⁾ говорить только, что если при коммодатѣ будутъ специально определены родъ и способъ пользованія, то несоблюденіе этихъ ограниченій со стороны коммодатарія дѣлаетъ его за это отвѣтственнымъ. Его пользованіе разсматривается, какъ *furtum usus* и подвергается на ряду съ *actio commodati condictio* *furtivae* и *actioni furti*. Такимъ образомъ изъ этого свидѣтельства можно сдѣлать только тотъ выводъ, что подобный предварительный точный уговоръ о способѣ пользованія могъ быть въ обыкновеніи у Римлянъ, но необязателенъ ⁷⁾ по закону, такъ что можно принять, что настоящій коммодатъ могъ быть заключенъ и безъ спеціальнаго объяв-

1) См. напр. *Duarenus. Opera omnia* 1607 p. 952, 956, 710; *Vogel. Precar.* p. 196; *Mühlenbruch Pand.* § 383; *Schmidt. Precar.* 157; *Molitor. Les obligat.endr. rom.* 2 p. 199, 203; но особенно см. *Addisson. A treatise on the law of contracts* изд. 3 v. 1 p. 608, 609.

2) Гражд. Улож. Цар. Польск. § 1880, 1881, Остз. гражд. зак. § 3737 ср. 3742; *Landr.* 21 § 230, 231; *Codice civ. ital.* § 1805, 1808, 1809.

3) См. *Troplong. Du Prêt.* p. 21.

4) См. *Kritz. Abhandl.* § 5 p. 189; *Pandekt. cap.* 1 p. 387.

5) *Schmidt. Precar.* p. 158, 162.

6) См также *L. 10 pr. L. 14; L. 17 § 3; L. 23 D. 13, 6; § 6 L. 4, 1; C. un. X de comm.* 3, 15.

7) *Vangerow. Pand.* 3 p. 613.

ленія о способѣ пользованія ¹⁾. Въ послѣднемъ случаѣ изъ характера сдѣлки, какъ *bonae fidei negotii*, коммодатару разрѣшается то пользованіе, за которое можно предполагать согласіе коммоданта, а именно если оно соответствуетъ предназначенію ссужаемой вещи ²⁾. Подобное заключеніе тѣмъ болѣе вѣроятно, что въ случаѣ уговора о родѣ и способѣ пользованія коммодатаръ могъ нарушить его, если онъ имѣетъ основаніе полагать, что коммодантъ не будетъ ничего противъ того имѣть ³⁾. Подобное пользованіе нельзя разсматривать, какъ *furtum usus* ⁴⁾. Значить, въ общемъ можно сказать, что нормально пользованіе опредѣляется свойствами самой вещи ⁵⁾. Это же положеніе относится равнымъ образомъ какъ къ коммодату, такъ и къ прекаріуму.

Такимъ образомъ разсмотрѣнный признакъ не можетъ почитаться существеннымъ для коммодата въ отличіе отъ прекаріума. Но различіе въ этомъ признакѣ заподозрѣно и съ другой стороны ⁶⁾, а именно, чтобы неопредѣленность пользованія составляла отличительный признакъ прекаріума. Нигдѣ въ источникахъ не говорится, что опредѣленіе рода пользованія при прекаріумѣ запрещено или недействительно, или чтобы прекаріумъ при такомъ опредѣленіи переходилъ въ коммодатъ.

1) Sintonis. *Civilr.* 2 p. 547 n. 1 in fin.: *Demangeat. Droit rom.* 2 éd. t. 2 p. 166.

2) Сказанное до сихъ поръ вошло въ качествѣ вывода въ нашъ X т. Свод. Зак. ч. 1 ст. 2067.

3) L. 76 pr. D. 47; 2; § 7 I. 4. 1.

4) См. Molitor. *Les obligations* 2 p. 204; Sintonis. *Civilr.* 2 p. 548 n. 1.

5) Seuffert. *Praktisches Pandektenrecht.* Würzburg 1867 B. 2 p. 198.

6) См. Vangerow. *Pandekten.* p. 614.

Въ связи съ рассмотрѣннымъ признакомъ и какъ бы въ доказательство отвергнутого различія между прекаріумомъ и коммодатомъ въ наукѣ пытаются различить какъ сами цѣли установленія того и другаго отношеній, такъ въ соотвѣтствіи съ этимъ и предметы, могущіе составлять объекты эти отношеній. Останавливаемся на этихъ различеніяхъ.

