

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

А.И. Бибиков

ОПЫТ ТЕОРЕТИЧЕСКОГО ИССЛЕДОВАНИЯ ПРОИСХОЖДЕНИЯ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ И ИНЫХ ПРАВОВЫХ ФОРМ ОБЛАДАНИЯ ИМУЩЕСТВОМ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

Памяти профессора С.А. Муромцева (1850 – 1910 гг.).

Право собственности как универсальная юридическая конструкция, закрепляющая принадлежность материальных благ конкретной личности и обозначающая проявление в отношении этих благ максимальной степени власти их обладателя, получила наиболее детальную разработку в римском праве и впоследствии нашла полное признание в континентальной системе гражданского права. Однако до сих пор остается открытым вопрос о происхождении категории собственности во всем многообразии ее представления и толкования. Онтологически категория собственности неразрывно связана с миром вещей, который выступает объективным основанием материально-вещественного отграничения отношений собственности от иных имущественных отношений и, по сути, лежит в основе деления гражданских прав на вещные и обязательственные[1]. Именно этот дуализм гражданских прав считается наиболее важным в понимании собственности, ибо суть его состоит в «непреклонной строгости, в невозможности любого наличного права быть одновременно и тем, и другим»[2].

Вопрос, однако, состоит в другом: как исторически возникает категория собственности, из каких элементарных частиц она складывается и, в конечном счете, реконструируется в сложную правовую конструкцию. И вот здесь объяснить эту удивительную трансформацию с помощью современных понятий вещного и обязательственного права становится невозможным, поскольку, как верно отмечалось в отечественной литературе, создание особого и постоянного для права собственности термина *dominium* стало возможным в связи с дифференциацией иных правовых институтов, «обслуживающих» частную собственность: владения, сервитутов (прежде всего *узуфрукта*) и других форм обладания имуществом, – и получило распространение только в начале классического периода развития римского права[3].

Что же предшествовало появлению понятия собственности, какие фактические или юридические конструкции употреблялись для обозначения постоянно развивающихся форм присвоения материальных благ? Еще десять лет назад мы отмечали, что открытыми остаются вопросы происхождения юридических категорий собственности и права собственности, формирования правового содержания собственности, соотношения права собственности с элементами его содержания, допустимости автономии отдельных элементов содержания права собственности на отдельных этапах становления и развития этого института. Анализ источников римского права привел нас тогда к выводу, что в древние времена в отношении обыденных вещей (*res nec mancipi*) конструкция *possessio*, наряду со стоящими рядом с ней понятиями *usus*, *ususfructus* и *abusus*, не только воплощали в себе сложившиеся в тот период времени экономические отношения, но и являлись теми базовыми категориями, на которых вырабатывалась первая практика товарного оборота и элементы будущего юридического оформления права собственности и его защиты[4].

Совсем недавно вышел в свет фундаментальный труд А.В. Германова[5], само название которого красной нитью показывает исторический путь движения еще несовершенных, но внешне объективированных форм присвоения к интегрированной правовой конструкции права собственности. И хотя теперь на многие из поставленных выше вопросов современная наука дала ответы, неисчерпаемость проблем присвоения остается все равно. Разнообразные правовые формы присвоения оформляются под общим названием вещного права, вроде бы, как пишет А.В. Германов,

«тривиального права на вещь», которое представляет наивысшее обобщение, находящееся к конкретным вещным правам в таком отношении, в каком в природоведении абстрактное понятие «растение» соотносится с существующими в реальной жизни деревьями, кустарниками, травой и т.д. При этом признаки, с наличием которых вещное право формируется как понятие, ищут в собственности, как некоем «модельном вещном праве», в то время как вещное право как понятие включает в себя и те права, которые противопоставляются собственности именно в качестве вещных [6].

