

ОБЪ
УЗУФРУКТЪ

ПО
РИМСКОМУ ПРАВУ.

СОЧИНЕНІЕ
Л. Дорна.

ТОМЪ ПЕРВЫЙ.



САНКТПЕТЕРБУРГЪ.
ТИПОГРАФІЯ ИМПЕРАТОРСКОЙ АКАДЕМІИ НАУКЪ.
(В. О., 9 л., № 12.)
1871.



Печатать дозволяется по опредѣленію Юридическаго Факультета.
15-го Сентября 1871 года.

Деканъ С. Пасманъ.

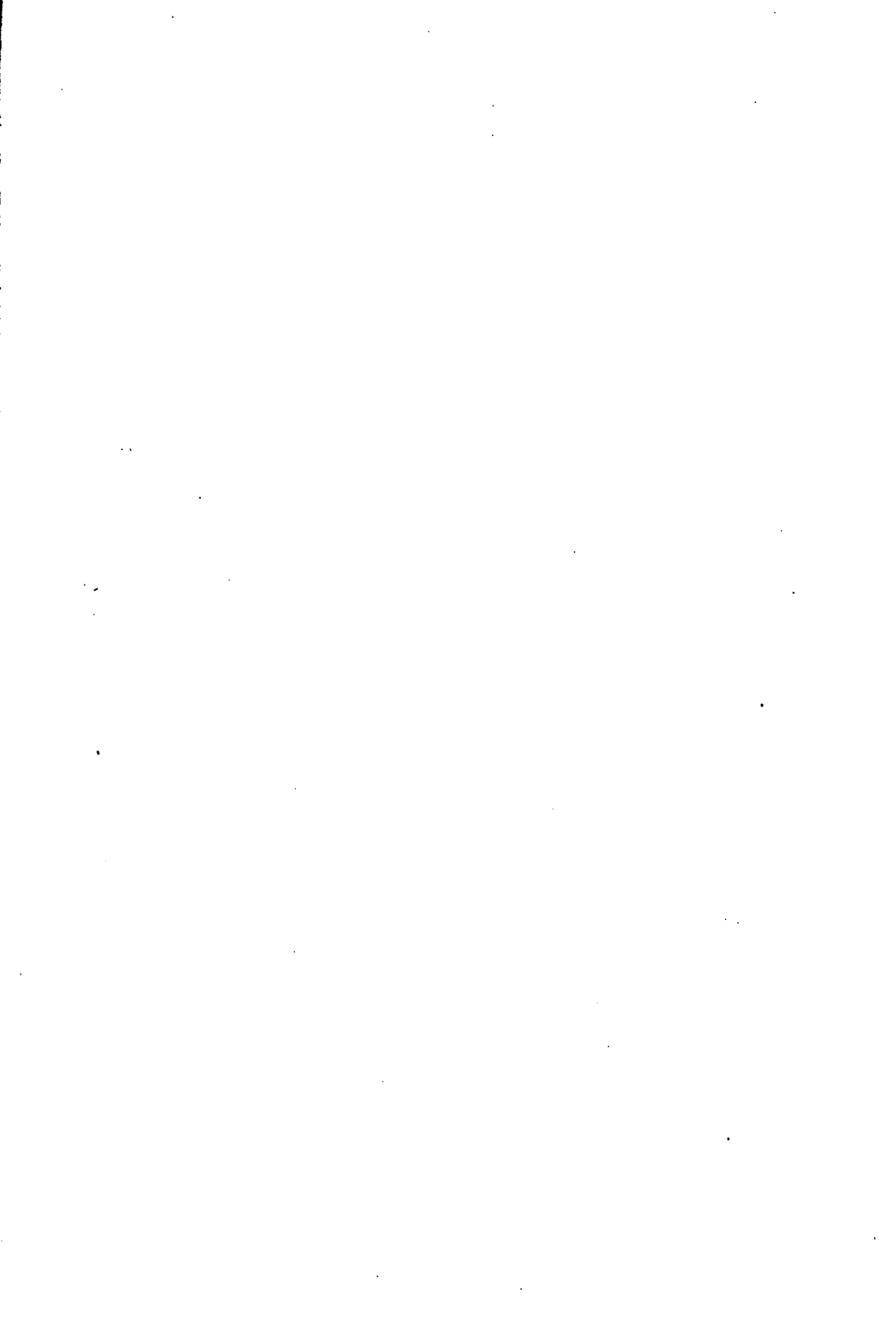
13 6

ПАМЯТИ

НЕЗАБВЕННОЙ МАТЕРИ

ПОСВЯЩАЕТЪ

БЛАГОДАРНЫЙ СЫНЪ.



ОГЛАВЛЕНИЕ.

| | Стр. |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| Предисловіе..... | I—IV. |
| Введеніе..... | 1—43. |
| Мѣсто нашего предмета въ системѣ частнаго права..... | 1. |
| Источники..... | 36. |
| Литература..... | 39. |
| Глава первая. Значеніе выраженія: <i>ususfructus</i> . Различіе <i>ususfructus</i> отъ <i>usus</i> въ источникахъ..... | 44. |
| Глава вторая. Опредѣленіе понятія <i>ususfructus</i> . <i>Quasi ususfructus</i> | 63. |
| Глава третья. Историческія замѣчанія объ <i>узуфруктѣ</i> | 93. |
| Глава четвертая. О правахъ <i>узуфруктуарія</i> | 119. |
| Отдѣлъ I. Объ удержаніи (<i>detentio</i>) <i>фруктуаріемъ</i> служащей вещи и о владѣніи, которое приписывается ему относительно права <i>узуфрукта</i> (<i>quasi possessio juris i. e. ususfructus</i>)..... | 120. |
| Отдѣлъ II. О правѣ пользованія <i>фруктуарія</i> (<i>jus utendi</i>).. | 170. |
| А. Пользованіе вещами движимыми, неодушевленными..... | 214. |
| В. Пользованіе вещами движимыми, одушевленными..... | 224. |
| С. Пользованіе такъ-называемыми <i>praedia urbana</i> | 231. |
| D. Пользованіе землями, назначенными для доставленія естественныхъ плодовъ, <i>praedia rustica</i> | 253. |
| Отдѣлъ III. Объ извлеченіи <i>фруктуаріемъ</i> плодовъ изъ служащей вещи (<i>jus fruendi</i>)..... | 254. |
| А. Права <i>фруктуарія</i> въ отношеніи къ естественнымъ плодамъ..... | 263. |
| I. Земля и ея произведенія..... | 268. |
| II. Растенія..... | 302. |
| III. Животныя..... | 302. |
| О завладѣніи естественными плодами со стороны <i>фруктуарія</i> , какъ необходимомъ условіи для полученія имъ собственности въ этихъ плодахъ (<i>perceptio</i>)..... | 314. |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| В. Права фруктуарія относительно такъ-назы- ваемыхъ гражданскихъ плодовъ..... | 327. |
| Отдѣлъ IV. О правахъ фруктуарія на принадлежности и приращенія (accessiones) служащей вещи... | 351. |
| Отдѣлъ V. О правѣ фруктуарія уступать пользованіе свое другимъ лицамъ..... | 362. |
| Глава пятая. Объ обязанностяхъ фруктуарія..... | 393. |
| Отдѣлъ I. Объ обязанностяхъ фруктуарія вообще..... | 393. |
| Отдѣлъ II. О важнѣйшихъ отдѣльныхъ обязанностяхъ фруктуарія въ особенности..... | 401. |
| Отдѣлъ III. Объ обезпеченіи, представляемомъ фрукта- ріемъ (cautio usufructuaria) въ особенности | 436. |
| Права и обязанности хозяина вещи..... | 486. |

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Значеніе, которое придается римскому частному праву еще въ новѣйшія времена, объясняется главнымъ образомъ тѣмъ обстоятельствомъ, что оно по большей части сложилось изъ началъ, выработанныхъ учеными юристами, вслѣдствіе чего это право въ главныхъ основаніяхъ своихъ ученій носитъ отпечатокъ строго логической, научной дѣятельности и представляетъ мало постановленій, не вызванныхъ жизненными потребностями или научною послѣдовательностію. Такъ какъ однако это качество римскаго права на нѣкоторыхъ институтахъ его проявляется сильнѣе, нежели на другихъ, то, кажется, понятно, что при выборѣ предмета изъ особенной части римскаго гражданскаго права для обработки въ государствѣ, въ которомъ это право не имѣетъ значенія положительнаго закона, но служитъ предметомъ изученія преимущественно съ теоретической точки зрѣнія, слѣдуетъ остановиться прежде всего на тѣхъ частяхъ, которыхъ менѣе всего касались законодательные органы, которыя именно выработаны почти исключительно римскою юриспруденціею. Между такими предметами особенно видное мѣсто занимаетъ ученіе о сервитутахъ или правахъ непосредственнаго пользованія чужими вещами. Изложеніе этого ученія представляется у насъ тѣмъ болѣе удобнымъ, чтобы не сказать необходимымъ, по той причинѣ, что сервитуты въ русской юридической литературѣ менѣе всѣхъ другихъ

институтовъ подвергались достаточной обработкѣ. Между тѣмъ мы видимъ, что во всѣхъ странахъ западной Европы институтъ сервитутовъ сохранилъ дѣйствіе и значеніе и послѣ того, какъ римское право потеряло тамъ обязательную силу, вслѣдствіе изданія собственныхъ туземныхъ кодексовъ. Ученіе это перешло въ плоть и кровь западныхъ народовъ, изъ чего уже явствуетъ, что оно отнюдь не есть искусственное созданіе римскихъ юристовъ, несогласное съ дѣйствительными потребностями практической жизни, созданіе, которое было бы навязано народу юристами, но что оно соотвѣтствуетъ сущности вещей и вытекаетъ изъ самой природы жизненныхъ отношеній. Обращая вниманіе на русское право, мы не только въ нашемъ гражданскомъ кодексѣ находимъ институты, соотвѣтствующіе очевидно сервитутамъ, какъ напримѣръ: пожизненное владѣніе, пользованіе въ видѣ отдѣленнаго отъ собственности самостоятельнаго права. Мы видимъ болѣе, а именно: съ одной стороны новѣйшее наше законодательство въ нотаріальномъ уставѣ даже вводитъ слово сервитутъ въ русское право; съ другой же стороны въ общественномъ мнѣніи и въ юридической практикѣ нашей явно проглядываетъ стремленіе обращать въ подобныя сервитутамъ учрежденія и такіе институты нашего права, на счетъ которыхъ еще можетъ быть споръ въ томъ отношеніи, должно ли ихъ разсматривать какъ обязательственныя отношенія или какъ вещныя права (*jura in re aliena*). Такъ какъ по вышесказанному существованіе подобныхъ сервитутамъ институтовъ въ русскомъ правѣ не подлежитъ сомнѣнію, а съ другой стороны нельзя оспаривать того обстоятельства, что эти институты представляются у насъ недостаточно разработанными, то намъ кажется своевременнымъ представить отдѣлъ изъ римскаго ученія о сервитутахъ, надъ разработкою которыхъ римскіе юристы трудились въ теченіе нѣсколькихъ столѣтій, и довели ихъ до такого состоянія, что новѣйшіе зако-

податели переносили въ свои кодексы большую часть римскихъ постановленийъ объ этомъ предметѣ, а современные ученые указываютъ на римское право, какъ на пособие при объясненіи тѣхъ вопросовъ по этому ученію, которые не разрѣшены въ новѣйшихъ кодексахъ. Такъ, въ особенности относительно кодекса Наполеона, см. Duranton: Cours de droit Français II. Brux. 1835. p. 802. „C'est généralement le droit Romain, qui sert de guide à nos jurisconsultes dans l'interprétation des points obscurs de nos lois sur l'usufruit et les servitudes: nous en avons adopté les principes; ils sont le type de notre droit ancien et moderne sur cette matière, sauf toutefois qu'en cela, comme en beaucoup d'autres choses, nous avons rejeté les subtilités introduites par l'esprit de secte, et les décisions fondées sur quelque raison particulière, étrangère à nos moeurs et à notre système de législation.“

По этимъ соображеніямъ мы выбрали предметомъ нашего разсмотрѣнія самый обширный по объему доставляемыхъ имъ матеріальныхъ правъ сервитутъ, а именно узупфруктъ, usufructus, usufruit, Niessbrauch oder Nutzniessung, по отношенію къ которому мы встрѣчаемъ аналогическое явленіе въ нашемъ правѣ въ институтѣ пожизненнаго владѣнія. И пожизненное владѣніе именно, подобно узупфрукту, выработалось изъ желанія лица предоставить другому всѣ матеріальныя выгоды отъ извѣстной вещи, всю производительность ея, безъ предоставленія ему права собственности, т. е. права распоряженія этою вещію.

При изобиліи матеріала, безъ разсмотрѣнія котораго нельзя обойтись при такомъ изложеніи ученія объ узупфруктѣ, которое могло бы считаться научнымъ, намъ казалось болѣе удобнымъ распределить этотъ матеріалъ въ двухъ томахъ, причемъ въ составъ втораго тома у насъ войдутъ слѣдующіе вопросы: 1) О дѣлимости узупфрукта. 2) Способы установленія и прекращенія

этого права. По поводу этого вопроса намъ придется разсматривать подробнѣе ученіе объ узупфруктѣ, основанномъ на самомъ законѣ (*ususfructus legalis*), а также довольно обширное ученіе о правѣ приращенія, примѣненномъ къ узупфрукту (*de usufructu accrescendo*). 3) Юридическія средства, даваемыя фрукутарію по поводу узупфрукта, и, въ видѣ заключенія, мы 4) подвергнемъ тщательному изслѣдованію вопросъ о томъ, можетъ ли узупфруктъ быть разсматриваемъ какъ часть собственности.

Л. Доршъ.

Санктпетербургъ,
10-го сентября 1871 года.

ВВЕДЕНИЕ.

Мѣсто нашего предмета въ системѣ частнаго права.

Предметомъ нашего разсмотрѣнія будетъ римское ученіе объ институтѣ извѣстномъ подъ названіемъ: *ususfructus*, учрежденіи, которое мы и по русски будемъ называть *узуфруктъ*, потому что это слово употребляется и русскими цивилистами ¹⁾ и мы не могли отыскать подходящаго русскаго слова, которымъ бы выражался признакъ, отличающій *узуфруктъ* отъ другихъ личныхъ сервитутовъ. Терминъ: *плодонаслажденіе* который прежде иногда употреблялся въ нашей юридической литературѣ для обозначенія *узуфрукта* (переводъ нѣмецкаго слова *Fruchtgenuss*), намъ кажется совершенно не соотвѣтствующимъ, по неопредѣленности юридическаго понятія обозначаемаго словомъ *наслажденіе*.

Въ новѣйшее время появилось слово: *пользовладѣніе*, употребленное именно для обозначенія *узуфрукта* комиссіею, которая занималась переводомъ французскаго гражданскаго кодекса на русскій языкъ. Неудобство этого выраженія однако заключается въ томъ, что слово *владѣніе*, имѣющее свое техническое значеніе, по которому указывается имъ отношеніе къ вещи рѣзко отличается отъ вещныхъ правъ, по этому самому не мо-

¹⁾ См. Побѣдоносцева: *Курсъ Гражданскаго Права*. СПб., 1868, I, § 61.

жетъ быть употреблено для обозначенія одного изъ этихъ правъ. Правда, наше законодательство само употребляетъ слово владѣнїе для отношеній сходныхъ съ узуфруктомъ, въ выраженїи: пожизненное владѣнїе, а также въ ст. 514 I ч. X т. Св. Зак., но, если придерживаться его, слѣдовало бы просто употребить слово владѣнїе, ибо прибавленїе: пользо-, какъ намъ кажется, нисколько не указываетъ на особенности владѣнїя по поводу узуфрукта. Сложное слово: пользовладѣнїе не выражаетъ подлежащаго понятїя лучше простаго слова: пользованїе, такъ какъ и пользованїе само по себѣ предполагаетъ въ лицѣ пользователя естественное владѣнїе вещью, а объ этомъ естественномъ владѣнїи конечно тутъ только и можетъ быть рѣчь, такъ какъ извѣстно что, по римскому праву покрайней мѣрѣ, фрунтуарїй не получалъ юридическаго владѣнїя относительно той вещи, которою онъ пользуется. Прибавленїе слова владѣнїе къ пользованїю (пользо-) имѣло бы значенїе только тогда, когда бы имъ выражалась возможность плодоизвлеченїя (въ противоположность пользованїя другими качествами вещи, кромѣ присвоенїя себѣ произведенїй ея); между тѣмъ этого значенїя нельзя признать, такъ какъ бываютъ случаи владѣнїя безъ права извлеченїя плодовъ (*creditor pignoratitius*). Наконецъ слово владѣнїе и не имѣетъ преимущества указывать на самостоятельность обозначаемаго имъ права, ибо пользованїе чужимъ домомъ по найму и пр., по господствующему въ наукѣ и практикѣ взгляду, по русскому праву также имѣетъ характеръ самостоятельнаго (вещнаго) права, а между тѣмъ въ отношенїи къ нему ограничиваются словомъ: пользованїе, которое и законодательствомъ употребляется для обозначенїя вещнаго права: ст. 536 I ч. X т. Св. Зак., подъ которую во всякомъ случаѣ подходитъ узуфруктъ движимыхъ вещей.

Дѣйствительно болѣе удобнымъ для обозначенїя узуфрукта, нежели пользовладѣнїе, могло бы показаться простое слово: пользованїе, такъ какъ въ пользованїе въ обширномъ смыслѣ

входитъ и плодоизвлеченіе. Въ виду же особеннаго сервитута *usus*, для обозначенія узупфрукта слѣдовало бы употребить выраженіе: полное пользованіе (ст. 536). Противъ этого однако опять могутъ быть приведены слѣдующія соображенія: узупфруктъ по римскому праву не всегда и безусловно доставляетъ полное пользованіе вещью, какъ видно изъ того, что въ одной и той же вещи одному лицу можетъ принадлежать узупфруктъ, а другой можетъ имѣть *usus*, причемъ фрукутаріи пользуется только излишкомъ остающимся за удовлетвореніемъ узупарія. См. *fr. 42 pr. Dig. de usufr. 7, 1*. Кроме того въ наукѣ выраженіе: полное пользованіе (*volle Benutzung*) не всегда употребляется въ смыслѣ ст. 536; ученые говорятъ о полномъ пользованіи съ ограниченнымъ плодоизвлеченіемъ. См. *Schoenemann: Servituten § 11*.

Вслѣдствіе всего этого мы останемся при римскомъ терминѣ и будемъ приводить разсматриваемый нами институтъ подъ названіемъ: узупфруктъ.

Прежде чѣмъ приступить къ разсмотрѣнію ученія объ узупфруктѣ въ особенности, мы считаемъ необходимымъ во введеніи указать на то мѣсто, которое нашъ институтъ занимаетъ въ системѣ римскаго гражданскаго права вообще.

Ususfructus, какъ видовое понятіе, подходитъ подъ родовое, общее понятіе сервитутовъ (личныхъ, *servitutes personarum*), которые въ свою очередь составляютъ видъ такъ называемыхъ правъ на чужую вещь (*jura in re aliena*), слѣдовательно узупфруктъ принадлежитъ къ такъ называемымъ вещнымъ правамъ (*jura in rem*). И такъ въ узупфруктѣ мы должны найти всѣ тѣ юридическія качества, которыя свойственны: во 1) вещнымъ правамъ, во 2) правамъ на чужую вещь, въ 3) сервитутамъ и наконецъ въ 4) личнымъ сервитутамъ.

Что касается прежде всего до понятія вещныхъ правъ, то относительно его мы исходимъ изъ наиболѣе распространеннаго мнѣнія между учеными мнѣнія, которое изложено наприм. ясно у

Вангерова¹⁾, и по которому вещныя права, въ противоположность личнымъ или обязательственнымъ правамъ, представляются *непосредственною властію лица надъ вещью*, непосредственною въ томъ смыслѣ, что даютъ властелину возможность *самостоятельно, собственною дѣятельностію вліять на вещь и устранять въ отношеніи къ предмету конкретной, данной власти вліяніе всякаго другаго лица на эту вещь*. Эта власть или можетъ обнимать вещь вполне, во всѣхъ отношеніяхъ ея и по всѣмъ ея качествамъ; въ этомъ случаѣ является понятіе права собственности (*in abstracto*); или же власть можетъ быть только частичною, т. е. касаться только извѣстныхъ опредѣленныхъ качествъ и свойствъ вещи, между тѣмъ какъ въ отношеніи ко всѣмъ другимъ качествамъ вещь подчинена власти другаго лица — въ этомъ случаѣ возникаетъ понятіе права на чужую вещь. Общія черты всѣхъ вещныхъ правъ (собственности и правъ на чужую вещь) именно заключаются въ вышеуказанной двойной власти: 1) осуществлять разъ установленное вещное право независимо отъ какого нибудь другаго лица — при правахъ на чужую вещь также и независимо отъ личности хозяина вещи; 2) удерживать отъ вліянія на вещь всякаго другаго — при правахъ на чужую вещь и хозяина вещи на равнѣ со всѣми другими лицами, но только конечно въ отношеніи къ тому опредѣленному качеству вещи, по которому именно установлено право на чужую вещь и въ объемѣ соответствующемъ акту установленія права²⁾.

¹⁾ См. Lehrbuch der Pandekten. Т. I. § 113 и слѣд. Arndts. § 126.

²⁾ Вслѣдствіе сего мы нисколько не сомнѣваемся, что въ извѣстномъ спорѣ ученыхъ о разрѣшеніи столкновения хозяевъ служащаго и господствующаго имѣній, потребности господствующаго должны быть удовлетворяемы преимущественно, такъ что если на примѣръ при такъ называемой *servitus aquae haustus* вслѣдствіе засухи въ служащемъ имѣніи не окажется достаточно воды для обонхъ имѣній, хозяинъ этого имѣнія можетъ брать изъ него воду только тогда, когда вполне будутъ удовлетворены потребности господствующаго имѣнія.

Вя́шнимъ процессуальнымъ образомъ непосредственность власти доставляемой вещнымъ правомъ проявляется въ защитѣ этого права вещнымъ искомъ (*actio in rem*), указывающимъ на абсолютность или безусловность защищаемаго имъ права (*идущаго contra quemcumque possidentem vel turbantem*)¹⁾.

И такъ мы видѣли, что всѣ вещныя права, слѣдовательно и права на чужую вещь, имѣютъ извѣстные общіе признаки. Нельзя однако не признать, что, не смотря на это сходство, различныя права, подводимыя подъ общую категорію правъ на чужую вещь, существенно отличаются одни отъ другихъ во многихъ отношеніяхъ. Чтобы опредѣлить мѣсто, занимаемое нашимъ институтомъ въ этомъ отдѣлѣ правъ укажемъ вератцѣ на виды ихъ, признаваемые римскимъ правомъ.

1) Сервитуты, *Dienstbarkeiten*, служебности вещи, какъ уже выходитъ изъ названія, состоятъ въ томъ, что извѣстная вещь, принадлежащая одному, служитъ въ опредѣленныхъ отношеніяхъ другому, вслѣдствіе чего этотъ послѣдній имѣетъ власть пользоваться опредѣленными качествами чужой вещи, напр. ходить по чужому имѣнію, добывать изъ него различные предметы (воду, песокъ и т. п.), извлекать всѣ произведенія въ свою пользу и т. д.²⁾

2) Эмфитевтическое и суперфициарное права, которыя также представляются правами пользованія чужою вещью, но столь обширными, что совершенно отъѣсниютъ на второй планъ хозяина; существенные признаки собственности почти вполнѣ сосредоточены во власти эмфитевта и суперфициарія.

3) Закладное право, *Pfandrecht*, *pignus*, *hypotheca*, не даю-

¹⁾ О другихъ мнѣніяхъ на счетъ значенія вещныхъ правъ см. Вангерова I. с. и Вехтера: *Erörterungen aus dem Röm. deutschen und württ. Privatrecht*. 3 Hfte. Stuttgart, 1845 и 1846 г. Hft. I, 4.

²⁾ О понятіи сервитутовъ и различныхъ мнѣніяхъ ученыхъ на счетъ этого предмета ниже будетъ сказано подробнѣе.

щее залогопринимателю никакого права пользования, но доставляющее ему право на цѣнность вещи, для полученія которой онъ, при извѣстныхъ условіяхъ, можетъ вліять на вещь вытребованіемъ ея у всякаго владѣльца и продажею ея, независимо отъ закладчика и владѣльца заложенной вещи.

Сравнивая исчисленные права, которыми по римскому праву и исчерпывается классъ правъ на чужую вещь, мы тотчасъ убѣждаемся въ существенномъ отличіи ихъ другъ отъ друга. Прежде всего отличіе закладнаго права отъ всѣхъ остальныхъ правъ на чужую вещь ярко бросается въ глаза: въ первомъ случаѣ чужая вещь вовсе не служитъ другому, она сама по себѣ вовсе не подчиняется власти посторонняго лица. Извѣстно, что даже кредиторъ, получившій предметъ залога во владѣніе (*pignus*), если онъ извлекаетъ изъ него плоды или вообще какія нибудь выгоды, совершаетъ деликтъ, именно *furtum usus*. И такъ закладное право отличается отъ другихъ правъ на чужую вещь въ слѣдующихъ отношеніяхъ: 1) въ одномъ случаѣ вещь служитъ, *res servit*, въ другомъ она только отвѣчаетъ за долгъ, гарантируетъ его своею имущественною цѣнностью, *res obligata est*; 2) закладное право имѣетъ придаточную, не самостоятельную природу, между тѣмъ какъ вещныя права *пользованія* имѣютъ совершенно самостоятельный характеръ и независимы отъ какого нибудь другаго юридическаго отношенія. Очевидно здѣсь различія гораздо больше, нежели сходства, которое заключается только въ томъ, что кредиторъ по залогу имѣетъ подобно пользователям *вещный* искъ относительно чужой вещи, именно съ цѣлью полученія ея для продажи (*actio hypothecaria in rem*).

Что касается до различія между сервитутами съ одной и эмфитевтическимъ и суперфициарнымъ правами съ другой стороны, то оно не касается качества и содержанія этихъ правъ — они всѣ права на пользованіе чужою вещью, но относятся только къ объему ихъ, какъ относительно самаго способа пользованія, такъ и касательно времени пользованія. Поэтому мы находимъ

для понятія сервитутовъ столь различныя опредѣленія ученыхъ; главное затрудненіе именно здѣсь заключается въ отдѣленіи сервитутовъ отъ другихъ правъ пользованія чужою вещью. Другое затрудненіе при опредѣленіи понятія сервитутовъ происходитъ отъ того, что у римлянъ подъ этимъ общимъ именемъ приводятся самыя разнородныя права пользованія. Въ особенности труднымъ представляется подведеніе подъ одно общее понятіе двухъ различныхъ видовъ сервитутовъ — *servitutes praediorum* и *servitutes personarum* — въ которыхъ по замѣчанію Келлера ¹⁾ гораздо болѣе преобладаетъ различіе, нежели сходство. Келлеръ, указывая на неуспѣшность и недостаточность различныхъ опредѣленій сервитутовъ, изъ которыхъ онъ приводитъ нѣкоторыя ²⁾, отказывается самъ дать общее опредѣленіе сервитутовъ. Различіе между ними и эмфитевтическимъ и суперфициарнымъ правами по Келлеру только номинальное; *servitus* по его словамъ только древнѣйшее названіе для *jus in re* вообще, подобно тому какъ слово *contractus* представляется древнѣйшимъ названіемъ для договора, сопряженнаго съ правомъ иска; возникшія въ позднѣйшія времена *jura in re emphyteusis* и *superficies*) только случайно не подошли подъ это названіе. Специфическое же различіе между сервитутами и другими вещными правами пользованія по Келлеру объясняется только экономическимъ путемъ, побудительными причинами вызвавшими тѣ и другія. Эти же экономическія причины столь же различны при *servitutes praediorum* съ одной и *servitutes personarum* съ другой стороны, сколько между сервитутами вообще и другими правами вещнаго пользованія, такъ что собственно по его взгляду слѣдовало бы принимать три самостоятельныхъ

¹⁾ См. Keller: Pandekten § 163, стр. 313: Zwischen den beiden Hauptarten (der Servituten) ist das Verschiedene weit vorherrschend über das Gemeinsame.

²⁾ Келлеръ l. c. стр. 311 — Глюкка, Гешена, Вангерова, Пухты и Эльверса.

права вешнаго пользованія, а именно: 1) *servitutes praediorum*, 2) *servitutes personarum*, 3) какъ онъ выражается „*Erbpacht mit jus in re*“ — наслѣдственный наемъ (наслѣдственное арендное содержаніе) съ вещнымъ правомъ. (На Келлера мы обращаемъ особенное вниманіе и разсматриваемъ его теорію подробнѣе другихъ потому, что онъ справедливо въ Германіи считается однимъ изъ остроумнѣйшихъ юристовъ новѣйшихъ временъ, который предъ многими цивилистами отличается еще глубокими познаніями экономическими. Дѣйствительно, при появленіи учебника Келлера множество молодыхъ юристовъ находили въ немъ намѣки на новые взгляды, которые конечно нельзя было разработать въ учебникѣ, но которые подали поводъ къ появленію многихъ сочиненій, въ особенности по части такъ называемыхъ *Inaugural dissertationen*. Къ этимъ новымъ взглядамъ должно отнести и то, что говорится Келлеромъ о сервитутахъ и правахъ на чужую вещь вообще).

Въ чемъ же состоятъ по Келлеру экономическія причины, вызвавшія приведенные выше три института?

1) Касательно такъ называемыхъ *servitutes praediorum* онъ разсуждаетъ слѣдующимъ образомъ: распредѣленіе (между отдѣльными лицами) поземельнаго имущества, при всей пользѣ, которую оно приноситъ, все таки есть нѣчто произвольное, несоотвѣтствующее самой природѣ, по которой необходимыя потребности почвы удовлетворяются только при большихъ комплектахъ земель, нежели тѣ, которыми представляются отдѣльные поземельные участки, состоящіе въ частной собственности, потому что по самой природѣ отдѣльныя части почвы находятся въ извѣстныхъ взаимныхъ отношеніяхъ и представляются въ извѣстной связи (*Continuität*). Это обстоятельство по самой необходимости вызвало различныя законныя ограниченія поземельной собственности, такъ называемое *jus vicinitatis*, но связь и соотношеніе отдѣльныхъ поземельныхъ имуществъ въ экономическомъ отношеніи столь сильны, что законныя ограниченія

собственности оказываются недостаточными, такъ что и при нихъ хозяйство въ данномъ извѣстномъ имѣніи, и тѣмъ самымъ процвѣтаніе этого имѣнія, какъ бы индивидуальное благо его, подвергаются стѣсненіямъ и опасностямъ. Такъ сосѣднія имѣнія часто нуждаются взаимно въ произведеніяхъ другъ друга, въ проходѣ и т. п. Еще разительнѣе это взаимное отношеніе недвижимыхъ имуществъ въ городахъ, гдѣ сосѣду въ высшей степени важно то, что предпринимаетъ со своимъ домою сосѣдъ. Это взаимное отношеніе между различными имѣніями, изъ которыхъ каждое нуждается въ произведеніяхъ и т. д. другаго, и вызываетъ установленіе между ними извѣстныхъ сношеній съ тою цѣлью, чтобы видоизмѣнить состояніе обоюдной поземельной собственности согласно съ конкретными потребностями каждаго имѣнія. Подобное же видоизмѣненіе производится такъ, что на основаніи юридической сдѣлки изъ собственности одного хозяина какъ бы *выдѣляется определенный положительный или отрицательный элементъ, и собственности другаго придается соответствующій отрицательный или положительный моментъ.* По этому посредствомъ каждаго вещественнаго сервитута собственность одного лица искусственно распространяется, а собственность другого сжимается. Это и соответствуетъ тому, что говоритъ Ульпіанъ о вещественномъ сервитутѣ въ fr. 5 § 9 Dig. de O. N. N. 39, 1:.... quum quis, postea quam jus suum deminuit, alterius auxit, hoc est posteaquam servitutem aedibus suis imposuit. Вслѣдствіе этихъ сношеній поземельныя имущества становятся другъ къ другу въ подобное же положеніе въ экономическомъ отношеніи, въ какожь находятся между собою люди на основаніи заключеннаго обязательства. Здѣсь, какъ и тамъ, сношенія эти получаютъ начало и осуществляются потому, что часто невыгода отъ доставленія или дозволенія чего нибудь является гораздо меньшею, нежели выгода отъ полученія вознаграждающаго права. Главное же различіе между этими правами и обязательствами основывается

на томъ, что все личное подлежитъ скорому измѣненію и даже уничтоженію, прекращенію, между тѣмъ какъ поземельныя отношенія представляются твердыми и продолжительными.

Изъ всего сказаннаго здѣсь *Келлеромъ* мы выберемъ то, что касается непосредственно опредѣленія вещественныхъ сервитутовъ, а именно *сущность ихъ заключается въ томъ, что извѣстный составной элементъ собственности одного лица выделяется и примыкаетъ къ собственности другого лица, которая этимъ расширяется.*

2) Совершенно иная экономическая мысль по *Келлеру* лежитъ въ основаніи личныхъ сервитутовъ, *servitutes personarum*. Сношенія между людьми именно часто вызываютъ въ одномъ лицѣ желаніе доставить другому, для исключительной его пользы, употребленіе и пользованіе извѣстнымъ имуществомъ съ тѣмъ, чтобы оно имѣло пожизненный періодическій доходъ или чтобы оно получило по крайней мѣрѣ возможность удовлетворять извѣстныя потребности изъ этой вещи. При этомъ обыкновенно имѣется двоякая мысль: а) право получателя должно относиться непосредственно къ самой вещи, такъ чтобы между нимъ и вещью не стояло никакого посредствующаго лица; б) ни самая вещь, ни какая либо вообще часть капитала не должны переходить изъ имущества лица устанавлиющаго право пользованія въ имущество другого; этотъ послѣдній долженъ только имѣть пожизненно доходъ отъ вещи и пользованіе ею; отъ нихъ только хозяинъ отказывается на время жизни лица, получающаго это пользованіе, а не отъ самой вещи. Съ этою цѣлью въ движимой или недвижимой вещи можетъ быть основано *ius in re*, субъектомъ котораго является опредѣленное лицо, и содержаніе котораго составляетъ упомянутое пользованіе и употребленіе. Слѣдовательно здѣсь вещь по исключенію служитъ опредѣленному лицу, которое не есть хозяинъ вещи, подобно тому какъ при вещественныхъ сервитутахъ одно имѣніе служитъ другому, и потому стали и въ этомъ случаѣ говорить о сервитутахъ. Но

право здѣсь по самой природѣ своей прекращается со смертью того, кому оно было предоставлено.

Вотъ по Келлеру основная мысль личныхъ сервитутовъ въ противоположность вещественнымъ, которые впрочемъ, по его мнѣнію, вызваны гораздо большею насущною потребностью, вслѣдствіе чего они и выработались раньше личныхъ и часто по преимуществу называются „servitutes.“

Въ сказанномъ заключается истинная специфическая особенность сервитутовъ, при чемъ однако должно имѣть въ виду, что тѣ черты, которыми два главныхъ ихъ вида отличаются другъ отъ друга, далеко преобладаютъ надъ тѣми, которые общи обоимъ видамъ. Изъ этихъ общихъ чертъ главная — *неотчуждаемость*, ибо изъ самой сущности вещественныхъ сервитутовъ вытекаетъ, что они привязаны къ опредѣленному имѣнію, изъ сущности личныхъ сервитутовъ — что они нераздѣльно связаны съ опредѣленнымъ лицомъ. Наконецъ при обоихъ видахъ сервитутовъ видна забота о сохраненіи возможно болѣе свободы собственности, что достигается при вещественныхъ сервитутахъ тѣмъ, что они вообще, въ малой только мѣрѣ, ограничиваютъ собственность, при личныхъ сервитутахъ посредствомъ ихъ относительной непродолжительности. Свобода же (Keller, стр. 317) поземельнаго имущества и низведеніе ограниченій до уровня истинной потребности — это экономическая идея, которая важна во многихъ отношеніяхъ, какъ относительно благосостоянія отдѣльныхъ лицъ, такъ и въ политическомъ отношеніи. Тамъ, гдѣ вещное отягощеніе поземельной собственности слишкомъ облегчено, тамъ послѣдствія легкомыслія и бѣдности увѣковѣчиваются вмѣсто того, чтобы исчезать по возможности съ самымъ лицомъ легкомысленнымъ. Въ этомъ отношеніи гораздо менѣе опасности представляетъ доставленіе права пользованія вещью, какъ права личнаго, по обязательству.

Иная наконецъ экономическая причина по Келлеру является основаніемъ новѣйшихъ *jura in re*. Юридическія отношенія по

узуфрукту и по найму, во внѣшнемъ ихъ проявленіи, въ особенности въ примѣненіи къ поземельнымъ имуществамъ, весьма сходны между собою. По юридической же своей природѣ эти два отношенія существенно отличаются одно отъ другаго тѣмъ, что въ одномъ случаѣ имѣется прямое, непосредственное юридическое отношеніе къ вещи, защищаемое вещнымъ искомъ (*actio in rem*), въ другомъ же только непосредственное отношеніе между опредѣленными лицами (отдающимъ въ наймы и нанимателемъ), такъ что все отношеніе нанимателя къ вещи непосредственно только фактическое, юридически же онъ имѣетъ только посредственное косвенное вліяніе на вещь, установленное и осуществляемое при посредствѣ отдавашаго ее въ наемъ. Практическое послѣдствіе этого состоитъ въ томъ, что наниматель для всякой юридической защиты своего права противъ третьихъ лицъ нуждается въ заступничествѣ и помощи хозяина вещи. Это заступничество представляется незатруднительнымъ и простымъ, если хозяинъ вещи есть физическое лицо и обладаетъ обыкновенною дѣятельностію и подвижностію человѣка въ заботахъ о собственномъ своемъ хозяйствѣ. Но это отношеніе можетъ сдѣлаться весьма тягостнымъ тогда, когда хозяинъ есть юридическое лицо, вообще болѣе недвижимое и болѣе зависящее отъ чужой помощи, чѣмъ отдѣльный человѣкъ. Эти именно качества юридическаго лица и влекутъ за собою то, что юридическія лица скорѣе физическихъ заключаютъ подобныя контракты найма на продолжительное время, въ особенности въ формѣ наследственнаго аренднаго содержанія и т. п. И такъ при подобныхъ отношеніяхъ самыя практическія потребности приводятъ къ тому, чтобы право снабдило нанимателя самостоятельнымъ юридическимъ оружіемъ, которымъ онъ бы могъ противодѣйствовать самъ, безъ посредства хозяина вещи, нарушенію своихъ правъ со стороны другихъ лицъ, т. е., чтобы право доставило ему вещный искъ *contra quemcumque turbantem*, обратило его право въ вещное.

На этомъ пути въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ выработались два юридическихъ отношенія, которыя, соотвѣтствуя узуфрукту по объему, а вещественнымъ сервитутамъ по продолжительности времени, такъ близко подходятъ къ праву собственности, что римляне никогда не допустили бы ихъ первоначально въ качествѣ *jura in re aliena* относительно обыкновеннаго частнаго имущества, а новѣйшіе юристы часто придавали власти доставляемой ими наименованіе *dominium utile*. Вотъ по Келлеру происхожденіе эмфитевтическаго и суперфициарнаго правъ¹⁾.

Изложенная теорія Келлера о пользованіи чужою вещью вообще и о сервитутахъ въ особенности, не смотря на вѣрность экономическихъ основаній приводимыхъ имъ, не въ состояніи убѣдить насъ въ вѣрности сдѣланныхъ имъ изъ этихъ основаній выводовъ, въ особенности на счетъ различія между вещественными и личными сервитутами, которое по Келлеру представляется почти столь же существеннымъ, какъ различіе между личными сервитутами и позднѣйшими *jura in re aliena*.

1) Въ томъ именно, что римскіе юристы подводили вещественные и личные сервитуты подъ одно общее понятіе, не можетъ быть никакого сомнѣнія, если мы внимательно разсмотримъ источники. Въ нихъ имѣется цѣлый рядъ мѣстъ свидѣтельствующихъ объ этомъ, именно:

a) Fr. 1. Dig. de servitutibus 8, 1: *Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum, ut servitutes praediorum rusticorum et urbanorum.*

b) Fr. 15. pr. Dig. eod. *Quoties nec hominum, nec praediorum servitutes sunt.*

c) Fr. 4. Dig. De servit. praed. rustic. 8, 3: *Pecoris pascendi servitus, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, praedii magis, quam personae videtur. Si tamen testator personam demonstravit, cui servitutum*

¹⁾ Келлеръ, I. с. § 214.

praestari voluit, emtori vel heredi non eadem praestabitur servitus.

d) Fr. 20. § 3 eod. Hauriendi jus non hominis, sed praedii est.

e) Fr. 12. Dig. de annuis legatis 33, 1: Paulus respondit: servitutem jure constitutam non videri, neque in personam, neque in rem.

f) Fr. 25. D. de V. S. 50, 16: quia ususfructus non domini pars, sed servitutis sit, ut via et iter, и мѣста подобныя fr. 5 pr. Dig. de servit. 8, 1: Via, iter, actus, ductus aquae iisdem fere modis constituitur, quibus et usumfructum constitui diximus.

Приведенныя мѣста ясно указываютъ на то, что по римскимъ понятіямъ вещественныя и личныя служебности составляютъ одно общее цѣлое, одинъ институтъ, что слѣдовательно, не смотря на вѣрныя замѣчанія Келлера о значительныхъ различіяхъ этихъ сервитутовъ въ частности, должно быть возможно общее опредѣленіе, подъ которое подходили бы оба вида сервитутовъ. Такой взглядъ не можетъ быть опровергнутъ и тѣмъ, что составители Институцій императора Юстиніана не приняли наприм. приведенное выше мѣсто юриста Маркіана (Fr. 1. Dig. de servit) о раздѣленіи сервитутовъ на личные и вещественныя, между тѣмъ какъ они часто въ другихъ мѣстахъ принимали подобныя общія опредѣленія и дѣленія изъ дигестовъ¹⁾. Это обстоятельство, подобно тому, что въ § 2 i. f. и въ § 3 Inst. de reb. incogr. 2, 2; повидимому jus utendi fruendi не причисляется къ сервитутамъ, и затѣмъ въ 3 tit. 2-й книги говорится особенно о сервитутахъ (реальныхъ), въ слѣдующихъ же затѣмъ титулахъ особенно объ узуфруктѣ и по-

¹⁾ Ср. напр.: Lib. I tit. 1. Inst. съ fr. 1 и 10 Dig. de just et jure 1, 1; tit. 2. Inst. съ fr. 9 Dig. eod; pr. § 1 Inst. 2, 1, съ fr. 2 Dig. de divis. rer. et qual. 1, 8 и др.

томъ о другихъ личныхъ сервитутахъ, не могутъ имѣть значенія въ виду того обобщенія обоихъ видовъ сервитутовъ, которое мы встрѣчаемъ у самыхъ создателей научнаго ученія о сервитутахъ, т. е., у римскихъ юристовъ, эксцерпированныхъ въ дигестахъ императора Юстиніана.

2) Изъ самыхъ словъ Келлера, а тѣмъ болѣе изъ системы, въ которой онъ излагаетъ ученіе о сервитутахъ въ своемъ учебникѣ, выходитъ, что всѣ сервитуты имѣютъ общія характеристическія юридическія черты, отличающія ихъ отъ другихъ институтовъ, такъ что это противорѣчитъ его отзыву, по которому приведеніе обоихъ видовъ подъ общимъ названіемъ сервитутовъ совершенно случайно. Изъ приведенныхъ словъ Келлера мы именно видимъ: а) всѣ сервитуты представляются вещными правами *ограниченнаго* пользованія и употребленія чужой вещи далеко не доходящими до права собственности; б) оба вида сервитутовъ неотчуждаемы по праву (*quoad jus.*); в) изъ системы же Келлера выходитъ, что онъ считаетъ возможнымъ разсматривать сообща важнѣйшія отдѣльныя ученія о всѣхъ сервитутахъ, а именно: ученіе объ установленіи и прекращеніи ихъ (§ 180 до 183) и о защитѣ сервитутовъ (§ 184 и слѣд.). Кажется, что на основаніи приведеннаго, даже по Келлеру, должно быть возможно установить „простое опредѣленіе сервитутовъ вообще, которое съ одной стороны было бы тѣснѣе понятія другихъ *jura in re*, съ другой же обнимало и вещественные и личные сервитуты.“ Келлеръ, стр. 311 и 312. Далѣе, если мы обратимъ вниманіе на теорію сервитутовъ съ одной и на теорію эмфитевтическаго и суперфициарнаго правъ съ другой стороны, то мы легко убѣдимся, что есть еще болѣе общихъ признаковъ, которыми оба вида сервитутовъ отличаются не только по *объему*¹⁾ и *количеству* власти, но и качественно отъ другихъ *jura in re*

¹⁾ Какъ наприм. утверждаетъ Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts I. § 200, примѣч. 3.

aliena. Ученый, выставивший яснее всех эти качества — Бекинг¹⁾.

Удивительно, что в учебник Келлера не приводится вообще мнѣнія Бекинга и что Виндшейдъ въ приведенномъ мѣстѣ, не опровергая его никакими доказательствами, только выражаетъ свое несогласіе съ Бекингомъ голословно слѣдующимъ образомъ: „Boecking, welcher so weit geht, den Unterschied zwischen den Dienstbarkeiten einerseits, und der Emphyteusis und Superficies auf der andern Seite, für einen nicht bloss quantitativ, sondern qualitativ zu erklären“²⁾.

Бекингъ въ § 57, стр. 88 выставляетъ слѣдующія качественныя различія между сервитутами и superficies и emphyteusis: 1) сервитуты не отчуждаемы и не переходятъ по наслѣдству, другія права передаваемы; 2) при сервитутахъ не имѣется юридическаго владѣнія самой вещью (vera s. corporis possessio), а только такъ называемое *juris quasi* possessio. Эмфитевтъ имѣеть юридическое владѣніе вещи (это одинъ изъ тѣхъ случаевъ, которые Савиньи подводитъ подъ понятіе производнаго владѣнія — *abgeleiteter Besitz*); о владѣніи же суперфициарія, какъ извѣстно, существуетъ споръ; 3) сервитуты, даже тѣ, которые составляютъ самыя обширныя права въ чужой вещи, никогда не защищаются *per utilem rei vindicationem*, т. е., посредствомъ

¹⁾ См. напр. Boecking: *Pandekten. Grundriss eines Lehrbuchs des gemeinen auf das röm. Recht gegründeten Civilrechts*. 5. Aufl. Bonn. 1861.

²⁾ Опредѣленія сервитутовъ, выставленнаго самимъ Виндшейдомъ, въ § 200, мы не разбираемъ потому, что, какъ видно изъ сейчасъ же слѣдующихъ за этимъ опредѣленіемъ словъ, онъ самъ не видитъ въ немъ, и справедливо, отличительныхъ признаковъ отъ другихъ вещныхъ правъ. Подъ его опредѣленіе: «*dingliche Rechte, welche eine fremde Sache nicht in ihrer Gesamtheit, sondern in einer oder mehreren einzelnen Beziehungen umfassen*», подходятъ всѣ такъ называемыя *jura in re aliena*.

распространеннаго по аналогіи иска, даннаго для защиты права собственности, а по поводу ихъ дается только actio confessoria, между тѣмъ какъ при двухъ другихъ вещныхъ правахъ прямо признается право на utilis rei vindicatio — въ этомъ же яснѣ всего выражается взглядъ римскихъ юристовъ на существенное по качеству различіе между самымъ обширнымъ сервитутомъ и другими правами пользованія чужою вещію; 4) наконецъ при сервитутахъ не имѣется подобнаго обязательства къ доставленію чего-нибудь, каковъ при эмфитевтическомъ правѣ канонъ. Самъ Бекингъ даетъ такое опредѣленіе сервитутовъ: „*сервитутъ есть вещное право пользованія опредѣленнаго субъекта въ опредѣленномъ объектѣ частной собственности, ограничивающее эту собственность (а не хозяина) чрезъ соответствующее право не хозяина.*“ Въ противоположность этому emphyteusis и superficies суть вещныя права, направленные на осуществленіе (Ausübung) собственности съ нѣкоторыми ограниченіями.

Опредѣленіе Бекинга, довольно близко подходящее къ тому, которое даетъ Пухта (см. ниже), нельзя признать удовлетворительнымъ, во 1) потому, что выраженіе: „право *пользованія*“ по обыкновенному смыслу не обнимаетъ всѣхъ видовъ сервитутовъ, а именно подъ него, по замѣчанію Келлера, не подходят такъ называемыя отрицательныя сервитуты. Какое пользованіе чужою вещію, спрашиваетъ Келлеръ, представляетъ наприм. servitus altius non tollendi? Хотя, какъ намъ кажется, въ этомъ отношеніи не вполне можно раздѣлить мнѣніе Келлера, потому что подъ понятіе пользованія мы подводимъ всѣ случаи, въ которыхъ получается польза (отъ вещи) — а очевидно обязанность хозяина служащаго имѣнія altius non tollendi устанавливается именно для того, чтобы господствующее имѣніе имѣло пользу отъ этого, напр. большій свѣтъ и т. д. — однако употребленіе слова *пользованіе* безъ этой оговорки дѣйствительно, по общепринятому смыслу этаго слова, можетъ ввести въ заблуж-

деніе относительно того, подходят ли подь опредѣленіе отрицательные сервитуты. Во 2) въ опредѣленіи Бекинга совершенно лишними представляются слова: ограничивающія эту собственность, потому что признакъ сервитута, какъ *вещнаго права въ чужой вещи*, самъ собою указываетъ на ограниченіе подлежащей сервитуту собственности. Вслѣдствіе этого и послѣдняя часть опредѣленія: „черезъ соотвѣтствующее право не хозяина“ оказывается лишнею (*quae jam tacite inest*) — ограниченіе всегда само собою предполагаетъ соотвѣтствующее ограничивающее право.

Еще весьма интересное и оригинальное опредѣленіе сервитутовъ мы находимъ у Эльверса: *Die Römische Servitutenlehre*. Marburg. 1856 г. стр. 37. Нѣкоторую связь съ излагаемымъ здѣсь взглядомъ Эльверса имѣетъ и опредѣленіе Бихеля (*Büchel: Civilrechtl. Erörterungen I, 3 S. 10—12*), по которому сервитутъ является собственностію въ безтѣлесной вещи. См. объ этомъ: *Windcheid, l. c. Puchta. Rhein-Museum I, S. 286 ff.*, Эльверсъ именно выходитъ изъ слѣдующихъ соображеній: римскій характеръ противился всякому ограниченію приобрѣтеннаго однажды права — римляне стремились къ тому, чтобы, и для публичныхъ и для частныхъ правъ, субъективная воля лица, имѣющаго право, и потребность и объемъ опредѣленный самою природою вещей, были единственными границами права. Поэтому и установленіе сервитутовъ и размноженіе ихъ, какъ ограниченій важнѣйшаго права — собственности — должны были находить себѣ противодѣйствіе въ римскомъ быту¹⁾. Когда же крайняя практическая потребность, поддерживаемая ослабленіемъ древняго римскаго народнаго духа, вызывала зна-

¹⁾ Это разсужденіе Эльверса не послѣдовательно, ибо и установленіе сервитутовъ есть результатъ субъективной воли хозяина вещи; а если ограниченная сервитутами собственность переходила къ другому лицу, то очевидно уже нельзя было говорить объ ограниченіи однажды приобрѣтеннаго (неограниченнаго) права.

чительное увеличеніе числа сервитутовъ, то древній взглядъ опять таки выразился въ томъ, что сервитутамъ теперь старались придавать такой характеръ, который менѣ всего оскорблялъ бы національный взглядъ, и поэтому ихъ стали разсматривать не такъ, какъ будто они имѣли предметомъ ту же самую вещь, какъ и право собственности (которое въ этомъ случаѣ ими бы ограничивалось), но какъ будто они имѣли совершенно другой, конечно фиктивный, объектъ — *res quae in jure consistit*, надъ которымъ они и доставляли господство. Отсюда выраженія: *dominium servitutis*, въ особенности *dominium ususfructus* ¹⁾.

Конструкцію же юридическую этого понятія, т. е. господства надъ фиктивной вещью, Эльверсъ объясняетъ слѣдующимъ образомъ: различнымъ дѣйствіямъ, которыя могутъ быть принимаемы относительно вещи, согласно съ ея природою, всегда соотвѣтствуютъ извѣстныя качества вещи, которыя даютъ возможность предпринимать эти дѣйствія; такъ напр. праву извлекать плоды изъ вещи соотвѣтствуетъ качество вещи, по которому она производитъ плоды; праву запрещать возвышеніе дома пристройкою этажа — качество дома, по которому такое возвышеніе его не является послѣдствіемъ естественной или юридической необходимости, а послѣдствіемъ произвольныхъ человѣческихъ дѣйствій по отношенію къ недвижимой вещи ²⁾. Это положительное или отрицательное качество вслѣдствіе установленія сервитута является изъятымъ изъ вещи; оно есть внутренняя составная часть вещи, отдѣленная отъ нея и отчужденная, но находящаяся въ связи съ тою вещью, которая есть объектъ права

¹⁾ *Fr. 3 si ususfr. 7, 6.*

²⁾ Что это за качество дома не возвышаться по естественной или юридической необходимости? Если мы станемъ приписывать вещамъ такія отрицательныя качества, если мы все то, чего напр. нельзя достигнуть при посредствѣ данной вещи, будемъ выставить какъ отрицательныя качества этой вещи, то очевидно мы въ концѣ концовъ дойдемъ до величайшихъ негѣностей.

собственности, только въ томъ отношеніи, что обѣ тѣлесно соединены и одна является держательницею (Тгаегегін) другой¹⁾. И такъ сервитутъ есть какъ бы собственность въ фиктивной вещи, въ которую превращается данное качество служащей физической вещи, которая поэтому вслѣдствіе установленія сервитута по содержанію (intensiv) уменьшается. Вотъ почему свободное отъ сервитутовъ недвижимое имѣніе называется fundus optimus maximus. Послѣднему замѣчанію Эльверса объ интенсивномъ уменьшеніи служащей вещи выдѣленіемъ изъ нея возведеннаго въ фиктивную вещь качества, онъ же самъ противорѣчитъ на стр. 43-й, гдѣ объясняетъ, что уменьшеніе заключается не въ томъ, чтобы качество, лежащее въ основаніи сервитута, было отнято у вещи, слѣдовательно и у хозяина ея, вполне, но только на столько, на сколько пріобрѣтаетъ это качество другой, имѣющій сервитутъ, вслѣдствіе чего отношеніе при различныхъ сервитутахъ становится совершенно различнымъ. Далѣе спрашивается: какая фиктивная вещь выдѣлена напр. при jus itinervis; во всякомъ случаѣ не качество вещи, согласно которому можно ходить по имѣнію, ибо хозяинъ и при jus itinervis другаго лица сохраняетъ право ходить по своему имѣнію. Если послѣдовательно проводить мысль Эльверса, то мы здѣсь придемъ къ тому, что фиктивная вещь состоитъ изъ *того качества имѣнія, по которому чужое лицо можетъ ходить по этому имѣнію*. Очевидно, до какихъ результатовъ мы дойдемъ, если станемъ проводить далѣе мысль Эльверса. На основаніи вышесказаннаго и Эльверсъ, по нашему мнѣнію, не даетъ намъ соотвѣтствующаго опредѣленія понятія сервитутовъ.

Остается разсмотрѣть доводъ, который заимствуетъ Эльверсъ изъ того, что въ источникахъ употребляются подобныя выраженія какъ dominium ususfructus.

¹⁾ Какой смыслъ *физическаго* соединенія тѣлесной вещи съ *отвлеченнымъ* качествомъ вещи, напр.: качествомъ, по которому домъ самъ собою не растетъ?

Замѣтимъ по этому поводу прежде всего, что Эльверсъ же самъ сильно ослабляетъ свое доказательство, объясняя, что его мнѣніе отнюдь не совпадаетъ съ мнѣніемъ Du Roi, по которому сервитуты представляютъ собою собственность, *dominium*, въ безтѣлесныхъ вещахъ или правахъ. Если именно уже привести въ качествѣ доводовъ упомянутыя выраженія, то изъ нихъ во всякомъ случаѣ легче вывести, что предметомъ собственности является самъ узурфруктъ въ качествѣ права на чужую вещь, не жели фиктивная вещь, именно качество служащей вещи доставлять пользу своими произведеніями. Нигдѣ именно въ источникахъ мы не встрѣчаемъ ни малѣйшаго намека на то, чтобы римляне признавали тутъ фиктивную вещь, между тѣмъ какъ на то, что они придавали сервитутамъ характеръ безтѣлесныхъ вещей, имѣются прямыя указанія: *Gaj. Inst. II § 14* (?), *fr. 1 § 1 D. de R. D. I, 8.* — Кроме того для опроверженія Эльверса мы здѣсь нѣсколько подробнѣе поговоримъ о значеніяхъ, въ которыхъ употребляется слово *dominium* вообще въ источникахъ. Разсматривая источники, мы ясно видимъ, что слово *dominium* въ нихъ приводится въ тройномъ смыслѣ:

1) Въ самомъ обширномъ смыслѣ оно обозначаетъ тоже самое что *jus*, именно право въ субъект. см., законное, самостоятельное господство, самостоятельную власть вообще. Тутъ слова *dominium* и *dominus* указываютъ на безотносительность и полноту власти и на независимость властелина; въ этомъ смыслѣ *paterfamilias* есть *dominus* не только въ отношеніи къ безправнымъ существамъ находящимся въ его собственности, рабамъ и вещамъ, но и въ отношеніи къ правоспособнымъ лицамъ, подчиненнымъ его отеческой власти, *patria potestas*, т. е. власти, которая очевидно не можетъ быть подведена подъ понятіе собственности уже потому, что *filiusfamilias*, какъ извѣстно, *quoad jus publicum pro paterfamilias habetur*, а предметъ собственности всецѣло, во всѣхъ отношеніяхъ и со всѣхъ сторонъ, подчиняется хозяину. См. *fr. 195 § 2 D. de V. S. 50, 16 (Ulp.)*

Jure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate.... Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet (т. е. qui in domo jus ac potestatem habet); recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat; non enim solam personam ejus, sed *et jus demonstramus*. Въ этомъ же смыслѣ вмѣсто succedere in alterius universum jus, говорится въ fr. 70 § 1 Dig. eod.:.... qui in universum dominium succedit.

2) Въ болѣе тѣсномъ смыслѣ dominium означаетъ jus надъ тѣлесною вещью, т. е. самостоятельную (непосредственную) законную власть надъ нею, все равно, распространяется ли эта власть на цѣлую вещь, или же касается ея только въ известныхъ отношеніяхъ; для обозначенія же того, которое изъ этихъ двухъ господствъ имѣется въ виду въ данномъ случаѣ, тамъ, гдѣ это важно знать, прибавляется специальное право, законность и самостоятельность котораго хотятъ обозначить словомъ dominium, въ родительномъ падежѣ, который здѣсь можетъ быть замѣненъ нарѣчіемъ quoad съ винительнымъ падежомъ. Примерами значенія dominium, какъ безразличнаго по объему господства надъ вещью могутъ служить, такіа мѣста какъ fr. 8 pr. D. de reb. auctor. jud. possid. 42, 5: In venditione bonorum etiam ususfructus veniat, quia appellatione domini fructuarius quoque continetur. (Ульпианъ объясняетъ продажу узуфрукта въ этомъ случаѣ тѣмъ, что и онъ есть предметъ имущества, bona, а рѣчь идетъ о *venditio bonorum*). Очевидно здѣсь слово dominus только указываетъ на самостоятельность власти фрукуарія. Также сюда относится fr. 15 § 8 D. quod vi aut clam. 43, 24. Когда же римляне желаютъ выразиться точнѣе, то они, какъ уже было сказано, прибавляютъ къ слову dominium ту власть, самостоятельность и законность которой должны быть обозначены этимъ словомъ.

Такимъ образомъ мы неоднократно встрѣчаемъ выраженія: dominus proprietatis, dominium proprietatis, когда желаютъ

указать на право собственности какъ законное и самостоятельное право, въ противоположность другимъ самостоятельнымъ, законнымъ правамъ, именно сервитутамъ, а главнымъ образомъ въ противоположность узуфрукту; см. напр. fr. 13 pr. D. 7, 1 proprietatis dominus securus esse debet de proprietate; fr. 15 § 6 eod: proprietatis dominus non debet impedire fructuarium и т. д. Замѣчательно при этомъ, что почти исключительно слова dominium и dominus употребляются и въ этомъ смыслѣ о правѣ собственности, между тѣмъ какъ „dominium ususfructus“ приводится только въ одномъ мѣстѣ, именно въ fr. 3 Dig. si ususfr. petatur 7, 6, и тутъ, какъ мы укажемъ ниже, выраженіе это имѣетъ совершенно особенное значеніе. При выраженіи же „dominium proprietatis“ конечно никто, хоть нѣсколько знакомый съ источниками, не станетъ думать о правѣ собственности въ собственности, какъ безтѣлесной вещи, такъ что это лучшее доказательство тому, что dominium съ прибавленіемъ предмета въ родительномъ падежѣ не обозначаетъ права собственности въ этомъ предметѣ. Но, можно бы было возразить: только что опровергнутое нами значеніе слова dominium въ соединеніи съ proprietas все таки можетъ быть принято, если разсматривать тутъ proprietas не какъ право собственности, а какъ тѣлесный предметъ, составляющій объектъ собственности, подобно тому, какъ слово possessio иногда употребляется для обозначенія предмета владѣнія, какъ напр. въ выраженіяхъ: possessionis redditus (fr. 91 § 2 D. 32); munera possessionibus indicuntur (fr. 18 § 21, 25 D. 50, 4); dominus possessionis (C. 2 Cod. 9, 39) и т. п. Однако это возраженіе окажется несостоятельнымъ, если мы обратимся напр. къ fr. 8 § 4 Dig. qui satisdare cogantur 2, 8 (Paulus): *de re restituenda domino proprietatis*, и fr. 12 D. ad leg. Aquil. 9, 2 (Paulus): *si proprietatis dominus vulneraverit servum*.... Слово dominus въ обоихъ этихъ мѣстахъ соответствуетъ тому, что обозначается германскими юристами словомъ: Innehaber, что отнюдь не значить собствен-

никъ, *Eigenthümer*. Мы полагаемъ что, вездѣ гдѣ имѣется выраженіе *dominium proprietatis*, его въ смыслѣ римскихъ же юристовъ можно безъ сомнѣнія замѣнить словами *jus proprietatis*.

Принимая въ этомъ смыслѣ выраженіе: *dominium ususfructus*, мы получимъ тотъ результатъ, что имъ обозначается узупруктъ установленный законнымъ способомъ и доставляющій поэтому фруктуарію полное правовое положеніе связанное съ этимъ правомъ по *jus civile*. На такой смыслъ дѣйствительно прямо и указываетъ содержаніе того мѣста источниковъ, въ которомъ единственный разъ приводится упомянутое выраженіе, а именно: fr. 3 Dig. si ususfr. ret. 7, 6. Какъ уже справедливо указалъ Савиньи ¹⁾, юристъ Юліанъ здѣсь разумѣетъ подъ *dominium ususfructus*, какъ онъ самъ выражается, „*usumfructum legitime alicujus factum*“ въ противоположность *possessio duntaxat ususfructus*, которое представляется въ случаѣ „*ususfructus ex causa fideicommissi traditi*.“ *Legitimum* же, какъ известно, у римскихъ юристовъ значитъ основанное на *jus civile*, т. е. существующее *secundum legem* (*scriptam vel non scriptam*), такъ что *dominium ususfructus* тутъ обозначаетъ власть фруктуарія законную *ex jure civili*, а *possessio ususfructus* — фактическую съ точки зрѣнія *juris civilis* власть, поддерживаемую только *tutitione praetoris*; поэтому Юліанъ и говоритъ, что нелѣпо было бы приписывать болѣе *права* тому, кто имѣетъ пользованіе чужою вещью не на основаніи *jus civile*, которымъ введенъ вообще институтъ узупрукта, нежели тому, который основывается при своемъ пользованіи на законѣ. Это ясное значеніе выраженія *dominium ususfr.* въ единственномъ мѣстѣ, гдѣ оно вообще встрѣчается, безусловно уничтожаетъ всякую доказательную силу приведеннаго мѣста въ пользу противниковъ нашего мнѣнія.

Въ обоихъ до сихъ поръ рассмотрѣнныхъ значеніяхъ слово *dominium* слѣдовательно имѣетъ смыслъ: законной, независимой

¹⁾ Das Recht des Besitzes. § 12 а подъ 6) р. 200, 7-го изданія.

власти *ex jure civili* (*jus, legitima potestas*) вообще, а отнюдь не права собственности въ специальномъ смыслѣ этого слова. *Dominus* есть всякое лицо, которому принадлежитъ эта власть.

3) Но въ большей части случаевъ слово *dominium* употребляется въ самомъ тѣсномъ юридическомъ смыслѣ, обозначая право собственности *въ тѣлесной вещи*, въ противоположность сервитутамъ, и другимъ правамъ, которыя должны бы считаться по Эльверсу и другимъ за видъ собственности (въ безтѣлесной или фиктивной вещи); *dominus* противопоставляется фруктуарію и т. д., см. напр. fr. 13 D. 7, 1; *si cujus rei ususfructus legatus sit, dominus potest in ea re satisfactionem desiderare*; fr. 17 § 1 eod: *Ex eo, ne deterior conditionem fructuarii faciat proprietarius, solet quaeri, an servum dominus coercere possit?* Употребленіе тутъ слова *dominus* безъ всякаго прибавленія, между тѣмъ какъ говорится именно о хозяинѣ въ виду фруктуарія, которому подлежить вещь, показываетъ, что съ этимъ словомъ, самимъ по себѣ взятымъ, по правилу не можетъ быть связано другое понятіе, какъ хозяина (тѣлесной вещи)¹⁾. Затѣмъ очевидно въ титулахъ институцій *de regum divisione* и дигестовъ *de acquirendo regum dominio* идетъ рѣчь только о собственности въ тѣлесныхъ вещахъ. Тоже самое ясно выходитъ изъ институцій Гаю, который, по разсмотрѣніи способовъ пріобрѣтенія безтѣлесныхъ вещей, сервитутовъ, въ 40-мъ § 2-ой книги переходитъ къ ученію о правѣ собственности въ тѣлесныхъ вещахъ, словами: *Sequitur, ut admoneamus* — указывая тѣмъ, что начинается новая глава. Наконецъ мы имѣемъ прямое указаніе юриста Павла на то, что по поводу сервитута не можетъ быть рѣчи о *dominium* (въ тѣсномъ юридическомъ смыслѣ): fr. 25 D. de V. S. *Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam quum ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit.*

¹⁾ См. fr. 26 pr. Dig.: 33, 2: «*dominium deducto usufructu*».

Вспомнимъ встать, что возлѣ слова *dominium* для обозначенія понятія права собственности, какъ извѣстно, употребляется еще и слово *proprietas*. Слово это, рѣдко встрѣчающееся въ общемъ смыслѣ особенности, особеннаго свойства какого нибудь предмета — *gr. verborum, scripturae* (fr. 2 § 1 Dig. 44, 7), почти исключительно приводится тамъ, гдѣ идетъ рѣчь объ ограниченной собственности, т. е. о такой отъ которой отдѣленъ узупфруктъ, слѣдовательно въ смыслѣ *nuda* или *sola proprietas* (i. e. *detracto usufructu*). См. напр. fr. 15 § 1 D. 2, 8; fr. 15 § 8 D. 43, 24; fr. 3 § 2 D. 7, 1 и т. д. Весьма рѣдко только слово *proprietas* употребляется для обозначенія права собственности вообще: fr. 38 § 10 Dig. 22, 1, въ особенности же тогда, когда идетъ рѣчь о процессѣ по поводу собственности, *controversia de proprietate, lis proprietatis* fr. 33 D. 4, 3.

И такъ окончательный выводъ нашъ изъ вышесказаннаго слѣдующій: для обозначенія права собственности употребляются въ источникахъ два термина: *dominium* и *proprietas*, первый обыкновенно тогда, когда говорится о собственности какъ полномъ правѣ, второй, когда идетъ рѣчь объ ограниченной узупфруктомъ собственности, хотя иногда они и замѣняются одинъ другимъ въ этихъ значеніяхъ.

Вангеровъ опредѣляетъ сервитуты такъ: это суть установленныя для исключительной пользы даннаго субъекта вещныя права, по которымъ этому субъекту доставляются отдѣльныя изъ входящихъ въ составъ права собственности права (*einzelne Eigenthumsbefugnisse*) въ чужой вещи. Это опредѣленіе не достаточно отличаетъ сервитуты отъ закладнаго права и затѣмъ по вѣрному замѣчанію Келлера: можно ли назвать „*Eine Eigenthumsbefugnis an fremder Sache*“ право запрещать возвышеніе дома?

Наконецъ нельзя не упомянуть о томъ опредѣленіи сервитутовъ, которое даетъ новѣйшій писатель по этому предмету,

Шенеманъ ¹⁾, отвергающій всё предшествующія опредѣленія съ большою самоувѣренностію. Онъ выходитъ изъ того положенія, что предшествовавшіе ему ученые невѣрно отличали фактический матеріалъ сервитутовъ (den thatsächlichen Stoff) отъ юридической формы ихъ (rechtliche Gestaltung). Въ слѣдующемъ опредѣленіи по мнѣнію Шенемана ²⁾ вполне выражается и то и другое:

Die Servituten sind dingliche Rechte des Gebrauchs und des Fruchtgenusses von Sachen ohne Verzehrung derselben.

При внимательномъ же разсмотрѣніи опредѣленіе Шенемана, оно оказывается совершенно несостоятельнымъ.

Прежде всего именно въ немъ поражаетъ отсутствіе того признака, безъ котораго до сихъ поръ не обходился ни одинъ изъ новѣйшихъ ученыхъ, и который выставляется и римскимъ юристомъ Павломъ при опредѣленіи одного вида сервитутовъ личныхъ, т. е. узуфрукта. Этотъ признакъ именно тотъ, что сервитуты представляются правами *въ чужой* вещи. Шенеманъ требуетъ чтобы этотъ признакъ былъ исключенъ изъ опредѣленія, какъ не вѣрный ³⁾. Но соображенія, на которыхъ онъ основываетъ это требованіе, выраженное свойственнымъ ему диетаторскимъ тономъ, далеко не убѣдительны. Вотъ именно какъ онъ рассуждаетъ: мнѣніе, по которому право собственности древнѣе всѣхъ другихъ вещныхъ правъ, противно показаніямъ исторіи. Задолго ⁴⁾ передъ тѣмъ какъ выработывается фактический и юридическій матеріалъ собственности, существуютъ уже отдѣльныя части (einzelne Stücke) пользованія вещью и господства надъ нею. Пастушескіе народы, располагающіе свои шатры сегодня здѣсь, а завтра на другомъ мѣстѣ, отнюдь не находятъ въ такомъ положеніи, чтобы осуществлять полное господство

¹⁾ Schoenemann: Die Servituten. Leipzig. 1866.

²⁾ I. с. р. 28.

³⁾ I. с. р. 16.

⁴⁾ I. с. р. 15.

надъ вещью во всѣхъ направленіяхъ. Отверывая пастбища своему скоту, они пользуются и извлекаютъ плоды изъ земли только въ весьма ограниченномъ объемѣ: они именно и осуществляютъ то, что составляетъ фактической матеріаль отдѣльныхъ правъ пользованія, т. е. сервитутовъ. Поэтому фактической матеріаль сервитутовъ развитъ задолго передъ тѣмъ какъ является понятіе полного обладанія вещью въ видѣ собственности, ибо это понятіе возникаетъ только тогда, когда отдѣльныя лица и цѣлые народы превращаются въ осѣдлыхъ изъ кочующихъ. Вслѣдствіе сего, разсуждаетъ далѣе Шенеманъ, юридическое формулированіе сервитутовъ не находится ни въ какой связи съ полнымъ обладаніемъ вещью, т. е. съ собственностію — и вотъ почему могутъ существовать сервитуты и въ вещахъ никому не принадлежащихъ (*res nullius*). Сервитуты слѣдовательно являются правами въ вещи самой по себѣ, безъ всякаго отношенія къ тому, принадлежать ли въ этой вещи кому нибудь другому какія либо права или нѣтъ. Вотъ главные основанія, по которымъ Шенеманъ требуетъ, чтобы общепринятое формулированіе понятія сервитутовъ было исправлено и точнѣе опредѣлено¹⁾.

Что касается до общихъ разсужденій Шенемана въ этомъ вопросѣ, то онъ, слишкомъ увлекаясь тѣмъ, что онъ называетъ „*den thatsächlichen Stoff*“ т. е. фактическимъ матеріаломъ или элементомъ юридическихъ институтовъ, очевидно въ вышеприведенныхъ словахъ говорить вовсе не о сервитутахъ.

Если мы именно приступаемъ къ опредѣленію понятія сервитутовъ по римскому праву, то мы имѣемъ въ виду *опредѣленный юридическій институтъ частнаго права*, а не фактическія отношенія къ землѣ, какія мы видимъ у кочевыхъ народовъ, расположившихъ шатры свои на какомъ нибудь мѣстѣ съ тѣмъ чтобы ихъ снять, можетъ быть, завтра, и перейти на другое

¹⁾ «die allgemein übliche Fassung des Servitutenbegriffs zu corrigiren und zu praecisiren».

мѣсто. То, что составляетъ по Шенеману фактической матеріаль сервитутовъ, можетъ быть такимъ же образомъ фактическимъ матеріаломъ владѣнія, собственности, эмфитевтическаго права, договора найма и т. д. Если мы напр. обратимся къ тому сервитуту, который ближе всего подходитъ къ фактическому отношенію приведенному Шенеманомъ, т. е. къ *servitus pascendi*, то мы увидимъ, что фактически пасты свой скотъ на извѣстной землѣ можетъ не только лицо имѣющее этотъ сервитутъ, но и хозяинъ земли, и эмфитевтъ, и наниматель. Юридическій признаетъ, которымъ отличается отношеніе *servitus pascendi* отъ отношенія нанимателя и т. п. заключается *въ томъ юридическомъ, правовомъ основаніи, на которомъ покоится власть лица имѣющаго сервитутъ и которымъ оно ограничивается въ пользованіи* вещь, такъ что оно не можетъ извлекать изъ нея выгодъ инымъ способомъ кромѣ употребленія ея на пастбище для скота и т. п.

Если мы теперь обратимся къ тому мѣсту источниковъ, на которое ссылается Шенеманъ, т. е. *Vat. fragm. II § 42*¹⁾, то замѣтимъ, что тамъ идетъ рѣчь вовсе не объ узурфруктѣ въ вещи никому не принадлежащей; императоры въ своемъ рескриптѣ указываютъ только на то, что личный характеръ узурфрукта не слѣдуетъ истолковывать въ томъ смыслѣ, чтобы смерть хозяина вещи уничтожала право фруктуарія. Мы рѣшительно не понимаемъ, какъ не могъ Шенеманъ понять простаго, яснаго смысла приведеннаго мѣста, тѣмъ болѣе, что въ кодексѣ Юстиніана это же самое мѣсто изложено подробнѣе, и тамъ уже не оставляетъ ни малѣйшаго сомнѣнія. Въ *C. 3 pr. Cod. de usufr. 3, 33* именно мы находимъ указаніе на то, что со смертію фруктуарія право узурфрукта прекращается, а въ § 1 въ противоположность этому сказано, что смертію хозяина вещи узурфруктъ не уничто-

¹⁾ *Diocletianus et Max. Fructuario superstite, licet dominus proprietatis rebus humanis eximatur, jus utendi fruendi non tollitur.*

жается. И такъ при полной бездоказательности приводимаго Шенеманомъ мѣста изъ источниковъ, общія разсужденія его насчетъ того, что сервитутъ можетъ быть и въ вещахъ никому не принадлежащихъ, не имѣютъ никакого значенія. Вопросъ этотъ, сколько намъ извѣстно, вовсе еще не затронутъ въ литературѣ; всѣ писатели, какъ было сказано выше, выходили изъ понятія сервитута, какъ права въ чужой вещи, какъ ограниченія чужой собственности. Причину такого молчанія литературы слѣдуетъ искать въ томъ, что въ нашихъ источникахъ нѣтъ ни одного мѣста, въ которомъ упоминалось бы о сервитутѣ въ *res nullius*; а это обстоятельство опять является необходимымъ и естественнымъ послѣдствіемъ того, что *при пользованіи re nullius не можетъ быть рѣчи о сервитутѣ*, и не только, какъ намъ кажется, по римскимъ, но и ни по какимъ вообще разумнымъ взглядамъ. Сервитутъ именно, по мнѣнію самого Шенемана, есть право *частичнаго пользованія вещію безъ ея потребленія* (*Verzehrung*). Очевидно слѣдовательно сервитутъ есть *право ограниченное*, а объ ограниченномъ правѣ можетъ быть рѣчь только тамъ, гдѣ вещь по юридическимъ причинамъ не подлежитъ вліянію лица въ большемъ размѣрѣ. Объ ограниченіи, словомъ сказать, можетъ быть рѣчь только тамъ, гдѣ имѣется сила ограничивающая. Какое же право частичнаго (слѣдовательно ограниченаго) пользованія можетъ быть тамъ, гдѣ по самому закону лицо имѣетъ право полнаго, безусловнаго обладанія вещію, какъ это именно имѣетъ мѣсто по римскому праву въ отношеніи къ *res nullius*? Кто же тутъ можетъ помѣшать ежеминутному распространенію пользованія, даже потребленію вещи со стороны лица пользующагося? Такимъ образомъ при пользованіи *re nullius* уже не будетъ того признака, который выставляется Шенеманомъ въ словахъ: *пользованіе безъ потребленія вещи*, ибо то обстоятельство, что лицо случайно не потребляетъ вещи, еще не опредѣляетъ его *права*, а есть фактическое самоограниченіе, которое во всякое время можетъ быть уничтожено

совершенно безнаказанно. Повторяемъ — только тогда можетъ быть рѣчь объ ограниченномъ правѣ, когда можетъ быть оспариваемо болѣе полное господство надъ вещью, такъ что *право сервитута* получаетъ значеніе и силу только тогда, когда кто либо ссылается на свою собственность въ служащей вещи, когда сервитуту противопоставляется *vindicatio* или *actio negatoria*; при обоихъ же названныхъ искахъ основаніе составляетъ право собственности истца. Наконецъ есть цѣлый разрядъ сервитутовъ, котораго нельзя себѣ и представить въ *res nullius* — это т. назыв. *servitutes prohibendi*. Кому же мы станемъ запрещать соответствующія дѣйствія, если не будетъ хозяина служащаго имѣнія?

Изъ сказаннаго видно, что Шенеманъ грѣшитъ противъ самыхъ первоначальныхъ юридическихъ взглядовъ, именно противъ того, что нѣтъ права безъ соответствующей обязанности, и наоборотъ.

Разбирая далѣе опредѣленіе Шенемана, мы видимъ, что онъ не отдѣляетъ сервитутовъ отъ правъ эмфитевтическаго и суперфициарнаго. Вслѣдствіе всего этого мы должны считать опредѣленіе его неудачнымъ.

Опредѣленія сервитутовъ самыя краткія, и поэтому уже ближе всего подходящія къ требуемому, тѣ, которыя приводятся Гофманномъ¹⁾ и Пухтою²⁾. Гофманнъ говоритъ: сервитуты суть строго связанныя съ опредѣленнымъ субъектомъ вещныя права пользованія (принимая послѣднее слово въ самомъ обширномъ смыслѣ). Пухта: сервитуты суть права въ чужой вещи доставляющія пользованіе ея индивидуально опредѣленному субъекту.

Оба послѣднія опредѣленія совершенно ясны и соответственны, если только принять въ расчетъ прибавленіе сдѣлан-

¹⁾ Die Lehre von den Servituten nach Römischen Rechte. Darmstadt. 1838.

²⁾ Pandekten § 178.

ное Гофманномъ. Но это послѣднее обстоятельство, т. е. необходимое прибавленіе толкованія слова пользование, заставляетъ насъ отыскивать еще болѣе подходящее опредѣленіе. Намъ кажется, что этому требованію соотвѣтствуетъ нижеслѣдующее: *сервитуты суть права доставляющія индивидуально определенному субъекту власть непосредственно вліять на чужую телесную вещь въ отношеніи къ какой либо пользѣ доставляемой ею субъекту, съ сохраненіемъ самой вещи хозяину*¹⁾. Это опредѣленіе, заключаая въ себѣ главный отличительный признакъ сервитутовъ, т. е. связанность ихъ съ опредѣленнымъ субъектомъ, указываетъ на вещный ихъ характеръ въ словѣ: непосредственно, обходитъ подвергавшееся нападеніямъ ученыхъ и дѣйствительно недостаточно опредѣленное слово пользование, замѣняя его словами: вліяніе въ какомъ либо отношеніи полезномъ субъекту — подъ это конечно подходитъ и *servitus altius non tollendi* — и отличаетъ въ послѣдней своей части сервитуты отъ закладнаго права, цѣль котораго именно заключается въ отчужденіи чужой вещи.

Мы выше указали, что, какъ выходитъ изъ римскихъ источниковъ, римскіе юристы сознавали общее понятіе сервитутовъ. Посмотримъ, какъ относятся къ этому вопросу новѣйшія законодательства, и выберемъ для этого именно то законодательство, которое многими новѣйшими юристами разсматривается, какъ образцовое по частному праву, именно французское, Code Napoléon или Code civil²⁾.

¹⁾ Servituten sind Rechte, welche einem individuell bestimmten Subject die unmittelbare Einwirkung auf eine fremde Sache in einer beliebigen, dem Subject Nutzen bringenden, Beziehung verleihen, jedoch so, dass die Sache selbst dem Eigenthümer erhalten bleibe.

²⁾ Наше право, обогатившееся терминомъ и понятіемъ сервитута только въ самыя новѣйшія времена, какъ это видно изъ вышесказаннаго, очевидно относитъ слово сервитутъ только къ вещественнымъ служебностямъ. Исчисляя именно сначала различныя

Въ немъ по видимому совершенно отдѣляются *les services* (*servitudes*) *fonciers* съ одной стороны, отъ *le droit d'usufruit, d'usage, d'habitation* съ другой. См. liv. II. tit III и tit IV. Дѣйствительно есть ученые полагающіе что *Code civil* установилъ коренное различіе между тѣми и другими сервитутами, заключающееся въ томъ, что только личные сервитуты суть истинныя вещныя права (*droits réels*), а сервитуты вещественныя вовсе не представляются какъ *droits réels*¹⁾. Мнѣніе это, однако, надобно признать невѣрнымъ уже потому, что составители Наполеонова кодекса, которымъ былъ извѣстенъ взглядъ римлянъ на сервитуты вообще какъ на права вещныя, прямо указали бы на это уклоненіе отъ римскаго принципа, если бы они хотѣли подъ названіемъ *servitudes* ввести новое, отличное отъ римскаго, учрежденіе. Они должны были предвидѣть, что, удерживая римское названіе, они сдѣлали не только возможнымъ, но, по общему правилу толкованія Наполеонова кодекса, по которому въ сомнительныхъ случаяхъ обращаются къ римскому праву, даже необходимымъ, заимствованіе французскими юристами римскихъ принциповъ. Выраженіе art. 637: *Une servitude est une charge imposée sur un héritage*, а не „*un droit*“, не достаточно само по себѣ для поддержанія противнаго мнѣнія, точно также какъ и изложеніе сервитутовъ — *services fonciers* въ одномъ титулѣ, а *usufruit etc.* въ другомъ титулѣ²⁾. Мы не остановимся здѣсь долго на мнѣніи Барбо объ этомъ предметѣ, такъ какъ оно непосредственно не касается насъ, ибо Барбо самъ признаетъ личные сервитуты за вещныя права, *droits réels*,

личные сервитуты подъ ихъ особенными названіями: пожизненнаго владѣнія, пользованія и т. п., нотаріальный уставъ прибавляетъ сервитуту какъ нѣчто особенное.

¹⁾ См. Barbo: *Die Theorie der Servituten des französischen Rechts*. Mannheim. 1855. § 50.

²⁾ И въ римскихъ источникахъ мы видимъ подобное отдѣленіе въ институціяхъ и въ пандектахъ.

см. стр. 199. № 2 стр. 200 и слѣд. Достаточно указать вкратчѣ на тѣ поводы, по которымъ составители кодекса Наполеона не выставили личныхъ и вещныхъ сервитутовъ подъ однимъ общимъ именемъ; это указаніе per argumentum e contrario приведетъ насъ къ убѣжденію, что истинный взглядъ французскаго законодательства объ этомъ предметѣ тотъ же, какъ и римскій¹⁾. Поводомъ къ этому именно послужило слѣдующее обстоятельство: такъ какъ хозяинъ вещи служащей (rei servientis), удерживая въ своихъ рукахъ вещь, долженъ былъ допускать вліяніе на нее другихъ лицъ, выразившееся въ томъ, что эти другія лица могли предпринимать различныя дѣйствія съ его вещію, или же въ томъ, что самъ хозяинъ долженъ былъ не предпринимать извѣстныхъ дѣйствій въ отношеніи къ ней, то можно было опасаться, что люди юридически необразованные, въ особенности низшаго сословія, во введеніи въ Code „личныхъ сервитутовъ“, „servitudes personnelles“, судя по этому названію, увидятъ возстановленіе *феодалныхъ* правъ, хотя послѣднія уже тѣмъ существенно отличались отъ сервитутовъ, что на вассалѣ лежала обязанность къ совершенію извѣстныхъ *положительныхъ* дѣйствій въ пользу сюзерена, не говоря уже о другихъ отличіяхъ личныхъ сервитутовъ отъ феодальныхъ правъ. По этому составители Наполеонова кодекса совершенно опустили названіе личныхъ сервитутовъ, чтобы именно не возбуждать въ народѣ подобныхъ опасеній насчетъ возстановленія ненавистныхъ феодальныхъ правъ, только что уничтоженныхъ революціею. А что именно это опасеніе руководило составителями кодекса, это мы видимъ изъ слѣдующихъ статей закона: Art. 638: *La servitude n'établit aucune prééminence*

¹⁾ Замѣтимъ, что и у римлянъ иногда названіе servitutes встрѣчается для обозначенія вещныхъ сервитутовъ per eminentiam, и имъ противопоставляется ususfructus. См. Const. ult. Cod. de rebus alienis non alienandis, 4, 51.

d'un héritage sur l'autre; art. 686: Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public. Изъ этихъ мѣстъ очевидно, какъ тщательно составители Code старались выставить, съ возможною ясностію, отличіе сервитутовъ отъ феодальныхъ правъ. Да, они въ этомъ стараніи доходили еще далѣе, именно ввели для обозначенія даже вещныхъ сервитутовъ новое слово вмѣсто *servitudes*, именно *services fonciers*, руководясь при этомъ ненавистью народа ко всему, что могло напоминать личную зависимость, рабство (*servitude*). Впрочемъ выраженіе *servitude* французскою юриспруденціею вскорѣ опять введено и даже упоминается въ Code въ заглавіи наприм. 2-й книги 3-го титула: *Des servitudes ou services fonciers*¹⁾. Вызванная политическими соображеніями терминологія и вѣднѣе отдѣленіе личныхъ сервитутовъ отъ вещныхъ не произвели однако никакого измѣненія въ самыхъ понятіяхъ, какъ о томъ свидѣлствуютъ сами французскіе юристы. См. наприм. *Duganton: Cours du droit français. Brux. 1835. II. p. 345. Néanmoins, s'ils ont réjeté cette qualification de servitudes personnelles, ils n'ont pas changé la chose, et ils ne l'auraient pu sans proscrire l'établissement de ces mêmes droits etc.*

Вышесказанное намъ кажется достаточнымъ для опредѣленія понятія сервитутовъ, необходимаго для того, чтобы указать мѣсто *ususfructus* въ системѣ гражданскаго права. Для окончательнаго опредѣленія этого мѣста остается только еще сказать, что *узупфруеть* принадлежитъ къ тому виду сервитутовъ,

¹⁾ См. объ этомъ *Lassaux: Code Napoléon, III Coblenz 1811. стр. 100.*

которые называются личными сервитутами (*persönliche Dienstbarkeiten, servitutes personarum*); эти же сервитуты, какъ известно, отличаются отъ вещныхъ слѣдующими двумя признаками: во 1) *ex субъективномъ* отношеніи тѣмъ, что личные сервитуты суть права нераздѣльно связанныя съ специально опредѣленнымъ физическимъ или юридическимъ лицомъ, между тѣмъ, какъ вещные сервитуты связаны съ опредѣленнымъ недвижимымъ имѣніемъ (*praedium dominans*), такъ что послѣдніе могутъ быть осуществляемы не только опредѣленнымъ индивидуальнымъ лицомъ, но каждымъ законнымъ владѣльцемъ господствующаго имѣнія. Во 2) *ex объективномъ* отношеніи тѣмъ, что личные сервитуты могутъ быть устанавливаемы въ любой тѣлесной вещи, движимой или недвижимой, между тѣмъ какъ объектомъ вещественныхъ сервитутовъ могутъ быть только одни недвижимыя имѣнія (*praedium serviens*).

Мы теперь показали положеніе узуфрукта въ системѣ гражданскаго права. Это есть вещное право (*jus in rem*), именно право въ чужой вещи (*jus in re aliena*), сервитутъ, и именно личный сервитутъ. Всѣ общія черты названныхъ институтовъ, слѣдовательно, должны встрѣчаться въ ученіи объ узуфруктѣ, если только римскіе юристы развивали это ученіе послѣдовательно. Мы надѣемся доказать это.

Источники.

Изъ источниковъ, служившихъ основаніемъ нашего изслѣдованія, мы здѣсь укажемъ только на тѣ, которые специально занимаются ученіемъ *de usufructu*. Хотя именно мы и здѣсь должны будемъ касаться многихъ вопросовъ, общихъ всѣмъ сервитутамъ, напр. вопроса объ установленіи, прекращеніи, защитѣ ихъ, однако въ источникахъ по этимъ вопросамъ имѣются спеціальныя титулы для узуфрукта, см. напр. *Dig. VII, 2, 6*, а въ титулахъ, въ которыхъ излагаются соотвѣтствующія ученія относительно

другихъ сервитутовъ, указывается на ученіе объ узупруктѣ, какъ на прототипъ¹⁾). Но, конечно, намъ часто придется ссылаться и на тѣ мѣста источниковъ, гдѣ говорится о сервитутахъ вообще, часто же и на другія, не имѣющія по видимому никакого прямого отношенія къ сервитутамъ. Цитаты такого рода мы приведемъ въ своемъ мѣстѣ. Что же касается до источниковъ, въ которыхъ специально разсматривается узупруктъ, то они слѣдующіе:

1) Gajus. Commentarius II § 30—33. IV § 3. Хотя Гай не излагаетъ подробно ученія о нашемъ предметѣ, но касается его только мимоходомъ, по поводу ученія объ уступкѣ въ судѣ (*in iure sessio*), однако, какъ мы увидимъ въ ученіи объ установленіи узупрукта, напр. знаменитый, доннѣ продолжающійся споръ между учеными насчетъ необходимыхъ условій важнѣйшаго способа установленія узупрукта между живыми — договора, основывается именно на § 31 *cit.*; другой замѣчательный споръ о послѣдствіяхъ уступки права узупруктуаріемъ постороннему лицу — на § 30 *cit.*

2) Paulus. *Receptae Sententiae*. III, 6, §§ 17 — 33. Юристъ Павелъ въ приведенномъ мѣстѣ даетъ, хотя весьма краткій, но очеркъ всего ученія объ узупруктѣ: о правахъ на плоды, на приращенія, о способахъ прекращенія и т. п. Хотя всѣ эти ученія гораздо подробнѣе развиты въ другихъ источникахъ, которые будутъ приведены ниже, тѣмъ не менѣе цитированное мѣсто изъ сочиненія Павла представляетъ важность тѣмъ, что подкрѣпляетъ другіе источники ср. напр. Paul. III, 6 §§ 24 и 25 и fr. 14 § 2 *Dig. de usu et hab.* 7, 8 (*Ulpian. lib. 18 ad Sabin.*).

3) *Vaticana Fragmenta tit. de usufructu* (II) §§ 41 — 93.

¹⁾ См. fr. 2 *Dig. si serv. vind.* 8, 5 (*Ulpian.*): *De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum, quae ad usumfructum pertinent.*

Этот источникъ представляется чрезвычайно важнымъ, и не только въ качествѣ матеріала для объясненія важныхъ вопросовъ въ нашемъ ученіи, но и вообще какъ одинъ изъ памятниковъ, въ которыхъ сохранились до насъ самыя тонкія созданія классической римской юриспруденціи, см. въ этомъ отношеніи въ особенности §§ 75 и слѣд., много содѣйствовашіе разъясненію напр. вопроса о приращеніи узупфрукта, установленнаго завѣщаніемъ, сонаслѣдникамъ. Къ сожалѣнію этотъ, во всѣхъ отношеніяхъ отличный, источникъ сохранился съ большими пробѣлами. Новѣйшіе изслѣдователи при историческихъ вопросахъ полагаютъ въ основаніе своихъ разсужденій Ватиканскіе фрагменты, какъ самый надежный источникъ, а затѣмъ дополняютъ его другими источниками ¹⁾.

4) Изъ законодательныхъ работъ императора Юстиніана наибольшую важность представляютъ конечно дигесты, въ которыхъ цѣлая книга VII, за исключеніемъ двухъ небольшихъ титуловъ (7-го: de operis servorum и 8-го de usu et habitatione), посвящена ученію объ узупфруктѣ. Къ этому слѣдуетъ присоединить еще 2-й титулъ 33-й книги: de usu et usufructu etc. per legatum vel fideicommissum datis. При обилии матеріала, доставляемаго дигестами, институціи — Institut. III tit. 4 de usufructu, и кодексъ: Cod. 3, 33 de usufructu et habitatione etc. представляются менѣ важными источниками для ученія объ узупфруктѣ вообще; но для одного вопроса, выработаннаго именно только въ императорскія времена, т. е. для такъ называемаго законнаго узупфрукта (ususfructus legalis), устанавлиаемаго по поводу различныхъ семейныхъ отношеній, императорскія постановленія, конечно, служатъ единственнымъ источникомъ. См. объ этомъ въ особенности: Cod. VI, 60 de bonis maternis et materni generis; VI, 61: de bonis, quae liberis in potestate constitutis.... acquiruntur; Nov. 22 c. 23—26; nov. 117 c. 1—2.

¹⁾ См. напр. Asher: Rechtsgesch. Studien I. стр. 3.

Литература.

Разсматривая литературу по нашему предмету, мы прежде всего должны сказать, что появившіяся въ новѣйшія времена пособія, какъ по вопросу о сервитутахъ вообще, такъ и по usufructu въ особенности, начиная съ usufructa Гальвана (Galvanus), до новѣйшаго сочиненія: Krans, *Traité des droits d'usufruit, d'usage etc.*, и съ комментарія Глюка (т. IX) до сочиненія Шенемана: *Die Servituten*, вполне отъснели на второй планъ болѣе древнюю литературу этого предмета. Кромѣ того, съ начала нынѣшняго столѣтія появилось въ ученой германской литературѣ столько статей по отдѣльнымъ спорнымъ вопросамъ въ нашемъ ученіи, гдѣ указывается на древнѣйшія мнѣнія, что приведеніе древнихъ сочиненій мы считаемъ совершенно лишнимъ. По этому мы здѣсь ограничимся указаніемъ тѣхъ только сочиненій, которыя, по нашему мнѣнію, содѣйствовали установленію нынѣ существующихъ въ западной литературѣ взглядовъ на римское ученіе объ usufructu. Къ этимъ сочиненіямъ принадлежать:

1) Galvanus: *De usufructu dissertationes variae* ed. II Genev. 1676, 4^o ed. nova. Tub. 1788, 4^o. Въ этой обширной книгѣ авторъ, по обыкновенію тогдашняго времени, отъ котораго, впрочемъ, не отказались и иные ученые нынѣшняго столѣтія, см. ниже о Прудонѣ, кромѣ вопроса объ usufructu, и по поводу его, разсматриваетъ самые различные вопросы римскаго права, и притомъ весьма подробно. Если вслѣдствіе этого, а также вслѣдствіе безпрестанныхъ цитатъ изъ самыхъ различныхъ писателей, чтеніе книги становится тяжелымъ, то все-таки нельзя обойтись безъ нея, такъ какъ въ нѣкоторыхъ вопросахъ изслѣдованія Гальвана являются довольно основательными и указавшими направленіе новѣйшимъ изслѣдованіямъ.

2) Noodt: *De usufructu libri II, in opp. omn.* Lugd. Ba-

тав. 1760. Сочиненіе это сохранило свое значеніе до нынѣшнихъ временъ. Хотя нѣкоторые изъ важнѣйшихъ источниковъ (Гай, *fragmenta Vaticana*) не могли быть извѣстны автору, однако трудъ его, на основаніи извѣстныхъ тогда матеріаловъ, представляется дѣйствительно научнымъ изслѣдованіемъ. Остроумныя толкованія источниковъ, встрѣчающія у Нодта, приводятся постоянно и новѣйшими учеными.

3) Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Bd. IX Erlangen 1808. Значеніе комментарія Глюка, дающаго по каждому институту систематическую монографію, достаточно извѣстно, чтобы долѣе о немъ распространяться. Упомянемъ только, что предшествовавшая ему литература имъ исчерпана какъ въ другихъ, такъ и въ этомъ вопросѣ, вполне.

4) Proudhon: *Traité des droits d'usufruit, d'usage etc.* tom. 9, Dijon. въ 20-хъ годахъ нынѣшняго столѣтія. Хотя сочиненіе Прудона преимущественно имѣетъ въ виду французское право, однако мы въ немъ находимъ постоянныя, не только указанія на римское ученіе, но и заимствованія изъ него. Дѣйствительно, общіе принципы нашего ученія во французскомъ правѣ заимствованы вполне изъ римскаго. Сочиненіе Прудона имѣетъ еще то значеніе, что указываетъ во многихъ вопросахъ, до сихъ поръ спорныхъ между германскими учеными, рѣшенія французскаго законодательства и французскихъ судовъ. Многомность сочиненія объясняется тѣмъ, что Прудонъ, подобно Гальвану, въ ученіе объ узупруктѣ вставляетъ огромныя трактаты о всевозможныхъ юридическихъ вопросахъ съ тѣмъ, чтобы потомъ примѣнить ихъ въ узупрукту. Хотя самостоятельности въ этомъ сочиненіи мало, но достоинство его заключается въ изложеніи ясною и полною.

5) Недавно только появившееся въ литературѣ сочиненіе: Krams: *Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation etc. en droit Romain.* Liège et Paris. 1869. Сочиненіе это, имѣющее то преимущество передъ Прудономъ, что авторъ обращаетъ

нѣкоторое, хотя недостаточное, вниманіе на нѣмецкую литературу, однако не можетъ быть названо вполне соответствующимъ новѣйшему положенію науки по разсматриваемымъ въ немъ вопросамъ, потому что авторъ, самъ указывающій, какъ на главную цѣль своего сочиненія, на разрѣшеніе множества спорныхъ пунктовъ въ этомъ ученіи, не достаточно ознакомился съ нѣмецкою литературою по этой части, въ особенности съ тою, которая появлялась въ видѣ отдѣльныхъ статей въ юридическихъ періодическихъ изданіяхъ, а также въ новѣйшихъ монографіяхъ.

Исчисленными сочиненіями мы ограничимся относительно монографій, имѣющихъ въ виду одинъ узѣфруктъ, но излагающихъ полное ученіе о немъ.

Второй родъ пособій — это монографіи болѣе общія, и именно имѣющія своимъ предметомъ все ученіе о сервитутахъ.

6) Luden: Die Lehre von den Servituten, Gotha, 1837, сочиненіе, неизмѣвшее само по себѣ большаго научнаго значенія, и вытѣсненное вполне другимъ сочиненіемъ, а именно:

7) E. Hoffmann: Die Lehre von den Servituten nach römischen Recht 2 Bde. Darmstadt. 1838, 1843. Это сочиненіе, хотя не столь обширно, какъ изслѣдованіе Эльверса (о немъ см. ниже), однако, и послѣ самыхъ новѣйшихъ трудовъ, явившихся по этому вопросу, сохранило полное значеніе. Самостоятельность взглядовъ, выставленіе общихъ началъ и тщательное разсмотрѣніе отдѣльныхъ вопросовъ — вотъ достоинства, на основаніи которыхъ, по мнѣнію многихъ юристовъ, сочиненіе Гоффмана до сихъ поръ считается лучшимъ по вопросу о сервитутахъ.

8) Elvers, Rudolf. Die römische Servitutenlehre. Marburg. 1856. Это самое обширное сочиненіе о сервитутахъ; авторъ въ немъ вдается въ весьма подробныя изслѣдованія, такъ что каждая часть сочиненія можетъ быть разсматриваема какъ особенная подробная монографія. Такъ напр. мы могли бы поставить соч. Эльверса точно также между монографіями объ узѣфруктѣ,

какъ и между сочиненіями о сервитутахъ вообще. Несмотря однако на это, нельзя согласиться съ Эльверсомъ ни насчетъ его понятія о сервитутахъ вообще (какъ мы видѣли выше), ниже съ выводами его относительно многихъ важнѣйшихъ вопросовъ, напр. хоть относительно вопроса о возможности перенесенія узурфрукта *quoad jus*. Для незнакомыхъ съ литературою о сервитутахъ Эльверсъ представляетъ еще то неудобство, что онъ весьма рѣдко только приводитъ другихъ писателей. Въ виду этого, хотя Эльверсъ доставляетъ болѣе матеріала, и весьма драгоцѣннаго, однако вообще для ознакомленія съ ученіемъ о сервитутахъ и теперь еще едва ли не заслуживаетъ преимущества сочиненіе Гофмана.

9) Schoenemann: Die Servituten, Leipzig. 1866. Сочиненіе это по мнѣнію автора должно открыть совершенно новую эпоху въ ученіи о сервитутахъ. Упрекая всѣхъ предшественниковъ въ томъ, что они недостаточно обращали вниманіе на бытовую сторону вопроса (*den thatsächlichen Stoff*), онъ старается самъ обратить на эту часть должное вниманіе. Дѣйствительно экономическая сторона у Шенемана развита болѣе чѣмъ у кого либо изъ другихъ писателей, и хотя онъ иногда, увлекаясь ею, сходитъ съ твердой юридической почвы, однако сочиненіе его во всякомъ случаѣ должно содѣйствовать установленію болѣе соответствующаго взгляда на сервитуты. Много автору вредитъ его чрезмѣрная самоувѣренность, диктаторскій тонъ, съ которымъ онъ обращается къ ученому міру насчетъ необходимости измѣненія напр. какаго либо опредѣленія и т. п. согласно съ его изслѣдованіями. Этотъ послѣдній недостатокъ въ весьма обширныхъ размѣрахъ ощущается и въ другомъ сочиненіи:

10) Hedemann: Ueber den Erwerb und Schutz der Servituten nach römischen Recht. Berlin. 1864. При менѣе рѣзкихъ выраженіяхъ Гедеманъ вѣроятно заслужилъ бы болѣе признательности, ибо, хотя съ его результатами далеко не всегда

можно согласиться, однако работа его показываетъ большое трудолюбіе и умѣнье обращаться съ источниками.

Этими сочиненіями мы ограничимся здѣсь при обзорѣ литературы нашего предмета. Статьи по многимъ отдѣльнымъ вопросамъ, а также указанія на мѣста изъ большихъ сочиненій, относящіяся къ подобнымъ вопросамъ, мы приведемъ въ самомъ разсужденіи по мѣрѣ надобности.

Наконецъ мы должны указать, что весьма важными пособиями въ иныхъ случаяхъ являются и общія руководства по пандектамъ, какъ то: Пухты (съ лекціями), Вангерова, Келлера, Виндшейда, Синтениса и др.

ГЛАВА ПЕРВАЯ,

Значеніе выраженія: *ususfructus*. Различіе *ususfructus* отъ *usus* въ источникахъ. ¹⁾

Римляне для обозначенія права, по которому лицо можетъ пользоваться вещью и получать произведенія ея, употребляютъ сложное слово *ususfructus*, указывающее на обѣ составныя части этого права. Возлѣ узуфрукта же приводится другой личный сервитутъ, обозначаемый однимъ словомъ: *usus*. Иногда же въ отличіе отъ этого послѣдняго сервитута, первый, обыкновенно называемый *ususfructus*, обозначается однимъ только словомъ: *fructus* ²⁾; лицо имѣющее это право, называется *fructuarius* ³⁾,

¹⁾ Galvanus. Cap. I. De *ususfructus* nomine, et quid sit *ususfructus* in universum consideratus. Noodt. lib. I cap. II. Thibaut: *Versuche* I, 3; Puchta *Instit.* II, § 252; Pand. § 179, 180; v. Scheurl *Bemerkungen zur Lehre v. d. Servituten.* *Zeitschr. f. gesch. Rechtsw.* XV, 2 (1850); Dankwardt: *Nationalöconomie u. Jurisprudenz* 2-tes Hft; Cohnfeldt: *Die s. g. irregulären Servituten.* p. 27 ff. Hoffmann I § 37; Schoenemann § 11 и 25 Cf. и Krans: p. 260 и 275, Elvers § 59, въ особ. p. 608.

²⁾ См. напр. *Ulpian. i. fr.* 14 § 1 *Dig. de usu et habit.* 7, 8: *Ususfructus an fructus legetur nihil interest; nam fructui et usus inest, usui fructus non inest; et fructus quidem sine usu esse non potest; usus sine fructu esse potest.*

³⁾ Мы и по русски для краткости употребимъ слово: фруктуарій, вмѣсто узуфруктуарій.

Хотя именно узурфруктъ и заключаетъ въ себѣ всегда *usus*, и, по словамъ Ульпіана, не можетъ быть *sine ullo usu*, однако существенная характеристическая черта его представляется въ *fructus*. На основаніи этого, прежде нежели мы приступимъ къ подробнѣйшему опредѣленію узурфрукта, мы должны рассмотретьъ, что разумѣютъ римскіе юристы подъ выраженіями: *frui, fructus*, если они ихъ употребляютъ технически, а это невозможно безъ опредѣленія того, въ чемъ заключается по ихъ взгляду отличие *fructus* отъ *usus*, который самъ по себѣ, *sine fructu*, опять является однимъ изъ видовъ пользованія чужою вещью. О взглядѣ римлянъ на различіе между *usus* и *fructus* между учеными донынѣ существуютъ различныя мнѣнія, возникшія въ особенности съ конца прошедшаго столѣтія. Затрудненія въ этомъ вопросѣ появились главнымъ образомъ вслѣдствіе того, что ученые не обращали достаточнаго вниманія на экономическія понятія, лежащія въ основаніи дѣленія пользованія вещью на *usus* и на *fructus*. Между тѣмъ, какъ справедливо замѣчаетъ Шенеманъ¹⁾, сервитуты и права въ чужой вещи вообще, по своему матеріальному содержанію, вполне относятся къ области экономической, такъ что при изслѣдованіи этихъ правъ и опредѣленіи ихъ содержанія слѣдуетъ исходить изъ экономическихъ понятій объ имуществѣ, цѣнности и т. д. Дѣйствительно, мы именно въ области сервитутовъ замѣчаемъ, что римскіе юристы руководятся экономическими понятіями; взглядами ихъ на производительность вещи, на различные виды цѣнностей, доставляемыхъ ею, между прочимъ объясняются и тѣ отдѣльныя положенія, которыми опредѣляется въ нашихъ источникахъ содержаніе и объемъ *usus* съ одной, и *fructus* съ другой стороны. Положимъ даже, что, какъ говоритъ Данквардтъ²⁾, взгляды римскихъ юристовъ на пользу и цѣлесообразность цѣльныхъ институтовъ и отдѣль-

¹⁾ l. c. p. 9 i. f.

²⁾ I p. 8.

ныхъ выработанныхъ ими положеній, основывались не на вѣрныхъ, сознаваемыхъ ими экономическихъ началахъ, но являются ничѣмъ инымъ, какъ „механическимъ (безсознательнымъ) тактомъ здраваго смысла, который часто угадываетъ вѣрно, но часто и заблуждается“, все-таки, если мы изъ сведенія такихъ положеній можемъ вывести взглядъ, соотвѣтствующій вѣрнымъ экономическимъ началамъ, мы должны признавать за создателями юридическихъ положеній заслугу примѣненія этихъ вѣрныхъ началъ къ юридической жизни ¹⁾. Обязанность всякаго, кто занимается изслѣдованіемъ по такимъ юридическимъ вопросамъ, которые самымъ тѣснымъ образомъ связаны съ экономическими, состоитъ, по нашему мнѣнію, именно въ раскрытіи экономическихъ взглядовъ, положенныхъ въ основаніе при выработкѣ юридическихъ положеній.

Приступая къ разсмотрѣнію мнѣній различныхъ ученыхъ по отношенію къ нашему вопросу мы должны замѣтить, что

I. Древнѣйшая теорія ²⁾, принятая уже глоссаторами и комментаторами, а также послѣдующими за ними юристами до конца

¹⁾ Мы, впрочемъ, никакъ съ этимъ замѣчаніемъ Данквардта согласиться не можемъ. Ученіе узуфрукта именно яснѣ всего указываетъ на то, что римскіе юристы *сознательно*, а не по какому нибудь слѣпому такту (инстинкту), различали экономическую и юридическую сторону отношеній. Доказать это—цѣль докторской диссертациі Mandrea: *De usufructu quasi parte dominii*. Berol. 1864. См. § 3: *Cum Cujacio consentio, qui ad legem 27 § 8 de pactis docet jureconsultos Romanos in fragmentis, quae usumfructum spectant, duplicem rationem sequi: in nonnullis quidem rationem, quae stricti juris regulis nititur (juristischer Gesichtspunct), in aliis vero rationem mitiorem, quam oeconomiam appellare velim (oeconomischer Gesichtspunct). Jam quod ad priorem pertinet, procul dubio est, quin ususfructus pars dominii non sit — Papinian: fr. 66 § 6 de leg. II: «neque in parte, sed in jure consistit»; Papinianus: fr. 76 § 2 de leg. II: «fructus portionis instar obtinet» и др. мѣста.*

²⁾ См. Scheurl. l. c. p. 21 i. f.

прошедшаго столѣтїа, заключается въ томъ, что подъ *fructus* должно разумѣть полное, совершенное пользованіе вещью, согласно которому изъ нея можетъ быть извлекаема всякая возможная выгода и польза, не исключая и положительнаго обогащенїа (*usque ad compendium*). Подъ *usus* же (*nudus usus*) слѣдуетъ разумѣть пользованіе ограниченное необходимыми потребностями лица, пользующагося вещью. Представителемъ этого направленїа можетъ служить напр. *Noodt*¹⁾, который даетъ слѣдующее опредѣленіе: *Propria igitur usus tria sunt: primum ut utentis necessitate finiatur: deinde, ne rei conditio muteretur: tum ne res utendo consumetur aut pereat. Frui latius patet: non enim utentis necessitate, neque rei conditione circumscribitur: magis complectitur qualemcunque praesentem utilitatem, commoditatem, oblectationemve, quae ex re ejusve occasione percipi possit.* И такъ при этомъ опредѣленїи *usus* и *usufructus* доставляютъ *одинаковое по качеству* право пользованїа тому, кто имѣетъ эти права. Отличаются они другъ отъ друга *только по объему, по количеству* доставляемыхъ выгодъ, т. е. *usus* есть *только ограниченный fructus*, ограниченный именно необходимыми потребностями узуарїа (и его семейства). Это прямо такъ и высказывается однимъ изъ новѣйшихъ ученыхъ, держащихся указанной теорїи, Синтенисомъ²⁾. И такъ, по древнѣйшему мнѣнїю, юридическїй смыслъ словъ *uti* (*usus*) и *frui* (*fructus*) въ нашихъ источникахъ не совпадаетъ съ грамматическимъ смысломъ этихъ словъ, по которому *frui*, въ противоположность *uti*, обозначаетъ полученіе произведенїй отъ вещи. По древнѣйшей теорїи *uti* въ юридическомъ смыслѣ допускаетъ также полученіе плодовъ и произведенїй отъ вещи, но только въ ограниченномъ количе-

¹⁾ L. c. lib. I cap. II.

²⁾ Sintenis: *das pract. gem. Civilr.* 2-ое изд. 1860 г. § 60 p. 564: *Der Gebrauch (usus), als besonderes Recht verstanden, ist eigentlich nur ein modificirter Niessbrauch.*

ствѣ. Къ этому толкованію юристы были побуждены тѣмъ, что дѣйствительно по источникамъ узуарій получаетъ иногда право на приобрѣтеніе плодовъ, а именно во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда пользованіе вещью, согласно съ ея природою и назначеніемъ, невозможно безъ извлеченія плодовъ. Такъ напр. jus usus устанавливаемое въ пахатномъ полѣ не будетъ имѣть никакого значенія, если узуарію не будетъ дозволено воспользоваться хоть частію плодовъ произрастающихъ на этомъ полѣ¹⁾. Точно также при пользованіи (usus) домою²⁾, скотомъ³⁾, лѣсами⁴⁾, деньгами⁵⁾ узуарію дается право на полученіе извѣстнаго дохода отъ вещи.

II. Противъ этой теоріи выступили Гуго и, въ особенности, Тибо⁶⁾. Послѣдній выставилъ необходимость *качественнаго*, а не только *количественнаго различія* между usus и ususfructus, и основываетъ это различіе на грамматическомъ смыслѣ словъ uti и frui. Указавъ, что приведенныя древними учеными различія, какъ внѣшнія, вовсе не касаются существа институтуовъ usus и fructus, Тибо объявляетъ, что содержаніе frui — власть извлекать плоды изъ вещи, uti же — власть извлекать выгоды изъ вещи, пользоваться ею во всѣхъ другихъ отношеніяхъ, за исключеніемъ только извлеченія изъ нея плодовъ, присвоенія себѣ произведеній вещи. Это мнѣніе наиболѣе нынѣ распространенное⁷⁾.

¹⁾ См. напр. fr. 12 § 1 Dig. h. t. 7, 8: et lignis ad usum quotidianum, et horto, et pomis, et oleribus, et floribus usurum... hoc amplius etiam ex his, quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat, sumturum.

²⁾ fr. 2 § 1, fr. 3—8, 17, 22 § 1 eod.

³⁾ fr. 12 § 2—4 eod.

⁴⁾ fr. 22 pr. eod.; fr. 5 § 2 D. de usufr. ear. rer. 7, 5.

⁵⁾ fr. 10 § 1 D. eod.

⁶⁾ Въ статьѣ: Ueber die Dienstbarkeit des usus въ ero: Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts (1789) I № 3.

⁷⁾ См. Scheurl. l. c. p. 20 прим. 5; Windscheid. Lehrb. d. Pand. I § 207 и др., Schönemann p. 36. По видимому сюда же относятся Hoffmann: p. 122; Cohnfeldt: Die s. g. irregul. Servit. p. 29 ff.

III. Мнѣніе Тибо вскорѣ нашло себѣ весьма серьезнаго противника въ Пухтѣ ¹⁾. Этотъ ученый именно выходитъ изъ того, что содержаніе всякаго сервитута опредѣляется слѣдующими двумя соображеніями: 1) *выгодю одного опредѣленнаго субъекта* и 2) *пользованіемъ вещью*. Изъ этого вытекаетъ, что всякій сервитутъ обнимаетъ собою болѣе или менѣе ограниченное пользование *для исключительной выгоды опредѣленнаго субъекта*. Для обозначенія же такого пользованія, отнесеннаго къ опредѣленному субъекту, римскій юридическій языкъ имѣетъ особенное техническое слово: *usus*. Поэтому существенное содержаніе сервитутовъ можно опредѣлить такимъ образомъ: они всѣ состоятъ *in usu* чужой вещи. Узуфруктъ же, который даетъ большее пользованіе — именно къ *usus rei* присоединяетъ еще *fructus rei* — это ненормальное явленіе среди сервитутовъ. Вульгарное значеніе словъ: *usus* и *fructus* не можетъ быть принято въ основаніе при опредѣленіи юридическаго ихъ смысла, такъ какъ часто *usus* также доставляетъ право на плоды (*fructus*), между тѣмъ какъ *fructus*, кромя полученія плодовъ и произведеній вещи, заключаетъ въ себѣ и всякій другой способъ пользоваться вещью (*usus*) ²⁾. Поэтому истинное юридическое различіе между понятіями *usus* и *fructus* слѣдующее: *Usus* есть пользованіе вещью со стороны опредѣленнаго субъекта съ тѣмъ, чтобы потребности (*Bedürfnisse*) этого субъекта получали удовлетвореніе непосредственно изъ этой самой вещи и черезъ нее. Въ этомъ опредѣленіи заключается два существенныхъ признака *usus*: а) ограниченіе пользованія потребностями этого субъекта и б) удовлетвореніе ихъ черезъ самую вещь и ея силы, которыя не должны быть обращаемы въ другой объектъ ³⁾. Удовлетво-

¹⁾ Institution. V изд. II § 252 Pand. § 179, 180.

²⁾ См. выше: fr. 14 § 1 D. 7, 8: *fructus sine usu esse non potest*.

³⁾ Puchta. Inst. I. c. p. 780: «Gewährung durch die Sache und ihre Kräfte selbst, ohne Umsatz dieser in ein anderes Object».

реніе потребностей субъекта непосредственно изъ силъ и качество вещи имѣется напр. тогда, когда узурарій дома самъ живетъ въ немъ. Если же онъ бы отдалъ домъ въ наемъ, то уже не доставало бы втораго признака; ибо сила и качество этого дома, доставленіе квартиры узурарію, были бы замѣнены другимъ объектомъ, денежною платою. Fructus же есть всякое пользованіе, выходящее за предѣлы usus, все равно касается ли оно естественныхъ произведеній вещи или же инаго пользованія ею, насколько именно это пользованіе можетъ быть замѣнено другимъ объектомъ (напр. денежнымъ доходомъ), вслѣдствіе чего это пользованіе и дѣлается производительнымъ (den sonstigen Gebrauch, insofern er durch Umsatz productiv gemacht wird). Поэтому fructus, въ противоположность usus, представляется прибылью (gewinn, compendium¹⁾), которая получается изъ вещи. Граница fructus опредѣляется самою природою и назначеніемъ вещи.

Теорія Пухты, очевидно, въ сущности совпадаетъ съ древнѣйшею теоріею (I), въ томъ именно, что и по Пухтѣ различіе между usus и ususfructus не качественное, а количественное²⁾. Мы ее привели въ большей подробности, большею частію въ буквальный переводъ, потому что Пухта мотивируетъ свое мнѣніе яснѣе другихъ юристовъ.

IV. Подробно разсматривается этотъ вопросъ Шейрломъ³⁾. Выходя изъ того положенія⁴⁾, что frui вообще обозначаетъ обращаться съ вещію такъ, чтобы извлекать изъ нея пользу,

¹⁾ См. Paulus i. fr. 59 § 2 Dig. de usufr. 7, 1.

²⁾ См. Elv.p. 603. Выставляемое имъ различіе между мнѣніемъ Пухты и древнѣйшею теоріею не выходитъ изъ словъ Пухты, который въ § 180 Pand. говоритъ: «mit Beschränkung auf die Bedürfnisse des Berechtigten». См. однако и Scheurl l. c. p. 22.

³⁾ С. p. 19 sqq. См. и его Lehrb. der Instit. 3-е изд. Erlangen 1857 г.

⁴⁾ p. 28 i. f.

а fructus выражаетъ собою самый актъ такого обращенія съ вещью (подобно тому какъ напр. partus означаетъ дѣйствіе рожденія) онъ приходитъ къ тому выводу, что и fructus и usus указываютъ на пользованіе вещью; но они должны все-таки отличаться одно отъ другаго; они и отличаются по *качеству* и *способу* пользованія. Это различіе же онъ находитъ въ томъ, что: „*uti значитъ пользоваться вещью такъ, что при помощи ея домогаются чего-то лежащаго внѣ вещи; frui же такъ, что выгода, которая должна быть получена, отзискивается въ самой вещи*¹⁾), или, говоря иначе, для usus вещь, которою пользуются, представляется средствомъ, для fructus — *цѣлюю*“. Если мы вѣрно понимаемъ эти замысловатія слова, то въ нихъ заключается слѣдующее: usus есть такое пользованіе, при которомъ удержаніемъ одной вещи дѣлается возможнымъ извлеченіе выгоды изъ другой вещи, а изъ самой удерживаемой вещи не поступаетъ никакой непосредственной прибыли въ имущество того, кто пользуется. Такъ напр. въ источникахъ говорится, что при usus въ стадѣ, его можно употреблять только ad stercorandum²⁾), чтобы, слѣдовательно, *при посредствѣ скота, удабриваніемъ земли, получать выгоды изъ поля*. При usus дома этотъ принципъ выражается въ томъ, что *черезъ нахожденіе въ этомъ домѣ узурій извлекаетъ выгоду изъ своего капитала*, изъ остальнаго имущества, которое онъ не долженъ употребить на наемъ квартиры. При fructus же пользованіе направлено на извлеченіе прибыли непосредственно изъ самой вещи. Изъ сказаннаго, по Шейрлю, объясняется и то, что uti иногда означаетъ только: имѣть = habere, и говорится даже о такомъ имѣніи, котораго имѣющій вовсе не желаетъ, frui же означаетъ: пользоваться вещью съ удовольствіемъ. Если мы станемъ опредѣлять юридически указанное различіе между usus и fructus,

¹⁾ р. 29.

²⁾ Fr. 12 § 2 D. de usu 7, 8.

то, согласно Шейрлю, мы придемъ къ слѣдующему: „*frui* значитъ извлекать пользу изъ вещи приобритеніемъ собственности во всемъ томъ, что получается изъ вещи, такъ что вещь сама является причиною приобритенія (*Erwerbsursache*); итѣ же — пользоваться вещью такъ, чтобы она служила всякимъ инымъ образомъ — за исключеніемъ приобритенія чего-либо изъ нея въ собственность. Ибо то, что фактически ¹⁾ представляется какъ полученіе и потребленіе — это юридически выражается — приобритеніемъ въ собственность, и то, что фактически представляется какъ производящее, это юридически опредѣляется какъ причина приобритенія. Такъ какъ приобрѣтать что либо изъ вещи въ собственность и обогащаться изъ нея — почти тождественно, то мы можемъ опредѣлить *fructus* какъ пользованіе вещью, посредствомъ котораго мы обогащаемся изъ самой вещи. Если кто-либо потребилъ произведенія вещи для своихъ собственныхъ нуждъ и потребностей, то онъ послѣ этого потребленія не является болѣе богатымъ, чѣмъ онъ былъ до полученія плодовъ. Поэтому подобное полученіе плодовъ можно отличать отъ *fructus* и разсматривать какъ простой *usus*. Но такъ какъ это послѣднее различіе болѣе тонкое, то должно предполагать, что оно не было проведено повсюду, но только тогда, когда оно, по опредѣленнымъ причинамъ, обазывалось практическимъ“.

Этотъ выводъ затѣмъ Шейрль старается подтвердить показаніями римскихъ юристовъ. Для этого, однако, онъ не беретъ указаній ихъ о сервитутахъ *ususfructus* и *usus*, которыя менѣе обстоятельны, но положенія, высказанныя ими о двухъ обязательственныхъ отношеніяхъ, границы которыхъ ясно опредѣлены въ источникахъ, и изъ которыхъ одно — *locatio conductio rerum* — именно направлено на доставленіе лицу того, что называется

¹⁾ Слово фактически здѣсь слѣдовало бы замѣнить словомъ: экономически.

frui ¹⁾, а другое — *commodatum* — есть ничто иное какъ — *rem utendam dare* ²⁾. Изъ договора найма выходитъ, что *frui licere* обозначаетъ не только дозволеніе получать плоды, но обнимаетъ и пользованіе, ибо наемъ дома именно даетъ власть жить въ этомъ домѣ. Изъ положеній же о договорѣ ссуды видно, что получающій *usum* въ вещи, коммодатарій, можетъ примѣнять вещь только для достиженія той именно цѣли, для которой она именно ему ссужена. Плоды же и всякую прибыль, получаемую изъ вещи, коммодатарій долженъ выдать коммоданту ³⁾; слѣдовательно онъ не имѣетъ права обогащаться изъ плодовъ вещи или изъ денегъ, полученныхъ по поводу отдачи вещи въ наемное содержаніе. Выяснивъ понятіе *frui* и *uti*, и подтвердивъ ихъ положеніями римскаго права о договорахъ найма и ссуды, Шейрль ⁴⁾ примѣняетъ къ нимъ ученіе о сервитутѣ *usus*.

Въ особенности замѣчательно то, что узuarій можетъ воспользоваться юридическими сдѣлками раба, въ которомъ онъ имѣетъ *usum*, тогда, когда онъ направлены на приобрѣтеніе выгоды *ex re usuarii* ⁵⁾, а не тогда, когда онъ являются выгодами *ex operis servi* ⁶⁾. Тѣ рѣшенія же, по которымъ узuarію иногда доставляется право отдавать въ наймы вещь, въ которой онъ имѣетъ *usum* ⁷⁾, Шейрль объясняетъ какъ исполнѣ singularныя явленія. Въ случаяхъ же, въ которыхъ узuarію дается ограниченное право на полученіе плодовъ, слѣдовательно на при-

¹⁾ Fr. 9 § 1 Dig. loc. 19. 2. Ulp. ut frui praestet.

²⁾ Fr. 1 § 1 D. comm. 13, 6. Ulp. Inter commodatum autem et utendum dare Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem.

³⁾ Fr. 5 § 9 D. eod. fr. 38 § 10 D. de usur. et fruct. 22, 1, fr. 14 § 15 D. de furtis 47, 2.

⁴⁾ p. 41 sqq.

⁵⁾ Fr. 14 pr. de usu 7, 8, fr. 16 § 2, fr. 20 eod.

⁶⁾ Fr. 14 pr. cit.

⁷⁾ Fr. 2 i. f. eod. fr. 4 pr. eod., fr. 12 § 4, fr. 22 § 1 eod.

своемъ себѣ частей вещи, Шейрль признаетъ съ одной стороны также сингулярный характеръ ¹⁾; съ другой же стороны онъ все-таки подводитъ ихъ подъ общее опредѣленіе usus ²⁾. Въ этомъ мѣстѣ мы и видимъ слабую сторону теоріи Шейрля. Онъ именно съ одной стороны совершенно склоняется къ мнѣнію Тибо, а въ слѣдующихъ словахъ противорѣчитъ ему, слѣдовательно противорѣчитъ самому себѣ. Если онъ разъ, какъ мы видѣли выше, допускаетъ (и, какъ намъ кажется, совершенно справедливо), что приобрѣтеніе плодовъ изъ вещи подходитъ подъ выставленное имъ общее понятіе usus, если только эти произведенія не поступаютъ ни in specie, ни mutata forma, напр. въ видѣ денегъ, полученныхъ за продажу произведеній, въ имущество узуаря, то онъ въ соответствующихъ рѣшеніяхъ римскихъ юристовъ уже не можетъ болѣе видѣть нѣчто основанное на опредѣленныхъ особенныхъ причинахъ. Неопредѣленные и несоответствующія собственнымъ его выводамъ слова Шейрля и составляютъ новѣйшихъ писателей ³⁾ причислять его къ приверженцамъ теоріи Тибо, хотя самъ Шейрль положительно выражаетъ несогласіе свое съ этою теоріею ⁴⁾.

V. Только весьма кратко, но, по нашему мнѣнію, совершенно вѣрно, указываетъ на различіе между uti и frui Даневардтъ ⁵⁾.

¹⁾ p. 43 «das geschieht aber nur mittelst der Auslegung eines letzten Willens aus *besonderen bestimmten Gründen*».

²⁾ Ibid: «in dem Maasse, dass doch die mehrerwähnte feinere Unterscheidung zwischen Usus und Fructus beobachtet wird» и p. 44: «wenn er sich davon (sc. von den Erzeugnissen des Guts) blos zum Gebrauch, nicht zur Bereicherung nehme. Denn wenn er dabei stehen bleibt, so hat et nichts aus der Sache erworben, er wird nicht reicher, als er zuvor war».

³⁾ См. Cohnfeldt: Die s. g. irregulären Servituten p. 31 пр. 52. Schoenemann § 11 p. 37. Вѣрнѣе понимаетъ истинное мнѣніе Шейрля—Эльверсъ p. 603 i. f.

⁴⁾ Scheurl. l. c. p. 26 и 47.

⁵⁾ L. c. Hft. II p. 5.

Выходя именно из чисто-экономических понятий, онъ старается доказать, что они же были примѣнены и римлянами¹⁾. Изъ того, что говоритъ Данквардтъ, ясно выходитъ, что онъ въ сущности держится мнѣнія Шейрля объ этомъ вопросѣ; но онъ облачаетъ мнѣніе Шейрля въ болѣе доступную форму, и ясно выражаетъ экономическое различіе между понятиями usus и fructus, избѣгая неопредѣленность, на которую мы сейчасъ указали у Шейрля. Данквардтъ выходитъ изъ слѣдующихъ положеній: „Uti обозначаетъ пользоваться производительными услугами²⁾ вещи посредствомъ немедленнаго потребленія ихъ; если же полученіе этихъ услугъ имѣетъ цѣлью *создавать* новыя, предназначенныя къ самостоятельному существованію, *цѣнности*³⁾, то римляне употребляютъ выраженіе: frui или uti frui. Поэтому при uti имѣется въ виду только удовлетвореніе временной, минутной потребности (eines momentanen Bedürfnisses), имѣется въ виду слѣдовательно произведеніе, которое тотчасъ при появленіи своемъ и потребляется, т. е. нематеріальный продуктъ. Изъ этого слѣдуетъ, что тотъ, кто имѣетъ право uti aliena re, никогда не можетъ приобрѣтать *новыхъ составныхъ частей имущества* (neue Vermögensbestandtheile) изъ чужой вещи, потому что моментъ приобрѣтенія ихъ будетъ и моментомъ ихъ потребленія. Фруктуарій имѣетъ право *производить* плоды пользованіемъ производительныхъ услугъ чужой вещи; узуарію только принадлежитъ право *потреблять, консумировать* плоды чужіе. Только frui можетъ быть источникомъ прибавленія новыхъ цѣнностей и составныхъ частей къ имуществу. Поэтому римскіе юристы, исчисляя идеальныя со-

1) Слѣдовательно говорить въ этомъ отношеніи противъ самаго себя. См. выше.

2) Productivdienste.

3) Dauernde Werthe.

ставныя части имущества, приводять въ составъ ихъ *usum fructum*, а не *usum* ¹⁾“.

Сравнивая разсужденіе Данквардта съ изложенными выше теоріями, мы замѣтимъ, что онъ собственно формулируетъ экономически древнѣйшее мнѣніе, и въ особенности мнѣніе Пухты ²⁾, но что подъ его опредѣленіе можетъ быть подведенъ безъ особенной натяжки и выводъ Шейрля ³⁾.

Если мы теперь приступимъ въ разсмотрѣнію изложенныхъ мнѣній, то при сравненіи ихъ съ тѣми, что говорится въ источникахъ объ *uti* и *frui*, о сервитутѣ *usus* и *ususfructus*, мы прежде всего убѣдимся, что теорія послѣдователей Тибо, хотя нынѣ еще весьма распространенная, въ особенности въ учебникахъ, оставляетъ огромный пробѣлъ въ ученіи источниковъ о сервитутѣ *usus*. Читая у этихъ писателей правило и затѣмъ исключенія изъ него (т. е. случаи, въ которыхъ узурій можетъ получать плоды, хотя въ ограниченномъ размѣрѣ), мы, по вѣрному замѣчанію Шенемана ⁴⁾, въ концѣ концовъ не знаемъ, что изъ сообщеннаго слѣдуетъ считать за правило, и что за исключеніе; послѣднихъ именно является столько, что ихъ можно было бы, подводя ихъ подъ одно начало, выставить общимъ правиломъ, а начало, принимаемое обыкновенно за общее правило, объявить исключеніемъ. Шенеманъ самъ, принимая мнѣніе Тибо, старается защищать его

1) *Gai. fr. 1 § 1 Dig. de R. D. I, 8.* Здѣсь *ususfructus* причисляется къ *res incorporales*.

2) На это указываетъ и то, что Данквардтъ въ ссылкахъ своихъ исключительно пользуется Пухтою. См. р. 6 пр. 6 и 7.

3) Сюда же можно отнести Эльверса, который говоритъ самъ, что онъ подписываетъ выводы Шейрля (р. 604), но только доходять до нихъ инымъ путемъ, нежели Шейрль. По Эльверсу *usus* есть сервитутъ, доставляющій *право пользованія* вещью на столько, на сколько *результатъ этого пользованія обращается въ непосредственную пользу узурія и тотчасъ же потребляется имъ* (р. 608).

4) р. 37 § 11 i. f.

тѣмъ, что *frui* означаетъ *полное* плодоизвлеченіе (*den vollen Fruchtbezug*), *uti* же по правилу *полное* пользованіе вещію т. е. безъ плодоизвлеченія). На основаніи этого, въ случаѣ доставленія кому нибудь *полнаго* пользованія съ *ограниченнымъ* плодоизвлеченіемъ, всегда будетъ *сервитутъ usus*, а *узупруктъ* будетъ имѣть мѣсто тогда, когда плодоизвлеченіе доставлено лицу безъ всякаго ограниченія¹⁾. Конфельдтъ²⁾, возражая противъ понятія т. н. *иррегулярныхъ* *сервитутовъ*, утверждаетъ, что существенныя произведенія вещи, т. е. тѣ, которыя соотвѣтствуютъ природѣ и особенному назначенію ея, не могутъ быть отдѣлены отъ *узупрукта*, а только тѣ, которыя имѣютъ *второстепенное* значеніе и вовсе не нужны для *главнаго* назначенія вещи—напр. при *лѣсѣ* не можетъ быть изъято *полученіе* дровъ, а можетъ быть напр. *охота*, *ловля* птицъ и т. п. Положимъ, что мы, принимая этотъ взглядъ, получимъ *вѣрный*, *безспорный* признакъ *узупрукта*; но все-таки относительно опредѣленія объема *usus* этотъ взглядъ намъ не доставитъ подобнаго признака. При теоріи Тибо мы не получаемъ никакого твердаго правила насчетъ объема права *узупарія* на плоды; между тѣмъ, всѣ ученые, принимающіе эту теорію признаютъ: а) что бывають случаи, въ которыхъ *usus* вещи невозможенъ безъ *полученія* плодовъ и б) — и это главное — что римскіе юристы въ этихъ случаяхъ все-таки говорятъ объ *usus*, а не о другомъ какомъ нибудь правѣ. Поэтому всѣ эти случаи принимаются опять-таки какъ *исключенія*; ихъ же, какъ мы указали выше, въ источникахъ приводится столько, что они дѣлають *сомнительнымъ* самое правило. Затѣмъ въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ *простой usus* вовсе не возможенъ, напр. при *лѣсѣ*, римскіе юристы не говорятъ уже болѣе объ *usus*, но прямо называютъ пользо-

1) *Omnes omnino fructus* — это, слѣдовательно, существенная принадлежность *узупрукта*. См. противъ этого fr. 42 pr. D. 7, 1.

2) р. 34.

ваніе ususfructus, что утверждено закономъ при императорѣ Адрианѣ ¹⁾. Изъ словъ Помпонія мы именно видимъ, что императоръ доставляетъ не модифицированный usus, а просто ususfructus „statuit fructum quoque legatum videri“. Почему же нельзя признать usum silvæ, съ полученіемъ напр. узуаріемъ только тѣхъ дровъ, которыя ему необходимы для личныхъ его потребностей? Потому что, по особеннымъ климатическимъ и др. условіямъ Италіи, лѣсъ только тогда представлялся приносящимъ пользу, когда изъ него можно было получать дрова съ тѣмъ, чтобы они не были тотчасъ потреблены, т. е. если онъ доставлялъ лѣсъ строевой и корабельный. Дрова въ качествѣ топлива имѣли такъ мало значенія, что полученіе ихъ только для этой цѣли не почиталось вовсе пользованіемъ. Между тѣмъ лѣсъ строевой и корабельный всегда доставлялъ новыя части имущества, ибо или былъ употребленъ на постройку, и въ этомъ случаѣ сохранялся, или былъ продаваемъ. Этотъ взглядъ выходитъ изъ того, какъ мотивируетъ Помпоній положеніе Адриана: *quia nisi liceret legatariis cædere silvam et vendere, nihil habituri essent ex eo legato*. Поэтому fr. 22 cit. совершенно долженъ быть оставленъ въ сторонѣ при разсмотрѣніи нашего вопроса, и во всякомъ случаѣ нельзя, подобно Конфельду, привести его въ подтвержденіе того, что при легатѣ, по особеннымъ, сингулярнымъ причинамъ, права, доставляемыя сервитутомъ *usus*, выходятъ изъ обыкновенныхъ границъ этого сервитута. И такъ, существованіе въ нашихъ источникахъ *usus* съ возможностью получать плоды въ ограниченномъ размѣрѣ, и невозможность опредѣленія этого размѣра (напр. что значитъ *modicum lac*? ¹⁾) при теоріи Тибо, дѣлаетъ невозможнымъ принятіе ея. Мнѣніе юристовъ, объясняющихъ *usus* какъ право ограниченное исключительно пользованіемъ вещью, и разсматривающихъ всѣ случаи

¹⁾ Fr. 22 pr. D. de usu 7, 8.

²⁾ Fr. 12. § 2 D. 7, 8.

полученія узуріємъ плодовъ какъ сингулярности, напоминаетъ теорію о приобрѣтеніи владѣнія *per apprehensionem*, господствовавшую до Савинны. И здѣсь выходили изъ того, что римскіе юристы, придерживаясь первоначальнаго, естественнаго понятія *apprehensionis corpore*, признавали вещь приобрѣтенною *corpore* во владѣніе только тогда, когда на нее подѣйствовалъ *apprehensor manibus pedibusve*; всѣ же примѣры источниковъ, въ которыхъ несомнѣнно допускалось приобрѣтеніе владѣнія безъ того, чтобы лицо физически прикасалось вещи, рассматривали какъ исключенія — *facta apprehensio* и т. п. Не обращали никакого вниманія на то, что римскіе юристы, постоянно слѣдя за практическою жизнію, и соображая, даже измѣняя, свои формулированія о предметѣ согласно съ этими потребностями, развивали свои собственныя воззрѣнія, такъ что данное юридическое понятіе во время полного процвѣтанія науки права иногда значительно отличалось отъ первоначальнаго, естественнаго. Савинны же изъ источниковъ вывелъ новое правило объ *apprehensio*, подъ которое подходятъ мнимыя исключенія, и которое безъ всякаго сомнѣнія было и понятіе, господствовавшее у самихъ римскихъ юристовъ классическаго времени. Общеизвѣстно именно, что эти юристы не были сильны въ формулированіи общихъ опредѣленій; наша задача поэтому именно заключается въ томъ, чтобы изъ отдѣльнымъ рѣшеній, встрѣчающихся въ источникахъ, абстрагировать общее понятіе, лежащее въ ихъ основаніи; и при этомъ, какъ намъ кажется, нельзя останавливаться въ виду того, что сами римскіе юристы своимъ рѣшеніямъ приписываютъ мотивъ, не вполне соотвѣтствующій выводимому нами общему понятію; это именно очень часто происходитъ только отъ неумѣнія ихъ формулировать на письмѣ то, что они вполне сознавали практически.