Прекаріумъ устанавливается ad utendum. Но совершенно тотъ же признакъ находимъ въ источникахъ и для коммодата ¹⁾. Были попытки, какъ сказано, провести и въ этомъ отношеніи различіе между обоими сдѣлками. Такъ нѣкоторые писатели ²⁾ полагають, что словомъ commodare выражалось пользованіе безъ извлеченія какихъ-либо плодовъ изъ вещи, какъ это было всегда при прекаріумѣ ³⁾. Въ источникахъ говорится въ общемъ смыслѣ: *habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel juris adeptus est.... et impetavit, ut sibi possidere aut uti liceat* ⁴⁾. Изъ этихъ словъ нельзя дѣлать заключенія, чтобы въ прекарномъ *possidere* содержалось всегда и *uti* именно въ разсматриваемомъ смыслѣ ⁵⁾. Съ другой стороны по данному вопросу имѣется такое ясное выраженіе того же Ульпіяна: *et est simile commodato nam et qui commodat rem, sic commodat.... ut ei uti re commodata permittat* ⁶⁾. Значитъ по характеру пользованія источники не признавали никакого различія между прекаріумомъ и коммодатомъ и если изъ этого различія многіе

1) L. 1 § 1 D. 13, 6 см. L. 5 § 6, 7. 10, 13, 14 D. eod.

2) Напр. Kritz. D. Pandectenr. 1, 2 p. 443.

3) Isidorus. Orig. 5, 25... ex eo (fundo) fructus capere.

4) Ulpianus L. 2 § 3 D. 43, 26.

5) Schmidt. Precar. p. 19.

6) L. 1 § 3 D. 43, 26.

западные писатели выводили необходимость регулировать при прекаріумѣ пользованіе предварительнымъ уговоромъ, томы имѣемъ еще однимъ основаніемъ (правда, уже неюридическое) болѣе противъ разсмотрѣннаго воззрѣнія. Какъ дальнѣйшее развитіе этого воззрѣнія мы находимъ въ литературѣ попытки различить прекаріумъ и коммодатъ по ихъ объектамъ. такъ чтобы это различіе подтверждало различіе въ самомъ пользованіи. Останавливаемся поэтому на томъ,

Что составляетъ предметъ прекаріума? Изъ словъ Ульпіана: habere precario videtur, qui possessionem vel corporis, vel juris adeptus est ¹⁾, ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit, et impetravit ut sibi possidere aut uti liceat, слѣдуетъ, что предметомъ прекаріума можетъ быть не только пользованіе вещью, но и правомъ. Изъ послѣдующаго за цитированными словами выраженія Гайя ²⁾ и далѣ Помпонія ³⁾ и др. ⁴⁾ обыкновенно понимаютъ ⁵⁾ слова possessio juris, какъ possessio servitutis. Но вотъ въ ближайшемъ опредѣленіи смысла цитированнаго выраженія ученые расходятся. Споръ ведется ⁶⁾ о томъ: самый ли сервитутъ составляетъ предметъ прекаріума, т. е. устанавливается ли прекаріумомъ сервитутъ ⁷⁾, или только осуществленіе сервитутнаго права ⁸⁾. По первому воззрѣнію precario accipiens получаетъ juris possessio, которое можетъ для

1) L. 2 § 3 D. 43, 26.

2) L. 3 D. ib.

3) L. 15 § 2 D. ib.

4) См. L. 8 § 5 D. 43, 26; L. 12 pr. D. 11, 7; L. 2 C. 8, 9.

5) Напр. Brinz. Pand. p. 88.

6) См. Schmidt. Comm. u. Precarium p. 117—135.

7) Glück. Erläuter. 9 p. 65.

8) Gett. Prakt. Erörter. no. 26; Vangerow. Pand. 3 p. 611.

него быть установленнымъ и собственникомъ вещи ¹⁾. Но противъ этого возражали такимъ общимъ началомъ: такъ какъ *precario assipiens* только осуществляетъ права *precario dantis*, то подобное установление *прекаріума juris possessio* было бы равномерно установленію сервитута на собственной вещи ²⁾, т. е. такой сервитутъ по ревокаціи продолжался бы въ лицѣ *precario dantis*, собственника самой вещи, а одно изъ основныхъ началъ сервитутнаго права: *nemini res propria servit*. Другіе писатели ³⁾ разсматриваемаго же воззрѣнія, отвергая эту аргументацію, думали основательнѣе такъ, что при уступкѣ кому нибудь пользованія моею вещью не можетъ быть еще рѣчи объ ограниченіи собственности, каково установленіе сервитута.

