

ЕМФІТЕВЗА ГРЕКО-РИМСКОГО ПРАВА.

Аграрно-правна студія.



НАПИСАВ

Др. МИХАЙЛО ЗОБКІВ.

~~6. 644.~~

*Відбитка з „Часопису правничої і економічної“,
Том IV і V.*



У ЛЬВОВІ, 1903.

Накладом Наукового Товариства імени Шевченка.

З друкарні Наукового Товариства імени Шевченка
під зарядом К. Бедварського.

06

ЕМФІТЕВЗА

ГРЕКО-РИМСКОГО ПРАВА.

Аграрно-правна студія.

НАПИСАВ

Др. Михайло Зобків.

34(37/8)

1:40p

ЛВІВСЬКА БІБЛІОТЕКА
АН УРСР
№ И- 24733



ЕМФІТЕВЗА

греко-римського права.

Аграрно-правна студія

ДРА МИХАЙЛА ЗОБКОВА.

I.

(Загальні замітки про емфітевзу і її літературу).

Сли правда, що перша „рецепція“ права відбула ся в старім Римі прийнятем права грецького ¹⁾, то без сумніву не суть бодай тоті правні інститути римського права чисто римські, котрі не мають навіть латинської назви, а переняті живцем з Греції враз з грецькою назвою і в тій внїшній формї до сегодня в науці права знанї.

Се має місце при т. зв. *emphyteusis* римського права. Високо вишколованї юристи римські не найшли по-при свою елґанцію і тонкість в означуваню і назнаменованю правних понять для того інститута навіть латинського слова, а переписали его своїми буквами з грецького *ἐμφυτεύσις* (чи *ἐμφυτεύσις*).

Тому мусять наукові дослїди про *emphyteusis* сягнути в першїм рядї до законодавства старогрецького. Та на жаль не можемо багато дізнатись про се з недостаточних і непевних жерел і відломків староблиньского права. А ще менше можна на основї таких недостаточних жерел сказати щось позитивного. При такїм станї річвї розходить ся радше о більше або менше основану гіпотезу, чим о незбиту певність.

¹⁾ Пор. про се L. o. Stein в Grünhut's Zeitschrift I. стор. 723 слїд. і в Ger. Halle ex 1875 No. 1; Mitteis, Reichsrecht, стор. 61 слїд. Гл. також Grünhut's Ztschr. Bd. 25 стор. 167/168 і 492.

В останньому часі заслужив ся для правно-історичного виясненя емфітевзи головню Ludwig Mitteis, б. проф. римского права в Відни, а тепер проф. цив. права в Липску. В XX томі ч. IV розвідок кор. саксонської академії наук помістив сей учений цінну студию: *Zur Geschichte der Erbpacht im Alterthum*, що вийшла також осібною відбиткою¹⁾.

Розвідка та та привукала мене, вже передше зібрані мною материяли зревідувати і передумане обробити. Не думаю однак писати про емphyteusis монографії, котра-би всесторонню розбирала тото правне відношене і всі єго подрібности намірляла вияснити. Коротенька та студийка має радше на цілі піднести тоті моменти греко-римської емфітевзи, котрі задля свого інтересу заслугоють після мого погляду з аграрно-правної сторони на розбір. Кого другі гадки прошибають, яких ту не найде, най і не питає та не „жалує“ (і таке вже бувало), чому сего або того тутки нема, а найрадше стане для тих своїх гадок сам родичом.

Новійшій спеціальной літератури про емфітевзу нема, крім Mitteis-а, скоро жадної. В *Zeitschr. der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Bd. V (1883)* помістив Alfr. Pernice (бувш. проф. берлінського унів.) в своїй студії „*Parerga*“ деякі поміченя і про емphyteusis (стор. 84–90). За те мають велику вагу студії про аграрні відношеня в Греції і Римі, особливо Max Weber: *Römische Agrargeschichte (1891)* і *Agrarverhältnisse im Alterthume* в „*Handbuch der Staatswissenschaften*“ Conrad-а Supplement Bd. II; дальше A. Schulten: *Die römischen Grundherrschaften, i His: Die Domänen der röm. Kaiserzeit*. Багато материялу історичного находимо також в сербській монографії: Др Юр. Дера: *Аграрни покрети (= зворушеня) у старому Риму (Нови Сад, 1901)*. Інформації загальної натури подає звісна монографія: Emile de Laveleye: *Das Ureigenthum* в перерібці Dra K. Bücher-а (1879), і Zachariae: *Geschichte des griech.-röm. Rechts*. З грецького права все ще нова є стара монографія: Büchsenenschütz, *Besitz und Erwerb im griechischen Alterthume (1869)*. На жаль не мав я тепер тої монографії під рукою.

¹⁾ Bei B. G. Teubner, Leipzig, 1901. сторін 66 вел. вісімки. Розвідку тогу цитовати буду в слідуючій наведенем імені автора.

II.

(Соціальне значіння емфітевзи.

1. Аграрне і соціальне положення дрібних селян старої Греції в періоді військово-кастовім, плітократичнім і грошевої господарки.

2. Римське *heredium* і *ager publicus*. *Possessiones agri publici*. *Latifundia* і положення дрібних селян. Управа землі: *patrimonium* і *clientes*, невольники. Вільне селянство і аграрні реформи в добі цісарства. Кольонат і емфітевза).

Emphyteusis — се наслідна аренда, вправді не по своєму словному значінню, а по правнім понятю. Она дає по-при *superficies* уже в старині можливість „бідному чоловікови“ безпечно та тревало (*in perpetuum*) по-при богача жити. Хто не має своєї хати та землі, най удасть ся до того, хто се має. В місті може собі виставити будинок на чужім, на ту ціль внарендованім ґрунті (*superficies*), а на селі може чужу землю під управу взяти (*emphyteusis*).

Щоби можна, як слід, просудити положення емфітевтів в старій Греції і Римі, треба бодай в найзагальніших чертах зобразити аграрні відносини в тих часах, о скільки сього до звязи з нашим предметом потреба.

1. Греки були народ, що жили наскрізь політично-військовим житєм. Осередком життя і рухливої діяльності було у них місто (*πόλις*). Лише тоті, що жили в *πόλις* і тут віддавались вправам і військовому званю, мали значіння, правну охорону і політичні права. Хто покинув г'ород, або відразу жив по-за его обрубом, (*περίοικος*, *ἄγροικος*), був політично безправним. Тому не мали і селяне (*θῆτες*, *οἰκῆτες*), що по-за *πόλις* мешкали, ніяких прав. Они приходили в обруб міста хіба по те, щоби на розділених до ужитку між міщан ланах

(*κλήροι*) гірко працювати. Свобідне селянство не мало в Греції ні нагоди як особна каста в перших часах розвинути ся. Ту була земля спільна всім, індивідуальної власности землі не було, радше стояла земля до спільного ужитку горожан, очевидно під покровом держави¹⁾. Держава давала поодиноким горожанам землю іно до ужитку.

Разом з землею розділяла держава також робучу силу. Держава забирала іменно при завойованю нових країв для себе не лиш землю, але і людей. Тих полонників-невільників, що управляли землею перед війною, полишувано звичайно і дальше на дотеперішних ланах. Ріжниця була іно в тім, що від хвилі полоненя приділювано і тих чорних волів в людськїм тілі тим грецким горожанам, котрим приділено на ужиток дотичний кусень землі. Они сиділи на тих своїх давних хуторах і мусіли ново-приділеному панови іменем держави служити. Добуток їх роботи йшов властиво на спільні цілі, бо рівнобіжно з колективізмом землі йшла в парі — особливо в Спарті — також спільність життя і **образованя**²⁾.

Безкоштовну господарку невольниками-гельботами ведено особливо на плодоносних рівнинах, де управлявано поодинокі сорти рости, головно оливу, в цілях експорту. Що менше рентує ся і не надає ся до експорту, се находить ся в руках бідних мужиків, людей вправді свободних, але в великій живучих нужді в сторонах гірських (*διάκροι*). Богаті войовничі міщане діставали іменно при розділі землі кусні урожайні; що лишало ся в горах, чого міщане брати не хотіли, се давано на уживанє бідолахам селянам. Але і з того не могли они з родиною вижити. Тому йшли в богатші сторони на заробок і брали ту від міщан лани під управу „на спілку“ (*Theilpacht*), котрої львина пайка діставала ся очевидно міщухови, що то в *πόλις* вправляє ся в „житю воєнним“. Зарібки діставали тоті свободні селяне головно там, де гельботів було

¹⁾ Aristoteles, Polit. III. 7. 7; II. 2. 5: *ἡ δὲ χώρα κοινόν*. Laveleye-Bücher, Ureigenthum стор. 339. Спільна власність (*Gemeineigenthum*), — се початок розвитку власности землі не лиш в Греції, але майже всюда. Пор. до того Dargun, Ursprung u. Entwicklungsgeschichte d. Eigenthums в Zeitschr. f. vergl. R. W. Bd. V. стор. 3 слід.

²⁾ Пор. Laveleye-Bücher, Ureig. стор. 326 слід. і 341.

мало, н. пр. в Атиці, або де гельотів уживано більше до домашньої прислуги або і до воєнного ремесла¹⁾.

В соціальнім життю терпіли селяне від міщухів чи мало. Про відношене обох тих станів можна собі зробити образ з сего факту, що було селянам заборонено переодягатись в місті по міщаньски: тим хотіли міщане ще більше і певніше обмерзати селянам побут в гóроді²⁾. Але роботою їх рук не мерзли ся міщане. Противно розуміли они визискати тото нужденне житє селян на свою користь: обмотували їх в довги у себе³⁾ чим раз то більше, доки не дістало ся усьо, що мужик ще „своїм“ називав, в руки войовничого міщуха.

Се діялось особливо від тоді, коли і в Греції зрозуміли ся на тім, що добре мати „свою“ землю, коли отже і ту пізнано „добру“ сторону індивідуальної власности землі⁴⁾.

Від того часу настає супротив першої епохи, де міродайна була приналежність до войовничо-міщаньського племені, в цілім публичнім житю зворот і тепер вже не рíшає приналежність до шляхти в *πόλις* про значіне чоловіка, а сила землі, в парі з тим і число невільників, якими одинця розпоряджає.

¹⁾ K. Grünberg в Handwörterbuch der Staatswissenschaften (Conrad і др.) Bd. VI стор. 326/327. v. Unfreiheit.

²⁾ Weber, Agrarverhältnisse im Alterthum, ibidem Supplement Bd. II. стор. 7.

³⁾ Звісно, що в Греції виписували вірителі часто на камінних стовпах суму, на яку задовжив ся у них мужик (Jäger, Geschichte d. Alterthums, I Bd. стор. 104, III. Aufl.) Се початок явности гіпотеки.