История отечественной цивилистики между тем имеет более ранние и достойные внимания примеры синтетического анализа истории становления и развития правовых форм обладания имуществом. В частности, задолго до современных открытий опыт исследования данных процессов можно найти в работах известного русского юриста С.А. Муромцева. В одной из первых своих работ он подверг серьезному анализу римскую категорию владения [7], а в фундаментальном труде по гражданскому праву Древнего Рима дал развернутую картину становления не только права собственности, но и иных форм обладания имуществом [8].

Стоит обратить внимание, что С.А. Муромцев, в отличие от современных романистов и цивилистов, не использует уже упоминаемое нами понятие вещного права, а вводит в свой научный анализ иную обобщающую категорию – «обладание» имуществом, заимствованную им у Иеринга [9]. Причем делает это он, не устраняя из научного оборота таких понятий, как собственность, сервитуты, право соседства и др. Казалось бы, не трудно понять причины такого замещения: обладание как научная абстракция заменяет у него такую же, но значительно позднюю правовую абстракцию вещного права. Однако научная корректность С.А. Муромцева в этом вопросе значительно тоньше и изящнее. Он не использует понятие вещного права, во-первых, по историческим причинам, ибо в то время не существовало такой правовой категории. Во-вторых, понятие обладания позволяет ему не только исследовать конкретные формы такого обладания в рамках современного обобщающего понятия вещных прав, но и выйти за эти границы и рассмотреть иные формы проявления вещной власти, по своей природе не являющиеся вещно-правовыми.

Очевидно, с такой же проблемой столкнулся и современный исследователь. Так, А.В. Германов, рассматривая владение и пользование как исходные понятия в движении к вещному праву, также определяет владение через «физическое обладание», «фактическое состояние обладания» [10], а пользование – через «предмет обладания или вещь, поскольку обладание ею, - как писал К.П. Победоносцев, - соединено с пользою или вещественным интересом для обладателя» [11]. Причем, далее, обращаясь к состояниям владения (держания) вещью, возникающим из обязательств (так называемого двойного, опосредованного владения), такие состояния также определяются им через то же общее понятие обладания [10].

Приступая к исследованию сути и юридического оформления состояний обладания имуществом в том долгом историческом пути их развития, С.А. Муромцев не ограничивается только догматическим их анализом и толкованием. Если бы это было так, то возникла бы необходимость перевода понятия обладания из научной абстракции в правовую, а значит и вхождения в те нескончаемые споры, которые продолжаются по отношению к современной категории вещного права: что это за абстракция, каковы ее признаки, границы и какие же «деревья, кустарники и другие подобные явления входят в понятие этого диковинного растения». Но употребление термина «обладание» как чисто научной категории в юридическом исследовании требует его юридического оформления. Для этого в своих работах исследователь использует понятия «систем» и «форм обладания». При этом, чтобы понять научную логику С.А. Муромцева в оперировании указанными понятиями, следует обратиться к тем идеологическим посылам, которыми автор предваряет свое исследование и, разбрасывая их по тексту в качестве «указующих фонарей», ведет читателя к познанию, говоря современным языком, вещно-правовой истины. В качестве таких идеологических посылок можно назвать следующие.

Во-первых, исследование не только форм обладания, но и иных институтов римского права проводится С.А. Муромцевым в жестких рамках историзма, этапы которого выражены автором в шести «главных опорных пунктах» – ключевых источниках, которые манифестируют некие исторически «высшие состояния римского гражданского права»: 1) эпохи Законов XII таблиц, 2) эпохи времени комедиографа Плавта, 3) времени Цицерона, 4) эпохи классической юриспруденции, 5) времени Феодосия II и 6) гражданское право эпохи Юстиниана [12]. Именно такое историческое изложение, поясняет автор в Предисловии к своему труду, имеет одну цель – отделить действительное гражданское право Рима от той его переработки, которая составляла продукт позднейшей, неримской юриспруденции [12].

