

СИСТЕМА РИМСКАГО ПРАВА.

IV. СЕМЕЙНОЕ ПРАВО.

V. НАСЛѢДСТВЕННОЕ ПРАВО.

КОНСПЕКТЪ ЛЕКЦІЙ

профессора Московскаго Университета

В. М. Хвостова.

Изданіе на правахъ рукописи только для слушателей автора.

М о с к в а.

Университетская типографія, Страстной бульваръ,

1900.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Семейное право.

ВВЕДЕНІЕ.

§§	Стр.
1. Familia. Общее понятіе о семейныхъ правахъ.....	1

ОТДѢЛЪ I.

Бракъ.

Глава I. Общій очеркъ.

2. Понятіе брака. Личныя отношенія между супругами.....	4
3. Заключение брака. Помолвка	5
4. Расторженіе брака.....	8
5. Общій характеръ отношеній по имуществу.....	9

Глава II. Приданое.

6. Понятіе. Установленіе.....	10
7. Положеніе приданого во время существованія брака.....	14
8. Положеніе приданого по расторженіи брака	17
9. Pacta dotalia.....	23

Глава III. Прочія имущественныя отношенія между супругами.

10. Donatio propter nuptias	24
11. Даренія между супругами.....	25
12. Штрафы за разводъ. Послѣдствія вступленія во второй бракъ. Нарушеніе траурнаго года	27

ОТДѢЛЪ II.

Отношенія между родителями и дѣтьми.

Глава I. Право родителей.

13. Понятіе. Личныя и имущественныя отношенія между родителями и дѣтьми. Констатированіе родственной связи.....	30
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Глава II. Patria potestas.

14. Понятіе. Личныя отношенія между домовладыкой и подвластными.....	32
15. Вліяніе отеческой власти на имущественное положеніе подвластныхъ	33
16. Возникновеніе отеческой власти.....	38
17. Прекращеніе отеческой власти.....	40

О Т Д Ъ Л Ъ ІІІ.

Опека и попечительство.

18. Общія понятія.....	42
19. Призваніе къ опеку и попечительству.....	43
20. Способность быть опекуномъ или попечителемъ. Обязательство къ принятію опеки. Порядокъ вступленія въ веденіе опеки.....	46
21. Управленіе дѣлами по опеку и попечительству.....	48
22. Отношенія между нѣсколькими опекунами или попечителями. Отвѣтственность побочныхъ лицъ. Protutor.....	51
23. Прекращеніе опеки и попечительства. Опекунскія власти.....	53

Наслѣдственное право.

В В Е Д Е Н І Е.

1. Сущность и значеніе наслѣдованія.....	55
2. Историческія замѣчанія.....	59

О Т Д Ъ Л Ъ І.

Порядокъ наслѣдованія въ тѣсномъ смыслѣ (hereditas).

Глава І. Общія положенія.

3. Условія наслѣдованія.....	63
4. Hereditas jacens.....	64

Глава ІІ. Призваніе къ наслѣдству по завѣщанію.

5. Testamentum.....	68
6. Testamenti factio activa.....	69
7. Форма завѣщанія.....	70
8. Назначеніе наслѣдника. 1. Условія его дѣйствительности.....	73
9. Назначеніе наслѣдника. 2. Объемъ назначенія наслѣдника.....	77
10. Назначеніе наслѣдника. 3. Substitutiones.....	80
11. Недѣйствительность завѣщанія.....	83

Глава ІІІ. Призваніе къ наслѣдству ab intestato.

12. Общія положенія. Историческія замѣчанія.....	84
13. Обыкновенный порядокъ наслѣдованія ab intestato въ Юстиніановомъ правѣ.....	86
14. Особые порядки наслѣдованія. Судьба выморочнаго наслѣдства.....	89

Глава ІV. Призваніе къ наслѣдству противъ завѣщанія (право необходимаго наслѣдованія).

15. Предварительныя замѣчанія.....	91
16. Формальныя ограниченія свободы завѣщаній до Новеллы 115.....	92
17. Матеріальныя ограниченія свободы завѣщаній до Новеллы 115.....	94
18. Постановленія Новеллы 115.....	97

Глава V. Порядокъ приобрѣтенія наслѣдства (acquisitio hereditatis).

19. Вступленіе въ наслѣдство и отказъ отъ наслѣдства.....	99
20. Провизорное приобрѣтеніе наслѣдства.....	103
21. Transmissio hereditatis.....	104
22. Предметъ приобрѣтенія. Jus accrescendi.....	106
23. Уничтоженіе уже состоявшагося приобрѣтенія наслѣдства.....	107

Глава VI. Послѣдствія пріобрѣтенія наслѣдства.

24. Представленіе наслѣдникомъ личности наслѣдодателя.....	109
25. Положеніе сонаслѣдниковъ (coheredes).....	112
26. Иски наслѣдника	115
27. Отчужденіе наслѣдства.....	118

О Т ДѢ Л Ъ II.

Л е г а т ы и ф и д е и к о м м и с с ы.

Глава I. Общее ученіе объ отказахъ.

28. Опредѣленіе. Порядокъ совершенія отказовъ.....	119
29. Недѣйствительность отказа.....	123
30. Пріобрѣтеніе отказа	125
31. Quarta Falcidia.....	127

Глава II. Отдѣльные виды легатовъ и фидеикоммиссовъ. Mortis causa donatio.

32. Легаты тѣлесныхъ вещей, jura in re и обязательствъ	131
33. Legatum hereditatis и fideicommissum hereditatis.....	133
34. Mortis causa donatio.....	136

СЕМЕЙНОЕ ПРАВО.

ВВЕДЕНИЕ.

§ 1. Familia. Общее понятие о семейных правах.

I. Подъ именемъ семьи—*familia*¹⁾—въ юридическомъ смыслѣ въ древнемъ Римѣ разумѣлся кругъ лицъ, объединенныхъ общимъ подчиненіемъ домашней власти домовладыки—*patrisfamilias*. Не кровное родство, стало быть, а *общая отеческая власть* являлась началомъ, объединяющимъ семью. Строй древне-римской семьи являлся весьма простымъ и строго очерченнымъ. Домовладыка первоначально имѣетъ въ одинаковомъ подчиненіи все, находящееся въ его домѣ, какъ лица, такъ и вещи; отѣнки особыхъ видовъ его власти надъ вещами, рабами, свободными подвластными (женой, дѣтьми) сперва совсѣмъ не различаются. Лишь съ теченіемъ времени изъ этой общей власти надъ всѣмъ домомъ выдѣляются, какъ особые виды правъ съ различнымъ содержаніемъ, *dominium* надъ вещами, *dominica potestas* надъ рабами, *manus mariti* надъ женою, *patria potestas* надъ дѣтьми, *mancipium* надъ *caput liberum in mancipio*²⁾. По мѣрѣ этой дифференціи происходитъ и ослабленіе власти домовладыки надъ лицами въ сравненіи съ властью его надъ вещами; власть надъ лицами вводится правомъ все въ болѣе и болѣе тѣсныя границы. Нѣкоторые виды власти, а именно: *mancipium* и *manus mariti* совершенно выходятъ изъ употребленія, такъ что въ юстиніановомъ правѣ намъ съ ними уже не приходится имѣть дѣла. Вслѣдствіе исчезновенія браковъ *сумма* и прочихъ перемѣнъ въ строѣ семьи, въ юстиніановомъ правѣ мы уже не встрѣчаемся съ такой полной властью домовладыки надъ всѣмъ, находящимся въ его домѣ, какая существовала прежде. Мужъ и жена теперь принципиально равноправны, хотя наибольшимъ авторитетомъ въ семьѣ продолжаетъ пользоваться мужъ. Дѣти также не являются уже вполне безправными приобрѣтательными орудіями домовладыки, даже когда они стоятъ подъ *patria potestas*. Изъ строго патріархальнаго союза семья начинаетъ превращаться въ союзъ, члены котораго несутъ взаимныя обязанности и имѣютъ взаимныя права.

Древне-римскую семью, состоящую изъ лицъ, подчиненныхъ общей власти еще живущаго домовладыки, Ульпіанъ называетъ «*jure proprio familia*». «*Jure proprio familiam*, говоритъ онъ, *dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut jure subjectae, ut puta patrem familias, matrem familias,*

¹⁾ См. къ послѣдующему *Rivier*, Précis du droit de famille romain, (1891 г.), стр. 3—46. *Girard*, стр. 127 сл.; 136 сл. *Dernburg* III, §§ 1—4.

²⁾ См. объ этомъ *Ihering*, Geist, т. II стр. 161 сл. (по 4 изд.).

filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps» (L. 195 § 2 D. 50, 16). Рядомъ съ этой familia стоитъ familia въ болѣе широкомъ смыслѣ: *communi jure familia*. Сюда входятъ всѣ вообще *agnаты*, т.-е. лица, которыя стояли бы подъ общою отеческою властью, если бы общій домовладыка былъ еще живъ. «Communi jure familiam, продолжаетъ тотъ же юристъ, dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt» (D. ibid). Наконецъ, наиболѣе широкій родственный союзъ, покоющійся на томъ же основаніи, составляетъ *familia gentilicia*, т.-е. члены одного и того же рода—gens,—объединенные предполагаемымъ происхожденіемъ отъ общаго для всѣхъ прародителя. «Item appellatur familia plurium personarum, quae ab ejusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur (sicuti dicimus familiam Iuliam), quasi a fonte quodam memoriae». (L. 195 § 4 D. 50, 16).

II. Въ древнемъ Римскомъ правѣ юридическое значеніе имѣетъ исключительно этотъ агнатскій родственный союзъ. Съ теченіемъ времени, однако, измѣнившіяся условія жизни и воззрѣнія общества стали выдвигать впередъ иного рода семейный союзъ, основанный на *кровномъ происхожденіи* однихъ лицъ отъ другихъ, т.-е. *когнатскую* семью. Разница между этими двумя семейными союзами очевидна: союзъ кровныхъ родственниковъ отчасти шире союза, основаннаго на подчиненіи общей домашней власти: сюда входятъ и родственники по женской линіи и эмансипированные; отчасти же онъ уже: сюда не должны входить, строго говоря, лица усыновленные и *uxor in manu*. Однако, въ классическомъ правѣ мы встрѣчаемъ правило, что всякій агнатъ, пока онъ таковъ, eo ipso есть и когнатъ (L. 1 § 4 D. 38, 8; см. объ этомъ Общ. ч. § 25, В.). Когнатская семья въ концѣ развитія римскаго права во многихъ отношеніяхъ получаетъ преобладаніе въ юридической области надъ агнатскою; въ вопросахъ о законномъ наслѣдованіи и о призваніи къ опеке въ основу положено расширенное, какъ указано только что, понятіе когнатства (Nov. 118). Кромѣ того, есть рядъ иныхъ отношеній семейнаго права, которыя во время классиковъ и особенно Юстиніана опредѣляются принципомъ когнатства, но не агнатства (алименты). Поэтому мы встрѣчаемъ у Юстиніана (L. 5 § 1 C. 6, 38) слѣдующее опредѣленіе слова familia, сдѣланное вполнѣ въ духѣ его времени по поводу одного частнаго вопроса относительно наслѣдованія: «Si quis per suum elogium fideicommissum familiae suae reliquerit, non solum propinquos (кровные родственники), sed etiam his deficientibus generum et nupum (per hanc appellationem significari decernimus)».

III. Это знакомство съ значеніемъ понятія «семья—familia» объясняетъ намъ, почему подъ именемъ *семейныхъ правъ* объединяются: 1) отношенія между *мужемъ и женой*, возникающія изъ брака, такъ называемое брачное право; 2) отношенія между *родителями и дѣтьми*, гдѣ наиболѣе важное мѣсто занимаетъ институтъ отеческой власти. 3) Не такъ просто обстоитъ дѣло съ третьимъ разрядомъ семейныхъ правъ: правами *опеки и попечительства*. Опекунъ и попечитель въ сущности стоятъ внѣ семьи; они не должны непременно принадлежать къ одному семейному союзу съ опекаемымъ. Тѣмъ не менѣе есть большія основанія причислять права, возникающія изъ опеки и попечительства, къ числу семейныхъ правъ. а) Въ древнемъ правѣ связь опеки и попечительства съ прочими институтами семейнаго права была очень тѣсна. Цѣлью опеки и попечительства являлась не забота о личности опекаемаго, но *забота о сохраненіи въ цѣлости*

его имущества для его родственников-агнатов; опека поэтому по праву принадлежала агнатам³⁾. Въ позднѣйшемъ правѣ характеръ опеки измѣнился: она приняла альтруистическій характеръ, сдѣлалась средствомъ защиты подопечнаго лица, которое въ оборотѣ является слабымъ въ виду малолѣтства или иныхъ свойствъ. Но и здѣсь связь опеки съ семьей сохранилась: естественными покровителями слабого лица являются прежде всего его родственники; поэтому родство имѣетъ большое значеніе при призваніи къ опекѣ и въ позднѣйшемъ правѣ; существованіе же отеческой власти, по большей части, дѣлаетъ совсѣмъ ненужною опеку даже надъ богатымъ лицомъ: управителемъ имущества подвластнаго является, по общему правилу, отецъ въ силу своей власти. б) Кромѣ того, опекунская власть по структурѣ своей стоитъ весьма близко къ прочимъ видамъ семейныхъ правъ: здѣсь, какъ и тамъ, мы имѣемъ право надъ лицомъ, объектомъ своимъ имѣющее не дѣйствіе лица, но само подвластное лицо, и въ то же время по характеру своему и объему рѣзко отличающееся отъ вещнаго права, какъ права надъ такою частью внѣшней природы, которая сама субъектомъ права быть не можетъ. (Общ. ч. § 13, IV, 4). Это составляетъ еще одно основаніе для объединенія института опеки и попечительства въ одинъ разрядъ съ прочими семейно-правовыми институтами.