Во второмъ воззрѣніи въ ближайшихъ опредѣленіяхъ опять разногласіе. По общему правилу никто не имѣетъ права *precario uti concedere* третьему ему принадлежащей сервитутъ ⁴⁾, то подъ *juris possessio* можно разумѣть или *quasi possessio*, или фактическое осуществленіе какого-либо права ⁵⁾. За послѣднее воззрѣніе можно привести совершенно ясныя свидѣтельства источниковъ ⁶⁾. Поэтому и мы держимся того воззрѣнія, что предметомъ *прекаріума* было только осуществленіе сервитутнаго права; почему, конечно, не могло быть

1) R a n d a. D. Besitz nach österreich. Rechte. Leipzig 1865 p. 276—279 и not. 15; S c h m i d t v. I l m e n a u въ Schneider's Krit. Jahrb. 1843 p. 779.

2) S c h m i d t. Precar. § 7.

3) B u l l i n g. Precar. p. 9.

4) Спорный фрагментъ L. 8 § 5: si servitute usus non fuit is, qui precario rogavit, ac per hoc ammissa sit, videamus, an interdicto teneatur; ego arbitror, non alias, quam si dolo fecerit.

5) S c h m i d t. Precar. p. 129 по S c h i l l i n g'у (Institut 2 § 133 Zus. 1).

6) См. L. 12 § 2 D. 7, 1; L. 15 § 1 D. 43, 26.

предоставлено самимъ хозяиномъ вещи ¹⁾. Въ общемъ за такой взглядъ будетъ *exceptio precariae possessionis* при сервитутныхъ искахъ, что означаетъ неправильное притязаніе на сервитутъ, когда охраняемый фактъ составляетъ результатъ прекарнаго соглашенія ²⁾. Въ качествѣ единственнаго прямого доказательства за противное воззрѣніе приводятъ *L. 4 pr. D. de servit. 8, 1: Servitutes ipso quidem jure neque ex tempore neque ad tempus neque sub conditione neque ad certam conditionem, verbi gratia «quam diu volam» constitui possunt. Sed tamen, si haec adjiciantur, per pacti vel per doli exceptionem occurreret contra placita servitutem vindicanti.* Совершенно вѣрно было замѣчено, что въ приведенныхъ словахъ не только не имѣется указанія на прекаріумъ, но напротивъ практическія послѣдствія разсматриваемой здѣсь сдѣлки совершенно не соотвѣтствуютъ ему. Мѣсто это принадлежитъ Папиньяну, при которомъ едва ли общимъ правиломъ было признано, что сингулярный наслѣдникъ *precario accipientis* могъ воспользоваться прекарно предоставленнымъ этому послѣднему пользованіемъ; между

1) *Schmidt. Precar. p. 134.* Держась этого воззрѣнія, мы избѣгаемъ дѣлать такія различія въ практическихъ случаяхъ прекарнаго пользованія, которыя необходимы по первому воззрѣнію, а именно, различать собственно прекаріумъ съ отправленіемъ права отъ своего имени отъ тѣхъ случаевъ, когда хозяинъ вещи до поры до времени не противорѣчитъ пользованію (*Gefälligkeitsduldung, usus ex jure permissionis* или *familiaritatis*), напр. если пролагается проѣздъ по полямъ и хозяинъ до поры до времени молчитъ (см. *Randa. Besitz p. 278*). Отличить подобные случаи отъ молчаливо предоставленнаго прекаріума по сознанію самого *Randa* (p. 278 n. 14) не всегда даже и возможно, а съ нашей точки зрѣнія такого различія нельзя проводить и въ теоріи: признаки остаются тѣже самые во всѣхъ случаяхъ прекарнаго пользованія.

2) *Bulling. Precar. p. 9, 10.*

тѣмъ при сервитутахъ, о которыхъ именно и идетъ рѣчь въ L. 4 cit., это было призвано какъ общее начало. Такимъ образомъ если при предоставленіи сервитута хозяинъ вещи выговорилъ произвольную ревокацію особымъ уговоромъ (*adjiciatur*), то такой уговоръ имѣетъ силу только противъ получившаго сервитутъ и его наслѣдниковъ, а не купившаго участокъ этихъ послѣднихъ. Тутъ дѣйствуетъ правило *servitus fundi nomine exercetur* ¹⁾. Такъ что большая разница предоставлю ли я кому-либо сервитутъ съ специальнымъ уговоромъ «*quamdiu volam*» или предоставлено подобное пользованіе *precario* ²⁾. На томъ же основаніи каждый могъ уступить свое пользованіе *precario* сервитутомъ другому, если только сервитутъ допускаетъ подобное предоставленіе, какъ на примѣръ *ususfructus* ³⁾.