Остальныя теоріи, не смотря на нѣкоторыя различія, всѣ представляютъ намъ ту общую черту, что въ понятіе *usus* по нимъ входитъ и плодоизвлеченіе, а именно полученіе естествен-

ныхъ плодовъ въ извѣстныхъ размѣрахъ, такъ что изъ приведенныхъ въ источникахъ рѣшеній отдѣльныхъ случаевъ по этимъ теоріямъ являются исключеніями только тѣ, въ которыхъ узурію дается право на полученіе гражданскихъ плодовъ ¹⁾. Мы находимъ, что эта черта уже даетъ такое преимущество, какъ мнѣніямъ древнѣйшихъ юристовъ, такъ и Пухты, Шейрля и Данквардта, передъ взглядомъ Тибо, что, въ виду источниковъ, нѣтъ возможности не присоединиться къ этимъ мнѣніямъ. Но съ другой стороны мы полагаемъ, что Тибо и его послѣдователи правы въ отношеніи къ тому понятію, которое первоначально связывали римскіе юристы со словомъ *usus*. По нашему мнѣнію новое понятіе о правѣ *usus*, какъ оно формулировано экономически Данквардтомъ, выработалось только постепенно; мы въ источникахъ имѣемъ ясныя указанія на измѣненія, происшедшія въ этомъ отношеніи. Весь *tit. D. VII, 8* содержитъ въ себѣ такія историческія указанія. Такъ изъ *fr. 4 § 1 cit.* мы усматриваемъ, что уже *M. Scaevola* смягчилъ древній взглядъ на *usus*, по которому допускалось одно только пользованіе (безъ всякаго плодоизвлеченія), и то только въ размѣрахъ, опредѣляемыхъ исключительно потребностями узуріа ²⁾. Далѣе еще идутъ Помпоній и Папиніанъ ³⁾, Павелъ ⁴⁾ и Ульпіанъ ⁵⁾. Въ приведенныхъ мѣстахъ однако, хотя и въ нихъ уже видно развитіе и распространеніе понятія *usus*, въ сравненіи съ первоначальнымъ взглядомъ, все-таки только говорится о пользованіи вещію. Въ *fr. же 12 eod.* Ульпіанъ намъ передаетъ, какъ измѣнились понятія юристовъ относительно права узуріа на есте-

¹⁾ *Fr. 2 i. f. fr. 4 pr. fr. 12 § 4 D. de usu 7, 8* и *Scheurl l. c. p. 44 sqq.*

²⁾ *Quintus Mucius primus admisit—posse mulierem et cum marito habitare.*

³⁾ *Fr. 4 cit. i. f.*

⁴⁾ *Fr. 5 eod.*

⁵⁾ *Fr. 6 eod.*

ственные произведенія вещи (въ рг. и § 1 вещь эта — *praedium rusticum*). Изъ разсказа Ульпіана мы именно видимъ, что допущеніе узуарія къ ограниченному плодоизвлеченію впервые встрѣчалось въ самомъ началѣ императорскихъ временъ, и совпадаетъ съ появленіемъ школы Сабиньянцевъ и Прокулеянцевъ. Весьма вѣроятно, что это было одно изъ нововведеній прокулеянской школы ¹⁾. Дѣйствительно Лабеонъ приводится какъ первый допустившій распространеніе понятія *usus*. Но удивительнымъ образомъ его мнѣніе на этотъ счетъ было поддержано не только его послѣдователемъ Прокуломъ; и противники этихъ юристовъ — Сабинъ и Кассій приняли мнѣніе Лабеона, и отстаивали его противъ послѣдователя Лабеона — Нервы, который опять хотѣлъ ограничить права узуарія. И такъ мы здѣсь встрѣчаемъ въ мирномъ сопоставленіи имена Лабеона, Прокула, Сабина и Кассія, придерживающихся одного мнѣнія, которое наконецъ одобряетъ и Ульпіанъ. Откуда же это согласіе и единодушіе юристовъ, которыхъ мы привыкли видѣть въ различныхъ лагеряхъ? Мы причину этого видимъ только въ томъ, что настоящая практическая потребность вызвала это распространеніе, потребность, въ виду которой и Сабиньянцы не рѣшались поддерживать древнее мнѣніе. Это соображеніе же приводитъ насъ къ тому заключенію, что причина выставляемая Ульпіаномъ ²⁾ въ подтвержденіе своего мнѣнія, не есть истинная. Но конечно, такъ какъ Лабеонъ только первый ввелъ распространенное понятіе *usus*, то было весьма естественно, что онъ его не примѣнялъ еще одинаково ко всѣмъ предметамъ *usus*, а только къ тѣмъ, при которыхъ потребность практическая именно казалась настоятельною. Поэтому вовсе не удивительно, что онъ не дозволяетъ узуарію стада присвоивать себѣ шерсть

¹⁾ Fr. 2 § 47 de O. I..... Labeo.... plurima innovare instituit.

²⁾ fr. 4 § 2 cit: neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum.

и молоко животных¹⁾. Когда же новое понятие объ usus (т. е. съ известнымъ плодизвлеченіемъ въ пользу узуарія) укоренилось, то весьма естественно Ульпіанъ могъ допускать *modico lacte usurum usuarium*. Какъ же опредѣляли римляне размѣръ плодовъ, получаемыхъ узуаріемъ; что значитъ напр. *modicum lac*? Это намъ объясняютъ слова Ульпіана: „*non usque ad compendium*“ и „*aliquo enim largius cum usuario agendum est pro dignitate ejus cui relictus est usus*“, общія выраженія, которыя подтверждаются затѣмъ всѣми рѣшеніями въ отдѣльныхъ случаяхъ, при отдѣльныхъ предметахъ пользованія. Изъ этихъ мѣстъ именно ясно выходитъ, что начало, выставленное Шейрлемъ и Данквардтомъ²⁾ — именно правило, чтобы узуарій не приобреталъ *новыхъ составныхъ частей имущества* изъ своего пользованія — принимается римлянами за основаніе при опредѣленіи количества получаемыхъ имъ плодовъ. Поэтому судья въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ необходимо будетъ изслѣдовать, потреблены ли полученныя узуаріемъ естественныя произведенія вещи тотчасъ, безъ обращенія ихъ въ имущество узуарія, т. е. для удовлетворенія потребностей его, или нѣтъ. Практическое неудобство, которое представляютъ древнѣйшее мнѣніе и взглядъ Пухты относительно изслѣдованія того, какое именно количество плодовъ соответствуетъ потребностямъ даннаго лица (узуарія), сколько слѣдовательно произведеній могли быть получаемы имъ безъ прибавленія новыхъ цѣнностей къ его имуществу, не можетъ возбудить въ насъ недоумѣніе къ приня-

¹⁾ fr. 4 § 2 cit.

²⁾ Согласіе мнѣній этихъ двухъ писателей въ сущности вопроса выходитъ изъ сравненія напр. слѣдующихъ мѣстъ: Scheurl l. c. p. 34: «*uti eine Sache so benutzen, dass man ohne Eigenthumserwerb (sc. aus ihr) sie auf jede andere Weise sich dienstbar macht*» ср. Dankwardt Hft. 2 p. 6: «*wer das uti an einer fremden Sache hat, kann dadurch nie neue Vermögensbestandtheile (d. h. neues Eigenthum) erwerben*».

тому нами мнѣнію, потому что оно все-таки представляет, и при *arbitrium boni viri*, хоть какуюнибудь норму, между тѣмъ какъ по мнѣнію Тибо таковой вовсе не будетъ. И такъ, окончательный нашъ выводъ слѣдующій: взгляды римскихъ юристовъ на *usus* въ теченіе времени нѣсколько разъ измѣнялся: сначала понимали подъ *usus* одно только пользование (безъ всякаго плодоизвлеченія), и то лишь ограниченное личными нуждами и потребностями самого пользующагося; затѣмъ пользование отнесено къ потребностямъ узураря въ болѣе обширномъ объемѣ: семейство, друзья, гости приняты въ расчетъ; далѣе допущена и возможность полученія плодовъ, но въ извѣстномъ, ограниченномъ только размѣрѣ, т. е. опять согласно съ потребностями узураря или, говоря иначе, въ такомъ объемѣ, чтобы плоды тотчасъ были потребляемы узураремъ и не прибавляли новыхъ цѣнностей къ имуществу его ¹⁾).

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Опредѣленіе понятія узуфрукта. *Quasi usus fructus*.

Опредѣленіе узуфрукта въ нашихъ источникахъ мы находимъ въ fr. 1 Dig. h. t. de usufructu 7, 1, взятомъ изъ сочиненія юриста Павла lib. III ad Vitellium: *Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia* ²⁾): Узуфруктъ есть право пользоваться чужими вещами и извлекать изъ нихъ плоды, съ сохраненіемъ существа вещей.

¹⁾ Краузъ чрезвычайно коротко касается этого вопроса, хотя у него есть особенный отдѣлъ о правѣ пользованія (*usus*). Онъ также допускаетъ измѣненіе въ понятіи римскихъ юристовъ объ *usus*, воспослѣдовавшее въ теченіи времени. См. р. 260. Но совершенно невѣренъ выводъ, дѣлаемый имъ при примѣч. 4.

²⁾ См. pr. Inst. h. t. 2, 4.

Въ этихъ словахъ, которыя, какъ намъ кажется, заключаютъ въ себѣ полное опредѣленіе нашего предмета, мы можемъ отличать въ юридическомъ отношеніи двѣ части: 1) *Ususfructus*.... до *rebus*, указывающая на положеніе, занимаемое узупруктомъ въ системѣ римскаго частнаго права вообще, и на сохраненіе его. 2) *salva.... substantia*— которая даетъ указанія на объектъ узупрукта (*verus* и *quasi ususfructus*), и, вмѣстѣ со словами: *utendi* и *fruendi* изъ первой части опредѣленія, указываетъ на качество и объемъ правъ относительно чужой вещи, доставляемыхъ узупруктомъ. Для полученія общаго понятія объ узупруктѣ мы теперь обратимся къ разбору отдѣльныхъ признаковъ, входящихъ въ вышеприведенное опредѣленіе источниковъ.

I. *Ususfructus est jus utendi fruendi*. Въ этихъ словахъ, а именно въ словѣ *jus*, по нашему мнѣнію, ясно указано на то, что узупруктъ есть *вещное право*, и доставляетъ *немосредственную, независимую отъ какого-нибудь лица*, власть тому, кому онъ принадлежитъ. При первомъ взглядѣ можетъ показаться, что опредѣленіе юриста Павла именно въ томъ отношеніи недостаточно, что не выставляетъ вещнаго характера опредѣляемаго права. Дѣйствительно, многіе юристы находили этотъ недостатокъ въ опредѣленіи источниковъ. Такъ еще *Galvanus*¹⁾ полагаетъ, что слово *jus* слишкомъ обширно по своему значенію, чтобы охарактеризовать узупруктъ. Самъ онъ предлагаетъ опредѣленіе узупрукта, въ которое вошло бы непосредственно выраженіе *servitus personalis*²⁾; употребляя это выраженіе, можно затѣмъ упустить слово *alienis*. Глюкъ³⁾ также говоритъ, что понятіе, выставляемое Павломъ, неясное. Кра-

¹⁾ I. c. cap. IV § 6.

²⁾ *ususfr. est servitus personalis utendi fruendi rebus, quarum substantia non consumitur*.

³⁾ I. c. § 631, p. 159.

меръ ¹⁾ принимаетъ въ опредѣленію Павла fr. 202 D. de R. I.; Toullier ²⁾ замѣчаетъ, что подъ это опредѣленіе подходятъ и другія права, кромѣ узифрукта, а именно право получаемое по найму. Несмотря на то, многіе юристы ³⁾, а также французскій гражданскій кодексъ ⁴⁾, принимаютъ слова римскаго опредѣленія, и, какъ намъ кажется, совершенно справедливо. Если именно и нельзя защищать всегда опредѣленій римскихъ юристовъ, потому что, какъ извѣстно, слабая сторона ихъ именно заключалась въ неспособности формулировать въ общихъ опредѣленіяхъ понятіе юридическихъ институтовъ, которые, какъ видно изъ отдѣльныхъ рѣшеній, представлялись имъ практически вполне ясными въ мельчайшихъ подробностяхъ, но въ данномъ случаѣ упрекъ, дѣлаемый юристу Павлу, безъ сомнѣнія несправедливъ. Выраженіе: *jus съ родительнымъ падежомъ* всегда указываетъ на непосредственное отношеніе содержанія права (именно того, что поставлено въ родительномъ падежѣ) къ лицу, имѣющему это право. Уже Ноодтъ ⁵⁾ указываетъ, что *„jus est facultas legibus aut moribus concessa, т. е. власть, возможность вліянія предоставленная законами лицу, а потому власть, которая, однажды установленная законнымъ способомъ, принадлежитъ лицу по этому самому, и не можетъ уже зависть отъ другаго лица.* Между властію, данною закономъ, и предметомъ этой власти уже не можетъ стать ничего посредствующаго. Поэтому римляне ни о коммодатаріѣ, ни о нанимателѣ не говорятъ, чтобы они имѣли *jus utendi re*; они имѣютъ *jus*, но не *jus utendi*, а *jus cogendi adversarium ad rem usui dandam*. Здѣсь имѣется

¹⁾ De usufructus natura. 1840. cap. II, § 1 p. 23.

²⁾ Droit civil Français II. Brux. 1829. p. 96.

³⁾ См. напр. приведенныхъ у Глюка l. c. p. 161 прим. 44.

⁴⁾ liv. II, tit. III, art. 578: L'usufruit est le *droit de jouir* des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance.

⁵⁾ l. c. I cap. II pr.

непосредственное отношеніе лица къ лицу, *jus* въ отношеніи къ опредѣленному лицу, при узупруктѣ же *jus utendi re*. Подтвержденіемъ этого взгляда являются слова юриста Нерація¹⁾: *fructuarius jure suo facit*, и Трифонина²⁾: *jus facultatis usufructuarii*. Дѣйствительно, если мы возьмемъ понятіе права, *jus*, въ субъективномъ смыслѣ, совершенно независимо отъ того, какъ оно употребляется въ нашихъ источникахъ, то можно ли будетъ сказать намъ, если мы пожелаемъ выразиться съ юридическою точностью, что мы имѣемъ *право пользоваться домомъ*, и пр., по поводу такого юридическаго отношенія, котораго легальная конструкція даетъ право только на дѣйствіе другаго лица? Могу ли я сказать, что я имѣю право на домъ (т. е. на пользованіе имъ), когда законъ говоритъ, что всякое измѣненіе касающееся отношеній хозяина къ дому, можетъ отзываться на мнѣ, можетъ повлечь за собою потерю моего пользованія? По нашему убѣжденію на эти вопросы должно отвѣчать отрицательно. Если я скажу въ приведенномъ случаѣ, что я имѣю право пользованія домомъ и т. п., то я именно буду выражаться *не-юридически*, т. е. *не имѣя въ виду юридической конструкціи отношенія*, о которомъ идетъ рѣчь. Шенеманъ³⁾, понимая вѣрно выраженіе Павла, говоритъ: *Utendi fruendi rebus* (т. е. *jus*) указываетъ на непосредственность власти, доставляемой сервитутомъ (*der Servitutbefugniss*), къ вещи, которая поэтому подчинена лицу, имѣющему право сервитута, безъ посредничества какого нибудь другаго лица, обязаннаго къ доставленію извѣстнаго дѣйствія, т. е. указываетъ на вещный характеръ права⁴⁾.

II. *Jus utendi fruendi alienis rebus*. Принимая результатъ нашего разсужденія подъ I, и сопоставляя его съ приведенными

¹⁾ fr. 44 D. h. t.

²⁾ fr. 62 § 1 eod.

³⁾ l. c. p. 43.

⁴⁾ См. fr. 2 D. h. t: «est enim ususfructus *jus in corpore*». (Cels.).

словами, мы убеждаемся, что узуфруктъ есть вещное право въ чужой тѣлесной вещи, движимой или недвижимой ¹⁾, *jus in re aliena*. Шенеманъ, выходя изъ вышеприведеннаго взгляда, по которому сервитуты могутъ имѣть мѣсто и въ вещахъ никому не принадлежащихъ, и не представляются поэтому ограниченіями чужой собственности, не хочетъ допустить здѣсь обыкновеннаго толкованія, по которому *alienae res*—вещи находящіяся въ собственности другаго лица; онъ объясняетъ такъ: *alienae i. e. res quaequam dominium non pertinet ad fructuarium*. Отличіе его взгляда отъ мнѣній другихъ ученыхъ въ этомъ вопросѣ однако не имѣетъ никакого значенія—все признаютъ одинаково, что узуфруктъ можетъ состоять только въ вещахъ, не принадлежащихъ фруктуарію. Этимъ самымъ рѣшается вопросъ о томъ, слѣдуетъ ли различать такъ называемый *ususfructus causalis* и *formalis*, различіе, принимаемое древнѣйшими юристами въ томъ смыслѣ, что *ususfructus causalis*—право пользованія хозяина вещи, а *ususfructus formalis*—право пользованія лица, имѣющаго право въ чужой вещи, сервитутъ. Дѣйствительно, новѣйшими юристами ²⁾ это ученіе, какъ только мнимо-римское совершенно оставлено, тѣмъ болѣе, что не только слова Павла: *jus alienis rebus utendi*, но и слова Ульпіана ³⁾: „*qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatim non habet*“ ясно указываютъ, что въ лицѣ хозяина право пользованія и плодоизвлеченія не есть что-либо отдѣльное отъ собственности, а только составная часть ея. Приведеніе по этому поводу извѣстныхъ мѣстъ въ которыхъ говорится, что *ususfructus est pars domini*, совершенно не кстати; въ нихъ всегда предполагается

¹⁾ Gaj. fr. 3 D. h. t., 7, 1: consistit non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis, jumentis ceterisque rebus (i. e. mobilibus).

²⁾ См. напр. Krans. p. 9.

³⁾ fr. 5 pr. Dig. si ususfruct. 7, 6.

уже *ususfructus constitutus* или, по крайней мѣрѣ, *constituentus*, слѣдовательно *узупфруктъ* въ лицѣ *фруктуарія*, въ качествѣ права на чужую вещь. *Fr. 3 § 2* и *fr. 4 Dig. de ususfr. accresc. 7, 2* же объясняются тѣмъ, что *узупфруктъ* здѣсь считается фиктивно продолжающимся ради права приращенія, чтобы не поставить хозяина въ болѣе невыгодное положеніе, нежели было бы то, которое онъ занималъ бы въ качествѣ *фруктуарія*. Аналогическое этому явленіе мы встрѣчаемъ въ закладномъ правѣ, которое, по той же причинѣ, считается продолжающимся не смотря на консолидацію ¹⁾. Мѣста, гдѣ говорится объ *узупфруктѣ quasi parte dominii*, имѣютъ совершенно другое значеніе: они указываютъ на то, что *фруктуарій* въ извѣстныхъ отношеніяхъ долженъ быть рассматриваемъ на подобіе хозяина, ему должны быть доставляемы напр. нѣкоторые иски по поводу вещи *фруктуарной*, которые имѣетъ собственно только хозяинъ ²⁾.

Возвратимся теперь къ значенію приведенныхъ подь II словъ. Мы видѣли, что изъ нихъ выходитъ, что *ususfructus est jus in re aliena*. Спрашивается, не справедливъ ли упрекъ Гальвана хоть въ томъ отношеніи, что опредѣленіе Павла не указываетъ, къ какому виду *jura in re aliena* относится *узупфруктъ*? Конечно, о смѣшеніи его съ *закладнымъ* правомъ не можетъ быть рѣчи, такъ какъ этому препятствуютъ слова: *utendi fruendi*. Но не подойдетъ ли подь опредѣленіе Павла *эмфитевтическое* право? Начнемъ съ того, что *эмфитевтическое* право

¹⁾ *fr. 30 § 1 D. de except. rei jud. 44, 2*, *ср. fr. 1 Cod. si antiquior. 8, 20*.

²⁾ О томъ: есть ли *ususfructus pars dominii* или нѣтъ, мы можемъ поговорить подробнѣе только послѣ разсмотрѣнія отдѣльныхъ правъ *фруктуарія*. См. пока объ этомъ вопросѣ: *Mandrea De usufructu quasi parte dominii*. Berol. 1864. *Ihering. Abandlungen aus d. Röm. Recht*, Leipz. 1844. *Abh. II*, p. 126: *Die Analogie des Eigenthums bei den jura in re aliena*.

во времена юриста Павла далеко не получило еще такого общаго значенія и распространенія, чтобы при неопредѣленномъ выраженіи: *uti alienis rebus*, можно было бы имѣть въ виду это право. Юристъ Павелъ, какъ видно изъ fr. 1 Dig. si ager vectig. 6, 3, зналъ только *ager vectigalis* относительно городскихъ общинъ (*civitates* и *municipes*): *agri civitatum alii vectigales vocantur, alii non*. Поэтому онъ съ своей точки зрѣнія никакъ не можетъ быть обвиняемъ въ неполнотѣ при опредѣленіи узуфрукта. Но даже въ томъ случаѣ, если бы уже во времена Павла эмфитевтическое право было институтомъ общераспространеннымъ, примѣняемымъ не только къ землямъ городскихъ общинъ, но и къ частнымъ имѣніямъ, этого юриста нельзя бы было упрекнуть въ томъ, чтобы по его опредѣленію узуфруктъ недостаточно отличался отъ эмфитевческаго права. Послѣдующія слова, именно: *salva rei substantia*, вѣрно понятныя, дѣлаютъ невозможнымъ смѣшеніе узуфрукта съ упомянутымъ правомъ. Слѣдуетъ именно только припомнить цѣль введенія сего послѣдняго права, чтобы убѣдиться, что при немъ о *salva substantia*, въ смыслѣ пользованія вещью безъ того, чтобы производить измѣненія въ физическомъ ея составѣ, не можетъ быть рѣчи.

Эмфитевтическое право именно устанавливалось главнымъ образомъ съ тою цѣлю, чтобы запущенныя и опустошенныя земли были приведены въ лучшее состояніе, *ad meliorem rem*, слѣдовательно для измѣненія вещественнаго индивидуума, для *mutatio speciei* вліяніемъ на ея субстанцію. При узуфруктѣ же *mutatio speciei* вообще ¹⁾ не допускается, и въ этомъ и состоитъ значеніе словъ: *s. r. s.* ²⁾. Наконецъ надобно замѣтить,

¹⁾ Объ одномъ исключительномъ случаѣ см. извѣстный fr. 13 § 5 Dig: 7, 1, и ниже наше объясненіе этого фрагмента.

²⁾ О значеніи этихъ словъ см. ниже: при объясненіи ихъ въ этой главѣ и въ особенной части въ гл. II: о правѣ пользованія фрукутаріа.

что юриста Павла действительно можно было бы упрекнуть въ неизвинительной для юриста неточности тогда, еслибы онъ подѣлъ опредѣленіе узуфрукта, выставленное въ источникахъ, хотѣлъ подвести эмфитевтическое право. Въ этомъ случаѣ именно общее слово: *rebus* было бы совершенно неумѣстно, ибо нельзя опредѣлить какъ *jus utendi re* (вообще) право, когда это право можетъ состоять только въ пользованіи *praedii rustici*. И такъ, намъ кажется, юриста Павла нельзя обвинить въ такой неточности, но можно съ полнымъ правомъ обвиненіе это привести противъ тѣхъ новѣйшихъ юристовъ, которые не видятъ въ опредѣленіи узуфрукта, приводимомъ въ источникахъ, отличительной черты этого права отъ эмфитевтического.

Если мы теперь вкратцѣ резюмируемъ вышесказанное, то мы увидимъ, что: а) по понятіямъ, господствовавшимъ во времена юриста Павла, б) по словамъ: *salva regum substantia*, и в) по общему слову: *rebus* (а не *praediiis*)—узуфруктъ, согласно опредѣленію нашихъ источниковъ, отнесенъ именно къ сервитутамъ.

Мы идемъ далѣе: юристъ Павелъ намъ указываетъ въ своемъ опредѣленіи и на то, что узуфруктъ есть *личный* сервитутъ. Въ доказательство этого мы приводимъ тотъ же аргументъ, который подѣлъ в) выставленъ въ оправданіе того, что опредѣленіе юриста не обнимаетъ эмфитевтического права. Действительно, стоитъ только припомнить, что существенная отличительная черта *servitutes praediorum*, въ противоположность *servitutes personarum*, въ объективномъ отношеніи состоитъ въ томъ, что при первыхъ сервитутахъ служащая вещь можетъ быть только *praedium*, а при вторыхъ можетъ состоять либо въ недвижимыхъ, либо въ движимыхъ вещахъ. Неужели юристъ Павелъ, еслибы онъ не имѣлъ въ виду одни только личные сервитуты, употребилъ бы общее слово: *rebus*? „Пользованіе чужими вещами“ и „пользованіе чужими недвижимыми вещами“ очевидно выраженія не тождественныя.

И такъ, по нашему мнѣнію, изъ опредѣленія узупрукта, даннаго юристомъ Павломъ, всякій, кто разсматриваетъ его, руководствуясь истинною юридическою критикою, можетъ вывести, что юристъ относитъ этотъ институтъ къ личнымъ сервитутамъ. Мы не споримъ о томъ, что можно бы было дать болѣе полное и ясное опредѣленіе, и что для лицъ, только что приступающихъ къ изученію права, даже слѣдовало въ опредѣленіи узупрукта яснѣе выставить признаки, по которымъ онъ долженъ быть отнесенъ къ числу личныхъ сервитутовъ. Но Павелъ въ комментаріи ad Vitellium не писалъ для начинающихъ ¹⁾; въ книгѣ же, предназначенной для ученыхъ юристовъ, опредѣленіе тѣмъ лучше, чѣмъ оно короче, если только въ него при этой краткости входятъ всѣ существенные признаки опредѣляемаго предмета. Съ этой точки зрѣнія мы не только не можемъ сдѣлать упрека юристу Павлу за его опредѣленіе узупрукта, какъ это дѣлаетъ напр. Гальванусъ, но мы должны удивляться тому искусству, съ которымъ онъ въ этомъ сжатомъ, краткою опредѣленіи успѣлъ соединить всѣ признаки узупрукта, какъ личнаго сервитута.

III. *Jus utendi fruendi salva rerum substantia*. Эти слова, употребляемая и юристомъ Ульпіаномъ въ его фрагментахъ, tit. 24 § 26: *Ususfructus legari potest jure civili earum rerum quarum salva substantia utendi fruendi potestas est et facultas*, вызвали самыя различныя толкованія новѣйшихъ юристовъ ²⁾.

Древнѣйшее, повидимому, толкованіе есть то, по которому слова *salva rerum substantia* относятся ко времени, въ теченіе котораго продолжается узупруктъ, т. е. обозначаютъ: пока субстанція вещи, т. е. служащее *corpus* (тѣло), существуетъ, такъ

¹⁾ Другое дѣло относительно Юстиніана въ его институціяхъ; ему бы не мѣшало дать *cupidae legum juventuti* болѣе соотвѣтствующее ихъ юридическому развитію опредѣленіе.

²⁾ См. Krans p. 6, Schoenemann § 13 p. 43 sqq; Glück IX § 631 p. 159 sqq.

что узуфруктъ прекращается вмѣстѣ съ уничтоженіемъ служащей вещи; такому толкованію будто бы соотвѣтствуетъ объясненіе Теофила и затѣмъ fr. 2 D. h. t., слитый Юстиніаномъ въ институціяхъ въ одно предложеніе съ опредѣленіемъ юриста Павла. Но справедливо Шенеманъ и Крансъ замѣчаютъ, что весьма невѣроятно, чтобы юристъ Павелъ принялъ въ свое опредѣленіе такое замѣчаніе, само собою разумѣющееся, и не имѣющее при томъ никакого отношенія къ понятію узуфрукта.

Поэтому Гальванъ ¹⁾ отвергаетъ это толкованіе и самъ объясняетъ приведенныя слова такъ, что въ нихъ содержится опредѣленіе качества вещей, которыя могутъ быть предметомъ узуфрукта (въ противоположность потребляемымъ вещамъ, въ которыхъ можетъ быть только quasi-ususfructus). Мы, не сомнѣваясь, что толкованіе это вѣрно, но только не можемъ считать его достаточно полнымъ; мы находимъ въ словахъ *salva rer. subst.* еще болѣе, нежели то, что видитъ въ нихъ Гальванъ. Напрасно Шенеманъ отвергаетъ мнѣніе Гальвана; доводы его не выдерживаютъ критики. Если именно онъ прежде всего находитъ, что по грамматическимъ правиламъ невозможно конструировать слова *s. g. s.* съ предшествующимъ словомъ: *gebis*, то мы изъ этого возраженія вовсе не усматриваемъ, почему толкованіе Гальвана должно бы быть невѣрнымъ. Если мы и отнесемъ, согласно съ желаніемъ Шенемана, предложеніе *salva rerum substantia* не къ слову *gebis*, а къ словамъ *utendi fruendi*, то смыслъ останется все-таки одинъ и тотъ же. Очевидно, юристъ Павелъ подъ *res* во второмъ предложеніи разумѣетъ предметъ конкретнаго узуфрукта, взятаго изъ „*gebis*“, о которыхъ онъ говорилъ въ первомъ предложеніи. Другое затѣмъ замѣчаніе Шенемана, что должно бы страннымъ показаться опредѣленіе, которое, вмѣсто того, чтобы указать на качество доставляемой правомъ власти, указало бы на объектъ, надъ которымъ можетъ

¹⁾ l. c. cap. IV p. 27 и 28.

быть осуществлена эта власть, также неврно. Очевидно, именно въ опредѣленіе извѣстнаго института должны войти всѣ *essentialia*, всѣ существенные признаки его, а не можетъ быть сомнѣнія, что объектъ или предметъ права относится къ такого рода признакамъ. Мы даже считали бы большою ошибкою со стороны юриста Павла то, если бы онъ не указалъ на этотъ существенный признакъ *veri usufructus*, отличающій его отъ *quasi-узуфрукта*.

Далѣе, еще до Гальвана, были юристы, которые въ словахъ *s. u. s.* видѣли указаніе на способъ, котораго можетъ и долженъ держаться фруктуарій при осуществленіи своего права; въ нихъ именно заключается опредѣленіе, чтобы фруктуарій не уменьшалъ и не портилъ субстанціи (т. е. тѣла, физическаго состава) вещи (*ne minuat atque corrumpat rei substantiam*). Противъ этого взгляда возражаютъ Гальванъ, Глюкъ (онъ говорить, что гораздо вѣроятнѣе, что Павелъ обратилъ вниманіе на существо [*das Wesen*] узуфрукта, нежели на обязанность фруктуарія) и Шенеманъ, который однако не касается при этомъ приведеннаго древняго взгляда, но полемизируетъ противъ новѣйшаго ученаго, Мадаа, выставившаго подобное же толкованіе, хотя основанное на другихъ ограниченіяхъ дѣятельности фруктуарія, нежели древніе толкователи. Мнѣніе Мадаа, а также возраженія противъ него Шенемана, мы рассмотримъ ниже подробнѣе, такъ какъ приведенное мнѣніе вызываетъ и заслуживаетъ болѣе обстоятельнаго разбора, нежели былъ бы умѣстенъ здѣсь, при краткомъ перечнѣ различныхъ мнѣній. Мы коснемся пока только возраженія Глюка. Мы именно не можемъ согласиться съ этимъ ученымъ въ томъ, чтобы указанія на способъ пользованія фруктуарія не касались сущности узуфрукта. Одинъ изъ существенныхъ признаковъ узуфрукта, въ противоположность напр. праву собственности и пр., именно и представляется въ невозможности предпринимать дѣйствія, направленные на измѣненіе, порчу или уничтоженіе вещи, такъ что указаніе на эту

невозможность, при безусловности выраженной въ первой части опредѣленія, является совершенно необходимымъ ¹⁾). Споръ противъ выставленнаго мнѣнія очевидно основывается на игрѣ словъ; ибо все равно, скажу ли я: „право пользованія съ сохраненіемъ матеріальнаго состава вещи“ или „право пользоваться такъ, чтобы (фруктуарій) не затрогивалъ матеріальнаго состава вещи“, а во второмъ случаѣ входитъ въ опредѣленіе указаніе на извѣстныя обязанности фруктуарія, потому что только этимъ указаніемъ опредѣляемое право приводится къ законнымъ разиѣрамъ. Дѣйствительно, Глюкъ въ своемъ же собственномъ опредѣленіи узифрукта противорѣчитъ высказанному имъ возраженію, ибо не обходится безъ словъ: „пользованіе такого рода, чтобы вещь могла быть возвращена *in natura*“, слѣдовательно безъ указанія на обязанность фруктуарія пользоваться вещію только извѣстнымъ, а не всякимъ способомъ. Въ опредѣленіи же Глюка мы обратимъ вниманіе на одинъ выставленный имъ признакъ: пользованіе, согласное *съ природою вещи* (*die Sache auf eine der Natur derselben gemässe Art zu benutzen und zu gebrauchen*), признакъ, о которомъ мы поговоримъ подробно ниже, по поводу нашего собственнаго объясненія приведенныхъ спорныхъ словъ.

Далѣе имѣются писатели, которые отождествляютъ *uti s. g. s.* съ пользованіемъ *boni viri arbitatu*; къ нимъ принадлежатъ напр. Мадай и Кейль. Противъ такого взгляда Шенеманъ замѣчаетъ, что можно пользоваться вещію и не *arbitatu boni viri*, но все-таки согласно съ букввальнымъ смысломъ словъ *s. g. s.*, если напр. лицо не предпринимаетъ дѣйствій, необхо-

¹⁾ Это возраженіе идетъ и противъ Шенемана, который на стр. 47 говоритъ, что способъ, какимъ кто-либо долженъ осуществлять свой узифруктъ, не есть что-либо свойственное этому сервитуту, но вытекаетъ изъ общихъ положеній объ осуществленіи правъ вообще.

димыхъ для того, чтобы предметъ пользованія находился въ возможно лучшемъ состоянїи.

Эльверсъ, стр. 449, полагаетъ, что слова *s. g. s.* имѣютъ двоякое значеніе: а) чтобы вещь не уничтожилась вслѣдствіе пользованія и б) что господство надъ субстанціею вещи и *de-tracto usufructu* остается за хозяиномъ ея.

Изъ всѣхъ приведенныхъ объясненій словъ *s. g. s.*, а также изъ тѣхъ, которыя мы еще укажемъ, видно, что разногласіе юристовъ основывается, главнымъ образомъ, на различномъ пониманіи слова: *substantia*. Такъ, если мы обратимся къ мнѣнію Глюка, что вещь должно пользоваться согласно съ ея природою, или тѣхъ юристовъ, которые отождествляютъ понятія *s. g. s.* и *boni viri arbitrata*, то мы не можемъ не замѣтить, что по ихъ понятіямъ въ составъ субстанціи входитъ еще нѣчто другое, чѣмъ физическій составъ вещи, между тѣмъ, какъ другіе писатели, между ними и Шенеманъ, имъ ограничиваютъ понятіе субстанціи. Въ виду этого, конечно, нельзя разрѣшить подлежащій вопросъ такимъ образомъ, какъ это дѣлаетъ Крансъ¹⁾, который, пользуясь созвучіемъ французскаго слова (*substance*) съ латинскимъ, находитъ, что лучше всего перевести буквально слова *salva rei substantia*—„*c'est à dire à la condition ou pourvu que la substance des choses reste sauve*“.... „*que la jouissance de l'objet ne produise pas d'altération dans sa substance*“. Весь вопросъ именно и заключается въ томъ, что разумѣть подъ словомъ *substantia* или *substance*? При объясненіи этого слова мы встрѣчаемъ два мнѣнія: а) *Substantia*— физическій составъ, матеріальнъ вещи; это мнѣніе въ новѣйшія времена въ особенности защищаетъ Шенеманъ; б) *substantia* обнимаетъ всѣ качества и признаки вещи, которыми опредѣляется ея характеръ или природа, обозначаетъ „матеріальную и экономическую природу

¹⁾ 1. с. р. 7, 8.

вещи“¹⁾). Главнымъ представителемъ послѣдняго мнѣнія является Мадай въ: *Beiträge zur Dogmengeschichte des gemein. Civilrechts*, 1839, II. Хотя именно Мадай и употребляетъ самъ слово: „Substanz“ въ смыслѣ матеріала, физическаго состава вещи, однако въ словахъ: *salva rei substantia*, онъ видитъ слѣдующее значеніе: „характеръ вещи не долженъ быть измѣненъ вслѣдствіе пользованія, вещь не должна быть употреблена къ чему нибудь несоотвѣтствующему ея первоначальному назначенію“²⁾). И такъ, подъ субстанціею въ опредѣленіи юриста Павла, по мнѣнію Мадаея, разумѣется *характеръ вещи* (подобно тому, какъ Глюкъ говоритъ о природѣ вещи, которая не должна быть измѣнена), а характеръ ея опредѣляется: 1) матеріаломъ, изъ котораго она состоитъ, и 2) назначеніемъ, которое она имѣетъ въ жизни въ качествѣ вещи опредѣленнаго рода. Въ подтвержденіе своего взгляда Мадай приводитъ тѣ мѣста, въ которыхъ употребленіе вещи для другой цѣли, нежели той, для которой они были предназначены, Ульпіаномъ называется: *abuti proprietate*: fr. 15 § 1 Dig. 7, 1: *Mancipiorum quoque ususfructu legato, non debet abuti, sed secundum conditionem eorum uti. Nam si librarium rus mittat, et qualum et calcem portare cogat: histrionem balneatorem faciat, vel de symphonia, atriensem, vel de palaestra stercorandis latrinis praeropat, abuti videtur proprietate*. Кроме того, Мадай указываетъ и на то, что даже измѣненіе самимъ хозяиномъ способа пользованія вещію разсматривается Ульпіаномъ какъ уничтоженіе (легированнаго) узупфрукта³⁾). Всякое вообще измѣненіе вещи, хотя бы оно и не касалось матеріала ея, уничтожаетъ узупфруктъ: fr. 5 § 3 Dig.

¹⁾ Побѣдоносцевъ. Курсъ Гражд. Пр. I § 61 стр. 375.

²⁾ «die Sache solle durch die Art des Gebrauchs nicht ihren bisherigen Character verlieren, solle nicht zu etwas anderem angewendet werden, als wozu sie ursprünglich bestimmt gewesen».

³⁾ fr. 12 pr. Dig. 7, 4; fr. 12 § 1 eod.

7, 4 (Ulrian.).... *rem mutari et usumfructum extinguere, constat*, именно потому, что чрезъ измѣненное назначеніе вещи, она сдѣлалась иною и прекратила прежнее свое существованіе ¹⁾. И такъ, по Мадаю, *abuti* равнозначительно съ *uti non salva substantia* и слово *substantia* обозначаетъ здѣсь то, что обыкновенно называютъ *status rei*. (О томъ, что значить, или въ чемъ представляется, назначеніе вещи [по Мадаю назначеніе данное ей хозяиномъ] мы будемъ говорить ниже, при подробнѣйшемъ разсмотрѣніи вопроса о правѣ пользованія *fructuaria*).

Противъ выставленнаго Мадаемъ значенія словъ *s. g. s.* возражаетъ Шенеманъ въ § 13, приводя при этомъ свое собственное мнѣніе, по которому слово *substantia* обозначаетъ матеріальный, физическій составъ вещи (*den materiellen Bestand des Sachkörpers*). Главныя возраженія Шенемана слѣдующія: а) способъ осуществленія права надъ вещью *in concreto* не вытекаетъ по внутренней необходимости изъ самаго права, но опредѣляется извѣстными личными отношеніями и случайностями; эти же вліяющія обстоятельства, суть чисто внѣшнія, столь чуждыя внутреннему существу права (*dem inneren Wesen des Rechts*), что совершенно непонятно, какимъ образомъ можно считать этотъ случайный способъ осуществленія права чѣмъ-то существеннымъ, субстанціальнымъ въ отношеніи къ праву, или, какъ это дѣлаетъ Мадай, даже существомъ самой вещи, относительно которой имѣется право пользованія. (Другія возраженія Шенемана противъ Мадаю, которыя онъ самъ, кажется, считаетъ болѣе существенными, нежели приведенное нами, по нашему мнѣнію вовсе не столь важны, потому что они отчасти

¹⁾ См. Эльверса, стр. 465: «so erscheint der Schauspieler Stichus als eine ganz andere Art von Sache, wie der Badediener Stichus, trotzdem dass der Körper desselben doch unverändert bleibt».

касаются не самого принципа выставленнаго *Мадаситъ*, а только примѣненія его при извѣстныхъ обстоятельствахъ, отчасти же основываются на невѣрномъ, уже выше опровергнутомъ нами, взглядѣ *Шенемана*, по которому узупфруктъ [какъ и всѣ сервитуты] самъ по себѣ не имѣетъ никакого отношенія къ собственности въ вещи подлежащей ему). b) *Шенеманъ* приводитъ различныя мѣста изъ источниковъ, изъ которыхъ явно выходитъ, что слово *substantia*, въ примѣненіи къ тѣлеснымъ вещамъ, у римлянъ всегда обозначаетъ тѣло, физическій составъ, матеріаль вещь, какъ самое именно существенное въ тѣлесной вещи. Такъ въ *C. 16 § 2 Cod. de usufruct. III, 33* — представляются какъ тождественныя понятія: *res perit* и субстанція вещи уничтожается; также *Гай II, § 79* употребляетъ *promiscue* слова *materia* и *substantia*, когда онъ говоритъ объ измѣненіи вещи чрезъ спецификацію; въ *fr. 4 § 20 Dig. de usurp. 41, 3 (Paulus): si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus; et ideo vestis furtiva erit*, также *substantia* обозначаетъ матеріаль, *materiam*. При этомъ, какъ видно изъ только что приведеннаго мѣста, обращается вниманіе прежде всего не на форму, въ которой является матеріаль, а только на самый матеріаль, что еще яснѣе выходитъ изъ *fr. 34 § 2 D. usufr. 7, 1*, гдѣ *res, quae in specie sunt, противопоставляются substantiae* ¹⁾. Въ подтвержденіе того, что слово *substantia* употребляется въ значеніи матеріала вещи, мы можемъ привести еще нѣкоторыя мѣста упущенныя *Шенеманомъ*, именно: *fr. 14 Dig. de V. S. и Ulpiani fragm. XXIV § 26*. Въ первомъ мѣстѣ *substantia* какъ физическій составъ или матеріаль вещи противопоставляется формѣ, которую получила эта вещь вслѣдствіе напр. обработки (*ars*): „*pretium earum rerum non in substantia, sed in arte est po-*

¹⁾ In substantia bonorum etiam area est.

situm“. Мѣсто это же принадлежитъ юристу Павлу, т. е. автору опредѣленія узупфрукта въ fr. 1 Dig. 7, 1, который цитируетъ въ немъ Лабео и Сабина. Ульпіанъ же въ приведенномъ мѣстѣ говоритъ, что *ususfructus legari potest jure civili earum rerum, quarum salva substantia utendi fruendi potestas est et facultas*, а въ § 27, онъ этому противопоставляетъ *quasi usumfructum earum rerum, quae in abusu continentur (vini, olei, tritici)*. Очевидно Ульпіанъ тутъ подъ *res, quarum salva substantia etc.*, разумѣетъ непотребляемыя вещи, а слѣдовательно подъ *substantia* именно физическій составъ вещи; кромѣ того, еслибы Ульпіанъ при словѣ *substantia* имѣлъ въ виду назначеніе вещи, то онъ не могъ бы выразиться такъ, какъ онъ это дѣлаетъ, ибо едвали найдется вещь, которою нельзя будетъ пользоваться согласно съ ея назначеніемъ.

Всѣмъ приведеннымъ мѣстамъ, въ которыхъ явно слово *substantia* обозначаетъ физическій составъ вещи, можно было бы противопоставить fr. 9 § 3 Dig. ad exhibend. 10, 4 въ которомъ Ульпіанъ говоритъ, что тотъ, кто изъ чаши сдѣлалъ массу, т. е. кто напр. вмѣсто золотой чаши, обращенной черезъ сплавъ въ слитокъ золота, возвратитъ это золото (*si dolo malo in aliud corpus res sit translata*) *ad exhibendum tenebitur: quamquam enim massam exhibeat, mutata forma prope interimit substantiam rei*. Однако изъ самого способа выраженія Ульпіана выходитъ, что онъ, не признавая уничтоженною субстанцію вещи (*почти*, говоритъ онъ, уничтожена субстанція), приводитъ, какъ онъ это иногда дѣлаетъ и въ другихъ мѣстахъ, невѣрное основаніе своему рѣшенію, потому именно, что оно основывается на экономическихъ, а не на чисто юридическихъ соображеніяхъ. Мы выше видѣли, что Ульпіанъ же въ своемъ *liber singular. Regular.* противопоставляетъ вещи, которыхъ пользованіе возможно съ сохраненіемъ субстанціи, тѣмъ, которыхъ пользованіе необходимо требуетъ потребленія, т. е. уничтоженія физическаго ихъ состава. Кромѣ того,

ны имѣемъ въ одномъ изъ приведенныхъ уже выше мѣстъ объясненіе того случая, о которомъ здѣсь говоритъ Ульпіанъ, юристами Павломъ, Лабеономъ и Сабинномъ, объясненіе, которое указываетъ на истинный смыслъ словъ: *prope interimit substantiam*. Въ fr. 14 Dig. de V. S. именно кстати приводится даже тотъ самый предметъ, который выбранъ Ульпіаномъ въ его примѣрѣ, *scyphus*, чаша или бокалъ; если возвращаются *scyphi collisi*, то *res videtur abesse, quoniam earum rerum pretium non in substantia, sed in arte sit positum*. И такъ, изъ этихъ словъ видно, что *res abest, substantia vero ejus adest*, т. е. видно только то, что для понятія вещи недостаточно одной *substantia*, но требуется еще другой признакъ. Изъ этого явствуетъ, что Ульпіанъ въ приведенномъ мѣстѣ только хотѣлъ сказать, что, уничтоживъ вещь въ той формѣ, въ которой она находилась въ его рукахъ, *владелецъ отвечаетъ точно также, какъ будто бы онъ уничтожилъ и субстанцію вещи*, т. е. онъ долженъ дать такое же полное вознагражденіе, въ какому былъ бы обязанъ въ этомъ случаѣ (конечно, если хозяинъ вещи не предпочтетъ взять матеріалъ и требовать вознагражденія только *pro arte, detracta substantia*).

Изъ всего вышесказаннаго, какъ намъ кажется, ясно выходитъ, что Шенеманъ правъ, говоря, что въ источникахъ слово *substantia* всегда употребляется въ смыслѣ физическаго состава или матеріала вещи: *des materiellen Bestandes des Sachkörpers*, и что мнѣніе Мадаа, по которому въ словѣ *substantia* заключается и указаніе на назначеніе вещи, на экономическое свойство его, не подтверждается источниками. Но съ другой стороны, какъ видно изъ приведенныхъ Мадаемъ примѣровъ, не можетъ быть никакого сомнѣнія, что сохраненіе этого экономическаго значенія или назначенія вещи также составляетъ существенный атрибутъ узупрукта, и что фруктуарій обязывается къ нему не только по особенному обязательственному отношенію, какъ это имѣетъ мѣсто относительно его положительныхъ

обязанностей (*ex cautione usufructuaria*), но уже по самому существу вещнаго права. Это именно выходитъ изъ того, что не только фруктуарій подвергается отвѣтственности по поводу измѣненія назначенія вещи, но самый узупруктъ въ этомъ случаѣ прекращается, потому что одно изъ *essentialia* его не имѣется болѣе на лицо. Въ виду этого спрашивается: въ какой же части опредѣленія Павла содержится указаніе на этотъ признакъ узупрукта; неужели онъ упустилъ его совершенно изъ виду? Намъ кажется, что изъ легальнаго опредѣленія можно вывести и этотъ признакъ; мы полагаемъ, что онъ самъ собою вытекаетъ изъ употребленнаго Павломъ слова *utendi* (*aliena re*). Слѣдуетъ именно принять въ соображеніе, что, возлѣ понятія *uti*, въ источникахъ имѣется другое понятіе: *abuti*, которымъ обозначается переходъ за границы пользованія, называемаго *uti*. Если поэтому кому-либо доставляется *jus utendi*, то это всегда предполагается: *non abutendo*. Признакъ же, которымъ отличается *usus* отъ *abusus*, выставляется въ *fr. 15 § 1 Dig. h. t. 7, 1*, въ такомъ видѣ, что понятію *abuti* противопоставляется понятіе: *uti re secundum conditionem ejus*¹⁾, т. е. пользоваться вещію согласно съ тѣмъ положеніемъ, которое она занимаетъ въ юридической и экономической жизни, а это положеніе и опредѣляется тѣмъ, что называется Мадай назначеніемъ вещи.

И такъ, *uti re* всегда значитъ пользоваться вещію *secundum conditionem ejus*; если же хотѣли бы указать въ данномъ случаѣ на пользованіе, выходящее изъ этихъ границъ, то такого рода пользованія, какъ исключеніе, должно бы было быть нарочно обозначено, что и можно было бы сдѣлать, выражалось напр. такъ: что лицо имѣетъ *jus utendi et abutendi*.

Въ виду этого, новѣйшіе юристы при изчисленіи правъ, принадлежащихъ хозяину относительно вещи, говорятъ, что ему принадлежитъ *jus utendi*, доходящее до *jus abutendi*.

¹⁾ См. подтвержденіе этого значенія слова *abuti* и во *fr. 27 § 1 D. eod.*, гдѣ *abuti* приводится *vozze contumeliose uti*.

Противъ нашего разсужденія нельзя возразить, что *qui nihil probat, nihil probat*, и что, если въ выраженіи: *jus utendi* уже содержится *usus secundum conditionem rei*, то въ немъ же должно заключаться и понятіе *salvae rei substantiae*, такъ что эти послѣднія слова при нашемъ толкованіи оказались бы совершенно излишними въ опредѣленіи *узифрукта*. Для опроверженія подобнаго возраженія мы припомнимъ, что: 1) есть множество вещей, которыми можно пользоваться вполне согласно съ *conditio rei*, а все-таки не *salva substantia* — именно вещи потребляемыя. Мы выше сказали, что раздѣляемъ мнѣніе Гальвана, по которому слова *salva rerum substantia* имѣютъ, между прочимъ, цѣль указать на отличіе *veri ususfructus* отъ *quasi ususfructus*; 2) и при вещахъ непотребляемыхъ можетъ быть пользованіе *secundum conditionem rei non salva substantia*, напр. если *фруктуарій* предприметъ перестройку дома, съ тѣмъ однако, чтобы затѣмъ употреблять этотъ домъ для той же цѣли, для которой онъ служилъ прежде, или если онъ (примѣръ изъ источниковъ) найдетъ необходимымъ передѣлать корабль, въ которомъ онъ имѣетъ пользованіе и т. п. И такъ, опредѣленіе пользованія *secundum rei conditionem* не всегда включаетъ въ себѣ пользованіе *salva substantia*.

На основаніи всего сказаннаго мы полагаемъ, что *главное назначеніе словъ*: *salva rei substantia*, заключается въ указаніи на то, что *узифруктъ* есть право пользоваться чужою вещію *безъ распоряженія матеріальнымъ составомъ вещи* (потребленіемъ или уменьшеніемъ ея, или превращеніемъ — *specificatio* — или измѣненіемъ, затрогивающимъ матеріаль, или поврежденіемъ матеріала, изъ котораго состоитъ вещь). Но кромѣ того мы въ приведенныхъ словахъ видимъ еще слѣдующія, вытекающія изъ главнаго ихъ значенія, указанія: 1) что предметъ *veri ususfructus* могутъ быть только *res non consumptibiles* (Гальванъ); 2) что господство надъ субстанціею вещи неизмѣнно

остаётся за однимъ хозяиномъ вещи (конечно *salva jure fructuaria*) (Эльверсъ).

Противъ нашего толкованія приводятъ однако, что если узуфруктъ не доставлялъ бы права на дѣйствія, затрогивающія матеріалъ вещи, то пользованіе нѣкоторыми вещами представлялось бы совершенно невозможнымъ, а между тѣмъ оно приводится въ источникахъ какъ случай узуфрукта; кромѣ того, никакое собственно пользованіе не могло бы быть допускаемо, такъ какъ отъ всякаго пользованія вещи дѣлаются худшими, и матеріалъ вещи страдаетъ даже при самомъ осторожномъ пользованіи ею. Такъ Мадай приводитъ, что пользованіе судномъ, которое именно допускается въ источникахъ, fr. 12 § 1 Dig. h. t. 7, 1, не должно бы было считаться возможнымъ по нашему толкованію, такъ какъ *periculum naufragii imminet*. Кромѣ того говорятъ, что формула *cautionis usufructuariae: restitutum, quod inde extabit*, указываетъ, что римляне не имѣли въ виду, чтобы пользованіе имѣло мѣсто безъ всякаго уменьшенія и порчи матеріала. Но приведенныя возраженія мы считаемъ неосновательными. Шенеманъ, стр. 49 прим. 1, справедливо замѣчаетъ, что при опредѣленіи узуфрукта рѣчь идетъ только о власти, доставляемой непосредственно чрезъ право сервитута, а *цѣлю* этой власти не можетъ быть уничтоженіе или порча субстанціи. Этимъ же вовсе не исключается то, что обыкновенно, какъ послѣдствіе порядочнаго пользованія, является уменьшеніе или порча субстанціи. Фруктуарій только не долженъ предпринимать дѣйствій, именно направленныхъ на такую цѣль, но при всѣхъ своихъ дѣйствіяхъ онъ долженъ имѣть въ виду возможно большее сохраненіе субстанціи вещи. Если бы даже принять объясненіе Мадаи, мы все-таки въ отношеніи къ этому вопросу не достигли бы желаемой опредѣленности и несомнѣнности касательно отдѣльныхъ дѣйствій, которыя можетъ, по свидѣтельству источниковъ, предпринимать фруктуарій, и тѣхъ, отъ которыхъ онъ долженъ воздержаться. Если именно фруктуарій даже не мо-

*

жеть измѣнить раздѣленія дома по комнатамъ, то это подходит подъ то, что онъ не имѣеть права на такіа дѣйствія, которыя направлены на субстанцію вещи; опредѣленіе же дома, какъ жилаго, при этомъ все-таки можетъ вполне сохраниться.

Для полноты мы должны упомянуть еще объ отношеніи fr. 2 Dig. h. t. къ первому фрагменту, содержащему въ себѣ приведенное нами опредѣленіе узуфрукта юристомъ Павломъ. Рассмотрѣніе этой связи именно является необходимымъ потому, что императоръ Юстиніанъ въ своихъ институціяхъ¹⁾ соединилъ въ одно предложеніе содержаніе ff. 1 и 2, и выставилъ поэтому fr. 2 cit. какъ бы объясненіемъ словъ: *salva rei substantia*. Дѣйствительно древнѣйшіе толкователи, соединяя по примѣру Трибоніана ff. 1 и 2, относили слова: *s. r. s.* не къ способу пользованія фруктуарія, а къ вопросу о времени прекращенія узуфрукта, т. е. объясняли ихъ такъ: пока субстанція вещи (*corpus*) невредима; такъ какъ это есть право въ тѣлесной вещи, то оно и прекращается съ уничтоженіемъ вещи (*sublata substantia*). Но Крансъ²⁾ справедливо замѣчаетъ, что словамъ: „*est enim etc.*“ нельзя придавать такого значенія, по которому они служили бы объясненіемъ словъ: *s. r. s.* уже потому, что они высказаны юристомъ Цельзомъ, жившимъ задолго до автора опредѣленія узуфрукта, которое мы находимъ въ дигестахъ. Крансъ³⁾ полагаетъ, что слова Цельза только и престо опредѣляютъ способъ прекращенія вещнаго права посредствомъ уничтоженія объекта. Шенеманъ⁴⁾, отвергая также связь между словами Цельза и Павла, не видитъ въ первыхъ объясненія того, что должно разумѣть подъ: „*salva rei substantia*“; онъ внимательно Кранса разбираетъ эти слова, и въ нихъ на-

¹⁾ См. pr. Inst. h. t. II, 4.

²⁾ l. c. p. 7.

³⁾ l. c. p. 219 пр. 4.

⁴⁾ l. c. p. 49.

ходить объясненіе того отношенія, которое мы видѣли въ словахъ: „jus utendi fruendi rebus“, т. е. болѣе сильное и ясное обозначеніе *вещнаго характера* узуфрукта (jus in corpore), который, per consequentiam, какъ вещное право, и прекращается съ прекращеніемъ самой вещи.

На основаніи выводовъ, полученныхъ нами при разсмотрѣніи отдѣльныхъ, входящихъ въ опредѣленіе юриста Павла, признаковъ узуфрукта, мы можемъ выставить слѣдующее опредѣленіе этого права на русскомъ языкѣ, въ которомъ мы отдѣльные признаки, характеризующіе его, выставимъ нѣсколько обстоятельнѣе, нежели это сдѣлалъ юристъ Павелъ: *Узуфруктъ есть право, доставляющее опредѣленному лицу непосредственное господство надъ чужими тѣлесными вещами, господство, направленное на пользованіе этими вещами согласно съ ихъ назначеніемъ и на извлеченіе (полученіе) изъ нихъ всевозможныхъ произведеній и доходовъ, съ сохраненіемъ однако физическаго состава вещи.*

Выставленное опредѣленіе узуфрукта относится однако только къ обменовенному виду этого права, въ которомъ оно именно исключительно имѣло мѣсто до императорскихъ временъ, и въ которомъ только оно и въ послѣдствіи времени признавалось за истинный узуфруктъ, *verus ususfructus*. Прагматическая же необходимость заставила послѣдующее римское законодательство ввести подъ названіемъ *quasi ususfructus* ¹⁾ юридическій институтъ, который долженъ былъ служить дополненіемъ первоначальнаго, истиннаго узуфрукта на тотъ случай, когда этотъ узуфруктъ не могъ имѣть мѣста по той причинѣ, что объектъ, въ которомъ должно было установиться пользованіе, не былъ способенъ къ описанному выше пользованію, т. е. къ такому употребленію вещи фруктуаріемъ, которое не поражало бы физи-

¹⁾ См. Dig. 7, 5: De usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur.

ческаго состава, субстанціи вещи, отданной въ пользованіе. Есть именно, какъ извѣстно, такія вещи, которыми нельзя пользоваться иначе, какъ только потребленіемъ или уничтоженіемъ ихъ. Въ вещахъ такого рода первоначально право пользованія вовсе не могло быть установлено. Между тѣмъ ¹⁾ при самомъ обыкновенномъ способѣ установленія узупрукта, а именно при отказѣ его на случай смерти (*ususfructus legatus*), часто случалось, что завѣщатель имѣлъ въ виду доставить извѣстному лицу не только пользованіе отдѣльными опредѣленными вещами, но выгоды отъ пользованія всѣмъ своимъ имуществомъ, или, по крайней мѣрѣ, отъ извѣстной дробной части всего имущества. Цицеронъ ²⁾ намъ именно приводитъ такой случай: мужъ, желая сохранить собственность въ своемъ имуществѣ дѣтямъ, намѣревается доставить всѣ выгоды отъ этого имущества женѣ, съ тѣмъ чтобы она ими пользовалась пожизненно. Сенатскимъ постановленіемъ, о времени изданія котораго до сихъ поръ не установилось единогласія между учеными ³⁾, былъ введенъ для такихъ случаевъ такъ называемый *quasi ususfructus* или *ususfructus eorum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur*, состоящій въ томъ, что фруктуарій получаетъ въ потребляемыхъ вещахъ собственность, полное право распоряженія, обязываясь, съ доставленіемъ обезпеченія (*cautio*), возвратитъ *finito usufructu tantundem ejusdem qualitatis* или *rei aestimationem*. fr. 7 D. h. t. 7, 5; § 2 Inst. de usufr. 2, 4.

Не распространяясь здѣсь о *quasi узупруктѣ*, котораго по-

¹⁾ См. объ этомъ вопросѣ, напр. Мадай: Beitr. zur Dogmengeschichte III: Ueber. d. Niessbr. a. vertretbr. Sachen. Elvers § 58, Krans. p. 241 sqq., Schoenemann § 23 и 24 и др.

²⁾ pro Caecina 4, 11.

³⁾ См. Elvers p. 579 пр. e.; Krans. p. 241 i. f. Но всѣ согласны, что это постановленіе относится къ самому концу республики или къ началу императорскаго правленія (доходить до Тиверія включительно).

дробное разсмотрѣніе должно быть отнесено къ особенной главѣ, и можетъ имѣть мѣсто только послѣ подробнаго изслѣдованія обыкновеннаго или истиннаго узуфрукта, *verus ususfructus*, мы здѣсь ограничимся только немногими, хотя существенно важными, по нашему мнѣнію, замѣчаніями.

Собственно говоря, введенный сенатскимъ постановленіемъ узуфруктъ потребляемыхъ вещей нисколько не измѣнилъ понятія сервитута узуфрукта; *никакимъ именно законодательнымъ актомъ не могъ быть установленъ дѣйствительный сервитутъ, обращенный на пользование потребляемыхъ вещей*, потому что, какъ вѣрно замѣчаетъ уже Гай¹⁾, „*naturalis ratio auctoritate senatus commutari non potuit*“, т. е. самая природа этихъ вещей не допускаетъ пользования въ нихъ. Введеніемъ *quasi ususfructus* законодательство вышло совершенно изъ области сервитутовъ, такъ какъ непосредственною цѣлію кажущагося сервитута была поставлена власть потреблять, уничтожать самую вещь, т. е. распоряжаться ею. Доставить же вещь въ полное распоряженіе другаго, съ тѣмъ, чтобы онъ могъ ее даже уничтожать, значитъ ничто иное какъ *отчуждать самую вещь, т. е. переносить ее въ собственность этого другаго лица*²⁾. Единственное сходство узуфрукта и *quasi* узуфрукта заключается въ обязанности *quasi* узуфруктуарія доставить обезпеченіе (*cautionem usufructuariam*), и въ томъ, что *quasi* узуфруктъ прекращается со смертію или *capitis deminutio quasi* фруктуарія, подобно истинному узуфрукту. Экономическое равенство обоихъ случаевъ³⁾, выражается въ томъ, что, и при истинномъ и при *quasi* узуфруктѣ, цѣнность самыхъ вещей

¹⁾ fr. 2 § 1 Dig. h. t. 7, 5. См. и Юстиніана въ § 2 I. de usufr. 2, 4: «nam haec res (sc. consumptibiles) neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum.

²⁾ fr. 7 D. h. t. 7, 5: *proprietas transferri debet. § 2 I 3, 4: ita datur legatario, ut ejus fiat.*

³⁾ Шенеманъ, l. c. p. 81.

остаётся въ имуществѣ хозяина, и только извлеченіе выгодъ и доходовъ переходитъ въ руки пользующагося лица, не можетъ имѣть никакого значенія при опредѣленіи мѣста, которое слѣдуетъ дать quasi узупфрукту въ системѣ права, ибо ту же экономическую цѣль мы видимъ и при обязательственномъ отношеніи— договорѣ займа. Для разрѣшенія появившагося сомнѣнія насчетъ того, слѣдуетъ ли помѣстить ученіе о quasi узупфруктѣ въ отдѣлѣ объ обязательствахъ, какъ полагаетъ Эльверсъ ¹⁾ или въ отдѣлѣ о вещныхъ правахъ, въ которомъ излагаютъ его сами римляне и, вслѣдъ за ними, всѣ почти новѣйшіе ученые, по нашему мнѣнію, слѣдуетъ обратить вниманіе на то: получаетъ ли quasi-узупфруктуарій на время существованія его права непосредственную власть, вещное право, въ чуждой вещи, или же получаетъ онъ самую вещь въ собственность, и дѣлается этимъ „debitor generis“? ²⁾ Представимъ себѣ случай, что quasi-фруктуарію придется защищать передъ судомъ свое право на вещи, которыя даны ему въ quasi-узупфруктъ. Неужели онъ станетъ искать посредствомъ *confessoria in rem actio*, а не *per vindicationem*, и то не только противъ третьихъ лицъ, но и противъ самого хозяина вещей, съ тѣмъ, чтобы только *heri-cando*, для мотивированія своей собственности, привести установленіе quasi-узупфрукта? Эльверсъ ³⁾ справедливо замѣчаетъ, что римская юриспруденція, которая обыкновенно заимствовала основанія для распредѣленія въ системѣ различныхъ институтовъ, изъ исковъ, даваемыхъ по поводу ихъ, при quasi узупфруктѣ забыло, что *confessoria in rem actio* здѣсь не имѣетъ ни малѣйшаго примѣненія.

Но какъ же объяснить *cautionem*, подобное тому, которое представляется при *verus ususfructus*, и окончаніе quasi-uzu-

¹⁾ l. c. p. 578.

²⁾ Madai l. c. 144.

³⁾ l. c. p. 579.

фрукта смертію или *capitis deminutione quasi-фруктуарія*? Что касается до обезпеченія, то нѣтъ никакого сомнѣнія, что *stipulatio* при *quasi-узуфруктѣ* имѣло иное содержаніе, нежели при истинномъ *узуфруктѣ*. Если при послѣднемъ *фруктуаріи* гарантировалъ „*restituturum se finito usufructu, quod inde extabit*“¹⁾, то при первомъ онъ конечно долженъ былъ обѣщать *restituturum se finito usufructu tantundem quantum acceperit et quidem ejusdem qualitatis, vel rerum aestimationem*. И такъ, въ случаѣ даже установленія *узуфрукта omnium bonorum*, хозяинъ не могъ въ одной *стипуляціи* соединить вещи, подлежащія *vero usufructui* и *res consumptibiles*, или же, если онъ ихъ и соединялъ внѣшнимъ образомъ, то долженъ былъ именно упомянуть о тѣхъ и другихъ вещахъ, и о различной отвѣтственности *фруктуарія* по поводу тѣхъ и другихъ, слѣдовательно дѣлать въ сущности двѣ различныя *стипуляціи*. А эту же самую цѣль могъ бы достигнуть хозяинъ и безъ нововведенія, сдѣланнаго сенатскимъ постановленіемъ, тѣмъ, что онъ просто, передавая свои непотребляемыя вещи въ *узуфруктъ*, доставлялъ бы потребляемыя вещи въ собственность *фруктуарія* на основаніи договора займа, выговаривая себѣ при этомъ особенное обезпеченіе, если бы онъ это считалъ необходимымъ.

Что же касается до прекращенія *quasi узуфрукта morte vel capitis deminutione*, то нѣтъ сомнѣнія, что этимъ обстоятельствомъ право обладанія вещами на основаніи *quasi узуфрукта* получаетъ чисто личный характеръ, обращается въ *jus personalissimum*; но изъ этого отнюдь не слѣдуетъ, чтобы оно было личнымъ *сервитутомъ*.

На основаніи всего вышесказаннаго мы не можемъ причислить *quasi-узуфруктъ* къ *сервитутамъ*, а скорѣе должны отнести его къ обязательственнымъ отношеніямъ, вида въ немъ *особенно квалифицированный видъ безмезднаго займа*. Особен-

¹⁾ pr. Dig. h. t. 7, 9.

ныя именно качества этого займа заключаются въ слѣдующемъ: 1) ему необходимо должно предшествовать обезпеченіе (cautio), 2) онъ представляется правомъ личнымъ, не переходящимъ на наследниковъ, 3) обязательство, возникающее изъ этого отношенія, представляется альтернативнымъ (res v. aestimatio). Затѣмъ всѣ правила о займѣ — переходъ собственности въ отдаваемыхъ вещахъ на должника, вытекающее изъ этого послѣдствіе, что *periculum casus debitoris est* и т. д. встрѣчаются равнымъ образомъ и при *quasi* узуфруктѣ.

Но чѣмъ же объяснить, что римляне, называя разсматриваемый нами институтъ *quasi* узуфруктомъ, помѣщаютъ его въ ученіи о сервитутахъ? Намъ кажется, что это было сдѣлано исключительно для практическаго удобства, съ тою цѣлю, чтобы облегчить *завѣщателю* выраженіе его воли въ распоряженіи на случай смерти, и чтобы опредѣлить моментъ возвращенія потребляемыхъ вещей наследнику. Сознавая, что завѣщатель, выраженіемъ: *lego usumfructum omnium meorum bonorum*, имѣлъ въ виду доставить легатарію выгоды отъ всего своего имущества, съ сохраненіемъ за наследниками собственности, законодательство изобрѣло два способа для достиженія этой цѣли, которые были различны при вещахъ не потребляемыхъ и потребляемыхъ: *при первыхъ* — *обязывая наследника къ установленію личнаго сервитута*, *при вторыхъ* — *возлагая на него обязанность отдать ихъ въ займы легатарію*. Названіе же для втораго случая: *ususfructus eorum rerum etc.* или *quasi ususfructus*, объясняется тѣмъ, что это отношеніе всегда сопутствовало истинному узуфрукту, и завѣщателемъ и было подводимо подъ общее названіе: узуфрукта, и кромѣ того тѣмъ, что римляне не достаточно себѣ выяснили, что одинаковыя экономическія цѣли могутъ лежать въ основаніи различныхъ юридическихъ отношеній; они тутъ только и видѣли тождественную цѣль при тѣхъ и другихъ вещахъ. Впрочемъ сознаніе ихъ о томъ, что, хотя экономическая цѣль одинакова, но юридическая кон-

струкція обоихъ случаевъ совершенно различна, выражается именно въ словѣ: *quasi*.

Приведенныя нами особенности *quasi* узуфрукта заставляютъ полагать, что онъ былъ введенъ съ тѣмъ, чтобы имѣть примѣненіе исключительно при отказахъ, т. е. для сдѣлокъ на случай смерти. Дѣйствительно, всѣ мѣста источниковъ, въ которыхъ упоминается о нашемъ институтѣ, имѣютъ въ виду легать, а также въ сенатскомъ постановленіи, которымъ введенъ *quasi* узуфруктъ, говорится, что узуфруктъ во всякаго рода вещахъ можетъ быть отказываемъ¹⁾. Были ученые²⁾, которые изъ этого выводили, что *quasi* узуфруктъ только и можетъ быть устанавливаемъ распоряженіемъ на случай смерти, и что *negotium inter vivos* подобное отношеніе не могло возникнуть. Но большинство новѣйшихъ юристовъ (и Эльверсъ между проч.) принимаютъ противное. Намъ однако кажется, что мнѣніе древнѣйшее болѣе основательно. Доводы, приводимые противниками, слѣдующіе: 1) и въ тѣхъ случаяхъ, которые разрѣшаются источниками, завѣщательное распоряженіе не всегда тотчасъ устанавливаетъ *quasi* узуфруктъ, но иногда вызываетъ только обязательство на установленіе его, такъ что самое это установленіе совершается посредствомъ *negotium inter vivos*. Этими, какъ намъ кажется, ничего не доказывается. На наследника, какъ мы выше сказали, легатомъ *quasi ususfructus* возлагается обязанность выдать вещи въ собственность легатарію съ обязанностію для послѣдняго возвратитъ *tantundem etc.*, т. е. заключить договоръ займа, и только названіемъ *quasi* узуфрукта указываются условія этого займа, т. е. невозможность со стороны легатарія требовать выдачи вещей безъ представленія обезпеченія, и срокъ займа. 2) Другой доводъ, заимствованный изъ при-

¹⁾ fr. 1, 2, 5 D. h. t. 7, 5.

²⁾ См. Elvers. l. c. p. 583.

роды вещей, а именно ¹⁾ „что было бы безпримѣрною аномалією, чтобы тѣ распоряженія, которыя можно предпринимать относительно своихъ вещей посредствомъ завѣщанія, нельзя бы было осуществлять и *per negotia inter vivos*“ — не болѣе состоятеленъ. Прежде всего замѣтимъ, что вообще иногда распоряженія, дѣйствительныя *in negotiis mortis causa*, недѣйствительны въ *negotia inter vivos* — мы припомнимъ только распоряженія, сдѣланныя *sub conditione impossibili*; затѣмъ мы видѣли, что *quasi usufructus* введенъ только для того, чтобы завѣщателю облегчить распоряженіе своимъ имуществомъ, подводя все подъ одно общее понятіе *usufructus*. Если же кто-либо *inter vivos* желаетъ отдать другому пользованіе своими потребляемыми вещами, то, при существованіи договора займа, и при возможности обставлять его любыми условіями, не было никакой необходимости, слѣдовательно и никакого разумнаго основанія, принять то, чего, какъ говорятъ сами римляне, не допускаетъ ни *naturalis*, ниже *civilis ratio*. Наконецъ *SC.* установившее *quasi usufructus*, вводитъ столь ненормальное явленіе, что на него слѣдуетъ смотрѣть какъ на законъ въ высшей степени сингулярный, и потому оно никакъ не можетъ быть распространено въ своемъ дѣйствіи далѣе того случая, для котораго именно было издано, а въ источникахъ мы только видимъ, что по *SC. ususfructus omnium rerum legari potuit*. И такъ, по нашему мнѣнію, *quasi usufructus* примѣнялся только при *negotia mortis causa*.

Въ заключеніе замѣтимъ, что, не смотря на существованіе *quasi-usufructus*, мы считаемъ наше опредѣленіе *usufructus* въ сущности всеобъемлющимъ и полнымъ, ибо, какъ мы старались выше доказать, такъ называемый *quasi-usufructus* вовсе не относится къ ученію объ *usufructus*, но къ обязательствамъ, и слѣдовательно и не можетъ изъяслять никакого вліянія на опредѣленіе понятія *usufructus*.

¹⁾ См. *Elvers. l. c. p. 584.*

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Историческія замѣчанія объ узупфруктѣ.

Въ литературѣ по римскому праву мы находимъ только самыя недостаточныя указанія относительно исторіи узупфрукта ¹⁾, обстоятельство, которое одинаково имѣетъ мѣсто и относительно всѣхъ вообще сервитутовъ. Этотъ пробѣлъ въ литературѣ объясняется состояніемъ самыхъ источниковъ, которые содержатъ въ себѣ такъ мало объ исторіи сервитутовъ, что изъ нихъ могутъ быть заимствованы только самыя общія замѣчанія. Поэтому немудрено, что по мнѣнію германскихъ ученыхъ изъ всѣхъ цивилистическихъ изслѣдованій самымъ безнадѣжнымъ представляется разсмотрѣніе вопроса объ исторіи сервитутовъ ²⁾. Въ виду этого мы конечно не можемъ имѣть намѣренія изложить исторію сервитутовъ вообще, и узупфрукта въ особенности; мы только намѣрены представить вератцѣ то немногое, что находится въ литературѣ объ этомъ предметѣ, прибавляя къ этому нѣкоторыя собственныя замѣчанія. См. Elvers I, с. §§ 1, 2 и 50; Puchta: Curs. d. Institutionen II § 255, Pandecten § 179; Schilling: Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Röm. Privatrechts; Rein: Geschichte d. Röm. Privatrechts; Hugo: Rechtsgeschichte, 11-е изд. стр. 190 sqq.; Schrader: Civilistische Abhandlungen. Bd. II Abth. IV; Mühlenbruch: Archiv f. d. civilistische Praxis, Bd. 15, № XVIII, pag. 384; Griesinger: De servitute luminum et ne luminibus officiat Lips. 1819, p. 123; Dankwardt: Nationalöconomie und Jurisprudenz

¹⁾ Krans напр. не упоминаетъ вовсе объ этомъ вопросѣ.

²⁾ См. Hugo. Lehrb. d. Gesch. d. R. R. XI изд. p. 189 и 190; Griesinger: de servitute luminum: Lips. 1819 cap. V p. 119: Quo jure et ordine servitutes variae Romanorum inductae fuerint, *cum plurimum hac in re non nisi conjectura nituntur, non tam expedita et facilis est definitio.*

Heft. 2 p. 23; и Baron: Die Gesamtrechtsverhältnisse im Röm. Recht. Berlin 1864. p. 175.

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что сервитуты, по крайней мѣрѣ нѣкоторые виды ихъ, принадлежать къ древнѣйшимъ институтамъ римскаго гражданскаго права. Если именно и не принять, чтобы во фрагментахъ законовъ 12 таблицъ, заимствованныхъ изъ Варрона de lingua latina 7 § 15: viae latitudo in porrectum VIII p. habet, in amfractum XVI, и изъ Цицерона pro Caec. c. 19: si via sit immunita, jubet (lex. XII tab.) qua velit agere iumentum, имѣлись въ виду дорожные сервитуты, но полагать, что въ нихъ заключались только постановленія объ общественныхъ дорогахъ, то все-таки два обстоятельства безспорно подтверждаютъ древность сервитутовъ, а именно: 1) то, что дорожные сервитуты причислялись къ *res mancipi*. Можно придерживаться любого изъ различныхъ мнѣній насчетъ значенія *res mancipi*, но никто не станетъ сомнѣваться, что дѣленіе на *res mancipi* и *res mancipi* относится къ древнѣйшимъ временамъ; весьма вѣроятно, что оно возникло не позже введенія ценза, слѣдовательно вмѣстѣ съ установленіемъ центуріатнаго устройства, и что цензу именно подлежали *res mancipi*. 2) Сервитуты представляются институтомъ *juris civilis*, въ области котораго они постоянно и оставались. Преторскій эдиктъ, столь существенно влѣявшій на различныя имущественныя права, почти не затрогивалъ сервитутовъ. Изъ этого мы можемъ вывести то заключеніе, что теорія сервитутовъ ко времени развитія дѣйствія преторскаго эдикта уже твердо установилась, обстоятельство, которое дѣйствительно подтверждается рѣчами Цицерона, изъ которыхъ явствуешь, что узуфруктъ, появившійся, какъ мы увидимъ, позже нежели *servitutes rusticae*, въ его времена имѣлъ уже вполне выработанную теорію¹⁾. И такъ, о древности происхожденія сервитутовъ вообще не можетъ быть спора; подробно-

¹⁾ Elvers l. c. § 2 i. f. пр. g.

сти же историческаго развитія ихъ намъ не переданы, но, какъ мы уже замѣтили, въ источникахъ, сохранившихся до нашихъ временъ, мы встрѣчаемъ ученіе о сервитутахъ вполнѣ выработаннымъ. Первые зачатки находились вѣроятно уже въ обычномъ правѣ; изъ немногихъ же основныхъ положеній римская юриспруденція затѣмъ выработала цѣлый обширный юридическій институтъ.

Ученые, замѣчая, что сервитуты имѣютъ по преимуществу экономическій характеръ, установлены для экономическихъ выгодъ опредѣленнаго имѣнія или лица, основываются, и при выставленіи гипотезъ объ историческомъ развитіи сервитутовъ, главнымъ образомъ на экономическихъ соображеніяхъ. Самое интересное въ этомъ отношеніи разсужденіе принадлежитъ Данквардту, и мы считаемъ не лишнимъ указать на него немного подробнѣе.

Данквардтъ выставляетъ цѣлую исторію развитія имущественныхъ отношеній. Онъ разсматриваетъ, какія формы имущественныхъ правъ, и въ какомъ порядкѣ, свойственны различнымъ ступенямъ возраста народа, т. е. различнымъ фазисамъ, которые проходитъ народъ въ отношеніи къ своему образованію и развитію. По мнѣнію Данквардта сервитуты существовали ранѣе обязательственныхъ отношеній, направленныхъ на пользованіе чужою вещію, ибо сервитуты представляются ему какъ первоначальная древнѣйшая форма найма. Существо найма именно по Данквардту во все времена было одинаково; въ періодъ же хозяйственнаго уединенія (*wirtschaftlicher Isolirt-heit*) наемъ долженъ былъ проявляться въ особенной формѣ. Этотъ періодъ характеризуется прежде всего отсутствіемъ всякой предпріимчивости и спекулятивности. Каждый думаетъ только объ удовлетвореніи самыхъ обыкновенныхъ, простыхъ потребностей; поэтому пользованіе чужими вещами въ это время пріобрѣтается *только по необходимости и нуждѣ*, вслѣдствіе чего въ этомъ періодѣ рѣчь можетъ быть только объ *uti*, а не

о frui. По той же причинѣ съ пользованіемъ чужою вещью должна была соединяться идея *непереносности*, какъ самаго права пользованія (quoad jus), такъ и осуществленія этого права (quoad exercitium), такъ какъ самое пользованіе установлено только для удовлетворенія самыхъ необходимыхъ потребностей даннаго, опредѣленнаго лица. Въ непереносности же пѣлаго, т. е. всего uti, заключалась и невозможность перенесенія *части* этого пользованія — т. е. другими словами — *неделимость пользованія*. При подобномъ пользованіи конечно конституэнтами всегда предполагалось условіе: *salva rei substantia*. (Такииъ образомъ важнѣйшія условія сервитутовъ — за исключеніемъ узупрукта — выведены Данквардтомъ а ргіогі изъ экономическихъ соображеній). Въ виду изложенныхъ обстоятельствъ, продолжаетъ Данквардтъ, *и принимая въ соображеніе, что римлянамъ въ тѣ отдаленныя времена понятіе обязательства было вполне неизвѣстно, и что есть имущественныя отношенія изъ сводимыя къ понятію собственности*, — ближе всего было обращаться съ *правомъ пользованія въ чужой вещи по аналогіи съ правомъ собственности*. Въ-сто взгляда позднѣйшаго, по которому наемъ представляется продолжающимся обязательственнымъ отношеніемъ, такъ что отдающій въ наймы вещь разсматривается постоянно вновь доставляющимъ нанимателю пользованіе своею вещью, въ древнее время имѣлось такое возрѣніе, по которому пользованіе вещью доставлялось лицу *ипо actu*; поэтому, продолжающееся въ теченіи извѣстнаго времени пользованіе, въ древнія времена не было послѣдствіемъ постоянно повторяемыхъ дѣйствій хозяина вещи, но основывалось на самостоятельной, непосредственной власти пользующагося лица, возникшей разъ навсегда въ моментъ установленія пользованія. Изъ этого вытекало, что тотъ, кому принадлежитъ *jus utendi*, въ границахъ своего права есть *dominus*; выраженіе: *jus in re aliena* вообще означаетъ ограниченное *dominium* въ вещи, и дѣйствительно оно и есть

ограниченная по силѣ (*intensiv beschränktes*) собственность. (Здѣсь Данквардтъ приближается ко взгляду *Du Roi* въ выше приведенной статьѣ).

Данквардтъ утверждаетъ, что если мы вполнѣ вдумаемся въ ограниченные юридическіе взгляды древнѣйшаго времени, то непремѣнно придемъ къ убѣжденію, что инаго взгляда на наемъ и не могло быть ¹⁾).

Все сказанное коротко можно совокупить въ слѣдующее предложеніе: *наемъ первоначально состоялъ въ мнѣнъ сервитутовъ, затѣмъ въ купль ихъ; объемъ же его определялся только необходимыми потребностями и нуждами пользующагося лица*, (слѣдовательно соотвѣтствовала тому, что потомъ приводится подъ названіемъ: *servitus usus*).

Выяснивъ такимъ образомъ возникновеніе вещественныхъ сервитутовъ и личнаго сервитута *usus*, Данквардтъ переходитъ къ узупфрукту, который, слѣдовательно, приписываетъ позднѣйшему, въ сравненіи съ другими сервитутами, времени. Онъ именно по этому поводу разсуждаетъ слѣдующимъ образомъ: съ постепеннымъ переходомъ къ раздѣленію труда и съ пробужденіемъ промышленности должно было проявиться стремленіе пріобрѣтать пользованіе чужими вещами такъ, чтобы онѣ являлись въ качествѣ *полнаго производительнаго капитала* (т. е. не ограничиваясь личными нуждами и потребностями пользователя). Теперь уже вопросъ заключался не въ устраненіи хозяйственныхъ затрудненій, но въ пользованіи вещью *для производства цѣнностей* — *ad compendium, non ad usum fr.* 12

¹⁾ Данквардтъ затѣмъ указываетъ на различныя послѣдствія, вытекающія изъ этого взгляда, и дѣйствительно высказываемыя въ источникахъ: подобно собственности сервитуты возникали *per mancipationem, in jure sessionem, usucapionem*; при нихъ также различали право и фактъ — *juris quasi possessio*; былъ вещный искъ, *actio in rem* и т. д.

pr. D. de usu et habit. 7, 8. Тогда возникла купля *ususfructus* — она же представляет собою переходъ отъ купли *usus fundi* въ найму *fundi*, въ арендному содержанію недвижимаго имущества. Когда же возникло *обязательство ex empto vendito*, то по аналогіи съ нимъ явилось и обязательственное отношеніе найма — *locatio conductio rei*. На стр. 28 Данквардтъ результатомъ своихъ размышленій выставляетъ слѣдующее: „при ближайшемъ разсмотрѣніи мы видимъ, что приобрѣтеніе производительныхъ услугъ (*der Productivdienste*) чужихъ вещей имѣетъ свое историческое развитіе, въ которомъ понятія: *servitus, ususfructus, locatio conductio, superficies, emphyteusis* — представляютъ собою различные, слѣдующіе одинъ за другимъ, хронологическіе фазисы“.

Мы такъ подробно привели взглядъ и выводъ Данквардта, потому что они представляются весьма замѣчательными по послѣдовательности и ясности, съ которыми проведено экономическое начало, составляющее исходную точку Данквардта. Кромѣ того мы у Данквардта, кажется, видимъ подробное изложеніе тѣхъ мотивовъ, которые имѣлъ въ виду Пухта при выставленіи сервитута *usus*, какъ прототипа всѣхъ сервитутовъ. Наконецъ мы считали интереснымъ указать писателя, который именно основную мысль, на которой онъ строитъ всѣ свои размышленія, выставляетъ какъ аксіому, не требующую доказательства, между тѣмъ какъ она противорѣчитъ мнѣніямъ всѣхъ почти другихъ юристовъ, и поэтому нуждалась бы въ самомъ тщательномъ подкрѣпленіи полновѣсными и наглядными доказательствами. Между тѣмъ мнѣнія Данквардта мы ни въ какомъ случаѣ раздѣлить не можемъ, такъ какъ оно противорѣчитъ всему, что намъ извѣстно изъ источниковъ. Основное положеніе Данквардта — что римлянамъ въ древнѣйшія времена понятіе обязательства было неизвѣстно — вполнѣ ложно, на сколько мы можемъ судить по оставшимся источникамъ. Отрывки древнѣйшаго письменнаго законодательства, то есть законовъ 12 таблицъ, по обще-

принятому въ нынѣшнее время, и, какъ намъ кажется, единственно вѣрному мнѣнію, представляютъ собою, по крайней мѣрѣ въ отношеніи къ главнымъ ученіямъ частнаго права, письменное формулированіе и дальнѣйшее развитіе чисто національнаго римскаго (древнѣйшаго, обычнаго) права. Эти отрывки, не смотря на малочисленность ихъ, представляютъ намъ не только самыя ясныя и неопровержимыя доказательства того, что римлянамъ во время изданія законовъ 12 таб. понятіе обязательства вообще было извѣстно, но изъ нихъ мы видимъ, что они въ тѣ древнія времена доводили понятіе обязательства до крайнихъ его послѣдствій, съ такою именно послѣдовательностію, какой мы не встрѣчаемъ потомъ нигдѣ, ни въ самомъ римскомъ правѣ, отказавшемся отъ этого крайняго взгляда на основаніи *lex Poetelia* (вѣроятно 5-го ст. а. и. с.), ни въ какомънибудь другомъ позднѣйшемъ правѣ. Не обращая именно вниманія на тѣ отрывки зак. 12 таб., въ которыхъ будто бы упоминается о различныхъ отдѣльныхъ видахъ обязательствъ изъ договоровъ, мы укажемъ только на тѣ фрагменты, которые по Готофреду и Дирксену входили въ составъ III-й таблицы: *de rebus creditis*, фрагменты, которыхъ дѣйствительное соответствіе высказанному въ зак. 12 таб., гарантируется тѣми писателями, изъ сочиненій которыхъ они заимствованы, и которымъ самыя таблицы были извѣстны. Безусловно личная отвѣтственность неисполнишаго обязательства должника, власть кредитора дѣйствовать всевозможными, даже самыми суровыми и безчеловѣчными, средствами съ цѣлію изъясвить давленіе на волю должника, при невозможности для кредитора обратиться къ имуществу этого должника — вотъ тѣ данныя, которыми неопровержимо доказывается, что обязательство, какъ право на чужое *dienst*, на исполненіе чего-либо со стороны должника, *безъ всякаго непосредственнаго отношенія кредитора къ имуществу должника*, слѣдовательно, какъ выше было замѣчено, обязательство въ самомъ строгомъ, сурово-послѣдовательномъ

видѣ — было понятіе совершенно извѣстное римлянамъ время 12 табл. ¹⁾).

Далѣе то, что говорить Даневардтъ о самомъ способѣ удовлетворенія потребностей въ древнѣйшее время, по нашему мнѣнію, представляется вовсе не столь естественнымъ, каковымъ это оказывается для него при устройствѣ а ргіогі своей теоріи; въ особенности же съ нимъ нельзя согласиться въ отношеніи къ римскому народу; никто именно, кто знакомъ съ качествами этого народа, не можетъ раздѣлить того мнѣнія, по которому у него пользованіе чужою вещью являлось сначала въ формѣ купли сервитутовъ. Древнѣйшіе римляне дѣйствительно знали главнымъ образомъ только одно имущественное право, т. е. собственность, но именно собственность въ томъ строгомъ, безусловномъ видѣ, въ которомъ намъ представляются всѣ вообще институты *juris stricti*. А ргіогі, въ противоположность взгляду Даневардта, должно установить, что, по мнѣнію римскому, власть надъ вещью, находящеюся въ собственности другого лица, безъ посредства ея хозяина, т. е. въ видѣ *jus in re aliena*, была совершенно невысказанною. Римлянинъ удовлетворялъ своимъ потребностямъ изъ того, о чемъ онъ могъ говорить: *meum est ex jure Quiritium*; если же этого имущества не было достаточно, то онъ только могъ обращаться къ помощи, къ услугамъ другого, и черезъ *дѣйствія* сего послѣдняго получать желаемое. Въ древнѣйшемъ Римѣ, какъ извѣстно, лицо вполне приерывало собою имущество; вторженіе чужаго лица въ это имущество безъ дѣятельнаго соучастія хозяина, установленіе, какъ выражается Даневардтъ, *in actu* права пользованія чужимъ имуществомъ на будущія времена, помимо воли хозяина (высказавшейся разъ навсегда въ

¹⁾ Можно бы было привести еще множество отдѣльных доказательствъ изъ источниковъ, какъ-то: слова при *lexum*: *damnas esto* и пр.; но мы считаемъ излишнимъ приведеніе ихъ, такъ какъ сказанное въ текстѣ, по нашему мнѣнію, *неопровержимо* доказываетъ то, что намъ нужно для опроверженія Даневардта.

совершенною однажды установительною актою)—это немислимо въ древнѣйшемъ Римѣ и противорѣчить всему тому, что намъ извѣстно о его характерѣ. Съ другой же стороны, при фактической невозможности такого изолированія, какое предполагаетъ Данкв. для своего періода хозяйственнаго уединенія ¹⁾, самымъ естественнымъ дополненіемъ недостатковъ одного лица является *содѣйствіе, помощь* другаго лица, слѣдовательно путемъ обязательствъ. Мы еще въ позднѣйшее время видимъ желаніе римлянъ по возможности ограничивать сервитуты, потому что они представляются ограниченіями собственности, а между тѣмъ такое ограниченіе собственности было бы, если вѣрить Данквардту, древнѣйшею, и, именно въ древнія времена, единственною формою, въ которой одно лицо имѣло бы доступъ къ имуществу другаго лица! Повторяемъ, нужно совсѣмъ игнорировать характеръ древнихъ римлянъ, чтобы выставить взгляды подобныя тѣмъ, которые старается провести Данквардтъ! ²⁾. Изъ сказаннаго этимъ писателемъ далѣе выходитъ, что онъ разсматриваетъ понятіе права въ чужой вещи какъ болѣе естественное, болѣе доступное младенческимъ народамъ, нежели понятіе обязательства. Едва ли и съ этимъ можно согласиться. Право обладать вещію, принадлежащею другому лицу, безъ постоянной, такъ сказать, охраны и защиты со стороны ея хозяина, независимо отъ его личности, намъ кажется гораздо болѣе замысловатымъ, нежели право требовать постоянно отъ хозяина вещи, согласно его обѣщанію, пользованія вещію. Далѣе, еслибы взглядъ на наемное пользованіе вещію въ видѣ

¹⁾ Замѣтимъ встать, что Данквардтъ противорѣчить самому себѣ: въ періодъ полнаго хозяйственнаго уединенія *все-таки помощь одного лица другому!* но непремѣнно сервитутами, а не при посредствѣ обязательства!!!

²⁾ Исключительное, конечно, положеніе занимали сельскіе сервитуты, которые имѣлись уже въ древнѣйшее время. Объ особенностяхъ ихъ см. ниже.

обязательства быть, по римскимъ понятіямъ, менѣе натураленъ, нежели разсмотрѣніе такого пользованія въ качествѣ вещнаго права, а между тѣмъ сперва, согласно Данквардту, у римлянъ пользованіе чужою вещію устанавливалось въ видѣ купли сервитута, то введеніе послѣдующее найма какъ обязательственнаго отношенія представлялось бы совершенно излишнею выдумкою римскихъ юристовъ, несоотвѣтствующею взглядамъ народа.

Дѣйствительно, что же мы видимъ въ новѣйшихъ законодательствахъ? Большая часть ихъ придаетъ найму опять вещный характеръ, слѣдовательно старается, такъ сказать, исправить ошибку римскаго права; римскіе же юристы, имѣя у себя соотвѣтствующую форму пользованія чужими вещами, ввели бы, помимо потребностей практическихъ (которыя, какъ утверждають, именно требовали эту уже существующую форму) другую менѣе соотвѣтствующую?! Что наемъ въ формѣ обязательственной встрѣчался не только у однихъ римлянъ, и, по ихъ по крайней мѣрѣ мнѣнію, вытекалъ *ex naturali ratione*, это мы видимъ изъ того, что *locatio conductio* ими причисляется къ отношеніямъ *juris gentium*. Если бы намъ противъ приведеннаго хотѣли указать на то обстоятельство, что въ новѣйшія времена естественный взглядъ такъ называемаго здраваго смысла разсматриваетъ наемъ какъ отношеніе вещное, а не обязательственное (спросите-ка напр. любого здравомыслящаго неюриста, должно ли по его мнѣнію отношеніе найма прекращаться съ продажей дома, или нѣтъ — вы навѣрное получите отрицательный отвѣтъ), то такого возраженія мы принять не можемъ, именно потому, что у новѣйшихъ народовъ взгляды на имущество, на собственность и тѣсную связь ея съ лицомъ хозяина, совершенно иные, нежели были у римлянъ, въ особенности древнихъ временъ. Намъ кажется, что слѣдуетъ самымъ энергическимъ образомъ возставать противъ такихъ пріемовъ, которые примѣняются Данквардтомъ и нѣкоторыми другими пи-

сателями, и по которымъ именно прямо берутъ новѣйшіе взгляды, какъ самыя натуральныя, и навязываютъ ихъ древнимъ римлянамъ, причѣмъ нисколько не обращаютъ вниманія на характеристическія особенности этого народа. Стоитъ только взглянуть на гениальное сочиненіе Игеринга, чтобы убѣдиться, что доказанныя имъ относительно древнихъ римлянъ основныя стремленія, подъ вліяніемъ которыхъ у нихъ сложилось право (Freiheits-, Macht-Selbstständigkeitstrieb), мы не находимъ въ подобномъ видѣ ни у одного изъ новѣйшихъ народовъ.

Повторяемъ сказанное уже выше: римляне еще въ новѣйшее время по возможности избѣгали всякія ограниченія собственности, а въ древнѣйшія времена они начали бы съ нихъ! Все это столь неправдоподобно, что могло бы быть принято только тогда, когда въ пользу этого мнѣнія можно бы было привести самыя ясныя, несомнѣнныя доказательства изъ источниковъ. Между тѣмъ, какъ мы видѣли, въ зак. 12 табл. совершенно ясно выставлено понятіе обязательства, и, прибавимъ, на сервитуты тамъ никакого яснаго указанія нѣтъ. Если даже принять съ большинствомъ юристовъ, что фрагменты о дорогахъ касаются не публичныхъ дорогъ, а дорожныхъ сервитутовъ, то все-таки и это ничего еще не доказываетъ въ пользу Даневардта ¹⁾. Нѣтъ именно никакого сомнѣнія, какъ мы и указали выше, что дорожные сервитуты весьма древніе, пожалуй одновременны по происхожденію съ обязательствами. Къ нимъ же легче всего могъ привыкнуть римскій умъ, потому что они по содержанію близко подходили къ законнымъ ограниченіямъ права собственности въ недвижимыхъ имуществахъ, которыя, конечно, должны были существовать еще въ древнѣйшемъ юридическомъ быту. Очень даже вѣроятно, что они были устанавливаемы самою правительственною властію при отмежеваніи *agri limitati* ¹⁾. Сельскіе сервитуты слѣдовательно за-

¹⁾ Хотя это оспаривается Эльверсомъ. р. 3.

нимаютъ совершенно особенное положеніе ¹⁾ и по нимъ никакъ нельзя судить о прочихъ сервитутахъ, въ особенности о личныхъ ²⁾.

Мы не станемъ далѣе опровергать Данквардта, такъ какъ для нашей цѣли приведенное намъ кажется совершенно достаточнымъ. Во всякомъ случаѣ именно несуществованіе обязательствъ до сервитутовъ должно считать недоказаннымъ со стороны Данквардта; а вмѣстѣ съ тѣмъ руются и всѣ его выводы, между прочимъ и тотъ, что сервитутъ *usus* а именно соотвѣтствуетъ періоду экономическаго уединенія, а *узуфруктъ* — періоду дѣленія труда, слѣдовательно, что второй моложе первого ³⁾. Замѣтимъ, что Данквардтъ, выражаясь общимъ образомъ, что *узуфруктъ* явился въ періодѣ раздѣленія труда, не указываетъ хронологически на время, въ которому онъ относитъ происхожденіе института *узуфрукта*.

Пухта (*Curs. d. Inst. Bd. II § 252 и 255 и Pandecten § 179*), не опредѣляя также хронологически времени происхожденія *узуфрукта*, приходитъ касательно отношенія между

¹⁾ Припомнимъ что, между тѣмъ, какъ всякія ограниченія собственности должны были быть указываемы при отчужденіи вещи, и отчуждающій отвѣчалъ по поводу ихъ передъ пріобрѣтателемъ вещи, *servitutes rusticae* предполагались въ имѣніи, и продавецъ *fundī* отвѣтствовалъ по поводу ихъ только тогда, когда при продажѣ онъ именно называлъ *fundum optimum maximum*, т. е. утверждалъ, что никакихъ сервитутовъ на немъ нѣтъ.

²⁾ А личные сервитуты, именно *usus*, главнымъ образомъ имѣетъ въ виду Данквардтъ при своихъ разсужденіяхъ.

³⁾ По нашему мнѣнію (котораго мы однако не обмотивируемъ подробно, такъ какъ остальные сервитуты, кромѣ *узуфрукта* и *usus*, не касаются нашего предмета непосредственно), до законовъ 12 табл. уже возникли *servitutes praedior. rusticorum*, затѣмъ послѣ сожженія Рима Галлами, при построеніи его вновь, *servit. praed. urbanae*, наконецъ съ развитіемъ ученія о легатахъ только явился *узуфруктъ*, а за нимъ остальные личные сервитуты.

сервитутами *usus* и *ususfructus* къ тому же результату, какъ и Данквардтъ, хотя инымъ путемъ. Онъ полагаетъ, что сервитутъ *usus* былъ нормальнымъ личнымъ сервитутомъ, прототипомъ всѣхъ другихъ, и что онъ непосредственно примыкалъ къ реальнымъ сервитутамъ, узупфруктъ же явился позднѣе и содержалъ въ себѣ отступленіе отъ собственнаго понятія сервитутовъ. Разсужденія Пухты, основанныя также только на общихъ соображеніяхъ, и не подтверждаемыя нисколько источниками, не представляются намъ правдоподобными. Эльверсъ ¹⁾ справедливо замѣчаетъ, что этому взгляду противорѣчитъ уже то обстоятельство, что объ узупфруктѣ упоминается въ гораздо болѣе древнихъ источникахъ, чѣмъ объ *usus*, и что правила, которыми опредѣлялся узупфруктъ, вездѣ представляются римскими юристами какъ первоначальныя, распространенныя только впоследствии времени на *usus*. Кроме того, и это главное возраженіе, при мнѣніи Пухты мы должны бы были принять сознательное развитіе права сервитутовъ уже въ весьма отдаленныя времена. Если именно *usus* возникъ до узупфрукта вслѣдствіе того, что онъ подходит ближе къ реальнымъ сервитутамъ, чѣмъ узупфруктъ, то этотъ институтъ долженъ былъ быть созданъ наукою вслѣдствіе абстракціи изъ отдѣльныхъ реальныхъ сервитутовъ, а не практическою потребностію; такое созданіе *usus*'а же было тѣмъ затруднительнѣе для древнѣйшей науки, что, при постоянной коллизіи между интересами хозяина и узупарія, представлялось необходимымъ гораздо болѣе подробное и основательное опредѣленіе этихъ отношеній, чѣмъ при реальныхъ сервитутахъ. Такъ какъ узупфруктъ уже во времена Цицерона былъ вполне выработанъ, то *usus*, изъ котораго онъ будто бы произошелъ, долженъ бы быть гораздо старше, такъ что уже древнѣйшей юриспруденціи слѣдовало бы приписать развитіе его, что весьма неправдоподобно. Къ этому опроверженію Пухты Эльверсомъ, мы съ своей сто-

¹⁾ I. c. § 50, пр. а.

роны считаемъ еще необходимымъ прибавить слѣдующее: Пухта представляетъ вопросъ такъ, какъ будто всѣ сервитуты развились по известной предположенной системѣ: т. е. установилось понятіе вещнаго usus сперва для имѣній, потомъ для лицъ, при чемъ соответствующія права назывались сперва *servitutes praediorum*, затѣмъ „личный сервитутъ“ т. е. usus, такъ что usus, въ противоположность реальнымъ сервитутамъ, представляетъ собою только перенесеніе понятія субъекта сервитута съ вещи на человѣка. Мы же должны касательно этого вопроса согласиться съ Келлеромъ ¹⁾, который указываетъ, какъ выше было изложено, на совершенно различную экономическую цель, съ которою введены съ одной стороны реальные сервитуты, а съ другой личные. (О несогласіи нашемъ съ Келлеромъ въ другомъ отношеніи было говорено выше во введеніи при установленіи опредѣленія сервитутовъ). Побудительною причиною признанія за реальными сервитутами (мы здѣсь конечно имѣемъ въ виду древнѣйшіе, т. е. сельскіе [дорожные] сервитуты) вещнаго характера была та, что они, вызванные самою естественною, экономическою необходимостію, являлись, по выраженію самихъ римлянъ, какъ *qualitates fundi*, качества имѣнія, дополняющія собою естественные его недостатки, такъ что только при наличности этихъ сервитутовъ могла быть рѣчь объ имѣніи какъ округленномъ, полномъ въ экономическомъ отношеніи. Конечно, при такомъ взглядѣ на рустивальные сервитуты должно было прискаты конструкцію ихъ такую, чтобы они дѣйствительно представлялись качествами имѣнія, т. е. частями собственности хозяина господствующаго имѣнія, и подлежали его власти также, какъ цѣлое имѣніе, т. е. подчинялись ему непосредственно. И такъ, вещный характеръ реальныхъ сервиту-

¹⁾ Pand: § 163 I изд. p. 313: „.....der Puchtaische Gedanke, wonach alle Servituten auf den usus, wie auf eine gemeinsame Basis zurückgeführt werden, ist völlig unrömisch.“

товъ можно объяснить совершенно естественно и безъ принятія Данквардтовской гипотезы объ отсутствіи понятія обязательства въ древнемъ Римѣ. Совершенно инымъ, чѣмъ при рустикальныхъ сервитутахъ, представляется вопросъ при личныхъ. Цѣль послѣднихъ состоитъ не въ дополненіи лица, имѣющаго право сервитута, какимъ либо естественнымъ качествомъ, не достоящимъ ему, а они основываются просто на желаніи одного лица доставить другому какія нибудь опредѣленныя вещи, или же все имущество, съ тѣмъ, чтобы дать ему пожизненный періодическій доходъ, или сдѣлать ему возможнымъ удовлетвореніе какой нибудь потребности, но безъ того, чтобы самая вещь, и вообще какая нибудь часть капитала, перешла изъ рукъ хозяина въ собственность пользователя. При отвращеніи, которое питали римляне, какъ было неоднократно уже нами указываемо, ко всякимъ ограниченіямъ частной воли, а въ особенности къ тѣмъ, которыя связывали волю даннаго лица по распоряженіямъ его ауктора, спрашивается: при которомъ изъ двухъ отношеній римляне ранѣе сочли необходимымъ выставить вещный характеръ — при доставленіи того ограниченнаго пользованія, которое даетъ право *usus*, или при томъ, которое, обнижая со всѣхъ сторонъ вещь, служащую объектомъ пользованія, давало пользователю право на извлеченіе всѣхъ возможныхъ выгодъ и произведеній изъ этой вещи? Кажется несомнѣнно, что вещный характеръ прежде былъ приданъ узупфрукту, на который (въ экономическомъ отношеніи) смотрѣли какъ на „*res dominii*“, установленіе котораго можно было разсматривать близко подходящимъ къ условному (условіе: *salva rei substantia*) и срочному (срокъ — смерть узупфруктуарія) отчужденію самого права собственности ¹⁾. Здѣсь, по обширности правъ, доставляемыхъ узупфруктомъ, и именно для того, чтобы фруктуарій дѣй-

¹⁾ См. Gaj. i. fr. 56 D. h. t. 7, 1: *qua ratione proprietas inutilis esset futura semper abscedente usufructu.*

ствительно получалъ эти обширныя права, которыя желалъ ему доставить хозяинъ вещи, легче всего было привыкнутьъ къ мысли *вещнаго* ограниченія, представляя себѣ дѣло такъ, что хозяинъ вещи отчуждалъ матеріальное пользованіе, какъ часть собственности ¹⁾, или, иначе говоря, принимая, что фруктуарій имѣлъ въ вещи право аналогическое такъ называемому *dominium reusabile*. Право *usus* же, само по себѣ, никакого повода къ такому разсмотрѣнію его, какъ вещнаго отношенія, не подавало; напротивъ того ограниченность правъ узуарія и постоянныя столкновенія его съ правами хозяина скорѣе требовали безпрестаннаго посредничества сего послѣдняго; доставленіе праву *usus* вещнаго характера, слѣдовательно возложеніе, этого тяжелаго и запутаннаго отношенія, по которому узуарій соучаствовалъ въ выгодахъ вещи на преемника, по волѣ ауктора, — между тѣмъ какъ фруктуарій совсѣмъ исключалъ хозяина отъ этихъ выгодъ — совершенно противно римскому духу. Оно объясняется только тогда, когда мы примемъ, что разъ установившійся, по поводу узуфрукта, вещный характеръ пользованія лица чужими вещами, потомъ былъ прижъненъ и перенесенъ и на пользованіе съ меньшими правами, т. е. на право *usus*, которое, повторяемъ, по ограниченности и неопредѣленности доставляемыхъ имъ правъ, само по себѣ взятое, не подавало никакого повода къ тому, чтобы ему былъ приписанъ вещный характеръ.

Мы разсмотрѣли мнѣнія тѣхъ двухъ юристовъ, которые, въ противоположность общепринятому взгляду, полагаютъ, что узуфруктъ явился позже права *usus*, слѣдовательно вообще *представляется самымъ младшимъ явленіемъ въ учении о сервитутахъ*. Обратимся теперь къ изложенію мнѣнія юриста, который, сколько намъ извѣстно, одинъ только держится другой крайности, полагая *что узуфруктъ какъ вещное право*

¹⁾ См. Mandrea: De usufructu quasi parte dominii. Berol. 1864.

старше даже самых *servitutes praediorum*. Этот ученый именно Гривингеръ ¹⁾. Его рассужденіе вратцѣ слѣдующее: фрагментъ законовъ 12 табл., въ которомъ обыкновенно видятъ указаніе на дорожные сервитуты, можетъ быть, содержитъ въ себѣ „*semina quaedam*“ этого ученія, но ни изъ него, ни вообще изъ законовъ 12 таблицъ, мы ни въ какомъ случаѣ не усматриваемъ: 1) чтобы здѣсь право прохода и т. д. было выставлено уже какъ сервитутъ, какъ вещное право, 2) чтобы узупфруктъ не былъ признаваемъ въ то время на ряду съ правомъ прохода и тому под. И сервитуты реальные и узупфруктъ были введены и утверждены только юристами „*mediae jurisprudentiae*“, т. е. тѣми, которые занимались толкованіемъ законовъ 12 таблицъ. (До нихъ именно никакой юридической конструкции, слѣдовательно и конструкции *jura in re aliena*, не существовало).

Весьма вѣроятно, что юристы утвердили узупфруктъ на основаніи постановленія законовъ 12 табл., по которому „*uti legassit—ita jus esto*“. Такъ какъ, вслѣдствіе этого, завѣщателю была доставлена самая обширная способность отчужденія, то казалось дозволеннымъ и отдѣленіе узупфрукта отъ собственности, что и было принято въ соображеніе юристами ²⁾. При одновременномъ же введеніи понятій сервитутовъ реальныхъ и узупфрукта, вопросъ о томъ, которое изъ этихъ отношеній получило сперва юридическое нормированіе, рѣшается важными относительно этого предмета словами Ульпіана ³⁾: „*de servitutibus (praedialibus scilicet) in rem actiones competere nobis ad exemplum earum quae ad usumfructum pertinent*“. Если же, какъ это признается всѣми, сервитутъ, въ качествѣ вещнаго права,

¹⁾ Въ приведенномъ выше сочиненіи, гл. V.

²⁾ Ulp. fragm. tit. 24 § 26: *Ususfructus jure civili legari potest. etc.*

³⁾ fr. 2 pr. D. si serv. vind. 8,5.

долженъ считаться существующимъ и введеннымъ только съ тѣхъ поръ, когда ему былъ приданъ вещный искъ, то изъ приведенныхъ словъ Ульпіана согласно которымъ для узурфрукта впервые былъ введенъ такой искъ, и затѣмъ только распространенъ на реальные сервитуты, явствуетъ, что узурфруктъ въ качествѣ сервитута существовалъ ранѣе реальныхъ сервитутовъ. Возраженіе, которое можно бы было противопоставить этому разсужденію на основаніи экономической природы сервитутовъ реальныхъ и узурфрукта, Гризингеръ въ прим. III на стр. 124 опровергаетъ такимъ образомъ, что допускаетъ существованіе тѣхъ правъ, которыя составляютъ содержаніе реальныхъ сервитутовъ, даже до законовъ 12 табл., но только не въ качествѣ вещныхъ правъ, а въ качествѣ пользованія, установленнаго *precario*. Такое установленіе, болѣе естественное и простое, болѣе соотвѣтствуетъ временамъ первоначальнымъ, нежели установленіе двухъ необходимыхъ для понятія рустикальныхъ сервитутовъ принциповъ — что *praedium* служитъ *praedio*, что *causa servitutis perpetua esse debet*, и не должна подлежать уничтоженію по благоусмотрѣнію лица, установившаго сервитутъ.

Разсматривая приведенное мнѣніе Гризингера, мы полагаемъ, что аргументы его во всякомъ случаѣ болѣе правдоподобны и доказательны, чѣмъ общія экономическія разсужденія Данквардта. Объясненіе древняго существованія правъ реальныхъ при посредствѣ *resagium* гораздо болѣе соотвѣтствуетъ римскому характеру, нежели ограниченіе собственности, которое приписываетъ Данквардтъ древнѣйшему времени. Несмотря однако на это, и съ Гризингеромъ нельзя согласиться. Прежде всего именно, какъ главный доводъ противъ него, должно привести указанное уже выше изрѣченіе того же Ульпіана ¹⁾, на котораго ссылается Гризингеръ, именно причисленіе дорожныхъ сервитутовъ этимъ

¹⁾ *Fragm. Ulp. XIX, 1.*

римскимъ юристомъ къ *res mancipi*. Теорія узурфрукта вѣроятно, какъ мы увидимъ ниже, была выработана ко временамъ Цицерона; чтобы къ этому же времени еще были прибавлены новые предметы къ *res mancipi*, очевидно, въ высшей степени неправдоподобно; весьма вѣроятно, что число *res mancipi* установилось сейчасъ же при введеніи манципации. Полагать же, чтобы къ разряду этихъ вещей были отнесены права, существующія только *res sacra*, т. е. болѣе фактически только, чѣмъ юридически (*res sacra magis facti est, quam juris*), также невозможно по самому свойству манципации. Это обстоятельство заставляетъ насъ думать, что дорожные сервитуты дѣйствительно уже до законовъ 12 табл. имѣли вещный характеръ, именно защищались какъ части собственности господствующаго имѣнія, какъ *qualitates fundi* (см. выше). Что касается далѣе до специальныхъ доводовъ Грингера, то главный изъ нихъ, взятый изъ словъ Ульпіана въ fr. 2 pr. D. cit., оказывается уже потому несостоятельнымъ, что онъ, доведенный до крайнихъ послѣдствій, доказывалъ бы болѣе, чѣмъ чего домогается самъ Грингеръ, а *qui nihil probat, nihil probat*. Изъ словъ именно Ульпіана явствуетъ только, что во времена этого юриста, т. е. въ III стол. по Р. Х., когда вся теорія всѣхъ вообще сервитутовъ вполне была выработана, когда наукою римскою все то, что мы по примѣру ея причисляемъ къ сервитутамъ, т. е. личные и реальные сервитуты, было соединено въ одно цѣлое учрежденіе, — что тогда узурфруктъ, какъ самый обширный по объему даруемыхъ правъ сервитутъ, и потому самый важный представитель сервитутовъ вообще, могъ, именно по этой причинѣ, служить образцомъ для всѣхъ ихъ, конечно относительно тѣхъ ихъ свойствъ, которыя были общи ему со всѣми другими сервитутами. Но совершенно иной вопросъ: выработалась ли теорія сервитутовъ вообще впервые на узурфруктъ, чтобы затѣмъ быть перенесенною на другіе сервитуты. Въ этомъ сильно надобно сомнѣваться, если обратить вниманіе на совершенно

различныя начала ¹⁾, дѣйствовавшія по объему, установленію, прекращенію и т. д. реальныхъ сервитутовъ и узурфрукта, а также на вышесказанное о *res mancipi*. Весьма вѣроятно мнѣніе Келлера и другихъ, что прошло долгое время, пока вообще личные сервитуты подошли подъ общее понятіе и названіе сервитутовъ. Выводу, который дѣлаетъ Гризингеръ изъ приведенныхъ словъ Ульпіана, можно еще противопоставить то, что самое расположеніе ученій о реальныхъ сервитутахъ и объ узурфруктѣ въ институціяхъ Юстиніана указываетъ на большую древность первыхъ ²⁾.

Возлѣ изложенныхъ двухъ крайнихъ мнѣній, общій взглядъ, *communis opinio*, держится такого воззрѣнія: прежде всѣхъ возникли реальные сервитуты (изъ нихъ ранѣе сельскіе), затѣмъ узурфруктъ, а наконецъ только *usus* и другіе личные сервитуты. Общее мнѣніе защищается и Эльверсомъ. Мы уже, при опроверженіи другихъ теорій, указали на тѣ доводы, которые насъ заставляютъ полагать, что личные сервитуты младше въ сравненіи съ реальными, а узурфруктъ старше права *usus*. Мы не станемъ здѣсь вновь распространяться объ этомъ предметѣ, но указываемъ на подробности у Эльверса. О специальной исторіи самого узурфрукта мы не имѣемъ никакихъ положительныхъ извѣстій. Мы приведемъ все, что выставлено Эльверсомъ въ этомъ отношеніи (въ § 2 его сочиненія), такъ какъ, несмотря на самыя тщательныя разслѣдованія, мы не могли найти въ источникахъ ничего новаго объ этомъ предметѣ.

По мнѣнію Эльверса узурфруктъ, по всему своему характеру, принадлежитъ позднѣйшему времени, такъ какъ онъ не имѣетъ цѣлю удовлетвореніе первыхъ потребностей земледѣлія; онъ относится ко времени, въ которомъ уже обращалось вниманіе на *aequitas* и на индивидуальныя желанія лицъ. Зачатки его

¹⁾ См. объ этомъ въ особенности Келлера, 1. с.

²⁾ См. Hugo Rgsch. XI изд. р. 30 и р. 189 и 190.

слѣдуетъ искать въ предсмертныхъ распоряженіяхъ; еще въ позднѣйшее время установленіе узуфрукта посредствомъ завѣщанія представляется нормальнымъ и самымъ обыкновеннымъ способомъ происхожденія его ¹⁾. Также сенатское постановленіе о quasi usufructus касается именно *только legata* узуфрукта. Первоначальный поводъ для введенія узуфрукта Эльверсъ видитъ въ исключеніи римскимъ правомъ супруговъ отъ взаимнаго другъ за другомъ наслѣдованія по закону, и, объясняемымъ этимъ обстоятельствомъ, желаніемъ умирающаго супруга, оставить другаго пожизненно въ фактическомъ отношеніи къ вещамъ, которыми онъ былъ до тѣхъ поръ окруженъ, но съ тѣмъ, чтобы эти вещи не были потеряны для истиннаго наслѣдника. По невозможности возлагать по древнему праву на легатарія обязанности, (Gaj. II, 260 и 271), напр. обязанность возратить данныя ему въ пользованіе вещи наслѣднику, и при недостаточной для легатарія гарантіи въ случаѣ установленія обязательственнаго отношенія, по которому бы наслѣдникъ долженъ былъ доставлять постоянно пользованіе вещами легатарію, прибѣгли къ тому весьма удобному выходу, который представлялся въ узуфруктѣ. Эльверсъ же допускаетъ, чтобы сначала существовало только обязательственное отношеніе, которое потомъ превратилось въ вещное право узуфрукта; превращеніе это Эльверсъ представляетъ себѣ слѣдующимъ образомъ: если завѣщатель желалъ, чтобы для наслѣдника возникло обязательство посредствомъ legata, то это должно было совершить per damnationem: heres damnas esto usumfructum Titio concedere. Когда же, на основаніи подобныхъ легатовъ, названіе: usufructus сдѣлалось техническимъ, то могло случиться, что кто-либо прямо устанавливалъ: Titio usumfructum do lego, или Titius usumfructum sibi habeto и т. п., т. е. примѣнялъ къ установленію узуфрукта форму legata per vindicationem. Таковой же легатъ до извѣстнаго

¹⁾ Elvers l. c. p. 16.

Scutum Neronianum не порождалъ никакого обязательства для наследника; поэтому, чтобы доставить этому легату силу, непременно слѣдовало принять при немъ вещное право (при которомъ легатарій искалъ отъ собственнаго своего имени, ссылаясь на непосредственное свое отношеніе къ вещи).

Такое разсмотрѣніе было тѣмъ менѣе затруднительнымъ, что (по обширности правъ фруктуарія и т. п.) уже прежде привыкли смотрѣть на узуфруктъ какъ на непосредственное отношеніе фруктуарія къ вещи, а также потому, что привыкли придавать распоряженіямъ на случай смерти почти безусловный авторитетъ. Во всякомъ случаѣ, продолжаетъ Эльверсъ, узуфруктъ возникъ рано, можетъ быть, вскорѣ послѣ закон. 12 табл., и гораздо ранѣ другихъ личныхъ сервитутовъ. Это можно вывести изъ того, что онъ разсматривается какъ бы представитель всего класса личныхъ сервитутовъ, такъ что большая часть правилъ высказывается только для него, а другіе виды сервитутовъ приводятся какъ второстепенные, при которыхъ слѣдуетъ упоминать только объ уклоненіяхъ отъ общихъ правилъ. Затѣмъ, въ нѣкоторомъ отношеніи, на древность узуфрукта указываетъ и названіе, которое исключительно свойственно этому сервитуту, между тѣмъ какъ слова: *usus*, *habitatio*, *operae* употребляются и для другихъ, въ особенности обязательственныхъ, отношеній. Поэтому мы и находимъ узуфруктъ, но только именно его, а не другіе личные сервитуты, у Цицерона, какъ вполне выработанный и законченный институтъ, въ особенности въ рѣчи про *Саесіна*, гдѣ говорится о легатѣ узуфрукта *bonorum* въ идеальной половинѣ ¹⁾).

Противъ послѣднихъ только словъ Эльверса мы имѣемъ нѣкоторыя замѣчанія. Если онъ утверждаетъ, что одинъ только узуфруктъ приводится во времена Цицерона, то это несправед-

¹⁾ *Cic. pro Saes. c. 4 § 11. ср. Cic. Topic. c. 3 § 15 и § 17, c. 4 § 21.*

ливо ¹⁾, ибо изъ fr. 4 § 1 D. de usu et hab. 7, 8 видно, что Quintus Mucius Scaevola, современникъ Цицерона, касался отношеній по сервитуту usus, распространяя aequitatis causa объемъ даруемыхъ имъ правъ; изъ того же, что здѣсь сказано: Q. M. Sc. *primus* admisit, видно, что и до него отношеніе это уже существовало, но только въ болѣе строгомъ видѣ; тоже самое выходитъ изъ послѣдующихъ словъ: *nam per contrarium, quin uxor cum marito possit habitare (i. e. usu domus marito relicto), nec fuit dubitatum.* И такъ usus не только существовалъ до временъ Цицерона, но и возбуждалъ уже до него споры между учеными, т. е. теорія его была предметомъ разработки древней юриспруденціи или *interpretatio*. Но это обстоятельство, по нашему мнѣнію, еще не разстраиваетъ теоріи Эльверса о позднѣйшемъ происхожденіи права usus, сравнительно съ узуфруктомъ; другіе доводы его въ пользу этой теоріи заслуживаютъ полного вниманія, и совершенно достаточны для поддержанія ея. Другое наше замѣчаніе касается самого узуфрукта. Необходимо указать, что узуфруктъ былъ извѣстенъ уже самымъ древнимъ юристамъ, ибо важный спорный вопросъ о значеніи дѣтей рабыни, какъ естественныхъ плодовъ, былъ окончательно разрѣшенъ уже юристомъ Брутомъ, т. е. въ первой половинѣ VII стол. а. у. с. ²⁾. По способу выраженій Ульпіана, передающаго намъ это извѣстіе, мы видимъ, что узуфруктъ уже въ тѣ времена былъ опредѣленнымъ и соответствующимъ позднѣйшему своему значенію институтомъ. Ульпіанъ не употребилъ бы названія: *fructuarius*, если бы не имѣлъ достаточныхъ данныхъ, чтобы принять, что упомянутый споръ касался правъ именно того лица, которое еще въ его времена называлось: *fructuarius*.

Въ заключеніе упомянемъ еще о томъ предположеніи, на

¹⁾ Schilling. l. c. II p. 613 пр. м.

²⁾ Ulp. fr. 68 пр. D. h. t. 7, 1.



которое указывает Rein ¹⁾ стр. 165, и по которому usufructus возник по поводу ager publicus. Сами римские юристы именно говорят о провинциальных землях, что отдѣльное лицо въ нихъ имѣеть только possessionem et usumfructum ²⁾, а это отношеніе, какъ извѣстно, соотвѣтствуетъ тому, которое въ древнее времена получали граждане, завладѣвшіе agro publico. Намъ кажется, что это мнѣніе всѣхъ менѣе заслуживаетъ вниманія. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что Гай въ приведенномъ мѣстѣ употребляетъ слово: ususfructus не въ техническомъ значеніи сервитута, но для обозначенія того, что лица, владѣющія недвижимыми имуществами въ провинціяхъ, хотя по теоріи въ нихъ не имѣютъ собственности, однако пользуются *фактически* всѣми матеріальными выгодами изъ вещей, наравнѣ съ хозяиномъ, поэтому онъ и прибавляетъ: *possessionem et usumfructum*.

Самыя существенныя черты usufructus: *личны* его характеръ и обезпеченіе, cautio, не встрѣчаются ни при владѣніи agro publico, ни при провинциальныхъ земляхъ. Затѣмъ всѣ мѣста источниковъ, говорящія объ usufructus, нисколько не оставляютъ сомнѣнія насчетъ того, что онъ съ самаго начала былъ примѣняемъ и къ движимымъ вещамъ, въ особенности къ рабамъ и скоту ³⁾. Отношеніе же къ agro publicus было основано на precarium, и скорѣе послужило примѣромъ при введеніи такъ называемаго ager vectigalis, чѣмъ при устройствѣ ususfructus.

Изъ всего сказаннаго видно, что, по недостаточности указаній въ источникахъ, историческое разсмотрѣніе основывается

¹⁾ Röm. Priv. R. u. Civilproc. bis i. d. I Jahrh. der Kaiserherrschaft. Leipz. 1836.

²⁾ Gaj. II § 7. Cic. Top. IV, 21; de fin. I, 4, 12; ad familiar. VII, 30.

³⁾ См. напр. по этому поводу вышеприведен. fr. 68 pr. h. t.

только на догадкахъ, и что мы, на основаніи вышеприведенныхъ доводовъ, считаемъ наиболѣе правдоподобнымъ мнѣніе объ этомъ вопросѣ Эльверса, съ модификаціями, только что указанными.

Прежде чѣмъ перейти въ частности къ разсмотрѣнію правъ и обязанностей фруктуарія, намъ слѣдовало бы между общими понятіями помѣстить еще разсужденіе о томъ, насколько должно быть принято въ букввальномъ смыслѣ выраженіе, встрѣчающееся иногда въ источникахъ, что *ususfructus quasi pars est domini*. Однако, такъ какъ для разсмотрѣнія сего вопроса необходимы подробныя познанія о содержаніи и т. п. узуфрукта, то мы это разсмотрѣніе отлагаемъ до самаго конца нашего разсужденія.

Послѣ изложенія, въ предъидущихъ трехъ главахъ, предварительныхъ понятій, мы, приступая теперь къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ юридическихъ признаковъ и свойствъ узуфрукта, должны бы собственно, согласно съ общепринятою системою при такомъ разсмотрѣніи юридическаго института, сказать: о субъектахъ узуфрукта, объ объектахъ его, о способахъ установленія, о правахъ и обязанностяхъ фруктуарія и о способахъ прекращенія узуфрукта. Такой почти системы дѣйствительно и держится напр. Кганс. Несмотря на то, мы укажемъ на соображенія, по которымъ отступленіе отъ этой системы намъ кажется необходимымъ и практическимъ. Что именно касается прежде всего до разсмотрѣнія субъектовъ, то узуфруктъ, если только припомнить, что это есть личный сервитутъ, ограничивающій собственность одного лица въ пользу другаго, такъ мало представляетъ собою особенностей, что говорить отдѣльно о субъектахъ его не предстоитъ надобности; то, что имѣетъ интересъ, въ особенности нѣкоторые спорные вопросы по поводу субъектовъ, гораздо удобнѣе будетъ разсматривать отчасти въ ученіи о правахъ фруктуарія и хозяина на вещь (напр. вопросъ о томъ, можетъ ли хозяинъ возложить на

вещь сѣрвитуть *durante usufructu* ¹⁾, отчасти въ способахъ установленія узупфрукта (напр. вопросъ о пріобрѣтеніи узупфрукта чрезъ представителей ²⁾). Далѣе, что касается до объектовъ узупфрукта, то мы отчасти уже, хотя весьма коротко, касались этого вопроса, когда, именно при опредѣленіи понятія его, заговорили о *quasi ususfructus*; главнымъ же образомъ мы выставимъ предметы узупфрукта въ ученіи о правахъ узупфруктуарія; мы тамъ именно увидимъ, что выставленіе общаго правила о пользованіи и плодоизвлеченіи даетъ намъ очень мало понятія о правахъ фруктуарія, безъ подробнаго разсмотрѣнія права пользованія его относительно различныхъ отдѣльныхъ видовъ вещей. Дѣйствительно, если мы напр. разсмотримъ, что сказано Крансомъ ³⁾ въ весьма маломъ III титулѣ: *de l'objet de l'usufruit* (р. 11—13), то замѣтимъ, что все тамъ выставленное весьма удобно помѣщается въ названномъ ученіи, и что неумѣстно ввести особенную главу объ объектѣ узупфрукта, ученіе, которое ни по объему, ни по важности содержанія не соответствовало бы другимъ главамъ. Наконецъ, обратимся къ способамъ установленія, пріобрѣтенія узупфрукта. Признаемся, что намъ всегда казалось страннымъ изложеніе, при которомъ разсмотрѣнію содержанія института предпосылалось ученіе о способахъ установленія его. При подобной системѣ многое должно оставаться непонятнымъ въ этомъ ученіи, или же въ немъ слѣдуетъ антиципировать многое изъ послѣдующаго, и такимъ образомъ являются постоянныя повторенія. Поэтому большинство

¹⁾ См. Кранс р. 17. Этотъ вопросъ главнымъ образомъ и занимается у Кранса отдѣлъ подъ заглавіемъ: *qui peut constituer la servitude d'usufruit?* Между тѣмъ, очевидно, онъ сюда не относится.

²⁾ См. Кранс. р. 22—главное содержаніе § 2. *Quelles personnes peuvent acquérir l'usufruit?* — Очевидно, и этотъ вопросъ сюда специально не относится.

³⁾ I. с. р. 11.

новѣйшихъ ученыхъ и держится такого порядка, по которому способы происхожденія и прекращенія института излагаются вмѣстѣ, послѣ изложенія самого содержанія его. См. кромѣ учебниковъ, напр. спеціальныя сочиненія о сервитутахъ Эльверса, Шенемана и др. Мы поэтому намѣрены держаться въ особенной части такой системы: 1) Права фруктуарія. 2) Обязанности его. 3) Права, остающіяся за хозяиномъ вещи. 3) Способы приобрѣтенія и прекращенія узуфрукта. 4) Юридическія средства по поводу его. До разсмотрѣнія же способовъ приобрѣтенія мы вставимъ еще особенную главу о дѣлимости узуфрукта, которая собственно относится къ общимъ понятіямъ, но должна быть извлечена изъ спеціальныхъ ученій. Въ концѣ же мы поговоримъ *de usufructu quasi parte domini*.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

О правахъ узуфруктуарія.

Глава эта будетъ самою обширною, какъ потому, что въ ней содержится сущность узуфрукта, такъ и по той причинѣ, что большая часть спорныхъ вопросовъ касается именно предметовъ, которые должны быть разсматриваемы здѣсь. Намъ тутъ придется подвергать изслѣдованію отношенія фруктуарія къ самымъ различнымъ вещамъ. Вслѣдствіе этихъ обстоятельствъ мы главу IV подраздѣлимъ на нѣсколько отдѣловъ, которые именно, по самой сущности разсматриваемаго предмета, будутъ слѣдовать одинъ за другимъ въ такомъ порядкѣ: прежде всего для того, чтобы было возможно пользованіе самою вещію (а *usus*, какъ извѣстно, есть составная часть узуфрукта), необходимо, чтобы фруктуарій имѣлъ вещь въ своихъ рукахъ, чтобы она ему была доставлена хозяиномъ. Поэтому въ первомъ отдѣлѣ придется сказать о томъ фактическомъ отношеніи, въ которое становится фруктуарій къ вещи, о владѣніи имъ этою вещію. Затѣмъ второй отдѣлъ будетъ имѣть содержаніемъ власть, доставленную

*

фруктуарію относительно пользованія вещію. Въ третьемъ отдѣлѣ мы рассмотримъ условія, которыя необходимы для того, чтобы фруктуарій получалъ собственность въ произведеніяхъ вещи, подлежащей его пользованію; наконецъ, въ четвертомъ отдѣлѣ скажемъ нѣсколько словъ насчетъ власти фруктуарія распоряжаться своимъ правомъ въ цѣлости, или возлагать на служащую вещь ограниченія, заключать по поводу ея обязательства и т. п. Этими четырьмя отдѣлами, по нашему мнѣнію, и исчерпывается вполнѣ вопросъ о правахъ фруктуарія.

Какъ общее правило и руководящее начало въ ученіи о сервитутахъ мы можемъ, вмѣстѣ съ Синтенисомъ¹⁾, выставить слѣдующее: фруктуарій можетъ предпринимать все, что относится къ дѣйствительному осуществленію узупрукта, но съ тѣмъ, чтобы онъ не ухудшалъ положенія хозяина. Насчетъ же того вопроса, при какихъ условіяхъ въ отдѣльномъ случаѣ можно считать примѣненнымъ упомянутое общее правило, юристы, какъ мы увидимъ ниже, несогласны между собою.

Отдѣлъ I. — Объ удержаніи (detentio) фруктуаріемъ служащей вещи и о владѣніи, которое приписывается ему относительно права узупрукта (quasi possessio juris i. e. ususfructus)²⁾.

Узупруктъ въ качествѣ вещнаго права (jus in re), направленного на пользованіе вещію, какъ мы уже замѣтили, необ-

¹⁾ Das practische gemeine Civilrecht, § 59 p. 559.

²⁾ Главная литература по этому вопросу слѣдующая: Savigny: das Recht des Besitzes, въ особ. § 9 (приб. къ 6 изд.), § 12 и § 45; Elvers p. 455 и § 62 (Der Quasibesitz der Servituten); Hedemann: Ueber den Erwerb und Schutz der Servituten. p. 108 (Quasibesitz der Personalservituten); Schoenemann: Die Servituten. § 42—44: Der Quasibesitz der Servituten. Cf. и Krans p. 137 sqq.

ходимо требуетъ фактическаго удержанія вещи со стороны фруктуарія. Мы нарочно здѣсь сказали: *jus in re, направленное на пользованіе*, ибо только этимъ признакомъ узуфрукта и объясняется необходимость для фруктуарія имѣть фактическое удержаніе вещи. Закладное право именно также есть *jus in re*, а между тѣмъ, въ случаѣ ипотеки, имѣть мѣсто безъ владѣнія кредитора; *jus fruendі* же также можно бы было себѣ представить, вообще говоря, такимъ, чтобы фруктуарій не имѣлъ постоянного владѣнія плодоприносящею вещію, напр. въ такомъ видѣ, чтобы ему было предоставлено только право временнаго, періодическаго входа въ чужое имѣніе, для полученія и приобрѣтенія плодовъ, произрастающихъ въ этомъ имѣніи. При реальныхъ (рустикальныхъ) сервитутахъ встрѣчается вѣдь нѣчто подобное ¹⁾. *Jus fruendі* однако *въ томъ размѣрѣ и видѣ, въ которыхъ оно представляется при нормальномъ узуфруктѣ*, конечно, требуетъ владѣнія вещію именно потому, что такое *jus fruendі* было бы невозможно безъ пользованія вещію ²⁾: *fructus sine usu esse non potest*. И такъ, для осуществленія непосредственнаго пользованія, фруктуарій удерживаетъ вещь. Спрашивается, какъ представляли себѣ римляне это удержаніе?

Если фруктуарій получаетъ обладаніе вещію, то тотчасъ, съ перваго взгляда, можно убѣдиться, что онъ, вслѣдствіе этого, во всякомъ случаѣ не приобрѣтаетъ истиннаго, нормальнаго юридическаго владѣнія, *corpore possessio*, такъ какъ извѣстно, что, по общимъ правиламъ, для юридическаго владѣнія требуется *animus rem sibi habendi*; самая же сдѣлка, направленная на установленіе узуфрукта въ пользу какого нибудь лица, ясно

¹⁾ См. впрочемъ Келлера въ *Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss.* XV, II, 5 p. 134.

²⁾ *Paul. Rec. Sent.* III, 6, 24:*fructus enim sine usu esse non potest. fr. 14 § 1 D. de usu et habit.* 7, 8. (*Ulp.*):*Et fructus quidem sine usu esse non potest.*

свидѣтельствуеъ о сознаніи этого лица, что вещь эта чужая (*ususfr. est jux alienis rebus utendi etc.*). Дѣйствительно въ нашихъ источникахъ неоднократно говорится, что фруктуаріи не имѣеть юридическаго владѣнія вещью, а только естественное, фактическое удержаніе ея отъ чужаго имени (*naturalem detentionem alieno nomine*) ¹⁾; объ этомъ свидѣтельствуеъ напр. *Ulpian. i. fr. 6 § 2 Dig. de prec. 43, 26;et fructuarius, inquit, et colonus et inquilinus sunt in praedio: et tamen non possident; fr. 12 pr. de a. v. a. p. 41, 2; cf. fr. 49 pr., fr. 52 pr. eod.*

Поэтому, конечно, фикто нынѣ не станеть сомнѣваться въ невѣрности мнѣнія нѣкоторыхъ прежнихъ юристовъ, которые приписывали фруктуарію юридическое владѣніе (*corporeis possessio*) вещью, отданною въ узуфруктъ ²⁾. Въ приведенномъ мѣстѣ сопоставленіе фруктуарія съ нанимателемъ, и ясныя слова: *non possident*, вполне разрѣшаютъ всякое недоразумѣніе на этотъ счетъ. Юристы эти (между ними впрочемъ и Аккурзій, Гальванъ, и даже Куяцій), какъ замѣчаетъ Савиньи, основываются на невѣрномъ понятіи о *possessio naturalis*, а также на томъ, что фруктуарію не дается особенный интердиктъ, какъ при другихъ сервитутахъ, но онъ защищается тѣми же интердиктами, которые служатъ для защиты обыкновеннаго владѣнія — *interdictum de vi* и *uti possidetis*. Дѣйствительно послѣднее обстоятельство заставляетъ насъ обратиться къ болѣе подробному разсмотрѣнію вопроса, на какомъ основаніи приведенные интердикты даются фруктуарію? По этому вопросу намъ представляются слѣдующія соображенія:

1) Изъ *fr. 6 § 2 cit.* мы видимъ, что фруктуаріи не имѣеть юридическаго владѣнія, что оно слѣдовательно оуаается за хозяиномъ вещи. Такое положеніе, конечно, могло представлять

¹⁾ См. Савиньи I. с. р. 287.

²⁾ Савиньи приводитъ ихъ I. с. § 23, прим. 4, стр. 288.

