ТРЕПИЦЫН ИВАН НИКОЛАЕВИЧ

ОСНОВАНИЕ ПРИНЦИПА *HAND WAHRE HAND*

Иван Николаевич Трепицын (1868 г.р.), доктор гражданского права. Окончил юридический факультет Университета Св. Владимира со степенью кандидата. Преподавал в Новороссийском, Варшавском, Петроградском, Среднеазиатском государственных университетах. Служил чиновником особых поручений V класса при министре юстиции, а также членом Консультации при Министерстве юстиции. Основные труды посвящены праву собственности, обязательственному, наследственному и авторскому праву.

Если исследователь встречает весьма серьезные затруднения при установлении истинного содержания принципа *Hand wahre Hand*, эти затруднения становятся еще больше, когда предпринимаются попытки выяснения тех оснований и причин, которыми принцип этот создан.

Почему сделано отступление от прямолинейной логики римского права, по которому приобретение вещи действительно только тогда, когда отчуждение совершается лицом, на это управомоченным?

Собственник *теряет* свое право — несмотря на то, что его вещью распоряжается лицо, совсем на это не управомоченное. Почему это?

Loaded: 20-04-2024 PMt 18:52:46

Приобретатель защищается от иска собственника о выдаче вещи — несмотря на то, что вещь эта приобретена от лица, не управомоченного на ее отчуждение. Почему это?

Предпринят целый ряд попыток объяснить это принципиальное различие в режиме движимостей между римским правом и германским, и тем не менее общепризнанной теории нет, есть только более или менее распространенные теории; говорят даже о том, что причины эти различны для древнегерманского права и для новых законодательств, принявших принцип *Hand wahre Hand*[1]. Во всяком случае для компетентного и авторитетного решения вопроса нужно немало: нужно, как говорит Зом, изучение всего законодательного материала средних веков[2]. Профессор Филиппов совершенно основательно рекомендует здесь применение метода сравнительного правоведения[3], которое сделало пока немного в нашей области. Нужно вполне войти в круг правовых понятий изучаемой эпохи, а между тем в литературе есть примеры, когда при изучении нашего вопроса исходным пунктом и мерилом берется прямо римское право в окончательной стадии его развития: упускается из виду возможность и значение национальных и временны́х особенностей правового порядка[4].

После этих предварительных замечаний обратимся к рассмотрению отдельных теорий.

Большинство ученых ищут объяснения правила *Hand wahre Hand* в материальном гражданском праве, причем одни объясняют его той особой ролью, которую играл в древнегерманском праве институт владения, *Gewere*, а другие дают также цивилистическое объяснение, но независимо от роли владения и его влияния на право собственности.

Другая группа ученых ищет обоснования нашего правила в процессуальном праве, причем и здесь имеет место раздвоение: одни обращаются к гражданскому процессу, а другие, новейшие ученые, находят решение вопроса в процессе уголовном.

Наконец, к третьей категории мы относим всех тех, кто дает различные другие объяснения: здесь указывается на соображения справедливости, на покровительство добросовестному обороту и т.п.

Мы начнем наше изложение с теорий, если можно так выразиться, *владельческих*.

Так, Ортлиб обращает внимание на то, что в древнегерманском праве не было точного разграничения между владением и правом собственности, между исками поссессорными и петиторными, как это мы видим в римском праве; у германцев идея о праве собственности сливалась с представлением о фактическом осуществлении этого права[5].

То же самое говорит и Франкен: у кого движимость находится, тот и является юридическим господином ее; юридическое отношение к движимости всецело исчерпывается детенцией; залоговое право и право собственности юридически не представляют из себя ничего, кроме владения, *Gewere*; право собственности правильнее понимать в экономическом, а не в юридическом значении[6].

Наблюдая такое положение дел, Штоббе в своей «*Gewere*» дает такую теорию: собственник, передавая *Gewere* на время другому, теряет свое вещное право на индивидуальную вещь; он имеет только личный иск к контрагенту о возвращении вещи или цены ее[7].

---

[1] *Jobbé-Duval, Revendication, p. 221—222, 238. Gerber, Zeitschr. f. Civilrecht, XI, S. 35.*
[2] *Sohm, Lex Salica, § 9, Anm. 3.*
[3] *Филиппов, Начальные стадии, стр. 3 и след. См. также: Kohler, Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss., III, S. 309.*
[4] *Ср.: Stobbe, Gewere, S. 438; Maschke, Das Eigenthum, S. 156.*
[5] *Ortlieb, Possession des Meubles, p. 17 s. Молито даже о действующем французском кодексе говорит: «La possession est à la fois pour les meubles le signe de la propriété, le mod de l'acquérir et la propriété elle-même» (La Possession, p. 160).*
[6] *Franken, Pfandrecht, I, S. 267. f., 292. Ср.: Glasson, Nouv. Revue hist., XIV, p. 589 s. Против этого материализма Хойслер (Zeitschr. f. H. R., XXV, S. 420 f.). Мауренбрехер утверждает, что уже в Средние века вполне сознавалось различие между фактическим обладанием и собственностью (Lehrbuch, S. 259).*
[7] *Stobbe, Gewere, S. 439. Несколько иного мнения держится Штоббе в Handbuch (II, 1, S. 408—409).*

Loaded: 20-04-2024 PMt 18:52:46

Хойслер возражает, между прочим: если бы эта теория была правильна, то и контрагент имел бы право выбора между возвращением вещи и возвращением цены ее; однако на деле этого не было; следовательно, должна пасть и сама теория[8].

Подобную же теорию построил и Сандхас: без владения не может быть передано никакое вещное право, и кто оставляет владение, тот тем самым отказывается от своего вещного права[9].

Эта теория слаба в том отношении, что она слишком преувеличивает значение владения и отдельные случаи возводит в общее правило, упуская из виду другие случаи, когда, несмотря на потерю фактического обладания, вещное право и его исковая защита совсем не утрачиваются[10]. Кроме того, нельзя правило *Hand wahre Hand* объяснять всецело победой фактического владения над правом, так как это значило бы отрицать всякое вещное право, не соединенное с фактическим владением[11]. Вот в эту последнюю крайность и впадает Фольграф.

