

**ПРИОБРЕТЕНИЕ ДВИЖИМОСТЕЙ  
В СОБСТВЕННОСТЬ ОТ ЛИЦ,  
НЕ ИМЕЮЩИХ ПРАВА НА ИХ ОТЧУЖДЕНИЕ**

## ПРЕДИСЛОВИЕ

В настоящей нашей работе мы продолжаем исследование вопроса о приобретении права собственности на движимые вещи, начатое нами в нашем сочинении, озаглавленном «Переход права собственности на движимые имущества посредством передачи и соглашения» (Одесса, 1903).

Для выяснения задач, которые нами поставлены теперь, надо иметь в виду следующее.

В только что названном сочинении мы занимались вопросом о переходе права собственности на движимые вещи от лиц, так или иначе *управомоченных* на отчуждение или передачу этого права. Такими управомоченными лицами являются прежде всего сами собственники, а затем также их представители, в известных случаях — закладоприематели и др. Там мы рассмотрели две системы правил, по которым совершается переход права собственности: систему *traditio* и систему соглашения.

Теперь мы берем предметом своего исследования другую категорию случаев: отчуждение движимостей лицами, *не* управомоченными на это. Такими лицами являются держатели чужих вещей по сделкам, например, поклажи, найма, ссуды и т.п., а также воры, находчики и т.п. Здесь мы будем рассматривать вопрос: возможно ли и при каких условиях приобретение права собственности в этих последних случаях.

Как увидим ниже, римское право относилось к этому вопросу отрицательно. Оно полностью и исключительно логически проводило принцип собственности: раз чья-либо вещь отчуждалась лицом, на то не управомоченным, собственник мог отобрать ее от всякого, у кого бы она ни находилась; приобретатель там не охранялся в своем обладании; ему предоставлялось ведаться только по вопросу об убытках с неправомерным отчуждателем.

Новые народы Западной Европы, наоборот, еще в начале средних веков резко нарушили эту логическую последовательность и принципиально допустили — в известных границах — защиту приобретателей именно *в их обладании* приобретенной вещью даже тогда, когда

у традентов не было легитимации на отчуждение, так что здесь уже не приобретателям, а собственникам приходилось сводить счеты с неправомерными отчуждателями.

Это новое начало, в период рецепции римского права, должно было выдержать жестокую борьбу с этим последним и местами даже совершенно уступило перед его могучим натиском.

Тем не менее к началу XIX столетия — к эпохе появления новых кодексов — изучаемое нами начало возродилось в полной своей силе и затем нашло доступ в большинство действующих кодексов.

Тогда как исторические основы этого начала остаются невыясненными и до сих пор, теперь, в новых кодексах, оно введено в большинстве случаев уже совершенно сознательно: здесь индивидуалистический характер римского права ограничивается в своей исключительности социальными идеями и запросами современной жизни, а потому публичный элемент в гражданском праве нарушает прямолинейность его логических построений и интересы блага общего берут перевес над интересами отдельных лиц.

Однако при практическом решении этих новых задач в действующих кодексах получилась крайняя пестрота в их формулировке: объем и условия защиты приобретателей в каждом кодексе определяются различно, как различно они определялись и в истории (об общих результатах развития нашего начала см. на с. 385—386).

Конечно, взаимное отношение между двумя основными двигателями человеческого общежития — между интересом личным и интересом общественным *и не может* быть выражено одной, раз навсегда установленной, величиной: жизнь постоянно меняется в своем великом историческом течении, постоянно меняются и наши идеалы, цели и запросы.

Но указанная пестрота в постановлениях отдельных кодексов по нашему вопросу указывает на нечто другое: она указывает на то, что даже и для *каждой отдельной эпохи*, — даже для той эпохи, в которую мы живем, — у нас нет еще средств и умения установить должное соотношение между указанными интересами, — соотношение, которое бы в точности подходило к укладу нашей теперешней жизни и было бы нам полезным. Такова растяжимость наших исходных основных понятий, и такова еще слабость наших гуманитарных наук!

Но опускать рук нельзя. Не имея истины в руках, мы должны к ней стремиться. Колоссально развившийся оборот с движимостями, составляющими теперь огромную часть всего народного хозяйства, пестрота этого оборота, сложность и запутанность юридических отноше-

ний настоятельно требуют от законодателей ясной, точной — и притом целесообразной — нормировки этих последних.