Предметомъ дальнѣйшаго изложенія являются всѣ эти институты въ указанномъ порядкѣ: 1) бракъ, 2) отношенія родителей и дѣтей, 3) опека и попечительство.

3) См. *Girard* стр. 194 пр. 2. *Dernburg* III, § 39; ср. впрочемъ *Cuiq, les institutions juridiques des Romains* (1891 г.), стр. 311 сл.

ОТДѢЛЪ I.

Б р а к ъ.

Глава I. Общій очеркъ.

§ 2. Понятіе брака. Личныя отношенія между супругами.

I. Источники даютъ намъ два *опредѣленія* брака. Первое изъ нихъ принадлежитъ классическому юристу Модестину; оно помѣщено въ Папектахъ Юстиніана. L. I. D. 23, 2. Modestinus. Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio. Второе опредѣленіе брака дано составителями Институцій Юстиніана. § 1 J. 1, 9 Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuum consuetudinem vitae continens. Оба эти опредѣленія гораздо болѣе подходятъ къ древне-римскому браку *cum manu*, когда жена передавала все свое имущество мужу, входила въ его семью *filiae loco* и получала участіе въ его *sacra* ¹⁾, чѣмъ къ новому, когда, по изчезновеніи *manus*, жена сохраняла за собою свое раздѣльное имущество и оставалась членомъ своей прежней семьи и подвластной своего отца. *Individuum vitae consuetudo* и *consortium omnis vitae* также плохо гармонируютъ съ полной свободой развода, которою въ классическую эпоху и позже римское общество пользуется въ широкихъ размѣрахъ. Все *consortium vitae* въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ (которымъ мы исключительно занимаемся) ограничивается областью только личныхъ отношеній между супругами, да и здѣсь, какъ уже сказано, проведено оно не во всѣхъ отношеніяхъ ²⁾.

II. Эти *личныя отношенія*, насколько они имѣютъ значеніе для права, сводятся къ слѣдующему. Такъ какъ браки *cum manu* исчезли вполне уже во второй половинѣ классическаго періода, то теперь жена, по общему правилу, остается членомъ своей бывшей семьи и подвластной своего отца. Въ семьѣ *она не стоитъ подъ властью мужа*, но скорѣе является равноправной его подругой, при чемъ, однако, главенство въ брачномъ *consortium vitae* принадлежитъ мужу. Въ частности это положеніе выражается въ слѣдующемъ: 1) Жена получаетъ *имя и сословное положеніе (dignitas) мужа*, т. е. подымается на высоту его положенія или опускается къ нему; она сохраняетъ эти качества до вступленія

¹⁾ См. о бракахъ *cum manu* Gai I, 108—113, 136—137, 162; II, 90, Rivier, стр. 161 слл. Girard, стр. 143 слл. 159 слл. Accarias, I, § 120.

²⁾ Ср. впрочемъ Accarias, I, стр. 191.

въ новый брак³⁾. 2) Жена раздѣляетъ *легальное domicilium* своего мужа (о *domicilium* см. Общ. ч. § 24, VII), и сохраняетъ его по расторженіи брака, пока не приобрѣтетъ иного (вступленіемъ въ новый бракъ или инымъ путемъ⁴⁾. 3) Мужъ имѣлъ *int. de uxore exhibenda et ducenda* противъ всякаго третьяго лица и даже противъ отца и матери жены⁵⁾, но никакого иска о сожитіи къ самой женѣ онъ не имѣлъ; иначе и быть не могло, пока признавалась безусловная свобода развода⁶⁾. 4) Супруги обязаны взаимно къ *вѣрности*; нарушение этой обязанности составляетъ *adulterium*, даетъ оскорбленному достаточное основаніе для развода (см. ниже § 4) и измѣняетъ въ его пользу правила о возвратѣ приданого (ниже § 12); если же виновна жена, то противъ нея и ея сообщника введены, кромѣ того, очень жестокія уголовныя наказанія по *lex Julia de adulteriis*, которыя были еще болѣе усилены позднѣйшимъ законодательствомъ (при Константинѣ — смерть⁷⁾. 5) *Двоеженство* является преступленіемъ (*stuprum*), которое считается совершеннымъ независимо отъ того, состоялся ли *coitus*, и одинаково наказуемо (при Юстиніанѣ — смерть), какъ для жены, такъ и для мужа; при отсутствіи *mala fides* преступленія нѣтъ, но второй бракъ считается ничтожнымъ, какъ и при наличности *stuprum*⁸⁾. 6) Супруги должны *уважать и любить* другъ друга; этотъ принципъ юридически проявляется въ запрещеніи имъ вчинать другъ противъ друга штрафныя или инфамирующіе иски⁹⁾, а также въ запрещеніи принуждать ихъ къ свидѣтельству другъ противъ друга¹⁰⁾, и въ предоставленіи имъ взаимнаго *beneficium competentiae*¹¹⁾. Если между супругами совершилось *воровство*, то иски о воровствѣ не допускались. Если одинъ супругъ совершилъ кражу у другого, имѣя въ виду предстоящій разводъ, то давалась для возврата украденнаго *a. rerum amotarum*, которая носила характеръ *condictio furtiva* и отличалась отъ нея по существу только именемъ¹²⁾. 7) Мужъ есть *естественный покровитель* жены: поэтому обида, нанесенная женѣ, есть *injuria mediata* для мужа, и онъ можетъ ее судебнo преслѣдовать отъ своего имени¹³⁾; далѣе, онъ можетъ вести на судѣ *процессы* жены, не имѣя полномочія¹⁴⁾. 8) Жена должна относиться къ мужу съ почтеніемъ (*reverentia*¹⁵⁾) и оказывать ему услуги (*operae*¹⁶⁾).

§ 3. Заключение брака. Помолвка.

I. Браку предшествуетъ обыкновенно *помолвка* (*sponsalia*) (Dig. 23, 1). Договоръ этотъ въ классическую эпоху безформенно заключается родителями жениха и невесты или послѣдними при согласіи первыхъ; *sponsus* и *sponsa* не должны быть моложе 7-ми лѣтъ, и въ будущемъ между ними долженъ быть возможенъ бракъ. Свя-

3) Fr. Vat.. 104 L. 1. 8. 12 pr. D. 1, 9. L. 13. C. 12, 1.

4) L. 65. D. 5, 1. L. 38 § 3. D. 50, 1.

5) L. 1, § 5. L. 2. D. 43, 30. L. 11. C. 5, 4.

6) Dernburg, III, § 6. пр. 8. Windscheid, § 490, пр. 2.

7) См. Mommsen Strafrecht, стр. 688 сл. Accarias, I, стр. 223 сл.

8) См. Accarias, I, стр. 224 сл. Mommsen op. cit, стр. 701.

9) L. 2. D. 25, 2. L. 2. C. 5, 21.

10) L. 4. D. 22, 5.

11) L. 20. D. 42, 1.

12) Dig. 25, 2. Cod. 5, 21. Баронъ, § 348. Accarias, т. II, стр. 471.

13) L. 1, § 3. 9. L. 2. L. 18, § 2. D. 47, 10.

14) L. 21. C. 2. 12.

15) L. 14, i. f. D. 24, 3.

16) L. 48. D. 38, 1.

зующей силы въ смыслѣ обоснованія иска объ убыткахъ *sponsalia* въ классическомъ правѣ (гдѣ самый бракъ свободно расторгался супругами) не имѣютъ, и даже штрафная estipulacія при нихъ признавалась классическими юристами за недействительную, ибо она считалась заключенной *contra bonos mores*: согласно добрымъ нравамъ совершеніе и расторженіе брака должно быть вполне свободно ¹⁾. Однако, позднѣйшее право связываетъ съ безосновательнымъ расторженіемъ помолвки для виновнаго потерю данныхъ имъ задатковъ (*arrhae sponsaliciae*) или *donationes ante nuptias*, или же обязанность къ возврату полученныхъ имъ задатковъ въ двойномъ размѣрѣ ²⁾; за *biua sponsalia* (т. е. за вступленіе во вторую помолвку безъ предварительнаго заявленія о расторженіи первой) еще преторскій эдиктъ установилъ *infamia* ³⁾. Если помолвка закрѣплена поцѣлуемъ (*osculo interveniente*), то при ненаступленіи брака вслѣдствіе смерти жениха или невесты половина подарковъ, сдѣланныхъ женихомъ, остается невестѣ и ея наслѣдникамъ ⁴⁾.

II. Самый бракъ *sine manu* заключается безформенно; достаточно *простого соглашенія между брачующимися* и отведенія невесты въ домъ жениха ⁵⁾. *Concubitus* для заключенія брака не требуется. L. 15. D. 35, 1. Ulp. Cui fuerit sub hac condicione legatum „si in familia nupsisset“, videtur impleta condicio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. nuptias enim non concubitus, sed consensus facit. Consensus является безусловно необходимымъ; поэтому не можетъ вступить въ бракъ *fugiosus* ⁶⁾; отецъ или патронъ въ силу своей власти не могутъ въ классическомъ и позднѣйшемъ правѣ принудить ко вступленію въ бракъ подвластнаго сына (дочь) или либерта ⁷⁾. Въ языческую эпоху заключеніе брака сопровождалось обыкновенно разными торжественными церемоніями ⁸⁾ и составленіемъ письменныхъ документовъ (*tabulae, instrumentum dotale* или *nuptiale*); въ христіанскую эпоху обычно бракъ совершался въ церкви; но всѣ эти обыкновенія юридическаго значенія не имѣли ⁹⁾. Поэтому, иногда доказательство того, что въ извѣстномъ данномъ случаѣ заключенъ бракъ, а не конкубинатъ, являлось на практикѣ труднымъ ¹⁰⁾. Для подобныхъ случаевъ *Теодосій II* и *Валентиніанъ III* установили слѣдующую презумпцію: если въ сожительство вступаютъ лица равнаго общественнаго положенія, то въ случаѣ сомнѣнія между ними предполагается бракъ, а не конкубинатъ ¹¹⁾; мысль эта высказывалась, впрочемъ, еще классиками (L. 24. D. 23, 2. L. 31 pr. D. 39, 5).

1) L. 134 pr. D. 45, 1. Въ *Лациумѣ* и, быть можетъ, въ древнѣйшую эпоху въ Римѣ *sponsalia* имѣли связующую силу. См. объ этомъ *Karlowa*, R. R. G. II, стр. 76 слл. *Rivier*, стр. 135 слл. *Girard*, стр. 143, пр. 1.

2) L. 5. C. 5, 1 (472 г.). L. 15. C. 5, 3 (319 г.).

3) L. 1. L. 13, § 1. D. 3. 2.

4) L. 16. C. 5, 3. *Constantinus* (336 г.). Римско-сирійская книга законовъ, § 91.

5) Поэтому заключеніе брака возможно въ отсутствіе жениха, но невозможно въ отсутствіе невесты. *Paul.* 2, 19, §. L. 5. D. 23, 2. *Girard*, стр. 146. *Accarias*, I, стр. 194 сл.

6) L. 16, § 2. D. 23, 2.

7) L. 12. C. 5, 4. *Accarias*, I, стр. 194.

8) См. ихъ описаніе у *Rivier*, стр. 144 слл.

9) Церковное вѣнчаніе впервые узаконено *Львомъ Философомъ* въ Nov. 89. *Accarias* I, стр. 197, пр. 2.

10) Различіе между *justum matrimonium* и *concubinatus*, по существу, сводится лишь къ намѣренію сторонъ, вступающихъ въ длительное половое сожительство: при конкубинатѣ отсутствуетъ *affectio maritalis* на сторонѣ мужчины и *dignitas uxoris* на сторонѣ женщины (L. 31 pr. D. 39, 5. L. 49, § 4 D. 32. L. 3, § 1. D. 24, 1) и рожденіе и воспитаніе дѣтей не являются его цѣлью. См. о конкубинатѣ общую часть § 25. *Accarias* I, стр. 246—252. *Girard*, стр. 174 сл. *Rivier*, стр. 129 слл.

11) L. 22. C. 5, 4.

Въ юстиніановомъ правѣ эта презумпція распространена на всякое сожитіе двухъ *ingenuae personae* ¹²⁾; но для дѣйствительности браковъ, заключаемыхъ сенаторами и *illustres*, Юстиніанъ потребовалъ составленія *instrumentum nuptiale*, содержащаго установленіе *dotis* и *donatio ante nuptias* ¹³⁾.