⁴⁾ Се мується і для Греції — бодай з ограниченим — прийати, бо і ту говорить ся в старих грамотах про купно-продаж (*ἀντή*) в противеньстві до аренди (*μισθωσις*). Пор. Mitteis l. c. стор. 9, ув. 4. В периоді колективізму не можна було розділеної між горожан землі ані продавати, ані ділити, ані завіщанем другому лишити. Се слідувало із самого понятя про виключене індивідуальної власности. Так лишило ся по части і до сегодня при спільній власности (Gesamteigenthum) н. пр. у південних Славян (т. зв. „задрута“). Пор. про инші мнїмї причини тої заборони Laveleye-Bücher, Ureig. стор. 333 слід.

В слід за тим упадає в тім другім періоді аграрного розвитку в Греції панованє шляхти з уродження, панованє міста (*πόλις*) над селом, а рішає противно перевага сільського хозяйства і скількість недвижимого маєтку. Обем загарбаної або накупленої землі рішає тепер також про обем політичних прав.

Через з'убожілість сільського люду, котрій утратив землю на користь плітократії, росте в містах, особливо побережних, число пролетаріату. Нуждарі тоті не ділять вправді судьби гельотів, але не мають по-при назву „свобідного чоловіка“ зі свободи нічого. Тепер звертають ся сільські бідолахи (*θῆτες*) ще більше, ніж в першій епоці до чужо-паньських ланів, на котрих шукають для себе як зарібники або винаємники способу прожитку ¹⁾.

І ціле законодавство старої Греції має в тім періоді аграрний характер. Оно старало ся безуспішно зладити соціальну борбу бездомних з нечисленими ²⁾ плітократами. Борба тота тревала без перерви від пеллопонескої війни (435.—338) аж до забору Греції Римлянами. Справедливо каже один французский історик: „Грецькі мійські громади находились безнастанно між двома революціями: одна нищила богачів, друга вводила їх назад в посіданє загарбаного їм майна“ ³⁾. Тому і не диво, що в часі опанованя Греції Римлянами був край, як переказують історики, пустинною, в котрій на давних чудних майданах мійських паслись череди товару, а в розвалинах богатих святинь шукали пристановиска дикі зьвірі.

З переходом Греків з гасдівства натурального до грошевого (*Geldwirthschaft*) ⁴⁾ було нагромадженє богатства в руках одиниць ще більше улекшене, бо по-при недвижиму посілість входить ще в рахунок грубо опроцентований позиче-

¹⁾ Пор. до сего Weber, Agrarverh. im Alterthum I. с. стор. 6/7.

²⁾ Уся земля в Ляконії за часів Агіса III. находила ся після переданя Арістотеля в руках 100 осіб. Богачі присягали між собою, що будуть ворогами люду і що ему накоять всякого лиха, яке будуть могли. (Aristoteles, Polit. VIII. 7. Laveleye-Bücher, Ureig. стор. 342).

³⁾ Laveleye-Bücher, Ureig. стор. XIII.

⁴⁾ Срібні гроші мав ввести вже король Фейдон з Агіос около 8 стол. пер. Хр. (Roscher, Syst. d. Volksw. I ст. 293, 19 вид.).

ний гріш як средство збогаченя. Оно потрапило з часом і недвижиму посілість поставити на другім пляні, а тим самим і положене селянства ще більше ослабити. Під грошевою господаркою взяли опять верх міста, і то головно надморські, котрі захопили в свої руки і монополь усю торговлю. Тепер була на селі господарка невільникими ще більше пожадана, бо при їх помочи працьовано в капіталістичних цілях над експортом рілничих продуктів. Вільне селянство мало ще менше поля до розвитку і мабуть згубило ся цілком в мійскім пролетарияті. Єго визнакувано мабуть чи не головно до справленя пустар і викорчовуваня лісів.

2. Що і в старім Римі були відношеня дуже анальоґічні, сего учить доволі правна істория взагалі а аграрних відносин в подрібности. Але віддавано тут зразу хліборобству ще більшу почесть, ніж в Греції, де мало по-при військове занятє свобідне ремесло та купецтво першеньство перед хліборобством. Таких примірів як з римскої історії про занятє Л. К. Цінціната управою землі в годинах свобідних від державних справ не находимо в Греції. Тому і справедливо говорить ся про Римлян, що они здобували краї перший раз оружем, другий раз плугом. Хліборобство було у них занятє свобідного чоловіка і не причисляло ся зразу до „*munera societatis*“. Зміна настала доперва пізнійше з поступом хибно понятої культури та в наслідок збільшеня числа невільників воєнними походами.

Чи в мрачну старину була земля і в Римі — подібно як в Греції — спільною власностию (*Gemeineigentum*)¹⁾ родового здруженя (*gens*), про се можна спорити. Се однак певно, що у Римлян скоро виобразувала ся індивідуальна власність землі. Але обємом своїм була тота „своєна“ („*meum est ex jure quiritium*“) дуже ограничена. Се було т. зв. *hereditium*, двомортова просторонь в місті під хату, на подвірє і огород²⁾. Тота власність переходила на наслідників, відси і назва *hereditium*.

¹⁾ За тим прим. Puchta, *Inst. I.* § 40, II. § 235, *De r. l. c.* стор. 14; противно Laveleye-Bücher, *Ureig.* стор. 339, 344, Jhering, *Geist. d. röm. R. I.*, стор. 198 слід. (IV Aufl.).

²⁾ *Bina iugera a Romulo primum divisa dicebantur viritim, quae quod heredem sequerentur, hereditium vocantur.* (Varro, *de re rustica I.* 10), або,

Се була очевидно лиш незначна часть римских ґрунтів. Проча земля — т. зв. *ager publicus* — була власностню держави а властиво майном „народним“ (*ager publicus populi Romani*). Значна его часть відпадала на громадекі пасовиска (*ager compascuus*). Мійскі громади resp. держава давали сей *ager publicus* поодиноким громадянам в уживанє. При тим попірала держава особливо того, хто пугу землю справив (l. 8 C. XI. 58), хоть-би єї і загарбав (*ager occupatorius*) поp. l. 14 C. XI. 61: *vel etiam sine titulo*.

Уживанє тих публичних ґрунтів — се є староримска *possessio*¹⁾, котра хоть давана була на відклик (*precario modo*), фактично відповідала приватній власности. Так було іменно на провінції, де взагалі не признавано до Юстиніана при недвижимостях відношеня „*meum est ex jure quiritium*“, а іно *possessio* ґрунтів провінцияльних (Gaius, *Inst. II. 7. i 40; pr. I. 2. 6; l. un. C. VII. 31*). Хто був ближе трапези, той і діставав легко таку *possessio*.

Possessores на провінції підняли ся до великої, навіть для держави небезпечної, сили. З виступленєм плебейців на арену політичну починає ся борба власне о землю, бо се було по-при скот (*pecus*) головне средство наживи²⁾, против котрому плебейці завзято виступали. Не лиш в Італії через окупацію публичного майна (*ager publicus*), але і на провінції через зближенє права уживаня (*possessio*) ґрунтів провінцияль-

як Cicero (*de l. agr. 3. 9*) *heredium* називає — *ager, qui optimo iure (optima lege) privatus est*. Сліди римского *heredium* находимо і сегоднє в отоманськїм праві. І тут має власник тільки „свого“ („*mulk*“), кільки ему треба під хату, обісте і город. Проча земля („*mirijé*“) належить до Бога і до его наслідника Мугамеда resp. Каліфа і султана. Держава має і тепер при тій землі, хоть она стоїть в індивідуальній власности, деякі права. Про се ближе мое *Pactum de contrahendo* в Час. правн. p. VI. стор. 44 слід.

¹⁾ Не треба мішати сего з посіданєм, державиною (*possessio*). Про нашу „*possessio*“ каже ся: *Possessio est, ut definit Aelius Gallus, usus quidem agri aut aedificii, non ipse fundus aut ager, non enim possessio est e rebus, quae tangi possunt, neque qui dicit se possidere is suam rem potest dicere* (Festus v. *possessio*, поp. до торо Dernburg, *Pand. I § 171*, Puchta, *Inst. II. § 235* ув. b).

²⁾ *Tum erat res in pecore et locorum possessionibus, ex quo pecuniosi et locupletes vocabantur* (Cicero, *de rep. 2. 9*).

них (*praedia provincialia, stipendiaria, tributaria*) до права власності (*dominium*) концентрував ся недвижимий маєток в руках незнатної¹⁾ часті патриціїв. Се йшло так далеко, що Plinius мусів обставину сю назнаменувати причиною руїни державної²⁾.

В тім періоді розросту лятифундіїв підупало очевидно свобідне селянство цілком. Оно або потратило свої ґрунта і йшло в найми, або не могло дальше жити на своїх свобідних хуторах. Селян тягнули іменно винаємники податків (*publicani*) *possessores* і ріжні урядники (I. 1. 2. С. XI. 54; I. 5 С. XI. 57). На їх кошт старали ся *possessores* відтягнути ся від податків, а бувало і таке, що мусіли тоті бідолахи нераз навіть чужопанські довги платити (I. un. С. XI. 56). Свобідних селян тиснули дальше в економічнім згляді усюди невільники, котрих було майже в двое тільки, що людей вільних³⁾. Они (невільники) робили на панських ланах дуже дешево і відбирали вільному селянству усї зарібки. Великих ворогів мали свобідні селяне дальше, і то головно, в давних невільниках, котрих пани увільнили з неволі. Они масою напливали по освободженю до Риму і становили тут головну часть міської зволочи, котру треба було даром утримувати⁴⁾. Все то відбивало ся на дрібних вільних селянах, особливо при кінци республіки, коли то великообшарники вміли відтягати ся від плачення податків.

Відповідно до того соціяльного положення находимо і ріжноракій спосіб справлення землі в поодиноких періодах. *Patres senatores ideo appellati sunt, quia agrorum partes attribuebant tenuioribus perinde ac liberis propriis*. З тих

¹⁾ Половина богатої Африки належала за перших цісарів шістьом магнатам (Дера I. с. стор. 147). В загалі були провінції найбільшим ланіством для високих урядників. Очевидно: далеко від контролі і плебейців. (Дера I. с. стор. 108).

²⁾ *Verum confitentibus latifundia perdidere Italiam, iam vero et provincias* (Plinius, XVIII. 7).

³⁾ Grünberg (*Unfreiheit*, в *Hndw. d. Staatsw.* VI ст. 330) приймає, що в часі найбільшого розцьвіту невільничої господарки було в Італії 6—7 мільонів свобідних людей, а 13—14 міль. невільників.

⁴⁾ Grünberg *ibidem*, Дера I. с. стор. 93/2.