Именно сюда относится и наш вопрос. Конечно, он является только одним и небольшим колесом в огромной и сложной машине народного хозяйства, но каждая машина только тогда идет хорошо, когда *все* колеса действуют исправно.

И вот здесь прежде всего необходимо собрать тот материал, который уже имеется по нашему вопросу, — надо рассмотреть и изучить, по каким законам мы живем.

С этой целью мы и предпринимаем главным образом *догматическое* исследование новых законодательств. Здесь мы увидим поучительные примеры того, как наш вопрос решается различными народами Западной Европы. Здесь же мы убедимся, что постановления нашего *русского* права далеко не отличаются ясностью и определенностью, а потому в литературе о них спорят, а судебная практика постоянно колеблется, — явление, конечно, очень печальное, так как при разграничении «моего» от «твоего» непременно должна быть соблюдаема не говорим уже целесообразность, но во всяком случае точность и определенность. На дело выяснения этого темного вопроса и мы приносим здесь свою посильную лепту. В этой же догматической части мы занимаемся и *конструированием* изучаемого нами явления, т.е. определением его юридической природы. Вопрос этот важен прежде всего теоретически: научное исследование только и возможно при систематическом разграничении и выделении отдельных явлений из тех смешанных комплексов, в которых они разнообразнейшим образом проявляются и переплетаются друг с другом в действительной жизни. Далее, вопрос этот важен и практически: добываемая нами индуктивным путем из положительного закона конструкция дает затем возможность путем дедукции восполнять пробелы этого же самого положительного закона.

Затем, что касается *истории* нашего вопроса, то в западноевропейском праве эта обширная область, как отмечено выше, остается еще темной и теперь, и даже для специалистов-историков. Кроме того, в литературе (*Jobbé-Duval*) высказано мнение, — и оно нам кажется очень вероятным, — что хотя новые кодексы и воспроизводят в общем нормы старых источников, но *основания* тех и других совершенно различны. По этим двум причинам мы не предпринимаем здесь *самостоятельного* исследования источников, а ограничиваемся лишь передачей тех учений, которые высказаны в специальной литературе по нашему вопросу. Начиная наше изложение — для большей яркости

картины — с положений римского права, мы и эту историческую часть выпускаем лишь в форме «введения». Исключение мы делаем только для истории *русского* права, которую изложим с возможной полнотой, причем постараемся не только истолковать самые постановления прежних источников права, но и выяснить те общие условия, в которых эти постановления возникли и применялись: характер каждой отдельной эпохи, влияние соседей и т.п. Эту часть нашей работы мы помещаем непосредственно перед изложением догмы русского права (а не во «Введении»), во-первых, ввиду их близкой связи между собой и, во-вторых, ввиду полной противоположности между историей нашего вопроса в России и его историей на Западе Европы.

Это первые две части нашей работы: историческая — служебная и догматическая (вместе с историей русского права) — главная.

Наконец, третью часть работы — критическую — мы посвящаем вопросу о том, каковы должны быть те законы, по которым мы *желали бы* жить. Как ни важна эта творческая деятельность науки, но, к сожалению, мы здесь еще не обладаем такими руководящими принципами, которые были бы установлены точно, твердо и для всех убедительно. Для новых посевов еще не придуманы орудия, и потому здесь приходится выступать пока налегке.

Таковы непосредственные задачи этого нашего исследования.

Попутно же при этом уже окончательно выяснится и предмет нашего *первого* исследования (оно указано выше): выяснится область действия «системы соглашения» и — на примере французского права — будет констатирована полная возможность совершенно мирного и целесообразного сосуществования этой системы и изучаемого нами нового начала.

Таким образом мы и закончим изучение вопроса о праве собственности на движимые вещи.

И. Т.

Варшава, 5 сентября 1907 г.

# I

## ЧАСТЬ ИСТОРИЧЕСКАЯ (ВВЕДЕНИЕ)

### РИМСКОЕ ПРАВО И ЗАПАДНОЕВРОПЕЙСКОЕ ПРАВО ДО НОВЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВ

#### ГЛАВА I. РИМСКОЕ ПРАВО

Римское право только в одном исключительном случае допускало возможность приобретения права собственности от лица, не уполномоченного на отчуждение этого права, — когда отчуждателем являлся фиск, император или императрица. До общего же и принципиального признания таких приобретений от всякого отчуждателя римское право не дошло.