Въ дальнѣйшее разсмотрѣніе вопроса о томъ, что всѣ ли сервитуты по этому ⁴⁾, или другому ⁵⁾ какому нибудь основанію могли быть предоставлены въ прекарное пользованіе ⁶⁾, мы не входимъ, такъ какъ на различіе прекариума и коммодата это не имѣетъ вліянія.

Въ заключеніе разсмотрѣннаго признака обращаемся къ отношенію по немъ прекариума къ коммодату. Тутъ сразу мы замѣчаемъ, что спорность этого приз-

1) Bulling. Precar. p. 10, 11.

2) Vangerow. Pand. 3 p. 611.

3) L. 12 § 2 D. 7, 1.

4) Schmidt. Prec. p. 134.

5) Напр. Wesenbeckius (ad D. 43, 26 n. 4) думалъ, что *habitatio* не могло быть предметомъ прекариума только потому, что *habitatio* предполагаетъ всегда *опредѣленное* пользованіе. Но см. L. 15 § 1 D. 43, 26; L. 2 C. 8, 9, которые говорятъ въ пользу противнаго возрѣнія. И т. д.

6) См. у Vogel. Prec. p. 200 и n. t.

нака для коммодата вращается совершенно около тѣхъ же пунктовъ ¹⁾, по этому уже мы не можемъ признать никакимъ образомъ того воззрѣнія, по которому различіе между прекаріумомъ и коммодатомъ по объектамъ выражалось въ томъ, что въ ссуду предоставляются только вещественные предметы въ прекаріумъ же и нѣкоторыя функціи права собственности ²⁾

Другое болѣе существенное различіе между прекаріумомъ и коммодатомъ по предмету пользованія состоитъ въ томъ, что по взгляду многихъ ученыхъ ³⁾ коммодатъ первоначально примѣнялся къ движимымъ ⁴⁾ только вещамъ, а прекаріумъ къ недвижимымъ ⁵⁾ (*utendum dedisse*, *accepisse* обыкновенное выраженіе источниковъ для прекаріума ⁶⁾ и что только позднѣе границы эти были нарушены, но что и позднѣе рѣдкіе случаи нарушенія основнаго различія указывали на прежнее непреложное его примѣненіе ⁷⁾. Даже писатели, невидѣвшіе въ позднѣйшемъ правѣ никакого раз-

1) Такъ одни писатели отрицаютъ, чтобы сами сервитуты могли быть предметомъ коммодата *Duarenus. Comment. ad tit. 13, 6 cap. 2; Holzschuher. Casuistik 2, 2 p. 497; Heimbach u. Weiske v. Leihe*). Опираются въ доказательство на *L. 1 § 1 D. 13, 6; L. 17 pr. D. 19, 5*. Другіе признаютъ это съ различными ограниченіями (уже *Voet. Comment. ad P. 13, 6 § 1* и *Lib. 7 tit. 8 § 6; Meier. Coll. juris argent. 13, 6 § 6*). Опираются на *L. 10 pr. D. 7, 8; L. 27 D. 39, 5; L. 32 D. eod.* И т. д.

2) Для примѣра см. *Vernet. Textes choisis sur la théorie d. obligations p. 73. Sintenis Civilr. 2 p. 553 n. 38.*

3) См. напр. *Vernet. Textes choisis p. 73.*

4) См. *L. 1 § 1; L. 5 § 8 D. 13, 6.*

5) См. *L. 4 pr. D. 43, 26*. Чтеніе этого мѣста, впрочемъ, не установлено (*consistit ed. Haloander* и *constitut ed. Kriegeliorum*). Выходя изъ перваго чтенія, Савиньи (*Besitz p. 559*) думаютъ доказать, что прекаріумъ на движимыя вещи установленъ былъ позднѣе.

6) *Kritz. Pandekten 1, 2 p. 430.*

7) *Bonjean. Traité des actions 2 p. 422, 423.*

личія между прекаріумомъ и коммодатомъ ¹⁾, полагаютъ, что *actio praescriptis verbis* примѣнялся только къ случаямъ пользованія недвижимыми вещами, подвижныхъ же употреблялся *commodati actio*. Въ основу этого взгляда кладется то положеніе, что словомъ *commodare* никогда не выражалось пользованіе съ извлеченіемъ плодовъ, почему въ послѣднемъ случаѣ оставалось всегда выраженіе *precario rogare* и *dare*.