III. Условія дѣйствительности брака. 1) *Pubertas* брачующихся, т. е. 12 лѣтъ для женщины и 14 для мужчины ¹⁴⁾. 2) Если въ бракъ вступаютъ лица *alieni juris*, то, кромѣ согласія самихъ брачующихся, требуется еще согласіе домовладыкъ жениха и невесты. Лица *sui juris* женятся свободно ¹⁵⁾; но дѣвушки и вдовы *sui juris* по законодательству позднѣйшей имперіи, получаютъ это право лишь съ 25-лѣтняго возраста; до тѣхъ поръ онѣ должны спрашивать согласіе отца, при его неимѣніи — матери, за ея неимѣніемъ — ближайшихъ родственниковъ ¹⁶⁾. Если домовладыка безъ серьезнаго основанія не даетъ подвластному согласія на вступленіе въ бракъ, то со времени брачнаго законодательства Августа онъ принуждается къ этому магистратомъ ¹⁷⁾. Если домовладыка сумасшедшій, то по юстиніанову праву его согласіе не требуется ¹⁸⁾. Если домовладыка въ плѣну, то его дѣти могутъ жениться по истеченіи 3 лѣтъ ¹⁹⁾ со дня плѣна, и по возвращеніи изъ плѣна домовладыка имѣетъ въ дѣтяхъ отъ брака подвластнаго сына *suos et necessarios heredes* вопреки общему правилу: „*nemini invito suus heres agnascitur*“ (§ 7. J. I, 11): этого требуетъ *publica nuptiarum utilitas* ²⁰⁾. При безвѣстномъ отсутствіи домовладыки требуется истеченіе того же трехлѣтняго срока ²¹⁾. 3) *Conubium*. *Conubium est uxoris jure ducendae facultas*. (Ulp. 5, 3). При Юстиніанѣ, когда различіе между *cives* и *non cives* въ предѣлахъ имперіи вполнѣ исчезло, главное основаніе отсутствія *conubium* составляетъ родство и свойство ²²⁾. Именно ничтоженъ бракъ между кровными родственниками по прямой линіи безусловно и въ боковой между братьями и сестрами, дядьями, тетками и племянницами (племянниками), при чемъ подъ дядьями (тетками) слѣдуетъ разумѣть и двоюродныхъ дѣдовъ (бабокъ). Однимъ словомъ, бракъ невозможенъ между такими двумя боковыми родственниками, изъ коихъ, по крайней мѣрѣ, одинъ стоитъ въ 1-ой степени родства съ общимъ предкомъ. Усыновленный не можетъ вступать въ бракъ со всѣми своими агнатами по усыновленію, которые дѣлаются для него и когнатами; послѣ его эманципаціи бракъ дѣлается возможенъ лишь съ бывшими агнатами въ боковой линіи, но не въ прямой. Что касается свойства, то невозможенъ и ничтоженъ бракъ между свойственниками въ прямой линіи и между *frater* и *fratris uxor*, *soror* и *sororis maritus* ²³⁾. 4) Не могутъ вступать въ бракъ кастраты ²⁴⁾. 5) Ничтоженъ бракъ между опекуномъ (его домовладыкой и его сыномъ или внукомъ *ex filio*, хотя бы *sui juris*) и бывшей опекаемой, а также между кураторомъ и находив-

12) L. 23, § 7. C. 5, 4.

13) Nov. 74, c. 4. Nov. 117, c. 4. *Accarias* I стр. 198 пр. 3.

14) pr. J. 1, 10.

15) Ulp. 5, 2. L. 16, § 1. D. 23, 2, pr. J. 1, 10.

16) L. 18. L. 20. C. 5, 4 (371 и 480 г.).

17) L. 19. D. 23, 2.

18) pr. J. 1, 10.

19) L. 9, § 1. D. 23, 2.

20) L. 12, § 3. D. 49, 15. Къ этому см. *Girard*, стр. 148. пр. 2.

21) L. 10. 11. D. 23, 2.

22) §§ 1—10. I. 1, 10.

23) L. 5. C. 5, 5.

24) *Spadones* могутъ. L. 39. § 1. D. 23, 3.

шейся подъ суга minorum дѣвушкой до тѣхъ поръ, пока дѣвушка не достигнетъ возраста, когда она уже не можетъ добиваться *restitutio in integrum* противъ своего опекуна (т. е. 25 лѣтъ отъ роду и *annus utilis* ²⁵). 6) *Провинціальный магистратъ* не могъ жениться въ провинціи, если онъ не былъ помолвленъ раньше, чѣмъ вступилъ въ должность или самъ не происходилъ изъ данной провинціи ²⁶). Мотивы этого запрещенія сводятся къ стремленію предохранить провинціаловъ отъ вымогательства и насилія магистрата, а также предупредить чрезмѣрное усиленіе вліянія и силы магистрата, благодаря родству съ могущественными въ провинціи семьями (установлено это запрещеніе около 2-го вѣка по Р. Х. мандатами императоровъ). 7) Запрещенія *сословнаго характера*, которыхъ много установила *lex Julia et Papia Poppaea* (напримѣръ, запрещены были браки сенаторовъ съ вольноотпущенными, актерами) и позднѣйшее законодательство, были отмѣнены отчасти Юстиномъ ²⁷) и окончательно Юстиніаномъ, который самъ женился на актрисѣ Теодорѣ ²⁸). Запрещены были при Юстиніанѣ лишь браки между христіанами и евреями ²⁹). 8) Запрещены браки между *сообщниками въ прелюбодѣяннѣ* ³⁰), а также между похитителемъ и похищенной дѣвушкой, вдовой или монахиней, даже при наличности желанія последней вступить въ бракъ съ похитителемъ ³¹).

Если бракъ заключенъ несогласно съ изложенными правилами, то онъ *ничтоженъ абсолютно*, и на ничтожность его можетъ сослаться всякое третье лицо, имѣющее въ этомъ интересъ; въ нѣкоторыхъ же случаяхъ заключеніе такого брака является наказуемымъ преступленіемъ (напр. *incestus* между близкими родственниками) ³²). Иногда, по отпаденіи препятствія къ браку, сожителство обращается въ *justae nuptiae* (напр. супруги вошли въ законный возрастъ, домо-владыка далъ согласіе), но этимъ не устанавливается законность предыдущаго сожителства ³³).

§ 4. Р а с т о р ж е н і е б р а к а .

Слѣдующія событія приводятъ къ расторженію брачнаго союза.

1) *Смерть* одного изъ супруговъ. 2) *Потеря свободы* однимъ изъ супруговъ ¹). При взятіи одного изъ супруговъ *въ плѣнъ*, другой могъ безнаказанно расторгнуть бракъ вступленіемъ въ новый, если со дня плѣна прошло 5 лѣтъ и не было удостовѣрено, что плѣнный остается еще въ живыхъ ²). 3) *Разводъ*. Онъ первоначально былъ совершенно свободенъ и допускался какъ въ видѣ *divortium communi consensu*, т.-е. по взаимному соглашенію, такъ и въ видѣ *repudium*, т.-е. односторонняго отказа одного изъ супруговъ отъ продолженія

²⁵) L. 59. 60. D. 23. 2.

²⁶) L. 65. D. 23, 2.

²⁷) L. 23, § 1. C. 5, 4.

²⁸) Nov. 117 c. 6. См. къ этому *Accarias* I стр. 218 сл. *Girard*, стр. 150.

²⁹) L. 6. C. 1, 9.

³⁰) L. 41 (40) pr. D. 48, 5.

³¹) L. 1, § 2. C. 9, 13.

³²) § 12 I. 1, 10. *Girard*, стр. 152.

³³) Дѣти, рожденныя раньше, не дѣлаются законными. L. 11. D. 1, 5.

¹) L. 1. D. 24, 2. Ср. впрочемъ Nov. 22 c. 8 и къ этому *Accarias* I стр. 94, 238.—
O capitis deminutio media см. *Accarias* I стр. 237, пр. 3. *Girard*, стр. 153.

²) L. 6. D. 24, 2. Къ этому *Girard* стр. 152 сл.

брака ³⁾. Въ позднѣйшемъ правѣ при христіанскихъ императорахъ устанавливаются штрафы за неосновательный односторонній разводъ—*hereditium*—и за подачу другому супругу основанія для такого развода. *Divortium communi consensu* было вполне запрещено Юстиніаномъ (за исключеніемъ *divortium propter castitatis desiderium* ⁴⁾), но затѣмъ его сынъ Юстинъ II отмѣнилъ это распоряженіе ⁵⁾. Односторонній разводъ въ Юстиніановомъ правѣ дозволенъ ⁶⁾: а) какъ *divortium bona gratia*, т.-е. по уважительной причинѣ, но безъ вины другого супруга (вступленіе въ монастырь, неспособность къ половому сожитію); б) какъ *divortium cum ira et offensa factum*, то-есть, по винѣ другого супруга, признанной въ законѣ за *justa causa* для развода (любовдѣяніе, покушеніе на жизнь супруга). Односторонній разводъ *sine justa causa*, хотя и прекращалъ бракъ, но влекъ за собою тяжелые штрафы для разведшагося. Такіе же штрафы установлены были для супруга, своей виной давшего поводъ къ разводу (см. объ этомъ ниже § 12, I).

§ 5. Общій характеръ отношеній по имуществу.

I. Опредѣленіе брака, данное Модестиномъ (см. § 2, I), еще менѣе оправдывается на имущественныхъ отношеніяхъ супруговъ. Ни о какой *humani juris communicatio* въ бракахъ *sine manu* въ этомъ отношеніи нѣтъ и рѣчи. Имущество супруговъ остается въ бракѣ совершенно раздѣльнымъ; римляне не имѣютъ ничего подобнаго нѣмецкой общности имуществъ (*Gütergemeinschaft*), при которой или имущества мужа и жены сливаются въ одну нераздѣльную массу, принадлежащую имъ обоимъ, или, по крайней мѣрѣ, имущество жены по закону поступаетъ въ управленіе мужа. Въ Римѣ жена не только остается собственницею своего имущества, но даже можетъ свободно имъ управлять ¹⁾. Это особое имущество жены, въ отличіе отъ приданого, называется *bona parapherna*. Если жена стоитъ подъ опекой, то она продолжаетъ оставаться подъ нею и въ замужествѣ, такъ что имуществомъ своимъ она управляетъ подъ надзоромъ опекуна. Если жена находитъ нужнымъ передать свое имущество въ управленіе мужу, то къ отношеніямъ, возникающимъ по этому поводу между женою и мужемъ, примѣняются правила мандата ²⁾: для мужа обязательны инструкціи, данныя ему женою; жена имѣетъ право односторонне отмѣнять данное порученіе; разница съ обыкновеннымъ мандатомъ состоитъ только въ томъ, что относительно дѣлъ жены—довѣрительницы мужъ—мандатарій обязанъ не къ *diligentia boni patrisfamilias*, какъ всякій иной мандатарій, но только къ *diligentia quam suis* (это узаконилъ Юстиніанъ); кромѣ того, жена-довѣрительница обезпечена законной ипотекой на все имущество мужа, управляющаго ея дѣлами (L. 11, C. 5, 14).

II. Жена пріобрѣтаетъ все для себя. Но въ случаѣ спора съ мужемъ о томъ, кому принадлежать извѣстныя вещи, находящіяся въ рукахъ одного изъ супруговъ, имѣетъ мѣсто особая презумпція—*praesumptio Muciana*,—согласно которой каждая такая вещь считается принадлежащей мужу, пока жена не дока-

³⁾ Право *patris familias* разводить дѣтей *in potestate* во время имперіи ограничено случаемъ *magna et justa causa* или сумасшествія подвластнаго. Paul. 5, 6, 15. L. 5. C. 5, 17. L. 4. D. 24, 2. Accarias I, стр. 243 сл.

⁴⁾ Nov. 117 c. 10.

⁵⁾ Nov. 140 (566 г.). О дальнѣйшей исторіи развода см. Rivier стр. 230, пр. 1.

⁶⁾ Nov. 22, 117. Подробно изложено содержаніе этихъ новеллъ у Keller, Pand. II, § 407.

¹⁾ L. 8. C. 5, 14.... *nullo modo muliere prohibente virum in paraphernis volumus se immiscere.*

²⁾ L. 9, § 3. D. 23, 3.

жетъ своей собственности на нее³⁾: иными словами, эта презумпція переносить тяжесть доказательства на жену (см. о *praesumptio juris* Общ. ч. § 56, I).

III. Вліяніе брака на имущество супругов обнаруживается лишь въ томъ, что бракъ даетъ поводъ къ установленію приданого—*dos*—со стороны жены и предбрачнаго дара—*donatio propter nuptias*—со стороны мужа; кромѣ того, бракъ приводитъ къ запрещенію дареній между супругами—*donatio inter virum et uxorem*. Всѣ эти нормы, равно какъ и тѣ, которыя опредѣляютъ послѣдствія развода и вторичнаго вступленія въ бракъ, будутъ разсмотрѣны особо въ слѣдующихъ параграфахъ.

Глава II. Приданое.

§ 6. Понятіе. Установленіе.

I. Подъ именемъ приданого—*dos*—въ развитомъ римскомъ правѣ разумѣется имущественное предоставленіе, которое дѣлается мужу женою или за жену какимъ-либо третьимъ лицомъ для той цѣли, чтобы оно помогло мужу нести тягости брачной жизни (*onera matrimonii*¹⁾; по расторженіи брака приданое должно быть мужемъ выдано обратно (по крайней мѣрѣ, по общему правилу). Мужъ долженъ нести на себѣ тягости брака, какъ глава семьи; естественно, что жена, какъ его подруга, даетъ съ своей стороны нѣчто для раздѣленія этого бремени; установленіе *dos*, по римскимъ понятіямъ, возвышаетъ положеніе жены въ домъ мужа.