Во-вторых, историзм исследования дополняется С.А. Муромцевым экономическим детерминизмом. Юридическая сторона работы нигде не превалирует над логикой экономической жизни римского общества. Напротив, сама жизнь порождает право. И в этом плане особый интерес вызывает подход к исследованию статике имущественных отношений: на переломных этапах история возникновения и развития права собственности видится автором не в самом процессе формирования общего или индивидуального обладания имуществом, а в становлении и развитии гражданского оборота[12].

В-третьих, читая работы С.А. Муромцева, нетрудно увидеть, что в качестве внутреннего механизма движения римского права, некоей «пружины» его постоянной модернизации выступают два противоположных начала – формализма и индивидуализма. И хотя раскрытие этих начал разбросано С.А. Муромцевым в его работе (формализму логично посвящена глава VI, вписанная в анализ гражданского права древнейшего периода и эпохи Законов XII таблиц, а индивидуализму – только гл. XX, посвященная исследованию права императорского периода), зачатки обоих начал в движении права автор видит на всех этапах его развития[12]. Движущий антагонизм этих двух начал автором выражен так. Форма определяет само существование римского права. «Значение формы, избранной и утвержденной авторитетом гражданско-правовой власти, в том и состоит, что только с ней связываются необходимые юридические последствия. ...Формализм был необходимой ступенью, которую право должно было пройти, следуя историческому развитию человеческой мысли». Однако, «к области индивидуализма принадлежит по преимуществу развитие гражданского права. Это последнее есть порядок юридического господства внутри общества» [12].

Определив ориентиры, посмотрим, как С.А. Муромцев трактует зарождение систем имущественного обладания. В отличие от современного, наиболее распространенного взгляда, что предтечей архаических имущественных связей римлян была собственность как базовая форма в системе личного обладания, таковой он считает «индивидуальное пользование вещами, которое выделялось отдельным лицам из общего имущества». При этом, как отмечает С.А. Муромцев, до возникновения частной собственности «индивидуальное пользование вещами могло служить и предметом частных сделок», а поэтому гражданский оборот в своем зародыше был, может быть, не чужд и этому начальному состоянию гражданского права[12]. Итак, первичной формой индивидуального обладания было пользование, а не владение. Эта позиция подтверждается и другими, в том числе, современными исследованиями. Конструкция *possessio* в римском праве древнего периода формируется как обозначение одной из возможных связей человека с телесной вещью – *corpore*, в отличие от *iura*. Такими формами возможных связей наравне с *possessio* также выступали: *usus*, *ususfructus*, *abusus*[13]. При простом пользовании, уточняет А.В. Германов, удовлетворяются потребности, нацеленные не на положительное увеличение имущественной массы (об этом не может идти речи в архаическом римском общества – А.Б.), а более на сбережение. Поэтому обладание в форме пользования (*utendi*), извлечения плодов (*fructuendi*) и потребления вплоть до уничтожения (*abutendi*), но не распоряжения в смысле определения юридической судьбы вещи (*dispendi*), выступали, тогда как основание и цель владения[10].

Однако, поскольку индивидуальное пользование вещами выделялось из общего имущества, то это предполагает существование и системы общего обладания? Действительно, система общего обладания имуществом играла тогда в Риме большую, если не преобладающую роль. С.А. Муромцев говорит о двух формах (остатках) древнейшей системы общего обладания: в виде родового имущества (*res gentilitia*) и общественной земли, принадлежащей целому государству (*ager publicus*). Впрочем, ученый не называет последнюю форму общего обладания государственной собственностью. Он говорит об «общей собственности всего государства», делая акцент на первом слове[12]. Такой оборот коробит ухо современного цивилиста. Но это вытекало из режима использования *ager publicus*: римские граждане использовали ее в качестве пастбищ, либо брали в аренду, либо селились для обработки или создания колоний, а в конечном итоге продавали в частные руки. При этом все, сидевшие на такой общественной земле, могли отстаивать свои владения. Этот факт показывает, заключает С.А. Муромцев, что «*ager publicus* был не государственной собственностью в современном смысле, но той общественной землей, на которой первоначальным хозяином была только община, и которая потом, с падением общинного быта и общинного владения, стала присваиваться частными лицами»[12].