При рассмотрении относящихся сюда постановлений будем иметь в виду следующее.

Во-первых, право собственности в Риме уже вполне отчетливо отличалось от владения: *nihil commune habet proprietas cum possessione*<sup>1</sup>; никакого смешения этих двух институтов там не было.

Во-вторых, производное приобретение права собственности, в кругу сделок *inter vivos*, регулировалось системой *traditio*, которая для приобретения права собственности требовала приобретения владения и легитимации на отчуждение<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> L. 12 § 1 D. 41, 2. См. еще l. 1 § 2 D. 43, 17: *Separata esse debet possessio a proprietate*; l. 52 D. 41, 2: *nec possessio et proprietas misceri debent*. *Dernburg*, Pand., I, S. 393, Anm. 6. *Windscheid*, Lehrbuch, I, S. 642, Anm. 2. *Ortlieb*, Des effets de la possession, p. 5. *Maynz*, Cours, I, p. 517. *Муромцев*, Гражд. право др. Рима, с. 553.

<sup>2</sup> *Dernburg*, Pand., I, S. 490 ff., 496. *Windscheid*, Lehrb., I, S. 779 ff. *Wendt*, Lehrbuch, § 118, 120. *Baron*, Pand., S. 252 ff. *Karlowa*, Röm. Rechtsgeschichte, II, S. 416 ff. *Maynz*, Cours, I, § 191 ss. *Accarias*, Précis, I, p. 504 ss. *Zoll*, Pandekta, II, § 125. *Ефимов*, Догма, с.. 320 сл.

В-третьих, в случаях недействительности *traditio*, приобретенное при ее посредстве владение могло, при известных условиях, превращаться в право собственности путем давности<sup>1</sup>, которая восполняла таким образом систему *traditio*.

В-четвертых, пока приобретение не свершилось таким или иным образом, прежний собственник сохранял за собою свой виндикационный иск, с которым он мог обращаться ко всякому владельцу, в руках которого вещь находилась (абсолютная виндикация)<sup>2</sup>.

В-пятых, такая же возможность осуществления вещного права, несмотря на отсутствие владения вещью, имела место и в залоговом праве с тех пор, как была признана *hypotheca*: передача вещи кредитору, для его обеспечения, перестала быть необходимой, и кредитор, в случае неуплаты долга, мог требовать посредством *active hypothecaria* выдачи себе вещи, хотя бы она из рук должника и перешла уже в обладание третьего лица<sup>3</sup>.

Все это, в противоположность новым законодательствам, регулировалось в общем одинаково как для движимостей, так и для недвижимостей<sup>4</sup>. Но нас, ввиду нашей темы, интересуют только движимости.

На указанном фоне мы находим в римском праве два следующих основных положения, которые ближайшим образом относятся к нашей теме.

*Мутюков*, Курс, с. 122 сл. *Азаревич*, Система, I, с. 383 сл. *Maciejowski*, Zasady, I, s. 385. *Zielonacki*, Pandekta, I, s. 222. *Chamier*, A Manual, p. 86, 87. L. 20 C. 2, 3: *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*.

<sup>1</sup> *Dernburg*, *ibid.*, S. 506 ff. *Windscheid*, *ibid.*, S. 805 ff. *Wendt*, *ibid.*, § 122 ff. *Baron*, *ibid.*, S. 268 ff. *Karlowa*, *op. cit.*, II, S. 387 ff. *Maynz*, *op. cit.*, I, § 196 ss. *Accarias*, *op. cit.*, I, p. 521 ss. *Ефимов*, там же, с. 325 сл. *Мутюков*, Курс, с. 124 сл. *Zoll*, *ibid.*, § 118. *Азаревич*, там же, с. 390 сл. *Maciejowski*, Zasady, I, s. 421, 431. *Chamier*, *ibid.*, p. 87. *Zielonacki*, Pandekta, I, s. 196.

