

© Л. Вакка, 2010

Л. ВАККА*

РАЗМЫШЛЕНИЯ НА ТЕМУ IUSTA CAUSA И BONA FIDES В ОТНОШЕНИИ К USUCAPIO PRO DERELICTO

1. Сама по себе проблема usucapio pro derelicto ставит ряд вопросов, в настоящее время все еще далеко не разрешенных в науке римского права¹.

Действительно, фундаментальная антиномия источников, связанная с проблемой права собственности на брошенные собственником вещи (res pro derelicto habita), послужила поводом для нескончаемых дискуссий: ведь в некоторых источниках недвусмысленно утверждается, что тот, кто завладевает брошенной вещью (res pro derelicto habita), сразу приобретает на нее право собственности², а другие источники ясно указывают на случаи, в которых брошенная вещь приобретает только по давности владения³.

По предлагаемым решениям данной главной проблемы всех ее исследователей в целом можно разделить на две группы: по мнению первой группы, возглавляемой П. Бонфанте⁴, приобретательная давность usucapio была обязательной при приобретении брошенных res mancipi, в то время как для приобретения res nec mancipi было достаточно простой оккупации.

Причину этого различного режима, по мнению П. Бонфанте, можно найти в аналогии конструкций случая приобретения вещи при совокупности дереликции вещи и ее присвоения и случая приобретения посредством передачи вещи неопределенному лицу (traditio in incertam personam), потому что traditio не допускала приобретения собственности (dominium) на res mancipi с помощью приобретательной давности (usucapio), то же

* Летиция Вакка – профессор римского права юридического факультета университета Roma Tre (Рим, Италия), президент международной ассоциации юристов ARISTEC. Перевод с итальянского осуществлен кандидатом юридических наук, доцентом кафедры международного права Российской академии правосудия Сафроновой С. С.

¹ Тема приобретения права собственности на брошенную вещь является предметом глубокого исследования, которое будет представлено в настоящей работе и в котором мы попытаемся прояснить не только мотивации различных решений данного вопроса, изложенных римскими юристами, но и искажения, которые возникли в толковании классических источников из-за требования сведения к концептуальному единству института приобретения брошенной вещи (derelictio), в кильватере определения, которое встречается в первый раз в Институциях Юстиниана (см. ниже). По этой причине данная трактовка иногда может содержать пробелы и частности.

² См., например: *Paul. D. 41. 7. 2; Pomp. D. 41. 7. 5. 1.*

³ Так, см.: *Paul. D. 41. 7. 2; Pomp. D. 41. 7. 5; Iul. D. 47. 7. 6*; также *D. 41. 7. 7.*

⁴ Данные вопросы П. Бонфанте, который неоднократно возвращался к данной теме, в основном, изложил в двух работах: *Bonfante P. La derelizione di 'res mancipi' nel diritto classico // RISG. XVII. 1894. P. 128 ss.* (в настоящее время *Scritti giuridici varii. II. Torino. 1916–1926. P. 326 ss.*, как и именуется далее); *La derelizione e l'apprensione di cose derelitte, два исследования в RIL, L. 1917* (но объединенные в *Scritti... II. P. 342 ss.*). См. также: *Corso di diritto romano*². II. rist. a cura di G. Bonfante e G. Crifò. Milano, 1968. 257 ss. В том же смысле изложено, в основном, в: *Meyer-Collings J. J. 'Derelictio', Die Dereliction in röm. Recht. Kallmunz, 1932; Beseler G. Miscellanea // ZSS. XLV. 1925. P. 218 ss.; Kaser M. Die natürlichen Eigentumsverwerbsarten in altrömischen Recht // ZSS. LXV. 1947, 221 ss.*; также статья *Occupatio // PWRE. suppl. VII. Stuttgart, 1946. Sp. 682 ff.*; *Branca G. Abbandono (derelictio), (dir. rom. e intern) // Enc. dir., Milano, 1958. 2 ss.*; *Wubbe F. 'Pomp. D. 41. 7. 5 pr.' et l'usucapio pro derelicto // Mélanges Ph. Meylan, I. Lausanne, 1963. P. 435 ss.*; *Tomulescu C. S. Quelques petites études de droit romain // BIDR. LXXXII. 1979. 108 ss.*

требование должно было бы обязательно испрашиваться для осуществления приобретения владения, следующего за оставлением вещи (*derelictio*).

Это положение П. Бонфанте с момента его появления было решительно оспорено Бергером⁵, чья научная реконструкция сегодня может считаться господствующей, хотя нет недостатка и в попытках возрождения идей П. Бонфанте.

Бергер утверждал, что *usucapio* могло требоваться только в случае совершения *derelictio* не хозяином вещи, так как во всех других случаях *res pro derelicto habita*, ставшая *nullius*, могла быть приобретена посредством оккупации⁶.

За этой центральной проблемой следуют иные вопросы, один из которых обсуждался римскими юристами и был по-разному решен традиционными противниками: сабинианцами и прокулианцами:

D. 41. 7. 2 pr. (*Paul.* 54 ad ed.): Pro derelicto rem a domino habitam si sciamus, possumus acquirere. 1: Sed Proculus non desinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit: Iulianus desinere quidem omittens esse, non fueri autem alterius, nisi possessa fuerit, et recte⁷.

Итак, контроверза юристов двух школ касалась момента утраты права собственности при оставлении собственником вещи (*dominus derelinquente*): по мнению прокулианцев, это происходило в момент, когда другое лицо завладевало *res*, для сабинианцев, напротив, утрата была независима от приобретения вещи другим лицом. Последняя точка зрения, которая, видимо, преобладала уже в классический период⁸, была потом окончательно закреплена юстиниановскими компиляторами⁹.

Опуская в данный момент вопрос о причине, объясняющей различие решений двух школ юристов, и о конструкциях, на которых они основаны, следует подчеркнуть, что решение, принятое сабинианцами, является, на первый взгляд, полностью несовместимым с представлением о том, что для установления права собственности на брошенную вещь (*res pro derelicto habita*) требовалась приобретательная давность. Однако то же самое подтверждается Юлианом:

D. 41. 7. 6 (*Iul.* 3 ad Urs. Fer.): Nemo potest pro derelicto usucapere, qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam esse.

D. 41. 7. 7. (*Iul.* 2 ex Minicio): Si quis merces ex nave iactatas invenisset, num ideo usucapere non possit, quia non viderentur derelictae, queritur. sed verius est eum pro derelicto usucapere non posse.

Действительно, не очевидно, что могла бы иметь смысл постановка вопроса о возможности *usucapio* для отрицания ее в случае, когда *res* не была на самом деле брошена

⁵ О дереликции см. в BIDR. XXXII. 1922. P. 129 ss. (опубликована в 1915 г. как отдельная статья и так цитируется в дальнейшем).

⁶ Данный тезис, который потом, в общем, поддерживается также С. Романо, уже был приведен К. Чиларжем в Glück, Commento alle Pandette, 41, tradotto e annotato dal Peruzzi. Milano, 1905. 148 ss., который вновь связывает эту проблему со спором между сабинианцами и прокулианцами (об этом см. ниже). Указанная позиция была рассмотрена П. Крюгером, который полагает, что в классический период приобретение брошенной вещи могло произойти только по давности, в *Derelictio und Usucapio* // *Mnemosyna Pappoulias*. Atene, 1934. 115 ss.

⁷ Данный фрагмент, уделяя особое внимание условиям контроверзы сабинианцев и прокулианцев, позднее рассмотрел Г. Фальки, *Le controversie fra Sabiniani e Proculiani*. Milano, 1981. 56 ss. (с литературой), который аналогично К. Чиларжу (см.: Glück, Commentario alle Pandette, цит. выше и далее) видит в конструкции прокулианцев проявление структуры, аналогичной способам приобретения первоначального титула, а у сабинианцев – необходимость связи между волей оставить вещь у предыдущего владельца и последующим актом приобретения другого лица. К этим проблемам мы лучше возвратимся в дальнейшем, но полагаем, что условия контроверзы не могут быть точно определены путем изучения двух текстов, в которых она явно изложена.