Как из этих древнейших систем личного и общего обладания совершается скачок к праву частной собственности и иным правовым формам вещной власти? По С.А. Муромцеву это происходит, напротив, постепенно и не только в изменении самих базовых форм индивидуального обладания, но и в дифференциации самих вещей как объектов вещной власти и, главное, в развитии гражданского оборота. В частности, исторически произошедшее выделение двух разрядов вещей – *res mancipi* и *res*

пес *mancipi* – обусловили, по мнению автора, первые зачатки собственности как формы индивидуального обладания [23]. Первая группа вещей (участки италийской земли, рабы и рабочий скот), отмечает С.А. Муромцев, как созданная природой, быстрее потеряла личную цену и вошла в гражданский оборот. Обмен такими вещами внутри общины сделался обычным явлением. Напротив, вещи второго рода, сделанные рукой человека (одежда, утварь, рабочие орудия и др.), надолго оставались в хозяйстве и не были предназначены для оборота. Эти различия и обусловили дуализм собственности как формы индивидуального обладания: с одной стороны, более развитое состояние права собственности, называемое *mancipium*, с другой стороны, менее развитое состояние обладания без особого названия [24]. С таким подходом вряд ли можно согласиться и вовсе не в силу самой логики рассуждения, а скорее неясности происхождения исходных понятий, на которых этот подход выстраивается [12, с. 528.].

Прежде всего, в этих логических посылах не раскрытыми остаются вопросы перехода от древних «потребительских» форм индивидуального обладания (*utendi, fruendi, abutendi*), которые все же не исключают и общности в процессе их реализации, к формам абсолютного индивидуального обладания. Указанные выше «потребительские» формы индивидуального обладания все же не являются обладанием в подлинном его смысле, как «моя вещь». Они всего лишь фиксируют фактическое состояние «полезности для меня».

Древнейшей формой персонификации вещей все же выступало владение (*possessio*), которое конструировалось как «реальное господство лица над вещью, вытекающее из фактического, физического отношения лица к предмету владения» [14]. В этом смысле владение отражает фактическое отношение людей по поводу вещи, при котором только один имеет власть над вещью, а другие на данный момент лишены этого. То есть владение как фактическое состояние индивидуального обладания, вырастая из «потребительских» форм такого обладания, превращается в акт распределения материальных благ, исключающий дальнейшее существование «потребительских» форм индивидуального обладания, из которых он вырос.

Во владении как форме обладания можно выделить три составляющие: материальную, социальную и юридическую [13].

Материальная составляющая владения характеризует его с точки зрения направленности деятельности субъекта на «очеловечивание» условий существования, превращения их в средства жизнедеятельности человека. В этом смысле *possessio*, как и *usus*, *usufructus* и *abusus*, выступали как однопорядковые явления, используемые человеком для превращения вещи «в свою свободную жизнедеятельность» [15].

Социальная составляющая владения отражает проявление владельцем своей воли, направленной на выделение из рода себе подобных «своих вещей». Эту сторону владения весьма образно охарактеризовал Гегель. «Лицо, – писал он, – «вкладывает свою волю» в вещь, которая благодаря этому есть моя...» [16]. *Meum esse* (это мое) – так говорили древние, указывая тем самым на социальное разграничение по отношению к вещи (*Gai. I. IV. 16*), на превращение владения в общественное отношение. Чисто внешне это выражается во вступлении во владение. «Вступление во владение <...> есть знак на вещи, который должен означать, что я вложил в нее свою волю [16] (здесь и далее курсив в цитатах наш. – А.Б.). В этом смысле *possessio* выделяется из общей материально-волевой связи, опосредуемой формами индивидуального пользования, каждая из которых не выполняет этой внешней «манифестирующей» [16] функции. Пользование вещью при непосредственном захвате, отмечал Гегель, есть лишь «для себя единичное вступление во владение» [16].