Изъ этого общаго опредѣленія вытекаютъ слѣдующіе частные признаки приданого. 1) Особая цѣль приданого—помогать несенію *onera matrimonii*—отличаетъ *dos* отъ даренія мужу: такъ какъ предоставленіе дѣлается не для того, чтобы обогатить мужа, а чтобы онъ несъ съ его помощью *onera matrimonii*, то оно и не есть дареніе мужу²⁾. Но дареніемъ самой жены установленіе *dos* можетъ быть: именно, установленіе приданого есть дареніе въ пользу жены въ томъ случаѣ, если третье лицо, не будучи къ тому обязано, даетъ за женою приданое и не выговариваетъ возврата приданого самому себѣ по расторженіи брака; такое дареніе, однако, *favore dotis* избавлено отъ инсинуаціи³⁾ (объ инсинуаціи см. Общ. ч. § 44, II, I). 2) Цѣль установленія приданого—*ad onera matrimonii ferenda*—является, слѣдовательно, главной и непосредственной цѣлью предоставленія, опредѣляющей юридическій характеръ предоставленія, его *causa* (Общ. ч. § 43⁴⁾; поэтому, согласно съ общими правилами о *causa*, если предоставленіе *dotis causa* сдѣлано до брака (т.-е., если для этой цѣли вещныя или обязательственныя права перенесены на жениха) и затѣмъ бракъ не состоится, то предоставленіе можетъ быть вытребовано обратно путемъ *condictio sine causa* (L. 7 § 3 L. 9 pr. D. 23, 3). 3) Предоставленіе, чтобы быть приданымъ—*dos*—, должно быть предназначено для несенія *onera matrimonii*; это не значитъ, однако, что оно должно быть способно нести эти тягости брачной жизни: *puda proprietas*,

³⁾ L. 51. D. 24, 1. Ср. Герм. гражд. улож. § 1362. Объ основаніи этой презумпціи см. *Dernburg* III, § 12, пр. 8.

¹⁾ L. 56, § 1. D. 23, 3 *Paulus*. *Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt*. L. 76 i. f. D. eod. L. 16 pr. D. 49, 17.

²⁾ L. 8, § 13. D. 20, 6. L. 19. D. 44, 7. L. 5, § 5. D. 44, 4.

³⁾ L. 31. C. 5, 12.

⁴⁾ L. 3. D. 23, 3. *Ulp.* 63 ed... *neque enim dos sine matrimonio esse potest*.

безпроцентное обязательство составляют приданое, хотя и не дают мужу никакого дохода⁵⁾; такое приданое, конечно, не вполне соответствует своей цели; выгода иметь такое приданое может обнаружиться, главным образом, при расторжении брака: эта dos послужит материалом, например, для взыскания съ жены штрафа за разводъ. 4) По прекращении брака приданое, по общему правилу, въ эпоху Юстиниана должно быть возвращено женѣ; этимъ вызываются многочисленные постановления о положеніи приданого во время брака и по его расторжении. Это свойство является второй отличительной чертой приданого отъ donatio, даже отъ donatio sub modo. Если бы известная сумма была дана мужу для несения опега martimonii, но съ тѣмъ, чтобы она осталась у мужа во всякомъ случаѣ и по расторжении брака, то это была бы donatio sub modo, а не dos. Если такая оговорка дѣлалась при установлении именно приданого — dotis, то она была ничтожна⁶⁾.

II. Установленіе приданого. 1. Обязанность къ этому. На самой женѣ лежитъ только натуральная обязанность къ установленію за собой приданого (debitum naturale), т.-е. такая юридическая обязанность, которая не даетъ мужу иска противъ жены, но приводитъ къ тому, что жена не имѣетъ cond. indebiti, если установила за собою приданое, думая, что она обязана къ этому искомъ путемъ⁷⁾. Сама же жена имѣетъ по позднѣйшему праву юридическое притязаніе объ установленіи за нею приданого къ слѣдующимъ лицамъ: а) къ отцу и дѣду со стороны отца⁸⁾, хотя бы при отсутствіи patria potestas; впрочемъ, это притязаніе возникаетъ лишь въ томъ случаѣ, если жена сама не имѣетъ достаточнаго имущества⁹⁾; б) къ матери въ случаѣ magna et probabilis causa¹⁰⁾; кромѣ того, мать-еретичка по законодательству христіанскихъ императоровъ должна давать приданое за православною дочерью¹¹⁾.

2. Актъ установленія. Приданое устанавливается мужу; если онъ находится въ отеческой власти, то по классическому праву приданое дѣлалось собственностью домовладыки мужа; по юстинианову праву оно должно становиться bonum adventicium (ниже § 15, IV), т.-е. находиться въ узупруктѣ и управленіи домовладыки, на котораго возлагается обязанность содержать супруговъ и ихъ семью.

Установить dos можетъ всякое лицо: сама жена, ея родители, третьи лица. Различаются въ этомъ отношеніи три вида приданого: 1) dos profecticia, т.-е. приданое, установленное отцомъ или дѣдомъ по отцу изъ своего имущества (patria potestas не существенна¹²⁾; 2) dos adventicia, или приданое, установленное всякимъ инымъ лицомъ, въ томъ числѣ и самой женою¹³⁾; 3) особо стоитъ dos recepticia, при которой установитель выговариваетъ, чтобы dos вернулась къ нему самому по расторженіи брака¹⁴⁾.

Самый актъ установленія приданого состоитъ или въ дачѣ приданого (dotis datio), или въ обѣщаніи приданого (dotis promissio, dictio, pollicitatio), или въ

⁵⁾ См. Windscheid § 492, пр. 1. L. 4. D. 23, 3. L. 17, 18. C. 5, 12.

⁶⁾ L. 16. D. 23, 4. L. 2. L. 12, § 1. D. eod. L. 1, § 1. D. 33, 4. Arndts § 395, пр. 2. Dernburg III, § 13; иначе Windscheid § 492, пр. 1.

⁷⁾ L. 32, § 2. D. 12, 6. Хаостовъ, Натур. обязат. стр. 362 сл.; стр. 488.

⁸⁾ L. 19. D. 23, 3.

⁹⁾ L. 7. C. 5, 11. Windscheid § 494, пр. 4 и 5.

¹⁰⁾ L. 14. C. 5, 12.

¹¹⁾ L. 19, § 3. C. 1, 5.

¹²⁾ L. 5. D. 23, 3.

¹³⁾ Ulp. 6, 3.

¹⁴⁾ Ulp 6. 5. L. 31, § 2. D. 39, 6.

установленіи легата въ завѣщаніи. 1) *Datio dotis*. Установитель прямо дѣлаетъ мужу то представленіе, которое должно служить по заключеніи брака приданымъ; предоставленіе это можетъ имѣть самое различное содержаніе: можно передать въ качествѣ приданого (*dotis causa*) собственность на движимыя или недвижимыя вещи ¹⁵⁾, установить *jura in re aliena* ¹⁶⁾, установить право требованія, цедировать его ¹⁷⁾, простить мужу долгъ ¹⁸⁾, передать ему пользованіе узупфруктомъ, простить узупфруктъ, лежащій на вещи мужа ¹⁹⁾ и т. д. Наконецъ, можно *dotis causa* отказаться въ пользу мужа (если опъ субститутъ или законный наследникъ) отъ наследства или легата ²⁰⁾. Нерѣдко при установленіи приданого дѣлается *оцѣнка* (*aestimatio*) даваемыхъ въ приданое объектовъ. Эта *aestimatio* дольшей частью бываетъ *venditionis causa*; въ такомъ случаѣ предметомъ возврата считается исключительно оцѣночная сумма, а не самыя вещи, данныя въ приданое; мужъ считается купившимъ эти вещи и удержавшимъ покупную цѣну у себя въ качествѣ приданого; поэтому гибель данныхъ въ приданое вещей даже безъ всякой вины въ ней мужа не освобождаетъ его отъ обязанности къ реституціи оцѣночной суммы, т.-е. рискъ ложится на него; за то и всѣ выгоды отъ этихъ вещей мужъ получаетъ въ свою пользу окончательно ²¹⁾. Иногда *aestimatio* дѣлается, напротивъ, *taxationis causa*, т.-е. только для того, чтобы не приходилось особо вычислять суммы вознагражденія, въ случаѣ виновнаго несовершенія мужемъ реституціи дотальныхъ объектовъ по расторженіи брака ²²⁾. *Aestimatio dotis* можетъ имѣть и иное значеніе, смотря по намѣренію сторонъ (напр. возможно установить по договору обязанность вернуть альтернативно по выбору мужа или жены или сумму оцѣнки, или самыя вещи ²³⁾). Въ случаѣ сомнѣнія о смыслѣ сдѣланной оцѣнки принимается *aestimatio venditionis causa* ²⁴⁾. Если предметомъ приданого является *цѣлое имущество* (напр. жены), то вслѣдствіе *datio dotis* не возникаетъ *successio universalis*, т.-е. долги передаваемого имущества на мужа не переходятъ; но на мужа возлагается обязанность выплатить установителю приданого, который продолжаетъ отвѣчать за долги переданнаго мужу имущества, сумму, которая необходима для погашенія этихъ долговъ ²⁵⁾.

2) *Обѣщаніе приданого*. Эта сдѣлка состоитъ въ томъ, что установитель приданого обязуется сдѣлать мужу то предоставленіе, которое должно будетъ служить приданымъ. Въ классическую эпоху юридическое обязательство изъ обѣщанія предоставить приданое возникло лишь при облеченіи этого обѣщанія въ форму стипуляціи (*dotis promissio*) или особаго договора, называвшагося *dotis dictio* ²⁶⁾. Въ юстиніановомъ правѣ *dotis dictio* уже не встрѣчается, но на ряду съ стипуляціей получаетъ силу вполне безформенный договоръ—*pollicitatio*

15) L. 7, § 3. D. 23, 3.

16) *Ususfructus* L. 78, § 2. D. 23, 3.

17) L. 2. C. 4, 10.

18) L. 43 pr., § 1. D. 23, 3.

19) L. 78 pr. § 1 D. 23, 3.

20) L. 5, § 5. D. 23, 3. L. 14, § 3. D. 23, 5.

21) L. 10, § 5. L. 14—16. D. 23, 3. L. 5, 10. C. 5, 12. L. 1, § 9. C. 5, 13. Однако *aestimatio dotis* есть „non simplex venditio sed dotis causa“ (L. 16 cit.) и поэтому не должна служить спекулятивнымъ цѣлямъ (L. 6, § 2. D. 23, 3); вслѣдствіе этого *aestimatio* приводится въ соотвѣтствіе съ *justum pretium dotis* (L. 12, § 1. D. 23, 3. L. 6. C. 5, 18).

22) L. 69, § 7. D. 23, 3. L. 50. D. 24, 3.

23) L. 10, § 6. L. 11. D. 23, 3.

24) *Dernburg* III, § 16, пр. 8.

25) L. 72 pr. D. 23, 3. L. 4. C. 5, 12. L. 13, § 10. D. 5, 3.

26) *Ulp.* 6, 1.

dotis или *pactum dotis* ²⁷⁾). Взыскивать по такому общанію мужъ можетъ тотчасъ по заключеніи брака; если онъ не производитъ взысканія, то съ истеченіемъ двухъ лѣтъ послѣ заключенія брака должникъ, хотя бы онъ и не былъ *in mora*, обязанъ къ выдачѣ плодовъ или уплатѣ 4% въ годъ ²⁸⁾).—3) *Legatus*. Приданое можетъ быть установлено въ видѣ легата тѣмъ путемъ, что завѣщатель прямо отказываетъ мужу извѣстные объекты въ качествѣ приданого (напр., «*Titio genero meo heres meus dotis Sejae filiae meae nomine centum dato*». L. 71 § 3. D. 35, I, ср. L. 48, § 1, D. 23, 3). Мужъ является легатаріемъ и вчиняетъ искъ о выдачѣ легата; затѣмъ полученная имъ сумма занимаетъ обычное положеніе приданого. Если же въ завѣщаніи сдѣланъ легатъ не мужу, а женѣ или третьему лицу и на легатарія возложенъ *modus* (см. Общ. ч. § 45) обратиться тотъ легатъ въ приданое, то изъ такого легата приданое само собою не возникаетъ, а возникаетъ только для легатарія обязанность исполнить *modus*, т.-е. установить приданое ²⁹⁾).

Возникающее для мужа требованіе объ установленіи приданого обезпечено законной ипотекой на все имущество лица, общавшаго установить приданое ³⁰⁾.

3) *Время установленія*. *Dos* можетъ быть установлена до заключенія брака или послѣ заключенія брака.

а) Разсмотримъ прежде всего тотъ случай, когда приданое установлено до заключенія брака. Въ этомъ случаѣ возникаютъ два вопроса: 1) когда предметъ приданого пріобрѣтается мужу? 2) когда онъ получаетъ характеръ приданого?