Этот автор, обратив внимание на то, что решающая роль при приобретении движимостей принадлежит телесному, осязательному, очевидному владению, пришел к тому убеждению, что у средневековых германских племен еще не было понятия о римском праве собственности и что всё их вещное право основывалось на владении[12].

Совершенно правильно возражает против этой теории Дункер: нельзя римские положения о праве собственности считать каким-то нормальным типом и всякому другому господству над вещами, которое развилось у какого-нибудь народа несогласно с римским правом, отказывать в характере собственности. Поэтому и исследование о праве собственности у какого-либо народа нельзя начинать с предварительного вопроса, знал ли этот народ собственность, а надо прямо установить природу предполагаемого права собственности. Поэтому, наконец, если даже и допустить, что собственность в римском смысле не была известна в Германии, то из этого еще никак не следует, что в Германии и вообще не знали собственности[13].

Вполне основательно и замечание Керна: при отсутствии понятия о праве собственности вполне последовательно было бы отказывать собственнику в иске и тогда, когда вещь у него украдена, а между тем в этих случаях он мог обратиться с иском ко всякому третьему лицу[14].

И вообще эта теория теперь никем не разделяется[15]; подавляющее большинство ученых вполне признаю́т наличность понятия о праве собственности у древних германцев[16]. Категоричность теории Фольграфа смягчается тем обстоятельством, что он в качестве мерила берет именно римское право: не было *римской* собственности, могла быть иная. К теории Фольграфа в таком ее смягченном виде можно было бы присоединить таких ученых, которые, признавая наличность понятия о праве собственности у древних германцев, указывают при этом на довольно существенные отличия этой собственности от собственности римской. Так, например, Гаупп говорит: когда собственник отдает свою вещь кому-либо в ссуду (*commodatum*), он сохраняет свое право собственности; но только это не собственность в смысле римского права с возможностью защищать ее против всех и каждого, это собственность, которая может быть осущест-

---

[8] *Heusler, Beschränkung, S. 10.*
[9] *Sandhaas, Abhandlungen, S. 102 f.*
[10] *Kern, Hand m. H. wahren, S. 15.*
[11] *Gaupp, Zeitschr. f. deutsches Recht, I, S. 122. Против Сандхаса — Хойслер (Beschränkung, S. 6), а также Карлин (Niemand kann, S. 49).*
[12] *Vollgraff, Archiv für die Civ. Praxis, IX, Beilage, S. 40.*
[13] *Duncker, Zeitschr. f. deutsches Recht, II, S. 181.*
[14] *Kern, Hand muss Hand wahren, S. 10 ff.*
[15] *Против этой теории — Дельбрюк (Delbrück. Dingl. Klage, S. 27; Der Schutz des Eigenthums, S. 241), Лабанд (Laband. Die vermögensrechtl. Klagen, S. 69), Гербер (Gerber. Zeitschr. f. Civilrecht, XI, S. 35), Виржиль (Virgile. Propriété mobilière, p. 90—95).*
[16] *Glasson, Histoire du droit de la France, II, p. 60; Revue critique, 1887, p. 18. Hermann, Grundelemente, S. 22. Jobbé-Duval, Revendication, p. 15. Этот автор приводит и доказательства из Lex Salica, Lex Ribuaria и др. Бар утверждает, что древнегерманскому процессу уже было известно понятие об абсолютном вещном праве: это доказывается часто встречающимся словом «eigen» (Zeitschr. f. Rechtsgeschichte, X, S. 100). Poincaré, Propriété mobilière, p. 17. Сюда же относятся представители всех последующих теорий, так как они исходят именно из того предположения, что понятие о праве собственности было уже общим достоянием.*

Loaded: 20-04-2024 PMt 18:52:46

вляема только посредством личного иска против контрагента; невидимая связь между собственником и вещью заменяется личной связью между собственником и его контрагентом, причем личная непосредственная связь стоит выше вещной посредственной[17].

О. Майер дает такую характеристику. Перед нами — смесь римского права и германского; но германское право не вторглось в римский *dominium*, а создало себе собственность, которая в своей связи с владением и обязательством является лишь слабой тенью могучей *propriété permanente* римского права[18].

Сюда же примыкает и Пост, который у древних германцев видит лишь слабые следы действительного вещного права собственника на свое имущество; эти признаки слабы, если их сравнить именно с римской собственностью, но все же они уже имели место[19].

Под эту теорию о *недостаточном* или неполном развитии у древних германцев понятия о праве собственности можно подвести все владельческие теории, так как все они до известной степени отрицают самостоятельное значение у права собственности и всегда ставят его в большую или меньшую зависимость от владения[20].

Такова, например, еще теория Гольдшмидта, который ищет объяснение правила *Hand wahre Hand* в наивном миросозерцании еще юного в своем правовом развитии народа, который право на движимость представлял себе лишь в фактическом его осуществлении и с потерей фактической власти над вещью всегда связывал представление о потере и самого права на вещь.

Тем не менее, продолжает Гольдшмидт, уже в древнем германском праве против последовательного проведения изложенного понимания права выступил другой важный принцип, соответствующий наивным воззрениям не меньше, чем юридическим, а именно: вещи *похищенные* никем не могут быть приобретаемы; они подлежат возвращению лицу потерпевшему — будет ли то собственник или же лицо, отвечающее за вещь перед собственником[21].

Против этой теории восстает Жоббе-Дюваль. Он говорит: или германцы знали уже собственность, независимую от владения, или у них совсем еще не было представления о собственности; в первом случае оспариваемая теория оказывается недостаточной для объяснения нашего принципа; во втором случае также неясно, почему обокраденный может отобрать свою вещь даже у третьего лица, добросовестно ее приобретшего; логика требует, чтобы у собственника был иск только против вора[22].

Далее, сюда же относится теория Цибарта, которая состоит в следующем.