<sup>2</sup> *Dernburg*, *ibid.*, § 224. *Windscheid*, *ibid.*, §§ 192, 193. *Karlowa*, *ibid.*, S. 440 ff. *Baron*, *op. cit.*, S. 278 ff. *Maynz*, *ibid.*, p. 658 s. *Zoll*, *ibid.*, § 129. *Мутюков*, Курс, с. 139 сл. *Ефимов*, там же, с. 333, 334. *Азаревич*, там же, с. 422 сл. *Wendt*, *op. cit.*, § 135. *Wetzell*, *Vindicationsprozess*, S. 128–134. *Zielonacki*, Pandekta, I, s. 227.

<sup>3</sup> *Dernburg*, *ibid.*, S. 647, 648. *Windscheid*, *ibid.*, § 224, Anm. 2. *Wendt*, *ibid.*, § 158, 170. *Karlowa*, *ibid.*, S. 1278 ff. *Padeletti*, Lehrbuch, S. 314–316. *Dernburg*, Pfandrecht, I, § 5–7, 9. *Accarias*, Précis, I, p. 656 s. *Zoll*, *ibid.*, s. 229. *Maciejowski*, Zasady, II, s. 274. *Дыдынский*, Залог, с. 22 сл., 170 сл. *Муромцев*, Гражд. право др. Рима, с. 625–627. *Ефимов*, там же, с. 375, 376. *Мутюков*, Курс, с. 160, 166, 167. *Zielonacki*, Pandekta, II, s. 186.

<sup>4</sup> *Goldshmidt*, Zeitschr. f. H. R., VIII, S. 230. *Heusler*, Inst., II, S. 3 f. *Guilouard*, Prescr., II, n. 798.

Прежде всего — никто не может передать другому больше прав, чем сам их имеет: *nemo plus juris ad alium transferre protest, quam ipse habet*<sup>1</sup>.

Затем практической санкцией этой нормы является второе положение римского права: где бы я, собственник, ни нашел мою вещь, там я ее и виндицирую, — *ubi rem meam invenio, ibi vindico*<sup>2</sup>. Это значит, что всякий приобретатель, получивший вещь от лица, не имевшего права на ее отчуждение, обязан возвратить эту вещь настоящему, действительному собственнику в случае требования со стороны последнего<sup>3</sup>.

Заметим здесь же, что это последнее положение римского права имеет чисто формальный характер в том смысле, что оно совсем не решает нашего вопроса по существу; кроме того, формула эта одинаково приложима как к римскому праву, так и к современным законодательствам, допускающим приобретение права собственности от не-собственника. В самом деле, нет такого развитого законодательства, которое не защищало бы права собственности, и, пока вещь принадлежит данному лицу, оно всегда имеет виндикационную защиту своего права собственности. Но зато и с другой стороны, как только данное лицо так или иначе утрачивает свое право собственности, сейчас же и необходимо отпадает и возможность защиты этого права: нельзя защищать то, чего нет. Таким образом, сущность нашего вопроса сводится не к наличности или отсутствию виндикации, а к наличности или отсутствию права собственности, которое защищается виндикацией<sup>4</sup>. Именно спрашивается: когда и при каких условиях собственник теряет свое право собственности, а приобретатель получает право собственности на ту же самую вещь, — все это в области договорных сделок и в той категории случаев, когда отчуждателем является лицо, не уполномоченное на передачу этого права<sup>5</sup>. Для освещения этого материально-правового вопроса нам надо рассмотреть первое из указанных нами положений римского права: *nemo plus juris ad alium transferre protest, quam ipse habet*.

Применительно к нашей теме это ближайшим образом означает: несобственник не может передать другому право собственности, кото-

---

<sup>1</sup> L. 54 D. 50, 17. См. специальное исследование по этому вопросу: *Carlin*, Niemand kann auf einen Anderen mehr Recht übertragen, als er selbst hat. Giessen, 1882.

<sup>2</sup> *Carlin*, op. cit., S. 42, говорит: *so lautete die logische Folgerung aus dem Eigenthumsbegriff*. *Papendieck*, Der Eigenthumserwerb, S. 7.

<sup>3</sup> L. 1 C. 7, 26.

<sup>4</sup> *Carlin*, loc. Cit. *Franken*, Lehrbuch, S. 383.

<sup>5</sup> *Carlin*, op. cit., S. 18.

рого он сам не имеет. Предполагается, значит, в лице отчуждателя или владение в собственном смысле этого слова — *possessio civilis* или же простое держание — *detentio*, т.е. обладание вещью, например, по найму, поклаже и т.п. И вот, обо всех этих обладателях, как не имеющих права собственности, римское право говорило: передать другим право собственности они не могут.