Что касается перваго вопроса, то въ этомъ отношеніи все рѣшается, смотря по намѣренію сторонъ; принимается во вниманіе, желали ли стороны передать жениху права на дотальные объекты тотчасъ и безусловно, или же онѣ хотѣли передать ему эти права только подъ суспензивнымъ условіемъ: въ случаѣ заключенія брака въ будущемъ. Если смыслъ переговоровъ сторонъ не ясенъ и возбуждаетъ сомнѣнія, то вопросъ рѣшается согласно слѣдующимъ презумпціямъ:

Обязательство дать что-либо въ приданое признается заключеннымъ подъ суспензивнымъ условіемъ «*si nuptiae secutae fuerint*»; то же самое имѣетъ мѣсто при установленіи приданого черезъ *acceptilatio* долга ³¹⁾; такимъ образомъ, до заключенія брака *stipulatio* или *acceptilatio* находятся *in pendenti*. При выдачѣ *тѣлесныхъ вещей* презумпція иная: если въ приданое даны *res aestimatae venditionis causa*, то сдѣлка признается условной и собственность (такъ же, какъ и *periculum*) на жениха до заключенія брака не переходитъ; если предполагаемый бракъ въ послѣдствіи не состоится, то возможна *rei vindicatio* ³²⁾. Напротивъ, если въ приданое даны вещи, не подвергнутыя оцѣнкѣ (*non aestimatae*), то въ случаѣ сомнѣнія принимается немедленный переходъ собственности на жениха, и при незаключеніи брака противъ него возможна лишь *condictio sine causa*, но не *rei vindicatio* ³³⁾.

Что касается втораго изъ поставленныхъ выше вопросовъ, то слѣдуетъ замѣтить, что предметы, данные *in dotem* (въ томъ числѣ даже вещи, немед-

²⁷⁾ L. 6. C. 5, 11 (428 г.). Не слѣдуетъ смѣшивать этотъ договоръ съ *pollicitatio*, какъ одностороннимъ общаніемъ. Windscheid § 495, пр. 2. Dernburg III, § 16, пр. 11.

²⁸⁾ L. 31, § 5. C. 5, 12.

²⁹⁾ L. 69, § 2. D. 30. L. 77, § 9. D. 31. L. 43. D. 32.

³⁰⁾ L. 1, § 1, b. C. 5, 13. Windscheid § 232, пр. 15.

³¹⁾ L. 21, 22, 41 § 1. D. 23, 3.—L. 43 пр. D. eod.

³²⁾ L. 10, § 4, 5. L. 17, § 1. D. 23, 3.

³³⁾ L. 7, § 1—L. 9 пр. D. 12, 4. L. 7, § 3. L. 9. пр. D. 23, 3.

ленно перешедшія въ собственность жениха) получаютъ дотальный характеръ лишь съ момента заключенія брака³⁴); плоды, собранные женихомъ до этого момента, составляютъ увеличеніе капитальной суммы приданого; законный залогъ жены на имущество мужа по поводу приданого возникаетъ также лишь съ момента заключенія брака

б) Dos можетъ быть установлена *по заключеніи брака* всякимъ лицомъ³⁵, въ томъ числѣ даже самою женою, ибо, какъ сказано выше, установленіе dotis не составляетъ даренія³⁶). Кромѣ того, приданое можетъ быть *измѣнено* во время брака (*permutatio dotis*³⁷); напр., на дотальные деньги жены могутъ быть куплены вещи и наоборотъ; на такое измѣненіе должно быть согласіе мужа и жены, и притомъ сдѣлка не должна идти во вредъ интересамъ жены, иначе она ее не связываетъ³⁸).

§ 7. Положеніе приданого во время существованія брака.

1. *Права мужа.* Dos дается мужу *ad onera matrimonii ferenda*. Прямымъ выводомъ изъ этой цѣли предоставленія является то, что *плоды*, получаемые съ приданого, *поступаютъ въ собственность мужа*, и онъ можетъ цѣликомъ ихъ тратить. L. 7 pr. D. 23, 3. Ulp. Dotis fructum ad maritum pertinere debere aequitas suggerit: cum enim ipse onera matrimonii subeat, aequum est eum etiam fructus percipere. Однако, римскіе юристы выражаютъ эту мысль о правѣ мужа на плоды приданого не въ той формѣ, напимѣръ, что они даютъ мужу *узуфруктъ* на приданое; они идутъ дальше и дѣлаютъ мужа *собственникомъ* тѣлесныхъ вещей, входящихъ въ составъ приданого, и вообще обладателемъ составныхъ частей приданого на полномъ правѣ. Особенность обладанія приданымъ заключается лишь въ томъ, что на мужа возлагается, по общему правилу, обязанность вернуть приданое по расторженіи брака.

Какъ полный обладатель по праву предметовъ, входящихъ въ составъ приданого, *мужъ* принципиально долженъ имѣть и *право ихъ отчужденія*. Это право, однако, *отнято у него* по *lex Iulia de fundo dotali* (составляющей главу изъ *lex Iulia de adulteriis*) относительно дотальныхъ *недвижимостей* (Paul. 2, 21 b, 2. Gai 2, 63). Въ этомъ случаѣ всякое отчужденіе, даже сдѣланное съ согласія жены, ничтожно, причемъ безразлично, совершено ли оно до брака или послѣ его расторженія, пока *fundus* еще не былъ реституированъ женою¹). При томъ, запрещено отчужденіе въ широкомъ смыслѣ, т. е. не только переносъ собственности, но и *умышленное допущеніе узупапіи*, установленіе залогового права или *сервитутовъ* (см. Общ. ч. § 36, III, 2²); впрочемъ, *приобрѣтеніе участка по давности*, начатое уже какимъ-либо третьимъ лицомъ до превращенія этого участка въ дотальный, заканчивается, не смотря на то, что узупапируемый участокъ дѣлается дотальнымъ³). На ничтожность отчужденія могутъ ссылаться слѣдующія лица: *въ теченіе брака—мужъ*,⁴) *по расторженіи брака—жена и ея*

³⁴) L. 1, § 2, 3. D. 41, 9. L. 3. D. 23, 3.

³⁵) L. 7, § 3. D. 23, 3.

³⁶) L. 20. C. 5, 3.

³⁷) L. 19. C. 5, 3.

³⁸) L. 25 27. L. 32. D. 23, 3. L. 21. L. 29. pr. D. 23, 4.

¹) L. 4. 12 pr. D. 23, 5.

²) L. 1. C. 5, 23. L. 4. D. 23, 5. L. 16 D. 29, 1 L. 1 § 15. C. 5, 13. pr. I. 2, 8.

³) L. 16 D. 23, 5.

⁴) L. 1 § 5 D. 21, 3. Windscheid § 172 a пр. 2.

наслѣдники ⁵⁾; эти лица могутъ виндцировать отчужденный участокъ у его владѣльца. Отчужденіе дotalьнаго участка допускается лишь въ томъ случаѣ, если приданое въ силу особой оговорки, сдѣланной при его установленіи, не должно достаться по расторженіи брака женѣ или ея наслѣдникамъ (напр., *dos recerticia*), ибо запрещеніе сдѣлано въ интересахъ жены ⁶⁾. Не подходитъ подъ *lex Julia* также недобровольное отчужденіе (напр., *missio in possessionem ex secundo decreto* при отказѣ мужа дать *cautio damni infecti* ⁷⁾). Отчужденіе вступаетъ въ силу, если оно одобряется женою по расторженіи брака ⁸⁾ или если мужъ сохраняетъ за собою приданое по расторженіи брака ⁹⁾. Слѣдуетъ прибавить, что самая *lex Julia* запретила безусловно лишь *зalogъ* участка ¹⁰⁾ съ тою цѣлью, очевидно, чтобы предупредить возможность согласія жены на залогъ приданого за долги мужа (ср. идею *Scti Vellejani*); продажу дotalьнаго участка съ согласія жены этотъ законъ считалъ допустимой. Только Юстиніанъ безусловно запретилъ всякое рѣшительно отчужденіе дotalьнаго участка даже съ согласія жены ¹¹⁾. Каноническое право разрѣшило отчужденіе участка при наличности клятвеннаго согласія жены ¹²⁾.

Эвикція у мужа предметовъ, данныхъ въ *dos*, влечетъ за собою слѣдующія послѣдствія. Если мы имѣемъ *dos aestimata venditionis causa* (выше § 6, II, 2), то къ такой *dos* примѣняются всѣ правила купли-продажи, и мужъ имѣетъ къ установителю такой же искъ объ эвикціи, какой имѣетъ всякій покупатель къ продавцу ¹³⁾. Если *dos* была установлена путемъ обѣщанія приданого, т. е. путемъ *dotis promissio*, *d. dictio*, *d. pollicitatio*, затѣмъ это обязательство было исполнено черезъ передачу мужу извѣстныхъ вещей, и эти вещи были эвинцированы у мужа, то обѣщаніе установить приданое не считается исполненнымъ, и мужъ имѣетъ обычный искъ объ исполненіи этого обѣщанія ¹⁴⁾. Если, наконецъ, на лицо была простая *datio dotis* безъ предшествующаго обѣщанія дать приданое и безъ *aestimatio venditionis causa*, то при эвикціи оказывалось только, что никакого приданого на самомъ дѣлѣ не было дано, и, такъ какъ обязательства дать приданое также на лицо не было, то мужъ по поводу эвикціи вещей, входящихъ въ составъ приданого, не могъ предъявлять совсѣмъ никакого иска. Справедливо, впрочемъ, замѣчаетъ Виндшейдъ ¹⁵⁾, что это было послѣдовательно только до тѣхъ поръ, пока обязательство дать приданое пуждалось для своей дѣйствительности въ извѣстной формѣ (*dotis promissio* или *dictio*). Съ тѣхъ же

⁵⁾ L. 30 C. 5. 12 L. 13. § 3. D. 23. 5.

⁶⁾ L. 3 § 1 D. 23, 5.

⁷⁾ L. 1 pr. D. 23, 5. См. Вещное пр. § 14, III.

⁸⁾ L. 77, § 5. D. 31. *Windscheid* § 497, пр. 14.

⁹⁾ L. 17 D. 23, 5. L. 42. D. 41, 3.

¹⁰⁾ *Herzen*, *Origine de l'hypoth. rom.* (1899), стр. 185 сл. доказываетъ, что *lex Julia* говорила о *fiducia*, а не о *hypotheca*.

¹¹⁾ L. 1, § 15. C. 5, 13 pr. J. 2. 8.

¹²⁾ *Cap.* 28, к. 2, 24.

¹³⁾ Но при расторженіи брака онъ обязанъ реституировать въ качествѣ приданого ту сумму, которую онъ получилъ по иску объ эвикціи, хотя бы эта сумма была больше суммы оцѣнки. L. 16. D. 23, 3. L. 49, § 1. D. 24, 3. Оцѣночная сумма въ этомъ случаѣ не имѣетъ значенія, 1) потому что уплата ея обѣщана мужемъ не за то имущество, которое начало составлять приданое послѣ эвикціи первоначально данныхъ вещей, 2) потому что *aestimatio dotis* не должна служить спекулятивнымъ цѣлямъ, что могло бы произойти при примѣненіи ея къ данному случаю (см. выше, § 6, прим. 21).

¹⁴⁾ L. 1. C. 5, 12. L. 98 pr. D. 46, 3. L. 69, § 7. D. 23, 3. — L. 34. D. 23, 3 отно- сится, вѣроятно, къ *dos aestimata*, *Baron* § 335 пр. 1 ср. *Windscheid* § 495, пр. 5.

¹⁵⁾ *Pandekten* § 495, пр. 5.

поръ, какъ въ позднѣйшей имперіи получила силу безформенная *pollicitatio dotis* ¹⁶⁾, было бы послѣдовательнѣе видѣть въ каждой *datio dotis* молчаливо изъявленное и тотчасъ же исполненное обязательство дать приданое, и поэтому давать искъ объ эвикціи при всякой *datio dotis*, не дѣлая неосновательнаго различія между тѣмъ случаемъ, когда обѣщаніе дать приданое сперва дается, и затѣмъ исполняется спустя нѣкоторое время, и тѣмъ, когда оно изъясняется прямо черезъ исполненіе и его принятіе. Такое рѣшеніе вопроса Виндшейдъ и предлагаетъ для современнаго права.—Нужно замѣтить, впрочемъ, что, если такая неудачная *datio dotis* сдѣлана была злоумышленно — *dolo malo*, то мужъ имѣлъ *a. de dolo* и по римскому праву. Кромѣ того, если такое установленіе приданого, въ послѣдствіи эвинцированнаго, послѣдовало со стороны лица, закономъ обязаннаго передъ женою дать за нею приданое, то жена имѣла противъ этого лица искъ о надлежащемъ исполненіи его законной обязанности.