⁸ См.: *Ulp.* D. 47. 2. 43. 5.

⁹ *Inst.* II. 1. 47–49.

(*pro derelicto habita*), если одновременно подтверждалось, что *dominus* перестал быть таковым в тот момент, когда бросил вещь (*res pro derelicto*). И невозможно предположить, что требование давности (*usucapio*) устанавливалось только в том случае, если не было реального оставления вещи (*derelictio*), для отмены основания, которое являлось лишь мнимым, поскольку Павел, в свою очередь, утверждает следующее:

D. 41. 7. 4 (*Paul. 15 ad Sab.*): *Id quod pro derelicto habutum est ed haberi putamus, usucapere possumus, etiam si ignoramus, a quo derelictum sit.*

Другими словами, казалось бы, сабинианцы, считая, что *dominus* прекращает быть таковым в тот момент, когда вещь брошена (*res pro derelicto*), и отрицая, с другой стороны, возможность приобретения права собственности по давности там, где *dominus* не бросал вещь, даже тогда, когда захватчик вещи был в этом ошибочно убежден, не имели никакого основания утверждать, что приобретение по давности, напротив, было возможно там, где *derelictio* была реальной, и тот, кто приобретал владение, был в этом справедливо убежден. И их рассуждение становится еще более непонятным, если учесть, что, как мы видим, в другом месте те же юристы решительно утверждают, что брошенная вещь (*res pro derelicto habita*) приобретается непосредственно тем, кто ей завладевает¹⁰.

2. Следует отметить, что и так далекий от простоты путь, уже проделанный наукой для решения данных вопросов, в дальнейшем еще больше запутался и привел к еще большей затемненности, приписав римским юристам ту концептуальную модель, которая не только не следует из каких-либо источников, но еще и искажает конкретные условия и связь со структурой казуса.

Работа по обобщению была, кстати, начата уже составителями Свода Юстиниана, которые собрали одиночные утверждения юристов отдельно от контекста, в котором они были предусмотрены, и сгруппировали их в титулы в чуждой им трактовке, что затруднило понимание смысла их исходной трактовки и связей с конкретными казусами, к которым они относились.

Создание титула об *usucapio 'pro derelicto'* и его включение в систематическое изложение других правомерных оснований для приобретательной давности владения (*iustae causae usucapionis*) является характерным примером модели поведения компиляторов и образцом трудностей, которые оно потом создало в науке римского права, побудив ее к попытке сократить еще больше, до догматического единства, понятийные элементы, несомненно, все же представленные в правоведческой разработке.

Общезвестно, что одной из проблем, главным образом вызвавшей искажения в юридической науке немецкой и итальянской пандектистики, является именно проблема установления понятия *iusta causa usucapionis*, которое в однозначном определении должно было соответствовать разнообразным значениям, принимаемым им в источниках¹¹. Оче-

¹⁰ Проблема, связанная с тем фактом, что некоторые тексты решительно утверждают о непосредственном приобретении другим лицом, а другие ставят вопрос о необходимости *usucapio* и возможности или невозможности этой процедуры, не может быть решена путем исследования только этих фрагментов, потому что она требует анализа всей казуистики, установленной и типизированной римскими юристами. Здесь достаточно понимать, что, даже если не принимать в расчет серьезную переработку всех текстов компиляторами по зачастую непонятным причинам, можно только предположить, что мнения юристов не исходят из однозначного понятия дереликции и приобретения брошенной вещи, а, скорее, делают ссылку на ряд ситуаций, в которых различные особенности казуса и различные требования к защите бывшего владельца и нового приобретателя требовали различных заключений. Разрешение этого вопроса, однако, не влияет существенным способом на центральную проблему настоящей работы, в которой мы ограничиваемся тем, что считаем сам собой разумеющимся факт, что в некоторых фрагментах юристов действительно стоит проблема требований к приобретению по давности брошенной вещи (*pro derelicto habita*).

¹¹ В связи с этим интересно обозначение определений, представленное М. Лауриа: *Lauria M. 'Usus' // Studi in onore di V. Arangio-Ruiz. IV. Napoli, 1953. P. 504 s.* Однако кажется чрезмерным его решительное утверждение, что «*iusta causa usucapionis* – великая иллюзия науки», хотя это, очевидно,

видно, что эта проблема также связана с историей эволюции римского института *usucapio* и его значения.

В рамках данной статьи невозможно проанализировать все различные определения *iusta causa*, предлагаемые в науке, поэтому мы ограничимся изложением особой теории П. Бонфанте¹², который, впрочем, в своей попытке реконструкции правовых институтов в конкретной исторической обстановке занимает в разработке указанных тем позицию, в некотором смысле промежуточную между «пандектистским схематизмом» и более современной наукой римского права, за что к нему часто присоединяются или столь же часто подвергают критике другие ученые.

Отправное положение данного ученого при реконструкции значения понятий *iusta causa* и *bona fides* состоит в том, что эти два института представляют некий предел такого способа приобретения собственности, который по своей структуре основывается исключительно на *possessio*, продолжаемой во времени¹³. Эти ограничивающие реквизиты были вызваны необходимостью, присущей любому законному порядку, – приобретение должно происходить без причинения ущерба другим. Средство обеспечения исполнения этого основного условия не могло выражаться иначе, чем посредством правила, чтобы приобретение владения могло привести к приобретению права собственности только тогда, когда оно происходило без нарушения чужого владения, что составляет внешнее выражение того же господства¹⁴. Следовательно, в этот период правомерное основание идентифицируется с отношением непричинения вреда, откуда и родилось владение приобретателя, и выражается целиком во внешних факторах, заканчивая идентификацией с простым отсутствием кражи.

Изменение этой концепции следует отнести к юриспруденции последнего республиканского периода¹⁵, когда *iusta causa* проявляется в отношениях между частными лицами, доказывающими правомерность перехода собственности, иными словами, *iustae causae traditionis*, хотя и не смешивается с ней.

Сначала юридическое отношение между сторонами рассматривалось как внешний показатель отсутствия причинения вреда чужому владению; в последующем развитии ему было придано значение внутреннего убеждения приобретателя не нарушать чужую правовую сферу; *bona fides* не исключает *iusta causa*: «точнее, она присутствует там, где есть *iusta causa*, т. е. где, как правило, есть реальный отказ от вещи со стороны старого владельца, тем не менее остается открытой возможность причинения вреда, но вред не совершается или считается несовершенным»¹⁶. Иными словами, во всех случаях, в которых владение вещью является владением несобственника (*a non domino*), *bona fides* заключается – не исключительно, но главным образом – в непризнании того, что лицо, с которым она связана, – не *dominus*, или что вообще оно не имеет права распоряжаться вещью. *Bona fides* представляется же как чистое дополнение к *iusta causa*.

Последний пассаж реконструкции П. Бонфанте касается главенства *bona fides* над *iusta causa*¹⁷. К концу своего развития институт *usucapio* будет строиться уже не на *iusta causa*¹⁸, сопровождаемой *bona fides*, но только на *bona fides*: правомерное отношение приобретения будет иметь только функцию предоставления доказательств наличия *bona fides*.

По мнению П. Бонфанте, этого уровня развития отчасти достигла уже классическая юриспруденция, но юриспруденция эпохи Севера, как ему представляется, действует против такой тенденции; и Ульпиан, и Павел говорят, что они отвергают «мнимое основание» и

может быть оправдано предположением, что римские юристы более типизировали отдельные *causae usucapionis*, нежели создавали общую концепцию *iusta causa usucapionis*.