Но догматическое подобное различіе прекаріума и коммодата встрѣтило въ наукѣ многихъ противниковъ. Дѣйствительно, изъ позднѣйшихъ источниковъ мы знаемъ только, что преторъ выражался въ своемъ эдиктѣ *quod precario habes*, а не *quem fundum*, изъ чего во первыхъ слѣдуетъ, что въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ *interdictum de precario* могъ распространяться и на движимые предметы ²⁾; а во вторыхъ нѣтъ основанія предполагать, какъ это дѣлаютъ нѣкоторые ученые, что въ прежнемъ эдиктѣ стояло *quem fundum* ³⁾. Поэтому въ литературѣ мы находимъ и такое воззрѣніе, по которому предметомъ прекаріума могли быть всегда безразлично, какъ движимыя, такъ и недвижимыя вещи ⁴⁾, и мѣста изъ Исидора Orig. 4, 25 ⁵⁾ и L. 4 pr. D. 43, 26, приводящія примѣры прекаріума на недвижимые предметы, не имѣютъ ограничительнаго

1) Напр. Kritz. Pandekt. 1; 2 p. 443.

2) См. L. 4 pr.; L. 10 D. 43, 26.

3) Schmidt v. Ilmenau въ Schneider's Krit. Jahrb. 1843 p. 778.

4) Напр. Göschen. Civilr. § 608; Zielonacki. Besitz p. 173; Puchta. Institut. 2 p. 458 и и. bb.

5) Precarium est, dum creditor rogatio permittit debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere. Въ этихъ словахъ нѣтъ ничего, чтобы указывало на невозможность установить прекаріумъ въ движимыхъ вещахъ (Schmidt v. Ilmenau. Krit. Jahrb. 1843 p. 778 n.).

смысла и по всему этому рассматриваемое различіе составляет только необходимый чисто логическій выводъ изъ господствовавшаго со временъ Савинія воззрѣнія о происхожденіи прекаріума изъ ленныхъ отношеній кліента (объ этомъ см. ниже).

Итакъ мы не видимъ основанія ограничивать прекаріумъ предметами недвижимыми; съ другой стороны мы раздѣляемъ положеніе тѣхъ писателей ¹⁾ и законодательствъ, построенныхъ на римскомъ правѣ ²⁾, которые принимаютъ, что коммодатъ примѣнялся и къ недвижимымъ вещамъ ³⁾. Ограничиваясь одними источниками, мы замѣчаемъ, что римскіе юристы занимаются толкованіемъ словъ эдикта: *quod quis commodasse, dicetur, de eo iudicium dabo* ⁴⁾. Лабеоу по поводу слова *utendi* въ эдиктѣ Пакувія полагаетъ, что коммодатъ относится къ движимымъ, а *utendum* къ движимымъ и недвижимымъ предметамъ; но Ульпіанъ, Кассій и Вибіанъ держатся того мнѣнія, что въ эдиктѣ подъ словомъ *commodatum* разумѣется пользованіе какъ движимыми, такъ и недвижимыми вещами ⁵⁾. Происхожденіе и смыслъ этого спора будутъ рассмотрѣны позднѣе при изложеніи исторіи реальныхъ договоровъ и прекаріума; теперь же на основаніи сказаннаго можно только думать, что различіе въ объектахъ между прекаріумомъ и коммодатомъ не выразилось въ источникахъ ⁶⁾.

1) Уже *D u a r e n u s*. *Comm. in tit. D commod. c. 2*: *Mühlenbrunch. Pand. § 383*.

2) Какъ напр. *Сводъ гражд. зак. остз. губер. Ст. 3738*.

3) *Iuvenal Satyr. 7 v. 40: commodato aedium* ср. *L. 17 pr. D. 19, 5*.

4) *L. 1 pr. D. 13, 6*.

5) *L. 1 § 1 D. 13, 6*.

6) По вопросу объ объектѣ кромѣ рассмотрѣнныхъ сомнѣній отношеніе между прекаріумомъ и коммодатомъ не возбуждаетъ

Что касается до остальныхъ различій, то мы замѣчаемъ, что нѣкоторые признаки, признаваемые за отличительные для прекаріума въ отличіе отъ коммодата обязаны исключительно научной дедукці изъ установленнаго общаго понятія прекарнаго отношенія, какъ отношенія не обязательственнаго. Такъ напримѣръ думаютъ ¹⁾, что *precario accipientis* не имѣлъ права подобно коммодатару ²⁾ обратнаго требованія къ *precario dans* «для возмѣщенія произведенныхъ на вещь расходовъ или вообще предъявленія какого либо къ уступившему притязанія» ³⁾. Основаніе этого различія только то, что при прекаріумѣ обязуется единственно *precario accipiens* и никогда *precario dans* ⁴⁾. Доказательства же чисто отрицательнаго свойства. Для коммодатара, какъ при *negotium bonae fidei* ⁵⁾,истики допускаютъ прямо *actio commodati contraria*, для прекаріума же они не говорятъ ничего о подобномъ обратномъ требованіи ⁶⁾. Но значить ли послѣднее,