Владельческая воля присутствует и в материальной составляющей владения: *possessio*, по видимому, происходит от *sedeo potis*, «сизу как господин» [17], отражая тем самым властный и исключительный характер данной материальной связи. Таким образом, владение на этом этапе исторического развития не только выполняло в Риме внешнюю манифестирующую функцию присвоения, но и обладало содержательной составляющей, во многом сходной с современным пониманием собственности. И в этом смысле прав С.А. Муромцев, как, впрочем, и другие авторы, обозначая в другой своей работе собственность как отношение, по виду своему «наиболее близкое к владению» [18].

Владельческая воля предопределяет не только социальную, но и юридическую составляющую владения. Анализ древних источников римского права не свидетельствует о позитивном закреплении владения, о его существовании в объективном смысле. Однако физическое овладение вещью и последующее открытое, добросовестное обладание вещью для себя возможны только в случае признания такового со стороны третьих лиц, что «неизбежно переводит владение в категорию

субъективных правомочий»[19], правда, с весьма ограниченными для того времени средствами правового обеспечения.

Нельзя также полностью согласиться с позицией С.А. Муромцева по вопросу различий режимов собственности, вызванных разной восприимчивостью манципируемых и неманципируемых вещей к гражданскому обороту. Все же во владение, а потом и в собственность первоначально попадали движимые вещи[10]. Как отмечалось нами ранее, именно примитивизм товарного оборота, а зачастую и его отсутствие в древности предполагали общинное присвоение наиболее ценных вещей, в первую очередь участков италийской земли как недвижимости. Поэтому юридические конструкции этого периода, следуя экономической логике, стремятся, с одной стороны, чисто внешне персонифицировать принадлежность материальных благ (чаще всего обыденных, движимых вещей) конкретным лицам, а с другой – юридически усложнить процедуру присвоения наиболее ценных вещей. Такой формой персонификации для обыденных вещей (*res mancipi*) выступало владение. Для наиболее ценных вещей такая персонификация с позиций общества в целом была явно недостаточной. Прежде всего, она не могла быть неформальной и абсолютной, поскольку касалась объектов, предопределявших степень накопления богатства, и, кроме того, требовала особых средств защиты в случае посягательства[20]. Поэтому порядок персонификации таких вещей формализуется[13]. Так появляется, а, возможно, распространяется на мир вещей как общая юридическая процедура установления власти над лицами и вещами (*manus capere* – «беру, подчиняю рукой») (Исидор. Начала. 9.4.45) [21] манципация, а ценные вещи выделяются как манципируемые. Признание этой власти, ограждение ее от посягательств – это уже область права. Как отмечал английский экономист XIX в. Дж.С. Милль, сохранение мира, являвшегося изначальной целью гражданского правления, было достигнуто «подтверждением права на владение для тех, кто уже обладал чем-то, хотя бы и не плодами собственных усилий», дав тем самым им и другим людям гарантию в том, что в случае проявления насилия и других нарушений они будут пользоваться защитой[22].

Становление такой неполной, частично контролируемой родичами собственности как формы индивидуального обладания эпохи Законов XII таблиц идет в ногу с развитием римского общества и определяется непосредственно практикой гражданского оборота и правосудия. Ростки индивидуализма в этих сферах выступают источником формирования новых учреждений, расширяющих систему индивидуального обладания имуществом, которые образуют, по словам С.А. Муромцева, одно из наслоений в развитии гражданского права. Такими новыми учреждениями выступали *права по соседству* и *сервитуты*[12, С. 129, 148-149.]. И те и другие определяются С.А. Муромцевым именно как *формы индивидуального обладания*.