¹² *Bonfante P.* La 'iusta causa' dell'*usucapione* e 'usus' rapporto colla 'bona fides' // *Scritti...* II. P. 469 ss. (была опубликована в несколько иной форме в *RISG*. XV. 1893. P. 161 ss.).

¹³ *Idem.* P. 473 ss.

¹⁴ *Idem.* P. 484.

¹⁵ *Idem.* P. 496.

¹⁶ *Idem.* P. 504 s.

¹⁷ *Idem.* P. 522.

¹⁸ *Idem.* P. 525 ss.

подчеркивают необходимость правомерного основания (*iusta causa*)¹⁹. Этот же принцип закреплен и в Институциях Юстиниана.

П. Бонфанте также отмечает, что современная наука склоняется к отождествлению *bona fides* с уверенностью приобретателя в приобретении вещи у собственника или у его представителя²⁰, но это оставляет в стороне некоторые случаи, которые касаются приобретения у не собственника (*a non domino*), поэтому более приемлемой может показаться идея, возникшая благодаря знаменитому тексту Помпония²¹, согласно которому достаточно наличия у приобретателя убежденности в приобретении *quasi volente et concedente domino*. Кроме того, возникает вопрос о значении *bona fides* для исправления пороков сделки, что не касается свойства собственника (*dominus*) у отчуждателя: однако в этом месте конструкция П. Бонфанте относительно структуры римской *iusta causa* сводится к отождествлению «мнимого основания» с убежденностью в отказе собственника в пользу приобретателя.

3. П. Бонфанте, собственно, видит в титуле *pro derelicto* доказательство своей реконструкции концепции *iusta causa*, которая здесь ясно проявлена как отсутствие причинения вреда чужому владению, а не как основание договора, которое узаконивает приобретение собственности.

Следует отметить, что фундаментальные основы данного изложения собирают, в принципе, больше приверженцев духа римских источников, чем попытки привязать концепцию *iusta causa* к юридической сделке или к юридическому действию, самих по себе достаточных для узаконения перехода собственности²², попытки, которые решаются простым перенесением современных схем в римское право.

Тем не менее справедливо, что новейшая доктрина²³ с очевидностью выявила необходимость в различении формирования и эволюции двух элементов, *iusta causa* и *bona fides*, в отношении к отдельным титулам, и особое значение этой эволюции для титула *pro emptore*, который в качестве компенсации, установленной по сделке, процессуально предусмотренной в сделке доброй совести (*bonae fidei*), влек за собой особо важное требование защиты приобретателя²⁴, до предоставления места, по крайней мере, согласно мнению некоторых правоведов, также «мнимому титулу»²⁵.

¹⁹ Inst. II. 6. 11.

²⁰ Bonfante P. La 'iusta causa'... P. 539 s.

²¹ D. 41. 7. 5 pr.

²² «Классическая юриспруденция, логичная в требовании объективного оправдания владения, заканчивает тем, что, после нескольких колебаний, признает недостаточным мнимое основание, с которым требование *iusta causa* пришло бы в практику обесцененным, однако была необходима *iusta causa* реальная, фактически заключенная, хотя и недействительная сделка»: Betti E. *Instituzioni di diritto romano*. I. Padova, 1942. 411 s. Такая постановка вопроса присуща практически всей господствующей доктрине (хотя и с несколькими исключениями, например: Lauria M. 'Usus'..., цит. выше и далее); а также: Voci P. 'Iusta causa traditionis' e 'iusta causa usucapionis' // SDHI. XV. 1949. P. 141 ss.; Idem. *Modi di acquisto della proprietà*. Milano, 1952. P. 233 ss., который также, видимо, исходит из более широкого определения ('Iusta causa traditionis'... P. 159), заканчивая приравнением *iusta causa* соответствующей «голой» сделки к *iusta causa* приобретения владения. Дальше возникает сложная проблема отношений между законным основанием традиции (*iusta causa traditionis*) и законным основанием для приобретательной давности владения (*iusta causa usucapionis*), о чем см.: Hoetink H. R. 'Iustus titulus usucapionis' et 'iusta causa tradendi' // TR. LXXX. 1961. 230 ss.; Kaser M. Zur 'iusta causa traditionis' // BIDR. LXIV. 1961. S. 61 ff.

²³ См., в частности: Lombardi L. Dalla 'fides' alla 'bona fides'. Milano, 1961, 210 ss.; Mayer-Maly Th. Das Putativtitelproblem bei der 'usucapio', Graz – Köln, 1962; Hausmaninger H. Die 'bona fides' des ersitzungsbesitzers im klassischen römischen Recht. Wien – München, 1963; о книге Хаусманингера см., в частности, рецензии: Cannata C. A. // Iura. XVI. 1965. 335 ss.; Masi A. // Labeo. XIV. 1968. P. 317 ss.; см. также: Mayer-Maly Th. Fragment zur 'causa' // Walter Wilburg zum 70. Geburtstag Festschrift. Graz, 1975.

²⁴ Все это также очень ясно следует из фрагментов Дигест по теме *actio Publiciana*, которые позволяют предположить существование двух преторских эдиктов, один – относительно традиции манципируемых вещей (*res mancipi*), на законном основании (*traditio ex iusta causa*) (*Ulp. D. 6. 2. 1*

Несомненно, не вызывает возражения представление о том, что римская *usucapio* начинается с материалистической концепции, функционирующей в своем беспристрастном требовании защитить того, кто владел длительное время определенной *res* без передачи владения в нарушение также объективного положения других лиц, в необходимости, иными словами, защитить *possessio*, приобретенное *res vi nec clam nec precario*, и придать значимость этому положению, сопоставляя его с приобретением *dominium*, и положив конец ситуации возможной неопределенности в отношении фактической принадлежности вещи²⁶. Этот способ приобретения частично изменяет свои характерные черты и социально-экономическую функцию, выходя за первоначальные рамки тогда, когда консенсуальная купля-продажа и практика, определяемая общеизвестными конкретными требованиями и ведомая претором, присваивают приобретательной давности функцию усовершенствования сложного действия, но защищенного и признанного в соответствии с правопорядком²⁷. Таким способом *usucapio* в определенном смысле осуществляет интегративную функцию для основной юридической сделки и действий по реальной передаче, вплоть до их исполнения, – лишь бы исполнялись необходимые условия для перехода права собственности, т. е. лишь бы контракт или соответствующая сделка были законными и передаточный акт владения был совершен – магистрат гарантировал защиту не

пр.), типичного случая, который был первоначально *causa pro emptore*, что следует из фрагмента «...et non solum emptori bonae fidei competit Publiciana...» (*Ulp. D. 6. 2. 3–1*), а другой (*Ulp. D. 6. 2. 7. 11*) касается добросовестности покупателя, приобретающего не у собственника вещи (*a non domino*). Формула, приведенная в Институциях Гая (4. 36), также относится к случаям покупки (*emptio*) (об этих вопросах см.: *Wubbe F. Quelques remarques sur la fonction et l'origine de l'action Publicienne // RIDA. VIII. 1961. 417 ss.*; *Sturm F. Zur iirspruinglichen Funktion der actio Publiciana // RIDA. IX. 1962. 415 ss.*; *Diòsdi G. 'In bonis esse' und 'nudum ius Quiritium' // Studi in onore di E. Volterra... P. 27, 125 ss.*)

²⁵ См.: *Afr. D. 41. 4. 11*; *Ner. D. 41. 10. 5. 1*.