слів Festus-а обходить нас се, що „тонкі люде“ (tenuiores) діставали від можних съвіта сего землю, очевидно з обовязком її справлення. Діставали її на власну просьбу, бо самим тяжко було житя коратати. Мусіли отже шукати підмоги „патрів“, котрим повірили свою особу і своє „майно“, сли его мали. З того повстало відношене на пів родинне, *patrimonium*. Пан (*patronus*) дбав про свого повіреника і боронив его на вні, де того було треба. За те був ему повіреник (*cliens*) обовязаний до слухняности і до роботи. Тота підданьча слухняність на основі клієнтелі не відбирила вправді клієнтови прав свободного чоловіка, але его робила на основі фактичного відношеня в неоднім напрямі зависимим від пана ¹⁾. *Patronus* наміщав клієнта на своїм ґрунті, давав ему безперечно весь *fundus instructus*, за те мав *cliens* обовязок землю справляти, патрона послугувати і якусь часть плодів панови доставляти. Відношене було вправді по стороні патрона нічим не звязане. Патрон, котрий приняв клієнта на его власну просьбу (*preces*), міг его кожної хвилі віддалити (тому „*precarium*“, від *preces*).

Але фактично переходила при клієнтелі земля з батька на сина, наколи *cliens* не давав якоїсь особлившої причини до свого прогнаня. Для патрона був се дуже вигідний і дешевий спосіб оброблюваня ґрунтів, іменно в перших часах аграрного розвитуку, де ще мала господарка (*Kleinwirtschaft*) панувала.

Але зі зміною господарки тої на машинову, щоб так сказати, господарку на великих посїлостях (*latifundia*) не вистарчали вже клієнти зі своєю родиною. Тепер були не вільники тою машиною, котрою крутив пан по своїх непроглядних ланах. Тих чорних нелюдий, зависимих від волі пана свого давано на хуторі під надзїр одного „економа“ (*villicus*), також невільника, і під его оком і відвічальностию гонено той „товар“ на роботу. Господарка невільниками стояла в звязи з розростом лятіфундистів. По-при ню могло вільне селянство, чи то як самостійне, чи в формі аренди панських ґрунтів дуже слабко вегетувати.

¹⁾ Jhering: Geist. d. röm. R. I ст. 236 ув. 131 (IV Aufl.) виводить навіть назву *cliens* від *cluere* = *κλύειν* = слухати і ідентифікує его з германським „*Höriger*“ (?).

При кінці республіки вже майже не було державних ґрунтів (*ager publicus*) в Італії¹⁾, бо дотеперішні окупаторь уміли їх згодом перемінити на приватну власність. Що ще лишило ся, розділювано в наслідок напору плебейців. Але і з сего розділу мали остаточно користь маґнати, бо їм нуждарі продавали свою одержану пайку, одні з нужди, другі з лїнивства до роботи.

Тому прийшли цісарі скоро до пересвїдчення, що давні *patres patriae* більше своїх карманів пантрували, ніж добра вітчизни. Тому взяли ся цісарі може не без рації до противної аграрної політики, до насильства, де могли, забирали („конфіскували“) майно маґнатів на „державну“ або і свою власність, відбирали прямо тото, що державі загарбано. Діоклеціян оподаткував також італійські ґрунта, котрі доси були свобідні від податку, та перевів взагалі справедливішу податкову реформу²⁾.

Але і з тих реформ не мало дрібне селянство надто великого хісна. Головним мотивом цісарських конституцій було бажанє, зробити ґрунта спосібними до двигання податкових тягарів. Се видно і по тому, що винайдено новий спосіб, не дати селянам спроможности після вподоби утікати з добра в сьвіт по-за очи. Виобразувано новий стан селянський, на пів невільничий, і прикованого до землі, на котрій осїв. Се були т. зв. *coloni liberi*, зглядно *glebae adscripti*, що нагадували давних *clientes* (пор. *C. Inst. XI 47 de agricolis censitis et colonis*). Як давнійше *patronatus*, так було тепер розгалужене *patrocinium*: нуждарі добровільно піддавали ся під опіку (*patrocinium*) можлиого маґната і тратили свою свободу і достойнство чоловіче, бо пани продавали їх другим враз з землею³⁾, мимо того, що законодавство се часто забороняло (*Cod. Just. XI. 53, Cod. Theod. XI. 24*). Тота добровільна з нужди підданість перейшла в середновічні часи і дістала навіть правну форму і зверхне оправданє.

¹⁾ Дера I. с. стр. 140.

²⁾ Pernice, *Parerga I. с. стр. 69, Heisterbergk, Die Entstehung des Colonats, стр. 89, Mommsen, Abriss d. röm. St. R. стр. 358.*

³⁾ . . . *dediticios se divitum faciunt, et quasi in ius eorum dicionemque transcendunt. Nec tamen grave hoc aut indignum arbitraret, si patrocinia ista non venderent. Novum quippe hoc genus venditionis et emtionis est (Salvianus, de gub. Dei, V. 7. 8).*

Цікаве, що власне в той сам час, коли звернено увагу на зреформоване селянства, майже рівнобіжно з кольонатом, находимо ближше унормоване відношення, про котре бесіда, унормоване емфітевзи цісарскими конституціями (*de iure emphyteutico, cod. IV, 66*). Видно, що і сей інститут був ширше розгалужений, чим давнійше, та що і він належав до комплексу тих чинників, котрі міродайні були при розв'язці і реформі аграрного питання в Римі.

III.

(Емфітевза в Греції. Значінє і корінь. Особи контрагентів. Емфітевза на пустих землях в цілях колонізаційних; е. справлених ґрунтів — купно ренти? Право наслідства і продажі. Скупість грамотного матеріалу).

Вже сама назва *emphyteusis* вказує на грецке походженє того інститута, як се на початку піднесено. Корінь слова *ἐμ-φύτευσις* (або *ἐν-φύτευσις*) *φυτεύω* = садити, засадити, справити, вказує на головний обовязок емфітевти¹⁾; землю справити, деревами і ростинами засадити. Сей обовязок треба-би прийняти як *essentiale negotii*, так що без него не можна про договір наслідної аренди говорити. З сего виходило-би дальше, що емфітевза має перший свій корінь в винаймі пустих земель, котрі мав емфітевта викорчувати *геср.* справити. Але се було-би лиш правило, котре не виключає можливости, що і справлені вже ґрунта давали ся в Греції в наслідну аренду. Очевидно і при них був характеристичний обовязок емфітевти, землю обробляти, самозрозумілий, хоть-би в договорі і не був виразно условлений²⁾.

¹⁾ „*Emphyteuta*“ відповідало-би після того дуже добре німецькому *Bauer* (= *Bebauer*). Однак не можна ідентифікувати емфітевти з кожним „хліборобом“ (*terrae cultor*), бо в „хліборобі“ нема висказаного знамени аренди і наслідного права уживаня

²⁾ Нерозумію, чому *Mitteis* I. с. стор. 10 сего обовязку не приймає при справлених ґрунтах. Та-ж і від них має ся давати річний чинш в натурі (*Mitteis*, стор. 9. ув. 4) таї залежить власникови власне на тім, щоби плодоносні ґрунта не здичіли та в бурян не перемінились.

Обовязок той находить ся в старих грецких грамотах, походячих з тих часів, в котрих наше правне відношене не має ще назви *ἐν-φύτευσις*, коли в грамотах лиш говорить ся, що землю дав ся в винаєм *ἀεράως* (in perpetuum) або *εἰς τὸν ἀπαντα χρόνον* resp. що її арендар має мати *εἰς πατρικά*¹⁾.

В вічну аренду дають землю в Греції не приватні особи, а корпорації, іменно громади, церкви, фратрії²⁾. Се стоїть в звязи з давним прінціпом колективізму при невіджимостях, від котрого робили номінально виїмок лиш згадані корпорації, котрі і так публичним цілям служили і тому під понятє держави підпадали. Після якого правила поступали сесї правні особи при винаймі своїх ланів і лісів, поучає нас Арістотелес: плодonoсну землю давали в аренду на якийсь час, пусу на віки³⁾. Пустара давала ся, як на се вказує напись з Thisbe, мабуть і в давнійших часах в дорозї публичного розголосоу. Хто ся сеї муки приняв, землю викорчувати і справити, діставав запевненє, що через пять літ не буде платити чиншу ніякого. З того-би виходило, що даванє невикорчованої доси землі в аренду наслідну було імовірно средством кольонізаційним. Такої кольонізаційної політики придержують ся подекуди і сегодня держави, щоби бідолахів звербувати на пустару, дають їм землю з разу на уживанє, і то цілком безплатне через якийсь час, відтак по кількох літах на індивідуальну власність, очевидно вже підпадаючу веїляким дачкам. В старій Греції було і при кольонізації вічне уживанє, бо тут взагалі була земля власностию держави.

На той кольонізаційний характер емфітевзи вказує може і сама назва: сли ся возьме слово *ἐν-φύτευσις* в пасивнім значіню, або зі становиска наділяючої громади в активнім значіню, тоді буде слово того означати тільки, що „населене“, Anpflanzung, Ansiedlung. Очевидно було-би оно в такім случаю менше відповідне до означеня приватно-правного інститута, а висказувало-би радше явно правне (публіцистичне) відношенє.

¹⁾ Перший раз приходить слово *φύτεω* в написі з Thisbe, імовірно з часів Севера (Mitteis, стор. 8, ув. 1).

²⁾ Mitteis, стор. 6 ув. 2.

³⁾ Βυζάντιοι δὲ δεχθέντες χορημάτων τὰ τεμῆνη τὰ δημοσία ἀπέδορτο τὰ μὲν κάρισμα χρόνον τινὰ τὰ δ' ἀκαρίσμα ἀεράως (Arist. Oecon. 2. 2).

Але се як раз потвердило-би повисший здогад, що *ἐν-φύτευσις* можна-би взяти і в значіню населеня, колонізації, бо се річ певна, що *emphyteusis* перенята до права приватного з права державного, і то не лиш в праві римскім¹⁾, але з огляду на особи контрагентів і в праві старо-грецкім.

В грамотах старо-грецких суть сліди доказу на се, що також справлені вже ґрунта давано в емфітевзу. Іменно говорять ся в договорах з Міляси і Олімос²⁾, що громада купує землю від якогось бідного Тразея і рівночасно передає єму самому тоту саму землю в відвічну наслідну аренду (*μισθώσεται . . . καὶ ἔξει αὐτὰ εἰς πατρικὰ αὐτοῦ καὶ οἱ ἐξ αὐτοῦ ἢ οἷς ἂν ἢ κληρονομία τῶν ὑπαρχόντων καθήκη*). Таких случаїв було імовірно більше, бо грамотний материял (*Mitteis* стор. 9 ув. 4 in fine) вказує на се, що се були мабуть форми у лярї до таких договорів, бо висота чиншу не назначена, а дотичне місце в декотрих грамотах невиконане.