большія затрудненія и невыгоды для фруктуарія: если онъ только бы могъ основываться при защитѣ на своемъ вещномъ правѣ, и дѣйствовать *per actionem confessoriam*, то неоднократно фактическое осуществленіе узупрукта прекращалось бы до представленія имъ доказательствъ о своемъ правѣ. Это могло бы случиться напр. 1) если узупруктъ возникъ по давности, и потому фруктуарій не могъ бы при процессѣ *laudage s. nominape auctorem*, т. е. рекуррировать къ юридическому владѣльцу вещи или къ хозяину; или же если узупруктъ и возникъ по сдѣлкѣ съ хозяиномъ вещи, но послѣдній продалъ вещь, и покупщикъ, теперь юридическій владѣлецъ вещи, вчинилъ бы индигтъ противъ фруктуарія. Вещное право свое, конечно, и въ этомъ случаѣ фруктуарій могъ бы отыскивать, но предъявить противъ требованія хозяина вещи (т. е. новаго), обращеннаго на юридическое владѣніе ею, возраженіе изъ контракта объ установленіи узупрукта, онъ не могъ бы потому, что контрактъ предшественника, самъ по себѣ, не обязываетъ сингулярнаго преемника. 2) Изъ сказаннаго выходитъ, что интересы фруктуарія, какъ лица имѣющаго вещное право, непосредственную власть надъ вещью, должны были привести римлянъ къ тому заключенію, что онъ, *по отношенію къ своему праву на вещь*, долженъ пользоваться подобною же защитою при осуществленіи этого права, какою пользуется хозяинъ относительно фактическаго осуществленія собственности, т. е. по поводу владѣнія вещью. Достиженіе этой цѣли было возможно двоякимъ путемъ: прежде всего именно можно было, отнимая при установленіи узупрукта юридическое владѣніе у хозяина вещи (*proprietarius*), признать это владѣніе въ видѣ исключенія (такъ какъ здѣсь не могло быть рѣчи объ *animus rem sibi habendi* въ лицѣ пользователя) за фруктуаріемъ — оба, хозяинъ и фруктуарій, одновременно, конечно не могли имѣть юридическаго владѣнія

¹⁾ См. Савиньи I. с. р. 129.

вещію ¹⁾. Дѣйствительно мы замѣчаемъ, что при нѣкоторыхъ другихъ вещныхъ правахъ — *emphyteusis* и *pignus* — римляне придерживались такого способа для уничтоженія затрудненій, которыя могли бы представляться эмфитевту или кредитору по залогу ²⁾. Эти случаи Савиньи и называетъ случаями производнаго владѣнія, *Fälle des abgeleiteten Besizes*. Таковой исходъ однако представлялся бы лишнимъ ограниченіемъ и насиліемъ въ отношеніи къ хозяину вещи, если бы интересы фруктуарія могли быть гарантируемы инымъ образомъ. Второй же путь, которымъ можно было достигнуть этой гарантіи, заключался въ томъ, чтобы, съ сохраненіемъ юридическаго владѣнія вещью за хозяиномъ ³⁾, была отыскана опредѣленная фактическая сторона въ отношеніяхъ фруктуарія къ вещи, которая (конечно въ объемъ узурфрукта) представляла бы по своему характеру соотвѣтствіе тому отношенію, въ которомъ находится хозяинъ къ вещи на основаніи владѣнія, такъ чтобы эту фактическую власть фруктуарія можно было защищать на подобіе владѣнія — интердиктами. Мы и видимъ, что фруктуарій, по нашимъ источникамъ, пользуется такъ называемыми *remedia possessoria* ³⁾. Изъ сравненія же пунктовъ 1 и 2 видно, что римское право слѣдовало второму способу при разрѣшеніи затрудненій, которыя могъ ощущать фруктуарій вслѣдствіе беззащитнаго положенія своего, что оно именно, оставляя за хозяиномъ юридическое владѣніе самою вещью, *приписало фруктуарію другое владѣніе, именно владѣніе правомъ узурфрукта*, *quasi possessio iuris*, которое отличается отъ перваго только по внутреннему элементу, по *animus*. Римляне при этомъ выходили изъ

¹⁾ Paul. въ fr. 3 § 5 D. de a. v. a. p. 41, 2: plures eandam rem in solidum possidere non possunt.

²⁾ Савиньи l. c. § 23 и въ особен. § 24.

³⁾ fr. 4 D. uti poss. 43, 17. fr. Vat. § 90; fr. 3 § 13—18 D. de vi. 43, 16.

слѣдующихъ соображеній: владѣніе обыкновенное, защищаемое интердиктами, есть ничто иное, какъ фактическое осуществленіе той власти, которая, въ качествѣ юридической, законной власти, составляетъ содержаніе права собственности. Если кто либо обращается съ вещію какъ со своею, и при этомъ выражаетъ желаніе (напр. по поводу оспариванія у него этой вещи), чтобы всѣ признавали это господство его надъ вещію (*animus domini*), то такое *detentio rei cum animo rem sibi habendi* имѣетъ послѣдствіемъ, что *detentor* защищается правомъ какъ юридическій владѣлецъ. При узуфруктѣ (и сервитутахъ вообще) можно примѣнить совершенно аналогическое разсмотрѣніе, а именно: если кто-либо фактически осуществляетъ ту власть, то господство, на которыя онъ имѣлъ бы право, если бы ему принадлежалъ сервитутъ, и при этомъ настаиваетъ на этой власти, имѣетъ *animus* напр. *iter* или *usumfructum sibi habendi*, то онъ представляетъ столько же гарантій въ томъ, что ему эта власть принадлежитъ законно, сколько представляетъ владѣлецъ вещи относительно принадлежности ему самой вещи. Весьма вѣроятно, что въ основаніи защиты юридическаго владѣнія, при первомъ появленіи этой защиты, полагали предположеніе о законности власти владѣльца, или что, выражаясь иначе, къ владѣльцу примѣнялось правило: *quilibet praesumitur bonus, donec probetur contrarium* ¹⁾).

¹⁾ Общеизвѣстно, сколько существуетъ различныхъ теорій насчетъ того, *почему* юридическое владѣніе защищается. См. напр. объ этомъ Ihering: *Ueber den Grund des Besitzschutzes*, 1868. Разсужденія новѣйшихъ ученыхъ по этому вопросу намъ кажутся совершенно не приложимыми къ римскому праву. Защита владѣнія здѣсь была вызвана практическою цѣлію — для установленія ролей истца и отвѣтчика въ процессѣ о собственности, см. *Ulpian fr. 1 § 1 и 2 D. 43, 17*; при этомъ же руководствовались предположеніемъ о фактическомъ существованіи собственности въ лицѣ, обладающемъ вещію. См. Ihering. I. с. р. 196: *Die Bezeichnung des Be-*

Намъ противъ этого и не могутъ привести возраженіе, что вѣдь только въ томъ случаѣ порочное владѣніе (*vitiosa possessio*) отнимается у владѣльца, когда онъ владѣеть *vi, clam* или *precario ab adversario*; поэтому, если я напр. раскрылъ, что вы владѣете на основаніи похищенія, сдѣланнаго вами у лица А, то, очевидно, презумція о законности вашего обладанія не можетъ болѣе существовать, а между тѣмъ вы все-таки будете защищаемы по интердиктамъ противъ всякаго, за исключеніемъ лица А. Во первыхъ, именно, мы замѣтимъ, что это возраженіе могло бы быть приведено противъ всѣхъ теорій о защитѣ юридическаго владѣнія; затѣмъ же скажемъ, что привести такое возраженіе значило бы доказать полное непониманіе отношеній по частному праву, въ противоположность публичному праву. Извѣстно, что рѣшеніе въ частномъ дѣлѣ *jus facit tantummodo inter partes*; поэтому все, приведенное въ одномъ процессѣ, юридически не имѣетъ никакого значенія въ другомъ процессѣ, между другими лицами; въ новомъ процессѣ судья долженъ дѣйствовать такъ, какъ будто никакого процесса объ этой вещи прежде не бывало, и истецъ долженъ вновь доказать свое право; поэтому дѣйствуетъ вновь прежнее предположеніе. Отнять же вещь у владѣльца на основаніи указаній лица, которое само на нее не имѣетъ права, и приводить только незаконность владѣнія вообще, можно было бы только тогда, когда мы имѣли бы дѣло съ *delictum publicum*, при которомъ доставлено право обвиненія всякому (*accusatio publica*); въ противномъ же случаѣ можно истцу противопоставить *exceptio tua non interest*.

Возвратимся теперь къ нашему предмету. По выставленнымъ выше соображеніямъ, лицо, которое фактически осуществляетъ *suo nomine* власть, подобную той, которую юридически

sitzes als die *Thatsächlichkeit oder Sichtbarkeit des Eigenthums* schliesst die ganze *Besitztheorie in sich*.

доставляетъ сервитутъ, можетъ, и даже должно, быть защищаемо въ этомъ осуществленіи власти, на подобіе того, какъ защищается владѣлецъ. И такъ, хотя собственно не можетъ быть владѣнія въ примѣненіи къ правамъ, слѣдовательно и въ отношеніи къ сервитутамъ, такъ какъ владѣніе предполагаетъ фактическое держаніе физической, тѣлесной вещи ¹⁾, однако фактическое осуществленіе сервитутовъ, представляетъ нѣчто подобное, аналогическое владѣнію. Поэтому римляне и примѣняютъ, говоря о подобномъ осуществленіи права, то слово, которымъ какъ извѣстно, въ источникахъ выражается подобіе одного юридическаго отношенія съ другимъ, съ которымъ оно, однако, не вполне совпадаетъ ²⁾, слово: *quasi*. Римляне именно *говорятъ о quasi possessio juris*, въ противоположность *corporeis possessio*. Яснѣе всего это у Гая въ IV кн. § 139: *Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit; quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur* ³⁾. И такъ, подъ *quasi possessio juris* или *servitutis*, разумѣется фактическое осуществленіе той власти надъ вещью, которая составляетъ содержаніе права сервитута. Шенеманъ ⁴⁾ замѣчаетъ, что не слѣдуетъ представить себѣ это дѣло такъ, какъ будто при *quasi possessio* предметомъ или объектомъ владѣнія было *право*, какъ это можно бы вывести изъ выраженій

¹⁾ fr. 3 pr. D. de poss. 41, 2: *possideri autem possunt, quae sunt corporalia*. fr. 4 § 27 D. de usurp. 41, 3; fr. 1 § 8 D. quod leg. 43, 3; fr. 32 § 1 D. de s. p. u. 8, 2.

²⁾ Что римляне сознавали это двойное отношеніе *quasi possessio* къ *corporeis possessio*, выходитъ изъ того, что они иногда говорятъ здѣсь о владѣніи, иногда отрицаютъ владѣніе. См. Савиньи I. с. § 12 прим. 1 и 2.

³⁾ См. и fr. 3 § 17 D. de vi 43, 46: *usufructus nomine quasi in possessione* fr. 23 § 2 ex quibus caus. s. maj. 4, 6.

⁴⁾ I. с. § 44.

нѣкоторыхъ юристовъ, напр. Арндса: Pandecten § 187: „an der Sache findet hier natürlicher, an der Servitut dagegen juristischer Besitz statt“. Савиньи ¹⁾, впрочемъ, уже указалъ, что собственно о владѣннн сервитутомъ не можетъ быть рѣчи, точно также, какъ никто не станеть говорить о владѣннн собственности, а говорятъ о владѣннн *вещи*. Но такъ какъ мы въ случаѣ quasi possessionis не имѣемъ слова, которымъ бы могли точно обозначить предметъ владѣннн (между тѣмъ какъ при cogrogis possessio мы прямо говоримъ: владѣннн вещь) то, полагаетъ Савиньи, намъ только остается употреблять выраженнн: владѣннн правомъ, сервитутомъ, узуфруктомъ и т. д., при чемъ однако никогда не слѣдуетъ забывать, что эти выраженнн не слѣдуетъ принимать буквально (dass es ein uneigentlicher Ausdruck ist). Конечно, поэтому и Арндсъ и всѣ другнн юристы, употребляющнн подобннн выраженнн, имѣя въ виду сказанное Савиньи, не заслуживаютъ выше указаннаго упрека Шенемана. Мы съ своей стороны и на русскомъ языкѣ не могли прнискать для краткаго обозначеннн подлежащаго понятнн другаго выраженнн, какъ: владѣннн узуфруктомъ, и поэтому рѣшились остановиться на немъ. Имѣя же въ виду замѣчаннн Шенемана, мы должны указать на высказанную имъ мысль, по поводу одного обстоятельства, на которое прежде ни кѣмъ не было обращено вниманнн, и о которомъ не упоминаеть и Савиньи. Шенеманъ именно разсуждаетъ слѣдующимъ образомъ: quasi possessio, подобно самому владѣннн (possessio), *есть также фактическое отношеннн къ вещи*, это есть также юридическое владѣннн *вещи*, но только ограниченное по своему объему, это есть фактическое господство надъ отдѣльными сторонами вещи, представляющннми цѣнность (thatsächliche Herrschaft über einzelne Werthseiten der Sache ²⁾, beschränkt in seinem Umfange auf

¹⁾ l. c. § 12 p. 192 i. f. (VII изд.).

²⁾ l. c. p. 155.

einzelne Werthsbeherrschungen ¹⁾; оно не подходит под понятие *possessio* только потому, что это слово обнимает вещь во цѣлости, во всѣхъ ея отношеніяхъ. Намъ кажется, что это вѣрное замѣчаніе Шенемана, которое имъ облечено въ весьма темныя и неясныя выраженія, совпадаетъ съ тѣмъ, что мы сами сказали выше о различіи между владѣніемъ и *quasi possessio*, т. е. что *corpus* въ обоихъ случаяхъ одинаковъ, и вся разница заключается только въ *animus*, который въ первомъ случаѣ направленъ на вещь со всѣхъ ея сторонъ, во всѣхъ отношеніяхъ, а во второмъ случаѣ только на извѣстныя стороны, соотвѣтствующія именно данному сервитуту. Вотъ и причина, почему о *quasi possessio* рѣчь можетъ быть только при правахъ съ чисто вещнымъ характеромъ, а это отношеніе отнюдь не можетъ встрѣчаться при обязательствахъ, при которыхъ непосредственнымъ объектомъ власти служить не вещь, а воля, дѣйствіе другаго лица ²⁾.

И такъ фруктуарій, а также всѣ остальные лица, имѣющія сервитуты, пользуются относительно своего права *quasi-possessione*. Является теперь вопросъ: въ чемъ же заключается юридическое значеніе этого владѣнія? Юридическое значеніе владѣнія вообще, какъ извѣстно, выражается безспорно въ одномъ фактѣ—въ защитѣ владѣльца противъ всякаго нападенія и въ сохраненіи за нимъ этого положенія, пока никто другой не докажетъ своего права (въ извѣстныхъ случаяхъ — при добросовѣстномъ владѣльцѣ — своего лучшаго права) на вещь; защита же эта, какъ извѣстно, по римскому праву, производится при посредствѣ интердиктовъ, такъ называемыхъ: *remedia possessionis*.

¹⁾ Ibid. p. 159.

²⁾ А не потому что, какъ полагаетъ Савиньи (р. 195), не при всѣхъ правахъ можно себя представить насильственное нарушеніе ихъ.

Затѣмъ Савиньи, и большинство юристовъ вслѣдъ за нимъ, выставляютъ какъ послѣдствіе владѣнія приобрѣтательную давность, *usucapio* и *longi temporis praescriptio*. Гедеманъ ¹⁾ противъ этого замѣчаетъ, что помѣщеніе приобрѣтательной давности въ ученіи о владѣніи есть огромная систематическая ошибка; тогда бы и слѣдовало сказать, что приобрѣтеніе собственности по передачѣ и по завладѣнію (*occupatio*) есть послѣдствіе владѣнія; во всѣхъ трехъ случаяхъ именно изъ владѣнія, самаго по себѣ взятаго, не вытекаютъ никакія послѣдствія относительно приобрѣтенія вещи, а только извѣстныя условія, присоединяющіяся ко владѣнію, доставляютъ право собственности ²⁾. Замѣчаніе Гедемана, само по себѣ, совершенно справедливо; противъ него мы должны сказать только, что не видимъ вовсе у Савиньи того, что приписываетъ ему приведенный писатель. Онъ самъ цитируетъ мѣсто Савиньи, гдѣ говорится: „Такъ какъ *единственное право простаго* (*des blossen*), [конечно юридическаго] *владѣнія заключается въ интердиктахъ*, то право интердиктовъ и есть то, что будетъ представлено здѣсь“. Дѣйствительно, мы напрасно станемъ искать въ знаменитой монографіи Савиньи ученіе о приобрѣтательной давности. Отчего же не упомянуть въ ученіи о владѣніи о томъ, что оно при извѣстныхъ условіяхъ превращается въ собственность? Мы къ этому не видимъ никакого основанія, напротивъ того, мы видѣли бы большой недостатокъ сочиненія Савиньи въ томъ, еслибы при изложеніи ученія о владѣніи, въ немъ не было указано на тотъ замѣчательный фактъ, которымъ представляется приобрѣтеніе

¹⁾ l. c. p. 97.

²⁾ Конечно это иначе по тѣмъ законодательствамъ, по которымъ *titulus* и *bona fides* не требуются для приобрѣтательной давности, напр. по нашему законодательству; но условіе времени уже исключаетъ возможность разсматривать *usucapio* какъ послѣдствіе юридическаго владѣнія, наравнѣ съ интердиктами.

собственности въ чужой вещи на основаніи особенно квалифицированнаго владѣнія этою вещію.

Что же касается до передачи и завладѣнія, то мы согласны съ Гедеманомъ, что можно было бы упомянуть и о нихъ въ ученіи о владѣніи ¹⁾, хотя Савиньи приводитъ довольно важные доводы противъ этого; мы къ нимъ еще прибавимъ, что *ossecratio* и *traditio* представляютъ то важное отличіе отъ давности, что причина приобрѣтенія собственности при нихъ — воля хозяина или непринадлежность вещи никому, и въ фактѣ передачи или завладѣнія мы имѣемъ только внѣшнее выраженіе этой причины, между тѣмъ какъ при давности самое основаніе приобрѣтенія вещи, противъ воли хозяина, представляется именно во владѣніи вещію въ теченіе извѣстнаго времени. Сильные нападки Гедемана на Савиньи по этому поводу объясняются двумя причинами: прежде всего желаніемъ его вообще опровергать авторитеты во что бы то ни стало, и дѣлать новыя открытія, или, по крайней мѣрѣ, исправлять взгляды предшествующихъ юристовъ; а затѣмъ у него есть практическая причина. Гедеманъ именно, въ противоположность всѣмъ ученымъ, какъ мы увидимъ ниже, не признаетъ приобрѣтательной давности въ отношеніи къ сервитутамъ, между тѣмъ, какъ онъ вполне раздѣляетъ мнѣніе всѣхъ юристовъ насчетъ *quasi possessio* въ сервитутахъ. Если бы Гедеманъ допустилъ, что приобрѣтательная давность есть неминуемое послѣдствіе всякаго юридическаго (конечно, квалифицированнаго) владѣнія, то, въ виду теоріи своей о приобрѣтательной давности, онъ бы долженъ былъ признать, что *quasi possessio juris*, по послѣдствіямъ своимъ, не совпадаетъ съ *conpropiis possessio*. Нужно впрочемъ замѣтить, что, безъ всякаго сомнѣ-

¹⁾ Что впрочемъ вѣдь и дѣлаетъ Савиньи. См. § 3 № 1. Онъ же объясняетъ здѣсь, почему эти ученія не относятся спеціально ко владѣнію, указывая впрочемъ на ихъ отношенія къ этому институту.

ніа, ни Савиньи, ни кто-либо изъ его послѣдователей, не смотрѣли на пріобрѣтательную давность, какъ на такое неминуемое послѣдствіе квалифицированнаго юридическаго владѣнія. Что касается до насъ, то мы здѣсь не станемъ распространяться о пріобрѣтательной давности сервитутовъ по той же причинѣ, которую приводитъ Савиньи въ вышеуказанныхъ его словахъ; мы это ученіе рассмотримъ при изложеніи способовъ установленія сервитутовъ; здѣсь же пока приведемъ одно мѣсто изъ источниковъ, изъ котораго видно, что *longa quasi possessio* имѣло своимъ послѣдствіемъ пріобрѣтеніе сервитутовъ: см. напр. *Ulp. fr. 10 Dig. si servitus vind. 8, 5.*

Наконецъ Гедеманъ сильно отстаиваетъ, какъ послѣдствіе владѣнія, освобожденіе владѣльца отъ обязанности доказывать, между тѣмъ какъ, какъ извѣстно, Савиньи не причисляетъ этого обстоятельства къ специфическимъ послѣдствіямъ владѣнія, но видитъ въ немъ примѣненіе общаго правила, по которому отвѣтчикъ избавляется отъ доказательства, а истецъ долженъ доказать свой искъ. А такъ какъ мы имѣемъ случай ¹⁾, въ которыхъ лицо, не признаваемое за юридическаго владѣльца, можетъ быть отвѣтчикомъ, и слѣдовательно избавляется отъ обязанности доказывать, то, по мнѣнію Савиньи, очевидно, что освобожденіе это отъ *onus probandi* не есть специфическое послѣдствіе владѣнія. Съ мнѣніемъ Савиньи однако, какъ намъ кажется, въ отношеніи къ этому случаю, нельзя вполне согласиться, ибо случай, указанный во *fr. 9 cit.*, если даже принять такое толкованіе этого фрагмента; какое даютъ Савиньи и большинство другихъ юристовъ ²⁾, очень хорошо можно объяснить какъ исключеніе изъ общаго правила, подобно тому, какъ это дѣлаетъ самъ Савиньи относительно извѣстныхъ случаевъ, въ которыхъ de-

¹⁾ *fr. 9 D. de rei vind. 6, 1.*

²⁾ Наше мнѣніе о *fr. 9 cit.* см. ниже, въ ученіи объ обязанностяхъ фрунтуарія.

tentor alieno nomine защищается интердиктами (abgeleiteter Besitz). Одно уже то обстоятельство, что слово: „possessor“ иногда технически употребляется для обозначенія отвѣтчика, указываетъ намъ на то, что, по общему правилу, лицо владѣющее освобождается отъ доказательства, что слѣдовательно, по общему же правилу, послѣдствіемъ юридическаго владѣнія является освобожденіе отъ *onus probandi*. Гедеманъ старается доказать приведенное обстоятельство потому что, не признавая приобрѣтательной давности сервитутовъ, и не считая достаточнымъ для того, чтобы говорить о *quasi possessio* сервитутовъ, интердикты, даваемые для защиты ихъ, онъ желаетъ доказать примѣненіе понятія владѣнія къ сервитутамъ еще на томъ, что имѣющій *quasi possessionem* избавляется отъ доказательства; хотя по результатамъ, полученнымъ имъ изъ источниковъ, въ отношеніи, по крайней мѣрѣ, къ личнымъ сервитутамъ, которые исключительно насъ здѣсь интересуютъ, это ему не вполне удалось, такъ какъ по fr. 60 § 1 Dig. h. t. 7, 1 (Paulus), при вчинаніи противъ фруктуарія *actionis negatoriae*, послѣ доказательства собственности, приведеннаго истцомъ, фруктуарій долженъ выдать вещь истцу, впредь до приведенія имъ самымъ доказательства въ пользу своего *jus ususfructus*.

Если мы обратимъ вниманіе на изложенные признаки юридическаго владѣнія, то увидимъ, что они дѣйствительно всѣ встрѣчаются при *quasi possessio servitutum*, а именно:

1) Какъ мы уже выше указали, фруктуарій пользуется интердиктами. Ему даются *interdicta retinendae possessionis* въ качествѣ *interdicta utilia*. Fr. Vatic. § 90:*quia non possidet legatum, sed potius fruitur. Inde et interdictum uti possidetis utile hoc nomine proponitur (et unde vi) quia non possidet.*

И такъ фруктуарію противъ всякаго нарушенія и препятствованія, которому онъ подвергается при пользованіи вещью, доставляется защита, подобно истинному владѣльцу: fr. 4 Dig. uti possid. 43, 17 (Ulp.), *In summa puto dicendum, et inter*

fructuarios hoc interdictum reddendum, et si alter usumfructum, alter possessionem sibi defendat. Idem erit probandum, et si ususfructus quis sibi defendat possessionem: et ita Pomponius scribit. Proinde et si alter usum, alter fructum sibi tueatur, et his interdictum erit dandum.

Въ этомъ фрагментѣ представляются, по общему мнѣнію, четыре, а по Гедеману ¹⁾ три случая ²⁾, изъ которыхъ выходитъ тотъ общій результатъ, что quasi possessor ususfructus въ столкновенияхъ съ другими лицами, утверждающими имѣть владѣніе или quasi possessio вещь, всегда побѣждаетъ, если только онъ не владѣетъ nec vi, nec clam, nec precario ab adversario. Именно здѣсь представлены случаи, когда идетъ споръ между двумя лицами, которыя оба утверждаютъ, что имъ принадлежить узупруктъ въ вещи: quasi possessor въ этомъ случаѣ долженъ имѣть преимущество; тоже когда одинъ ссылается на узупруктъ въ вещи, а другой на usus относительно ея; наконецъ, то же самое, когда одинъ ссылается на узупруктъ, а другой на cogoris possessio — въ этомъ случаѣ тотъ сохраняетъ вещь, кто фактически ее держитъ въ моментъ вчинанія интердикта non vitiose ab adversario. Послѣдній случай возбуждаетъ невольню вопросъ: не имѣемъ ли мы при quasi possessio то, чего положительно не допускаетъ римское право, а именно: possessionem duorum insolidum? Положимъ, я докажу, что мнѣ принадлежить юридическое владѣніе, cogoris possessio, ссылаясь на то, что corpus possessionis за меня осуществляетъ другой, хоть самъ фрукуарій, съ которымъ я спору о владѣніи вещи; фрукуарій же, имѣя detentionem rei, ссылается на quasi possessio. и побѣждаетъ — здѣсь по видимому въ одной вещи признаются два владѣнія? Совпаденіе здѣсь одинаковаго владѣнія двухъ

¹⁾ I. c. p. 114 и 115.

²⁾ Мы не остановимся на разсмотрѣніи того, правъ ли Гедеманъ или нѣтъ, такъ какъ смыслъ мѣста при обоихъ толкованіяхъ остается въ сущности одинъ и тотъ же.

лицъ однако только кажущееся: тутъ имѣются два владѣнія, различныя по цѣли: одно, направленное на фактическое осуществленіе собственности, слѣдовательно имѣющее въ виду вещь во всѣхъ отношеніяхъ, по всѣмъ ея качествамъ, между прочимъ и въ отношеніи къ отчуждаемости ея, возможности быть предметомъ распоряженія — другое же владѣніе, направленное только на пользованіе вещью, имѣющее ее въ виду только въ этомъ одномъ отношеніи, оставляя ее свободно во всѣхъ другихъ отношеніяхъ.

Фруитуарій, удерживая за собою вещь на основаніи *quasi possessionis*, этимъ не отрицаетъ власти владѣльца надъ вещью вообще, но только основывается на томъ, что эта власть ограничена; онъ допускаетъ, что другой долженъ быть юридическимъ владѣльцемъ вещи, но только утверждаетъ, что онъ долженъ ею владѣть чрезъ него, фруитуарія; потому именно, что при существованіи узурфрукта всякій юридическій владѣлецъ долженъ владѣть чрезъ фруитуарія. Вотъ что говоритъ по этому поводу Савиньи ¹⁾: эти два владѣнія не могли вызывать никакихъ столкновеній, такъ какъ интердикты ихъ находятся между собою въ такомъ же отношеніи, какъ ихъ *in rem actiones*, какъ *rei vindicatio* къ *actio confessoria*, т. е. какъ правило къ исключенію. См. объ этомъ юриста Венулея ²⁾: *neque impediri possessionem, si alius fruatur, neque alterius fructum amputari, si alter possideat* ³⁾.

И такъ, оставляя въ сторонѣ римскія техническія выраженія, мы можемъ выставить, какъ ученіе римскаго права, слѣдующее: тотъ, кто фактически пользуется вещью въ моментъ вчинанія интердикта, т. е. возникновенія вообще спора о владѣніи, тотъ

¹⁾ I. с. р. 129 и 287.

²⁾ fr. 52 pr. D. de poss. 41, 2.

³⁾ Конечно, хотя нигдѣ прямо объ этомъ въ источникахъ и не говорится, при движимыхъ вещахъ фруитуарій долженъ пользоваться *interdicto utrubi*.

въ этомъ пользованіи и защищается, пока противникъ не докажетъ своего права на эту вещь, при чемъ все равно, ссылается ли пользующійся на то, что вещь должна считаться ему принадлежащею, или же ссылается онъ только на узупфруктъ (напр. пожизненное владѣніе вещью), или даже на простое пользованіе (конечно пользованіе въ качествѣ *вещнаго* права). Это доходитъ до того, что, если кто-либо, ссылаясь на узупфруктъ, пользуется вещью, а другой, оспаривая его владѣніе, докажетъ, что мнимый фрутуарій не имѣетъ никакого права на вещь, но при этомъ собственнаго права на вещь не докажетъ, то мнимый фрутуарій все-таки защищается въ удержаніи вещи „vincet tamen jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant“¹⁾.

Но не только на случай нарушенія или оспариванія владѣнія фрутуарій имѣетъ защиту; даже въ томъ случаѣ, если онъ уже лишился владѣнія, онъ, по аналогіи съ *corporeis possessor*, пользуется интердиктами *recuperandae possessionis*. Именно тотъ, кто имѣетъ вещь *nomine ususfructus*, защищается въ случаѣ, если онъ насильственно будетъ лишенъ вещи, *per interdictum de vi*²⁾. По приведеннымъ фрагментамъ всякій, лишенный насильственно недвижимой вещи, или же движимой, составляющей принадлежность недвижимой, которую онъ удерживалъ *ususfructus vel usus nomine*, все равно имѣлъ ли онъ на вещь право или нѣтъ, можетъ возратить себѣ похищенную вещь чрезъ *interdictum de vi*. При этомъ, конечно, предполагается, что онъ уже имѣлъ *detentionem rei*, такъ что лицо, приобрѣвшее законнымъ, правильнымъ образомъ узупфруктъ, но не получившее еще вещи, не можетъ воспользоваться *interdicto de vi*, если ему насильственно препятствуютъ въ началіи осуществленія узупфрукта.

¹⁾ Ulp. fr. 5 pr. Dig. si ususfr. pet. 7, 6.

²⁾ fr. 3 § 13—18 Dig. de vi 43, 16 (Ulpian). Vatic. fragm. § 91. fr. 9 § 1 Dig. eod. (Paul.). fr. 27 Dig. de donation. 39, 5 (Papinian.).

Это забываетъ Крансъ ¹⁾, хотя онъ съ другой стороны справедливо говоритъ, что фруктуарій, которому мѣшаютъ вступить въ исправленіе узифрукта, долженъ вчинить *actionem confessoriam*.

Цѣль *interdictum de vi* здѣсь заключается въ томъ, чтобы *dejectus*, или его юридическій преемникъ, былъ возстановленъ *in eandem causam, in qua futurus esset, si dejectus non esset*, такъ что, если *post dejectionem* узифруктъ уничтожился вслѣдствіе такихъ обстоятельствъ, которыя не имѣли бы мѣста *sine dejectione, dominus*, который совершилъ *dejectionem*, принуждается установить вновь узифруктъ, между тѣмъ какъ онъ вообще, при прекращеніи узифрукта *post dejectionem* (если это прекращеніе не имѣло мѣста вслѣдствіе обстоятельствъ именно вызванныхъ *dejectione*), только долженъ вознаградить фруктуарію *lucrum cessans* за то время, пока еще существовалъ узифруктъ ²⁾, а наслѣдникъ его отвѣчаетъ только на столько, *quod ad eum pervenit*. Если третье лицо изгнало фруктуарія и хозяина, и узифруктъ по этому обстоятельству прекратился, напр. *per non usum*, то хозяину возвращается вещь *sui ususfructu*, и онъ не обязанъ возстановить это право фруктуарію, а послѣдній долженъ искать вознагражденія отъ того, кто употребилъ насилие ³⁾. Изъ этого указанія нашихъ источниковъ слѣдуетъ, что конечно, если фруктуарій изгнанъ постороннимъ лицомъ, и узифруктъ вслѣдствіе этого прекратился, узифруктъ не возстановляется, а посторонній виновнъ долженъ вознаградить фруктуарія.

И такъ, другое средство защиты, возникающее изъ владѣнія — *interdictum recuperandae possessionis — de vi*, также принадлежитъ фруктуарію ⁴⁾.

¹⁾ l. c. p. 139.

²⁾ и не обязанъ возстановить узифруктъ напр. наслѣдникамъ фруктуарія fr. 3 § 17 D. de vi.

³⁾ Gaj. fr. 10 D. de vi 43, 16.

⁴⁾ Онъ же безъ сомнѣнія можетъ пользоваться и другимъ ин-

Прежде, чѣмъ перейти къ слѣдующему, мы должны еще вознудиться невѣрнаго мнѣнія, которое выставляется Эльверсомъ по поводу тѣхъ мѣстъ источниковъ, которыя мы привели въ подтвержденіе права фруктуарія на *interdictum de vi*. Онъ именно полагаетъ ¹⁾, что въ fr. 3 cit. (§ 13—17) и въ fr. 9 § 1 cit. юристы, Ульпіанъ, которому принадлежитъ первое мѣсто, и Павель, высказываютъ различные взгляды на этотъ предметъ.

Между тѣмъ это, какъ ясно доказалъ Гедеманъ ²⁾, ложное мнѣніе Эльверса основывается на невѣрномъ взглядѣ его, о которомъ мы ниже будемъ говорить подробнѣе, и по которому понятіе *quasi possessionis* возникло такъ поздно, что юристъ Павель его еще не принималъ, между тѣмъ какъ Ульпіанъ уже держался этого понятія ³⁾; исходя изъ этого взгляда, Эльверсъ совершенно несообразно толкуетъ fr. 9 § 1 cit. Павель, говоритъ онъ, принимая предложенный преторомъ въ эдиктѣ *interdictum de vi*, основываетъ его не на фактъ *quasi possessionis*, а на фактъ *dejectionis*, хотя бы *dejectio* имѣло мѣсто относительно простаго *detentor*; поэтому юристъ, по мнѣнію Эльверса, и полагаетъ, что *restitutio ususfructus* должно имѣть *secula* мѣсто, если только хозяинъ вещи былъ *dejiçiens*, хотя бы послѣ изгнанія фруктуарія и явилось такое обстоятельство, вслѣдствіе

терднѣтомъ *recup. poss.—interdictum de precario*. См. Krans p. 141 и Ulp. i. fr. 1 pr. и fr. 2 § 3. D. de precario 43, 26: *habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel juris adeptus est, ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit.*

¹⁾ l. c. p. 668.

²⁾ l. c. p. 111, прим. 102.

³⁾ Приведемъ пока только одно мѣсто, довольно ясно, вѣжется, говорящее противъ Эльверса—*Javolenus* (при Траянѣ) fr. 20 Dig. de servit. 8, 1:*Ego puto, usum ejus (i. e. viae — servitutis) pro traditione possessionis juris accipiendum esse; ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.*

котораго узуфруктъ долженъ былъ прекратиться даже, если вовсе не имѣло бы мѣста *dejectio*. Еслибы Павелъ сказалъ то, что приписываетъ ему Эльверсъ, то онъ дѣйствительно противорѣчилъ бы Ульпіану, который въ *fr. 3 § 17 D. cit.* прямо говоритъ, что если фрукуарій подвергся *capitis deminutioni* или умеръ *post prohibitionem*, узуфруктъ не долженъ быть восстановленъ хозяиномъ, но только „*praeteritum damnnum sarciatur*“. Гедеманъ, однако, справедливо замѣчаетъ, что юристу Павлу и не приходило въ голову высказать ту нелѣпость, которую Эльверсъ ему приписываетъ. Слова: „*itaque si tempore ususfructus finitus fuerit, postquam dejectus est a domino*“, очевидно имѣютъ просто слѣдующее значеніе: „если поэтому узуфруктъ прекратился по времени, т. е. *per non usum*, послѣ того, какъ фрукуарій былъ изгнанъ изъ имѣнія хозяиномъ“. Въ этомъ случаѣ *dominus cogendus erit restituere, id est, usumfructum iterum constituere*. Совершенно непонятно, какъ можетъ Эльверсъ толковать иначе приведенныя слова, и полагать, что Павелъ въ нихъ говоритъ: „еслибы послѣ *dejectio* и явился моментъ, въ который узуфруктъ вообще бы прекратился“ (т. е. *cap. dem.* или *mors fructuarii*).

Если же не принимать ложнаго толкованія приведенныхъ словъ Павла, то изъ остальнаго, сказаннаго здѣсь юристомъ, а именно изъ того, что „*dejectus in eandem causam, in qua futurus esset, si dejectus non esset, restitui debet*“, само собою разумѣется, что, и по мнѣнію Павла, узуфруктъ не долженъ быть восстановленъ, если *post dejectionem* фрукуарій потерпѣлъ *capitis deminutionem* или умеръ, а что хозяинъ долженъ только доставить вознагражденіе за невыгоды, которыя потерпѣлъ фрукуарій, начиная съ момента изгнанія, до момента *capitis deminutionis*. Конечно, вмѣстѣ съ принятіемъ вѣрнаго, вполне соответствующаго словамъ Павла, толкованія, падаютъ и тѣ выводы, которые дѣлаетъ Эльверсъ изъ этого мѣста для того, чтобы поддѣржить имъ свой взглядъ на *quasi possessio*, по ко-

тому это понятіе не было принято еще всѣми даже корифеями римской юриспруденціи.

Такъ какъ мы здѣсь разъ заговорили о странномъ взглядѣ Эльверса на *juris quasi possessio*, то мы кстати тутъ же скажемъ еще нѣсколько словъ о немъ, хотя въ большія подробности вдаваться не станемъ, потому что самъ Эльверсъ объявляетъ о непрактичности своего мнѣнія, признавая ¹⁾, 1) что: рѣшенія юристовъ, принятія въ *Cogrus juris*, и основанныя на древней теоріи, т. е. теоріи непризнанія *quasi possessionis*, и нынѣ должны считаться вѣрными, „хотя“, какъ говоритъ Эльверсъ, „по другимъ основаніямъ“ (*wenn auch aus anderen Gründen*) и 2) что теорія *quasi possessionis* та, которая принята въ дигестахъ.

Эльверсъ ²⁾ начинаетъ съ указанія, что вопросъ о *quasi possessio* принадлежитъ къ тѣмъ, при разсмотрѣніи которыхъ мы часто остаемся безъ всякихъ указаній источниковъ, такъ что подобное разсмотрѣніе представляетъ большія затрудненія, тѣмъ болѣе потому, что „классическая юриспруденція только весьма поздно, и именно почти только съ Ульпіана, закончила этотъ институтъ, и многія мѣста, отрицающія вполне *quasi possessionem*, или признающія его только въ весьма ограниченномъ видѣ, были приняты въ *Cogrus juris*. Даже многочисленныя мѣста юриста Павла, кажется, основываются еще на древнемъ взглядѣ“. Приступая затѣмъ къ изслѣдованію причинъ, которыя могли вызвать *quasi possessionem*, Эльверсъ начинаетъ съ того, что для сервитутовъ различіе самого права отъ фактическаго осуществленія соответствующей власти, представлялось гораздо менѣе необходимымъ, чѣмъ при правѣ собственности. При послѣднемъ именно уже процессъ требовалъ, чтобы владѣніе вещью, на время производства, было присуждаемо одной изъ тяжущихся сторонъ,

¹⁾ I. c. p. 672.

²⁾ I. c. § 62 p. 647 sqq.

между тѣмъ какъ, въ томъ случаѣ, когда споръ шелъ о сервитутахъ, вовсе не было вещи, которая бы не защищалась и не находилась во владѣннн какого-нибудь лица, такъ какъ хозяинъ, уже по силѣ своего господства надъ всею вещью, могъ пользоваться и тѣмъ отдѣльнымъ правомъ въ ней, которое составляло предметъ спора, если лицо, имѣющее сервитутъ не хотѣло или не могло пользоваться имъ¹⁾. Поэтому въ древння времена при процессѣ непременно вещь должна была быть оставлена во время судебного производства въ рукахъ того лица, въ пользу котораго говорила свобода вещи, т. е. въ рукахъ хозяина (*vindiciae dabantur secundum libertatem*)²⁾. Изъ этого общаго правила однако, по мнѣнню Эльверса, уже съ древнѣйшихъ временъ существовало исключенне при такъ называемыхъ, *servitutes habendi*, при которыхъ, во время процесса о сервитутѣ, утверждавшнй имѣть право на такой сервитутъ былъ защищаемъ, если онъ находился въ фактическомъ пользованнн этимъ сервитутомъ³⁾. Наконецъ Эльверсъ⁴⁾ признаетъ, что и при другихъ сервитутахъ, хотя процессъ и не являлся безусловно и непосредственно вынуждающимъ развитне *quasi possessionis*, но все-таки онъ могъ содѣйствовать установленню понятня *quasi possessionis*, а именно въ томъ случаѣ, когда лицо, противъ котораго былъ вчиненъ *actio confessoria*, не хотѣло принять процесса (*se defendere*). Мы замѣтимъ, что дѣйствительно на этотъ случай фруктуарню доставляется особенный интердиктъ *adipiscendae possessionis* — *interdictum quem usumfructum*, по аналогнн съ интердиктомъ *quem fundum*, которымъ пользуется

1) l. c. p. 648: «indem der Eigenthümer auch die einzelne Befugniss an derselben (d. h. an der Sache) benutzen durfte, falls der Servitutberechtigte sie nicht benutzen wollte oder konnte».

2) О приводимыхъ Эльверсомъ въ подтвержденне этого мѣстахъ источниковъ см. ниже.

3) См. объ этомъ у Эльверса p. 650 и p. 670 sqq.

4) l. c. p. 650 пр. b.

лицо, отыскивающее самую вещь, въ случаѣ если противникъ не захочетъ отстаивать эту вещь ¹⁾. „Но“, говоритъ Эльверсъ, „если даже все ученіе о защитѣ фактической власти надъ чужою вещью, въ изложенномъ видѣ, принадлежало уже древнѣйшему праву, то подобные случаи вѣроятно встрѣчались такъ рѣдко, что они не могли сами по себѣ (allein) вызвать столь важный институтъ, какой мы видимъ въ quasi possessiō“.

Мы нарочно привели нѣсколько выписокъ изъ сочиненія Эльверса, чтобы показать, на какихъ шаткихъ основаніяхъ держится взглядъ, который, какъ признаетъ самъ авторъ ²⁾, уклоняется существенно отъ господствующаго между юристами мнѣнія. Постараемся вкратцѣ разобрать Эльверса.

Если онъ, прежде всего, замѣчаетъ, что при процессѣ о сервитутахъ вовсе не существовало *сесим*, фактическое обладаніе которой должно бы быть доставлено одному изъ противниковъ во время процесса, то, не утверждая конечно, что понятіе безтѣлесныхъ вещей въ древнѣйшія времена уже было положено въ основаніе quasi possessiōnis, мы однако можемъ указать на то, что во времена Цицерона ³⁾ уже было извѣстно дѣленіе вещей на res cogroales и incogroales, и что юристъ Гай, жившій гораздо ранѣе того времени, къ которому Эльверсъ относитъ установленіе понятія quasi possessiōnis, выставляетъ въ своемъ учебникѣ это дѣленіе вещей какъ *юридическое* ⁴⁾. (Чтобы указать, до чего доходитъ скептицизмъ Эльверса въ этомъ вопросѣ, мы замѣтимъ, что онъ сомнѣвается ⁵⁾ въ томъ, слѣдуетъ ли Гая причислить къ юристамъ, признававшимъ quasi

¹⁾ Inst. Ulpiani fr. 4 (Huschke: Jurispr. antejust. p. 580); Vat. fr. § 92. Ср. Rudorff: Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. Bd. IX. Hft. 1, p. 20 и въ особ. p. 31 и 32.

²⁾ l. c. p. 649 пр. а.

³⁾ Cic. Top. с. 5.

⁴⁾ Gaj. Inst. libro II въ fr. 1 § 1 Dig. de R. D. I, 8.

⁵⁾ l. c. p. 672 пр. уу.

possessionem, и при этомъ самъ приводитъ указанныя нами выше слова Гая: IV § 139: quum de possessione aut *quasi possessione* inter aliquos contenditur. Кажется, яснѣ этихъ словъ ничего не можетъ говорить въ пользу того, что Гай признавалъ *quasi possessio*!) Далѣе Эльверсъ говоритъ, что о распредѣленіи фактическаго пользованія вещью при спорѣ о сервитутѣ не заботились уже потому, что здѣсь такимъ распредѣленіемъ не рѣшался вопросъ объ *onus probandi*; поэтому для партій здѣсь не было такого интереса въ томъ, кого считать за владѣльца, какъ при *rei vindicatio*. И это замѣчаніе, однако, справедливо только отчасти, ибо до тѣхъ поръ, пока хозяинъ вещи не доказалъ своего права собственности, и при *actio negatoria quasi possessio* имѣло огромное вліяніе — оно именно вынуждало хозяина предпринять трудное *probatio dominii*. Но оставимъ въ сторонѣ вопросъ объ *onus probandi*: одна уже потеря возможности пользоваться вещью и извлекать изъ нея плоды въ томъ случаѣ, когда я по интердикту доказалъ, что я нахожусь въ обладаніи вещью *pec vi, pec clam, ne precario ab adversario*, далеко не могло быть вознаграждено доставленіемъ *satisfactio judicatum solvi*, и должна была показаться величайшею несправедливостію, и при томъ несправедливостію *совершенно лишнею*, если фактически осуществляющій узурфруктъ съ своей стороны доставлялъ хозяину *satisfactio de restituendo eo, quod ex his fructibus percipiturus est*, на случай, если ему не удастся доказать свое право. Неужели юристъ Павелъ не понималъ еще всей несообразности такого положенія, по которому хозяинъ вещи во всякое время могъ приостанавливать дѣйствіе сервитута вчинаніемъ иска (хотя и подъ отвѣтственностію вознагражденія за весь причиненный имъ фруктуарію вредъ); неужели онъ, понимая эту несообразность, не принялъ бы признаннаго уже, хотя бы только и нѣкоторыми юристами (самъ Эльверсъ говоритъ, что Яволенъ и Юліанъ принимали *quasi possessionem*), понятія *quasi possessionis*? Намъ послѣ всего сказаннаго кажется, что по-

пытку Эльверса, доказать, что процессъ вовсе не требовалъ нормирования *quasi possessionis*, должно считать совершенно неудавшеюся. Не обращая далѣе вниманія на непонятную и во всякомъ случаѣ лишнюю фразу названнаго ученаго, въ которой онъ говоритъ, что при процессѣ о сервитутѣ хозяинъ вещи долженъ пользоваться защитой относительно обладанія вещью въ томъ случаѣ, *когда лицо, имѣющее сервитутъ не хочетъ или не можетъ пользоваться* (едвали именно въ этомъ, кто-либо когда нибудь сомнѣвался!), мы укажемъ только на то, что онъ допускаетъ исключеніе изъ непризнанія *quasi possessionis* для одного вида сервитутовъ, а именно для *servitutes praediorum urbanorum*, уже въ древнѣйшія времена. И такъ римскіе юристы, примѣнявшіе къ этимъ сервитутамъ понятіе *quasi possessionis*, не могли возвыситься до распространенія этого понятія на всѣ сервитуты, а при другихъ сервитутахъ искали всевозможными искусственными средствами создать положеніе, подобное тому, которое они имѣли готовымъ передъ глазами въ *quasi possessio servitutum urbanorum*! Но положимъ даже, что этихъ юристовъ въ разсматриваемомъ нами случаѣ оставили извѣстное ихъ остроуміе и юридическій тактъ, что они, не видя при остальныхъ сервитутахъ постояннаго фактическаго вліянія лица, имѣющаго сервитутъ, на чужую вещь, не сумѣли примѣнить къ нимъ *quasi possessionem* — во всякомъ случаѣ подобная, такъ сказать, слѣпота ихъ не могла распространяться на usufructъ, который былъ соединенъ съ полною *detentio* служащей вещи, и такимъ образомъ, какъ нельзя болѣе ясно, служилъ выраженіемъ постояннаго вліянія лица на чужую вещь.

По разсмотрѣннн общихъ соображеній Эльверса, которыя, какъ мы показали, основываются на самыхъ невѣроятныхъ предположеніяхъ, обратимся же теперь къ разбору нѣкоторыхъ мѣстъ источниковъ, которыми этотъ ученный поддѣрпляетъ свое мнѣніе, и изъ которыхъ онъ напр. выводитъ, что юристъ Павелъ еще не признавалъ *quasi possessionem servitutum* вообще. Объ од-

номъ изъ этихъ мѣстъ мы говорили уже выше ¹⁾. Прежде всего онъ ссылается на fr. 60 § 1 Dig. de usufr. 7, 1 (Paulus). Мы этотъ фрагментъ здѣсь выпишемъ вполнѣ, такъ какъ онъ намъ понадобится еще и въ другихъ мѣстахъ (въ ученіи объ искахъ: a. conf. и negat.). Вотъ слова его:

Si fundus, cujus ususfructus petitur, non a domino possideatur, actio redditur. Et ideo, si de fundi proprietate inter duos quaestio sit, fructuarius nihilominus in possessione esse debet, satisque ei a possessore cavendum est, quod non sit prohibiturus frui eum, cui ususfructus relictus est, quamdiu de jure suo probet. Sed si ipsi fructuario quaestio moveatur, interim ususfructus ei auferitur ²⁾; sed caveri de restituendo eo, quod ex his fructibus percepturus est, vel si satis non detur, ipse frui permittitur, т. е. если имѣніе, относительно котораго отыскивается узупфруктъ, находится во владѣніи не хозяина, то дается искъ (т. е. фрукуарію). И поэтому, если между двумя лицами будетъ споръ, процессъ, о правѣ собственности на это имѣніе, фрукуарій все-таки долженъ быть во владѣніи (имѣ), и владѣлецъ долженъ представить ему обезпеченіе въ томъ, что онъ не будетъ мѣшать тому, кому оставленъ узупфруктъ, пока онъ (т. е. владѣлецъ вещи) доказываетъ свое право. Если же противъ самаго фрукуарія будетъ поднять процессъ, то узупфруктъ его пока отсрочивается (differtur); но должно быть доставлено обезпеченіе насчетъ возвращенія того, что онъ (кто? владѣлецъ?) получить изъ этихъ плодовъ; или же, если не будетъ представлено обезпеченія, то ему самому (фрукуарію?) дозволяется извлекать плоды (пользоваться).

При разсмотрѣніи этого фрагмента, прежде всего, какъ намъ

¹⁾ См. именно fr. 9 § 1 Dig. de vi 43, 16.

²⁾ Conjectura Brenckmannii; Florent: ejus offertur; Haloand: differtur.

кажется, должно обратить внимание на слѣдующее: тутъ говорится объ иждѣнїи, которымъ владѣть *не хозяинъ*, и въ которомъ отыскивается узупфруктъ — *petitur*. Всѣ юристы, разбиравшіе этотъ фрагментъ ¹⁾, принимаютъ, что здѣсь идетъ рѣчь о такомъ случаѣ, въ которомъ фруктуарій имѣетъ фактическое пользованіе вещію. Но надобно признаться, что съ такимъ же, если не съ большимъ, правомъ можно принять, что Павелъ говоритъ объ узупфруктѣ, фактическое пользованіе котораго не было у фруктуарія, который, слѣдовательно, отыскивается тѣмъ, кто имѣетъ право на него ²⁾. Хотя именно выраженіе „*ususfructus petitur*“ можетъ быть употреблено и въ отношеніи къ тому случаю, когда нарушается узупфруктъ, который уже осуществляется фруктуаріемъ (ибо *actio confessoria*, т. е. *ususfructus petitio*, можетъ быть вчиненъ, какъ мы увидимъ ниже, и владѣющимъ фруктуаріемъ по поводу нарушенія его права, хотя бы онъ не былъ вполне лишенъ узупфрукта), однако для яснаго указанія того, что здѣсь идетъ рѣчь о послѣднемъ случаѣ, Павелъ, имѣя его въ виду, вѣроятно употребилъ бы другое выраженіе, которымъ бы яснѣе выразилась его мысль, напр. *cujus ususfructus defenditur*, или *cujus usufructuarius prohibetur a possessore*, или что нибудь подобное ³⁾. На такое толкованіе указываютъ и слова: *actio redditur*, т. е. дается исебѣ, а именно: Павелъ хочетъ здѣсь указать на вещный характеръ узупфрукта, по которому *a. confessoria* дается не только противъ хозяина вещи, а противъ всякаго ея владѣльца. Если бы юристъ имѣлъ въ виду узупфруктъ, фактически уже осуществляемый фруктуаріемъ, то онъ,

¹⁾ Rudorff, Elvers, Hedemann.

²⁾ Выставляемое нами, и противное приведеннымъ юристамъ, мнѣніе мы встрѣчаемъ уже въ глоссѣ. См. Глоссу въ изданіи Дигестовъ 1557 г. у Hugo a Porta: I p. 395 Nota °: *Differtur: donec probet se usumfructum habere: non ergo erat in possessione, tunc enim remaneret in possessione et fruereetur*.

³⁾ а вмѣсто *possideatur* онъ сказалъ бы: *possidatur*.

предвидя затрудненія, которыя могли произойти отъ неточности его выраженій, сказалъ бы: *interdictum redditur*. Если бы не было тутъ рѣчи именно о томъ случаѣ, который представляется по нашему взгляду, то слова „*non a domino*“ были бы лишены всякаго смысла, такъ какъ юристъ, если онъ даже не признавалъ *quasi possessionem* фруктуарія, все-таки (и съ этимъ соглашается самъ Эльверсъ) зналъ, и долженъ былъ признавать, интердикты, данные преторомъ фруктуарію; они же дѣйствовали не только противъ владѣльца-нехозяина, но противъ всякаго вообще владѣльца. И такъ, намъ кажется, несомнѣнно, что приведенное предложеніе fr. 60 § 1 cit. имѣетъ въ виду случай отысканія узуфрукта со стороны лица, не имѣвшаго *quasi possessionem*. Въ слѣдующемъ затѣмъ предложеніи мы видимъ примѣненіе, въ одномъ сомнительномъ случаѣ, того, что указано въ предъидущемъ предложеніи. Если бы принять толкованіе, по которому первое предложеніе имѣетъ въ виду фруктуарія, находящагося въ пользованіи, то во второй фразѣ мы опять встрѣтили бы тривиальное и ясное само по себѣ рѣшеніе. Такъ какъ узуфруктъ именно есть вещное право, дѣйствующее противъ всякаго, то признаніе кого-либо владѣльцемъ вещи еще нисколько не возбуждало бы сомнѣнія насчетъ того, долженъ ли фруктуарій оставаться въ пользованіи или нѣтъ; слѣдовало бы развѣ принять, что юристъ Павелъ указалъ на этотъ случай потому, что, при наступленіи его, фруктуарій можетъ требовать обезпеченія отъ владѣльца въ томъ, что его пользованіе не подвергнется нарушенію. Правда, въ пользу такого толкованія можно привести выраженіе: *nihilominus in possessione esse debet*, которое указываетъ болѣе на продолжающееся состояніе, нежели на наступающее вновь (владѣніе). Но это толкованіе представляется довольно шаткимъ въ виду слѣдующаго весьма важнаго соображенія: какимъ же образомъ лицо, признанное въ процессѣ отвѣтчикомъ и владѣльцемъ, могло быть признаваемо въ этомъ качествѣ, если при вчинаніи интердикта (между лицами спора-

ними о юридическомъ владѣнн и собственности) вещь находилась въ рукахъ фруктуарія, который не являлся представителемъ одной изъ спорящихъ сторонъ, какъ *detentor nomine alterius ex litigatoribus*? Въ этомъ случаѣ именно никто изъ соперниковъ не могъ бы быть признанъ юридическимъ владѣльцемъ, ибо обоимъ не доставало бы *corpus possessionis*, такъ что для того, чтобы получить качество юридического владѣльца, лицо отыскивающее право собственности должно бы было сперва вчинить *negatoriam actionem* противъ фруктуарія, чтобы, доказавъ свою собственность въ вещи, заставить его доказать право на узуфруктъ, а этимъ доказательствомъ фруктуарій призналъ бы себя детенторомъ отъ имени этого даннаго хозяина. Если же лицо, претендующее на собственность въ вещи, предпочтетъ этому трудному пути соглашеніе съ фруктуаріемъ, по которому тотъ, въ процессѣ перваго лица съ другимъ насчетъ собственности въ вещи, скажетъ себя представителемъ этого перваго лица, то конечно не требуется, чтобы законъ предписалъ доставленіе обезпеченія фруктуарію со стороны владѣльца, какъ мы это видимъ въ нашемъ фрагментѣ, ибо тогда самъ фруктуарій позаботится о такой гарантіи; забота закона была бы даже совершенно излишнею, такъ какъ, посредствомъ *interdictum uti possidetis*, фруктуарій могъ бы всегда удержаться въ обладанн вещью, по крайней мѣрѣ до тѣхъ поръ, пока никто не докажетъ своей собственности въ вещи. Словомъ сказать, если фруктуарій, въ моментъ вчинанія интердикта *uti possidetis* со стороны одного изъ спорящихъ о собственности, владѣль бы вещью, то нельзя бы было сказать *actio redditur* (ибо ему тогда не о чемъ было бы искать); это выраженіе же очевидно должно быть объяснено изъ втораго предложенія фрагмента (на что указываетъ слово *ideo*). Затѣмъ при обыкновенномъ толкованн были бы непонятны слова: *ei a possessore satis cavendum est*, ибо, какъ мы видѣли, спорящій могъ бы быть признанъ какъ *possessor* только послѣ разбирательства съ фруктуаріемъ, который долженъ бы

признать себя представителемъ его. Поэтому мы полагаемъ, что и во второмъ предложени, согласно съ первымъ, рѣчь идетъ о такомъ фруктуаріѣ, который „*usumfructum petit*“, и не имѣлъ еще фактическаго пользованія.

Лицо, признанное владѣльцемъ вещи, конечно можетъ, если предпочесть это, не допустить фруктуарія, изъясляющаго притязаніе на вещь, и такимъ образомъ одновременно вести два процесса: одинъ процессъ съ фруктуаріемъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ другой процессъ о собственности. Если же онъ этого не пожелаетъ, то онъ долженъ пока допустить фруктуарія въ имѣніе, и сверхъ того еще дать ему обезпеченіе въ томъ, что онъ, какъ юридическій владѣлецъ, не станетъ тревожить фруктуарія, пока не докажетъ своего права собственности. При неисполненіи же этихъ условій со стороны владѣльца вещи, *fructuario actio redditur* противъ него, хотя онъ, можетъ быть, и не окажется хозяиномъ вещи. При такомъ толкованіи второе предложеніе и служитъ подтвержденіемъ перваго; въ немъ примѣняется то правило, которое высказано въ первомъ. Наконецъ наше толкованіе еще подтверждается словами: „*cui ususfructus relictus est*“. Въ нихъ мы видимъ, что узифруктъ отыскивается на основаніи легата, по которому онъ установленъ. Если бы рѣчь шла объ узифруктѣ, который уже былъ осуществленъ, то гораздо проще было бы сказать*frui eum, qui utitur fruitur, — qui in possessione est* и т. п.

И такъ по нашему убѣжденію въ *fr. 60 § 1 cit.* идетъ рѣчь о фруктуаріѣ, который, не имѣвъ въ рукахъ вещи, о собственности въ которой идетъ споръ между другими лицами, былъ допущенъ къ пользованію вещью тѣмъ лицомъ, которое было признано владѣльцемъ ея, съ тѣмъ, чтобы онъ пользовался до тѣхъ поръ, пока владѣлецъ не докажетъ своей собственности. Если же владѣлецъ не признаетъ правъ фруктуарія, то послѣдній конечно вчинить свой искъ, и на время (т. е. до окончанія процесса о правахъ фруктуарія) отлагается осу-

щественіе узуфрукта ¹⁾ — *ususfructus differtur*. Но здѣсь, какъ и при всякомъ искѣ изъ вещнаго права, владѣлецъ долженъ доставить ищущему фрукутарію *cautionem de restituendis fructibus*; если онъ этого не сдѣлаетъ, то онъ долженъ допустить фрукутарію къ пользованію, съ тѣмъ конечно, чтобы фрукутарій съ своей стороны доставилъ *cautionem de restituendis fructibus*. Если, съ другой стороны, владѣлецъ допустившій фрукутарію, не доказавъ своего права собственности, станетъ оспаривать права его, *то въ этомъ случаѣ*, такъ какъ фрукутарій находится *quasi in possessione* только по срочному (*donec de jure suo probet*) дозволенію этого владѣльца, узуфруктъ у него отнимается, пока онъ не докажетъ своего права. Изъ этого, однако, никакимъ образомъ нельзя сдѣлать того вывода, чтобы всякій фрукутарій, находящійся въ пользованіи, при искѣ, вчиненномъ противъ него хозяиномъ вещи, лишался своего пользованія на все время, пока онъ будетъ доказывать свое право.

Важнѣйшее обстоятельство, которое можно было бы привести противъ того толкованія, которое мы даемъ этому мѣсту, заключается въ слѣдующемъ: чрезмѣрно труднымъ, и по этому несправедливымъ, представляется то, что владѣлецъ вещи, если онъ допустить фрукутарію къ пользованію вещь, впредь до рѣшенія процесса о собственности въ ней, долженъ ему кромѣ того доставить еще *cautionem de non prohibendo*; фрукутарій именно здѣсь вѣдь имѣетъ вещь только какъ бы *precario a possessore*. Противъ этого однако можно привести, что фрукутарій долженъ же имѣть какія нибудь особенныя гарантіи въ томъ случаѣ, когда онъ не воспользуется своимъ правомъ иска, чтобы окон-

¹⁾ Мы не можемъ не указать здѣсь на легкомысліе, съ которымъ и Эльверсъ и Гедеманъ принимаютъ безъ всякихъ оговорокъ слово *aufertur*, между тѣмъ какъ это чтеніе весьма спорное и опровергается даже въ новѣйшемъ и лучшемъ изданіи дигестовъ — у Момзена, см. у него стр. 229. Онъ принимаетъ чтеніе *differtur*; этого же держатся Рудорфъ въ приведенномъ мѣстѣ.

чательно гарантировать за собою право, и не пользуется имъ именно съ тѣмъ, чтобы избавить владѣльца вещи отъ втораго процесса, одновременно съ процессомъ о собственности. Но если даже это наше объясненіе не покажется достаточнымъ, то все-таки приведенное возраженіе противъ нашего толкованія fr. 60 cit. исчезаетъ, если принять то расположеніе фрагмента, которое принимаетъ Момзенъ въ своемъ изданіи дигестовъ. Онъ именно полагаетъ, что это мѣсто не написано по первоначальному порядку предложеній; для полученія вѣрнаго смысла его Момзенъ предлагаетъ выставить фрагментъ въ слѣдующемъ видѣ ¹⁾:fructuarius nihilominus in possessione esse debet. Sed si ipsi fructuario quaestio moveatur, interim ususfructus ejus differtur: sed caveri de restituendo eo, quod ex his fructibus percepturus est, vel si satis non detur, ipse frui permittitur satisque ei a possessore cavendum est, quod non sit prohibiturus frui eum, cui ususfructus relictus est, quamdiu de jure suo probet. Хотя конечно при такой конструкціи мѣсто говорить болѣе въ пользу того, что рѣчь идетъ о фруктуаріѣ, уже пользующемся вещію, однако весь вопросъ въ томъ: должно ли предложеніе: „Sed si“ etc. отнести къ случаю, заключающемуся въ предложеніи: „Et ideo“ etc., или же взять его совершенно самостоятельно, безъ связи съ предъидущимъ предложеніемъ. Мы держимся перваго толкованія, и никакъ не можемъ допустить, чтобы, на основаніи этого единственнаго мѣста источниковъ, заключающаго въ себѣ, какъ полагаютъ и извѣстные юристы ²⁾, ненормальный случай, было бы опрокинуто все, что мы вообще знаемъ о доставленіи *durante lite* вещи тому, кто ею фактически обладаетъ въ началѣ процесса.

¹⁾ См. l. c. пр. 3.

²⁾ См. Keller: Der Röm. Civilprocess. Leipz. 1855, § 56 p. 230 выноски 665 i. f.: «so dass auf obige und ähnliche Fragen nur *schiefe* Antwort in einigen Aussagen über *abnorme Fälle* zu finden ist; s. l. 60 § 1 de usufr.

Желаніе приведенныхъ ученыхъ принять на основаніи нашего фрагмента ненормальный случай при *quasi possessio ususfructus*, основывается на томъ, что по вѣрному, какъ мы ниже укажемъ, мнѣнію, при *actio negatoria*, послѣ того, какъ истцомъ будетъ доказано право собственности въ вещи, фруктуарій долженъ доказать законность своего права, такъ что онъ является какъ бы истцомъ; вотъ и спрашиваютъ: какъ же быть истцомъ и вмѣстѣ съ тѣмъ владѣть вещію? ¹⁾. Прежде всего противъ этого слѣдуетъ замѣтить, что фруктуарій въ этомъ случаѣ вовсе не становится истцомъ, а что къ нему только примѣняется тоже правило, какъ и ко всякому возражающему, именно: *in exerciando genus actor fit*. Затѣмъ мы можемъ привести мѣсто, въ которомъ вообще говорится о возражающихъ, и изъ котораго видно, что, даже по приведеніи истцомъ полного доказательства собственности, владѣлецъ вещи (а конечно и *quasi possessor*), обязанъ выдать ее только тогда истцу „*si non objecit aliquam exceptionem*“; *per argumentum e contrario* слѣдовательно онъ не обязанъ къ выдачѣ вещи тогда, когда онъ *objecit aliquam exceptionem*: ²⁾.... *ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non objecit aliquam exceptionem*. А что на фруктуарія возлагается обязанность доказать свое право, вытекаетъ не изъ того, какъ полагаетъ Гедеманъ, что онъ не находится болѣе *in quasi possessione*, но изъ того, что онъ представилъ возраженіе. Для чего же требуется при *actio negatoria* доказательство собственности со стороны

¹⁾ См. напр. Гедемана: p. 118: «*Mithin muss der Quasibesitzer, wenn sein Gegner das Eigenthum an der Sache nachgewiesen, die Sache herausgeben, verliert also den Quasibesitz einstweilen. Da aber nach dem interd. uti possidetis im Fall eines Streites über eine Sache nur derjenige, der als Besitzer anerkannt wird, von dem Beweise frei ist, so muss dem Usufructuar die Beweislast für das Bestehen seines Ususfructus auferlegt werden.*

²⁾ fr. 9 D. de R. V. 6, 1 (Ulp.).

истца? Не съ тою цѣлю, чтобы лишить фруктуаріа владѣнія, но для того, чтобы легитимировать истца какъ лицо, въ отношеніи къ которому фруктуарій долженъ доказать свое право.

Чтобы здѣсь покончить съ затронутымъ вопросомъ, собственно относящимся къ ученію объ а. negatoria, мы опять, какъ сдѣлали выше, выставимъ результатъ, добытый нами, безъ употребленія техническихъ римскихъ выраженій. Вотъ онъ: если я имѣю узупруеть, удерживая вещь, напр. въ качествѣ пожизненнаго владѣльца, а другой оспариваетъ это мое право, то, если онъ даже докажетъ, что онъ хозяинъ вещи, онъ на основаніи этого доказательства еще не можетъ требовать выдачи отъ меня вещи; я остаюсь въ ней, пока доказываю свое право, до тѣхъ поръ, пока судомъ будетъ признана неосновательность моего возраженія. Это основывается на томъ, что собственность, доказанная другимъ, вполне совмѣстима съ моимъ правомъ пожизненнаго владѣнія, и что фактическое удержаніе мною вещи должно же породить предположеніе въ пользу моего утвержденія. По римскимъ началамъ я остаюсь однако въ пользованіи только тогда, когда доставлю хозяину обезпеченіе въ томъ, что выдамъ ему все мною полученное, въ случаѣ, если утверждаемое мною право судомъ будетъ признано несправедливымъ, такъ какъ при всякомъ вещномъ искѣ требуются отъ отвѣтчика подобныя обезпеченія¹⁾.

Вотъ мѣсто, на которомъ основывается, какъ мы сказали, Эльверсъ. При нашемъ толкованіи конечно оно нисколько не можетъ служить въ подтвержденіе его мнѣнія, такъ какъ мы вовсе не принимаемъ здѣсь случая, въ которомъ могла бы быть рѣчь о quasi possessio²⁾. Но и при другомъ толкованіи fr. 60

¹⁾ См. Рудорфъ, I. с. р. 23. Gaj. IV, 91; fr. 8 Dig. jud. solvi 46, 7 (Paulus).

²⁾ Наше мнѣніе, кажется, раздѣляютъ и знаменитѣйшіе романисты: Keller, Puchta, Vangerow, хотя они прямо его не высказываютъ. Hedemann (р. 124) также приходитъ къ этому заключенію: «Упомянутые юристы», говоритъ онъ, «ограничиваются просто при-

сїт. мнѣніе Эльверса ни чуть не подтверждается имъ. Юристъ Павелъ именно, во всякомъ случаѣ, здѣсь признаетъ, что *quasi possessio* даетъ право оставаться въ исправленіи узуфрукта, пока владѣлецъ вещи не докажетъ своего права собственности; далѣе, хотя по общему мнѣнію фрукутарій и долженъ выдать вещь хозяину, но онъ можетъ требовать *cautionem de restituendis fructibus* отъ него, и если тотъ ея не дастъ, то фрукутарій сохраняетъ *quasi possessionem* въ теченіе всего процесса. Это уже достаточныя данныя для того, чтобы принять на основаніи fr. 60 сїт. мнѣніе противное Эльверсу, а именно, что юристъ Павелъ признаетъ *quasi possessionem*.

Не останавливаясь долѣе на разборѣ отдѣльныхъ доводовъ Эльверса (чтобы ихъ разобрать вполне, нужно бы было написать цѣлую книгу, а этого они не стоятъ), мы укажемъ на ту коренную ошибку, изъ которой вытекаетъ весь ложный его взглядъ. Она заключается въ томъ, что Эльверсъ не признаетъ, чтобы въ *interdicta possessoria* заключалась сущность юридическаго владѣнія ¹⁾. Онъ именно допускаетъ, что всѣ римскіе юристы знали примѣненіе этихъ интердиктовъ къ сервитутамъ; но такъ какъ нѣкоторые изъ этихъ юристовъ не принимали передачи (*traditio*) сервитутовъ и т. п., то Эльверсъ и полагаетъ, что они не признавали *quasi possessionem*. Противъ этого мнѣнія Гедеманъ ²⁾

веденіемъ того, что *interd. uti possidetis* дается и для защиты *quasi possessionis* при личныхъ сервитутахъ. Относительно всѣхъ ихъ должно принять, что они того мнѣнія, что *quasi possessor* личнаго сервитута можетъ удержаться въ обладаніи вещію въ теченіе всего процесса, и противъ признаннаго или доказаннаго хозяина». Это и есть, по нашему мнѣнію, единственно вѣрный взглядъ на этотъ предметъ.

¹⁾ *Elv. l. c. p. 655.*

²⁾ *l. c. p. 106.* Надобно замѣтить, что многіе юристы допускаютъ, что защита, доставляемая интердиктами въ отношеніи къ *res incorporeales*, не предполагаетъ *quasi possessionem*, что слѣдова-

справедливо замѣчаетъ, что „quasi possessio по существу своему возникло въ тотъ моментъ, когда исправленіе, фактическое осуществленіе, какого нибудь права стало защищаться интердиктомъ“. Дальнѣйшее развитіе и разработка этого института, напр. примѣненіе его къ quasi traditio и т. п., конечно шло постепенно, согласно съ потребностями практической жизни. Наконецъ для опроверженія Эльверса укажемъ еще на то, какъ онъ самъ ¹⁾ объясняетъ причины того, что quasi possessio такъ поздно только получило общее признаніе. Замѣчая, что медленность юридическаго развитія въ этомъ вопросѣ должна казаться странною, тѣмъ болѣе, что, по поводу близкаго родства между собственностію и сервитутами, аналогія истиннаго владѣнія должна была вліять сильно на развитіе понятія quasi possessionis,

тельно не во всѣхъ случаяхъ, въ которыхъ первая имѣетъ мѣсто, изъ этого обстоятельства можно сдѣлать выводъ о существованіи втораго. См. кромѣ Эльверса, напр. Schirmer: Bearbeitung der Verjährungslehre v. Unterholzner p. 175 пр., Rosshirt: Zu der Lehre vom Besitz und insbesondere von der quasi possessio Archiv f. d. civ. Prag. Bd. VIII p. 45. Въ виду же такого мнѣнія мы спросимъ: что же защищается интердиктами при сервитутахъ? Намъ отвѣтить: фактическое осуществленіе власти. Съ этимъ мы вполнѣ согласны, но фактическое осуществленіе власти, составляющей содержаніе сервитута (когда она законная), мы именно и называемъ quasi possessio juris. Если бы подобное осуществленіе власти и не имѣло никакихъ другихъ послѣдствій, кромѣ защиты его, то, по аналогіи съ vera или corporis possessio, и этого одного послѣдствія было бы достаточно для того, чтобы признать quasi possessionem. См. Muther: Die Ersitzung der Servituten § 36 i. f. p. 44: «wenn nun von einem Quasibesitz die Rede ist, so kann seiner nur als eines rechtlichen Instituts gedacht werden, also eines Instituts, welches rechtlichen Schutz genießt». Съ интердиктами должно было явиться вообще понятіе о томъ, что фактическое пользованіе сервитутopodobною властію составляетъ особенный факторъ въ юридической жизни.

¹⁾ l. c. p. 673.

Эльверсъ говорить, что *отчасти это объясняется и недостаткомъ языка*, ибо не доставало слова, которымъ можно бы было обозначить предметъ владѣнія, если этотъ объеетъ состоялъ только въ отдѣльномъ качествѣ вещи. Поэтому нужно было говорить о „*possessio*“ или, что еще страннѣе, объ „*usus*“ сервитута. Затѣмъ Эльверсъ буквально продолжаетъ такъ: „Тотъ, кто не вполне сознавалъ это (т. е. что такія выраженія вызваны только пробѣломъ въ терминологіи), легко могъ придумываться, когда говорили о владѣніи вещами, которыя въ большей части случаевъ, въ которыхъ вопросъ о владѣніи дѣлался практичнымъ, вовсе еще не существовали, или которыхъ существованіе, по крайней мѣрѣ, еще не было доказано; такимъ образомъ требовалось болѣе развитыхъ юридическихъ взглядовъ (*eine geläuterte Rechtsauffassung*) для того, чтобы сѣмбли отдѣлить сущность этого института отъ названія, которое сдѣлалось для него необходимымъ“.

Прочитавъ слова „отчасти это объясняется“ и т. д., мы ожидали найти затѣмъ болѣе серьезныя основанія у Эльверса; однако мы ихъ не нашли. Тотчасъ послѣ выписанныхъ нами словъ онъ оставляетъ исторію *quasi possessionis* и переходитъ къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ признаковъ и т. д. его. И такъ Эльверсъ приписываетъ римскимъ классическимъ юристамъ: Павлу, Помпонію и т. п., такую несообразность, что, по недостатку слова, которымъ можно бы было обозначить фактическое пользованіе правомъ, они не могли постигнуть и самаго понятія и сущности института?! Всякому, хотя немного знакомому съ источниками, извѣстно, что римскіе юристы нисколько не озабочивались названіями, опредѣленіями и т. п., что напр. для нихъ ничего не значило дать какому нибудь понятію совершенно несоотвѣтствующее опредѣленіе. Ссылаясь на Савиньи¹⁾, Эльверсъ

¹⁾ Savigny-Recht d. Besitzes § 12. См. въ VII изд. p. 193: «Die Römischen Juristen haben das alles sehr deutlich gedacht».

вполнѣ разрушаетъ свое разсужденіе. Дѣйствительно Савиньи совершенно справедливо замѣчаетъ, что собственно нельзя найти названія для этого владѣнія безтѣлесными вещами. Но при этомъ онъ говоритъ: *ex mensuris romanorum iuristorum esse hoc representatum esse videtur*, т. е. что *выраженіе* possessio здѣсь неточное (ein uneigentlicher Ausdruck), и что этимъ выраженіемъ должно быть обозначено ничто иное, какъ *осуществленіе iuris in re*, которое къ самому *jus in re* находится въ такомъ же отношеніи, въ какомъ находится *corporis possessio* къ собственности.

Все вышесказанное достаточно ясно указываетъ на то, что quasi possessio ususfructus защищается интердиктами, на основаніи которыхъ фруктуарій, не прибѣгая къ вещному иску, actio confessoria, можетъ защищаться противъ всякихъ насилій и удалять всѣ препятствія, которыя стали бы въ противорѣчіе съ его пользованіемъ, если только онъ пользуется вещію *pacis, pacis clam, pacis precario ab adversario*. О значеніи quasi possessionis въ отношеніи къ приобрѣтательной давности сервитутовъ и къ *onus probandi*, въ процессѣ о сервитутахъ, мы поговоримъ въ соответствующихъ отдѣлахъ. Здѣсь же, чтобы окончить ученіе quasi possessionis самого по себѣ (разсмотрѣніе его по нашему мнѣнію именно должно имѣть мѣсто здѣсь, а не въ отдѣлѣ о приобрѣтательной давности сервитутовъ, гдѣ помѣщаютъ его другіе юристы), мы скажемъ о приобрѣтеніи и прекращеніи этого владѣнія ¹⁾.

Такъ какъ въ нашихъ источникахъ чрезвычайно мало указаній объ этомъ вопросѣ, то, какъ вѣрно замѣчаетъ Эльверсъ, мы должны при разсмотрѣніи его дать большой просторъ аналогіи *corporis possessionis*. Прежде всего и при quasi possessio

¹⁾ См. Savigny, *Recht. d. Besitzes* § 45, Elvers *l. c.* p. 674, sqq.; Hedemann *l. c.* p. 119. Schoenemann *l. c.* § 44. Крамс этого вопроса не затрагиваетъ.

мы должны различать два момента приобрѣтенія владѣнія: *corpis* и *animus*, причѣмъ *corpis* и здѣсь обозначаетъ физическое, тѣлесное господство, а *animus* — желаніе, волю, направленную на полученіе и осуществленіе самостоятельнаго господства надъ вещью.

Такъ какъ *usufructus* соединенъ съ *detentio* вещи, то *corpore* приобрѣтается *quasi possessio ususfructus* передачею вещи *фруктуарію* или вводимъ его во владѣніе недвижимымъ имѣніемъ, со стороны хозяина, или же тѣмъ, что хозяинъ не мѣшаетъ завладѣнію вещью со стороны *фруктуарія*¹⁾. Но при этомъ, какъ при всякомъ другомъ приобрѣтеніи владѣнія, хотя не требуется внѣшняго акта, дѣйствія *apprehensionis*, въ особенности если владѣніе устанавливается *per traditionem* и подобными способами, но все-таки необходимо, чтобы съ самаго начала установленіе фактическаго господства проявлялось въ какомъ нибудь внѣшнемъ фактѣ, который не только сдѣлалъ бы возможнымъ господство, но который бы вмѣстѣ съ тѣмъ свидѣтельствовалъ о волѣ и желаніи приобрѣтателя владѣть правомъ. Поэтому, по правилу по крайней мѣрѣ, необходимо будетъ со стороны *фруктуарія* какое нибудь дѣйствіе относительно вещи, указывающее не его намѣреніе, обладать вещью *nomine ususfructus*.

И второй элементъ, необходимый для приобрѣтенія *quasi possessionis*, т. е. *animus*, не отличается по качеству, квалитативно, отъ того *animus*, который требуется для приобрѣтенія *corporeis possessionis* т. е. тамъ и здѣсь приобрѣтатель желаетъ осуществлять власть *suo proprio nomine*; различіе только количественное, такъ какъ желаніе приобрѣтателя здѣсь ограничивается *частичнымъ* господствомъ: при приобрѣтеніи *corporeis possessionis* требуется *animus rem sibi habendi*, при *quasi pos-*

¹⁾ fr. 3 pr. Dig. de usufr. (Gajus): *Omnium praediorum potest constitui ususfructus, ut heres jubeatur dare alicui usumfructum: dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium, eumque patiatur uti frui.*

sesio, въ примѣненіи къ узуфрукту — *animus usum et fructum rei sibi habendi*.

Для *сохраненія* и *продолженія* *quasi possessionis* и здѣсь не требуется, чтобы постоянно были предпринимаемы соотвѣтствующія *пріобрѣтенію дѣйствія*; достаточно, чтобы продолжалась *возможность вліять всякое время на вещь* и осуществлять свое господство противъ всякаго. Поэтому для продолженія *quasi possessionis* не необходимо, чтобы фруктуарій дѣйствительно пользовался вещью и извлекалъ изъ нея плоды, такъ что тотъ, кто, по мнимоу узуфрукту, занялъ напр. землю, а потомъ оставилъ ее нѣсколько лѣтъ необработанною, все-таки находится *in quasi possessione* относительно этой земли. Конечно, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, изъ оставленія земли необработанною, можно будетъ вывести заключеніе, что *quasi possessor* пожелалъ оставить, бросить свое владѣніе, однако тогда потеря *quasi possessionis* можетъ считаться только съ того момента, когда была покинута *detentio rei*, а нельзя будетъ разсматривать владѣніе потеряннымъ съ момента совершенія послѣдняго дѣйствія, въ которомъ выражалось пользованіе *quasi possessor*. Поэтому Гедеманъ ¹⁾ справедливо замѣчаетъ противъ Савиньи ²⁾, что тотъ случай, который выставляется этимъ извѣстнымъ юристомъ какъ особенный способъ прекращенія *quasi possessionis*, кромѣ и возлѣ наступившей невозможности возстановлять по желанію свое господство надъ вещью, не относится вовсе сюда, да и врядъ когда-либо можетъ проявиться на практикѣ, не говоря уже о томъ, что онъ основывается на невѣрномъ выводѣ.

Савиньи именно говорить: „такъ какъ черезъ простой *non usus*, по истеченіи извѣстнаго времени, теряется самый *сервитутъ*, то во все промежуточное время владѣніе должно было быть потеряно, хотя воспроизведеніе (*Reproduc-*

¹⁾ I. c. p. 120 sqq.

²⁾ I. c. p. 474.

tion) господства надъ вещью, во все это время могло быть возможнымъ. Съ другой же стороны нельзя утверждать, чтобы всякое, даже самое краткое, непользованіе дѣйствительно лишило фруктуарія владѣнія, такъ какъ въ противномъ случаѣ не было бы никакой границы, и не было бы возможно ни поддерживать и продолжать владѣніе, ниже въ особенности исполнить приобрѣтательную давность. Поэтому только остается принять, что, въ теченіе простаго пользованія (безъ чужаго завладѣнія), владѣніе находится *in suspensa* (въ сомнительномъ состояніи), и что только изъ послѣдующихъ событій, а именно: или изъ возобновленія пользованія фруктуаріемъ съ одной стороны, или же изъ истеченія всего срока (положеннаго для потери права *per non usum*) съ другой стороны, окажется, существовало ли владѣніе въ теченіе всего времени, или нѣтъ. По поводу же этой предварительной сомнительности именно этотъ способъ потери владѣнія не имѣетъ никакого вліянія на interdикты“.

Разсматривая приведенное мѣсто Савиньи, мы прежде всего замѣтимъ, что оно основывается на невѣрномъ выводѣ, который заключается въ подчеркнутыхъ словахъ его. Изъ того именно, что сервитутъ уничтожается *per non usum*, вовсе еще *не вытекаетъ*, чтобы владѣніе въ теченіе всего этого времени, должно было считаться *несуществовавшимъ* ¹⁾. Напротивъ того, *non usus* предполагаетъ возможность *uti* со стороны того, кто не пользуется, что видно изъ того, что *узифруктъ per non usum* прекращается и тогда, когда фруктуарій насильственно былъ лишенъ узифрукта, слѣдовательно *per interdictum de vi* могъ получить обратно пользованіе, но не воспользовался этимъ правомъ. Вообще *non usus*, какъ мы увидимъ подробнѣе, когда будемъ говорить ниже о немъ спеціально, основывается на пред-

¹⁾ Никто не станетъ сомнѣваться, что можно *possidere*, но при этомъ *non uti*.

положеніи, что фруктуарій не нуждается въ пользованіи, и другіе мотивы, по которымъ была введена погасительная давность, тутъ не имѣютъ значенія. Притомъ, какъ замѣчаетъ Гедеманъ ¹⁾, положеніе, что *право сервитута прекращается per pop usum*, вовсе не относится сюда, гдѣ мы разсматриваемъ именно *только юридическія послѣдствія фактическаго осуществленія узурфрукта*. Поэтому тотъ, кто имѣетъ вещь *ususfructus nomine*, остается *quasi possessor* и защищается какъ таковой, хотя бы его *право узурфрукта* уже прекратилось *per pop usum*, между тѣмъ какъ наоборотъ тотъ, кому исполнѣ принадлежитъ законное право личнаго сервитута, только тогда находится *in quasi possessione*, когда онъ обладаетъ вещью согласно съ требованіями интердиктовъ. Впрочемъ Савиньи самъ уничтожаетъ практичность своихъ выводовъ, замѣчая, что этотъ способъ потери владѣнія не имѣетъ вліянія на интердикты.

Далѣе замѣтимъ, что *quasi possessio*, подобно обыкновенному владѣнію, *можетъ быть приобретаемо и сохраняемо чрезъ представителей*. Особенность же тутъ заключается — какъ мы увидимъ подробнѣе ниже, когда будемъ говорить о правѣ фруктуарія отчуждать принадлежащую ему власть надъ вещью — въ томъ, что, по неотчуждаемости права узурфрукта, даже продажа, дареніе его и т. д., не имѣютъ инаго значенія, чѣмъ отдача вещи въ наемное содержаніе, такъ что ²⁾ во всѣхъ случаяхъ, при которыхъ *conrogis possessio* переносится на приобретателя собственности въ вещи (напр. при продажѣ), *quasi possessio ususfructus* остается за самимъ фруктуаріемъ, и не приобретается тѣмъ, на кого перенесено осуществленіе узурфрукта. Если же Савиньи (р. 476 прим. 1 i. f.) находитъ, что въ *fr. 12 § 2 Dig. de usufr.* продолженіе владѣнія является, хотя ковенно, необходимымъ для поддержанія самого права узурфрук-

¹⁾ l. c. p. 121.

²⁾ Sav. l. c. p. 476.

та, то онъ, по нашему мнѣнію, опять ошибается: здѣсь идетъ рѣчь не о сохраненіи владѣнія только, но о *пользованіи*, которое необходимо для сохраненія права узупфрукта: *et qui locat, utitur; et qui vendit, utitur*. Только въ томъ случаѣ, когда фруитуарій уступаетъ осуществленіе своего права хозяину вещи, имѣются нѣкоторыя особенности, которыя мы удобнѣе рассмотримъ ниже.

Наконецъ, какъ мы уже видѣли при разсмотрѣніи вопроса о продолженіи и сохраненіи владѣнія узупфруктомъ, *quasi possessio претращается* точно такимъ же образомъ, какъ *corpore possessio* — *corpore et animo in contrarium actis*, слѣдовательно уничтоженіемъ возможности детинировать вещь, или выраженнымъ фруитуаріемъ желаніемъ не обладать ею болѣе *nomine ususfructus*.

Мы считаемъ, что теперь съ достаточною полнотою разсмотрѣли вопросъ о *quasi possessio* на столько, на сколько онъ касается защиты фруитуарія въ удержаніи вещи, составляющей предметъ его права, и обладанія ею (*detentio*). О примѣненіи изложенныхъ началъ въ другихъ ученіяхъ, а именно въ ученіи объ искахъ, даваемыхъ по поводу узупфрукта, о пріобрѣтательной давности и т. д., мы будемъ говорить въ своемъ мѣстѣ.

Собственно теперь еще слѣдовало бы разсмотрѣть вопросъ: отчего фруитуарію, котораго право пользованія столь обширное, не приписывается римскимъ правомъ то, что мы называемъ нынѣ, по примѣру Савиньи, производнымъ владѣніемъ (*abgeleiteter Besitz*) въ самой вещи, между тѣмъ какъ мы въ отношеніи къ другимъ детентамъ: кредитору по залогу, секвестру, эмфитевту и отчасти прекаристу, встрѣчаемъ такое владѣніе; или, другими словами, отчего при узупфруктѣ за хозяиномъ сохраняются юридическое владѣніе и интердикты, а при другихъ названныхъ отношеніяхъ нѣтъ? На разсмотрѣніи же этого вопроса мы не останавливаемся по слѣдующимъ причинамъ: такъ называемое производное владѣніе является ненормальнымъ, исклю-

чительнымъ случаемъ, потому что при немъ, по принципу: *possessio duorum in solidum esse non potest*, вслѣдствіе доставленія детентору положенія юридическаго владѣльца (*quoad interdicta*), истинный юридическій владѣлецъ, т. е. хозяинъ, *мѣшается* искусственно юридическаго владѣнія въ своей вещи ¹⁾; это владѣніе искусственно приписывается детентору. Поэтому при ненормальныхъ именно случаяхъ слѣдуетъ разсмотрѣть, почему при нихъ не удовольствовались принятіемъ *quasi possessio*; это же сдѣлалъ вполнѣ Савинья ²⁾.

Изъ всего вышесказаннаго выходитъ, что фруктуарій, который для осуществленія своего права долженъ имѣть въ рукахъ объектъ узуфрукта, вводится во владѣніе вещь, при чемъ онъ получаетъ естественное владѣніе самою вещь, и поэтому *quoad rem* является представителемъ хозяина или юридическаго владѣльца вещи (который поэтому узукапируетъ вещь при посредствѣ фруктуарія и т. д.); а *quoad usumfructum* онъ получаетъ *juris quasi possessionem*. Изъ этого слѣдуетъ, что хозяинъ вещи, передавъ ее разъ фруктуарію для пользованія, уже самъ болѣе не можетъ физически вліять на эту вещь (если только конечно мы имѣемъ дѣло съ нормальнымъ узуфруктомъ). Всякое дѣйствіе хозяина относительно вещи будетъ, если оно

¹⁾ Вотъ почему невѣрно, когда Эльверсъ р. 670, говоря о юристахъ, допускавшихъ интердикты для защиты узуфрукта, но не признававшихъ, по его мнѣнію, *quasi possessionem*, прибавляетъ, что, говоря нашею терминологіею, эти юристы приписывали фруктуарію *производное* владѣніе. Никто изъ юристовъ, конечно, никогда не сомнѣвался въ томъ, что хозяинъ вещи сохраняетъ *durante usufructu corporis possessionem* и интердикты. А отличительная черта производнаго владѣнія и заключается въ сказанномъ въ текстѣ. Относительно узуфрукта, такимъ образомъ, только и могла быть альтернатива: или не признавать никакого владѣнія за фруктуаріемъ, или же признать *quasi possessionem juris*.

²⁾ См. напр. § 9 р. 133 и др.

было предпринято безъ согласія фруктуарія, оспариваніемъ и на-
рушеніемъ правъ послѣдняго, который вслѣдствіе этого получить
возможность вчинанія *interdicta possessoria*, въ качествѣ *inter-*
dicta utilia, противъ хозяина. Только въ одномъ отношеніи рим-
ское право устанавливаетъ исключеніе; этотъ исключительный случай
мы находимъ въ одномъ фрагментѣ юриста Помпонія ¹⁾. Здѣсь
именно дозволяется хозяину вещи, „*etiam invito usufructuario*“
охранять вещь, находящуюся *in usufructu*, чрезъ сторожа (*saltua-*
rius vel insularius). Были юристы, которые полагали, что вслѣд-
ствіе лежащей на фруктуаріѣ по закону обязанности — стеречь и
охранять вещь ²⁾, онъ не только долженъ допускать въ имѣніе
такого сторожа, но даже обязанъ содержать его на свой счетъ.
Если съ послѣднимъ требованіемъ и нельзя согласиться, такъ
какъ, изъ общей обязанности сохраненія и стерженія вещи,
никакимъ образомъ нельзя вывести, чтобы это охраненіе долж-
но было происходить при посредствѣ именно стража, приста-
вленного къ вещи хозяиномъ ея, однако того, что фруктуарій
долженъ допустить въ имѣніе сторожа хозяина, при ясности
закона нельзя отрицать. И это право хозяина, намъ кажется,
вовсе не столь изумительно и непослѣдовательно, какимъ
оно представляется Эльверсу ³⁾. Этотъ писатель, основываясь
на томъ, что *detentio* и *quasi possessio* фруктуарія исключаютъ
всякое вліяніе хозяина на вещь (*jede Einwirkung des Proprie-*
tars auf den Körper der Sache), утверждаетъ, что ни самъ
хозяинъ, ни его люди, ни подъ какимъ предлогомъ, не могутъ
войти въ имѣніе, подлежащее узуфрукту, не подвергаясь послѣд-
ствіямъ интердиктовъ, которые можетъ вчинять противъ нихъ
фруктуарій. Съ высказаннымъ въ такомъ видѣ мнѣніемъ нельзя

¹⁾ fr. 16 § 1 Dig. de usu et habit. 7, 8.

²⁾ Paul. i. fr. 2 Dig. usufruct. quemadm. cav. 7, 9: nam fructua-
rius custodiam praestare debet.

³⁾ l. c. p. 456 пр. d.

согласиться потому, что Эльверсъ придаетъ ему слишкомъ обширное значеніе. *Отношенія между хозяиномъ и фруктуаріемъ* вообще не могутъ быть *разсматриваемы* ex strictissimo jure, изъ котораго, очевидно, выходитъ мнѣніе Эльверса; *эти отношенія все основываются на aequitas*, и притомъ въ самомъ обширномъ смыслѣ этого слова.

Мы увидимъ при подробномъ разсмотрѣніи права фруктуарія на пользованіе, какъ много въ отношеніяхъ его къ хозяину предоставлено усмотрѣнію судьи или экспертовъ, какъ въ сущности, при всякомъ спорѣ, разбирательство должно держаться того неопредѣленнаго въ юридическомъ отношеніи начала, что оба лица (хозяинъ и фруктуарій) должны дѣйствовать *boni viri arbitrato*, что слѣдовательно все разбирательство основывается исключительно на *aequitas*. Кромѣ этого общаго соображенія, мы можемъ привести противъ Эльверса и извѣстныя мѣста изъ нашихъ источниковъ, напр. тѣ мѣста, въ которыхъ говорится, что хозяинъ не можетъ мѣшать дѣйствіямъ фруктуарія, которыми не дѣлается худшимъ положеніе хозяина ¹⁾; далѣе то мѣсто, гдѣ говорится, что хозяинъ не долженъ поставить фруктуарія въ худшее положеніе ²⁾ (а очевидно содержаніемъ сторожа въ имѣніи онъ нисколько не ухудшаетъ положенія фруктуарія, если тотъ только пользуется своими правами и добросовѣстно исполняетъ свои обязанности). Сюда же относится запрещеніе хозяину извѣстныхъ дѣйствій относительно вещи ³⁾. Изъ всего этого можно заключить, что общій принципъ не тотъ, чтобы хозяинъ долженъ былъ воздержаться безусловно отъ всякаго

¹⁾ Ulp. fr. 13 pr. Dig. 7, 1: *proprietatis dominus securus esse debet de proprietate* и Ulp. fr. 15 § 6 eod: *Proprietatis dominus non debet impedire fructuarium ita utentem, ne deterioorem ejus conditionem faciat.*

²⁾ Ulp. fr. 17 § 1 Dig. eod. *ne deterioorem conditionem fructuarii faciat proprietarius.*

³⁾ Ulp. и Labeo i. fr. 7 § 1 Dig. eod., fr. 15 § 7 i. f. eod.

вліянія на вещь, напр. не входитъ вовсе въ имѣніе и т. д., но тотъ, чтобы онъ не присвоивалъ себѣ самому тѣхъ правъ, которыя выдѣлены фруктуарію, т. е. не пользовался вещью и не извлекалъ изъ нея плодовъ, а также не мѣшалъ бы фруктуарію въ пользованіи и плодоизвлеченіи. Дѣйствительно, какимъ же образомъ объяснить, что хозяину въ приведенныхъ мѣстахъ нарочно запрещается поднимать домъ, находящійся *in usufructu*, строить домъ на пустопорожномъ мѣстѣ и т. п., если ему вообще воспрещенъ входъ въ имѣніе?

Въ пользу нашего мнѣнія служитъ еще то, что хозяинъ имѣнія, и *durante usufructu*, можетъ вчинять иски противъ фруктуарія, въ случаѣ противозаконныхъ дѣйствій его, какъ мы это увидимъ ниже подробнѣе (въ ученіи объ обезпеченіи, которое долженъ представить фруктуарій — *cautio usufructuaria*). Еслибы хозяину былъ запрещенъ вообще входъ въ имѣніе, то конечно для него было бы сопряжено съ большими затрудненіями узнать о такихъ дѣйствіяхъ фруктуарія, съ тѣмъ, чтобы во время воспользоваться *actione ex stipulatu* (изъ *cautio*). Наконецъ мы имѣемъ прямыя указанія на то, что хозяину дозволяется входъ: *Ulp. fr. 17 § 1 Dig. h. t. 7, 1* говоритъ, что, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, хозяинъ можетъ изъять изъ частнаго обращенія часть *agri fructuarii*, съ тѣмъ, чтобы обратиться въ *locus religiosus* „*quum non esset tam opportune, ubi (mortuus) sepeliretur*“. Въ одномъ же мѣстѣ даже вмѣняется хозяину въ обязанность вѣзжать въ *fundus fructuarius*, чтобы именно вывозить изъ него отломанныя вѣтромъ деревья¹⁾.

Нѣкоторые ученые²⁾ находятъ опроверженіе того мнѣнія, которое мы только что защищали, въ словахъ юриста Павла

¹⁾ Pomponius: fr. 19 § 1 Dig. de usufr. 7, 1: Si arbores vento dejectas dominus non tollat, per quod incommodius sit ususfructus vel iter, suis actionibus usufructuario cum eo experiendum.

²⁾ См. Brinz Lehrb. d. Pand. I Abth. p. 266.

vo fr. 15 § 1 Dig. de usu 7, 8:is, cui usus fundi legatus est, quominus dominus agri colendi causa ibi versetur, prohibere non potest: alioquin et frui dominum prohibebit. Изъ этого выводятъ, что, такъ какъ фрукутарій, въ противоположность узуарію, можетъ запрещать хозяину frui, ибо весь fructus принадлежитъ ему, фрукутарію, то къ нему непримѣнимъ поводъ, который выставляется юристомъ Павломъ относительно узуарія, который долженъ допускать хозяина въ имѣніе; такъ что usufructuarius, quominus dominus ... ibi versetur, prohibere potest. При ближайшемъ разсмотрѣніи однако доводъ, почерпаемый противниками изъ fr. 15 § 1 cit., оказывается недостаточнымъ. Не говоря именно уже о шаткости выводовъ, дѣлаемыхъ per argumentum e contrariis, на тотъ случай, когда имъ противостоятъ изрѣченія источниковъ, въ родѣ тѣхъ, которыя мы привели выше, мы укажемъ только на непростительную ошибку, которую сдѣлалъ здѣсь Бринцъ, не обративъ достаточнаго вниманія на слова: „agri colendi causa“. Конечно то, чтобы хозяинъ in fundo versetur *agri colendi causa*, можетъ запретить фрукутарій; но съ гораздо болѣею вѣроятностію, нежели имѣть выводъ Бринца, мы, per argumentum e contrariis, можемъ вывести изъ приведеннаго мѣста то, что хозяинъ можетъ входить въ имѣніе, если именно онъ это дѣлаетъ не для упомянутой цѣли.

Эльверсъ, въ подтвержденіе своего мнѣнія, приводитъ еще аналогію движимыхъ вещей; хозяинъ, какъ полагаетъ этотъ ученый, durante usufructu, не имѣетъ никакого права и средства требовать отъ фрукутарія ихъ предъявленія, такъ что онъ не можетъ убѣдиться въ томъ, дѣйствуетъ ли фрукутарій согласно со своими обязанностями, или нѣтъ. Въ виду этого, мы прежде всего замѣтимъ, что cautio fructuaria должна быть представлена при узуфруктѣ движимыхъ вещей точно также, какъ при пользованіи недвижимыми вещами, слѣдовательно и при движимыхъ хозяинъ долженъ имѣть возможность вчинить actionem ex

stipulatu durante usufructu. Но какъ же, если фруктуарій не предъявить вещи хозяину? Неужели вѣрно мнѣніе Эльверса, что у хозяина нѣтъ никакого средства принудить фруктуарія къ этому? Это мнѣніе совершенно невѣрно, и мы положительно не понимаемъ, какъ могъ Эльверсъ высказать его, не обративъ никакого вниманія на цѣлѣый титулъ дигестовъ: *ad exhibendum* ¹⁾. Если именно мы рассмотримъ условія *actionis ad exhibendum*, иска, введеннаго специально для того, чтобы лица, имѣющія интересъ въ предъявленіи вещи, или въ томъ, чтобы ихъ допускали къ разсмотрѣнію вещи, могли требовать этого ²⁾, то мы убѣдимся, что случай, упомянутый Эльверсомъ, совершенно подходитъ подъ эти условія. Уже fr. 2 D. h. t. (Paul.) именно указываетъ, что во всѣхъ случаяхъ, гдѣ этого требуетъ интересъ истца, вещь ему должна быть предъявлена: *Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia*; далѣе fr. 19 eod. (Paul.): *ad exhibendum possunt agere omnes, quorum interest*, и Gaj. fr. 13 eod.: *haec actio ei creditur, competere, cujus pecuniariter interest*. Ульпіанъ въ fr. 3 § 5 eod. говоритъ: *sed et si quis interdicturus rem exhiberi desideret, audietur*, т. е. если кто-либо, съ цѣлію запрещенія чего нибудь, желаетъ, чтобы ему была предъявлена вещь, искъ его долженъ быть принятъ. И въ отношеніи къ отвѣтчику *actio ad exhibendum* совершенно подходитъ къ нашему случаю; см. fr. 3 § 15 и fr. 14 eod.: *sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni*. Такая общая обязанность предъявленія вещей тѣмъ менѣе представляла затрудненій, что издержки по предъявленію падали вообще на истца ³⁾. Мы въ источникахъ даже находимъ нарочное указаніе, что хозяинъ

¹⁾ Dig. X, 4.

²⁾ См. Pompon. i. fr. 246 de V. S. 50, 16: *Exhibet qui praestat ejus, de quo agitur, praesentiam*.

³⁾ Ulp. fr. 11 § 1 Dig. h. t. 10, 4.

можетъ искать *ad exhibendum* противъ фруктуаріа: fr. 5 § 1 Dig. h. t. 10, 4: Julianus scribit, *ad exhibendum actione teneri eum qui ususfructus nomine rem teneat*. Inde Julianus quaerit, quatenus hunc oporteat exhibere? Et ait sic, *ut actor rem possideat, is, cum quo agetur, utatur fruatur*, т. е. чтобы истецъ, именно хозяинъ, владѣль и осуществлялъ свою власть надъ вещью, а фруктуарій пользовался. А въ чемъ же осуществляетъ хозяинъ эту свою власть, *durante usufructu*? Конечно въ томъ, что онъ наблюдаетъ за своими интересами, требуетъ предъявленія себѣ вещи для этой цѣли, и т. д. Конечно здѣсь, какъ при всякомъ случаѣ вчинанія *actionis ad exhibendum*, судья можетъ отказать въ искѣ, если онъ замѣтитъ, что мотивы, побудившіе хозяина къ вчинанію иска, неосновательны, что онъ это дѣлаетъ напр. только *ex malitia*¹⁾; но чтобы вообще можно было сомнѣваться въ правѣ хозяина требовать предъявленія находящейся *in usufructu* вещи, этого мы, въ виду приведенныхъ ясныхъ изрѣченій источниковъ, совершенно не понимаемъ.

И такъ окончательный нашъ выводъ слѣдующій: такъ какъ, по римскимъ взглядамъ, лишить хозяина возможности заботиться о своихъ интересахъ, противорѣчитъ *aequitati*, то римляне даютъ хозяину вещи возможность наблюдать за тѣмъ, какъ обращается съ нею фруктуарій, причѣмъ представляется дѣломъ судьи, не допускать хозяина къ такимъ дѣйствіямъ, которыми онъ, подъ предлогомъ наблюденія, мѣшалъ бы фруктуарію въ согласномъ съ закономъ пользованіи вещью и извлеченіи изъ нея всевозможныхъ выгодъ. Вотъ въ какихъ словахъ Бринцъ²⁾ отзывается объ отношеніи хозяина къ вещи, отданной въ узу-

¹⁾ fr. 3 § 11 eod.: *Eleganter igitur definit Neratius, iudicem ad exhibendum hactenus cognoscere, an justam et probabilem causam habeat actionis.*

²⁾ *Lehrb. d. Pand. I Abth. p. 267.*

фруктъ: „Alle jene Befugniss und Macht des Usufructuars ist dem Eigenthum abgezogen (nuda proprietas); nur da und dort (fr. 16 § 1 Dig. de usu 7, 8), nur dann und wann (fr. 7 § 2 Dig. de usufr. 7, 1) und *nur zur Hut, nicht zum Genusse* seines Eigenthums, fällt noch eine Befugniss für letzteres ab“.

И такъ *результатъ настоящаго отдѣла* мы можемъ выставить такъ: фрукуарій получаетъ detentionem rei fructuariae; въ этомъ фактическомъ обладаніи вещь онъ защищается на основаніи quasi possessionis интердиктами, посредствомъ которыхъ онъ можетъ отстранить всякое измѣненіе фактическаго состоянія и возстановить его въ случаѣ нарушенія; эта защита фрукуарія продолжается до тѣхъ поръ, пока не окажется, что мнимый фрукуарій не можетъ доказать своего права на вещь. Хозяинъ же сохраняетъ право вліять на вещь на столько, на сколько такое вліяніе требуется интересомъ, который онъ имѣетъ относительно сбереженія и сохраненія вещи, но конечно съ тѣмъ условіемъ, чтобы вліяніе его не затрогивало правъ фрукуарія ¹⁾).

Отдѣлъ II. — О правѣ пользованія фрукуарія.

При опредѣленіи понятія узуфрукта мы уже указали на то, что сущность правъ фрукуарія состоитъ in utendo et fruendo, съ тѣмъ только, чтобы онъ при осуществленіи этихъ правъ не переходилъ за извѣстные предѣлы, опредѣленные закономъ, т. е. пользовался secundum conditionem rei и salva rei substantia, ограниченія, которыя оказываются необходимыми для защиты интересовъ хозяина вещи. Если поэтому узуфруктъ установленъ въ вещи, приносящей естественные плоды, доста-

¹⁾ О разсматриваемомъ Эльверсомъ на соответствующемъ мѣстѣ вопросъ касательно того, имѣетъ ли хозяинъ право *запрещать* фрукуарію какія-либо дѣйствія (jus prohibendi), мы скажемъ ниже.

вляющей вообще естественныя произведенія, то фруктуарій, по общему правилу может присвоивать себѣ эти произведенія, пользуясь притомъ и самою вещью, независимо отъ ея произведеній; вещами же, которыя служатъ только непосредственно, сами по себѣ, для нашихъ цѣлей, не доставляя намъ другихъ вещей, именно естественныхъ произведеній, „res, quae usui, non fructui sunt“¹⁾, фруктуарій можетъ пользоваться для всѣхъ цѣлей, достиженіе которыхъ возможно при ихъ посредствѣ, но конечно опять-таки съ указанными ограниченіями. Впрочемъ, на основаніи выработаннаго правомъ понятія гражданскихъ плодовъ, *fructus civiles*, сдѣлалось возможнымъ признать и къ такимъ вещамъ понятіе *fructus*, а не только *usus*. Такимъ образомъ, какъ вѣрно замѣчаетъ Эльверсъ²⁾, дѣленіе правъ фруктуарія на *usus* и на *fructus*, не представляетъ собою яснаго разграниченія, вслѣдствіе этого большая часть ученыхъ и разсматриваетъ совокупно эти два права³⁾. Несмотря однако на это намъ кажется болѣе ясною, и поэтому удобною, система Эльверса, по которой пользованіе и плодоизвлеченіе разсматриваются отдѣльно, такъ какъ вставленіе обширныхъ вопросовъ о значеніи напр. выраженія: *fructus naturales*, о перцепціи и т. п. вносятъ въ ученіе о правѣ пользованія фруктуарія элементы, не относящіеся непосредственно къ нему, и поэтому прерывающіе только связь между отдѣльными вопросами, возникающими по поводу пользованія.

Литература по нашему вопросу главнымъ образомъ заключается въ слѣдующихъ сочиненіяхъ⁴⁾: Elvers § 51, p. 460 sqq.;

1) Ulp. fr. 64 Dig. de R. V. 6, 1.

2) l. c. § 51 p. 454.

3) См. напр. Kraus, который подъ заглавіемъ: *du droit de jouissance* p. 58 sqq. разсматриваетъ и плодоизвлеченіе; см. p. 59.

4) Къ этому слѣдуетъ прибавить соответствующіе отдѣлы учебниковъ и сочиненій о сервитутахъ вообще, которыя мы привели въ началѣ.

Madai: Beiträge zur Dogmengeschichte 1839, II: Ist der Usufructuar überhaupt und in wie weit berechtigt, Veraenderungen mit der res usufructuaria vorzunehmen? Keil: Archiv f. d. civilistische Praxis Bd. 35 (1852 г.); Welches Dispositionsrecht hat der Usufructuar über die Substanz der ihm in Ususfructus gegebenen Sache? Krans: p. 6, 7 и p. 58 sqq. Въ ученіи о пользованіи фруктуарія, за исключеніемъ спорныхъ вопросовъ, мы будемъ почти вполнѣ слѣдовать Эльверсу, такъ какъ у него это ученіе разсмотрѣно весьма удовлетворительно.

Фруктуарій имѣеть, по общему правилу, самое полное право пользованія вещью; но конечно, такъ какъ ему доставляется только временное извлеченіе доходовъ изъ *чужой* вещи, онъ, какъ мы уже неоднократно повторяли, долженъ дѣйствовать такъ, чтобы вещь была сохранена хозяину. Является поэтому важный вопросъ: какими мѣриломъ или масштабомъ опредѣляются границы вліянія фруктуарія на вещь? Этотъ вопросъ принадлежитъ къ тѣмъ, которыхъ разрѣшеніе невозможно при помощи одной только юриспруденціи, а подобныхъ вопросовъ мы встрѣчаемъ множество въ гражданскомъ правѣ. Они указываютъ на необходимость изученія многихъ, съ перваго взгляда побочныхъ, но въ сущности весьма важныхъ для юриста, наукъ. Вопросъ этотъ именно чисто экономическій, такъ какъ самое понятіе, обусловливающее разрѣшеніе его — *понятіе* субстанціи или сущности вещи, есть *экономическое*. При ученіи объ извлеченіи плодовъ фруктуаріемъ имѣются, какъ мы увидимъ ниже, опредѣленные юридическія правила насчетъ ихъ приобрѣтенія. Плоды — это новыя вещи, способы приобрѣтенія которыхъ въ юридическую власть лица подлежатъ точному юридическому опредѣленію. Вопросъ о добываніи плодовъ экономическій, но вопросъ о приобрѣтеніи въ собственность добытыхъ плодовъ чисто юридическій; для этого присвоенія предпринимаются извѣстныя юридическія дѣйствія, которыя, по предположеніямъ и послѣдствіямъ, и нормируются правомъ.

Совершенно иное дѣло съ пользованіемъ. Выраженіе: пользование (*usus*) обнимаетъ собою совокупность самыхъ разнородныхъ дѣйствій, могущихъ вліять весьма значителюно на экономическое положеніе вещи. Вопросъ о матеріальномъ пользованіи вещью, о способахъ извлеченія изъ нея фактическихъ выгодъ, о мѣрахъ для поддержанія или улучшенія фактическаго состоянія ея — не подлежитъ разрѣшенію юриста, напр. вопросъ объ обработкѣ полей тѣмъ или другимъ способомъ, по тому или другому методу и т. п. Только тогда, когда данное лицо, положимъ фруктуарій, пожелаетъ поставить вещь въ новое *юридическое* положеніе и для этого захочетъ подвергнуть ее какому нибудь юридическому дѣйствию (отчуждать власть свою надъ вещью, установить въ ней какое нибудь право [т. е. власть] въ пользу другаго лица и т. п.), дѣйствіе это, возможность его или несовмѣстимость съ правомъ фруктуарія, дѣлается предметомъ разсмотрѣнія для юриспруденціи. И такъ, вопросъ о пользованіи вещью, о соотвѣтствіи его выгодамъ хозяина и удобрѣнію вещи, можетъ быть опредѣленъ юриспруденціею только въ самыхъ общихъ чертахъ. Мы поэтому вполне должны согласиться съ Синтенисомъ, который говоритъ ¹⁾: „затрудненіе здѣсь (т. е. при разсмотрѣніи вопроса о правильности пользованія фруктуарія) однако болѣе практическое (т. е. вѣроятно экономическое), нежели юридическое, и даже самое тщательное законодательство не было бы въ состояніи справиться съ нимъ. Поэтому *спрныи тактъ судьи* является послѣднимъ средствомъ для обсужденія вопроса: былъ ли въ данномъ случаѣ осуществленъ *узупруеть arbitrio boni viri*“. Мы прибавимъ, что то, что называется Синтенисомъ „вѣрный тактъ судьи“, можно будетъ назвать иначе: „вѣрныя экономическія соображенія судьи“.

Если мы теперь обратимся къ источникамъ, то мы увидимъ, что, вслѣдствіе невозможности опредѣлить юридически экономи-

¹⁾ Das practische gemeine Civilrecht I § 59 пр. 22.

чекій вопросъ о пользованіи вещью, мы въ нихъ дѣйствительно не находимъ другихъ общихъ правилъ относительно пользования, кромѣ того, которое слагается изъ слѣдующихъ двухъ положеній: 1) фруктуарій долженъ пользоваться вещью *salva rei substantia* и 2) онъ долженъ пользоваться въ этихъ границахъ *boni viri arbitrato* ¹⁾, т. е. какъ добросовѣстный человѣкъ, или какъ *diligens paterfamilias*, какъ старательный хозяинъ и заботливый отецъ семейства. Очевидно словами: *boni viri arbitrato*, доставляется большой просторъ субъективному усмотрѣнію судьи, который въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ долженъ разрѣшать этотъ вопросъ согласно съ обстоятельствами дѣла. Эльверсъ попытался извлечь изъ этихъ словъ общее руководящее начало ²⁾, и попытка эта ему удалась, по нашему мнѣнію, довольно хорошо. Онъ именно замѣчаетъ, что во всѣхъ случаяхъ, въ которыхъ источники наши говорятъ о дѣятельности *diligentis patrisfamilias* или *boni viri*, они не требуютъ безусловно лучшаго, примѣрнаго обращенія съ вещью, но говорятъ, что для того, чтобы лицо не подвергалось отвѣтственности, достаточно, чтобы оно *обходилось съ вещью такъ, какъ это принято обычаемъ страны*.

Bonus vir именно, говоритъ Эльверсъ, тотъ, чья дѣятельность соотвѣтствуетъ взглядамъ его времени и страны, а, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, и взглядамъ его сословія („*da der vir bonus in den Anschauungen seiner Zeit, seines Landes und unter Umständen seines Standes stehen soll*). Такимъ образомъ отвѣтственность на основаніи дѣятельности *diligentis patrisfamilias* соотвѣтствуетъ отвѣтственности *ex levi culpa*. Замѣтимъ, что то же самое требованіе, которое дѣлаетъ римское право въ

¹⁾ Какъ это видно изъ формулы обезпеченія (*cautio usufructuaria*) fr. 1 Dig. Usufr. quem. cav. 7, 9: *et usurum se boni viri arbitrato, et....*

²⁾ l. c. p. 461. sqq.

отношеніи къ фруктуарію, выставляется буквально и во французскомъ кодексѣ ¹⁾: Il donne caution *de jouir en bon père de famille*. Вотъ объясненіе этого выраженія однимъ французскимъ юристомъ ²⁾: jouir en bon père de famille, c'est jouir dans un esprit de conservation, et administrer de manière à mériter l'approbation d'un homme juste et éclairé qui serait sans intérêt à la chose. En un mot, c'est agir comme les hommes qui apportent les soins d'un bon administrateur dans leurs affaires; qui cultivent leurs fonds à propos, les entretiennent dans un bon état de production, et qui, portant leurs regards dans l'avenir, s'abstiennent de tout ce qui en épuiserait la fécondité, et rejettent l'emploi des moyens qui pourraient augmenter leur jouissance actuelle, au préjudice de ceux qui doivent posséder après eux. Очевидно, что въ этой длинной тирадѣ французскаго юриста мы не находимъ никакихъ дальнѣйшихъ положительныхъ объясненій; она юридически нисколько не разъясняетъ дѣла, такъ какъ все сказанное Прудономъ само по себѣ заключается въ краткихъ словахъ: en bon père de famille.

Противъ правила, выставленнаго Эльверсомъ, что arbitrio boni viri пользуется тотъ, кто дѣйствуетъ согласно съ обычнымъ, общепринятымъ способомъ пользованія, возражаетъ Шенеманъ ³⁾. Прежде всего, говоритъ онъ, могутъ встрѣчаться вещи, которыхъ еще не касался обычай. Конечно, это возраженіе совершенно неумѣстно, такъ какъ Эльверсъ только и хочетъ выставить *общее правило*, а очевидно пользованіе вещами, не находившимися еще въ употребленіи, будетъ встрѣчаться только въ весьма рѣдкихъ случаяхъ. Затѣмъ, говоритъ Шенеманъ, слѣдуетъ замѣтить, что обычай страны не всегда хорошій, такъ что тотъ, кто пользуется вещью согласно съ этимъ обычаемъ,

¹⁾ Code Civil. art. 601.

²⁾ Proudhon l. c. III № 1469.

³⁾ l. c. p. 63.

не всегда можетъ быть названъ хорошимъ хозяиномъ. Ясно, что и это возраженіе не идетъ къ дѣлу, такъ какъ судья конечно находится подъ вліяніемъ того общества, въ которомъ онъ живетъ, и поэтому долженъ будетъ сообразовать свои рѣшенія съ обычаями этого общества. Самъ Шенеманъ насчетъ пользованія *arbitratu boni viri* выражается подобно Синтенису.

И такъ касательно того, что называется обыкновенно пользованіемъ вещью, т. е. касательно извлеченія изъ вещи выгодъ дѣятельностію, не измѣняющею ее, дѣятельностію, оставляющею вещь совершенно въ томъ же состояніи, въ которомъ она была передана пользующемуся лицу, это лицо имѣетъ полную свободу при узупруктѣ. При этомъ римское право обращаетъ вниманіе на то, что даже самое обыкновенное и порядочное пользованіе болѣею частію уменьшаетъ цѣнность вещи, и именно устанавливаетъ, что такое уменьшеніе цѣнности не можетъ порождать отвѣтственности для узупруктуарія, что *usus* соответствующій нормальному, обыкновенному способу обращенія съ подобными вещами, не можетъ быть принятъ за *abusus*, за злоупотребленіе. Такъ напр., получая узупруктъ въ платьяхъ, фруктуарій можетъ носить ихъ, и если только онъ при этомъ не уничтожитъ или повредитъ платья легкомысленными дѣйствіями, то при возвращеніи платья въ изношенномъ состояніи, онъ не подвергается никакой отвѣтственности ¹⁾. Сюда же относится право фруктуарія наказывать раба, въ которомъ онъ имѣетъ узупруктъ ²⁾. Болѣе рѣзко еще сказанное начало проглядываетъ въ томъ, что имѣющій право пользованія въ суднѣ можетъ отправлять его въ море, хотя судно можетъ подвергнуться крушенію вслѣдствіе бури; потому, говоритъ Ульпіанъ, что судно снаряжается для того, чтобы плыть по морю ³⁾; но конечно фруктуарій отвѣтствуетъ исполнѣ,

¹⁾ fr. 9 § 3 Dig. usufr. quem. cav. 7, 9 (Ulp.).

²⁾ Ulp. fr. 23 § 1 D. de usufr. 7, 1: «*modicam castigationem*».

³⁾ Idem. fr. 12 § 1 Dig. eod.

если крушеніе можетъ быть приписываемо его легкомыслию, обнаруженному напр. при выборѣ неспособныхъ къ управленію кораблемъ людей и т. п. ¹⁾). Въ приведенныхъ примѣрахъ мы видимъ подтвержденіе начала, высказаннаго Эльверсомъ, что фруктуарій долженъ пользоваться согласно съ обычаемъ, т. е. съ тѣмъ назначеніемъ, которое имѣетъ вещь по обычаю.

Говоря объ этомъ началѣ, мы не можемъ не указать нѣсколько подробнѣе на одного писателя, котораго мы привели уже выше, и по мнѣнію котораго этимъ именно началомъ не только объясняется выраженіе: *uti frui boni viri arbitrato*, но открывается истинное значеніе и словъ, вошедшихъ въ опредѣленіе узуфрукта, и вызвавшихъ, какъ мы выше показали, столько различныхъ толкованій, а именно словъ: *salva rei substantia* ²⁾). *Мадай* именно, въ приведенной статьѣ, выходитъ изъ того взгляда, что означенныя слова никакъ не могутъ имѣть того значенія, чтобы фруктуарій избѣгалъ *всякаго* пользованія, угрожающаго субстанціи вещи, такъ какъ въ этомъ случаѣ узуфруктъ въ суднѣ не былъ бы возможенъ. Напротивъ того слова: *salva rei substantia* указываютъ на то, что вещь, *въмѣстѣ* пользованія, не должна терять своего *прежняго* характера, не должна быть употреблена на что нибудь другое, нежели то, къ чему она первоначально была назначена. Поэтому мы встрѣчаемъ въ источникахъ указаніе, что фруктуарій не долженъ употреблять напр. рабовъ къ инымъ занятіямъ, кромѣ тѣхъ, къ которымъ они первоначально были назначены ³⁾; по той же причинѣ фруктуарі-

¹⁾ Paul. fr. 16 § 1 Dig. de rei vind. 6, 1.

²⁾ Требованіе дѣятельности *boni viri arbitrato* болѣе обширно, нежели условіе *salvae rei substantiae*: первое вызываетъ *положительныя дѣйствія* со стороны фруктуарія; по второму же онъ только долженъ воздержаться отъ дѣйствій, затрагивающихъ физическій составъ вещи. Мы еще будемъ говорить объ этомъ различіи въ отдѣлѣ объ обязанностяхъ фруктуарія.

³⁾ Ulp. fr. 15 § 1 Dig. h. t. 7, 1.

рїи дома не можетъ отерывать въ немъ гостинницы, бани и т. п. ¹⁾). *Принципъ*, лежащїй въ основанїи этихъ и другихъ мѣстъ, тотъ, что *вещь должна быть употребляема согласно съ ея назначенїемъ*. Мадай сознается, что назначенїе вещи — понятїе весьма относительное; шаткїй же вопросъ объ этомъ назначенїи, по Мадаю, рѣшается тѣмъ, что *назначенїе вещи обнаруживается изъ того способа пользованїя ею, который былъ примѣненъ хозяиномъ* ²⁾, такъ что фруктуарїй и обязанъ строго придерживаться того способа пользованїя вещью, который онъ нашелъ при полученїи ея. Это, говоритъ Мадай, можетъ быть доказано изъ источниковъ самымъ нагляднымъ образомъ. Узуфруктъ именно, по Ульпіану ³⁾, уничтожается, когда былъ отказанъ въ домѣ, въ которомъ находятся бани, а домъ этотъ потомъ превращенъ въ жилище; точно также, когда завѣщатель употреблялъ, по составленїи завѣщанїя, раба, который прежде былъ актеромъ, на другїя услуги; когда онъ застроилъ отказанное пустопорожнее мѣсто и т. д. ⁴⁾). Ульпіанъ, выводитъ изъ приведенныхъ примѣровъ Мадай, слѣдовательно разсматриваетъ даже перемену въ способѣ пользованїя вещью, совершенную самимъ хозяиномъ, какъ причину уничтоженїя узуфрукта, потому именно, что вслѣдствїе измѣненїя назначенїя вещи, сама вещь въ извѣстномъ отношенїи измѣнилась, слѣдовательно прекратилась въ прежнемъ ея существованїи.

Разсматривая выставленное разсужденїе Мадаю, мы прежде всего должны замѣтить, что все сказанное имъ, само по себѣ, относительно справедливо — онъ на все приводитъ ссылки изъ источниковъ — но что оно только, по нашему мнѣнїю, ни сколько

¹⁾ Idem fr. 13 § 8 Dig. eod.

²⁾ Кейль l. c. говоритъ, что пользованїе должно имѣть мѣсто въ духѣ хозяина вещи: «im Sinne des Eigenthümers». См. объ этомъ ниже.

³⁾ Id. fr. 12 pr. D. quib. mod. ususfr. amitt. 7, 4.

⁴⁾ fr. 12 § 1 eod. Ulp. fr. 5 § 3 eod.

не относится къ тому предмету, по поводу котораго оно высказывается Мадаемъ. Онъ именно, подобно многимъ другимъ юристамъ, смѣшиваетъ требованіе сохраненія *salvae rei substantiae* съ требованіемъ дѣятельности *boni viri arbitrati*, между тѣмъ какъ они не совпадаютъ¹⁾. Мы выше старались показать²⁾, что слово *substantia* употребляется въ источникахъ въ смыслѣ *materia*, и соотвѣтствуетъ *физическому составу вещи*. Возраженіе, которое Мадай беретъ изъ того, что судно можетъ быть отправляемо въ море, вовсе неумѣстно. *Употребленіе* именно, *пользованіе само по себѣ*, должно быть *salva substantia*; фруктуарій не долженъ своими дѣйствіями уничтожить или измѣнить физическій составъ вещи; если же при дѣйствіяхъ его вслѣдствіе какого нибудь *случайнаго обстоятельства* субстанція вещи уничтожится, то это только послужитъ причиной прекращенія узупрукта, но отсюда *нельзя сказать*, чтобы тогда *пользованіе со стороны фруктуарія не имѣло мѣста salva substantia*. Этимъ единственнымъ возраженіемъ слѣдовательно, Мадай никакъ не можетъ парализовать тѣ доводы, которые нами были приведены выше въ подтвержденіе другаго значенія слова *substantia*. Что фруктуарій обязанъ пользоваться вещію согласно съ ея назначеніемъ, это Мадай дѣйствительно доказалъ изъ источниковъ; но чтобы въ этомъ назначеніи вещи заключалась *субстанція* ея, что юристъ Павелъ разумѣлъ это, вставляя въ опредѣленіе узупрукта слово *substantia*, этого онъ нисколько не доказалъ. Въ опредѣленіи узупрукта, какъ мы выше указали, слова *salvae rei substantia* должны быть отнесены къ свойству, качеству самаго права (а не къ способу осуществленія его); дѣйствительно они указываютъ на то, что фруктуарій имѣетъ право пользова-

¹⁾ Что видно уже изъ того, что пользованіе *boni viri arbitrati* должно быть *особенно* общаемо фруктуаріемъ. См. ниже о *cautio usufructuaria*.

²⁾ p. 71 sqq.

нія вещь, не получая права распоряжаться матеріальнымъ составомъ ея ¹⁾).

И такъ мы должны считать совершенно неудавшеюся попытку Мадаея объяснить слова *salva rei substantia*. Другое дѣло въ отношеніи къ обязанности фруктуарія пользоваться *boni viri arbitratu*. Здѣсь Мадаей почти сходится съ Эльверсомъ; дѣйствительно, Мадаей говоритъ, что вещь слѣдуетъ пользоваться согласно съ ея назначеніемъ; а Эльверсъ требуетъ пользованія сообразнаго съ обычаемъ; конечно, назначеніе вещи, мѣсто, которое она занимаетъ въ хозяйственномъ быту, именно и опредѣляется обычаемъ; поэтому судья, при разсмотрѣніи спора о правильности пользованія, долженъ, вообще говоря, руководствоваться тою мыслию, что хозяинъ, не выговоривъ въ особенности ничего при установленіи узупфрукта, имѣлъ въ виду данное вещи обычаемъ назначеніе.

Мы возвращаемся теперь къ нашему вопросу, отъ котораго уклонились для опроверженія невѣрнаго толкованія Мадаея. Мы видѣли, что *фруктуарій можетъ предпринимать всякія дѣйствія для извлеченія выгоды изъ вещи, но при этомъ долженъ согласоваться съ назначеніемъ, даннымъ вещи обычаемъ*, онъ долженъ, какъ мы выше сказали, *uti re, а не abuti*. Конечно онъ поэтому долженъ имѣть возможность обращаться ко всѣмъ тѣмъ средствамъ, примѣненіемъ которыхъ обуславливается пользованіе вещь, если даже о нихъ не было особенно упомянуто при установленіи узупфрукта ²⁾.

¹⁾ См. выше, стр. 80. Что же касается до приведенныхъ Мадаемъ мѣстъ источниковъ, то мы скажемъ слѣдующее: 1) въ нихъ говорится о такихъ измѣненіяхъ, на которыя фруктуарій безспорно не имѣетъ права, не только по принципу Мадаея, но и вообще; 2) здѣсь является предположеніе объ измѣнившейся волѣ хозяина.

²⁾ Noodt. l. c. I, 3 ... quia est rationi consequens, ut, qui extrema vult, velit omnia sine quibus ad extrema perveniri nequeat. Cf. Ulp. fr. 23 § 1 Dig. de usufr. 7, 1.

Выставленнымъ общимъ правиломъ разрѣшается и тотъ вопросъ, на который Эльверсъ ¹⁾ не находитъ отвѣта въ источникахъ, и разрѣшеніе котораго, еслибы при немъ безусловно принять въ основаніе взглядъ Мадаа насчетъ того, что прежде всего фрукутарій долженъ пользоваться вещію такъ, какъ пользовался ею хозяинъ, могло бы привести къ послѣдствіямъ въ высшей степени ненормальнымъ. Вопросъ именно слѣдующій: если хозяинъ вещи пользовался ею не по обычаю, и, устанавливая узуфруктъ, не постановилъ никакихъ особенныхъ условій насчетъ пользованія со стороны фрукутарія, то можетъ ли послѣдній пользоваться ею, такъ сказать, альтернативно, т. е. или такъ, какъ ею пользовался хозяинъ, или такъ, какъ этого требуетъ обычай—или же онъ обязанъ къ опредѣленнаго рода пользованію? Напримѣръ хозяинъ кареты, устроенной собственно только для ѣзды людей, употреблялъ ее исключительно на перевозку тяжестей, что весьма вредно дѣйствовало на карету. Отдавая ее въ узуфруктъ, хозяинъ ничего не выговорилъ у фрукутарія насчетъ способа пользованія; каково здѣсь будетъ положеніе фрукутарія? Еслибы принять разсужденіе Мадаа, то фрукутарій также могъ бы употреблять карету только на перевозку тяжестей, потому что онъ долженъ держаться строго найденнаго способа пользованія. Очевидно, однако, такое рѣшеніе вопроса было бы нелѣпо. Неужели станутъ запрещать фрукутарію ѣздить въ этой каретѣ такъ, какъ это дѣлаютъ обыкновенно съ такого рода экипажами; на что, на какое вознагражденіе и какой интересъ, будетъ направленъ искъ хозяина, если фрукутарій своимъ, согласнымъ съ обычаемъ, пользованіемъ сохранить вещь въ лучшемъ состояніи, нежели она была бы при пользованіи ею тѣмъ способомъ, который примѣнялъ хозяинъ? Если бы хозяинъ установилъ особенное пользованіе, по договору съ фрукутаріемъ, то еще бы могла быть рѣчь о *furtum usus*; но если

¹⁾ l. c. p. 461.

этого нѣтъ? И такъ и въ этомъ случаѣ фрунтуарій можетъ пользоваться вещью согласно съ назначеніемъ, приданнымъ ей обычаемъ. Но если фрунтуарію вздумается пользоваться вещью противно обычаю, продолжать пользованіе хозяина? Вотъ что говоритъ объ этомъ французскій юристъ Прудонъ ¹⁾): „....jouir en bon père de famille *ce n'est pas en user comme faisait* le testateur qui pouvait s'écarter des regles d'un bon administrateur et se permettre des dissipations en abusant de sa propre chose dans la manutention de son patrimoine, tandis que l'usufruitier ne doit jamais commettre aucun abus de jouissance, и p. 443: l'usufruitier ne pourrait pas établir un lieu de prostitution, ni louer à cet usage illicite *lors même que le propriétaire en aurait ainsi usé*, puisque ce n'est pas sur l'usage de son auteur qu'il peut être autorisé à conformer le sien *quand il s'agit de mal-faire*“. Изъ послѣднихъ словъ выходитъ, что, по мнѣнію Прудона, надобно различать — было ли пользованіе хозяина безнравственнымъ и т. п. и вреднымъ для вещи, или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ фрунтуарій не можетъ ссылаться на своего ауктора, во второмъ же онъ это можетъ. Едвали впрочемъ съ этимъ мнѣніемъ можно согласиться. Возьмемъ примѣръ, представленный самимъ Прудонемъ. Врядъ ли какойнибудь судъ безусловно присудитъ фрунтуарію за то, что онъ, согласно съ прежнимъ пользованіемъ хозяина, продолжаетъ содержать въ домѣ un lieu de prostitution. Если привести противъ этого разсужденія слова Ульпіана въ fr. 27 § 1 i. f. Dig. h. t. 7, 1: „ne fructuarius contumeliose vel injuriose utatur usufructu“, то они очевидно относятся къ тому случаю, *когда фрунтуарій самъ открылъ* такое предосудительное пользованіе, ибо изъ этого мѣста видно, что хозяинъ пользовался домомъ въ этомъ случаѣ весьма скромно — ad merces suas vel ad negotiationem; фрунтуарію здѣсь дозволяется и locare tabernas *ad alias mer-*

¹⁾ l. c. III p. 441.

сес, съ тѣмъ только, чтобы этотъ новый промыселъ не былъ injuriosus vel contumeliosus. Затѣмъ изслѣдованіе въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ — было ли пользованіе хозяина, продолжаемое фруктуаріемъ, безнравственно и т. п., — приведетъ къ частымъ недоразумѣніямъ, во множеству процессовъ, и все-таки во многихъ случаяхъ нельзя будетъ рѣшить этотъ вопросъ безусловно. И такъ дозволить фруктуарію продолженіе начатаго хозяиномъ пользованія или нѣтъ, смотря потому было ли это пользованіе нравственнымъ, согласнымъ съ интересами хозяина и вещи, или нѣтъ — нельзя; было бы только возможно, или безусловно дозволить ему продолженіе начатаго хозяиномъ пользованія, или нѣтъ. Разсматривая же вопросъ съ этой стороны, мы встрѣчаемъ слѣдующія данныя: въ пользу того, чтобы фруктуарій могъ продолжать пользованіе, открытое хозяиномъ, говорить мѣсто Ульціана, которое мы уже привели ¹⁾. Въ этомъ мѣстѣ именно говорится, повидимому безъ всякаго ограниченія, безъ всякаго исключенія напр. какихъ нибудь опредѣленныхъ способовъ пользованія, что если хозяинъ употреблялъ вещь для известной цѣли, конечно, непремѣнно (*utique*) фруктуарій можетъ ее употреблять такимъ же образомъ, и даже нѣсколько выходить изъ границъ положенныхъ хозяиномъ; именно онъ можетъ *locare tabernas et ad alias merces*, онъ можетъ отдавать магазинъ въ наемное содержаніе и установить торговлю другими товарами, нежели были тѣ, которыми торговалъ самъ хозяинъ вещи. При этомъ выставляется только то одно ограниченіе, чтобы фруктуарій не злоупотреблялъ вещью, и чтобы онъ ею не пользовался предосудительнымъ образомъ (*ne vel abutatur, vel injuriose contumelioseve utatur*). Это послѣднее запрещеніе, по замѣчанію Эльверса, вызвано тѣмъ соображеніемъ, что известные виды пользованія вещью могутъ запятнать ее такъ, что самъ хозяинъ уже не можетъ воспользоваться ею потомъ такъ,

¹⁾ fr. 27 § 1 cit.

какъ бы онъ желалъ, или же, во всякомъ случаѣ, цѣнность вещи уменьшается. Конечно приведенные мотивы неприложимы тогда, когда идетъ рѣчь о *продолженіи только* фруктуаріемъ хозяйскаго способа пользованія — въ этомъ случаѣ именно цѣнность вещи уменьшается уже хозяиномъ, который поэтому чрезъ пользованіе фруктуарія ничего не теряетъ. Далѣе можно сказать, что, если хозяинъ убѣжденъ, что способъ пользованія, примѣненный имъ къ вещи, невыгоденъ для нея, то онъ долженъ былъ выговорить у фруктуарія, чтобы послѣдній пользовался вещію инымъ способомъ; если же хозяинъ этой оговорки не сдѣлалъ, то слѣдуетъ поступать по общему правилу толкованія двухстороннихъ сдѣлокъ, высказанному Папиняномъ въ слѣдующихъ словахъ ¹⁾: *veteribus placet, pactionem obscuram vel ambiguum venditori et qui locavit noscere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere.* Если же приведенные только что аргументы говорятъ въ пользу предоставленія фруктуарію права пользоваться вещію тѣмъ же способомъ, котораго держался самъ хозяинъ относительно ея, то съ другой стороны справедливыя соображенія, высказанныя Прудономъ р. 441 cit., дѣлаютъ невозможнымъ такое разрѣшеніе вопроса. Дѣйствительно, если хозяинъ и не обращалъ вниманія на то, пострадаетъ ли его вещь отъ того, что онъ пользовался ею несоответственнымъ образомъ, или нѣтъ, то онъ это дѣлалъ въ отношеніи къ вещи, которою онъ могъ *распоряжаться*, какъ ему угодно. Другое дѣло съ фруктуаріемъ, который взялъ *чужую* вещь и на основаніи *cautionis* общалъ стеречь ее и обращаться съ нею *boni viri arbitrato*. Приведенное же мѣсто Ульпіана ничего не доказываетъ, такъ какъ въ немъ очевидно говорится о пользованіи хозяина, согласномъ съ обычаями — *tabernaе* именно употребляются *ad merces et negotiationem*. Наконецъ слѣдуетъ вспомнить, что узуфруктъ большею частію уста-

¹⁾ fr. 39 Dig. de pactis 2, 14.

навливался по завѣщанію; принудить же наслѣдника къ тому, чтобы онъ допустилъ противное обычаю пользованіе вещью со стороны легатарія только потому, что завѣщатель пользовался ею такъ, было бы крайне несправедливо. И такъ, по нашему мнѣнію, фруктуарій во всякомъ случаѣ долженъ пользоваться вещью согласно съ тѣмъ назначеніемъ, который придаетъ обычай вещамъ подобнаго рода, и, при несоотвѣтственномъ пользованіи, отнюдь не можетъ ссылаться на подобное пользованіе хозяина. Но конечно, это опредѣленіе, какъ и всѣ правила о пользованіи фруктуарія, можетъ быть отмѣнено договоромъ, устанавливающимъ узуфруктъ, такъ какъ правила, которыми опредѣляется положеніе фруктуарія, большею частію имѣютъ характеръ только диспозитивныхъ нормъ.