²⁶ *D. 41. 10. 5 pr. (Ner. 5 membr.)*: *Usucapio rerum, etiam ex aliis causis concessa interim (interdum: Mo.) propter ea, quae nostra existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset.*

²⁷ По мнению П. Коллине ('*iusta causa*' et '*bona fides*' dans l'*usucapion* d'après les institutes de Gaius // *Mélanges Foumier. P., 1929. P. 71 ss.*), можно выделить три основных значения узупапии для перехода вещи в квинтскую собственность (*dominium ex iure quiritium*) с истечением срока давности: приобретение брошенной вещи, приобретение вещи, отчужденной несобственником или лицом, уполномоченным собственником, приобретение манципируемой вещи (*res mancipi*) посредством простой передачи (*traditio*). Первые два можно было бы отнести к первоначальным способам приобретения, хотя в архаический период приобретение по давности для брошенных вещей не допускалось, совсем невзирая на основание и добросовестность. Только начиная с Законов XII Таблиц *auctoritas*, связанная с *mancipatio*, служила покупателю защитой в случае отсутствия права на передачу вещи у отчуждателя. Лишь через несколько веков была осознана необходимость распространения защиты приобретения *res mancipi* на случаи, в которых осуществлялась только традиция, и в этом случае предоставлялась защита, привилегированная по отношению к простой возможности приобретения по давности. И именно в рамках этого последнего типа защиты подтверждается необходимость предусматривать то, что в действительности манципация не происходила из-за несоблюдения законных формальных требований к *mancipatio* (например, отчуждатель не был римским гражданином), но существовало основание взаимного согласия по праву народов (*iuris gentium*); тем не менее в этих случаях не требовалось основание добросовестности; оно развивается как требование владельческой давности только тогда, когда считается, что приобретение по давности может производиться также *a non domino* (*Gai. 2. 4 e 2. 51*). Однако, также согласно Коллине, путь, которым проникает в практику значимость добросовестности для приобретения по давности владения, был аналогичен концепции, уже представленной в республиканский период в области консенсуальных обязательств и, «рикошетом», в *iudicia bonae fidei*. Общая картина становится следующей: в первом, самом древнем случае приобретение брошенной вещи не требовало ни *iusta causa*, ни добросовестности; во втором – для приобретения *a non domino* требовалась добросовестность; в третьем – традиции *res mancipi* – напротив, требовалась только *iusta causa*. Мы поместили фрагмент этой теории оттого, что, помимо восстановления хронологического порядка различных ситуаций, которое можно оспорить, представляется, что здесь усматривается деталь, которая может быть важной: *iusta causa* и *bona fides* не дополняют друг друга, а скорее альтернативны – если предполагается добросовестность, то уже подразумевается какой-то порок каузы.

только против посягательств на владение со стороны третьих лиц, но и против того, кто – согласно *ius civile* – еще являлся *dominus*.

Очевидно, что предпосылкой этого особого типа защиты является тот факт, что приобретение владения происходило не только без ущерба для владения других лиц, но также на основе причины, считавшейся законной и достаточной для правомерности приобретения права собственности: эта причина усилена *emptio-venditio*, которая была исходным основанием для всех других договорных и процессуальных оснований, перечисленных Павлом и Ульпианом в *D. 6. 2. 2–7* (и среди которых не фигурирует дереликция). Следующий этап был почти автоматическим: поскольку в качестве определяющего фактора для предоставления судебной защиты приобретателю по давности, который приобрел *res mancipi* через *tradita ex iusta causa*, было отмечено признание «основания», на базе которого он владел, могла показаться справедливой защита тем же способом, который имел в основе ту же *iusta causa*, даже если не было приобретено право собственности, ибо передаточный акт был совершен *a non domino*; это позволило добавить к тем случаям, в которых *usucapio* защищается претором во исполнение функции «исправления» и восполнения *ius civile*, другую характерную гипотезу – добросовестное приобретение *res a non domino*; очевидно все же, что в этом случае преторская защита посредством *actio Publiciana* ограничивается претензиями собственника *ex iure Quiritium*, поскольку он не участвует в передаточной сделке.

Несомненно, что такое признание добросовестности субъекта как фактора, на котором основана защита *usucapio* независимо от наличия прав собственника (*dominus*) у cedenta, по тем же причинам справедливости могло побудить некоторых юристов к переносу внимания от «основания» доброй совести к поиску пути защиты приобретателя, который по простительной ошибке был обманут не относительно наличия свойства *dominus* у отчуждателя, но в других факторах, которые делают «основание» само по себе недействительным²⁸; и это, опять же, дополняет особую значимость, придаваемую в контракте купли-продажи защите доброй совести. Данная тенденция, однако, не устояла, и объективная правомерность основания осталась главной предпосылкой для приобретательной давности (*usucapio*).

4. Фактор, который, в конечном счете, остается в тени реконструкции П. Бонфанте, впрочем, как и в большей части традиционной доктрины, представляет собой возможность различить в эволюции элементов римской приобретательной давности по меньшей мере две ситуации, которые сосуществовали определенное время: с одной стороны, *usucapio ex iusta causa*, защищаемая претором с помощью *actio Publiciana*, внутри которой следует различать в дальнейшем частную ситуацию *in bonis*, которая защищается против собственника *ex iure Quiritium* и имеет первоначальной причиной *traditio a domino* мандипируемой вещи; с другой стороны, обычная *usucapio*, остаток первоначальной концепции, которая независимо происходит из *iusta causa*, на основе требования о том, чтобы вещь находилась во владении «не с помощью силы, не тайно и не прекарно» (*nec vi*

²⁸ И в этот момент вопрос о добросовестности пересекается с вопросом простительности ошибки. Об этой проблеме см.: *Voci P.* *Errore e buona fede ntr l'usucapione romana* // *Studi in memoria di U. Ratti.* Milano, 1934. P. 369 ss. (см. этого же автора: *L'errore nel diritto romano.* Milano, 1937. P. 174 ss.; *Idem.* *Modi di acquisto della proprietà...* P. 175 ss.); *Bonfante P.* *Essenza della buona fede e suo rapporto con la teorica dell'errore* // *Scritti...* II. 708 ss. (ранее опубликовано в: *BIDR.* VI. 1893. 85 ss.); *Zillett U.* *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano.* Milano, 1961. P. 178 ss.; *Wolodkiewicz W.* *Alcune osservazioni sull'applicazione del principio 'iuris ignorantiam in usucapione negatur prodesset'* // *Studi in onore di E. Volterra.* I... P. 589 ss. (см. там более позднюю литературу). Господствующее мнение по-прежнему ориентировано на то, что, в то время как юристы, которые допускали мнимый титул, конечно, склонялись к тому, чтобы придать особое значение простительности ошибки, юриспруденция, требующая реальный титул, «была готова к акцентированию чисто негативного характера требования добросовестности и опиралась на особенности отдельных случаев для обнаружения такого требования» (*Zillett U.* *La dottrina dell'errore...* P. 178). Об этой проблеме также см. ниже.

пес clam пес precario), а владение приобреталось добросовестно, что в классический период заключалось в убежденности в том, что чужое владение не было нарушено²⁹.

Эти размышления, возможно, позволят нам подойти к рассмотрению института приобретательной давности на брошенную вещь (*usucapio pro derelicto*) с точки зрения, отличной от традиционной, которая представляет собой, по мнению П. Бонфанте, гипотезу, наилучшим образом подходящую к его реконструкции, поскольку *iusta causa* представлена здесь почти в чистом виде и заключается в возможности любого лица утверждать свое право на вещь без ущемления чужих интересов³⁰.

Тем не менее в изложении П. Бонфанте *derelictio* может иметь *iusta causa usucapionis* только в случае, если владение было брошено несобственником (*non dominus*) или была брошена *res mancipi*; т. е. автор утверждает, что структура *iusta causa pro derelicta* происходит из основного случая применения *iusta causa* при приобретении по давности владения переданных вещей (*res tradita*) и что на основе этого, как видно при рассмотрении фундаментальной аналогии структуры *traditio in incertam personam* и структуры конкретного случая *derelictio*, совершается *occupatio*. В противном случае следовало бы, что *derelictio a non domino* не могла бы рассматриваться как мнимый титул³¹, поскольку, отмечает автор, по этому критерию стали бы мнимыми все титулы *usucapio a non domino*, кроме того, она была бы текстуально исключена именно из тех текстов, которые, как мы видим, требуют фактической *derelictio* для реализации *usucapio*.