Часта поява винайму землі урожайної вказувала-би лиш на се, що в часї, коли вже і в Греції пізнано індивідуальну власність недвижамостей, було таких бідолахів Тразеїв, котрі самі о своїй силї не могли видихати, більше. Они приневолені були віддати ся панови (громаді) враз зі своїм добром, котре єму, імовірно за безцін або лиш про око, „продавали“ (*ὄνῃ*), відтак на рахунок і під опікою громади лишали ся на тій своїй батьківщинї в підрядній роли наємників (*μισθωσις*). За се мали платити щорічно чинш (*φόρον*, очевидно від *φέρω*, отже до хати принести), чи то в натурі (*ἢ σίτου μνᾶς καὶ ἔλαιον ὑδρίας*) чи в грошах (*ἀργυρίου ῥοδίου λεπτοῦ δραχμᾶς τριακοσίας*).

Mitteis (l. c. стор. 5 і 9) добачує в тім, що громади давали в наслідну аренду і справні ґрунта, другий корінь — по-при викорчовуваня — емфітевзи, іменно капіталізоване громадского гроша купном ренти. Після него робила се громада тоді, коли мала збутні гроші: Опроцентовувала їх в той спосіб, що купувала землю від селян і давала єї тим самим селянам в наслідне уживанє. Після обчисленя *Mitteis*-а опроцентовували громади в той спосіб свій гріш по 4⁰/₁₀.

¹⁾ Pernice, *Parerga*, l. c. стор. 84.

²⁾ *Mitteis*, l. c. стор. 9 ув. 4.

Пояснене се повне ідеї, але не виглядає мені імовірним.

Тяжко допустити, щоби грецькі громади, сли вже против осуду Арістотеля (Polit. I. 3. 23), що процент є противприродний дохід, вели процентову спекуляцію, так зле спекулювали. Знатоки старинної Греції учать, що там виносьв процент „між приятелями“ 10%, а доходив і до 18%¹⁾. Се було-би отже з господарского боку нерозумно вдоволити ся 4%-ом. Сли же се так дійсно було при винаймленю урожайної землі, то се доказує лиш тоту обставину, що ціль не була при тім капіталізоване нагромадженого гроша купном ренти, а бажане, землю в дотеперішнім стані удержати, а з другої сторони численим бідним Тразеям дати спроможність екзистенції. Дятого не довіряє власник землі тим бідолахам, а дає їм землю „в імя боже, в щасливу годину“ (*εις τὸ θεοῦ ὄνομα, τόχῃ τῆ ἀγαθῆ*). При так низькім опроцентованю, як Mitteis приймає, мусіло-би бодай вложено капіталу бути по над всякі сумніви. Сли-же той сумнів повстає вже при самім заключеню договора, то видно, що не опроцентоване капіталу, а інші, чисто аграрні та людські мотиви руководили власника справної землі при передачі її в руки винаємника.

Чисто аграрні згляди виступають на верх і при дальших условинах, які находимо в тих договорах. Сли іменно винаємник не заплатит в час річного чиншу, має в другім році заплатити півтора раза тільки (*φύρον ἡμιβλίον*). Се розуміє ся очевидно лиш про чинш першого року, за другий рік лишає ся чинш поодинокий, бо за той рік не є винаємник зовсім in mora. Если-же два роки по собі арендар чиншу не платит, живе отже третій рік на ґрунті дармо, має за всі три роки заплатити півтора-разовий чинш, а крім того тратит своє право до наслідної аренди (*ὄχ ὑλόρξει αὐτῆ ἢ μισθωσις*). Здає ся однак, що Греки рідко коли ужили того острого средства супроти своїх одноплеменників, бо зараз безпосередно по тій грозьбі додає договор, що мимо того льокальні норми були лагідніші (*ἀλλὰ οἱ τότε ταμίαι τῆς φυλῆς ἀναμισθωσάτωσαν αὐτά*).

Також чисто аграрну та людську підвалину мав факт, що при неурожайній землі давано бідолахам звичайно також кусень доброї землі в наслідну аренду.

¹⁾ Roscher, Syst. d. Volksw. I ст. 480 ув. 2. (19 Aufl.)

В той спосіб роздавано в колонізаційних цілях господарську ділячку — хутір, котрий переходив з роду в рід, як довго представитель роду виконував свої господарські обов'язки і платив винаймаючій громаді дачу (*φέρου*). В границях своїх обов'язків мав винаємник повну владу над землею, о скільки розходилося про її уживане. Але не лиш він: безперечно належали сюди і його наслідники (*οἱ ἐξ αὐτοῦ*), що лежало в понятті передачі землі *εἰς πατρικά*.

Менше певно можна прийняти, чи в старій Греції міг такий колоніст свої права за свого життя на другого кого перенести. Суть на се в жерелах докази ¹⁾, що декотрі локальні правила се прямо забороняли, і то так продажу як заставлене. В стару давнину, коли взагалі виключена була продаж землі, є сея заборона самозрозуміла. Її перенято в декотрих сторонах і в часах пізнійших, щоби не дати винаємникові надто широких прав. Але здаєся, що і після тих локальних прав, котрі дозволяли *singularem successionem*, треба було на се дозволу винаймаючої громади. Мілязеньський договір наводить іменно, що правами наслідного винаємника можуть послуговуватися крім його наслідників (*οἱ ἐξ αὐτοῦ*) також тоті, *οἷς ἄν ἡ κληρονομία τῶν ὑπαρχόντων καθήκει*. Сли-би ту не було рівночасно бесіди про наслідну аренду (*εἰς πατρικά*), то-би можна повисші слова так розуміти, що давано землю в винаєм лиш на час панованя архонта. Але з огляду на неслідимість винайму не можна, думаю, слів тих, стоячих безпосередно в альтернативі (*ἢ* = або) по словах *οἱ ἐξ αὐτοῦ* інакше розуміти, як про сингулярну сукцесію за дозволом архонта ²⁾.

Хоть колоніст такий одержував землю лиш на уживане (*Nutzniessung*), то мимо того могло з огляду на неслідимість і локально дозволене право продажі в часах індивідуальної власности землі легко у селян виробити се поняття, що они суть власниками землі, на котрій від віків сиділи.

Серед аграрних борб і розділюваня землі державної узглядняла по вей імовірности навіть держава дотеперішних

¹⁾ Mitteis, l. c. стор. 11. ув. 2, 3, 4.

²⁾ In concreto має ся до діла з землею святині, тому вимагає ся дозвіл державної власти.

хліборобів-арендарів і давала їм при розділі землі на власність першєнство перед прочими громадянами. Таким чином ставав нераз хлібороб з первісного наємника (*γεωργός*) власником землі (*γεωμόρος*, від *μείρομαι*)¹⁾. В той спосіб мабуть затерся в багато случаях первісний характер права уживання землі *εις πατριά* і переобразував ся в сильніше право власности хлібороба.

Відси мабуть і походить, що право уживання землі *εις πατριά* в старій Греції лиш нечисленими випадковими грамотами доказане і з правного боку далеко менше вияснене, ніж в праві римскім. Греки мали крім того до діла майже з самими братами по народности²⁾. Римляне-же з чужим елементом. Тому рішали ся у Греків аграрно-соціяльні питання з одної сторони справедливійше, з другої сторони з більшим супокоем ніж у Римлян.

¹⁾ Таку появу находимо часто в аграрній історії старини. В римскім праві суть на се докази в т. зв. бонітарній власности та в власности землі на провінціях (пор. Dernburg, Pandecten, I. § 193).

²⁾ З тої причини була і неволя в Греції, особливо в Атиці, далеко лагідніша, ніж у Римлян (Grünberg, Unfreiheit в Hdwört. d. Staatsw. VI. стор. 327. 330).

IV.

(Емфітевза римського права. Адміністративна і правна охорона арендаря. *Jus in agro vectigali, in rem actio. Mancipes. L. 3. D. 6. 3.* Право агентації. *Auctoritas. Laudemium.* Проволока емфітевти в плачєню данини. *Remissio canonis*).

І в праві римскім нема в давнину визначеного правного інститута пізнійшої емфітевзи. Радше маємо ту до діла з фактичним відношенем, в якім находили ся хлібороби, котрих поміщено на громадских ланах.

І ту має наслідна аренда свій початок в праві публичнім, не приватнім¹⁾. Тому основувало ся тото правне відношенє більше на принципax *aequitatis*, ніж *stricti iuris*. Римські юристи тому і не занимались ближше тим відношенєм; оно находило своє рішенє, особливо в часах натуральної господарки, в адміністративній дорозі²⁾. Дперва з часом, коли стало прекарістам на громадских resp. державних ланах тіснійше, коли отже показала ся потреба правової охорони прекарієтів супротив громади і других суєїдів-хліборобів, треба було винайти форму, щоби і се відношенє уняти в рамці цивільного права. На бажанє сторони давав претор анальоґічно як в праві чисто приватнім непоковному *interdictum uti possidetis*³⁾. З розростом того відношеня по-за обсяг т. зв. векті-

¹⁾ Pernice, *Parerga* I. c. стор. 84.

²⁾ Weber, *Röm. Agrargesch.* стор. 219. моя *Theilpacht*, стор. 24.

³⁾ Сесе оспорує против *Dernburg-a Bekker* в *Zeitschr. f. R. G. roman. Abt.* V. ст. 143-154. Але без підстави. Гл. Pernice, *Parerga* стор. 33. 34, *Dernburg Pand.* I. ст. 405. ув. 3 (V вид.); Brinz, *Pand.* I, стор. 819/820 (II. Aufl.). Суперфіциарєви дано від разу *interd. de superficie* (I. 1 pr.

гальних ґрунтів дано емфітевті навіть *vindicatio utilis*, дальше *actio negatoria* і *confessoria*, через що ставало его прирівнане до власника землі ще більше основане.

Римська *emphyteusis* має свій початок, як сказано, в праві публичнім. Се доказує найлучше розвій того інститута. В науці права римського нема про се спору, що в старім римськім праві, коли ще нема слова і понятя *emphyteusis*, примінювано подібне емфітевзі відношене, т. є. наслідну аренду, до землі державної¹⁾ (*ager publicus populi Romani*) і до мійських ґрунтів, котрі підлягали данині (*vectigal*). Зв'язь тоту між емфітевзою і відношенем на *ager vectigalis* (*ius in agro vectigalis*) висказав законодавець Юстиніян наймаркантийше в той спосіб, що з'ідентифікував оба понятя в написи до *tit. III. Dig. VI.: si ager vectigalis, id est emphyteuticarius, petatur.*

В тім місці (l. 1. pr. D. 6. 3.) учить Paulus, що мійські громади (*civitates*) мали двоякого рода ґрунта: одні підлягали данині (*vectigal*) і звали ся тому *agri vectigales*, другі свобідні були від данини (*agri non vectigales*). Перші віддавано (правильно) в вічну аренду (*in perpetuum locantur*), другі оброблювано в той спосіб, як ґрунта приватні (*ita colendi dantur, ut privatim agros nostros colendos dare solemus*). Що було основою тої різниці, Paulus не каже. Але можна догадувати ся, що *agri non vectigales* були ґрунта ліпші, котрі могла мійська управа з хісном в власнім заряді обрабляти, або під корисними условинами в відкличну аренду пустити. *Agri vectigales* були очевидно некорисно положені або несправні ґрунта, на котрі не легко було найти хлібороба (*cultor*). В тім згляді доповняє себе місце Paulus-а Hyginus (*de cond. agr. 116*), котрий каже:

vectigales autem agri sunt obligati quidam reip. p. R. quidam coloniarum aut municipiarum aut civitatum aliquarum,

D. 43. 18; l. 1 § 5 D. 43. 16), бо ту була правна оборона з огляду на се, що нарушене посідання було частійше, бо предмети *superficie* не були такі розлогі, як при *emphyteusis*. зараз конечна.