Права по соседству в то время призваны были удовлетворять настоятельные нужды, обусловленные пограничностью владений, поэтому эти права устанавливались законом, не завися от воли собственников. Земледелец и садовод, пишет автор, озабочены «ограждением своей собственности от всякого вреда со стороны посторонних лиц, и в особенности со стороны своих соседей. С придирчивостью, свойственной человеку, которому хлеб достается в поте лица его, следит он за их действиями». Права по соседству помогали им в этом. В частности: а) позволяли точно размежеваться с соседом; б) ограничивали действия владельца и соседа вблизи межи; в) регламентировали направления дождевых потоков. Сервитуты представляли, напротив, форму содействия со стороны соседа при недостатках своего участка, а потому представлялись добровольно. С древности они вызывались общей потребностью в пути, когда она не удовлетворялась в достаточной мере межами. Так постепенно возникли четыре вида предиальных сервитутов: 1) право водопровода, 2) право черпать воду, 3) право прохода и 4) право прогона и проезда. При этом каждое право «отождествлялось с самим объектом, оно не было правом в чужой вещи, но как бы правом на свою вещь, которой пользовались только совместно с собственником служащего имения[12, С. 145 – 149.]. Иными словами и права по соседству, и сервитуты в этот период не только обеспечивали, но и формировали становление собственности как основной формы индивидуального обладания недвижимым имуществом. Дальнейшее развитие форм обладания вещами, по С.А. Муромцеву, происходило исключительно под движущим влиянием начал индивидуализма, вызванным территориальным расширением и модернизацией (за счет международной торговли и развития городской жизни) гражданского оборота и правосудия. Исчезает дуализм права собственности и древнего деления вещей, традиция распространяется и на особо ценные вещи, в основаниях приобретения права собственности появляется давностное владение, а само владение получает судебную защиту, появляются новые виды поземельных сервитутов, в том числе, возникают городские сервитуты и соседские права в городе. И хотя остатки старого формализма еще остаются индивидуализм все же «находил себе ограничение в формализме *нового*

происхождения». Так, вводится обязательная форма совершения некоторых сделок в интересах гражданского оборота или в интересах успешного отправления правосудия, либо государственного контроля за деятельностью частных лиц. Важно при этом увидеть отличие старого и нового формализма. Старый был порожден самим характером юридического мышления, новый же вытекал из определенных практических потребностей [12, с. 544 – 545].

К какому же итогу исторического развития приходит личное (индивидуальное) и общее обладание. *Личное обладание в его крайних проявлениях* С.А. Муромцев совершенно справедливо видит в стремлениях в развитии частной собственности. И принцип индивидуализма непосредственно служил этой цели; там, где он оказывался бессильным, его роль переходила к формализму. В результате наибольшая часть вещей, доступных для обладания, перешла в частную собственность отдельных лиц, выстроилась система оснований приобретения права собственности, а само право собственности стало практически неограниченным: интерес собственника соблюдался и тогда, когда другие интересы справедливо требовали ограничения его правомочий (например, при конструировании прав ипотечарного владельца-кредитора). Вместе с тем, «понимая конечное назначение права», суд и законодатель стали учитывать и устанавливать пределы в безграничности личного обладания: естественные, преследующие неправомерные и безнравственные интересы, законные ограничения свободы договора [12, с. 574 - 588.].

Изменилась правовая природа и *форм общего обладания*. Если раньше *права по соседству* и *сервитуты* рассматривались С.А. Муромцевым вполне объективно в качестве форм индивидуального обладания, как направленные на формирование наиболее полного права собственника на принадлежащую ему недвижимость, то теперь «в силу своих естественных свойств и в интересах общежития» недвижимости стали объектом и «некоторого общего обладания со стороны соседей собственников». В соседском праве особое развитие получили межевое право, правила о постройках и посадках, а также правила, регламентирующие дождевые стоки. Сервитуты же обогатились за счет появления сервитутов личных. При этом римские юристы не смотрели на виды сервитутов как на нечто законченное, напротив, сервитуты создавались по воле римских граждан и находились в постоянном развитии, не составляя тем самым какой-то новой гарантии свободы собственности [12, с. 588 - 594.].