Мне кажется, однако, что, в первую очередь, возможно отметить базовую двусмысленность при рассмотрении защиты основания в *traditio*, совершенной несобственником (*a non domino*): *ratio* этой защиты состоит на самом деле не в самой *traditio*, а в потребности защитить приобретателя, положение которого основано на каузе, предшествующей передаче (*traditio*); т. е., если бы легитимация приобретения не проистекала из предыдущей сделки, невозможно было бы на правовом основании утверждать, что простая передача *res aliena* давала правомерное основание для давности (*iusta causa usucapionis*), защищаемое претором с помощью *actio Publiciana*; максимум, мы могли бы предположить, что добросовестный приобретатель получал бы право собственности по давности владения с обыкновенной интердиктной защитой³². В связи с этим проблема сводится к фундаментальному вопросу: дает ли факт того, что вещь брошена (*derelictio*), правомерное основание для приобретательной давности (*iusta causa usucapionis*) в том смысле, который мы до сих пор пытались показать со всей очевидностью? И еще: может ли *derelictio*, совершенная несобственником (*a non domino*), повлечь такие же проблемы, как те, что вырисовываются, например, в случае *traditio*, совершенной *a non domino* при купле-

²⁹ Вернемся частично к гипотезе П. Коллине ('*Iusta causa*', цит. ниже и далее), по которой в классический период дольше других существует случай приобретения по давности, не требующий ни *bona fides*, ни *iusta causa*, а только добросовестного владения: это объяснило бы трудность, испытываемую авторами при однозначном определении требования добросовестности: в действительности, вне приобретения *a non domino* и по мнимому основанию, добросовестность может быть только требованием владения, так же как и владения *vi pes clam pes precario*, а не приобретения по давности, как убеждение, что приобретение не причинило вреда собственнику; в иных случаях этого убеждения было недостаточно, единственным последствием являлась, при отсутствии каузы, неприменимость *actio Publiciana*. Совершенно другая проблема существовала, если в целях узупапии, защищаемой Публициановым иском, требовалось реальное основание, а также если *a non domino* или добросовестности было достаточно для дополнения мнимого титула, т. е. титула, существующего ошибочно.

³⁰ См., в частности, у этого автора: *Le singole 'Iustae causae usucapionis' e il titolo putativo // Scritti...* П. P. 553 ss. (ранее опубликовано в: *RISG. XVII. 1894. P. 126 ss.*).

³¹ Как, напротив, утверждалось А. Бергером в: *In tema di derelizione... 42 ss.* Другое мнение см., в частности: *Bonfante P. La derelizione e l'apprensione di cose derelitte... P. 346 ss.; Idem. Le singole 'iustae causae'... P. 554 ss.*

³² То же самое усматривает П. Бонфанте (*Le singole 'iustae causae'... P. 554*), когда подчеркивает, что нельзя предполагать, как делают некоторые, что титул *pro derelicto*, который в действительности следует называть *pro occupato*, должен быть единым с титулом *pro tradito*, а не с различными *pro emptore*, *pro donato* и т. д.

продаже, или же проблема встает в другом ключе, поскольку единственным способом узаконения приобретения, который должен был бы оправдать особую преторскую защиту, должен быть чей-то отказ от того, что ему не принадлежит? Полагаю, что в данной ситуации вещь становится *vacuae possessionis*, и, следовательно, завладение ею может привести к приобретению права собственности по давности владения, как к этому приводит любой тип добросовестного *possessio*, но как *possessio ex iusta causa* данная ситуация рассматриваться не может, поскольку не хватает именно правомерного основания, т. е. реальной *derelictio*, поскольку в классический период *derelictio* фактически считается правомерным основанием (*iusta causa*).

Теперь переосмыслим фрагменты источников по теме *usucapio pro derelicto*: следует, прежде всего, подчеркнуть, что из восьми фрагментов, содержащихся в Дигестах в титуле *pro derelicto* (41. 7), только четыре касаются темы приобретения права собственности по давности владения и только два из них говорят об *usucapio pro derelicto*. Никакой другой классический текст, насколько мне известно, не свидетельствует о проблеме приобретаемой давности владения брошенной вещью. Кроме того, ни один источник не свидетельствует об узаконении *res pro derelicto habita a non dominus*.

Наиболее важным из названных фрагментов является тот, который используется во всех исследованиях, указывающих на исключение мнимого титула в отношении приобретения брошенной вещи, уже цитировавшийся ранее:

D. 41. 7. 6 (*Iul. 3 ad Urs. Per.*): *Nemo potest pro derelicto usucapere, qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam esse.*

Полагаю, фрагмент Юлиана не может означать, что приобретаемая давность владения абсолютно не совершается в случае, если субъект завладевает вещью, которую посчитал брошенной, даже если фактическая *derelictio* не произошла: если представить, что лицо добросовестно вступает во владение землей *vacuae possessionis*, которая, однако, не была окончательно покинута собственником (*dominus*), здесь есть все элементы нормальной *possessio ad usucapione*, и почему же он не должен приобрести право собственности по давности владения, раз срок владения проходит без прерывания его со стороны *dominus* или третьих лиц, имеющих лучшую владельческую ситуацию (т. е. в том случае, когда земля не является фактически *vacuae possessionis*, а только покинута внешне). Это же сравнение имеет силу и для предположения, согласно которому внешнюю *derelictio* совершил несобственник (*non dominus*), т. е. владелец: третье лицо добросовестно вступает во владение землей, с виду незанятой, и приобретет право собственности по давности владения, если *dominus* не воспрепятствует ему в течение срока, необходимого для приобретаемой давности. Этот способ рассуждения засвидетельствован Гаем, впрочем, неявно:

Gai. II. 51: Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi possessionem nancisci, quae vel ex negligentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore ajuerit; quam si ad alium bona fide accipientem transtulerit, potest usucapere possessori et quamvis ipse qui vacantem possessionem nactus est, intellegat alienum esse fundum, tamen nihil hoc bonae fidei possessori ad usucapionem nocet, (cum) improbata sit eorum sententia, qui putaverint furtivum fundum fieri posse³³.

Рассуждение Гая, подтверждаемое также предыдущими параграфами, состоит в следующем: добросовестное владение не всегда может привести к приобретению права собственности по давности владения, так как запрещена узакония украденных вещей и вещей *vi possessae*, или провинциальных земель; по этой причине движимое имущество очень редко может добросовестно приобретаться по давности владения, поскольку продажа и *traditio* чужой вещи является кражей и, следовательно, получение вещи по давности владения исключено, несмотря на его добросовестность. Иное дело, когда речь идет о земле, поскольку земля не может быть предметом кражи и легко может случиться, что кто-

³³ D. 41. 3. 37–38.

то входит во владение и делает это без насилия и не тайно. Тем не менее если он знает, что земля чужая, то не сможет приобрести права собственности по давности владения, так как это недобросовестно, но если он передаст владение третьему добросовестному лицу (или если третий вопреки своему качеству не собственника (*non dominus*), а владельца входит во владение землей, покинутой последним), узупапия может осуществиться³⁴.