¹⁾ Так уже старі учебники, прим. Puchta *Inst. II § 245, Dernburg Pand. I. § 258*. Тому невирне твердження *Mitteis*-а (стор. 18), будьто дотеперішні учені майже виключно говорять о вектігальнім відношеню іно на громадських ґрунтах.

qui et ipsi plerique ad populum Romanum pertinent. Ex hoste capti agri postquam divisi sunt per centurias ut assignarentur militibus, quorum virtute capti erant, amplius quam destinatio modi quamve militum exigebat numerus, qui superfuerunt agri vectigalibus subjecti sunt alii per annos quinos alii vero (mancipibus ementibus) in annos centenos pluresve. Finito illo tempore iterum veneunt, locanturque ita ut vectigalibus est consuetudo.

Місце тото учить нас, що про данину (vectigal)¹⁾ від плодів землі можна властиво говорити лиш при ґрунтах, котрі Римляне в війні від ворога забрали (ex hoste capti agri). З тих ґрунтів розділювано ліпшу пайку між жовнірів, котрим завдячено чужу окупацію. Від сих ґрунтів не платили тоті борці очевидно данини, се були отже agri non vectigales. Позістали охлапи обтяжувано даниною (qui superfuerunt agri vectigalibus subjecti sunt), котру мали очевидно тоті платити, котрі тоті ґрунта дістали на уживанє (відси і назва agri vectigales).

А давано їх на уживанє в дорозі ліцитації, подібно як і сам ґрунтовий vectigal та другі данини, котрі виарендовували від мійських громад publicani. Лиш після Paulus-a (l. 1. pr. D. 6. 3) давано такі вектігальні ґрунта в аренду лиш „in perpetuum“, після Nugin-a також в відкличну аренду (alii per annos quinos). Здає ся однак, що в тім напрямі має Nuginus рацию мимо того, що Paulus підносить вічну аренду як характеристичну ціху ґрунтів вектігальних супротив agri non vectigales. Сей хибний погляд Paulus-a слідує з єго власних слів, висказаних безпосередно дальше в l. 3 cit.: idem est (іменно право послугувати ся позвом in rem actio), et si ad tempus habuerint conductum, nec tempus conductionis finitum sit.

Ту говорить Paulus без сумніву про відкличну аренду та рівночасно без сумніву про ager vectigalis. Оба момента могли побіч себе стояти, можна отже було говорити про ager vectigalis, котрий давано в аренду відкличну. Тому мусить поправити ся перший висказ Paulus-a (l. 1 pr. D. 6. 3) о стілько, що agri vectigales лише в правилі (але

¹⁾ Vectigal — від vehere — означає подібно як грецке φόρον взагалі кожду дачу, мито, котре дає ся державі або громадї від ввезених або вивезених річий (l. 17. § 1 D. 50, 16). L. 16 § 7 D. 39. 4 вчисляє тоті „species pertinentes ad vectigal“.

не безусловно) in perpetuum locantur; бо не легко було найти винаємників на час обмежений, іменно на 5-літній речинець, на котрий звичайно і само мито (vectigal) давано publican-ам в аренду.

Спір про се, хто брав в наєм ґрунта вектігальні на час обмежений, а хто на віки, або, як *Huginius* каже, на сто і більше літ, уважаю цілком злишнім. Іменно учить *M. Weber* (*Röm. Agrargeschichte* ст. 140), що в вічну аренду брали тоті ґрунта лише *mancipes*¹⁾ = великі арендарі, посесори (*Grosspächter*), котрі (після *Webera*) подібно як *publicani vectigalium* уважали арендоване ґрунтів вектігальних для себе ремеслом, з котрого жили, даючи відтак виареновані ґрунта поодиноким селянам в під'аренду, чи то відкличну чи також вічну: *mancipes autem, qui emerunt lege dicta ius vectigalis, ipsi per centurias locaverunt aut vendiderunt proximis quibusque possessoribus* (*Huginius l. c.*).

Mitteis (*l. c.* стор. 14 — 17) хоче нестійними аргументами доказати, що *mancipes* противно брали в аренду данини („die Abgaben“) лише на 5-літній речинець і мали при тім обовязок, наслідних арендарів (очевидно з поміж дрібного селянства) винайти і поставити („ausfindig zu machen und anzusetzen“, стор. 15). З того заключає дальше *Mitteis*, що наслідними арендарами були дрібні селяне, малі люде (*kleine Leute*).

Спір сей уважаю тому злишнім і невмістним, що наведене перше місце *Hugin*-а не робить властиво характеристичної різниці між *mancipes* і другими особами, що беруть ґрунт вектігальний в аренду. Противно стає після *Festus*-а кожний *mancipes*-ом, *qui quid a populo emit conductive*, если лиш є в силі виповнити умовини ліцитації і піднесенем руки обіцяє їх додержати (*manu sublata . . . promisit*). Чи се мусить бути богатир-магнат, чи також може ним бути звичайний хлібороб, про се не згадує ні *Festus* ні *Huginius*. Тому і неоправдана сеся різниця, яку вводить ся. І при *publican*-ах говорить ся цілком загально: *Publicani autem sunt, qui publico*

¹⁾ Назву сеюю виясняє *Festus* так: *Mancipes dicitur, qui quid a populo emit conductive, quia manu sublata significat se auctorem emptionis esse; qui idem praes dicitur, quia tam debet praestare populo, quod promisit, quam is, qui pro eo praes factus est.* Поп. l. 11 C. IV. 61

fruantur, nam inde nomen habent; . . . et omnes, qui quid a fisco conducunt, recte appellantur publicani (l. 1. §. 1. D. 39. 4)¹).

Инша річ, як справа винайму ґрунтів вектіґальних фактично стояла. Ту має рацію на мій погляд М. Weber, що головно брали тоті ґрунта в вічну аренду велико-арендарі, котрим назва *mancipes ex professo* відповідала. Мійській громаді чи державі було далеко вигіднійше і певнійше мати до діла з одним або кількома *mancipers*-ами, ніж з цілою юрбою дрібних селян-бідолахів. Особливо-же в часах пізнійших, коли стало на землі тіснійше, коли дрібне селянство з превеликої нужди добровільно піддавало ся під опіку богачів і урядників (гл. висше під II. 2. in fine), воліло тото неволене селянство мати до діла з маґнатами, ніж безпосередно з державою, бо замість гнету єї урядників могли радше рахувати на їх милость. Тому висказ *Hugin-a*: *mancipes autem . . . ipsi per centurias locaverunt aut vendiderunt proximis quibusque possessoribus* — мав фактично примінене мабуть чи не у всіх случаях. Оно виглядає на се тим певнійше, що бідолахови не легко було стягнути ся на потрібну при винаймі кавцію (аналог. l. 9. пр. D. 39. 4), або поставити вартних ручителів (l. 7. C. 11. 61), чи то найти союзників (*socii*), котрі за него солідарно відвічають (l. 3. § 1, l. 9. § 4, l. 6 D. 39. 4).

Рівнобіжно з питанем, чи лиш „вічні *mancipes*“ брали вектіґальні ґрунта в наслідну аренду, дана також відповідь на спір, чи селяне, котрі брали в наслідну аренду вектіґальні ґрунта, були великі підприємці, чи „малі люди“ (*kleine Leute*).

Вже в давну старину, при винаймлюваню вектіґальних ґрунтів, находимо несумнівні докази на се, що Римляне інакше гляділи на арендарів вектіґальних ґрунтів, ніж на винаємників інших недвижимостей. Хто в Римі взяв чужий ґрунт в аренду (*locatio-conductio*), не виходив супротив власника землі з ролі піддано-службової: він був лиш детентором землі (*in possessione esse*, l. 10 § 1 D. 41. 2) в імени *locator-a*, тому не мав ні посесорних інтердіктів, ні позову на задержане землі після договора. Сли єго власник передвчасно з землі викинув

¹) В пізнійших часах роблено різницю при декотрих „монополях“, н. пр. при соли (l. 11. C. IV. 61).

міг арендар жадати лише відшкодоване, личною actio conducti¹⁾.

Інакше при винаймленю землі вектігальної (ager vectigalis) взагалі, та при наслідній аренді в подрібности. Ту був арендар не лиш детентором (in possessione esse), але і правним посесором (possidere). Тому боронив его претор інтердиктом „uti possidetis“. Ба що більше: ему признано петиторну actio in rem супротив locator-a, так що арендар той не мусів вдоволити ся відшкодованем, але міг жадати, щоби его назад на землю уведено. Се доказує вже супротив старих agri vectigales Paulus: Qui in perpetuum fundum fruendum (а говорить ся ту взагалі лиш про ager vectigalis) conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere iis in rem actionem adversus quemvis possessorem; sed et adversus ipsos municipes (l. 1. § 1. D. 6. 3).

Оно-би може не впадало ще так в очи, сли-би тоту далеко ідучу охорону признано лиш наслідному („in perpetuum“) арендареви. Але-ж той сам юрист зараз низше в l. 3 учить з того самого преторного едікта (lib. XXI ad Edictum): „idem est, et si ad tempus habuerint conductum, nec tempus conductionis finitum sit“.

Се вже против всяких норм locati-conducti (D. 19. 2), давати часовому арендареви in rem actionem . . . et adversus ipsos municipes (поодинокі громадяне евентуально сама громада). Супротив сего місця стає Mitteis (l. c. стр. 16) безрадним, та каже: „Wer wird denn glauben, dass ein Bauer, der von der Gemeinde auf fünf Jahre gepachtet hat, eine dingliche Klage hat?“. Тому вважає Mitteis місце се зіпсованим і поправляє его так, що по словах „et si...“ додає слово „mancipes“ (не мішати з municipes!), щоби тим місцем супротив Weber-a доказати, що і mancipes могли брати землю в аренду на 5 (не лиш на 100 і більше) літ!

На мою думку не треба тут нічо додавати, а таки „вірити“, що хлібороб, що взяв ager vectigalis в аренду на 5 літ,

¹⁾ Dernburg Pand. I. §. 174 у. 4, II. § 111 sub. 4. В праві повсюднім було се заострене лагідніше.