спора. Безразличныи же вопросъ о томъ могутъ ли быть предметомъ прекаріума вещи потребляемыя, *res fungibiles*, собственно не входитъ въ наше разсмотрѣніе. По этому скажемъ только, что изъ различныхъ возрѣній (см. Degener. Prec. § 1 p. 7) по нашему мнѣнію вѣрнѣйшимъ будетъ то, по которому на прекаріумъ распространяютъ слѣдующее положеніе коммодата:... *Non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat....* (L. 3 § 6 D. 13, 6 ср. L. 4 cod.), т. е. вещи потребляемыя могутъ быть даваемы въ есуду единственно для выставленія ихъ на показъ (Сводъ Остз. Гражд. Зак. ст. 3738).

1) Напр. *Holzschuher. Casuistik* 3 p. 589; *Machelard Interdits* p. 263.

2) См. L. 18 § 2, 3; L. 17 § 3 D. 13, 6.

3) Сводъ Ост. Гражд. Зак. ст. 3772.

4) См. *Vernet Textes choisis* p. 73; *Vangerow Pand.* 3 p. 607.

5) *Pfordten. Abhandlung. aus d. Pandekten—Rechte* p. 255.

6) *Windscheid. Pand.* 2 p. 387 n. 7.

что *precario accipiens* былъ лишенъ всякой возможности осуществить подобныя требованія, какъ и коммодатаръ? Требованія эти въ общемъ имѣютъ цѣль возмѣщенія убытковъ, отказъ въ каковомъ долженъ былъ бы противорѣчить общему взгляду римскихъ источниковъ на *precarium* какъ на *liberalitas* со стороны *precario dans*. Если мы обратимъ вниманіе на цѣли осуществляемыя интердиктомъ *de precario*, то увидимъ, что по самому *precarium* *precario accipiens* не могъ осуществлять своихъ требованій, такъ какъ не могъ подобно коммодатару имѣть соименный обратный искъ, аналогичный *actioni commodati contrariae*. Но это не значитъ, чтобы *precario accipiens* на общемъ основаніи не могъ, напримѣръ, требовать вознагражденія за *impensae* путемъ, напримѣръ, *actionis negotiorum gestorum* ¹⁾.

Невозможность провести строго оспариваемое здѣсь воззрѣніе чувствовалось уже давно и потому уже давно допускали обратное требованіе вознагражденія за такіе траты, безъ которыхъ главное содержаніе вещи потерпѣло бы поврежденіе или даже вовсе разрушилось бы ²⁾. Разъ же принципъ былъ нарушенъ, то ничего не оставалось, какъ распространить это право обратнаго требованія на всѣ тѣже случаи въ каковыхъ предоставлялось и *actio commodati contraria*.

Итакъ нельзя отрицать за *precario accipiens* право на вознагражденіе за убытки по поводу прекарнаго пользованія, но осуществляемо это право будетъ не

1) См. *Unterholzner. Schuldverh.* p. 568 n. 9.

2) См. *Holzschuher. Casuistik.* 3 p. 589.

соименнымъ прекаріуму искомъ, такъ какъ такого римскіе источники не знали.

Мы разсмотрѣли всѣ признаки, которыми западная наука разграничивала прекаріумъ, какъ не договорно—обязательственное отношеніе, отъ договора коммодата. Въ результатъ этого анализа намъ станетъ понятно уже давно ¹⁾ высказываемое въ литературѣ воззрѣніе, что изъ содержанія нашихъ источниковъ нельзя сдѣлать заключенія о какомъ либо самостоятельномъ юридическомъ характерѣ прекаріума, такъ какъ отдѣльные его признаки совершенно тождественны съ признаками другихъ правоотношеній и въ особенности коммодата. Дѣйствительно, если бы даже абстрактно установить признаки того и другаго отношенія, то и тогда невозможно будетъ въ каждомъ частномъ случаѣ отличить прекаріумъ отъ коммодата ²⁾, такъ какъ, послѣ сказаннаго выше напр. о признакѣ возвращенія по востребованію, признаки эти не всегда даже могутъ быть проведены послѣдовательно на практикѣ. Тутъ изъ числа всего чаще встрѣчающихся случаевъ прекаріумъ возьмемъ слѣдующіе два: залогоприниматель предоставляетъ залогодателю пользованіе заложенной вещью ³⁾; продавецъ предоставляетъ до уплаты цѣны, или пока рѣшится, что купля совершена окончательно, пользованіе вещью покупателю ⁴⁾. Спрашивается, какъ отличить эти случаи отъ коммодата, который могъ быть

1) Напр. K o c h. Recht. d. Forder. 3 p. 434.