Вещное право проявляется в двух формах: в виде права абсолютного и в виде права относительного; оба эти вида вещного права различаются между собою не по содержанию, а по их действию против третьих лиц; разграничивающим их фактором является владение, так что собственник, отдающий свое владение другому, превращает свое абсолютное вещное право в относительное — в такое, каким оно было, например, когда этот же самый собственник купил эту же вещь, но еще не получил ее в свое владение. Но для того чтобы вещное право было абсолютным, недостаточно одного *получения* вещи во владение, нужно *постоянное* нахождение вещи во владении данного лица, а как только владение утрачивается — вещное право из абсолютного сейчас же делается относительным; при этом собственник утрачивает и свой вещный иск, могущий быть направленным против всякого третьего лица; у собственника остается даже и не личный или обязательственный иск, как обыкновенно утверждают, а иск с реальной экзекуцией — иск, со-

[17] *Gaupp, Zeitschr. f. deutsches Recht, I, S. 125.*
[18] *O. Mayer, Die dingl. Wirkung, S. 52.*
[19] *Post, Entwurf, S. 114.*
[20] *Штоббе говорит: по древнему праву собственность отступала перед Gewere (Gewere, S. 439). Но Мауренбрехер держится обратного мнения (Lehrbuch, S. 259).*
[21] *Goldschmidt, Zeitschr. f. H. R., VIII, S. 246—247.*
[22] *Jobbé-Duval, Revendication, p. 85.*

Loaded: 20-04-2024 PMt 18:52:46

ответствующий относительному вещному праву[23]. (См. сказанное против идеи о преобладании владения над собственностью.)

Наконец, теория Альбрехта. Источники знают два иска о движимостях: во-первых, *Anefang* (это был единственный вещный иск о движимостях, который мог быть направлен против каждого третьего лица); во-вторых, *Forderung*, иск личный (*Forderung* есть в то же время общее название каждого иска, так что сюда может быть включаем и *Anefang*). Из этих двух исков *Anefang* принадлежал тому, кто имел юридическую *Gewere*, так как юридическая *Gewere* представляла из себя отношение лица, не владевшего вещью, но имевшего вещный иск; в таком отношении находился каждый, кто лишался своей вещи против воли; тот же, кто добровольно передавал вещь другому, лишал сам себя юридической *Gewere*, а потому в его распоряжении была только *Forderung* — иск, который мог быть направленным только против контрагента, а никак не против третьих лиц[24].

Одним словом, дело стоит так: вещный иск, *Anefang*, принадлежит тому, у кого есть юридическая *Gewere*, а с другой стороны, юридическая *Gewere* есть у того, у кого есть *Anefang*. Таким образом, здесь одно неизвестное объясняется другим неизвестным; получается такой *circulus vitiosus*, из которого нет выхода. В этом слабая сторона и этой владельческой (отчасти и процессуальной) теории[25]. Кроме того, большие споры возбуждает юридическая природа самого *Anefang*, но об этом ниже.

Вообще в пользу владельческих теорий высказываются еще Зом, Блунтшли и Глассон[26]; но в то же время Гербер, Рюкерт, Хойслер и Жоббе-Дюваль решительно отвергают эти теории. Гербер прямо утверждает, что правило *Hand wahre Hand* не стоит ни в какой связи с Gewere или с владением как таковым[27]. Рюкерт заявляет: нельзя объяснять правило *Hand wahre Hand* каким-либо смешением владения с вещным правом[28]. Хойслер говорит, что владельческие теории не объясняют, почему добросовестный приобретатель от вора не может указанием на свое владение и на добросовестность защищаться от притязаний собственника[29]. Жоббе-Дюваль ссылается на документы из эпохи Средних веков во Франции[30].

Как видим, ни одна из владельческих теорий не пользуется общим признанием: против каждой кто-нибудь что-либо возражает.

Теперь переходим к остальным теориям этой же группы, которые ищут объяснения древнегерманского принципа также в материальном гражданском праве, но без ссылок на владение; это, если можно так назвать их, теории *чисто цивилистические*.

Здесь мы прежде всего укажем на одну старую теорию, которая рассматриваемую особенность древнегерманского права объясняла тем, что по тогдашнему праву закладоприниматели и даже коммодатории, получая вещи в свои руки, будто бы делались собственниками их, а потому и могли, значит, передавать их в собственность другим лицам[31].

Теперь эта теория не разделяется решительно никем, так как она не находит себе подтверждения в источниках, да и все правоотношения здесь регулируются не согласно ей: закладоприниматель не может распоряжаться вещью совершенно свободно и по своему усмотрению, а в случае продажи

---

[23] *Ziebarth, Realexecution, S. 229—234.*

[24] *Albrecht, Gewere, S. 81—86 в сопоставлении с S. 23 f.*

[25] *Rückert, op. cit. S. 206; Kern, Hand. m. H. wahren, S. 16—17. Против этой теории (как уже всеми оставленной) Карлин (Niemand kann., S. 49), Штоббе (Handbuch, II, 1, S. 252, Anm. 2), Лондон (Anefangsklage, S. 6, Anm. 11). Гаупп так формулирует объяснение Альбрехта, почему собственник не имеет Anefang: «Er hat keinen Anefang, weil er keinen Anefang hat» (Zeitschr. f. deutsches Recht, I, S. 120 f.).*

[26] *Sohm, Zeitschr. f. Rechtsgeschichte, V, S. 422; Bluntschli, Privatrecht, S. 206; Glasson, Éléments, I, p. 407. Ср.: Mayer, Die dingl. Wirkung, S. 4 f., 8 f., 61.*

[27] *Gerber, Zeitschr. f. Civilrecht, XI, S. 35.*

[28] *Rückert, Untersuchungen, S. 225.*

[29] *Heusler, Beschränkung, S. 10.*

[30] *Jobbé-Duval, Revendication, p. 170—171.*

[31] *Об этой теории см.: Heineccius, Elementa, I, § 31 и след., с. 598 и след., § 361, стр. 632. И сам Гейнециус разделяет эту теорию, что касается залога, но относительно ссуды он ее опровергает (§ 368, стр. 637). Обращает на себя внимание связь этой теории с теорией Штоббе (Gewere) и Сандхаса.*

Loaded: 20-04-2024 PMt 18:52:46

вещи излишек вырученной цены должен быть возвращен закладодателю[32].

Другая цивилистическая теория принадлежит Бракенхёфту, который устранение виндикации объясняет идеей *представительства*. Сущность этого представительства состоит в том, что собственник, отдавший свою движимую вещь кому-либо во временное пользование, должен признавать действительным всякое распоряжение этой вещью, предпринятое контрагентом в течение предоставленного ему для пользования срока[33].