Очевидно, что все рассуждение Гая основывается на добросовестном владении, а не на проблеме основания, и это понятно, если учитывать, что вся разработка значимости основания в целях предоставления *actio Publiciana* должна производиться в рамках толкования статей закона, а относительно преторских новаций трактовка очень ограничена. Но именно оставление без внимания, полностью или частично, проблемы *in bonis* позволяет юристу вести речи об узупапии в прозрачной манере, выделяя элементы нормальной *usucapio*. Действительно, в данных размышлениях ничего не говорится о решении, которое могло бы быть принято в случае, если тот, кто приобрел владение, был добросовестен, полагая, что *dominus*, отсутствующий долгое время, ведет себя *pro derelicto* по отношению к этой земле, т. е. как если бы окончательно покинул ее; но все это позволяет предположить наличие добросовестности и *possessio nec vi nec clam nec precario* у захватившего ее, поэтому ничто не может воспрепятствовать осуществлению *usucapio*, если *dominus* никак не заявляет о себе; впрочем, это и была типичная функция узупапии: *Quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est (Gai. II. 44).*

Вернемся к фрагменту Юлиана: если предположить, что было не понято то, что всегда казалось понятным, в том смысле, что нельзя приобрести по приобретательной давности *res*, даже если добросовестно считать ее вещью *pro derelicto habita*, смысл проясняется: *usucapio* происходит, но без правомерного основания; т. е. владелец не подпадает под круг лиц, защищаемых законом посредством *actio Publiciana*, поскольку *iusta causa* отсутствует; таким образом, юрист фактически намеревается отрицать значимость мнимого титула, признавая его только в целях особой судебной защиты, предусмотренной другими случаями, в которых, напротив, присутствует *iusta causa*. По этой же причине не может иметь значение совершение отказа несобственником (*a non domino*), потому что это означает только отсутствие *derelictio*, даже если такой отказ доказывает добросовестность владельца.

5. Прояснив двусмысленность, в которую может впасть традиционная доктрина, обобщая значимость *titulus* для всех случаев приобретательной давности, легко объяснить и другой текст Юлиана, касающийся приобретения права собственности по давности владения на вещи, выброшенные с корабля (*res iactae ex nave*)³⁵:

D. 41. 7. 7. (*Iul. 2 ex Minicio*): *Si quis merces ex nave iactatas invenisset, num ideo usucapere non possit, quia non viderentur derelictae, quaeritur, sed verius est eum pro derelicto usucapere non posse.*

Текст фактически немного непоследователен, но полагаю, что его первоначальное значение вполне просматривается; возможно, рассуждения и мотивация Юлиана были немного сокращены и вырезаны.

Оставляя в стороне перечень вопросов, заданных римскими юристами по поводу *iactus mercium*, в отношении проблем, которые касались, прежде всего, применения *actio furti*

³⁴ Только в праве Юстиниана, по всей вероятности, действительно получил распространение запрет на приобретение по давности вещей отсутствующих лиц и недвижимости, отчужденной владельцами недобросовестно: С. 7. 35. 4 (292); Nov. 119; об этом см.: *Bonfante P. Corso*... II. P. 320 ss.

³⁵ Этими вопросами мы ограничиваемся для того, чтобы напомнить о специальном исследовании К. Арно – ‘*Derelictio*’ e ‘*iactus mercium levandae causa*’, Torino, 1941. 261 ss. (извлечено из: *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino. LXXVI, 1940–41, XIX*); и, конечно, общая литература по проблеме *derelictio* указана в ссылках 4–7.

против того, кто завладевал *res iacta*³⁶, достаточно отметить, что все же преобладающее мнение юристов выражалось в отрицании признаков кражи, если отсутствовало намерение украсть (*animus furandi*), поскольку, например, нашедший осознавал, что *dominus* в момент выбрасывания признавал вещи окончательно потерянными; следовательно, найденные вещи (*res inventae*) вообще не являлись *furtivae*. Однако большая часть юристов полагает, что *res iactae* не могли считаться *pro derelicto habitae*, поскольку в большинстве случаев *dominus* намеревался получить их по возможности обратно. В итоге тот, кто находит предметы на морском берегу и ими овладевает, считая их брошенными, не совершает кражу, но и не приобретает их в собственности немедленно, поскольку действие *dominus* не является *pro derelicto habere*³⁷. Из фрагмента Юлиана на первый взгляд следует, что их нельзя приобрести в собственность по давности владения, что, однако, показалось бы, по меньшей мере, странным с практической точки зрения: если, в самом деле, *dominus* не позаботился о получении вещей обратно, то непонятно, почему нужно отказывать тому, кто их нашел, в приобретении их в собственность по истечении срока *usucapio*. Решение Юлиана многозначно: «*sed verius est eum pro derelicto usucapere non posse*»; под *verius* юрист фактически подразумевает исправление слишком резкого решения тех, кто, вероятно, на основе рассуждения о том, что это исключает добросовестность³⁸, отрицал возможность приобретения права собственности по давности владения теми, кто завладевал *res*, понимая, что они были *iactae*, т. е. не покинуты. Юлиан же говорит о более правильном решении: нашедший мог приобрести право собственности по давности владения вещью, но не «как брошенной» (*pro derelicto*), т. е., повторим еще раз, без титула, с общеизвестными последствиями.

По исчерпанию текстов, которые говорят об *usucapio pro derelicto*, может зародиться сомнение в том, что на самом деле возможность установления правомерного основания в отношении приобретательной давности на вещь, которая, возможно, была *pro derelicto habita*, могла быть проблемой, описанной Юлианом, быть может, именно на основе идеи о том, что приобретение *res pro derelicto habita* может быть каким-либо образом уподоблено приобретениям на основе производного титула, для которых установлена *iusta causa*. Действительно, в рамках данного комплексного рассмотрения реально приобретает смысл случай, в котором Юлиан придавал большую значимость действию собственника (*dominus*) по отказу от вещи в том смысле, что этого было достаточно для утраты им собственности; то же действие могло бы стать, при необходимости, титулом, правомерным основанием (*iusta causa*) для приобретения другого лица³⁹. Такого рода постановка вопроса, напротив, не могла быть принята Прокулом, для которого поведение *dominus* не влекло за собой потерю права собственности, что было только следствием одностороннего приобретения другого лица, случай, в определенном смысле более близкий к первоначальным приобретениям, для которых, если бы *possessio* была квалифицирована юристами, следующими мнению Прокула, речь бы шла скорее о *possessio pro suo*⁴⁰.

³⁶ См.: *Ulp. D. 47. 2. 43. 11*; *Iav. D. 41. 1. 2. 21*; *Id. D. 41. 1. 58*; *Gai. D. 41. 1. 88*; *Paul. D. 14. 2. 2. 7*.

³⁷ См., в частности, всю трактовку Ульпиана в *D. 47. 2. 43. 4–11*.

³⁸ Как пример Яволен: *D. 41. 2. 21. 1 (Iav. 7 ex Cassio)*: *Quod ex naufragio expulsum est, usucapere non potest, quoniam non est in derelicto, sed in deperdito*; 2: *Idem iuris esse existimo in bis rebus, quae iactae sunt: quoniam non potest videri id pro derelicto habitum quodsalutis causa interim dimissum est*.

³⁹ Утверждение Г. Фальки, недавно появившееся, как мы видим (см. выше ссылку 7), *Le controversie... P. 56 ss.*

⁴⁰ Как известно, существует широко обсуждаемая в науке автономия титула приобретательной давности *pro suo*; см. последнее: *Voci P. Modi di acquisto... P. 192 ss.*; *Mayer-Malv Th. Dos Putativtitelproblem... S. 127 ss.* Все же представляется точной постановка вопроса Вочи, который полагает, что *usucapio pro suo* предполагает понятие *possessio pro suo*, а *possessio pro suo* – это, в общем, любое добросовестное владение; «*Possessio pro suo* само по себе не нуждается в том, чтобы быть *possessio ex iusta causa*: можно считать верным то, что для того, чтобы быть собственником, существует или не существует *iusta causa*. Вот почему *possessio pro suo* упоминается в случаях мнимого титула (*D. 23. 3. 67*; *D. 41. 3. 27*; *D. 41. 10. 3*; *D. 4. 2. 5*), без которого, даже не в этот раз, все тексты могли бы считаться интерполированными». (Естественно, кроме рассмотрения, что