має також *actionem in rem* ¹⁾. Не треба забувати, що все тут розходить ся лиш о ґрунта, на котрі наложено дачу (*ager vectigalis*) ²⁾. Їх винаєм був получений, з формальностями і трудностями (*cautio, fideiussores*). При кожній дачі (*vectigal*) виходили Римляне з того становиска, що держава, чи єї правні наслідники (прим. *publicani*), мусять наложену дачу дістати: она независима від особи, а тяжить на річи самій. Отже і в нашім случаю тяжить *vectigal* на самій землі, в чиїх небудь руках земля находить ся. Тому мусять кожний *possessor* не лиш за себе відвічати, але і за своїх попередників, та за них залеглу дачу до шельюга заплатити. Щоби тоту ідею наскрізь перевести та правно умотивувати, впали Римляне на гадку, що в тім случаю властиво ґрунт сам, а не особа заключила договор, що отже ґрунт, земля, відповідає за дачу (*vectigal*). Сея ідея відвічальности річи самої (подібно як у нас за ґіпотечарні довги) сягає безперечно в старі часи муніципальної управи, а не введена доперва цісарами *Antonin-ом* і *Verus-ом* ³⁾.

Відповідно до того погляду було лиш *aequum*, щоби при тім, з публичного права перенятім, відношеню дано виїмково і арендареві (*conductor*) землі вектіґальної правну охорону на ширших основах, ніж єї мали другі арендарі. Без огляду на час аренди, а лиш тому, що розходить ся о аренду *agri vectigalis* признає старе вже право римске такому арендареві виїмково *actionem in rem adversus quemvis possessorem et adversus ipsos municipes*.

На тій основі мав цісар Зенон (476 - 484) історичну підставу в звісній конституції (l. 1. C. 4. 66) піднести знаменну різницю супротив звичайної аренди (*conductio*) і заявити: *Jus*

¹⁾ При церковних ґрунтах пізнійшого часу розуміє ся се само собою. Гл. примітку 1 на стор. 32).

²⁾ Без всякої підстави принимає *Brinz, Pand. I* стор. 811 (II. Aufl.), що ту не говорить ся о *ager vectigalis*.

³⁾ *Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt, in vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri, et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere, eoque exemplo actionem, si ignoraverint, habituros* (l. 7 pr. D. 39. 4). Цісари і не спостерегли ся, що говорять о землі (*praedia*), хоть після змісту D. 39. 4 повинні говорити о движимих річах, котрі підпадають дачі. Вже з того можна пізнати, що той сам принцип був від давна при *ager vectigalis*.

emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis¹⁾ esse titulis addicendum, sed hoc jus tertium sit constitutum ab utriusque memoratorum contractuum societate vel similitudine separatum, conceptionem definitionemque habere propriam et iustum esse validumque contractum.

Але тут вже очевидно не говорить ся про аренду *agri vectigalis*, бо назва тога не приходить більше в цісарських конституціях, почавши від Константина, — а взагалі про наслідну аренду, чи она відносить ся до державних і цісарських, чи до приватних ґрунтів.

Від тої ширшої охорони правної, яку признано в староримськім праві кождо му арендареві *вектігальних ґрунтів*, датує ся також сильнійший характер правний пізнійшої емфітевзи. Він виступає в цісарських конституціях подібно як в старім римськім праві в формі признання *in rem actionis* (названа також *actio vectigalis* l. 15 § 26 D. 39. 2) в користь емфітевти, а дальшим наслідком тої ширшої охорони правної було причислене емфітевзи до прав „річевих“, до котрих і право власности належить²⁾.

Зі становиска староримського права *in vectigalibus ipsa praedia non personas conveniri* (l. 7. pr. D. 39. 4) виходило-би, що винаймаючій громаді, чи державі повинно-би було бути обоятно, хто на *вектігальнім ґрунті* сидить. З того становиска можна проте прийняти, що *вектігальному арендареві* вільно було, право уживання *вектігальної землі* продати. Чи тоту льогічну консеквенцію прийнято, на се нема прямих доказів у римських юристів³⁾. Держава resp. громада тримала ся вправді „землі“ при стягненю дачі (*vectigal*), але і особа хлібороба безперечно не була цілком обоятна, бо і самої дачі — особливо в натурі — не буде, сли земля несправлена, як слід. Тим менше могла особа арендаря бути обоятною, що і *locator* не міг арендаря, як при звичайній аренді, без рації

¹⁾ Сей спр був вже впрочім і при винаймі *agri vectigalis* (Gaius, Inst. III. 145).

²⁾ Відси і погляд в середовіччині, що емфітевза є „*dominium utile*“. Пор. також § 1122 австр. зак. цив. супротив I. 21. § 187 зак. пруского.

³⁾ Потверджене Pliniusа (Ep. 7. 18) — Mitteis, l. c. стор. 27 — не є доволі ясне. Тому годі на него покликати ся, як се Mitteis робить. Пор. також Pernice, Peregä, l. c. стор. 89.

прогнати. На всякий спосіб суть класичні юристи в тім питаню дуже осторожні, не так н. пр. як при питаню, чи допустиме є право заставу на вектігальнім ґрунті, на котре Paulus без надуманя притакуючо відповідає ¹⁾, очевидно тому, що тут і віритель і довжник будуть на то наставати, щоби земля не лежала облогом.

З огляду на се не можна прийняти, щоби безумовно дозволено було арендареві вектігальну землю resp. право єї відвічного уживаня продати. Може бути, що льокальні норми не були тому противні — подібно, як се було в декотрих сторонах Греції ²⁾, бо в тім правнім відношеню рішав взагалі звичай льокальний ³⁾.

Але виглядає, що і в тих случаях, де було прийняте право продажі, не сьмів сего арендар зробити без при з в о л у винаймаючої громади resp. держави. Аналогія норми, наведеної у l. 11 § 1 D. 39. 4 була ту, де розходило ся о правне відношенє публіцистичного права, дуже на місци. Наведене місце Paulus - а звучить іменно: *Agri publici, qui in perpetuum locantur, a curatore sine auctoritate principali revocari non possunt.*

Сея аuctoritas або, як пізнійше приходить, consensus (l. 3. C. IV. 66), decretum (l. 13 C. V. 71), тягне ся як червона нитка при продажі всіх ґрунтів, котрі безпосередно або посередно стоять в зависности від державної або иншої публичної влади ⁴⁾. В пізнійших часах відпала потреба призовленя на продаж зі сторони голови держави, а вдоволено ся повагою і одобренєм суда (l. 1. C. XI. 61). Одобренє не було однак імовірно інтегральною частію алієнаційного договора: акт правний був важний, скоро лиш не відступлено від

¹⁾ L. 16 § 2 D. 13. 7 *Etiam vectigale praedium pignori dari potest.* Що тут ходить о pignus в користь арендара, слідує з дальшого змісту того місця, де признає ся право заставу „навіть“ superficies-ареві. — Дозволено також арендареві „alii fundum vectigalem legare“ (l. 71 § 6 D. 30).

²⁾ Гл. висше sub. III., ст. 19, до ув. 1.

³⁾ *In omnibus vectigalibus fere consuetudo spectari solet, idque etiam Principalibus Constitutionibus cavetur* (Paulus, l. 4 § 2 D. 39. 4).

⁴⁾ Дозвіл влади на продаж потрібний і сьогодні після отоманського права (очевидно перенято з візантійського права) при т. зв. мірійських („державних“) ґрунтах, хоть они фактично стоять сьогодні в приватній власности.

загальних умовин (*salva lege fisci*), під якими давала держава землю таку в аренду¹⁾.

Юстиніян признав потребу того дозволу (*consensus*) при продажі емфітевзи (*ius emphyteuticum*), а навіть при продажі власних будинків і других меліорацій (*suas meliorationes, quae graeco vocabulo ἐμφοιήματα dicuntur*) емфітевти конечною (I. 3. C. IV. 66). Лиш тепер, де і приватні люди могли землю давати в емфітевзу, говорить ся загально про *consensus domini*, а крім того можна було в грамоті о установленю емфітевзи (*emphyteuticum instrumentum*) о тім подрібно та навіть противно²⁾ условити. Тепер ходило іменно о се, щоби дати власникови землі право першєства перед чужою особою та упевнити єго, що і новий емфітевта буде мїг свої обовязки сповняти (*personas.. idoneas ad solvendum emphyteuticum canonem*). Давнїйше-же, при *agri publici* і *agri vectigales*, ходило при потребі *auctoritas* мабуть більше о се, щоби „верховну власть“ винаймаючої держави resp. громади зазначити (*Recognitionengebühr*).

Сесю сторону уміли в пізнїйшїм праві хапчивї (*avaritia tenti*) власники землі в грошах висказати: жаждали при продажї меліорацій або самого права для себе також „куку в руку“ (пізнїйше „*laudemium*“ назване). Юстиніян того не заказав, але поставив тих ласунів перед альтернативою: або в протягу двох місяців мають ся заявити за правом первокупу (*Vorkaufsrecht*), або пустити чужого чоловіка і жадати титулом „перепродажного“ найбільше 1/50 часть продажної суми resp. процїни (*non amplius eis liceat pro subscriptione vel depositione nisi quinquagesimam partem pretii vel aestimationis loci, qui ad aliam personam transfertur, accipere* — I. 3. C. IV. 66). Сесе видумали безперечно пізнїйше *avaritia tenti domini*, бо в старших жерелах не подибуємо сего нового тя-

¹⁾ Наведена с. I. C. XI. 61 каже: *Si quis fundus emphyteutici iuris, salva lege fisci, citra iudicis auctoritatem donaverit, donationes firmae sint, dummodo suis quibusque temporibus ea, quae fisco praestanda sunt, repraesentare cogatur.* Ся I. 6 cit. не говорить о *auctoritas*, то се цілком оправдано, бо тут ходить о патрімонїальні грунта, котрі перейшли в повну прирятну власність обдареного.

²⁾ Се потверджує повисше наведений погляд, що *auctoritas iudicis* не була інтегральною і необходимою частию алїєнаційного договора.

гару ¹⁾. Може бути, що були до сего спонукані надто частою зміною емфітевтів, котрі з нужди за безцін — хоть з дозволом власника — відступали землю другим, най і они зазнають того добра.

Така нова дача могла бути одним з перешкодних средств, котрі вели до можливої стабілізації хліборобів на ґрунтах вектігальних (емфітевтікарних). Бо хоть-би тої 1/50 часті і не платив дотеперішній а новий емфітевта, то все-таки узгляднить се новий купець при условленю продажної ціни, так що остаточно тота дача (*laudemium*) таки лишить ся на плечах старого емфітевти.