II. *Права жены.* Полнымъ хозяиномъ приданого въ теченіе брака юридически является мужъ: онъ—собственникъ дотальныхъ вещей, кредиторъ по обязательствамъ, даннымъ въ приданое, и т. д. Тѣмъ не менѣе нѣкоторые юристы классическаго періода, а также и самъ императоръ Юстиніанъ, выражаются иногда такъ, какъ будто они приписываютъ право собственности на дотальные вещи въ теченіе брака женѣ. Такъ, напримѣръ, у юриста Трифонина мы читаемъ, что *dos «quamvis in bonis mariti est, mulieris tamen est»* (L. 75 D. 23, 3). Ульпіанъ пишетъ, что *dos «ipsius filiae proprium patrimonium est»* (L. 3 § 5 D. 4, 4). Наконецъ, Юстиніанъ замѣчаетъ, что дотальные вещи «*ex naturali jure ejusdem mulieris sunt*» и только «*secundum juris subtilitatem ad mariti substantiam perveniunt*» (L. 30 C. 5, 12). Изъ этихъ выраженій прежде вывели теорію двойной собственности на приданое: мужу приписывали *dominium civile*, а женѣ—*dominium naturale* или *dormiens* ¹⁷⁾. Такого рода конструкція приданого, которую мы находимъ уже у Куяція ¹⁸⁾, является неправильной. Всѣ другія свидѣтельства источниковъ и прочіе признаки приданого говорятъ за полную собственность мужа на дотальные вещи: какъ собственникъ, онъ имѣетъ право на полученіе плодовъ, обязанъ къ несенію тягостей, связанныхъ съ земельными участками; чтобы лишить его права совершать отчужденія, понадобился особый запретъ: принципиально, слѣдовательно, это право принадлежало мужу. Съ другой стороны, какъ это сейчасъ будетъ выяснено, права жены на приданое во время брака слишкомъ слабы, такъ что было бы неосновательно конструировать ихъ, какъ *dominium*, хотя бы и *naturale* или *dormiens*. Правильнѣе видѣть въ указанныхъ мѣстахъ источниковъ проявленіе не юридическаго, а житейскаго, такъ сказать, естественнаго возрѣнія на вещи. Выраженія «*patrimonium filiae*» и «*ex jure naturali mulieris sunt*» и проч. употребляются юристами и Юстиніаномъ не въ строго формальномъ значеніи права собственности жены; юристы хотятъ при помощи этихъ оборотовъ рѣчи выразить только ту мысль, что приданое дается ради жены, чтобы поднять ея положеніе въ семьѣ мужа, и что оно къ женѣ должно вернуться въ случаѣ расторженія брака. Съ юридической же точки зрѣнія собственникомъ приданого является мужъ. Это въ сущности прямо и говоритъ Юстиніанъ въ L. 30 cit.

¹⁶⁾ Цитированная въ прим. 14. L. 1. C. 5, 12 относится къ 201 г., т.-е. издана раньше этого времени.

¹⁷⁾ См. обзоръ литературы у Windscheid § 496 пр. 6. Dernburg III, § 18, пр. 1.

¹⁸⁾ Observationes lib. X c. 32.

Такимъ образомъ, формально жена—не собственница приданого. Но приданое можетъ къ ней вернуться и установлено ради нея. Поэтому за ней признаются и въ теченіе брака различныя права на приданое. 1) Она можетъ до расторженія брака вытребовать приданое къ себѣ въ случаѣ расточительности или имущественной несостоятельности мужа, но должна дать обезпеченіе въ томъ, что будетъ употреблять полученное имущество *ad onera matrimonii ferenda* ¹⁹⁾ 2) Если жена купила у кого-либо вещь, которую она затѣмъ дала за собою въ приданое, и вещь эта была эвинцирована у мужа, то жена имѣетъ къ продавцу искъ объ эвикціи ²⁰⁾. 3) Жена, давшая въ приданое земельный участокъ, считается и въ теченіе брака землевладѣлицей и на этомъ основаніи освобождается отъ предоставленія обезпеченій (*cautiones*) въ случаѣ веденія судебныхъ процессовъ ²¹⁾ (отъ этихъ *cautiones* свободенъ также и мужъ на основаніи обладанія тѣмъ же участкомъ въ качествѣ приданого). 4) Наконецъ, жена можетъ вытребовать приданое къ себѣ во время брака еще въ нѣкоторыхъ особенныхъ случаяхъ: чтобы уплатить долги, чтобы купить выгодное имѣніе, чтобы помочь нуждающимся близкимъ родственникамъ или выкупить ихъ изъ плѣна ²²⁾. Отдача приданого женѣ въ теченіе брака по инымъ основаніямъ, кромѣ указанныхъ въ п. 1 и 4, есть запрещенное дареніе между супругами и потому не связываетъ мужа; кромѣ того, принятіе такого дара не связываетъ и жену, а потому, если мужъ не взялъ обратно отданнаго имъ женѣ приданого (съ плодами), то, въ случаѣ гибели приданого у жены, онъ не освобождается отъ обязанности къ реституціи приданого по расторженіи брака ²³⁾.

§ 8. Положеніе приданого по расторженіи брака.

I. Первоначально ¹⁾ приданое не подлежало возврату; оно давалось на вѣчныя времена мужу и должно было перейти къ его наслѣдникамъ. Это объясняется тѣмъ, что въ древнее время разводы были крайне рѣдки, и бракъ заключался дѣйствительно на всю жизнь супруговъ. Отсюда, вѣроятно, и возникла догма, что мужъ на приданое получаетъ право собственности, а не узуфруктъ (см. выше § 7, I). Отголосокъ этого состоянія чувствуется въ слѣдующихъ словахъ юриста Павла: L. 1. D. 23, 3. *Dotis causa perpetua est et cum voto ejus qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit*. Хотя и въ эту древнѣйшую эпоху *dos* давалась въ интересахъ жены (чтобы поднять ея положеніе въ домѣ мужа), но при отсутствіи развода для нея не было опасно законодательство, не налагающее на мужа обязанности возвращать приданое при расторженіи брака; въ самомъ дѣлѣ: если бракъ расторгался смертью жены, то приданое ей больше не было нужно; если бракъ расторгался смертью мужа, то жена *in manu* наслѣдовала ему *filiae loco*, а жена, состоявшая въ бракѣ *sine manu*, получала отъ мужа по обычаю легать, замѣняющій ей приданое, которое смѣшалось съ прочимъ имуществомъ мужа. Съ появленіемъ частыхъ разводовъ ²⁾ по-

¹⁹⁾ L. 22, § 8, 9. L. 34 pr. D. 24, 3. L. 29. C. 5, 12. Nov. 97 c. 6 pr.

²⁰⁾ L. 75 D. 23, 3.

²¹⁾ L. 15 § 3 D. 2, 8.

²²⁾ L. 73 § 1 D. 23, 3—L. 20 D. 24, 3.

²³⁾ L. 1 C. 5, 19. *Dernburg* III, § 19 пр. 6.

¹⁾ См. къ послѣдующему *Dernburg*, III, § 14. *Girard*, стр. 922 сл.

²⁾ По римскому преданію (Gell. 4, 3) первый разводъ въ Римѣ относится къ 523 году а. н. с. (Sp. Carvilius Ruga) и только тогда понадобились *actio rei uxoriae* и *cautiones*.

ложение изменилось; сделалась мыслимой со стороны мужа спекуляция на приданое путем вступления въ бракъ съ богатой невестой; жена рисковала въ случаѣ развода остаться *indotata* и не имѣть возможности вновь выйти замужъ. Все это привело къ возникновенію обычая при установленіи приданого заключать въ формѣ стипуляціи договоръ о возвратѣ приданого въ случаѣ расторженія брака (*cautiones rei uxoriae*); изъ такого договора возникалъ обычный стипуляціонный искъ (*a. ex stipulatu*) о возвратѣ приданого. Сверхъ того въ преторскомъ эдиктѣ является особый искъ—*actio rei uxoriae*, посредствомъ котораго приданое возвращается при смерти мужа или разводѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда такого договора не было заключено; этотъ искъ былъ созданъ исключительно въ интересахъ жены и потому не былъ наследственнымъ; искъ этотъ давался лишь самой женѣ, но онъ не давался ея наследникамъ, если бракъ расторгался смертью жены; формула иска содержала въ интенціи ссылку на *aequitas* (*quod aequius melius*). Третью эпоху въ исторіи приданого составляетъ законодательство Юстиніана. Юстиніанъ въ благопріятномъ для жены смыслѣ соединяетъ вмѣстѣ нѣкоторыя правила объ *a. rei uxoriae* съ нѣкоторыми другими, которыя существовали лишь для иска, возникшаго въ силу стипуляціи о возвратѣ приданого; онъ даетъ новому иску имя *actio ex stipulatu*, хотя искъ этотъ возникаетъ теперь и въ тѣхъ случаяхъ, когда особой стипуляціи не было заключено. Юстиніанъ, очевидно, дѣлаетъ презумпцію, что стипуляція *de dote reddenda* всегда заключается женою. Главныя черты этого новаго иска сводятся къ слѣдующему: изъ *a. rei uxoriae* заимствованъ характеръ *bonae fidei actio*, изъ *a. de stipulatu* — наследственность иска (такимъ образомъ, изменился совсѣмъ кругъ лицъ, имѣющихъ право требовать возврата приданого). Реформа Юстиніана содержится въ *L. un. C. 5, 13*. Но, такъ какъ въ Дигестахъ осталось довольно много рѣшеній, основанныхъ на старомъ правѣ, то для полнаго пониманія текстовъ Юстиніанова свода намъ нужно ознакомиться и съ нормами классическаго права о возвратѣ приданого.

II. *Доюстиніаново право*. 1) Возьмемъ прежде всего тотъ случай, когда особаго договора о возвратѣ приданого не было заключено. Въ этомъ случаѣ возникала для жены *a. rei uxoriae* (*bonae fidei*³⁾ о возвратѣ приданого. Этотъ искъ не всегда обязывалъ мужа возвращать приданое. а) Такъ какъ *a. rei uxoriae* не дается наследникамъ жены, то въ случаѣ расторженія брака *смертью жены* мужъ оставляетъ приданое у себя; онъ обязанъ возвратить лишь *dotem profecticiam*, если установитель этого приданого (восходящій родственникъ жены съ отцовской стороны; *patria potestas* не существенна) еще живъ; при этомъ, если отъ брака оставались дѣти, то мужъ могъ сдѣлать *retentio propter liberos* въ размѣрѣ $\frac{1}{5}$ части приданого на каждаго ребенка⁴⁾. б) Въ случаѣ расторженія брака *смертью мужа или разводомъ* приданое возвращается, но при этомъ дѣлается различіе: α) если жена *sui juris*, то приданое возвращается ей одной; если жена умираетъ, не потребовавши еще отъ мужа приданого и не поставивши его въ *Mora debitoris*, то мужъ удерживаетъ приданое за собою⁵⁾; β) если жена *alieni juris*, то *dos fit communis patri et filiae*, т. е. его взыскиваетъ и получаетъ въ уплату домовладыки жены, но не иначе какъ съ согласія дочери⁶⁾; при смерти домовладыки⁷⁾ или эманципаціи дочери изъ подъ его власти⁸⁾

³⁾ *L. 1, § 2. C. 5, 13, § 29. J. 4, 6.*

⁴⁾ *Ulp. 6, 3—5. Vat. fr. 108. L. 1, § 6. C. 5, 13.*

⁵⁾ *Ulp. 6, 6. 7.*

⁶⁾ *L. 2, § 1. L. 3. L. 22, § 1. 3. L. 66, § 2. D. 24, 3. L. 34, § 6. D. 46, 3.*

⁷⁾ *L. 66, § 2. L. 4. D. 24, 3. L. 1, § 14. C. 5, 13.*

⁸⁾ *L. 22, § 5. L. 2, § 1. D. 24, 3.*

приданое взыскиваетъ дочь самостоятельно; при смерти дочери приданое взыскиваетъ домовладыка⁹⁾. Мужъ можетъ, выдавая приданое, дѣлать разныя retentiones изъ приданого; retentio propter mores (при разводѣ по винѣ жены), propter liberos (при разводѣ по винѣ жены или ея домовладыки), propter impensas utiles, p. res donatas (donatio int. vir. et ux.), pr. res amotas (вещи, украденныя въ ожиданіи развода¹⁰⁾). Res fungibiles реституируются въ теченіе 3-хъ лѣтъ равными частями (annua, bima, trima die¹¹⁾). Мужъ имѣетъ beneficium competentiae¹²⁾.

2) Иныя правила примѣнялись въ томъ случаѣ, если при установленіи приданого заключенъ особый договоръ о его возвратѣ (cautio rei uxoriae). Договоръ о возвратѣ приданого можетъ быть заключенъ путемъ безформеннаго соглашенія, прибавленнаго къ самому установленію приданого (pactum in continenti adjectum); изъ такого соглашенія возникаетъ для установителя a. praescriptis verbis или condictio¹³⁾. Этотъ договоръ, далѣе, можетъ быть заключенъ путемъ стипуляціи; въ такомъ случаѣ искъ называется a. ex stipulatu¹⁴⁾; стипуляція можетъ быть сдѣлана и не при самомъ установленіи приданого, т. е. не ex continenti. Последняго рода договоры составляли общее правило, и для насъ особый интересъ имѣетъ a. ex stipulatu которой воспользовался для своей реформы Юстиніанъ. Это былъ искъ stricti juris въ противоположность къ a. rei uxoriae. Установитель dotis выговаривалъ въ стипуляціи возвратъ приданого себѣ (dos recapticia); если онъ былъ восходящимъ родственникомъ жены, то онъ могъ выговорить возвратъ приданого самой женѣ или ея нисходящимъ, и послѣдніе могли предъявлять къ мужу искъ (actio utilis) изъ этой стипуляціи, хотя они и не участвовали въ ея заключеніи (случай договора въ пользу третьяго лица¹⁵⁾). Отличается этотъ искъ отъ a. rei uxoriae слѣдующими чертами:

а) Этотъ искъ переходитъ на наслѣдниковъ; слѣдовательно, при наличности договора о возвратѣ приданого мужъ *всегда* обязанъ вернуть приданое: если не будетъ въ живыхъ лица, въ пользу котораго выговоренъ возвратъ приданого, то искать будутъ его наслѣдники.

б) Этотъ искъ не допускаетъ никакихъ retentiones, за исключеніемъ r. propter impensas necessarias (о нихъ рѣчь ниже).

в) При этомъ искѣ нѣтъ beneficium competentiae для мужа, и всякое приданое должно быть возвращено тотчасъ же¹⁶⁾.