Эта проблема, однако, не поднимается другими юристами, которые говорят о приобретательной давности на *res pro derelicto habita*:

D. 41. 7. 4 (*Paul. 15 ad Sab.*): *Id quod pro derelicto habitum est et haberi putamus, usucapere possumus, etiam si ignoramus a quo derelictum sit.*

Пояснение текста само по себе не представляет проблемы: речь идет о случае, в котором тот, кто приобретает владение вещью, добросовестно считая ее *pro derelicto habita*, даже если не имеет объективной уверенности в этом, так как не знает, была ли она в действительности брошена и что на самом деле произошло, приобретает право собственности по давности владения. Павел не говорит нам, есть ли *pro derelicto* или нет. Мы исключили бы тем не менее возможность того, что владелец становится титулованным по *actio Publiciana* именно потому, что не известен тот, кто совершил *derelictio*, и, следовательно, правомерность основания не может быть проверена. Сразу возникает и остается неразрешенным вопрос, почему никогда не требовалось давности владения, учитывая, что сам Павел утверждал в D. 41. 7. 2: «*Pro derelicto rem a domino habitam si sciamus possumus acquirere*», ведь здесь в любом случае есть как факт того, что вещь брошена (*derelictio*), так и, можно сказать, знание этого факта (*scientia*).

Полагаю, что обоснование этого видимого расхождения источников относительно способа приобретения покинутой *res* отыскивается в различии случаев, изложенных юристами; однако эта идея здесь проверена быть не может⁴¹. Хотелось бы подчеркнуть главное: большая практическая проблема, представленная в теме приобретения вещи, ранее уже имевшей собственника и, таким образом, не являющейся *nullius* в собственном смысле, заключается в том, чтобы установить, действительно ли предыдущий владелец захотел отказаться от вещи, или сделал это на время; в некоторых случаях решение очевидно – кто-то видит, что я выбрасываю предмет, и, таким образом, может спокойно им завладеть, ведь очевидно, что вещь теперь стала *nullius*; следовательно, он сразу же приобретает на нее право собственности. Однако если кто-то находит вещь, которая может быть брошенной окончательно, но может быть также потерянной, или похищенной, или оставленной на время с намерением вернуть ее позже, и тем не менее этот кто-то убежден, что вещь теперь *pro derelicto habita*, и завладевает ею, следовательно, добросовестно, то он приобретет ее в собственность, но только после истечения срока давности

владеет *pro suo* не только тот, кто не имеет вышеназванной *iusta causa usucapione*, как предполагает автор, но также и тот, кто ее имеет: *Ulp. D. 41. 10. 1 pr.*). Наконец, по мнению Вочи, титул *pro suo* был только «терминологической уловкой», к которой юристы прибегали для того, чтобы как-нибудь обозначить второстепенные случаи. Однако полагаем, что, хотя первичные размышления автора попадают в цель, сам он, увлеченный догмой необходимости *iusta causa* для приобретения владения по давности, не в состоянии сделать нужные выводы: если *possessio pro suo* есть простое добросовестное владение, *usucapio pro suo* было в некоторых случаях не более чем владением без титула; таким образом, кроме случаев, которые тот же Вочи перечисляет (*Modi di acquisto... P. 193*) и которые все являются случаями отсутствия *iusta causa*, полагаем, что казусом, который наилучшим образом мог бы соответствовать определениям источников (см., например: *Ner. D. 41. 10. 5*), был, собственно, случай, в котором некто начинает владеть, считая себя собственником потому, что убежден в отказе от вещи со стороны *dominus*. Это был бы один из тех случаев, когда добросовестность была введена в заблуждение, чаще всего простибельное.

⁴¹ Хотелось бы отметить, что в современной науке многие догматические несвязности, возникающие в теме приобретения *res pro derelicto habita*, относятся, собственно, к сравнению брошенной вещи с *res nullius*, которые могут быть объектом оккупации, потому что никогда не имели собственника, и перечень которых сейчас очень узок, каким он и был, полагаем, уже и в классическом римском праве. К этой теме мы обещаем вернуться, во всяком случае, в следующем исследовании. О широком значении оккупации как способа приобретения права собственности см.: *Arnaud A. Reflexions sur l'occupation du droit romain classique au droit moderne // RHDfE. XLVI. 1968. P. 183 ss.* Существование предыдущего собственника, чей отказ не всегда является определенным, может, напротив, как видно, без труда привести к сомнениям относительно первоначальной или производной природы титула приобретения, часто с весьма значимыми практическими последствиями.

владения, так как только тогда можно быть уверенным в том, что *dominus* действительно перестал быть таковым, или что вещь действительно брошена, или по какой-то еще причине право собственности перешло к владельцу. Это также объясняет, почему на практике не могла быть использована судебная защита, аналогичная той, которая признавала в случаях, предусмотренных законом, *possessio ex iusta causa*: если наличествовало правомерное основание, то право собственности автоматически было у того, кто завладел *res*; в ином случае добросовестность без наличия правомерного основания не являлась достаточной для предоставления защиты посредством *actio Publiciana*.

6. Случай, рассмотренный Помпонием в тексте, кстати, весьма беспокоящем критику⁴², идеально иллюстрирует приведенные нами логические рассуждения:

D. 41. 7. 5 pr. (*Pomp.* 32 ad Sab): Si id, quod pro derelicto habitum possidebas, ego sciens in ea causa esse abs te emerim, me usucapturum constat nec obstare, quod in bonis tuis non fuerit: nam et si tibi rem ab uxore donatam sciens emero quia quasi volente et concedente domino id faceres, idem iuris est.

Проблема очень проста: А завладевает *ad usucapionem*, добросовестно, *res pro derelicto habita*, отчуждатель которой неизвестен; т. е. вещь еще не приобретена в собственность и не закреплена *in bonis*, поэтому, как очевидно, не может иметь *actio Publiciana*. То есть на практике это *res aliena*, и приобретатель знает, что она является таковой. Тем не менее, поскольку приобретатель в курсе того, что А добросовестно владеет вещью как *res pro derelicto habita*, в свою очередь сможет приобрести ее в собственность по давности владения, так как владеет с уверенностью, что в этом не ущемляется интерес *dominus*, и таким образом происходит *quasi volente et concedente domino* аналогично тому, как происходит приобретение предмета, подаренного женой мужу: в акте дарения присутствует воля отказаться от вещи, подобно тому, как это происходит при простом отказе.

Полагаю, что теперь различные решения юристов по теме приобретения и приобретательной давности на *res pro derelicto habitae* могут показаться ведомыми единой нитью, близкой как к догматической конструкции различных институтов, так и к требованиям, которые они намеревались защищать на практике.

Фактор, который особо очевиден, основан на том факте, что значение *iusta causa* развивается на почве, частично отличающейся от давности владения, т. е. приобретает свои черты в отношении к *interpretatio* в сфере защиты *actio Publiciana*. В данном смысле понятие «основание» фактически соответствует традиционному представлению, которое индивидуализирует правоотношение, оправдывающее переход собственности в установленном порядке, и, как таковое, составляет основу преторской защиты, которая нередко такой переход гарантирует. Все рассуждение, однако, направляется частично отличающимся способом, когда кауза основания *actio Publiciana* сама становится элементом *usucapio*. Здесь я не буду углубляться в проблему отдельной *causa usucapionis*, но ограничусь лишь тем замечанием, что также и проблема мнимого основания мне кажется искаженной в самой ее постановке только из предположения, что там, где не хватает признания титула *pro emptore*, *pro donato* или *pro soluto* из-за отсутствия правомерного основания, должно утверждаться, что *usucapio* не происходит, даже если признана добросовестность в приобретении владения⁴³.

⁴² См., в частности: *Bonfante P.* La detenzione e l'apprensione... P. 360 ss. (и цитируемую там литературу); *Berger A.* In tema di detenzione... P. 42. ss.; *Czyhlarz K.* Gluck, Commentario alle Pandette... P. 41, 153; *Perozzi S.* Note allo *Czyhlarz*... passim; *Romano S.* Studi sulla detenzione... P. 76 ss.