Но что, если такой обладатель тем не менее вступает с кем-либо в сделку о передаче права собственности? Тогда, согласно сказанному, приобретатель права собственности не получит. Самое большее, он может сделаться только лишь владельцем данной вещи. Правда, это владение, при известных условиях и по истечении известного периода времени, может превратиться в право собственности путем давности, но до истечения этого срока это будет все же одно только владение, не больше<sup>1</sup>, а право собственности вместе с правом на виндикацию останется за тем же самым лицом, за которым оно было и раньше<sup>2</sup>.

Все это вполне ясно и определено подтверждается источниками. См., напр., Ульпиана, — l. 20 pr. D. 41, 1:

*Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum qui accipit nihil transfert.*

Последними словами, — *nihil transfert*, — сказано, впрочем, больше, чем следует: приобретатель, как сказано выше, может получить давностное владение; на это мы находим указание в § 5 Институций Юстиниана, II, 9:

*...et per hanc possessionem etiam dominium (nрубавим: *adquiri posse*), si dominus fuit qui tradidit, vel usucapionem aut longi temporis praescriptionem, si dominus non sit<sup>3</sup>.*

<sup>1</sup> Dernburg, Pand., S. 492. Wendt, Lehrbuch, S. 333–334. Азаревич, Система, I, с. 383, 384.

<sup>2</sup> Wendt, loc. cit. Ortlieb, op. cit., p. 8. От виндикации спасали только: *exceptio rei venditae et traditae*, *exc. doli* или *in factum*, позднее приобретение права собственности традентом или, наконец, наследование собственника после традента. Goldschmidt, Zeitschr. für das ges. H. R., VIII, S. 233. Во всяком случае добросовестность приобретателя далеко не безразлична и по римскому праву. Ibidem, S. 234–237. Papendieck, Der Eigentumswerb, S. 8.

<sup>3</sup> Нужно только иметь в виду, что приобретению по давности не подлежали *res furtivae*, а понятие *furtum* было в Риме очень широко. Windscheid, Lehrb. I, S. 826–827.

Хотя в l. 20 cit. речь идет о недвижимостях, но это дела не меняет: приобретение права собственности отрицалось совершенно одинаково, и все различие между движимостями и недвижимостями сказывалось лишь в продолжительности давностного срока, как это видно из тех же Институций Юстиниана – пр. II, 6:

*Jure civil constitutum fuerat, ut, qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crediderit eum dominum esse, rem emerit vel ex donatione aliave qua justa causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis, biennio tantum in Italico solo usucapiat, ne rerum dominia in incerto essent<sup>1</sup>.*

Итак, по словам приведенных источников, передать право собственности может только тот, кто сам его имеет.

---

*Dernburg, Pand., I, S. 510. Ortlieb, op. cit., p. 7, 8. Poincaré, op. cit., p. 15. Guillouard, Pres-cr., II, n. 798.* В источниках понятие кражи определяется следующим образом: *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus ejus possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere, – l. 1 § 3 D. 47, 2.* Для объяснения этой формулы см. § 2–6 J. II, 6: *Furtivae quoque res et quae vi possessae sunt, nec si praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint, usucapi possunt: nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhibet usucapionem, vi possessorum lex Julia et Plautia. Quod autem dictum est furtivarum et vi possessorum rerum usucapionem per legem prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur quive per vim possidet usucapere possit: nam his alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possident: sed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit vel ex alia causa acceperit, usucapiendi jus habeat. **Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat, nam qui alienam rem vendidit vel ex alia causa tradidit, furtum ejus committit. Sed tamen id aliquando aliter se habet. Nam si heres rem defuncto commodatam aut locatam vel apud eum depositam existimans hereditariam esse bona fide accipienti vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit, quin is qui acceperit usucapere possit, dubium non est, quippe ea res in furti vitio non ceciderit, cum utique heres, qui bona fide tamquam suam alienaverit, furtum non committit. Item si is, ad quem ancillae usus fructus pertinent, partum suum esse credens vendiderit aut donaverit, furtum non committit: furtum enim sine affectu furandi non committitur.** Aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat et efficiat, ut a possessore usucapiatur.* См. еще l. 36 и l. 37 пр. D. 41, 3; l. 29 пр. D. 16, 3; l. 22 § 7 D. 17, 1; l. 1 § 2, l. 33, l. 43 D. 47, 2; l. 16. C. 6, 2; l. 2 C. 7, 27. Особенно интересна для нас l. 1 C. 7, 26: *Mancipia tua si ab eis distracta sunt, qui jus vendendi non habuerunt, vindicare ea potes, nec enim usucapi ab emptoribus potuerunt, cum illieita venditione furtum contractum sit.*