В практическом отношении одинаковую теорию проповедует и Штоббе, который говорит так: кто передает вещь другому без окончательного отчуждения, тот передает получателю хотя и не право, но зато полную власть или возможность передавать вещь вполне действительно посредством юридических сделок третьим лицам[34].

Однако Рюкерт совершенно правильно говорит, что в этой теории интересующее нас явление совсем не объясняется, а только лишь описывается, передается в других словах и выражениях[35]. Лёнинг утверждает относительно *commodatum*, что при таком регулировании правоотношений сторон уничтожилось бы самое понятие *commodatum*[36]. С этим нельзя не согласиться.

Третья, также чисто цивилистическая, теория принадлежит Гауппу[37].

По мнению этого автора, основание правила *Hand wahre Hand* нельзя искать исключительно в вещном праве: здесь перед нами не конфликт в области одного только вещного права, а конфликт между вещным правом и правом личным, а самая формула *Hand wahre Hand* представляет из себя кульминационный пункт личного характера и субъективизма древнегерманского права.

Римское право, наоборот, отличалось объективизмом.

Автор следующим образом иллюстрирует это различие.

По римскому праву отношения складываются следующим образом.

Ссудодатель		Ссудопринимательь
Поклажедатель	ВЕЩЬ	Поклажепринимательь
Закладодатель		Закладопринимательь

По древнегерманскому праву эти отношения принимают иной вид.

Ссудодатель	Ссудопринимательь	
Поклажедатель	Поклажепринимательь	ВЕЩЬ
Закладодатель	Закладопринимательь	

Таким образом, по римскому праву вещь играет главную роль, а по германскому — второстепенную; здесь *личная воля* и личная связь производят отношение, а там *вещь* связывает двух лиц. Отсюда и положения германского права: «*Wo man seinen Glauben gelassen hat, da muss man ihn wieder suchen*» и «*Hand wahre Hand*». В этих положениях делается указание на личную связь, а вещь остается в стороне. Отсюда же — только личный иск у поклажедателя к поклажепринимателю, а непосредственное отношение к вещи имеет только последний, но никак не первый.

Этим же субъективизмом древнегерманского права объясняется и то, почему собственник не имеет *Anefang* против своих контрагентов: вещь им отдана по личной воле собственника, и он этой волей

---

[32] *Kern, Hand. m. H. wahren, S. 12—14. Против этой теории высказываются и другие ученые: Штоббе (Handbuch, II, 1, § 109, Anm. 1; Gewere, S. 439), Лёнинг (Der Vertragsbruch, S. 418—419), Хойслер (Beschränkung, S. 7).*

[33] *Brackenhöft, Zeitschr. f. deutsches Recht, V, S. 160, 166—167. Ср. и мнение Франкена, который, как мы уже видели выше, высказывается в пользу материалистического понимания первобытного права; по мнению этого последнего ученого, как запись в поземельной книге служит легитимацией для распоряжения недвижимостью, так и обладание движимостью является легитимацией для распоряжения ею (Lehrbuch, S. 385).*

[34] *Stobbe, Handbuch, II, 1, S. 409. Это напоминает вышеприведенное мнение Штоббе: собственник, передавая Gewere, теряет свое право на индивидуальную вещь.*

[35] *Rückert, Untersuchungen, S. 205—206. Против этой теории Керн (Hand m. H. wahren, S. 6—7, 15—16), Кёстлин (Krit. Überschau, III, S. 225—226).*

[36] *Löning, Der Vertragsbruch, I, S. 418—419.*

[37] *Gaupp, Zeitschr. f. deutsches Recht, I, S. 122 ff.*

Loaded: 20-04-2024 PMt 18:52:46

связывается, а обращение к *Anefang* противоречило бы этой его личной воле.

Наконец, этот же субъективизм привел к тому, что отчуждение вещи собственника его контрагентом рассматривалось как случай, а потому собственник право на свою вещь утрачивал и получал только иск о возмещении убытков.

Так и произошло, что правило *nemo plus juris*, вполне соответствующее римской объективной системе права, не нашло себе применения к движимой собственности у германцев.

Но все это так только в режиме движимостей; что же касается недвижимых имуществ, то здесь и германцы значительно приближались к объективизму римского права.

Такова теория Гауппа[38]; о ней тоже нужно сказать вместе с Рюкертом и Керном, что в ней не объясняется интересующее нас явление, а лишь констатируется, описывается и иллюстрируется[39].

После этого переходим к теориям, которые ищут обоснования принципа *Hand wahre Hand* в особенностях германского процесса. Это — теории *процессуальные*.

Припомним сказанное выше, что одни из этих теорий (принадлежащие главным образом к прежним временам) видят корень нашего принципа в *гражданском* процессе, а другие, более новые, находят его в процессе *уголовном*. В таком порядке мы эти теории и рассмотрим.

Здесь, прежде всего, Хойслер говорит: все ищут основания правила *Hand wahre Hand* в материальном праве, а между тем, решение вопроса лежит в праве процессуальном[40]. Объясняется это следующим образом. Германский процесс имел экзекутивную природу и не знал системы исков, основанной на исследовании материального права; там были только формальные условия защиты. При отыскивании движимости таким формальным условием служил факт утраты вещи истцом — утраты добровольной или недобровольной. Именно при ссуде, закладе и т.п. только тот имел иск, кто отдал вещь по этим сделкам, а при краже иск принадлежал только обокраденному, но никак не собственнику; все это потому, что в экзекутивном процессе и в узкой системе исков не было еще места для виндикации как основанной на рассмотрении материального права. Вот потому-то в случае кражи управомоченным к розыску вещи являлся не собственник, не лицо, имеющее материальное право на вещь, а контрагент, получивший вещь в свое владение, и этот контрагент не только имел право, но и был обязан разыскивать вещь, так что положение собственника не ухудшалось: в конце концов вещь должна была быть в руках его контрагента, а к этому последнему предъявление иска во всяком случае было возможно. Итак, в древнегерманском процессе восстановлялось прежнее состояние, но совсем еще не было речи о признании права собственности: экзекутивная форма процесса не давала этому места[41].