Другим таким стабілізаційним средством супротив вектігального хлібороба уважаю приписи, відносячі ся до плачення данини (*vectigal*, пізнійше *pensio*, *reditus*, *canon*, *εμφύτευμα*). Ми виділи, що в тім згляді тримала ся винаймаюча громада чи держава прямо „землі“ самої: що на ній було, забирала (l. 7 pr. D. 39. 4) ²⁾. Се могло вектігального хлібороба спонукати, бодай в догідну для него пору, тже з повними кишнями, з хутора утїкати, а на всякий спосіб було се для купців емфітевзи (о скілько продажа була дозволена) важним *momento*, не так легко ввійти на ґрунт попередника, а радше его самого на нїм лишити, если тяжили довги з попередних літ. І тим отже посередним способом відбирала держава вектігальному хліборобови наперед можливість, хитро-мудро з задовженого хутора з повною кишеною відістатись.

Про право прогнання (*reiectio*, *deiectio*, *expellere*) хлібороба з ґрунту за неплаченє данини не находимо тому при вектігальній землі згадки. Але з часом, особливо коли *jus emphyteuticum* розширено і на ґрунта чисто приватні, та тому не можна було примінити загально теорії о „відвічальности“ землі“ самої, треба було оглянути ся за нормою, ко-

¹⁾ Гл. про се *Mitteis* l. c. стор. 25 ув. 2

²⁾ Сумніваю ся однак, щоби правильно домагано ся чиншу (*vectigal*) від арендаря наслідного не позвом особистим, а *rei vindicatione*, як се приймає *Mitteis* (l. c. стор. 26). Як довго суть плоди ще на ґрунті не відділені (*separatio*), має *rei vindicatio* змисл і успіх. Але пізнійше? Щоби старе право зараз давало власть на прогнанє недбалого хлібороба, на се нема доказів. Диви про се *Dernburg*, *Pand.* I. § 259 ув. 16.

тра-би назначила кару на емфітевта, котрий не платить в час данини. Римске право не пійшло в тім згляді слідами старогрецького права, котре підвисшало зразу звичайну дачу на півтора-разову (*φόρον ἡμιόβλιον*), а приняло прямо право віддаленя, прогнаня хлібороба з хутора. Але і тут було юстиніянське право досить обережне і, можна сказати, людяне. Емфітевта мусів свою недбалість продовжувати через повних три роки, щоби стягнути на себе кару прогнаня¹⁾. Єсли в тім часі емфітевта сам зголосив ся з заплавою, то не сьмів власник землі дотеперішну недбалість емфітевти на свою користь визискати і через неприняте залеглої данини немилого хлібороба позбути ся. Емфітевта міг дати собі потвердити через область свою готовість заплати і се вистарчало, щоби на ґрунті дальше лишити ся (l. 2 C. 4. 66). Не хотів власник землі і тепер ще канона прийняти, то се єго страта: *non solvitur emphyteusis, et lucratur pensionem emphyteuta etiam sequentis temporis, donec dominus mittat et attestationem petat* (l. 32. C. I. 4).

При малолітніх емфітевтах зарядив цар Константин ще більшу лагідність: їх не можна було і по *triennium* зараз прогнати з хутора; они лишали ся на „батьківщині“, сли і „троха пізнійше“ залеглий чинш заплатили (l. 2 C. XI. 61).

Проволока емфітевти могла іменно настати в неурожайних літах. Часовому арендареві давало римске право шільгу опустом чиншу²⁾ *remissio mercedis*, l. 15 §§ 2—4, l. 25 § 6 D. 19. 2), хоть не признавало при тім надто великої щедрости, бо при довшій аренді вимагало компенсації товстих і голодних літ (l. 8 C. IV. 65).

¹⁾ *Sed (si) per totum triennium neque pecunias solverit, neque apochas domino tributorum reddiderit, volenti ei licere eum a praediis emphyteuticariis repellere* (l. 2. C. 4. 66). Лиш при церковній емфітевзі вистала дволітна недбалість (нов. 7. сар. 3 § 2., нов. 120 сар. 8). Ту принято очевидно норму звичайної аренди (l. 56. D. 19. 2), бо на церковних ґрунтах признана була також *emphyteusis temporaria* (нов. 7 сар. 3 § 2), а вічна емфітевза була навіть заборонена (з виїмком самого Царгорода і околиці), бо не багато різнить ся від алієнації (нов. 7 сар. 1., нов. 120 сар. 6 § 1).

²⁾ Новий німецький цив. закон (§§ 581—597) покинув в загалі при аренді (*Pacht*) рииский принцип про *remissio mercedis*. Пор. однак §§ 1104, 1105 австр. цив. зак., арт. 308 швайц. обл. зак та § 1588, 1589 нач. угорського цив. зак.

При емфітевзі, не повинно би взагалі бути бесіди про *remissio canonis*, особливо від цісаря Зенона, коли рішучо заперечено емфітевтікарному договорови характер *conductionis*. Та мимо того висказує ся Зенон про се виразно хоть доволі неясно в своїй *const. 1 C. IV. 66*.

Певно лиш то, що і при емфітевзі можуть сторони вимовити собі право опусту чиншу. Сли сего не зроблено, тоді нема бесіди про опуст, як лиш в части постигло землю емфітевта якесь нещастє: *sin vero particulare vel aliud leve contingerit damnum, ex quo non ipsa rei penitus ledatur substantia, hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscribendum (l. cit.)*.

Не так ясный є початок цит. конституції Зенона: *si quidem tanta emergerit clades, quae prorsus etiam ipsius rei, quae per emphyteusin data est, facit interitum, hoc non emphyteuticario, cui nihil reliquum permansit, sed rei domino, qui, quod fatalitate ingruebat etiam nullo intercedente contractu habiturus fuerat, imputetur*.

Тяжко припустити, щоби ту цар Зенон мав на увазі самозрозуміле рішенє в тім случаю, де ходить о цілковите і сталє знищенє (*interitus*) землі даної в емфітевзу, на пр. землю залле море на все, знищить вулькан на віки. Що ту поносить втрату власник землі, не треба і говорити, бо де нема предмета договорного, там і нема бесіди про права і обовязки контрагента. Тому виглядає, що цісар Зенон не мав тих случаїв на умі, а радше хотів рішити питанє, кого постигає нещастє, в наслідок котрого земля емфітевта не дала зовсім жадних доходів, н. пр. вода залле землю не на віки, а на кілька літ, або на час жнив. І в тім случаю настає *interitus ipsius rei, quae per emphyteusin data est*, бо з таким ґрунтом, котрий в часі управи цілком заллятий, не може хлібороб нічого почати. І ту ушкоджена цілковито *ipsa rei substantia*, а не лиш плоди землі. Тому робить, думаю, конст. Зенона різницю в тім, чи нещасний случай діткнув землю саму, чи лиш вї плоди, а з другої сторони, чи є страта в повнім обемі, загальна, чи лиш часткова або незнатна. Після того принціпа треба рішити питанє, хто поносить страту нещасного случая при емфітевзі: Рішучо же мусять обі сторони поносити наслідки злого року — отже і при *particulare vel aliud leve damnum* — в тім случаю, де канон условлений

в натурі і то в аліквотній частині плодів, бо і ту має в економічному напрямі примінене правило: *partiaris colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur* (l. 25 § 6 D. 19. 2)¹⁾. З огляду на господарську ціль емфітевзи та доволі лагідне, поступове з емфітевтами, не можна ніяк тих літ, в котрих нещасний випадок забрав хліборобови увесь дохід, вчисляти до *triennium* проволони емфітевта, за котру його може власник землі прогнати. Конст. Зенона давала і ту емфітевті правну охорону, бо годі що другому давати, де сам чоловік нічого не має (*nihil reliquum permansit*). Втім випадку відпадав безперечно і обов'язок емфітевти, платити державі ґрунтовий податок (*tributum* l. 2. C. IV. 66). Таке розуміння²⁾ цит. конст. Зенона підтримує стабілізацію правового відношення, до котрої емфітевза поняттям своїм прямує.

¹⁾ Пор. також § 1590 нач. угорського зак. цив.

²⁾ Так мабуть розуміє це місце Dernburg, *Pand. I. § 260 2*, коли каже: *Partielle Zerstörung oder Verminderung der Emphyteuse giebt keinen Anspruch auf Minderung des Zinses*. Гл. також Brinz, *Pand. I. стор. 823* (II. Aufl.). В противнім випадку властиво і нема „зменшення“ чинну, а цілковитий опуст (*Nachlass*).

V.

(Mitteis: Різниця між *jus perfectum* і *jus emphyteuticum*. „*Bifanksrecht*“)

Коли про винаєм ґрунтів вектіґальних дуже скупі маємо відомости, то находимо в часах цісарства близше унормоване правного відношеня між насліднім арендарем землі а її власником. Та і саму назву *emphyteusis* подибуємо доперва тепер, а компілятори юстиніянського права найшлись привауканими, посвятити тому правному відношеню, котре они охрестили назвою „*jus emphyteuticum*“, в „конституциях“ осібно місце. (*J. Const. lib. IV. tit. 66 de iure emphyteutico*).

До того мусіла бути особливша причина. Безпосереднім товчком до сего могло бути лиш знатне розширене емфітевзи. Розширене тото дасть ся легко вияснити із обставин, які були наведені в історичнім відділі (II. 2) сеї розвідки.

За цісарства змінила ся в римській державі аграрна політика. Давних *patres patriae* не щадили цісарі, а забирали їм прямо тото, що тоті „добродії“ народа для своєї особи уміли захопити. Часть тих конфіскованих дібр ішла на рахунок державний, а децо побільшало безперечно також приватний маєток династії¹⁾. Для одного і для другого треба було при недвижимостях винайти найкористнійший спосіб управи, а ним було винаймлене в наслідну аренду.

В праві юстиніянськім находимо для того правного відношеня побіч назви *jus emphyteuticum* також ще назву *jus perpetuum*. Що обі назви треба ідентифікувати, слідувало-би з самого понятя емфітевзи, при котрій, як каже Paulus — *agri (vectigales) правильно in perpetuum locantur* (l. 1. D. 6. 3.).

¹⁾ Тепер розрізнявано: а) *fundus rei privatae* — майно корони, котрого не сьмів володар наслідникам вкоротити. Пізнійше підтягано під ту назву всі державні домени. б) *Fundus patrimonialis* — приватне майно влодара (Mitteis l. c. стор. 42).

Mitteis (l. c. стор. 40 слід.) учить перший, що в перед'юстиніянським праві треба робити різницю між *jus perpetuum* а *jus emphyteuticum*. Різниця тота затерла ся з часом і в р. 393 находимо перший раз оба понятя змішані, з'ідентифіковані (стор. 49. 50), так що в юст. кодексі оба понятя безперечно ідентичні (стор. 41).

Після Mitteis а *jus perpetuum* було продовженем аренди на *agri vectigales* (стор. 43); єго примінювано в часах цісарства на відеікомісні добра корони (*res privata*) і на державні домени (стор. 42, 50, 56). *Jus emphyteuticum* примінювано виключно при *fundi patrimoniales*, свобідній власности володаря.