<sup>1</sup> Здесь же Юстиниан удлиняет сроки давности: для движимостей – 3 года, для недвижимостей – 10 и 20 лет. См. еще с. ун. C. 7, 31.

Мы привели в тексте места источников, касающиеся специально права собственности; то же самое говорится о передаче и других прав: *...cum Serviana etiam actio declarat evidenter jure pignoris teneri non posse, nisi quae obligantis in bonis fuerint, et per alium alienam rem invito domino pignori obligari non posse certissimum est.* L. 6. C. 15 (16).

Для точности здесь необходимо иметь в виду только такую передачу, по которой право собственности переходит *от самого традента лично*<sup>1</sup>. Это ограничение необходимо ввести потому, что без него указанное обобщение противоречило бы тому положительному материалу, который имеется в римском праве (как и в новых законодательствах).

Именно, в римском праве есть случаи, когда право собственности передается не собственниками, а другими лицами, имеющими особые основания для такой передачи чужих прав. Институты Юстиниана — пр. II, 8 — говорят так:

*Accidit aliquando, ut qui dominus sit alienare non possit et contra qui dominus non sit alienandae rei potestatem habeat.*

Основанием для передачи чужих прав должна быть именно особая potestas; она может вытекать или из представительства (договорного или необходимого, напр. при опеке), или из закладного права<sup>2</sup>.

Однако оба эти случая, как сейчас увидим, отнюдь не стоят в противоречии с формулой «*nemo plus juris...*», если только, разумеется, иметь в виду указанное нами ограничение.

В самом деле, рассмотрим теперь эти случаи и, прежде всего, обратим внимание на представительство. Идея представительства не получила полного и принципиального признания в римском праве; тем не менее там уже были некоторые разновидности его в лице прокураторов и туторов<sup>3</sup>. Представитель передает другому лицу право собственности, которого, конечно, сам не имеет, но он передает его от имени собственника, так что и отчуждателем является собственник, а не представитель. Следовательно, право здесь передается тем лицом, которому оно принадлежит; представитель же является лишь посредником и пособником, а никак не передатчиком или традентом<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Таково мнение *Carlin*'а, *op. cit.*, S. 6, который говорит: *Vollkommeneres oder unbeschränkteres Recht, als der Auctor hat, kann der Rechtsnachfolger von ihm nicht herleiten* (выделено нами). Та же идея выражена в l. 175 § 1 D. 50, 17: *Non deo melioris condicionis esse, quam auctor meus, a quo jus in me transit.*

<sup>2</sup> *Wendt*, *Lehrbuch*, S. 331. *Carlin*, *op. cit.*, S. 16. *Papendieck*, *Der Eigenthumserwerb*, S. 9. *Муюков*, *Курс*, с. 123.

<sup>3</sup> *Windscheid*, *Lehrbuch*, I, § 73, S. 295–299. *Dernburg*, *Pand.*, I, § 118 и § 119, *Anm.* 14. *Муромцев*, *Гражд. право др. Рима*, с. 670 сл. *Mitteis*, *Stellvertretung*, S. 9, 25 ff., 69 ff. *Нерсесов*, *Представительство*, с. 117, сл., 131 сл.

<sup>4</sup> *Dernburg*, *Pand.*, I, S. 274, 492. *Муромцев*, там же, с. 671. *Mitteis*, *op. cit.*, S. 308. *Казанцев*, *Представительство*, с. 120 сл.

По этому поводу в Институциях Юстиниана, — § 42, 43, II, 1, — совершенно правильно говорится следующее:

*Nihil autem interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem, an voluntate ejus alius. Qua ratione, si cui libera negotiorum administratio a domino permessa fuerit isque ex his negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis.*

Итак, безразлично — *nihil interest*, — кто совершает акт передачи права собственности, сам ли собственник или же его представитель: в обоих случаях право переходит одинаково от собственника, и таким образом нарушения правила «*nemo plus juris...*» здесь нет<sup>1</sup>.