2) Какъ предполагаетъ напр. W i n d s c h e i d. Pand. 2 p. 388 n. 2.

3) L. 6 § 4; L. 11 D. 43, 26.

4) L. 20 D. 43, 26; L. 13 § 21 D. 19, 1; L. 11 § 12 D. 43, 24.

предоставленъ въ вещи самому собственнику ея ¹⁾ и вообще въ завѣдомо чужой вещи? ²⁾ Только этимъ обстоятельствомъ можно себѣ объяснить то явленіе, что тѣ новѣйшія законодательства, которыя нашли необходимымъ оставить рядомъ съ коммодатомъ прекаріумъ могли различить ихъ только чисто формальными признаками, вродѣ признанія за послѣднимъ произвольной ревокаціи, которая легко могла опредѣляться частнымъ уговоромъ при ссудѣ вообще. Также не практичны, какъ увидимъ ниже, и тереоически неважны и догматическія попытки въ наукѣ удержать оба вида ссуды.

Существованіе прекаріума рядомъ съ коммодатомъ въ римскомъ правѣ объясняется съ одной стороны историческимъ его происхожденіемъ, а съ другой стороны тѣмъ, что въ позднѣйшемъ правѣ, когда прекаріумъ приобрѣлъ вопреки своего первоначальнаго характера договорный характеръ, то выразился онъ въ такой договорной формѣ, которая была окончательно чужда новѣйшимъ законодательствамъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ построена на такихъ началахъ, которыя не дѣлали не практичнымъ ея существованіе рядомъ съ реальными договорами. Я говорю о *contractus iunoniatus*.

Выше мы имѣли уже случай отчасти указать какъ нѣкоторые признаки прекаріума первоначально чуждые ему были мало по малу признаны въ позднѣйшемъ правѣ и въ этомъ то признаніи по нашему мнѣнію слѣдуетъ видѣть постепенную выработку обязательственнаго его характера. Для большаго поясненія остановимся

1) Arg. L. 28 D. 41, 2.

2) L. 15, 16 D. 13, 6.

на самомъ выдающемся признакѣ прекаріума, а именно произвольной ревокаціи.

Изъ того, что выше сказано (стр. 14—27) объ этомъ признакѣ можно заключить, что по первоначальному своему характеру прекаріумъ положительно не допускалъ ограниченія времени пользованія. Притомъ, просматривая частныя выраженія источниковъ, нельзя не замѣтить, что при прекаріумѣ обыкновенно рассчитывалось на продолжительное пользованіе ¹⁾. Если же при такомъ расчетѣ не выговаривалось спокойное пользованіе, то это показываетъ только, что прекаріумъ по своему происхожденію не допускалъ никакихъ обязательственныхъ условий. Все право получить вещь обратно основывалось на правѣ собственности и владѣнія со стороны *precario dans* и простого удержанія со стороны *precario accipiens*. Этимъ объясняется, напримеръ, и то, что при прекаріумѣ нѣтъ и рѣчи о вознагражденіи *precario accipientis* за какія бы то ни было траты на ссуженную вещь ²⁾, какъ съ другой стороны объясняется и то, что *precario accipiens* не отвѣчаетъ за *deterius reddere*.

Такая юридически бѣдно развитая форма объясняется только тѣмъ, что римскій правовой кругозоръ во время учрежденія прекаріума еще не возвысился до позднѣйшихъ богато развитыхъ формъ личныхъ отношеній по обязательствамъ. Когда же вся система римскаго обязательственнаго права была уже на лицѣ, то прекаріумъ со своими первоначальными признаками долженъ былъ сильно выдѣляться рядомъ съ реаль-

1) L. 8 § 5; L. 6 § 4 D. 43, 26.

2) См. Sch a a f. Abhandlung aus dem Pandektenrecht H. 1 p. 178, 180.

ными договорами. Отсюда объясняются все догматическія попытки и римскихъ и новѣйшихъ юристовъ выработать изъ прекаріума отдѣльный видъ юридической сдѣлки, незамѣчая крайней его неразвитости, свидѣтельствующей о первоначальной только ступени къ полнымъ и богатымъ формамъ позднѣйшихъ обязательствъ, незамѣчая и того, что при всемъ своемъ консерватизмѣ римскіе юристы должны были развивать его признаки и при этомъ все ближе и ближе уподоблять его обязательственной сдѣлкѣ. Последній процессъ и отмѣченъ нами во всемъ предидущемъ изложеніи тѣхъ притиворѣчій первоначальныхъ признаковъ прекаріума съ позднѣйшими ихъ опредѣленіями, притиворѣчій, встрѣчаемыхъ не только у писателей различныхъ эпохъ, но часто даже въ положеніяхъ однихъ и тѣхъ же юристовъ.