Дальнейшее развитие индивидуализма породило и совершенно новые формы общего обладания: а) товарищества, в которых участники обобществляли ради достижения известной цели свое имущество и труд; б) корпорации, в которых общее имущество постепенно обособляется от ее участников и дестинаторов – иных лиц, заинтересованных в таком общем обладании (бедных, больных, малолетних и т.п.); в) внеоборотные вещи (*res sacrae, res omnium communes, res in publico usu*) и даже *res publicae*, которые долгое время переходили из рук в руки по правилам публичного права, но с признанием городских и сельских общин «как бы» особыми лицами» (D. 46.1.22; 50.16.16), стали использовать гражданско-правовые средства защиты и «оказались в области гражданского права»; г) наконец, долгосрочная аренда (в том числе, мелкими сельскими арендаторами – колонами), суперфиций и эмпфитевзис, в которых само отношение по аренде стало приобретать вещный характер, позволило С.А. Муромцеву относить их в формам общего обладания [12, с. 594 – 613].

Завершая экскурс работ С.А. Муромцева, посвященных изучению форм обладания, можно констатировать: его труды – это живое представление всей истории развития римского общества через призму творчества римской юриспруденции. В них в полной мере проявилась, с одной стороны, скрупулезность, а с другой стороны, научная дерзновенность автора, не уводящая читателя в дебри формальных понятий, а раскрывающая перед ним истинный исторический путь становления и развития цивилистики. В контексте же заявленного исследования работы С.А. Муромцева составляют неотъемлемое звено в цепи познания истории происхождения права собственности и иных форм обладания имуществом.

1. См.: Принципы, пределы, основания ограничения прав и свобод человека по российскому законодательству и международному праву (Материалы круглого стола) // Государство и право.- 1998.- № 8.- С. 59.

2. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. 4-е изд. перераб., дополн.- М., 2008. С.- 70.

3. Савельев В.А. История римского частного права.- М., 1986. -С. 57; Савельев В.А. Право собственности в римской классической юриспруденции //Сов. государство и право.- 1987.- № 12.- С. 121.

4. Бибиков А.И. Генезис юридической конструкции права собственности в римском праве //Вестник Ивановского государственного университета.- 2000. -№ 4.- С. 3 – 6.

5. Германов А.В. От пользования к владению и вещному праву.- М., 2009. -700 с.

6. В синтезирующем параграфе своего исследования автор называет такие «растения, не являющиеся деревьями», например: «обязательственные права на вещь». См.: Германов А.В. Указ.соч.- С. 3, 688 – 693.