Переходим к закладному праву<sup>2</sup>.

Закладоприематель в случае неуплаты ему долга продает находящуюся у него в зкладе вещь должника, т.е. вещь чужую для него, закладоприемателя, и таким образом он как бы передает покупщику право собственности, которого сам не имеет.

Ульпиан, — I. 46 D. 41, 1, — говорит об этом так:

*Non est novum, ut qui dominium non habeat, alii dominium praebeat: nam et creditor pignus vendendo causam dominii praestat, quam ipse non habuit.*

Для нас здесь важны следующие два обстоятельства. Во-первых, закладоприематель, продающий вещь должника, поступает, как и представитель, не самовольно и не противозаконно, а на основании особой *alienandae rei potestas*; он *имеет право* на отчуждение чужой вещи.

Папиниан, — I. 42 D. 13, 7, — говорит:

*... in venditione, quae fit ex facto, suum creditor negotium gerat.*

Еще яснее выражается Ульпиан, — I. 7 § 1 D. 27,9:

*...dicendum est posse creditorem jus suum exsequi<sup>3</sup>.*

---

<sup>1</sup> Carlin, op. cit., S. 18, 19.

<sup>2</sup> См. ibid., S. 21 ff.

<sup>3</sup> Споры о природе этого права см. у Carlin'a, op. cit., S. 23–28. Windscheid, Lehrb., I, S. 1077, Anm. 17.

Закладное право является в данном случае такой же достаточной легитимацией для традента, как и само право собственности<sup>1</sup>.

Во-вторых, и это особенно для нас важно, закладоприематель не продает вещь как свою и право собственности переходит к покупщику не от закладоприемателя, а от собственника; это подтверждается тем, что в случае эвикции покупатель должен будет обращаться не к закладоприемателю, а к бывшему должнику.

Вот что говорит об этом Ульпиан — l. 11 § 16 D. 19, 1:

*...si jure creditoris vendiderit, deinde haec fuerint evicta, non tenetur nec ad pretium restituendum ex empto actione creditor*<sup>2</sup>.

Следовательно, закладоприематель только выполняет юридический ритуал передачи права собственности, но о нем нельзя сказать, что именно он передает право собственности; или скажем иначе: *внешняя сторона передачи* действительно совершается закладоприемателем; от *внутреннего же процесса перехода права собственности* закладоприематель остается в стороне.

Таким образом, в разбираемом нами случае можно видеть, самое большее, только внешнее исключение из правила «*nemo plus juris...*»; по существу же, и если принять указанное выше ограничение этого правила, здесь никакого исключения нет<sup>3</sup>.

Дело несколько не меняется, если вместо самого закладоприемателя продают вещь какие-либо представители власти<sup>4</sup>: они действуют вместо закладоприемателя и в осуществление его закладного права<sup>5</sup>.

Таковы те особые случаи, которые нам необходимо было рассмотреть для установления истинного смысла формулы римского права «*nemo plus juris...*». Мы не будем анализировать остальных случаев, когда наблюдаются кажущиеся исключения из рассматриваемой формулы, —

<sup>1</sup> Dernburg, Pand., I, S. 493.

<sup>2</sup> См. еще l. 68 pr. D. 21, 2: *Cum ea condicione pignus distrahitur, ne quid evictione secuta creditor praestet: quamvis pretium emptor non solverit, sed venditori caverit, evictione secuta nullam emptor exceptionem habebit, quo minus pretium solvat.* L. 50 D. 21, 2: *Si pignora veneant per apparitores praetoris extra ordinem sententias sequentes, nemo umquam dixit dandam in eos actionem re evicta.* Carlin, op. cit., S. 23.

<sup>3</sup> Так Carlin, op. cit., S. 28. Но видит здесь исключение Windscheid, Lehrb., I, S. 782, 783. Так и Papendieck, Der Eigenthumserwerb, S. 12.

<sup>4</sup> Таковы в Риме *apparitores praetoris*, — l. 50 D. 21, 2. Формальности необходимы для охраны интересов сторон, — § 1 J. II, 8.

<sup>5</sup> Carlin, op. cit., S. 20.