Далее Хойслер формулирует свои положения еще следующим образом. Экзекутивная природа процесса, устранявшая исследование вопроса о материальном праве, вытекала из двух основных черт германской правовой жизни, взаимно обусловливавшихся. Во-первых, в древнегерманском праве, как и во всяком юном праве, суд занимал еще очень скромное положение, и многое предоставлялось тогда самопомощи. При этом самопомощь обусловливалась простыми и определенными фактами, которые брались не из объективного права истца, а характеризовались формальными признаками: добровольной отдачей вещи (все равно, со стороны собственника или со стороны его контрагента) и недобровольной утратой вещи со стороны собственника или его контрагента. Во-вторых, видную роль играл субъективизм германского права, построивший систему исков не на объективном праве истца, а на причиненном истцу неправе или

[38] *В то же время Гаупп придает большое значение древнегерманским правилам о доказывании в процессе (ibidem, S. 133).*
[39] *Rückert, op. cit., S. 206. Kern, op. cit., S. 17.*
[40] *Heusler, Beschränkung, S. 6, Anm. 3, S. 10—11.*
[41] *Ibidem, S. 20—22.*

Loaded: 20-04-2024 PMt 18:52:46

вреде — и направлявший истца именно против виновника. Все эти свойства древнегерманского процесса имели своим необходимым последствием ограничение виндикации движимостей[42].

Эта теория, в общем, теперь отвергается. Против нее — Косак, Херманн, Жоббе-Дюваль и др.[43] В частности, огромные сомнения вызывает вопрос о системе исков в древнегерманском процессе и о юридической природе *Anefang*.

Хойслер, как мы видели, утверждает, что у германцев не было виндикации как иска, основанного на праве собственности истца. А между тем Брунс в своем сочинении «*Das Recht des Besitzes*» утверждал как раз обратное: основанием *Anefang* было именно право собственности, и иск этот имел чисто петиторный характер. Это свое утверждение Брунс основывал на формуле той клятвы, которую должен был приносить истец: «Вещь эта в момент кражи была *моей* и теперь она *моя*»[44].

В этом за Брунсом следуют Зом, Дельбрюк, Херманн и др.[45]

Но Лаванд в своей специальной и обширной работе об имущественных исках совершенно отвергает этот взгляд. Он говорит: римское деление исков на вещные и личные не имело места в германском праве; различие между этими правами не отражалось на исках; иски там различались не по правовому основанию, а по объекту — по тому, чего истец требует; при этом собственник совсем не должен был доказывать свое право собственности; он должен был доказывать лишь факт лишения вещи: или что он сам отдал вещь под условием возвращения, или что вещь у него отнята преступным образом.

Что же касается приведенной формулы клятвы, то в ней доказывалось не право собственности, а лишь тождество спорной вещи[46].

После этого даже Брунс в своей позднейшей работе «*Die Besitzklagen*» отказался от своего прежнего мнения[47]. Однако Херманн настаивает на виндикационном характере *Anefang*, несмотря на работу Лабанда[48]. Не во всем соглашается с Лабандом и Лондон[49].

Среднего мнения держался Блунтшли: германский иск не был иском о праве собственности, но не был и иском о владении; это был именно вещный иск, независимый от своего основания, которым могла быть и собственность, и *Gewere*[50].

С другой же стороны, как увидим ниже, целый ряд новейших ученых видит в *Anefang* иск *уголовный*, но также не встречая общего признания.

Такова крайняя спорность вопроса об исках вообще и об *Anefang* в частности. А между тем от такого или иного решения этого вопроса зависит правильность или неправильность каждой теории, обращающей внимание на эту сторону дела. Такова изложенная выше теория Альбрехта; такова же и теория Хойслера: эти авторы строят свои выводы на таких положениях, которые сами требуют еще разъяснения[51].

---

[42] Ibidem, S. 30—31.

[43] Gerber-Cosack, System, § 101, Anm. 10; Hermann, Grundelemente, S. 2; Jobbé-Duval, Revendication, p. 89; Kern, Hand m. Hand wahren, S. 20.

[44] Bruns, Das Recht des Besitzes, S. 311—315. Против такого понимания — Планк (Gerichtsverfahren, I, S. 396). Ср.: London, Anefangsklage, S. 73.

[45] Sohm, Lex Salica, S. 56 (но см. и 64 об уголовном характере процесса); Delbrück, Zeitschr. f. deutsches Recht, XIV, S. 241—243; Hermann, op. cit., S. 8; Kern, op. cit., S. 20; Duncker, Zeitschr. f. deutsches Recht, II, S. 181, 187 f.

[46] Laband, Die vermögensr. Klagen, S. 2, 4—6, 50, 54—57, 112 ff., 133. Эта теория нашла почти общее признание (London, Die Anefangsklage, S. 1; Planiol, Traité, I, n. 1175; Jobbé-Duval, Revendication, p. 9, 165; Stobbe, Krit. Vierteljahrsschrift, XI, S. 240). Отсутствие деления исков на вещные и личные Бар объясняет односторонностью правил о доказывании в древнегерманском процессе (Zeitschr. f. Rechtsgeschichte, X, S. 99). А по мнению Гласcона, в те времена еще и само право не разделялось точно на вещное и личное (Nouv. Revue hist., XIV, p. 593) и иски делились на вещные и личные только для недвижимостей (Histoire du droit de l'Angleterre, III, p. 372). Впрочем, в другом сочинении (Histoire du droit de la France, III, p. 396) тот же автор говорит, что германский иск о движимости был петиторным и вещным; при нем только не нужно было доказывать свое право собственности, а достаточно было доказать факт владения и недобровольное лишения этого владения.

[47] Bruns, Die Besitzklagen, S. 229.

[48] Hermann, op. cit., S. 8, 18 ff. Против Лабанда и Хойслер (Institutionen, I, S. 376 f., 384 ff.).

[49] London, Die Anefangsklage, S. 2, 7, 14.

[50] Bluntschli, Krit. Überschau, VI, S. 197.

[51] Так, именно по вопросу о вещных и личных исках против Альбрехта высказывается Планк (Zeitschr. f. deutsches Recht, X, S. 246, Anm. 94).

Loaded: 20-04-2024 PMt 18:52:46

Следующая процессуальная теория принадлежит Дельбрюку. Автор, указавши на противоположность в защите собственности по римскому праву и германскому, объясняет ее тем, что римляне, имея в виду абсолютность права собственности, основали защиту его на приобретении, а германцы построили эту защиту, основываясь на относительности этого права[52].