По всему сказанному слѣдуетъ, что за прекаріумомъ нельзя отрицать обязательственнаго отношенія, но только для того періода, когда лично-обязательственная сторона правоотношеній мало по малу начала преобладать надъ матеріально-реальною въ ученіяхъ римскихъ юристовъ. Этимъ объясняется, что рядомъ съ такими выраженіями источниковъ ¹⁾, которыя отрицали за прекаріумомъ обязательственный характеръ, встрѣчаются и такія, гдѣ прекаріумъ прямо названъ контрактомъ. Такъ въ L. 23 pr. D. 50. 17 мы читаемъ: *Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum, et culpam; dolum tantum, depositum et precarium etc.* Все попытки, какъ

¹⁾ L. 14: l. 15 § 3 D. 43, 26; L. 14 § 11 D. 47, 2.

старья ¹⁾, такъ и новья ²⁾, обойти прямой смыслъ этого мѣста, несостоятельны. Слѣдовательно, если видѣть въ этихъ свидѣтельствахъ противорѣчіе, то естественно всего ³⁾ примирить ихъ тѣмъ, что признать первыя за историческій остатокъ первоначальной сущности прекаріума, какъ отношенія, по которому можно всегда вытребовать безъ другаго юридическаго основанія удержанную вещь, а во второмъ позднѣйшее признание за прекаріумомъ значенія договора, обязующаго *precario accipientem* къ возвращенію вещи ⁴⁾, т. е. прекаріумъ въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ былъ, по нашему взгляду, договоромъ, аналогичнымъ по содержанию, но не по формѣ, коммодату, разграничить съ которымъ по теоретической сущности въ новѣйшемъ римскомъ правѣ рѣшительно невозможно. Такъ, если признакомъ прекаріума выставить произвольную ревокацію, то спрашивается, какую разницу въ юридической сущности отношенія вызываютъ тѣ случаи ссуды, когда безвозмездное пользованіе предоставляется до опредѣленнаго срока, или когда срокъ его опредѣляется въ послѣдствіи волею *precario dantis* ⁵⁾?

1) См. у *Vogel*. *Préc.* p. 194.

2) Чаще всего думаютъ (напр. *Besitz* § 42), что слово *contractus* употреблено здѣсь не въ техническомъ смыслѣ (срав. *De genkolb Platzr.* p. 171), такъ какъ въ томъ же мѣстѣ приведены сдѣлки, неимѣющія характера договора, а именно *dotis datio, tutela, negotia gesta, rerum communio* (см. *Ubbelohde*. *Ueber d. Precarium* въ *Archiv. f. d. civ. Praxis N. F. B.* p. 228), а слѣдовательно слово *contractus* употреблено здѣсь въ общемъ смыслѣ «obligatio» (*Dankwardt*. *D. Precarium* въ *labrb. f. d. Dogmatik N. F. B.* II p. 293 n. 1).

3) *Accarias*. *Théorie des contrats innommés* Paris 1866 p. 59.

4) См. *Holzschuher*. *Theorie u. Casuistik* 3 изд. v. 3 p. 587.

5) См. *Randa*. *D. Besitz nach oesterr Rechte* p. 275, 276.

Теперь, если признать прекаріумъ за обязательственное отношеніе, то спрашивается къ какой категоріи обязательствъ можно будетъ его отнѣсти? Противъ того воззрѣнія, что прекаріумъ есть obligatio на возвращеніе вещи въ наукѣ возражали такъ ¹⁾: если оно не составляетъ цѣли прекарной сдѣлки, а только annexum ея, то оно не опредѣляетъ и природы ея, какъ обязательства, такъ какъ по словамъ источниковъ *non satis est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur: sed etiam hoc animo dari et accipi, ut oblig. actio constituatur* ²⁾.

Намъ кажется, что вѣрнѣйшимъ путемъ рѣшить поставленный вопросъ будетъ историческій и догматическій анализъ того иска по прекаріуму, который главнымъ образомъ опредѣляетъ позднѣйшій его обязательственный характеръ и при извѣстномъ ограниченномъ взглядѣ на него можетъ опредѣлять и самый родъ прекарнаго обязательства. Я говорю объ *actio praescriptis verbis*.

1) Schmidt. Precar. p. 14.

2) L. 3 § 1 D. 44, 7.