На основаніи всего сказаннаго мы считаемъ достаточно разъясненнымъ общее начало, которымъ опредѣляется пользованіе вещью со стороны фруктуарія. Въ такомъ однако несложномъ видѣ вопросъ представляется только тогда, когда фруктуарій, при пользованіи своею, не предпринимаетъ никакихъ дѣйствій, затрагивающихъ самый матеріалъ вещи, и оставляющихъ постоянные слѣды на ней. Болѣе же затруднительнымъ представляется тотъ случай, который называется Эльверсомъ ¹⁾ „die absichtlichen Veränderungen“, т. е. случай намѣренныхъ измѣненій, которыя являются тогда, когда фруктуарій, для полнаго осуществленія своего пользованія, считаетъ безусловно необходимымъ вліять на самое тѣло служащей вещи. Тутъ возникаетъ вопросъ: можетъ ли онъ предпринимать какія нибудь измѣненія въ вещи, прибавить напр. къ ней что-либо, уничтожить какую либо принадлежность или свойство вещи, не замѣняя ихъ новыми, или даже доставляя вещи новое свойство въ замѣну уничтоженнаго, или же должны ли быть запрещены фруктуарію *вся-*

¹⁾ I. с. р. 462.

кія подобныя дѣйствія? Вопросъ этотъ именно является потому, что пользованіе вещью, примѣненіе самыхъ удобныхъ способовъ для извлеченія изъ нея выгодъ, въ извѣстныхъ случаяхъ такъ близко подходитъ къ распоряженію, по крайней мѣрѣ къ частичному распоряженію вещью, что провести совершенно ясную и точную границу между пользованіемъ и распоряженіемъ тутъ оказывается невозможнымъ. Вопросъ слѣдовательно сводится къ тому: имѣетъ ли фруктуарій, хотя ограниченное, право распоряжаться (*ius disponendi*) матеріаломъ вещи?

Разсматривая этотъ вопросъ, мы замѣтимъ, что и относительно его въ нашихъ источникахъ встрѣчается очень мало общихъ правилъ, которыя и будутъ приведены нами ниже. Но мы находимъ въ дигестахъ множество рѣшеній по отдѣльнымъ случаямъ, въ которыхъ римскіе юристы высказываютъ свои взгляды насчетъ того, возможно ли или невозможно предпринятіе извѣстныхъ дѣйствій со стороны фруктуарія *въ отношеніи къ определеннымъ вещамъ*. Изъ этихъ отдѣльныхъ рѣшеній новѣйшіе юристы старались конструировать общій принципъ, которымъ руководствовались будто бы римляне; при выведеніи же этого принципа они приходили къ различнымъ результатамъ. Главнымъ образомъ юристовъ сбиваетъ одно мѣсто въ источникахъ, а именно фрагментъ изъ сочиненія юриста Ульпіана *ad Sabinum* ¹⁾, противорѣчащее будто бы всѣмъ другимъ изрѣченіямъ объ этомъ предметѣ. Слова Ульпіана со времени глоссаторовъ подвергались самымъ различнымъ толкованіямъ. По важности приведеннаго фрагмента мы его здѣсь выпишемъ цѣликомъ: *Inde est quaesitum, an lapidicinas, vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse (i. e. usufructuarius) instituere possit? Et ego puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. Proinde venas quoque lapidicinarum et hujusmodi metallorum inquirere*

¹⁾ fr. 13 § 5 Dig. h. t. 7, 1.

poterit; ergo et auri, et argenti, et sulphuris, et aeris, et ceterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit. Et si forte in hoc, quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis, vel arbustis, vel olivetis, quae fuerunt, forsitan etiam haec dejicere poterit, siquidem ei permittitur meliorare proprietatem. § 6. Si tamen, quae instituit usufructuarius, aut coelum corrumpant agri, aut magnum apparatus sint desideratura, opificum forte vel legulorum, quae non potest sustinere proprietarius, non videbitur boni viri arbitrato frui.

Новѣйшее подробное разсужденіе объ этомъ фрагментѣ мы находимъ въ извѣстномъ изданіи: Archiv f. d. civilistische Praxis въ 35 т. (1852 г.), въ приведенной выше статьѣ Кейля ¹⁾. Онъ, подобно Мадаю, разсмотрѣвшему въ указанной статьѣ: Beiträge zur Dogmengeschichte, исторически всѣ попытки объясненія этого мѣста, даетъ намъ историческій очеркъ толкованій fr. 13 § 5 cit. Въ статьѣ Кейля, которая отличается ясностію изложенія, авторъ въ главныххъ основаніяхъ принимаетъ мнѣніе, высказанное уже прежде Гагемейстеромъ ²⁾ о значеніи этого фрагмента, мнѣніе вообще весьма распространенное между новѣйшими юристами; относительно же общаго принципа, который долженъ быть принятъ въ основаніе въ этомъ ученіи, въ замѣтъ выставленнаго Мадаемъ начала, по которому для узуфруктуарія долженъ быть обязателенъ тотъ способъ пользованія вещію, который примѣнялся хозяиномъ, Кейль представляетъ, какъ мы уже выше сказали, правило „что фрукутарій можетъ осуществлять свое право только *ex ductu* (im Sinne) хозяина“. Такъ какъ разсмотрѣніе fr. 13 § 5 cit. представляется весьма важнымъ, какъ въ практическомъ отношеніи — ибо, какъ мы выше сказали, изъ него дѣлаются очень важные

¹⁾ См. в Krans. I. c. p. 74 sqq.

²⁾ Hugo's Civilist. Magazin. Bd. III № 13 p. 237 sqq.

выводы насчетъ вообще права фруктуарія распоряжаться материальнымъ составомъ вещи — такъ и въ отношеніи теоретическомъ, то мы, слѣдуя главнымъ образомъ Кейлю, вкратцѣ укажемъ на различныя толкованія, которыя были высказаны въ литературѣ по поводу нашего мѣста, а затѣмъ уже выставимъ наше собственное мнѣніе, которое не вполне совпадаетъ съ тѣмъ взглядомъ, котораго держится Кейль, а вслѣдъ за нимъ и Эльверсъ.

По поводу объясненія fr. 13 § 5 cit. мы встрѣчаемъ между юристами слѣдующія *три* направленія: 1) юристы, примѣняющіе самую строгую послѣдовательность при толкованіи словъ: *salva rei substantia* и потому безусловно не допускающіе никакого измѣненія вещи со стороны фруктуарія. Нѣкоторые юристы этого направленія, въ виду словъ Ульпіана, допускающихъ извѣстнаго рода измѣненіе, стараются перетолковать смыслъ этого мѣста; такъ дѣйствуетъ напр. Маянсій ¹⁾. Онъ уничтожаетъ значеніе приведенныхъ словъ Ульпіана тѣмъ, что выраженія: *vinea, arbusta, oliveta*, по его толкованію, должны обозначать только отдѣльныя деревья, а не цѣлыя виноградники и т. п. ²⁾. Сюда же можно отнести Фейербаха, который ³⁾, для уничтоженія чрезмѣрныхъ правъ, будто бы приписываемыхъ Ульпіаномъ фруктуарію, измѣняетъ въ предложеніи, вызвавшемъ споры, знаки препинанія, и соединяетъ нѣсколько словъ въ одно. Хотя средство, употребленное Фейербахомъ, представлялось бы весьма рациональнымъ, если бы при помощи его можно было получить соответствующій смыслъ предложенія,

¹⁾ Majansius: Disputationes juris civilis. Tom. I. Disp. II § 34 pag. 33.

²⁾ См. противъ него Кейля l. c. § 4 p. 374.

³⁾ Versuche über d. Civilrecht. IV: Ueber die l. 13 § 5 D. de usufructu. Eine nothwendige kritische Emendation, die wohl keinen Zweifel hat. p. 135 sqq.

ибо выставленіе знаковъ и дѣленіе словъ впервые сдѣланы издателями *Cognus juris*, между тѣмъ какъ въ рукописяхъ, напр. въ *Florentina*, весь текстъ составляетъ одно цѣлое, буква возлѣ буквы, безъ раздѣленія отдѣльныхъ словъ, однако фейербаховское объясненіе все-таки не даетъ яснаго смысла; опроверженіе его мнѣнія мы находимъ у послѣдующихъ писателей ¹⁾; Фейербахъ не имѣетъ ни одного послѣдователя. Другіе приверженцы той теоріи, по которой фрукутарій ни въ какомъ случаѣ не можетъ распоряжаться матеріаломъ вещи, такъ что даже съ согласія хозяина не можетъ быть предпринято никакаго измѣненіе ея — *mutata re finitur ususfructus* ²⁾ — совершенно уничтожаютъ несоотвѣтствующія ихъ возрѣнію слова *fr. 13 § 5 cit.* Это именно дѣлаетъ Ноодтъ ³⁾. По его мнѣнію фрукутарій не можетъ предпринимать *никакихъ измѣненій* въ служащей вещи; а между тѣмъ, такъ какъ нельзя уничтожить всего предложенія Ульпіана, Ноодтъ допускаетъ, что фрукутарій можетъ открывать каменоломни, рудники и т. п. въ тѣхъ мѣстахъ, которыя еще не были заняты хозяиномъ (для земледѣлія и т. д.), слѣдовательно въ пустопорожнихъ мѣстахъ, согласно со словами Ульпіана: *si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est*. Очевидно однако допущеніе подобныхъ дѣйствій фрукутарія собственно уже уничтожаетъ общій принципъ, выставленный Ноодтомъ, принципъ, по которому при узифруктѣ не должны быть допускаемы никакія измѣненія служащей вещи. Превращенія же пустопорожняго мѣста въ каменоломню очевидно весьма существенное измѣненіе; матеріальный составъ почвы при этомъ сильно затрогивается. Допустивъ однако это отступленіе, Ноодтъ продолжаетъ слѣдующимъ образомъ: такъ какъ слова *etsi forte.... do dejicere poterit* очевидно (?) противорѣчатъ

¹⁾ См. Кейля I. с. § 4.

²⁾ *Ulp. fr. 5 § 2 Dig. 7, 4.*

³⁾ I. с. lib. I cap. VI.

не только общими правилами объ usufructъ, но и многими отдѣльными рѣшеніями римскихъ юристовъ, сохранившимися въ источникахъ, то слова эти слѣдуетъ совершенно выбросить, и именно по слѣдующимъ соображеніямъ: такъ какъ никакой римскій юристъ не могъ бы сказать словъ, подобныхъ тѣмъ, которыя приписываются Ульпіану, то они должны быть разсматриваемы какъ самовольное прибавленіе писца, занимавшагося переписаніемъ рукописи сочиненія Ульпіана. Нечего и говорить, что такое насильственное обращеніе съ текстомъ, такое, такъ сказать, разсѣченіе узла, вмѣсто развязки его, не принято никѣмъ изъ послѣдующихъ юристовъ. Объясненіе Ноодта только должно быть приведено для того, чтобы показать до чего иногда доходятъ ученые, чтобы избавиться отъ неудобныхъ, противорѣчащихъ ихъ предвзятой мысли, мѣстъ источниковъ.

2) Другіе юристы допускаютъ условно возможность для фруктуарія вліять на матеріальный составъ вещи, какъ это ему разрѣшается въ разсматриваемомъ нами фрагментѣ, при вѣрномъ толкованіи его.

Юристы этого направленія выходятъ изъ того начала, что *вообще* фруктуарій долженъ пользоваться *salva rei substantia*, но что въ извѣстныхъ случаяхъ допускаются отступленія отъ этого начала, и что о такомъ именно случаѣ и говорятъ fr. 13 § 5 cit. Сюда относится глосса, въ которой различными способами объясняется наше мѣсто, а именно ¹⁾: а) Ульпіанъ въ § 5 cit. выражается „*cum dubitatione*“, слѣдовательно только по мнѣнію этого юриста фруктуарій долженъ имѣть предоставляемое fr. 13 § 5 cit. право; по общему же мнѣнію оно за нимъ не признается; или б) § 5 относится къ *ususfructus inter vivos constitutus*, а, противорѣчащее этому мѣсту, другое мѣсто Ульпіана, именно § 7 eod., говоритъ объ *ususfructus testamentarius*; или

¹⁾ См. Madai l. c. § 2.

в) рѣшеніе § 5 объясняется тѣмъ, что самъ хозяинъ уже желалъ превратить виноградникъ въ рудникъ, и поэтому и фруктуарій имѣетъ на это право; или же г) при § 5 должно принять, что нажѣреніе хозяина *fundi* было направлено главнымъ образомъ на доставленіе фруктуарію плодоизвлеченія, въ § 7 же на доставленіе ему удовольствія, пріятности (*Annehmlichkeit*) пользования. Одно объясненіе глоссы, выставленное у Мадай подъ № 4, мы оставляемъ пока въ сторонѣ, такъ какъ оно подходит къ мнѣніямъ третьей категоріи юристовъ. „Недостаточность этихъ различныхъ способовъ объясненія § 5 *cit.*, которые всѣ основываются болѣе или менѣе на предположеніяхъ, которыхъ никакъ нельзя доказать, само собою бросается въ глаза“, говоритъ Мадай. Соглашаясь вообще съ этимъ писателемъ, мы однако не можемъ не замѣтить, что толкованіе глоссы, выставленное подъ а), и теперь еще принимается нѣкоторыми юристами, утверждающими, что мнѣніе, высказанное Ульпіаномъ въ *fr. 5 cit.*, представляетъ собою только его субъективный взглядъ, почему Ульпіанъ и выражается весьма осторожно, почти *dubitabiliter* въ словѣ „*forsitan*“. Другое же объясненіе глоссы, а именно то, которое приводитъ Мадай подъ № 4, какъ мы ниже увидимъ, принадлежитъ къ тѣмъ, которыя нынѣ еще наиболѣе распространены между юристами; Мадай же и къ нему относитъ вышеприведенныя слова.

Затѣмъ ко второй категоріи юристовъ, которую мы выставили по поводу толкованія этого мѣста, принадлежитъ самъ Мадай. Излагая въ § 6 приведенной статьи свое собственное мнѣніе, послѣ разсмотрѣнія въ первыхъ 5 §§-ахъ мнѣній другихъ юристовъ, Мадай приходитъ къ указанному и опровергнутому нами уже выше взгляду, по которому субстанція вещи заключается въ томъ способѣ пользования, который прижмьнялъ къ этой вещи самъ хозяинъ. Выходя изъ этого взгляда, Мадай конечно долженъ сказать, что всякая замѣна, напр. виноградника рудникомъ, есть *mutatio rei qua usumfructum exstingui*

constat. Поэтому, по мѣнію Мадаи, слѣдуетъ принять одно изъ двухъ: или то, что Ульпіанъ, уклоняясь отъ общепринятыхъ взглядовъ своего времени, опередилъ своихъ современниковъ во взглядѣ на право распоряженія фруктуарія — и на это указываетъ именно выраженіе, заключающее въ себѣ сомнѣніе: *forsitan* ¹⁾; или же можно принять другое толкованіе подлежащаго мѣста, которое, безъ всякаго внѣшняго его измѣненія, давало бы ему смыслъ, соответствующій другимъ положеніямъ, высказаннымъ въ источникахъ насчетъ узифрукта. Бъ толкованію послѣдняго рода Мадай видитъ весьма легкое и вовсе не насильственное средство въ переводѣ слова: *si quidem* не въ обыкновенномъ смыслѣ, которое имѣетъ оно въ нашихъ источникахъ, и въ которомъ другіе юристы его принимаютъ и во *fr. 13 § 5 cit.*, т. е. въ смыслѣ: *потому что*, такъ чтобы *si quidem* было поставлено вмѣсто *quia*, но въ смыслѣ: *если именно*. Въ источникахъ римской словесности, говоритъ Мадай, этотъ смыслъ дѣйствительно иногда встрѣчается, хотя довольно рѣдко ²⁾. Если же принять этотъ смыслъ, то Ульпіанъ дозволялъ бы фруктуарію уничтоженіе виноградниковъ и т. п. и замѣну ихъ рудниками и другими устройствами, приносящими болѣшій доходъ, только на тотъ случай, когда при установленіи узифрукта со стороны хозяина ему именно было доставлено право улучшать вещь всякимъ возможнымъ образомъ — *jus meliorandi*. При этомъ Мадай приводитъ и аналогію особенно устанавлиаемаго иногда при закладномъ правѣ *acti de distrahendo*, которымъ кредиторъ по залогу освобождается отъ различныхъ ограниченій, которыми обставлено принадлежащее ему уже по самому закону *jus distrahendi*.

¹⁾ Очевидно самъ Мадай здѣсь допускаетъ въ сущности объясненіе глоссы, приведенное нами подъ а).

²⁾ См. мѣста изъ Цицерона, которыя приводятся Мадаемъ въ подтвержденіе этого на стр. 130 прим. *

Кейль ¹⁾ замѣчаетъ, что, хотя мнѣніе Мадаа еще не подверглось въ литературѣ болѣе обстоятельному опроверженію, однако оно почти нигдѣ не принято ни въ теоріи ²⁾, ни на практикѣ. Дѣйствительно, и по нашему мнѣнію, взглядъ Мадаа, повидимому возстановляющій, или, лучше сказать, сохраняющій единство въ ученіи объ узурфруктѣ, не можетъ быть принятъ. Прежде всего именно недопущеніе Мадаемъ фрукутуарія къ замѣнѣ напр. виноградниковъ рудниками, происходитъ только отъ того, что этотъ ученый разсматриваетъ тотъ способъ, которымъ вещь пользовался хозяинъ ея, за существенное, за субстанцію вещи. Если именно принять болѣе общій принципъ, къ которому сводятся Мадаемъ обязанности фрукутуарія — употреблять вещь согласно съ ея назначеніемъ, то дозволеніе, данное ему Ульпіаномъ въ fr. 13 § 5 cit., вовсе не должно бы было казаться страннымъ, потому что назначеніе по мѣстѣ заключается въ томъ, чтобы доставлять возможно большія выгоды и доходы, а Ульпіанъ именно и разрѣшаетъ замѣну полей каменоломнями и т. д. только тогда, si in hoc, quod instituit, plus redditus sit, quam in vineis etc. Между тѣмъ этотъ взглядъ Мадаа на субстанцію вещи, какъ мы выше старались показать, невѣренъ. Но если бы мы даже приняли мнѣніе Мадаа насчетъ substantia rei, то ни въ какомъ случаѣ мы не могли бы толковать fr. 13 § 5 cit. такъ, какъ это дѣлаетъ Мадаа. При переводѣ словъ: si quidem выраженіемъ: „если именно“, мы приписали бы Ульпіану такое тривіальное изреченіе, котораго отъ него ожидать нельзя; притомъ сомнительное выраженіе (forsitan) было бы тогда совершенно неумѣстно и непо-

¹⁾ I. с. р. 384.

²⁾ Мадаю слѣдуютъ: Hofmann: Lehre v. d. Servituten I, p. 133 sqq. и Шенеманъ, который впрочемъ принимаетъ только толкованіе этого мѣста, отвергая общій принципъ, выставленный Мадаемъ относительно пользованія фрукутуарія. См. и Luden: Die Lehre v. d. Servituten, Gotha 1837 Abth. II § 33.

нятно. Въ томъ именно случаѣ, когда хозяинъ нарочно разрѣшилъ кому-либо замѣнить пахатныя поля каменоломнями и т. п., не только фруктуарій, но и всякое другое лицо, получившее это разрѣшеніе, будетъ имѣть право предпринимать соотвѣтствующія дѣйствія въ чужомъ имѣніи, такъ какъ оно въ этомъ случаѣ является дѣйствующимъ отъ имени хозяина. Но весь вопросъ именно и состоитъ въ томъ, можетъ ли фруктуарій proprio jure предпринимать такія дѣйствія или нѣтъ? и этотъ вопросъ, какъ видно изъ цѣлаго фрагмента, только и разсматривается здѣсь Ульпіаномъ. Затѣмъ тотъ же Ульпіанъ, который въ fr. 13 § 4 cit., слѣдовательно въ томъ же самомъ мѣстѣ сочиненія его, изъ котораго заимствованъ § 5 cit., говоритъ уже безъ всякаго сомнѣнія: *fructuarius causam proprietatis meliorem facere potest*, въ § 5 будто бы ставитъ дѣйствія фруктуарія, направленныя на улучшенія вещи, въ зависимость отъ именнаго разрѣшенія хозяина, предпринимать улучшенія въ *fundus fructuarius*?! Мадаѣ, предвидѣвшій это существенное возраженіе, прежде старался опровергнуть его объясненіемъ, которое онъ не подкрѣплялъ никакими рѣшительно доказательствами, а именно тѣмъ, что между выраженіями: „*meliorem facere causam proprietatis*“ и „*meliore facere proprietatem*“ есть различіе, по которому *meliore facere* обозначаетъ *rem reddere meliorem faciendo*, а: *meliorem facere: rem meliorem reddere sustinedo, tuendo*. Отъ этого объясненія Мадаѣ отказывается²⁾ въ сочиненіи: „*Beiträge zur Dogmengeschichte*“, но все-таки полагаетъ³⁾, что выраженіе „*meliorem facere potest*“ повидимому выражаетъ болѣе общую власть, принадлежащую всякому фруктуарію по самому закону, а „*ei permittitur meliore facere proprietatem*“ указываетъ скорѣе на особенное дозволеніе, касающееся только отдѣльнаго

¹⁾ Archiv f. d. civ. Praxis XV p. 330 sqq. (1832).

²⁾ l. c. p. 131.

³⁾ l. c. p. 128.

спеціального случая, и основанное на особенномъ договорѣ, а не на общемъ законномъ предписаніи. Не мотивируя, какъ мы сказали, ничѣмъ это кажущееся различіе, Мадай на немъ строить свои выводы ¹⁾. Конечно противъ такихъ, совершенно бездоказательныхъ, гипотезъ, нечего и возражать. Болѣе же важнымъ, чѣмъ этотъ доводъ, представляется тотъ аргументъ Мадаея, который можетъ имѣть примѣненіе и тогда, когда принять совершенно одинаковое значеніе выраженій: *meliorare* и *meliorare facere*, а именно приведенная Мадаемъ аналогія *pacti de distrahendo*, которое иногда устанавливается закладчикомъ съ тѣмъ, чтобы разширить въ данномъ случаѣ власть кредитора по залогу, и, подобно которому, могло бы быть и особенное *pactum de meliorando*, по которому фруктуарій, получившій особенное *jus meliorandi*, имѣлъ бы большія права надъ вещію, нежели суть тѣ, которыя доставляются ему при обыкновенномъ *узуфруктѣ* ²⁾.

По мнѣнію Мадаея хозяинъ посредствомъ такого *pactum de meliorando* отказывается отъ права запрещенія фруктуарію извѣстныхъ дѣйствій, которыя онъ могъ бы запретить ему при обыкновенномъ *узуфруктѣ*. И дѣйствительно, говоритъ Мадай, мы въ источникахъ встрѣчаемъ примѣры, что при установленіи *узуфрукта* фруктуарію нарочно, особеннымъ договоромъ, доставляется право предпринимать измѣненія въ вещи, см. Нерація во fr. 61 Dig. de usufr. 7, 1 „*aedificium inchoatum fructuarium consummare non posse placet nisi in constituendo vel legando usufructu hoc specialiter adjectum sit ut ei liceat*“. Мы не станемъ возражать противъ того, что хозяинъ при установленіи *узуфрукта* можетъ модифицировать законныя правила, опредѣляющія пра-

¹⁾ l. c. p. 128: «Dies eingeräumt, wird der Schlusssatz» и т. д.

²⁾ А на этотъ аргументъ Krans не обращаетъ никакого вниманія, очевидно потому, что онъ самъ не читалъ Мадаея, а заимствовалъ мнѣніе этого ученаго только изъ учебника Вангерова.

во пользованія фруктуарія вообще; мы же неоднократно заявляли, что эти правила должны быть рассматриваемы какъ диспозитивныя, и что отношенія фруктуарія къ вещи должны опредѣляться главнымъ образомъ договоромъ, которымъ устанавливается узупруктъ. Но чтобы fr. 66 cit. подходилъ къ нашему случаю, относительно этого мы должны выразить полное сомнѣнiе. Въ fr. 66 cit. именно дается разрѣшенiе на предпринятiе того, что по закону фруктуарiю несомнѣнно не дозволяется; въ fr. 13 § 5 cit. же должно быть въ особенномъ договорѣ повторено то, что уже разрѣшено фруктуарiю самымъ закономъ. Со стороны Ульпіана было бы непростительно, если онъ въ краткихъ словахъ: *siquidem etc.* выставлялъ бы цѣлое ученiе (подобно *actum de distrahendo*), не сказавъ ничего о самомъ этомъ ученiи. Наконецъ, повторяемъ, Ульпіанъ по смыслу всего мѣста, говоритъ о правахъ, доставленныхъ фруктуарiю закономъ, а не о тѣхъ особенныхъ льготахъ, которыя могутъ быть даруемы ему волею хозяина.

Ссылка на василики, которыя приводятся различными ученiями, между пр. и Крансомъ, не имѣютъ по нашему мнѣнiю, никакого значенiя для того, чтобы разъяснить смыслъ словъ Ульпіана. Если именно Крансъ ¹⁾ говоритъ, что выпущенiе въ василикахъ словъ: „*si quidem proprietatem*“ доказываетъ, что эти слова не составляютъ существенной части предложенiя, то это вѣрно относительно взгляда составителей василикь на наше мѣсто, но не доказываетъ ничего по отношенiю къ взгляду самого Ульпіана и римскаго (до-византiйскаго) права вообще. Но и безъ этого довода, взятаго изъ василикь, мы, кажется, доставили достаточно соображенiй, способныхъ опровергнуть взглядъ Мадея на подлежащее нашему разсмотрѣнiю мѣсто. Мы, по крайней мѣрѣ, послѣ всего выше сказаннаго считаемъ этотъ взглядъ невѣрнымъ. Прибавимъ только еще совершенно

¹⁾ 1. с. р. 77.

вѣрное замѣчаніе Пухты ¹⁾: какимъ же образомъ будетъ искать хозяинъ противъ фруктуаріа *propter meliorationes*, если они ему и не были особенно разрѣшены? Опъ вѣдь долженъ доказать, что онъ имѣеть (денежный) интересъ въ искѣ ²⁾.

3) Къ третьей группѣ юристовъ по этому вопросу наконецъ относятся тѣ, которые, оставляя обыкновенный смыслъ, связываемый съ этимъ мѣстомъ, принимаютъ, что фруктуарій и безъ особеннаго разрѣшенія хозяина, уже по самому закону, имѣеть такія права надъ отданнымъ въ узупфруктъ помѣстьемъ, какія выставляются Ульпіаномъ въ fr. 13 § 5 cit., что слѣдовательно это мѣсто нисколько не противорѣчитъ общей теоріи о правахъ фруктуаріа. На возможность такого толкованія было указано уже въ глоссѣ, которая впервые обратила вниманіе на *различіе правъ фруктуаріа по различію объекта*, ибо „*aliud in his, quae certis finibus circumscribuntur et designantur, ut domus et similia, quae non ampliare vel diminuere potest (sc. usufructuarius): aliud etiam in cretifodinis, quae certo modo non retinentur, immo quotidie ampliuntur et deminuuntur*“ ³⁾. Мадай, какъ мы упомянули выше, приводитъ это указаніе глоссы, подъ № 4.

Первый писатель, подробно объяснившій при толкованіи fr. 13 § 5 теорію, основанную на томъ, что права фруктуаріа представляются различными, смотря по объектамъ пользованія, былъ практикъ, а именно совѣтникъ оберапелляціоннаго суда Гагемейстеръ. Въ извѣстномъ изданіи проф. Гуго: „*Civilistisches Magazin*“ въ III т., 1812 г., онъ помѣстилъ статью (XIII) подъ заглавіемъ: *Ueber fr. 13 § 5 D. de usufr. und dessen neueste Emendation* (т. е. о сдѣланномъ Фейербахомъ измѣненіи) oder: *Bedarf es in dem fr. 13 § 5 D. de usufr. einer anderen Interpunction und Lesart, als der bisher gewöhn-*

¹⁾ Puchta. Vorlesungen ad. § 181.

²⁾ Грамматическія возраженія противъ Мадае см. у Кейля I. с.

³⁾ См. Мадай I. с. p. 97.

lischen? Гагемейстеръ старается объяснить, что измѣненіе этого мѣста Фейербахомъ не только лишне, но даже даетъ менѣе соотвѣтствующій смыслъ, нежели обыкновенное чтеніе его. Для этой цѣли Гагемейстеръ приводитъ важнѣйшія правила объ узурфруктѣ и показываетъ, что наше мѣсто имъ вовсе не противорѣчить. За нимъ послѣдовало большинство новѣйшихъ ученыхъ ¹⁾. Юристы этой группы исходятъ изъ того принципа, что римляне, при пользованіи фруктуарія, дѣлаютъ различіе между различными видами вещей. По римскимъ воззрѣніямъ именно удобство и выгода пользованія при нѣкоторыхъ имуществвахъ такъ тѣсно связаны съ личными, субъективными воззрѣніями опредѣленнаго лица, что всякое, даже самое маловажное повидимому, измѣненіе вещи можетъ представиться весьма значительнымъ и важнымъ для хозяина. Къ такого рода имуществамъ именно относятся движимыя вещи, а изъ недвижимыхъ строенія, дома, а также земли, которыхъ назначеніе опредѣляется тѣмъ удовольствіемъ и удобствомъ, которыя они доставляютъ хозяину, какъ-то: парки и т. п. При тѣхъ же земляхъ, которыя предназначены не для личныхъ удобствъ хозяина, а назначеніе которыхъ заключается въ доставленіи ему доходовъ, для хозяина не важно, примѣняется ли тотъ или другой способъ добыванія доходовъ; если только фруктуарій будетъ дѣйствовать рационально, хозяинъ всегда предпочтетъ тотъ способъ, при помощи котораго могутъ быть

¹⁾ См. указанія у Кейля р. 384 пр. 48. Мадай на стр. 114 говоритъ: Die Bedeutsamkeit, die diese Ansicht Hagemeysters dadurch gewonnen, dass die namhaftesten unserer Rechtslehrer sich im Wesentlichen für sie erklart haben. Въ пандектахъ Келлера напр. мы встрѣчаемъ слѣдующія выраженія объ этомъ предметѣ: § 173 р. 335: «Der Usufructuar kann wohl bei *seinem zum Ertrag bestimmten ländlichen Grundstück* die Art des jährlichen Anbaues ändern, auch Stein- und Kalkbrüche neu eröffnen, wenn das nachhaltige und entschiedenen Nutzen gewährt, und derjenigen Bewirthschaftung, wozu das Gut bestimmt ist, nicht Eintrag thut».

получаемы наибольшіе доходы ¹⁾. Изъ этого общаго взгляда, равно какъ и изъ отдѣльныхъ рѣшеній, встрѣчающихся въ нашихъ источникахъ, по Кейлю ²⁾ вытекаетъ слѣдующій общій принципъ, который онъ получилъ посредствомъ дедукціи: *Точно также, какъ фруктуарій вообще можетъ осуществлять свое право только въ видахъ и духъ хозяина (im Sinne des Eigenthümers), такъ онъ можетъ и распоряжаться вещью (т. е. составомъ ея, конечно безъ отчужденія ея) въ видахъ и въ духъ (im Sinne) проприетарія*“. Различіе принциповъ Кейля и Мадае очевидно. Требовать непремѣнно, чтобы фруктуарій неотступно держался способа пользованія хозяина, найденнаго имъ при полученіи вещи (Мадай), можетъ довести до нелѣпныхъ результатовъ; но требовать, чтобы фруктуарій обходился съ вещью въ духъ хозяина, т. е. такъ какъ вѣроятно желалъ бы хорошій хозяинъ (Кейль)—совершенно другое дѣло.

И такъ, Гагемейстеръ и его послѣдователи, вполне соглашаясь съ тѣмъ, что фруктуарій не долженъ предпринимать съ вещью ничего, чѣмъ она бы могла быть, такъ сказать, специфирована, не видятъ таковой спецификаціи помѣстья въ замѣнѣ какого нибудь виноградника и т. п., принадлежащаго въ имѣнію, рудникомъ, потому что римское помѣстье могло заключать въ себѣ и рудники, какъ показываютъ слова фрагмента: *quas paterfamilias instituit*“. Конечно фруктуарій не долженъ *causam proprietatis deteriorem facere*; поэтому онъ и не можетъ замѣнить доходною статью напр. паркъ: это было бы ухудшеніе для хозяина. Но другое дѣло относительно помѣстья, предназначеннаго для полученія доходовъ. Здѣсь сущность заключается въ доходности, и увеличеніемъ ея,

¹⁾ Поэтому мы и видимъ, что въ fr. 13 § 6 cit. Ульпіанъ выставляетъ ограниченія и условія, при которыхъ только и возможно такое измѣненіе способа пользованія со стороны фруктуарія.

²⁾ I. c. § 6 p. 391.

въ какомъ бы то ни было отношеніи, нельзя *causam proprietatis deteriorem reddere*. Но Ульпіанъ конечно допускаетъ подобныя измѣненія только съ условіями (*forsitan*): 1) должны быть большіе доходы 2) чрезъ измѣненіе не должны являться какія либо другія затрудненія для хозяина (*fr. 13 § 6 eod.*), что будетъ напр. въ томъ случаѣ, когда онъ, для поддержанія нововведеній фруктуарія, долженъ будетъ содержать множество рабочихъ и т. п. И такъ въ слѣдующихъ за § 4-мъ параграфахъ только развиваются положенія, высказанныя въ этомъ §-ѣ: *fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere potest*; именно въ §§ 4, 5 и 6 разсматривается этотъ вопросъ въ приложеніи къ помѣстьямъ, въ § 7—къ строеніямъ вообще; въ § 8 и въ *fr. 14* въ примѣненіи къ жилищамъ (*Wohnhaus*) въ особенности; въ *fr. 15 § 1 sqq.* въ примѣненіи къ движимымъ вещамъ. Различіе же во взглядахъ на строенія и помѣстья объясняется тѣмъ, что при всякомъ измѣненіи, принятомъ въ зданіи, можетъ быть по крайней мѣрѣ *сомнительно*, не будетъ ли оно невыгоднымъ для хозяина (напр. по поводу измѣненнаго дѣленія комнатъ можетъ сдѣлаться необходимымъ усиленное отопленіе или большое количество мебели и т. п.; при достройкѣ неоконченнаго дома хозяинъ въ послѣдствіе времени долженъ будетъ содержать болѣе, чѣмъ прежде и т. д.). При зданіяхъ, словомъ, весьма многое зависитъ отъ индивидуальныхъ особенностей каждаго владѣльца. Если мы обратимъ вниманіе на тѣ изреченія Ульпіана и другихъ классическихъ юристовъ, которые, какъ утверждаютъ, противорѣчатъ § 5 *cit.*, то мы замѣтимъ, что всѣ они говорятъ или о такихъ перемѣнахъ, по которымъ *causa proprietatis deterior fit*, напр. § 4, или же они касаются строеній; поэтому въ отношеніи къ § 5 изъ нихъ ничего нельзя вывести по аналогіи. Наконецъ должно замѣтить, что въ источникахъ изъ высказаннаго въ § 4 *cit.* начала: *usufructuarius causam proprietatis meliorem facere potest*, не встрѣчается, въ примѣненіи къ *praedia rustica*, ни еди-

наго исключенія, кромѣ выраженныхъ въ самомъ fr. 13 cit. Вотъ въ самыхъ главныхъ чертахъ теорія Гегемейстера. Противъ него возражаетъ Мадай, который преимущественно настаиваетъ на томъ, что важное различіе между praedia urbana и praedia rustica, на которомъ основывается Гегемейстеръ, въ дѣйствительности не существуетъ. „И строенія“, говоритъ Мадай, „могутъ имѣть главною и единственною цѣлю доставленіе доходовъ, и дѣйствительно часто случается, что кто-либо покупаетъ дома только для того, чтобы отдавать ихъ въ наймы“. Прежде всего мы на это замѣтимъ, что римскій экономическій бытъ въ этомъ отношеніи никакъ не можетъ быть сопоставляемъ съ нашимъ бытомъ, и что главною цѣлю при домахъ у римлянъ, какъ видно изъ источниковъ, именно было имѣть жилище для хозяина. Если впрочемъ, по исключенію, домъ долженъ былъ въ данномъ случаѣ быть разсматриваемъ какъ доходная статья, то хозяину вольно было доставить фруктуарію пользованіе имъ на другихъ началахъ, чѣмъ были тѣ, которыя установилъ законъ. Мы видѣли, что юристъ Нерацій прямо указываетъ на подобныя условія, имѣвшіяся при установленіи узифрукта въ домахъ ¹⁾. Право устанавливаетъ правила только для обыкновенныхъ случаевъ, а не для исключеній. Притомъ, разсматривая источники, положительно нельзя не замѣтить, какое они признаютъ рѣзкое различіе между домами и другими недвижимыми имуществами, въ чемъ мы убѣдимся ниже, при разсмотрѣніи правъ фруктуарія въ отдѣльныхъ вещахъ ²⁾. Мадай ³⁾ указываетъ на странныя конзеквенціи, къ которымъ можетъ привести взглядъ Гегемейстера. Онъ именно приводитъ такой примѣръ: садовникъ отдаетъ свой садъ въ узифруктъ (напр. по завѣщанію), и вдругъ является лицо, устанавливающее каменоломни и т. п.

¹⁾ fr. 61 Dig. de usufr. 7, 1.

²⁾ См. Эльверса l. c. p. 472.

³⁾ l. c. p. 119.

Примѣръ этотъ однако совершенно не идетъ къ дѣлу. Онъ скорѣе подходитъ къ тому, что сказано о паркѣ и т. п. въ fr. 13 § 4 cit. Мадай, предвидя такое возраженіе, принимаетъ случай, что садовникъ занимался разведеніемъ цвѣтовъ не по любви къ искусству, а для добыванія средствъ пропитанія. Прежде всего, замѣтимъ, въ этомъ случаѣ конечно рѣдко представится возможность открывать каменоломни и т. п. (въ мѣстности занятой садомъ!); затѣмъ конечно садовнику не мѣшало бы замолвить слово и высказать въ установительномъ актѣ, что онъ отдаетъ въ узуфруктъ такого рода землю съ такими-то условіями; далѣе судья все-таки въ концѣ концовъ долженъ будетъ руководствоваться назначеніемъ вещи (а никто не сомнѣвается, что *большою частію* это назначеніе дается вещи хозяиномъ ея!), а если будетъ отданъ въ пользованіе „hortus“, то всякій будетъ знать, что отданъ не „fundus“ вообще, а специально опредѣленная вещь, которой назначеніе состоитъ въ томъ, чтобы на ней были разведены растенія. И такъ, и при взглядѣ Гагемейстера ¹⁾, а тѣмъ болѣе Кейля, принимающаго руководящимъ началомъ необходимость пользоваться вещью въ духѣ хозяина, въ приведенномъ примѣрѣ рѣшеніе должно будетъ воспослѣдовать иное, нежели то, которое предполагаетъ Мадай.

Если же мы не можемъ не признать, что въ источникахъ строго проводится различіе praedia urbana отъ rustica ²⁾ въ вопросѣ о пользованіи, то совершенно другой вопросъ тотъ: безусловно вѣренъ ли этотъ взглядъ римлянъ на praedia rustica и urbana или нѣтъ. Эльверсъ, какъ намъ кажется, вѣрно замѣ-

¹⁾ См. еще ниже у насъ подтвержденіе этого.

²⁾ Puchta, Institutionen II § 223 p. 521: Praedia rustica, welche *insonderheit* dem Landbau (also auch anderen Bearbeitungsarten) bestimmt sind; praedia urbana — *die den Bedingungen der persönlichen Existenz und Bequemlichkeit* — überhaupt den von dem Gebrauch zur Gewinnung der Bodenerzeugnisse unabhängigen Bedürfnissen dienen.

чаетъ, что римлянамъ иногда не достааетъ строгой логической послѣдовательности въ этомъ ученіи. Это объясняется тѣмъ, что вопросы подобнаго рода, какъ мы уже сказали, не суть юридическіе; поэтому римскіе юристы и не могли тутъ придерживаться строго логическаго развитія извѣстныхъ мыслей. Юриспруденція здѣсь только поставила себѣ задачею осуществленіе въ юридическомъ мірѣ тѣхъ взглядовъ, которые существовали въ народѣ. „Надобно удивляться проницательности римскихъ юристовъ, которые, оставляя здѣсь въ сторонѣ операцію однѣми юридическими аналогіями и дедукціями, кажется, отправлялись на рынокъ и въ дома съ тѣмъ, чтобы лично убѣдиться во взглядахъ народа, чтобы лично все слушать и видѣть!“

Кейль, принимая вообще то толкованіе fr. 13 § 5, которое было введено Гагемейстеромъ, старается выставить на основаніи его цѣлую теорію о правѣ распоряженія фруктуарія, которая впрочемъ не представляетъ собою ничего новаго, за исключеніемъ того, о чемъ уже выше было упомянуто. Въ § 5 статьи своей, Кейль приводитъ свое собственное толкованіе спорныхъ словъ слѣдующимъ образомъ: „Ульпіанъ спрашиваетъ: можетъ ли фруктуарій открывать каменоломни, копи песку и т. д.? и отвѣчаетъ: обыкновенно да, конечно если мѣсто удобно. Онъ такъ долженъ былъ рѣшить, ибо доставленіе фруктуарію права на минералы, находящіеся въ имѣніи, несомнѣнно содержится въ доставленіи узупрукта во всемъ fundus, со всѣми его частями и произведеніями ¹⁾. Но фруктуарій не долженъ воспользоваться этимъ правомъ неограниченно, а только съ тѣмъ, чтобы онъ не занималъ агри partem necessariam, т. е. части земли, необходимой для земледѣльческой обработки помѣстья“ ²⁾. По мнѣнію Кейля выраженія: „si non agri partem necessariam occupaturus est“ и „si nihil agriculturae posebit“ — тождественны, и Уль-

¹⁾ fr. 9 pr. и § 3, fr. 59 § 1 h. t. 7, 1.

²⁾ См. и fr. 9 § 2 eod.

пiанъ ихъ вторично приводитъ для того, чтобы вновь указать, что тотъ способъ обработки, который найденъ фруктуаріемъ, долженъ быть вообще сохраненъ. Слова: „etsi forte“, по мнѣнію Кейля, стоятъ вмѣсто „immo si forte“, т. е. „да, даже если“; они выражаютъ не только усиленіе, но вмѣстѣ съ тѣмъ и противоположеніе, такъ что Ульпианъ въ нихъ хочетъ указать на такой случай, въ которомъ фруктуарій можетъ отступить отъ только что указанныхъ ограниченій. Хотя именно такіа дѣйствія и вредятъ земледѣлію, однако собственность вообще приводится въ лучшее состояніе, а меліорировать ее именно разрѣшается фруктуарію (fr. 13 § 4 cit.). Но затѣмъ Кейль, какъ всѣ послѣдователи Гагемейстера, принимаетъ, что при praedia rustica, имѣющихъ назначеніемъ доставленіе доходовъ, нужно опять различать: а) Такія имѣнія, которыя *воплнн* были заняты во время установленія узуфрукта однимъ опредѣленнымъ способомъ обработки или извлеченія изъ нихъ произведеній (такъ что характеръ ихъ точно опредѣляется этимъ способомъ эксплуатаціи). Сюда напр. подходитъ вышеприведенный примѣръ Мадея о садовникѣ, отдавшемъ въ узуфруктъ свой садъ. Относительно такихъ praedia rustica Кейль и другіе юристы этой группы требуютъ со стороны фруктуарія такого же обращенія, какъ при praedia urbana и движимыхъ вещахъ—т. е. не дозволяютъ ему никакого измѣненія въ отношеніи къ найденному способу эксплуатаціи, такъ какъ противное дѣйствіе тутъ привело бы къ измѣненію самого рода (genus) вещи. б) Совокупность разнородныхъ земель, составляющихъ одно имѣніе, одинъ fundus, въ которомъ, слѣдовательно, находятся части вовсе не обработанныя, другія части обрабатываются однимъ способомъ, третьи эксплуатируются другимъ образомъ, и т. д. Здѣсь-то, т. е. при имѣніяхъ, состоящихъ изъ разнородныхъ (по эксплуатаціи) частей, фруктуарій только и можетъ ввести новые способы добыванія доходовъ, и именно въ частяхъ вовсе необработанныхъ; если же эти нововведенія окажутся таковыми, что ими доставляется

большій доходъ, нежели получался тѣми способами обработки, которые имѣлись въ другихъ частяхъ имѣнія при открытіи узюфрукта, то фрукуарій можетъ и ту или другую часть обработанной земли взять подъ свое новое устройство, но только съ двумя условіями: 1) онъ ни въ какомъ случаѣ не долженъ распространять такое нововведеніе на все имѣніе; 2) новое устройство не должно быть тягостнымъ для хозяина (fr. 13 § 6 cit.). Вотъ вѣратцѣ теорія Кейля, которой придерживаются многіе юристы и между прочими, и Эльверсъ.

Мы и съ толкованіемъ третьей группы юристовъ не можемъ вполне согласиться. Придерживаясь именно буквального смысла словъ, высказанныхъ въ fr. 13 § 5 cit., мы переводимъ это мѣсто, въ сокращенномъ видѣ, такъ: „Я полагаю, что и фрукуарій самъ можетъ установить въ имѣніи каменоломни и т. п., если онъ этимъ только не займетъ необходимой для земледѣлія части земли, если онъ этимъ не повредитъ земледѣлію. *Если же случайно въ томъ, что установилъ фрукуарій, будетъ болѣе дохода, чѣмъ въ виноградникахъ, или въ оливковыхъ садахъ и т. п., которые были прежде* (т. е. были въ имѣніи тогда, когда началось пользованіе фрукуаріемъ, такъ что способъ эксплуатаціи, введенный фрукуаріемъ, доставитъ имѣнію болѣшую доходность, чѣмъ прежній способъ пользованія), *то онъ, пожалуй, можетъ уничтожить и ихъ, такъ какъ ему дозволяется улучшить собственность*“. Мы слѣдовательно принимаемъ переводъ Гагемейстера, Кейля, Эльверса и другихъ, но съ выводами, которые дѣлаютъ названные ученые изъ приведенныхъ словъ, не соглашаемся въ томъ отношеніи, что не вполне принимаемъ ограниченій, которыя, какъ намъ кажется, непоследовательно, выставляются этими учеными въ отношеніи къ фрукуарію. Совершенно справедливо конечно второе ограниченіе, которое выставляетъ Кейль, (оно приведено выше подъ 2), и на которое прямо указываетъ Ульпіанъ въ § 6 cit. Но касательно перваго ограниченія, т. е. требованія, чтобы нововве-

деніе не распространялось на все имѣніе, мы не можемъ присту-
пить къ имѣнію Кейля и др. Что именно касается до словъ
нашего текста, то изъ нихъ это ограниченіе не выходитъ. За-
мѣтимъ именно, что выраженія: „si non agri partem necessa-
riam huic rei occupaturus est“ и „si nihil agriculturae posebit“
— относятся только къ тому случаю, когда *фруктуарій от-
кроетъ каменоломни* и т. п., или будетъ продолжать пользо-
ваться открытыми уже хозяиномъ рудниками и т. д., *non dejec-
tis vineis, olivetis*, т. е. когда еще не открылось, что вслѣд-
ствіе нововведеній его имѣніе дѣлается болѣе доходнымъ, не-
жели оно было при прежнемъ способѣ пользованія. Къ послѣд-
нему предложенію: „et si forte и т. д.“, эти выраженія вовсе не
относятся. Напротивъ того, изъ начала этого предложенія, какъ
вѣрно замѣчаетъ Кейль, ясно выходитъ противоположность того,
что высказано въ немъ, тому, что заключается въ предъиду-
щемъ предложеніи. Слова: *et si forte*, поставленныя вмѣсто:
immo si forte, именно показываютъ, что въ томъ случаѣ, кото-
рый приводится послѣ нихъ, отпадаютъ всѣ ограниченія, дѣй-
ствующія при другихъ, прежде выставленныхъ, случаяхъ. Мы
въ словахъ Ульпіана находимъ слѣдующій смыслъ: *фруктуарій*
можетъ открывать новыя каменоломни и т. д., или пользоваться
установленными хозяиномъ, но съ тѣмъ, чтобы при этомъ онъ
щадилъ земледѣліе. Если же, вслѣдствіе нововведеній его, имѣніе
доставитъ болѣе доходовъ, нежели получались изъ него прежде,
то фруктуарій, для распространенія этихъ нововведеній, можетъ
уничтожать виноградники и т. д., безъ прежняго ограниченія,
т. е. не щадя уже болѣе земледѣлія. И такъ, вмѣсто перваго
условія Кейля, мы ставимъ другое, а именно: изъ словъ текста
нашего выходитъ, что фруктуарій сперва долженъ, такъ
сказать, испытать доходность своихъ нововведеній на не-
обработанной части имѣнія; если же они оказались дѣй-
ствительно болѣе доходными, чѣмъ прежніе способы обра-
ботки, то онъ можетъ распространить ихъ и на осталь-

ную, т. е. уже обработанную часть имѣнія. Дозволять, какъ это дѣлаютъ Кейль и другіе, фрунтуарію взять изъ обработанной почвы *только ту или другую часть*, представляется совершенно нераціональнымъ, уже по неопредѣленности самой этой части. Что же значить: ту или другую часть? какую же именно часть фрунтуарій долженъ оставить, какая является какъ *necessaria agri pars*? При подобномъ рѣшеніи вопроса не было бы конца пререканіямъ и спорамъ; Ульпіанъ поэтому не могъ имѣть въ виду его. Обыкновенно юристы видятъ самое значительное отступленіе отъ общихъ правъ фрунтуарія въ томъ, что онъ по fr. 13 § 5 cit. можетъ обратить въ рудникъ часть уже обработанной земли; намъ напротивъ кажется, что это отступленіе лежитъ въ иномъ правѣ, представленномъ фрунтуарію Ульпіаномъ, а именно въ томъ, что онъ *вообще можетъ открывать подобныя устройства и учрежденія.* Если именно во всей строгости примѣнять принципъ *salvae rei substantiae* къ *praedia rustica*, то открытіе каменоломни и т. п., хотя бы въ необработанной части имѣнія должно бы вполне воспрещаться фрунтуарію. Хотя и говорятъ, что занятіе необработанной части земли не представляется измѣненіемъ субстанціи, а входитъ въ права фрунтуарія, такъ какъ онъ можетъ пользоваться всѣми доходами отъ имѣнія¹⁾, однако, какъ бы ни понимать слово: *substantia*, въ смыслѣ ли „матеріальнаго состава вещи“, какъ мы его понимаемъ, или въ смыслѣ „назначенія вещи“, во всякомъ случаѣ такое существенное вліяніе на почву, каковою представляется открытіе каменоломни или рудника, никакъ не совмѣщалось бы со строгимъ понятіемъ *salvae substantiae*. Какъ же отдѣливаться общему фразею о правѣ фрунтуарія получать всѣ доходы, если ему даже запрещается выстроить зданіе въ имѣніи²⁾? Неужели разрываніе земли для

1) См. напр. Noodt. l. c. lib. I cap. VI.

2) fr. 13 § 6 i. f. eod.

рудника представляется менѣ существеннымъ дѣйствіемъ относительно почвы, нежели устройство домика, который легко можно сломать, и тѣмъ возстановить прежній видъ почвы? Намъ на это могутъ сказать: открытіе каменоломни и т. п. есть обыкновенный способъ пользованія *praedio rustico*, а устройство строения превратитъ имѣніе въ *praedium urbanum*. Это возраженіе однако несправедливо, ибо мы говоримъ о постройкѣ дома на необработанной части имѣнія, причемъ остальные части его вполне могутъ сохранить имѣнію характеръ *praedii rustici*. Но дѣйствительно, разрѣшеніе фруктаварію открывать каменоломни и т. п., при невозможности сооруженія какого нибудь строения, показываетъ, что первое дѣйствіе стало входить во времена классическихъ юристовъ въ обыкновенное пользованіе *praedio rustico*, и что слѣдовательно отступленіе отъ строгаго понятія *salvae substantiae*, въ отношеніи къ этому дѣйствію, становилось вообще правиломъ, *хотя и возбуждало еще во времена Ульпіана въ некоторыхъ лицахъ сомнѣнія*. Это видно изъ того, что названный юристъ, когда онъ говоритъ объ открытіи *lapidinarum etc.*, ударяетъ на то, что онъ думаетъ, что оно возможно: *sed ego puto*. Выставленіе мѣстоимѣнія *ego* содержитъ въ себѣ это удареніе, и заставляетъ полагать, что были другіе юристы, которые *non putaverunt ipsum fructuarium lapidicinas etc. instituere posse*. — На только что приведенное выраженіе Ульпіана и выводы, которые слѣдуетъ дѣлать изъ него, никто изъ новѣйшихъ писателей не обратилъ вниманія, вслѣдствіе чего никто и не замѣтилъ, что главное отступленіе отъ принципа *salvae substantiae* заключается въ томъ правѣ, которое даетъ Ульпіанъ фруктаварію въ началѣ известнаго § 5.

Всѣ юристы третьей категоріи, какъ мы видѣли выше, признаютъ, что открывать каменоломни и т. п. на необработанныхъ частяхъ имѣнія фруктаваріей можетъ. Если же допустить это, какъ обыкновенный способъ пользоваться *praedio rustico*, какъ это дѣлаетъ Ульпіанъ, то только стоило сдѣлать еще одинъ

шагъ, чтобы дойти до сказаннаго въ концѣ § 5, въ словахъ *etsi forte etc.* Никто именно не могъ оспаривать у фрунтуарія права, извлекать изъ *praedium rusticum*, предназначеннаго для доставленія доходовъ естественными произведеніями, эти доходы тѣмъ способомъ обработки, который представлялся ему наиболѣе выгоднымъ, если только этотъ способъ принадлежалъ къ общепринятымъ способамъ, хотя бы самъ хозяинъ его и не приѣмлялъ къ имѣнію. Возьмемъ напр. случай, что хозяинъ получалъ изъ имѣнія только хлѣбъ, а между тѣмъ фрунтуарій видитъ, что гораздо болѣе выгодно устроить вмѣсто поля виноградникъ. Конечно никому изъ юристовъ 3-ей группы не вздумается запретить ему такую пережѣну, при которой все-таки сохраняется характеръ имѣнія, какъ доставляющаго естественныя произведенія. Когда же, по мнѣнію Ульпіана и другихъ юристовъ, пользование землей посредствомъ добыванія кроющихся въ нѣдрахъ ея сокровищъ, было признано нормальнымъ способомъ пользованія *praedio rustico*, то послѣдовательно они должны были допустить и замѣну прежнихъ способовъ обработыванія земли таковымъ пользованіемъ. Это и дѣлаетъ Ульпіанъ, но, въ виду сомнѣній другихъ юристовъ по этому вопросу, онъ выставляетъ свое собственное мнѣніе нѣсколько осторожно: *forsitan*, приводя впрочемъ тотчасъ же доводъ, почему онъ держится этого мнѣнія: потому именно что фрунтуарію дозволяется улучшать собственность. Самъ Кейль же говоритъ, что въ словахъ: *etsi forte* и т. д. фрунтуарію предоставляется право на дѣйствія, хотя вредныя для земледѣлія, но приводящія собственность въ лучшее состояніе, вслѣдствіе большой доходности имѣнія. При этомъ онъ выставляетъ этотъ принципъ какъ *общій*; затѣмъ же онъ отказывается отъ этого общаго значенія принципа и отвергаетъ выводы, которые послѣдовательно вытекаютъ изъ него, ограничивая возможность измѣненія способа пользованія имѣніемъ только отдѣльными частями его. Гдѣ же онъ находитъ это ограниченіе въ нашихъ источникахъ? Нарочно высказаннымъ оно не

является нигдѣ, но Кейль выводитъ его изъ того, что въ противномъ случаѣ былъ бы измѣненъ *rodz*, *genus*, вещи, и въ подтвержденіе этого ссылается на fr. 60 и 211 de V. S. ¹⁾, изъ которыхъ будто бы видно, что измѣненіемъ отдѣльныхъ частей имѣнія (*loci*, *agri*) не измѣняется характеръ всего имѣнія (*fundus*); изъ этого онъ выводитъ, вѣроятно *per argumentum e contrario*, что при измѣненіи всѣхъ *loci* или *agri* измѣняется и самый *fundus*. Намъ кажется, что приведенные фрагменты здѣсь не имѣютъ рѣшительно никакого примѣненія. Они только показываютъ, что названія: *fundus*, *locus*, *ager* и т. п. не были точно опредѣлены: *ceterum* ²⁾ *adeo opinio nostra et constitutio locum a fundo separat... et quaelibet portio fundi poterit fundus dici, si jam hoc constituerimus*. Эти различныя названія придавались имѣніямъ, смотря по различнымъ обстоятельствамъ, по желанію самаго хозяина, и т. д. Общія *техническія* названія были: *praedia rustica* и *praedia urbana*; первыя *болшею частію* ³⁾ назывались и *fundi*, и поэтому Ульпіанъ, противопоставляя имъ въ § 7 *aedes*, въ § 4 *sqq.* употребляетъ названіе: *fundus*. И такъ спрашивается: превратится ли *praedium rusticum*—вотъ родовое понятіе—при замѣнѣ полей каменоломнями и т. п., въ *praedium urbanum* или нѣтъ? На этотъ вопросъ мы находимъ отвѣтъ совершенно ясный въ fr. 198 *Dig. de V. S.*, гдѣ тотъ же Ульпіанъ говоритъ, что если земли, къ которымъ онъ причисляетъ даже сады, принадлежащія къ домамъ, виноградники и т. п. „*plurimum in reditu sunt* — *magis haec non*

¹⁾ См. противъ Кейля fr. 9 § 3 h. t. 7, 1, гдѣ именно, по поводу каменоломни и т. п., говорится: *quum totius agri relinquatur ususfructus, non partium*.

²⁾ fr. 60 pr. *Dig. de V. S.*

³⁾ fr. 211 eod. *Fundi appellatione omne aedificium et omnis ager continetur. Fundus въ обширномъ смыслѣ слѣдовательно обозначаетъ вообще то, что мы называемъ недвижимымъ имуществомъ, т. е. равно—praedium.*

sunt urbana.“ Ульпіанъ такимъ образомъ здѣсь прямо выставляетъ какъ характеристическую черту *praedii rustici*, въ противоположность *praedii urbana* — доходность первыхъ, доставленіе ими естественныхъ произведеній¹⁾. На основаніи этого, замѣною одного дохода другимъ, характеръ *praedii rustici* не измѣняется, слѣдовательно и *genus fundi* остается незатронутымъ. Наконецъ, возвращаясь еще разъ къ нашему тексту, мы видимъ, что Ульпіанъ просто говоритъ: *et haec deicere poterit*, относя это мѣстоимѣніе ко всему упомянутому прежде: *vineae, arbusta et oliveta*, безъ всякаго различія.

*Окончательный выводъ нашъ слѣдующій: На основаніи всего сказаннаго мы должны согласиться съ мнѣніемъ Пухты,²⁾ т. е. признать за фрунтуаріемъ право замѣнить каменоломнями, рудниками и т. п. пахатныя поля, виноградники и т. д., которые онъ нашелъ въ *praedium rusticum*, но со слѣдующими условіями: 1) Фрунтуарій можетъ открывать подобныя устройства только въ необработанныхъ частяхъ имѣнія, не задѣвая при этомъ обработанныхъ частей (*si non partem agri necessariam huic rei occupaturus est*). 2) Если открытый имъ способъ пользованія доставитъ больше дохода, нежели тотъ, который прежде былъ примененъ къ имѣнію, то фрунтуарій можетъ распространять рудники и т. п. и на другія, уже обработанныя части земли, замѣняя прежній способъ пользованія новымъ, и распространяя послѣдній на все имѣніе, если это окажется выгоднымъ. 3) Фрунтуарій долженъ имѣть въ виду то, чтобы нововведенія его ни какимъ образомъ не отягощали хозяина имѣнія, напр. тѣмъ, что онъ, по поводу ихъ, долженъ бу-*

¹⁾ Это можетъ служить и объясненіемъ противъ Мадея, который не находитъ въ источникахъ различія между *praedia urbana* и *rustica*, принимаемое другими юристами.

²⁾ Pandecten § 181 Vorlesungen ad h. §, p. 349.

детъ содержать множество рабочихъ и т. п. (§ 6 cit.). Замѣтимъ, что замѣна виноградника или оливковаго сада каменоломнями и т. п., если изъ нихъ однихъ только состоитъ fundus, и по нашей теоріи невозможна, но только не по той причинѣ, которую приводятъ Кейль, Вангеровъ и др. Между тѣмъ именно, какъ эти юристы основываются на томъ, что въ упомянутомъ случаѣ былъ бы измѣненъ родъ вещи (genus rei), при нашемъ воззрѣніи невозможность превращенія, напр. виноградника въ рудникъ, основывается на томъ, что, при представленномъ нами примѣрѣ, не будетъ мѣста, на которомъ предварительно, до уничтоженія виноградника и т. п., фрунтуарій могъ бы испробовать доходность своего нововведенія.

Къ тому же результату, который получили мы, приходитъ и новѣйшій писатель объ узифруктѣ т. е. Крансъ¹⁾. Онъ осуждаетъ различіе, дѣлаемое Вангеровымъ²⁾, между отдѣльными частями имѣнія, въ которыхъ фрунтуарій можетъ замѣнить прежній способъ обработки новымъ, и цѣлымъ имѣніемъ, которое онъ будто бы не можетъ подвергать такому измѣненію. Совершенно справедливо онъ по этому поводу замѣчаетъ: „какое различіе между пользованіемъ отдѣльнымъ виноградникомъ, и землею покрытою виноградникамъ, если она и составляетъ часть большаго имѣнія? Это различіе не можетъ имѣть никакого вліянія на понятіе субстанціи вещи. Способъ эксплуатаціи не составляетъ субстанціи вещи, а то должны бы были запретить во всякомъ случаѣ открытіе каменоломни въ обработанномъ полѣ; притомъ Ульпіаномъ употребляется общее слово fundus.“ Очевидно Крансъ основывается главнымъ образомъ на тѣхъ же доводахъ, которые были приведены и нами. Но онъ не достаточно разъясняетъ ихъ, подобно тому, какъ не разъяснилъ понятія субстанціи и т. д. Между тѣмъ въ этомъ вопросѣ именно, въ виду различныхъ

¹⁾ l. c. p. 74—80.

²⁾ Статья Кейля Крансу очевидно не извѣстна.



миѣній, высказанныхъ въ литературѣ, и въ особенности Кейлемъ (котораго впрочемъ не знаетъ Крансъ), представляется необходимость болѣе обстоятельнаго разъясненія тѣхъ основаній, на которыхъ мы основываемъ противоположную другимъ юристамъ теорію.

Если мы теперь возвратимся къ главному принципу, котораго держались римляне въ ученіи о пользованіи фруктуарія, то онъ, какъ извѣстно, былъ слѣдующій: фруктуарій долженъ пользоваться *boni viri arbitrato*, т. е. согласно съ назначеніемъ вещи, которое опредѣляется обычаемъ. Согласно съ этимъ общимъ правиломъ, фруктуарій, въ виду различной природы и различныхъ качествъ вещей, подмѣченныхъ уже римлянами, долженъ осуществлять свою власть различнымъ образомъ, смотря именно потому, какія вещи составляютъ объектъ или предметъ пользованія. И новѣйшія законодательства, и судебная практика, по примѣру римлянъ, требуютъ, чтобы съ различными вещами обращались различно. Мы изъ этихъ законодательствъ выберемъ то, которое многими считается за образцовое — именно французское, и, при болѣе обстоятельномъ разсмотрѣніи пользованія фруктуарія отдѣльными вещами, при изложеніи римскаго права, укажемъ на нѣкоторыя соотвѣтствующія начала французскаго гражданскаго права. При этомъ разсмотрѣніи мы конечно коснемся однихъ только вещей незамѣняемыхъ и непотребляемыхъ, такъ какъ *quasi ususfructus* долженъ быть разсмотрѣнъ особенно.

Между вещами, которыя могутъ быть предметомъ узупрукта, мы должны различать прежде всего движимыя и недвижимыя; при первыхъ имѣются особенныя правила объ одушевленныхъ и неодушевленныхъ предметахъ; при вторыхъ же замѣчается важное въ этомъ ученіи дѣленіе на *praedia urbana* и *praedia rustica*, и подраздѣленіе послѣднихъ на *praedia voluptaria* и тѣ, *quae ad reditum spectant*. Мы увидимъ, что относительно движимыхъ вещей, *praedia urbana* и *praedia rustica voluptaria*, фруктуарій не имѣетъ никакого права распоряжаться субстанціею; относи-

тельно же втораго вида *praedia rustica*, онъ, какъ видно изъ сказаннаго нами выше, по поводу толкованія fr. 13 § 5 cit., имѣеть это право въ извѣстныхъ размѣрахъ ¹⁾.

А. Пользованіе вещами движимыми неодушевленными.

Разсматривая источники римскаго права, мы по этому предмету въ нихъ находимъ весьма мало, и то только самыхъ общихъ, указаній. Кейль утверждаетъ, что вещи эти вовсе не могутъ быть измѣняемы, и что даже улучшать фруктуаріи ихъ можетъ только на столько, чтобы дѣйствія его не повлекли бы за собою измѣненія ихъ вида и назначенія. Дѣйствительно, такой выводъ можно сдѣлать изъ немногихъ изреченій источниковъ. *Движимыя вещи могутъ быть предметомъ* узуфрукта *либо* въ качествѣ самостоятельныхъ вещей, *какъ единственный, главный объектъ* этого права, въ томъ случаѣ напр., когда отдается въ пользованіе отдѣльный корабль, карета, рабъ, животное и т. д.; или же движимыя вещи являются предметами узуфрукта въ качествѣ принадлежности недвижимаго имѣнія, отдаваемаго въ узуфруктъ, напр. земледѣльческія орудія и скотъ при помѣстьяхъ (*instrumentum fundi*), мебель при домахъ (*instrumentum domus*) ²⁾. *Для всѣхъ* этихъ *движимыхъ вещей*, какъ отданныхъ самостоятельно, такъ и въ качествѣ принадлежностей, имѣется общее, повидимому, правило, которое, по словамъ Ульпіана, было выставлено еще Лабеономъ, а именно: ³⁾ „Et generaliter Labeo ait, in omnibus rebus mobilibus modum eum tenere debere, ne sua feritate vel saevitia ea corrumpat (i. e. fructuarius); alioquin etiam lege Aquilia eum conveniri.“ Хотя, при ближайшемъ разборѣ этого мѣста и сопоставленія его съ предшествующими параграфами (1 и 2), мы замѣчаемъ, что оно

¹⁾ Объ этомъ общемъ правилѣ см. Кейля I. c. § 2.

²⁾ fr. 15 § 6 i. f. D. h. t. 7, 1 (Ulpian.).

³⁾ fr. 15 § 3 eod.

собственно относится только къ одному виду движимыхъ вещей, именно къ самымъ важнымъ по римскому взгляду, т. е. къ рабамъ, однако нѣтъ никакого основанія не примѣнять сказаннаго насчетъ *mancipia* ко всемъ движимымъ вещамъ. Ульпіанъ самъ, употребляя выраженія: *generaliter* и *in omnibus rebus mobilibus*, даетъ намъ понять, что правило, высказанное здѣсь, должно считаться общимъ. Итакъ, въ отношеніи къ движимымъ вещамъ, фрукуарій долженъ обращаться такъ, чтобы онъ ихъ не испортилъ; никакая перемѣна въ нихъ не допускается, за исключеніемъ конечно вышеприведеннаго нами случая, когда хозяинъ употреблялъ движимую вещь не согласно съ тѣмъ назначеніемъ, для котораго она назначена по обычаю, напр. пышную карету употреблялъ для перевозки тяжестей; въ этомъ именно случаѣ, какъ мы сказали, фрукуарій долженъ все-таки пользоваться вещію согласно съ ея назначеніемъ, слѣдовательно отступить отъ способа пользования хозяина. Дѣйствительно, рассматривая самую природу движимыхъ вещей, мы замѣтимъ, что при нихъ, подобно домамъ, на первомъ планѣ стоитъ личное удовольствіе хозяина, и что поэтому при нихъ всякая перемѣна можетъ измѣнить значеніе и сущность вещи.

Что касается до отдѣльныхъ рѣшеній нашихъ источниковъ по поводу движимыхъ неодушевленныхъ вещей ¹⁾, то, сколько намъ извѣстно, въ весьма немногихъ только мѣстахъ упоминается о нихъ, а именно: мы имѣемъ положеніе ²⁾, что при пользованіи *судномъ* или *кораблемъ* фрукуарій можетъ предпринимать съ нимъ всякія цѣлесообразныя дѣйствія; онъ можетъ отправлять судно въ море, хотя при этомъ имѣется возможность крушенія; само собою разумѣется, что онъ долженъ въ этомъ случаѣ дѣйствовать осторожно, какъ разумный человѣкъ, напр.

¹⁾ О слѣдующемъ Крансъ и говоритъ по преимуществу въ отдѣлѣ объ объектахъ узуфрукта; см. его l. c. p. 10 i. f., 11.

²⁾ fr. 13 § 1 D. h. t. 7, 1 (Ulp.) и fr. Vat. § 72 i. f. (изъ Сабина).

относительно выбора шкипера и т. д.; но затѣмъ онъ можетъ пользоваться вполнѣ кораблемъ, согласно съ назначеніемъ его.

Далѣе мы находимъ указаніе на пользованіе *древнею монетою*¹⁾, которая употребляется въ видѣ украшеній, колець (рго gemmis) и т. п. Конечно фруктуарій ею и долженъ пользоваться въ этомъ качествѣ. *Статуи* и *картины* также упоминаются въ источникахъ, какъ предметы узурфрукта²⁾. Пользованіе ими должно состоять въ томъ, чтобы они служили украшеніемъ квартиры фруктуарія; но нѣтъ сомнѣнія, что, согласно съ общими правилами объ уступкѣ exercitii ususfructus, они могутъ быть и уступаемы фруктуаріемъ для такового же пользованія третьимъ лицамъ; тоже надобно сказать и о *посудѣ*³⁾, ваза, при которой опять является общее выраженіе пользованія boni viri arbitrato. При посудѣ, какъ видно изъ противоположнаго рѣшенія Ульпіана, нѣкоторые сомнѣвались, не должно ли пользованіе ихъ быть разсматриваемо не какъ verus, а какъ quasi ususfructus, вѣроятно потому, что она легко ломается. Ульпіанъ же рѣшительно говоритъ, что in vasis verus ususfructus constituitur, и приводитъ основаніе такому рѣшенію. Поэтому относительно узурфрукта въ посудѣ и нѣтъ спора между новѣйшими учеными. Другое же дѣло относительно *платья*; объ узурфруктѣ въ немъ наши источники говорятъ нѣсколько подробно⁴⁾, чѣмъ о другихъ вещахъ. Но мы, съ сожалѣнію, насчетъ этого предмета находимъ противорѣчіе между дигестами и институтами, вслѣдствіе чего между учеными возникла сильнѣйшая контроверза, продолжающаяся со временъ глоссаторовъ до настоящаго времени. Нѣкоторые ученые приняли этотъ вопросъ

1) fr. 28 eod. (Pomponius).

2) fr. 41 Dig. eod. (Marcianus).

3) fr. 12 Dig. usufruct. quemadm. sav. 7, 9 (Ulp.).

4) Ulp. i. fr. 15 § 4 Dig. h. t. 7, 1 и fr. 9 § 3 Dig. quem. usufr. sav. 7, 9 и Inst. § 2 de usufr. 2, 4.

такъ близко въ сердцу, что написали цѣлыя диссертаціи о немъ, напр. Schott: de usufr. vestium. Lipsiae 1770. Намъ кажется, что онъ такого вниманія не заслуживаетъ; и поэтому мы его рассмотримъ совершенно кратко, указывая только на важнѣйшіе пункты, которые здѣсь должны быть принимаемы въ соображеніе. Для ознакомленія же съ подробностями мы указываемъ напр. на Кранса и приведенныхъ у него юристовъ¹⁾. Практическое значеніе вопроса заключается въ слѣдующемъ: если платя будутъ разсматриваемы какъ предметъ veri ususfructus, то фруктуарій, finito usufructu, будетъ обязанъ возвратить только quod inde exstabit, т. е. тѣ же платя, которыя онъ получилъ, хотя бы въ самомъ изношенномъ видѣ; если же ихъ принять за предметъ quasi ususfructus, то фруктуарій долженъ будетъ возвратить новыя платя, т. е. ejusdem qualitatis, въ такомъ видѣ, въ которомъ онъ ихъ самъ получилъ, или же дать деньги согласно оцѣнкѣ платьевъ. — Въ дигестахъ Ульпіанъ ясно говоритъ, что платя должны быть разсматриваемы какъ предметъ veri ususfructus: fr. 9 § 3 Dig. cit: 7, 9: Si vestis ususfructus legatus sit.... non obligari promissorem (т. е. usufructuarium), si eam sine dolo malo attritam reddiderit и fr. 15 § 4 cit: 7, 1: Si vestimentorum ususfructus legatus sit, non sicut quantitatis ususfructus legetur, dicendum est, ita eum uti debere, ne abutatur. Хотя во второмъ мѣстѣ Ульпіанъ указываетъ на возможность разсмотрѣнія ususfructus vestium какъ quasi ususfructus, именно въ словахъ: „non sicut quantitatis ususfructus legetur“, однако изъ перваго фрагмента его явствуетъ, что онъ такой случай разсматриваетъ какъ исключеніе, за общее же правило принимаетъ verum ususfructum vestium. Императоръ Юстиніанъ же въ § 2 I. de usufr. 2, 4

¹⁾ I. с. р. 248. Къ этому см. неприведеннаго у Кранса: Madai: Beiträge zur Dogmengesch. III. Ueber den Niessbrauch an vertretbaren Sachen.

говорить *hae res (i. e. quae ipso usu consumuntur) neque naturali ratione neque civili recipiunt usumfructum. Quo in numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta.* — Итакъ въ источникахъ содержится явное противорѣчіе по этому вопросу. Ученые при разсмотрѣніи его держатся слѣдующихъ 3-хъ направленій:

1) Нѣкоторые отдають пандектамъ предпочтеніе передъ институціями ¹⁾. Важнѣйшіе аргументы ихъ заключаются въ слѣдующемъ: а) *Quasi ususfructus* относится только къ тѣмъ вещамъ *quae usu consumuntur*, т. е. которыя вполнѣ уничтожаются употребленіемъ; если же вещь дѣлается худшею чрезъ употребленіе, то это не можетъ быть причиною исключенія *vergi ususfructus*, на что, между прочимъ, указываетъ обязанность, которую принимаетъ на себя фруктуарій *per cautionem*: „*restituere quod inde exstabit.*“ б) При другихъ юридическихъ отношеніяхъ, въ особенности при отдачѣ на прокатъ, платья разсматриваются какъ *res quae usu non consumuntur*, такъ какъ потребляемыя вещи вовсе не могутъ быть предметами *locationis conductionis*. в) Василики прямо говорятъ, что *ususfr. vestium* есть *verus ususfructus*. — Къ ученымъ этого разряда относятся знаменитые юристы: Куяцій, Донелль, Ноодтъ, Глюкъ и др.

2) Другіе ученые принимаютъ діаметрально противоположное мнѣніе, признавая *узифруктъ* въ платьяхъ, согласно съ институціями, за *quasi ususfructus* ²⁾.

Важнѣйшіе доводы слѣдующіе: а) Платья предназначены къ тому, чтобы защищать отъ холода или жара, или чтобы служить украшеніемъ. Если же они изношены, то они не могутъ удовлетворять ни той, ни другой цѣли, слѣдовательно теряютъ

¹⁾ См. Мадай I. c. § 5: *Der ususfructus vestium der Natur der Sache nach ein verus ususfructus.*

²⁾ *Madai. I. c. § 6. Der ususfr. vestium der Natur der Sache nach ein quasi ususfructus.*

свой характеръ. б) fr. 15 § 4 Dig. cit. приводится въ подтвержденіе этой теоріи однимъ изъ защитниковъ ея, Луденомъ ¹⁾. Этотъ ученый именно утверждаетъ, что вставочное предложеніе: „non sicut ... legetur“, содержитъ въ себѣ взглядъ Ульпіана, по которому usufructus vestium sicut quantitatis ususfructus, т. е. въ качествѣ узуфрукта замѣняемыхъ вещей, долженъ считаться общимъ правиломъ. Справедливо Мадай замѣчаетъ, что толкованіе, противоположное тому, которое даетъ Луденъ, совершенно столько же соотвѣтствуетъ смыслу словъ fr. 15 § 4 D. cit., какъ его объясненіе, и поэтому можетъ быть приведено съ такою же вѣроятностію, съ какою Луденъ принимаетъ свое толкованіе; на основаніи сего цитированное мѣсто ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть приведено какъ доказательство въ этомъ спорномъ вопросѣ. Къ этой категоріи юристовъ относятся изъ извѣстнѣйшихъ ученыхъ: Haubold, Thibaut и самъ Мадай ²⁾. Послѣдній выходитъ изъ той точки зрѣнія, что обращаться для разрѣшенія подлежащаго вопроса къ изслѣдованію самой природы вещей будетъ лишнимъ, такъ какъ законодатель (Юстиніанъ, въ институціяхъ) прямо высказываетъ свой взглядъ насчетъ природы платьевъ. Юстиніанъ именно, какъ видно изъ всего, желалъ въ институціяхъ нарочно отмѣнить пандектное право, т. е. установить quasi usumfructum vestium вмѣсто verus usufructus, который принимался наукою и практикою до изданія институцій. Такое намѣреніе Юстиніана явствуетъ изъ того, что слова: vinum, oleum, frumentum, съ которыми въ институціяхъ сопоставлены vestimenta, часто встрѣчаются у юри-

¹⁾ Luden: Die Lehre v. d. Servituten. Gotha. 1837. § 39 p. 107.

²⁾ См. I. с. § 7: Resultat, p. 174 sqq., въ особенности: p. 177: «Mag nun Justinian's Entscheidung immerhin auf einer unrichtigen und einseitigen Betrachtung der Dinge beruhen, der Richter wird jedenfalls nicht umhin können, den Worten des Gesetzgebers die eigene, vielleicht richtigere, Einsicht zu opfern».

ство; прибавленіе къ нимъ *vestimenta* очевидно указываетъ на желаніе Юстиніана сдѣлать нововведеніе. И по поводу другихъ предметовъ, Юстиніанъ иногда разрѣшаетъ въ однѣхъ только институціяхъ сомнительные вопросы, не издавъ объ этомъ особенной конституціи, напр. по вопросу о томъ, кому должна принадлежать картина, написанная на чужомъ матеріалѣ ¹⁾).

3) Наконецъ большая часть юристовъ, уже со временъ глоссаторовъ, стараются соединить противорѣчащія мѣста источниковъ тѣмъ, что допускаютъ то и другое значеніе *узупрукта* въ платяхъ, смотря по обстоятельствамъ. Такъ напр. глоссаторы ²⁾ различаютъ между платями болѣе и менѣе подверженными порчѣ, между платями предназначенными для ежедневнаго употребленія и праздничными. Посредствующаго же мнѣнія придерживаются Эльверсъ и Крансъ. Первый изъ нихъ ³⁾ приводитъ въ доказательство того, что, и Ульпіанъ, и Юстиніанъ, оба правы въ своихъ взглядахъ, смотря по обстоятельствамъ, слѣдующіе примѣры: если *узупруктъ* установленъ въ собольей шубѣ, которая можетъ служить нѣсколько десятковъ лѣтъ, то это очевидно будетъ *verus ususfructus*; если же онъ устанавливается въ нѣсколькихъ дюжинахъ бѣлыхъ перчатокъ, то это будетъ очевидно *quasi ususfructus*. Но, продолжаетъ Эльверсъ, не всегда такъ легко установить вѣрное рѣшеніе, и тогда требуется большой тактъ, чтобы справедливо рѣшить дѣло. Крансъ же ⁴⁾ говоритъ, что прежде всего вопросъ этотъ рѣшается волею (завѣщателя, вообще установителя *узупрукта*). Мы уже нѣсколько разъ повторили, что это ясно само собою, ибо всѣ постановленія о пользованіи *фруктуарія* — диспозитивныя. Затѣмъ онъ возвращается

¹⁾ § 34 I. de R. D. 2, 1.

²⁾ *Madai l. c. § 2: die Glossatoren. и § 3: Nahe verwandte Ansicht.*

³⁾ I. c. p. 595.

⁴⁾ I. c. p. 252.

къ глоссаторскому дѣленію платьевъ, обращая вниманіе на такія, которыя предназначены для исключительныхъ случаевъ, такъ что ихъ можно сохранить долго въ хорошемъ состояніи. О нихъ то и говорится, по Крансу, въ fr. 15 § 4 Dig. de usufr. ¹⁾, гдѣ именно идетъ рѣчь о платьѣ, употребляемомъ на театрѣ, при дворѣ, при траурѣ; такого рода платья могутъ быть предметомъ истиннаго узупрукта. Но если желаніе завѣщателя, т. е. установителя узупрукта, не можетъ быть узнаваемо такимъ образомъ, то нужно примѣнять § 2 Inst. cit. Это мнѣніе болѣе соотвѣтствуетъ природѣ вещей: узупруктъ платьевъ будетъ именно доставленъ вообще только тѣмъ, кто въ нихъ нуждается; если же узупруктъ будетъ продолжаться 20 лѣтъ (а онъ можетъ продолжаться и болѣе времени), то въ какомъ видѣ будетъ возвращено подобное платье наследнику? Можно ли дѣйствительно предполагать, чтобы завѣщатель хотѣлъ доставить своему преемнику такіе доскутки? Въ этомъ случаѣ скорѣе бы слѣдовало сожалѣть о томъ, кто сдѣлался субъектомъ такого великодушія, нежели завидовать ему.

Мы уже сказали, что долго на этомъ вопросѣ не остановимся, но ограничимся только нѣсколькими соображеніями по поводу него. Прежде всего мы замѣтимъ, что доставленіе въ узупруктъ одного платья будетъ встрѣчаться весьма рѣдко; болѣею частію онъ явится только составною, такъ сказать, частію *ususfructus omnium bonorum*. При послѣднемъ же, какъ намъ кажется, никакъ нельзя предполагать, чтобы имѣлся *quasi ususfructus*, предполагать, чтобы завѣщатель имѣлъ въ виду обязать фруктуарію выдать наследнику новое платье или заплатить, по окончаніи пользованія, по оцѣнкѣ за платья, которыя скоро изнашиваются; относительно же другаго платья (напр. соболья шубы, по примѣру Эльверса) конечно понадобится выдача

¹⁾ Это мѣсто имѣетъ въ виду Крансъ; по ошибкѣ же у него сказано: «c'est le cas du § 5 D. de usufr.».

его наследнику или возвращенію хозяину. Хозяинъ, при установленіи ususfructus bonorum, очевидно имѣетъ въ виду только такое дорогое, долго сохраняющееся платье. Если же разъ случится въ видѣ исключенія, что платье будетъ отдано отдѣльно въ пожизненное владѣніе и пользованіе, то хозяинъ долженъ именно выговорить себѣ, чтобы оно поступало въ quasi-узуфруктъ, если онъ этого желаетъ, такъ какъ нѣтъ положительно никакого основанія принять таковой по природѣ вещей, а у хозяина могло быть много причинъ, по которымъ онъ желалъ доставить платье въ пользованіе, а не въ собственность: хоть для того, чтобы фруктуарій не могъ отчуждать данное ему платье¹⁾. Аналогія другихъ подверженныхъ порчѣ вещей, по нашему мнѣнію, совершенно справедливо приводится защитниками *veri ususfructus vestium*. Возьмите напр. пользованіе каретою, которая уже въ теченіе долгаго времени находилась въ пользованіи хозяина, и которою фруктуарій пользуется еще 20, 30 лѣтъ, такъ что цѣнность ея уменьшается до минимума: вѣдь и здѣсь, чтобы употребить слова Кранса, можно бы болѣе сожалѣть о наследникѣ, нежели завидовать ему, а между тѣмъ, кому придетъ въ голову разсматривать карету, хоть самую старую и изъѣженную, за объектъ quasi-узуфрукта? Вѣдь тогда бы слѣдовало не допускать узуфрукта относительно большей части старыхъ вещей, оставшихся въ наследствѣ.

Сказанное, вмѣстѣ съ тѣми доводами, которые мы привели выше подъ № 1, намъ кажется совершенно достаточнымъ для того, чтобы опровергнуть мнѣніе, по которому, по самой природѣ вещей, какія нибудь платья могли бы быть разсматриваемы какъ предметы quasi-узуфрукта. Что же касается до мнѣнія Мадея, по которому § 2 *Inst. cit.* долженъ быть прижъненъ потому, что Юстиніанъ очевидно въ немъ отмѣняетъ то, что

¹⁾ A in obscuris semper contra eum decernendum est, in cujus fuit potestate conditiones apertius conscribere.

сказано въ пандектахъ, то мы и съ этимъ не можемъ согласиться. Приведеніе *vestimentorum* въ качествѣ *примѣра* въ учебникѣ, никакъ не можетъ, по нашему мнѣнію, считаться рѣшительнымъ доводомъ какого нибудь нововведенія тогда, когда въ пандектахъ весьма ясно и опредѣленно излагается противоположное ученіе, тѣмъ болѣе, что институціи составлены вовсе не такъ тщательно, чтобы въ нихъ не могъ бы встрѣчаться какой нибудь невѣрный примѣръ.

И такъ, по нашему мнѣнію, платью должно считаться предметомъ истиннаго узуфрукта, и къ нему должно быть примѣнено правило о возвращеніи *finito usufructu ejus, quod inde exstabit*. Конечно это можетъ быть измѣнено по желанію контрагентовъ, и сюда относятся слова Ульпіана: „*si non sicut quantitatis usus fructus legetur*“.

Затѣмъ, относительно пользованія платьями, Ульпіанъ говоритъ, что, за исключеніемъ только что упомянутаго случая (въ которомъ именно на фруктуаріа переходитъ собственность въ платьѣ), фруктуарій долженъ вообще пользоваться платьемъ, какъ заботливый хозяинъ — *ne abutatur*, т. е. такъ, чтобы онъ не употреблялъ во зло платья. Въ § 5 онъ приводитъ нѣкоторые виды платьевъ и указываетъ, что ими долженъ пользоваться фруктуарій подобно тому, какъ пользовался ими хозяинъ. Если узуфруктъ установленъ въ театральномъ гардеробѣ (*scenica vestis*), то только на сценѣ и можетъ его употреблять фруктуарій. Юристъ однако разрѣшаетъ отдавать такое платье, а также траурное, на прокатъ за извѣстное вознагражденіе, хотя бы завѣщатель самъ имѣлъ обыкновеніе отдавать его только въ ссуду (т. е. безмездно). Между *locatio conductio* и *commodatum* здѣсь не дѣлается различія именно потому, что при обоихъ контрактахъ вещь переходитъ въ чужія руки. Если же хозяинъ не имѣлъ обыкновенія отдавать свои платья другимъ лицамъ, напр. въ ссуду, то фруктуарій также не имѣетъ этого права.

В. ПОЛЬЗОВАНИЕ ВЕЩАМИ ДВИЖИМЫМИ ОДУШЕВЛЕННЫМИ.

Постановленія нашихъ источниковъ по этому предмету касаются главнымъ образомъ одного вида вещей — *рабовъ* ¹⁾.

Общее правило относительно пользованія ими заключается въ томъ, что *фруктуарій долженъ имѣть въ виду способъ пользованія хозяина*. Такъ какъ рабъ могъ быть употребляемъ на самыя разнообразныя дѣйствія и услуги, то а ргіогі нельзя было опредѣлить назначеніе его, а оно выяснялось именно тѣми работами, на которыя его употреблялъ хозяинъ; употребленіе его къ чему нибудь другому, поэтому тутъ было бы равносильно измѣненію назначенія раба ²⁾. Фруктуарій не имѣлъ права на это, хотя бы другой способъ пользованія, чѣмъ тотъ, который былъ примѣненъ хозяиномъ, доставлялъ властителю гораздо болѣе выгодъ и доходовъ. Такъ напр. либрарія, т. е. писца, бухгалтера, нельзя было употреблять въ качествѣ разсыльнаго или носильщика, или музыканта въ качествѣ дворника и т. п. Этому общему правилу однако, повидимому, противорѣчить то, что говоритъ Ульпіанъ въ другомъ мѣстѣ ³⁾, а именно что фруктуарій можетъ научить раба напр. какому нибудь ремеслу, и затѣмъ пользоваться дѣйствіями его по этому ремеслу. Однако мы должны обратить вниманіе на оговорку, которая дѣлается здѣсь въ словахъ: *cujus testator quasi vacuo ministerio utebatur*. Что значить *ministerium quasi vacuum!* Ноодтъ, и за нимъ Глюкъ ⁴⁾, полагаютъ, что тутъ идетъ рѣчь о рабѣ, употребляемомъ господиномъ на простыя домашнія и полевныя работы, рабѣ, который обыкновенно обозначается словомъ: *mediastinus*. Этотъ взглядъ однако, кажется, неспра-

¹⁾ См. Noodt. l. c. lib. I c. XVI.

²⁾ fr. 15 § 1 Dig. h. t. 7, 1 (Ulp.): *mancipiis (i. e. servis) debet secundum conditionem (т. е. назначеніе) eorum uti.*

³⁾ fr. 27 § 2 D. eod.

⁴⁾ Erläut. d. Pand. IX p. 238.

ведливъ¹⁾. Если именно употребленіе раба-актера въ качествѣ напр. сторожа и т. п., считалось измѣненіемъ предмета и уничтожало узурфруктъ (fr. 12 § 1 Dig. quib. mod. ususfr. 7, 4 Ulp.), то нѣтъ никакой причины принять, чтобы, по fr. 27 § 2 cit., превращеніе раба, предназначеннаго для полевыхъ работъ, въ ремесленника, не измѣняло назначенія его. Между тѣмъ оба приведенныя мѣста принадлежатъ Ульпіану, и заимствованы изъ одного и того же его сочиненія: *libri ad Sabinum*, такъ что о противорѣчій тутъ очевидно не можетъ быть рѣчи. Эльверсъ²⁾ понимаетъ слова Ульпіана въ fr. 27 § 2 cit. такъ: „рабъ, который еще не былъ приученъ ни къ какой опредѣленной службѣ“. Мы же склоняемся къ такому толкованію, по которому *vacuus* здѣсь соотвѣтствуетъ слову: *liber*, свободный, а *ministerium vacuum* — свободная служба, т. е. въ противоположность низкимъ рабскимъ работамъ. Рабъ, *cujus ministerium est vacuum*³⁾, слѣдовательно такой, котораго господинъ употреблялъ для исполненія различныхъ порученій, основанныхъ на особенномъ довѣрїи; этимъ господинъ указалъ на то, что хотѣлъ дать такому рабу высшее, отличное отъ простыхъ рабовъ — работниковъ положеніе. Если я вмѣсто хорошаго полеваго работника или домашняго слуги возвращаю писца, то я, по римскимъ взглядамъ, даю иную вещь, нежели я получилъ; если же рабъ, который хотя и не обучался у хозяина особенному искусству или ремеслу, но считался со стороны его стоящимъ выше обыкновенныхъ работниковъ, получилъ такое образованіе у фруктуарія, то послѣд-

¹⁾ Разсмотрѣніе этого вопроса можетъ показаться излишнимъ, т. е. чисто антикварнымъ. Это однако на дѣлѣ не такъ. Правила о рабахъ именно часто даютъ возможность узнавать общія начала для пользованія и другими движимыми вещами.

²⁾ I. c. p. 473: «*der seither für keinen besonderen Dienst ausgebildet ist*».

³⁾ Ноодтъ говоритъ: *si vacuum est servi ministerium, quia non est a domino assignatus uni arti vel officio*.

ній собственно только исполнилъ молчаливое желаніе хозяина. Принимая такое толкованіе¹⁾, мы избѣгаемъ противорѣчія, неизбѣжныя при другомъ объясненіи, и возвращаемся опять къ тому принципу пользованія *boni viri arbitrato*, по которому это пользованіе, при движимыхъ вещахъ, должно имѣть мѣсто по возможности согласно съ назначеніемъ, даннымъ вещи хозяиномъ. Итакъ, это объясненіе, намъ кажется самымъ соотвѣтствующимъ, хотя, какъ справедливо замѣчаетъ Эльверсъ²⁾, и въ этомъ вопросѣ нельзя опредѣлить всего съ полною точностію, „такъ какъ для опредѣленія того, какія именно обязанности и службы рабовъ несовмѣстны однѣ съ другими, необходимо точное знаніе домашней жизни римлянъ“.

Какъ дополненіе правъ фруктуарія въ отношеніи къ рабу, мы встрѣчаемъ въ источникахъ право его наказывать. По началу, высказанному въ *fr. 23 § 1 Dig. hit. 7, 1*, именно для того, чтобы фруктуарій имѣлъ возможность дѣйствительно пользоваться рабомъ и извлекать изъ его дѣйствій всѣ выгоды, онъ долженъ имѣть право, въ случаѣ необходимости, принуждать рабовъ къ такимъ дѣйствіямъ. Онъ поэтому и имѣетъ *jus modicae castigationis*, но не долженъ злоупотреблять этимъ правомъ: наказанія его должны быть умѣренныя, такъ сказать, дисциплинарныя взысканія; они не должны вредно вліять на здоровье раба, оставлять на немъ постоянные слѣды, напр. фруктуарій не долженъ подвергать рабовъ пыткамъ, причинять имъ раны и увѣчья³⁾. Касательно же ущерба, причиненнаго ра-

¹⁾ Его же, кажется, держится Гейманъ: *Handlexicon zu den Quellen des R. R.*, когда онъ слово *vacuus* во второмъ значеніи (2, а) выставляетъ равнозначительнымъ со словомъ: *liber*, и въ примѣръ такого значенія *vacuus* приводитъ именно наше мѣсто *fr. 27 § 2 cit.*

²⁾ *l. c. p. 474.*

³⁾ *fr. 17 § 1, fr. 23 § 1 Dig. h. t. Pauli Rec. Sent. III, 6, § 23. Vat. fragm. § 72.*

бомъ фрукутарію, послѣдній имѣеть въ отношеніи къ хозяину такой же искъ, *actio poxalis*, какъ всякое постороннее лицо, потерпѣвшее вредъ отъ дѣйствій раба.

Наконецъ въ источникахъ еще говорится о пользованіи *скотомъ*. Право фрукутарія можетъ быть установлено во всякихъ животныхъ, полезныхъ человѣку, и по аналогіи съ рабами (хотя это не высказано нарочно въ источникахъ), и въ такихъ животныхъ, которыя назначены хозяиномъ не для работъ, но научены напр. извѣстнымъ фокусамъ и т. п.; но конечно тогда фрукутарій только и можетъ пользоваться животными согласно съ этимъ назначеніемъ ихъ. Были юристы, которые доводили принципъ пользованія движимыми вещами согласно съ назначеніемъ, даннымъ вещи хозяиномъ, до той крайности, что примѣняли къ животнымъ, высказанное въ fr. 15 § 4 cit. относительно платвевъ, запрещеніе, отдавать ихъ вообще въ наймы, на прокатъ; они допускали такую отдачу со стороны фрукутарія только тогда, когда самъ хозяинъ имѣлъ обыкновеніе отдавать свои вещи на прокатъ, или же когда онъ зналъ, что будущій фрукутарій занимается подобнымъ ремесломъ. Однако ссылка ¹⁾, которая приводится этими юристами въ подтвержденіе ихъ мнѣнія, не умѣстна. Въ приведенномъ мѣстѣ дѣйствительно разрѣшается лицу, получившему право пользованія, и очевидно только въ видѣ исключенія на тотъ случай, когда хозяинъ зналъ, что онъ занимается отдачею лошадей на прокатъ; таковая отдача; но въ приведенномъ мѣстѣ говорится о *лицѣ, пользующемся не на правѣ узуфрукта*, а въ качествѣ *узуарія* (*equitii usu legato; cui usus equorum relictus est*). Въ примѣненіи къ нему, конечно, возможность отдачи лошадей на прокатъ представляется исключеніемъ.

Мы еще находимъ въ источникахъ особенности по поводу узуфрукта въ животныхъ, а именно въ отношеніи къ обязанности фрукутарія *стада*, замѣнить выбывающія животныя по-

¹⁾ fr. 12 § 4 Dig. de usu et habit. 7, 8 (Ulp.).

вами, и т. п. Этот вопрос мы оставляем пока, и скажемъ о немъ ниже, при разсмотрѣннн права фрукуарія на плоды.

Вотъ тѣ немногія положенія, которыя мы находимъ въ римскихъ источникахъ относительно узуфрукта въ движимыхъ вещахъ. Разсмотрѣнне ихъ и приводитъ насъ къ изложенному выше правилу: что пользованіе движимыми вещами должно происходить согласно съ назначеніемъ, даннымъ вещи хозяиномъ.

Обращаясь теперь къ французскому праву, мы замѣчаемъ, что и оно по этому предмету не даетъ болѣе опредѣленій, что, впрочемъ, совершенно естественно, если припомнить сказанное выше — что именно разсматриваемый вопросъ собственно не есть чисто юридическій, а болѣе фактическій, экономическій. Если сдѣлка, которою устанавливается узуфруктъ (*le titre constitutif*), не содержитъ въ себѣ особенныхъ точныхъ опредѣленій о пользованн, то французское право ограничивается слѣдующими немногими опредѣленіями: 1) „*l'usufruitier a le droit de jouir comme le propriétaire lui même*“¹⁾ и 2) „*si l'usufruit comprend des choses qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage, comme du linge, des meubles meublans, l'usufruitier a le droit de s'en servir pour l'usage auquel elles sont destinées, et n'est obligé de les rendre, à la fin de l'usufruit, que dans l'état où elles se trouvent, non détériorées par son dol ou par sa faute*“²⁾. При разсмотрѣннн этихъ статей мы прежде всего видимъ, что французское законодательство старалось по возможности менѣе удалиться отъ римскаго. Это выходитъ изъ того, что и здѣсь общее правило: *l'usage auquel les choses sont destinées* — т. е. *par le propriétaire*. Изъ этого затѣмъ юристы дѣлаютъ выводъ, что фрукуарій, которому, напр. по завѣщанію, досталось бѣлье, мебель и т. п., не можетъ употреблять ихъ въ гостинницѣ, которую онъ открываетъ, если

¹⁾ art. 578.

²⁾ art. 589.

эти вещи служили хозяину только для его личных потребностей. На это повидимому еще указывают слова: *s'en servir*, т. е. онъ можетъ самъ, лично, пользоваться этими вещами. Но едвали можно согласиться съ этимъ ограниченіемъ. Еслибы принять его, то узурфуетъ въ приведенныхъ вещахъ ничѣмъ не отличался бы отъ простаго пользованія (*usus, usage*). Впрочемъ въ пользу ограниченія опять говоритъ art. 578: *jouir comme le propriétaire lui même*. Затѣмъ согласіе съ римскимъ правомъ выходитъ и изъ того, что фруктуарій, по art. 589, обязывается возвратить вещи *dans l'état où elles se trouvent* (*quod inde exstabit*), т. е. не отвѣчаетъ за ухудшенія, происшедшія только отъ вліянія времени или отъ нормальнаго употребленія вещей. Одинъ вопросъ, который, какъ мы видѣли, по римскому праву споренъ, разрѣшенъ во французскомъ: такъ какъ въ *Code Civil*, при приведеніи примѣровъ вещей потребляемыхъ, не упоминается о платьѣ, а напротивъ того, между вещами непотребляемыми приводится бѣлье, то очевидно платья французскимъ законодательствомъ отнесены совершенно рационально къ послѣднему виду вещей, и узурфуетъ, установленный въ отношеніи къ нимъ, есть истинный (*verus ususfructus*). Таковъ нашъ выводъ изъ приведенныхъ статей французскаго кодекса. Французскій ученый Прудонъ¹⁾ не довольствуется такимъ простымъ разрѣшеніемъ вопроса о пользованіи движимыми вещами. „*La nature des choses nous conduit elle-même à admettre une grande différence entre l'usufruit des immeubles et celui des meubles*“. Выходя изъ этой точки зрѣнія, онъ устанавливаетъ правила, которыя мы напрасно станемъ отыскивать въ источникахъ; но онъ ихъ выводитъ изъ: „*la nature des choses*“. Относительно извѣстныхъ движимыхъ вещей именно, по мнѣнію Прудона, можно сказать, что онѣ имѣютъ только какъ бы временное и переходное существованіе (*une existence fugitive et passagère*) въ рукахъ

¹⁾ I. c. t. III § 1061.

хозяина, и что съ ними не сопряженъ никакой нравственный интересъ (*auscip grâs d'affection*). Сюда относятся тѣ вещи, которыя болѣе или менѣе уничтожаются подъ вліяніемъ времени: бѣлье, платье, различныя вещи, употребляемыя въ хозяйствѣ (посуда и проч.), ремесленныя орудія и т. п. Прудонъ въ такихъ вещахъ видитъ нѣчто среднее между вещами замѣняемыми и незамѣняемыми. Отличіе ихъ отъ послѣднихъ заключается въ томъ, что при этихъ, какъ бы среднихъ, вещахъ, фруитуарій имѣетъ право затрогивать самую сущность вещи, субстанцію ея, тѣмъ, что онъ употребленіемъ, даже вполне нормальнымъ, низводитъ цѣнность ихъ до нуля; такъ какъ ему достаточно для исполненія своихъ обязанностей возратить хоть самыя жалкіе остатки такихъ вещей, то нѣтъ основанія требовать, чтобы онъ сохранялъ ихъ. *Изъ всего этого вытекаетъ, что фруитуарій имѣетъ право продавать такія вещи, тѣмъ болѣе что онъ этимъ даже улучшаетъ положеніе хозяина, который, вмѣсто нѣсколькихъ, ни къ чему негодныхъ, лоскутковъ, получить полную денежную цѣнность вещи.* Иное же слѣдуетъ сказать напр. относительно обоевъ, кроватей, мебели вообще, картинъ, драгоценныхъ металловъ и камней, которые всѣ могутъ служить весьма долго. Но и для тѣхъ вещей, относительно которыхъ допускается возможность продажи, Прудонъ въ слѣдующемъ параграфѣ выставляетъ исключеніе — именно на тотъ случай, когда uzufructъ установленъ только на весьма краткое время.

Очевидно, что выставленное Прудономъ положеніе не имѣетъ рѣшительно никакого основанія. Не говоря уже о томъ, что бѣлье именно упоминается въ кодексѣ между предметами истиннаго uzufructa, весьма страннымъ представляется предположеніе, будто бы въ платьѣ напр. хозяинъ не могъ имѣть такого же нравственнаго интереса, какъ, положимъ, въ обояхъ. Затѣмъ ни римское, ни французское право, не дѣлаютъ ни малѣйшаго намека на институтъ, который стоялъ бы между *verus* и *quasi ususfructus*, и каковой именно хочетъ ввести здѣсь Прудонъ.

Этот ученый именно самъ утверждаетъ, что при „среднихъ“ вещахъ собственность не переходитъ на фруктуарія, что, слѣдовательно, не является *quasi ususfructus*, но съ другой стороны подобное пользованіе и не подходитъ подъ *verus ususfructus*, при которомъ фруктуарій получаетъ только пользованіе вещью, а не право отчужденія ея. Да наконецъ, какое же отчужденіе можетъ быть со стороны лица, не имѣющаго собственность въ отчуждаемой имъ вещи?! Какъ же Прудонъ впередъ опредѣляетъ, что для хозяина полученіе цѣнности вещи будетъ болѣе выгоднымъ, нежели возвращеніе самой вещи, хотя бы и только остатковъ ея? Мы привели эту курьезную мысль Прудона опять только какъ примѣръ того, до какихъ неразумныхъ выдумокъ иногда доходятъ юристы, увлекаясь предвзятою мыслию. Конечно нельзя согласиться и съ разсужденіемъ Прудона на счетъ возможности отчужденія скота, отданнаго въ *узупруктъ*¹⁾.

Мы обратимся теперь къ разсмотрѣнію пользованія недвижимыми вещами.

С. Пользованіе такъ называемыми *praedia urbana*.

При нихъ мы можемъ различать два вида, а именно: 1) пусто-порожнія мѣста и 2) зданія, строенія, дома. Относительно обоихъ мы имѣемъ довольно точно опредѣленные правила въ нашихъ источникахъ.

1) *Пустопорожнія мѣста*, *areae*, должны непременно оставаться совершенно въ томъ же видѣ у фруктуарія, въ которомъ находились у хозяина. Фруктуарій не имѣетъ права возводить на нихъ постройки, ввести запашку и т. п.²⁾ Застроенное мѣсто уже не будетъ *area*, а это будетъ *aedificium*, пахатное поле, будетъ *praedium rusticum*; слѣдовательно при дѣйствіяхъ фруктуарія, подобныхъ упомянутымъ, предметъ *узупрукта* исчез-

1) Proudhon. l. c. III § 1100 sqq.

2) Paulus Rec. Sent. III, 6, § 21: *Areae usufructu legato aedificia in eo constitui non possunt.*

нетъ и будетъ замѣненъ другимъ. Выставленное правило безусловно; нельзя считать за исключеніе то, что въ случаѣ, если мѣстомъ, отданнымъ въ узуфруктъ, нельзя пользоваться безъ легкой постройки, возведеніе таковой разрѣшается фруктуарію¹⁾.

Прежде всего именно надобно замѣтить, что въ приведенномъ фрагментѣ собственно не говорится о томъ, что обыкновенно разумѣется подъ застройкою мѣста, но о возведеніи временнаго, легко разбираемаго помѣщенія — будки. Нельзя строить *domum*, *aedificium*, а можно поставить *casam*, хижину, домикъ. Затѣмъ извѣстно общее правило, по которому хозяинъ долженъ допускать всѣ тѣ дѣйствія фруктуарія, безъ которыхъ не было бы возможно осуществить право узуфрукта (а хижина, будка необходима, чтобы стеречь напр. склады дровъ, и т. д. на *ager*). Въ этихъ видахъ источники даже доходятъ еще далѣе, нежели до разрѣшенія поставить хижину, а именно они допускаютъ, чтобы фруктуарій на пустопорожномъ мѣстѣ построилъ и большія зданія: амбары напр., если *ager* представляетъ собою часть другаго имѣнія, *fundus*, а для сохраненія напр. плодовъ, получаемыхъ изъ этого имѣнія, окажется необходимою такая, болѣе значительная постройка²⁾. Намъ кажется, что это можно распространить и на погреба, давальню и другія необходимыя строенія, которыя могутъ быть сооружаемы фруктуаріемъ въ случаѣ, когда главный *fundus* будетъ виноградникъ. Во всѣхъ же другихъ случаяхъ застройка *agerae* воспрещена, и хозяинъ можетъ воспрепятствовать такому дѣйствію фруктуарія, если онъ узнаетъ объ этомъ намѣреніи. Но можетъ явиться слѣдующій интересный случай: хозяинъ, не зная о на-

¹⁾ fr. 73 Dig. h. t. 7, 1: (Pomponius): Si areae ususfructus legatus sit mihi, posse me casam ibi aedificare custodiae causa earum rerum, quae in area sint.

²⁾ fr. 13 § 6 Dig. h. t. 7, 1: (Ulp.): nec aedificium positurum in fundo, nisi quod ad fructum percipiendum necessarium sit.

мѣреніи фруктуарія, не обращалъ вниманія на его дѣйствія, и явился на мѣсто только тогда, когда уже постройка была вполнѣ окончена. Эксперты же свидѣтельствуютъ, что построенное фруктуаріемъ зданіе весьма выгодно и для хозяина. Можетъ ли хозяинъ въ этомъ случаѣ требовать, чтобы узуфруктъ былъ признанъ уничтоженнымъ? Нѣтъ никакого сомнѣнія, что отвѣтъ, при наличности указанныхъ обстоятельствъ, долженъ быть положительный, а именно на основаніи вышеприведеннаго фрагмента, по которому теперь уже не существуетъ предмета узуфрукта, агеа, такъ какъ этотъ предметъ замѣненъ новымъ — *aedificiо* ¹⁾. Притомъ, прекращеніе узуфрукта здѣсь должно имѣть обратную силу, т. е. считается съ самаго момента начатія постройки, потому что дѣйствіе фруктуарія уничтожаетъ *ipso jure* его право. Практическое значеніе только что сказаннаго выражается напр. въ томъ, что деньги, полученные фруктуаріемъ за отдачу въ наемное содержаніе выстроеннаго имъ дома, должны быть выданы вполнѣ хозяину, сверхъ остальнаго вознагражденія, но конечно съ тѣмъ, чтобы при этомъ имѣлись въ виду правила о вознагражденіи за издержки необходимыя и полезныя. Никакъ нельзя согласиться съ тѣми учеными ²⁾, которые противъ того взгляда, что съ возведеніемъ постройки узуфруктъ агеае прекращается, приводятъ какъ аргументъ, что нельзя считать фруктуарія отказавшимся отъ своего права на основаніи дѣйствія, которымъ онъ хотѣлъ улучшить свое положеніе и доставить себѣ большія выгоды. Въ разсматриваемомъ вопросѣ именно вовсе не идетъ рѣчь о субъективныхъ желаніяхъ фруктуарія, а объ объективныхъ основаніяхъ прекращеніе узуфрукта, уничтоженіемъ предмета его: Если же, для поддержанія этого невѣрнаго взгляда, юристы стараются истолковывать приведенное мѣсто источниковъ (*fr. 5 cit.*) такъ, что оно гово-

¹⁾ Ulp. i. fr. 5 § 2 Dig. quib. mod. ususfr. amitt. 7, 4.

²⁾ Proudhon. l. c. III § 1024,

рить только о томъ случаѣ, когда постройка сдѣлана самимъ хозяиномъ (завѣщателемъ), до открытія узурфрукта, то это ложное толкованіе опровергается тѣмъ, что въ § 2 cit. какъ основаніе прекращенія права приводится слѣдующее: *rei mutatione interire usumfructum placet*, а въ § 3 именно говорится: „*si in area aedificium positum sit, rem mutari constat*“. Если же разъ фруктуарій, въ силу вышеприведеннаго исключенія, возвелъ постройку, напр. *casam custodiae causa* или *aedificium fructuum percipiendorum gratia*, то нѣтъ сомнѣнія, что онъ уже не можетъ снять этого строенія. Постройка, разъ сдѣланная, именно юридически соединяется въ одно съ самою почвою, и поэтому *per accessionem* дѣлается собственностію хозяина *areae*: *sed si quid inaedificaverit, postea eum neque tollere hoc neque refigere posse* ¹⁾. Онъ въ противномъ случаѣ разрушалъ бы уже чужую вещь.

2) *Зданія и строенія вообще: domus, aedes, aedificia.*

При пользованіи ими фруктуарій по римскому праву подвергается величайшимъ ограниченіямъ. Мы здѣсь можемъ, на основаніи нашихъ источниковъ, различать два случая, которые ими подводятся подъ понятіе распоряженія вещію, и поэтому вызываютъ отвѣтственность фруктуарія. Именно: 1) тотъ, который мы видѣли и при движимыхъ вещахъ, въ особенности при рабахъ, т. е. когда, хотя бы съ сохраненіемъ матеріала предмета совершенно неприкосновеннымъ, измѣненіе вещи проявляется въ томъ только, что предмету узурфрукта фруктуаріемъ придается *другое назначеніе*, въ сравненіи съ тѣмъ, которое онъ имѣлъ при хозяинѣ. 2) Случай, относящійся *исключительно* къ зданіямъ, такъ какъ онъ немислимъ при одушевленныхъ, напр. движимыхъ вещахъ: измѣненіе въ самомъ устройствѣ вещи, касающееся непосредственно матеріальнаго состава ея. Относительно обоихъ случаевъ въ источникахъ выста-

¹⁾ fr. 15 pr. Dig. h. t. 7, 1. См. и art. 599 Code Civil.

властятъ слѣдующее безусловное правило: узупфруктуарію запрещаются всякія дѣйствія, которыя могли бы породить одинъ изъ приведенныхъ случаевъ.

Касательно перваго случая именно источники выходятъ изъ того общаго положенія, что строенія имѣютъ главною своею цѣлю служить жилищами для людей, такъ что фрукутарій дома вообще получаетъ только право жить въ немъ лично или отдавать его въ наемное содержаніе въ качествѣ квартиры¹⁾. Вслѣдствіе этого, всякое другое пользованіе домою возможно только тогда, когда оно было введено уже хозяиномъ. Вотъ почему даже безвредное, само по себѣ, пользованіе домою — открытіе въ немъ лавки или магазина — допускается только тогда²⁾, когда уже хозяинъ имѣлъ лавку въ этомъ домѣ. Но въ этомъ случаѣ фрукутарій можетъ открыть и новый промыселъ въ домѣ, торговать въ немъ иными товарами, чѣмъ хозяинъ, и отдавать его въ наймы подъ магазинъ: хозяинъ именно, самъ имѣя тамъ лавку, этимъ далъ дому особенное назначеніе, отступающее отъ общаго назначенія строеній — служить жилищами. Но само собою разумѣется, что фрукутарій и въ этомъ случаѣ не можетъ воспользоваться домою для торговли вредными, напр. легко воспламеняющимися, веществами, или такими, которыя портятъ воздухъ и т. п. Конечно, тѣмъ менѣе возможно въ домѣ устройство напр. бани, гостинницы и т. п. Даже въ томъ случаѣ, если въ домѣ уже находилась баня, она фрукутаріемъ не можетъ быть превращена изъ частной въ публичную³⁾. Касательно же втораго изъ указанныхъ выше случаевъ римское право выставляетъ также весьма строгія начала, а именно: фрукутарій не въ правѣ измѣнить, хоть въ какомъ нибудь отношеніи, домъ.

¹⁾ fr. 13 § 8 Dig. h. t. 7, 1: oportebit quasi domum locare fr. 7 § 1 Dig. h. t. 7, 1. (Ulp.) art. 559 d. Code Civil.

²⁾ fr. 27 § 1 Dig. eod. (Ulp.).

³⁾ fr. 13 § 8 Dig. h. t. 7, 1 (Ulp.).

Въ прииѣненіи къ строеніямъ выраженіе: *substantia* принимается въ такомъ тѣсномъ смыслѣ, что безусловно запрещается всякое дѣйствіе, хоть самымъ ничтожнымъ образомъ, касающееся матеріала, изъ котораго построены домъ; это запрещеніе относится даже къ тому случаю, когда дѣйствіе будетъ предпринято фруктуаріемъ для улучшенія дома, наконецъ даже къ тому, когда соотвѣтствующее дѣйствіе представлялось необходимымъ для дѣйствительнаго пользованія домою.

Главные мѣста, сюда относящіяся, слѣдующія: fr. 13 § 7 и 8 Dig. hit. 7, 1 ¹⁾: *Sed si aedium ususfructus legatus sit..... neque diaetas transformare, vel conjungere, aut separare ei permittetur, vel aditus posticasve vertere, vel refugia aperire, vel atrium mutare, vel viridaria ad alium modum convertere; excolore enim, quod invenit, potest qualitate aedium non immutata. Item Nerva, eum, cui aedium ususfructus legatus sit, altius tollere non posse, quamvis lumina non obscurantur, quia tectum magis turbatur; quod Labeo etiam in proprietatis domino scribit. Idem Nerva, nec obstruere eum posse § 8. Item si domus ususfructus legatus sit, meritoria illic fructuarius facere non debet, nec per coenacula dividere domum; atqui locare potest, sed oportebit quasi domum locare, nec balneum ibi faciendum est.....* И такъ, фруктуарій не имѣетъ права ни на измѣненіе распредѣленія комнатъ, ни на перемѣщеніе дверей, ни на открытіе подземныхъ ходовъ, ни на измѣненіе въ саду травниковъ, ни на поднятіе дома пристройкою этажа и т. д. Последнее дѣйствіе Лабейонъ даже не хочетъ допустить со стороны хозяина, такъ какъ этимъ измѣняется характеръ дома. Но, съ другой стороны, фруктуарій можетъ украшать домъ, который онъ получилъ вполне готовымъ и устроеннымъ для жилища: *excolere enim quod invenit*. Съ этою цѣлію, т. е. для украшенія, онъ можетъ выкрасить стѣны, поставить картины, придѣлывать

¹⁾ См. также fr. 44, fr. 61 eod.

мраморныя украшенія, статуи и т. п. „*Nerva filius et lumina immittere eum posse ait; sed et colores, et picturas, et marmora poterit, et sigilla, et si quid ad domus ornatum*“. Въ этихъ словахъ, заимствованныхъ также изъ fr. 13 § 7 cit., только одно изъ правъ, доставляемыхъ фруктуарію Первою, представляетъ собою уклоненіе отъ общаго правила, а именно то, что фруктуарій можетъ lumina immittere, т. е. вдѣлывать окна тамъ, гдѣ ихъ не было. Уже Ноодтъ¹⁾ обратилъ вниманіе на то, что это право совершенно не соответствуетъ ограниченіямъ, которымъ вообще подверженъ фруктуарій дома, на основаніи нашихъ источниковъ. Онъ старается уничтожить противорѣчіе въ этомъ случаѣ тѣмъ, что придаетъ словамъ lumina immittere, въ данномъ мѣстѣ, смыслъ: lumina tueri. Такое толкованіе однако, какъ уже замѣтилъ Глюкъ²⁾, совершенно произвольно, и не соответствуетъ смыслу, который въ источникахъ вообще связывается съ приведеннымъ выраженіемъ. Намъ кажется, что право: lumina immittere, если разсмотрѣть его пристальнѣе, вовсе не представляется столь важнымъ отступленіемъ, какъ это можетъ казаться съ перваго взгляда. Устройство новыхъ окошекъ не измѣняетъ самого пользованія, если оно не сопряжено съ другими измѣненіями въ домѣ, напр. съ открытіемъ новыхъ комнатъ въ мѣстахъ, которыя до тѣхъ поръ не могли служить жилыми комнатами по недостатку свѣта. Открытіе окошекъ, съ сохраненіемъ прежняго внутренняго распредѣленія квартиры, только можетъ сдѣлать имѣющееся уже пользованіе болѣе удобнымъ; притомъ заложить окна вещь весьма нетрудная, такъ что возможное возстановленіе дома, совершенно въ прежнемъ видѣ, является при этомъ удобнымъ. Нерва дѣйствительно сопоставляетъ immissio luminum съ сооружеиіемъ другихъ украшеній

¹⁾ l. c. lib. I c. 11.

²⁾ l. c. p. 236 пр. 72.

дома (*ad domus ornatum*)¹⁾. Отъ окончательнаго объясненія этого исключенія мы впрочемъ отказываемся.

Другое поразительное правило заключается въ томъ, что фруктуарій не можетъ окончить постройки дома, начатаго хозяиномъ, если бы даже онъ безъ этого не могъ имѣть никакой выгоды отъ дома²⁾. Большинство юристовъ оставляетъ это правило безъ всякаго объясненія, ссылаясь вообще на взглядъ римлянъ на *praedia urbana* и узуфруктъ въ нихъ, или же выводя его изъ общей природы узуфрукта³⁾. Но нашлись другіе юристы, которымъ правило Нерація показалось черезъ чуръ строгимъ, и даже неразумнымъ, въ особенности въ виду того, что римляне старались по возможности поддерживать всякія завѣщательныя распоряженія, а узуфруктъ большею частію устанавливался именно въ видѣ легата. Дѣйствительно, если принять обыкновенное мнѣніе, оставляющее во всей силѣ правило, высказанное въ fr. 61 cit., то можно дойти до такихъ результатовъ: завѣщатель, начавъ строить домъ, отказавъ мнѣ въ немъ узуфруктъ. Я, какъ фруктуарій, не могу продолжать постройки, но и наследникъ не можетъ окончить дома безъ моего согласія, такъ какъ онъ этимъ измѣнилъ бы вещь, въ которой отказанъ узуфруктъ, а хозяинъ, съ момента открытія узуфрукта, сохраняетъ за собою только право наблюдать за фруктуаріемъ, не имѣя власти вліять на вещь какимъ нибудь другимъ образомъ. Слѣдовательно начатый домъ въ теченіе всей моей жизни могъ бы простоять въ этомъ неокончен-

¹⁾ Можетъ ли фруктуарій увеличивать или уменьшать число имѣющихся уже въ домѣ оконъ? Прудонъ (I. с. III, 91) полагаетъ, что нѣтъ. Мы же, на основаніи сказаннаго въ текстѣ, не сомнѣваемся, что фруктуарій можетъ сдѣлать это.

²⁾ Neratius. fr. 61 Dig. h. t. 7, 1: *Aedificium inchoatum fructuarium consummare non posse placet, etiamsi eo loco aliter uti non possit.*

³⁾ См. Elvers I. с. p. 470 pp. gg. Madai I. с. § 6 p. 132 Glück I. с. § 635 p. 250.

номъ видѣ. Въ виду такихъ несообразныхъ послѣдствій, между юристами и явились, какъ уже было упомянуто, такіе, которые старались отыскивать отличія отъ обыкновеннаго толкованія объясненія этого мѣста. Нѣкоторые писатели именно допускали дѣйствіе изложеннаго въ fr. 61 cit. правила только въ томъ случаѣ, когда узурфруктъ распространяется не только на начатое зданіе, но кромѣ того и на другія вещи, изъ которыхъ слѣдовательно фруктуарій можетъ извлекать пользу. Въ противномъ же случаѣ они допускали окончаніе зданія фруктуаріемъ¹⁾. Противъ этого толкованія однако можно привести не только самыя слова источниковъ, въ которыхъ и нѣтъ рѣчи о подобномъ различіи, но и то обстоятельство, что странность рѣшенія Нерація нисколько не исчезаетъ вслѣдствіе того обстоятельства, что фруктуарій изъ отъезаннаго ему узурфрукта получаетъ другія выгоды; недостроенный домъ все-таки въ теченіе всей жизни его останется въ этомъ положеніи. Наконецъ мы имѣемъ другое мѣсто въ источникахъ²⁾, гдѣ прямо говорится, что „fructuarius id tueri debet, quod asserit“, а не долженъ „aliquid novum facere“. Ноодтъ³⁾ объясняетъ fr. 61 cit. иначе. Онъ именно уже въ главѣ X устанавливаетъ различіе между domus и aedes съ одной, и aedificium съ другой стороны. По его мнѣнію слово aedificium не обозначаетъ дома въ качествѣ отдѣльныхъ помѣщеній, соединенныхъ подъ одною крышею, но, въ противоположность domus или aedes, имѣетъ значеніе отдѣльной части дома, напр. отдѣльной комнаты или отдѣльнаго принадлежащаго къ дому устройства, напр. водопровода и т. п. Поэтому, согласно мнѣнію Ноодта, запрещеніе, высказанное Нераціемъ въ fr. 61 cit., должно подойти подъ общее правило, по которому фруктуарій напр. не можетъ пристроить этажа, ни установить въ стѣнѣ

1) См. привед. у Глюка I. с. р. 250 пр.

2) fr. 44 Dig. h. t. 7, 1.

3) lic. I с. 13.

водопровода (этажъ, водопроводъ именно по мнѣнію Ноодта называются *aedificia*). На то, что дѣйствительно между выраженіями *aedes* и *domus* съ одной стороны, и словомъ *aedificium* съ другой, юристами дѣлается различіе, на это указываютъ нѣкоторыя мѣста источниковъ, напр. fr. 7 § 1 Dig. hit. 7, 1: *aedium usufructu legato quaeque sunt obventiones ex aedificiis et agris et ceteris, quaecumque aedium sunt*. Но вопросъ заключается въ томъ: вѣрно ли понялъ Ноодтъ это различіе? Намъ кажется, что толкованіе его невѣрно. Если *aedificium* обозначаетъ часть *aedium*, то не въ смыслѣ части строенія, а въ смыслѣ всякаго зданія, также и цѣлаго зданія, между тѣмъ какъ подъ *aedes* разумѣется строеніе вмѣстѣ съ принадлежащей къ нему почвѣ. *Aedes* это есть *res soli*, а *aedificium* — это *superficiēs*. Что впрочемъ и это различіе не имѣется всегда въ виду римскими юристами, при употребленіи означенныхъ словъ, явствуетъ изъ fr. 211 Dig. de V. S. (Florentinus): *in usu urbana aedificia, aedes, rustica, villae dicuntur. Locus vero sine aedificio in urbe area etc.* Поэтому весьма необдуманно было бы со стороны Нерація, употреблять слово *aedificium* не въ обыкновенномъ смыслѣ, не объясняя особенно его значенія. Но если даже согласиться съ толкованіемъ Ноодта, мы все-таки не придѣмъ къ желаемому результату. Положимъ именно, что домъ, оставленный въ *узифруктъ*, не оконченъ. Ноодтъ въ этомъ случаѣ придерживается слѣдующаго размышленія: такъ какъ запрещается окончить только недостроенныя отдѣльныя части строенія, то, если все строеніе находится въ такомъ недостроенномъ видѣ, его можетъ окончить *фруктуарій*. Это, по мнѣнію Ноодта, вытекаетъ еще изъ fr. 1 § 1 Dig. 7, 6 гдѣ сказано, что получающій *узифруктъ* въ какойнибудь вещи, долженъ получить и *adminicula*, *sine quibus uti frui quis non potest*. Очевидно выводъ Ноодта противенъ всякой логикѣ, не говоря уже о томъ, что fr. 1 § 1 *cit.* долженъ бы примѣняться къ отдѣльнымъ частямъ строенія точно также, какъ ко всему зданію.

Предлагается еще другой путь для разрѣшенія недоумѣнія, въ которое ставятъ юристовъ слова Нерація¹⁾. Утверждаютъ именно, что слѣдуетъ различать причины, по которымъ строеніе оставалось неоконченнымъ со стороны хозяина. Подлежащій вопросъ, говорятъ, конечно можетъ возникнуть только въ случаѣ легированнаго узупрукта, такъ такъ, при установленіи этого права *per negotium inter vivos*, будетъ выговорено сторонами, какъ слѣдуетъ поступать съ неоконченнымъ строеніемъ. Въ случаѣ же легата, юристы различаютъ: когда завѣщатель самъ оставилъ начатое строеніе, какъ невыгодное (*mal à propos entrepris*), тогда фруктуарій не долженъ продолжать его, противно интересамъ хозяина; если же завѣщатель не окончилъ строенія не по своей волѣ, напр. умеръ во время производящихся работъ, то фруктуарій не только можетъ, но и долженъ окончить его²⁾. Приводимые Прудономъ, въ подтвержденіе необходимости такого различенія, доводы однако также оказываются несостоятельными. Онъ именно говоритъ, что въ основаніи рѣшенія Нерація лежитъ та мысль, что фруктуарій не долженъ обременять хозяина лишними долгами посредствомъ своихъ дѣйствій; если же онъ окончитъ зданіе и оно окажется дѣйствительно полезнымъ, то, по общимъ правиламъ римскаго законодательства о полезныхъ издержкахъ, онъ можетъ требовать отъ хозяина вознагражденія за улучшенія служащей вещи. Если поэтому Нерацій запрещаетъ продолжать постройку, то онъ это дѣлаетъ только по той причинѣ, что было бы несправедливо дозволить фруктуарію обязывать наслѣдника (хозяина) къ долгу, по издержкамъ за улучшеніе. Но ни въ какомъ случаѣ, рассуждаетъ да-

¹⁾ См. Proudhon l. c. III, § 1025.

²⁾ См. и Pothier: *Traité du douaire* n. 218: Cette intention ne doit pas être suivie, parcequ'elle est contraire à l'intention de celui qui a constitué l'usufruit, lequel, en commençant ce bâtiment, n'a pas eu l'intention qu'il demeurât imparfait.

лѣе Прудонъ, никакой римскій юристъ не довелъ бы послѣдовательности, въ отношеніи къ невозможности измѣнить форму имѣнія, до той крайности, чтобы онъ не дозволилъ фруктуарію улучшать положеніе хозяина безмездно. И такъ, въ концѣ концовъ, Прудонъ приходитъ къ такому заключенію: если постройка пріостановлена не по именному повелѣнію хозяина, то фруктуарій имѣетъ право продолжать ее, даже противъ воли наслѣдника, но только подъ тѣмъ условіемъ, чтобы онъ, *finito usufructu*, не могъ требовать вознагражденія за сдѣланныя имъ улучшения. Такимъ образомъ у Прудона все сводится къ вопросу о вознагражденіи. Противъ этого однако должно сказать, что нигдѣ въ источникахъ не встрѣчается ни малѣйшаго намека на такое рѣшеніе вопроса, при которомъ принималось бы въ основаніе доставленіе или недоставленіе вознагражденія за улучшения. Можно бы было указать на fr. 15 pr. h. t.; но и это мѣсто сюда не идетъ. При положительномъ именно запрещеніи продолжать неоконченную постройку, и при возможности, съ другой стороны, въ исключительныхъ случаяхъ строить на землѣ, подлежащей узуфрукту, хижину или даже большее строеніе для храненія плодовъ, получаемыхъ изъ имѣнія, слово „*inaedificaverit*“, въ приведенномъ мѣстѣ, должно относиться къ этимъ именно случаямъ; его отнюдь нельзя толковать въ смыслѣ достройки неоконченнаго зданія. Наконецъ противъ Прудона положительно говорить другое мѣсто Нерація ¹⁾, гдѣ фруктуарію запрещается отдѣлывать стѣны новою штукатуркою, и мотивируется это такъ: „*quia, tametsi meliorem excolendo aedificium domini causam facturum esset, non tamen id jure suo facere potest; aliudque est tueri, quod accepisset, ac novum facere*“. Слѣдовательно, не потому фруктуарій не можетъ предпринимать подобныхъ дѣйствій, чтобы онъ этимъ не обязывалъ хозяина къ вознагражденію, а потому, что онъ только долженъ сохранять полученное, а

¹⁾ fr. 44 Dig. h. t. 7, 1.

не дѣлать чегонибудь новаго. Послѣ всего этого спрашивается: на чемъ же остановиться въ этомъ вопросѣ? Надобно сказать, что, по состоянію источниковъ и литературы, не можетъ быть никакого сомнѣнія, что *communis opinio*, хотя самое суровое, есть самое соответствующее смыслу fr. 61 cit. мнѣніе. Но мы предлагаемъ обратить вниманіе на нѣкоторыя обстоятельства, которыхъ другіе юристы не принимали въ расчетъ, а именно: если мы обратимъ вниманіе на сочиненіе, изъ котораго заимствованъ fr. 61 cit., то замѣтимъ, что этотъ отрывокъ представляется отвѣтомъ юриста Нерація на предложенный ему вопросъ (lib. II *Responsorum*); юристъ здѣсь слѣдовательно разрѣшаетъ практическій случай. Изъ отвѣта же выходитъ, что въ дѣлѣ, по поводу котораго былъ предложенъ вопросъ, рѣчь шла не только о томъ строеніи, которое не было окончено, но что оно составляло только часть имѣнія узупруктуарнаго; въ противномъ случаѣ именно Нерацію нечего бы было сказать, что *usufructuarius novum rivum parietibus non potest imponere*. А что оба опредѣленія юриста касались одного и того же вопроса, это видно изъ конца фрагмента: *ut utrumque ei liceat*. Далѣе, на то же указываетъ выраженіе „eo loco“, i. e. ubi aedificium est, ибо онъ могъ пользоваться другими loci. Изъ этого, кажется, ясно выходитъ одно, а именно то, что изъ fr. 61 cit., самого по себѣ взятаго, съ точки зрѣнія автора ея, нельзя еще вывести безусловнаго запрещенія продолжать начатое строеніе; слѣдовательно остается еще возможность инаго толкованія. Но не подкрѣпляется ли *communis opinio* другими мѣстами въ источникахъ? Мадай это дѣйствительно находить, и, говоря, что fr. 61 cit. совершенно соответствуетъ общему запрещенію строить, которому подчиняется фруктуарій, приводитъ fr. 13 § 6 h. t. и fr. 44 eod. Эти мѣста однако, по нашему мнѣнію, недоказательны. Въ первомъ именно запрещается строить *новое зданіе*, во второмъ говорится объ *украшеніи юмыхъ стѣнъ*, которое дѣйствительно является совершенно излишнимъ дотро-

гиванієм матеріала, ибо, если при хозинѣ могли жить въ домѣ безъ штукатурки на стѣнахъ, то нѣтъ основанія полагать, чтобы не могли бы этого также и при пользованіи фруктуарія. Но недостатокъ, ощущаемый относительно дополненія fr. 61 cit. другими мѣстами источниковъ, исчезнетъ, какъ намъ кажется, если мы обратимъ вниманіе на тотъ общій принципъ, который лежитъ въ основаніи пользованія домою по узуфрукту вообще, а именно: что дома по римскому взгляду должны являться прежде всего въ качествѣ жилищъ¹⁾. Если поэтому завѣщатель отказалъ узуфруктъ въ строящемся домѣ, то дѣйствительно фруктуарія должно допустить къ окончанію его, такъ какъ завѣщатель хотѣлъ дать ему пользованіе жилищемъ²⁾; но во всякомъ случаѣ фруктуарій только и долженъ употреблять достроенный домъ на жилища, а не для другой какой нибудь цѣли. Fr. 61 cit. же, по нашему мнѣнію, должно ограничить, какъ *responsum*, предметомъ запроса, т. е. тѣмъ случаемъ, когда *aedificium inchoatum* не составляетъ единственнаго предмета пользованія. И такъ мы приходимъ, хотя инымъ путемъ, къ выводу Ноодта; но при этомъ мы допускаемъ то ограниченіе, которое указано Прудомъ: если именно завѣщатель *нарочно* бросилъ постройку, тогда ее не можетъ продолжать и фруктуарій; тогда вѣдь нельзя признать предположенія о вѣроятной волѣ завѣщателя, на которомъ основано все наше сужденіе. Если же мы, съ точки зрѣнія юриста Нерація, должны были принять только что изложенное толкованіе fr. 61 cit., то, какъ намъ кажется, нѣтъ никакого

¹⁾ arg. leg. 27 § 1 Dig. h. t.

²⁾ arg. fr. 7 § 3 Dig. eod.: *Neratius ait, non posse fructuarium prohiberi, quominus reficiat, quia nec agere prohiberi potest* — а здѣсь очевидно идетъ рѣчь о существенныхъ починкахъ (равняющихся иногда достройкѣ дома), такъ какъ въ § 2 прямо было сказано, что *modicae refectioes* лежатъ на фруктуаріѣ, какъ обязанность.

сомнѣнія, что *ex jure Justinianeae* единственно вѣрный взглядъ представляетъ *communis opinio*. Компиляторы дигестовъ, выставивъ fr. 61 cit. отрывочно, безъ связи съ окружавшими его въ сочиненіи Нерація обстоятельствами, создали то нелѣпное правило, что продолженіе постройки начатаго зданія ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть предпринято фруктуаріемъ. На практикѣ впрочемъ разбираемый здѣсь вопросъ будетъ встрѣчаться весьма рѣдко, а именно: если завѣщатель назначилъ узуфруктъ въ агеа, и потомъ самъ началъ строить на этой агеа, то, по правилу fr. 5 § 3 Dig. 7, 4, этимъ постановленіе завѣщанія объ узуфруктѣ дѣлается недѣйствительнымъ; если же онъ назначалъ узуфруктъ въ строющемся еще домѣ, то, зная строгость римскаго права, онъ долженъ былъ оговорить, и вѣроятно въ большей части случаевъ и оговаривалъ, возможность продолженія постройки фруктуаріемъ. Впрочемъ, какое бы толкованіе fr. 61 cit. не принять, во всякомъ случаѣ нужно сказать, что высказанное въ немъ правило представляется особенностію римскаго права, вызванною своеобразнымъ взглядомъ римлянъ на строенія, взглядомъ, который особенно послѣдовательно приводится именно юристомъ Нераціемъ¹⁾. Это-то обстоятельство, т. е. своеобразность римскаго взгляда на зданія, и заставляетъ насъ утверждать, что римское ученіе объ узуфруктѣ, въ отношеніи къ домамъ, менѣе всѣхъ другихъ ученій можетъ интересовать новѣйшихъ законодателей и юристовъ, преслѣдующихъ исключительно практическія цѣли.

Такъ какъ мы разъ заговорили о постройкѣ зданій на зем-

¹⁾ См. *Grans* p. 81, который предпочитаетъ рѣшеніе Ульпіана (fr. 13 § 7 h. t.) о возможности выкрасить квартиру, домъ, тому, которое даетъ Нерацій fr. 44 D. eod., и по которому фруктуарій не можетъ отдѣлывать штукатуркою стѣны квартиры потому, что онъ не можетъ вообще дѣлать никакихъ нововведеній, если даже они окажутся улучшеніями дома.

лѣ, отданной подъ узурфруктъ, то здѣсь кстати скажемъ еще объ одномъ вопросѣ, который можетъ представиться въ этомъ отношеніи. Мы видѣли, что по fr. 5 § 3 Dig. VII, 4 возведеніе завѣщателемъ постройки на отказанномъ пустопорожнемъ мѣстѣ, считается причиною прекращенія узурфрукта ¹⁾; завѣщатель такимъ дѣйствіемъ, по мнѣнію римлянъ, уничтожаетъ свое прежнее распоряженіе. Но спрашивается, если постройка сдѣлана на отказанной агеа не самимъ завѣщателемъ, а наслѣдникомъ? Это можетъ случаться часто: напр. легатарій узурфрукта находился въ отсутствіи при открытіи легата, или онъ не позаботился своевременно о выдачѣ назначеннаго ему легата, или же узурфруктъ отказанъ *sub conditione* или *ex die*, или наслѣдникъ по закону находился въ убѣжденіи, что нѣтъ завѣщанія, а потомъ только дѣлается извѣстнымъ существованіе завѣщанія съ отказаннымъ узурфруктомъ, и т. п. Такъ какъ въ fr. 5 § 3 *cit.* причиною прекращенія узурфрукта, въ данномъ случаѣ, Ульпіанъ выставляетъ *mutationem rei*, то, по мнѣнію большинства юристовъ, и при постройкѣ, сдѣланной наслѣдникомъ, узурфруктъ долженъ прекратиться. Но съ прекращеніемъ узурфрукта, фруктуарій, по общему мнѣнію, получаетъ право на вознагражденіе, именно личный искъ (противъ наслѣдника) на интересъ: „*proprietaryus ex testamento vel de dolo tenebitur*“. Ноодтъ ²⁾ и Глюкъ ³⁾ оба утверждаютъ, что *actio ex testamento* принадлежитъ фруктуарію тогда, когда постройка сдѣлана до передачи агеае, *actio doli* же, если она воспослѣдовала послѣ передачи. Но очевидно это мнѣніе невѣрно. Если именно наслѣдникъ (пріоритарій) произведетъ постройку послѣ того, какъ онъ передалъ имѣніе въ пользованіе фруктуарію, то послѣдному принадлежатъ другія, общія средства защиты. Въ приведенномъ фраг-

¹⁾ О fr. 5 § 3 Dig. VII, 4 см. Archiv f. d. civ. Pr. XV, 342.

²⁾ I. c. сар. II р. 386.

³⁾ I. c. IX р. 353 пр. 80.