Далее автор развивает это положение следующим образом. Основание защиты римской собственности лежит в частном (материальном) праве, а основание германской защиты лежит в *процессе*. И римляне пытались перейти на эту почву, но не перешли; германцы же установили здесь принцип, и притом исключительный. Этим не говорится, однако, что собственность сама по себе не являлась фундаментом защиты; сущность противоположения касается *доказывания* собственности. Здесь очень характерно то, что спор решался клятвой: принести клятву о принадлежности себе вещи было все равно, что доказать приобретение этой вещи. Таким образом, вопрос о приобретении отступал назад, а на первый план ставился вопрос о том, какой из сторон предоставить решение спора клятвой. Борьба за это преимущество и составляла сердцевину процесса. Преимущество же это давалось тому, у кого была *Gewere* в смысле практического владения: владелец — но не только настоящий, а и прежний — был ближе к клятве, чем невладелец. Итак, защита права собственности зависела от ведения доказательств в процессе, а ведение доказательств зависело от *Gewere*; таким образом, *Gewere* являлась основой всего вещного права[53].

Против этой теории возражает Блунтшли. Он согласен, что римская собственность абсолютна, а германская относительна; но римляне ставили на первом месте учение о приобретении не ввиду этой абсолютности, а потому, что они обыкновенно к праву заключали от его основания. Иначе германцы: учение о приобретении им также не чуждо, и они также отличают приобретение от состояния, от наличности. Но германское право обращает внимание вообще больше на действие права, чем на его причину, больше на продолжающееся его проявление, чем на его начало или возникновение, больше на пользование и на цель, чем на его основание. Поэтому-то в споре о «моем» и «твоем» спрашивают прежде всего о владении, так как в нем проявляет свое существование право собственности. Таково значение *Gewere* в германском праве, и Дельбрюк справедливо замечает, что судья решает спор не о том, кто собственник, а о том, кто должен обладать вещью. Но в таком случае *Gewere* представляет из себя нечто большее, чем основание для распределения и ведения доказательств; в ней надо признать относительное основание иска, а в зависимости от обстоятельств она может быть даже лучшим правом на вещь; таким образом, *Gewere* возводится даже в степень права[54].

Так здесь теории процессуальной противопоставляется теория владельческая.

Наконец, особенностями процесса и, в частности, древнегерманской классификацией исков объясняет наше правило Планьоль[55].

В той же области находит решение вопроса Бар: требовалось не положительное и точное доказательство существования права на вещь, а довольствовались одной лишь вероятностью и правдоподобностью его существования, и сообразно с этим было поставлено дело доказывания при иске о выдаче вещи; постановкой же доказывания определялась и постановка самой виндикации[56].

В общем все описанные процессуальные теории как ищущие решения вопроса в *гражданском* процессе отвергаются всеми теми, кто ищет этого решения в процессе *уголовном* (вторая группа процессуальных теорий).

Здесь, прежде всего, два очень видных представителя — Бруннер и Шрёдер. Они, вполне признавая

[52] *Delbrück, Die dingl. Klage, S. 1.*
[53] *Ibidem, S. 33—37.*

[54] *Bluntschli, Krit. Überschau, VI, S. 192—197, 201.*
[55] *Planiol, Traité, I, n. 1175.*
[56] *Bar, Beweisurtheil, S. 42, 150 ff. Против этой теории Жоббе-Дюваль (Revendication, p. 88), Хойслер (Beschränkung, S. 10), Керн (Hand m. H. wahren, S. 19). Ср.: Hermann, Grundelemente, S. 5.*

Loaded: 20-04-2024 PMt 18:52:46

наличность понятия о праве собственности у древних германцев, говорят тем не менее, что предметом *самостоятельной* процессуальной защиты частноправовые притязания тогда служить еще не могли; для процесса нужна была наличность *преступления*, и только в этом, так сказать, уголовном порядке получало свою защиту право собственности[57].

Эта уголовно-процессуальная теория также встречает возражения. Косак говорит: если преступление служило основанием и условием для иска о движимости, то почему из всех преступлений против имущества такую роль играли только кража и грабеж? Почему такой же роли не играла утайка вверенных вещей для продажи их третьим лицам? Если бы криминалистическая теория действительно лежала в основе принципа *Hand wahre Hand*, то собственники и в этих случаях получали бы защиту; однако в действительности этого не было; следовательно, эта теория не объясняет всего того, что она должна была бы объяснять[58].

Тем не менее на уголовно-процессуальной точке зрения стоят, кроме названных ученых, еще Гербер[59] и — с особенно солидными основаниями — Жоббе-Дюваль и Лондон.

Из них Жоббе-Дюваль объясняет занимающее нас явление именно уголовным характером *Anefang*[60]; все же другие теории он считает неправильными только потому, что они не считаются с этой особенностью древнегерманского иска[61]; различие между гражданским и уголовным элементами в процессе появилось лишь со временем, когда началась рецепция римского права[62].

Эти свои положения автор обосновывает подробнейшим рассмотрением процесса виндикации движимостей по средневековым источникам разных эпох, начиная с *Lex Salica* и других *Leges Barbarorum.*

С одной стороны, эту процессуальную теорию в ее существенных чертах вполне разделяет Колер[63]; но с другой стороны, именно уголовно-процессуальные основания теории Жоббе-Дюваля оспаривает Херманн[64].

Другим выдающимся представителем уголовно-процессуальной теории является, как сказано, Лондон. Замечательно то, что Лондон не был знаком с трудом Жоббе-Дюваля и, несмотря на это, пришел к тем же выводам, что и этот последний, причем основания у обоих авторов оказываются различными (тем вероятнее правильность их выводов)[65].

Лондон также утверждает, что *Anefang* в старые времена был иском уголовным и что древнегерманское право еще не разделяло строго уголовного и гражданского процесса; уголовный характер за *Anefang* оставался и впоследствии, и лишь в некоторых источниках отчасти выделился его гражданский характер, поскольку *Anefang* превратился в подготовительное производство к настоящему уголовному процессу[66]. Если же при *Anefang* и имеет место требование возвращения вещи, то нужно иметь в виду, что это требование является случайным элементом в *Anefang*, а потому и не подлежит включению в самое понятие об этом иске[67].