III. Юстиніаново право. Юстиніанъ, какъ было указано выше, создалъ особую a. ex stipulatu bonae fidei для возврата приданого во всѣхъ случаяхъ безъ различія того, была ли заключена стипуляція о возвратѣ приданого, или нѣтъ¹⁷⁾; для опредѣленія судьбы приданого по расторженіи брака этотъ законодатель со-

9) L. 25 pr. D. 46, 8.

10) Ulp. 6, 9—17. Слѣдуетъ отличать retentio propter liberos въ этомъ случаѣ отъ такой же retentio при возвратѣ dos profecticia: въ послѣднемъ случаѣ ничьей вины не предполагается.

11) Ulp. 6, 8.

12) L. 1, § 7. C. 5, 13. О так. наз. edictum de alterutro см. L. 1, § 3. C. cit. Girard, стр. 932, пр. 4. Dernburg III, § 14, прим. 7.

13) L. 1, § 13. C. 5, 13. L. 1. C. 5, 14.

14) L. 1, § 13. C. 5, 13.

15) L. 45. D. 24. 3. L. 7. C. 5, 14. Girard стр. 436, пр. 1. Windscheid, § 316, пр. 6. Dernburg, II, § 18, пр. 5.

16) L. 1, § 3 sqq. C. 5, 13.

17) L. 1, § 1. C. cit.

единилъ въ благопріятномъ для жены смыслѣ правила, созданныя какъ для а. rei uxoriae, такъ и для а. ex stipulatu. Отсюда въ юстиніановомъ правѣ существуютъ слѣдующія правила на тотъ случай, когда о возвратѣ приданого не было заключено никакихъ pacta dotalia (объ этихъ послѣднихъ см. § 9 ниже).

1) Лица, имѣющія право требовать возврата приданого. Таковыми являются, по общему правилу, жена и ея наслѣдники; мужъ и его наслѣдники обязаны реституировать этимъ лицамъ приданое при прекращеніи брака разводомъ, смертью мужа или жены ¹⁸⁾. Слѣдуетъ замѣтить только двѣ особенности. а) Если при разводѣ или смерти мужа жена стоитъ еще sub patria potestate, то, какъ и въ прежнемъ правѣ, dos communis fit patris et filiae ¹⁹⁾; впрочемъ, по особому предписанію Юстиніана, отецъ, получившій приданое своей подвластной дочери, долженъ дать дочери въ случаѣ ея вступленія во второй бракъ то же самое приданое, если только имущество его значительно не уменьшится къ этому времени ²⁰⁾. б) Если бракъ расторгается смертью жены, и на лицо имѣется установленная домовладыкой жены dos profecticia, установитель которой еще находится въ живыхъ, то такую dos обратно получаетъ ея установитель, а не наслѣдники жены ²¹⁾; dos adventicia всегда поступаетъ при расторженіи брака смертью жены къ ея наслѣдникамъ ²²⁾.

2) Предметъ реституціи. Долженъ быть возвращенъ весь капиталъ приданого. Если онъ состоялъ изъ *res quae pondere, numero, mensura constant*, то мужъ долженъ вернуть не тѣ самыя вещи, которыя ему были даны, а ту же сумму вещей того же сорта, такъ что *periculum dotis* лежитъ на немъ ²³⁾. Если dos состоитъ изъ незамѣнимыхъ вещей, то должны быть возвращены тѣ самыя вещи, которыя были даны мужу и притомъ возвращены въ неповрежденномъ состояніи; мужъ отвѣчаетъ за *culpa in concreto* (*diligentia quam suis rebus*) относительно цѣлости вещей, данныхъ въ приданое ²⁴⁾; кромѣ того, онъ отвѣчаетъ и за всякое отчужденіе ²⁵⁾; если отчужденіе произошло съ согласія лица, которому должно быть реституировано приданое, то мужъ долженъ вернуть лишь полученную имъ отъ отчужденія выручку ²⁶⁾. Если въ приданое дано обязательство, то возвращается сумма, взысканная мужемъ съ должника ²⁷⁾; если эта сумма не была мужемъ взыскана, то дѣлается *asseritatio* въ томъ случаѣ, когда должникомъ по обязательству является лицо, которому реституируется приданое ²⁸⁾; въ остальныхъ же случаяхъ дѣлается *cessio* обязательства ²⁹⁾. Если въ приданое былъ данъ узуфруктъ на вещь того лица, которому реституируется приданое, то реституція состоитъ въ отказѣ мужа отъ узуфрукта ³⁰⁾; если въ приданое былъ данъ узу-

¹⁸⁾ L. 1, § 4. 6 C. cit.

¹⁹⁾ L. 1, § 14. C. cit.

²⁰⁾ Nov. 97, c. 5.

²¹⁾ L. 1, § 13. C. cit. L. 6 pr. D. 23, 3.

²²⁾ L. 1, § 6. 13. C. cit.

²³⁾ L. 42. D. 23, 3.

²⁴⁾ L. 24, § 5. L. 18, § 1. L. 25, § 1—4. L. 55. L. 66 pr. D. 24, 3.

²⁵⁾ L. 50. D. 24, 3.

²⁶⁾ L. 32. D. 23, 3. Такимъ образомъ, отчужденіе движимостей отличается отъ отчужденія недвижимостей тѣмъ, что оно дѣйствительно, но на мужѣ лежитъ отвѣтственность за отчужденіе (т.-е. обязанность возмѣстить весь интересъ), если только онъ не испросилъ согласія жены, или если движимыя вещи не были *res fungibiles*. Ср., однако, ниже, § 8, III, 4, примѣчаніе 47.

²⁷⁾ L. 44, § 1. D. 24, 3. L. 48, § 1. D. 23, 3.

²⁸⁾ L. 41, § 4. D. 23, 3. L. 30, § 1. L. 66, § 7. D. 24, 3.

²⁹⁾ L. 44, § 1. D. 24, 3.

³⁰⁾ L. 78, § 2. D. 23, 3. L. 57. D. 24, 3.

Фруктъ на вещь третьяго лица, то реституція состоитъ въ томъ, что на лицо, которому возвращается приданое, переносится пользованіе узужфруктомъ³¹⁾; если приданое состояло въ отказѣ установителя отъ узужфрукта на вещь мужа, то узужфруктъ долженъ быть возстановленъ, если узужфруктуаръ еще живъ³²⁾.

Кромѣ того, вмѣстѣ съ капиталъной суммой приданого, выдаются всѣ *приращенія* къ дотальнымъ вещамъ (*alluvio, ususfructus*, вернувшійся къ *proprietas*)³³⁾ и плоды, собранные до брака³⁴⁾. Остальные плоды распределяются по дотальнымъ годамъ слѣдующимъ образомъ: годъ считается отъ даты заключенія брака или установленія приданого, если оно установлено по заключеніи брака³⁵⁾; плоды, собранные въ теченіе каждаго полнаго года не подлежатъ реституціи: мы знаемъ, что эти плоды идутъ на покрытіе тягостей брачной жизни и потому окончательно приобрѣтаются мужемъ; плоды же, собранные мужемъ въ теченіе послѣдняго дотальнаго года, распределяются между мужемъ и тѣмъ лицомъ, которому реституируется приданое, сообразно пропорціи времени, въ теченіе котораго существовалъ бракъ въ послѣднемъ дотальномъ году (если бракъ существовалъ въ этомъ году 7 мѣсяцевъ, то мужъ получить $\frac{7}{12}$ плодовъ, собранныхъ въ этомъ дотальномъ году)³⁶⁾. Впрочемъ, вопросъ о распределеніи плодовъ послѣдняго года въ виду неясности источниковъ является весьма спорнымъ³⁷⁾.

Взаимныя притязанія мужа. Юстиніанъ уничтожилъ всѣ ретенціи прежняго права³⁸⁾. *Retentio propter mores* была уничтожена въ виду установленія новыхъ штрафовъ за разводъ; *retentio propter liberos* отмѣнена была въ виду того, что естественныя обязанности къ дѣтямъ не менѣе лежатъ на матери, нежели на отцѣ; *retentio propter res donatas et amotas* уничтожена на томъ основаніи, что Юстиніанъ счелъ достаточнымъ искомъ, существующихъ на случай воровства между супругами; *retentio propter impensas utiles* была замѣнена посредствомъ *a. mandati*, если издержки сдѣланы съ согласія жены, или *a. negotiorum gestorum* во всѣхъ иныхъ случаяхъ (Юстиніанъ не смущается тѣмъ, что мужъ дѣлалъ эти *impensae*, будучи собственникомъ и не имѣя ни къ кому *animus obligandi*, а потому не могъ быть считаемъ ни мандатаріемъ жены, ни гесторомъ). Осталась только *retentio propter impensas necessarias*. Эти издержки въ силу стариннаго правила сами собой уменьшаютъ капиталъ приданого: *impensae necessariae dotem ipso jure minuunt*³⁹⁾. Къ дотальнымъ денежнымъ капиталамъ это правило примѣняется буквально: поскольку *impensae necessariae* дѣлаются на приданое, въ составъ котораго входятъ деньги, постольку сумма этихъ денегъ перестаетъ быть дотальною⁴⁰⁾; остальные вещи не перестаютъ быть дотальными вслѣдствіе совершенія на нихъ необходимыхъ издержекъ, но, благодаря этому правилу, эти

31) L. 66. D. 23, 3. L. 57. D. 24, 3.

32) L. 78 pr., § 1, 3. D. 23, 3. L. 57. D. 24, 3. — Аналогичныя правила примѣняются, если приданое состояло въ отказѣ отъ обязательственнаго требованія противъ мужа. L. 12, § 2. L. 43, § 1. 2. D. 23, 3. *Dernburg* III, § 22, пр. 9.

33) L. 4. L. 10, § 1, 2. L. 65. D. 23, 3. L. 7, § 12. D. 24, 3. L. 1, § 9. C. 5, 13.

34) L. 7, § 1. L. 47. D. 43, 3.

35) L. 5, 6. D. 24, 3.

36) L. 1, § 9. C. 5, 13. L. 5—8. D. 24, 3.

37) *Windscheid*, § 501, пр. 8. *Dernburg* III, § 22, 2.

38) L. 1, § 5. C. 5, 13.

39) L. 5. D. 25, 1. L. 61. D. 23, 2. L. 5, § 2. D. 23, 4. L. 1, § 4. L. 5. D. 33, 4. L. 1, § 5. C. 5, 13. § 37. J. 4, 6.

40) L. 5. D. 25, 1. L. 1, § 4. D. 33, 4. L. 56, § 3. D. 23, 3.

вещи и въ Юстиніановомъ правѣ подлежатъ ретенціи до тѣхъ поръ, пока издержки не будутъ возмѣщены мужу ⁴¹⁾).

3) *Время возврата*. Недвижимости должны быть возвращены тотчасъ же, а движимости и *res incorporales*—въ теченіе года; плоды этого года также реституируются ⁴²⁾).

4) *Иски*. Главнымъ искомъ является знакомая намъ обязательственная *ex stipulatu* противъ мужа или его домовладыки, *resp. ихъ heredes*. Мужъ, его десценденты (какъ *heredes*) и его домовладыка имѣютъ *beneficium competentiae* ⁴³⁾. Далѣе, лицо, управомоченное требовать возврата приданого имѣетъ *законный залогъ на все имущество мужа*, въ силу котораго оно можетъ требовать путемъ *a. hypothecaria* у всякаго третьяго владѣльца каждую вещь, принадлежавшую мужу со времени заключенія брака ⁴⁴⁾. Для жены и ея нисходящихъ *heredes* этотъ залогъ *привилегированъ*, т. е. жена и ея нисходящіе предпочитаютъ всѣмъ инымъ (непривилегированнымъ) залоговымъ кредиторамъ мужа, хотя бы старшимъ по времени установленія залога ⁴⁵⁾. Наконецъ, *самой женой* Юстиніанъ (L. 30. C. 5, 12) далъ еще особый *вещный искъ* противъ всякаго владѣльца относительно *самыхъ вещей, входящихъ въ составъ приданого*, безразлично, были ли онѣ движимыя или недвижимыя, *aestimatae* или *non aestimatae*, если только онѣ еще существуютъ—*si tamen extant*. Смыслъ этого распоряженія Юстиніана не ясенъ и споренъ во многихъ отношеніяхъ. 1) Не ясна самая природа иска: есть ли это дѣйствительно *rei vindicatio* (т.-е. собственность жены на *dos* возникаетъ при расторженіи брака *ipso jure*), или *utilis rei vindicatio* (т.-е. вещный искъ о переносѣ права собственности на жену), или *a. hypothecaria* (изъ новаго привилегированнаго залога жены на массу приданого), или же, наконецъ, и *rei vindicatio* и *a. hypothecaria* вмѣстѣ. 2) Оговорку «*si tamen extant*» одни понимаютъ такъ, что жена не можетъ этимъ искомъ требовать тѣхъ вещей, которыя законно отчуждены мужемъ при существованіи брака (т.-е. отчужденныхъ имъ движимостей ⁴⁶⁾); другіе толкуютъ ее въ томъ смыслѣ, что жена не можетъ взыскивать тѣхъ только вещей, которыя тѣлесно погибли ⁴⁷⁾.