ментъ вовсе не говорится объ узупруктѣ, котораго фактическое осуществленіе уже началось. Гораздо соотвѣтственнѣе то мнѣніе, по которому фруктуарію, въ приведенномъ случаѣ, предоставляются альтернативно: *actio ex testamento* или *actio doli*, которая онъ можетъ вчинить противъ хозяина — наслѣдника; въ одномъ же случаѣ, т. е. когда наслѣдникъ дѣйствовалъ *bona fide*, возможенъ только одинъ искъ, а именно *actio ex testamento*. Самъ же узупруктъ долженъ считаться прекращеннымъ. Есть однако юристы, непризнающіе этого вывода, но полагающіе, что фруктуарій долженъ получить въ узупруктъ строеніе, сооруженное наслѣдникомъ на отказанной въ пользованіе *area*. Къ нимъ напр. принадлежитъ Прудонъ¹⁾, который, удивительнымъ образомъ, смѣшиваетъ различныя понятія, говоря слѣдующее „il (с. à d. l'héritier) n'a pu porter atteinte à la jouissance de l'usufruitier, sans se soumettre envers lui à une action en garantie (до сихъ поръ все вѣрно и справедливо) et comme l'édifice cède au sol la prestation de la jouissance du bâtiment se trouve naturellement (?!) être l'objet de l'action récursoire de l'usufruitier sur le propriétaire“. Намъ кажется, что въ этомъ сужденіи нѣтъ ничего естественнаго и логическаго. Искъ о вознагражденіи вообще, и искъ, направленный на выдачу пользованія новою вещію — совершенно разнородные предметы. При этомъ ссылаются на fr. 12 Dig. de usufr. leg. 33, 2; Alfenus: „Heres in fundo, cujus usufructus legatus est, villam posuit; eam invito fructuario demolire non potest, nihilo magis, quam, si quam arborem posuisset, ex fundo is evellere vellet; sed si, antequam usufructuarius prohibuerit, demolierit, impune facturum“. Но это мѣсто вовсе сюда не идетъ, такъ какъ говорить не объ *area* и *praedium urbanum*, но о *praedium rusticum*. Распространять же по аналогіи правила о *praedia rustica* на *praedia urbana* невозможно, въ виду рѣзкаго отличія, которое

¹⁾ l. c. III, § 1129 p. 108.

устанавливают наши источники между этими двумя видами недвижимых имуществъ. Устройствомъ дачи (*villa*) конечно *praedium rusticum* не измѣняется, такъ какъ болѣею частію даже *villae* находятся *in praediis rusticis*, и потому въ случаѣ fr. 12 cit. конечно не можетъ быть рѣчи о прекращеніи узурфрукта *per mutationem rei*, которое приводится Ульпіаномъ по поводу застройки *ageae*. *Villa* есть принадлежность *praedii rustici*; *domus* же является какъ новая вещь въ отношеніи къ *agea*. На основаніи этого нѣтъ ничего удивительнаго въ томъ, что наследникъ, смотря по обстоятельствамъ, имѣетъ право снести выстроенную имъ въ помѣстьѣ дачу, или же долженъ оставить ее фруктуарію въ пользованіе, какъ принадлежность *fundi*. По поводу fr. 12 cit. еще является вопросъ: обязанъ ли фруктуарій къ особенному вознагражденію за пользованіе виллою, на уничтоженіе которой онъ не согласился? Въ нашихъ источникахъ мы прямаго разрѣшенія этого вопроса не находимъ¹⁾; поэтому мы должны держаться общихъ правилъ. Каковы же они? Есть юристы²⁾, разрѣшающіе подлежащій случай такъ: основное начало *aequitatis*, принятое въ римскомъ правѣ, слѣдующее: „*iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores*“³⁾. Это правило примѣняется даже къ недобросовѣстному владѣльцу и можетъ быть отстранено только тогда, когда этого требуютъ соображенія, касающіяся общественнаго порядка, какъ напр. въ случаѣ пріобрѣтательной давности. Затѣмъ, въ подтвержденіе изложеннаго взгляда, приводятся еще и другіе тексты, именно fr. 22 § 3 Dig. ad S. C. Trebell. 36, 1; fr. 58 D. de leg. I; fr. 32 § 5 D. de usufr. leg. 33, 2. Но, такъ какъ фруктуарій въ виллѣ не получаетъ

1) Изъ словъ Алфена скорѣе можно было бы заключить, что фруктуарій не обязанъ ни къ какому вознагражденію.

2) Proudhon III p. 110 § 1131 sqq.

3) fr. 206 de R. I.

собственности, а только пользование, то последовательно Прудонъ на него долженъ возложить обязанность вознаградить не за капиталъ, которому соотвѣтствуетъ цѣнность выстроенной наслѣдникомъ дачи, а только за интересы, за доходы. Если же наслѣдникъ требуетъ вознагражденія по поводу строенія, сооруженнаго имъ ранѣе, чѣмъ фрунтуарій обратился къ нему за выдачею легата, то не можетъ ли легатарій (фрунтуарій), вмѣсто того, чтобы платить наслѣднику за доходы изъ вины, требовать зачета (*compensatio*) съ плодами, полученными до тѣхъ поръ наслѣдникомъ изъ этого имѣнія? Прудонъ отвѣчаетъ на это отрицательно. Разсмотрѣвъ разсужденія этого ученаго, мы пришли къ тому выводу, что не можемъ согласиться съ нимъ. Что касается именно до общаго правила: *neque enim cum alterius detrimento etc.*, то оно, прежде всего, можетъ имѣть примѣненіе только къ тѣмъ случаямъ, относительно которыхъ не существуетъ никакихъ другихъ положительныхъ опредѣленій; кромѣ того приведенное правило имѣетъ, сколько намъ извѣстно, примѣненіе только тогда, когда получающій выгоду изъ чужаго имущества, этимъ лишаетъ хозяина части имущества, т. е. когда имѣется дѣйствительная потеря — *detrimentum* или *injuria*. Ни того, ни другаго условія для примѣненія изложеннаго общаго правила въ нашемъ случаѣ не имѣется, ибо въ немъ наслѣдникъ только „*sibi in futurum prospexit*“¹⁾. Можно различать здѣсь два случая: а) Наслѣдникъ знаетъ, что земля, на которой онъ строилъ, подлежала чужому узуфрукту. Въ этомъ случаѣ онъ конечно дѣйствовалъ съ цѣлію, указанною въ fr. 48 cit., и, кажется, совершенно ясно, что онъ не можетъ требовать никакого вознагражденія. Онъ долженъ былъ знать, что всякое приращеніе (*accessio*) подчиняется (безмездно) пользованію фрунтуарія²⁾. б) Наслѣдникъ

¹⁾ Cf. fr. 48 D. h. t. 7, 1.

²⁾ fr. 9 § 4 D. eod. и т. п.

не зналъ объ установленномъ въ *fundus* узуфруктѣ. И тутъ однако должно сказать также, что онъ не можетъ требовать вознагражденія, а именно по слѣдующимъ доводамъ: 1) Нельзя сказать, чтобы изъ имущества наслѣдника, влѣдствіе построенія имъ виллы, что либо переходило въ имущество фруктуарія, который долженъ поддерживать, починять, словомъ сказать, содержать въ порядкѣ виллу, если онъ не согласился на то, чтобы ее снесли, и долженъ возратить ее *finito usufructu*; 2) Въ fr. 48 cit. прямо сказано, что наслѣдникъ только тогда можетъ требовать вознагражденія, когда онъ, „*quasi negotia fructuarii gerens, hoc fecit*“. Для того же, чтобы изъ веденія чужихъ дѣлъ возникъ *actio negotiorum gestorum contraria*, какъ известно, необходимо, чтобы *negotiorum gestor* имѣлъ сознаніе объ этомъ, желаніе вести именно чужое дѣло, *animus obligandi dominum negotiorum*. Наслѣдникъ же, не зная, что узуфруктъ въ землѣ чужой, не находился въ положеніи *negotiorum gestoris*, и слѣдовательно и не можетъ требовать никакого вознагражденія *per actionem negotiorum gestorum contrariam*. Между тѣмъ въ fr. 48 cit., на которомъ мы основываемся, рѣчь идетъ о такихъ издержкахъ, которыя должны бы быть по закону дѣлаемы фруктуаріемъ, т. е. объ издержкахъ на починки служащей вещи, такъ что фруктуарій въ случаѣ fr. 48 cit. дѣйствительно обогащается на счетъ другаго, а между тѣмъ Павелъ все-таки допускаетъ *actionem negot. gest.* только тогда, когда „*heres quasi negotium fructuarii gessit*“. При устройствѣ виллы же положеніе наслѣдника совершенно иное: фруктуарій не только не былъ обязанъ выстроить ее, но даже не имѣлъ права на подобную постройку, такъ какъ онъ только можетъ строить *aedificium, quod ad fructum percipiendum necessarium sit*¹⁾; поэтому о *negotiorum gestio* наслѣдника за фруктуарія тутъ не можетъ быть рѣчи. Далѣе мы должны принять въ со-

¹⁾ fr. 13 § 6 Dig. h. t. 7, 1.

ображеніе и то обстоятельство, что наслѣдникъ не можетъ, безъ нарочно выраженной воли завѣщателя, и, можетъ быть, даже противъ его воли, возлагать на фруктуаріа обязательства, которыя именно не имѣлъ въ виду завѣщатель. Словомъ сказать, съ точки зрѣнія фруктуаріа, выстроенный наслѣдникомъ домъ (villa) долженъ быть разсматриваемъ какъ приращеніе имѣнія, появившееся случайно. Наконецъ, если мы внимательно разсмотримъ самый фрагментъ Алфена, приведенный Прудономъ въ подтвержденіе своего мнѣнія, то мы замѣтимъ, что римскій юристъ вовсе этого мнѣнія не поддерживаетъ. Изъ того именно, что наслѣдникъ имѣетъ право снести выстроенное имъ зданіе, если напр. онъ узнаетъ, что имѣніе подлежитъ узуфрукту, явствуетъ, что онъ не имѣетъ возможности принудить фруктуаріа къ вознагражденію, ибо, въ противномъ случаѣ, было бы нелѣпно уничтожить выстроенное на свой счетъ зданіе, изъ котораго можно получать доходы *durante usufructu*, и которое, кромѣ того, возвратится къ наслѣднику *finito usufructu*. Съ другой же стороны, юристъ даетъ фруктуарію *безусловно* право воспретить наслѣднику уничтоженіе строенія. Нельзя предположить, чтобы Алфенъ забылъ упомянуть объ обязанности фруктуаріа вознаграждать наслѣдника, какъ объ условіи запрещенія наслѣднику уничтоженія виллы, если бы эта обязанность дѣйствительно существовала. Наконецъ сравненіе, которое дѣлаетъ юристъ съ деревомъ, посаженнымъ въ имѣніи, указываетъ на отсутствіе необходимости вознагражденія за пользованіе домомъ, выстроеннымъ наслѣдникомъ. Что же касается до другихъ мѣстъ, которыя приводятся Прудономъ, то въ нихъ мы также не находимъ подтвержденія его мнѣнія. Такъ напр. относительно fr. 22 § 3 ad S. C. Trebell. должно замѣтить, что между фидуціаріемъ и фидеикоммиссаріемъ существуютъ совершенно инныя отношенія, чѣмъ между наслѣдникомъ и легатаріемъ узуфрукта. При фидеикоммиссѣ дѣйствительно можно было бы сказать, что фидеикоммиссарій наживается на счетъ фидуціарія, такъ какъ онъ

получаетъ безвозвратно въ собственность тѣ вещи, которыя долженъ ему выдать фидуціарій; поэтому онъ конечно долженъ вознаграждать послѣдняго за издержки. Очевидно, слѣдовательно, приведенное мѣсто вовсе не подходитъ къ нашему случаю. Тоже самое должно сказать и о fr. 58 D. de leg. I, въ которомъ также говорится о фидеикоммиссѣ, при которомъ собственность во вновь выстроенномъ домѣ переходитъ на фидеикоммиссарія. Сама главная вещь не могла бы быть выдана ему, если бы не было издержекъ фидуціарія. Наконецъ fr. 32 § 5 D. 33, 2 и fr. 50 D. h. t. (7, 1) также не примѣнимы къ нашему случаю. Они напротивъ говорятъ прямо противъ мнѣнія Прудона: *si priusquam usumfructum praestaret, necessario aedificaverit* — и такъ per argumentum e contrario — если не *necessario*, то фруктуарій не можетъ быть принужденъ уплатить издержки для того, чтобы онъ могъ удержать вещь. Прибавимъ еще ко всему сказанному, что по французскому праву еще имѣется правило, что если фруктуарій устроилъ домъ, то хозяинъ земли получаетъ его безъ всякаго за то вознагражденія; поэтому было бы крайне несправедливо требовать такое вознагражденіе отъ фруктуарія, если домъ выстроенъ хозяиномъ. И по римскому праву фруктуарію нигдѣ не дозволяется требовать вознагражденія, нигдѣ даже ему не приписывается *jus tollendi* въ томъ случаѣ, когда онъ построилъ домъ на землѣ, которую онъ получилъ въ пользованіе.

Итакъ окончательный выводъ нашъ слѣдующій: если кѣмънибудь, все равно хозяиномъ или другимъ лицомъ, будетъ построенъ домъ (конечно съ приведенными выше условіями) на землѣ, подлежащей узурфрукту, то фруктуарій можетъ запретить уничтоженіе его, и пользуется имъ безъ всякаго за то вознагражденія. (Другое совершенно дѣло, если постороннее лицо построить домъ на чужой землѣ. Тогда хозяинъ долженъ, смотря потому, будетъ ли строитель *bonae* или *mauae fidei possessor*, дать вознагражденіе или допустить осуществленіе *juris tollendi*; но фруктуарій къ этому не обязанъ, такъ какъ хозяинъ дѣйстви-

тельно получает въ собственность чужое имущество, а фрунтуарій его не получаетъ.).

Д. ПОЛЬЗОВАНИЕ ЗЕМЛЯМИ, НАЗНАЧЕННЫМИ ДЛЯ ДОСТАВЛЕНІЯ ЕСТЕСТВЕННЫХЪ ПЛОДОВЪ, PRAEDIA RUSTICA.

О пользованіи этимъ видомъ имуществъ мы говорили уже прежде, и замѣтили что права фрунтуарія въ отношеніи къ нимъ повидимому гораздо обширнѣе, нежели по отношенію къ другимъ имуществамъ. Впрочемъ общаго правила для всѣхъ праедіа rustica установить нельзя. Пользованіе здѣсь видоизмѣняется, согласно самому различію этихъ имуществъ, и согласно съ тѣмъ способомъ пользованія, котораго держался въ отношеніи къ нимъ хозяинъ. Луга напр. фрунтуариемъ не могутъ быть вообще превращаемы въ пахатныя поля, и наоборотъ; виноградниковъ нельзя замѣнить полями; фруктовыя деревья не могутъ быть вырублены; разрушеніе дачи запрещается¹⁾.

Если же имѣніе, по назначенію своему, *доходное*, и не имѣетъ одного опредѣленнаго вида обработки во всѣхъ частяхъ, то фрунтуарій можетъ, какъ мы выше старались показать, открывать новыя способы обработки и пользованія. Здѣсь замѣтимъ кстати, что французское законодательство разрѣшаетъ этотъ вопросъ ясно въ art. 598: L'usufruitier n'a aucun droit aux mines et carrières non encore ouvertes, ni aux tourbières dont l'exploitation n'est point encore commencée. Французское право такимъ образомъ разрѣшаетъ отрицательно вопросъ, на который мы, согласно состоянію нашихъ источниковъ, должны были отвѣчать утвердительно, съ точки зрѣнія римскаго права. Оно придерживается вполнѣ выставляемаго Мадаемъ правила, что пользованіе фрунтуарія должно вполнѣ совпадать съ пользованіемъ хозяина. Впрочемъ взглядъ Code Civil конечно не мо-

¹⁾ fr. 13 § 4 sqq. h. t. 7, 1.

жетъ имѣть никакого рѣшительнаго вліянія на толкованіе fr. 13 § 5 cit. уже потому, что въ тѣхъ мѣстахъ, гдѣ хозяиномъ еще не установленъ никакой способъ пользованія, по римскому праву несомнѣнно дозволяется открывать каменоломни и т. п., между тѣмъ какъ по французскому праву *безусловно* запрещается даже открытіе торфяника, изъ чего видно, что взгляды французскаго и римскаго права на пользованіе *praedio rustico* со стороны фруктуарія вообще не сходятся.

Намъ собственно въ главѣ о пользованіи фруктуарія *praedii rusticis* слѣдовало бы сказать еще особенно объ одномъ предметѣ, а именно о *мсть*, въ которомъ установленъ узурфруктъ. Но, такъ какъ въ отношеніи къ лѣсу нельзя отдѣлить вопроса о пользованіи отъ вопроса объ извлеченіи плодовъ, такъ какъ пользованіе лѣсомъ, какъ имуществомъ особеннаго рода, представляется ничѣмъ инымъ, какъ полученіемъ извѣстными способами лѣсныхъ матеріаловъ и произведеній, то мы объ этомъ скажемъ въ слѣдующемъ отдѣлѣ.

Отдѣлъ III. — Объ извлеченіи фруктуаріемъ плодовъ изъ служащей вещи. (jus fruendi).

Общее правило относительно этого вопроса, на которое было указано уже выше, заключается въ слѣдующемъ: *фруктуарій можетъ присвоивать себѣ, получать въ собственность, все плоды, производимые вещію — omnes omnino fructus.* Въ этомъ правѣ, какъ мы видѣли, и заключается существенное отличіе узурфрукта отъ простаго пользованія (*usus*), которое доставляетъ право на полученіе плодовъ только на столько, насколько это необходимо для удовлетворенія собственныхъ потребностей узурарія, т. е. на столько, чтобы къ имуществу узурарія не прибавлялось новыхъ цѣнностей изъ этихъ плодовъ. Если же мы говоримъ, что фруктуарію принадлежитъ *jus fruendi*, то должны замѣтить, что слово *frui* здѣсь принимается въ *самомъ*

обширномъ смыслѣ. Fr. 7 pr. и § 1 Dig. h. t. 7, 1 (Ulpian.) именно говорить: *Usufructu legato omnis fructus rei ad fructuarium pertinet. Et aut rei soli, aut rei mobilis ususfructus legatur.* § 1. *Rei soli, utputa aedium, usufructu legato, quicumque reditus est, ad fructuarium pertinet, quaecumque obventiones sunt ex aedificiis, ex areis et ceteris, quaecumque aedium sunt.*¹⁾

И такъ, не только естественные плоды, такъ называемые *fructus naturales*, дѣлаются собственностію фруктуарія, но вообще *всякій доходъ*, происходящій отъ вещи, обращается въ его имущество. Вслѣдствіе сего фруктуарій можетъ отдавать пользованіе вещью и другимъ, получая напр. самъ за это извѣстную плату: *quia, qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur*²⁾. *Jus fruendi*, и соотвѣтствующее ему слово *fructus*, слѣдовательно употреблено въ томъ смыслѣ, въ которомъ въ art. 582 С. С. сказано: (tout) ce que peut produire l'objet dont il a l'usufruit, т. е. подъ *fructus* разумѣется *всякая прибыль*, которую можетъ доставлять вещь имуществу лица, какъ *изъ самой себя* — органическими своими произведеніями, такъ и *по поводу себя*, напр. платю за пользованіе этою вещью. И такъ, въ выраженіи *ususfructus*, слово *fructus* принимается въ томъ обширномъ смыслѣ, о которомъ говорить Геймбахъ на стр. 5 и 30³⁾. Въ этомъ обширномъ смыслѣ подъ *fructus* разумѣется всякая выгода, доставляемая вещью въ видѣ новыхъ тѣлесныхъ⁴⁾ вещей, прибавляющихся къ имуществу (получаемыхъ *изъ вещи* и *по поводу ея*, *salva sub-*

¹⁾ Cf. fr. 9 § 2 и 3, fr. 10, 11 eod.

²⁾ fr. 39 eod.

³⁾ Heimbach: Die Lehre von der Frucht. 1843. *Fructus* въ обширномъ смыслѣ т. е. всякій интересъ истца.

⁴⁾ Въ противоположность пользованію — *usus*, недоставляющему вовсе никакого видимаго приращенія имущества.

stantia rei principalis). Пухта¹⁾ замѣчаетъ, что въ отношеніи къ доставленію такихъ выгодъ можно различать два вида *производительности вещи: естественную и юридическую*, смотря потому, получаютъ ли выгоды и плоды въ видѣ органическихъ произведеній вещи, которыя *отдѣляются отъ нея по законамъ физической природы*, или же въ видѣ *приращеній имущества*, доставляемыхъ *на основаніи юридическихъ сделокъ*, предпринятыхъ по поводу вещи, и представляющихся такимъ образомъ *произведеніями юридическихъ оборотовъ съ вещію*, какъ напр. плата, получаемая за пользованіе вещію другимъ²⁾, проценты. Да, къ плодамъ, въ этомъ обширнѣйшемъ смыслѣ слова, причисляется даже качество вещи, вслѣдствіе которой она дѣлаетъ хозяину возможнымъ временное полученіе чужаго имущества, качество вещи, которое проявляется тогда, когда она служитъ залогомъ и по поводу ея получается напр. капиталъ въ займы. См. Javolenus fr. 49 D. 22, 1: *Fructus rei est, vel pignori dare licere*. На основаніи этихъ, и подобныхъ, мѣстъ (cf. fr. 4 § 2 D. si serv. vind. 8, 5) выработалось понятіе о различіи между естественными плодами (*fructus naturales*) и такъ называемыми гражданскими или юридическими плодами (*fructus civiles*), т. е. о двухъ видахъ плодовъ. Это понятіе мы встрѣчаемъ уже весьма рано, именно въ глоссѣ³⁾, и оно, не смотря на возраженія различныхъ ученыхъ, напр. Донелла (*Tractatus de usuris et fructibus* с. 1), Дуарена (*Comment. i. h. t. Dig. de naut. foen.*), а въ новѣйшія времена въ особенности Геймбаху⁴⁾, принимается и теперь еще большинствомъ юристовъ. См. Puchta: *Pand.* § 37 и *Vorles ad. h. §, Arndts Pand.* § 55,

¹⁾ *Lehrb. d. Pandecten* § 37.

²⁾ fr. 29 *Dig. de N. P.* 5, 3; fr. 62 de *R. V.* 6, 1; fr. 36 de *usur.* 22, 1; fr. 34 *i. f. eod.* (*in ceteris obventionibus*).

³⁾ См. Heimbach, *I. c.* p. 39 *i. f.*

⁴⁾ *I. c.* p. 29—40.

Windscheid Lehrb. d. Pand. § 144 въ особ. прим. 6, Elvers: Servituten p. 485 sqq. и многіе другіе. Мнѣнію Геймбаха же слѣдуетъ напр. Синтенисъ¹⁾. Геймбахъ, возставая противъ общераспространеннаго взгляда, дѣлаетъ это потому, что онъ не желаетъ допустить прагматическихъ послѣдствій обобщенія понятія плодовъ, которое не встрѣчается будто бы въ источникахъ. Эти послѣдствія же выражаются въ томъ, что такъ называемые *fructus civiles* подводятся учеными подъ тѣ же юридическія правила, которыя дѣйствуютъ относительно *fructus naturales*, такъ что, если въ источникахъ гдѣ нибудь встрѣчается опредѣленіе о „*fructus*“ вообще, оно, по общему мнѣнію, должно быть примѣнено не только къ естественнымъ, но и къ гражданскимъ плодамъ. Чтобы показать невѣрность такого распространенія, Геймбахъ старается разобрать всѣ мѣста источниковъ, въ которыхъ будто бы говорится о *fructus civiles*, и затѣмъ указываетъ, въ какихъ именно *опредѣленныхъ только* отношеніяхъ тѣ или другія неорганическія произведенія вещи *по исключенію* рассматриваются какъ бы плодами: „*loco fructuum sunt*“, „*vicesim fructuum obtinent*“ и т. д. Такъ напр. наемная плата, по его мнѣнію, имѣетъ значеніе плодовъ при оцѣнѣ тѣхъ плодовъ, которые должны быть возвращены по поводу *rei vindicatio*, при дѣленіи плодовъ послѣдняго дотальнаго года между супругами и при *bonorum venditio*. Конечно, мы здѣсь не можемъ вступить въ подробную полемику съ Геймбахомъ, которая насъ слишкомъ отклонила бы отъ нашего предмета. Поэтому мы не коснемся подробно вопроса о томъ, насколько вообще въ юридической жизни принимаются одинаково естественные и гражданскіе плоды, но, констатируя, что спеціально въ приложеніи къ нашему предмету изъ источниковъ слишкомъ ясно видно, что *fructus civiles* *quoad usufructuarium* рассматрива-

¹⁾ Practisches gemeines Civilrecht § 42 пр. 32; см. впрочемъ прим. 36.

ются совершенно подобно *fructibus naturalibus*, скажемъ только вратѣть объ этомъ предметѣ, на столько именно, на сколько это имѣеть значеніе для момента перцепціи плодовъ¹⁾.

Весьма вѣроятно, что выраженія римскихъ юристовъ, по которымъ различные денежные доходы, получаемые отъ вещи, уподобляются естественнымъ плодамъ (напр. „*fructuum loco sunt*“ и т. п.), появились первоначально по тѣмъ именно поводамъ, которые выставяетъ Геймбахъ. Но извѣстно, что римляне вообще рѣдко давали общія опредѣленія, и что намъ поэтому болѣею частію приходится абстрагировать общую теорію изъ отдѣльныхъ рѣшеній и отзывовъ, встрѣчающихся въ источникахъ. Мы здѣсь должны поступать точно также, какъ мы это дѣлаемъ при юридическихъ лицахъ, при которыхъ даже встрѣчается и совершенно подобная терминологія для обозначенія того, что искусственное существо должно имѣть въ юридическомъ быту значеніе лица (*loco est, vicem obtinet*). Изъ отдѣльныхъ именно правъ, приписываемыхъ такимъ лицамъ въ различныхъ мѣстахъ источниковъ, мы дѣлаемъ общій выводъ о юридической личности. Точно также изъ отдѣльныхъ рѣшеній источниковъ по поводу денежныхъ доходовъ, мы должны вывести понятіе о гражданскихъ плодахъ.

Въ ученіяхъ о *rei vindicatio*, о *hereditatis petitio*, о приданомъ и въ нашемъ ученіи (*quaecunque obventiones ex aedibus*), наемная плата (*mercedes et pensiones*) полагается *fructuum loco*. Изъ этого очевидно легко сдѣлать выводъ объ *общемъ* значеніи таковой платы, какъ искусственнаго плода вещи. Тѣ мѣста, которыя приводятся Геймбахомъ, какъ противорѣчащія распространенію понятія плодовъ, на наемную плату напр., по нашему

¹⁾ Относительно узурфрукта именно Сигтенисъ l. с. пр. 36 и отстугаетъ отъ Геймбаха; и этого для насъ совершенно достаточно.

мѣнью, совершенно бездоказательны ¹⁾. Помѣщеніе именно наемной платы *возмъ partus (accessio)* и *fructus*, не говорить вовсе въ пользу мѣнью Геймбаха, такъ какъ никто не спорить насчетъ того, что слово *fructus* у римлянъ употреблялось и въ тѣсномъ смыслѣ, иногда даже въ такомъ тѣсномъ смыслѣ, что подъ нимъ разумѣлись только одни произведенія земли и деревьевъ ²⁾; поэтому особенное упоминаніе наемной платы и т. п., возлѣ *fructus* въ этомъ тѣсномъ смыслѣ, нисколько не мѣшаетъ тому, чтобы то и другое было соединяемо подъ общее понятіе *fructus* въ обширномъ смыслѣ. Удивительно, что Геймбахъ не замѣтилъ, что римляне при своей терминологіи даже не могли выражаться иначе, какъ „*fructus et pensiones*“ etc., такъ какъ они, какъ выше было сказано, не имѣли термина, при помощи котораго однимъ словомъ могли бы обозначать понятіе гражданскихъ плодовъ, а употребляли описательныя выраженія. Мы опять возвратимся къ приведенной выше аналогіи юридическаго лица, находящагося въ такомъ же положеніи относительно терминологіи, какъ гражданскіе плоды. Если мы въ источникахъ встрѣтили бы напр. такое предложеніе: „*personis et collegiis permissum est, res suas habere*“, то неужели мы бы сказали: такъ какъ *collegia* здѣсь приводятся *возмъ personae*, то очевидно, по представленію римлянъ, *collegia* не были лицами! А подобное разсужденіе именно вполнѣ соответствовало бы тому, которое выставляетъ Геймбахъ въ отношеніи къ *fructus*. Что римляне разсматриваютъ *collegia* какъ искусственныя, юридическія лица, это выходитъ именно изъ того, что: 1) они говорятъ, что *collegia personarum loco sunt* и т. п., и 2) они

¹⁾ Fr. 11 Dig. 39, 5; fr. 58 § 5 Dig. 36, 1; fr. 39 § 1 Dig. 30; fr. 36 Dig. 22, 1: pro fructibus; fr. 7 § 11 D. 24, 3: de pensionibus praediorum urbanorum idem est, quod in fructibus praediorum rusticorum.

²⁾ Heimb. l. c. p. 26 i. f.

*

приписываютъ *collegiis* такія права, которыя могутъ имѣть только лица. Относительно же такъ называемыхъ гражданскихъ плодовъ мы видѣли, что римляне также говорятъ: „*pro fructibus accipiuntur, loco sunt fructuum*“ и т. п. Кроме того мы именно изъ мѣстъ, приводимыхъ Геймбахомъ для опроверженія теоріи о гражданскихъ плодахъ, видимъ, что юридическая судьба *fructuum* и *mercedum* совершенно одинакова; изъ этого, кажется, неопровержимо выходитъ, что *mercedes* въ юридической жизни имѣютъ то же значеніе, какъ плоды (*fructus*). Другое дѣло со слѣдующимъ мѣстомъ *fr. 121 de V. S. (Pompon.)*. *Usura pecuniae, quam recipimus, in fructu non est, quia non ex corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione*. По нашему мнѣнію, юристъ здѣсь хочетъ указать только на то, что проценты не могутъ быть разсматриваемы естественными произведеніями капитала въ томъ смыслѣ, чтобы ихъ можно было вытребовать вмѣстѣ съ капиталомъ, какъ естественное приращеніе его. Для того, чтобы явилась возможность взысканія ихъ, требуется *nova obligatio*, въ которой именно должны быть выговорены проценты. Дѣйствительно, какъ при нихъ, такъ и при другихъ видахъ такъ называемыхъ *fructus civiles*, имѣется то важное отличіе отъ естественныхъ плодовъ, что для установленія ихъ въ качествѣ плодовъ (отъ вещи, которая не производить, сама по себѣ, плодовъ) требуется особенный юридическій актъ. Актъ природы, производящій естественные плоды, замѣняется при юридическихъ плодахъ юридическимъ актомъ ¹⁾ — почему названіе *природныхъ* или *естественныхъ* плодовъ съ одной стороны, а *юридическихъ* съ другой, совершенно соответствуетъ сущности тѣхъ и другихъ. Если же въ источникахъ, по поводу процентовъ, именно указывается на особенность произ-

¹⁾ *Fructus naturales natura constituuntur, fructus vero civiles jure constituuntur. Vectura, sicut usura, non natura sed jure percipiuntur* (Papin. fr. 62 pr. D. de R. V. 6, 1).

хожденія ихъ, въ сравненіи съ естественными плодами (fr. 121 cit.: „*nova obligatio*“), а о наемной платѣ и пр., этого мы нигдѣ не находимъ нарочно высказаннымъ, то это легко и просто объясняется тѣмъ, что необходимость особеннаго юридическаго установительнаго акта при наемной платѣ разумѣется сама собою, ибо безъ него и не можетъ быть рѣчи о платѣ за пользованіе, между тѣмъ какъ при процентахъ можно было сомнѣваться, не слѣдуетъ ли ихъ разсматривать какъ естественную принадлежность капитала. Таковое разсмотрѣніе процентовъ представлялось тѣмъ болѣе возможнымъ, въ виду правила, по которому *usurae indebitae*, если они разъ уплачены, не могутъ быть вѣнребуемы назадъ ¹⁾, слѣдовательно обязанность платить проценты разсматривалась, въ извѣстныхъ отношеніяхъ, какъ *obligatio naturalis*.

Намъ кажется, что уже изъ немногихъ, сдѣланныхъ нами, замѣчаній, какъ нельзя болѣе ясно выходитъ, что нынѣ господствующая теорія о такъ называемыхъ гражданскихъ плодахъ, *fructus civiles*, принимаемыхъ возлѣ естественныхъ плодовъ, въ сущности своей была извѣстна уже римскимъ классическимъ юристамъ ²⁾, хотя, конечно, названія, нынѣ употребляемыя для обозначенія неестественныхъ плодовъ, не римскія ³⁾. Тѣмъ болѣе это должно быть принято относительно Юстиніанова права. Если именно даже признать правдоподобными разсужденія Геймбаха, по которымъ классическими юристами неорганическія произведенія вещи уподоблялись естественнымъ плодамъ только въ из-

¹⁾ Vangerow. Pandecten I, § 76.

²⁾ См. еще fr. 62 pr. Dig. de R. V. 6, 1 (Papinian): *si navis petatur et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area, quae locari solent.*

³⁾ Даже Синтенисъ, какъ мы уже выше сказали, въ пр. 36 (§ 41), уподобляетъ ихъ плодамъ: «*von wann diese Reventen als percipirt anzusehen sind*», хотя въ текстѣ онъ придерживается мнѣнія Геймбаха.

вѣстныхъ отношеніяхъ и точно опредѣленныхъ случаяхъ, то мы однако видимъ, что изреченія упомянутыхъ юристовъ по этому вопросу выставляются въ дигестахъ въ видѣ общихъ правилъ, и поэтому, по взгляду законодателя (Юстиніана), и должны имѣть значеніе таковыхъ. Считеніемъ, приверженецъ Гейбаха, сознается, что если доходы отъ вещи не будутъ подведены нами подъ правила, дѣйствующія относительно естественныхъ плодовъ, то мы не будемъ въ состояніи разрѣшить многіе вопросы, между прочимъ и вопросъ объ узуфруктѣ. По поводу же этого отношенія (т. е. узуфрукта), какъ вѣрно замѣчаетъ Гейбахъ ¹⁾, именно и было установлено римскими юристами понятіе плодовъ вообще. Первое указаніе на юридическое понятіе естественныхъ плодовъ, *fructus*, встрѣчается по поводу спора юристовъ Публия Сцеволи и Манилія съ одной, и Марка Брута съ другой стороны, о томъ, должно ли дитя рабыни считаться достоиніемъ фруктуарія въ качествѣ плода или нѣтъ? Изъ этого Гейбахъ выводитъ, что юридическое понятіе естественныхъ плодовъ, первоначально выработанное по поводу узуфрукта, затѣмъ было примѣнено и къ другимъ подобнымъ юридическимъ отношеніямъ. Весьма можетъ быть, что тоже самое имѣло мѣсто и относительно понятія гражданскихъ плодовъ, такъ какъ въ другихъ ученіяхъ въ немъ встрѣчалось столь же мало надобности, какъ и въ понятіи естественныхъ плодовъ (напр. при *rei vindicatio*, *hereditatis petitio* и т. п., гдѣ не было рѣчи о *непосредственномъ присвоеніи плодовъ* въ собственность со стороны *нехозяйина*). Впрочемъ, на это такихъ ясныхъ указаній въ источникахъ не имѣется, какъ мы ихъ видѣли относительно естественныхъ плодовъ.

Приступимъ же теперь, послѣ предварительнаго, краткаго рассмотрѣнія понятія плодовъ, къ изслѣдованію правъ фруктуар-

¹⁾ l. c. p. 1 sqq.

рія: 1) относительно плодовъ естественныхъ и 2) относительно плодовъ гражданскихъ.

А. Права фруктуарія въ отношеніи къ естественнымъ плодамъ.

Первый вопросъ въ этомъ ученіи заключается въ опредѣленіи понятія естественныхъ плодовъ. Изъ него мы легко опредѣлимъ объемъ пользованія фруктуарія этими плодами и дополнимъ кажущіеся пробѣлы въ источникахъ по этому вопросу. Геймбахъ¹⁾ изъ различныхъ отдѣльныхъ рѣшеній, встрѣчающихся въ дигестахъ, выводитъ такое опредѣленіе: подъ плодами (естественными) въ юридическомъ смыслѣ разумѣются движимыя вещи, производимыя тѣлесными предметами по внутренней органической силѣ, согласно съ законами природы, безъ поврежденія субстанціи упомянутыхъ производящихъ предметовъ. Эти движимыя вещи (плоды) сами въ себѣ имѣютъ назначеніе (*Anspruch*), существовать въ видѣ самостоятельныхъ индивидуумовъ, соответствующихъ цѣлямъ, которыя люди обыкновенно связываютъ съ пріобрѣтеніемъ главной вещи²⁾. Въ опредѣленіи Геймбаха кромѣ того прибавлено, что, съ точки зрѣнія римскаго права, плодами считаются органическія произведенія только такихъ вещей, которыя принимаются въ расчетъ исключительно въ качествѣ вещей (*res*); прибавленіе это именно сдѣлано для того, чтобы показать, что *partus ancillae non est in*

¹⁾ I. c. p. 20.

²⁾ Другія опредѣленія естественныхъ плодовъ основаны большею частію на Геймбахѣ: см. напр. Синтенисъ I. c. § 41 № 2-й; Эльверсъ: р. 481 «подъ плодами разумѣются тѣ вещи, которыя производятся главною вещію не въ отдѣльныхъ только, неожиданныхъ, случаяхъ, но согласно закону, коренящемуся въ самомъ существѣ главной вещи, и, по правилу, въ опредѣленномъ периодическомъ повтореніи, такъ что производство ихъ является какъ одна изъ цѣлей, для которыхъ вообще пріобрѣтается главная вещь».

fructu habendus. Определе́ние Геймбаха и другихъ мы считали бы полезнымъ замѣнить слѣдующимъ: *естественные плоды суть органическія произведенія тѣлесныхъ (главныхъ) вещей, по самымъ законамъ природы или по обыкновенію людей отдѣляющіяся, безъ нарушенія субстанции вещи, согласно известному порядку и въ известное время, отъ этихъ главныхъ вещей, чѣмъ они получаютъ самостоятельное существованіе и производятъ новыя цѣнности, полученіе которыхъ и является обыкновенно одною изъ главныхъ причинъ пріобрѣтенія самыхъ производящихъ вещей.* Въ это определе́ніе именно входятъ слѣдующіе признаки: во 1) это суть *органическія произведенія вещи*, ср. напр. fr. 62 cit. 6, 1: *natura pervenit (fructus)*; fr. 121 D. 50, 16: *usura in fructu non est, quia non ex ipso corpore est*. Во 2) *тѣлесныхъ главныхъ вещей*. На это уже указываетъ предшествующій признакъ — органическихъ произведеній, *ex ipso corpore*. Кроме того см. доводы, приведенные Геймбахомъ на стр. 6-ой и слѣд., по fr. 19 pr. D. 22, 1; fr. 35 pr. § 1 D. 6, 1; fr. 4, § 2 D. 8, 5; fr. 6 § 6 *ibid*. Въ 3) *отдѣляющіяся отъ главной вещи по самымъ законамъ природы или по обыкновенію людей, для полученія самостоятельнаго существованія и производства новыхъ цѣнностей*: fr. 28 § 1, D. 22, 1: *omnes fructus rerum natura hominum gratia comparavit*, т. е. плоды, въ видѣ отдѣльныхъ новыхъ вещей и цѣнностей, созданы природою для человѣка. Такъ именно, по законамъ природы, отдѣляются приплодъ отъ животнаго, фрукты отъ деревьевъ и т. д.; по обыкновенію же людей напр. отдѣляются въ видѣ плодовъ молоко, шерсть, деревья. На основаніи того, что для понятія плодовъ необходимо *общее* обыкновеніе людей, тотъ, кто долженъ получать плоды, можетъ напр. требовать шерсти отъ овецъ, но не волосъ отъ лошади или теленка, такъ какъ, хотя послѣдніе и представляются органическими произведеніями вещи, однако только первое, по общему обыкновенію стрижки овецъ,

имѣеть назначеніе служить доходною статью. Въ 4) отдѣленныя отъ главной вещи *ex viditъ особенныхъ самостоятельныхъ вещей*. Fr. 61, § 8 D. 47, 2: Fructus pendentis pars fundi videntur. Въ 5) *безъ нарушенія субстанціи вещи*. Этихъ признакомъ плоды отличаются отъ частей вещи. Тотъ, кто долженъ получать плоды, получаетъ тѣ только произведенія, отдѣленіемъ которыхъ цѣнность главной вещи не уменьшается. См. fr. 12 D. h. t. 7, 1; fr. 59 *ibid*. Въ 6) *по известному порядку и въ известные періоды времени*. См. мѣста приведенныя подъ № 5. Если поэтому напр. вѣтрома вырываются деревья, неожиданно и случайно, то они не могутъ считаться плодами¹⁾. См. fr. 13 D. 7, 4. Въ 7) *полученіе которыхъ является одною изъ главныхъ причинъ, по которымъ приобретаются производящія вещи*. См. fr. 27 D. 5, 3: — quia non temere ancillae ejus rei causa comparantur, ut pariant.

Изъ предметовъ, подходящихъ подъ только что выставленное опредѣленіе естественныхъ плодовъ, слѣдовательно и изъ тѣхъ предметовъ, которые должны получать фруитуаріи на основаніи своего *jus fructu*, изымается, по исключенію, одинъ предметъ, а именно дитя рабыни. Конечно это исключеніе нельзя объяснить, какъ это дѣлаетъ Эльверсъ подъ руководствомъ Ульпіана, тѣмъ, что рабыни приобретаются обыкновенно не съ тою цѣлю, чтобы онѣ нарождали дѣтей, ибо тоже самое можно было бы сказать и относительно животныхъ, тѣмъ болѣе, что римляне, какъ въ ученіи объ *usufructu*, такъ и въ другихъ ученіяхъ, всегда сопоставляютъ рабовъ съ животными. Дѣйствительно, у самихъ римлянъ въ древнія времена существовалъ споръ о томъ, долженъ ли *partus ancillae* быть разсматриваемъ какъ плодъ, или нѣтъ²⁾. Но уже во времена Цицерона этотъ

¹⁾ См. еще Эльверса, l. c. p. 481.

²⁾ Cic. de finibus bonorum et malorum. I, 4 § 12; fr. 68 pr. Dig. 7, 1.

вопросъ былъ разрѣшенъ въ отрицательномъ смыслѣ¹⁾, и съ тѣхъ поръ правило: *partus ancillae non est in fructu habendus*, считалось одною изъ такъ называемыхъ *regulae juris*. Основаніе этого, какъ полагаетъ Геймбахъ²⁾, заключалось въ томъ положеніи древней философіи, по которому внѣшній міръ существуетъ исключительно для служенія человѣку, что и высказывается Гаемъ по поводу нашего вопроса, въ fr. 28 § 1 D. 22, 1. Наконецъ, говоря вообще о плодахъ, мы должны остановиться еще на томъ вопросѣ: можетъ ли рабъ, если дѣти рабыни не считаются плодами, приносить фруктуарію какіе нибудь плоды? Очевидно естественныхъ плодовъ онъ доставлять не можетъ, но только гражданскіе плоды fr. 4 D. de operis servorum 7, 7: *fructus hominis in operis consistit*. Произведенія ex re fructuaria и ex operis servi слѣдовательно нами должны быть разсматриваемы собственно въ ученіи о правахъ фруктуаріа на гражданскіе плоды.

Перейдемъ теперь къ разсмотрѣнію самаго вопроса о приобрѣтеніи фруктуаріемъ естественныхъ плодовъ, *fructus naturales*. Общее правило, какъ уже выше было сказано, слѣдующее: фруктуарій приобрѣтаетъ собственность во всѣхъ органическихъ произведеніяхъ служащей вещи (за исключеніемъ, конечно, дѣтей рабыни, которыя являются не какъ *fructus*, а какъ *accessiones*) fr. 9 pr. и fr. 59 D. h. t: *quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ad fructuarium pertinet*. Конечно, и въ этомъ вопросѣ, подобно тому, какъ въ вопросѣ о пользованіи, многое не можетъ быть рѣшаемо одними юристами. Юриспруденція установила общіе принципы, которые мы старались изложить выше, но другія науки, въ особенности экономическія, должны довершить дѣло юриспруденціи, указывая, какія

¹⁾ См. о слѣдующемъ Геймбаха, стр. 1 и слѣд. fr. 28 § 1 Dig. de usuris 22, 1; fr. 48 § 6 D. de furtis 47, 2.

²⁾ l. c. p. 4 i. f.

произведенія въ данное время могутъ считаться такими, ради которыхъ напр. люди обыкновенно стараются обладать известными вещами. Экономическія же науки должны указать, въ какихъ случаяхъ отдѣленіе известныхъ вещей отъ плодоприносящей вещи не должно считаться затрагивающимъ субстанцію вещи; такъ напр. наука лѣсоводства при вопросѣ о порубѣѣ деревьевъ въ лѣсу, находящемся *in usufructu*. Недостаточность юриспруденціи въ подобныхъ вопросахъ намъ бросится въ глаза при подробнѣйшемъ разсмотрѣніи пользованія лѣсами. Вотъ почему юристъ Павелъ въ *fr. 9 pr. cit.* прибавляетъ: *sic tamen ut boni viri arbitrato fruatur.* (*Bonus vir* здѣсь соотвѣтствуетъ нашему эксперту). Подобнаго рода замѣчанія, какъ уже было замѣчено, мы встрѣчаемъ постоянно у римскихъ юристовъ тамъ, гдѣ они чувствуютъ, что установленіе твердыхъ, безусловныхъ юридическихъ правилъ невозможно потому, что на данное отношеніе вліяютъ различныя обстоятельства не юридическія, какъ то: экономическія и т. п.

И такъ первое, что надо замѣтить въ ученіи о полученіи фруктуаріемъ естественныхъ плодовъ, то, что римляне здѣсь даютъ большой просторъ усмотрѣнію судьи (съ экспертами), второе то, что многія римскія положенія объ этомъ предметѣ не могутъ считаться безусловно прижънными потому, что они установлены римскими юристами подъ вліяніемъ различныхъ мѣстныхъ и временныхъ особенностей и условій. Такъ напр. мѣстные условія замѣчаются въ ученіи о порубѣѣ лѣса, который, конечно, въ Италіи имѣетъ совершенно другое значеніе въ жизни, нежели напр. на сѣверѣ Европы; особенныя же взгляды древнѣйшаго времени отражаются въ ученіи о пользованіи рудниками. Минералогія, лѣсоводство, даже самое земледѣліе, во времена классическихъ римскихъ юристовъ, конечно, находились на совершенно иной ступени развитія, чѣмъ теперь. Не смотря на то, мы постараемся изложить довольно подробно римскія правила о полученіи различныхъ видовъ естественныхъ плодовъ; съ од-

ной стороны именно мы при этомъ увидимъ строго послѣдовательное примѣненіе понятія о естественныхъ плодахъ; съ другой же стороны римскія правила, въ отношеніи къ большей части естественныхъ плодовъ по крайней мѣрѣ, и нынѣ примѣняемы, и дѣйствительно примѣняются во многихъ странахъ Европы.

Къ разряду предметовъ, производящихъ естественные плоды въ вышеуказанномъ смыслѣ, въ источникахъ причисляются: 1) Земля съ ея произведеніями. 2) Растенія, въ качествѣ самостоятельныхъ предметовъ, производящихъ плоды, ибо растенія сами могутъ быть естественными плодами земли. Различіе растеній по этому двоякому ихъ значенію, по весьма мѣткому замѣчанію Эльверса ¹⁾, опредѣляется слѣдующимъ признакомъ: если рѣчь идетъ о растеніяхъ, которыя по извѣстнымъ періодамъ времени пожинаются вполнѣ, т. е. со стволами и стеблями, какъ то: о хлѣбѣ, о лѣсѣ, предназначенномъ для порубки, то самыя растенія разсматриваются какъ плоды; если же пожинаются только произведенія, извѣстныя части растеній, вновь являющіяся на нихъ періодически, то эти части только и должны считаться плодами, а самыя растенія, стволы и стебли, должны оставаться неприкосновенными, какъ напр. при виноградномъ деревѣ однѣ только ягоды будутъ плодами, при травѣ только травинки, которыхъ поэтому нельзя выдергивать съ корнями. 3) Животныя. Произведенія всѣхъ другихъ предметовъ разсматриваются какъ гражданскіе плоды.

I. Земля и ея произведенія.

По общему, вышеприведенному, правилу, высказанному юристомъ Павломъ въ fr. 9 pr. и fr. 59 h. t., всѣ органическія произведенія земли, принадлежащія къ царству прозябаемыхъ и къ царству ископаемыхъ, должны принадлежать фрунтуарію.

¹⁾ l. c. p. 481.

Касательно первыхъ плодовъ же надобно замѣтить, что, согласно выше выставленнымъ признакамъ естественныхъ плодовъ вообще, они могутъ считаться таковыми, и слѣдовательно переходить въ собственность лица, пользующагося землею, только въ томъ случаѣ, когда они отдѣлены отъ плодоприносящей вещи правильно, или, какъ выражаются французскіе юристы: „sans fraude“, т. е. безъ злаго умысла или обмана. По этой послѣдней оговоркѣ напр. фруктуарій, который предвидитъ скорый конецъ своего узупрукта, не можетъ, предупреждая обыкновенное, естественное время жатвы, снять плоды, напр. хлѣбъ, неспѣлыми, чтобы только получить себѣ эти плоды, хотя бы не зрѣлыми, и не оставить ихъ хозяину служащей вещи. Въ этомъ случаѣ онъ именно отступилъ бы отъ требованія, по которому плоды должны быть вещами, отдѣляющимися по законамъ природы или по обыкновенію людей, въ извѣстные, опредѣленные періоды времени. Фруктуарій дѣйствовалъ бы тутъ не *boni viri arbitrato*, и къ нему слѣдовало бы примѣнить правило: *malitiis non est indulgendum*. Впрочемъ даже этотъ вопросъ о своевременномъ или несвоевременномъ снятіи плодовъ не можетъ быть рѣшенъ безусловно: свойство данныхъ плодовъ, мѣстный обычай относительно ихъ собираія, заставляютъ иногда отступать отъ общаго правила. Есть плоды, которые обыкновенно снимаются до полученія полной спѣлости, потому что они въ незрѣломъ видѣ представляются даже болѣе выгодными, чѣмъ при спѣлости. Такъ напр. юристъ Яволень говоритъ, что неспѣлыя оливки доставляютъ болѣе доходъ, чѣмъ спѣлыя, и что поэтому, хотя бы онѣ были сняты въ неспѣломъ состояніи, онѣ все-таки должны быть разсматриваемы какъ истинные плоды, и слѣдовательно, при данныхъ условіяхъ, приобрѣтаются фруктуаріемъ въ собственность: *fr. 42, D. de usu, et usufructu, et reditu legatis 33, 2: In fructu id esse intelligitur, quod ad usum hominis inductum est; neque enim maturitas naturalis hic spectanda est, sed id tempus, quo magis colono dominove*

eum fructum tollere expedit: itaque cum olea immatura plus habeat redivus, quam si matura legatur, non potest videri, si immatura lecta est, in fructu non esse. Юристъ Павелъ въ fr. 48 § 1 Dig. h. t. 7, 1: говорить тоже самое: *Silvam caeduan, etiamsi intempeslive caesa sit, in fructu esse constat, sicut olea immatura lecta, item foenum immaturum caesum in fructu est.* Эльверсъ ¹⁾ не согласенъ съ тѣмъ толкованіемъ, какое мы придаемъ этому мѣсту, хотя оно нынѣ представляется общепринятымъ. Онъ именно выходитъ изъ того положенія, что вопросъ нашъ въ источникахъ нигдѣ прямо не разрѣшается, и что поэтому, на основаніи общаго правила о пользованіи вещью *boni viri arbitrato*, фрукуарій можетъ пользоваться плодами отъ вещи только подобно тому „*ut paterfamilias caedebat*“, слѣдовательно не можетъ собирать плодовъ до ихъ спѣлости. Противъ этого однако можно возразить слѣдующее: 1) Явленіе именно приводитъ основаніемъ того, что фрукуарій можетъ получать и не спѣлые плоды, оливки, то обстоятельство, что *olea immatura plus habeat redivus, quam si matura legatur*, а при плодахъ главное опредѣляющее начало — выгода, *usus hominis*. Представимъ слѣдующій примѣръ изъ новѣйшей жизни: извѣстно, что многіе (напр. южные) фрукты разсылаются въ отдаленныя мѣста, и что для этой пересылки необходимо, чтобы они были сняты неспѣлыми, такъ какъ въ противномъ случаѣ они портятся дорогою и прибываютъ на мѣсто своего назначенія въ гниломъ, слѣдовательно негодномъ, состояніи. Положимъ теперь, что я получилъ узфруктъ въ фруктовомъ садѣ, которымъ хозяинъ пользовался исключительно для своихъ собственныхъ потребностей. Я же, желая извлекать изъ сада возможно большую выгоду, рѣшаюсь отсылать фрукты въ отдаленныя страны. Очевидно я, въ качествѣ фрукуарія, имѣю право продавать плоды. Неужели можно будетъ запретить мнѣ получать плоды неспѣ-

¹⁾ I. с. р. 482.

лыми только потому, что хозяинъ, который употреблялъ ихъ для иной цѣли, нежели я, не снималъ ихъ въ такомъ состояніи?

2) Нигдѣ мы въ источникахъ не находимъ того ограничительнаго толкованія, котораго держится Эльверсъ въ отношеніи къ подлежащему мѣсту, а изъ общихъ правилъ выводъ, дѣлаемый этимъ ученымъ, вовсе не вытекаетъ. Эльверсъ именно выходитъ изъ того положенія, что выраженія: *in fructu est, in fructu esse constat*, указываютъ только на то, что плоды, снятые въ неспѣломъ состояніи, обращаются въ собственность фруктуарія, но что изъ ихъ смысла отнюдь не слѣдуетъ, чтобы фруктуарій не могъ подвергаться взысканію за такое снятіе, на основаніи *cautio usufructuaria*. Противъ этого можно, между прочимъ, привести, что въ *fr. 26 D. de usuris 22, 1*, Юліанъ говоритъ, что *venatio non est fructus fundi*, а между тѣмъ нѣтъ сомнѣнія, что, по общимъ правиламъ объ оккупации, убитое фруктуаріемъ животное поступаетъ въ его собственность. Общее правило то, что фруктуарій получаетъ *omnes omnino fructus*, и поэтому подведеніе какого нибудь предмета подъ понятіе *fructus*, обозначаетъ, что онъ долженъ принадлежать лицу пользующемуся, съ исключеніемъ всякаго взысканія за полученіе его. Самое понятіе *fructus* или естественнаго плода выработалось, какъ мы видѣли выше, въ примѣненіи къ вопросу, что должно принадлежать законно (слѣдовательно безъ всякой отвѣтственности) фруктуарію, и что нѣтъ. Поэтому мы никакъ не можемъ согласиться съ Эльверсомъ, а должны выставить такое правило: пока фруктуарій, приобретаая плоды, не нарушаетъ и не задѣваетъ субстанціи вещи, онъ можетъ снимать ихъ, безъ всякаго ограниченія и отвѣтственности, спѣлыми или неспѣлыми. Другое дѣло, если онъ, хотя только и временно, своими дѣйствіями измѣнитъ назначеніе вещи. А таковымъ измѣненіемъ назначенія плодопринносящей вещи должно считать уже тотъ случай, когда земля, вслѣдствіе дѣятельности фруктуарія, въ данный годъ, или вообще въ данный періодъ времени,

вовсе не дать того произведенія (спѣлаго или неспѣлаго), котораго можно было ожидать по ея природѣ. И такъ, если фруктуарій отрѣжетъ колосы ранѣе, нежели заключающіеся въ нихъ зерна получаютъ качество хлѣба, такъ что полученная имъ жатва можетъ послужить только въ качествѣ соломы, то этимъ онъ, по нашему мнѣнію, нарушаетъ свои права и пользуется вещію не такъ, какъ бы слѣдовало; онъ тогда, на этотъ годъ по крайней мѣрѣ, измѣнилъ назначеніе поля, состоящее въ доставленіи хлѣба, и тѣмъ нарушилъ существенную обязанность въ отношеніи къ пользованію, тогда именно имѣлось бы: *abuti*, а не *uti*. Если же напр. фруктуарій косилъ траву ранѣе обыкновеннаго, то онъ все-таки получилъ траву, и лугъ слѣдовательно соответствовалъ своему назначенію и сохранилъ свой характеръ. Самъ Эльверсъ ¹⁾, какъ нельзя лучше, выражаетъ высказанный нами взглядъ, когда онъ говоритъ, что къ плодамъ относится все то, что можетъ доставлять намъ ту выгоду и пользу, *которая соответствуетъ назначенію вещи*. Послѣ этого, его разсужденія на стр. 482 представляются не понятными. И такъ самые растенія, а также плоды отъ растеній, находящихся въ имѣніи, могутъ быть взяты фруктуаріемъ, коль скоро они получаютъ значеніе плодовъ, т. е. дѣлаются способными доставлять ту пользу и выгоду, которая соответствуетъ назначенію вещи.

Особенность, въ отношеніи къ только что разсмотрѣнному вопросу, представляетъ пользованіе лѣсами, такъ какъ деревья, по различнымъ естественнымъ условіямъ, какъ то: по болѣе тѣсной связи съ землею, по весьма долгому времени, котораго требуетъ ихъ воспроизведеніе, по цѣнности, которую они и въ другихъ отношеніяхъ представляютъ для имѣнія, не могутъ быть подведены подъ одинъ уровень съ другими растеніями. Вопросу о пользованіи лѣсами посвящено особенное изслѣдова-

¹⁾ I. с. р. 493.

ніе Ласпейреса¹⁾. Оно было вызвано практическимъ случаемъ, и появилось сначала въ видѣ отзыва коллегіи университета въ Галле (Spruchcollegium). Нынѣ его принимаютъ въ основаніе своихъ разсужденій почти всѣ новѣйшіе юристы. Дѣйствительно, выводы Ласпейреса основываются вполнѣ на источникахъ, хотя онъ держится взгляда Мадея, съ извѣстными ограниченіями²⁾. Заключеніе, къ которому приходитъ Ласпейресъ, такое: право получать дрова изъ лѣса, отданнаго въ узуфруктъ, должно быть разсматриваемо по аналогіи съ правами фруктуарія на всякія другія, приносящія естественные плоды, недвижимыя вещи; относительно пользованія лѣсомъ нѣтъ никакихъ другихъ условій, кромѣ тѣхъ, которыя вообще закономъ признаны необходимыми для огражденія правъ хозяина при узуфруктѣ, и затѣмъ тѣхъ, которыя вызываются особенною природою лѣса, т. е. правилами науки лѣсоводства. Обращаясь именно къ источникамъ, мы замѣчаемъ, что римское право при пользованіи лѣсами вездѣ различаетъ два рода лѣса: *silva caedua* и *silva non caedua*. См. въ особенности fr. 10 D. h. t. 7, 1 (Pomponius): *Ex silva caedua pedamenta et ramos ex arbore usufructuarium sumpturum, ex non caedua in vineam sumpturum, dum ne fundum deterioreм faciat*. Выраженіе же *silva caedua* опять встрѣчается въ двойномъ смыслѣ, какъ это выставляется Гаемъ въ fr. 30 D. de V. S: *Silva caedua est, ut quidam putant, quae in hoc habetur, ut caederetur. Servius eam esse (ait) quae succisa rursus ex stirpibus aut radicibus enascatur*. Первое значеніе подтверждается многими мѣстами источниковъ юридическихъ и не юридическихъ³⁾; то же самое мы видимъ и относительно втораго смысла, въ которомъ употребляется выраженіе *silva caedua*⁴⁾. *Silva caedua* въ болѣе обширномъ, т. е. въ первомъ

¹⁾ Laspeyres im Archiv f. d. civ. Praxis XIX, № IV, p. 71—114.

²⁾ См. p. 94 i. f. и прим. 44.

³⁾ Lasp. p. 77 i. f. sqq.

⁴⁾ Ibid. p. 76 и 77.

смыслъ, слѣдовательно обозначаетъ всякій лѣсъ, имѣющій назначеніе служить для лѣсоводства, для употребленія деревьевъ на хозяйственныя цѣли, все равно имѣется ли въ виду полученіе топлива или строительнаго лѣса, безъ различія также того, искусственнымъ ли образомъ созданъ лѣсъ, напр. посредствомъ посѣва, или же онъ естественный. Въ этомъ значеніи *silvae caeduae* (въ обширномъ смыслѣ), въ составъ его входитъ и *silva caedua* въ тѣсномъ смыслѣ. Напротивъ того, всякіе лѣса, и вообще деревья, при насажденіи или при держаніи которыхъ имѣются другія цѣли, кромѣ полученія лѣсныхъ матеріаловъ, напр. большее удобство или пріятность пользованія (паркъ), или полученіе древесныхъ плодовъ (фруктовыя деревья), должны быть разсматриваемы, съ точки зрѣнія римскаго права, за *silvae non caeduae*¹⁾. Переходя, послѣ опредѣленія понятій *silvae caeduae* и *non caeduae*, къ разсмотрѣнію вопроса о томъ, на сколько фруктуарій имѣетъ право пользованія лѣсомъ, Ласпейресъ расходится съ мнѣніями другихъ ученыхъ. При *silva caedua* именно, по его взгляду, отдѣльныя деревья должны быть разсматриваемы какъ плоды²⁾; только лѣсъ, какъ цѣлое, есть часть имѣнія (и поэтому уничтоженіемъ его, конечно, нарушалась бы субстанція служащей вещи). Плоды эти, какъ видно изъ различныхъ мѣстъ источниковъ³⁾, принадлежатъ тому, кто пользуется имѣніемъ — мужу въ дотальномъ имѣніи, арендатору въ отданномъ въ наемное содержаніе имѣніи⁴⁾, такъ что требуется именно запрещеніе хозяина для того, чтобы они въ конкретномъ случаѣ не могли быть приобрѣтаемы означенными лицами. Изъ этого видно, что право рубить лѣсъ вездѣ выставляется

1) *Lasp.* p. 81 i f. и 82.

2) *Ibid.* p. 87.

3) *Ulp. i. fr. 7 D. sol. matr. 24, 3.*

4) *Lasp.* p. 88 и 89.

5) *fr. 29. D. locati 19, 2.*

какъ необходимое и подразумѣваемое послѣдствіе права пользованія. Конечно, на основаніи сказаннаго, и фрукутарію, которому приписывается право на *всѣ* плоды, мы бы должны были приписать право рубки лѣса, согласно общимъ правиламъ, если бы даже нигдѣ объ этомъ правѣ его именно и нарочно не упоминалось; между тѣмъ мы видимъ, что, на основаніи источниковъ, даже тому, кто получаетъ только *usum silvae*, дается право на полученіе деревьевъ (что выражается тѣмъ, что узурарій лѣса долженъ быть разсматриваемъ, какъ фрукутарій лѣса), такъ какъ право пользованія лѣсомъ, безъ права порубки, было бы совершенно бесполезнымъ¹⁾. Въ томъ дѣйствительно не можетъ быть, и нѣтъ, спора, что фрукутарію принадлежитъ право рубить лѣсъ, называемый *silva caedua*. Но вопросъ главнымъ образомъ заключается въ слѣдующемъ: нѣтъ ли по закону *особенныхъ* ограниченій при порубкѣ лѣса, не встрѣчающихся при пользованіи другими недвижимыми вещами, а, главнымъ образомъ, сомнѣніе касается того: имѣеть ли фрукутарій *право продавать* лѣсъ или нѣтъ? Касательно перваго вопроса, въ отношеніи къ *silva caedua*, нельзя приложить fr. 48 § 1 D. h. t., ибо въ противномъ случаѣ фрукутарій могъ бы вырубить весь лѣсъ, по крайней мѣрѣ всѣ, хотя какимъ нибудь образомъ полезныя, деревья. Между тѣмъ это было бы противно правилу о пользованіи *salva rei substantia*, такъ какъ, по опредѣленію Ласпейреса, къ субстанціи *silvae caeduae* относится то, *чтобы въ немъ находились деревья, годныя къ порубкѣ, по назначенію самаго лѣса* (напр. для построекъ и т. п.) *и то, чтобы этотъ лѣсъ дѣйствительно доставлялъ такія дрова*²⁾. Но къ чему же тогда отнести слова fr. 48 cit.? Тутъ то и является тѣснѣйшій смыслъ выраженія *silva caedua*. Если именно здѣсь пользованіе лѣсомъ состоитъ только въ полученіи вѣтвей, то одни

¹⁾ fr. 22 D. de usu et habit. 7, 8.

²⁾ fr. 10 § 4 quib. mod. ususfr. amitt. 7, 4.

стволы должны быть причислены къ субстанціи; а если лѣсъ низкоствольный (*Ausschlagswaldung*), и пользование имъ, слѣдовательно, состоитъ въ полученіи не только вѣтвей, но и самыхъ стволовъ, кустарниковъ и низкихъ деревьевъ, то къ субстанціи принадлежитъ только корневищъ, корневой стержень. Конечно, если при добываніи низкоствольнаго лѣса будетъ затронута самая производительность оставшихся, напримѣръ, корневищъ, тогда фрунтуарій такимъ добываніемъ нарушитъ субстанцію лѣса; но, вообще говоря, хотя, при преждевременномъ добываніи, количество получаемыхъ въ данное время дровъ и уменьшается, однако самому лѣсу это вредитъ столь же мало, сколько вредитъ плодприносящей вещи полученіе травы, фруктовъ и т. п. незрѣлыхъ. Даже въ томъ случаѣ, когда рубка производится незадолго до окончанія узурфрукта, убытокъ хозяина не только не представляется великимъ, такъ какъ чрезъ короткое время уже пользование этимъ лѣсомъ дѣлается опять возможнымъ, но этотъ убытокъ даже является какъ бы случайнымъ, потому именно, что фрунтуарій имѣетъ право на всѣ вѣтви и ростки, на всю поросль, съ самаго момента порожденія ея, какъ бы мала она ни была, такъ что въ этомъ случаѣ онъ можетъ быть разсматриваемъ какъ лицо, *qui alterum non laedit, quia jure suo utitur*. (Конечно, если онъ станетъ вырубать низкоствольный лѣсъ только для того, чтобы не оставлять при реституціи служащей вещи хозяину чего нибудь лишняго, не имѣя самъ никакихъ выгодъ отъ этого, тогда къ нему слѣдуетъ примѣнить правило: *malitiis non est indulgendum*).

Разсужденія Ласпейреса, по нашему мнѣнію, совершенно справедливы, и конечно не опровергаются еще одною фразою Эльверса, что при такомъ отсѣченіи напр. вѣтвей низкоствольнаго лѣса (конечно безъ уничтоженія или поврежденія растительности и производительности самыхъ стволовъ) фрунтуарій будетъ пользоваться *non boni viri arbitrato*. Самый главный недостатокъ мнѣнія Эльверса заключается, какъ мы уже замѣ-

тели выше, въ томъ, что онъ не обращаетъ вниманія на то, что если разъ за какимъ нибудь произведеніемъ вещи признается въ источникахъ природа и значеніе плода (*in fructu esse*), то, принимая въ соображеніе присужденіе закономъ фруктуарію всѣхъ безъ исключенія плодовъ (*omnes omnino fructus*), должно послѣдовательно признать за нимъ право получать въ собственность всѣ эти произведенія, безъ всякой отвѣтственности по поводу ихъ. Если бы римскіе юристы хотѣли указать на отвѣтственность фруктуарія по поводу рано отсѣченныхъ вѣтвей, то они не могли бы сказать объ этихъ вѣтвяхъ, что они *in fructu sunt*. Это обстоятельство и не противорѣчитъ высказанному нами выше мнѣнію, что нельзя снимать неспѣлый хлѣбъ, такъ какъ въ этомъ случаѣ, вмѣсто одного предмета (хлѣба), получится другой предметъ (солома); при вѣтвяхъ именно только одна величина ихъ будетъ различна, а сама вещь, ранѣе или позже отрѣзанная, останется въ экономическомъ отношеніи одна и та же. Что же касается до другаго мѣста, приведеннаго Эльверсомъ въ подтвержденіе своего мнѣнія, а именно *fr. 9 § 7 Dig. 7, 1*, то и оно, какъ намъ кажется, недостаточно подтверждаетъ его взглядъ. Вотъ слова этого мѣста: *silvam caedulam et arundinetum posse fructuarium caedere, sicut paterfamilias caedebat, et vendere, licet paterfamilias non solebat vendere, sed ipse uti*. Слова этого фрагмента вовсе не имѣютъ того смысла, чтобы при *silva caedula* въ тѣсномъ смыслѣ (тѣсный смыслъ дѣйствительно здѣсь слѣдуетъ принять съ Эльверсомъ, въслѣдствіе сопоставленія лѣса съ *arundinetum*) фруктуарію долженъ былъ обрѣзывать лѣсъ только такъ, какъ это дѣлалъ хозяинъ, ибо тогда ему не пришлось бы вовсе продавать лѣсъ, такъ какъ очевидно говорится, что хозяинъ пользовался лѣсомъ только для своихъ личныхъ потребностей. Смыслъ тотъ, что лѣсъ, получившій отъ хозяина назначеніе служить для рубки, можетъ служить фруктуарію для этой же цѣли, такъ что слова: *sicut paterfamilias caedebat*, здѣсь имѣютъ такой смыслъ:

если вообще *paterfamilias* рубилъ лѣсъ. Могло именно случиться, что лѣсъ былъ предназначенъ хозяйномъ для другихъ цѣлей, а не для порубки; въ такомъ случаѣ фруктуарій не долженъ трогать лѣса. Словомъ сказать, фруктуарій можетъ рубить лѣсъ, какъ рубилъ его и хозяинъ, но, во всякомъ случаѣ, съ правомъ продавать его. Наше толкованіе подтверждается лучше всего слѣдующими, за выписанными, словами приведеннаго мѣста: *ad modum epim referendum est, non ad qualitatem utendi*, т. е., способъ пользованія вообще долженъ быть тотъ же самый, который былъ при хозяинѣ. И такъ, относительно *silva caedua* въ тѣсномъ смыслѣ, т. е. *quae succisa rursus ex stirpibus aut radicibus renascitur*, къ которому римскими юристами причисляются также и ивнякъ, и тростникъ, мы получили слѣдующій результатъ: фруктуарій можетъ имѣть пользоваться вполне, производить порубку даже не въ обыкновенное время, но съ тѣмъ, чтобы онъ своими дѣйствіями не уменьшалъ производительности лѣса; лѣсъ же считается только за *silva caedua* въ тѣсномъ смыслѣ тогда, когда ему не дано иного назначенія со стороны хозяина (fr. 9 § 7 D. h. t.). Такимъ образомъ мы не вполне согласны ни съ Эльверсомъ, ни же съ Ласпейресомъ, отъ котораго мы именно отступаемъ по послѣднему условію, и потому, что мы въ данномъ мѣстѣ видимъ *silva caedua* въ тѣсномъ, а не въ обширномъ смыслѣ.

Возвратимся теперь къ собственному нашему предмету, а именно къ *silva caedua* въ обширномъ смыслѣ. Мы видѣли, согласно съ Ласпейресомъ, что фруктуарій не можетъ рубить лѣса по своему усмотрѣнію и произволу. Такъ же, какъ замѣчаетъ приведенный писатель ¹⁾, въ основаніе порубки лѣса не можетъ быть положена потребность опредѣленнаго субъекта, ни самого фруктуарія, ни же имѣнія, отданнаго ему въ uzuфруктъ и т. п., такъ какъ принятіе этого основанія иногда приводило бы къ

¹⁾ Lasp. p. 92

совершенному опустошенію и истребленію лѣса, что было бы противно принципу о пользованіи *salva rei substantia*, иногда же доставляло бы фруктуарію только весьма немного дровъ, что было бы въ свою очередь противно правилу о полученіи фруктуаріемъ всѣхъ плодовъ вещи. При отсутствіи всякихъ положительныхъ правилъ объ этомъ предметѣ, остается только принять, согласно съ общими началами о пользованіи при узупруктѣ, слѣдующее: фруктуарій имѣетъ право только на обыкновенныя произведенія и выгоды лѣса, чрезвычайныя же можетъ себѣ присвоивать только на столько, на сколько это сдѣлалъ бы всякій добросовѣтный и заботливый (въ отношеніи къ служащей вещи) хозяинъ, и то лишь съ тѣмъ условіемъ, чтобы фруктуарій зачитывалъ дрова, полученные вслѣдствіе особенныхъ, необыкновенныхъ происшествій, напр. деревья, отломанныя сильнымъ вѣтромъ, на получаемую имъ долю лѣса, т. е., чтобы онъ рубилъ на столько меньше, сколько соответствуетъ полученнымъ чрезвычайнымъ путемъ дровамъ¹⁾. На основаніи этого фруктуарій, по Ласпейресу, можетъ пользоваться высокоствольнымъ лѣсомъ, находящимся въ имѣніи, отданномъ въ узупруктъ, согласно съ правилами разумнаго лѣсоводства, принятыми въ данной мѣстности, не только для личныхъ своихъ потребностей, но и такъ, чтобы онъ продавалъ его. Если при этомъ фруктуарій, при вступленіи въ пользованіе, нашелъ уже благоустроенное лѣсное хозяйство, то онъ непремѣнно долженъ придерживаться найденнаго порядка; если же такового хозяйства въ имѣніи прежде не существовало, то все-таки фруктуарій долженъ ввести его, дѣйствуя согласно съ правилами лѣсоводства. Это правило, по мнѣнію Ласпейреса, относится равнымъ образомъ и къ лѣсамъ, отданнымъ въ узупруктъ особнякомъ — *ususfructus silvae* — и къ тѣмъ, которые состав-

¹⁾ Fr. 12 pr. D. h. t. lignum = топливо; materia = строительный лѣсъ; см. Laspr. p. 93. примѣч. 43.

ляютъ только часть имѣнія, отданнаго въ узупфруктъ. Поэтому Ласпейресъ и не считаетъ вѣрными мнѣнія тѣхъ юристовъ, которые находятъ, что во fr. 9 § 7 h. t. такое право пользованія будто бы ограничивается только тѣмъ случаемъ, когда имѣется ususfructus silvae, въ противномъ же случаѣ допускаютъ право порубки лѣса только въ пользу главнаго имѣнія, и соответственно нуждамъ его, и противятся въ этомъ случаѣ всякой продажѣ дровъ со стороны фруктуарія. Мы должны сознаться, что, не смотря на приведенные Ласпейресомъ fr. 77 de V. S., гдѣ плодомъ объявляется и то, что получается ex silvis caeduis, и fr. 7 D. sol. matr. 24, 3, fr. 12 ibid., fr. 40 § 4 D. de contr. emt. 18, 1, fr. 46 D. de usur. 22, 1, fr. 29 D. locati 19, 2 — въ насъ возбуждаетъ большое сомнѣнiе одно, совершенно не замѣченное и не объясненное Ласпейресомъ въ этомъ вопросѣ, мѣсто, а именно fr. 12 pr. D. h. t., который онъ приводитъ въ другомъ отношенiи, но въ которомъ не объясняетъ слѣдующаго: *Materiam* (т. е. строительный лѣсъ) *tamen ipsum succidere quantum ad villae refectionem, putat posse; quemadmodum calcem, inquit, coquere, vel aegnam fodere, aliudve quid aedificio necessarium sumere.* Тутъ очевидно дозволяется рубить (*succidere*) строительный лѣсъ, при чемъ объясняется и причина этого, слѣдовательно, сингулярнаго права. О топливѣ въ приведенномъ мѣстѣ ничего не говорится; но если разъ идетъ рѣчь о высокоствольномъ лѣсѣ, то не трудно распространить высказанное въ fr. 12 cit. и на лѣсъ, предназначенный для доставленiя топлива. Между тѣмъ, съ другой стороны, въ fr. 22 D. de usu et hab. 7, 8, прямо говорится о правѣ фруктуарія рубить и продавать лѣсъ, а въ немъ очевидно идетъ рѣчь только объ *отдѣльномъ* лѣсѣ. На основанiи сказаннаго, мы собственно должны бы были возвратиться къ мнѣнiю, господствовавшему до Ласпейреса. Только прежнее мотивированiе этого мнѣнiя не вѣрно, ибо въ fr. 9 § 7 cit. говорится, какъ мы старались показать, не о *silva caedua* въ обширномъ,

а въ тѣсномъ смыслѣ; главнымъ же, рѣшительнымъ мѣстомъ въ этомъ вопросѣ остается, по нашему мнѣнію, fr. 12 pr. cit. Содержаніе этого фрагмента принято и французскимъ законодательствомъ въ art. 592; дотрогиваться же лѣса фрукуарій можетъ только тогда, когда, при вступленіи въ пользованіе имъ, онъ нашелъ уже опредѣленный способъ пользованія, установленный хозяиномъ: art. 591. Но какъ же согласовать такое рѣшеніе разсматриваемаго вопроса со всѣми приведенными нами выше мѣстами, на которыя ссылается Ласпейресъ? Къ тому же является вопросъ: можно ли допустить, чтобы фрукуарій, имѣющій право на строительный лѣсъ, не могъ брать изъ лѣса, составляющаго часть имѣнія, необходимыхъ для отопленія дровъ (о правѣ его на топливо именно нигдѣ не говорится прямо, а вездѣ идетъ рѣчь только о строительномъ и другомъ употребляемомъ для специальныхъ цѣлей лѣсѣ [Nutzholz]). Или же слѣдуетъ распространить по аналогіи сказанное о строительномъ лѣсѣ и на топливо, принимая въ соображеніе то, что основанія, приведенныя въ нашемъ фрагментѣ относительно перваго, равнымъ образомъ подходятъ и къ этому материалу (*quemadmodum calcem coquere vel aliud quid aedificio necessarium sumere*). Результатъ, къ которому мы приходимъ по отношенію ко всѣмъ упомянутымъ вопросамъ, слѣдующій: относительно *silva caedua* въ тѣсномъ смыслѣ мы должны согласиться съ Ласпейресомъ, но, принимая во вниманіе слова: *uti paterfamilias caedebat*, съ тою уступкою Эльверсу, что если фрукуарій нашелъ опредѣленный хозяиномъ способъ пользованія, то онъ долженъ его держаться. Касательно же *silva caedua* въ обширномъ смыслѣ мы не можемъ согласиться съ Ласпейресомъ, Вангеровымъ ¹⁾ и другими, хотя мы должны сознаться, что наше толкованіе основывается только на буквальномъ смыслѣ словъ источниковъ, и что мы не можемъ прискаты внутренняго основанія опредѣле-

¹⁾ Lehrb. der Pandekten, § 344, примѣч. 1.

нiямъ римскаго права относительно этого вопроса, такъ что мы эти опредѣленiя должны считать сингулярными. Прежде всего именно вѣрность самой исходной точки Ласпейреса, по которой выраженiе *silva caedua* будто бы въ большей части имѣть употребляется въ обширномъ смыслѣ, имѣть не доказана (Гай говоритъ: *ut quidam putant*). Напротивъ того, напр. въ fr. 10 h. t., весьма ясно, что *silva caedua* обозначаетъ не большой, высокiй лѣсъ, а низкоствольный. Что именно дозволяется брать изъ него? *redamenta* — колья, тычины и вѣтви отъ деревьевъ. *Silva glandaria* и *pasuaria*, какъ говоритъ самъ Ласпейресъ, обозначаетъ лѣсъ для пастбища скота; отчего же, въ противоположность этому, выраженiе: *silva caedua*, непрежънно должно означать *всякiй* другой лѣсъ, а не именно низкоствольный? Отчего же далѣе не могло быть посѣва для низкоствольнаго лѣса? Во всякомъ случаѣ, если и встрѣчается вообще выраженiе *silva caedua* въ обширномъ смыслѣ, то имѣть никакого основанiя полагать, чтобы именно въ этомъ смыслѣ *обыкновенно* употреблялось это выраженiе.

Василики подтверждаютъ мнѣнiе Ласпейреса; но это обстоятельство только указываетъ на то, что византийское право, принявъ вездѣ выраженiе *silva caedua* въ обширномъ смыслѣ, сдѣлало въ этомъ отношенiи шагъ впередъ, сравнительно съ римскимъ правомъ, и уничтожило не основанное ни на какихъ внутреннихъ причинахъ, сингулярное постановленiе его о лѣсахъ. Во всякомъ случаѣ, авторитетъ василикъ не можетъ поколебать значенiя fr. 12 pr. cit. Приведенiе Ласпейресомъ fr. 13 § 4 h. t. намъ также кажется сдѣланнымъ не кстати. Въ этомъ фрагментѣ разсматривается вопросъ совершенно другой, нежели тотъ: можетъ ли фрустуарiй получать доходы порубкою и продажей лѣса, а именно говорится о замѣнѣ фрустуарiемъ одного вида пользованiя другимъ. На основанiи всего сказаннаго болѣе правдоподобнымъ является то, что выраженiе *silva caedua* въ большой части случаевъ обозначаетъ

именно то, что разумѣть подъ нихъ, по свидѣтельству Гая, юристъ Сервій. Остается сказать еще, что мы соглашаемся съ толкованіемъ Воэта¹⁾, по которому fr. 11 cit. долженъ быть отнесенъ не только къ послѣдней части fr. 10, а ко всему этому фрагменту, или же долженъ быть разсматриваемъ самъ по себѣ, безъ всякаго отношенія къ fr. 10 cit., такъ что въ немъ высказывается то общее правило, что фруктуарій совсѣмъ не имѣеть права рубить большія деревья. Въ fr. 11 и 12 pr. h. t., словомъ сказать, мы находимъ выставленнымъ тотъ принципъ о порубкѣ лѣса, который, по мнѣнію Ласпейреса²⁾, нигдѣ не высказанъ въ источникахъ. Мѣста, приведенныя этимъ ученымъ на стр. 88 и 89, всѣ не въ состояніи подтвердить его мнѣніе: fr. 77 de V. S. говоритъ просто о *silva caedua*, и поэтому не доказываетъ ничего, ни въ пользу Ласпейреса, ни противъ него; fr. 7 D. sol. matr. 24, 3., по мнѣнію самого Ласпейреса, говоритъ о *silva caedua* въ тѣсномъ смыслѣ; fr. 12 eod., по чтенію флорентинской рукописи (*gemiales*), также³⁾; въ fr. 40 § 4 D. de contr. emt. 18, 1, сопоставленіе лѣса съ тростникомъ (*agundo*) опять указываетъ на то же значеніе; въ fr. 46 D. de usur. 22, 1 — ничего опредѣленнаго не сказано; то же самое наконецъ надобно замѣтить и относительно fr. 29 D. locati 19, 2.

И такъ выводъ нашъ относительно пользованія лѣсами, таковой: во 1) касательно *silva caedua* въ обширномъ смыслѣ, т. е. всякаго лѣса, подлежащаго вырубкѣ, римляне, по необъяснимой причинѣ, дозволяютъ фруктуарію пользоваться только на столько, на сколько это вызвано потребностями самаго имѣнія, отданнаго въ узурфруктъ: fr. 12 pr. D. h. t. Только въ томъ

¹⁾ См. Laspeyres p. 85, примѣч. 30.

²⁾ l. c. p. 93.

³⁾ Laspeyres p. 78 при примѣч. 12. Ulpian. i. fragm. 55 § 4 Dig. de legat III. (32).

случаѣ, когда это имѣніе состоитъ исключительно изъ одного лѣснаго пространства, фрунтуарій можетъ пользоваться вполне лѣсомъ, вырубая его не только для своихъ потребностей, но и для продажи¹⁾; во 2) что касается до *silva caedua* въ тѣсномъ смыслѣ, то фрунтуарій можетъ имъ пользоваться вполне, и для продажи²⁾, если только хозяинъ самъ придасть лѣсу значеніе *silvae caeduae* въ тѣсномъ смыслѣ (*sicut paterfamilias caedebat*); право рубить тутъ принадлежитъ фрунтуарію даже тогда, когда этотъ лѣсъ не совсѣмъ еще развелся³⁾, но конечно съ тѣмъ, чтобы корни или стволы были пощажены, и лѣсъ не потерялъ своей способности доставлять далѣе тѣ выгоды, которыя соотвѣтствуютъ данному ему хозяиномъ назначенію. Что касается наконецъ въ 3) до *silva pop caedua*, т. е. до тѣхъ лѣсовъ и отдѣльно стоящихъ деревьевъ, которыхъ назначеніе состоитъ въ томъ, чтобы они доставляли только свои произведенія, напр. фрукты, или же въ томъ, чтобы они служили предметомъ пользованія безъ всякаго доставленія естественныхъ плодовъ (сюда напр. подходятъ деревья, составляющія паркъ), то конечно фрунтуарій не имѣетъ права рубить ихъ⁴⁾. При *silva pop caedua* и при *silva caedua* въ обширномъ смыслѣ, ограниченіе фрунтуарія доходитъ до того, что деревьями, отломанными вѣтромъ, онъ можетъ пользоваться только въ границахъ своихъ собственныхъ потребностей или потребностей имѣнія, подлежащаго узуфрукту⁵⁾, и то не иначе какъ съ обязанностію употреблять эти деревья на тѣ цѣли, къ которымъ они предназначены, такъ что строительнымъ лѣсомъ напр. онъ даже въ этомъ слу-

1) fr. 22 D. de usu et habit 7, 8. Конечно только *boni viri arbitratu*, т. е. согласно съ правилами разумнаго лѣсоводства.

2) fr. 9 § 7. D. h. t. fr. 10 *ibid.*

3) fr. 48 Dig. h. t.

4) fr. 13 § 4 D. h. t. cf. fr. 8 D. de fundo dotali 23, 5.

5) fr. 12 *pr.* D. h. t.

чаѣ не можетъ пользоваться для отопленія (l. c: nec materia eius pro ligno usum), если только онъ имѣетъ другой, обыкновенный источникъ для полученія топлива. Оставшіяся за его потребностями вырванныя и отломанныя деревья же онъ долженъ выдать хозяину имѣнія.

Приведенный fr. 12 рг. D. h. t., какъ намъ кажется, яснѣе всего показываетъ, что фруктуарій относительно пользованія лѣсами болѣе ограниченъ, чѣмъ полагаетъ Ласпейресъ. Если бы именно римскимъ правомъ допускалось то разширеніе правъ фруктуарія, которое принимаетъ Ласпейресъ, то отчего же дѣлается ограниченіе относительно *способа употребленія* такихъ деревьевъ? Мы видимъ, что въ этомъ мѣстѣ опять является, какъ руководящій, тотъ принципъ, который нами былъ выставленъ относительно *silva caedua* въ обширномъ смыслѣ, т. е. что пользованіе такимъ лѣсомъ ограничивается потребностями фруктуарія или имѣнія. Въ томъ случаѣ, когда вѣтромъ вырваны деревья въ строительномъ лѣсу, фруктуарій, какъ мы видѣли, не можетъ воспользоваться ими, если имѣетъ уже достаточное топливо. Ласпейресъ выходитъ изъ того предположенія, что тутъ идетъ рѣчь не объ обыкновенныхъ, но о чрезвычайныхъ произведеніяхъ лѣса, такъ что высказанное здѣсь о присвоеніи фруктуаріемъ подобныхъ деревьевъ, должно разсматривать не какъ ограниченіе его, но какъ льготу въ пользу его. Съ этимъ вполне можно согласиться, но тѣмъ не менѣе видѣтъ въ распределеніи дровъ, полученныхъ по этой льготѣ, примѣненіе одного и того же принципа, который примѣняется и при порубкѣ лѣса и при полученіи его случайно. Можно было бы указать на послѣдующія слова: *alioquin etc.*, какъ на подтвержденіе мнѣнія Ласпейреса, разсуждая такимъ образомъ: фруктуарій здѣсь можетъ брать известную часть вырванныхъ деревьевъ только потому, что ему нельзя доставить прибыли во всѣхъ деревьяхъ имѣнія, подобно тому, какъ онъ и не имѣетъ права рубить всѣ деревья въ *silva caedua*, а только тѣ, которыя мо-

гуть быть взяты, согласно съ правилами разумнаго лѣснаго хозяйства. Объясненіе: *alioquin* etc. могло бы показаться излишнимъ и тривіальнымъ, въ виду того, что фруктуарій вообще имѣеть право на полученіе лѣса только въ размѣрѣ своихъ потребностей.

Намъ однако кажется, что подобное толкованіе невѣрно. Мы себя представляемъ это мѣсто иначе. Вопросъ именно явился такого рода: фруктуарій, имѣющій вообще право порубки лѣса только въ границахъ своихъ потребностей, не долженъ ли получать по крайней мѣрѣ вырванныя случайно деревья? Отвѣтъ отрицательный: онъ можетъ получать только такое количество деревьевъ, какое соотвѣтствуетъ его потребностямъ, причемъ подразумѣвается: „такъ какъ онъ вообще имѣеть право на такое количество лѣса“. Это толкованіе именно подтверждается послѣдующими словами о томъ, что фруктуарій можетъ и самъ рубить строительный лѣсъ, на сколько это ему необходимо. Но можно было бы еще возразить: отчего поставлено слово *tamen*, указывающее на противоположность втораго случая первому? Строительный матеріалъ, по мнѣнію Лабсона, можетъ быть употребленъ фруктуаріемъ въ первомъ случаѣ, т. е. когда деревья отломаны вѣтромъ, и на отопленіе; во второмъ же (*tamen*), т. е. когда онъ самъ рубилъ, только на строительныя потребности.

Запрещеніе пользоваться *silva non caedua* не проведено вполне послѣдовательно (но деревья, принадлежащія къ *silva non caedua* поставлены, какъ мы уже выше замѣтили, подъ тѣ же правила, какъ *silva caedua* въ обширномъ смыслѣ). Поэтому напр., какъ справедливо замѣчаетъ Ласпейресъ ¹⁾, если фруктуарій обрѣзываетъ вѣтви фруктовыхъ деревьевъ для доставленія этимъ деревьямъ болѣе производительности, или отрубилъ въ паркѣ такія деревья, которыя по ветхости сами должны были упасть въ скоромъ времени, а между тѣмъ мѣшали

¹⁾ I. с. p. 85.

развитію молодыхъ деревьевъ, то онъ можетъ воспользоваться этими вѣтвями или вырубленными деревьями, тѣмъ болѣе, что онъ самъ обязанъ насаждать новыя деревья на мѣсто высохшихъ, съ тѣмъ, чтобы возвратитъ хозяину вещь въ томъ видѣ, въ которомъ онъ ее получилъ ¹⁾. Дѣйствительно, въ fr. 18 D. h. t. сказано, безъ различія между *silva caedua et non caedua*, что высохшія деревья принадлежатъ фруктуарію, а въ fr. 10 и 11 h. t. ему же предоставляется еще болѣе обширное пользованіе *silva non caedua*. Фруктуарій именно, по fr. 10 cit., можетъ заимствовать изъ него тотъ матеріалъ, который необходимъ для виноградниковъ, хотя онъ для этой цѣли по fr. 11 cit., не долженъ брать большихъ деревьевъ, которыя съ гораздо болѣею пользою могли бы быть употребляемы для другихъ цѣлей, напр. для построекъ. Распространеніе же сказаннаго въ fr. 10 cit. отъ виноградниковъ на другіе предметы, какъ то: на другія фруктовыя деревья и т. п., мы считаемъ не соответствующимъ источникамъ. Извѣстно, что по римскимъ взглядамъ разведеніе виноградниковъ было самымъ важнымъ и цѣннымъ способомъ обработки земли; если поэтому въ источникахъ было бы разрѣшено брать деревья изъ *silva non caedua* для земледѣльческихъ цѣлей вообще, то конечно это должно бы было примѣнить и къ виноградникамъ, но не наоборотъ. Напрасно Ласпейресъ въ правѣ фруктуарія, брать деревья, необходимыя для земледѣльческихъ цѣлей, не видитъ исключенія изъ общаго правила, ссылаясь на то, что конечно и хозяинъ предпочтетъ получать необходимый для имѣнія лѣсъ изъ имѣнія же тому, чтобы покупать его. Положеніе хозяина и фруктуарія совершенно различно: трудно именно опредѣлить, вѣрно ли цѣнить фруктуарій *silvam non caeduanam*, фруктовыя деревья или деревья, находящіяся въ паркѣ, сравнительно съ потребностями земледѣлія, ради которыхъ онъ ихъ рубить. Казалось опаснымъ

¹⁾ § 38 I. de R. D. 2, 1: fr. 7 § 3, fr. 13 § 2, fr. 18 D. h. t.

допустить вообще фрунтуаріа въ такой оцѣнкѣ и только въ одномъ случаѣ, когда именно шла рѣчь о виноградникѣ, римскимъ юристамъ казалось безспорнымъ, что фруктовыми и другими деревьями можно жертвовать для него. Поэтому, чтобы употребить собственное выраженіе Ласпейреса, „дозволяется брать деревья только *in vineam*, а не *in fundum*“. Остается еще разрѣшить слѣдующій вопросъ: можно ли отнести къ *silva pop caedua* сказанное о порубкѣ строительнаго матеріала въ fr. 12 pr. h. t.? Можетъ ли фрунтуарій брать напр. фруктовыя деревья на починку дома, *ad refectiorem aedificii*? Намъ кажется, что отвѣтъ долженъ быть отрицательный, именно потому, что въ fr. 10 cit. говорится опредѣленно, что брать деревья изъ *silva pop caedua* фрунтуарій можетъ только въ одномъ случаѣ, а именно *in vineas*. Вотъ въ какомъ положеніи, по нашему мнѣнію, въ источникахъ находится вопросъ о пользованіи лѣсомъ. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что особенности этого пользованія, въ сравненіи съ другими объектами узурфрукта, представляются нѣсколько странными.

Хотя древесный питомникъ, *seminarium*, и не представляется лѣсомъ въ истинномъ смыслѣ, однако, такъ какъ мы здѣсь говорили о пользованіи деревьями, то кстати скажемъ нѣсколько словъ о такомъ питомникѣ. Въ источникахъ о немъ говорится въ fr. 9 § 6 D. h. t. Плоды семинарія, т. е. молодые деревья, достигшія такого развитія, при которомъ они по мѣстному обычаю вынимаются изъ питомника, должны принадлежать фрунтуарію, и именно съ тѣмъ, чтобы онъ не только могъ разсаждать ихъ у себя, но и продавать; за то онъ обязывается постоянно дополнять самый питомникъ, замѣщая вынутыя деревья новыми, молодыми. Это ясно потому, что въ противномъ случаѣ расадникъ потерялъ бы свое значеніе. Фрунтуарій не только можетъ, но и долженъ, вынимать деревья достаточно разившіяся¹⁾. Можетъ показаться страннымъ, что фрук-

¹⁾ Laspeyres p. 103 и 104.

туарій имѣеть право брать и продавать деревья изъ питомника, между тѣмъ какъ онъ этого не можетъ дѣлать въ отношеніи къ деревьямъ, входящимъ въ составъ лѣса. Это обстоятельство однако объясняется весьма просто: при питомникѣ имѣется точно опредѣленная культура; при обыкновенномъ же высокоствольномъ лѣсѣ тамъ, гдѣ не развита наука лѣсоводства (а это именно и было у римлянъ), все предоставлено болѣе или менѣе личному усмотрѣнію и произволу. Поэтому никакъ нельзя безъ разбора примѣнить къ обыкновеннымъ лѣсамъ тѣ аргументы, которые выводитъ Ласпейресъ изъ правилъ о питомникахъ.

На основаніи всего вышесказаннаго мы должны были придти въ вопросѣ о пользованіи лѣсами къ тому результату, котораго не ждалъ бы Ласпейресъ ¹⁾. Мы его выставимъ собственными словами этого ученаго: „постановленія римскаго права о лѣсахъ, въ вопросѣ объ узурруктѣ, должны быть разсматриваемы какъ сингулярныя, неимѣющія внутреннихъ основаній, и, при существенно различномъ лѣсоводствѣ нашихъ временъ и при нашемъ климатѣ, римское право въ этомъ случаѣ не можетъ считаться примѣнимымъ, такъ что, при обсужденіи вопроса объ узурруктѣ въ лѣсахъ, въ нашемъ отечествѣ напримѣръ, мы должны принимать другія правила, и по нимъ опредѣлять объемъ и способъ пользованія фрукуарія въ лѣсахъ, правила, которыя съ одной стороны должны соответствовать общимъ началамъ, дѣйствующимъ относительно узуррукта, а съ другой стороны сообразоваться съ признанными въ наукѣ лѣсоводства техническими правилами“. Это значитъ, мы должны будемъ допустить порубку всякой *silva caedua* фрукуаріемъ, и не только для его личныхъ потребностей или для потребностей имѣнія, находящагося въ узурруктѣ, но и для продажи, при чемъ мы только должны будемъ наблюдать за тѣмъ, чтобы при порубкѣ онъ

¹⁾ Ibid. p. 74.

держался установленныхъ наукою лѣсоводства правилъ. Ласпейресъ же, подобно многимъ германскимъ юристамъ, старается выставить римское право безусловно примѣнимымъ и въ наши времена, и поэтому, при помощи различныхъ натяжекъ, вноситъ въ ученіе источниковъ о пользованіи лѣсами много, чего въ нихъ нѣтъ, но что дѣйствительно соответствуетъ потребностямъ нашего времени.

Въ виду того, что римскія начала относительно разсматриваемаго вопроса намъ кажутся непримѣнимыми, мы нѣсколько остановимся на постановленіяхъ другаго законодательства, которое, основываясь вообще на римскомъ правѣ, однако во многихъ отношеніяхъ измѣнило положенія его, согласно съ условіями и потребностями новѣйшаго времени, по тѣмъ вопросамъ, которые, вслѣдствіе развитія различныхъ вспомогательныхъ наукъ (въ примѣненіи къ тому вопросу напр., о которомъ мы здѣсь говоримъ, вслѣдствіе развитія науки лѣсоводства), не могутъ быть рѣшаемы теперь согласно со взглядами римлянъ. Это законодательство именно французское. Оно прежде всего, по вопросу о пользованіи лѣсами, устанавливаетъ ясное различіе между различными видами лѣсовъ, какъ въ отношеніи къ ихъ развитію, къ качествамъ и цѣлямъ, для которыхъ они назначаются, такъ и въ отношеніи цѣнности и значенія лѣсовъ для различныхъ промысловъ, и, согласно съ этимъ, и относительно способа порубки ихъ. (*Les bois de mésons ou de délit*). Это различіе основывается на извѣстномъ въ лѣсномъ законодательствѣ ордонансѣ 1669 года. Вотъ важнѣйшіе виды лѣса съ указанныхъ выше точекъ зрѣнія: 1) *Les bois taillis* — лѣсъ низкоствольный, который порубается періодически въ болѣе или менѣе краткіе сроки, опредѣленные закономъ или мѣстнымъ обычаемъ. 2) *Les baliveaux* — стволы деревьевъ большихъ и лучшаго качества: дубовыхъ, буковыхъ, ильмовыхъ и другихъ, которые остались за порубкою самыхъ деревьевъ, произведенною тогда, когда имъ было столько лѣтъ, сколько требуется для *bois taillis* (25 лѣтъ);

стволы эти должны быть оставляемы съ тѣмъ, чтобы изъ нихъ произросталъ новый высокоствольный лѣсъ, и чтобы они вообще служили для поддержанія лѣса. 3) Les futaies, также различныхъ видовъ; общее же значеніе ихъ слѣдующее: это деревья, сохраненныя въ три періода порубки такъ называемаго bois taillis, т. е. въ теченіе 75 лѣтъ; самый же высокій лѣсъ — haute futaie, который стоитъ по крайней мѣрѣ сто лѣтъ. 4) Les chablis — деревья, отломанныя или вырванныя въ лѣсахъ бурей. 5) Les bois de mésus ou de délit — отрубленныя воровскимъ образомъ.

Порубка низкоствольнаго лѣса (du taillis) производится въ различныя эпохи, смотря по мѣстнымъ обычаямъ, которые именно основываются на томъ, что лѣсъ въ однихъ мѣстностяхъ растетъ скорѣе, нежели въ другихъ. (Законодательными постановленіями возрастъ подобнаго лѣса, ранѣ котораго ни въ какомъ случаѣ нельзя было думать о порубкѣ его, опредѣляется: десятилѣтній по ordon. 1669 года, и затѣмъ двадцатипятилѣтній по arrêt du conseil 1730. Это однако примѣнялось только къ лѣсамъ, принадлежащимъ государству и общественнымъ учрежденіямъ. Частнымъ же лицамъ было дозволено рубить bois taillis по ихъ усмотрѣнію [loi de 1791], но съ обязанностью извѣстить объ этомъ лѣсное начальство [loi du 9 floreal an 11]. Поэтому французскими юристами принимается, что фрукуарій въ частныхъ лѣсахъ долженъ ждать относительно полученія bois taillis столько времени, сколько имѣлъ обыкновеніе ждать хозяинъ имѣнія; если же этотъ послѣдній не держался опредѣленныхъ сроковъ при порубкѣ такого лѣса, то фрукуарій и въ частныхъ лѣсахъ долженъ былъ ждать, по аналогіи съ общественными, 25 лѣтъ). Les bois taillis — низкоствольный лѣсъ, разсматривается французскимъ правомъ какъ естественный плодъ лѣса, подобно тому, какъ трава представляется естественнымъ плодомъ луга. Подобное разсмотрѣніе основывается на томъ, что этотъ лѣсъ растетъ и возобновляется

*

на почвѣ, которая его производитъ, періодически, нѣсколько разъ въ теченіе человѣческой жизни, подобно тому, какъ трава и хлѣбъ возобновляются ежегодно на лугахъ и поляхъ. Напротивъ того высокоствольный лѣсъ (*les arbres futaies*) разсматривается французскимъ правомъ болѣе какъ часть почвы, на которой онъ произрастаетъ. Этотъ лѣсъ законами не ставится между плодами, такъ какъ онъ не возобновляется въ краткій періодъ жизни человѣка; онъ представляетъ собою какъ бы резервный капиталъ. Поэтому только по специальному назначенію хозяина высокоствольный лѣсъ, вырубаемый правильно, можетъ служить источникомъ періодическаго дохода; въ этомъ случаѣ получаемыя изъ него деревья уподобляются плодамъ, сходно съ произведеніями, получаемыми изъ каменоломень и рудниковъ, которыя также не подходятъ вполне подъ понятіе плодовъ въ собственномъ смыслѣ этого слова. Вотъ почему фруитуаріи, приобретаая въ естественные плоды имѣнія (art. 582), могутъ присвоивать себѣ *taillis*, сколько ему угодно, и даже продавать его (конечно придерживаясь, при порубкѣ, закона или мѣстнаго обычая), между тѣмъ какъ *futaies* онъ можетъ пользоваться только тогда, когда уже хозяинъ имѣнія ихъ назначилъ для такого пользованія. Вообще правила о пользованіи лѣсомъ по французскому законодательству заключаются въ art. 590 до 594; разсмотримъ поближе эти статьи.

Art. 590: „*Si l'usufruit comprend des bois taillis, l'usufruitier est tenu d'observer l'ordre et la quotité des coupes, conformément à l'aménagement ou à l'usage constant des propriétaires; sans indemnité toutefois en faveur de l'usufruitier ou de ses héritiers, pour les coupes ordinaires, soit de taillis, soit de baliveaux, soit de futaies, qu'il n'aurait pas faites pendant sa jouissance. Les arbres, qu'on peut tirer d'une pépinière sans la dégrader, ne font aussi partie de l'usufruit qu'à la charge par l'usufruitier de se conformer aux usages des lieux pour le remplacement.*“ И такъ при *bois taillis* фруитуаріи должны

соблюдать порядокъ и способъ порубки, самый выгодный для хозяйства (conformément à l'aménagement — т. е. наиболее содѣйствующій постоянному воспроизведенію лѣса) или согласный съ постояннымъ пользованіемъ лѣсомъ со стороны самого хозяина (ou à l'usage constant des propriétaires). Эти опредѣленія, какъ видно изъ предшествующихъ словъ статьи, относятся только къ количеству и способу порубокъ (ordre et quantité des coupes), а отнюдь не имѣютъ цѣлю ограничивать фруктурія въ отношеніи къ способу потребления добытыхъ матеріаловъ, въ томъ смыслѣ, чтобы онъ напримѣръ могъ пользоваться этимъ матеріаломъ только лично для себя или для потребностей имѣнія, не имѣя права на продажу его; поэтому въ art. 590 высказано, въ нѣсколько измѣненной формѣ, то, что говоритъ юристъ Требаціи о silva caedua въ тѣсномъ смыслѣ, находящемся въ имѣніи, отданномъ въ узуфруктъ, въ fr. 9 § 7 i. f. D. h. t. 7, 1. Различіе между римскимъ и французскимъ правами тутъ заключается въ томъ, что по послѣднему и при silva caedua въ тѣсномъ смыслѣ долженъ быть соблюдаемъ извѣстный порядокъ, между тѣмъ какъ по римскому это требованіе нигдѣ прямо не высказано, а напротивъ, какъ кажется намъ (согласно съ Ласпейресомъ, но противъ Эльверса), по fr. 48 § 1 D. h. t. 7; 1 дозволяется рубить низкоствольный лѣсъ и „intempestive“ (что объясняется менѣ развитымъ лѣсоводствомъ у римлянъ). Что же должно сказать о фруктовыхъ деревьяхъ, которыя, находясь въ лѣсу, подлежащемъ узуфрукту, достигли возраста, въ которомъ они могли бы сдѣлаться предметами порубокъ въ качествѣ taillis? Отвѣтъ долженъ быть и по французскому праву, подобно римскому (въ которомъ, какъ мы знаемъ, это прямо высказано въ fr. 13 § 4 D. h. t.), такой, что фруктовые деревья ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть вырубены. Это выходитъ изъ art. 594, который также соотвѣтствуетъ римскому праву (fr. 18 D. h. t.), хотя французское право ограничиваетъ понятіе высохшихъ деревьевъ, говоря только о фруктовыхъ.

(См. ниже при разсмотрѣніи art. 592). Въ приведенной статьѣ французскаго кодекса именно говорится, что фрукутарій получаетъ высохшія или случайно вырванныя фрукутовые деревья; изъ этого французскіе юристы выводятъ, что фрукутарій не имѣетъ никакого права дотрогиваться остальныхъ фрукутовыхъ деревьевъ¹⁾. Но конечно, по вѣрному замѣчанію юристовъ, запрещеніе art. 594 можетъ быть отнесено только къ такимъ деревьямъ, которыя приносятъ плоды, употребляемые людьми на пищу (*des bons fruits*), и не должно поэтому имѣть примѣненія напр. къ дикимъ яблонямъ, которыя воспроизводятся самою природою, безъ содѣйствія челоуѣка. Относительно ихъ права фрукутарія должны быть подчинены общимъ правиламъ, т. е. онъ долженъ строго придерживаться порядка, установленнаго хозяиномъ для добыванія этихъ деревьевъ, или вовсе не дотрогиваться ихъ. Въ этомъ видѣ опредѣляются общія правила о порубкѣ лѣса по французскому праву. Но является вопросъ: какъ слѣдуетъ разсматривать новый лѣсъ, въ которомъ еще не была произведена порубка, хотя онъ былъ насажденъ или посѣянъ хозяиномъ? Должно ли его разсматривать, какъ *bois taillis* или же слѣдуетъ предполагать, что онъ имѣетъ назначеніемъ сдѣлаться *bois de futaies*? Конечно и здѣсь прежде всего вопросъ рѣшается ясно высказанною волею хозяина; въ томъ случаѣ же, если нельзя точно опредѣлить воли хозяина, французскіе юристы склоняются къ расширенію правъ фрукутарія (*„il faut plutôt présumer qu'il [c. à. d. le propriétaire] a voulu avoir un taillis, chaque fois qu'il s'agit de bois en masse dont la crue et la coupe forment le produit et revenu du sol, parce que les futaies, étant des bois de reserve, sont hors de la règle com-*

¹⁾ Это толкованіе, приложенное къ fr. 12 pr. D. h. t., было бы еще однимъ изъ аргументовъ, которые мы можемъ привести въ подтвержденіе нашего мнѣнія, въ противоположность взгляду Ласпейреса.

mine“). Намъ кажется, что этотъ вопросъ не можетъ быть разрѣшенъ такъ безусловно, но что слѣдуетъ непременно обратить вниманіе на породу и качество посаженныхъ деревьевъ; кромѣ того даже при обыкновенномъ, годномъ напримѣръ только для топлива, лѣсѣ, самый фактъ посава въ большей части случаевъ будетъ указывать на желаніе хозяина имѣть высокій лѣсъ. Впрочемъ нельзя не признать, что приведенный вопросъ всегда останется — *quaestio facti*, и что поэтому его нельзя разрѣшить однимъ общимъ правиломъ. Касательно деревьевъ, насажденных съ цѣлю украшенія имѣнія, или ради тѣни и т. п., конечно не можетъ быть сомнѣнія на счетъ того, что они вовсе не подлежатъ приобрѣтенію со стороны фруитуарія. Замѣтимъ еще, что въ приведенной выше статьѣ французскаго кодекса (590) мы находимъ еще любопытное постановленіе: „sans indemnité, toutefois“ etc. до „pendant sa jouissance“. Это ничто иное, какъ примѣненіе къ деревьямъ общаго правила относительно необходимости завладѣнія (*perceptio*) плодами. См. art. 585. Наконецъ окончаніе art. 590: „les arbres, qu'on peut tîger“ etc., есть ничто иное, какъ повтореніе римскаго правила о питомникахъ¹⁾, съ тѣмъ лишь дополненіемъ, что фруитуарій касательно замѣщенія вынутыхъ деревьевъ долженъ дѣйствовать согласно съ мѣстными обычаями.

Art. 591: L'usufruitier profite encore, toujours en se conformant aux époques et à l'usage des anciens propriétaires, des parties de bois de haute futaie qui ont été mises en coupes réglées, soit que ces coupes se fassent périodiquement sur une certaine étendue de terrain, soit qu'elles se fassent d'une certaine quantité d'arbres pris indistinctement sur toute la surface du domaine. Въ предшествующей статьѣ мы видѣли права фруитуарія относительно *bois taillis*, въ этой говорится о высокоствольномъ лѣсѣ. Изъ art. 591 видно, что, въ примѣненіи къ

¹⁾ См. fr. 9 § 6 D. h. t.

этому лѣсу, слѣдуетъ различать: существуетъ ли установленный хозяиномъ способъ порубки, или же нельзя опредѣлить съ ясностію, чтобы такой способъ былъ имъ установленъ. Въ первомъ случаѣ фруктуарій можетъ получать и высокоствольный лѣсъ, согласно съ порядкомъ, установленнымъ хозяиномъ, по опредѣленнымъ ли періодамъ, или по количеству деревьевъ, вырубаемыхъ въ теченіе извѣстнаго времени, такъ какъ онъ имѣетъ право пользоваться вещью наравнѣ съ самимъ хозяиномъ ея. Во второмъ же случаѣ фруктуарій можетъ воспользоваться деревьями только для необходимыхъ починокъ ¹⁾. Слѣдовательно и тутъ французскіе юристы принимаютъ совершенно тотъ же принципъ, который мы виндицировали римскому праву. Юристы именно признаютъ, что на основаніи этого принципа узуфруктъ въ высокоствольномъ лѣсѣ представляетъ весьма мало пользы для фруктуарія, если лѣсъ этотъ не раздѣленъ хозяиномъ на правильные участки для порубки (конечно, должны мы прибавить, только тогда, когда лѣсъ составляетъ часть имѣнія, а не тогда, когда онъ представляется единственнымъ предметомъ узуфрукта). Въ этомъ случаѣ именно фруктуарій можетъ только получать желуди и другія произведенія и плоды деревьевъ, можетъ гнать туда свой скотъ на паству и можетъ охотиться въ лѣсу, но дотрогиваться самыхъ деревьевъ онъ не имѣетъ права. И такъ для того, чтобы высокоствольный лѣсъ могъ считаться плодомъ имѣнія, непремѣннымъ условіемъ является начатая по извѣстнымъ правиламъ порубка его со стороны хозяина. Фруктуарій не можетъ ссылаться на случайныя, сдѣланныя не по такому правильному плану, порубки, которыя хотя и были предприняемы хозяиномъ по различнымъ временамъ, но не съ цѣлію постоянного пользованія лѣсомъ, а напримѣръ по чрезвычайнымъ потребностямъ, или даже по одной только фантазіи: хозяинъ именно можетъ *re uti vel abuti*, фруктуарій же

¹⁾ Ordonnance des forêts art. 5 tit. 22 и самый Code.

этой послѣдней власти не имѣеть. И вотъ огромное различіе между низкоствольнымъ и высокоствольнымъ лѣсомъ по французскому праву: первый всегда разсматривается какъ естественный плодъ имѣнія, второй же, самъ по себѣ, никогда такимъ плодомъ не представляется, за исключеніемъ того случая, когда правильная порубка его со стороны хозяина указываетъ на желаніе сего послѣдняго, считать въ данномъ случаѣ этотъ лѣсъ естественнымъ плодомъ.

Art. 592: Dans tous les autres cas, l'usufruitier ne peut toucher aux arbres de haute futaie; il peut seulement employer, pour faire les réparations dont il est tenu, les arbres arrachés ou brisés par accident; il peut même, pour cet objet, en faire abattre, s'il est nécessaire, mais à la charge d'en faire constater la nécessité avec le propriétaire. Разсматривая эту весьма любопытную статью, мы замѣчаемъ, что она заключаетъ въ себѣ почти только переводъ fr. 12 pr. D. h. t., съ нѣкоторыми объясненіями. Прежде всего здѣсь ясно и прямо высказано то начало, на которое мы указали, какъ на основанное, по нашему мнѣнію, и въ римскомъ правѣ, а именно, что вообще (dans tous les autres cas — если именно нѣтъ установленнаго хозяиномъ правильнаго пользованія) фрукуарій не можетъ пользоваться высокоствольнымъ лѣсомъ. Замѣчательно, что французскій законъ не дѣлаетъ никакого различія между свѣжими и высохшими деревьями, такъ что французское право въ этомъ отношеніи представляется болѣе строгимъ, нежели римское, допускающее, хотя условное, пользованіе высохшими деревьями вообще ¹⁾; французскіе же юристы, толкуя буквально статьи 592 и 594, допускаютъ таковое пользованіе только относительно высохшихъ фруктовыхъ деревьевъ. Намъ впрочемъ кажется, что французскіе юристы въ этомъ вопросѣ заходятъ слишкомъ далеко и что постановленія art. 594, безъ всякаго

¹⁾ fr. 18 D. h. t.

сомнѣнія, можно распространить на всякаго рода высокоствольный лѣсъ, такъ какъ вообще постановленія французскаго законодательства относительно фруктовыхъ деревьевъ болѣе строги, нежели по отношенію къ обыкновенному высокоствольному лѣсу. Далѣе art. 592 и въ томъ отношеніи строже fr. 12 cit., что допускаетъ пользованіе отломанными вѣтвямъ деревьями только для починокъ, слѣдовательно ни въ какомъ случаѣ не дозволяетъ пользоваться ими для отопленія, между тѣмъ какъ, согласно приведенному фрагменту, фруктуарій этого не можетъ дѣлать только тогда, когда у него есть другіе источники для полученія топлива. Французскіе юристы, замѣчая это различіе между art. 592 и fr. 12 cit., говорятъ, что Code послѣдовательнѣе дигестовъ, такъ какъ, если уже разъ не придавать высокоствольному лѣсу значеніе плода имѣнія, то не слѣдуетъ допускать никакого вида потребленія его (de consommation); употребленіе же его, помимо репаратуръ, будетъ всегда потребленіемъ его въ пользу фруктуарія. Наконецъ, въ art. 592 намъ нравится то, что самый способъ разъясненія вопроса — необходима ли, для починки дома въ имѣніи, порубка высокоствольнаго лѣса, или нѣтъ, установленъ закономъ: фруктуарій именно долженъ согласиться по этому вопросу съ хозяиномъ имѣнія, и только тогда имѣть право порубки лѣса, даже если бы онъ хотѣлъ употребить этотъ лѣсъ только для починокъ. Если же французскіе юристы хотятъ отнести это условіе порубки, т. е. предварительное соглашеніе фруктуарія съ хозяиномъ, и къ деревьямъ, отломаннымъ вѣтвямъ, то это требованіе ихъ намъ кажется совершенно не основательнымъ. Въ art. 592 начало предложенія, въ которомъ говорится о порубкѣ: *il peut même etc.*, указываетъ на то, что здѣсь высказывается нѣчто противоположное началу статьи; поэтому условіе, выставленное въ концѣ статьи, не можетъ быть отнесено къ ея началу.

Art. 593 въ первой своей половинѣ: „il peut“ до словъ „vignes“, которая одна интересуетъ насъ здѣсь, опять заклю-

часть въ себѣ повтореніе римскаго права (fr. 10 D. h. t.): при этомъ по французскому кодексу устанавливается правило, противное толкованію, которое даетъ Ласпейресъ соответствующему римскому фрагменту; французское право именно ограничиваетъ положительно право фруктуарія брать сваи и т. п., потребностями однихъ виноградниковъ, vignes. Статья далѣе говоритъ просто „dans les bois“, не дѣлая никакого различія между tail-lis и futaies, такъ что фруктуарій можетъ брать колья, необходимые для виноградниковъ, и изъ высокоствольнаго лѣса. Это положеніе римскаго законодательства вообще часто было подтверждаемо французскими королями. Такъ есть ордонансы Франциска I, Генриха II, Карла IX и Генриха III, по которымъ владѣльцамъ виноградниковъ повелѣвается разводить тополи, ольхи и другія деревья для полученія кольевъ для виноградниковъ, и только запрещается употреблять для этой цѣли дубъ, запрещеніе, выставленное подъ страхомъ конфискованія самыхъ виноградниковъ.

Наконецъ въ art 594 мы опять находимъ повтореніе римскаго законодательства (fr. 18 D. h. t.) насчетъ высохшихъ и отломанныхъ случайно деревьевъ, которыя должны принадлежать фруктуарію, но только подъ тѣмъ условіемъ, чтобы онъ насаждалъ новыя на ихъ мѣсто. Французская статья отличается отъ римскаго фрагмента только прибавленіемъ слова: fruitiers.

Кромѣ растений, составляющихъ плоды земли, фруктуарію должны принадлежать и тѣ произведенія ея, которыя относятся къ царству ископаемыхъ, т. е. минералы и металлы, находящіеся въ землѣ, отданной въ узифруктъ. Собственно говоря, эти предметы римлянами не причисляются къ плодамъ, а разсматриваются какъ нѣчто среднее между плодами въ техническомъ смыслѣ и приращеніями (accessiones). Конечно, такого рода споры о качествахъ ископаемыхъ, какіе приводятся наприимѣръ у Глюка ¹⁾,

¹⁾ Bd. 25 p. 113 sqq.

не практичны въ виду нынѣшняго состоянія науки минералогіи. Но для толкованія нашихъ источниковъ не безинтересно указать на тѣ данныя, которыя представляютъ римскіе юристы для опредѣленія этого средняго положенія ископаемыхъ. Съ одной стороны они говорятъ, что жемчужина вообще не представляется плодомъ; см. fr. 7 § 13 Dig. sol. matrim. 24, 3, хотя въ слѣдующемъ параграфѣ жѣлъ, золото и серебро „utique in fructu habebuntur“. Въ fr. 9 pr. D. h. t. 7, 1, если принять обыкновенное чтеніе: omne quod nascitur et quod percipi potest ipsius fructus est ¹⁾, признакомъ плода является возможность perceptiōnis. Далѣе въ fr. 77 D. de V. S. говорится: frugem pro reditu appellari et quod ex cretifodinis, lapidicinis capitur. Съ другой стороны всѣ, слѣдующіе за введеніемъ (principium), параграфы fr. 9 cit. указываютъ на то, что lapides и т. п. не подходятъ подъ понятіе плодовъ, такъ какъ въ § 4 прямо говорится: huic tractatus vicinus est de accessionibus; затѣмъ идетъ рѣчь объ instrumentum fundi etc. Поэтому мы не находимъ однообразнаго рѣшенія этого вопроса у новѣйшихъ писателей. Между тѣмъ именно какъ большее число ихъ не признаетъ упомянутыхъ произведеній плодами ²⁾, другіе вовсе не высказываютъ своего мнѣнія насчетъ этого вопроса ³⁾; третьи, наконецъ, причисляютъ ихъ къ плодамъ ⁴⁾. Геймбахъ и, вслѣдъ за нимъ, другіе между тѣмъ пола-

1) Haloander имѣетъ: ipsius fructuarii est.

2) См. напр. Heimbach: Lehre von der Frucht, стр. 21 i. f. и 22 прим. 1, Sintenis Civilr. § 41 прим. 22.

3) См. Elvers l. c. p. 484.

4) См. Windscheid Lehrb. d. Pand. § 144 прим. 3: Von der anderen Seite (?) werden die von einer Sache als Ertrag gewährten Sachen auch dann zu den Früchten gerechnet, wenn sie nicht zu den organischen Erzeugnissen gehören—слѣдуетъ ссылка на fr. 77 D. de V. S.

гаютъ, что понятіе плодовъ вообще у римлянъ выработалось на узупфруктѣ; въ отношеніи же къ нему мраморъ, металлы и т. п., представляются въ источникахъ какъ *fructus*. Итакъ, намъ кажется понятіе *fructus fundi* въ юридическомъ смыслѣ должно полагать болѣе обширнымъ, чѣмъ оно обыкновенно принимается, а именно такъ, что *fructus est omne quod ex terra percipi potest*. Практическое послѣдствіе изъ этого слѣдующее: гдѣ идетъ рѣчь о *fructus* (о выдачѣ ихъ, возвращеніи и т. п.), должны быть принимаемы въ расчетъ и эти *fructus*, за исключеніемъ, конечно, тѣхъ случаевъ, въ которыхъ закономъ прямо это воспрещено, что напр. имѣеть мѣсто по отношенію къ *fundus dotalis*, по fr. 7 § 13 cit.

Юристъ Ульпіанъ говоритъ, что по имѣнію, выраженному уже Массуріемъ Сабиномъ, каменоломни, копи песку и мѣлу и т. п., должны подлежать пользованію фрунтуарія, который при этомъ только обязывается обращаться съ ними, какъ *bonus paterfamilias*. И такъ фрунтуарій можетъ пользоваться вполнѣ рудниками, каменоломнями, торфяниками и различными копиями, открытыми въ имѣніи уже хозяиномъ. Конечно, въ тѣхъ государствахъ, гдѣ право пользоваться напр. рудниками дается только въ видѣ особенной личной привилегіи, фрунтуарій не можетъ пользоваться имъ, если самъ не получилъ этого права, ибо *jus publicum privatorum pactis mutari non potest*; но это не касается отношеній между хозяиномъ и фрунтуаріемъ, которыя одни только мы здѣсь имѣемъ въ виду. Ульпіанъ по этому вопросу еще положительнѣе высказывается въ томъ мѣстѣ, которое мы подвергли выше подробному разсмотрѣнію, а именно въ fr. 13 § 5 D. h. t. Мы знаемъ, что онъ дозволяетъ фрунтуарію самому открывать подобныя учрежденія съ соблюденіемъ, конечно, извѣстныхъ условій. Въ первомъ отношеніи, т. е. относително пользованія открытыми уже рудниками и т. п., французское законодательство сходится съ римскимъ, но оно расходится съ нимъ насчетъ вновь открываемыхъ самимъ фрунту-

аріємъ, что явствуетъ изъ арт. 598. Во всякомъ случаѣ по римскому праву фруктуарію принадлежатъ произведенія, получаемыя изъ находящихся въ ииѣннхъ рудниковъ, каменоломень, торфяниковъ и коней.

II. Что касается до втораго предмета, приносящаго естественные плоды, т. е. до растений, разсматриваемыхъ въ качествѣ главныхъ вещей, то вопросъ о нихъ не требуетъ особеннаго разсмотрѣнія, такъ какъ здѣсь дѣйствуетъ слѣдующее общее правило: всѣ произведенія растений, періодически отдѣляющіяся отъ нихъ съ тѣмъ, чтобы, согласно назначенію самой природы, сдѣлаться самостоятельными вещами, могутъ быть приобрѣтаемы фруктуаріемъ въ собственность. Относительно того вопроса, должны ли высохшія вѣтви и т. п. считаться естественными плодами, мы, не имѣя въ источникахъ прямыхъ указаній объ этомъ, нисколько не сомнѣваемся, что они должны подойти подъ понятіе *fructus* въ обширномъ смыслѣ ¹⁾.

III. Животныя въ качествѣ плодоприносящихъ предметовъ. Право узупрукта можетъ быть устанавливаемо во всякаго рода животныхъ, полезныхъ человѣку. Выгоды, получаемыя отъ нихъ, могутъ заключаться либо въ естественныхъ произведеніяхъ, плодахъ, т. е. въ приплодѣ, шерсти, молокѣ и т. п., или же въ работахъ ихъ, которыми можетъ пользоваться фруктуарій или лично, непосредственно, или же изъ которыхъ онъ можетъ извлекать выгоды полученіемъ извѣстной денежной суммы, при отдачѣ ихъ въ наемное содержаніе. Наконецъ можно себя представить, что предметомъ узупрукта будутъ животныя, причтенныя къ извѣстнымъ фокусамъ или показываемыя въ видѣ рѣдкостей въ извѣстной странѣ (звѣринецъ), доставляющія гражданскіе плоды. О гражданскихъ плодахъ, получаемыхъ по поводу животныхъ, мы здѣсь не будемъ говорить, но ограничимся разсмотрѣніемъ вопроса о естественныхъ плодахъ. Всѣ

¹⁾ См. еще fr. 13 Dig. quib. mod. ususfr. 7, 4.

органическія произведенія, доставляемыя періодически животными, считаются естественными плодами, хотя, какъ выше уже было сказано, въ этомъ вопросѣ многое опредѣляется мѣстнымъ обычаемъ; такъ напр. шерсть отъ овцы считается плодомъ, а отъ лошади нѣтъ; въ естественнымъ же плодамъ римляне причисляютъ и навозъ ¹⁾. Одинъ же изъ главныхъ продуктовъ, получаемыхъ отъ животныхъ, — это приплодъ ²⁾. Въ отношеніи къ нему имѣются нѣкоторыя особенныя правила. Между тѣмъ именно какъ относительно всѣхъ естественныхъ плодовъ, получаемыхъ отъ животныхъ, дѣйствуетъ общее правило, что они поступаютъ въ окончательную собственность фруктуарія, коль скоро онъ ими завладѣлъ — *per percipientem* — (такъ напр. фруктуарій получаетъ шерсть тотчасъ послѣ стрижки животного, сдѣланной своевременно), приплодъ отъ животныхъ, подъ это правило, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, не подходитъ. Римляне именно тутъ различаютъ слѣдующіе два случая: 1) установленъ ли узуфруктъ въ отдѣльномъ животномъ, или въ нѣсколькихъ, изъ которыхъ однако каждое должно быть разсматриваемо какъ отдѣльный объектъ пользованія (*ut singula capita*); или же 2) узуфруктъ установленъ въ цѣломъ стадѣ (*grege*), какъ въ *universitas (regum distantium)*, т. е. въ совокупности животныхъ, самцевъ и самокъ, юридически разсматриваемыхъ какъ одинъ предметъ, и предназначенныхъ дополняться изъ самихъ себя. Въ первомъ случаѣ фруктуарій получаетъ приплодъ въ неоспоримую, безвозвратную собственность, на тѣхъ же основаніяхъ, по которымъ онъ приобретаетъ плоды отъ другихъ вещей ³⁾; во второмъ же случаѣ, т. е. при узуфруктѣ стада, приплодъ иногда въ самый моментъ рожденія поступаетъ въ

¹⁾ Arg. fr. 12 § 2 D. de usu 7, 8, fr. 28 pr. D. de usur. 22, 1.

²⁾ См. fr. 28 cit.

³⁾ § 37 I. de R. D. 2, 1. О томъ вопросѣ, требуется ли при этомъ *percipio* или нѣтъ, см. ниже, при разсмотрѣніи вопроса о необходимости завладѣнія плодами со стороны фруктуарія.

собственность хозяина стада, а именно въ томъ случаѣ, если въ этотъ моментъ въ стадѣ не достаетъ одного изъ животныхъ, входившихъ въ его составъ при установленіи узупрукта; фруетуарій тогда отъ приплода не получаетъ приращенія къ имуществу. Иногда же приплодъ, не поступаая въ собственность хозяина стада, достается фруетуарію, который однако во всякомъ случаѣ получаетъ въ немъ только условную, сомнительную собственность, *dominium pendens*, или, по несоответствующему выраженію новѣйшихъ юристовъ, *dominium revocabile ex tunc*. Это положеніе ясно высказывается Ульпіаномъ въ fr. 70 § 3 D. h. t. 7, 1: *sed quod dicitur debere eum summittere, toties verum est, quoties gregis, vel armenti, vel equitii, id est universitatis ususfructus legatus est: caeterum, si singulorum capitum, nihil supplebit*, т. е. въ случаѣ уничтоженія или порчи животныхъ, отданныхъ въ узупруктъ, фруетуарій долженъ ихъ замѣнить новыми (изъ приплода), но только въ томъ случаѣ, когда они ему доставлены не какъ отдѣльные предметы пользованія, а какъ одно цѣлое (*universitas*). Если именно отдѣльныя животныя, отданныя въ узупруктъ, случайно околѣваютъ, то конечно фруетуарій, отвѣчающій только за *omnis culpa*, а не носящій *periculum casus*, свободенъ отъ всякой отвѣтственности. Поэтому онъ обязанъ только, согласно общему правилу о возвращеніи вещи *finito usufructu*, отдать хозяину *omne quod inde exstat*, т. е. мясо и шкуру околѣвшаго животного, которыя не могутъ быть разсматриваемы какъ плоды ¹⁾, но хозяинъ не можетъ требовать замѣны павшаго животного другимъ. Въ отношеніи же къ узупрукту стада, положеніе фруетуарія представляется инымъ потому, что онъ долженъ содержать это стадо такимъ образомъ, чтобы возвратитъ его въ томъ же видѣ (между прочимъ и при томъ же количествѣ животныхъ), въ которомъ онъ его получилъ при установленіи узупрукта; эта обя-

¹⁾ Cp. art. 616 Code Civ.

занность же лежитъ на немъ на столько, на сколько самое стадо ему доставляетъ средства для подобнаго содержанія, слѣдовательно и для замѣненія недостающихъ животныхъ новыми. Римское и французское законодательства одинаковымъ образомъ ¹⁾ опредѣляютъ, что фруктуарій обязанъ восполнять приплодомъ тѣ пробѣлы, которые могли явиться въ стадѣ вслѣдствіе убыли отдѣльныхъ животныхъ; такъ напр. выбывшую изъ стада самку онъ конечно долженъ замѣнить самкою же изъ приплода и т. д. При этомъ представляется слѣдующій, важный въ практическомъ отношеніи, вопросъ, не разрѣшенный законодательствомъ, и различно разрѣшаемый отдѣльными учеными: если въ приплодѣ нѣтъ вполне соответствующихъ выбывшему изъ стада животныхъ, напр. околѣлъ самецъ, а въ подростѣ находятся однѣ только самки — то какъ долженъ поступать въ этомъ случаѣ фруктуарій? Долженъ ли онъ все-таки замѣнить выбывшее животное однимъ изъ приплода, или же освобождается онъ въ приведенномъ случаѣ отъ своей обыкновенной обязанности, или же наконецъ не обязанъ ли онъ продавать нѣсколько животныхъ, полученныхъ въ качествѣ приплода, съ тѣмъ, чтобы вырученныя за ихъ продажу деньги употребить на пріобрѣтеніе соответствующаго выбывшему животнаго? Германскіе юристы, сколько намъ извѣстно, все принимаютъ первое мнѣніе, какъ наиболѣе соответствующее буквальному толкованію словъ закона, который просто говоритъ о замѣнѣ выбывшаго животнаго приплодомъ, не упоминая о тождественности во всѣхъ отношеніяхъ замѣняемаго животнаго и замѣняющаго его. Но между французскими юристами есть такіе, которые иначе истолковываютъ соответствующее мѣсто Наполеонова кодекса ²⁾. Мы, не останавливаясь на подробномъ разсмотрѣніи доводовъ юристовъ

¹⁾ fr. 68 § 2 и fr. 69 Dig. h. t. и art. 616 Code Civ. См. и Recapt. Sent. Pauli III 6 § 20.

²⁾ См. Proudhon l. c. III § 1093.

этого направленія, только замѣтить, что эти доводы нисколько не могут поколебать мнѣнія, что нѣмецкое толкованіе должно считаться единственно вѣрнымъ и соответствующимъ законамъ. Почему именно, спрашивается, дѣлается вообще различіе относительно обязанностей фруктуарія стада и отдѣльныхъ животныхъ? Гофманъ ¹⁾ это объясняетъ слѣдующимъ образомъ: конкретная *universitas*, въ которой установленъ узуфруктъ, опредѣляется какъ самостоятельная единица именно количествомъ головъ скота, входящихъ въ составъ стада. Поэтому, для поддержания предмета узуфрукта, фруктуарій долженъ стараться сохранить количество животныхъ. Дополненіе же стада производится изъ самаго прироста потому, что точно также, какъ вообще родъ (*die Gattung, genus*), по самой своей природѣ, имѣетъ назначеніе продолжаться и развиваться посредствомъ отдѣльныхъ, происходящихъ изъ него индивидуумовъ, точно также и известное количество предметовъ опредѣленнаго рода, если принимать количество это какъ нѣчто цѣлое, само по себѣ состоящее, должно быть разсматриваемо, какъ имѣющее назначеніе развиваться и дополняться изъ самого себя. Итакъ смыслъ разсужденій Гофмана слѣдующій: вещи должны быть употребляемы согласно ихъ назначенію; главное назначеніе рода (*die Gattung, genus*) одушевленныхъ существъ — продолжаться, развиваться изъ самого себя рожденіемъ новыхъ индивидуумовъ, замѣняющихъ выбывающіе; *universitas*, т. е. опредѣленное количество однородныхъ существъ, должно быть разсматриваемо въ этомъ отношеніи подобно цѣлому роду. Принимая это основаніе (а безъ него дѣйствительно нельзя объяснить различія узуфрукта въ отдѣльныхъ животныхъ и въ стадѣ, по отношенію къ приплоду), мы приходимъ къ слѣдующимъ выводамъ: 1) фруктуарій ни въ какомъ случаѣ не обязанъ дополнять стадо извнѣ, не изъ стада же (конечно за исключеніемъ того случая, когда

¹⁾ Die Lehre von den Servituten nach R. R. 1838 I Bd. § 44.

по его винѣ одно изъ животныхъ, составляющихъ стадо, сдѣлалось негоднымъ); 2) онъ долженъ дополнять стадо приплодомъ, не взирая на различіе выбывшаго животнаго и замѣняющаго его, въ отношеніи напр. къ полу, такъ какъ замѣна самца самкою, и при дополненіи стада изъ самого себя естественнымъ, природнымъ путемъ, вполнѣ предоставлена случаю.

Что римляне именно желали, чтобы фрунтуарій лишился выгодъ, получаемыхъ отъ приплода, только настолько, насколько этого требуетъ сохраненіе стада въ первоначальномъ составѣ, въ отношеніи къ количеству животныхъ, не обращая вниманія на бѣольшую или мѣншую выгодность замѣны животныхъ, въ отдѣльномъ случаѣ, для хозяина, видно изъ *fr. 70 § 4 D. h. t. 7, 1*, по которому фрунтуарій можетъ дополнить стадо и самымъ послѣднимъ животнымъ, явившимся въ качествѣ приплода, хотя для хозяина, конечно, было бы выгоднѣе замѣна выбывшихъ животныхъ не самымъ молодымъ приплодомъ. При ясномъ выраженіи: „*ex agnatis*“, по римскому праву и не можетъ быть спора относительно того, что фрунтуарій долженъ дополнять стадо только изъ животныхъ, составляющихъ приплодъ отъ этого же стада. Фрагментъ именно 70-й § 2 *h. t.*, который сбиваетъ напр. Прудона, вовсе не имѣетъ того значенія, какое придаетъ ему названный ученый. Слова: *alios foetus summitere*, указываютъ только на то, что на замѣну выбывающихъ изъ стада животныхъ долженъ быть употребляемъ весь приплодъ отъ стада, а не только опредѣленные животныя изъ приплода, напр. тѣ, которые родились до выbytія даннаго животнаго изъ стада; поэтому и говорится: *alios foetus*. Далѣе, что *periculum, si decesserit foetus, erit fructuarii, non proprietarii*, значитъ, что фрунтуарій не можетъ требовать отъ хозяина вознагражденія за околѣвшій случайно приплодъ, и долженъ замѣнить выбывающій скотъ послѣдующимъ приплодомъ, не смотря на то, что онъ потерпѣлъ убытокъ вслѣдствіе случайнаго уничтоженія старшаго приплода. Такое толкованіе подтверждается и словами:

carnem foetus demortui ad fructuarium pertinere, т. е. что мясо околѣвшихъ животныхъ изъ приплода должно принадлежать фрукуарію; это очевидно вытекаетъ изъ того, что онъ не можетъ требовать вознагражденія за эти животныя. Во французскихъ кодексахъ мы находимъ выраженіе не столь точное, какъ въ римскихъ источникахъ; тамъ именно говорится, что фрукуарій долженъ дополнить стадо *jusqu'à concuissance du stoit*. Это истолковываютъ такимъ образомъ: *jusqu'à concuissance de la valeur du stoit*. Толкованіе же это основывается исключительно на общемъ соображеніи, что фрукуарій долженъ пользоваться вещію *en bon père de famille*, а хорошій хозяинъ непременно употребить подростъ на то, чтобы, продавъ его, приобрести за полученныя деньги животное, необходимое для дополненія стада. Намъ этотъ аргументъ кажется столь шаткимъ, что онъ не въ состояніи поколебать общій взглядъ юристовъ на обязанность дополнять стадо изъ приплода, даже въ примѣненіи къ приведенной статьѣ французскаго кодекса.

Выбытіемъ животнаго изъ стада, какъ видно изъ *fr. 69 D. de usufr.*, считается не только смерть его, но и случай появленія болѣзни и всякаго вообще недостатка, препятствующаго пользованію имъ согласно его назначенію: „*in locum caritum defunctorum vel inutilium*“. Когда фрукуарій исполнилъ свою обязанность дополненія стада изъ приплода, то онъ конечно, иначе, нежели при узуфруктѣ отдѣльныхъ животныхъ, имѣетъ право распоряжаться въ свою пользу негодными или околѣвшими животными, напр. ихъ кожею, мясомъ и т. д., такъ какъ обязанность поддерживать вещь не заключаетъ въ себѣ обязанности увеличивать ее. Изъ этого же вытекаетъ, что весь приплодъ, превышающій количество необходимыхъ для пополненія стада животныхъ, фрукуарій получаетъ въ полную, неотъемлемую собственность ¹⁾. Если наконецъ погибнетъ все стадо или, по крайней

¹⁾ *fr. 70 § 2 i. f. Dig. h. t. 7, 1.*

мѣрѣ, до появленія приплода уничтожится такое количество животныхъ, что остальное не достаточно для понятія стада, то фруктуарій не обязанъ дополнять это количество послѣдующимъ приростомъ и стараться довести этимъ оставшихся животныхъ въ такому количеству, съ которымъ опять связывалось бы понятіе стада. Узуфруктъ въ *universitas* именно въ такомъ случаѣ прекращается, вслѣдствіе уничтоженія объекта¹⁾, и фруктуарій долженъ возвратитъ оставшихся животныхъ хозяину.