---

[57] *Brunner, Rechtsgeschichte, II, S. 519—520; Schröder, Lehrbuch, S. 273. Отчасти сюда же примыкает и Зом, который говорит о постоянной двойственности древнегерманского процесса о движимостях: потерпевший собственник отыскивал не только вещь, но и преступника, особенно вора. В то же самое время Зом, как мы отметили уже выше, в немецком Anefang видит настоящую виндикацию — петиторный, а не поссессорный иск (Lex Salica, S. 56, 64). Подобного же мнения держится и Экснер (Tradition, S. 59—60).*

[58] *Gerber-Cosack, System, § 101, Anm. 10. Против криминалистических теорий и Машке (Das Eigenthum, S. 152).*

[59] *Gerber, Zeitschr. f. Civilrecht, XI, S. 29—30. См.: Jobbé-Duval, Revendication, p. 87; London, Anefangsklage, S. 16 ff. Против Гербера — Карлин (Niemand kann, S. 46, Anm. 151). Против уголовного характера Anefang — Штоббе (Krit. Vierteljahrsschrift, XI, S. 243). Но за уголовный характер этого иска — Тимон (Rechtsgeschichte, S. 386). Машке (loc. cit.) полагает, что только в первоначальном своем виде Anefang имел уголовный характер.*

[60] *Jobbé-Duval, op. cit., p. 65.*

[61] *Ibidem, p. 37*

[62] *Ibidem, p. 93, 159 ss., 165.*

[63] *Kohler, Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss., III, S. 306.*

[64] *Hermann, Grundelemente, S. 14 ff. И Хойслер считает Anefang не всегда уголовным иском (Institutionen, II, S. 217).*

[65] *London, Anefangsklage (предисловие Паппенхейма, S. VIII).*

[66] *London, op. cit., S. 14 f., 105, 122—178.*

[67] *Ibidem, S. 77, 267.*

Loaded: 20-04-2024 PMt 18:52:46

Лондон также основывает свои выводы на подробнейшем исследовании процессуальной стороны нашего вопроса.

На сомнения о том, как можно материально-правовые вопросы объяснять процессом, автор отвечает так. Конечно, процесс есть нечто последующее, при котором первоосновой является материальное право; но в то же время здесь несомненна взаимная обусловленность, особенно у древних германцев, когда право и известно было главным образом в его осуществлении. Поэтому вполне возможно первоначальное зарождение какой-либо нормы в процессе, а затем — последующий переход ее в область материального права[68].

Наконец, переходим к последней группе теорий.

До сих пор мы рассматривали различные юридические основания принципа *Hand wahre Hand*; теперь перед нами соображения, лежащие вне области права.

Прежде всего — *соображения справедливости и целесообразности.*

Так, например, Лоран в краже видит в некотором роде *vis major*, а потому и оправдывает здесь допущение виндикации; в случаях же злоупотребления доверием виноват сам собственник, что не сумел подыскать себе честного контрагента; в то же время третье лицо ни в чем не виновато, а потому виндикация и не должна быть здесь допускаема[69].

Более пространно развивает ту же теорию Керн. Возможны, говорит он, две системы: или неуклонная защита третьих лиц, добросовестных приобретателей, или абсолютная виндикация в пользу первоначального собственника. Первая система несправедливо лишала бы собственников защиты в таких случаях, как кража и грабеж, когда эта защита необходима; вторая система, которая была принята в Риме, так же несправедливо пренебрегала бы интересами ни в чем не повинных третьих лиц. И вот, германское право избрало справедливую и целесообразную середину: если кто лишается своих вещей против своей воли, то ему дается виндикация; если же вещи отдаются добровольно, то отдающий сам должен позаботиться о том, чтобы вещь была отдана в верные руки, а если он этого не сделал, то за эту свою оплошность сам же он должен и поплатиться.

Эта теория имеет подтверждение в германских юридических поговорках: «*Trau, schau wem*», «*Wo man seinen Glauben gelassen hat, da muss man ihn wieder suchen*», а также и в Любекском Статуте (B. III, *Tit.* 2, *Art.* 2): «*Ein jeglicher sehe wohl zu, weme er das seine ausleihe und vertraue*»[70].

Наконец, о справедливости говорят еще Мурлон[71] и Рюкерт. Из них последний говорит так: правило *Hand wahre Hand* имеет своей целью охрану приобретателей от незаслуженных и несправедливых убытков, а потому виндикация должна быть допускаема и в случаях злоупотребления доверием, если собственник возмещает приобретателю стоимость вещи или если приобретатель получил вещь в подарок, так как в обоих этих случаях виндикация не причиняет приобретателю никакого вреда[72].

Все эти и им подобные соображения мы подробно рассмотрим ниже, в критической части нашей работы, когда будем говорить *de lege ferenda*. Но уже и теперь отметим одно сомнение, вызываемое теорией справедливости. Собственника упрекают в оплошности и нерадении, когда он вверяет свои вещи такому лицу, которое потом употребляет во зло его доверие. Оставляя в стороне практическую неосновательность этого упрека, укажем на то, что закон, стоящий на такой точке зрения, отнюдь не давал бы виндикации и в случае *потери* вещи, так как здесь оплошность собственника не подлежит никакому сомнению, а между тем в

---

[68] *Ibidem, S. 42—43.*
[69] *Laurent, Principes, XXXII, n. 594. См. также: Virgile, Propriété mobilière, p. 113.*
[70] *Kern, Hand. m. H. wahren, S. 22—24.*
[71] *Mourlon, Répétitions, III, p. 746.*
[72] *Rückert, Untersuchungen, S. 220, 225. Против этой теории Экснер (Tradition, S. 65, Anm. 51).*

Loaded: 20-04-2024 PMt 18:52:46

действительности мы видим, что виндикация в этих случаях давалась. Эта непоследовательность обнаруживает неправильность рассмотренных теорий[73].

Другая группа ученых считает принцип *Hand wahre Hand* созданным для *покровительства добросовестному обороту*. Сюда принадлежат Мевиус[74], Эйзенхарт[75], Данц[76].