Різниця обох полягає після Mitteis-а в сїм: 1. *Perpetuarius* є власником землі, *emphyteutarius* лиш арендарем (*conductor*); 2. першому (*perpetuarius*) не сьміє ся землі відобрати, хіба на осібний наказ цісарский, другому може; 3. лиш *emphyteutarius* не сьміє невільникови землі надати волі, *perpetuarius* може (стор. 44. 45)¹⁾.

Jus emphyteuticum було після Mitteis-а початково (?) наслідна (*vererblich*), довго треваюча, але не вічна аренда, *jus perpetuum* було противно неограничене часом.

Чи і о скільки тота нова теория Mitteis-а оправдана, не берусь тут судити і близше в ню входити. Она має на всякий случай лиш правно-історичну вартість, бо ще раз підношу, що після самого Mitteis-а в кодексі юстиніянським різниця тота затерта, тут уживає ся *jus perpetuum* і *jus emphyteuticum* як ідентичні понятя.

Виводи правно-історичні стоять і падуць з премісою, з котрої виходить ся. Mitteis-ови служить при тім премісою теза: при *jus perpetuum* заборонено було від давна („*iuxta legem veterem*“) підвисувати чинш, при *jus emphyteuticum* було се заборонено доперва р. 364 розп. Валєнтиніяна (стор. 46. 49. 56). Від того часу приготовляло ся звільна зближенє обох тих правних понятя, доки в р. 393 не настало їх цілковите змішанє²⁾.

¹⁾ Таких різниць можна би остаточно начислити більше, если правдива різниця під 1). Але сам Mitteis наводить з жерел місця (стор. 44. ув. 1), котрі против єго теорії говорять.

²⁾ Пор. також мою про се літ. замітку в *Jurist. Litteraturblatt* (Berlin) Bd. IV N. 9 стор. 249 і в „*Mjesečnik-y*“ (Zagreb) pro 190? No. 10 стор. 791 слід.

Доволі буде той історично-правний погляд *Mitteis*-а ту лиш коротко зреферувати. Зазначу хіба ще се, що *Mitteis* не подає початку того розрізнюваня між *jus perpetuum* і *jus emphyteuticum*, ані докладних і безпосередних внутрішніх причин, що стоять в звязи з історичним або аграрно-правним розвитком.

А сего-би треба, бо інакше стоїть теза, що *emphyteuticarius* є, а властиво був якийсь час, лиш „*conductor*“, в великій розбраті з жерелами, іменно що вже при *ager vectigalis* було правне відношене хлібороба в правилі вічне (*in perpetuum* l. 1. D. 6. 3). Тому треба-би знати, від коли і чому наступила в тім напрямі зміна. Если різниця була, то мабуть знакома вже була і давнійше, на що сам *Paulus* в l. 3. D. 6. 3, вказує. Але як раз се місце проголошує *Mitteis* (гл. висше IV зіпсованим, хоть оно-би в користь *Mitteis*-а доказувало, що вже і при аренді вектігальних ґрунтів можлива була *conductio ad tempus*, що отже вже і тоді можна би було назвати *emphyteuticarius*-а (з часів пізнійших) *conductor*-ом і вже жоді було-би знакове *jus perpetuum* і *non perpetuum*.

Та лишім се питанє, бо оно-би вийшло поза рамці реферата.

Так само може в тих рамцях лишити ся друге правне відношене, про котре *Mitteis* перший згадує при емфітевзі римській (стор. 28—33), а котре він охрещує германістичним словом „*Wifanksrecht*“.

Тото правне відношене слідно після *Mitteis*-а в добі римського цїсарства. В ту добу брали богатири-спекулянти (*conductores*, *Grosspächter*) в аренду великі цїсарські обшари, особливо ліси (*saltus*) і населювали відтак на них дрібних хліборобів (*coloni*) як віднаємників. Лучало ся тоді, що далеко від центра лежачі парцелі („*subcesiva*“) „лишали ся або мусїли лишити ся“ необробленими.

Тоті „клаптики“ викорчувували дрібні селяне (*coloni*) і узурпували їх для себе. Закон се їм дозволяв і признавав їм на тих „клаптиках“ „*usum proprium*“, або також „*jus possidendi ac fruendi hereditique suo relinquendi*“. Від тої викорчованої узурпованої землі мали селяне (*coloni*) давати своїм „*conductor*-ам“ третину плодів (!), але були яхийсь час і при деяких ростилах від тої дачки звільнені. Тоту корчевину

мусіли селяне справляти, бо інакше тратили по двох роках право до неї. Пізнійше розтягнуто право сесе і на приватні ґрунта. Тото право уживаня селян (coloni) називає Mitteis „Bifanksrecht“ і учить, що тото правне відношене треба добре відрізнити від емфітевзи, бо не основувало ся, як емфітевза, на договорі, а на окупації в наслідок викорчуваня і давало „стале і треваюче право“ (festes und dauerndes Recht), іменно usum proprium (стор. 31).

Сумнів против того погляду впадає зараз в очи на кождім кроці. Говорить ся лиш о usurpatio тих селян (coloni), котрі стоять в договорі з богатирами (conductores). Їм мусять тоті coloni платити від того „сталого і треваючого права“ данину. В чийм отже імени відбувалось корчоване і узурпація, чь в імени conductor-ів, чи colon-ів, котрі ще тратили тото „стале“ право, сли через два роки землі не справляли? Такий и usus proprius мав-би бути після Mitteis-а чимось певнішим від права емфітевти, котрого можна було задля недбалости прогнати доперва по трех літах!

Тай сама назва „Bifanksrecht“ не дуже відповідна. Взята она зі старо-германського „bifanc“: зі спільної громадської землі (almende) міг в Германії кождий член громади ліс викорчувати і для себе як приватну власність (Sondereigentum) „загарбати“ („einfangen“ — відси „bifanc“). (Пор. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte I. стор. 62). Як бачимо розходило ся при германськім bifanc-у о цілком инше правне відношене і серед инших обставин ¹⁾.

¹⁾ Подібні річи находимо і сьогодні на Балкані, де є т. зв. „Кметовске право“ (на мій погляд нічо инше як приватна наслідна аренда з деякими льокальними відмінами), основою аграрних відношень. „Кмет“ (colonus) держить в аренду землю „беґа“ (conductor) і викорчуває край неї з державного ліса або з пустині клаптик землі. Як довго розходить ся о „usus proprius“, оба вдоволені. Але як прийде на чергу питане „чье се“, тоді неиа кінця процесам.

VI.

(Емфітевза в нових законодавствах і її примінене).

Наслідна аренда — *emphyteusis* — се дуже старинний правний інститут, сягаючий часів історії елійського народу, з котрого бесіди взяв собі назву.

Та не лиш в глибоку старину, а і в середовічних часах був сей інститут під ріжними назвами ¹⁾ головним стовпом аграрної політики.

А і сьогодні знакома тота форма управи землі в многих краях в ріжних видах і відмінах; в декотрих сторонах Голландії (*beklemregt*), Франції (*bail héréditaire*, *quevaises*, *domaine congéable*, в Португалії (*aforamento*) ²⁾. Також „кметовске відношенє“ на Балкані і „кольонат“ (Контадінат) в Італії і Далматії не є в правнім відношеню нічо иншого, як наслідна аренда.

У нас не чути в практичнім житю майже нічо або дуже мало про наслідну аренду, мимо того, що § 1122 з. ц. виразно про ню згадує. Причину того треба глядіти, думаю, в тім, що і наслідну аренду уважала теорія ³⁾ по части обтяженем землі, котре не годило ся з новою струєю, яка почалась в Франції (декр. 4/8 1789) і прямувала до освободженя землі від всяких тягарів. Сесю звязь видно і з австр. цив. закона, котрий зараз безпосередно по наслідній аренді (§ 1122 „Erb-

¹⁾ Розширена була особливо емфітевза на церковних ґрунтах під назвою *contractus meliorationis*, в Іерманії т. зв. *precaria* (*bäuerliche Leihe*), в Італії *contratto di livello* (Heusler, *Inst. d. deut. Pr. R.*, II стр. 167 слід.

²⁾ Laveleye-Bücher, *Das Ureigenthum*, стр. 492.

³⁾ *Ibidem*, стр. 503, Roscher, *Syst. d. Volkswirtschaft*, II cr. 253 (II Aufl.).

pacht“) говорить про „Erbzinsvertrag“ (§1123—1125) і про „Bodenzins“ (§ 1125—1141), справдішні останки фєвдалізма, усунєні ц. патентом з 7/9 1848 (зб. зак. пр. ч. 1180).

Крім того іде сегодня загальна струя, признаючи індивідуальну власність, против права на чужій річи, хотьби они і як були широкі, а кождий стремить радше за „свою“ — хотьби лиш грядкою землі¹⁾. Нові закони цивільні (німецького цїсарства, начерк зак. швайцарского і угорского) не згадують більше про емфітевзу, хоть єї посестру — superficies — для великого числа бездомних в великих містах в особлившу взяли опіку (пор. § 1012—1017 нім. зак. про „Erbbaurecht“, § 676. 773 нач. швайц. зак., § 785 до 798 нач. угор. зак.).

Але оправдано станув новий цив. закон для німецького цїсарства (обовязуючий від 1/1 1900) в суперечности до згаданої теорії, будьто-би наслідна аренда була як обтяжене землі — остаток фєвдалізма²⁾. Противно приймає той закон (арт. 63 увод. розп.), що може наслідна аренда (Erbpachtrecht) і дальше в тих краях постояти, де є на основі спеціальних законів знакома. І в самім ділі виказує в декотрих німецьких землях, іменно же в Мекленбурзі, зреформована наслідна аренда великі, для дрібного селянства і для аграрних відношень взагалі дуже корисні наслідки³⁾.

Зреформовану емфітевзу уважають многи знамениті знатоки права і народної економії⁴⁾ дуже відповідним средством піднесеня судьби бездомних сїльских наймитів.

Она заслугує і у нас на більшу увагу, ніж се доси бувало.

¹⁾ Пор. про се држе влучні гадки Klein-a: Die Rechtsformen der Gebrauchsleihe im deutschen bürgerl. Gesetzbuche (Ger. Zig. ex 1902 ч. 14, стор. 1 /124).

²⁾ Се не виключено, сли-би емфітевзу полишено без всякої реформи в виді який мала в греко римским праві.

³⁾ Пор. Paasche, Erbpacht в Handwört. d. Staatsw. III, стор. 384.

⁴⁾ Dernburg. D. bürgerl. R. III. стор. 464 прим. 3. Laveleye-Bücher, D. Ureig. стор. 503; Roscher, Syst. d. Volkswirtschaft, II стор. 253 (XI. Aufl.), Goltz в Schönberg-a Handb. d. polit. Oek. I стор. 642 слід.