⁴³ В этом смысле потребовалось бы, возможно, решить проблему очевидного противоречия между фрагментами Цельса и Африкана, в которых открыто отвергается возможность приобретения по давности *pro emptore*, *pro dote*, и т. д., где есть *недействительный титул* (D. 41. 3. 27; D. 41. 4. 11), и текстами Нерация Помпония и Марцелла, допускающих узупацию (*Ner.* D. 41. 10. 5. 1; *Pomp.* 41. 10. 3; D. 41. 10. 4. 2; D. 41. 53; *Ulp. (Marc.)* 6. 2. 7. 2); а также и «отрезанные»

При анализе титула *pro derelicto* создается впечатление глубокого обобщающего вмешательства в тексты юристов составителей кодификации Юстиниана, для которых основная практическая функция классической приобретательной давности в ее трактовке, более близкой к оригинальной, приобретения собственности посредством *iusta possessio*, уже исчезла, дабы положить конец неуверенности в принадлежности вещи. Этим вмешательством и объясняется отсутствие связи в момент, когда хочется обратиться к «основанию» любого случая приобретательной давности, в этом смысле именно случай приобретения брошенной вещи, возможно, вместе со случаями *possessio pro suo*⁴⁴, где еще ярче выражено отделение добросовестной *usucapio* от той самой *ex iusta causa*, имеет особо выразительную позицию: если действительно у некоторых юристов, на основе трактовки приобретения как производного, была видна возможность усилить понятие *possessio ex iusta causa*, а также защиту посредством *actio Publiciana*, то верно, что возможная неопределенность титула связана с тем обстоятельством, что если бы данной неопределенности здесь не было, то приобретение происходило бы независимо от *usucapio*, что не позволяет сближать этот титул с другими случаями приобретения по какому-либо основанию. Юстиниановские компиляторы окончательно решили проблему, ограничив возможность такого приобретения только случаями занятия точно покинутых хозяевами домов, т. е. тех домов, которые можно занять любому⁴⁵.

В заключение можно предположить, что на римскую доктрину приобретательной давности и преторской защиты добросовестных приобретателей сильно повлияло упрощение классических текстов составителями кодификации Юстиниана, упрощение, которое вполне понятно, если учитывать конкретные случаи, которые создавали многие проблемы в классическом периоде, например, относительно «двойной собственности», о которой говорит Гай, которые были для этих составителей абсолютно лишены смысла и практического значения.

L. VACCA

OSSERVAZIONI IN TEMA DI IUSTA CAUSA E BONA FIDES IN RELAZIONE ALL'USUCAPIO PRO DERELICTO

(RIASSUNTO)

Nell'articolo si esamina il titolo 7 del libro 41 del Digesto e si analizza il problema della natura

dell' *usucapio pro derelicto* in connessione con *iusta causa* e *bona fides*. L'A. ritiene che le contraddizioni

рассуждения юристов эпохи Северов против мнимого титула: *Frg. Vat.* 294 e 296; *Paul. D.* 41. 6. 1. 1; *D.* 41. 8. 2; *Pap. D.* 41. 8. 3; *Paul. D.* 41. 6. 1 pr.; *Frg. Vat. Ili;* *Ulp.* 41. 9. 1; *D.* 41. 9. 2; *Paul. D.* 41. 4. 2. 2; *D.* 41. 4. 2 pr.; *D.* 41. 3. 48; *Paul. D.* 41. 3. 13. 1; *Paul. D.* 41. 4. 2. 16; *D.* 6. 2. 7. 4; *D.* 41. 4. 2. 15; проблема мнимого титула могла быть поставлена, иначе говоря, только для того, чтобы установить, является ли он достаточным, аналогично предусмотренному эдиктом случаю добросовестной купли-продажи (*emptio-venditio*), совершенной *a non domino*, в целях предоставления *actio Publiciana*. Это, вероятно, рабочая гипотеза, доказательство которой требует подробного толкования каждого текста.

⁴⁴ Действительно, в рамках продемонстрированной нами здесь реконструкции, случаи добросовестного владения, у которых все же недостаточно признаков для защиты с помощью Публицианова иска, могут быть снова приведены к *possessio pro suo*, как это ясно следует, например, из: *Ner. D.* 41. 10. 5. 1; *Pomp. D.* 41. 10. 3; *D.* 41. 10. 4. 2; *Frg. Vat. Ili;* *D.* 41. 9. 1. 2; *Paul. D.* 41. 9. 2; *Paul. D.* 41. 4. 2. 16. Однако этим вопросам специально посвящена наша работа, опубликованная в: 'Iusta causa' e 'bona fides' nell' 'usucapio' romana a proposito del titolo 'pro suo' // *Sodalitas. Studi in onore di A. Guarino.* Napoli, 1985. P. 1955 ss.

⁴⁵ *Inst. IV.* 2. 48.

delle fonti che hanno creato molteplici discussioni fra i romanisti nella trattazione della *usucapio pro derelicto* sono nate durante la composizione del Digesto giustiniano. I compilatori, a scopo di unificazione, hanno raccolto i frammenti dei giuristi indipendentemente dai loro contesti. Questo fatto ha causato la difficoltà di comprensione e rapporto con i casi concreti.

Studiando il significato di *iusta causa* e *bona fides* per l'acquisizione del diritto della proprietà e della relativa difesa pretoria, l'A. conclude che tutti i frammenti inseriti nel titolo D. 41. 7, che si mostrano contraddittori, in realtà sono connessi ad unico senso logico. Così, nel frammento di Giuliano (D. 41. 7. 6) non sta a significare che l'usucapione non si realizza se il soggetto si appropria la *res derelicta*, anche se di fatto la *derelictio* non aveva luogo. Se si suppone che la *res* non può essere acquistata per usucapione anche da colui che la considerava come *pro derelicto habita*, allora il senso diventa chiaro: l'*usucapio* si realizza, ma senza *iusta causa*. Il possessore non si includeva nel gruppo delle persone che si potevano difendere per mezzo d'*actio Publiciana*, poichè non c'era la *iusta causa*. In realtà, il giurista nega il valore del titolo fittizio, riconoscendolo solamente per lo scopo della difesa giudiziaria speciale prevista da altri casi, dove sussisteva la *iusta causa*. Per questa causa non può avere il significato l'atto del rifiuto *a non*

domino, perchè questo significa solamente l'assenza di *derelictio* anche se tale rifiuto provava la *bona fides* del possessore.

Rendendo chiara l'ambiguità della dottrina tradizionale e generalizzando il valore del *titulus* per tutti i casi d'usucapione, è facile chiarire il significato anche di un altro testo di Giuliano a proposito dell'acquisizione della proprietà per usucapione per le cose gettate dalla nave (D. 41. 7. 7): colui che le recuperava poteva acquistarle per usucapione, ma non *pro derelicto*, cioè senza titolo.

Un grande problema pratico era rappresentato dall'acquisto della *res* che aveva un proprietario e perciò non era *nullius* in senso proprio. Poichè era necessario comprendere la volontà del proprietario precedente di rinunciare alla cosa, dato che aveva la possibilità di abbandonarla per un certo tempo. Il testo di Pomponio (D. 41. 7. 5) illustra tale problematica.

In conclusione, l'A. sottolinea che la dottrina romanistica, a proposito dell'usucapione e della difesa pretoria dei possessori di buona fede, è stata influenzata fortemente dalla semplificazione dei testi classici operata dai compilatori giustiniani. Tale semplificazione risulta evidente, poichè per i compilatori giustiniani i problemi del periodo classico (per esempio la trattazione del *duplex dominium* in Gaio) erano stati privati del loro senso e del significato nella pratica.