Для окончанія этого вопроса замѣтимъ еще, что, согласно сказанному нами выше объ условной, сомнительной собственности, *dominium pendens* (*schwebendes Eigenthum*) фруктуарія въ приплодѣ, онъ, *durante usufructu gregis*, не имѣетъ ни права виндикаціи приплода, ни вообще исковъ, направленныхъ на его возвращеніе, а долженъ довольствоваться защитою интердиктовъ, даваемыхъ по поводу владѣнія. Мы именно видѣли, что Ульпіанъ, въ fr. 70 § 1 D. de usufr. 7, 1, присоединяется къ мнѣнію Юліана, по которому *pendet dominium, ut si summittantur, sint proprietarii, si non summittantur, sint fructuarii*. Изъ этихъ словъ ясно выходитъ, что до наступленія условія, опредѣляемаго здѣсь словами *si* и *si non*, они *nec proprietarii sunt, nec fructuarii*. Между тѣмъ по fr. 12 § 5 i. f. h. t. 7, 1, именно по рассматриваемому нами здѣсь случаю, и еще по одному другому случаю, касающемуся также узуфрукта, Юліанъ говоритъ: *in foetu qui summittitur dicendum est, condictionem pendere*. См. и юриста Павла въ fr. 43 § 10 D. de aedil. ed. 21, 1. Юристъ Павелъ здѣсь говоритъ, приводя упомянутый другой случай изъ ученія объ узуфруктѣ, который во fr. 12 § 5 cit. сопоставляется съ случаемъ *de foetu summisso: dominium pendet, et ideo neutri eorum redhibitoria competit*. Конечно это отсутствіе права иска не можетъ, даже при пропущеніи срока интердикта, исполнѣ лишитъ фруктуарія выгодъ отъ

²⁾ fr. 31 Dig. quib. mod. ususfr. 7, 4 (Pompon.).

приплада, такъ какъ, если сдѣляется извѣстнымъ, что *summissio* не должна была имѣть мѣста, собственность фрунтуарія получаетъ обратную силу, почему онъ впоследствии можетъ искаать и по поводу завладѣнія вещью, имѣвшаго мѣста до наступленія условія. Противъ иска его въ этомъ случаѣ и не можетъ быть приведена давность, по правилу: *agege non valenti, non currit praescriptio*; но, во всякомъ случаѣ, фрунтуарій для виндикаціи долженъ будетъ выждать окончаніе узуфрукта, такъ какъ до этого момента все еще можетъ появиться необходимость *summissionis*. Поэтому фрунтуарій долженъ позаботиться о томъ, чтобы онъ не потерялъ владѣнія въ приплодѣ.

Въ чемъ наконецъ состоитъ *summissio* — что для этого долженъ предпринимать фрунтуарій, въ источникахъ не опредѣляется. Ульпіанъ именно въ fr. 70 § 5 D. h. t. говоритъ: *summittere autem facti est*, и прибавляетъ, что, по мнѣнію юриста Юліана, фактъ этотъ заключается въ какомъ то дѣленіи или отдѣленіи. Фрунтуарій поэтому, при появленіи необходимости пополненія стада, долженъ выдѣлить изъ имѣющагося у него приплада столько животныхъ, сколько потребуется для возстановленія первоначальнаго количества животныхъ, составлявшихъ стадо, и при этомъ онъ долженъ объявить о причисленіи выдѣленнаго приплада къ стаду, въ замѣнъ выбывшихъ животныхъ. Если онъ этого не сдѣлаетъ, то онъ подвергается отвѣтственности передъ хозяиномъ: fr. 70 pr. D. h. t. 7, 1.

Выходя изъ римской точки зрѣнія, мы теперь еще должны бы были сказать подробно объ узуфруктѣ въ рабахъ, какъ о предметѣ наиболѣе подробно развитомъ римскими юристами. Пользованію рабами именно посвящены нѣкоторые изъ тончайшихъ изслѣдованій ихъ. См. напр. *Vat. fragm.* § 75 и слѣд. Подробное разсмотрѣніе этого вопроса однако представляется не особенно необходимымъ. Хотя именно, какъ мы замѣтили выше¹⁾,

¹⁾ См. стр. 225 пр. 1.

изъ правилъ, дѣйствовавшихъ относительно рабовъ, мы иногда узнаемъ общія начала для пользованія и другими движимыми вещами, однако это замѣчаніе не имѣетъ примѣненія къ приобрѣтеніямъ, дѣлаемымъ рабами на основаніи ихъ интеллектуальной дѣятельности; объ этихъ же приобрѣтеніяхъ мы должны преимущественно говорить здѣсь. Такъ какъ именно въ новѣйшей юридической жизни мы не встрѣчаемъ разумныхъ существъ, которыя, подобно римскимъ рабамъ, могли бы служить предметами чужаго пользованія, то правила о поступленіи результатовъ интеллектуальной дѣятельности подобныхъ существъ въ пользу фруктуарія, конечно не могутъ имѣть никакого интереса для насъ. Подробное изслѣдованіе *этого* вопроса слѣдовательно имѣло бы дѣйствительно чисто антикварный характеръ, не представляя собою никакого практическаго значенія. Вслѣдствіе этого мы по тѣмъ же доводамъ, которыми объясняетъ Эльверсъ ¹⁾ отсутствіе въ своемъ сочиненіи подробнаго разсмотрѣнія этого вопроса, ограничимся краткимъ указаніемъ руководящихъ въ этомъ ученіи началъ, слѣдуя Эльверсу въ приведенномъ мѣстѣ, и Гофману ²⁾.

Главный принципъ, проходящій чрезъ все ученіе объ узифруктѣ, что именно фруктуарій приобрѣтаетъ всѣ произведенія и всѣ выгоды отъ вещи, къ доставленію которыхъ она предназначена по самой своей природѣ, не получая чрезвычайныхъ, непредвидѣнныхъ приращеній ея, повторяется и въ ученіи объ узифруктѣ въ рабахъ. На основаніи этого принципа предметомъ узифрукта являются силы раба, физическія и интеллектуальныя, и фруктуарій получаетъ въ собственность все то, но именно и только то, что является произведеніемъ этихъ силъ, т. е. результаты дѣятельности раба. Рабъ именно, въ качествѣ существа разумнаго, имѣетъ своимъ назначеніемъ разумную чело-

¹⁾ I. с. p. 498.

²⁾ I. с. I § 45. См. и Krans I. с. p. 82 sqq.

вѣческую дѣятельность. О естественныхъ плодахъ отъ рабовъ не можетъ быть рѣчи, и мы выше ¹⁾ видѣли, что единственный предметъ, который можно было бы подвести подъ понятіе органическаго произведенія рабовъ — дитя рабыни, уже съ древнихъ временъ у римлянъ не разсматривался какъ естественный плодъ: *partus ancillae non est in fructu habendus*. Изъ сказаннаго явствуется, что всё приобрѣтенія, дѣлаемыя фруктуаріемъ черезъ посредство рабовъ, относятся къ такъ называемымъ гражданскимъ плодамъ; поэтому такого рода приобрѣтенія и выставляются въ источникахъ — какъ особенный, самостоятельный предметъ, возлѣ естественныхъ плодовъ; см. напр. fr. 30 pr. D. ad legem Falcidiam 35, 2 (Maecianus): *ad heredis lucrum pertinent fructus, partus ancillarum, et quae per servos acquisita sunt, ut stipulationes, rerum traditiones, legata, hereditasve his datae*; также Гай fr. 4 D. de operis servorum 7, 7; Ульпіанъ fr. 39 § 1 D. de legatis I (30). Вслѣдствіе сего, собственно говоря, вопросъ о пользованіи рабами слѣдовало бы разсмотрѣть ниже, когда будетъ рѣчь о полученіи фруктуаріемъ гражданскихъ плодовъ. Но такъ какъ правила о приобрѣтеніи выгодъ изъ дѣятельности рабовъ не вполне совпадаютъ съ началами, опредѣляющими полученіе другихъ гражданскихъ плодовъ, то мы здѣсь вкратцѣ укажемъ на главныя изъ этихъ правилъ. Они именно слѣдующія: 1) всё предметы, получаемые физическимъ трудомъ (*ex operis*) раба, обращаются въ собственность фруктуарія, а не хозяина раба; 2) то же самое относится къ тѣмъ приобрѣтеніямъ раба, которыя дѣлаются при посредствѣ имущества фруктуарія, и изъ этого имущества (*ex re usufructuaria*)²⁾, и которыя являются результатами интеллектуальной

¹⁾ См. стр. 115 прим. 2.

²⁾ Paul. Rec. Sent. V, 7, § 3; Gai. II, § 91; Fragm. Vat. § 71; § 4 I. per quas pers. nobis acq. 2, 9; § 2. J. per quas pers. nob. oblig. 3, 28; fr. 21, 25 § 7, fr. 31 D. h. t. 7, 1; fr. 3 D. de oper. 7, 7 и др. мѣста.

дѣятельности раба. Такимъ образомъ рабъ можетъ пріобрѣтать всякія права для фруктуарія: владѣніе, собственность и другія вещныя права, обязательства (*stipulationes*), а также освобождать его отъ обязанностей, посредствомъ различныхъ актовъ, направленныхъ на уничтоженіе обязательства. Такъ какъ, по сказанному выше, пріобрѣтательныя дѣйствія раба обращаются въ пользу фруктуарія только тогда, когда они совершены *ex re fructuarii*, то при тѣхъ пріобрѣтеніяхъ раба, которыя предполагаютъ вознагражденіе со стороны лица, за которое дѣйствовалъ рабъ, слѣдовательно при всѣхъ возмездныхъ сдѣлкахъ (*negotia onerosa*) его, вопросъ о томъ, кому должны принадлежать выгоды, пріобрѣтаемыя рабомъ изъ сдѣлки, остается нерѣшеннымъ и сомнительнымъ до тѣхъ поръ, пока не воспослѣдуетъ вознагражденіе; а затѣмъ вопросъ этотъ разрѣшается различно, смотря по тому, изъ чьего имущества дается обѣщанное рабомъ вознагражденіе: если оно воспослѣдуетъ изъ имущества фруктуарія (къ этому имуществу, конечно, относится и *rescuium*, данное фруктуаріемъ рабу ¹⁾), то пріобрѣтеніе обращается въ имущество же фруктуарія; если же рабъ совершитъ уплату по обязательству изъ имущества своего хозяина, то пріобрѣтеніе идетъ въ пользу сего послѣдняго. Такимъ образомъ здѣсь опять является случай такъ называемаго *dominium pendens* ²⁾, съ которымъ мы уже встрѣчались по поводу приплода отъ стада, отданнаго въ узуфруктъ.

Всѣ чрезвычайныя пріобрѣтенія раба, какъ выше было сказано, принадлежать хозяину его, а не фруктуарію, такъ именно: дѣти рабовъ, наслѣдства и отказы на имя рабовъ ³⁾ (за исклю-

¹⁾ fr. 31 Dig. h. t. 7, 1; fr. 24 D. de act. emt. vend. 19, 1.

²⁾ fr. 12 § 5, fr. 25 § 1 Dig. h. t. 7, 1; fr. 43 D. de A. R. D. 41, 1; fr. 43 § 10 D. de evict. 21, 1.

³⁾ fr. 45 D. de A. V. O. H. 29, 2; fr. 22 D. h. t.; fr. 1C § 3, fr. 43, fr. 49 D. de A. R. D. 41, 1.

ченіемъ того случая, когда наслѣдодатель именно имѣлъ въ виду фруктуаріа ¹⁾, а не хозяина), находимый рабомъ кладъ ²⁾. И такъ, краткій выводъ изъ сказаннаго слѣдующій: *фруктуаріи получаютъ все приобретаемое рабомъ ex operis servi и ex re fructuarii, но и только*. Если же, съ одной стороны, фруктуарій, подобно хозяину, получаетъ выгоды изъ дѣятельности раба, то съ другой стороны онъ, по аналогіи же съ хозяиномъ, подвергается ответственности по поводу дѣйствій его; такъ противъ него могутъ быть вчиняемы *actio de peculio* ³⁾, *actio quod jussu* ⁴⁾, *actio de in rem verso* ⁵⁾ и другіе ⁶⁾ искъ, даваемые противъ хозяина раба, по поводу дѣйствій сего послѣдняго.

О завладѣніи естественными плодами со стороны фруктуарія, какъ необходимомъ условіи для полученія имъ собственности въ этихъ плодахъ (PERSERTIO).

Мы видѣли, что естественныя произведенія вещи обращаются въ собственность фруктуарія. Это обстоятельство однако, по римскому праву, не имѣетъ мѣста *ipso jure*, такъ чтобы со всякимъ отдѣленіемъ плода отъ плодоприносящей вещи, слѣдовательно въ моментъ; когда плодъ получаетъ значеніе самостоятельной вещи, онъ поступалъ, самъ собою, въ имущество фруктуарія, безъ всякаго дѣйствія со стороны сего послѣдняго. Римское право доставляетъ собственность въ плодахъ *ipso jure*, т. е. на основаніи простаго факта отдѣленія плода (*per separatio nem*), только тремъ лицамъ: хозяину плодоприносящей вещи, содержателю ея на эмфитевтическомъ правѣ и добросовѣстному

¹⁾ fr. 21, 22, 24 D. h. t. 7, 1; Vat. Fragm. § 71.

²⁾ fr. 63 § 3 D. de A. R. D. 41, 1.

³⁾ fr. 2, fr. 19 § 2 fr. 37. § 3 D. de pecul. 15, 1.

⁴⁾ fr. 1 § 8 D. quod jussu 15, 4.

⁵⁾ arg. fr. 13 D. de in rem verso 15, 3.

⁶⁾ fr. 2 D. de peculio 15, 1.

владѣльцу¹⁾. При всѣхъ другихъ лицахъ, а именно при всѣхъ пользующихся чужою вещью по согласію съ хозяиномъ ея (за исключеніемъ эмфитевта, исключеніе, которое легко объясняется обширнымъ объемомъ правъ эмфитевта вообще), римское право требуетъ, для полученія собственности въ произведеніяхъ вещи, особеннаго дѣйствія лица, заключающагося въ завладѣніи — *percipitio*, — т. е. въ захватѣ плода, лично или чрезъ представителя, съ желаніемъ присвоить себѣ этотъ плодъ. Оставляя въ сторонѣ другихъ лицъ, пользующихся чужою вещью, мы остановимся только на *percipitio* плодовъ со стороны *fructuarius*²⁾. Въ источникахъ мы находимъ указаніе на этотъ вопросъ въ слѣдующихъ мѣстахъ: *fr. 13 i. f. D. quib. mod. ususfr. 7, 4: Julianus ait, fructuarii fructus tunc fieri, quum eos perciperit....* и *fr. 12 § 5 ibid: Julianus putat, quoniam fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur, licet ab alio terra separentur....* Необходимость завладѣнія плодами представляется въ практическомъ отношеніи чрезвычайно важнымъ, въ примѣненіи именно къ разрѣшенію споровъ между хозяиномъ и *fructuariемъ*, относительно принадлежности плодовъ, находящихся въ ижъніи въ моментъ прекращенія *узифрукта*. По важности этого вопроса, необходимо остановиться нѣсколько на изслѣдованіи соображеній, которыми руководствовались римскіе юристы при установленіи требованія *перцепціи*, изслѣдованіе тѣмъ болѣе необходимое, что нѣкоторые новѣйшія законодательства не выставляютъ этого условія для приобрѣтенія *фруктуариемъ* права собственности въ плодахъ. Такъ напр. въ *Code civil, arg. art. 585*, мы не находимъ этого требованія³⁾.

¹⁾ См. объ этомъ напр. *Arndts Pand. § 156, Vangerow Lehrb. d. Pand. § 312, Windscheid Pand. § 186* и др.

²⁾ См., кромѣ вышеприведенныхъ, *Wächter: Eroerterungen aus dem Röm., Deutschen und Württemberg. Privatr. p. 59; Heimbach l. c. p. 64 до 88, Elvers, l. c. p. 488 sqq.*

³⁾ См. *Proudhon. III § 1146 p. 127.*

У различныхъ писателей мы встрѣчаемъ различныя объясненія мотивовъ, которыми руководствовались римляне, требуя перцепціи плодовъ фруитуаріемъ. Самымъ обыкновеннымъ является объясненіе, при которомъ ссылаются на то, что фруитуарій не имѣетъ юридическаго владѣнія самою вещью (*corporeis possessio*); слѣдовательно, говорятъ, для полученія собственности въ плодахъ, фруитуарій долженъ предварительно приобрести въ нихъ владѣніе, которое онъ получаетъ отъ хозяина вещи посредствомъ передачи, такъ что *perceptio*, въ глазахъ этихъ юристовъ, основывается на передачѣ плодовъ фруитуарію, и уподобляется приобретенію собственности *per traditionem*. Мы назовемъ только самаго извѣстнаго представителя этого мнѣнія, именно Савиньи¹⁾. Эльверсъ²⁾ объясняетъ *perceptio* какъ случай *brevi manu traditionis*. Противъ этой теоріи, основывающей перцепцію на передачѣ, можно замѣтить, какъ это и дѣлаютъ Арндсъ³⁾ и Шенеманъ⁴⁾, слѣдующее: 1) передача есть перенесеніе юридическаго владѣнія отъ традента на акципента; она, слѣдовательно, необходимо предполагаетъ юридическое владѣніе въ лицѣ передающемъ; между тѣмъ, при завладѣніи плодами со стороны фруитуарія, хозяинъ вовсе не имѣлъ таковаго владѣнія въ нихъ, слѣдовательно и не могъ перенести его, (это возраженіе примѣняется въ отношеніи къ Савиньи). Во 2) фруитуарій получаетъ плоды, когда разъ установленъ узифруктъ, и *противъ воли хозяина*, между тѣмъ какъ передача, конечно и *brevi manu traditio* (Эльверсъ), предполагаетъ согласіе хозяина, доставленіе имъ владѣнія въ плодахъ. Кроме того, противъ Эльверса, можно еще замѣтить, что при *brevi manu traditio*, какъ извѣстно, приобретатель юридическаго владѣнія долженъ

1) *Recht. des Besitzes* 7-е изд. § 22 а. II р. 277.

2) *l. c.* р. 493.

3) *Zeitschrift f. Civilrecht u. Process* N. F. III, р. 388—392.

4) *l. c.* § 14.

былъ находиться въ естественномъ владѣнн передаваемой вещи; фрунтуарій же, до перцепціи, не детинировалъ плодовъ. Возраженіе, приведенное подъ 2), можетъ быть выставлено и противъ взгляда Шенемана, который, допуская, что *rescriptio* не представляетъ собою передачи въ обыкновенномъ смыслѣ, говоритъ, что въ этомъ дѣйстви можно видѣть фактъ, сходный съ передачею въ томъ отношеніи, что присвоитель плодовъ приобрѣтаетъ въ нихъ владѣніе съ согласія хозяина. 3) Предположеніе, по которому хозяинъ, при приобрѣтеніи плодовъ фрунтуаріемъ *per rescriptioem*, переноситъ на него владѣніе, противорѣчитъ принципу, по которому *servitus in faciendo consistere nequit*. Въ 4) *Traditio* хозяина, какъ основаніе приобрѣтенія плодовъ, противорѣчило бы характеру вещнаго права, какъ самостоятельной, независимой отъ лица хозяина, власти. Вслѣдствіе указанныхъ соображеній явились ученые, не согласные съ общепринятымъ объясненіемъ мотивовъ, по которымъ требуется перцепція плодовъ фрунтуаріемъ. Крансъ¹⁾ находитъ, что различіе между фрунтуаріемъ и добросовѣстнымъ владѣльцемъ, въ отношеніи къ приобрѣтенію плодовъ, основывается на томъ, что право узурфрукта, существенно личное, должно выражаться въ дѣйствіяхъ, относящихся къ лицу фрунтуарія, тѣмъ болѣе, что онъ не есть владѣлецъ вещи, а удерживаетъ ее только отъ имени другаго лица; добросовѣстный же владѣлецъ приобрѣтаетъ плоды *per nudam separationem* потому, что онъ разсматривается какъ хозяинъ. Это объясненіе однако намъ также кажется не достаточнымъ. Почему же арендаторъ (*conductor; colonus*), котораго право не столь личное какъ право фрунтуарія, ибо договоръ найма имущества, какъ извѣстно, переходитъ на наслѣдниковъ, приобрѣтаетъ собственность въ плодахъ также только *per rescriptioem*, а эмпитевтъ, не разсматриваемый какъ хозяинъ, *per nudam separationem*? Арндсъ, въ приведенномъ мѣстѣ, объяс-

¹⁾ I. с. p. 58.

няетъ необходимость завладѣнія плодами слѣдующимъ образомъ: узупруктъ есть право пользоваться чужою вещію и *извлекать изъ нея плоды, прибрѣтать ихъ*. Для этого же *приобрѣтенія, которое очевидно предполагаетъ человеческое дѣйствіе*, именно и требуется дѣятельность со стороны фруктуарія; поэтому плоды и не прибрѣтаются ему безъ его дѣятельности, чрезъ случайное отдѣленіе ихъ. Римскіе юристы, которые вообще не сочувствовали распространенію правъ, ограничивающихъ собственность, истолковывали *uti frui* въ качествѣ дѣятельности фруктуарія въ отношеніи къ собственности, и примѣняли это толкованіе, главнымъ образомъ, при рѣшеніи вопроса, насколько при окончаніи узупрукта плоды должны доставаться фруктуарію, и насколько хозяину вещи ¹⁾. Съ этимъ объясненіемъ Арндса можно, какъ намъ кажется, вполне согласиться, такъ какъ хозяинъ, согласно вещному характеру узупрукта, обязанъ: къ *non facere*, т. е. ему воспрещается брать самому плоды, и къ *pati*, т. е. онъ обязанъ терпѣть, чтобы фруктуарій завладѣвалъ ими. При наймѣ же, по нашему мнѣнію, слѣдуетъ конструировать перцепцію плодовъ иначе, а именно принять *traditionem brevi manu*, такъ какъ, по самому характеру найма, какъ обязательственнаго отношенія, *locator* при немъ обязывается доставлять плоды нанимателю, вслѣдствіе чего плоды, добытые послѣднимъ, противъ желанія и согласія хозяина, не могутъ считаться его собственностію.

И такъ фруктуарій, для полученія собственности въ естественныхъ плодахъ, нуждается въ перцепціи, т. е. долженъ завладѣть ими. Но въ этомъ и заключается единственное условіе относительно прибрѣтенія имъ естественныхъ плодовъ. По римскому праву именно не обращается вниманія на то, являются ли эти плоды произведеніями исключительно силъ природы, безъ всякаго человѣческаго содѣйствія (*fructus mere naturales*), или

¹⁾ § 36. I de R. D. 2, 1; fr. 13 D. quib. mod. ususfr. 7, 4.

же произведены они при содѣйствіи человѣческаго труда (*fructus industriales*); далѣе не принимается также въ расчетъ кѣмъ они посѣяны, фруктуаріемъ ли или хозяиномъ.

Изъ всего сказаннаго послѣдовательно вытекають слѣдующія примѣненія:

1) Если, при установленіи узуфрукта, въ имѣніи находятся естественные плоды, все равно въ видѣ ли зачатковъ только, посѣва, или же въ качествѣ уже появившихся въ окончательномъ видѣ, но не отдѣленныхъ еще отъ плодоприносящей вещи, плодовъ (*fructus pendentes*), то, хотя бы они даже были вполне зрѣлы, они, вслѣдствіе перцепціи ихъ со стороны фруктуарія, обращаются въ собственность его¹⁾. Если же наследникъ нарочно откладывалъ осуществленіе узуфрукта, чтобы не предоставить *fructus pendentes* фруктуарію, то имѣются средства для того, чтобы принудить его къ доставленію фруктуарію вознагражденія какъ за эти плоды, такъ и вообще за всякій ущербъ, могущій произойти отъ его дѣйствія²⁾. Но тутъ можетъ явиться слѣдующій вопросъ: если при вступленіи фруктуарія въ имѣніе тамъ находятся отдѣленные уже плоды (напр. отдѣленные случайно или дѣйствіемъ лица, не имѣвшаго на то права), то имѣетъ ли фруктуарій право присвоить ихъ себѣ *per receptiōnem*? Случай этотъ можетъ явиться при легатѣ узуфрукта, когда плоды, появившіеся со времени смерти наследодателя, еще не были собраны и убраны. Въ приведенномъ мѣстѣ дигестовъ, согласно чтенію Галоандра, говорится: *nam et fructus exstantes ad fructuarium pertinent*, по другихъ чтеніямъ: *fructus stantes*. Такъ какъ выраженіе *fructus exstantes* обозначаетъ всѣ плоды, находящіеся на лицѣ *in specie*, то существовало имѣніе, по которому фруктуарій долженъ получать право и на *fructus sepa-*

¹⁾ fr. 27 pr. Dig. h. t. 7, 1.

²⁾ fr. 35, 36 § 2, 47 D. eod.

gatos, находящіеся въ имѣніи во время открытія узуррукта¹⁾. Мы не станемъ тутъ распространяться подробнѣе объ этомъ, очевидно совершенно невѣрномъ, мнѣніи. Отдѣленные уже плоды именно не находятся ни въ какой связи съ плодотносящею вещью, по которой они должны были бы слѣдовать дальнѣйшей судьбѣ ея; *separatio* превращаетъ ихъ въ самостоятельныя вещи; фрукуарій получаетъ право извлекать плоды изъ вещи, получать отдѣляющіяся отъ нея произведенія; тутъ же плодовъ вещи, въ смыслѣ придаточныхъ вещей, уже нѣтъ болѣе; есть рожь, пшеница и т. п., но въ юридическомъ смыслѣ уже нѣтъ болѣе плода отъ данной вещи.

Фрукуарій, получая собственность въ *fructus pendentes*, не обязанъ притомъ доставить хозяину какое либо вознагражденіе за нихъ, напр. по поводу работы, посѣва и т. п. Это уже вытекаетъ изъ того общаго соображенія, что хозяинъ, устанавливая узурруктъ, долженъ былъ предвидѣть возможность подобнаго случая, и по этому долженъ былъ, если онъ не желалъ доставить фрукуарію эти плоды, именно высказаться насчетъ этого — *quia in dubiis contra eum respondendum est, in cujus fuit potestate legem apertius conscribere*. Затѣмъ же мы имѣемъ одно мѣсто въ источникахъ, изъ котораго мы можемъ вывести, что фрукуарій въ означенномъ случаѣ не обязывается къ вознагражденію, а именно *fr. 34 § 1 D. h. t. 7, 1. (Julianus)*. Въ этомъ фрагментѣ представляется слѣдующій случай: наниматель имѣнія назначается, по завѣщанію хозяина этого имѣнія, фрукуаріемъ того же помѣстья, которымъ онъ прежде пользовался на основаніи договора найма. Онъ въ этомъ случаѣ, по рѣшенію юриста Юліана, можетъ требовать отъ наслѣдниковъ вознагражденія за издержки, сдѣланныя по поводу *fructus pendentes* со дня смерти завѣщателя. Хотя именно онъ пользуется плодами въ качествѣ фрукуарія, но онъ лишается возможности

¹⁾ См. Glück IX p. 198 i. f.

получать эти плоды въ качествѣ нанимателя. Изъ этого слѣдуетъ, что хозяинъ не могъ требовать отъ фруктуарія вознагражденія за посѣвъ и т. д., потому что, въ противномъ случаѣ, онъ могъ бы требовать и зачета этого своего требованія съ требованіемъ фруктуарія, бывшаго нанимателя, обращеннымъ на вознагражденіе за издержки.

2) Если, при прекращеніи узуфрукта, наприм. при смерти фруктуарія, находятся въ имѣніи *fructus pendentes*, хотя бы совершенно уже зрѣлыя, то ихъ не могутъ требовать наслѣдники фруктуарія, но они дѣлаются собственностію хозяина вещи¹⁾. Плоды же уже отдѣленные поступаютъ въ собственность или наслѣдниковъ фруктуарія, или же хозяина вещи, смотря по тому, завладѣлъ ли ими уже фруктуарій, или нѣтъ. И такъ *fructus separati, sed nondum a fructuario percipiti* принадлежатъ тутъ хозяину вещи, ибо въ этомъ случаѣ, т. е. въ отношеніи къ хозяину, конечно, нѣтъ тѣхъ соображеній, которыя мы привели для объясненія того, что фруктуарій не получаетъ плодовъ, которые, уже отдѣлившись отъ главной вещи, находились въ имѣніи при началѣ узуфрукта²⁾. Само собою же разумѣется, что наслѣдники фруктуарія могутъ требовать выдачи себѣ *fructuum nondum percipitorum* тогда, когда фруктуарій не перцепировалъ этихъ плодовъ только потому, что хозяинъ вещи, противозаконными своими дѣйствіями, мѣшалъ ему въ перцепціи³⁾. При полученіи *fructus pendentes* хозяинъ столь же мало обязанъ вознаградить наслѣдника фруктуарія за издержки и труды по производству плодовъ (*impensas, quas in culturam fecerat*), какъ фруктуарій хозяина, въ томъ случаѣ, когда fruc-

¹⁾ fr. 13, D. quib. mod. 7, 4; § 36 Inst. de R. D. 2, 1; fr. 8 D. de ann. leg. 33, 1.

²⁾ fr. 13, cit: aliter observandum est de ea olea, quae per se deciderit.

³⁾ fr. 5 § 4 D. si ususfr. pet. 7, 6; fr. 35, 36 § 2, 47 D. h. t. 7, 1.

tus pendentes находятся въ имѣннн, отдаваемою въ узуфруктъ. Это положеніе въ нашихъ источникахъ нигдѣ прямо не высказывается, вѣроятно потому, что на него смотрѣли, какъ на разумѣющаея само собою. Эльверсъ справедливо замѣчаетъ¹⁾, что фрукуарій долженъ получить вознагражденіе только по тѣмъ необходимымъ и полезнымъ издержкамъ, которыя не лежатъ на его обязанности, и поэтому, именно какъ возложенная на него закономъ обязанность, относятся всецѣло къ нему. Во fr. 13 § 2 D. h. t. 7, 1 же положительно говорится, что фрукуарій можетъ быть принуждаемъ хозяиномъ къ обработкѣ полей и т. п.; производя эти работы, онъ слѣдовательно дѣлаетъ только то, что обѣщаль словами: *boni viri arbitrato se usugum fruiturum*. Конечно, такое положеніе иногда можетъ оказаться весьма невыгоднымъ для фрукуарія, въ особенности въ томъ случаѣ, когда узуфруктъ оканчивается еще до полученія имъ первыхъ плодовъ изъ имѣннн, но фрукуарій долженъ былъ предвидѣть возможность такого происшествія, и поэтому къ нему можно примѣнить то, что говорится юристомъ Ульпіаномъ о нанимателѣ, при подобномъ же случаѣ: *non recepturum (sumtus, quos fecit in fundum) quia hoc evenire posse prospicere debuit*. Мнѣннн, высказаннаго нами по поводу этого вопроса, держится и Крансъ²⁾. Многіе юристы однако, въ особенности въ прежнія времена, допускали требованія наслѣдниковъ фрукуарія, обращенныя на вознагражденіе за употребленныя ихъ наслѣдодателемъ издержки по поводу плодовъ³⁾, причемъ они ссылались на

¹⁾ I. с. р. 538, прим. 1.

²⁾ I. с. р. 66.

³⁾ См. напр. Глюка, который, на стр. 199 примѣч. 69 i. f., не признаетъ за фрукуаріемъ обязанности вознаградить хозяина *propter impensas in culturam factas*, а на стр. 334 возлагаетъ эту обязанность на хозяина, въ отношеніи къ фрукуарію и его наслѣдникамъ.



тѣ общія изреченія, въ которыхъ говорится, что издержки, употребленныя на плоды, сами собою уменьшаютъ количество этихъ плодовъ, напр. fr. 46 D. de usuris 22, 1; C. 1 Cod. de fruct. et litium expens. 7, 51; fr. 8 § 1 D. sol. matrim. 24, 3; fr. 51 D. fam. ergise. 10, 2. Дѣйствительно, въ особенности въ послѣднемъ изъ приведенныхъ мѣстъ, весьма опредѣленно высказывается необходимость зачета издержекъ съ плодами: et impensarum ratio haberi debet quia nullus casus intervenire potest, qui hoc genus deductionis impediatur. Не смотря однако на это, мы, на основаніи вышеуказанныхъ доводовъ, не можемъ согласиться съ мнѣніемъ этихъ юристовъ, ибо не можемъ признать безусловнаго дѣйствія за тѣмъ правиломъ, по которому тотъ, кто получаетъ плоды, всегда и долженъ отвѣтствовать по поводу издержекъ, сдѣланныхъ по отношенію къ этимъ плодамъ, такъ какъ мы во fr. 34 § 1 D. de usufr. и въ fr. 9 § 1 D. loc. 19, 2 видѣли два случая, въ которыхъ сами римскіе юристы отъ этого правила отступаютъ ¹⁾.

И такъ фрукуарій получаетъ право собственности въ плодахъ только по завладѣніи ими ²⁾, при которомъ дѣйствуютъ общія правила о приобрѣтеніи юридическаго владѣнія *corpore et animo*, такъ что онъ можетъ завладѣвать ими чрезъ представителя, напр. нанимателя, работника и т. д. Если поэтому плоды, отдѣленные отъ вещи, но не поступившіе еще во владѣніе фрукуарія, будутъ захвачены постороннимъ лицомъ, то виндицировать ихъ можетъ только хозяинъ вещи, а не фрукуарій ³⁾. Но конечно послѣдній долженъ имѣть юридическія средства для того, чтобы вознаградить себя за незаконное и несправедливое уменьшеніе своихъ доходовъ. Поэтому, такъ какъ въ приведен-

¹⁾ Ср. еще Эльверса l. c.

²⁾ Объ одномъ спорномъ въ этомъ отношеніи случаѣ, а именно насчетъ того, требуется ли *receptio* для полученія собственности въ приплодъ отъ животныхъ, см. ниже.

³⁾ fr. 12 § 5 D. h. t. 7, 1.

номъ случаѣ имѣется ограниченіе его пользованія, онъ можетъ дѣйствовать прежде всего посредствомъ иска, направленаго на защиту пользованія, т. е. *per actionem confessogram*; кроме того онъ имѣетъ и специальный искъ изъ *furtum*, направленный на двойное вознагражденіе, именно *actio furti*, ибо этотъ искъ, какъ извѣстно, принадлежитъ не только хозяину украденной вещи, а всякому, кто заинтересованъ въ томъ, чтобы вещь не была похищена, *cujus interfuit rem non esse ablatam*. Непонятно, какимъ образомъ Эльверсъ¹⁾, приводя fr. 12 § 5 cit., утверждаетъ, что *actio furti*, равно какъ и *rei vindicatio*, въ этомъ случаѣ принадлежитъ не фруктуарію, а хозяину вещи, между тѣмъ какъ въ приведенномъ мѣстѣ ясно сказано: *progruetario condictionem competere, fructuario autem furti actionem, quoniam interfuit ejus, fructus non esse ablatos*. Конечно *condictio furtiva*, какъ искъ, основывающійся на собственности истца, не можетъ принадлежать фруктуарію; но въ *actio furti* ему никакъ нельзя отказать. Это именно не только можно вывести изъ общихъ предположеній этого иска, но мы во fr. 12 § 5 cit. имѣемъ нарочное указаніе на это обстоятельство.

Въ отношеніи къ одному виду естественныхъ плодовъ вопросъ о необходимости завладѣнія ими со стороны фруктуарія, въ новѣйшія времена, а именно черезъ Эльверса²⁾, сталъ спорнымъ. До сихъ поръ именно юристы, на основаніи § 37 I. 2, 1, принимали (а большинство ихъ еще и теперь это принимаетъ), что приплодъ отъ животныхъ тотчасъ же по рожденіи дѣлается собственностію фруктуарія, и что, слѣдовательно, въ отношеніи къ нему *perceptio* не требуется: *In pecudum fructu etiam foetus est, sicut lac, et pilus et lana: itaque agni et hoedi et vituli... statim naturali jure dominii fructuarii sunt*. Разсматривая этотъ вопросъ, мы, съ точки зрѣнія теоріи, считаемъ болѣе вѣр-

¹⁾ l. c. p. 489.

²⁾ Ibid.

нимъ мнѣніе Эльверса, хотя, въ виду яснаго выраженія институцій, въ практическомъ отношеніи, какъ намъ кажется, слѣдуетъ предпочитать тотъ взглядъ, который представляется какъ *communis opinio*. Въ первомъ отношеніи замѣтимъ, что уже самое сопоставленіе молока, шерсти и т. д. съ приплодомъ, указываетъ на то, что слово *statim* здѣсь не можетъ имѣть значенія: тотчасъ, безъ завладѣнія. Слово *itaque* именно, и предшествующее *sicut*, указываютъ, что приобрѣтеніе *statim* приплода выводится изъ того, что это есть плодъ, подобно молоку и т. п. Далѣе, изъ сопоставленія фруктуарія и добросовѣстнаго владѣльца¹⁾, видно, что при вышеприведенныхъ словахъ юристъ вовсе не думалъ о перцепціи, такъ какъ она ни въ какомъ случаѣ не требуется въ отношеніи къ добросовѣстному владѣльцу. Наконецъ не мѣшаетъ упомянуть здѣсь о неточности выраженій, иногда встрѣчающейся у Гаю, которая объясняется тѣмъ, что онъ не принадлежалъ къ числу юристовъ, получившихъ *jus respondendi*²⁾. Притомъ, и это упустилъ изъ виду Эльверсъ, нѣтъ никакой необходимости принимать, чтобы *statim* здѣсь имѣло значеніе: *statim post agnationem*; слово это можетъ быть поставлено и въ томъ значеніи, чтобы оно указывало на отсутствіе посредствующаго дѣйствія со стороны хозяина животнаго, такъ что *statim* здѣсь можно было бы описать такимъ образомъ: *statim i. e. sine concessione domini*, въ противоположность — *post traditionem vel quasi — traditionem a domino factam*, такъ что значеніе всего предложенія было бы слѣдующее: приплодъ приобрѣтается фруктуаріемъ тотчасъ, безъ передачи или уступки со стороны хозяина животнаго, которому собственно принадлежитъ *ipso jure* этотъ приплодъ. На такое толкованіе наводятъ

¹⁾ Въ томъ мѣстѣ Гаю, изъ котораго очевидно редакторы институцій заимствовали § 37 *cit.*: fr. 28 D. de usuris 22, 1 (Gajus).

²⁾ См. объ этомъ качествѣ Гаю, напр.: Asher: *Rechtsgeschichtliche Studien*. Band. I. Berlin. 1862 p. 73.

и встрѣчающіяся въ приведенномъ мѣстѣ Гая слова: *pleno jure*, замѣненныя въ институціяхъ императора Юстиніана выраженіемъ: *naturali jure*. *Pleno jure* значить: по полному, т. е. самостоятельному, собственному праву, безъ необходимости получать еще это право отъ другаго лица. И такъ, весьма важнымъ представляется то, что здѣсь не сказано: *ipso jure*. Эльверсъ противъ господствующаго мнѣнія справедливо приводитъ, что никакъ нельзя ожидать, чтобы фруктуарій пріобрѣталъ собственность въ приплодѣ и тогда, когда животное находилось въ рукахъ другаго лица, напр. вора или даже, положимъ, самого хозяина. Если же бы принять пріобрѣтеніе животнаго фруктуаріемъ и въ этомъ случаѣ — а это послѣдовательно вытекаетъ изъ того смысла, который имѣетъ слово *statim* по *communis opinio* — то мы имѣли бы случай, который представлялъ бы собою весьма важное отступленіе отъ общихъ правъ хозяина на плоды, въ отношеніи къ одному виду плодовъ; а это, какъ мы замѣтили, чрезвычайно важное по юридическому своему значенію, правило было бы выставлено безъ всякой оговорки и выражено однимъ словомъ *statim* ¹⁾! На основаніи всего сказаннаго, нельзя принять, чтобы классическая юриспруденція установила то различіе относительно пріобрѣтенія плодовъ, которое обыкновенно выводятъ изъ слова *statim*. Другое дѣло относительно Юстиніанова права. Редакторы институцій, очевидно не понявъ мѣста Гая, на что указываетъ замѣненіе ими выраженія *pleno jure* словами *naturali jure*, выписали фразу Гая съ опущеніемъ словъ: *bonae fidei possessoris*. Очень можетъ быть, что они сами не выводили никакихъ послѣдствій изъ слова *statim*; это можно

¹⁾ Galvanus l. c. cap. 28 § 3, желая объяснить различіе приплода отъ другихъ плодовъ, въ этомъ отношеніи, приводитъ какъ основаніе этого различія то обстоятельство, что приплодъ не только рождается въ домѣ фруктуарія (въ этомъ случаѣ именно все-таки имѣется *acquisitio possessionis animo*), но и вскармливается имъ изъ его имущества, и т. д. См. еще Эльверса l. c. p. 490.

заклѹчить изъ того, что они въ § 37 cit. не употребляютъ никакого слова, выражающаго противоположность къ § 36, между тѣмъ какъ, при общепринятомъ толкованіи слова *statim*, въ § 37 заключалось бы весьма значительное изъятіе изъ правила, ясно выставленнаго въ предшествующемъ параграфѣ. Не смотря однако на наши теоретическія размышленія, нельзя не признать, что въ томъ видѣ, въ которомъ изложенъ § 37 cit. въ институціяхъ, онъ обязываетъ судей, которые должны руководствоваться Юстиніановымъ правомъ, признавать за фруктуаріемъ приобрѣтеніе права собственности въ приплодѣ отъ животныхъ, на основаніи *pudae separationis*.

В. Права фруктуарія относительно такъ называемыхъ гражданскихъ плодовъ.

Мы уже выше указали, что извѣстные доходы и прибыли отъ вещи, не имѣющіе характера органическихъ произведеній, могутъ быть подведены, не смотря на противное мнѣніе Геймбахъ, подъ опредѣленіе *fructus*. Сюда именно относятся юридическія произведенія вещи, получаемыя не изъ субстанціи, не изъ тѣла и матеріала, главной вещи, а приобрѣтаемыя, *согласно съ извѣстнымъ порядкомъ, по поводу ея, черезъ посредство юридическихъ сделокъ*, такъ что вещь, находящаяся въ пользованіи лица, доставляетъ, въ видѣ такихъ произведеній, новыя цѣнности въ имущество этого лица, цѣнности, ради которыхъ обыкновенно и приобрѣтаются соответствующія главныя вещи. Въ это опредѣленіе гражданскихъ плодовъ входятъ слѣдующіе признаки: 1) это суть юридическія произведенія вещи: *fr. 62 pr. D. de R. V. 6, 1 vectura, sicut usura, non natura pervenit, sed jure percipitur*; 2) получаемыя по извѣстному порядку, а не случайно отъ этой вещи: *fr. 10 § 3 D. de A. R. D. 41, 1: De his autem servis, in quibus tantum usumfructum habemus, ita placuit, ut, quidquid ex re nostra, vel ex operis suis acqui-*

rant, id nobis acquiratur; si quid vero extra eas causas persecuti sint, id ad dominum proprietatis pertinet; 3) ради которых обыкновенно приобретаются главные вещи fr. 27 pr. D. de H. P. 5, 3: fructus esse non existimantur, quia non temere ancillae ejus rei causa comparantur, ut pariant.

Вопросъ о приобретѣніи фрукутариемъ гражданскихъ плодовъ представляется болѣе труднымъ, нежели тотъ о полученіи имъ естественныхъ плодовъ. Съ какого момента обращается наемная плата и т. п. въ собственность фрукутарія и какъ разрѣшается вопросъ о ней при началѣ и при прекращеніи узупрукта? Относительно высказаннаго различными писателями по поводу этого довольно сложнаго вопроса, до сихъ поръ представляется наилучшимъ то, что мы находимъ въ статьѣ Вехтера ¹⁾. (Изъ этой же статьи, какъ ясно видно, заимствовалъ *свою* будто бы теорію и Крансъ р. 60 sqq., хотя онъ и не приводитъ Вехтера.)

Къ гражданскимъ плодамъ, какъ мы выше видѣли, относятся: наемная плата за пользованіе предметомъ специально опредѣленнымъ, а также, по нашему мнѣнію, плата за пользованіе извѣстнымъ количествомъ заимываемыхъ вещей т. е. за пользованіе капиталомъ, называемая: usurae, проценты.

I. Проценты. Напрасно писатели не приводятъ процентовъ при разсмотрѣніи приобретѣнія гражданскихъ плодовъ фрукутариемъ; они это дѣлаютъ потому, что признаютъ *ususfructum nominum*, вообще узупруктъ капитала, за *quasi ususfructus*, мнѣніе которое однако не вполне безспорно. Такъ напр. Мюленбрухъ ²⁾ разсматриваетъ этотъ вопросъ съ другой точки зрѣнія. Онъ принимаетъ, что *ususfructus nominum* даетъ только право на полученіе процентовъ. Поэтому при узупруктѣ капитала конечно слѣдуетъ примѣнить общее правило, дѣйствующее

¹⁾ Abhandlungen. 3-te Erörterung III p. 73 sqq.

²⁾ Cession der Forderungen III-e издание § 47 p. 497.

при *verus ususfructus*, т. е. что пользование должно имѣть мѣсто *salva rei substantia*, а это можетъ быть достигнуто, если фруктуарій, не затрогивая самаго капитала, отдаетъ его подъ проценты. И такъ, между тѣмъ, какъ нельзя себѣ представить пользованія *sine interitu (vel alienatione) rei* при потребляемыхъ вещахъ, при узуфруктѣ капитала это возможно. Такъ какъ мы здѣсь заговорили объ *ususfructus nominum*, то мы естатіи уважемъ на важнѣйшіе взгляды высказанныя учеными по поводу этого предмета, причежь однако въ подробности вдаваться не будемъ, такъ какъ, по нашему мнѣнію, *ususfructus nominum*, если его и нельзя отнести безусловно къ *quasi ususfructus*, во всякомъ случаѣ, относится, такъ же какъ и *quasi ususfructus*¹⁾, болѣе къ ученію объ обязательствахъ, нежели къ сервитутамъ²⁾.

Разсматривая мнѣнія ученыхъ³⁾ по этому предмету, мы находимъ, что нѣкоторые писатели въ *ususfructus nominum* видятъ *verum usufructum*, другіе его считаютъ подходящимъ подъ понятіе *quasi ususfructus*, третьи наконецъ принимаютъ среднее мнѣніе, допуская, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ пользование требованіемъ подойдетъ подъ первое понятіе, въ другихъ же подъ второе. Для разрѣшенія этого вопроса прежде всего должно опредѣлить: какія права получаетъ *usufructuarius nominis*, можетъ ли онъ самостоятельно отыскивать предметъ требованія у должника, пользуясь искомъ кредитора (т. е. уста-

¹⁾ См. выше стр. 89, въ концѣ.

²⁾ Эльверсъ I. с. р. 596 справедливо говоритъ: «die Rechtsbildung hat das Institut damit noch weiter vom Boden des Servitutenrechts entfernt»

³⁾ См., кромѣ учебниковъ, главнымъ образомъ: Elvers I. с. р. 596 sqq., Hoffmann I. с. § 51, Schoenemann I. с. § 24, Krans I. с. titre IX § 3 p. 253 sqq.; Glück I. с. р. 404 sqq.; Proudhon I. с. III § 1029 sqq.; Steinberger in Giess. (Linde's) Leitschr. f. Civilr. und Proc. N. F. XI p. 149 sqq.

новителя узупрукта, или же имѣть ли онъ самостоятельное требованіе только въ отношеніи къ процентамъ, которые долженъ платить должникъ? Въ нашихъ источникахъ ¹⁾ именно говорится только о второмъ правѣ ²⁾. Несмотря на то, всѣ писатели приписываютъ фруктуарію требованія также и право на объектъ соотвѣтствующаго обязательства, который онъ можетъ получить или по добровольной уплатѣ со стороны должника, или же, въ случаѣ неисполненія своей обязанности симъ послѣднимъ, принудительнымъ образомъ, посредствомъ иска, вчиненнаго въ качествѣ *utilis actionis*, въ подтвержденіе чего Краузе напр. приводитъ (вслѣдъ за Глюкомъ, изъ котораго онъ вообще заимствовалъ почти все свое разсужденіе объ этомъ предметѣ) fr. 44 § 6 D. de leg. I (30) и C. 18 C. de leg. 6, 37, по которымъ *legatarius nominis* получилъ право отыскивать *per actionem utilem* отказанное ему требованіе. Причина того, что юристы не останавливаются на одномъ правѣ фруктуарія требовать проценты по обязательствамъ, отказаннымъ напр. ему въ узупруктъ, слѣдующія: 1) Въ такомъ случаѣ не представлялось бы никакой необходимости въ доставленіи обезпеченія, *cautio usufructuaria*, а также въ обѣщаніи возратить предметъ пользованія *finito usufructu*, такъ какъ фруктуарій вовсе не имѣлъ бы этого предмета въ своихъ рукахъ. 2) Если бы принять только право фруктуарія на проценты, то узупруктъ долженъ былъ бы прекратиться съ уплатою капитала должникомъ, такъ какъ не съ кого было бы фруктуарію получать проценты, по преобразованіи долга. На основаніи этихъ соображеній узупруктъ, если онъ заключалъ бы въ себѣ только *legatum redditus*, не могъ бы быть подведенъ римскими юристами подъ понятіе узупрукта — значитъ, *fructuarius nominis* долженъ былъ имѣть большія права.

¹⁾ См. Эльверса, I. с. p. 599.

²⁾ Fr. 3 D. de usufr. ear. rer. 7, 5; fr. 24 pr. D. de usufr. leg. 33, 2; C. 1 Cod. de usufr. 3, 33.

Для объясненія же этихъ правъ прибѣгають къ аналогіи другихъ, сходныхъ институтовъ, а именно: 1) примѣняютъ аналогически постановленія о закладномъ правѣ. Это именно дѣлаетъ Эльверсъ, разсуждая слѣдующимъ образомъ¹⁾: подобно тому, какъ закладное право, установленное въ требованіи (при такъ называемомъ *pignus nominis*), послѣ уплаты отданнаго въ закладъ требованія, превращается въ залогъ въ уплаченной вещи²⁾, такъ и *ususfructus nominis*, съ уплатою долга, станетъ usufrуктомъ въ предметѣ уплаты, и, смотря по качеству предмета, мы будемъ имѣть или *quasi usumfructum* (если объектъ обязательства составляли потребляемыя и замѣняемыя вещи), или *verum usumfructum* (если предметомъ обязательства была *species*). Но фруктуарій *nominis* можетъ воспользоваться предметомъ обязательства, какъ объектомъ usufrукта, не только въ томъ случаѣ, когда воспослѣдовала добровольная уплата со стороны должника (по отданному въ usufrуктъ *nomem*); онъ, по аналогіи же закладнаго права³⁾, а также *verum ususfructus*, по Эльверсу, долженъ имѣть и право вытребовать, посредствомъ иска, предметъ обязательства у должника, и тѣмъ получить usufrуктъ въ этомъ предметѣ. Аналогія *verum ususfructus* тутъ проявляется въ слѣдующемъ: фруктуарій вообще имѣетъ право управленія (*ein Administrationsrecht*), согласно которому онъ можетъ предпринимать всѣ тѣ распоряженія, которыя предпринималъ бы заботливый хозяинъ: поэтому и въ нашемъ случаѣ фруктуарій долженъ имѣть право предпринимать съ объектомъ usufrукта, т. е. съ требованіемъ, все то, что сдѣлалъ бы самъ кредиторъ по этому требованію, а такъ какъ первоначальное, и почти всег-

¹⁾ l. c. p. 598 и 599.

²⁾ Fr. 13 § 2 D. de pign. 20, 1.

³⁾ Кредиторъ, получившій *pignus nominis*, можетъ самостоятельно отыскивать заложенное требованіе. C. 7 C. de hered. v. act. vend. 4, 39.

дашнее, назначеніе требованія заключается въ томъ, чтобы оно было осуществлено посредствомъ иска, то фруктуарій и долженъ имѣть право на вчинаніе этого иска. 2) Гофманъ ¹⁾ говоритъ, что при узуфруктѣ *nominum* является нѣчто подобное тому, что имѣетъ мѣсто, когда требованіе было цедировано мужу *in dotem*, т. е. фруктуарій долженъ, если требованіе было направлено на *res, quae usu consumuntur*, возвратить *finito usufructu tantundem ejusdem qualitatis*, т. е. столько, сколько онъ самъ взыскалъ съ должника. Въ отношеніи же къ праву *fructuarіi nominis* на полученіе предметовъ или объектовъ пользованія, Гофманъ ²⁾, возражая Мюленбруху, говоритъ: фруктуарію, при обыкновенномъ узуфруктѣ, вѣдь также принадлежитъ не только право на плоды, но право употреблять самую вещь, обращаться съ нею такъ, чтобы онъ именно имѣлъ возможность получать потомъ соотвѣтствующіе плоды отъ этой вещи (*jus utendi fruendi*). При мнѣніи Мюленбруха, говоритъ Гофманъ, фруктуарій не получалъ бы никакого права въ томъ случаѣ, когда завѣщатель отдалъ капиталы въ безпроцентный заемъ, или когда бы требованіе было направлено на *res, quae numero, pondere vel mensura constant*.

Изъ сказаннаго мы видимъ, что приведенные нами юристы, въ отношеніи къ правамъ фруктуарія *nominis* (а въ этомъ отношеніи мнѣніе ихъ раздѣляется почти всѣми изъ писавшихъ въ послѣднія времена учеными ³⁾), выставляютъ слѣдующее ученіе: онъ имѣетъ право получать до истеченія срока обязательства, отданнаго въ узуфруктъ, проценты по нему; затѣмъ онъ получаетъ и самый капиталъ или незамѣняемыя вещи, составляющія предметъ этого обязательства, все равно по доброволь-

¹⁾ l. c. p. 181.

²⁾ l. c. p. 177.

³⁾ См. напр. Шенемана и Штейнбергера въ приведенныхъ выше мѣстахъ, также Прудона III § 1031.

ной ли уплатѣ со стороны должника, или же по взысканію, которое онъ можетъ осуществить противъ него. Вещи, полученные такимъ образомъ отъ должника, поступаютъ въ узуфруктъ лица, которому принадлежит *ususfructus nominis*; при этомъ капиталы и вообще потребляемыя вещи — дѣлаются въ его рукахъ предметами *quasi ususfructus*, непотребляемыя же — предметами *veri ususfructus*; при послѣдняго рода вещахъ же собственность принадлежитъ лицу, установившему узуфруктъ (въ случаѣ legata узуфрукта — наслѣднику). О послѣднемъ случаѣ, т. е. томъ, въ которомъ *ususfructus nominis* можетъ обзаться какъ *verus ususfructus*, именно въ *species*, составлявшей предметъ обязательства, въ источникахъ не говорится, какъ полагаетъ Штейнбергеръ потому, что онъ не представляетъ собою ничего ненормальнаго, чрезвычайнаго, а основывается на общихъ началахъ. *Ususfructus nominis* же выставляется римскими юристами по поводу *quasi ususfructus* ¹⁾ на томъ основаніи, что, по общему правилу, выраженіе: *popen* примѣняется къ требованіямъ, которыхъ предметъ составляютъ заимлемыя, потребляемыя вещи, а въ этомъ случаѣ не можетъ быть рѣчи объ истинномъ узуфруктѣ, такъ какъ *popen* не есть тѣлесная вещь.

На основаніи изложеннаго, кажется, не можетъ быть сомнѣнія въ вѣрности слѣдующихъ выводовъ: 1) *Ususfructus nominis*, самъ по себѣ взятый, не можетъ быть разсматриваемъ какъ видъ *veri ususfructus*, такъ какъ предметами послѣдняго могутъ быть только тѣлесныя вещи, а *popen*, требованіе, есть

¹⁾ Fr. 3 и 4 D. de usufr. ear. rer. 7, 5. Fr. 3 (Ulpian): Post quod (i. e. senatusconsultum) omnium rerum ususfructus legari poterit; an et nominum? Nerva negavit, sed est verius, quod Cassius et Proculus existimant, posse legari. Idem tamen Nerva, ipsi quoque debitori posse usumfructum legari, et remittendas ei usuras; fr. 4 (Paulus) — ergo cautio etiam ab hoc exigenda erit.

res incorporalis. 2) Но нельзя, по этой же самой причинѣ, отнести *usumfructum nominum* къ *quasi ususfructus* въ собственномъ смыслѣ; при *ususfructus nominis*, такъ какъ требованіе не есть тѣлесная вещь, не можетъ быть той альтернативы, которую имѣетъ *quasi фруктуарій* вообще: возратить или *tantumdem ejusdem qualitatis* или же *rei aestimationem*, ибо конечно только въ весьма немногихъ случаяхъ кредиторъ получить обратно свое требованіе по окончаніи *узифрукта*, а именно тогда, когда осуществленіе этого требованія возможно только по истеченіи долговременнаго срока, а *узифруктъ* случайно прекратился скоро. Введеніемъ *ususfructus nominis* слѣдовательно, по вѣрному замѣчанію Эльверса, римскіе юристы еще болѣе удалились отъ понятія *сервитутовъ*, нежели это сдѣлалъ сенатъ своимъ постановленіемъ о *quasi ususfructus* ¹⁾. 3) Соображенія (Эльверса, Гофмана, Штейнбергера), выставленныя выше, дѣйствительно заставляютъ насъ принимать, что *fructuarius nominis* получаетъ право на объектъ требованія. Но такъ какъ только при дѣйствительномъ осуществленіи этого своего права лицо, которому доставленъ *ususfructus nominis*, дѣлается *фруктуаріемъ* (по *verus* или *quasi ususfructus*), а до тѣхъ поръ оно будетъ только *legatarius reditus* или *цессіонарій* ²⁾ въ отношеніи къ требованію, обращенному на проценты, то обезпеченіе, *cautio fructuaria*, должно бы быть собственно имъ доставляемо только тогда, когда онъ пожелаетъ осуществить это право. Однако, такъ какъ лицо все-таки получаетъ, хотя бы даже только *легать доходовъ*, въ качествѣ *фруктуарія* (такъ какъ оно назначено въ завѣщаніи *фруктуаріемъ*), и кромѣ того то обстоятельство, что должникъ не обязанъ платить *фруктуарію* до представленія послѣднимъ обезпеченія хозяину (наслѣдника),

¹⁾ Поэтому юристъ Нерва имѣлъ дѣйствительныя и серьезныя основанія для того, чтобы не допустить *usumfructum nominum*.

²⁾ См. Steinberger l. c.

не достаточно гарантирует хозяина (въ случаѣ напр. злостной сдѣлки между фруктуаріемъ и должникомъ), то нѣтъ никакого сомнѣнія, что установитель узуфрукта или наслѣдникъ могутъ требовать доставленія обезпеченія тотчасъ же, до выдачи фруктуарію акта, хотя бы на полученіе однихъ только процентовъ отъ требованія, которому срокъ явится еще весьма не скоро. Прудонъ ¹⁾ кромѣ того требуетъ, чтобы была составлена подробная опись передаваемымъ фруктуарію обязательствамъ. 4) Только послѣ доставленія обезпеченія *fructuarius nominis* получаетъ право вытребовать отъ должника объектъ обязательства *per utilem actionem*; поэтому конечно должникъ, при вчинаніи иска со стороны фруктуарія, можетъ требовать, чтобы истецъ доказалъ фактъ доставленія имъ обезпеченія кредитуру ²⁾. 5) Конечно фруктуарій не можетъ ни уступать отказанное ему требованіе, ни новировать его ³⁾, такъ какъ ему вовсе не принадлежитъ это требованіе; онъ не дѣлается обыкновеннымъ цессионаріемъ и его *procuratio in rem sua* ограничена исключительно его личностію.

Изъ сказаннаго ясно, почему вообще ученые, говоря о гражданскихъ плодахъ, которые получаетъ фруктуарій, не упоминаютъ особенно о процентахъ отъ капиталовъ, отданныхъ въ займы установителемъ узуфрукта. Намъ же кажется необходимымъ упомянуть объ этомъ предметѣ, такъ какъ на практикѣ часто можетъ случаться этотъ вопросъ при отказѣ *ususfructus omnium bonorum*, при которомъ фруктуарій требованія въ теченіе долгаго времени, можетъ быть во все время существованія узуфрукта, будетъ имѣть право только на полученіе процентовъ.

¹⁾ l. c. III, § 1029.

²⁾ C. 1. C. de usufr. 3, 33: non aliter a debitoribus solutam pecuniam accipere poteris, quam oblata secundum formam senatusconsulti cautione.

³⁾ Proudhon l. c. § 1054.

Мы въ этомъ отношеніи соглашаемся съ Прудономъ¹⁾ въ томъ, что эти проценты должны быть приобрѣтаемы фруктуаріемъ „*jour par jour*“. т. е. съ каждымъ днемъ, такъ что онъ можетъ требовать ихъ: 1) со дня вступленія наслѣдника по завѣщанію, въ которомъ установленъ *ususfructus nominum*, въ наслѣдство, 2) до дня прекращенія узифрукта. Итакъ, если даже было выговорено кредиторомъ - завѣщателемъ, чтобы проценты были уплачиваемы должникомъ впередъ, напр. за годъ, и фруктуарій получилъ ихъ, а узифруктъ прекратится ранѣе истеченія этого года, то фруктуарій или его наслѣдникъ обязанъ возвратить установителю узифрукта или его наслѣднику сумму, соотвѣтствующую процентамъ со дня прекращенія узифрукта до истеченія года. Наоборотъ, если завѣщатель получилъ уже проценты за годъ впередъ, а наслѣдникъ по завѣщанію вступить въ наслѣдство черезъ полгода послѣ этой платы должника, то наслѣдникъ долженъ выдать фруктуарію проценты за полгода. Слѣдовательно мы придерживаемся въ этомъ вопросѣ подобнаго же начала, какое, какъ мы увидимъ ниже, принимается нами въ отношеніи къ той наемной платѣ, которая является суррогатомъ личнаго пользованія вещію со стороны фруктуарія.

II. Наемная плата. Въ отношеніи къ получаемой изъ найма платѣ съ давнихъ временъ установилась теорія, согласно съ которою слѣдуетъ различать: является ли эта плата въ конкретномъ случаѣ суррогатомъ естественныхъ плодовъ (*fructus*), которые могъ бы получать фруктуарій, или же суррогатомъ пользованія (*uti fructus*). Въ первомъ случаѣ фруктуарій долженъ получать наемную плату совершенно соотвѣтственно съ тѣми естественными плодами, которые перципировалъ отъ его имени наниматель; во второмъ же случаѣ онъ можетъ требовать плату соразмѣрно времени пользованія, въ теченіе котораго наниматель имѣлъ вещь отъ него. Въ обоихъ случаяхъ онъ сохраняетъ

¹⁾ I. c. § 1031.

это право и тогда, когда бы во времени окончания узурфрукта не наступилъ еще срокъ, въ который можетъ быть вытребована отъ нанимателя наемная плата. Эта теорія, основанная, какъ мы увидимъ, на источникахъ, принимается и доннѣ какъ *communis opinio* ¹⁾, такъ что попытки нѣкоторыхъ писателей, которые намѣревались установить полное равенство въ отношеніи къ наемной платѣ всякаго рода, безъ приведеннаго выше различія, остались безъ всякаго вліянія на науку ²⁾. Недостатокъ древнихъ писателей, мѣтко выставленный Вехтеромъ ³⁾, а за нимъ Крансомъ ⁴⁾, заключается въ томъ, что они постоянно толкуютъ о дѣлѣжѣ гражданскихъ плодовъ, который долженъ происходить между фрунтуаріемъ и хозяиномъ вещи ⁵⁾, не обращая вниманія на то, что здѣсь ни фрунтуарій по контракту, заключенному хозяиномъ вещи, ни хозяинъ по наемному договору, установленному фрунтуаріемъ, сами по себѣ не имѣютъ никакого права требованія и никакой обязанности въ отношеніи къ нанимателю, т. е. не находятся съ нимъ ни въ какихъ юридическихъ отношеніяхъ. Мы именно тутъ можемъ различать слѣдующіе случаи:

1) Хозяинъ отдалъ въ наемное содержаніе *praedium rusticum*, въ которомъ онъ послѣ того устанавливаетъ узурфруктъ. Если тутъ: а) хозяинъ не заключилъ особеннаго договора съ фрунтуаріемъ, по которому послѣдній взялъ на себя обязанность терпѣть нанимателя, то фрунтуарій имѣетъ полное право выгнать его, ибо

1) См. напр. *Elvers* p. 496, *Hoffmann* I, 153, *Windscheid* § 203 прим. 9, *Arndts* § 179, *Sintenis* § 41 прим. 36 и др.

2) См. *Krans*, p. 64 и опроверженіе имъ мнѣнія *Genty*.

3) *l. c.* p. 73 *i. f.*

4) *l. c.* p. 60. См. и *Виндшейда* въ привед. мѣстѣ.

5) Впрочемъ эту же ошибку мы находимъ еще и въ новѣйшемъ изданіи (1867) учебника *Арндса*. Въ § 179 онъ говоритъ: *Juristische Früchte, welche die Sache gewährt, sind in der Regel nach Verhältniss der Dauer des Niessbrauches zwischen dem Eigentümer und Nutziesser zu theilen.*

наемъ не устанавливаетъ вещнаго права, а только личное право въ отношеніи въ лицу, отдавшему вещь въ наемъ: fr. 59 § 1 D. h. t. 7, 1: Sed ad exemplum venditionis, nisi fuerint specialiter exceptae (pensiones), potest usufructuarius conductorem repellere. Но конечно наниматель въ этомъ случаѣ можетъ, посредствомъ actio conducti, требовать полнаго вознагражденія отъ хозяина за то, что тотъ ему не доставилъ licentiam utendi fruendi. И такъ фруктуарія въ этомъ случаѣ договоръ найма вовсе не касается, онъ перцепируетъ всѣ fructus pendentes на основаніи изложеннаго выше правила ¹⁾); b) фруктуарій заключаетъ договоръ съ нанимателемъ, по которому допускаетъ его пользоваться имѣніемъ по прежнему. Въ этомъ случаѣ мы имѣемъ обновленіе обязательства, слѣдовательно новое обязательство, не касающееся хозяина вещи. Всегда конечно въ такомъ случаѣ будетъ условлено въ самомъ договорѣ, въ какомъ размѣрѣ наниматель долженъ будетъ платить фруктуарію; если же, случайно, это не было бы сдѣлано, а фруктуарій, c) не заключивъ никакихъ условій съ нанимателемъ, оставилъ бы его пользоваться по прежнему, то онъ вступалъ бы здѣсь въ чужое обязательство, т. е. въ обязательство хозяина вещи, а такъ какъ вступленіе непосредственное въ чужія требованія не допускается, то фруктуарій здѣсь долженъ бы склонить хозяина къ уступкѣ (cessio) себѣ actionis locati противъ нанимателя. Прямаго же, непосредственнаго иска на полученіе наемныхъ денегъ фруктуарій, какъ лицо, не участвовавшее въ договорѣ и, вмѣстѣ съ тѣмъ, не универсальный преемникъ лица, заключившаго договоръ, не имѣетъ. Такимъ образомъ дѣлеть наемной платы между хозяиномъ и фруктуаріемъ и тутъ не произойдетъ ex jure usufructuario, но ex lege sessionis, т. е. на основаніи новаго юридическаго отношенія. Мы видѣли, что при обстоятельствахъ, предполагаемыхъ подъ с, фруктуарій дѣйствуетъ въ качествѣ

¹⁾ fr. 27 pr. D. h. t.

цессионарія хозяина. Но такъ какъ уступка (*cessio*) возможна только въ отношеніи къ правамъ, вытекающимъ изъ обязательства, а не относительно обязанностей, которыя лежатъ на цедентѣ по этому обязательству, договоръ же найма принадлежитъ къ разряду такъ называемыхъ *contractus bilaterales aequales*, то является вопросъ, что же будетъ въ этомъ случаѣ съ обязанностями хозяина относительно нанимателя? Очевидно хозяинъ, при уступкѣ своего требованія фруктуарію, сохранить за собою обязанности. Непрактичность такого положенія ясна и поэтому оно въ дѣйствительности никогда не встрѣтится, такъ что случай, выставленный нами какъ третій, приводится опять къ тому случаю, который былъ рассмотрѣнъ подѣ *b*, т. е. къ договору фруктуарія съ хозяиномъ объ оставленіи нанимателя въ имѣніи и къ обновленію вслѣдствіе этого договора найма. Такимъ образомъ общій выводъ по всѣмъ, возможнымъ при № 1, случаямъ, слѣдующій: если фруктуарій не воспользуется своимъ правомъ изгнанія, то онъ долженъ заключить для полученія выгоды изъ найма особенный договоръ съ хозяиномъ и съ нанимателемъ, и тутъ конечно всегда договоръ будетъ опредѣлять отношенія, а не законъ станетъ дѣлить доходы между фруктуаріемъ и хозяиномъ. Вотъ почему въ *fr. 59 § 1 D. h. t.* и говорится: *pensiones quoque jam antea locatorum agrorum (ad fructuarium pertinent).... si ipsae quoque specialiter comprehensae sint.* Если не было договора, то хозяинъ отъ нанимателя можетъ требовать наемной платы настолько, насколько тотъ перципировалъ естественныхъ плодовъ — фруктуарій же здѣсь отъ нанимателя, собственно на основаніи договора найма его, ничего требовать не можетъ, потому что онъ не находится ни въ какомъ юридическомъ отношеніи къ нему. Мы не понимаемъ на какомъ основаніи Гофманъ (стр. 153 прим. 302) даетъ фруктуарію *actio-nem utilem*, такъ какъ фиктивной цессии здѣсь нельзя принять, по поводу именно двухсторонняго характера договора найма. Удивительнымъ образомъ никто почти изъ юристовъ не разема-

триваетъ этого случая (см. впрочемъ Гофмана l. c.). Всѣ они останавливаются только на томъ случаѣ, когда фруктуарій установилъ договоръ найма и затѣмъ узурфруктъ прекратился.

2) Возьмемъ теперь другой случай, примѣняя его также къ наемной платѣ, какъ суррогату естественныхъ плодовъ, къ арендному содержанию *praedii rustici*. Фруктуарій отдалъ въ наймы *praedium rusticum*, и срокъ договора не вышелъ еще въ моментъ окончанія узурфрукта. И тутъ также представляются тѣ три случая, которые мы видѣли подъ № 1, а именно: а) хозяинъ можетъ выгнать нанимателя, находившагося къ фруктуарію только въ личномъ отношеніи по договору найма¹⁾, можетъ взять пользованіе вещь самому себѣ; конечно же онъ тогда не имѣетъ никакого права на наемную плату, такъ что договоръ найма въ отношеніи къ нему разсматривается не существовавшимъ; б) хозяинъ можетъ заключить договоръ, по которому онъ обязывается разсматривать нанимателя фруктуарія, какъ своего собственнаго. Конечно въ этомъ случаѣ опять договоръ рѣшить, сколько долженъ будетъ платить наниматель хозяину, причежъ, какъ разумѣется само собою, ихъ сдѣла нисколько не можетъ затрогивать отношеній третьяго лица, т. е. фруктуарія; в) если бы хозяинъ оставилъ нанимателя въ имѣніи, чего однако, по приведеннымъ основаніямъ, на практикѣ никогда не будетъ, то и онъ долженъ, строго говоря, поступать также, какъ долженъ поступить фруктуарій въ подобномъ случаѣ, на основаніи указаннаго выше, т. е. онъ долженъ заставить фруктуарія цедировать себѣ искъ противъ нанимателя; въ отношеніи же къ обязанностямъ фруктуарія, наниматель долженъ былъ бы сохранить свои права противъ него или его наслѣдниковъ. Между тѣмъ это послѣднее обстоятельство не можетъ имѣть мѣста, потому что самъ законъ освобождаетъ фруктуарія отъ всякой ответственности по отношенію къ нанимателю, по прекращеніи узурфрукта:

¹⁾ fr. 9 § 1 D. locati 19, 2.

fr. 9 § 1 D. locati 19, 2: si fructuarius locaverit fundum in quinquennium, et decesserit, heredem ejus non teneri, ut frui praestet, non magis, quam insula exusta teneretur locator conductori. Римляне, какъ мы видимъ изъ этого мѣста, говорятъ, что наниматель долженъ разсматривать прекращеніе узупрукта такимъ же случайнымъ способомъ уничтоженія найма, какимъ былъ бы пожаръ, уничтожившій домъ, отданный въ наемное содержаніе. Изъ того, что обязанности, происходящія изъ договора найма, установленнаго фрукутариємъ, прекращаются вмѣстѣ съ прекращеніемъ узупрукта, выходитъ, что и права по этому договору не могутъ продолжаться, такъ что, если хозяинъ и допуститъ дальнѣйшее пребываніе нанимателя въ имѣніи на тѣхъ же условіяхъ, на которыхъ онъ жилъ при фрукутариѣ, все-таки прежній договоръ не продолжается, а договоръ найма долженъ быть разсматриваемъ, какъ заключенный вновь хозяиномъ, такъ что въ этомъ случаѣ не можетъ быть рѣчи о cessio договора найма, подобной той, которую мы разсматривали подъ № 1, с. Изъ этого имѣется только одно исключеніе, гдѣ договоръ найма, заключенный фрукутариємъ, продолжаетъ дѣйствовать противъ него, и по прекращеніи узупрукта, такъ что можно было бы представить себѣ cessio правъ фрукутарія хозяину, если бы тотъ взялся продолжать наемныя отношенія, установленныя фрукутариємъ. По fr. 9 § 1 i. f. D. cit. именно въ томъ случаѣ, когда фрукутарій скрывалъ отъ нанимателя, что онъ только временный пользователь вещи, и заключилъ съ нимъ договоръ, выдавая себя за хозяина, онъ отвѣчаетъ передъ нанимателемъ за обманъ; конечно, онъ въ этомъ случаѣ постарается склонить хозяина вещи къ заключенію новаго договора съ нанимателемъ.

И такъ мы видимъ, что и тутъ, т. е. въ случаяхъ, представленныхъ подъ № 2, не можетъ быть рѣчи о дѣленіи по закону гражданскихъ плодовъ между хозяиномъ и фрукутариємъ, потому что отношенія между этими двумя лицами съ одной, и

нанимателемъ съ другой стороны, основаны на различныхъ юридическихъ связяхъ¹⁾, такъ что гражданскіе плоды, получаемые каждымъ изъ упомянутыхъ двухъ лицъ, не могутъ быть разсматриваемы какъ одно цѣлое, какъ одна наемная плата, по одному договору найма; понятіе дѣленія же или раздѣла предполагаетъ одно цѣлое, которое разлагается на части.

О дѣйствительномъ дѣлежѣ наемныхъ денегъ можно говорить только въ томъ²⁾, весьма рѣдкомъ, случаѣ, когда *тоже самое* юридическое отношеніе третьяго лица, обязаннаго доставлять гражданскіе плоды, продолжается въ отношеніи къ хозяину вещи, по прекращеніи узупрукта. Это имѣетъ мѣсто тогда, когда договоръ нанимателя относится равнымъ образомъ къ фруктуарію и хозяину. Ктонибудь напр. нанимаетъ вещь у фруктуарія на опредѣленный срокъ, положимъ на десять лѣтъ, но, чтобы быть вполне обеспеченнымъ, тутъ же заключаетъ договоръ и съ хозяиномъ, выговаривая себѣ, чтобы на случай прекращенія узупрукта ранѣе срока найма, хозяинъ вступилъ въ договоръ фруктуарія. При этомъ болѣею частію конечно въ самомъ договорѣ будутъ опредѣлены взаимныя отношенія, права и обязанности, которыя должны имѣть изъ него всѣ контрагенты, т. е. наниматель, фруктуарій и хозяинъ, и слѣдовательно и будутъ опредѣлены правила на случай дѣлежа наемной платы. Если же случайно въ этомъ договорѣ не было бы подобнаго опредѣленія, то за хозяиномъ должны бы были оставаться тѣ права, которыя останутся изъ контракта *detractis juribus fructuarii*. Такъ какъ мы сейчасъ укажемъ, какія права принадлежать фруктуарію изъ договора найма, то изъ этого само собою

¹⁾ Поэтому Крансъ несправедливо говоритъ р. 61 i. f.: *Les fruits civils qui se produisent ultérieurement* (т. е. послѣ смерти фруктуарія) *reviennent au propriétaire en cette qualité, ou en celle de bailleur.*

²⁾ См. Wächter l. c. p. 78.

выяснится, на что получить право хозяинъ, еслибы наступило упомянутое исключительное положеніе.

Мы видѣли, что при *praedia rustica*, отданныхъ въ наемное (арендное) содержаніе, фруктуарій получаетъ наемную плату по закону, безъ всякаго посредства и отношенія къ хозяину. Но спрашивается, въ какомъ размѣрѣ достается она ему? На это мы имѣемъ положительныя указанія въ *fr. 9 § 1 D. locati 19, 2: ut pro rata temporis, quo fructus est, pensionem praestet*. При разсмотрѣніи этого мѣста мы, по справедливому замѣчанію Бранса, должны обратить особенное вниманіе на выраженіе *fructus est*. Оно именно показываетъ, что необходимымъ условіемъ для того, чтобы фруктуарій получилъ наемную плату, законъ ставитъ то, чтобы наниматель дѣйствительно уже извлекалъ плоды изъ имѣнія; согласно съ количествомъ полученныхъ нанимателемъ плодовъ, фруктуарій или его наслѣдники и получать вознагражденіе, не обращая вниманія на то, прошелъ ли уже къ окончанію узурфрукта срокъ, установленный для платежа наемной платы, или нѣтъ. Случай такого рода разбирается юристомъ Сцеволюю. во *fr. 58 pr. D. h. t. 7, 1*. Фруктуарій умеръ въ Декабрѣ, между тѣмъ какъ жатва вся была получена нанимателемъ въ октябрѣ мѣсяцѣ. Хотя срокъ платежа наемныхъ денегъ опредѣленъ на 1-е марта слѣдующаго года, однако юристъ присуждаетъ наслѣдникамъ фруктуарія полную арендную плату. При тѣхъ же предметахъ, при которыхъ результаты пользованія являются ежедневно, а не только въ опредѣленное время, напримѣръ при домахъ, отданныхъ въ наймы, фруктуарій получаетъ соотвѣтственное вознагражденіе также *pro rata temporis quo conductor fructus est*, т. е. соразмѣрно тому времени, въ теченіе котораго продолжалось пользованіе, въ теченіе котораго, напримѣръ, онъ жилъ въ нанятомъ домѣ. На основаніи изложеннаго, мы слѣдовательно приходимъ къ слѣдующимъ результатамъ: во 1) наниматель вещи долженъ платить фруктуарію соразмѣрно съ тѣми выгодами, которыя онъ

получилъ, а именно: а) при *praedia rustica* соразмѣрно количеству полученныхъ имъ плодовъ, в) при *praedia urbana*, а равнымъ образомъ и при всякихъ движимыхъ вещахъ, не доставляющихъ естественныхъ плодовъ, а дающихъ только возможность пользованія—соразмѣрно съ тѣмъ временемъ, въ теченіе котораго пользованіе имѣло мѣсто. Во 2) заключенный фрукутуаріемъ на опредѣленный срокъ договоръ найма все-таки оканчивается вмѣстѣ съ прекращеніемъ узупрукта, напримѣръ со смертію фрукутуарія, такъ какъ послѣдній, конечно, не могъ доставить другому пользованіе на то время, когда онъ уже самъ не имѣлъ пользованія. У римскихъ юристовъ именно не возникалъ и не могъ возникнуть въ виду правила: *resoluto jure concessentis resolvitur jus concessum*, вопросъ о томъ: долженъ ли былъ контрактъ, заключенный фрукутуаріемъ на опредѣленное время, быть обязательнымъ въ какомъ нибудь отношеніи для хозяина вещи. Но они разсматривали другой вопросъ, который дѣйствительно могъ легко явиться, а именно: не обязаны ли наследники фрукутуарія къ вознагражденію въ отношеніи къ нанимателю, за неисполненный фрукутуаріемъ, по поводу прекращенія узупрукта, срочный контрактъ? И на этотъ вопросъ они однако отвѣчаютъ отрицательно, подводя смерть фрукутуарія, вслѣдствіе которой онъ не могъ доставить дальнѣйшаго пользованія нанимателю, подъ тѣ случайныя обстоятельства, которыхъ появленіе освобождаетъ локатора отъ исполненія дальнѣйшихъ его обязанностей (*non magis, quam insula exusta teneretur locator conductori*). А чѣмъ это мотивируется у нихъ? Тѣмъ, что наниматель долженъ былъ знать впередъ, что, заключая съ фрукутуаріемъ договоръ на опредѣленный срокъ, онъ пускается на рискованное предпріятіе (*quia hoc evenire posse prospicere debuit*). Римское право доходитъ далѣе: по этому же мотиву оно именно отказываетъ нанимателю даже въ требованіи вознагражденія за тѣ издержки, которыя онъ употребилъ на вещь, надѣясь пользоваться ею въ теченіе опредѣленного срока. Ко-

нечно такое незавидное положеніе нанимателя можетъ оказаться крайне стѣснительнымъ въ экономическомъ отношеніи для самого фруктуарія, такъ какъ весьма вѣроятно, что, въ виду его, не найдется вовсе лицъ, желающихъ вступать въ договоръ найма съ нимъ. Но фруктуарій можетъ предотвратить подобное невыгодное положеніе тѣмъ, что склонитъ хозяина къ тому, чтобы тотъ участвовалъ въ договорѣ найма и принялъ на себя продолженіе его, или же тѣмъ, что фруктуарій нарочно, посредствомъ особеннаго обязательства, общаетъ нанимателю отвѣтствовать въ случаѣ прекращенія узупрукта до срока найма, принимая такимъ образомъ рискъ на себя. Невыгодное экономическое положеніе фруктуарія и заставило новѣйшія законодательства отыскивать средства для парализованія его; такъ напримѣръ французское законодательство обязываетъ хозяина вещи положительнымъ предписаніемъ принять на себя договоръ найма, заключенный фруктуаріемъ, въ теченіе времени, не превышающаго срока девяти лѣтъ ¹⁾. Изъ этого положенія французскаго кодекса, сопоставляемаго съ уничтоженнымъ имъ же требованіемъ перцепціи плодовъ, получаемыхъ фруктуаріемъ, вытекаетъ положеніе art. 586, по которому между фруктуаріемъ и хозяиномъ происходитъ дѣлежъ наемной платы, дѣлежъ, который всегда долженъ быть пропорціоналенъ *времени*, въ теченіе котораго продолжался узупруктъ, все-равно будетъ ли предметомъ найма *praedium rusticum* или *praedium urbanum*. Этимъ же побужденіемъ, вѣроятно, руководствовалось и наше законодательство при установленіи правилъ о пожизненномъ владѣніи супруговъ въ имуществахъ, отказанныхъ ими другъ другу: наемный договоръ, заключенный супругомъ, имѣющимъ пожизненное владѣніе въ имуществѣ умершаго супруга, именно обязываетъ наслѣдниковъ этого послѣдняго, которые должны допустить продолженіе пользованія нанимателя до истеченія

¹⁾ См. Крансъ I. с. р. 65. Code Civil, art. 595 и 1429.

срока наемнаго договора. Но это постановленіе, въ виду общаго логическаго начала: *resoluto jure concedentis etc.*, должно быть, по нашему мнѣнію, во всякомъ случаѣ разсматриваемо какъ сингулярное, и поэтому не должно быть распространяемо на другіе случаи пожизненнаго владѣнія, кромѣ супружескаго, хотя, надобно сознаться, при ограниченіи нашимъ законодательствомъ найма недвижимыхъ имуществъ опредѣленнымъ срокомъ, вслѣдствіе чего у насъ только и могутъ быть срочные наймы, экономическое положеніе нашего пожизненнаго владѣльца представляется еще болѣе невыгоднымъ, нежели положеніе римскаго фруктуарія. Пока общимъ закономъ не будетъ установлено, что договоръ найма, заключенный пожизненнымъ владѣльцемъ, долженъ считаться обязательнымъ и для хозяина вещи, до тѣхъ поръ пожизненный владѣлецъ долженъ будетъ прибѣгать къ тѣмъ двумъ средствамъ, которыя мы выше указали въ отношеніи къ фруктуарію, т. е. или склонить хозяина къ участію въ договорѣ, или же принять на себя рискъ, обѣщая нанимателю вознагражденіе за убытки, которые тотъ могъ бы потерпѣть по поводу окончанія пожизненнаго владѣнія до истеченія срока найма.

3) По римскому праву не можетъ быть рѣчи о дѣлѣжѣ гражданскихъ плодовъ между фруктуаріемъ и хозяиномъ *ipso jure*, а такой дѣлѣжъ всегда требуетъ посредствующаго договора, согласно съ которымъ онъ и будетъ производиться. Исключеніе же представляется только въ томъ случаѣ, когда гражданскіе плоды являются въ видѣ вознагражденія за труды раба, и происходятъ изъ договора, заключеннаго лично рабомъ, а не фруктуаріемъ его. Такъ именно, по нашему мнѣнію, только и можно понять fr. 25 § 2 и fr. 26 D. h. t. 7, 1: *Si operas suas iste servus locaverit, et in annos singulos certum aliquid stipuletur, eorum quidem annorum stipulatio, quibus ususfructus mansit, acquiretur fructuario: sequentium vero stipulatio ad proprietarium transit, semel acquisita fructuario, quamvis*

non soleat stipulatio, semel cui quaesita, ad alium transire, nisi ad heredem vel adrogatorem; fr. 26 cit: Si operas suas locaverit servus fructuarius, et imperfecto tempore locationis ususfructus interierit, quod superest, ad proprietarium pertinet. Различные писатели, видя, что приведенныя мѣста противорѣчатъ общей теоріи, по которой *resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum*, стараются согласовать ихъ съ этою теоріею, но очевидно противно ясному смыслу этихъ мѣстъ. Такъ напримѣръ, Крансъ¹⁾, оставляя совершенно въ сторонѣ первое мѣсто, принимаетъ, что fr. 26 cit. будто бы говорить о томъ случаѣ, когда хозяинъ продолжаетъ наемъ (*maintient le bail*). Что это значить? Мы видѣли, что продолжать прежній наемъ хозяинъ вообще можетъ только тогда, когда онъ заключилъ новый договоръ для поддержанія прежняго. Мнѣніе Кранса, по которому хозяинъ какъ бы *tacite* остается въ прежнемъ договорѣ и тѣмъ продолжаетъ начавшееся въ лицѣ фруктуарія юридическое отношеніе, мы не можемъ принять, да къ тому же онъ самъ на стр. 67 противорѣчитъ этому мнѣнію, и представляетъ вѣрное объясненіе. Гофманъ, совершенно справедливо, не признаетъ за хозяиномъ непосредственнаго права на гражданскіе плоды изъ договора, заключеннаго фруктуаріемъ; приводя же fr. 25 § 2 cit., онъ слѣдующею натяжкою старается согласовать его съ общею теоріею: въ этомъ случаѣ рабъ *самъ* заключилъ договоръ найма и вслѣдствіе того *самъ* же вступилъ въ юридическое отношеніе съ нанимателемъ. Хозяинъ, говоритъ Гофманъ, тутъ приобрѣтаетъ по преобразеніи узифрукта всѣ тѣ права раба, которыя возникаютъ только послѣ этого прекращенія, и которыя, еслибы они появились прежде, были бы приобрѣтены фруктуарію. Въ этомъ объясненіи проглядываетъ вѣрная мысль, хотя она выражена въ немъ весьма не ясно; что именно значить, напримѣръ: рабъ самъ вступилъ въ юридическое отношеніе съ

¹⁾ l. c. p. 62.

нанимателемъ? Рабъ самъ ни съ кѣмъ не можетъ находиться въ юридическихъ отношеніяхъ, а *только чрезъ посредство раба, какое нибудь правоспособное лицо* — хозяинъ, фрунтуарій и т. п. Вехтеръ ¹⁾, игнорируя также, какъ и Крансъ, fr. 25 § 2 cit., говоритъ, что во fr. 26 cit. именно представляется случай, въ которомъ юридическія отношенія нанимателя продолжаютъ и послѣ прекращенія узуфрукта, и продолжаютъ въ отношеніи къ хозяину; онъ, слѣдовательно, говоритъ только то, что высказано и въ самомъ фрагментѣ, но при этомъ онъ не даетъ намъ объясненія этого, безъ всякаго сомнѣнія страннаго, случая. По нашему мнѣнію объясненіе это заключается въ слѣдующемъ: заключая договоръ съ рабомъ, наниматель не входитъ въ юридическія отношенія съ нимъ, но съ тѣмъ лицомъ, которое, смотря по положенію раба, пріобрѣтаетъ чрезъ него. Рабъ же, находящійся въ узуфруктѣ, по вопросу о пріобрѣтеніи правъ, является, какъ мы уже выше видѣли, необходимымъ представителемъ двухъ лицъ: фрунтуарія и хозяина, и пріобрѣтаетъ *in abstracto* имъ обоимъ, такъ что пріобрѣтеніе тѣмъ или другимъ конкретнаго права черезъ посредства раба, зависитъ иногда отъ совершенно случайнаго обстоятельства, а именно отъ того, кто изъ нихъ ранѣе заплатитъ по договору раба; если же они оба заплатятъ одновременно, то пріобрѣтаютъ оба *pro rata*. См. fr. 25 § 1 D. h. t. Вотъ почему при установленіи обязательственнаго требованія изъ двухсторонняго равнаго контракта (*contractus bilateralis aequalis*), заключеннаго рабомъ, нельзя сказать, чтобы это требованіе было пріобрѣтено одному только фрунтуарію: оно собственно пріобрѣтается и ему и хозяину. До тѣхъ поръ же, пока узуфруктъ продолжается, хозяинъ раба не можетъ предъявлять требованій изъ договора, заключеннаго симъ послѣднимъ, потому, что имѣющееся у него *in abstracto* право, *de facto* пріостановлено правомъ фрунтуарія, который

¹⁾ l. c. p. 79.

долженъ получать все *quod servus ex operis suis acquirit*¹⁾; когда же узуфруктъ превращается, то временно приостановленное право хозяина вступаетъ опять въ полное дѣйствіе и получаетъ силу, а также получаетъ значеніе правило, высказанное юристомъ Юліаномъ въ 35-й книгѣ его Дигестовъ: *quod fructuario acquiri non potest, proprietario quaeri*²⁾. Мы слѣдовательно тутъ видимъ нѣчто подобное *juri accrescendi*: при немъ, какъ извѣстно, имѣющееся въ наслѣдникѣ, какъ преемникѣ *in universum jus defuncti*, право на все имущество умершаго, ограничивается только фактическимъ существованіемъ другихъ наслѣдниковъ; коль скоро же эти послѣдніе исчезаютъ, право на все наслѣдство, имѣвшееся *in potentia* въ каждомъ наслѣдникѣ, слѣдовательно и въ оставшемся на лицо, *ipso jure* возобновляется. Наше толкованіе находитъ себѣ полное подтвержденіе въ словахъ перваго изъ римскихъ юристовъ — Папиньяна, котораго³⁾, вполне одобряя мнѣніе Юліана о дѣлѣжѣ наемныхъ денегъ между фруктуаріемъ и хозяиномъ, объясняетъ, а) что въ этомъ случаѣ вовсе не переходитъ стипуляція, заключенная однимъ лицомъ (т. е. фруктуаріемъ, чрезъ посредство раба) на другое лицо (хозяина) — *secundum quae non transit ad alterum stipulatio, sed unicuique tantum acquiritur, quantum ratio juris permittit*, вслѣдствіе чего б) *sententia (Juliani) videtur firmissima ratione subnixā*, а это вѣрнѣйшее и самое твердое основаніе Папиньянъ находитъ въ томъ, что *si (servus) ex re fructuarii vel operis suis (i. e. ad fructuarium pertinentibus).... dederit, fructuario, si vero aliunde (слѣдовательно и изъ operis suis ad dominum pertinentibus), domino quaeretur*. Папиньянъ здѣсь очевидно выставляетъ, въ качествѣ *firmissimae rationis*, то же самое обстоятельство, которое было приведено нами, т. е.

1) fr. 21 D. h. t. 7, 1.

2) fr. 25 § 3 D. h. t. 7, 1.

3) fr. 18 § 3 D. de stipul. servor. 45, 3.

приобрѣтеніе работъ юридическаго отношенія обоимъ, хозяину и фруктуарію. Итакъ, если мы выше (стр. 346, 3) сказали, что упомянутый случай приобрѣтенія хозяиномъ правъ изъ договора найма, заключеннаго работъ, находившимся въ узифруктѣ у другаго лица, представляется исключеніемъ изъ общаго правила, по которому о дѣлежѣ гражданскихъ плодовъ между фруктуаріемъ и хозяиномъ не можетъ быть рѣчи, потому что договоръ, заключенный первымъ, не можетъ перейти на втораго, то мы теперь, послѣ подробнѣйшаго разсмотрѣнія того, что сказано въ источникахъ объ этомъ случаѣ, должны сказать, что это исключеніе, дѣйствительное по своимъ послѣдствіямъ¹⁾, есть только именованное въ томъ отношеніи, что въ случаѣ, приведенномъ въ fr. 25 § 2 и fr. 26 cit., мы имѣемъ дѣло опять съ тѣмъ же общимъ правиломъ, пригнаннымъ только къ тому особенному положенію, которое занимаетъ *seignus usufructuarius* относительно фруктуарія и хозяина. Поэтому на рѣшеніе Юліана нельзя ссылаться какъ на случай, въ которомъ римское право бы допускало *по примѣнѣ* дѣлежъ гражданскихъ плодовъ между этими двумя лицами *ipso iure*.

4) Что наконецъ касается до процентовъ (*usurae*) отъ капиталовъ, въ которыхъ установленъ узифруктъ, то въ отношеніи къ нимъ, какъ мы выше сказали, несомнѣнно долженъ имѣть мѣсто дѣлежъ этихъ гражданскихъ плодовъ между фруктуаріемъ и хозяиномъ, и именно *pro rata temporis*. Въ этомъ случаѣ дѣлежъ не представляетъ собою чего либо противнаго общимъ юридическимъ правиламъ, такъ какъ здѣсь не идетъ рѣчь о вступленіи одного лица въ обязательство другаго, а фруктуарій просто осуществляетъ чужое обязательство, на основаніи сдѣланной ему (напр. *ad diem — incertum quando*) квалифицированной цессіи.

¹⁾ Ульпіанъ: «*quamvis non soleat*».

Отдѣлъ IV.— О правахъ фрунтуарія на принадлежность и приращенія (accessiones) служащей вещи.

Мы видѣли въ отдѣлѣ о правѣ пользованія фрунтуарія, что онъ можетъ пользоваться служащими вещами, сохраняя ихъ въ томъ же состояннн, въ которомъ онъ ихъ получилъ. Но является слѣдующій важный и интересный вопросъ: имѣетъ ли фрунтуарій право *ipso jure*, т. е. по самому закону, безъ того, чтобы что либо особенное было постановлено въ завѣщаннн или договорѣ, устанавлиющемъ узуфруктъ, пользоваться принадлежностями служащей вещи¹⁾. Глюбъ²⁾ замѣчаетъ, что фрунтуарій въ этомъ отношеннн имѣетъ почти болѣе правъ, нежели тотъ, которому отказана вещь въ собственность. Легатарій собственности именно не получаетъ хозяйственнаго инвентаря (*das Wirthschaftsinventar*), ни домашней утвари, если эти предметы не поименованы нарочно въ завѣщаннн³⁾. Иначе это въ отношеннн къ фрунтуарію, который, въ случаѣ легата узуфрукта, можетъ требовать себѣ и пользованія всѣми орудіями и вообще вещами, необходимыми для пользованія служащей вещи, безъ спеціальнаго на то указанія со стороны завѣщателя: (*Ulpian.*) fr. 15 § 6 *Dig. h. t. 7, 1: Sed ego puto, nisi sit contraria voluntas, etiam instrumentum fundi vel domus contineri.* Хотя нѣкоторые юристы и держались противоположнаго взгляда, по крайней мѣрѣ въ отношеннн къ извѣстнымъ вещамъ, но мнѣніе Ульпіана, какъ видно изъ того, что оно помѣщено въ дигестахъ, было принято. Къ *instrumentum fundi* же относятся, на основаннн fr. 8 pr. *D. de instr. vel instrum. leg. 33, 7*⁴⁾, всѣ орудія

¹⁾ См. объ этомъ Noodt: *De usufruct. lib. I cap. VII; Krans* l. c. p. 70.

²⁾ l. c. p. 199.

³⁾ fr. 14 *D. de supel. leg. 33, 10.*

⁴⁾ *In instrumento fundi ea esse, quae fructus quaerendi, cogendi, conservandi gratia parata sunt.*

дія, необходимы для собиранія, обработки и сохраненія плодовъ, а также необходимы для этой цѣли скоть и посуда. Инвентарій же дома опредѣляется въ fr. 12 § 16 D. eod.¹⁾ какъ все то, что необходимо для сохраненія дома (какъ жилого), т. е. что необходимо для безопаснаго и удобнаго пользованія имъ; къ такимъ необходимымъ вещамъ же, по согласному мнѣнію представителей обѣихъ школъ, принадлежать: пожарныя трубы (siphones), шесты, приготовленные на случай пожара и т. п. Мебели же фруктуарій требовать не можетъ. Хотя именно Глѹкъ и держится противнаго мнѣнія, однако, въ приведенныхъ имъ мѣстахъ источниковъ, говорится только объ *instrumentum domus*, а не о *supellex*, о домашней утвари. Напротивъ того Ульпіанъ, говорящій въ fr. 15 § 6 cit., что въ *legatъ fundi etiam instrumentum fundi contineri*, въ томъ же самомъ сочиненіи (*litrî ad Sabinum*) говоритъ, именно во fr. 12 § 15 D. 33, 7: *supellex instrumento fundi non continetur*.

Конечно фруктуарій въ *instrumentum fundi et domus* пріобрѣтаетъ только право пользованія, т. е. тотъ же *ususfructus*, а не собственность.

Далѣе фруктуарій имѣнія вообще можетъ требовать *ipso jure* пользованія всѣмъ тѣмъ, что оказывается необходимымъ для того, чтобы пользованіе данною вещію представлялось дѣйствительно осуществимымъ²⁾. Если поэтому *praedium fructuarium* имѣетъ сервитутъ въ сосѣднихъ имѣніяхъ, то фруктуарій можетъ осуществлять его, и хотя онъ и не имѣетъ иска, прямо направленнаго на такой сервитутъ, однако ему достаточно для

¹⁾ *Instrumenti domus ea esse, quae ad tutelam domus pertinent*. См. изчисленіе отдѣльныхъ принадлежностей въ fr. 12 §§ 17 sqq. Въ отношеніи къ этому предмету, мы замѣчаемъ въ приведенномъ мѣстѣ споръ Сабиніанской и Прокулеянской школъ (Кассія и Пегаса).

²⁾ *Krans p. 71. Ulp. fr. 1 § 4 D. si ususfr. petat. 7, 6.*

этого *actio confessoria* ¹⁾. Если же для пользования фруктуарія требуется установленіе новаго сервитута, то хозяинъ долженъ установить ему этотъ необходимый сервитутъ, напр. право прохода, съ тѣмъ, чтобы онъ имѣлъ возможность подойти къ имѣнію, окруженному со всѣхъ сторонъ владѣніями постороннихъ лицъ; фруктуарій имѣетъ право требовать этого даже въ томъ случаѣ, еслибы завѣщатель нарочно запретилъ установленіе подобнаго сервитута ²⁾. Объемъ же сервитута долженъ соответствовать потребностямъ фруктуарія, такъ что въ томъ случаѣ, если ему напр. придется, для полученія всѣхъ выгодъ изъ служащаго имѣнія, вывозить изъ него произведенія, ему должно быть установлено не только *jus itineris*, а *via*, такъ какъ *hoc ei praestandum est, prout ususfructus perceptio desiderat* ³⁾. Но относительно обязанности хозяина, доставлять фруктуарію всѣ средства для пользования, представляется то ограниченіе, что, какъ мы уже выше замѣтили, фруктуарію должно быть доставлено только то, чѣмъ дѣйствительно обусловливается возможность пользования (*sine quibus omnino uti non potest*); большее или меньшее же удобство, которое представить ему пользование, не принимается въ расчетъ (*sed si cum aliquo incommodo utatur, non esse praestandum* ⁴⁾). Вопросъ этотъ слѣдовательно опять не разрѣшается окончательно въ нашихъ источникахъ, ибо онъ долженъ быть разрѣшаемъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ согласно съ обстоятельствами дѣла, т. е. рѣшеніе его всегда будетъ *quaestio facti*.

Вопросъ о приращеніяхъ служащей вещи разрѣшается согласно съ тѣмъ общимъ началомъ, которое высказывается Ульпіаномъ ⁵⁾ въ слѣдующихъ словахъ: *ubi latitet incrementum, et*

¹⁾ fr. 1 pr. D. eod. 7, 6.

²⁾ fr. 1 § 1 sqq. D. eod.

³⁾ fr. 1 § 3 eod.

⁴⁾ fr. 1 § 4 eod.

⁵⁾ fr. 9 § 4 D. h. t. 7, 1.

ususfructus augetur, ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit. На основаніи этого напр. фрукуарій не получаетъ пользованія островомъ, возникающимъ около берега прибрежнаго къ рѣкѣ служащаго имѣнія, между тѣмъ какъ хозяинъ имѣнія получаетъ собственность въ этомъ островѣ ¹⁾; тоже самое имѣетъ мѣсто и относительно ребенка рабыни, разсма-триваемаго, какъ извѣстно, за *accessio* ²⁾, за исключеніемъ конечно того случая, когда именно отказанъ и узифруктъ въ ребенкѣ, который могъ бы родиться отъ рабыни во время нахождения ея *in usufructu*; наконецъ тоже самое мы должны принять относи-тельно клада (*thesaurus*), который можетъ быть найденъ въ имѣніи, подлежащемъ узифрукту, и который, какъ извѣстно, принадлежитъ хозяину имѣнія *jure accessionis*. Хотя именно въ источникахъ нигдѣ прямо не говорится объ отношеніи фрукуа-рія къ найденному имъ кладу, однако ученые выводятъ изъ того, что Ульпіанъ не причисляетъ клада къ плодамъ, а затѣмъ изъ того, что находчикъ клада получаетъ, по общему правилу, половину его, то, что фрукуарій, нашедшій кладъ, получаетъ именно половину въ немъ, но не въ качествѣ фрукуарія, а въ качествѣ находчика; другая же половина клада тотчасъ же дол-жна быть отдана имъ хозяину имѣнія, который и получаетъ въ ней не только собственность, но и исключительное пользованіе ³⁾. Другое дѣло въ отношеніи къ тѣмъ приращеніямъ, которыя присоединяются какъ бы незамѣтно къ служащей вещи, и отно-сительно которыхъ весьма затруднительно отдѣленіе пользова-нія фрукуарія — именно при наплывѣ, *alluvio* ⁴⁾, который пред-ставляетъ собою подобное *incrementum latens*.

¹⁾ fr. 9 § 4 cit.

²⁾ fr. 68 pr. D. h. t. 7, 1: nec usumfructum (partus ancillae) usufructuarius habebit.

³⁾ См. Glück pag. 209; Krans, pag. 80; fr. 7 § 12 D. sol. ma- trim. 24, 3.

⁴⁾ fr. 9 § 4 cit.

Вопросъ весьма интереснѣйшій, въ отношеніи именно къ различнымъ толкованіямъ, вызваннымъ имъ въ литературѣ, представляется вопросъ о полученіи фруктуаріемъ добычи отъ охоты. Должны ли охота и рыбная ловля быть разсматриваемы какъ *fructus* имѣнія, или нѣтъ? Мѣста въ источникахъ, въ которыхъ говорится объ этомъ вопросѣ, слѣдующія: *fr. 9 § 5 D. h. t. 7, 1 (Ulpian): Aucupiorum quoque et venationum reditum Cassius ait libro octavo Juris civilis ad fructuarium pertinere; ergo et piscationum.*

Fr. 62 pr. D. eod. (Tryphoninus): usufructuarium venari in saltibus vel montibus possessionis probe dicitur; nec aprum aut cervum, quem ceperit, proprium domini capit, sed fructus aut jure (civilis), aut gentium suos facit.

Paul. Rec. Sent. III tit. 6, § 22: Accessio alluvionum ad fructuarium fundi, quia fructus fundi non est, non pertinet: venationis vero et aucupii reditus ad fructuarium pertinet. (Зажѣмъ кстати, что слово *pertinet* здѣсь очевидно принимается въ смыслѣ: обращается въ собственность, ибо иначе это мѣсто противорѣчило бы *fr. 9 §§ 4 и 5 D. h. t.*)

Всѣмъ же приведеннымъ мѣстамъ противопоставляется *fr. 26 D. de usuris 22, 1 (Julianus ex Minicio): Venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet.* Cf. и *fr. 77 D. de V. S. 50, 16 (Paulus): non enimaves ferasve frugem dici.*

Прежде всего насъ тутъ поражаетъ то обстоятельство, что вообще объ охотѣ и т. п. говорится, какъ о предметѣ узу-фрукта. При извѣстномъ именно взглядѣ римлянъ на дикихъ животныхъ (*ferae bestiae*), птицъ и рыбъ, какъ на *res nullius*, приобрѣтеніе въ собственность этихъ предметовъ *per occupatio- nem* предоставляется всякому лицу, слѣдовательно и фруктуарію, который конечно прибрѣтетъ ихъ не *jure fructuario*, а *jure occupationis*. Поэтому особенность его положенія, въ отношеніи къ охотѣ, будетъ заключаться только въ правѣ ходить и ѣздить

по мнѣнію, чтобы воспользоваться въ немъ охотою, слѣдовательно болѣе въ правѣ пользоваться мнѣніемъ (*uti*), посредствомъ хожденія по нему, ѣзды и т. п., нежели во власти извлекать плоды (*frui*). Дѣйствительно, съ этой точки зрѣнія и рассматриваетъ соответствующее право фруктуарія Шенеманъ ¹⁾. Но при подобномъ разсмотрѣніи, мѣста источниковъ, говорящіа объ этомъ предметѣ, оказались бы въ высшей степени тривиальными, такъ какъ фруктуарій, имѣя вообще *jus utendi* ге, конечно можетъ воспользоваться вѣщью и для охоты. Крансъ ²⁾ здѣсь держится того мнѣнія, которое принялъ уже и Глюкъ ³⁾. Они именно рассматриваютъ сказанное въ источникахъ, какъ относящееся къ тому только случаю, когда фруктуарій (впервые, или же по примѣру хозяина) отдаетъ охоту, рыбную ловлю и т. п. въ откупное содержаніе: произведеніе т. е. доходъ отъ этой сдѣлки найма, долженъ быть рассматриваемъ какъ плодъ (гражданскій, получаемый по поводу мнѣнія). Дѣйствительно это толкованіе поддерживается, по видимому, и выраженіями *fr. 9 § 5 h. t.* и *Paul. B. S. l. c.*, гдѣ говорится: „*venationis redditus*“, т. е. доходъ отъ охоты долженъ принадлежать фруктуарію. Но толкованіе Глюка мы могли бы принять только тогда, когда бы оставили безъ всякаго вниманія *fr. 62 pr. cit.*, въ которомъ прямо говорится, что фруктуарій, завладѣвъ животнымъ (*quem sererit*), обращаетъ его въ свою собственность, въ качествѣ плода (*fructus*). По нашему мнѣнію подлежащій вопросъ разрѣшается *fr. 26 cit.*, а поэтому мы, подобно Эльверсу ⁴⁾, полагаемъ, что римляне, смотря по обстоятельствамъ, признавали охоту плодомъ мнѣнія и тогда, когда она не была отдана въ откупное содер-

¹⁾ l. c. p. 53: *Einräumung des jus utendi, ein auf das Betreten zum Zweck des Jagens etc. beschränkter Usus.*

²⁾ l. c. p. 72 и 73.

³⁾ l. c. p. 202 и 203.

⁴⁾ l. c. p. 484 прим. г.

жаніе. Извѣстно именно, что нѣкоторыя мѣстности, по самому своему положенію, бываютъ особенно выгодными для охоты; возьмемъ напримѣръ что, какъ предполагается въ fr. 26 cit., все почти имѣніе состоитъ изъ лѣснаго пространства, saltus et montes. Кромя деревьевъ, которыя, можетъ быть, не представляютъ здѣсь особенной цѣнности, главный доходъ и будетъ состоять въ добычѣ, получаемой охотою. Конечно въ этомъ случаѣ нельзя принять, чтобы вся та выгода, которую получить фрукутуарій отъ охоты, не должна бы быть принимаема въ расчетъ по отношенію къ хозяину имѣнія потому только, что она представляется естественнымъ послѣдствіемъ пользованія вещью. Мы тутъ должны обратить вниманіе на то различіе между fructus и usus, которое нами было приведено выше, и которое представляется различіемъ экономическимъ, а именно, что fructus есть пользованіе вещью, доставляющее возможность прибавленія новыхъ цѣнностей къ имуществу. Такъ какъ при полученіи добычи отъ охоты, къ имуществу фрукутуарія прибавляются новыя цѣнности, и притомъ чрезъ посредство имѣнія, находящагося въ его пользованіи, то охота въ тѣхъ случаяхъ, когда по всей обстановкѣ имѣнія въ ней можно будетъ видѣть постоянный доходъ (все равно, получится ли онъ чрезъ дѣйствія самого фрукутуарія или другаго лица, напримѣръ нанимателя), должна быть считаема плодомъ этого имѣнія ¹⁾). Мы въ приведенныхъ мѣстахъ источниковъ видимъ ничто иное, какъ указаніе юристовъ на тотъ случай, когда потребуется оцѣнка узифрукта имѣнія, которая напримѣръ окажется необходимою, когда наслѣдникъ, задержавъ незаконно имѣніе, узифруктъ въ которомъ отданъ по-

¹⁾ Шенеманъ § 16 р. 56: Значеніе вещное узифрукта состоитъ въ томъ, что фрукутуарій, при помощи подчиненной его власти вещи, производитъ плоды (fructus naturales), или чрезъ хозяйственныя операціи съ вещью пріобрѣтаетъ денежныя цѣнности (fructus civiles), или же механическимъ пользованіемъ вещью завладѣваетъ находящимися въ ней rebus nullius.

стороннему лицу, долженъ быть принужденъ къ доставленію полнаго вознагражденія за всѣ плоды, полученные имъ за это время, или когда, для установленія фальцидіевой четверти, узурфруктъ долженъ быть вычитаемъ изъ оставшагося имущества наслѣдодателя, или же когда фрукуарій не возвратилъ вещи хозяину во-время и поэтому *debet, ut ait Proculus, in fructus percceptos condemnari fr. 19 pr. D. de usur. 22, 1*. Вотъ въ этихъ случаяхъ охота, представляющая собою постоянный доходъ имѣнія, и должна быть принимаема въ расчетъ¹⁾. Дѣйствительно представимъ себѣ практически этотъ случай: наслѣдники фрукуарія, возвращая имѣніе по истеченіи нѣсколькихъ мѣсяцевъ послѣ смерти своего наслѣдодателя, успѣли въ это время приобрести порядочный доходъ изъ охоты въ имѣніи. Очевидно было бы несправедливо и не соотвѣтствовало бы общимъ правиламъ о вознагражденіи за полученные незаконно доходы изъ имѣнія, если бы наслѣдники въ этомъ случаѣ сохранили барышъ, полученный только чрезъ посредство этого самаго имѣнія, причеиъ конечно все равно, получали ли они этотъ барышъ вслѣдствіе того, что охотились сами, или же чрезъ посредство другихъ лицъ, напримѣръ нанимателя охоты.

Прежде, чѣмъ совершенно покончить съ вопросомъ о полученіи фрукуаріемъ прибыли по поводу и чрезъ посредство служащаго имѣнія, мы должны сказать еще нѣсколько словъ о томъ особенномъ случаѣ, который указанъ во *fr. 7 § 1 D. h. t. 7, 1*. На основаніи этого фрагмента именно фрукуарій получаетъ собственность въ сосѣднемъ домѣ, если этотъ

¹⁾ Въ этомъ мы и видимъ значеніе *fr. 26 D. cit.* Нѣкоторые ученые, Шенеманъ, Игерингъ (*Abhandl. a. d. Röm. Recht. I p. 7*), слишкомъ ограничиваютъ примѣненіе понятія плода къ охотѣ, допуская его только тогда, когда имѣніе имѣетъ исключительнымъ своимъ назначеніемъ охоту. Противъ такого взгляда говорятъ *fr. 9 cit.*, гдѣ *venationis redditus* сопоставляется со всѣми другими обыкновенными выгодами, которыя могутъ быть получаемы изъ имѣнія.

домъ, на основаніи общеизвѣстныхъ правилъ о *missio in possessionem damni infecti causa*, будетъ присужденъ ему, какъ лицу, введенному во владѣніе *ex secundo decreto*. Эльверсъ¹⁾ полагаетъ, что тутъ основаніемъ пріобрѣтенія собственности со стороны фруктуарія является не право его на узѣфруктъ, а деликтъ того, кто подвергся такой *missio damni infecti causa*, и въ пользу своего взгляда приводитъ слѣдующіе аргументы: 1) встрѣчаются и другія юридическія отношенія, которыя, не доставляя лицу права на полученіе плодовъ, даютъ однакоже право на собственность вслѣдствіе *missio ex secundo decreto*²⁾, 2) хозяинъ можетъ требовать возлѣ фруктуарія³⁾ *cautionem damni infecti* и получить *missionem*, между тѣмъ какъ фруктуарій исключаетъ хозяина въ отношеніи къ плодамъ. Намъ кажется однако, что такимъ образомъ, какъ это дѣлаетъ Эльверсъ, этого вопроса разрѣшить нельзя. Если дѣйствительно основаніе упомянутаго права заключается въ деликтѣ лица, теряющаго домъ (а въ этомъ никто не сомнѣвается, потому что оно слишкомъ ясно высказано въ источникахъ), то это еще не объясняется, почему изъ деликта этого лица пріобрѣтаетъ именно фруктуарій, а не чрезъ посредство его хозяинъ вещи⁴⁾? Отчего пріобрѣтаемый *propter damnum infectum* домъ не рассматривается какъ случайное приращеніе дома, находящагося въ узѣфруктѣ, и не пріобрѣтается хозяину вещи, подобно напримѣръ *insulae natae*? Деликтъ посторонняго лица именно собственно долженъ бы быть рассматриваемъ какъ *casus*, въ отношеніи къ

1) l. c. p. 485.

2) fr. 13 § 5 D. de damno infecto 39, 2.

3) fr. 5 § 2 eod.

4) Аналогію *actionis furti*, на которой имѣютъ право и хозяинъ и фруктуарій, по поводу украденныхъ плодовъ, также здѣсь нельзя привести потому, что, какъ говоритъ Paulus во fr. 5 § 2 D. 39, 2: *pec enim injuriam sentit promissor, non plus cuique (i. e. domino et fructuario) praestiturus, quam quod ejus intersit.*

пользующимся лицамъ. Намъ кажется, что ученіе о *cautio damni infecti* у самихъ римлянъ представляется нѣсколько шаткимъ. Это видно уже изъ того, что Ульпіанъ же говоритъ, что всякому, кто только сдѣстъ *juramentum calumpniæ*, предоставляется право на *cautio*, причемъ не производится изслѣдованія о томъ, имѣетъ ли это лицо интересъ въ доставленіи подобнаго обезпеченія, или нѣтъ¹⁾ (*et non inquiretur, an intersit ejus, an non, vicinas aedes habeat, an non.*). Очевидно однако, что безусловное примѣненіе положенія Ульпіана привело бы къ абсурду; поэтому юристъ послѣ приведенныхъ словъ и прибавляетъ: *totum tamen hoc jurisdictioni praetoriae subjiciendum, cui cavendum sit, cui non.* И такъ Ульпіанъ не рѣшается выставить общій принципъ относительно всѣхъ лицъ, которыя бы могли требовать *cautionem damni infecti*, но разсматриваетъ этотъ вопросъ какъ *quaestio facti*. Шаткость, о которой мы упомянули выше, видна и въ спорѣ юристовъ Маркелла и Ульпіана въ fr. 11 eod., насчетъ того, слѣдуетъ ли доставить *cautionem damni infecti* кредитору по залогу или нѣтъ? Очевидно Маркеллъ юридически послѣдовательнѣе, отказывая ему въ этомъ правѣ, ибо, опровергая его, Ульпіанъ говоритъ: *aequisimum tamen puto*, слѣдовательно ссылается на *aequitas*, въ противоположность конечно *stricto juri*, котораго слѣдовательно держался Маркеллъ. Если мнѣніе Эльверса дѣйствительно было бы основательно, то кредитору по залогу, точно также, какъ и фруктуарію, слѣдовало бы доставить собственность въ сосѣднемъ домѣ, по самому праву (*jus*), а не только потому, что это только *aequissimum*. При всей же упомянутой шаткости, на которую, какъ мы видѣли, указываетъ самъ Ульпіанъ, этотъ юристъ не затрудняется сказать положительно о нѣкоторыхъ лицахъ, что они должны получать выгоды изъ *missio damni infecti causa*, а именно о фруктуаріѣ²⁾ и о нанимателѣ

¹⁾ fr. 13 § 3 D. 39, 2.

²⁾ fr. 7, § 1 D. h. t. 7, 1.

дома¹⁾). Относительно ихъ слѣдовательно въ преторскомъ эдиктѣ и въ наукѣ права установилось твердое, безспорное правило. Это правило, на основаніи объясненія, даваемого самимъ же Ульпіаномъ въ fr. 7 § 1 cit., какъ намъ кажется, слѣдующее: по отношенію къ тѣмъ лицамъ, которымъ предоставлено право получать изъ даннаго praedium всѣ выгоды, доходомъ изъ имѣнія разсматривается и дождь, получаемый согласно missioni ex secundo decreto, ибо онъ пріобрѣтается *дѣйствиємъ* (присягою, искою и т. п.) этого лица, дѣйствиємъ, возможнымъ только по поводу пользованія даннымъ недвижимымъ имуществомъ. Вотъ почему сосѣдній дождь въ этомъ случаѣ не разсматривается подобно кладу, ребенку рабыни, insulae natae, которыя являются какъ совершенно случайныя приращенія, безъ всякаго дѣйствія со стороны фруктуарія, и слѣдовательно вполнѣ достаются хозяину. И такъ *къ доходамъ или redditus вещи мы причисляемъ все то, что получается дѣйствиємъ лица, возможнымъ только по поводу пользованія этою вещію*. Но дѣйствительно исключительнымъ представляется то обстоятельство, что хозяинъ и фруктуарій оба здѣсь могутъ требовать обезпеченія и тогда участвуютъ въ немъ pro rata; это обстоятельство однако объясняется тѣмъ, что и наоборотъ, въ отношеніи къ сосѣду, требующему обезпеченіе, должны кавировать оба, proprietarius и usufructuarius, опять pro rata parte, какъ это видно изъ fr. 22 D. 39, 2. Можно было бы еще, если считать данное нами объясненіе относительно участія хозяина и фруктуарія въ cautio damni infecti, натянутымъ, выставить другое основаніе. Дѣйствительно мы въ источникахъ находимъ, что юристъ Павелъ представляетъ другую причину полученія собственности изъ missio ex secundo decreto, нежели Ульпіанъ. Въ fr. 21²⁾ и fr. 38 pr. D. 39, 2 Павелъ выходитъ изъ того

¹⁾ fr. 13 § 5 D. de damno inf. 39, 2.

²⁾ Fr. 18 pr. eod. (Paulus): Damni infecti stipulatio competit

положенія, что *cautionem damni infecti* можетъ требовать тотъ, кто потерпитъ убытокъ отъ разрушенія сосѣдняго дома, потому что онъ именно долженъ предохранять имѣніе отъ такого несчастья: fr. 38 pr. cit: *Emtor ideo inutiliter (ante traditionem) stipulatur, quia venditor omnem diligentiam ei praestare debet; tum certe utiliter stipulatur, quum omnis culpa a venditore aberit.* Здѣсь требованіе этого обезпеченія является какъ бы средствомъ для доставленія возможности исполнить свою обязанность тому, кто долженъ стеречь чужую вещь, и поэтому отвѣчаетъ за *omnis culpa*. Однако и при этомъ взглядѣ приведенный выше fr. 5 § 1 cit., принадлежащій также юристу Павлу, не объясняется, такъ какъ, на основаніи его, фруитуарій долженъ бы одинъ имѣть право на *cautio damni infecti*, ибо онъ, согласно общанію, данному по поводу *cautio usufructuaria*, отвѣчаетъ передъ хозяиномъ за *omnis culpa*.

Отдѣлъ V. — О правѣ фруитуарія уступать пользованіе свое другимъ лицамъ.

Разсматривая права фруитуарія, мы встрѣчаемъ между ними одно, которымъ *узифруктъ* существенно отличается отъ другихъ *сервитутовъ*. Фруитуарію именно принадлежитъ право уступки, доставленія другому лицу того пользованія, которое установлено ему хозяиномъ вещи. Фруитуарій можетъ либо пользоваться лично, либо черезъ другое лицо, которому онъ, на основаніи какой нибудь сдѣлки, все равно возмездной или безмездной¹⁾, доставляетъ фактическое исправленіе и осуществленіе (*executi-*

non tantum ei, cujus in bonis res est, sed etiam ei, cujus periculo res est. Cf. Hesse: *Die cautio damni infecti* cap. 8.

¹⁾ Въ этомъ и заключается отличіе *узифрукта* отъ *сервитутовъ habitationis* и *operatum servorum et animalium*, которыхъ осуществленіе можетъ быть уступаемо лицомъ, имѣющимъ право *сервитута*, только за извѣстное вознагражденіе, а не безмездно.

tium) той власти, которая принадлежит ему въ качествѣ права (jus): Ulpian fr. 12 § 2 D. h. t. 7, 1: Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere, vel locare, vel vendere potest; nam et qui locat, utitur, et qui vendit, utitur. Sed et si alii precario concedat, vel donat, puto eum uti, atque ideo retineri usumfructum; et hoc Cassius et Pegasus (главы различныхъ шволь) responderunt, et Pomponius libro quinto ex Sabino probat¹⁾. Употребленныя здѣсь выраженія: usumfructum vendere, donare, и т. п. получаютъ истинное свое значеніе тогда, когда мы обратимъ вниманіе на мѣста въ родѣ слѣдующихъ: fr. 38 D. h. t. (Marcian.). Plane illud interest, quod, si vendidero usumfructum, etiamsi emtor non utatur, *videor usumfructum retinere*; fr. 40 eod: quod si donavero, non alias retineo, nisi ille utatur, и fr. 15 D. famil. herc. 10, 2 (Paulus): *nec enim (ususfructus) a personis sine interitu sui discedere potest*; § 3 Inst. de usufr. 2, 4: usufructuarius cedendo extraneo nihil agit. На основаніи приведенныхъ, и многихъ другихъ, мѣстъ источниковъ, имѣющихъ одинаковое съ ними значеніе, до новѣйшихъ временъ существовало слѣдующее общее мнѣніе: фруктуарій, въ противоположность всеѣмъ другимъ лицамъ, имѣющимъ право какого нибудь сервитута, какъ вещевеннаго, такъ и другаго личнаго сервитута (*habitatio* и *operae sergogum et animalium* мы здѣсь оставляемъ въ сторонѣ, какъ явленія не нормальныя), можетъ отчуждать узифруктъ *quoad exercitium*, посредствомъ любого *negotium inter vivos*, но не можетъ отчуждать его *quoad jus*²⁾. И такъ *фактическое* пользованіе вещію и *фактическое* извлеченіе изъ нея плодовъ могутъ быть предоставляемы фруктуаріемъ другому лицу; но при

¹⁾ См. еще fr. 38 до 40, fr. 67 h. t., fr. 28 pr. и § 1 D. quib. mod. 7, 4 и многія другія мѣста.

²⁾ См. Glück l. c. p. 169, всѣ учебники, въ особенности Вангерова I § 344 прим. 3; см. и Шенемана § 20, Кранса p. 88 и слѣд.

этомъ само право, т. е. непосредственное отношеніе лица къ вещи по личному сервитуту, какъ *jus personalissimum*, остается всегда за фруктуаріемъ, т. е. за тѣмъ лицомъ, которому былъ установленъ узуфруктъ хозяиномъ вещи, такъ что смертію этого, назначеннаго хозяиномъ, фруктуарія, данный узуфруктъ непременно всегда прекращается *fr. 3 § 3 D. quib. mod. 7, 4: sicuti si quid aliud, quod personae cohaeret*. Важнѣйшія практическія послѣдствія, вытекающія изъ такого взгляда на отчужденіе фруктуаріемъ своего пользованія, слѣдующія: 1) условія узуфрукта, въ особенности прекращеніе его, опредѣляются всегда по личности фруктуарія, а не того лица, которому онъ уступилъ осуществленіе своего права; 2) лицо, получившее право осуществлять чужой узуфруктъ, имѣетъ только личное (обязательственное) право въ отношеніи къ фруктуарію, такъ что, напримѣръ въ томъ случаѣ, если фруктуарій, не смотря на уступленное имъ по договору купли и продажи, найма и т. п., пользованіе другому лицу, уничтожить узуфруктъ, положимъ, уступкою его хозяину, покупщикъ, наниматель и т. п. имѣютъ только личный искъ на вознагражденіе противъ фруктуарія, но они не могутъ обращаться съ вещнымъ искомъ къ хозяину вещи, требуя продолженія пользованія, хотя бы до смерти истиннаго фруктуарія; 3) дѣйствія цессіонарія (назовемъ такъ для краткости лицо, которому фруктуарій уступилъ свое пользованіе), не могутъ вліять на судьбу узуфрукта, если они не представляются *quasi* — дѣйствіями фруктуарія, т. е. дѣйствіями, совершаемыми имъ чрезъ представителя, которымъ въ этомъ случаѣ и будетъ цессіонарій; 4) отвѣтственность фруктуарія, въ отношеніи къ хозяину вещи, остается одинаковою, и въ случаѣ уступки пользованія, почему наконецъ 5) хозяинъ вещи не имѣетъ никакого права держаться лица цессіонарія, по востребованію напримѣръ вознагражденія за причиненныя вещи убытки, а можетъ держаться исключительно только первоначальнаго фруктуарія.

Ученіе объ уступкѣ пользованія фруктуаріемъ, въ пред-

ставленномъ видѣ, осталось неизмѣннымъ въ первой своей части, т. е. въ отношеніи къ возможности уступки узупфрукта; въ виду ясныхъ изреченій источниковъ, эта часть ученія признается и нынѣ всѣми учеными безъ исключенія. Особенность, которую представляетъ въ этомъ отношеніи узупфруктъ, въ сравненіи съ другими сервитутами, объясняется, подобно дѣлимости узупфрукта, о которой мы ниже поговоримъ подробнѣе, изъ самой природы этого института. Мы здѣсь представимъ разсужденіе по этому поводу Эльверса ¹⁾). Узупфруктъ по общему правилу доставляетъ право на полученіе *всѣхъ* плодовъ и выгодъ отъ вещи, такъ что единственною границею этого права является производительность (*Productionsvermögen*) служащей вещи. Поэтому всегда то, чѣмъ опредѣляется объемъ права фруктуарія, лежитъ *отъ лица ея*, вслѣдствіе чего нельзя опасаться того, чтобы объемъ сервитута былъ измѣняемъ вслѣдствіе того только обстоятельства, что фруктуарій, при фактическомъ осуществленіи пользованія, замѣняется другимъ лицомъ. Изъ этого слѣдуетъ, что, по отношенію къ объему узупфрукта, хозяину служащей вещи должно быть все равно, кто именно осуществляетъ сервитутъ, фруктуарій ли или другое лицо, такъ какъ онъ въ обоихъ случаяхъ одинаковымъ образомъ лишается всѣхъ доходовъ изъ вещи. Далѣе, и отдѣльныя дѣйствія, направленныя на осуществленіе узупфрукта, не получаютъ въ глазахъ хозяина вещи другаго характера вслѣдствіе того, что они предпринимаются третьимъ лицомъ, а не самимъ фруктуаріемъ, такъ какъ для хозяина тутъ имѣетъ значеніе только экономическая цѣнность этихъ дѣйствій, а она, какъ уже было сказано, остается одинаковою, все равно, кѣмъ бы ни было предпринимаемо это осуществленіе узупфрукта. При узупфруктѣ именно, который обнимаетъ собою полное пользованіе вещію, почти всякая связь между

¹⁾ I. c. § 27 p. 226. См. и Baron: *Gesamtrechtsverhältnisse* pag. 175.

вещію и хозяиномъ ея прекращается, и она становится въ извѣстныя отношенія только къ фруктуарію, такъ что постоянная коллизія и безпрестанныя столкновенія между хозяиномъ и лицомъ, имѣющимъ право сервитута, встрѣчающіяся при другихъ сервитутахъ, не имѣютъ мѣста при узуфруктѣ. На основаніи всего сказаннаго, хозяинъ при узуфруктѣ менѣе заинтересованъ въ личности того, кто въ конкретномъ случаѣ пользуется его вещію, чѣмъ при другихъ сервитутахъ, и поэтому онъ и не можетъ препятствовать фруктуарію, если тотъ пожелаетъ осуществлять свое право, вполнѣ или отчасти, черезъ другое лицо, черезъ представителя.

Въ отношеніи же къ другой части ученія объ уступкѣ пользования фруктуаріемъ, т. е. въ отношеніи къ тому, что узуфруктъ ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть уступаемъ *quoad jus*, въ новѣйшія времена явились ученые, отступающіе отъ общаго мнѣнія, именно *van de Water* ¹⁾, *Dernburg* ²⁾ и въ особенности Эльверсъ ³⁾. Изъ этихъ писателей мы подробнѣе рассмотримъ только Эльверса, который основательнѣе всѣхъ мотивируетъ свое мнѣніе. Эльверсъ начинаетъ съ доказательства того, что по древнему праву перенесеніе узуфрукта *quoad jus* не могло имѣть мѣста на томъ основаніи, что не существовало даже способовъ къ его перенесенію; затѣмъ, объясняя перемѣну, происшедшую въ этомъ отношеніи въ новѣйшемъ римскомъ правѣ, Эльверсъ самъ сознается, что ни одно изъ мѣстъ нашихъ источниковъ, въ которыхъ идетъ рѣчь о перенесеніи узуфрукта, не высказывается прямо и положительно насчетъ этого вопроса; да, прибавляетъ онъ, кажется даже, что сама классическая юриспруденція (!) едвали сознавала юридическое положеніе этого

¹⁾ См. *Glück* I. с. р. 218.

²⁾ *Giesser Zeitschr. N. F. Bd. 2 p. 53. 1846 г.: Kann ein Ususfrukt übertragen werden?*

³⁾ I. с. § 27 и р. 250, прим. д.

вопроса, почему и выработанное ею право, на сколько по крайней мѣрѣ оно представляется въ источникахъ, не получило твердой законченности и развитія ¹⁾. Въ отношеніи затѣмъ къ важнѣйшему изъ тѣхъ послѣдствій, которые мы выставили выше ²⁾, какъ вытекающія изъ непереносимости узупфрукта *quoad jus*, относительно именно прекращенія узупфрукта не по личнымъ условіямъ цессіонарія, а цедента, т. е. первоначальнаго фрукутарія, Эльверсъ не только не представляетъ серьезныхъ возраженій, основанныхъ на источникахъ, но напротивъ признаетъ, что это послѣдствіе осталось и при новомъ понятіи объ уступкѣ узупфрукта ³⁾. Приведенныя разсужденія Эльверса заставляютъ насъ относиться весьма недовѣрчиво къ его мнѣнію. Мы именно допускаемъ различныя объясненія, даже еслибы они съ перваго взгляда представлялись натянутыми, но мы положительно не можемъ допустить того объясненія, которое даетъ Эльверсъ словамъ: *ad eum ususfructus pertinet*. Онъ именно старается убѣдить читателя въ томъ, что приведенныя слова, произнесенныя въ отношеніи къ первоначальному фрукутарію (къ нему именно относится слово *eum*), въ устахъ римскаго юриста обозначаютъ: право узупфрукта другого лица рассматривается по личнымъ условіямъ первоначальнаго фрукутарія, слѣдовательно юристъ для указанія этого послѣдствія сказалъ бы: „узупфруктъ принадлежитъ первоначальному фрукутарію“, а при этомъ думалъ бы, что узупфруктъ принадлежитъ не первоначальному фрукутарію, а цессіонарію. Очевидно Эльверсъ здѣсь заставляеть юриста высказать какъ разъ противное тому, что онъ думаетъ, и ставитъ его поэтому въ то

¹⁾ I. с. р. 235 i. f. и р. 249 въ началѣ.

²⁾ Относительно же другихъ послѣдствій Эльверсъ не даетъ никакихъ указаній.

³⁾ I. с. р. 241: Wenn es gleich noch immer in Folge der Abhängigkeit, in welcher er (der cedirte Ususfructus) von den Schicksalen der Person des früher Berechtigten steht, heissen kann: *ad eum ususfructus pertinet*, и р. 249 № 1.

положеніе, о которомъ юристъ Павелъ говоритъ: *qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur* (fr. 3 D. de R. D. 34, 5). Мы полагаемъ, что должно совершенно не знать римскихъ юристовъ, для того, чтобы приписать имъ подобную негѣпость въ выраженіяхъ. Собственно говоря у Эльверса имѣется всего только *одна* доведъ, на которомъ онъ основываетъ всю свою теорію. Хотя именно онъ и приводитъ въ подтвержденіе этой теоріи нѣкоторыя мѣста источниковъ, однако, сознавая самъ (на стр. 249) всю шаткость и натянутость своихъ толкованій, говоритъ: „еслибы даже мы не имѣли въ источникахъ никакихъ указаній на переносимость узупрукта, мы все-таки должны бы были признать, что она допускается по новѣйшему римскому праву, *потому что переносимость эта такъ тѣсно связана съ возможностью закладывать узупруктъ*, что стройная, единая система права не можетъ допустить второй, не признавая первой. Это единство системы же представляется столь существеннымъ требованіемъ всякаго права, что мы должны приписать его и позднѣйшему римскому праву, и поэтому можемъ принять дальнѣйшее развитіе права и тамъ, гдѣ оно еще не создавалось современною наукою“. И такъ, въ концѣ концовъ, Эльверсъ основывается, въ оправданіе своей теоріи, только на томъ, что узупруктъ можетъ быть предметомъ закладнаго права, слѣдовательно на фрагментъ, взятыхъ изъ монографіи юриста Маркіана о закладномъ правѣ и помѣщенномъ въ дигестахъ императора Юстиніана какъ fr. 11 § 2 D. de pignorigibus 20, 1. Поэтому намъ кажутся второстепенными всѣ возраженія, которыя были дѣлаемы различными учеными противъ толкованія Эльверсомъ отдѣльных мѣстъ источниковъ, въ которыхъ будто бы высказанъ взглядъ новѣйшаго права о возможности перенесенія узупрукта *quoad jus* ¹⁾; вслѣдствіе чего мы обратимъ исключи-

¹⁾ См. напр. Вангерова, Крауса 1. с.

тельно наше вниманіе на самый серьезный доводъ Эльверса, а именно на тѣ разсужденія, которыя онъ представляетъ въ отношеніи къ залогу узупрукта. Fr. 11 § 2 D. de pignor. 20, 1: *Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille qui solum usumfructum habet. Et scribit Papinianus libro undecimo Responsorum, tuendum creditorem, et si velit cum creditore propriarius agere, non esse ei jus uti frui invito se, tali exceptione eum Praetor tuebitur, si non inter creditorem et eum, ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignoris sit; nam, et quum emtorem ususfructus tuetur Praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori objicietur exceptio.* Очевидно изъ этихъ словъ, если ихъ читать безъ предвзятой мысли, слѣдуетъ вывести совершенно противоположное тому, къ чему приходитъ Эльверсъ. Вотъ что говорится здѣсь: „Спрашивается, можетъ ли въ узупруктѣ быть установлено закладное право хозяиномъ вещи или же самимъ фруктуаріемъ? Папиньянъ пишетъ въ одиннадцатой книгѣ *Responsum*, что кредиторъ (т. е. по залогу) долженъ быть защищаемъ, и что въ случаѣ, еслибы хозяинъ сталъ искать противъ кредитора, ссылаясь на то, что тотъ не имѣетъ права пользоваться вещью и извлекать изъ нея плоды противъ воли его, хозяина, преторъ защититъ его, доставляя ему для защиты слѣдующее возраженіе: „если не было условлено между кредиторомъ и тѣмъ лицомъ, которому принадлежитъ узупруктъ, чтобы узупруктъ былъ предметомъ залога“; ибо такъ какъ преторъ защищаетъ покупателя узупрукта, то отчего же онъ не защититъ и кредитора (по залогу)? По этой же причинѣ и должнику будетъ противопоставлено возраженіе“. Правду сказать, мы не понимаемъ, въ чемъ собственно заключается тутъ затрудненіе Эльверса. Прежде всего очевидно приведенное мѣсто, не смотря на то, что Эльверсъ утверждаетъ противное, говорить только о *pignus ususfructus* (т. е. о случаѣ, когда кредиторъ получаетъ облада-

ніе [detentio] вещь, usufructъ которой заложенъ), что видно изъ словъ возраженія, гдѣ именно говорится: *convenerit ut ususfructus pignoris sit*. Pignus же *ususfructus* или залогъ въ usufructѣ, какъ видно изъ fr. 11 cit., состоитъ въ томъ, что кредиторъ, получая *detentionem rei*, въ удовлетвореніе своего требованія пользуется вещь и извлекаетъ изъ нея плоды, причѣмъ однако онъ все-таки дѣйствуетъ всегда отъ имени фруктуарія (*ad quem ususfructus pertinet* — объясненіе данное Эльверсомъ этимъ словамъ нами уже выше было выставлено какъ совершенно несоотвѣтствующее). Въ этой *detentio rei*, соединенной съ правомъ пользованія вещь, въ данномъ случаѣ и заключается залогъ, въ противоположность обыкновенному закладному праву, причѣмъ однако нѣтъ никакого основанія сомнѣваться, чтобы кредиторъ, еслибы онъ это предпочелъ личному пользованію, могъ примѣнить *jus distrahendi*, уступая другому лицу за извѣстную плату то, что онъ имѣетъ самъ, а именно *exercitium ususfructus*. Въ этой *detentio rei*, соединенной съ пользованіемъ вещь, кредиторъ и защищается, на основаніи указанія fr. 11 cit., возраженіемъ, дѣйствующимъ противъ хозяина вещи и противъ должника, т. е. фруктуарія, а черезъ его посредство, и противъ третьихъ лицъ. Мы тутъ видимъ нѣчто подобное *bonae fidei possessioni*. Извѣстно, что если два добросовѣстныхъ владѣльца, получившихъ вещь отъ одного и того же аuctора, спорятъ о владѣніи вещь, то преимущество отдается тому, кто ее ранѣе получилъ отъ аuctора, ибо при фактическихъ отношеніяхъ всегда имѣетъ преимущество тотъ *qui prior est tempore*. Точно также и въ нашемъ случаѣ фруктуарій не имѣлъ права уступить *jus*, а только *фактическое* осуществленіе; поэтому лицо, которому онъ уступилъ позже это фактическое осуществленіе, не можетъ ссылаться на право, а только на фактъ; лицо же, противопоставляющее ему такой же фактъ, но случившійся ранѣе, должно имѣть преимущество. Эльверсъ и другіе юристы его направленія именно забываютъ, что если мы отрицаемъ воз-

возможность уступить одинъ разъ usufructъ *quoad jus*, то тоже самое относимъ и ко вторичному отчужденію, т. е. и при немъ можетъ быть уступленъ только, такъ сказать, фактъ (осуществленія usufructa), а не право.