Против этой теории высказываются Гербер[77], Жоббе-Дюваль[78], Хассе[79], Керн[80]. Из них Гербер и Жоббе-Дюваль просто говорят, что политико-правовая идея о защите оборота принадлежит новому времени и объяснять ею древнегерманский принцип нельзя. Хассе указывает в пользу своего отрицательного мнения на тот факт, что в Любеке особенно сильно развита была торговля, а между тем именно здесь защита третьих лиц была не расширена, а, наоборот, значительно сужена; следовательно, рассматриваемая теория не выдерживает критики. То же самое повторяет Керн.

Затем Херманн объясняет наш принцип стремлением прочность и обеспеченность прав основать на их публичности (*Publicitätsprinzip*). Это достигалось следующим образом. Каждый собственник накладывал на свои вещи свою особую метку, и делалось это при особой обстановке и в присутствии особых лиц, а потому каждое постороннее лицо обязано было принимать во внимание эти знаки чужой собственности, так как в противном случае оно могло стать жертвой виндикации, и наоборот: если собственник не клеймил своих вещей, то приобретение их было совершенно свободно и виндицирование их не допускалось, так как ни от кого нельзя требовать сведений о неопубликованных правах. Автор приводит одно место из *Lex Ribuaria*, которое действительно указывает на существование и описанное значение меток: «*Vestimenta... seu his similia absque probabile signum intertiare prohibemus*»[81]. Последнее констатируют также Хомейер[82] и Пардессю[83]. Но только дело в том, что сам Херманн относит свое объяснение лишь к древнейшему времени, а для эпохи более поздней считает его неподходящим[84]. Кроме того, господствующее мнение, как мы уже знаем, даже и для эпохи *Leges Barbarorum* ставит виндикацию в зависимость не от наличия или отсутствия меток на спорных вещах, а от того, как вещь вышла из рук собственника: против его воли или согласно ей; теория же Херманна совершенно расходится с этим общепринятым пониманием принципа *Hand wahre Hand*.

Наконец, дается еще экономическое объяснение принципа *Hand wahre Hand*. Именно, Рено говорит, что германцы мало ценили движимые имущества, а потому они и применяли к ним иные нормы, чем к недвижимостям[85].

Правда, малоценность движимого имущества и поговорку «*Res mobilis, res vilis*» констатируют у германцев и другие авторы: Глассон[86], Гийюар[87], Бодри-Лакантинери[88], Ортлиб[89], Виржиль[90]; но, во-первых, не все эти авторы считают это экономическое объяснение единственным, а указывают и на другие основания нашего принципа — например, на трудность доказывания тождества вещи при виндицировании (Гийюар, Ортлиб) и т.п., а во-вторых, как на это указывает Жоббе-Дюваль, это экономическое объяснение оказывается просто недостаточным: исходя из него надо было бы устранять виндикацию и в случае кражи, а между

---

[73] *Ср.: Poincaré, Propriété mobilière, p. 173; Jobbé-Duval, Revendication, p. 86.*
[74] *Mevius, Comment., p. 586—587.*
[75] *Eisenhart, Grundsätze, S. 347.*
[76] *Danz, Handbuch, II, S. 247. См. также: Franken, Lehrbuch, S. 384.*
[77] *Gerber, Zeitschrift für Civilrecht, XI, S. 35.*
[78] *Jobbé-Duval, Revendication, S. 221.*
[79] *Hasse, Zeitschr. f. gesch. Rechtswissenschaft, I, S. 38 f.*
[80] *Kern, op. cit., S. 20 ff.*
[81] *Hermann, Grundelemente, S. 68.*
[82] *Homeyer, Die Haus- und Hofmarken, S. 8 f. Здесь имеются в виду Leges Barbarorum.*
[83] *Pardessus, Collection, IV. В отделе «Droit maritime de la France», в главе «De pignore dato in navibus pro aliqua pecunia», на с. 265 говорится между прочим: «quod pignus suo signo signaverit vel signabit aut non».*
[84] *Hermann, loc. cit.*
[85] *Renaud, Krit. Zeitschrift, XVII, S. 140.*
[86] *Glasson, Revue critique, 1887, p. 19.*
[87] *Guillouard, Prescr., II, n. 796.*
[88] *Baudry-Lacantinerie, Prescr., n. 817.*
[89] *Ortlieb, Possession des meubles, p. 3.*
[90] *Virgile, Propriété mobilière, p. 2, 118.*

Loaded: 20-04-2024 PMt 18:52:46

тем в действительности виндикация в этих случаях, как мы знаем, допускалась[91].

На экономической стороне дела мы также еще остановимся, когда будем говорить *de lege ferenda*.

Таковы те разнообразнейшие теории, в которых выясняется основание принципа *Hand wahre Hand*.

Какой же теории отдадим мы предпочтение?

И этот вопрос мы оставляем открытым. Заметим только, что есть ученые, которые видят основание нашего принципа не в каком-либо одном из указанных факторов, а в нескольких из них. Так, Бодри-Лакантинери, указывая на процессуальную теорию Жоббе-Дюваля и на владельческую теорию Ортлиба, говорит: вероятно, и там, и здесь есть доля истины, да, кроме того, надо еще иметь в виду малоценность движимостей у древних германцев[92]. Таким образом здесь объединяются юридические основания с экономическими. На таком же объединении стоит и Гийюар: он объясняет ограничение виндикации малоценностью движимостей и трудностью доказывания тождества вещи[93]. Да, скажем мы *a priori*, наш принцип создан *всей* совокупностью экономических и юридических условий; для определения же, каким условием и какая именно сыграна роль, нужно — повторим слова Зома — изучение всего законодательного материала Средних веков[94], а это завело бы нас слишком далеко за пределы нашего догматического исследования[95].

Печатается по изданию:
Трепицын И.Н.
Переход права собственности
на движимое имущество посредством
передачи и соглашения.
Одесса, 1903

[91] *Jobbé-Duval, Revendication, p. 85, note 1.*
[92] *Baudry-Lacantinerie, Prescr., n. 817.*
[93] *Guillouard, Prescr., II, n. 796. Ср. еще. ibidem, n. 802, а также: Ortlieb, op. cit., p. 3 s.*
[94] *См. выше, сн. 2.*
[95] *О чрезвычайной трудности обоснования принципа Hand wahre Hand говорит, между прочим, Машке (Das Eigenthum, S. 152).*

Loaded: 20-04-2024 PMt 18:52:46