7. Муромцев С.А. О владении по римскому праву, по поводу сочинений Р. Иеринга // Журнал гражданского и уголовного права. 1876. № 4. С.1-41. В измененном и дополненном виде эта работа под названием «К учению о владении вещами по римскому праву» была опубликована в качестве приложения к Очерку общей теории гражданского права. Ч.1. Введение. О научно историческом изучении гражданского права. Об образовании гражданского права. М., 1877. С. 123 – 179 (далее – К учению о владении).
8. Муромцев С.А. Гражданское право Древнего Рима. М., 2003. 685 с. (далее – Гражданское право).
9. Иеринг обозначает владение и держание общим термином «обладание» (Inhabung). См.: Иеринг Р. Теория владения: Сокр. пер. Е.В. Васильковского. СПб., 1895. С.1.
10. Германов А.В. Указ. соч. С. 22, 24.
11. Там же. С. 25, 89, 150 – 153; Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Кн. 3. М., 2003. С. 576 .
12. Муромцев С.А. Гражданское право. С. 31- 36.
13. Бибииков А.И. Указ. соч. С. 4.
14. С.А. Муромцев признает, что «понятие владения прошло у римских юристов свою историю, восстановить которую, однако, нет возможности по недостатку данных». См.: Муромцев С.А. Гражданское право. С. 528.
15. Римское частное право: Учебник /Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. М. 1994. С. 158.
16. Маркс К. Из экономических рукописей 1857 – 1859 гг.: Введение // Маркс К., Энгельс Ф. Соч., 2-е изд. Т. 12. С. 713.
17. Гегель Г.В.Ф. Философия права. М., 1990. С.103.
18. Бартошек М. Римское право: (Понятия, термины, определения): Пер. с чеш. М., 1989. С. 251.
19. Муромцев С.А. К учению о владении. С. 128.
20. Коновалов А.В. Владение и владельческая защита в гражданском праве: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. СПб., 1999. С. 12.
21. Это признает и сам С.А. Муромцев, замечая, что собственность эпохи издания Законов XII таблиц не была еще настоящей. Она не давала полного, неограниченного обладания и находилась под контролем родичей. См.: Муромцев С.А. Гражданское право. С. 68, 70 – 71, 126.
22. Законы XII Таблиц /Пер. Л.Л. Кофанова. М., 1996. С. 75.
23. Милль Дж. С. Основы политической экономии: В 3 т. Т. 1. М., 1980. С. 338, 340.

On the basis of the analysis of ancient sources, pre-revolutionary and modern works of domestic scientists-lawyers experience of research of an origin of the property right and other legal forms of possession property, their structurization depending on level of material living conditions and development of individual freedom of citizens reveals.

Л.Ш. Анасова

ПУБЛИЧНЫЕ ДОГОВОРЫ В СФЕРЕ БАНКОВСКОГО ОБСЛУЖИВАНИЯ

Все чаще возникает вопрос: можно ли признать договоры в сфере банковского обслуживания публичными? Анализ литературы показывает, что в гражданском праве Республики Казахстан в данном вопросе единой точки зрения среди ученых пока не выработано.

Рассмотрим каждый из договоров в сфере банковского обслуживания. Условно можно выделить три основные группы мнений по поводу того, усматриваются ли признаки публичного договора в договоре банковского счета.

Первая группа исследователей (Е.Б. Осипов, Э.М. Омурчиева и др.) считают, что договор банковского счета является публичным. К примеру, Е.Б. Осипов в своей монографии отмечает, что договору банковского счета необходимо придать публичный характер, с подчинением его правилам статьи 387 Гражданского кодекса (далее - ГК) Республики Казахстан (далее - РК) [1, С. 64].

Вторая группа ученых утверждает, что договор банковского счета является близким по своему характеру к публичным. К примеру, Е.В. Вавилин считает, что когда коммерческим банком на основании законодательства, банковских правил разработан и объявлен договор банковского счета определенного вида, содержащий единые для всех обратившихся условия (цена услуг банка, размер процентов, уплачиваемых банком за пользование денежными средствами, находящимися на счете клиента, и т.д.), банк должен заключить такой договор с любым клиентом, обратившимся с предложением открыть счет на указанных условиях [2, С. 39-40].

И, наконец, третья точка зрения сводится к тому, что договор банковского счета не может быть признан публичным, и даже близким к публичным. К примеру, В.В. Витрянский объясняет это тем, что термином «публичный договор» обозначается не какой-либо отдельный вид договорных обязательств, как это имеет место в случае с договором банковского счета, а определенная договорная модель (договорный тип), охватывающая любой гражданско-правовой договор (отдельный вид договора), обладающий набором признаков, предусмотренных в ст. 426 ГК [3, С. 183-184] (речь идет о норме, предусматривающей понятие публичного договора в ГК Российской Федерации (далее - РФ) – прим. автора).

Рассмотрим понятие публичного договора в казахстанском гражданском законодательстве. В соответствии со ст. 387 ГК РК публичным договором признается договор, заключенный коммерческой организацией и устанавливающий ее обязанности по продаже товаров, выполнению