И такъ *exsertio* тутъ уже имѣетъ какъ бы вещный характеръ, достаточно гарантирующій кредитора по залогу въ случаѣ *pignus ususfructus*; о *vindicatio* же *servitutis hypothecaria*, которую воображаетъ Эльверсъ, вовсе нѣтъ рѣчи. Отсутствие вещнаго иска въ лицѣ кредитора по залогу usufructa, Эльверсъ на стр. 241 старается объяснить такимъ способомъ, который не требуетъ, какъ намъ кажется, никакого возраженія; объ этомъ объясненіи можно только сказать, что оно принадлежитъ къ самымъ невѣроятнымъ и неосновательнымъ догадкамъ, которыя когда-либо были высказаны въ литературѣ. Мы до сихъ поръ, основываясь на словахъ возраженія, приведеннаго въ *ft. 11 cit.*, говорили только о *pignus ususfructus*. Предположимъ же теперь, что usufructъ является предметомъ ипотеки, а не *pignoris*. Въ этомъ случаѣ, говоритъ Эльверсъ, и явилось бы, если не принять установленія вещнаго права въ пользу кредитора, получившаго ипотеку въ usufructъ, такого рода несообразность, что фруктуарій заложилъ бы только личное требованіе противъ себя, т. е. залогъ былъ бы простою игрою словъ, такъ какъ кредиторъ не получилъ бы ничего новаго къ тому, что онъ уже имѣетъ. Онъ сохранялъ бы только личное право въ отношеніи къ должнику; поэтому, въ случаѣ несостоятельности должника напримѣръ, кредиторъ, имѣющій ипотеку *usus-*

1) Эльверсъ самъ сознается р. 240 i. f., что о формѣ, въ какой могъ бы представиться въ этомъ случаѣ *hypothecaria actio*, въ источникахъ ничего не сказано; ни въ какомъ же случаѣ, по его мнѣнію, этотъ искъ не былъ направленъ на полученіе владѣнія вещью, такъ какъ вещный искъ, направленный не на право, а на владѣніе, представляется юридическою безсмыслицею.

*

fructus, стоялъ бы съ своимъ требованіемъ наравнѣ съ кредиторами, не имѣющимъ заложнаго права, и долженъ былъ бы ограничиться тѣми же средствами удовлетворенія, какія имѣютъ и они (не получая права на исключительное удовлетвореніе себя изъ продажи заложенной вещи ¹⁾).

Мы положительно не понимаемъ, какими образомъ Эльверсъ могъ дойти до такихъ выводовъ. Получившій право залога въ узупфруктъ, согласно общимъ правиламъ о гипотекѣ (а ихъ мы должны держаться здѣсь при отсутствіи особенныхъ опредѣленій о гипотекѣ узупфрукта), получаетъ права, которыхъ далеко нельзя назвать „одною игрою“ ²⁾, а именно: прежде всего онъ получаетъ преимущественное, исключительное право на осуществленіе actionis confessoriae и вообще всѣхъ исковъ фруктуарія, въ отношеніи къ хозяину вещи и ко всякому третьему лицу ³⁾, *ex qualitate actiones utiles*. Осуществляя actionem confessoriam (собственно procuratorio nomine, отъ имени ejus, ad quem ususfructus pertinet), онъ направитъ этотъ искъ главнымъ образомъ на полученіе самой фруктуарной вещи; получивъ же въ ней detentionem, онъ или самъ воспользуется вещію, для полученія изъ нея вознагражденія по своему требованію, или же переуступитъ иски изъ узупфрукта тому, кому distracta hypotheca ususfructus достанется узупфруктъ, вслѣдствіе чего покупатель и получитъ также власть фактически осуществлять exercitium ususfructus. Затѣмъ фруктуарій, установившій гипотеку въ своемъ правѣ, хотя и можетъ устанавливать новыя гипотеки, но очевидно, по общимъ же правиламъ, только salvo jure creditoris potioris. Эльверсъ (стр. 240) отрицаетъ, чтобы кре-

¹⁾ Эльверсъ р. 237.

²⁾ См. и Шенемана l. c. p. 69: Ein bloßes Spiel kann nur derjenige in der Verpfändung der Ausübung des Ususfructs finden, welcher diese Dinge ohne alles Verstaendniss betrachtet.

³⁾ См. Schoenemann p. 68 i. f.

диторъ по залoгу узупфрукта имѣлъ право искать противъ третьяго лица, *quasi possessor'а* узупфрукта, такъ какъ это лицо не нарушило узупфрукта незаконнымъ образомъ; но при этомъ онъ забываетъ, что прежде всего кредиторъ всегда можетъ дѣйствовать противъ третьихъ лицъ тѣмъ, что онъ принудитъ къ защитѣ своей фруктурія, обязавшагося ему, и въ этой защитѣ никогда не можетъ ощущать недостатка, потому что право его самого продолжается только до того времени, пока существуетъ право узупфрукта въ лицѣ фруктурія. Кроме того римскіе юристы, говоря о гипотекѣ узупфрукта, тѣмъ самимъ, какъ мы полагаемъ, придаютъ искамъ, уступленнымъ кредитору фруктуріемъ, силу и противъ третьихъ лицъ; *actum hypothecae* наконецъ именно есть договоръ, доставляющій *creditori hypothecario* права противъ третьихъ лицъ, а не только противъ другаго контрагента. Затѣмъ Эльверсъ, отрицая, что дальнѣйшее отчужденіе узупфрукта *quoad exercitium* со стороны фруктурія будетъ ничтожнымъ, утверждаетъ, что мы напрасно стали бы искать аналогію этому ¹⁾. Закладчику именно требованія (при *pignus popiniis*), говоритъ онъ, все-таки будетъ принадлежать право цедировать далѣе заложенное имъ требованіе, точно также какъ заложившій тѣлесную вещь все-таки еще можетъ ее продать. И это замѣчаніе Эльверса намъ кажется несостоятельнымъ. Не обращая уже вниманія на то, что, какъ извѣстно, отчужденіе заложенной движимой вещи, слѣдовательно и заложеннаго требованія, на которое здѣсь указываетъ Эльверсъ, безъ извѣщенія объ этомъ кредитора по залoгу, считается за *furtum* ²⁾, мы имѣемъ общее правило, что при отчужденіи заложеннаго предмета онъ переходитъ къ пріобрѣтателю *sui onere suo*, т. е.

¹⁾ Мы выше привели такую аналогію, которая именно представляется при добросовѣстномъ владѣніи.

²⁾ fr. 66 pr., fr. 19 § 6 D. de furtis 47, 2; fr. 6 pr. D. de pignor. act. 13, 7.

остаётся подверженнымъ закладному праву ¹⁾. Отчего же, спрашивается, *exercitium ususfructus* не могло бы быть отчуждаемо съ такимъ же ограниченіемъ? Относительно же вопроса, посредствомъ какого иска кредиторъ по залoгу осуществить свое право на исправленіе узупрукта, мы полагаемъ, что это будетъ *utilis servitutis vindicatio* ²⁾. Изъ этого названія иска однако отнюдь нельзя вывести заключенія, чтобы само право сервитута переходило на виндиканта; тутъ является подобное же отношеніе, какое мы встрѣчаемъ при уступкѣ требованія: кредиторъ, которому заложено требованіе, также осуществляетъ его противъ должника *per utilem actionem* ³⁾, а между тѣмъ, какъ извѣстно, право требованія не можетъ переходить *quoad jus* отъ одного лица къ другому.

И такъ изъ всего сказаннаго вытекаетъ: 1) если въ узупруктѣ установлено *pignus*, то *creditor pignoratiticius*, получивъ *detentionem rei fructuariae*, защищается въ этомъ владѣніи возраженіемъ противъ хозяина и фрунтуарія, а чрезъ посредство послѣдняго, приводя именно его какъ аутора, и противъ всякаго третьяго лица; 2) если установлена ипотека въ узупруктѣ, *creditor hypothecarius*, получивъ *per pactum hypothecae* право вытребовать у всякаго лица *exercitium ususfructus*, осуществляетъ свое право: а) противъ хозяина вещи и каждаго третьяго лица *per utilem servitutis vindicationem* (искъ, вытекающій изъ *pactum hypothecae* въ этомъ случаѣ будетъ *actio in rem scripta*), б) противъ самого фрунтуарія, и, въ случаѣ объявленія его несостоятельнымъ, противъ конкурсной массы, тѣмъ же искомъ при помощи *replicationis pacti hypothecae*. Мы не

¹⁾ fr. 18, § 2 D. de pignor. act. 13, 7, C. 15 Cod. de pignor. 8, 14. C. 4 Cod. de evict. 8, 45.

²⁾ См. объ этомъ выраженіи fr. 16 D. servitut. 8, 1; fr. 9 D. de O. N. N. 39, 1.

³⁾ fr. 18. pr. D. de pignor. act. 13, 7.

видимъ въ этой конструкціи ни малѣйшаго затрудненія и поэтому не понимаемъ, какимъ образомъ Эльверсъ на стр. 240 утверждаетъ, что кредиторъ въ отношеніи къ самому фруктуарію не имѣетъ никакого вещнаго иска на осуществленіе залога (*keine dingliche Pfandklage*). Осуществляя *utilem servitutis vindicationem, utilem confessoriam* ¹⁾, кредиторъ по залогу узупфрукта конечно прежде всего вытребуетъ самую вещь, въ которой имѣется узупфруктъ, а затѣмъ станетъ въ то же положеніе, въ которомъ находится *creditor pignoratiticius* по узупфрукту, о которомъ уже говорится прямо и положительно въ *fr. 11 § 2 cit.* Осуществленіе затѣмъ закладнаго права можетъ происходить двоякимъ путемъ: кредиторъ или самъ осуществляетъ *exercitium ususfructus*, или же, какъ при обыкновенномъ залогѣ, продаетъ (какъ бы отъ имени фруктуарія) осуществленіе узупфрукта, уступая при этомъ покупщику тѣ *utiles actiones*, которые до тѣхъ поръ принадлежали ему самому. Эльверсъ ²⁾ противъ только что приведенныхъ разсужденій, при которыхъ мы между прочимъ ссылались на аналогію закладнаго права въ требованіяхъ, *pignus nominis* ³⁾, приводитъ, что между тѣмъ какъ изъ требованія вытекаетъ одинъ опредѣленный искъ, который возникаетъ тотчасъ же при установленіи требованія, и является лучшимъ и вѣрнѣйшимъ средствомъ для осуществленія права, между тѣмъ при узупфруктѣ не существуетъ само по себѣ право иска, а для возникновенія его требуется предварительное нарушеніе права; а такъ какъ такое нарушеніе можетъ воспослѣдовать съ различныхъ сторонъ и различными способами, то нельзя предви-

¹⁾ См. Sintenis *Das pract. gem. Civilr.* § 70 и *Pfandrecht* p 121 и слѣд.

²⁾ p. 240.

³⁾ См. объ этой аналогіи и Шенемана p. 68 i. f.: *Man muss ferner bedenken, dass alle die vorgebrachten Bedenken, wenn sie wirklich begründet wären, auch die Verpfaendung von Forderungen als unnütz erscheinen lassen müssten.*

дѣтъ, какіе именно иски придется вчинять кредитору по поводу узуфрукта. Это возраженіе дѣйствительно одно изъ самыхъ серьезныхъ, такъ какъ нѣтъ никакого сомнѣнія, что вещные иски, въ противоположность *actionibus in personam*, возникаютъ (*nascuntur*) только въ моментъ правонарушенія, такъ что конечно эти иски, строго говоря, не могутъ быть уступаемы до этого момента. Не смотря однако на это, мы видимъ въ римскомъ правѣ случаи, въ которыхъ, съ передачею какому нибудь лицу вещи, хотя бы не въ собственность, этому лицу доставляется возможность вчинанія тѣхъ вещныхъ исковъ, которые могли бы возникнуть впоследствии времени по поводу вещи, находящейся у него въ фактическомъ обладаніи; въ особенности мы видимъ, что римское право, конечно только *aequitatis causa*, допускаетъ приобрѣтеніе исковъ по сервитутамъ, въ качествѣ *utiles actiones*, независимо отъ перенесенія самого права сервитута, и до воспослѣдовавшаго правонарушенія, слѣдовательно приобрѣтеніе исковъ, только еще возможныхъ. См. *fr. 16 D. de servit. 8, 1 (Julianus):* *Ei, qui pignori fundum acceperit, non est iniquum, utilem petitionem servitutis dari.* Юридическая конструкція подобныхъ случаевъ можетъ быть только слѣдующая: съ доставленіемъ вещи лицу, передающее ее, *tacite* довѣряетъ (*mandat*) тому, кто получаетъ вещь, предпринимать всѣ дѣйствія, которыя окажутся необходимыми для охраненія обладанія этою вещію, согласно съ условіями договора, предшествовавшаго передачѣ, слѣдовательно довѣряетъ ему и вчинаніе, въ качествѣ прокуратора или представителя, всѣхъ тѣхъ исковъ, которые будутъ вызваны интересами этого охраненія. Такихъ образомъ *creditor hypothecarius* узуфрукта, на основаніи замѣняющаго въ этомъ случаѣ передачу вещи *factum hypothecae* (имѣющаго, какъ извѣстно, дѣйствіе *in rem*), *per tacitum mandatum* фруктуарія получаетъ *utilem confessoriam actionem* въ отношеніи къ третьимъ лицамъ; что же касается до самого фруктуарія, то за кредиторомъ долженъ быть признанъ отно-

сительно него обыкновенный искъ, *actio hypothecaria*, или же также *utilis confessoria*, осуществляемое при помощи *exceptiois pacti hypothecae*. (Едвали нужно замѣтить, что мы, приписывая кредитору по залогу узупрукта *utilem confessoriam*, этимъ же признаемъ за нимъ *права сервитута*, такъ какъ общеизвѣстно, что слово *utilis* въ нашихъ источникахъ указываетъ именно на искъ лица, не имѣющаго собственно по строгому праву этого иска, потому что ему не принадлежитъ право, защищаемое соответствующимъ искомъ).

Показавъ, что конструкція закладнаго права въ узупруктѣ возможна и безъ того, чтобы принять переходъ самого права узупрукта на кредитора по залогу, мы уже изъ связаннаго можемъ вывести заключеніе, что такой кредиторъ, наравнѣ со всѣми другими кредиторами по залогу, пользуется преимуществомъ передъ другими, не обезпеченными залогомъ, кредиторами, въ случаѣ конкурса фруктуарія. Нѣтъ именно никакой причины, какъ вѣрно замѣчаетъ Шенеманъ ¹⁾, почему при залогѣ узупрукта имѣло бы мѣсто исключеніе изъ общаго правила, по которому при конкурсѣ должника кредиторы по залогу имѣютъ преимущество при взысканіи, по отношенію къ тѣмъ предметамъ, которые имъ заложены, слѣдовательно, въ нашемъ случаѣ, въ отношеніи къ осуществленію сервитутовъ. Отсюда весьма просто объясняется то, что Эльверсъ ²⁾ считаетъ не объяснимымъ, а именно, что новѣйшіе писатели, подробно разсмотрѣвшіе вопросъ о залогѣ сервитутовъ, ограничиваются тѣмъ правиломъ, что узупруктъ можетъ быть закладываемъ только *quoad exercitium*, а не *quoad jus*. Противъ приведенныхъ нами выше разсужденій можно было бы возразить дѣйствительно только въ одномъ отношеніи, приводя именно слѣдующее: залогъ узупрукта всегда будетъ весьма шаткимъ и непрочнымъ

¹⁾ l. c. p. 69.

²⁾ p. 237 прим. f.

средствомъ обезпеченія, потому что отъ фруктуарія всегда зависить уничтожить это обезпеченіе кредитора уступкою узупрукта хозяину вещи, такъ какъ съ такою уступкою связано прекращеніе узупрукта *per consolidationem*. На это мы можемъ отвѣчать только, что такая же шаткость представится и при гипотечномъ залогѣ тѣлесныхъ вещей, въ особенности движимостей. И при нихъ недобросовѣстному закладчику не трудно будетъ уничтожить обезпеченіе кредитора. Кромѣ того замѣтимъ, что во всякомъ случаѣ залогъ узупрукта, даже если принять переходъ самого права на кредитора по залогу, будетъ весьма ненадежнымъ средствомъ обезпеченія, и поэтому на практикѣ встрѣтится въ чрезвычайно рѣдкихъ только случаяхъ, потому что фруктуарій можетъ умереть всякую минуту, а самъ Эльверсъ, какъ мы выше видѣли, признаетъ, что и права кредитора по залогу должны зависѣть отъ жизни первоначальнаго фруктуарія.

Впрочемъ посмотримъ, не имѣется ли въ римскомъ правѣ гарантія противъ того, чтобы фруктуарій могъ уничтожить заложенный узупруктъ уступкою его хозяину вещи, и тѣмъ лишить кредитора обезпеченія: такая гарантія могла бы представиться въ двоякомъ видѣ: или фруктуарію, отдавшему въ залогъ *exercitium ususfructus*, могло бы быть воспрещено закономъ возвратить узупруктъ хозяину ранѣ появленія срока, на который онъ былъ установленъ. На ограниченіе такого рода мы не находимъ никакого указанія въ источникахъ. Не смотря на то, Виндшейдъ ¹⁾ принимаетъ это ограниченіе, ссылаясь на то, что фруктуарій могъ перенести свое право только такъ, какъ онъ самъ его имѣлъ. Противъ Виндшейда можно возразить, что возвратившійся къ хозяину узупруктъ не тождественъ уже съ тѣмъ, который имѣлъ фруктуарій; чтобы провести взглядъ Виндшейда, слѣдовало бы возвратиться къ теоріи давно покинутой

¹⁾ Lehrbuch § 205 прим. 4.

всѣми юристами, именно къ различенію *ususfructus causalis* и *formalis* ¹⁾. Или же за кредиторомъ по залогу *узифрукта* можно было бы признать право вытребовать отъ хозяина возстановленіе *узифрукта*, конечно на прежнихъ условіяхъ, посредствомъ *actio Pauliana*; на этотъ путь мы дѣйствительно имѣемъ указаніе въ источникахъ. Въ отношеніи къ тѣлеснымъ вещамъ кредиторамъ, не имѣющимъ вещнаго права въ отчужденной должникомъ въ ущербъ ихъ (*in fraudem creditorum*) вещи, принадлежитъ право возратить себѣ отчужденную вещь. См. § 6 *Inst. de action.* 4, 6 ²⁾. Справедливо Келлеръ ³⁾ замѣчаетъ, что частная реституція, доставляемая *actione Pauliana* (если за этимъ искомъ признать только личный характеръ), можетъ, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, превратиться въ истинную преторскую *in integrum restitutio* съ возстановленіемъ прежняго иска въ качествѣ *actionis fictitiae*. А что отчужденіе *узифрукта* во вредъ кредиторамъ относится именно къ тѣмъ случаямъ, въ которыхъ можетъ быть рѣчь о возстановленіи права, отчужденнаго *in fraudem creditorum*, это видно изъ *fr. 1 § 2* и *fr. 3 § 1 D. quae in fraudem creditorum* 42, 8.

Fr. 1 § 2 cit.: Ait ergo Praetor: quae fraudationis causa gesta erunt; haec verba generalia sunt, et continent in se mentem omnino in fraudem factam alienationem; fr. 3 § 1 eod.: Gesta fraudationis causa accipere debemus non solum ea, quae contrahens gesserit aliquis, verum etiam si forte data opera usumfructum amittit.

Ко всему вышесказанному мы укажемъ только еще на одинъ, по нашему мнѣнію, весьма важный доводъ, который приводитъ

¹⁾ См. объ этомъ Прудона, V, § 2222, который впрочемъ не приводитъ никакихъ доказательствъ.

²⁾ *Permittitur creditoribus dicere eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse.*

³⁾ *Pand. § 370.*

Шенеманъ ¹⁾ противъ переносимости узуфрукта *quoad jus*. Та часть обезпеченія (*cautio usufructuaria*), которая говоритъ о возвращеніи вещи *finito usufructu*, гласитъ во fr. 1 pr. D. usufr. quemadm. sav. 7, 9: *quum usufructus ad eum* (т. е. *usufructuarium*) *pertinere desinit, restitutum quod inde exstabit*. На основаніи этого хозяинъ могъ бы требовать возвращенія вещи съ того самаго момента, когда прекратилось вещное право въ лицѣ фруктуарія. Если же противъ этого хотѣли бы привести fr. 11 § 2 D. cit. 20, 1, гдѣ кредитору по залогу, именно противъ иска хозяина, дается возраженіе, то мы *replicando* укажемъ на сказанное выше, т. е. на то, что это возраженіе дается только до тѣхъ поръ, пока кредиторъ можетъ ссылаться на договоръ съ лицомъ, *ad quem usufructus pertinet*.

Результатомъ нашихъ разсужденій является, что мы, не смотря на выставленные Эльверсомъ и Дербургомъ доводы, остаемся при общемъ мнѣніи.

Если же съ одной стороны узуфруктъ, сохраняя характеръ личнаго сервитута, во все время своего существованія остается *quoad jus* за фруктуаріемъ, то съ другой стороны, какъ было замѣчено уже выше, возможность отчужденія его *quoad exhereditium*, устанавливаетъ громадную разницу между нимъ и другими сервитутами, различіе, вытекающее изъ самого характера и цѣли этихъ сервитутовъ. Поэтому, въ виду того, что узуфруктъ, направленный на всю производительность предмета, по самому существу своему не такъ близко связанъ съ индивидуальностію даннаго лица, какъ другія права пользованія, намъ кажется, что римское правило о переносимости узуфрукта *quoad exhereditium*, весьма рационально; ибо то обстоятельство, которое представляется необходимымъ условіемъ для возможности отчужденія, а именно сохраненіе соответствующей пользованію чужою вещью отвѣтственности передъ хозяиномъ ея, за перво-

¹⁾ р. 67.

начальнымъ фрунтуаріемъ, имѣется на лицо при отчужденіи пользованія quoad exhereditium только, и гарантируетъ хозяину добросовѣстное пользованіе его вещью. Такимъ образомъ мы, въ противоположность Шенеману р. 71 i. f., вполне соглашаемся съ Арндсомъ, который предлагаетъ для одного новѣйшаго кодекса слѣдующее формулированіе вопроса объ уступкѣ узуфрукта: „Фрунтуарій можетъ перенести на другаго свое право съ тѣми же ограниченіями и въ томъ же объемѣ, какъ оно принадлежитъ ему самому, но съ сохраненіемъ своихъ обязанностей (т. е. отвѣтственности) въ отношеніи къ хозяину (unbeschadet seiner Verbindlichkeit gegen den Eigenthümer)“. Въ этомъ смыслѣ, мы полагаемъ, слѣдуетъ понимать и приведенныя Дернбургомъ ¹⁾ статьи французскаго кодекса, именно: Art. 595: l'usufruitier peut jouir par lui même, donner à ferme à un autre, ou même vendre ou céder son droit à titre gratuit. Art. 2118: Sont seuls susceptibles d'hypothèques: 1° les biens immobiliers dans le commerce et leur accessoires réputés immeubles; 2° l'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée. Употребленныя во второй половинѣ art. 595 выраженія vendre ou céder son droit à titre gratuit, очевидно должны указать только на противоположность пользованія фрунтуаріемъ par lui même, а не заключаютъ въ себѣ, какъ это полагаетъ Дернбургъ, указаніе на возможность отчужденія самого права.

Замѣтимъ для окончанія этого вопроса, что *практическое* различіе между поддерживаемымъ нами общимъ мнѣніемъ и взглядами Дернбурга и Эльверса, представляется вовсе не столь существеннымъ, какимъ оно можетъ казаться съ перваго взгляда, если обратитъ вниманіе на то, что названныя ученые допускаютъ уступку *права* узуфрукта, а мы этого не допускаемъ.

Это наше замѣчаніе именно подтверждается слѣдующими обстоятельствами: 1) по обоимъ мнѣніямъ уступленный фру-

¹⁾ l. c. p. 66 Anhang.

тузариюмъ узифруктъ прекращается по личнымъ условіямъ первоначальнаго фрукуарія, и вся разница взглядовъ (чисто теоретическая) заключается въ томъ, что это обстоятельство противниками приписывается тому, что, при перенесеніи права узифрукта, смерть или *capitis deminutio* фрукуарія ставится въ видѣ окончательнаго срока или резолютивнаго условія; мы же выводимъ тоже самое послѣдствіе изъ того, что право узифрукта остается за фрукуариюмъ; 2) мы, подобно противникамъ, признаемъ, что лицо, получившее отъ фрукуарія право пользованія, должно быть защищаемо въ немъ, но только *per utilitatem confessogram actionem*, т. е. посредствомъ иска, въ которомъ указывается, что истецъ дѣйствуетъ не по собственному праву, но ссылается на другое лицо, по особеннымъ отношеніямъ къ которому онъ въ правѣ вчинить искъ; при вторичномъ же отчужденіи фрукуариюмъ фактическаго осуществленія узифрукта мы защищаемъ перваго цессіонарія противъ втораго на основаніи того же начала, по которому второму цессіонарію требованія, если онъ пожелаетъ осуществить это требованіе противъ перваго цессіонарія, судъ откажетъ, не смотря на то, что право требованія не можетъ быть уступаемо *quoad jus*; защита перваго цессіонарія именно происходитъ на основаніи приведеннаго выше начала, по которому при столкновеніи двухъ лицъ, которыя оба производятъ свое право отъ одного и того же третьяго лица, предпочтеніе отдается тому, кто получилъ впервые право отъ этого третьяго лица, такъ какъ при равныхъ условіяхъ, по праву: *qui prior est tempore, potior est jure*, рѣшаетъ старшинство. Такимъ образомъ различіе нашего взгляда и того, который проводятъ противники, касается только теоретической конструкции защиты цессіонарія узифрукта; практическій же результатъ, по обоимъ взглядамъ, одинаковъ, а именно: что такой цессіонарій долженъ быть защищаемо судомъ въ пользованіи вещью, какъ противъ хозяина ея, такъ и противъ самого фрукуарія (цедента), а также противъ всякаго третьяго лица, хотя

бы оно производило свое право отъ позднѣйшей уступки фрукуарія. 3) Мы расходимся съ Дербургомъ въ томъ отношеніи, что оставляемъ фрукуарія лично отвѣтственнымъ въ отношеніи къ хозяину вещи, не смотря на уступку имъ пользованія другому лицу. Мы нисколько не сомнѣваемся, что въ этомъ отношеніи, которое и представляется существенно важнымъ относительно того вопроса, можетъ ли фрукуарій уступить свое право или нѣтъ, нашъ взглядъ болѣе соотвѣтствуетъ природѣ вещей и положительному закону, нежели мнѣніе противниковъ. Что именно касается до природы вещей, то очевидно, что хозяину, при тѣхъ громадныхъ правахъ, которыя доставляетъ узупруктъ относительно пользованія служащею вещію, не можетъ быть все равно, на комъ лежитъ отвѣтственность за убытки, причиняемые ему по поводу этого пользованія. Хозяинъ только и установитъ пожизненное владѣніе или узупруктъ такому лицу, къ которому онъ питаетъ особенное довѣріе и отъ котораго онъ можетъ ожидать, что оно не воспользуется исключительнымъ обладаніемъ чужою вещію во вредъ хозяину ея. Если мы примемъ въ расчетъ нормальный способъ установленія узупрукта, т. е. отказъ его по завѣщанію (*ususfructus legatus*), то понятно, что наследникъ долженъ терпѣть пользованіе вещію со стороны того лица, которое къ тому призвано завѣщателемъ; но обязывать наследника къ тому, чтобы онъ допустилъ въ имѣніе любое постороннее лицо, по усмотрѣнію фрукуарія и съ тѣмъ, чтобы этотъ послѣдній, выходя самъ совершенно изъ отношенія по узупрукту, избавился посредствомъ выхода отъ всякой личной отвѣтственности — это мы считаемъ не только противнымъ строгой справедливости, но и здравому смыслу. Указаніемъ въ этомъ вопросѣ намъ можетъ служить то, что установлено римскимъ правомъ по поводу другаго обширнаго *jus in re aliena*, а именно по поводу эмфитевтическаго права. Извѣстно, что хозяину, при отчужденіи эмфитевтомъ этого права, принадлежитъ право предпочтительнаго выкупа (*jus protimiseos*),

такъ что переходъ эмфитевтическаго права изъ рукъ въ руки можетъ воспослѣдовать только съ согласія или, лучше сказать, съ вѣдома хозяина. Если эта гарантія хозяина необходима при эмфитевтическомъ правѣ, то она представляется столь же нужною при узуфруктѣ, который, хотя не даетъ столь обширныхъ правъ, какъ упомянутое отношеніе, однако доставляетъ достаточно власти для того, чтобы онъ могъ считаться въ рукахъ совершенно посторонняго человѣка крайне опаснымъ для хозяина. Что же касается до положительнаго права (римскаго), то, съ точки зрѣнія его, выходъ фруктуарія изъ ответственности посредствомъ передачи права третьему лицу является невозможнымъ уже на основаніи формулы, въ которую, по свидѣтельству источниковъ, была облекаема такъ называемая *cautio usufructuaria*, о которой мы ниже поговоримъ подробнѣе. Фруктуарій именно долженъ былъ обѣщать: *se usugum fruiturum boni vigi arbitrato* ¹⁾. Онъ слѣдовательно обѣщалъ, что *онъ* въ теченіе всего узуфрукта будетъ пользоваться вещію добросовѣстно; этимъ обѣщаніемъ онъ принималъ на себя ответственность передъ хозяиномъ на все время, пока будетъ продолжаться узуфруктъ. Вездѣ, гдѣ въ источникахъ говорится объ этомъ обезпеченіи, безусловно необходимою для полученія права узуфрукта, требуется, чтобы оно было доставлено хозяину вещи. Изъ сказаннаго несомнѣнно выходитъ, что ответственность первоначальнаго фруктуарія остается неизмѣнною до самаго окончанія узуфрукта, а это лучшее доказательство того, что право узуфрукта не переходитъ на цессіонарія.

На основаніи всего сказаннаго мы должны признать, что высказанное императоромъ Юстиніаномъ въ институціяхъ ²⁾: *finitur ususfructus si domino proprietatis ab usufructuario cedatur, nam extraneo cedendo nihil agit*, должно быть принято

¹⁾ fr. 1 pr. Dig. usufr. quemadm. 7, 9.

²⁾ § 3 I. de usufr. 2, 4.

въ буквальный смыслъ, и считается дѣйствующимъ въ этомъ смыслѣ еще и въ новѣйшемъ римскомъ правѣ ¹⁾, такъ что при всякой уступкѣ *самого права узубрукта* лицо, на которое должно быть перенесено это право, не получаетъ ничего изъ сдѣлки. Но является вопросъ: что же дѣлается въ такомъ случаѣ съ узубруктомъ, который фруетуарій желалъ перенести на другаго, но не могъ, такъ какъ законъ ему препятствовалъ въ этомъ? Насчетъ этого вопроса мы въ источникахъ находимъ два противорѣчающія другъ другу мѣста, а именно: юристъ Гай ²⁾ говорить: *Ipse usufructuarius. . . alii vero in jure cedendo nihilominus jus suum retinet, creditur enim ea cessione nihil agi;* точно также императоръ Юстиніанъ въ приведенномъ выше (и очевидно заимствованномъ изъ Гая) мѣстѣ императорскихъ институцій объявляетъ, что *fructuarius extraneo cedendo nihil agit;* въ противоположность же этимъ изреченіямъ, мы въ дигестахъ встрѣчаемъ фрагментъ, заимствованный изъ сочиненія юриста Помпонія *ad Quintum Mucium* ³⁾ слѣдующаго содержания: *Si ususfructus fundi, cujus proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum jus mulieri, quoniam diximus, usumfructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis; et si extraneo cedatur, id est ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. Quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usumfructum mulieri maritus vel vendat numo uno ut ipsum quidem jus*

¹⁾ А не только по древнему праву, по которому требовалось формальное *in jure cessio*, изъ особенностей которой Дернбургъ I. с. р. 60 выводитъ невозможность уступки узубрукта по древнему праву.

²⁾ Inst. II § 30.

³⁾ fr. 66 D. de jure dotium 23, 3.

remaneat penes maritum ¹⁾, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.

Для согласования этих двух мѣстъ были дѣлаемы самыя различныя попытки ²⁾. Не останавливаясь на подробномъ разсмотрѣніи ихъ, мы выставимъ только важнѣйшія, указывая касательно опроверженія ихъ на отличные доводы, выставленные Вангеровымъ и другими учеными.

1) Были юристы, которые, принимая начало высказанное Помпоніемъ за вѣрное, объясняли слова Юстиніана въ институціяхъ такъ: nihil agi i. e. in persona sessionarij. Это объясненіе сдѣлалось невозможнымъ послѣ отысканія институцій Гая, изъ которыхъ очевидно заимствованы слова Юстиніановыхъ институцій, и въ которыхъ ясно и прямо сказано, что usufructarius cedendo alii nihilominus jus suum retinet.

2) Бѣольшая часть ученыхъ разсматриваетъ какъ болѣе соотвѣтствующее то правило, которое высказано въ § 3 Inst. cit. и старается согласовать съ нимъ fr. 66 cit., полагая: а) что Помпоній указываетъ на то, что узупруктъ возвращается хозяину вещи не по самому акту уступки его третьему лицу, а вслѣдствіе non usus фруетуарія, которое именно вослѣдуетъ за такимъ актомъ; или б) что Помпоній въ приведенныхъ словахъ хочетъ нарочно указать на то, что уступка узупрукта постороннему лицу не препятствуетъ тому, чтобы узупруктъ возвратился къ хозяину, когда наступитъ время, къ которому это право должно было прекратиться въ лицѣ фруетуарія (этого

¹⁾ Замѣтимъ что, кажется, не можетъ быть лучшаго основанія для опроверженія вышеупомянутой теоріи Эльверса и Дернбурга, чѣмъ представляютъ слова Помпонія: «ut vendat nuno uno (*usumfructum*), ut ipsum quidem jus penes maritum (i. e. *fructuarium*) remaneat».

²⁾ См. Вангерова l. c. прим. 3, Кранса р. 91 и слѣд. Послѣдній очевидно всѣ дѣлаемыя имъ въ этомъ вопросѣ указанія заимствовалъ исключительно изъ сочиненія Вангерова.

мнѣнія держится Эльверсъ) ¹⁾; или с) юристы этого направленія помогаютъ себѣ тѣмъ, что вставляютъ цѣлое предложеніе „*si domino proprietatis cedatur*“ послѣ словъ *reversurum usum-fructum*; или d) они разсматриваютъ слова: „*et si extraneo etc.*“, какъ выражающія мнѣніе не Помпонія, а другаго древняго юриста, котораго Помпоній именно опровергаетъ въ слѣдующемъ за тѣмъ предложеніи.

3) Полагаютъ, что Помпоній говоритъ *только* о томъ случаѣ, когда узурруетъ установленъ въ качествѣ приданаго.

4) Смотрятъ на fr. 66 cit., какъ на историческую замѣтку, вошедшую въ дигесты случайно, вслѣдствіе оплошности редакторовъ, т. е. признаютъ противорѣчіе между Гаемъ и Помпоніемъ, но полагаютъ, что, такъ какъ въ институціяхъ объ этомъ предметѣ говорится *ex professo*, а Помпоній приводитъ его только *incidenter*, то и должно имѣть общее значеніе то правило, которое высказано въ § 3 Inst. cit. Ученые этого направленія ²⁾ слѣдовательно, во всякомъ случаѣ, также допускаютъ, чтобы Помпоній могъ высказаться въ такомъ видѣ, въ какомъ представляется его мнѣніе, если принять въ буквальный смыслъ слова его, сохранившіяся въ дигестахъ, и опровергаютъ это мнѣніе юриста только прямо выраженною противною волею законодателя.

Намъ кажется, что сущность разсматриваемаго тутъ вопроса заключается въ слѣдующемъ: могъ ли Помпоній сказать то, что выходитъ изъ буквального смысла fr. 66 cit. или нѣтъ, т. е. могъ ли онъ, обращая вниманіе на дѣйствовавшее въ его время

¹⁾ Хотя даваемое Эльверсомъ объясненіе этого мѣста, съ точки зрѣнія его, находится въ ближайшей связи съ опровергнутымъ нами выше взглядомъ его на возможность отчужденія узуррента *quoad jus*, однако его могутъ держаться и тѣ, которые не раздѣляютъ мнѣнія Эльверса въ упомянутомъ отношеніи.

²⁾ Къ нимъ принадлежатъ наприм., Вангеровъ, Крансъ и др.

право, утверждать, что уступка фрукутариємъ права узуфрукта постороннему лицу имѣла своимъ послѣдствіемъ возстановленіе полного права хозяина вещи, уничтожая при томъ право фрукутарія? Мы на этотъ вопросъ непременно должны отвѣчать отрицательно, и именно по слѣдующимъ соображеніямъ: во времена Помпонія во всякомъ случаѣ возвращеніе узуфрукта хозяину со стороны фрукутарія было невозможно безъ формальнаго акта, а именно безъ *in jure cessio*, если не прошелъ срокъ погасительной давности (*non usus*) или не появились обыкновенныя основанія прекращенія узуфрукта: смерть, *capitis diminutio*, срокъ. (Для позднѣйшаго времени, когда вышло изъ употребленія формальное *in jure cessio*, это опять спорно, какъ мы увидимъ подробнѣе при разсмотрѣніи вопроса о прекращеніи узуфрукта *per repudiationem*, т. е. посредствомъ отказа фрукутарія отъ своего права; см. пока Эльверса § 72, Арндса § 193 примѣч. 2, Виндшейда § 215 примѣч. 11, Синтениса § 66 примѣч. 12; ср. также Шенемана § 47 р. 167 i. f.). Самъ же Помпоній въ приведенномъ fr. 66 говоритъ, что только хозяину фрукутарій можетъ цедировать, т. е. уступать *in jure*, узуфруктъ; онъ слѣдовательно признаетъ, что *in jure cessio* есть способъ возвращенія пользованія фрукутариємъ хозяину. Гай ¹⁾, современникъ Помпонія, какъ мы видѣли, весьма ясно высказывается насчетъ того, что для отдѣленія узуфрукта отъ пользователя (*ut a se discedat*) и слиянія его съ собственностію (*ut convertatur in proprietatem*), требуется *in jure cessio* фрукутарія хозяину. Юристъ Павелъ ²⁾, изчисляя специально случаи потери узуфрукта, говоритъ о прекращеніи его *per in jure cessionem* слѣдующее: *In jure cessione amittitur ususfructus, quoties domino proprietatis eum fructuarius in jure cesserit*; до очевидности ясно, что слѣдовательно

¹⁾ Inst. II, 30.

²⁾ Rec. Sent. III, 6 § 28 и 32.

по мнѣнію Павла, жившаго послѣ Помпонія, односторонній отказъ фруктуарія отъ узуфрукта не прекращалъ этого права, что *in jure sessione ususfructus non amittitur, si non domino proprietatis cedatur*, что наконецъ, для прекращенія неотчужденнаго формально хозяину узуфрукта, требовался *non usus* въ теченіи извѣстнаго времени, такъ что въ теченіе всего времени, пока не исполнилась погасительная давность, узуфруктъ еще долженъ былъ считаться за фруктуаріемъ. Но самый лучшій и доказательный доводъ противъ того, чтобы Помпоній дѣйствительно высказывалъ въ *fr. 66 cit.* то положеніе, которое ему приписывается учеными, мы заимствуемъ изъ этого же фрагмента, изъ словъ самого же Помпонія. Если именно принять мнѣніе писателей, допускающихъ, что Помпоній приписываетъ *in jure sessioni ususfructus extraneo factae* такое дѣйствіе, что узуфруктъ долженъ возвратиться *ad dominum proprietatis*, то это значило бы, что, по мнѣнію этого юриста, *in jure sessio domino* и *in jure sessio extraneo* имѣли бы одинаковыя послѣдствія, а это очевидно не можетъ быть принято, ибо тогда не было бы никакой причины для того, чтобы различать эти два случая *in jure sessionis*, и вовсе не нужно бы было говорить въ особенности объ *in jure sessio* хозяину. Съ какой стати именно требовать формальнаго акта для того, чтобы узуфруктъ прекратился возвращеніемъ его хозяину, если простое покиданіе его фруктуаріемъ (*derelictio*), на которомъ только и можетъ быть основано присоединеніе его къ собственности въ вышеприведенномъ случаѣ, имѣеть тоже самое послѣдствіе? И такъ, по нашему мнѣнію, Помпоній не могъ сказать того, что ему приписываютъ, такъ какъ, по единогласному свидѣтельству всѣхъ римскихъ юристовъ, для возвращенія узуфрукта хозяину требовалось примѣненіе формальнаго обряда *in jure sessio*; поэтому и слѣдуетъ считать неосновательнымъ взглядъ тѣхъ ученыхъ, которые видятъ противорѣчіе между Помпоніемъ съ одной, и Юстиніаномъ и Гаемъ съ другой стороны; на это же наконецъ и указываетъ

положительный, не имѣющій ни малѣйшаго оттѣнка сомнительности, способъ выраженія, какъ Гая, такъ и Помпонія, между тѣмъ какъ оба эти юристы отличаются изобиліемъ сомнительныхъ частичекъ, приводимыхъ ими въ тѣхъ случаяхъ, когда они говорятъ о какомънибудь спорномъ вопросѣ. Въ виду всего изложеннаго, можно было бы присоединиться развѣ къ одному изъ тѣхъ мнѣній, которыя основаны на желаніи уничтожить кажущееся противорѣчіе источниковъ, принимая за вѣрный принципъ тотъ, который высказывается въ институціяхъ. Изъ этихъ же мнѣній то, которое проводится Эльверсомъ, Бекингомъ и друг., представляется наиболѣе правдоподобнымъ, но все-таки, и по этому объясненію, Помпоній употребилъ бы чрезвычайно неясныя выраженія. Поэтому, по нашему убѣжденію, остается только прибѣгнуть къ эмендаціи, и мы именно полагаемъ, что вмѣсто слова: *sed ad* и т. д., слѣдуетъ читать: *ne ad*; форма же: *reversurum*, а не *reverti*, какъ намъ кажется, указываетъ только на фактъ будущій, послѣдующій, т. е. имѣющій наступить послѣ перваго отрицательнаго факта (т. е. перенесенія узурфрукта на посторонняго). Если Вангеровъ приводитъ, что онъ не можетъ согласиться съ мнѣніемъ Эльверса, Бекинга и друг. потому, что Помпонію тутъ вовсе не встало было говорить объ отношеніи уступаемаго *extraneo* узурфрукта къ хозяину вещи, то мы противъ этой аргументаціи можемъ возразить, что очевидно Помпоній взялъ *члмкомъ* предложеніе изъ предшествующаго разсужденія — это именно выходитъ изъ словъ: „*quoniam diximus*“; а тамъ, изслѣдуя подробно вопросъ о дѣйствіи цессіи узурфрукта третьему лицу, онъ вѣроятно, побужденный, можетъ быть, къ тому запросу по какомунибудь практическому дѣлу, разсматривалъ и тотъ вопросъ: не долженъ ли узурфруктъ присоединиться въ представленномъ случаѣ къ собственности; въ концѣ концовъ же, выставляя результаты всего своего изслѣдованія, онъ и высказалъ предложеніе: „*usum-fructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis*

reversurum usumfructum“, и эту фразу, какъ окончательный выводъ по вопросу о цессіи узупрукта вообще, помѣстилъ пѣликомъ и здѣсь. Предложенное нами толкованіе находитъ себѣ поддержку еще и въ словѣ: reversurum, такъ какъ нигдѣ въ другихъ мѣстахъ мы не встрѣчаемъ глагола revertere, въ примѣненіи къ уничтоженію узупрукта, хотя бы черезъ consolidatio, а вездѣ говорится: amitti, extinguere usumfructum; и дѣйствительно римскій юристъ, говоря точно, не могъ бы употребить этого выраженія въ томъ смыслѣ, въ которомъ оно употреблено здѣсь. Правда, юристъ Павелъ въ Res. Sent. III, 6 § 28 говоритъ: ususfructus amissus ad proprietatem recurrit; но здѣсь именно важно то, что сказано не ad proprietarium, а ad proprietatem. Если именно хозяинъ, вслѣдствіе прекращенія узупрукта въ вещи, получаетъ вновь неограниченную собственность, то ясно, что онъ не получаетъ того права, которое онъ установилъ per alienationem constitutivam, т. е. права сервитута, но онъ получаетъ другое право, а именно ему возвращается неограниченная собственность, слѣдовательно нельзя сказать, чтобы узупруктъ, т. е. сервитутъ, долженъ былъ возвратиться къ хозяину. Вслѣдствіе этого даже Гай, не всегда отличающійся точными выраженіями, въ приведенномъ мѣстѣ, Inst. II § 30 говоритъ: ususfructus convertatur in proprietatem, т. е. узупруктъ превращается опять въ собственность. Помпоній же могъ употребить слово reversurum именно для того, чтобы болѣе нагляднымъ образомъ представить противоположность in jure cessio ususfructus extraneo другимъ случаямъ in jure sessionis, въ которыхъ право, которое имѣлось въ виду уступить, въ томъ случаѣ, если цессіонарій по какимъ нибудь обстоятельствамъ не могъ получить его, возвращалось къ первоначальному держателю этого права. Такъ напримѣръ мы знаемъ, что если тотъ, кому была уступлена опека первоначальнымъ опекуномъ, cessicius tutor, самъ уступалъ ее in jure другому лицу, то цессіонарій не приобреталъ ничего, но опека возвращалась къ законному

опекуну (*legitimus tutor*) ¹⁾. Между *legitimus* и *cessicius tutor* же отношеніе очень подобно тому, которое существуетъ между хозяиномъ и фруктуаріемъ. Имѣя въ виду этотъ случай, Помпоній и могъ сказать: *res reversionum*, чтобы указать, что узифруктъ не возвращается къ хозяину, между тѣмъ какъ опека возвращается къ первоначальному опекуну. Помпонія и нельзя упрекнуть въ тривіальности, въ особенности если онъ, можетъ быть, имѣлъ въ виду запросъ по практическому случаю, такъ какъ мы въ источникахъ встрѣчаемъ еще болѣе, повидимому, тривіальныя рѣшенія по вопросу объ узифруктѣ, которые однако объясняются именно этимъ обстоятельствомъ ²⁾.

Замѣтимъ здѣсь кстати, что указанное выше мѣсто (Ulpiani fr. XI § 7) напрасно приводятъ въ доказательство того, что начало, будто бы высказанное Помпоніемъ въ fr. 66 cit. относительно узифрукта, дѣйствовало и въ отношеніи къ другимъ институтамъ. При *cessicia tutela* возвращеніе опеки къ законному опекуну представлялось естественнымъ потому, что уступкою опеки на *tutor cessicius* не переносилось никакого права, а онъ получалъ только *exercitium tutelae*, ибо *legitimus tutor* все-таки считался собственно опекуномъ, что явствуетъ изъ того, что: „*et si legitimus tutor decesserit, aut capite minutus fuerit, cessicia quoque tutela exstinguitur*“. Совершенно другое дѣло относительно фруктуарія, который пользуется на основаніи *собственнаго права* и поэтому, совершая *in jure cessio*, желаетъ отдѣлится отъ себя само право, а не только осуществленіе его отъ имени другаго лица. *Cessicius tutor* можетъ быть уподобляемъ тому, кому доставлено фруктуаріемъ *exercitium ususfructus*, а не самому фруктуарію. Замѣтимъ наконецъ еще, что авторитетъ *василіи*, приведенный Крансомъ ³⁾, въ подтвержденіе того, что

¹⁾ Ulpiani fragm. tit. XI § 7.

²⁾ Vat. Fragm. § 42.

³⁾ l. c. p. 96.

Помпоній въ fr. 66 cit. дѣйствительно выражаетъ мнѣніе, что *ususfructus extraneo cessus* возвращается хозяину, также не можетъ имѣть значенія тамъ, гдѣ обстоятельства дѣла показываютъ, что законъ, ими передаваемый, въ первоначальномъ своемъ видѣ *не могъ имѣть* того значенія, въ которомъ онъ принятъ въ греческой парафразѣ.

И такъ въ русскомъ переводѣ, согласно нашей эмендаціи, приведенное мѣсто Помпонія будетъ имѣть слѣдующій смыслъ: „ибо мы сказали, что узуфруктъ не можетъ быть уступаемъ (въ судѣ) фруктуаріемъ никому, за исключеніемъ хозяина вещи; и что, если онъ все-таки будетъ уступленъ постороннему лицу, т. е. такому, которому не принадлежитъ собственность въ вещи, то ничего не переходитъ на этого посторонняго, ниже узуфруктъ возвращается хозяину“.

Относительно того, что дѣлается въ этомъ случаѣ съ узуфруктомъ, мы того мнѣнія, что фруктуарій до истечения срока, положеннаго для прекращенія узуфрукта *per non usum*, всегда можетъ вновь взяться за пользованіе вещію, какъ будто бы вовсе не имѣла мѣста *cessio extraneo*, но за то и въ теченіе всего этого времени сохраняетъ полную отвѣтственность передъ хозяиномъ.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Объ обязанностяхъ фруктуарія.

Отдѣлъ I. — Объ обязанностяхъ фруктуарія вообще ¹⁾.

Въ отношеніяхъ фруктуарія къ вещи мы должны различать два момента: вещный (*dingliches*) и обязательственный (*obligationsmässiges*). Изъ понятія узуфрукта именно, какъ права

¹⁾ Касательно литературы по этому вопросу см. соотвѣтствующіе отдѣлы приведенныхъ нами выше (стр. 39 и слѣд.) литературныхъ пособій.

въ чужой вещи, которая должна будетъ быть возвращена *finito usufructu*, чтобы по прежнему доставлять хозяину вещи всѣ выгоды, т. е. соотвѣтственно тому, какъ это было до установленія узупрукта, вытекають извѣстныя обязанности фруктуарія по отношенію къ вещи, служащей предметомъ его пользованія. Права же въ чужой вещи, какъ *jura in rem*, доставляя двоякаго рода власть: а) вліять непосредственно на вещь, и б) удерживать отъ вліянія на эту вещь всякаго другаго, не предполагають по существу своему для лица, имѣющаго эти права, обязанности предпринимать относительно вещи какія нибудь опредѣленныя дѣйствія. Изъ вещнаго права проистекають по существу только, такъ сказать, отрицательныя обязанности для лица, имѣющаго это право, а именно обязанность не выходить изъ границъ данной ему закономъ власти, напр. не нарушать субстанціи вещи, не измѣнять назначенія ея и т. п. Но такъ какъ интересы хозяина не были бы достаточно гарантированы при существованіи однихъ только запрещеній дѣйствій, которыхъ не должно предпринимать лицо, пользующееся его вещію, а требуютъ непременно извѣстныхъ положительныхъ дѣйствій со стороны этого лица, то для принужденія его къ такимъ дѣйствіямъ необходимо именно обязательственное отношеніе, которое поэтому, какъ видно изъ сказаннаго, должно сопровождать всякое *jus in re aliena*. И такъ, говоря коротко, право въ чужой вещи доставляетъ лицу власть надъ вещію; сопровождающее же это право обязательственное отношеніе возлагаетъ на него обязанности касательно вещи, въ интересахъ ея хозяина. На основаніи сказаннаго, всѣ положительныя дѣйствія, къ которымъ обязывается фруктуарій, представляются въ видѣ *obligationes ex lege* (напр. обязанность платить подати по поводу вещи) или въ видѣ *obligationes ex contractu*, (напр. обязанность *recte colendi*, вообще *fructu boni viri arbitrati*). Важное практическое различіе между обязанностями фруктуарія, вытекающими изъ самого понятія узупрукта, какъ права въ чужой вещи, и состоящими *in non faciendo* (обязанность напр.

utendi salva rei substantia), и тѣми, которыя, являясь послѣд-
ствиемъ обязательствъ, состоятъ in faciendo, заключается въ
тошъ, что первыя, представляя собою, такъ сказать, *вещныя*
ограниченія узуфрукта, могутъ быть преслѣдуемы со стороны
хозяина вещи обыкновеннымъ вещнымъ искомъ, обращеннымъ
на возвращеніе служащей вещи, т. е. *per rei vindicationem*,
такъ что весь убытокъ, причиненный хозяину положительными
дѣйствіями фруктуарія, выходящими изъ границъ его права,
можетъ быть вытребованъ вмѣстѣ съ самою вещію, въ качествѣ
accessio или *causa rei* (извѣстно, что виндикантъ, котораго тре-
бованіе было признано судомъ за справедливое, получаетъ *res*
cum omni causa); вознагражденіе же за тѣ убытки, которые
происходятъ отъ бездѣйствія фруктуарія, можетъ быть вытре-
бовано только посредствомъ особеннаго иска, основаннаго на
обязательственномъ отношеніи, устанавливаемомъ вмѣстѣ съ уста-
новленіемъ узуфрукта. Римское право, какъ мы увидимъ ни-
же, удовлетворяетъ интересамъ хозяина въ этомъ отношеніи
тѣмъ, что требуетъ особеннаго обѣщанія (*stipulatio*) фруктуа-
рія, которымъ онъ обязывается пользоваться вещью *boni viri*
arbitratu, требуетъ именно такъ называемую *cautio usufruc-*
tuaria. На основаніи указаннаго различія между, такъ ска-
зать, вещными ограниченіями фруктуарія (которыя соответ-
ствуютъ пользованію *salva rei substantia*) и обязательственными
ограниченіями (пользованіе *boni viri arbitratu*), юристы считаютъ
необходимымъ *указать нарочно* на то, что фруктуарій можетъ
отдѣлаться отъ положительныхъ своихъ обязанностей (обязатель-
ственныхъ) оставленіемъ или покиданіемъ узуфрукта; ибо, такъ
какъ эти положительныя обязанности не вытекаютъ изъ самого по-
нятія узуфрукта, какъ *jus in re aliena*, то могло явиться сомнѣніе
въ томъ, можетъ ли фруктуарій, лично принявъ на себя соответ-
ствующее обязательство, избавиться отъ него покиданіемъ узу-
фрукта. Между тѣмъ конечно никому бы не вздумалось упомянуть
нарочно о томъ, что фруктуарій, покидая узуфруктъ, *eo ipso* осво-

бождается отъ отрицательныхъ своихъ обязанностей, потому что онѣ являются составною частію самого *jus ususfructus*, съ которыми поэтому и должны прекращаться сами собою. Итакъ мы полагаемъ, что нѣкоторыя изъ обязанностей фруктуарія могутъ быть осуществляемы со стороны хозяина уже *per in rem actionem*, а именно тѣ, которыя соотвѣтствуютъ *законнымъ ограниченіямъ* узуфрукта, какъ пользованія чужою вещью, а именно: 1) всѣ положительныя дѣйствія его, противныя понятію *salvae rei substantiae*, а также тѣ упущенія, которыя ведутъ къ уничтоженію субстанции вещи; отсюда возможность *negatoriae* или *prohibitoriae actionis* въ случаѣ недоставленія фруктуаріемъ *cautionis damni infecti fr. 9 § 5 D. de damno inf. 39, 2*, потому именно, что это упущеніе можетъ повести къ потерѣ дома (на основаніи *missionis ex secundo decreto*), слѣдовательно къ уничтоженію въ экономическомъ отношеніи субстанции вещи для хозяина. См. и *fr. 3 § 4 i. f. D. 7, 9*, гдѣ очевидно *in rem actio* дается не только для возвращенія вещи, но и по поводу существенныхъ обязанностей фруктарія, не вошедшихъ въ составъ *cautionis usufructuariae*. 2) Публичныя, общественныя обязанности, лежащія на имѣніи, напримѣръ подати и повинности, которыя представляются какъ бы законными принадлежностями обладанія вещью. Кроме того, по положительнымъ дѣйствіямъ фруктуарія, вредно отзывающимся на служащей вещи, хозяину принадлежатъ еще другіе иски, самостоятельныя въ томъ смыслѣ, что они могутъ быть вчиняемы не только противъ лица, находящагося въ положеніи фруктуарія, но и противъ всякаго лица, наносящаго вещи вредъ, а именно *actio legis Aquiliae, actio furti, interdictum quod vi aut clam*¹⁾. Другія же обязанности фруктуарія, а именно тѣ, несоблюденіе которыхъ является вообще въ формѣ упущеній, но такихъ упущеній, которыя не приводятъ непосред-

¹⁾ Въ особенности этотъ интердиктъ. См. Эльверса стр. 478 примѣч. а².

ственно къ уничтоженію субстанціи вещи, напримѣръ обязанность *geste colendi*, не могутъ быть преслѣдуемы обыкновенными исками, а по поводу ихъ требуется именно *cautio*, изъ которой затѣмъ хозяинъ получаетъ особенный искъ. На это указываетъ юристъ Ульпіанъ, приводя, что Юліанъ, спрошенный, для чего необходимо обезпеченіе (*cautio*), сказалъ: потому, что есть случаи, въ которыхъ *actio legis Aquiliae* не примѣняется и гдѣ слѣдовательно дѣло должно быть разрѣшено *arbitrio* (*ex cautio*); примѣры, которые онъ приводитъ, всѣ представляютъ намъ упущенія ¹⁾, *omissa*, какъ то: *qui agrum non proscindit*, кто не вспахиваетъ поля, *qui vites non subserit*, кто не насаждаетъ виноградныхъ лозъ, также тотъ, кто терпитъ порчу водопроводовъ— всѣ они не отвѣчаютъ *ex lege Aquilia*. И такъ Ульпіанъ, употребляя слова Юліана, здѣсь ясно говоритъ, что *actio ex stipulatu* (i. e. *ex cautio*) введенъ ради упущеній фруктуарія, но именно ради такихъ упущеній, по поводу которыхъ нельзя сказать, чтобы чрезъ нихъ уничтожалась субстанція вещи. Не смотря однако на эти ясныя слова Ульпіана, по которымъ обязательственное отношеніе представляется необходимымъ только ради упущеній фруктуарія, мы видимъ, что и положительныя дѣйствія сего послѣдняго включаются въ стипуляцію, по которой просто общается: *se usurum fruiturum boni viri arbitrato*. Очевидно пользованію *boni viri arbitrato* будетъ противорѣчить и то, когда фруктуарій рубитъ напримѣръ недозволеннымъ образомъ деревья въ помѣстьѣ, такъ что хозяинъ, по поводу подобныхъ дѣйствій, можетъ искать или *per actionem legis Aquiliae* или *per actionem ex stipulatu*. Но конечно онъ въ большей части случаевъ предпочтетъ *actionem ex stipulatu*, который имѣетъ то преимущество, что при этомъ искѣ не только подвергаются разсмотрѣнію причиненные уже убытки, но дѣлается и постановленіе о томъ, какъ долженъ быть фруктуарій впредь

¹⁾ См. fr. 13 § 2 D. de usufr. 7, 1.

пользоваться вещью ¹⁾). Мы выше сказали, что въ отношеніи къ обязанностямъ фруктуарія, вытекающимъ изъ самаго понятія узифрукта, и составляющимъ собственно только ограниченія власти его надъ вещію, хозяинъ можетъ воспользоваться просто вещнымъ своимъ искомъ; спрашивается, о какомъ же вещномъ искѣ здѣсь идетъ рѣчь? Если принять обыкновенную *negotium in rem actionem*, то хозяинъ съ осуществленіемъ своихъ правъ противъ фруктуарія, затрагивающаго или нарушающаго *substantiam rei*, долженъ былъ бы ждать до прекращенія узифрукта, такъ какъ этому иску всегда можно будетъ противопоставить *exceptionem usufructus constituti nondum extincti*. По нашему мнѣнію искъ, который приходится хозяину вчинить въ этомъ случаѣ, представляется въ томъ особенномъ видѣ *negotiorum in rem actionis*, который упоминается въ источникахъ подъ именемъ *actio prohibitoria*, и который обыкновенно разсматривается юристами какъ искъ совершенно тождественный съ *negotiorum in rem actio*. Вообще ученые до сихъ поръ недостаточно разъяснили значеніе *prohibitoriae actionis*, тѣмъ и объясняется напримѣръ, что Келлеръ ²⁾ не признаетъ за хозяиномъ иска, который могъ бы быть вчиняемъ противъ фруктуарія *durante usufructu*, за исключеніемъ *actio ex stipulatu* и искомъ, поименованныхъ во *fr. 13 § 2 cit.* Эльверсъ также ³⁾ не можетъ понять, что значить во *fr. 15 § 6 D. 7, 1* и во *fr. 9 § 5 D. de damno inf. 39, 2* — *prohibitio*. Первый ученый, указавшій на важное различіе между обязанностями фруктуарія, вытекающими изъ ограниченія его права по закону ⁴⁾ съ одной стороны, и тѣми, которыя

¹⁾ *Fr. 13 § 1 D. 7, 1: Quum igitur de usufructu agitur, non solum quod factum est, arbitratur, sed etiam in futurum quemadmodum uti frui debet.*

²⁾ *Pandekten § 174 стр. 338.*

³⁾ *р. 457 и слѣд.*

⁴⁾ «*Die Verpflichtungen die ihren Grund in gesetzlicher Vorschrift haben und im Wesen des Niessbrauchs liegen.*»

онъ принимаетъ на себя по особенному обязательству (*cautio*)— съ другой (*dem dinglichen Recht beigemischte obligatorische Elemente*), это Шенеманъ ¹⁾, который также и указываетъ на то, что первыя изъ упомянутыхъ обязанностей могутъ быть осуществляемы вещнымъ искомъ, вытекающимъ изъ отношенія узупрукта (*Auf Erfüllung dieser im Wesen des Niessbrauchs liegenden Verpflichtungen geht die dingliche Klage aus dem Niessbrauchsrechte*). Но Шенеманъ, не приводя именно того вещнаго иска, который онъ имѣеть въ виду, становится совершенно непонятнымъ. Въ отношеніи къ римскому праву именно, гдѣ система исковъ такъ точно выработана, и для каждаго иска имѣется особенное техническое названіе, нельзя сказать вообще, что дается вещный искъ, а слѣдуетъ опредѣлить точно, какой именно искъ, и тѣмъ указать на какихъ основаніяхъ созданъ этотъ искъ. Не слѣдуетъ думать, чтобы требованіе опредѣленнаго термина основывалось на одной только формалистикѣ, напротивъ того, названіе иска всегда указываетъ на разумное юридическое основаніе права (*des Anspruchs*) иска въ данномъ случаѣ. Такъ напримѣръ, если мнѣ принадлежитъ *rei vindicatio*, то это значить, что я имѣю искъ на основаніи своего права собственности; если *Publiciana in rem actio*, то это значить, что я ссылаюсь на свое добросовѣстное владѣніе; если *actio legis Aquiliae*, то это значить, что я ссылаюсь на деликтъ другаго лица и причиненный моей вещи этимъ деликтомъ вредъ и т. д. Если поэтому Шенеманъ утверждаетъ, что хозяинъ можетъ искать противъ фруктуарія посредствомъ вещнаго иска, то онъ долженъ былъ непременно указать на опредѣленный вещный искъ. Что здѣсь именно опредѣленіе иска затруднительно, это выходитъ уже изъ того, что многіе юристы, напримѣръ Келлеръ, вовсе не признаютъ никакого подобнаго иска. По нашему же мнѣнію, какъ мы уже сказали выше, къ этому случаю именно

¹⁾ I. c. § 19. p. 61.

и нужно отнести упоминаемый в источникахъ, хотя и весьма рѣдко, *prohibitoria actio*, формула котораго могла быть такого рода: *jus mihi esse prohibere te*, въ которой слово *jus* указывало бы на законное ограниченіе фруктуарія и соотвѣтствующее право хозяина. Если противъ нашего толкованія значенія *prohibitoriae actionis* привели бы, что это выраженіе встрѣчается такъ рѣдко, что невѣроятно, чтобы имъ обозначалось самостоятельное понятіе, то мы на это можемъ отвѣчать, что и въ дѣйствительности *prohibitoria actio* долженъ встрѣчаться весьма рѣдко, потому что преслѣдуемый этимъ искомъ обязанности фруктуарія, при существованіи необходимаго по римскому праву обезпеченія, *cautio usufructuaria*, могутъ быть вынуждаемы проще и легче *per actionem ex stipulatu*, такъ какъ въ *stipulatio cautionis* входятъ всѣ обязанности, касающіяся правильнаго, соотвѣтствующаго экономическимъ началамъ, пользованія, слѣдовательно между прочими и тѣ обязанности фруктуарія, которыя основаны на самомъ законѣ. Это объясненіе наше въ свою очередь не можетъ быть опровергнуто возраженіемъ, что при существованіи особеннаго иска, направленнаго на принужденіе фруктуарія къ исполненію обязанностей, вытекающихъ изъ самаго понятія узуфрукта, а именно *prohibitoriae actionis*, влюченіе этихъ обязанностей въ *cautio* и возможность преслѣдованія ихъ на этомъ основаніи общимъ искомъ, который вчиняется и по поводу другихъ, чисто обязательственныхъ, обязанностей фруктуарія (а именно чрезъ *actio ex stipulatu*), представлялось бы совершенно излишнимъ, такъ какъ мы и въ отношеніи къ возвращенію вещи, служащей предметомъ узуфрукта, встрѣчаемъ нѣчто совершенно подобное и неподлежащее уже никакому сомнѣнію. По *cautio usufructuaria* именно фруктуарій даетъ общаіе не только пользоваться вещь *boni viri arbitrato*, но и

¹⁾ Именно въ fr. 5 pr. D. si usufructus 7, 6 и въ fr. 9 § 5 D. 39, 2.

возвратить ее по окончаніи узупрукта хозяину. Между тѣмъ конечно хозяинъ для возвращенія вещи *finito usufructu* можетъ воспользоваться обыкновеннымъ искомъ собственника, т. е. *rei vindicatione* , и поэтому мы здѣсь, при возвращеніи вещи хозяину, видимъ альтернативную конкуренцію вещнаго и обязательственнаго искомъ. Мы не понимаемъ, почему не допустить такой же конкуренціи и между *actio prohibitoria* и *actio ex stipulatu* , въ то время пока еще продолжается узупруктъ. А что хозяинъ при такой конкуренціи предпочтетъ обязательственный искъ, это ясно уже изъ того, что вообще проведеніе *actionis in personam* представляется болѣе легкимъ, нежели проведеніе *actionis in rem* , такъ какъ при первомъ искѣ доказательство направляется только на существованіе договора, между тѣмъ какъ во второмъ случаѣ истецъ долженъ доказать существованіе своего вещнаго права, т. е. долженъ доказать свое право собственности. Весьма вѣроятно, что въ одномъ случаѣ хозяинъ могъ вчинить противъ фруктуарія только *prohibitoriam actionem* , а именно если послѣдній не исполнялъ своей обязанности по отношенію къ *cautio damni infecti* ¹⁾.

Отдѣлъ II. — О важнѣйшихъ отдѣльныхъ обязанностяхъ фруктуарія въ особенностяхъ.

Обращаясь теперь къ изложенію главныхъ обязанностей фруктуарія въ отдѣльности, мы на основаніи того, что было сказано въ предшествующемъ отдѣлѣ, вовсе не должны бы были касаться тѣхъ обязанностей, которыя, вытекавъ непосредственно изъ природы узупрукта, какъ права пользованія чужою ве-

¹⁾ См. объ этомъ приведенный выше fr. 9 § 5 D. 39, 2. Объ *actio prohibitoria* и отличіи его отъ *actio negatoria* см. Zachariae: Die Prohibitoria actio, eine Eigenthumsklage, Zeitschrift. f. gesch. Rechtsw. XII стр. 258 до 288 и Stephan тамъ же XIV, 8, а также Keller Pandekten § 155.

пшю *salva rei substantia*, были указаны выше въ главѣ о правѣ пользованія фруктуарія, въ качествѣ ограниченія этого права и права извлеченія плодовъ. Дѣйствительно подробное изложеніе этихъ обязанностей, какъ уже разсмотрѣнныхъ, мы оставимъ въ сторонѣ. Но такъ какъ въ обезпеченіе, представляемое фруктуаріемъ (къ разсмотрѣнію котораго мы сейчасъ приступимъ), слѣдовательно въ принимаемое имъ на себя обязательство, какъ мы видѣли, вновь включаются всѣ эти обязанности, что видно изъ словъ: *non deteriorem se causam ususfructus facturum, ceteraque facturum, quae in re sua faceret* (см. fr. 1 § 2 D. usufr. quem. 7, 9), и такъ какъ въ ученіи объ обязанностяхъ фруктуарія ради практическихъ цѣлей требуется полное по возможности указаніе этихъ обязанностей, то мы вкратцѣ укажемъ и на тѣ, о которыхъ уже была рѣчь. Эльверсъ ¹⁾, начиная разсмотрѣніе этого вопроса, справедливо замѣчаетъ, что обязанности, лежащія на фруктуаріѣ, опредѣляются римскими юристами согласно вѣроятной волѣ лицъ, находящихся между собою въ юридическихъ отношеніяхъ по поводу узуфрукта. Мы выше уже упомянули, что въ толкованіи этой вѣроятной воли дѣйствующихъ лицъ и заключается одна изъ самыхъ замѣчательныхъ сторонъ этихъ юристовъ, наблюдавшихъ пристально за практическою жизнію и выводившихъ изъ нея, и согласно съ нею, свои правила. Если мы приложимъ это разсмотрѣніе къ узуфрукту, то мы прежде всего придемъ къ тому выводу, что участники въ этомъ юридическомъ отношеніи *in dubio* имѣли въ виду, чтобы фруктуарій получалъ не валовой доходъ отъ данной ему въ пользованіе вещи, но чистый доходъ или, какъ выражается Эльверсъ, экономическій доходъ (валовой онъ въ противоположность чистому доходу называетъ естественнымъ доходомъ: *der oeconomiche oder Reinertrag und nicht der natürliche Ertrag*), а изъ этого вытекаетъ, что фрук-

¹⁾ 1. с. § 53

туарій обязанъ предпринимать относительно вещи всё тѣ положительныя дѣйствія, которыя предпринимаетъ благоразумный хозяинъ съ своими собственными вещами для того, чтобы ихъ содержать въ исправности ¹⁾, и далѣе, что онъ долженъ совершать ихъ безъ права требованія вознагражденія за причиняемыя ему содержаніемъ вещи издержки ²⁾, которыя онъ именно и долженъ брать изъ валоваго дохода вещи. Вслѣдствіе сего положеніе фруктуарія по отношенію къ тѣлесной вещи, которую онъ детинируетъ, опредѣляется совершенно по аналогіи съ положеніемъ тѣхъ лицъ, которыя имѣютъ въ своихъ рукахъ чужія вещи на основаніи контракта. Поэтому, такъ какъ фруктуарій изъ юридическаго отношенія извлекаетъ выгоды, онъ долженъ отвѣчать за *omnis culpa* ³⁾, согласно общему правилу, по которому контрагентъ, получающій какую либо выгоду, отвѣтствуетъ и за *levis culpa*. Если же мы въ основаніе обязанностей фруктуарія полагаемъ вѣроятную волю лицъ, участвующихъ въ юридическомъ отношеніи по узурфрукту, то въ этой же волѣ слѣдуетъ искать и границы его обязанностей, т. е. на фруктуаріѣ могутъ лежать только такія обязанности, которыя могли быть предвидѣны конституэнтами. Изъ этого (по Эльверсу) слѣдуетъ, что *фруктуарій долженъ дѣлать въ отношеніи къ сохраненію и защитѣ вещи все то, что обыкновенно дѣлается всякимъ заботливымъ человекомъ безпрерывно или въ извѣстные опредѣленно повторяющіеся сроки, но что его обязанность прекращается тамъ, гдѣ издержки вызываются произшествіями неожиданными и чрезвычайными, или, по крайней мѣрѣ, такими произшествіями*

¹⁾ fr. 13 § 2 D. de usufr. 7, 1.

²⁾ fr. 4^a D. de operis serv. 7, 7.

³⁾ fr. 2 D. de usufr. quem 7, 9; fr. 65 pr. D. 7, 1. Usufructuarius custodiam praestare debet; debet omne, quod diligens paterfamilias in sua domo facit, et ipse facere.

ми, которыя обыкновенно являются только въ весьма долгие сроки, а не въ каждомъ отдѣльномъ или въ немногихъ периодахъ плодоизвлеченія (Fruchtperiode). Вотъ принципы, которые господствуютъ во всемъ ученіи объ обязанностяхъ фрукутарія. Нельзя при внимательномъ разсмотрѣніи отдѣльныхъ обязанностей фрукутарія, о которыхъ упоминается въ источникахъ, не согласиться съ Эльверсомъ въ томъ, что въ изложенномъ выше положеніи заключаются руководящіе принципы относительно этихъ обязанностей и что они установлены римскою юриспруденціею по вѣроятной волѣ заинтересованныхъ лицъ. Мы только обратимъ вниманіе въ особенности на то, что Эльверсъ говоритъ и о *положительныхъ дѣйствіяхъ*, которыя предпринимаетъ заботливый хозяинъ съ своею вещію. Ради обязанностей этого рода и является, какъ мы уже выше показали, *cautio usufructuaria*, хотя съ естественной, неюридической точки зрѣнія эти обязанности вытекаютъ точно также изъ природы узифрукта, т. е. изъ понятія пользованія чужою вещію, какъ и отрицательныя обязанности. Римскіе же юристы, выходя изъ юридической точки зрѣнія, не считали возможнымъ возлагать *ipso jure* положительныя обязанности на фрукутарія, какъ обладателя вещнаго права, который именно, по аналогіи съ лицомъ, имѣющимъ собственность въ вещи, не можетъ быть принуждаемъ, если онъ не заключалъ особенныхъ условій насчетъ этого, къ положительнымъ дѣйствіямъ относительно подчиненной вещи, такъ что положеніе его собственно характеризуется слѣдующимъ образомъ: онъ *обладаетъ* вещію въ извѣстныхъ границахъ. Крансъ ¹⁾ также отличаетъ положительныя и отрицательныя обязанности фрукутарія, но при этомъ не соображаетъ того, что послѣднія — существенны и вытекаютъ изъ самой природы узифрукта, а поэтому являются *ipso jure*, а первыя таковы, что ради ихъ устанавливается еще особенное обязательствен-

¹⁾ l. c. p. 101.



ное отношеніе; поэтому онъ смѣшиваетъ тѣ и другія обязанности, и даже выставляетъ положительныя передъ отрицательными. Если же мы посмотримъ на то, что онъ излагаетъ подъ рубрикою: *Obligations negatives qui sont imposées à l'usufruitier* (на стр. 107), то мы замѣтимъ, что здѣсь находится все, что мы уже рассматривали (подобно тому, какъ и онъ самъ это дѣлалъ) при изложеніи вопроса о пользованіи и извлеченіи плодовъ, когда именно мы старались опредѣлить естественныя границы этихъ правъ ¹⁾.

И такъ относительно обязанностей фрунтуарія можно, согласно съ Гофманомъ ²⁾, принять слѣдующія категоріи:

1) Фрунтуарій, какъ и всякій обладатель вещи, собственности въ которой принадлежитъ другому лицу, не можетъ предпринимать дѣйствій, которыя могли бы вредить ей (и слѣдовательно приводили бы къ уничтоженію, хотя частичному, ея субстанціи) — *fructuarius causam proprietatis deteriore[m] facere non debet* ³⁾.

2) Онъ обязанъ исполнять все то, къ чему былъ обязанъ хозяинъ до отдѣленія узуфрукта, т. е. до предоставленія всей выгоды изъ вещи фрунтуарію; слѣдовательно онъ долженъ платить всѣ подати, отбывать повинности по поводу вещи и т. д., по правилу: *ubi est commodum, ibi et onus esse debet* ⁴⁾.

3) Такъ какъ фрунтуарій получаетъ всѣ выгоды отъ вещи, то онъ долженъ предпринимать, и именно безъ вознагражденія,

¹⁾ Эльверсъ, также не подмѣтивъ этого различія (положительныхъ и отрицательныхъ обязанностей), однако не излагаетъ въ § 53 (*Die auf dem Ususfruct ruhenden Lasten*) тѣхъ обязанностей, которыя мы считали относящимися къ пользованію *salva rei substantia*.

²⁾ l. c. § 48.

³⁾ fr. 13 § 4 D. de usufructu 7. 1.

⁴⁾ fr. 10 D. de R. I. 50, 17; fr. 7 § 2 D. de usufructu 7, 1: *Quoniam igitur omnis fructus rei ad eum pertinet.... et alia onera agnoscit* (Celsus) *usufructu legato, utputa stipendium, vel tributum, vel salarium, vel alimenta ab ea re relicta.*

на собственный счет, тѣ дѣйствія, которыя предпринималъ самъ хозяинъ до отдѣленія узупрукта, для сохраненія выгоды и доходности вещи, и собственности въ ней: *seteraque facturum, quae in re sua faceret*¹⁾. Въ этомъ послѣднемъ предложеніи мы прибавили слова: „выгодности и доходности“, которыя нѣтъ у Гофмана; мы это сдѣлали потому, что на сохраненіе самой вещи, т. е. на сохраненіе состава ея и охраненіе собственности въ ней въ пользу хозяина, какъ намъ кажется, уже направлены обязанности, приведенныя подъ 1.

1. Въ первомъ отношеніи фруктуарій, какъ мы видѣли выше, не только не можетъ измѣнять субстанціи вещи, но долженъ избѣгать всякія дѣйствія, могущія вредно вліять на вещь, если только эти дѣйствія не являются необходимыми для того, чтобы вообще было возможно осуществленіе узупрукта. Поэтому²⁾ *fructuarius praedii rustici* не можетъ замѣнить парка, предназначеннаго для гулянья, какою нибудь доходною статью, ниже замѣнить деревья, не приносящихъ плодовъ, фруктовыми; онъ не можетъ рубить фруктовыхъ деревьевъ, ни отсрывать такихъ устройствъ, которыя портятъ воздухъ или содержаніе которыхъ невозможно безъ большихъ издержекъ³⁾. Онъ же не можетъ по общему правилу снимать плоды ранѣе полученія ими зрѣлости. *Fructuarius praedii urbani* не можетъ предпринимать никакихъ измѣненій во внутреннемъ устройствѣ дома, а также въ отношеніи внѣшнихъ частей дома и принадлежностей его, какъ то: во входахъ и т. д.; онъ долженъ оставить за домомъ то назначеніе, какое дано ему хозяиномъ⁴⁾. Фруктуарій движимой вещи, и въ особенности одушевленнаго существа, также имѣетъ обязанность сохранить этой

¹⁾ fr. 1 § 3 D. usufructuar. quemadm. 7, 9.

²⁾ См. Кранса р. 107.

³⁾ fr. 13 §§ 4 и 6 D. de usufr. 7, 1.

⁴⁾ fr. 7 § 2, fr. 13 §§ 7 и 8, fr. 14 D. eod.

вещи назначеніе, данное ей хозяиномъ ¹⁾). Обыкновенно ²⁾ между изчисляемыми здѣсь обязанностями фруктуарія выставляють еще обязанность его терпѣть осуществленіе всѣхъ тѣхъ сервитутовъ, которые лежали на имѣніи при установленіи узуфрукта ³⁾). Эта обязанность однако, какъ намъ кажется, не можетъ быть разсматриваема въ качествѣ самостоятельнаго особеннаго ограниченія фруктуарія, такъ какъ сервитутъ, составляющій въ качествѣ вещнаго права *quasi qualitatem fundi*, по логической необходимости уменьшаетъ собою интензивно вещь, вслѣдствіе чего въ данномъ случаѣ дается фруктуарію не пользование вещію нѣсколько ограниченное, но меньшая, такъ сказать, вещь. Особенность тутъ представляется только въ томъ, что фруктуарій обязывается терпѣть и такой сервитутъ, который еще не существуетъ въ видѣ вещнаго права, который долженъ будетъ возникнуть только впослѣдствіи времени, относительно установленія котораго пока только заключено обязательство: *unde et si per stipulationem servitus debeatur, idem puto dicendum, i. e. fructuarium necesse habere, eam sustinere* ⁴⁾).

2) *Во второмъ отношеніи* фруктуарій обязанъ нести всѣ общественныя и частныя повинности и обязанности, лежавшія уже на хозяинѣ вещи, въ качествѣ обладателя ея и лица, пользующагося ею, но только въ томъ случаѣ, если при установленіи узуфрукта не постановлено противнаго ⁵⁾). И такъ обязанности второй категоріи тѣмъ существенно отличаются отъ приведенныхъ въ первой категоріи, что онѣ являются только въ видѣ *naturalia ususfructus*, между тѣмъ какъ обязанности пер-

¹⁾ Arg. fr. 15 § 1, fr. 17 § 1 D. eod. и fr. 12 § 1 D. quibus mod. 7, 4.

²⁾ См. и Крауса стр. 108 i. f.

³⁾ fr. 27 § 4 D. de usufr. 7, 1.

⁴⁾ См. объясненіе этого мѣста у Крауса.

⁵⁾ fr. 52 § 3 D. de usufr. 7, 1.

вой категоріи суть *essentialia ususfructus*, такъ что хозяинъ не можетъ освободить фруктуаріа отъ нихъ, не замѣняя узупрукта другимъ юридическимъ отношеніемъ. Очевидно именно нельзя будетъ освободить лицо отъ отвѣтственности *ex lege Aquilia*, *ex interdicto quod vi aut clam*, а также по *actio prohibitoria (negatoria)*, потому что это освобожденіе равнялось бы отдачѣ вещи въ срочную собственность, и совершенно отстраняло бы понятіе пользованія *чужою* вещію. Мы увидимъ ниже, что римляне съ этой точки зрѣнія не допускаютъ даже, за исключеніемъ весьма немногихъ случаевъ, освобожденія фруктуаріа отъ положительныхъ дѣйствій, обѣщаемыхъ *per cautionem*, не допуская именно избавленія его отъ представленія этой *cautio*, хотя бы завѣщатель, установившій узупруктъ, въ завѣщаніи именно предписалъ, чтобы фруктуарій былъ свободенъ отъ обезпеченія. Обязанности фруктуаріа по второй категоріи, какъ мы указали уже выше, заключаются въ томъ, что онъ долженъ доставлять всѣ *expensae propter rem fructuariam*, т. е. всѣ платежи по поводу вещи, какъ обыкновенные, такъ и чрезвычайные ¹⁾. И такъ онъ не только обязанъ платить подати: *stipendium*, *tributum*, *solagium*, не только долженъ участвовать въ содержаніи общественныхъ построекъ (и поэтому платить, на примѣръ, такъ называемое *cloacagium*, т. е. взносъ денегъ для содержанія и очистки публичной клоаки), въ содержаніи общественныхъ дорогъ (*ad collationem viae*) и т. д. ²⁾, но онъ обязанъ платить соотвѣтствующую часть и въ случаѣ наложенія непріятелемъ контрибуцій на имѣніе; долженъ участвовать въ доставленіи провіанта войску и во всѣхъ другихъ публичныхъ пожертвованіяхъ. Наконецъ фруктуарій долженъ выдавать и алименты, платежъ которыхъ лежитъ на имѣніи, находящемся въ его пользованіи.

¹⁾ fr. 7 § 2, fr. 27 § 3, fr. 52 D. de usufr. 7, 1, fr. 28 D. de usu etc. 33, 2.

²⁾ См. Glück IX § 636, a.

3) *Въ третьемъ отношеніи* фруитуарій обязанъ заботиться о сохраненіи доходности вещи и вообще объ интересахъ ея хозяина, т. е. онъ не только долженъ, какъ мы это видѣли при обязанностяхъ первой категоріи, не измѣнять вещи и не приводить ея своими дѣйствіями въ худшее состояніе, но онъ отвѣтствуетъ и по поводу бездѣйствія, могущаго вредно отозваться на вещи; онъ долженъ предпринимать положительныя дѣйствія для того, чтобы сохранить доходность вещи и удержать въ ней всё права, которыя были связаны съ нею при установленіи узуфрукта, и въ этомъ отношеніи онъ отвѣчаетъ за *omnem diligentiam et custodiam* (за *omnem culpam*). Вслѣдствіе этого онъ обязанъ:

А. По отношенію къ *сохраненію физическаго состоянія вещи* предпринимать всё необходимыя мѣры для предотвращенія возможнаго вреда и убытковъ, хотя бы проведеніе этихъ мѣръ и было сопряжено съ издержками. Поэтому фруитуарій можетъ быть принужденъ къ порядочному воздѣлыванію полей ¹⁾, къ содержанию въ исправности водопроводовъ, къ обрѣзыванію виноградныхъ лозъ, вообще къ совершенію всего того, что сдѣлалъ бы заботливый хозяинъ ²⁾. Онъ также долженъ содержать и одѣвать рабовъ, находящихся въ узуфруктѣ ³⁾, а равно кормить животныхъ, какъ слѣдуетъ; наконецъ фруитуарій обязанъ предпринимать всё мѣры для отвращенія чрезвычайнаго вреда, долженъ заставить поэтому сосѣда дать *cautionem damni infecti* ⁴⁾. Относительно же предпринятія *operis novi nuntiationis*, которое также приводится Гофманомъ въ указанномъ мѣстѣ, дѣйствительно надобно принять, что фруитуарій долженъ предупреж-

¹⁾ fr. 9 pr. D. de usufr. 7, 1: Celsus scribit, cogi eum posse recte colere.

²⁾ fr. 13 § 2 D. eod.

³⁾ fr. 15 § 2 D. eod.

⁴⁾ fr. 13 § 8 D. de damno inf. 39, 2, fr. 7 § 1 D. de usufr. 7, 1.

дать невыгодныя для имѣнія сооруженія другихъ лицъ; но по вѣрному мнѣнію онъ не можетъ предпринимать отъ своего имени формальнаго *punitiatio*, а долженъ или *punitiatioe procuratorio nomine*, т. е. отъ имени хозяина, или же вчинить противъ строителя *confessoriam actionem*¹⁾. Изъ всѣхъ юристовъ именно только одинъ Юліанъ допускалъ фруктуарія къ *origis novi punitiatio*²⁾, между тѣмъ какъ противоположнаго мнѣнія держались юристы Лабеоны, Нерва, Маркеллъ и Ульпіанъ³⁾. Не довольствуясь заботою фруктуарія о предупрежденіи возможнаго будущаго ущерба вещи, римское право требуетъ, чтобы онъ уничтожилъ и вознаградилъ и такой убытокъ, который уже постигъ вещь, если только вслѣдствіе этого происшествія вещь не уничтожилась и не подверглись измѣненію существенныя части ея. На основаніи этого требованія фруктуарій долженъ доставлять необходимое лѣкарство заболѣвшимъ рабамъ и животнымъ⁴⁾, долженъ замѣнять высохшія деревья новыми⁵⁾, долженъ дополнять стадо изъ приплода⁶⁾; наконецъ онъ долженъ при зданіяхъ предпринимать своевременно умѣренныя починки (*modicas refectioes*)⁷⁾, причемъ обращается особенное вниманіе на то, чтобы крыша была бы въ цѣлости (*sarta tecta habere*). На эти починки онъ можетъ, какъ мы выше видѣли, брать матеріалъ и изъ самого имѣнія, подлежащаго узуфрукту⁸⁾. Существенныя же, большія починки относятся къ хозяину имѣнія, такъ что фруктуарій не обязанъ предпринимать ихъ. Но является вопросъ: какія же починки считаются за умѣренныя и какія за боль-

1) См. объ этомъ Ihering Abhandl. II, p. 125.

2) fr. 1 § 4 D. de remiss. 43, 25; fr. 2 D. de O. N. N. 39, 1.

3) fr. 1 pr. D. 7. 6; fr. 5 § 1 D. eod. и fr. 1 § 20 D. 39, 1.

4) fr. 45 D. de usufr. 7, 1.

5) fr. 9 § 6, fr. 18 D. eod., § 38 I. de R. D. 2, 1.

6) См. объ этомъ выше и § 38 I. cit.

7) fr. 7 § 2 D. de usufr. 7, 1.

8) Vat. fragm. § 71; fr. 12 pr. D. de usufr. 7, 1.

шія ¹⁾? Въ источникахъ это не опредѣляется, такъ что по римскому праву вопросъ этотъ представляется какъ *quaestio facti* ²⁾; къ умѣреннымъ починкамъ нужно отнести по преимуществу текущія починки, т. е. постоянно повторяющіяся и имѣющія значеніе только для краткаго (относительно говоря) времени ³⁾. Во всякомъ случаѣ нельзя принудить фруктуарія къ возстановленію того, что обрушилось случайно или по ветхости; но и хозяинъ не обязанъ къ возстановленію разрушившихся частей зданія; если же онъ добровольно возстановитъ разрушенное, то онъ долженъ допустить фруктуарія къ пользованію возстановленнымъ домою ⁴⁾. На одинъ случай же мы имѣемъ въ источникахъ указаніе, не вполне соответствующее общимъ правиламъ объ обязанности фруктуарія относительно починокъ. Если именно рушится строеніе малоцѣнное, но необходимое для осуществленія узуфрукта, именно для собиранія плодовъ, то фруктуарій обязанъ возстановитъ его или же вознаградить хозяина, если тотъ возьмется самъ за обновленіе зданія. Это выходитъ изъ двухъ мѣстъ *дигестовъ* ⁵⁾, въ которыхъ выставляется одинъ и тотъ же

¹⁾ См. art. 605 Code Civil: L'usufruitier n'est tenu qu'aux réparations d'entretien; въ art. 606 мы находимъ опредѣленіе того, что должно разумѣть подъ: *les grosses réparations*.

²⁾ См. Кранса стр. 104. На это и указываетъ *arbiter*, упоминаемый по поводу обязанностей фруктуарія относительно починокъ во fr. 7 §§ 2 и 3 D. de usufr. 7, 1.

³⁾ См. Гофмана стр. 164. Глюкъ IX стр. 254 i. f. полагаетъ, что умѣренными называются тѣ издержки, которыхъ цѣнность не превышаетъ цѣнности узуфрукта, но очевидно, что практическое прижѣненіе этого взгляда можетъ повести къ тому, что, при часто повторяющихся издержкахъ, сумма ихъ можетъ увеличиваться до того, что онѣ далеко не подойдутъ подъ названіе умѣренныхъ, *modicae*.

⁴⁾ fr. 7 § 2, fr. 65 § 1 D. de usufr. 7, 1.

⁵⁾ fr. 50 Dig. de usufr. 7, 1 и fr. 32 § 5 de usu et usufruct. leg. 33, 2.

примѣръ одинаковыми почти словами. На основаніи приведенныхъ мѣстъ именно фруктуарію не прежде долженъ быть выданъ предметъ узуфрукта, чѣмъ онъ заплатилъ издержки за возведенное хозяйство строеніе ¹⁾. Эта особенность объясняется, между прочимъ, тѣмъ, что римляне въ отношеніи къ постройкамъ, необходимымъ для собиранія и т. п. плодовъ, допускали вообще отступленія отъ общихъ правилъ, дѣйствовавшихъ относительно зданій: такъ напримѣръ мы выше видѣли, что между тѣмъ, какъ фруктуарій не можетъ вообще строить на землѣ, подлежащей узуфрукту, исключеніе дѣлается для построекъ съ означеннымъ характеромъ. Право (и обязанность) фруктуарія относительно починокъ (*refectiones*) однако никогда не простирается до того, чтобы онъ могъ вполне разобрать вещь и уничтожить физическую связь между отдѣльными частями ея, съ цѣлію напримѣръ возстановленія ея изъ того же матеріала, ибо въ моментъ, когда вещь будетъ разобрана, она считается уничтоженною въ видѣ определенной, конкретной вещи, и поэтому, хотя бы вещь находилась въ подобномъ состояніи только въ теченіе самаго короткаго времени, узуфруктъ въ ней долженъ прекратиться вслѣдствіе уничтоженія объекта ²⁾. Если фруктуарій не предприметъ обязательныхъ для него починокъ, вслѣдствіе того напримѣръ, что онъ отсутствуетъ, то хозяинъ можетъ это дѣлать, и фруктуарій обязанъ вознаградить его за всѣ издержки; на вытребованіе ихъ дается хозяину *actio negotiorum gestorum*, хотя этими издержками онъ улучшалъ собственную свою вещь, и тѣмъ заботился и о собственныхъ своихъ интересахъ (*tametsi sibi in futurum prospiceret*). Отъ обязанности починать вещь или вознаградить хозяина за починки, фруктуарій можетъ освободиться тѣмъ, что онъ отказывается отъ узуфрукта. Если же фруктуарій

¹⁾ См. объясненіе этого случая у Эльверса стр. 507 и у Кранса стр. 102 i. f.

²⁾ fr. 10 § 1 D. quib. mod. 7, 4.

предприметь такія починки, которыя не относятся къ его обязанностямъ, то онъ не можетъ требовать вознагражденія отъ хозяина *per actionem negotiorum gestorum*, такъ какъ онъ въ этомъ случаѣ заботится о своихъ собственныхъ выгодахъ, слѣдовательно не будетъ дѣйствовать *cum animo negotia alterius gerendi*; онъ можетъ только ретинировать вещь.

Вотъ обязанности, лежащія на фрунтуаріѣ въ отношеніи къ сохраненію физическаго состава вещи; онъ отъ нихъ можетъ отдѣлаться только однимъ путемъ, именно отказомъ отъ узупфрукта, возвращеніемъ его хозяину. Такой отказъ въ классическомъ процессѣ могъ воспослѣдовать даже во время уже начатаго процесса и избавлялъ въ этомъ случаѣ фрунтуарія отъ кондемнаціи¹⁾. Поэтому мы имѣемъ здѣсь случай такъ называемой *facultas alternativa: in petitione* именно имѣется только *refectio (domus)*, а *in solutione* — или *refectio*, или *derelictio ususfructus*. Но конечно фрунтуаріѣ не можетъ отдѣлаться отъ повиннокъ тогда, когда порча вещи произошла не случайно, а вслѣдствіе дѣйствій его самого или его семейства²⁾. Приведенное правило, по которому фрунтуаріѣ можетъ избавиться отъ своихъ обязанностей „*quum paratus sit ususfructum derelinquere*“, возбуждаетъ множество сомнѣній, хотя оно съ перваго взгляда и представляется совершенно естественнымъ и простымъ; ученые поэтому выставляютъ различныя сужденія относительно его. Мы уже имѣли случай коснуться одного изъ нихъ³⁾, а именно того вопроса, можетъ ли односторонній отказъ, покиданіе фрунтуаріемъ вещи, въ которой имѣется узупфруктъ, уничтожить это право, слѣдовательно, при-

¹⁾ fr. 48 pr. D. de usufr. 7, 1 fr. 64 eod. (Ulpian.): Sed et post acceptum contra eum iudicium, parato fructuario derelinquere ususfructum, dicendum est, absolvi eum debere a iudice.

²⁾ fr. 65 pr. D. eod.

³⁾ При объясненіи fr. 66 D. de iure dotium 23, 3.

мѣняясь къ случаю, о которомъ здѣсь идетъ рѣчь, можетъ ли такой отказъ освободить фрунтуаріа отъ его обязанностей, возвращая вещь хозяину свободно отъ узупфрукта. Мы показали, что во времена Помпоніа такой отказъ не могъ считаться дѣйствительнымъ; по нашему мнѣнію онъ и не могъ имѣть мѣста по новѣйшему римскому праву, и мы соглашаемся съ Эльверсомъ, который ¹⁾ полагаетъ, что выраженіе *derelinquere* здѣсь значитъ оставить, или лучше сказать, предоставить узупфруктъ хозяину, слѣдовательно имѣетъ смыслъ: *cedere usumfructum proprietario*. Мы въ ученіи о прекращеніи узупфрукта еще возвратимся къ этому вопросу; здѣсь же укажемъ пока только на то, что во всѣхъ мѣстахъ источниковъ, гдѣ упоминается объ означенномъ обстоятельстве, говорится не просто *derelinquit*, но *paratus est derelinquere*, т. е. если онъ будетъ готовъ или согласенъ оставить узупфруктъ; лицо же бываетъ готовымъ къ чему нибудь только по предложенію другаго лица. Мы полагаемъ, что готовность, которая имѣется здѣсь въ виду, именно и касается возвращенія узупфрукта хозяину. Далѣе удивляются тому, какъ можетъ фрунтуарій, имѣющій права и обязанности, избавиться отъ этихъ послѣднихъ отказомъ отъ правъ, между тѣмъ какъ по общему правилу при двухсторонней сдѣлкѣ отказъ отъ правъ, вытекающихъ изъ нея, оставляетъ за лицомъ всю отвѣтственность, вытекающую изъ обязанностей, которыя лицо приняло на себя по сдѣлкѣ. Причина этого впрочемъ весьма естественна. Изложенное общее правило относится именно къ тѣмъ только сдѣлкамъ, которыя доставляютъ контрагентамъ право требовать себѣ обоюдныхъ выгодъ; причемъ этому праву каждаго контрагента соответствуетъ обязанность другаго (контрагента), состоящая въ томъ, что этотъ послѣдній долженъ перенести что либо изъ своего имущества въ имущество перваго (т. е. лица, имѣющаго право требованія), съ тѣмъ, чтобы доставить ему воз-

¹⁾ l. c. p. 510.

награжденіе за получаемыя отъ него выгоды. Очевидно подъ понятие сдѣлокъ такого рода узуфруктъ не можетъ быть подведенъ, и дѣйствительно римскіе юристы этого не дѣлали. Обязанности фруктуарія не являются вознагражденіемъ за пользованіе его; онѣ не имѣютъ цѣлю увеличить имущество хозяина вещи; значеніе ихъ заключается только въ томъ, что онѣ являются гарантіею для хозяина относительно правильности пользованія вещью со стороны фруктуарія, а равнымъ образомъ въ томъ, что вслѣдствіе обязанностей сего послѣдняго хозяинъ освобождается отъ различныхъ тягостей на основаніи того, что онъ лишень пользованія вещью, по поводу которой эти обязанности и тягости возникаютъ. Какъ явствуетъ изъ сказаннаго, обязанности фруктуарія по самому существу своему и не могутъ продолжаться долѣе самаго пользованія. Такъ какъ именно фруктуарій въ отношеніи къ хозяину не имѣетъ самостоятельныхъ обязанностей, а его обязанности направлены только на гарантированіе хозяина противъ неправильнаго пользованія и противъ убытковъ, которые онъ могъ бы имѣть вслѣдствіе того, что чужое лицо пользуется его вещью, то очевидно, что если это пользованіе прекратится, и поэтому уже не можетъ быть болѣе рѣчи объ убыткахъ, могущихъ происходить отъ него, то и нельзя будетъ говорить болѣе объ обязанности къ дѣйствіямъ, направленнымъ на предотвращеніе убытковъ. Но далѣе изъ сказаннаго само собою вытекаетъ, что фруктуарій покиданіемъ узуфрукта не можетъ избавиться отъ тѣхъ обязанностей, которыя лежатъ на немъ въ качествѣ самостоятельныхъ обязанностей, возникшихъ не изъ самаго пользованія вещью, но изъ противозаконныхъ дѣйствій, которыя были совершены по поводу этого пользованія, и которыми уже былъ причиненъ убытокъ хозяину. Поэтому, какъ мы выше видѣли, по fr. 65 D. de usufructu 7, 1 отвѣтственность за вредъ, причиненный вещи по винѣ фруктуарія и его семейства, остается за нимъ даже тогда, еслибы онъ paratus sit usumfructum derelinquere. Наконецъ, кромѣ этой

отвѣтственности *ex delicto*, фруктуарій конечно и въ случаѣ покиданія узуфрукта сохраняетъ за собою обязанности, вытекающія изъ самостоятельныхъ контрактовъ, заключенныхъ по поводу вещи, въ которой онъ имѣлъ пользованіе. Такъ напримѣръ онъ въ томъ случаѣ, когда онъ доставилъ кому нибудь наемное право въ вещи, вполне отвѣтствуетъ передъ этимъ лицомъ въ случаѣ покиданія узуфрукта и невозможности вслѣдствіе этого исполненія тѣхъ обязанностей, которыя онъ взялъ на себя по найму ¹⁾. И такъ сказанное нами мы вкратцѣ можемъ выразить слѣдующимъ образомъ: фруктуарій по отношенію къ разсматриваемымъ нами обязанностямъ представляется обязаннымъ не лицу (хозяина), а, такъ сказать, самой вещи, о поддержаніи которой онъ долженъ заботиться, такъ какъ онъ получаетъ отъ нея выгоды; оставляя это извлеченіе выгодъ изъ вещи, онъ и освобождается отъ обязанностей въ отношеніи къ ней.

Въ источникахъ уничтоженіе обязанностей фруктуарія вслѣдствіе покиданія узуфрукта именно упоминается только въ примѣненіи къ одному случаю, т. е. въ отношеніи къ обязанности принимать необходимыя починки (*reficiendi*). Но мы нисколько не сомнѣваемся, что сказанное о починкахъ должно быть отнесено *ex ratiōe* ко всѣмъ тѣмъ обязанностямъ лица, пользующагося чужою вещію, которыя являются не какъ вознагражденіе за дѣйствія хозяина вещи, а представляются только условіями хорошаго, добросовѣтнаго и заботливаго пользованія; а всѣ вышесказанныя обязанности фруктуарія именно и имѣютъ такой характеръ.

Эльверсъ ¹⁾, по поводу разсматриваемаго нами отношенія, ста-

¹⁾ См. Гофмана стр. 165, Кранса стр. 103: *La cause des obligations de l'usufruitier réside dans sa jouissance; quand la jouissance cesse, le devoir de réparer doit finir également.* См. выше стр. 395.

²⁾ l. c. p. 511.

вить еще одинъ вопросъ, который при ясности источниковъ собственно не долженъ былъ бы возникнуть; онъ его разрѣшаетъ совершенно противно источникамъ. Эльверсъ выдумываетъ положенія, противныя всему ученію объ узуфруктѣ и стѣсняющія хозяина такъ, что, еслибы они дѣйствительно существовали, то въ бѣльшей части случаевъ узуфрукта хозяину оставалось бы только одно средство для того, чтобы имѣть полное спокойствіе въ отношеніи къ фрукутарію, а именно совершенное покиданіе вещи, въ которой установленъ узуфруктъ. Эльверсъ именно допускаетъ, что фрукутарій могъ избавиться отъ своихъ обязанностей не только окончательнымъ оставленіемъ узуфрукта въ вещи, но даже только временнымъ возвращеніемъ ея хозяину, съ оставленіемъ за собою права (*indem er sich dabei vorbehält*) возвратить себѣ вещь впослѣдствіи времени. Онъ разсуждаетъ слѣдующимъ образомъ: такъ какъ вообще отъ лица, имѣющаго право сервитута, зависитъ оставить пользованіе вещью во всякое время, а затѣмъ вновь взяться за пользованіе (если только не прошелъ срокъ, установленный для превращенія права *per pop usum*), то и фрукутарію должно быть дозволено временно отступить отъ своего права (*ein zeitweiliger Rücktritt*) и *согласно съ этимъ хозяинъ долженъ быть обязанъ къ принятію вещи, возвращаемой ему фрукутаріемъ только на нѣкоторое время*, при чемъ однако это право фрукутарія и соответствующая ему обязанность хозяина подвергнется различнымъ модификаціямъ на основаніи обѣщанія, даннаго фрукутаріемъ въ *cautio*, дѣйствовать при осуществленіи своего права согласно съ правилами добросовѣстности (*bona fides*). Такъ отказъ (т. е. временный) фрукутарія всегда долженъ будетъ простираться по крайней мѣрѣ на столько времени, чтобы хозяинъ дѣйствительно могъ извлечь выгоду изъ доставленнаго ему свободнаго пользованія, и поэтому фрукутарій не можетъ напримѣръ требовать, чтобы хозяинъ взялъ себѣ имѣніе въ такое время года, когда оно не доставляетъ никакихъ выгодъ; далѣе фрукутарій не можетъ возлагать

временнымъ возвращеніемъ вещи на хозяина такія тягости, которыя не соотвѣтствовали бы получаемымъ хозяиномъ выгодамъ, не можетъ возвратитъ наприимѣръ вещь временно тогда, когда она нуждается въ значительныхъ починкахъ и т. д. Мы привели слова Эльверса почти буквально, чтобы еще разъ показать до какихъ неразумныхъ результатовъ можетъ дойти ученый, исходящій отъ предвзятой идеи. Дѣйствительно не понятенъ скачекъ отъ того положенія, что фруктуарій можетъ пользоваться или не пользоваться своимъ правомъ, къ тому, что хозяинъ можетъ быть принужденъ принять временно вещь, чтобы сохранить ее для фруктуарія, которому онъ долженъ будетъ возвратитъ ее по востребованію. Подобное положеніе, не находящее себѣ аналогіи положительно нигдѣ въ системѣ римскаго права, могло бы, въ качествѣ явленія въ высшей степени ненормальнаго, быть принято только тогда, когда бы мы имѣли въ источникахъ положительныя указанія на него. Между тѣмъ выраженія, употребленныя въ дигестахъ, какъ-то: *recedere ab usufructu, derelinquere usumfructum*, ясно указываютъ, какъ признаетъ и самъ Эльверсъ, на полный, окончательный отказъ отъ права. Къ тому же Ульпіанъ¹⁾ прямо говоритъ, что всякое возвращеніе вещи въ пользованіе хозяину даетъ послѣднему возможность уничтожить узуфруктъ даже въ томъ случаѣ, еслибы фруктуарій имѣлъ въ виду доставитъ хозяину только одно *exercitium ususfructus* и это намѣреніе было бы ясно выражено наприимѣръ въ договорѣ найма, заключенномъ хозяиномъ съ фруктуаріемъ. Эльверсъ не высказывается насчетъ того, въ какомъ именно юридическомъ отношеніи находились бы хозяинъ и фруктуарій между собою въ случаѣ временнаго возвращенія узуфрукта, а мы сами, при всемъ желаніи, не можемъ придумать во всей системѣ римскаго права отношенія, сюда подходящаго. Наконецъ, чтобы указать на крайнюю непрактичность приводимаго Эльверсомъ взгляда, обратимъ вниманіе только на

¹⁾ fr. 29 D. quib. mod. 7, 4.

то, что по его мнѣнію въ томъ случаѣ, еслибы фрукутарій передалъ хозяину *detentionem rei* въ такой моментъ, когда ему по поводу вещи пришлось бы дѣлать большія издержки, напримѣръ по поводу починокъ, хозяинъ долженъ имѣть право отклонить требованіе фрукутарія на возвращеніе вещи до тѣхъ поръ, пока не прошло время, въ теченіе котораго сдѣланныя имъ издержки имѣли дѣйствіе, т. е. пока вещь не пришла опять въ то разстроенное состояніе, въ которомъ она была передана фрукутаріемъ хозяину! Хозяинъ тутъ долженъ былъ бы находиться подъ постояннымъ контролемъ фрукутарія, который наблюдалъ бы за тѣмъ, не возвратилась ли вещь къ прежнему состоянію. Хозяинъ же могъ бы парализовать совершенно право фрукутарія требовать возвращенія вещи тѣмъ, что поддерживалъ бы ее постоянно въ хорошемъ состояніи. Впрочемъ Эльверсъ, кажется, допускаетъ, чтобы фрукутарій могъ требовать возвращенія вещи, если онъ предложитъ хозяину полное вознагражденіе за издержки. Однако и этотъ исходъ дѣла представлялся бы крайне не нормальнымъ, ибо фрукутарій въ этомъ случаѣ имѣлъ бы возможность возлагать на хозяина совершеніе починокъ, лежащихъ на немъ самомъ, еслибы ему въ данный моментъ было невозможно сдѣлать самому необходимыя для этого издержки, словомъ сказать, фрукутарій могъ бы принудить хозяина починать вещь за себя съ доставленіемъ ему затѣмъ соотвѣтствующаго вознагражденія. Мы полагаемъ, что кромѣ Эльверса не найдется другаго юриста, который бы могъ согласиться на допущеніе подобнаго порядка.

Б. Въ отношеніи къ сохраненію юридическаго состоянія вещи фрукутарій обязанъ заботиться, чтобы всѣ права, соединенныя съ вещію, отданною ему въ пользованіе, оставались вполнѣ при ней и сохранялись хозяину ея, а также онъ долженъ дѣйствовать такъ, чтобы вещь не подвергалась юридическимъ ограниченіямъ, которыя не лежали на ней во время установленія узупрукта. Поэтому онъ долженъ наблюдать, чтобы никто не завладѣвалъ этою вещію на основаніи давности, чтобы въ ней не

возникали сервитуты по давности¹⁾, долженъ самъ осуществлять сервитуты, принадлежащія имѣнію, чтобы они не терялись *per populum usum*²⁾, и т. д.

Независимо отъ вышеприведенныхъ обязанностей, направленныхъ на гарантированіе хозяину порядочнаго пользованія со стороны фруктуарія и на возвращеніе ему вещи въ исправности, мы въ источникахъ имѣемъ еще указаніе на другія обязанности фруктуарія, которыя, по мнѣнію Эльверса³⁾, не подходятъ подъ общее правило, по которому на немъ лежатъ только тѣ обязанности, которыя являются въ видѣ обыкновеннаго, естественнаго уменьшенія дохода вещи, а не такия, которыя имѣютъ характеръ неожиданнаго отягощенія лица, пользующагося вещію. Фруктуарій именно долженъ участвовать *ex actione noxali* въ вознагражденіи, платимомъ по поводу деликта, совершеннаго работъ⁴⁾; затѣмъ онъ долженъ взять на себя, по крайней мѣрѣ отчасти, обязанность относительно доставленія *cautionis damni infecti*, если домъ, въ которомъ установленъ usufructus, угрожаетъ вѣроятнымъ разрушеніемъ сосѣду⁵⁾. Мандреа объясняетъ оба случая тѣмъ, что *usufructus (quoad positionem oeconomiam) quasi pars dominii est*, и что по этому иски, которыя могутъ имѣть мѣсто противъ хозяина вещи, могутъ быть вчиняемы и противъ фруктуарія ея. Мы не будемъ разсматривать здѣсь подробно этотъ вопросъ, такъ какъ онъ не имѣетъ практической важности, а замѣтимъ только, что изъ источниковъ выхо-

¹⁾ fr. 1 § 7 D. usufruct. quemadm. 7, 9.

²⁾ fr. 15 § 7 D. de usufr. 7, 1.

³⁾ l. c. p. 512 до 531.

⁴⁾ fr. 3 D. si ex nox. causa ag. 2, 9; fr. 17 § 1, fr. 26 § 6, fr. 27 pr. D. de noxal. action. 9, 4.

⁵⁾ fr. 19 pr. fr. 9 § 5, fr. 10 D. de damno infecto 39, 2. См. Мандреа: De usufructu quasi parte dominii §§ 12 и 13; Krans l. c. p. 123 i. f. и 126; Vangerow l. c. § 676. Объ обязанности фруктуарія платить страховую премію, см. Seuffert Archiv XV, 106.

дигъ: 1) въ отношеніи къ actio noxalis, что *этотъ искъ долженъ быть вчиняемъ сначала противъ хозяина*, ибо если хозяинъ не возьмется защищать раба, то онъ считается отказавшимся отъ него, и тогда дѣйствительно за однимъ только фруктуаріемъ останется potestas и facultas exhibendi, которую полагаетъ преторскій эдиктъ въ основаніе при actio noxalis; фруктуарій въ этомъ случаѣ и можетъ выдать раба истцу, и если онъ это сдѣлаетъ, то онъ защищается противъ хозяина, хотя онъ тутъ отчуждаетъ чужую вещь ¹⁾. Что Ульпіанъ во fr. 3 D. si ex nox. causa 2, 9 говоритъ просто о вчинаніи иска противъ фруктуарія, не упоминая о необходимости предварительнаго иска противъ хозяина, это ничего не доказываетъ, ибо изъ того краткаго отрывка, который взятъ и помѣщенъ составителями дигестовъ въ этомъ мѣстѣ, мы еще не можемъ вывести заключенія, чтобы Ульпіанъ прежде не говорилъ о необходимости предварительнаго иска противъ хозяина. По тому мѣсту, которое занимаютъ въ дигестахъ слова Ульпіана въ видѣ fr. 3 cit., мы даже должны думать, что онъ передъ тѣмъ именно говорилъ объ этомъ предметѣ, ибо во fr. 2 i. f. идетъ рѣчь объ actio noxalis, направленномъ противъ хозяина и о томъ случаѣ si dominus absens est, nec quisquam servum defendit, а затѣмъ во fr. 3 приводится actio noxalis противъ фруктуарія. Дѣйствительно, какимъ же образомъ допустить искъ, основанный на требованіи, доставляющемъ обязанному лицу facultatem alternativam, противъ такого лица, которое не можетъ имѣть этой facultas alternativa, потому что ему не принадлежитъ право выдачи раба. Почему поставить фруктуарія въ худшее положеніе по отвѣтственности за деликты чужаго раба, нежели есть то, въ кото-

¹⁾ fr. 17 § 1 i. f. D. de noxal. action. 9, 4: et si ego dominus proprietatis eum servum nolui defendere, defensio tibi (i. e. fructuario) permittenda est; et si damnatus hominem tradas, et adversus me tueris. См. Эльверса l. c. p. 515, Крауса l. c. p. 126.

рожь находится господинъ по отношенію въ деликтахъ собственнаго своего раба? Конечно если фруктуарій имѣеть возможность пользоваться тѣмъ же правомъ, которое предоставлено закономъ хозяину какъ естественное облегченіе отвѣтственности за дѣйствія раба, тогда вчинаніе противъ него *actiois poxalis* не представляетъ собою ничего особеннаго; эту же возможность онъ получаетъ только въ случаѣ, приведенномъ во fr. 17 § 1 cit. ¹⁾, т. е. когда онъ приметъ на себя защиту раба, отъ которой отказался хозяинъ. И такъ, по нашему мнѣнію, нѣтъ сомнѣнія, что *actio poxalis* долженъ быть вчиненъ предварительно противъ хозяина раба, и только въ томъ случаѣ, когда онъ откажется отъ защиты, противъ фруктуарія. Нѣсколько страннымъ съ перваго взгляда затѣмъ можетъ показаться то, что въ случаѣ проведеннаго противъ хозяина *actio poxalis* фруктуарій долженъ участвовать въ вознагражденіи, платимомъ хозяиномъ, именно платить соотвѣтствующую его узуфрукту часть *litis aestimationis* ²⁾; если же онъ на это не согласенъ, то лишается права узуфрукта. Мы однако въ этомъ положеніи не видимъ ничего особеннаго; оно напротивъ представляется весьма естественнымъ и разумнымъ. Послѣдствіемъ деликта раба по закону именно является или доставленіе поврежденному лицу вознагражденія, или же отдача ему раба въ полную, неограниченную собственность. Если же рабъ находится *in usufructu*, то имущественныя выгоды отъ него гораздо болѣе на сторонѣ фруктуарія, нежели хозяина; часто именно можетъ случаться, что рабъ скончается до смерти фруктуарія; отдавая раба въ узуфруктъ, хозяинъ долженъ весьма сомнительно смотрѣть на дальнѣйшія выгоды, которыя онъ можетъ ожидать отъ него. Поэтому ясно, что возложить на од-

¹⁾ См. и Кранса l. c. p. 126.

²⁾ fr. 17 § 1 cit.: *per praetorem id consequar ego dominus proprietatis, ut aut cogat praetor te (i. e. fructuarium) pro aestimatione ususfructus conferre ad litis aestimationem, aut usufructu cedere.*

ного хозяина всю отвѣтственность по деликту раба, подобно тому наприимѣръ, какъ это имѣеть мѣсто въ отношеніи къ кореннымъ починкамъ, было бы крайне несправедливо; при этихъ починкахъ именно хозяинъ готовить себѣ въ будущемъ выгоды изъ вещи, между тѣмъ какъ при уплатѣ по поводу деликта раба весьма возможно, что онъ заботится только о дѣйствительныхъ интересахъ фруктуарія. Поэтому, чтобы придерживаться выставленной нами аналогіи, съ точки зрѣнія хозяина плата за деликтъ раба должна подходить болѣе къ *modicae refectiones*, которыя также сохраняють вещь только для пользованія фруктуарія, именно на короткое время, нежели къ большимъ починкамъ. Точно такъ же какъ фруктуарій можетъ освободиться отъ починокъ покиданіемъ узуфрукта, такъ онъ можетъ избавиться и отъ участія въ уплатѣ *litis aestimationis* — уступкою узуфрукта. Намъ не повезало бы даже страннымъ, еслибы законъ обязывалъ фруктуарія платить полное вознагражденіе за ущербъ, причиненный рабомъ другому лицу, съ тѣмъ только, чтобы *finito usufructu* онъ самъ или его наслѣдники могли вытребовать у хозяина соответствующее вознагражденіе, и до полученія его ретинировать раба. Если же рабъ скончался до прекращенія узуфрукта, то хозяинъ долженъ бы быть вполне освобожденъ отъ уплаты вознагражденія по поводу его деликта, такъ какъ онъ отъ раба не имѣлъ уже никакой выгоды послѣ совершеннаго имъ деликта. Такая постановка вопроса, кажется, и соответствовала бы болѣе практическимъ потребностямъ, ибо конечно легче оцѣнить узуфруктъ по окончаніи его, нежели тогда, когда онъ еще продолжается и когда совершенно неизвѣстно, къ какому времени онъ окончится (т. е. когда умереть фруктуарію). Еслибы принять это положеніе, то фруктуарій имѣлъ бы слѣдующую альтернативу: а) или заплатить на рискъ вознагражденіе по деликту раба (въ ожиданіи продолжительнаго еще пользованія); онъ бы тогда находился въ положеніи лица, о которомъ римляне говорятъ: *sumtus non recesitum, quia hoc* (т. е. возможность скорого окон-

чанія) *evenire posse prospicere debuit*¹⁾; b) или отказаться отъ узупрукта. Римляне же не дошли до этого, какъ намъ кажется, вовсе не слишкомъ суроваго положенія (*ubi sunt commoda, ibi et onera esse debent*), но остановились на общей обязанности хозяина и фрукутарія — вознаградить *pro rata* лицо, потерпѣвшее отъ деликта узупруктарнаго раба. И дѣйствительно по ихъ взгляду и должно было остановиться на этомъ рѣшеніи, которое именно объясняется указаннымъ выше (въ ученіи о приобрѣтеніи фрукутаріемъ плодовъ) особеннымъ положеніемъ такого раба, по которому онъ состоитъ какъ бы подъ общею властію хозяина и фрукутарія, вслѣдствіе чего оба эти лица могутъ приобрѣтать выгоды чрезъ дѣйствія раба, и приобрѣтеніе въ данномъ случаѣ тѣмъ или другимъ изъ нихъ опредѣляется случайнымъ обстоятельствомъ (т. е. тѣмъ, кто изъ нихъ прежде заплатитъ по обѣщанію, данному рабомъ). Итакъ фрукутарный рабъ по римскому взгляду можетъ *durante usufructu* доставлять выгоды и хозяину; поэтому ясно, что хозяинъ участвуетъ вмѣстѣ съ фрукутаріемъ въ убыткѣ, причиненномъ такимъ рабомъ. Если намъ возразятъ, что нашему мнѣнію противорѣчитъ *fr. 18 D. de poenal. act. 9, 4*, по которому фрукутарій самъ можетъ требовать вознагражденія отъ хозяина за деликтъ раба, при чемъ также допускается *poenae deditio*, то мы замѣтимъ, что и при всѣхъ другихъ взглядахъ, высказанныхъ учеными по этому вопросу, *fr. 17 § 1 cit.*, по которому фрукутарій обязанъ участвовать *pro rata* въ *litis aestimatio* или отказаться отъ узупрукта, не можетъ быть согласованъ съ *fr. 18*, по которому онъ можетъ предъявить противъ хозяина раба *actionem poenalem*. Еслибы именно римскіе юристы были послѣдовательны въ этомъ вопросѣ, то фрукутарій, потерпѣвшій отъ раба фрукутарнаго, долженъ былъ бы имѣть слѣдующую альтернативу: а) получая отъ хозяина вознагражденіе, допустить вычетъ суммы *pro rata ususfructus*;

¹⁾ *fr. 9 § 2 D. loc. 19, 2.*

b) при похаре *deditio* онъ долженъ былъ бы дать хозяину вознагражденіе *pro rata ususfructus*. Fr. 18 *cit.* дѣлаетъ невозможнымъ и объясненіе Мандреа, по которому общая отвѣтственность хозяина и фруктуарія является послѣдствіемъ того, что *ususfructus quasi pars dominii est*.

2) Въ отношеніи къ обязанности доставить *cautionem damni infecti* мы выходимъ изъ того взгляда, что при введеніи ея преторъ руководствовался главнымъ образомъ аналогією *actiois poxalis* ¹⁾ (объ этомъ искѣ именно упоминалось уже въ законахъ двѣнадцати таблицъ). Преторъ именно, кажется, не обратилъ достаточнаго вниманія на различіе, которое представляетъ пользованіе работъ въ сравненіи съ пользованіемъ недвижимымъ имуществомъ, и которое основывается главнымъ образомъ на томъ, что права, сохраняемыя собственникомъ вещи въ первомъ случаѣ, представляются гораздо болѣе шаткими, нежели во второмъ случаѣ. Замѣтивъ же, что и при *actio poxalis* и при *cautio damni infecti* рѣчь идетъ объ отвращеніи убытковъ, которые можетъ претерпѣть постороннее лицо отъ вещи, находящейся *in usufructu*, преторъ примѣнилъ положенія объ *actio poxalis* къ *cautio damni infecti*. При этомъ однако было сдѣлано въ эдиктѣ одно важное отступленіе, а именно при *cautio damni infecti* было допущено обращаться съ требованіемъ обезпеченія альтернативно или противъ хозяина, или же прямо противъ фруктуарія ²⁾, между тѣмъ какъ, какъ мы видѣли выше, при *actio poxalis* фруктуарій отвѣтствуетъ только на второмъ планѣ. Хозяинъ или фруктуарій же, противъ котораго предъявлено требованіе, отвѣтствуютъ не каждый *in solidum*, но могутъ притянуть другъ друга къ участию въ *cautio*:

¹⁾ На это указываетъ напр. fr. 7 § 1 D. h. t. 39, 2, гдѣ Ульпианъ дѣлаетъ сравненіе между *cautio damni infecti* и *actio poxalis*.

²⁾ См. объ этомъ противъ Эльверса р. 525, указанія Мандреа р. 73 прим. 119, Крансъ р. 124.

fr. 22 pr. D. h. t. 39, 2, fr. 10 eod: Et si obtulerit propriarius aliquid, non est fructuario permittendum uti, nisi contulerit; idemque fructuario praestandum est, ut propriarius cogatur conferre. Такъ какъ мы здѣсь, какъ уже было замѣчено выше, не намѣрены подробно разсматривать эти вопросы, то мы ограничимся замѣчаніемъ, что по нашему мнѣнію гораздо послѣдовательнѣе было бы возложить обязанность къ доставленію обезпеченія въ случаѣ cautionis damni infecti исключительно на хозяина вещи, который бы долженъ былъ, если ему эта отвѣтственность показалась бы слишкомъ тягостною, уступить вещь фруитуарію, ибо въ случаѣ, разсматриваемомъ нами здѣсь, нѣтъ той шаткости, которую мы замѣчали въ отношеніи къ собственности въ рабѣ, подлежащемъ узуфрукту. Какъ выходитъ изъ сказаннаго, хозяинъ, доставляя cautionem damni infecti, всегда будетъ заботиться о своемъ имуществѣ, именно о домѣ, который однажды получить онъ самъ (или наслѣдникъ его). Хозяинъ въ этомъ случаѣ именно позаботится о томъ, чтобы вслѣдствіе ввода сосѣда во владѣніе домою онъ не лишился собственности въ вещи. Притомъ хозяину придется платить только тогда, когда разрушится домъ, т. е. когда онъ избавится отъ тяжести узуфрукта ¹⁾. Но такъ какъ фруитуаріи находился бы въ весьма невыгодномъ положеніи, если бы въ случаѣ отказа хозяина отъ доставленія cautionis онъ долженъ былъ допустить вводъ сосѣда во владѣніе домою, обстоятельство, которое помѣшало бы осуществленію его права еще ранѣе прекращенія этого права (узуфрукта) вслѣдствіе разрушенія дома, то въ упомянутомъ случаѣ слѣдовало бы допустить самого фруитуарія къ доставленію обезпеченія, но конечно съ доставленіемъ ему права удержанія затѣмъ дома (jus retentionis) до тѣхъ поръ, пока хозяинъ съ своей стороны не вознаградитъ его вполне за доставленное

¹⁾ fr. 20 § 2 D. de S. P. U. 8, 2: sublato aedificio ususfructus interit, quamvis area pars est aedificii.

нимъ сосѣду обезпеченіе. Мы бы даже допустили въ виду особенной строгости, которою отличается ученіе о *cautio damni infecti*, чтобы фруктуарій прибрѣталъ собственность въ домъ въ томъ случаѣ, если онъ представилъ обезпеченіе вмѣсто хозяина, упорно отказавшагося отъ исполненія этой обязанности ¹⁾. На указанный нами исходъ мы видимъ дѣйствительно намекъ въ словахъ Павла въ fr. 22 pr. D. h. t. 39, 2: *Ergo et solum retinebit fructuarius, si aedes ceciderint, donec praestetur ei damnum, ut, quod haberet vicinus missus in possessionem, id fructuarius habeat, qui damnum vicino sarcit.* Но эти слова, хотя связанные съ предыдущимъ посредствомъ слова *ergo*, слѣдовательно представляющіяся какъ бы выводомъ изъ него, вовсе не выжуются съ тѣмъ, что говоритъ Павелъ въ началѣ этого мѣста насчетъ того, что фруктуарію необходимо доставить часть обезпеченія, и что онъ лишается своего права пользованія при неисполненіи этой обязанности. Во всякомъ случаѣ положительный законъ рѣшаетъ подлежащій вопросъ несогласно съ нашимъ взглядомъ, позволяя сосѣду обращаться съ требованіемъ обезпеченія или къ хозяину или къ фруктуарію, причемъ хозяинъ можетъ отдѣляться словеснымъ обезпеченіемъ, *per nuda[m] heremissionem*, между тѣмъ какъ фруктуарій обязанъ доставить вещественную гарантію: *per satisfationem* fr. 9 § 5 D. h. t. 39, 2, и затѣмъ тотъ изъ нихъ, кто не участвовалъ въ первоначальномъ обезпеченіи, долженъ дать другому соразмѣрное вознагражденіе. Укажемъ для окончанія этого вопроса еще на fr. 20 h. t., гдѣ идетъ рѣчь о случаяхъ, въ которыхъ хозяинъ и фруктуарій взаимно могутъ требовать другъ отъ друга доставленія *cautionis damni infecti*. Фруктуарій, связано здѣсь, можетъ предъявить это требованіе только тогда, *si de soli vitio caveri sibi desideret*,

¹⁾ Указаніе на подобную мысль можно видѣть во fr. 10 i. f. D. h. t. 39, 2: *Sed si fructuarius de soli vitio quid praestiterit, jus domini ad eum transferri oportet.*

т. е. если почва представляет собою въ какомъ нибудь отноше-
ніи опасность, хозяинъ же *de operis vitio, si quid fructuarius
aedificet*, т. е. когда по его мнѣнію угрожаетъ опасность отъ
устраиваемаго фрукуаріемъ зданія. Очевидно, въ виду именно
того, что фрукуарій, какъ мы выше замѣтили, не имѣетъ пра-
ва строить въ имѣніи, которымъ онъ пользуется, и при исклю-
чительности обстоятельствъ, которыя могутъ вызывать обезпе-
ченіе *propter vitium soli*, эти случаи взаимнаго доставленія
обезпеченія хозяиномъ фрукуарію и фрукуаріемъ хозяину
почти никогда не будутъ встрѣчаться на практикѣ.

И такъ мы видѣли въ чемъ заключаются главныя обязан-
ности фрукуарія относительно сохраненія вещи. Конечно для
исполненія ихъ ему часто придется примѣнять кромѣ личного
труда и деньги, дѣлать издержки. Ясно, что онъ не можетъ
требовать вознагражденія за эти издержки, такъ какъ онъ
входятъ въ составъ его обязанностей. Поэтому, если бы фрук-
туарію было невозможно, по поводу напримѣръ необходимаго
отсутствія, предпринимать *modicas refectiones* и т. д., и хозяинъ
самъ дѣлалъ бы эти починки за него, зная что онъ этимъ ис-
полняетъ чужую обязанность (*quasi negotium fructuarii gerens*),
то хозяину должно принадлежать право требовать посредствомъ
actio negotiorum gestorum contraria отъ фрукуарія вознаграж-
денія за свои издержки¹⁾. Но только этимъ случаемъ и ограни-
чивается право хозяина требовать отъ фрукуарія вознагражде-
нія за улучшенія сдѣланныя имъ въ вещи, подлежащей узуфрукту.
Fr. 50 D. de usufr. именно объясняется не изъ общихъ началъ
объ обязанности фрукуарія вознаграждать хозяина за издержки,
а изъ имущественной общности (*communio*), которая установ-
лена въ данномъ случаѣ между хозяиномъ и фрукуаріемъ²⁾.
Поэтому въ тѣхъ мѣстахъ источниковъ, въ которыхъ говорится

¹⁾ См. выше стр. 412 i. f.; fr. 48 pr. D. de usufructu 7, 1.

²⁾ См. Elvers, l. c. p. 507.

объ измѣненіяхъ и улучшеніяхъ вещи, которыя можетъ дѣлать хозяинъ ея *durante usufructu*, нигдѣ не упоминается, чтобы онъ могъ требовать по поводу ихъ вознагражденія отъ фруктуарія ¹⁾. Модификаціею въ нѣкоторомъ родѣ однако представляется то обстоятельство, что фруктуарій долженъ примѣнять издержки, соотвѣтствующія его обыкновеннымъ обязанностямъ, даже тогда, когда онъ превышалъ бы выгоды, получаемыя имъ отъ вещи, и что хозяину даже въ этомъ случаѣ доставляется право на требованіе вознагражденія, если фруктуарій не исполнялъ точно своихъ обязанностей. Есть однако ученые, оспаривающіе это положеніе, какъ несообразное съ назначеніемъ узуфрукта, который именно долженъ доставлять пользу и выгоду фруктуарію ²⁾. Мы однако не только нигдѣ въ источникахъ не встрѣчаемъ указанія на то, чтобы издержки и вообще расходы фруктуарія по поводу вещи, находящейся въ пользованіи, должны были быть пропорціональны доходамъ, но напротивъ того изъ одного мѣста прямо можемъ вывести противное. Во *fr. 41 § 1 D. de usufr. (Marcianus)* говорится: *Licet praedia quaedam talia sunt, ut magis in ea impendamus, quam de illis acquiramus, tamen ususfructus eorum relinqui potest.* Изъ этого мѣста мы видимъ, что если лицо только имѣетъ возможность извлекать изъ вещи всѣ выгоды, которыя она способна доставить вообще, то это должно считаться полнымъ пользованіемъ, узуфруктомъ, хотя бы на дѣлѣ фруктуарій не получалъ никакого приращенія къ своему имуществу, а напротивъ того потерпѣлъ бы ущербъ вслѣдствіе того, что соотвѣтствующія его обязанностямъ издержки превышаютъ доходъ отъ вещи. Изъ этого видно, что по римскимъ взглядамъ сущность узуфрукта состоитъ въ возможности полу-

¹⁾ См. напримѣръ *fr. 7 § 2 D. de usufr.: Si heres refecerit (ea quae vetustate corrueunt) passurum fructuarium uti* (безъ всякаго вознагражденія); *fr. 15 § 7 eod.*; *fr. 12 D. de usu et usufr. leg. 33, 2.*

²⁾ См. *Hoffmann l. c. p. 165 пр. 521.*

ченія всего валоваго дохода отъ вещи. Этотъ взглядъ намъ кажется совершенно справедливымъ, потому что фрунтуарій, отказываясь отъ узупфрукта, во всякое время можетъ отдѣлаться отъ отягощающихъ его издержекъ.

Далѣе же вышеуказанныхъ обязанностей фрунтуарій не только не обязанъ дѣлать издержекъ — *impensae utiles* не входятъ вообще въ его обязанности, — но если онъ ихъ дѣлалъ, то онъ съ своей стороны имѣетъ право требовать вознагражденія за нихъ отъ хозяина вещи. Юридическій путь для осуществленія требованій по поводу издержекъ двоякій¹⁾: а) фрунтуарій можетъ ретинировать вещь *finito usufructu* до полученія отъ хозяина вознагражденія, б) иногда онъ будетъ въ состоянн дѣйствовать и наступательнымъ образомъ *per actionem negotiorum gestorum contrariam*: C. 7 C. de usufr. 3, 33: *Eum, ad quem ususfructus pertinet, sarta tecta suis sumtibus praestare debere explorati juris est. Proinde, si quid ultra, quam impendi debeat, erogatum potes docere, solemniter reposees. Нѣтъ сомнѣнн, что фрунтуарію, за исключеніемъ весьма немногихъ случаевъ, принадлежитъ только *jus retentionis propter impensas necessarias et utiles*²⁾, такъ что онъ вынудитъ доставленіе вознагражденія за эти издержки только *excipiendo*, противопоставляя*

¹⁾ См. Elvers l. c. p. 533 sqq.

²⁾ Elvers l. c.: «конечно за *impensae voluptuariae* фрунтуарій не можетъ требовать вознагражденія; въ отношенн же къ *impensae necessariae* и *utiles* должно выдѣлить всѣ тѣ издержки, которыя сдѣланы имъ по обязанности (такъ напр. издержки на посѣвъ и обработку полей Elv. пр. 1.); *impensae utiles* вообще должны будутъ подлежать въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ разсмотрѣнню суда, такъ какъ можетъ быть много обстоятельствъ, по которымъ эти издержки могутъ оказываться не совсѣмъ выгодными для хозяина вещи (если онъ напр. слишкомъ затрудняютъ хозяина, которому, по его имущественнымъ средствамъ, невозможно, или по крайней мѣрѣ, трудно, доставить вознагражденіе за нихъ).

возраженіе о нихъ *actioni de usufructu* или *ex stipulatu*, т. е. иску, вчиняемому хозяиномъ по окончаніи узуфрукта и направленному на возвращеніе вещи и на вознагражденіе за причиненный фруктуарію убытокъ¹⁾. Гофманъ на стр. 165 выражается довольно темно и неопредѣленно относительно этого вопроса. Онъ именно говоритъ: за полезныя издержки фруктуаріи можетъ требовать вознагражденія, если онѣ имѣ сдѣланы въ качествѣ *negotiorum gestor*. То же самое относится и къ необходимымъ издержкамъ, превышающимъ мѣру, опредѣленную фруктуарію закономъ. Наоборотъ и хозяинъ посредствомъ *actio negotiorum gestorum* можетъ требовать вознагражденія за издержки сдѣланныя имъ, но отнесенныя закономъ къ обязанностямъ фруктуарія. Изъ этого можно заключить, что Гофманъ вообще допускаетъ *actionem negotiorum gestorum contrariam* со стороны фруктуарія. Конечно же этотъ искъ можетъ имѣть мѣсто только тогда, когда имѣются всѣ предположенія *negotiorum gestio*, слѣдовательно главнымъ образомъ только тогда, когда фруктуаріи дѣйствовалъ въ интересахъ хозяина, съ цѣлію доставить ему выгоды. Между тѣмъ доказательство этого намѣренія фруктуарія будетъ чрезвычайно затруднительно, такъ какъ онъ очевидно только въ самыхъ исключительныхъ случаяхъ станетъ предпринимать издержки, если онъ не будетъ надѣяться получить самъ выгоды отъ нихъ²⁾.

Разсматриваемый нами здѣсь вопросъ разрѣшается довольно ясно на основаніи слѣдующихъ соображеній: 1) нигдѣ мы не находимъ положительной обязанности хозяина вещи дѣлать издержки на нее *durante usufructu*; напротивъ того въ нѣсколькихъ мѣстахъ прямо сказано, что хозяинъ не можетъ быть принуждаемъ даже къ тѣмъ издержкамъ, упущеніе которыхъ угрожало бы узуфрукту уничтоженіемъ, см. наприм. fr. 7 § 2,

¹⁾ См. Elvers l. c., Krans l. c. p. 117 i. f. и 118.

²⁾ Elvers l. c. p. 535.

fr. 65 § 1, а также fr. 46 § 1 D. de usufr. 7. 1. Изъ этого выходитъ, что фруктуарій, когда имъ были сдѣланы издержки, никогда не можетъ ссылаться на то, что онъ исполнялъ обязанность, лежавшую собственно на хозяинѣ, и что онъ слѣдовательно, хотя и заботился при этомъ о своихъ интересахъ, вель чужія дѣла съ намѣреніемъ обязать себя другаго (хозяина). 2) Доставляя искъ фруктуарію, право одною рукою уничтожало бы то, что было установлено другою, т. е. парализировало бы правило, по которому хозяинъ не можетъ быть принужденъ къ починкамъ и т. д. Изъ fr. 46 § 1 cit. именно видно, что фруктуарій можетъ искать противъ хозяина по поводу починокъ только тогда, когда эта обязанность возложена на послѣдняго *особеннымъ актомъ* (завѣщаніемъ). Непонятно поэтому, какимъ образомъ Крансъ¹⁾ допускаетъ *actionem negotiorum gestorum contrariam* со стороны фруктуарія на случай, если онъ исполнитъ такіа работы, къ которымъ обязанъ только хозяинъ, между тѣмъ какъ онъ же самъ въ другомъ мѣстѣ²⁾ справедливо указываетъ, что хозяинъ вещи при узурфруктѣ не обязанъ ни къ какимъ положительнымъ дѣйствіямъ, такъ какъ обязанность подобнаго рода была бы противна принципу: *servitus in faciendo consistere nequit*. Сдѣланнымъ нами выводамъ повидимому противорѣчитъ приведенная выше конституція императора Гордіана С. 7 Cod. 3, 33, въ которой говорится, что если фруктуарій можетъ доказать, что онъ дѣлалъ большія издержки, чѣмъ необходимо для того, чтобы сохранить домъ подъ крышею (*sarta tecta habeat*), то онъ можетъ требовать возвращенія этихъ издержекъ отъ хозяина вещи. Нельзя конечно съ Крансомъ въ словѣ *reprosces* видѣть подтвержденіе того, что вознагражденіе за издержки можетъ быть вытребовано только по окончаніи узурфрукта. Но съ другой стороны и нѣтъ необходимости выводить

¹⁾ l. c. p. 102.

²⁾ l. c. p. 117 и 118 i. f.

изъ словъ рескрипта указаніе на наступательное юридическое средство, на искъ, доставляемый будто бы здѣсь императоромъ. Гордіанъ просто говоритъ: если ты починалъ болѣе, нежели къ чему былъ обязанъ, то ты востребуешь обратно лишнее — при чемъ онъ вовсе не касается самого средства и способа востребованія. Слово *solemniter* именно въ рескриптѣ императора Гордіана ни въ какомъ случаѣ не можетъ рѣшать вопроса, если указаніе, будто бы содержащееся въ немъ, не подтверждается никакими другими доказательствами. Между тѣмъ Эльверсъ¹⁾, какъ намъ кажется, весьма ясно доказалъ, что ни *actio negotiorum gestorum*, ни какойнибудь другой искъ тутъ не могутъ имѣть мѣста. Наконецъ римляне никакъ не допустили бы подобнаго положенія въ высшей степени ограничительнаго и невыгоднаго въ практическомъ отношеніи, положенія, которое должно бы было появиться въ случаѣ допущенія требованія *фруктуаріемъ* вознагражденія за издержки *durante usufructu*. Представимъ себѣ именно этотъ случай рельефнѣе на слѣдующемъ примѣрѣ: положимъ, что я получилъ отъ васъ пожизненное владѣніе въ домѣ; черезъ годъ я предъявляю искъ противъ вашихъ наслѣдниковъ, по которому требую, чтобы они меня вознаградили за предпринятую мною коренную починку его; по истеченіи другаго года я требую того же по поводу какихънибудь полезныхъ издержекъ, не входившихъ въ кругъ моихъ обязанностей и т. д. Очевидно, что даже въ томъ случаѣ, если судъ мнѣ откажетъ въ моемъ требованіи, на томъ основаніи наприимѣръ, что я не могъ доказать наличности условій *negotiorum gestorum*, я, не смотря на то, могъ бы безпрестанно беспокоить наслѣдниковъ новыми исками и тѣмъ поставить ихъ въ крайне невыгодное положеніе. Еще несправедливѣе было бы то, если бы судъ дѣйствительно принуждалъ наслѣдниковъ установителя *узуфрукта* уплачивать мнѣ по моимъ искамъ. Не зная именно,

¹⁾ l. c. p. 535 sqq.

какъ долго они будутъ лишены всякой выгоды отъ вещи, какъ долго я проживу, наследники должны бы были постоянно израсходовать суммы по поводу болѣе или менѣе сомнительныхъ выгодъ. На основаніи этого положенія наследникамъ во многихъ случаяхъ приходилось бы лучше отказать отъ вещи, чтобы не подвергаться постояннымъ платежамъ по поводу предмета, который не доставитъ имъ никакого дохода въ теченіи, можетъ быть, весьма продолжительнаго времени. Можно было бы возразить, что послѣ перваго требованія фруктуарія по поводу издержекъ хозяинъ могъ бы прямо объявить, что онъ съ своей стороны не желаетъ предпринятія подобныхъ издержекъ и такимъ заявленіемъ положительно лишить фруктуарія возможности ссылаться на *negotiorum gestio*. Однако уже и первый процессъ и платежъ по нему должны считаться несправедливыми въ виду того, что хозяинъ не имѣетъ никакой выгоды изъ вещи. Съ другой стороны было бы несправедливо приостанавливать фруктуарія, желающаго дѣлать полезныя издержки, и тѣмъ, въ границахъ предоставленнаго ему закономъ права, придавать большую цѣнность вещи, а это случилось бы, если фруктуарію не было бы доставлено никакого средства для полученія вознагражденія за тѣ издержки, къ которымъ онъ не былъ обязанъ и которыя, при сомнительности права его въ отношеніи къ продолжительности его по времени, всегда имѣютъ неопредѣленный и рискованный характеръ. Тутъ страдали бы интересы и хозяина и фруктуарія. Лучшимъ же путемъ для того, чтобы выйти изъ этой дилеммы и представляется слѣдующее: допустить фруктуарія къ подобнымъ дѣйствіямъ и издержкамъ, какъ это и дѣлаетъ римское право¹⁾, обязывая хозяина вознаграждать его за нихъ только тогда, когда окажется, что хозяинъ самъ изъ нихъ извлечетъ выгоды. Это разумное начало осуществляется въ такой формѣ, что фруктуарію по окончаніи узурфрукта

¹⁾ fr. 7, § 3 i. f. D. de usufr. 7, 1.

дается *retentio propter impensas necessarias et utiles* на столько, на сколько онъ по оцѣнѣ экспертовъ увеличили собою цѣнность вещи, поступающей въ руки хозяина, и не послужили исключительно въ пользу фруктуарія. Поэтому предлагаемая Ульпіаномъ во fr. 1 § 4 D. usufr. quemadm. 7, 9 опись имущества, отдаваемого въ пользованіе, можетъ служить не только для той цѣли, для которой предлагаетъ ее юристъ „*ut inde possit apparere, an et quatenus rem reiozem legatarius (i. e. fructuarius) fecerit*“, но и для противоположнаго „*ut inde possit apparere, an et quatenus rem fructuarius (nullo jure coactus) meliorem fecerit*“. Такъ какъ мы сказали: *nullo jure coactus*, то имѣются въ виду только тѣ улучшенія, которыя не относятся къ обязанностямъ фруктуарія, такъ что не можетъ быть рѣчи о вознагражденіи за посѣвъ и т. п.

Хотя въ нашихъ источникахъ нигдѣ нѣтъ прямого указанія на предлагаемый нами путь для разрѣшенія вопроса о вознагражденіи фруктуарія за издержки, сдѣланныя по поводу вещи, и хотя приводимая Эльверсомъ аналогія *retentionis* при *actio poenalis* и *cautio damni infecti*, по нашему мнѣнію, не доказательна, такъ какъ это суть обязанности, къ исполненію которыхъ хозяинъ вещи принуждается закономъ, подъ опасеніемъ потери вещи, вслѣдствіе чего фруктуарій въ означенныхъ случаяхъ очевидно употребляетъ свои деньги на чужое дѣло — однако предлагаемое нами разрѣшеніе вопроса выводится изъ общихъ правилъ о *retentio* вообще и объ удержаніи вещи *propter impensas utiles* въ особенности ¹⁾, въ соединеніи съ *clausula doli*, которая, какъ говоритъ Ульпіанъ ²⁾, прибавлялась при стипуляціи фруктуарія „*dolum malum abesse abfuturumque esse*“. *Jus tollendi* не принадлежитъ фруктуарію, какъ прямо свидѣ-

¹⁾ См. аналогію *impensarum in res dotales*. Dig. 25, 1.

²⁾ fr. 5 pr. D. 7, 9.

тельствуетъ Ульпіанъ ¹⁾, а только *jus vindicandi* геѳха, т. е. право требовать обратно матеріаль, послѣ разрушенія того, что имъ было устроено и по поводу чего не допускалось *retentio*.

Отдѣлъ III. — Обь обезпеченіи, представляемомъ фруктуаріемъ (cautio usufructuaria) въ особенностяхъ ²⁾.

Изъ сказаннаго въ предидущихъ отдѣлахъ извѣстно, что многія изъ приведенныхъ тамъ обязанностей фруктуарія не могутъ быть преслѣдуемы вещнымъ искомъ со стороны хозяина, такъ какъ онѣ имѣютъ характеръ положительныхъ дѣйствій, которыя должны быть предпринимаемы съ чужою вещію. По поводу этихъ обязанностей и появился въ Римѣ институтъ, гарантирующій интересы хозяина вещи тѣмъ, что фруктуарій закономъ обязывается къ нарочному обѣщанію заботиться о вещи такъ, какъ этого можно ожидать отъ добросовѣстнаго и старательнаго хозяина (*ut diligens paterfamilias, boni viri arbitratu*); обѣщаніе же это онъ долженъ подтвердить доставленіемъ обезпеченія, *cautio usufructuaria*, которое по правилу должно быть реальнымъ. Затѣмъ въ этомъ же обѣщаніи фруктуарій нарочно обязывается возвратить хозяину вещь по окончаніи узифрукта въ такомъ состояніи, въ какомъ она будетъ находиться послѣ пользованія, имѣвшаго мѣсто согласно съ обязанностями, возложенными на фруктуарія. И такъ *cautio fructuaria* имѣетъ двѣ части: одна относится къ тому времени, въ теченіе которое продолжается узифруктъ, другая же касается обязанностей фруктуарія, возникающихъ въ моментъ прекращенія узифрукта. Ульпіанъ во fr. 1 pr. D. h. t. 7, 9 передаетъ намъ побудительную

¹⁾ fr. 15 pr. D. de usufr. 7, 1.

²⁾ Dig. VII, 9: Fructuarius quemadmodum caveat. Литература въ указанныхъ на стр. 39 sqq. пособіяхъ. См. еще: Daniel: De cautione quae usufructuaria vocatur. Berol. 1848.

причину введенія этого обѣщанія и самое его содержаніе въ слѣдующихъ словахъ: „*Aequissimum praetori visum est, de utroque (fructuarium) cavere: et usurum se boni viri arbitrato, et, quum ususfructus ad eum pertinere desinet, restitutum, quod inde exstabit*“. Мы уже видѣли, какое значеніе имѣетъ первая часть стипуляціи; это нами именно было разъяснено, когда мы при разсмотрѣніи обязанностей фруктуарія вообще указали на то, какое пользованіе вещью можетъ считаться пользованіемъ *boni viri arbitrato*. Обратимся поэтому теперь ко второй части стипуляціи. Она направлена на возвращеніе самой вещи или того, что останется отъ вещи по окончаніи узуфрукта. Прежде всего является тутъ вопросъ: для чего требуется особенное обѣщаніе фруктуарія возвратитъ вещь, такъ какъ хозяинъ имѣетъ, кромѣ иска изъ стипуляціи, другой, именно вещный искъ (*rei vindicatio*) на возвращеніе ея? Читая напримѣръ Гофмана¹⁾, мы должны бы были полагать, что вторая часть обезпечивающей стипуляціи должна считаться, если и не лишнею, то, во всякомъ случаѣ, не столь важною, какъ первая, такъ какъ обѣщаніе изъ стипуляціи само по себѣ не представляетъ относительно возвращенія вещи болѣе гарантіи для хозяина, чѣмъ вещный искъ, направленный на востребованіе предмета узуфрукта. Замѣтимъ здѣсь пока, что въ данномъ случаѣ обязанность возвращенія вещи, вытекающая изъ стипуляціи, дѣйствительно представляется болѣе надежною гарантіею для хозяина вещи, чѣмъ вещный искъ, уже потому, что стипуляція сопровождается, какъ мы увидимъ ниже, вещественнымъ обезпеченіемъ, именно поручительствомъ (*satisfactio*). Въ случаѣ же уничтоженія вещи или порчи ея, причиненной фруктуаріемъ, и при несостоятельности сего послѣдняго,

¹⁾ l. c. p. 168: «In Hinsicht der meisten dem Usufructuar obliegenden Verpflichtungen kann *nur* aus dem geleisteten Cautionsversprechen geklagt werden, während die Rückgabe der Sache auch mit der *rei vindicatio* verlangt werden kann».

это поручительство и гарантирует хозяина, который без него не могъ бы получать обратно своей собственности.

Вотъ одна причина ¹⁾ важности и второй части стипуляціи, содѣйствующей поэтому, подобно первой части, тому „*ut proprietatis dominus securus sit de proprietate*“. Обязанность же *restituendi*, которую принимаетъ на себя фруктуарій посредствомъ стипуляціи, направлена, какъ мы видѣли, на возвращеніе того „*quod inde exstabit*“. Подъ это понятіе именно подходятъ: 1) сама вещь *in specie*. Конечно нельзя требовать, чтобы вещь была возвращена въ томъ же совершенно состояніи, въ которомъ она находилась при началѣ узурфрукта, когда фруктуарій получилъ *detentionem rei*; если вещь потерпѣла и упала въ цѣнности вслѣдствіе пользованія и употребленія ея, то если только это пользованіе не выходило изъ положенныхъ фруктуарію границъ и обязанностей, онъ за подобнаго рода ухудшеніе не отвѣчаетъ, что именно и выражается въ стипуляціи такъ, что онъ обязывается вернуть только *id, quod inde exstabit*, т. е. то, что останется на лицо отъ вещи; 2) всѣ приращенія и произведенія вещи, послѣднія конечно на столько, на сколько они не подходятъ подъ объясненное выше понятіе плодовъ (естественныхъ или гражданскихъ), перципированныхъ фруктуаріемъ; 3) если сама вещь болѣе не существуетъ, то фруктуарій обязанъ вернуть остатки отъ нея, т. е. тотъ матеріалъ, въ который она превратилась; 4) бываетъ, что фруктуарію на основаніи стипуляціи приходится возвращать или, лучше сказать, выдавать цѣнность вещи: *interdum inerit autem proprietatis aestimatio* ²⁾, или частичное денежное вознагражденіе, если именно онъ самъ виновенъ въ томъ, что возвращеніе вещи *in specie* оказывается вполне или отчасти невозможнымъ; такой случай представляется напримѣръ тогда, когда онъ допустилъ завладѣніе вещью со сто-

¹⁾ На другую еще причину мы укажемъ ниже.

²⁾ fr. 1 § 7 D. h. t. 7, 9.

роны посторонняго лица или когда вслѣдствіе его нерадѣнія кто либо приобрѣлъ по давности сервитуты въ вещи, подлежащей узупфрукту.

Ульпіанъ говоритъ, что только прибавленіе словъ: *quod inde exstabit* вообще сдѣлало возможнымъ установленіе стипуляціи, направленной на возвращеніе вещи, ибо, объясняетъ онъ, если бы стипуляція была направлена на выдачу самой вещи, то она должна бы считаться недѣйствительною, потому что никто не можетъ заставить общать себѣ собственную свою вещь — *initiliter enim rem suam stipulari videretur*; вслѣдствіе же употребленія указанныхъ словъ объектомъ стипуляціи является какъ бы будущій, не существующій еще предметъ, т. е. тѣ остатки отъ первоначальной вещи, которыя образуются изъ нея вслѣдствіе пользованія ею въ теченіи извѣстнаго времени.

Весьма интересный, возникающій по поводу реституціи, вопросъ, который однако, удивительнымъ образомъ не былъ затронутъ никѣмъ изъ ученыхъ, слѣдующій: съ какой точки зрѣнія должна быть разсматриваема отвѣтственность фруктуарія относительно возвращенія узупфрукта, въ томъ случаѣ, когда это прекращеніе имѣло мѣсто *per non usum*? Ульпіанъ ¹⁾ говоритъ, что въ приведенной имъ стипуляціи (*restituturum quod inde exstabit*) содержатся всѣ случаи и способы, по которымъ прекращается узупфруктъ, а во времена Ульпіана во всякомъ случаѣ еще дѣйствовала простая погасительная давность узупфрукта, *amissio per non usum* ²⁾. И тутъ опять для разрѣшенія вопроса, мы должны обратить вниманіе на *clausula doli*, на которое мы указали уже выше. Мы тутъ именно можемъ различать два слу-

¹⁾ fr. 3 pr. D. h. t. 7, 9: *Omnes autem casus continentur huic stipulationi, quibus ususfructus amittitur.*

²⁾ Извѣстно, что въ отношеніи къ Юстиніановымъ временамъ, на основаніи С. 14 Cod. de serv. 3, 34 возникъ споръ между учеными насчетъ условій прекращенія узупфрукта *per non usum*.

чая: а) если фруктуарій нарочно бросилъ узуфруктъ и вслѣдствіе этого потерялъ свое право *non utendo*, зная, что право пользованія вещью ему принадлежитъ, то онъ долженъ при реституціи, т. е. по прошествіи погасительной давности, отвѣтствовать такъ, какъ будто онъ продолжалъ пользоваться вещью, ибо если онъ не хотѣлъ оставлять за собою этой отвѣтственности, онъ долженъ былъ извѣстить хозяина о своемъ намѣреніи и возвратить ему вещь или то, *quod inde exstat*. б) И въ томъ случаѣ, если фруктуарій полагалъ, что узуфруктъ его прекратился и поэтому оставилъ пользование вещью, онъ, хотя бы находился *in justissimo ergo*, т. е. имѣлъ бы самыя правдоподобныя основанія, по которымъ въ немъ явилось такое убѣжденіе, все таки, по нашему мнѣнію, долженъ отвѣтствовать такъ, какъ будто онъ продолжалъ пользоваться вещью въ теченіи всего времени *non usus*. Стипуляціею именно онъ принимаетъ на себя обязанность къ *положительному дѣйствию*, т. е. къ возвращенію вещи или того, что осталось отъ нея, хозяину. Если поэтому онъ полагалъ, что узуфруктъ оконченъ, онъ долженъ былъ позаботиться объ исполненіи своей обязанности реституціи, а если онъ этого не сдѣлалъ, то къ нему слѣдуетъ примѣнить всѣ послѣдствія, вытекающія изъ неисполненія обязательства. Вотъ, по нашему мнѣнію, еще чрезвычайно важная причина установленія стипуляціи *quoad restituendam rem*. Конечно послѣдствія покиданія узуфрукта представляются въ нѣсколько модифицированномъ видѣ тогда, когда, по покиданіи права фруктуаріемъ, хозяинъ (лично или чрезъ посредство другихъ лицъ) станетъ пользоваться вещью, или даже тогда, когда только можно будетъ доказать, что хозяинъ зналъ о томъ, что фруктуарій бросилъ вещь; въ этомъ случаѣ именно *actioni ex stipulatu* фруктуарій можетъ противопоставить *exceptioem doli*.

И такъ вторая часть стипуляціи представляется важною гарантіею для хозяина вещи. Но она страдаетъ однимъ недостаткомъ, общимъ впрочемъ ей со всеми обязательственными отношеніями,

а именно обѣщаніе фруктуарія возвратить вещь *finito usufructu*, въ качествѣ обязательства, *personam non egreditur*, т. е. оно имѣетъ силу только для самого стипулятора и его универсальныхъ преемниковъ; если же вещь, подлежащая узуфрукту, будетъ продана или подарена, вообще отчуждена *titulo singulari* хозяиномъ, то его преемникъ уже не можетъ искать изъ стипуляціи ¹⁾). Но преторъ помогаетъ въ этомъ случаѣ, доставляя приобретателю вещи право требовать новаго обезпеченія: *tempore quaesiti dominii sibi prospicere debet alia cautione*. Изъ этихъ словъ однако выходитъ, что возобновленіе обезпеченія должно быть вытребовано при самомъ полученіи вещи, а не впоследствии времени (*tempore quaesiti dominii*). Если поэтому приобретатель вещи не воспользовался во время правомъ представленнымъ ему преторомъ, то онъ за все время, пока не существовала стипуляція, долженъ будетъ ограничиваться въ отношеніи къ фруктуарію своимъ вещнымъ искомъ ²⁾), слѣдовательно лишается тѣхъ выгодъ, которыя, какъ мы видѣли, сопряжены со стипуляціею.

И такъ стипуляція фруктуарія уже сама по себѣ представляетъ важныя выгоды для хозяина вещи, даже возлѣ принадлежащихъ ему вещныхъ исковъ. По первой части стипуляціи онъ именно получаетъ возможность искать противъ фруктуарія по поводу неправильнаго пользованія сего послѣдняго, и это не только по окончаніи узуфрукта, но и тогда, когда пользованіе еще продолжается: *prior causa istae stipulationis statim committetur, quam aliter fuerit usus, et saepius committetur* ³⁾); затѣмъ на основаніи этой части стипуляціи хозяинъ можетъ искать и по поводу положительныхъ дѣйствій фруктуарія относительно вещи. Вторая часть стипуляціи также имѣетъ сама по себѣ важность

¹⁾ fr. 3 § 4 D. h. t. 7, 9.

²⁾ fr. 3 cit. i f.

³⁾ fr. 1 § 5 и 6 D. h. t. 7, 9.

уже потому, что, какъ мы видѣли, она нарочно обязываетъ фруктуаріа къ опредѣленному положительному дѣйствию, т. е. къ возвращенію вещи *finito usufructu*. Особенную же важность для хозяина стипуляція получаетъ вслѣдствіе того, что, какъ мы также замѣтили уже выше, она по римскому взгляду должна сопровождаться вещественнымъ обезпеченіемъ посредствомъ поручителей ¹⁾). Поэтому римскіе юристы и употребляютъ безразлично слова: *stipulatio* и *cautio*, въ примѣненіи къ этому случаю ²⁾). Эльверсъ, стараясь объяснить обязанность представленія поручительства со стороны фруктуаріа, прибѣгаетъ къ весьма искусственному, но тѣмъ не менѣе, какъ намъ кажется, справедливому толкованію положенія фруктуаріа. Онъ говоритъ, что фруктуаріей можетъ быть уподобляемъ, по отношенію именно къ тѣмъ обязанностямъ, которыя возлагаются на него стипуляціею, тому лицу, на котораго возложены извѣстныя обязанности по завѣщанію (*operatus*), между тѣмъ какъ въ отношеніи къ самому пользованію фруктуаріей можетъ быть разсматриваемъ какъ *honoratus*, т. е. какъ лицо, получившее какія нибудь выгоды (легаты) по завѣщанію. Затѣмъ, говоритъ Эльверсъ, точно также, какъ всякій *operatus*, обязанность котораго должна быть исполнена не тотчасъ же по принятіи наслѣдства по завѣщанію, а только по истеченіи извѣстнаго времени, можетъ быть принужденъ къ доставленію реального обезпеченія тѣмъ лицомъ, въ пользу котораго установлена обязанность ³⁾), такъ и въ случаѣ узифрукта наслѣдникъ, который именно и долженъ разсматриваться какъ *honoratus* въ отношеніи къ обязанностямъ

¹⁾ fr. 13 pr. D. de usufr.: dominus potest in ea re satisfactionem desiderare. Pauli Rec. Sent. III, 6 § 27 *fidejussoribus obligatis cavere cogetur*. C. 4 Cod. 3, 33. Elvers l. c. p. 553 прим. b.

²⁾ См. напр. fr. 1 D. h. t. 7, 9.

³⁾ Tit. Dig. ut legator. 36, 3; fr. 1 pr.: *satisdari praetor putavit ut, quibus testator dari fierive voluit, his diebus detur vel fiat, dolumque malum abfuturum stipulentur*.

фруктуарія, можетъ требовать этого обезпеченія. А такъ какъ первоначально узуфруктъ почти исключительно устанавливался на основані завѣщанія, въ видѣ legata узуфрукта, то на этомъ случаѣ установленія его впервые и выработалось приведенное правило, распространенное затѣмъ римскою юриспруденціею и на другіе случаи установленія узуфрукта. Дѣйствительно въ самомъ понятіи узуфрукта заключается обязанность возвращенія вещи хозяину, т. е. наслѣднику. Вполнѣ соглашаясь съ Эльверсомъ относительно того, что между обезпеченіемъ, которое обязанъ доставить фруктуарій, и тѣмъ, къ представленію котораго обязаны опегагі по завѣщанію, существуетъ извѣстная аналогія, мы однако не можемъ раздѣлить взгляда этого ученаго, по которому въ обоихъ случаяхъ будто бы имѣются тождественныя отношенія. *Cautio usufructuaria* именно римлянами разсматривается какъ нѣчто гораздо болѣе существенное, нежели *cautiones legatorum seu fideicommissorum servandorum causa comparatae*. Эльверсъ, какъ намъ кажется, обращаетъ слишкомъ мало вниманія на значеніе и сущность узуфрукта, въ противоположность легату собственности, обязательствъ и т. п. Поэтому его взглядъ и не подтверждается вполнѣ источниками, въ которыхъ именно указывается на аналогію между *satisfactio usufructuaria* и *satisfactio legatorum*, но при сопоставленіи ихъ тотчасъ и приводятся существенныя различія этихъ двухъ видовъ обезпеченія. Наше мнѣніе подтверждается однимъ мѣстомъ кодекса императора Юстиніана, въ которомъ указанное нами различіе выставляется какъ нельзя болѣе ясно; это именно С. 7 Cod. ut in poss. 6, 54: *Scire debetis, fideicommissi et legati satisfactioem remitti posse, divum Marcum et divum Commodum constituisse; ut autem boni viri arbitrato is, cui ususfructus relictus est, utatur fruatur, minime satisfactioem remitti testamento posse*. Изъ этой конституціи явствуетъ, что по мнѣнію императора Александра (и его совѣтниковъ) между обезпеченіемъ, доставляемымъ при

легатахъ и тѣмъ, которое дается по поводу узифрукта, имѣется существенное внутреннее различіе. Эльверсъ для объясненія этого закона прибѣгаетъ опять къ искусственному толкованію. Отъ стипуляціи, говоритъ онъ, завѣщатель дѣйствительно не могъ избавлять фрукуарія, но онъ могъ освободить его отъ *satisfactio*, т. е. отъ обязанности подтвердить свое обѣщаніе представленіемъ поручителей. Первое обстоятельство именно, по словамъ Эльверса, основывается на томъ, что римское право присвоило себѣ такой взглядъ на узифруктъ, по которому господство фрукуарія надъ доставленною ему тѣлесною вещью приводится въ законныя границы только посредствомъ обѣщанія, даннаго фрукуаріемъ по стипуляціи, такъ что только вслѣдствіе этого обѣщанія узифруктъ получаетъ свой особенный характеръ. Отъ обязанности же доставить *реальную* гарантію фрукуаріемъ могъ быть освобожденъ точно также, какъ и всякій *operatus* въ завѣщаніи могъ быть избавленъ отъ *cautio legatorum servandorum*. Поэтому, говоритъ Эльверсъ ¹⁾, приведенную конституцію слѣдуетъ понимать такъ, что разсмотрѣнію императора подлежалъ случай, въ которомъ завѣщатель вполнѣ освободилъ фрукуарія отъ всякаго обезпеченія, даже и отъ обѣщанія (*stipulatio*), а въ такомъ случаѣ фрукуарій долженъ доставить обезпеченіе также, какъ будто завѣщателемъ ничего не было сказано насчетъ освобожденія его отъ *cautio*. Очевидно этотъ выводъ, если вспомнить правило: *utile per inutile non vitiatur*, ложенъ. Дѣйствительно онъ приведетъ къ слѣдующему результату, который намъ представляется абсурдомъ: завѣщатель говоритъ: я отказываю лицу N узифруктъ, но желаю, чтобы онъ былъ избавленъ отъ обязанности доставить поручителей — это будетъ дѣйствительно. Если же завѣщатель скажетъ: я отказываю узифруктъ съ тѣмъ, чтобы фрукуарій былъ избавленъ (вообще) отъ обязанности доставить наслѣднику обезпеченіе, то

¹⁾ l. c. p. 556.

фруитуарій долженъ будетъ доставить и *stipulationem* и *satisfactionem*; между тѣмъ очевидно здѣсь нужно изслѣдовать, что именно имѣлъ въ виду завѣщатель. Нигдѣ мы не видимъ, чтобы завѣщанія были *negotia stricti juris*; обязанность обезпеченія вообще введена преторскимъ эдиктомъ, а между тѣмъ, тутъ не слѣдовало бы примѣнять толкованія *in favorem legati*! При взглядѣ Эльверса, который, какъ сингулярное явленіе, могъ бы быть принять только въ случаѣ прямого подтвержденія его источниками (между тѣмъ самъ Эльверсъ на стр. 554 i. f. говорить, что въ источникахъ нѣтъ никакого прямого указанія на возможность освобожденія фруитуарія отъ *satisfatio*) С. 7 cit. была бы совершенно необъяснима. Очевидно въ ней сопоставляются два совершенно равныхъ по предположеніямъ случая: *fideicommissi et legati satisfatio*, и *satisfatio propter usumfructum (legatum)*. О первомъ случаѣ просто, безъ всякихъ оговорокъ, сказано, что лицо, обязанное въ доставленію поручителей, можетъ быть избавлено отъ этой обязанности по волѣ завѣщателя; о другомъ же, опять безъ оговорокъ, что освобожденіе отъ обязанности тутъ не можетъ имѣть мѣста. Очевидно сопоставленіе двухъ разнородныхъ предметовъ подъ однимъ и тѣмъ же названіемъ (въ обоихъ случаяхъ употреблено слово *satisfatio*) было бы крайне опрометчиво и не извинительно для лица, хоть нѣсколько юридически образованнаго. Между тѣмъ, если мы обратимъ вниманіе на годъ изданія приведенной конституціи, мы замѣтимъ, что она состоялась въ 225 году, т. е. тогда, когда въ совѣтѣ императора засѣдали юристы Ульпіанъ и Павелъ. Мы, кажется, не ошибемся, если присвоимъ императорскимъ постановленіямъ этого времени такое же научное и теоретическое значеніе, какое имѣли собственныя сочиненія названныхъ юристовъ. Приведенная конституція нѣсколько объясняется еще, если мы обратимъ вниманіе на fr. 6 D. ut in poss. legatorum 36, 4. (Юліанъ), гдѣ говорится: Si... in testamento cautum esset, ne eo nomine (ususfructus scilicet) *satisfaretur*, *proprietas non est legata, sed lega-*

tario permittendum satisfacere, et usumfructum... habere. Изъ этого фрагмента видно: 1) что римляне замѣчали, что въ томъ случаѣ, когда нѣтъ *satisfactio*, и не можетъ быть рѣчи объ usufructѣ, а имѣется собственность, 2) что они сомнѣвались насчетъ того, какъ толковать распоряженіе завѣщателя относительно освобожденія фруктуарія отъ обезпеченія, а именно считать ли отказаннымъ въ этомъ случаѣ собственность или нѣтъ. Первое толкованіе было невозможно въ виду употребленнаго завѣщателемъ опредѣленнаго термина *ususfructus*, вслѣдствіе чего оставалось собственно только признать распоряженіе за недействительное, такъ какъ оно противорѣчило предписанію закона. Для того однако, чтобы поддержать распоряженіе завѣщателя (мы слѣдовательно здѣсь имѣемъ примѣненіе извѣстнаго *favor testamentorum*, т. е. покровительство, которымъ въ Римѣ вообще пользовались распоряженія завѣщателя), незаконное его постановленіе, т. е. освобожденіе фруктуарія отъ *satisfactio*, было разсматриваемо какъ не существующее (*pro non scripta*), а легатарію было дозволено (*permittendum*) доставить поручительство (*satisfacere*) вопреки волѣ завѣщателя, и тѣмъ получить возможность вытребовать себѣ usufructъ отъ наслѣдника. Если бы легатарій не воспользовался этимъ снисхожденіемъ, то онъ не могъ бы вытребовать usufructа — *quia, nisi satisfactur, agi cum herede non poterit*¹⁾. И такъ изъ разсмотрѣннаго нами только что мѣста ясно выходитъ, что юристъ Юліанъ, подобно императору Северу Александру (и его совѣтникамъ Ульпіану и Павлу), считалъ непремѣннымъ условіемъ usufructа не только словесныя обезпеченія или обѣщанія, *stipulatio*, но и вещественную гарантію, *satisfactio*. Эльверсъ однако въ подтвержденіе своего мнѣнія приводитъ fr. 8 D. de usufr. ear. rer. 7, 5: (Papinianus): *Tribus heredibus institutis usumfructum quindecim millium Titio legavit, et duos ex heredibus jussit pro le-*

¹⁾ См. и С. 1 Cod. de usufr. 3, 33.

gatario satisfacere; placebat, utile esse cautionis quoque legatum, nec refragari Senatusconsultum, quia cautio non impediretur, et esse alterum legatum velut certi, alterum incerti. Ususfructus itaque nomine partem pecuniae petendam ab eo, qui satis accepit a coherede, incertique cum eodem agendum, si satis non dedisset. Eum vero qui satis praestitit, ac propter moram coheredis satis non accepit, neque fructus nomine interim teneri propter Senatusconsultum, neque actione incerti, quia coheredi satisfacere. Illud etiam nobis placet, legatarium cogendum promittere. Finito autem usufructu si coheredes ex causa fidejussoria convenirentur, eos mandati non acturos; non enim suscepisse mandatum, sed voluntati paruisse, denique cautionis legato liberatos. De illo nec diu tractandum fuit, secundum legatum, id est cautionis, non heredum videri, sed ejus, cui pecuniae ususfructus relictus est, cuique testator prospicere voluit, et cujus interesse credidit, fidejussores non suo periculo quaerere. В этомъ фрагментѣ именно представляется слѣдующій случай: при трехъ сонаслѣдникахъ легатарію установленъ usufructъ въ опредѣленной суммѣ, причѣмъ двумъ изъ сонаслѣдниковъ велѣно быть поручителями за фруцтуаріа. Папиньянъ говоритъ, что legatum cautionis, который здѣсь установленъ въ видѣ втораго легата въ пользу фруцтуаріа, долженъ быть дѣйствителенъ и не можетъ считаться противорѣчающимъ сенатскому постановленію (т. е. тому, которымъ былъ введенъ quasi-ususfructus и установлена также обязанность cautionis, по примѣру обезпеченія при истинномъ usufructѣ), потому именно, что cautio non impediretur, т. е. для обезпеченія въ этомъ случаѣ не представляется препятствія; обезпеченіе это все-таки существуетъ. Здѣсь, говоритъ онъ, именно имѣются два совершенно независимыхъ другъ отъ друга легата — legatum certi, т. е. легатъ usufructa и legatum incerti, т. е. легатъ, предметомъ котораго является обезпеченіе, которое должно быть доставлено по поводу этого usufructa. Папиньянъ выхо-

дигъ изъ того положенія, что здѣсь имѣются два различныхъ легата, изъ которыхъ одинъ возложенъ на всѣхъ трехъ наслѣдниковъ, а другой только на двухъ изъ нихъ. Эти два наслѣдника должны доставить обезпеченіе за фруктуарію первому, и кромѣ того должны кавировать взаимно другъ другу за фруктуарію же. Папиньянъ говоритъ далѣе, что легатарій можетъ требовать соотвѣтствующую часть узуфрукта отъ того только наслѣдника *qui satis accepit: eum qui satis non accepit.... neque fructus nomine interim teneri propter Sctum*, но легатарій можетъ посредствомъ *actio incerti* принудить наслѣдника кавировать другому. И такъ обязанность представить поручительство здѣсь формально не сложена; никто изъ сонаслѣдниковъ не обязанъ выдавать свою часть узуфрукта до полученія обезпеченія, хотя конечно можетъ случиться, что въ матеріальномъ отношеніи будетъ обезпечена только третья часть узуфрукта. Наслѣдники, обязанные къ доставленію обезпеченія за фруктуарію, не могутъ сказать, что имъ не гарантирована соотвѣтствующая часть собственности, ибо они другъ другу обезпечиваютъ эту часть. Представимъ себѣ случай, что фруктуарію отказано пользованіе суммою 3000 рублей; по окончаніи узуфрукта онъ оказывается несостоятельнымъ. Наслѣдникъ А. можетъ требовать отъ наслѣдниковъ В и С отъ каждаго по 500 рублей; В можетъ требовать 1000 рублей отъ С и С съ своей стороны 1000 рублей отъ В. Очевидно выйдетъ, что В и С не только не получаютъ своихъ частей, каждый по 1000, но что имъ даже придется заплатить еще изъ собственнаго ихъ имущества каждому по 500 руб., которые именно получить отъ нихъ наслѣдникъ А. Тѣмъ не менѣе съ формальной точки зрѣнія они получаютъ обратно свою собственность, каждый отъ другаго; что эта собственность, вслѣдствіе взаимной ихъ отвѣтственности, не доставитъ имъ никакой пользы, это обстоятельство не имѣетъ никакого юридическаго значенія въ отношеніи къ отказанному узуфрукту, ибо оно происходитъ не отъ того,

чтобы наследникам не была гарантирована собственность, но вызвано постороннимъ юридическимъ отношеніемъ, не имѣющимъ прямой связи съ легатомъ узурфрукта, а именно, какъ говоритъ Папиньянъ, *вторымъ* легатомъ. Юристъ далѣе замѣчаетъ, что легатарій самъ можетъ быть принужденъ доставить общаніе, слѣдовательно что онъ отвѣтствуетъ на первомъ планѣ и каждый изъ наследниковъ, на основаніи этого общанія его, можетъ *agere ex stipulatu* при всякомъ злоупотребленіи фруктуарія. Наконецъ Папиньянъ указываетъ, что подобное распоряженіе завѣщателя должно объяснить тѣмъ, что онъ, заботясь объ интересахъ фруктуарія, желаетъ избавить его отъ трудности отысканія поручителей на собственный страхъ ¹⁾. Это толкованіе воли завѣщателя достаточно показываетъ, что Папиньянъ прибѣгаетъ къ натяжкѣ для того, чтобы поддержать во что бы ни стало завѣщательное распоряженіе, ибо не можетъ быть никакого сомнѣнія, что римскій юристъ точно также понималъ, какъ мы это понимаемъ нынѣ, что въ представленномъ случаѣ рѣчь шла о томъ, чтобы фруктуарій былъ избавленъ, хотя и не вполне, но по крайней мѣрѣ отчасти, отъ законной обязанности доставленія поручителей. Изъ этой же натяжки ясно выходитъ, что самъ Папиньянъ рассматриваетъ представленный имъ случай какъ не нормальный. Во всякомъ же случаѣ въ приведенномъ Папиньяномъ примѣрѣ только въ отношеніи къ двумъ изъ трехъ хозяевъ-наследниковъ можно было бы принять избавленіе фруктуарія отъ обязанности обезпеченія, такъ что, еслибы даже допустить на основаніи приведеннаго мѣста такое частичное освобожденіе его, никакъ изъ *fr. 8 cit.* нельзя вывести возможность полного избавленія фруктуарія отъ обязанности *cautionis*. Изъ

¹⁾ Изъ этого ясно выходитъ, что завѣщатель не могъ освободить фруктуарія отъ обязанности представить поручителей; въ противномъ случаѣ именно было бы необъяснимо, почему онъ сталъ бы заботиться объ отысканіи ему поручителей.

того, какъ мотивируетъ юристъ свое рѣшеніе, видно, что допущеніе распоряженія завѣщателя, подобнаго тому, которое приводится въ fr. 8 cit., составляетъ *крайнюю* уступку въ отношеніи къ возможности освободить фруктуаріа отъ *satisfactio*, уступку, при которой однако, какъ мы выше видѣли, все-таки часть собственности гарантируется поручителями и кромѣ того въ отношеніи всѣхъ сохозяевъ соблюдается формально условіе, чтобы всякій хозяинъ получалъ поручителей по поводу отдаваемой въ узуфруктъ вещи.

На основаніи всего изложеннаго мы вполне убѣждены, что полное избавленіе фруктуаріа отъ представленія вещественнаго обезпеченія невозможно, по крайней мѣрѣ, въ отношеніи къ узуфрукту, установленному завѣщаніемъ ¹⁾. Но такъ какъ узуфруктъ есть отношеніе частнаго права, устанавливаемое по волѣ частныхъ лицъ, то невозможность избавленія фруктуаріа завѣщателемъ отъ *satisfactio* должно основываться на важныхъ соображеніяхъ, которыя могли заставить юристовъ отступить въ этомъ случаѣ отъ принципа частной автономіи. Причина же этого отступленія заключается, по нашему мнѣнію, въ томъ взглядѣ римской юриспруденціи, согласно которому реальное обезпеченіе есть существенная часть фруктуарнаго отношенія, потому что только при наличности его представляется достаточная гарантія того, что вещь останется дѣйствительно чужою въ отношеніи къ фруктуарію и сохранится, не смотря на обширныя права фруктуаріа, въ собственности ея хозяина, который именно только на основаніи этого обезпеченія и имѣетъ *справную* надежду получить обратно вещь въ порядочномъ состояніи. И такъ по-

¹⁾ См. и Puchta § 181 n. i. f.; Brinz Pandekten I p. 269; Bürkel Civil. Abhandl. München. 1864 г. p. 148; Krans l. c. p. 111 Schoenemann l. c. p. 64; Hoffmann l. c. p. 168; Sintenis l. c. § 59 примѣч. 39. Ср. еще Noodt I cap. 19. Ait Praetor: si non satisfabit, actionem ei non dabo—не различая, было ли ему прощено *satisfactio*, или нѣтъ.

натиѣ пользованія *чужою вещію, aliena re*, и желаніе, чтобы вещь дѣйствительно сохраняла это качество и въ рукахъ фруктуарія — вотъ въ чемъ слѣдуетъ искать, по нашему мнѣнію, поводъ введенія *cautionis realis (usufructuariae)* вообще, и затѣмъ и поводъ запрещенія завѣщателю (ниже мы будемъ говорить объ узифруктѣ, установленномъ по договору), освободить легатарія - фруктуарія отъ этого обезпеченія, въ особенности. Биркель и за нимъ Крансъ объясняютъ это запрещеніе, которымъ ограничивается завѣщатель, тѣмъ, что онъ не можетъ отнимать одною рукою того, что онъ далъ другою; непослѣдовательно, говорятъ они, доставить кому нибудь право и вмѣстѣ съ тѣмъ лишить его средствъ для дѣйствительнаго осуществленія и охраненія этого права. Противники этихъ ученыхъ однако справедливо спрашиваютъ: разумно ли запретить тому, кто имѣетъ право вовсе не оставлять другому лицу (т. е. своему наследнику) имущественной выгоды, такое распоряженіе, по которому онъ все-таки предоставляетъ ему эту выгоду, хотя бы и такъ, что онъ его при этомъ лишаетъ важнѣйшихъ средствъ защиты, которыя могутъ оказаться необходимыми по поводу предоставленной выгоды. Противъ Кранса дѣйствительно это возраженіе можетъ быть приведено, но въ отношеніи къ нашему взгляду оно бессильно, ибо мы на него отвѣтимъ, что конечно вольно было завѣщателю оставлять имущество наследнику подъ такими условіями какія ему казались наиболѣе соответствующими, доставить ему большую или меньшую гарантію относительно отказаннаго имущества, или же лишить его всякой гарантіи. Мы только замѣтимъ, что въ послѣднемъ случаѣ *распоряженіе завѣщателя будетъ заключать въ себѣ установленіе узифрукта только по имени, а не по сущности; вмѣсто узифрукта мы здѣсь будемъ имѣть дѣло съ какимъ нибудь другимъ юридическимъ отношеніемъ, каеъ то съ условнымъ или срочнымъ дареніемъ, установленнымъ въ пользу того лица, которое является въ завѣщаніи подъ именемъ фруктуарія. И такъ, если завѣ-*

*

щатель избавить лицо, которому онъ доставляетъ временное пользование вещь, отъ обезпеченія, то, не смотря на то, что онъ самъ, положимъ, и назоветъ въ завѣщаніи устанавливаемое имъ отношеніе узуфруктомъ, оно таковымъ не будетъ, ибо оно не подойдетъ подъ то понятіе, которое обозначается этимъ названіемъ въ римской юриспруденціи. Важный выводъ изъ этого заключается въ томъ, что такого рода отношеніе не будетъ подлежать общимъ правиламъ, дѣйствующимъ относительно нормальнаго узуфрукта.

Коль скоро выработался взглядъ на вещественное обезпеченіе, какъ на существенную составную часть фрукутарнаго отношенія, необходимо должно было воспослѣдовать и то, о чемъ мы уже выше упомянули, т. е. новый хозяинъ вещи, при самоѣмъ приобрѣтеніи собственности въ ней, получалъ право требовать установленія себѣ новаго обезпеченія; если онъ этого не дѣлалъ тотчасъ, то все-таки онъ могъ вытребовать его впоследствии времени, вчиняя *in rem actioem*, противъ котораго фрукутарій *exspirando* приведетъ право узуфрукта, а хозяинъ *hericando* несуществованіе обезпеченія. Такъ мы по крайней мѣрѣ понимаемъ *fr. 3 § 4 i. f. D. 7, 9*. Но спрашивается почему же юристъ въ приведенномъ фрагментѣ совѣтуетъ приобрѣтателю вещи требовать себѣ тотчасъ же, *tempore quaesiti dominii*, обезпеченіе, если онъ и потомъ можетъ получить это обезпеченіе на основаніи вещнаго иска? Это именно потому, что за все время, въ которое фрукутарій пользовался вещь, не представивъ обезпеченія, отношеніе его къ вещи вовсе не рассматривается какъ узуфруктъ, вслѣдствіе чего хозяинъ и не можетъ требовать за это промежуточное время вознагражденія за убытки, причиненные вещи *бездѣйствіемъ* лица пользовавшагося, а долженъ ограничиться тѣми общими правами, которыя имѣетъ хозяинъ въ отношеніи ко всякому лицу, обладавшему фактически его вещь¹⁾.

¹⁾ См. выше стр. 441.

Если высказанное нами мнѣніе, что *satisfactio* представляется существенною составною частію фруектуарнаго отношенія, вѣрно, то невозможность избавленія фруектуарія отъ него должна имѣть мѣсто точно также при договорномъ узуфруктѣ, какъ и при завѣщательномъ. Насчетъ этого вопроса однако всѣ почти новѣйшіе ученые придерживаются инаго мнѣнія и признаютъ, что хозяинъ можетъ избавить фруектуарія отъ необходимости представить обезпеченіе, если онъ это выразитъ въ договорѣ, которымъ устанавливается пользованіе. Различіе же въ этомъ отношеніи завѣщательнаго узуфрукта отъ договорнаго ученые основываютъ на томъ, что, освобождая на основаніи завѣщанія фруектуарія отъ *cautio*, хозяинъ повидимому даетъ наслѣднику право, между тѣмъ какъ въ сущности наслѣдникъ вовсе не получаетъ этого права, такъ какъ онъ не обладаетъ необходимыми средствами для успѣшной защиты его. Далѣе замѣчаютъ, что невозможность серьезнаго осуществленія права собственности наслѣдникомъ въ отношеніи къ фруектуарію, не ограничивалось бы по своимъ послѣдствіямъ этимъ отношеніемъ узуфрукта, но имѣло бы вліяніе и на другія юридическія отношенія, возникающія по поводу наслѣдства, такъ что правила, которыми вообще опредѣляются эти отношенія, не могли бы быть примѣняемы въ случаѣ отсутствія обезпеченія фруектуарія (напр. постановленія о необходимой долѣ, о Фальцидіевой четверти не могли бы получать примѣненія потому что доли не могли бы быть вѣрно исчисляемы до прекращенія узуфрукта ¹⁾). Доводъ, выставленный Синтенисомъ, намъ кажется совершенно справедливымъ и во всякомъ случаѣ болѣе соответствующимъ, нежели тѣ доводы, которые приводятся другими юристами, которые только толкуютъ о невозможности нарушенія правъ наслѣдника завѣщателемъ и т. д. Но и этотъ доводъ опять таки вытекаетъ какъ естественное послѣдствіе изъ того взгляда на обезпеченіе, которое мы выставили выше. Почему

¹⁾ См. напр. Sintenis § 59 прим. 39 и Daniel l. c. cap. I p. 5.

quarta Falcidia и т. д. здѣсь не можетъ быть разсчитана, почему безъ обезпеченія, какъ говоритъ Даніэль стр. 17 и слѣд. и въ особенности стр. 23, законъ de vicesima hereditatum не можетъ быть примѣненъ? Потому что безъ обезпеченія нѣтъ истиннаго узуфрукта, нѣтъ отношенія, которое представлялось бы опредѣленнымъ правомъ въ чужой вещи, ибо конечно, если юристы говорятъ о неопредѣленности отношенія, то они имѣютъ въ виду неопредѣленность того состоянія, въ которомъ будетъ находиться вещь при возвращеніи ея по окончаніи узуфрукта, потому что возвращеніе ея вообще вѣдь можетъ быть осуществлено *per in rem actionem*. Неопредѣленность, которую представляетъ вообще узуфруктъ въ примѣненіи къ праву хозяина относительно вещи, римляне и старались уничтожить, хотя бы отчасти, тѣмъ, что установили необходимость представленія обезпеченія. Если принять мотивы Синтениса и сопоставить ихъ съ тѣмъ, что говорится во fr. 68 pr. D. ad leg. Falcid. 35, 2: *eoque nos jure uti, Ulpianus ait, et circa computationem usufructus faciendam*, т. е. тотъ же самый расчетъ долженъ имѣть мѣсто и при опредѣленіи того, превышаетъ ли узуфруктъ, отдѣленный отъ собственности, фальцидіеву четверть или нѣтъ, то мы получимъ слѣдующій результатъ: узуфруктъ, какъ опредѣленное право, уменьшающее собою цѣнность собственности, разсчитывается; если нѣтъ обезпеченія, то узуфруктъ не можетъ быть разсчитанъ относительно необходимой доли и т. п., слѣдовательно, если нѣтъ обезпеченія, то нѣтъ того отношенія, которое предполагается Ульпіаномъ при расчетѣ, дѣлаемомъ по поводу *quartae Falcidiae*, т. е. нѣтъ узуфрукта въ техническомъ смыслѣ этого слова. Во всякомъ случаѣ требованіе реального обезпеченія представлялось бы лишнимъ, если не принять нашего взгляда на *cautio usufructuaria*; расчетъ могъ бы быть сдѣланъ и при простой *permissio* точно также, какъ на примѣрѣ всѣ вещи завѣщателя, находящіяся въ чужомъ пользованіи по обязательственнымъ отношеніямъ, входятъ въ расчетъ, если воз-

вращеніе ихъ и не гарантировано реальнымъ обезпеченіемъ. Между тѣмъ, какъ мы уже выше видѣли, по прямому опредѣленію закона, завѣщатель не можетъ освободить фруктуаріа не только отъ стипуляціи, но и отъ поручительства (*satisfactio*). Мы и здѣсь опять таки должны придти къ тому же заключенію, къ которому пришли уже выше: въ поручительствѣ, и слѣдовательно въ *полной* въ гарантіи того, что хозяину будетъ возвращена вещь или цѣнность ея, римляне видятъ, необходимую, существенную принадлежность узуфрукта, а выходя изъ этого начала, мы, какъ уже выше было упомянуто, по необходимости должны признать невозможность освобожденія фруктуаріа отъ обезпеченія не только при узуфруктѣ, установленномъ посредствомъ легата, но и при всякомъ узуфруктѣ, слѣдовательно и при договорномъ, хотя бы конституэнтъ узуфрукта и хотѣлъ въ данномъ случаѣ освободить фруктуаріа ¹⁾. Допуская же возможность освобожденія фруктуаріа при договорномъ узуфруктѣ, въ противоположность *ususfructus legati*, новѣйшіе юристы основываются на fr. 46 D. de pactis 2, 14: *quum liceat juris sui persecutionem aut spem futurae perceptionis deteriore constitutare*, и далѣе на томъ, что въ источникахъ нѣтъ ни одного мѣста, въ которомъ было бы высказано, что это правило не должно имѣть примѣненія къ узуфрукту. При этомъ однако опять мнѣнія различныхъ юристовъ отличаются одно отъ другаго по различнымъ модификаціямъ: такъ Эльверсъ, говоря, что поручительство можетъ быть упущено, признаетъ, что въ случаѣ упущенія и стипуляціи (*permissio*), явится отношеніе, которое въ различныхъ отношеніяхъ будетъ отличаться отъ обыкновеннаго узуфрукта, и которому поэтому едва ли можетъ быть придаваемо названіе узуфрукта. Противъ этого мы должны замѣтить, что, какъ уже было сказано выше, *stipulatio* и *satisfactio* обыкновенно приводятся въ источникахъ вмѣстѣ, нераздѣльно, подъ общимъ на-

¹⁾ См. и Hoffmann l. c. p. 168.

именованіемъ: *cautio* или *satisfactio*, и что тамъ, гдѣ они не совпадаютъ, римляне ихъ различаютъ весьма тщательно, напримеръ, во fr. 6 § 1 D. ut legat. 36, 4 (Ulpian.): *Admonendi sumus, rebus publicis remitti solere satisfactionem, remissio plane exigenda est; fr. 8 cit. (Papinian)*. Крансъ на стр. 112 говоритъ, что нѣтъ сомнѣнія, что отъ гарантіи, установленной исключительно въ интересахъ хозяина, послѣдній можетъ отказаться, и слѣдовательно освободить фруктуаріа отъ обезпеченія. Но, продолжаетъ онъ, если затѣмъ фруктуарій не оправдаетъ довѣрія хозяина, то нѣтъ сомнѣнія, что онъ можетъ быть принужденъ впоследствии времени къ исполненію законной обязанности установленія обезпеченія ¹⁾. Но, какъ вѣрно замѣчаетъ Гофманъ стр. 169 прим. 331, при такомъ взглядѣ *remissio cautionis* не имѣло бы никакого значенія, такъ какъ обезпеченіе именно и устанавливается въ виду того только случая, когда фруктуарій не исполнитъ своихъ обязанностей. *Remissio cautionis* въ томъ видѣ, въ которомъ оно принимается Крансомъ, нельзя было бы вовсе считать за освобожденіе фруктуарія отъ обезпеченія, такъ какъ въ немъ не заключалось бы отреченія хозяина отъ права, предоставленнаго ему закономъ, *renuntiatio*, ибо *ad renuntiata non datur regressus* и fr. 46 D. de pactis: *pec. . . . remissa (heredi) satisfactio per pactionem ex poenitentia revocari debet*. Этихъ мы опровергаемъ и Синтениса (см. у него § 59 примѣч. 38), который допускаетъ и молчаливое отреченіе хозяина отъ *cautio*, которое именно по его мнѣнію должно быть принято тогда, когда установитель usufrукта не осуществляетъ своего требованія на обезпеченіе. И въ этомъ случаѣ, по приведенному правилу: *ad renuntiata non da-*

¹⁾ См. и Glück IX § 655. Даниэль l. c. p. 12 говоритъ просто: *Porro si conventionem constituitur usufructus, remitti posse cautionem nemo dubitabit*. Это намъ кажется весьма недостаточнымъ для диссертации, имѣющей специальнымъ своимъ предметомъ *cautionem usufructuariam*, и въ виду хоть мнѣнія Гофмана.

tur regressus, хозяинъ не долженъ былъ бы имѣть возможности вытребовать обезпеченіе вполнѣдствіи времени; между тѣмъ въ источникахъ прямо сказано, что если вещь передана usufructus nomine satisfactione non oblata, то можно требовать возвращенія вещи или же кондиционировать обезпеченіе, которое въ соответствующемъ мѣстѣ источниковъ приводится подъ названіемъ stipulatio, между тѣмъ какъ въ началѣ предложенія было употреблено выраженіе satistadio. Что же касается до fr. 46 D. cit., то мы никогда не думали утверждать, чтобы хозяинъ не могъ передавать другому вещь въ пользованіе, не требуя обезпеченія. Но при этомъ мы повторяемъ, что такъ какъ, по вѣрному замѣчанію Эльверса, въ случаѣ упущенія обезпеченія явится отношеніе, которое едва ли можно будетъ назвать узупфруктомъ, по нашему мнѣнію въ случаѣ установленія пользованія безъ реальной гарантіи, безъ поручительства, должно было появиться отношеніе, которое по взгляду римскихъ юристовъ не подходило подъ техническое понятіе узупфрукта. Затѣмъ fr. 46 cit. опять относится къ обезпеченію по поводу легатовъ и фиденкоммиссовъ, а мы уже выше говорили о томъ, что cautio fructuaria явилась по совершенно другимъ соображеніямъ, нежели обезпеченіе по поводу легатовъ, ибо при узупфруктѣ идетъ рѣчь о сохраненіи тѣмъ лицомъ, которое можетъ требовать обезпеченія, *своей* собственной вещи; при легатѣ же мы имѣемъ дѣло съ полученіемъ (со стороны легатарія) чужой вещи. Если мы наконецъ обратимся къ тѣмъ доказательствамъ, которыя можно бы было отыскать въ источникахъ въ пользу нашего мнѣнія, то мы ихъ находимъ въ слѣдующемъ: а) при точности выраженій Ульпіана и другихъ классическихъ юристовъ нѣтъ никакой возможности принимать, чтобы Ульпіанъ во fr. 7 pr. D. 7, 9 выразился столь общимъ образомъ, какъ онъ это дѣлаетъ, еслибы ему былъ извѣстенъ какой нибудь случай, не подходившій подъ высказанное имъ сужденіе. Онъ именно разбираетъ различныя обстоятельства, которыя могутъ имѣть мѣсто при передачѣ вещи фруктуарію

безъ обезпеченія; странно, чтобы онъ не упомянулъ въ видѣ исключенія о томъ случаѣ напр. *nisi proprietarius satisfactionem remisisset*, какъ о случаѣ, который совершенно противенъ выставленному имъ здѣсь правилу. Онъ же во всякомъ случаѣ имѣлъ побужденіе указать нарочно на это исключеніе, такъ какъ ему было хорошо извѣстно, что при легатѣ узуфрукта не могло быть *missio cautionis*, и что узуфруктъ, установленный по завѣщанію, именно служилъ прототипомъ для всѣхъ другихъ видовъ узуфрукта. б) Если мы выше сказали, что юристъ Ульпіанъ вѣроятно участвовалъ въ изданіи *C. 7 Cod. 6, 54*, то столь же вѣроятно, что онъ принималъ участіе и въ составленіи *C. 4 Cod. 3, 33* (это именно конституція императора Александра отъ 226 г., Ульпіанъ же скончался въ 228 г.), которая выражается общими словами такъ: *usufructu constituto consequens est, ut satisfactio boni viri arbitrato praebeatur ab eo, ad quem id commodum pervenit, quod nullam laesionem ex usu proprietati afferat. Nec interest, sive ex testamento, sive ex voluntario contractu ususfructus constitutus est*¹⁾. Тутъ прямо высказывается, что необходимость *satisfactio* вытекаетъ изъ самаго понятія установленнаго узуфрукта (*consequens est*), т. е. что нельзя себѣ представить узуфрукта установленнымъ, если нѣтъ *cautio*; затѣмъ говорится, что нѣтъ въ отношеніи къ этой обязанности различія *satisfactio* по способу установленія узуфрукта посредствомъ завѣщанія или договора; въ *C. 7 cit.* же императоръ Александръ и юристъ Ульпіанъ говорятъ, что *satisfactio minime testamento remitti potest*. И такъ намъ кажется, что, по примѣру *ususfructus legati*, римская юриспруденція и

¹⁾ *Cp. fr. 13 pr. D. de usufr. 7, 1: Haec autem ad omnem ususfructum pertinere: Julianus libro 38 Dig. probat; и fr. 1 § 2 D. h. t. 7, 9: exemplo legatorum debet haec cautio praestari; sed et si ex alia quacunque causa constitutus fuerit ususfructus, idem dicendum est.* Оба мѣста принадлежать Ульпіану.

при всякомъ другомъ узуфруктѣ считала за нѣчто безусловно необходимое *satisfatio*. Вызвана же была необходимость обезпеченія при *jura in re aliena*³⁾, въ противоположность обязательственнымъ отношеніямъ, направленнымъ на ту же цѣль, (т. е. на пользование чужимъ имуществомъ), непосредственною властью, доставляемой лицу вещными правами, самостоятельностью и независимостію, которыми отличается положеніе лицъ, пользующихся на основаніи этихъ правъ, въ отношеніи къ хозяину вещи, послѣ того когда разъ установлено вещное право.

Если мы, на основаніи источниковъ, старались провести мнѣніе о безусловной необходимости вещественнаго обезпеченія при узуфруктѣ, то мы должны сдѣлать при этомъ слѣдующія оговорки: 1) мы этого требованія не понимаемъ въ томъ смыслѣ, чтобы хозяинъ при установленіи узуфрукта долженъ былъ непременно тотчасъ вытребовать обезпеченіе, но только полагаемъ, что договоръ, именно направленный на освобожденіе фруктуарія отъ обезпеченія, *Pactum de non petenda cautione*, долженъ считаться недѣйствительнымъ, за *Pactum nullum*, и поэтому не имѣть никакого значенія въ теченіи всего времени, пока существуетъ узуфруктъ, такъ что хозяинъ вещи, несмотря на такой договоръ, всегда можетъ требовать или представленія *satisfationis* (*condicere cautionem*) или же возвращенія вещи, чѣмъ и объясняется общее выраженіе во *fr. 13 pr. D. 7, 1; dominus potest desiderare* (такъ что слово *potest* относится ко времени требованія). 2) Если насъ спросятъ, разумно ли такое требованіе, то, съ точки зрѣнія нынѣшней юридической жизни, мы должны отвѣчать отрицательно; мы это требованіе считаемъ

1) Не только при узуфруктѣ, но и при другихъ личныхъ сервитутахъ; см. *fr. 5*, въ особенности § 3 *D. h. t. 7, 9: Et si habitatio, vel operae hominis, vel cujus alterius animalis relictæ fuerint, stipulatio locum habebit, licet per omnia hæc usumfructum non imitantur.*

за особенность (*subtilitas juris*) римскаго взгляда, вызванную желаніемъ возможно меньшаго ограниченія собственности, свобода и гарантія которой поддерживаются у римлянъ всѣми средствами, такъ что *actum de non praestanda cautione* по римскимъ взглядамъ было недѣйствительно не по безнравственности его, какъ полагаетъ Донелль, а потому что въ немъ заключался отказъ отъ собственности. Поэтому насъ не удивляетъ, что новѣйшія законодательства допускаютъ освобожденіе фруктуарія хозяиномъ ¹⁾ отъ обезпеченія.

Противъ нашихъ выводовъ, даже съ оговоркою, приведенною подъ 1, можно было бы еще возразить: узуфруктъ, при безусловной необходимости поручительства, долженъ былъ быть учрежденіемъ, которое встрѣчалось весьма рѣдко въ римской практической жизни, а между тѣмъ онъ въ источникахъ приводится такъ часто, что напротивъ того мы должны полагать, что онъ принадлежалъ къ наиболѣе распространеннымъ институтамъ. На это возраженіе мы можемъ отвѣтить слѣдующее: невозможность избавленія фруктуарія отъ обезпеченія при установленномъ по завѣщанію узуфруктѣ, кажется, не можетъ подлежать сомнѣнію въ виду приведенныхъ нами мѣстъ источниковъ. Между тѣмъ въ болѣе части случаевъ, въ которыхъ въ источникахъ говорится вообще объ узуфруктѣ, рѣчь идетъ именно о пользованіи, установленномъ *per negotium mortis causa*, такъ что, еслибы мы даже допустили возможность *remissionis cautionis* при установленіи узуфрукта *per negotia inter vivos*, это освобожденіе относилось бы только къ весьма рѣдкимъ случаямъ существованія этого права и представляло бы собою поэтому только исключеніе. Присваніе поручителей человѣкомъ порядочнымъ и добросовѣстнымъ въ Римѣ

¹⁾ См. напр. Code Civil art. 601: *L'usufruitier donne caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit.*

вѣроятно не представлялось особенно затруднительнымъ, что видно уже изъ того, что, какъ извѣстно, поручительство тамъ было самымъ распространеннымъ видомъ обезпеченія; да при томъ обязанности, которыя принималъ на себя фруктуарій на основаніи *cautionis*, были такого рода, что, при добросовѣстности его, поручителямъ весьма рѣдко только приходилось вступаться за него, обстоятельство, которое конечно должно было содѣйствовать облегченію фруктуарія по отношенію къ отысканію поручителей.

И такъ обезпеченіе требовалось при всякомъ узуфруктѣ, безъ различія способа установленія его, за исключеніемъ только узуфрукта, установленнаго непосредственно закономъ, *ususfructus legalis*, особенность, которую можно будетъ объяснить только тогда, когда мы подробнѣе разсмотримъ этотъ видъ пользованія, именно въ ученіи о способахъ установленія узуфрукта. Затѣмъ можетъ быть сомнѣніе еще относительно случая *deductio ususfructus*. Долженъ ли именно хозяинъ вещи, если онъ перенесетъ собственность въ ней на другаго, и при этомъ выговоритъ себѣ пожизненное владѣніе отчуждаемою вещью, представить пріобрѣтателю ея обезпеченіе или нѣтъ? Очевидно *deductio* болѣею частію будетъ имѣть мѣсто только при дарственномъ перенесеніи собственности вещи, а въ отношеніи къ дарителю новѣйшая практика допускаетъ исключеніе отъ обязанности кавировать. Съ этимъ однако нельзя согласиться. Конечно лицо, получающее вещь въ собственность, можетъ не требовать обезпеченія отъ бывшаго хозяина ея, ибо, какъ мы выше сказали, мы полагаемъ необходимымъ обезпеченіе только въ томъ смыслѣ, что *factum de non praestanda cautione* должно считаться недѣйствительнымъ; если же бывший хозяинъ, а теперь фруктуарій, предприметъ такія дѣйствія съ вещью, которыя угрожаютъ собственности лица, получившаго отъ него вещь, то мы не видимъ никакого основанія не допускать хозяина къ требованію обезпеченія, такъ какъ и дареніе есть серьезная юри-

дическая сдѣлка и не можетъ быть уничтожаемо по волѣ дарителя, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ (*revocatio donationis*), которые именно опредѣлены закономъ, а между тѣмъ фруктуарій могъ бы довести дѣло фактически до уничтоженія даренія (запуская напр. воплѣть вещь) еслибы допустить избавленіе его, во всякомъ случаѣ, отъ обезпеченія.

Что касается до формы обезпеченія, то мы до сихъ поръ все говорили о поручительствѣ (*satisfatio*) какъ соответствующемъ *cautioni usufructuariae* обезпеченію. Дѣйствительно это единственная форма, упоминаемая въ источникахъ, въ которыхъ нигдѣ не сказано, на сколько она могла бы быть замѣнена другими, напр. залогомъ. Мы однако насчетъ этого вопроса можемъ вывести вѣрное заключеніе изъ того, что *cautio usufructuaria*, какъ говоритъ Ульпіанъ, введена преторскимъ эдиктомъ fr. 1 pr. D. h. t. 7, 9, слѣдовательно относится къ такъ называемымъ *stipulationes praetoriae (cautionales, fr. 1 D. de stip. praet. 46, 5)*, а относительно ихъ общее правило, высказанное во fr. 7 D. h. t., слѣдующее: *praetoriae satisfationes (stipulationes Vulg.) personas desiderant pro se intervenientium, et neque pignorbis quis, neque pecuniae, vel auri, vel argenti depositione in vicem satisfationis fungitur*. Есть дѣйствительно нѣкоторые случаи преторскихъ стипуляцій, въ которыхъ допускается простое обѣщаніе, но, какъ говоритъ Ульпіанъ, *reprocuratae sunt, quae nudam repromissionem habent, aliae vero satisfationem exigunt*, и, исчисляя эти немногіе случаи, онъ не приводитъ между ними *cautionem usufructuariam*. На основаніи этого мы не понимаемъ какъ могутъ Глюкъ § 657, и вслѣдъ за нимъ Крансъ стр. 116, допускать по римскому праву уклоненіе отъ этого принципа, объявляя, что, въ случаѣ невозможности отыскать достаточныхъ и надежныхъ поручителей, фруктуарій можетъ представить залогъ или даже отдѣлаться клятвеннымъ обѣщаніемъ, *iurata promissio*. (Замѣтимъ кстати, что при таксмъ взглядѣ на форму обезпеченія, кажется, уже никакъ нельзя

защищать возможность избавленія фруктуарія отъ этого обезпеченія). Мнѣнiю названныхъ юристовъ, въ примѣненiи по крайней мѣрѣ къ узурфрукту, установленному завѣщанiемъ, прямо противорѣчатъ слова юриста Павла ¹⁾: *usufructu legato fidejussoribus oblati cavere cogetur*. Въ высшей степени непослѣдовательно поступаетъ Гофманъ допуская (на стр. 172) даже *pudam promissionem*, но только тогда, когда самъ хозяинъ на это согласится, ибо, говоритъ онъ, искъ все-таки будетъ у хозяина и въ этомъ случаѣ. Ссылаясь именно на С. 1 Cod. de usufr. 3, 33 для подтвержденiя своего мнѣнiя о безусловной необходимости *cautionis*, Гофманъ послѣдовательно долженъ бы былъ признать и необходимость *satisfactio*nis, такъ какъ въ приведенной конституцiи прямо идетъ рѣчь о *satisfactio*, а не о *cautio promissoria*. Притомъ преторская стипуляцiя потеряла бы свой характеръ, если бы она была безъ поручительства, и только въ тѣхъ случаяхъ, когда закономъ именно была дана возможность отказаться отъ обезпеченiя, отказъ этотъ могъ бытъ допускаемъ: *quod adversus invitum hodie jure publico sequi non potest, postquam remitti posse cautionem placuit* ²⁾. Слово *hodie* указываетъ, что прежде, т. е. до появленiя положительнаго предписанiя насчетъ возможности отказаться отъ обезпеченiя по поводу legata или фидеикомисса, отказъ былъ невозможенъ.

Для вѣрнѣйшаго дѣйствiя обезпеченiя, т. е. для того, чтобы вполне можно было выяснить, насколько фруктуарiй противо-дѣйствовалъ тѣмъ обязанностямъ, которыя онъ взялъ на себя *per stipulationem*, Ульпианъ ³⁾ совѣтуетъ составить опись иму-

¹⁾ Rec. Sent. III 6 § 27.

²⁾ fr. 77 i. f. D. de condition. 35, 1; C. 2 Cod. ut in possess. 6, 54, C. 7 eod.

³⁾ fr. 1 § 4 D. h. t. 7, 9: Recte autem facient et heres et legatarius, qualis res sit, quum frui incipit legatarius, si in testatum red-

ществу, отдаваемому въ пожизненное владѣніе. Должно ли это разсматривать какъ совѣтъ Ульпіана, какъ это дѣлаютъ обыкновенно, или слѣдуетъ ли считать составленіе инвентарія обязанностию одного изъ заинтересованныхъ лицъ? Мы полагаемъ, что слова Ульпіана дѣйствительно не содержатъ въ себѣ ничего обязательнаго, ибо онъ не требуетъ содѣйствія обѣихъ сторонъ. *In testatum redigere* значитъ составить опись при свидѣтеляхъ; это можетъ дѣлать каждый, хозяинъ или фруктуарій порознь, или же они вмѣстѣ могутъ составить опись съ общаго согласія, чтобы имѣть лучшее доказательство, но ни для чего больше. Наконецъ изъ выраженій, употребленныхъ Ульпіаномъ въ приведенномъ мѣстѣ, ясно выходитъ, что въ нихъ заключается простой совѣтъ, а не принудительное предписаніе¹⁾.

Мы теперь разсмотрѣли значеніе обезпеченія при узуфруктѣ и говорили о способахъ, которыми *cautio* осуществляется; остается разсмотрѣть вопросъ о тѣхъ средствахъ, которыми хозяинъ можетъ вынудить у фруктуарія доставленіе обезпеченія²⁾.

1) Фруктуарій до доставленія обезпеченія не можетъ осуществлять своего права предъявленіемъ противъ хозяина иска, направленного на выдачу ему вещи для пользованія, т. е. хозяину принадлежитъ *jus retentionis: non prius dandam actionem usufructuario, quam satisdederit*³⁾. Эльверсъ изъ *fr. 35 D. de usurp. 41*, 3 вѣрно выводитъ, что даже иски, возникающіе изъ

egerint, ut inde possit apparere, an et quatenus pejorem rem legatarius fecerit.

1) По французскому законодательству — *art. 600* — весьма разумно, какъ намъ кажется, составленіе такой описи объявлено обязательнымъ для фруктуарія, который до совершенія этого акта не можетъ вступить въ пользованіе вещію; хозяинъ же долженъ быть приглашенъ къ составленію описи.

2) *Glück l. c. § 656, Elvers l. c. pag. 563, Hoffmann l. c. 168 Krans l. c. p. 111.*

3) *fr. 13 pr. D. de usufr. 7, 1.*

узуфрукта противъ третьихъ лицъ, совершившихъ деликты въ отношеніи къ вещи, въ которой установленъ узуфруктъ, не могутъ быть вчиняемы фруктуаріемъ до представленія обезпеченія. Стоитъ поближе разсмотрѣть приведенный фрагментъ, такъ какъ толкованіе его представляется не совсѣмъ легкимъ. Случай, разсматриваемые въ немъ, слѣдующіе: рабъ, въ которомъ по завѣщанію установленъ узуфруктъ, похищенъ передъ тѣмъ какъ наслѣдникъ въ немъ получилъ владѣніе, такъ что наслѣднику не принадлежитъ *actio furti*. Спрашивается, подлежитъ ли этотъ рабъ пріобрѣтательной давности, или же исключается ли онъ отъ нея въ качествѣ *rei furtivae*? Сабинъ, отвѣчая, что рабъ не подлежитъ давности, потому что фруктуарій имѣетъ по поводу его *actionem furti*, хотя бы рабъ никогда въ его власти не находился, говоритъ: *quod sic accipiendum est, ut fructuarius poterit uti frui*. Эльверсъ и объясняетъ слова „*poterit uti frui*“ такъ: если онъ уже представилъ *cautionem*. Невозможность предъявить до представленія обезпеченія искъ, направленный на выдачу вещи для осуществленія узуфрукта, не только основываетъ временное пріостановленіе осуществленія узуфрукта, такъ чтобы фруктуарій въ послѣдствіи времени, представивъ обезпеченіе, могъ вытребовать и тѣ выгоды, которыя достались бы ему при своевременномъ представленіи обезпеченія; но *право узуфрукта само возникаетъ* только съ момента представленія обезпеченія, такъ что всѣ права, возникшія до представленія обезпеченія, и всѣ выгоды по поводу фруктуарной вещи, какъ то: плоды, проценты и т. п., принадлежатъ хозяину вещи. Это именно выходитъ изъ одного рѣшенія Папиньяна¹⁾, въ которомъ онъ присуждаетъ легатарію проценты отъ капиталовъ, отданныхъ въ займы завѣщателемъ, именно тѣ проценты, срокъ которыхъ явился послѣ представленія обезпеченія; тѣ же проценты, которыхъ срокъ истекъ до представленія *cautionis*, должны принад-

¹⁾ fr. 24 pr. D. de usu et usufr. leg. 33, 2.

лежать наследнику-хозяину, и поэтому при позднѣйшемъ доставленіи обезпеченія эти проценты должны войти въ капитальную сумму, на возвращеніе которой направлено cautio. (Очевидно это рѣшеніе Папиньяна служить сильнымъ доводомъ въ пользу нашего мнѣнія о томъ, что обезпеченіе по римскимъ взглядамъ представлялось существенною принадлежностію фруктуарнаго отношенія.)

2) Если же фруктуарію была передана вещь хозяиномъ безъ требованія обезпеченія, то хозяинъ можетъ требовать возвращенія ея себѣ, и въ случаѣ противоставленія иску его *exceptiois ususfructus*, предъявить *replicationem nondum oblatæ cautionis*, чѣмъ онъ и побѣдитъ фруктуарія¹⁾. Здѣсь представляются намъ два важныхъ вопроса: а) Ульпіанъ говоритъ: *Et si ususfructus nomine re tradita satisdatum non fuerit, Proculus ait, posse heredem rem vindicare*. Какимъ образомъ именно въ этомъ случаѣ допускается *rei vindicatio*? б) Должны ли при этомъ быть возвращены фруктуаріемъ полученные до представленія обезпеченія плоды или нѣтъ? Относительно перваго вопроса, который удивительнымъ образомъ вовсе не обратилъ на себя вниманія Эльверса, мы находимся въ томъ затрудненіи, что Ульпіаномъ повидимому допускается *rei vindicatio* юридическаго владѣльца вещи противъ естественнаго владѣльца, что, какъ извѣстно, противорѣчитъ общепринятой теоріи о квалификаціи истца и отвѣтчика при названномъ искѣ²⁾. Въ под-

¹⁾ fr. 7 pr. D. h. t. 7, 9 (Ulpian.). *Etsi ususfructus nomine re tradita satisdatum non fuerit, Proculus ait, posse heredem rem vindicare; et si objiciatur exceptio de re ususfructus nomine tradita, replicandum erit. Quae sententia habet rationem.*

²⁾ § 3 I. de act. 4, 6: *in controversiis rerum corporalium* *is agit, qui non possidet; ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris (auctoris Schrader) esse. Sane uno casu, qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunus apparebit.*

лежащемъ нашему разсмотрѣнію случаѣ въпрочемъ это кажущееся отступленіе можетъ быть объяснено весьма просто тѣмъ, что при данныхъ обстоятельствахъ мнимый фруктуарій вовсе не будетъ detentor rei въ отношеніи къ ищущему хозяину, а просто недобросовѣстнымъ владѣльцемъ чужой вещи, которымъ онъ станетъ именно начиная съ того момента, когда онъ, не смотря на увѣщаніе хозяина, не возвратитъ ему вещи, ни же доставитъ ему обезпеченія. Согласно съ изложенною нами теоріею о томъ, что обезпеченіе (cautio) должно быть разсматриваемо какъ essentielle дѣйствительнаго узуфрукта, въ случаѣ полученія лицомъ вещи, хотя бы ususfructus nomine, но безъ доставленія имъ хозяину обезпеченія, отношеніе, возникающее изъ передачи, вовсе не есть въ техническомъ смыслѣ узуфруктъ, а болѣе подходит къ фактическому отношенію пресакіумъ, а мнимый фруктуарій, не возвращающій вещи по востребованію хозяина, обратится въ vitiosus possessor. Но такъ какъ въ этомъ случаѣ хозяинъ вещи не будетъ въ состояніи сослаться прямо на vitiosa (presagio) possessio, такъ какъ онъ самъ передалъ вещь не presagii nomine, а ususfructus nomine, что и можетъ противъ него тотчасъ же привести мнимый фруктуарій въ видѣ возраженія¹⁾, то процессъ подобнаго рода потребуетъ болѣе обстоятельнаго разсмотрѣнія, нежели полагается при обыкновенномъ possessorium; посему хозяину и недостаточно будетъ употребить remedium possessorium, т. е. интердиктъ, а онъ долженъ будетъ искать per remedium petitorium, т. е. per rei vindicationem. Поэтому допускаемый Ульпіаномъ въ fr. 7 pr. cit. искъ только служить къ подтвержденію изложенной нами выше теоріи, и его можно объяснить и безъ того, чтобы видѣть въ этомъ случаѣ, вмѣстѣ съ Крансомъ²⁾, Келлеромъ, Майнцомъ и др., знаменитый *miss*

1) См. fr. 7 pr. cit.

2) См. Kraus l. c. p. 115, прим. 4.

casus институцій императора Юстиніана¹⁾. Тѣ юристы, которые не держатся нашего мѣнія по упомянутому вопросу, могутъ объяснить fr. 7 pr. cit. на основаніи того мѣста источниковъ. которое возбуждаетъ столько споровъ между учеными, и въ которомъ Ульпіанъ допускаетъ *ex* *качества общаго правила*, что виндикація можетъ быть направлена и противъ того, кто имѣетъ вещь только какъ *naturalis detentor*²⁾. Мы конечно здѣсь не можемъ останавливаться на подробномъ разсмотрѣніи знаменитаго fr. 9 cit., но скажемъ только, что по нашему мѣнію ссылка на это мѣсто для объясненія fr. 7 pr. cit. должна считаться совершенно несоотвѣтствующею, такъ какъ мы не можемъ раздѣлять мѣнія Фрица (собственно глоссы, Акеурзія), и не допускаемъ вчинанія *rei vindicationis* противъ того лица, которое детинируетъ вещь отъ имени истца, напр. противъ наемателя, коммодатарія, депозитарія его и т. п. Искъ, при которомъ истецъ приводитъ въ основаніе свое право собственности, представится именно совершенно излишнимъ и неумѣстнымъ въ отношеніи къ лицу, которое вовсе не оспариваетъ этой собственности, но которое соглашается съ истцомъ въ томъ отношеніи, что оно детинируетъ вещь на основаніи дѣйствительной юридической сдѣлки съ нимъ³⁾. Въ нашемъ же случаѣ этого согласія

¹⁾ § 3 I. cit 4, 6.

²⁾ Fr. 9 D. de R. V. 6, 1 (Ulpian.): Puto autem, ab omnibus qui tenent et habent restituendi facultatem. peti (i. e. rem) posse. Объ этомъ же см. Fritz i. Linde's Zeitschr. f. Civilr. u. Process. N. F. I, 2; Zimmermann ibid. XI, 8; см. также: Arndts Lehrb. § 166 пр. 2, Windscheid Pand. § 196 пр. 5, Keller ibid. § 149 при прим. 14, Sintenis, Practisch. Civilr. Bd. I § 52 прим. 2 и др.

³⁾ Замѣтимъ, что изъ всѣхъ случаевъ, приводимыхъ Фрицомъ I. с., дѣйствительно ни одинъ не представляетъ необходимости или даже возможности провести виндикацію. Тотъ которымъ онъ, кажется, дорожить особенно, fr. 1 § 2 и fr. 2 D. commod. 13, 6 ясенъ, ибо тутъ нѣтъ *detentio alieno nomine*, такъ какъ договоръ недействителенъ. Ср. еще fr. 50 D. de R. V. 6, 1 (Callistratus).

нѣтъ. Передавшій вещь въ узуфруктъ безъ предварительнаго вытребованія *cautionis* не можетъ даже вчинять другаго иска, кромѣ виндикаціи, такъ какъ онъ именно черезъ вчинаніе этого иска выражаетъ, что по его взгляду узуфруктъ долженъ быть разсматриваемъ только какъ мнимый, а не какъ дѣйствительный. При обязательственныхъ отношеніяхъ истецъ можетъ основываться на договорѣ, доказывать что на основаніи его вещь должна быть возвращена нанимателемъ и т. п., при мнимомъ узуфруктѣ же единственное основаніе возвращенія — это право собственности истца. *Fr. же 9 cit.* мы объясняемъ такъ, что противъ кондуктора, депозитарія вещи и проч. можетъ быть вчиняемъ *rei vindicatio* тогда, когда онъ имѣетъ вещь не отъ виндиканта, такъ что Ульпіанъ хотѣлъ указать только на то, что истецъ не обязанъ отыскивать юридическаго владѣльца вещи, а что и естественный владѣлецъ представляется достаточно легитимированнымъ отвѣтчикомъ; дѣло же отвѣтчика *laudare vel nominare auctorem*.

Второй вопросъ касается выдачи плодовъ, полученныхъ мнимымъ фруктуаріемъ, имѣвшимъ вещь безъ представленія обезпеченія, и обязаннымъ вернуть ее по виндикаціи хозяина ¹⁾. Относительно этого вопроса выставляются различныя мнѣнія, представителями которыхъ можно выставить Глюка и Эльверса ²⁾. Первый именно, согласно съ нѣкоторыми древнѣйшими юристами, не хочетъ признать обязанности фруктуарія выдавать плоды, ибо во *fr. 7 pr. cit.* ничего объ этомъ не говорится, а между тѣмъ во всякомъ случаѣ такой фруктуарій поль-

¹⁾ Daniel въ монографіи о *cautio usufructuaria* ни единымъ словомъ не касается этого вопроса. Вообще сочиненіе его, въ отношеніи къ средствамъ для вытребованія *cautionis*, крайне недостаточно. *Cf. p. 74 и 75.* Онъ впрочемъ на стр. 91 говоритъ, что подробнѣйшее изслѣдованіе этихъ исковъ и юридическихъ средствъ «*consilium hujus dissertationis excedit*».

²⁾ Glück l. c. p. 489 i. f.; Elvers l. c. p. 563 i. f.

зуется вещью скорѣе на подобномъ основаніи, на которомъ пользуется добросовѣстный владѣлецъ, нежели какъ *malae fidei possessor*¹⁾ (*pec malae fidei possessor dici potest is, cui res tradita fuit a vero domino*); поэтому фрукутарій долженъ возратить плоды только съ момента *litis contestationis* (подобно *bonae fidei possessori*). Эльверсъ же напротивъ разсуждаетъ слѣдующимъ образомъ: такъ какъ права (*die Befugnisse*) фрукутарія совершенно приостановлены до доставленія обезпеченія, вслѣдствіе чего онъ въ это время пользуется вещью какъ бы *sine causa*, и такъ какъ самому фрукутарію должно было быть извѣстно это обстоятельство, то его совершенно справедливо можно уподоблять недобросовѣстному владѣльцу, конечно за исключеніемъ того случая, когда изъ обстоятельствъ дѣла можно вывести заключеніе, что хозяинъ хотѣлъ подарить фрукутарію и тѣ плоды, которые онъ получилъ до представленія обезпеченія. Намъ кажется, что мнѣніе Эльверса слишкомъ сурово и не основывается на вѣрныхъ предположеніяхъ. Дѣйствительно мы съ нимъ должны согласиться въ томъ, что узуфруктъ, какъ опредѣленный личный сервитутъ, до представленія обезпеченія не существуетъ. Но съ другой стороны мы должны обратить вниманіе на то правило, по которому никто не можетъ оспаривать своихъ собственныхъ дѣйствій, въ ущербъ другому лицу. А хозяинъ, передавая свою вещь другому лицу *ususfructus nomine*, употребленіемъ этого самого слова, поставилъ это лицо въ такое положеніе, по которому оно себя могло считать вполне въ правѣ извлекать плоды изъ вещи, хотя не въ качествѣ фрукутарія (ибо это лицо дѣй-

¹⁾ Этого взгляда держится французское законодательство. См. Code Civ. art. 604: *Le retard de donner caution ne prive pas l'usufruitier des fruits auxquels il peut avoir droit; ils lui sont dus du moment où l'usufruit a été ouvert*. Но не забудемъ, что во французскомъ правѣ обезпеченіе не играетъ вовсе той важной роли, какъ въ римскомъ, ибо узуфруктъ превращается *ipso jure par abus de jouissance*.

ствительно должно было знать, что до доставленія обезпеченія оно не можетъ считаться за такового, не можетъ ссылаться напр. на свое вещное право передъ третьими лицами, ниже передъ самимъ хозяиномъ и т. д.), но въ качествѣ напр. прекариста, во всякомъ же случаѣ скорѣе въ качествѣ *bonae fidei possessoris* (Глюкъ), нежели *malae fidei possessoris* (Эльверсъ). Какимъ же образомъ свалить всё невыгодныя послѣдствія, происходящія отъ сдѣлки, совершенной не съ соблюденіемъ всѣхъ законныхъ правилъ, на одного только контрагента, и именно на того, который не предлагалъ предмета, а только принималъ его отъ другаго? Отчего же требовать отъ лица, получающаго чужую вещь въ пользованіе, чтобы оно, такъ сказать, навязывало хозяину обезпеченіе, а не требовать отъ послѣдняго, чтобы онъ замолвилъ слово объ этомъ обезпеченіи, которое должно послужить исключительно для его пользы? Притомъ обезпеченіе является необходимымъ условіемъ узурфрукта только тогда, когда дѣло дойдетъ до судебного разбирательства; общественная власть не можетъ признать за лицомъ, ссылающимся на узурфруктъ, *estus* правъ фруктуарія, если этимъ лицомъ не было дано обезпеченіе. Но мы видѣли выше, что обезпеченіе не должно быть представляемо безусловно при самомъ установленіи узурфрукта; оно можетъ быть требуемо *ex post* въ теченіе всего времени, пока существуетъ узурфруктъ¹⁾. Неужели же, если по истеченіи долгаго времени, въ теченіе котораго фруктуарій пользовался вещію такъ, что хозяинъ оставался совершенно довольнымъ, онъ вдругъ начнетъ дѣйствовать *non boni viri arbitratu*, и по требованію хозяина не доставитъ обезпеченія, потому, положимъ, что онъ не находитъ себѣ поручителей, хозяинъ, вмѣстѣ съ возвращеніемъ вещи, долженъ имѣть право и на возвращеніе всѣхъ полученныхъ фруктуаріемъ плодовъ, что часто будетъ равнозначительно съ полнымъ экономическимъ разстройствомъ фрукту-

¹⁾ См. и Daniel l. c. p. 74.

арія, который все-таки пользовался вещью съ разрѣшенія и согласія хозяина, слѣдовательно никакимъ образомъ не можетъ быть подведенъ подъ понятіе недобросовѣстнаго владѣльца? Хозяинъ долженъ былъ знать точно также, какъ и фруктуарій, что требуется обезпеченіе для дѣйствительнаго узурфрукта, но долженъ былъ знать также, что законъ ему не воспрещаетъ доставлять другому лицу свою вещь въ безотчетное даже пользованіе. Неужели употребленіе имъ словъ „ususfructus nomine“ можетъ имѣть то послѣдствіе, что онъ будетъ освобожденъ отъ всякой отвѣтственности и всякихъ обязанностей по дѣйствію, совершенному добровольно имъ же самимъ, хотя бы законъ и не признавалъ тутъ законно установленнаго узурфрукта? Очевидно мнѣніе Эльверса совершенно противорѣчитъ аequitati, а на ней, какъ уже выше было сказано, основываются всѣ отношенія по узурфрукту. Наконецъ замѣтимъ, что неприведеніе во fr. 7 pr. cit. плодовъ, какъ предметовъ реституціи, дѣйствительно представляетъ собою сильный аргументъ въ пользу мнѣнія Глюка. Никакъ нельзя принять, чтобы Ульпіанъ не упомянулъ о плодахъ, еслибы ихъ могъ требовать хозяинъ, въ особенности въ виду того, что при второй части представляемой хозяину альтернативы, т. е. при *condictio stipulationis*, не могло быть рѣчи о вытребованіи полученныхъ уже фруктуаріемъ плодовъ.

3) Наконецъ въ томъ же fr. 7 pr. cit., кроме косвеннаго принужденія фруктуарія къ доставленію обезпеченія, лишеніемъ его вещи до представленія поручительства, хозяину еще предоставляется средство для прямаго, непосредственнаго принужденія его: *sed et ipsa stipulatio condici poterit*¹⁾, т. е. хозяинъ можетъ вытре-

¹⁾ Другое мѣсто, приводимое здѣсь Эльверсомъ, именно fr. 8 D. de usufr. ear. rer. 7, 5, вовсе сюда не относится. Въ немъ нѣтъ того, что говоритъ Эльверсъ: «*omissam cautionem posse condici incerti condictione*». Тутъ очевидно *фруктуарію* дается *condictio incerti*, а не хозяину; *фруктуарій* получаетъ этотъ искъ про-

бовать установление обезпеченія посредством *condictio*. Какой же видъ *condictionis* будетъ примѣнимъ въ этомъ случаѣ? Это вопросъ, который предлагаетъ Эльверсъ, и который разрѣшается, по нашему мнѣнью, слѣдующимъ образомъ: если узифруктъ основывается на легатѣ, а о такомъ узифруктѣ именно и идетъ рѣчь во fr. 7 pr. cit., то здѣсь будетъ возможно вчинаніе *condictionis ex causa legati*¹⁾, такъ какъ завѣщатель, зная, что фрукуарій долженъ будетъ доставить обезпеченіе и что онъ самъ даже не властенъ избавить его отъ этой обязанности, конечно долженъ былъ имѣть въ виду, чтобы вещь была доставлена фрукуарію только *oblata satisfactio*, такъ что *omissa cautio* фрукуарій будетъ имѣть болѣе, чѣмъ онъ долженъ былъ получить. Если же мы имѣли бы дѣло съ узифруктомъ, основаннымъ на *negotium inter vivos*, то возможность вчинанія тутъ *condictionis* только и объяснимо при нашемъ взглядѣ на обезпеченіе, а именно: классическое право, рассматривая *cautionem* какъ существенную принадлежность узифрукта, при отдачѣ вещи *pondum oblata cautio*, принимало, что фрукуарію было передано болѣе, нежели ему слѣдовало получить, и поэтому и допускало *condictionem* на востребованіе излишка, т. е. на установленіе обезпеченія²⁾. Изъ этого же весьма просто объясняется содержаніе fr. 9 § 4 D. ad exhibend. 10, 4 и fr. 1 § 17 D. ut legat. 36, 3, гдѣ представляется тотъ случай, что фрукуарій получилъ вещь не отъ того лица, которое имѣло право требовать обезпеченія, а отъ третьяго лица. Въ этомъ случаѣ конечно лицо, имѣющее право на полученіе обезпеченія, не можетъ основыв-

тивъ того сонаслѣдника, который не исполнилъ того, что было возложено на него легатомъ, а искъ на исполненіе легата можетъ именно представляться въ видѣ condictio.

¹⁾ fr. 9 § 1 D. de R. C. 12, 1: *Competit haec actio (i. e. condictio) etiam ex legati causa.*

²⁾ См. и Hoffmann, l. c. p. 168.

ваться на томъ, что оно отдало болѣе, чѣмъ слѣдовало, и, по этой причинѣ оно и не можетъ *кондиционировать* обезпеченія.

Перейдемъ теперь къ разсмотрѣнiю вопроса: кто могъ требовать обезпеченія, кому оно должно быть представлено? Обезпеченіе должно быть представлено тому лицу, къ которому должны возвратиться, по окончаніи узупрукта, тѣ права, которыя были выдѣлены фруетуарію при установленіи пользованія, слѣдовательно всякому лицу, которое *finito usufructu* можетъ требовать выдачи вещи, которая была предметомъ узупрукта, или части ея ¹⁾. Поэтому прежде всего на обезпеченіе имѣетъ право хозяинъ вещи, *proprietarius*; если же вещь находилась при установленіи узупрукта въ общей собственности нѣсколькихъ лицъ, напр. нѣсколькихъ сонаслѣдниковъ, то обезпеченіе должно быть доставлено каждому отдѣльно (*singulis satisdari oportet*) ²⁾. Далѣе можетъ требовать обезпеченія то лицо, которое имѣетъ хотя только *надежду* получить впослѣдствіе времени собственность въ вещи, отдаваемой въ узупруктъ, но надежду, основанную на юридическихъ данныхъ ³⁾, лицо напр., которому отказана вещь *ex die*; вслѣдствіе этого фруетуаріи должны представлять обезпеченіе другъ другу, если именно узупруктъ отказанъ нѣсколькимъ лицамъ вмѣстѣ, и поэтому одинъ можетъ ожидать получить узупруктъ другаго по праву приращенія (*jure accrescendi*). Даже въ томъ случаѣ, когда возможность этого требованія еще зависитъ отъ условія, обезпеченіе можетъ быть вытребовано тотчасъ же, такъ что можетъ случиться, что фруетуарій долженъ будетъ кавировать нѣсколькимъ лицамъ, имѣющимъ права, которыя должны осуществляться только послѣ правъ настоящаго требователя, или имѣющимъ даже только

¹⁾ Elvers l. c. p. 556.

²⁾ Fr. 13 pr. D. de usufr. 7, 1; fr. 9 § 4 D. h. t. 7, 9.

³⁾ См. Hoffmann l. c. p. 170.

эвентуальныя права ¹⁾). Если же, напротивъ, можно предвидѣть навѣрное или съ большою вѣроятностью, что лицо, которое имѣетъ собственность въ вещи при началѣ узупрукта, не будетъ болѣе хозяиномъ при прекращеніи этого права, то это лицо считается не имѣющимъ достаточнаго интереса въ вещи для того, чтобы оно могло требовать представленія *cautionis* ²⁾). Изъ этого же вытекаетъ то, на что мы указали уже выше, а именно, что хозяинъ, который отказывается отъ собственности въ вещи, не можетъ уже искать изъ стипуляціи; новый же хозяинъ долженъ, какъ мы видѣли, требовать доставленія себѣ новаго обезпеченія, если ему не были цедированы предшественникомъ права, которыя тотъ имѣлъ изъ стипуляціи. Новый хозяинъ же долженъ предъявить фруктуарію свое требованіе на обезпеченіе *tempore quaesiti dominii*, а не *ex post* ³⁾, а то онъ долженъ ограничиться тѣми правами, которыя онъ имѣетъ только на основаніи своего *in rem actio* ⁴⁾).

Остается, наконецъ, вопросъ о томъ, кто долженъ кавировать? Обезпеченіе по правилу должно быть представляемо самимъ фруктуаріемъ, что однако не мѣшаетъ тому, чтобы эта обязанность была возлагаема иногда, въ особенности при *ususfructus legatus*, и на другихъ лицъ ⁵⁾). При нѣсколькихъ фруктуаріяхъ одной и той же вещи, каждый изъ нихъ долженъ ка-

¹⁾ Fr. 8 и 9 pr. D. h. t. 7, 9. См. въ особенности fr. 8 cit.: если двумъ лицамъ отказанъ узупруктъ, то они должны кавировать взаимно другъ другу (*propter jus accrescendi*), и кромѣ того наследнику—*in casum illum si ad socium non pertineat ususfructus, heredi reddi*.

²⁾ fr. 9 D, si cui plus 35, 3.

³⁾ fr. 3 § 4 D. h. t. 7, 9.

⁴⁾ Поэтому Hoffmann, l. c. p. 172, неправъ, полагая, что новый хозяинъ ничего не теряетъ, имѣя еще право требовать обезпеченія *per in rem actionem*.

⁵⁾ Fr. 8 D. de usufr. ear. rer. 7, 5.

вировать въ отношеніи къ своей части ¹⁾. Но если лицо, получающее узупфруктъ при установленіи этого права, въ сущности есть только посредникъ для передачи его другому лицу, то тотъ, кто не извлекаетъ выгодъ изъ этого права, не обязанъ къ доставленію обезпеченія, а оно падаетъ исключительно на то лицо, которое дѣйствительно извлекаетъ пользу изъ этого отношенія. Такъ, въ случаѣ фидеикоммисса узупфрукта, долженъ кавировать не *fiduciarius* (*usufructuarius*), а *fideicommissarius*, развѣ легатарій имѣлъ бы какую нибудь надежду на то, что узупфруктъ однажды возвратится къ нему. Въ послѣднемъ случаѣ именно фидеикоммиссарій долженъ кавировать легатарію, а этотъ послѣдній — наследнику ²⁾. Эльверсъ удивляется (на стр. 561) тому, что въ источникахъ повсюду говорится только объ обязанности *фруктуарія* представлять обезпеченіе, между тѣмъ какъ вовсе не упоминается о томъ случаѣ, когда первоначальный фруктуарій уступилъ свое право другому лицу! Возраженіе, которое скорѣе всего можно было бы противопоставить ему въ этомъ отношеніи, а именно, что молчаніе источниковъ насчетъ затронутого имъ вопроса представляется однимъ изъ лучшихъ доказательствъ невѣрности его теоріи о возможности перенесенія узупфрукта не только *quoad exercitium*, но и *quoad jus*, это возраженіе Эльверсъ думаетъ парализовать замѣчаніемъ, что представленіе новаго обезпеченія со стороны лица, получающаго пользованіе вещію, должно считаться необходимымъ не только тогда, когда это пользованіе будетъ осуществляемо упомянутымъ лицомъ *proprío jure*, но и тогда, когда оно будетъ имѣть мѣсто въ видѣ *exercitium juris alterius*. Эльверсъ именно, въ подтвержденіе этого страннаго взгляда, приводитъ слѣдующее разсужденіе: такъ какъ фруктуарію разрѣшается самимъ закономъ осуществлять свое пользованіе чрезъ посредство другихъ лицъ, то

¹⁾ См. Hoffmann l. c. p. 170.

²⁾ См. fr. 9 pr. D. h. t. 7, 9.

онъ никакъ не можетъ отвѣтствовать безусловно за всѣ дѣйствія своихъ представителей. Конечно, говоритъ онъ, фруктуарій, на основаніи принятыхъ на себя обязанностей (по *cautio*), долженъ будетъ выбрать порядочныхъ, благонадежныхъ лицъ, которымъ онъ передаетъ свое пользованіе; но когда имъ было соблюдено это условіе, то онъ долженъ быть избавленъ отъ всякой отвѣтственности, ибо не будетъ никакого юридическаго основанія, по которому его бы могли подвергнуть взысканію. Эльверсъ даже не допускаетъ того возраженія, что все дѣло, которое ему кажется столь запутаннымъ, будетъ улажено, если принять, что фруктуарій можетъ быть принужденъ уступить хозяину тѣ иски, которые принадлежатъ ему противъ лица, получившаго отъ него пользованіе, на основаніи договора, которымъ было установлено это пользованіе. Но интересно, почему Эльверсъ не допускаетъ этого возраженія; онъ говоритъ: „потому что для возникновенія иска въ лицѣ фруктуарія необходимо, чтобы самъ фруктуарій потерпѣлъ вредъ чрезъ дѣйствіе лица, которому онъ уступилъ *exercitium ususfructus*; этого же условія не будетъ на лицо, даже при поврежденіи вещи, когда пользованіе ею (*exercitium ususfructus*) уступлено безсрочно; фруктуарій же, не имѣя самъ иска, конечно и не можетъ уступить его хозяину! Очевидно это разсужденіе Эльверса объясняется только его желаніемъ поддержать, хотя бы при помощи натяжекъ и невѣроятныхъ выводовъ, свою теорію о возможности уступки узуфрукта *quoad jus*. Совершенное молчаніе источниковъ по этому вопросу, лучшее доказательство противъ него, конечно должно быть для него весьма непріятно; чтобы обойти его онъ и пускается въ приведенныя выше размышленія. Между тѣмъ никто, кто безпристрастно разсмотритъ подлежащій вопросъ, не можетъ сомнѣваться въ томъ, что выставленные Эльверсомъ доводы несостоятельны, и что фруктуарій, если именно принять вѣрную теорію, по которой онъ можетъ отчуждать свое право только *quoad exercitium*, а не *quoad jus*, останется столь

же отвѣтственнымъ передъ хозяиномъ послѣ совершенной уступки, сколько онъ былъ до нея, что онъ слѣдовательно долженъ отвѣчать и за дѣйствія своего представителя, какъ за свои собственные. Что же значитъ высказанное въ fr. 38—40 D. de usufr. 7, 1 начало, по которому фруктуарій удерживаетъ за собою свое право черезъ покупателя или донатарія узупрукта, въ соединеніи съ тѣмъ правиломъ, что онъ *durante usufructu* отвѣтствуетъ по стипуляціи за всякое ухудшеніе и т. п. вещи? Противорѣчило бы всякой логикѣ, требовать отъ того лица, которое получаетъ *exercitium ususfructus*, новаго обезпеченія, между тѣмъ какъ ему не принадлежитъ само право, ради котораго установлена обязанность кавировать ¹⁾.

И такъ по общему правилу всякій фруктуарій обязанъ къ доставленію обезпеченія; но изъ этого правила есть нѣкоторые исключенія, прямо указанныя въ источникахъ ²⁾. Тѣ пять случаевъ, которые именно приводятся въ этомъ отношеніи, объясняются слѣдующимъ образомъ: три исключенія имѣются при узупруктѣ, установленномъ по поводу семейныхъ отношеній, при которыхъ близкая родственная связь между фруктуаріемъ и хозяиномъ заставляетъ предполагать заботу одного изъ этихъ лицъ объ интересахъ другаго; одинъ случай объясняется тѣмъ особеннымъ положеніемъ, которымъ по римскому праву пользуется

¹⁾ Противъ мнѣнія Эльверса, по которому фруктуарій не можетъ требовать во всѣхъ случаяхъ вознагражденія отъ того лица, которому онъ продалъ *exercitium ususfructus*, см. *Vatic. fragm.* § 41.

²⁾ См. *Glück* I. с. р. 482, *Daniel* I. с. р. 78, *Schoenemann* I. с. р. 63, ср. и *Kraus* I. с. р. 113. Даниель въ этомъ мѣстѣ опять указываетъ на то, что обезпеченіе можетъ быть отмѣнено договоромъ, конечно съ тѣмъ, какъ мы видѣли выше, чтобы въ случаѣ несправности фруктуарія возобновилось право хозяина требовать *cautionem*. И здѣсь однако онъ не приводитъ никакого другаго аргумента, кромѣ слѣдующаго: «*hujus enim licentia et potestas in ipso jure inesse videtur, quod privato arbitrio subjectum est.*»

ся казна; одинъ случай наконецъ представляетъ собою только кажущееся исключеніе, и вытекаетъ послѣдовательно изъ общихъ правилъ о представленіи обезпеченія.

На основаніи семейныхъ связей именно избавлены отъ обязанности представить cautionem: 1) отецъ, имѣющій законный узуфруктъ (ususfructus legalis) въ peculium adventitium дѣтей¹⁾. Этотъ узуфруктъ впрочемъ отличается такъ существенно отъ обыкновеннаго, что ему едвали можно, говоря теоретически, присвоить названіе узуфрукта. Императоры называютъ его такъ потому, что право отца относительно пользованія и управленія peculii adventitii дѣтей, прекращается со смертію и per capitis deminutionem отца. Эльверсъ (р. 573) справедливо называетъ это отношеніе „ein usufructartiges Recht“, такъ что этотъ случай собственно не можетъ быть приведенъ между исключеніями, которыя представляетъ правило о необходимости представленія обезпеченія при дѣйствительномъ, нормальномъ узуфруктѣ²⁾.

2) Мужъ освобождается римскимъ законодательствомъ отъ представленія обезпеченія женѣ, по поводу узуфрукта, который установленъ ему въ качествѣ приданаго³⁾. Жена именно тутъ гарантирована уже другими средствами, исками, законною гипотекою и т. п.⁴⁾. Юстиніанъ же въ приведенной конституціи объясняетъ это иначе, именно тѣмъ, что недовѣріе, выраженное въ требованіи обезпеченія, могло бы имѣть невыгодныя по-

¹⁾ Const. 8 § 4 C. de bonis, quae liberis 6, 61: ut pater omnia circa usumfructum faceret, quae nullo modo proprietatem possint deteriore facere, *paterna reverentia eum excusante et a ratiociniis, et a cautionibus, et ab aliis omnibus, quae ab usufructuariis extraneis a legibus exiguntur.*

²⁾ См. и Daniel l. c. p. 85, 4.

³⁾ C. 2 Cod. ne fidejuss. 5, 20.

⁴⁾ См. Glück l. c. p. 483. Даніэль, стр. 79 и слѣд. впрочемъ не признаетъ этого исключенія.

слѣдствія для брачнаго сожитія „*ut causa perfidiae in connubio eorum generetur*“.

3) Обыкновенно по поводу семейныхъ отношеній выставляють еще тотъ случай, когда вдова вступаетъ во второй бракъ и получаетъ вслѣдствіе этого только usufructъ въ вещахъ, входящихъ въ составъ такъ называемыхъ *lucra nuptialia*, съ тѣмъ, чтобы собственность была сохранена дѣтямъ изъ перваго брака. Такъ какъ именно въ источникахъ нарочно высказано ¹⁾, что она должна доставить этимъ дѣтямъ-хозяевамъ обезпеченіе въ томъ, что она имъ возвратитъ движимыя вещи, а относительно недвижимыхъ вещей этого не сдѣлано, хотя въ конституціи императоровъ Льва и Анеимія упоминается и о нихъ, то изъ этого выводятъ, что относительно послѣдняго рода вещей не требуется никакого обезпеченія. Это исключеніе дѣйствительно выходитъ изъ словъ закона, такъ какъ по поводу usufructa въ движимыхъ вещахъ, даже указывается на сходство его съ usufructомъ въ недвижимыхъ (*simili modo usufructum habeat*), но прибавляется, что вдова получаетъ usufructъ въ движимыхъ вещахъ только тогда „*si idoneam fidejussionem praebuerit*“, между тѣмъ какъ, по поводу этого прибавленія, мы не встрѣчаемъ никакого указанія на что либо подобное (*similis modus*) при недвижимыхъ вещахъ. Объясненіе же этого исключенія затруднительно, и не вяжется со взглядомъ римскаго законодательства вообще на лицъ, которыя вступаютъ во второй бракъ. Даніэль поэтому и оспариваетъ, чтобы разсматриваемый нами случай подходилъ подъ исключенія изъ правила о доставленія фруектуаріемъ обезпеченія.

4) Относительно казны (*fiscus*, а также *civitates*, разсматриваемыхъ во многихъ отношеніяхъ по аналогіи съ казною) мы не встрѣчаемъ въ источникахъ опредѣленнаго мѣста, въ которомъ говорилось бы нарочно объ освобожденіи этого юриди-

¹⁾ С. 6 § 1 Cod. de sec. nupt. 5, 9.

ческаго лица отъ *cautio usufructuaria*. Но такъ какъ изъ различныхъ мѣстъ источниковъ явствуесть, что казнѣ въ числѣ другихъ преимуществъ принадлежитъ и то, что она не обязана доставлять реальнаго обезпеченія въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ къ этому обязаны частныя лица, вслѣдствіе чего и выработалось общее юридическое правило: „*fiscus semper solvendo est*“, то изъ этого выводитьъ, что казна и при полученіи узуфрукта въ какой нибудь вещи освобождается отъ обязанности доставленія поручителей (*fidejussio*), между тѣмъ какъ словесное обѣщаніе (*stipulatio*) требуется и со стороны ея ¹⁾.

5) Отъ обязанности представить *cautionem usufructuariam* избавлено то лицо, которому отказанъ узуфруктъ въ вещи съ тѣмъ, чтобы оно по истеченіи извѣстнаго времени получило собственность въ этой же вещи ²⁾. Мы уже выше сказали, что въ этомъ случаѣ мы вовсе не имѣемъ дѣла съ исключеніемъ изъ общаго правила. Мы именно видѣли, что лицо, которое имѣетъ надежду, основанную на вѣрныхъ юридическихъ данныхъ, получить вещь въ собственность, не обязано доставлять обезпеченіе, хотя бы оно было пока только фруктуаріемъ этой вещи. Ульпіанъ въ приведенномъ фрагментѣ, ссылаясь на Помпонія, и говорить, что въ представленномъ случаѣ положительно извѣстно (*certum est*), что фруктуарій самъ или, во всякомъ случаѣ, наслѣдникъ его получить собственность въ вещи. Конечно юристы тутъ имѣютъ въ виду, что легатъ собственности сдѣланъ *sub die omnimodo certo*, такъ какъ въ случаѣ не только *diei incerti an*, но и *diei incerti quando*, при извѣстныхъ усло-

¹⁾ См. и fr. 6 § 1 D. ut legat. 36, 3: *Admonendi autem sumus, rebus publicis remitti solere satisfactionem fidei commissorum, etiam si quando necessitas dandi intercedat; repromissio plane exigenda est, voluntati defuncti statum iri*; а также fr. 3 § 5 D. si cui plus 35, 3: *Item sciendum est, fiscum hanc cautionem non pati, sed perinde conveniri posse, ac si cavisset.*

²⁾ См. fr. 9 § 2 D. h. t. 7, 9.

віяхъ, *dies legati cedit* только въ день наступленія срока, и поэтому легатарій не переноситъ права легата на своего наслѣдника ¹⁾. Конечно если собственность отказана *sub conditione* или *ex die inserto*, то фруктуарій долженъ кавировать, такъ какъ онъ можетъ умереть ранѣе исполненія условія, и не переноситъ тогда своихъ правъ изъ легата на своихъ наслѣдниковъ. Впрочемъ въ одномъ случаѣ рѣшеніе, выставленное во *fr. 9 § 2 cit.* дѣйствительно основываетъ исключеніе изъ общаго правила, хотя исключеніе легко объяснимое. Этотъ случай именно явится тогда, когда узуфруктъ прекратится ранѣе срока, назначеннаго для полученія фруктуаріемъ собственности въ вещи. Тогда именно вещь все-таки временно можетъ возвратиться въ руки хозяина или его наслѣдника, которые поэтому могутъ имѣть интересъ въ установленіи обезпеченія. Право впрочемъ выходитъ изъ того предположенія, что фруктуарій всегда будетъ обращаться заботливо съ вещію, о которой онъ положительно знаетъ, что она поступитъ въ собственность, если не его самого, то по крайней мѣрѣ его наслѣдниковъ. Это соображеніе намъ кажется совершенно достаточнымъ для того, чтобы, какъ уже выше было сказано, не видѣть во *fr. 9 § 2 cit.* исключенія изъ общихъ правилъ о представленіи обезпеченія ²⁾.

6) Наконецъ новѣйшая практика ³⁾ еще установила исключеніе отъ обязанности представленія обезпеченія для дарителя вещи. Даниель однако справедливо замѣчаетъ, что это исключеніе не основывается ни на римскихъ началахъ о дареніи, ни же на

¹⁾ См. объ этомъ напр. *Arndts Lehrb. § 554.*

²⁾ См. впрочемъ *Daniel l. c. p. 78, 1; Elvers l. c. p. 557.* Последній ученый говоритъ, что, строго говоря, фруктуарій долженъ бы быть освобожденъ отъ представленія обезпеченія только тогда, когда собственность ему была отказана со дня прекращенія узуфрукта, какъ самаго позднѣйшаго срока.

³⁾ См. *Glück l. c. p. 484.*

тѣхъ, которыя дѣйствуютъ относительно узуфрукта ¹⁾. Римское право именно выходитъ изъ того принципа, что даренія должны быть совершаемы не менѣе серьезно и точно, чѣмъ возмездныя сдѣлки. Въ томъ конечно не можетъ быть сомнѣнія, что даритель, перенося свою вещь безмездно на другаго, можетъ выговорить себѣ сохраненіе пожизненнаго пользованія этою вещью безъ всякаго обезпеченія. Но дѣло въ томъ, что, по нашему мнѣнію, такое пользованіе не будетъ истиннымъ узуфруктомъ; это будетъ, чтобы употребить приведенное уже разъ выраженіе Эльверса, узуфруктообразное (*ein ususfructartiges*) отношеніе ²⁾, но для истиннаго узуфрукта при немъ не будетъ доставать той гарантіи въ сохраненіи вещи *salva substantia* и вообще въ пользованіи, согласномъ съ интересами хозяина вещи, которая, какъ мы старались показать выше, именно требуется римскимъ правомъ для понятія узуфрукта, какъ права пользованія чужою вещью ³⁾. Даниель справедливо замѣчаетъ, что если кто либо даритъ другому вещь *deducto usufructu*, то онъ этимъ самъ выражаетъ, что онъ желаетъ установить такія отношенія, какія существуютъ между фруктуаріемъ и хозяиномъ вещи. А такъ какъ законъ отъ фруктуарія требуетъ представленія обезпеченія, и это долженъ былъ знать даритель, то онъ, чтобы освободиться отъ этой обязанности, долженъ былъ заключить на этотъ счетъ особенное условіе, и установить себѣ слѣдовательно другое отношеніе по пользованію вещью, нежели то, которое обозначается закономъ именемъ узуфрукта и въ которомъ находится истинный, обыкновенный фруктуарій.

При рассмотрѣніи приведенныхъ исключеній мы слѣдова-

¹⁾ Daniel l. c. p. 89, 6.

²⁾ Подобно тому отношенію, въ которомъ находится отецъ къ вѣнцу *adventicia* дѣтей. См. № 1.

³⁾ См. впрочемъ Glück l. c. p. 485, Luden: Servitut. p. 103, но противъ нихъ Daniel l. c. p. 90 прим. 1.

тельно приходимъ къ такимъ выводамъ: выставленныя подь 1, 3, 4 и 6 оспариваются учеными въ различныхъ отношеніяхъ; выставленный подь 2 случай представляетъ хозяину вещи другія существенныя гарантіи, при которыхъ *cautio usufructuaria* слѣдовательно не представляется безусловно необходимымъ, чтобы сохранить понятіе *чужой* вещи; при случаѣ подь 5 же сами римскіе юристы говорятъ, что сохраненія чужой вещи тутъ собственно не нужно, такъ какъ вещь непременно потеряетъ этотъ характеръ (*certum est etc.*). Въ виду этого очевидно принципъ, выставленный нами выше, что именно для понятія дѣйствительнаго usufructa по римскому праву безусловно требуется *cautio usufructuaria*, существенно подерѣвается статьею объ исключеніяхъ изъ этого правила.

Изъ обезпеченія, представляемаго фруктуаріемъ, вытекаетъ, какъ мы это видѣли уже выше, личный (обязательственный) искъ (*actio in personam*), которымъ хозяинъ можетъ преслѣдовать всякія дѣйствія фруктуарія, несогласныя съ тѣми обязанностями, которыя послѣдній взялъ на себя, и который кромѣ того можетъ быть примѣненъ и для возвращенія вещи по окончаніи usufructa. Искъ этотъ — *actio ex stipulatu*, называемый иногда и *actio de usufructu*¹⁾, собственно по природѣ своей *actio stricti juris* (онъ основывается на стипуляціи, которая, какъ извѣстно, принадлежитъ къ *negotia stricti juris*), получаетъ однако характеръ *actionis bonae fidei* вслѣдствіе прибавленія, которое вставляется въ стипуляцію — такъ называемый *clausula doli*²⁾. Возможность вчинанія иска является (*actio nata est* или, какъ выражаются источники³⁾: *committitur stipulatio*) въ тотъ моментъ, когда нарушается промитентомъ одна изъ обязанностей, которыя онъ принялъ на себя *per cautionem*. Изъ

¹⁾ fr. 13 § 1 Dig. de usufr. 7, 1.

²⁾ fr. 5 pr. D. h. t. 7, 9.

³⁾ fr. 1 § 5 и 6 eod.

этого вытекает, что по первой части стипуляціи (*usugum se boni viri arbitrato*) искъ является и вновь возникает каждый разъ, когда фруктуарій поступаетъ противно своимъ обязанностямъ, такъ что хозяинъ постоянно его имѣетъ въ своихъ рукахъ¹⁾. Эффектъ же этого иска *ex prima parte stipulationis* не ограничивается тѣмъ, что фруктуарій присуждается къ доставленію полнаго вознагражденія за совершенныя имъ уже вредныя для вещи дѣйствія, но и въ томъ, что судъ предписываетъ фруктуарію, какимъ образомъ онъ впредь долженъ будетъ пользоваться вещію²⁾, причеъ конечно, если судъ въ томъ найдетъ надобность, можетъ быть потребовано увеличеніе обезпеченія. *Ex secunda parte stipulationis* же искъ рождается, т. е. можетъ быть осуществленъ, съ появленіемъ одной изъ причинъ, по которымъ узурфруктъ прекращается. Поэтому здѣсь искъ можетъ появиться только одинъ разъ, но тогда же и долженъ привести къ окончательному результату, т. е. къ выдачѣ вещи, или, выражаясь иначе, дѣйствіе *actionis ex secunda parte stipulationis semel natae* по правилу не можетъ быть приостановлено до тѣхъ поръ, пока не явится новое обстоятельство, по которому этотъ искъ долженъ бы былъ возникнуть вновь. Такимъ образомъ, между тѣмъ какъ искъ изъ первой части стипуляціи можетъ быть вчиняемъ нѣсколько разъ (*prior causa saepius committetur fr. 1 § 6 D. h. t. 7, 9*), объ искѣ изъ второй части, когда онъ разъ былъ предъявленъ, по правилу уже не можетъ быть болѣе рѣчи. Изъ этого правила однако бывають исключенія, какъ мы

1) *fr. 1 § 6 cit.*

2) *fr. 13 § 1 D. de usufr. 7, 1: Quum autem de usufructu agitur arbitratur etiam in futurum quemadmodum uti frui debet.* Изъ этого мы видимъ, какъ указали уже выше, что по римскому праву узурфруктъ не прекращался необходимо вслѣдствіе злоупотребленій фруктуарія, за исключеніемъ конечно того случая, когда дѣйствіемъ фруктуарія была затронута *substantia rei*.

видимъ во fr. 3 § 2 и § 3 D. h. t. 7, 9. Завѣщатель именно можетъ сдѣлать такое распоряженіе, по которому usufructъ долженъ прекратиться въ одномъ только случаѣ, а именно со смертію фруктуарія, съ тѣмъ, чтобы въ другихъ случаяхъ, въ которыхъ онъ обыкновенно прекращается, онъ могъ быть вытребованъ вновь легатаріемъ отъ наследника — *usufructus repetitur*. При наличности такого распоряженія фруктуарій можетъ противопоставить *exceptionem doli* иску, который будетъ вчиненъ *ex secunda parte stipulationis*. Разсмотрѣніе наконецъ вопроса: что долженъ возратить фруктуарій, когда противъ него будетъ вчиненъ искъ изъ второй части стипуляціи, можетъ ли онъ при этомъ требовать вознагражденія за издержки и т. п., мы оставляемъ здѣсь въ сторонѣ, такъ какъ всѣ эти вопросы нами были разсмотрѣны уже выше, въ различныхъ мѣстахъ сочиненія, въ особенности же во всей этой (V) главѣ ¹⁾.

Изъ разсмотрѣнія правъ и обязанностей фруктуарія, которыми мы занимались въ предшествующихъ главахъ, само собою выходитъ, какія права сохраняетъ хозяинъ вещи относительно нея *durante usufructu*, а также какія лежатъ на немъ обязанности по поводу этого отношенія. Поэтому мы не остановимся на подробномъ изложеніи правъ и обязанностей хозяина, котораго вещь находится въ пользованіи посторонняго лица, но въ видѣ краткаго заключенія скажемъ объ этомъ вопросѣ нѣсколько словъ, слѣдуя при этомъ главнымъ образомъ Глюку ²⁾, у ко-

¹⁾ См. объ этомъ Elvers l. c. § 54.

²⁾ l. c. § 636. b. См. и Proudhon l. c. III, § 1460 sqq.; Krans l. c. p. 118 sqq. Замѣтимъ, что мы будемъ говорить только о правахъ и обязанностяхъ хозяина *durante usufructu*, вслѣдствіе чего разсматриваемые Прудономъ и Крансомъ вопросы объ обязанности хозяина-наследника доставить вещь лицу, назначенному фрук-

того соответствующая статья именно изложена въ сжатомъ видѣ, но тѣмъ не менѣе со всѣми необходимыми указаніями.

I. Что касается до правъ хозяина въ отношеніи къ вещи, въ которой другому лицу принадлежитъ usufructъ, то можно выставить слѣдующее положеніе: Хозяинъ сохраняетъ ту власть, которая остается за вычетомъ правъ, присвоенныхъ фруитуарію ¹⁾. Принимая же въ расчетъ тѣ три права, изъ которыхъ по общему взгляду слагается право собственности, т. е. владѣніе, пользованіе и распоряженіе, мы, съ приведенной точки зрѣнія, приходимъ къ слѣдующему результату:

1. *Право владѣнія*, т. е. *юридическое владѣніе вещію* остается за хозяиномъ ея ²⁾, который поэтому безспорно можетъ защищать вещь противъ всякаго притязанія посторонняго лица такъ, какъ будто она находилась и физически въ его рукахъ, т. е. посредствомъ интердиктовъ, установленныхъ для защиты владѣнія (*interdicta possessoria* и *Publiciana in rem actione*), хотя бы нарушеніе владѣнія имѣло мѣсто въ лицѣ фруитуарія. Если далѣе лицо, установившее другому право пользованія, было только добросовѣстнымъ владѣльцемъ вещи, то оно и *dominantem usufructu* исполняетъ пріобрѣтательную давность, такъ какъ юридическое владѣніе остается за установителемъ usufructa, а фруитуарій только получаетъ *detentionem rei alieno nomine et quasi possessionem juris* ³⁾. Внѣшній знакъ сохраняемаго за конститuentомъ usufructa юридическаго владѣнія, мож-

туаріемъ, не войдутъ въ наше изложеніе; мы ихъ относимъ къ ученію объ установленіи usufructa.

¹⁾ Krans p. 119: «on peut dire qu'il (с. à. d. le propriétaire) conserve sur la chose tous les droits, qui ne lui sont pas enlevés par la servitude».

²⁾ См. выше главу IV отдѣлъ I стр. 120 и слѣд.

³⁾ О томъ, что *rei vindicatio* остается за хозяиномъ, мы не го-

но, пожалуй, видѣть въ правѣ его содержать сторожа въ имѣ-
ніи ¹⁾ „*etiam invito fructuario*“.

2. *Право пользованія* вполне отходитъ отъ хозяина, но въ лицѣ фруктуарія, какъ мы видѣли, ограничивается въ извѣ-
стныхъ отношеніяхъ, вслѣдствіе чего хозяину принадлежитъ
право контроля надъ нимъ. Относительно же плодоизвлеченія
хозяинъ сохраняетъ за собою право на всѣ плоды, которыми не
завладѣлъ фруктуарій (*fructus separati, pondum perccepti*).
Приращенія вещи наконецъ тотчасъ при появленіи ихъ посту-
паютъ въ собственность хозяина (*thesaurus, insula nata, partus
alpicillae*); относительно нѣкоторыхъ изъ нихъ онъ даже исклю-
чаетъ пользованіе фруктуарія ²⁾.

3. *Право распоряженія* остается за хозяиномъ вещи, хотя
въ ограниченномъ видѣ. Возможность или невозможность осу-
ществленія этого права въ данномъ случаѣ именно опредѣляется
согласно съ слѣдующимъ правиломъ: „...*ne deterioreg con-
ditionem fructuarii faciat proprietarius*“ ³⁾. Вслѣдствіе сего хо-
зяину воспрещается всякое распоряженіе въ экономическомъ от-
ношеніи: онъ не можетъ при *praedia rustica* измѣнять (т. е. за-
ставлятъ фруктуарія измѣнить) способъ обработки, который
имѣлся при установленіи узуфрукта, не можетъ уничтожить или
отдѣлять отъ вещи чего нибудь, что находилось тамъ въ это
время; при *praedia urbana* онъ не имѣетъ права дѣлать при-
стройки къ дому, находящемуся въ пользованіи фруктуарія, не
можетъ строить на пустопорожнемъ мѣстѣ (*ager*), отданномъ въ

воримъ потому, что этотъ искъ не основанъ на юридическомъ вла-
дѣніи.

¹⁾ См. выше стр. 164 до 167; fr. 16 § 1 D. de usu et habitat.
7, 2: «*interest enim ejus, fines praedii tueri*».

²⁾ См. выше Глава IV Отдѣлъ IV стр. 351 и слѣд.

³⁾ fr. 17 § 1 D. de usufr. 7, 1.

пользованіе ¹⁾). При узупфруктѣ движимыхъ вещей хозяинъ конечно также не можетъ *durante usufructu* измѣнять назначенія вещи. Бѣльшія же права принадлежатъ хозяину въ отношеніи къ распоряженіямъ, которыя проявляются въ юридическихъ сдѣлкахъ, заключаемыхъ по поводу вещи. Онъ именно можетъ совершать, даже противъ воли фруктуарія, сдѣлки, которыя могутъ быть осуществляемы *salvo jure fructuariae*. Такъ онъ можетъ продать вещь, заложить ее (конечно только въ видѣ ипотеки), причѣмъ натурально вещь переходитъ къ пріобрѣтателю *cum onere suo*, а также предметомъ залога является пока только *nuda proprietas*. При отчужденіи вещи имѣется, какъ мы выше видѣли ²⁾, та особенность, что, вслѣдствіе обязательнаго элемента, который входитъ въ узупфруктъ на основаніи *cautionis usufructuariae*, пріобрѣтатель вещи находится въ отношеніи къ ней въ худшемъ состояніи, нежели зупфрукторъ, и, для полученія полной власти (полной *nuda proprietas*) надъ нею, долженъ тотчасъ же (*tempore quaesiti dominii*) предпринять положительное дѣйствіе по поводу вещи, т. е. заставить фруктуарія дать новое обезпеченіе. Наконецъ хозяинъ можетъ и возлагать сервитуты на фруктуарное имѣніе, если онъ этимъ только не затрогиваетъ правъ фруктуарія ³⁾: напр. онъ можетъ доставить сосѣду *servitutum altius non tollendi*. (Само собою разумѣется, что хозяинъ можетъ и пріобрѣтать сервитуты имѣнію фруктуарному, даже противъ воли фруктуарія ⁴⁾). Но никогда хозяинъ не можетъ предпринимать такихъ юридическихъ дѣйствій относительно вещи, которыми первоначальныя права фруктуарія уничтожаются или даже только ограничиваются. Такъ онъ ни

¹⁾ См. Glück I. c. p. 261. fr. 7 § 1, fr. 13 § 7 i. f. D. de usufr. 7, 1; fr. 12 D. de usu et usufr. leg. 33, 2.

²⁾ См. напр. стр. 441; fr. 3 § 4 D. usufruct. quemadm. 7, 9.

³⁾ fr. 15 § 7 i. f. и fr. 16 D. de usufr. 7, 1.

⁴⁾ fr. 15 § 7 cit.

въ какомъ случаѣ не можетъ доставлять сосѣду сервитута, которые касались бы такихъ качествъ и свойствъ вещи, пользова- ние которыми входитъ въ составъ узурфрукта; хозяинъ этого не мо- жетъ дѣлать даже тогда, когда бы фруктуарій изъявилъ согласіе на установленіе подобнаго сервитута¹⁾. Извѣстно, что это стро- гое правило вызвало самыя различныя толкованія и объясненія со стороны юристовъ²⁾. Не останавливаясь, согласно вышеска- занному, на подробномъ разсмотрѣніи этого вопроса, мы только замѣтимъ, что нѣкоторые юристы разсматриваютъ высказанное во fr. 15 § 7 cit. какъ историческое воспоминаніе, вошедшее въ дигесты по оплошности редакторовъ, и неимѣющее значенія для Юстиніанова права³⁾. Другіе же писатели допускаютъ дѣй- ствіе приведеннаго правила, но расходятся насчетъ объясненія соображеній, которыя могли вызвать это строгое постановленіе. По нашему мнѣнію, которое должно быть обмотивировано под- робно въ ученіи объ установленіи узурфрукта, невозможность изъятія или ограниченія какого нибудь изъ правъ, входившихъ въ узурфруктъ при установленіи его, объясняется тѣмъ, что вслѣд- ствіе подобнаго изъятія конкретный узурфруктъ теряетъ свой характеръ, *такъ что существовавшее до тѣхъ поръ юриди- ческое отношеніе обращается въ новое*; для возникновенія же этого новаго отношенія требуется новое установленіе узурфрукта.

Нормальный узурфруктъ именно есть право, доставляющее

¹⁾ Ibid. i. f.: Proprietatis dominus ne quidem consentiente fru- ctuario servitutum imponere potest. Fr. 16 и fr. 17 eod.

²⁾ См. объ этомъ напр. Noodt l. c. I c. 15, Glück. l. c. p. 42, 61, 261, Vangerow l. c. I § 338 прим. 2, Elvers l. c. § 28, Krans l. c. p. 17 sqq. и др.

³⁾ Изъ новѣйшихъ юристовъ сюда принадлежитъ напр. Эль- версъ l. c. p. 259. Ему конечно правило fr. 15 § 7 cit. должно быть особенно неприятно, такъ какъ въ этомъ фрагментѣ содер- жится одно изъ самыхъ полновѣсныхъ доказательствъ противъ его теоріи о переносимости ususfructus quoad jus.

фруктуарію пользованіе *всѣми* производительными качествами вещи; выдѣленіе одного изъ этихъ качествъ слѣдовательно измѣняетъ это право такъ, что оно уже болѣе не можетъ считаться существующимъ въ первоначальномъ видѣ¹⁾. Конечно и по взгляду римскихъ юристовъ не имѣлось никакого препятствія для того, чтобы фруктуарій уступилъ свое право хозяину, съ тѣмъ, чтобы тотъ установилъ сервитутъ сосѣду и потомъ восстановилъ ему право узупрукта, въ болѣе ограниченномъ уже видѣ. Противъ нашего мнѣнія нельзя привести въ видѣ возраженія, что узупруктъ вѣдь дѣлимъ и поэтому можетъ быть переносимъ и по частямъ, и что слѣдовательно очевидно, что фруктуарій можетъ перенести на хозяина и извѣстное качество вещи, выдѣливъ его изъ своего права. Дѣлимость узупрукта именно касается только результатовъ пользованія, а не содержанія его; она не имѣетъ того смысла, чтобы фруктуарій въ иномъ случаѣ могъ получать выгоды отъ извѣстныхъ только качествъ вещи, въ другихъ же отъ всѣхъ. И *fructuarius partem* пользуется *всемою* вещію, *всѣми* ея качествами, но только отчасти присвоиваетъ себѣ произведенія ея²⁾. Между выдѣленіемъ изъ узупрукта опредѣленнаго качества вещи и отчужденіемъ части узупрукта имѣется подобное различіе, какое мы видимъ между выдѣломъ физической части вещи и отчужденіемъ интеллектуальной части (*pars pro indiviso*) ея. На основаніи сего мы не можемъ согласиться ни съ какимъ изъ высказанныхъ до сихъ поръ по поводу fr. 15 § 7 *cit.* мнѣній; ближе всего же къ нашему взгляду подходит то мнѣніе, которое защищается Вангеро-

1) Запрещеніе фруктуарію допустить установленіе отягощающаго его сервитута, даже еслибы онъ самъ этого желалъ, очевидно представляетъ нѣкоторую аналогію съ разсмотрѣннымъ выше запрещеніемъ, по которому хозяинъ, не смотря на свое желаніе, не можетъ освободить фруктуарія отъ *satisfactio*.

2) См. объ этомъ: Baron: *Gesamtrechtverhältnisse*, въ особенноти р. 176.

внѣ¹⁾, и согласно которому fr. 15 § 7 cit. объясняется крайне строгимъ и послѣдовательнымъ примѣненіемъ правила: *servitus servitutis esse non potest*²⁾).

II. Обязанности хозяина, котораго вещь находится въ пользованіи посторонняго лица, конечно могутъ быть направлены только на отрицательныя дѣйствія. Такъ какъ именно usufructъ представляется ограниченіемъ собственности, то хозяинъ можетъ быть обязанъ только къ *раті* или къ *non facere*. Хозяинъ долженъ допустить фруктуаріа къ полному пользованію вещью, конечно въ размѣрахъ, опредѣленныхъ закономъ и соотвѣтствующихъ обѣщанію, данному фруктуарію по *cautio usufructuaria*; онъ не долженъ самъ вторгаться въ вещь *durante usufructu*, или какимъ нибудь образомъ мѣшать дѣятельности фруктуаріа, за исключеніемъ указанныхъ выше случаевъ (*actionis prohibitoriae* и *ex stipulatu*): „*Proprietatis dominus non debet impedire fructuarium ita utentem, ne deteriore[m] ejus conditionem faciat*“³⁾. Отрицательный, такъ сказать, характеръ обязанностей хозяина вещи лучше всего выражается въ томъ, что онъ не обязанъ дѣлать починки⁴⁾, даже тѣ, которыя представляются безусловно необходимыми для пользованія фруктуаріа. Хозяинъ вообще не обязанъ ни къ какимъ издержкамъ для сохраненія вещи. Если же онъ сдѣлаетъ такія издержки, не смотря на то, что онъ къ этому не обязанъ, то онъ, какъ мы видѣли выше, по общему правилу долженъ предоставить фруктуарію безмездное пользованіе тѣми улучшеніями вещи (*Meliorationem*), которыя появились вслѣдствіе его издержекъ. Относительно обязанности хозяина вознаградить фруктуаріа за издержки, къ которымъ не былъ обязанъ послѣдній, мы говорили выше⁵⁾.

¹⁾ См. и Кранса I. с.

²⁾ fr. 1 D. de usu et usufr. leg. 33, 2 (Paulus).

³⁾ fr. 15 § 6 D. de usufr. 7, 1.

⁴⁾ fr. 65 § 1 D. eod.

⁵⁾ Прудонъ и Крансъ между обязанностями хозяина разсма-

Высказанному выше положенію, что обязанности хозяина вещи не могут состоять *in faciendo*, повидимому противорѣчатъ слѣдующіе случаи:

1) хозяинъ (наслѣдникъ) обязанъ доставить фруктуарію необходимую дорогу къ имѣнію, находящемуся въ его пользованіи¹⁾. Этотъ случай представляетъ собою дѣйствительно *obligationem ex lege* (дѣйствующее даже противъ нарочно выраженной воли завѣщателя: *fr. 1 § 1 D. cit. „.... adeo, ut si quis usumfructum loci leget ita, ne heres cogatur viam praestare, inutiliter hoc adjectum videatur“*). Впрочемъ его можно объяснить такимъ образомъ, что установленіе необходимой дороги предшествуетъ вступленію фруктуарія въ обладаніе вещью. Дѣйствительно Ульпіанъ указываетъ на *actio ex testamento* какъ на тотъ исъ, которымъ фруктуарій можетъ принудить наслѣдника къ доставленію дороги, но не упоминаетъ о томъ, чтобы установленіе дороги могло быть вытребовано *per confessorem actionem*. И такъ мы можемъ сказать, что узупруктъ не считается вполне установленнымъ пока фруктуарій не получитъ необходимой для имѣнія дороги.

2) Хозяинъ обязанъ вывозить изъ имѣнія деревья, вырванныя бурей, и можетъ быть принужденъ къ тому фруктуаріемъ²⁾.

триваютъ и такія, которыя собственно сюда не относятся, а именно: обязанность по случаю эвикціи узупрукта, обязанность ввести фруктуарія во владѣніе вещью и т. п. Обязанности эти не вытекаютъ изъ понятія узупрукта, какъ вещнаго права, но основываются на обязательственныхъ отношеніяхъ, предшествовавшихъ появленію узупрукта въ качествѣ *jus in re aliena*. Поэтому разсмотрѣніе ихъ во всякомъ случаѣ относится къ отдѣлу о способахъ установленія узупрукта, а не къ отдѣлу объ обязанностяхъ хозяина по отношенію къ фруктуарію его вещи. Объ отвѣтственности хозяина въ отношеніи къ *cautio damni infecti* и *actio noxalis* см. выше.

¹⁾ См. выше стр. 353; *fr. 1 § 1 D. si ususfr. pet. 7, 6.*

²⁾ *fr. 19 § 1 D. de usufr. 7, 1.*

Этотъ случай однако объясняется слѣдующимъ образомъ: такіа деревья, какъ мы видѣли выше, принадлежать не фруктуарію, а хозяину. Если они упадутъ въ имѣніе подлежащее узурфрукту, то слѣдовательно въ немъ случайно появляются вещи хозяина, чрезъ посредство которыхъ онъ вторгается въ сферу фруктуарія, а такъ какъ ему воспрещено подобнаго рода дѣйствіе, то онъ и долженъ возстановить прежнее положеніе, въ которомъ находилось имѣніе до вторженія его, т. е. долженъ удалить изъ него свои вещи, которыя туда попали.

3) Обязанность починки стѣны при *servitus oneris ferendi* лежитъ вполне (*insolidum*) на хозяинѣ вещи; фруктуарій дома въ этомъ отношеніи избавленъ отъ всякой отвѣтственности ¹⁾. Этотъ случай также собственно не представляется исключеніемъ, такъ какъ очевидно фруктуарій вовсе не получить пользованія тою частію стѣны, которая предназначена для поддержанія сосѣдняго строенія. Кромѣ того было бы справедливо возлагать на фруктуарія большія обязанности по этому сервитуту, нежели суть тѣ, которые лежатъ на хозяинѣ дома. Известно именно, что послѣдній можетъ отдѣлаться отъ своей обязанности поведеніемъ собственности въ стѣнѣ ²⁾; фруктуарій же конечно не имѣетъ этого права, и поэтому не могъ бы воспользоваться альтернативою (*facultas alternativa*), предоставленною хозяину.

¹⁾ fr. 1 § 1 D. de S. P. U. 8, 2.

²⁾ fr. 6 § 2 i. f. D. si servit. vind. 8, 5: *denique licere domino rem derelinquere (Labeo) scribit.*