⁴¹⁾ Слѣдуетъ замѣтить, что подъ *impensae necessariae* разумѣются тѣ издержки, безъ которыхъ дотальныя вещи погибли бы. Къ *impensae utiles* относятся тѣ издержки, которыя возвышаютъ хозяйственную годность вещей. Особо выдѣлены *impensae*, сдѣланныя для *полученія плодовъ* съ плодоносныхъ вещей и для собиранія и храненія этихъ плодовъ, а также *modicae impensae*, относящіяся *ad praesentis temporis utilitatem* (содержаніе рабовъ, обычный ремонтъ зданій, подати). Эти издержки зачитываются въ сумму собранныхъ плодовъ, такъ что *fructus intelliguntur deductis impensis* (L. 3, § 1. L. 16. D. 25, 1. L. 7 pr., § 16. D. 24, 3). Наконецъ, послѣдній разрядъ составляютъ *impensae voluptuariae*, издержки для удовольствія: по поводу этихъ издержекъ мужъ имѣетъ только *jus tollendi*, даже если онѣ сдѣланы съ согласія жены (L. 1, § 5. C. 5, 13. L. 7 pr. L. 9. L. 11 pr. L. 14, § 2. D. 25, 1).

⁴²⁾ L. 1, § 7. C. 5, 13.

⁴³⁾ L. 1, § 7. C. 5, 13.

⁴⁴⁾ L. 1, § 1. C. 5, 13.

⁴⁵⁾ L. 12. C. 8, 17 (18), § 29. J. 4, 6.

⁴⁶⁾ Windscheid, § 503, 2. Baronz, § 343 i. f.

⁴⁷⁾ Слѣдовательно жена, согласно этому послѣднему воззрѣнію, имѣетъ вещный искъ не только относительно отчужденнаго *fundus dotalis*, но и относительно движимыхъ вещей, отчужденныхъ мужемъ; сторонники этого взгляда (напр. *Dernburg III*, § 20 пр. 7) добавляютъ обыкновенно только одно ограниченіе: жена не можетъ требовать движимыхъ дотальныхъ вещей у всякаго владѣльца, если она дала мужу согласіе на ихъ отчужденіе; въ этомъ состоитъ различіе въ положеніи движимыхъ дотальныхъ вещей съ *fundus dotalis*; иного различія между дотальными движимостями и недвижимостями не остается.

§ 9. Pacta dotalia.

I. Стороны могут заключать относительно судьбы dotis во время брака и послѣ его прекращенія особые договоры и тѣмъ изъять приданое изъ-подъ дѣйствія общихъ нормъ права. Однако, содержаніе этихъ договоровъ не можетъ быть исполнѣ свободно устанавливаемо волею сторонъ¹⁾. Оно подлежитъ большимъ ограниченіямъ, сущность которыхъ опредѣляется двумя принципами: 1) стремленіемъ заставить приданое дѣйствительно служить его назначенію ad onera matrimonii ferenda; 2) стремленіемъ обезпечить за женщиной возвратъ приданого по расторженіи брака, для того, чтобы она не сдѣлалась mulier indotata и могла вновь выйти замужъ. Послѣдній принципъ выраженъ въ L. 2. D. 23, 3. Paulus. Reipublicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt. L. 1. D. sol. matr. 24, 3. Pomponius. Dotium causa semper et ubique praecipua est; nam et publice interest dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse feminas ad subolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium.

II. Сущность этихъ ограниченій сводится къ слѣдующему.

1. Чтобы приданое въ теченіе брака дѣйствительно служило своей цѣли, установлено, что ничтожна оговорка, по которой плоды причисляются къ капиталу dotis; она дѣйствительна лишь въ слѣдующихъ случаяхъ: а) если жена на себя приметъ свое содержаніе, или б) если мужу предоставляется право тратить на нужды брака проценты съ собранной имъ суммы плодовъ²⁾.

2. Законъ стремится обезпечить возвратъ приданого въ цѣлости самой женѣ по расторженіи брака. Отсюда слѣдующія ограниченія. Ничтожна оговорка, что мужъ не долженъ отвѣчать по отношенію къ дотальнымъ объектамъ за diligentia in concreto, а будетъ отвѣчать только за dolus (propter utilitatem nubentium³⁾). Безусловно ничтожна оговорка, что dos должна остаться за мужемъ во всякомъ случаѣ, т.-е. перейти къ его наслѣдникамъ даже въ случаѣ расторженія брака его смертью; это значило бы сдѣлать mulier indotata (приданое обратилось бы въ donatio sub modo⁴⁾). Кромѣ того есть еще ограниченія, различныя для разныхъ установителей приданого:

а) Кто устанавливаетъ приданое, не будучи къ тому закономъ обязанъ, тотъ не можетъ послѣ установленія приданого дѣлать никакихъ невыгодныхъ для жены оговорокъ безъ ея согласія⁵⁾.

б) Кто закономъ обязанъ къ установленію приданого, тотъ является связаннымъ уже при самомъ совершеніи акта установленія приданого: онъ можетъ выговаривать возвратъ dotis себѣ или оставленіе ея мужу при расторженіи брака смертью жены⁶⁾; но онъ не можетъ безъ согласія жены выговорить ничего невыгоднаго для жены на тотъ случай, если dos должна быть возвращена ей (напр. болѣе поздняго срока реституціи⁷⁾).

в) Сама жена, устанавливая приданое, можетъ только отказаться отъ законнаго залога на имущество мужа, установленнаго въ пользу dotis⁸⁾, и выговорить

1) L. 12, § 1. D. 24, 3.

2) L. 4. D. 23, 4.

3) L. 6. D. 23, 4.

4) L. 2. L. 12, § 1. D. 23, 4. L. 1, § 1. D. 33, 4. L. 3. C. 5, 14.

5) L. 20, § 1. D. 23, 4. Cf. L. 45. D. 24, 3.

6) L. 29 pr. D. 24, 3. L. 12 pr. D. 23, 4 cf. L. 7. C. 5, 14.

7) L. 7, 19. D. 23, 4. L. 28. D. 23, 3. L. 7. C. 5, 12. L. 29 pr. D. 24, 3.

8) L. 11. C. 4, 29.

оставленіе dos за мужемъ на случай расторженія брака ея смертью или разводомъ при наличности дѣтей отъ брака ⁹⁾).

3. Наконецъ, согласно общимъ принципамъ права, законъ не допускаетъ оговорокъ, юридически невозможныхъ (напр. о невычетѣ *impensae necessariae*, которыя *ipso jure dotem minuunt* ¹⁰⁾ или безиравственныхъ (напр., объ отнятіи у мужа *beneficium competentiae* ¹¹⁾), о недопущеніи иска *propter res amotas* между супругами ¹²⁾).

Глава III. Прочія имущественныя отношенія между супругами.

§ 10. Donatio propter nuptias.

I. Въ послѣконстантиновское время императорское законодательство нормируетъ новый институтъ ¹⁾, заимствованный, вѣроятно, съ востока. Именно, вырабатывается обычай, чтобы мужъ устанавливалъ съ своей стороны женѣ даръ, который долженъ соответствовать приносимому послѣдней приданому. Этотъ даръ остается во время брака въ собственности и управленіи мужа. Въ случаѣ же расторженія брака разводомъ по винѣ мужа, *donatio ante nuptias* должна была поступить въ руки жены, подобно тому, какъ *dos* при наличности вины на сторонѣ жены доставалась мужу ²⁾. Кромѣ того, обыкновенно въ договорахъ выговаривалось, что этотъ даръ долженъ перейти къ женѣ по расторженіи брака еще и въ нѣкоторыхъ иныхъ случаяхъ, главнымъ образомъ, въ случаѣ расторженія брака смертью мужа; требовалось при этомъ, чтобы въ этихъ договорахъ соблюдался полнѣйшій параллелизмъ съ *dos*: въ случаяхъ, аналогичныхъ съ тѣми, въ которыхъ женѣ было предоставлено право требовать выдачи *donatio propter nuptias*, и за мужемъ должно быть выговорено право удерживать приданое въ тѣхъ же частяхъ ³⁾. По предписанію Юстиніана *dos* и *don. pr. nuptias* даже должны быть абсолютно равны между собою ⁴⁾. Точно такъ же, какъ отецъ жены долженъ былъ давать *dotem* за дочерью, такъ отецъ мужа обязанъ былъ по закону давать *donatio pr. nuptias* за своимъ сыномъ ⁵⁾. Не совсѣмъ гармонируетъ со всѣми этими постановленіями то, что самъ мужъ, хотя бы и получилъ за своей женой приданое, могъ совсѣмъ не устанавливать за собою *donationis propter nuptias*. До Юстиніана эта *donatio* могла быть установлена только до брака, ибо еще не отличалась принципиально отъ даренія, а даренія между супругами запрещены; Юстиніанъ разрѣшилъ устанавливать ее также во время брака и соответственно съ этимъ далъ ей имя *don. propter nuptias* ⁶⁾; раньше она называлась *don. ante nuptias* (не нужно смѣшивать съ этимъ даромъ подарки между помолвленными, которые тоже носятъ это имя).

⁹⁾ L. 2. D. 23, 4. L. 3. C. 5, 14. Ср. L. 14—19. L. 29 pr. D. 23, 4.

¹⁰⁾ L. 5, § 2. D. 23, 4.

¹¹⁾ L. 14, § 1. D. 24, 3.

¹²⁾ L. 5, § 1. D. 23, 4.

¹⁾ См. о немъ подробно у *Mitteis*, *Reichsrecht und Volksrecht* (1891 г.), стр. 256 слл.

²⁾ L. 8, § 5. C. 5, 17.

³⁾ L. 9, 10. C. 5, 14. Nov. 22 c. 20 pr.

⁴⁾ Nov. 97 c. 1, 2.

⁵⁾ L. 7, § 2. C. 5, 11.

⁶⁾ L. 20 pr. C. 5, 3.

II. Въ теченіе брака, какъ сказано, *donatio pr. nuptias* остается въ собственности и управленіи мужа; но такъ какъ она вмѣстѣ съ *dos* должна служить *ad onera matrimonii ferenda*, то мужъ не можетъ отчуждать недвижимыхъ вещей, входящихъ въ ея составъ ⁷⁾, а притязаніе жены о выдачѣ *don. pr. nuptias* обеспечено законной ипотекой на все имущество мужа ⁸⁾. Въ случаѣ имущественной несостоятельности мужа, жена можетъ и въ теченіе брака вытребовать капиталъ *donatio propter nuptias* въ свои руки, по обязана доходы съ него употреблять на нужды брака ⁹⁾. Если отъ брака остались дѣти, то жена, къ которой поступаетъ *donatio pr. nuptias* по расторженіи брака, получаетъ лишь узусфруктъ на все это имущество, а собственность на него дѣлится съ дѣтьми, оставшимися отъ брака ¹⁰⁾.

§ 11. Даренія между супругами.

I. Даренія между супругами запрещены. Возникновеніе этой нормы источники сводятъ къ обычаю, къ *mores* ¹⁾. Основаніемъ запрещенія выступаютъ слѣдующія соображенія: 1) стремленіе права защитить cadaго изъ супруговъ отъ невыгодныхъ послѣдствій его неразумной слабости къ другому супругу ²⁾; 2) желаніе оказать защиту каждому супругу отъ эксплуатаціи его со стороны другого (главнымъ образомъ при помощи угрозы потребовать развода, если не будетъ сдѣлано дареніе ³⁾).

II. Подробности сводятся къ слѣдующему. 1) Запрещены даренія. Самое понятіе даренія здѣсь уже, чѣмъ всегда: чтобы быть запрещеннымъ дареніемъ между супругами, *donatio* должна не только уменьшать имущество дарителя, но и обогащать имущество одареннаго, т.-е. выгода отъ него должна быть способна къ переводу на деньги ⁴⁾ (ср. *Общ. ч. § 44, I, 5*). Поэтому не запрещено, напр., дареніе земельного участка для немедленнаго обращенія послѣдняго въ мѣсто погребенія, т.-е. во вѣнѣоборотную вещь ⁵⁾. Сдѣлано даже еще одно ограниченіе: если, благодаря даренію, одаренный только избавляется отъ необходимости дѣлать траты изъ своего имущества, но въ самомъ предметѣ даренія не получаетъ цѣнности, которую можно перевести на деньги, то онъ не считается обогатившимся, т.-е. дареніе не является запрещеннымъ (напр., жена, благодаря полученному отъ мужа дару, можетъ быть избавлена отъ необходимости покупать мѣсто для погребенія, но она все-таки «*non idcirco fit locupletior, quod non expendit*» *L. 5, § 8. D. 24, 1*). Это, конечно, только особенность дареній между супругами, а не общее правило. Далѣе, уменьшеніемъ имущества супруга, совершающаго дареніе, не считается отказъ его отъ открывающагося приобрѣтенія, дѣлаемый въ пользу другого супруга (напр., отказъ дарителя отъ открывающагося ему наслѣдства въ пользу одаряемаго, который можетъ быть субститутомъ или ближайшимъ наслѣдникомъ ab

7) *Nov. 61.*

8) *L. 12, § 2. C. 8, 17. Nov. 109, c. 1.*

9) *L. 29. C. 5, 12.*

10) *Nov. 98, c. 1. Nov. 127, c. 3.*

1) *L. 1. D. 24, 1.*

2) *L. 1. D. 24, 1.*

3) *L. 2. § 3 pr. D. 24, 1.*

4) *L. 5, § 8, 16. L. 25. D. 24, 1.*

5) См. *Windscheid, § 509, прим. 6.*

intestato послѣ отказавшагося наслѣдника). Такой отказъ отъ приобрѣтенія поэтому имѣетъ силу даже тогда, когда онъ дѣлается *donandi causa* въ пользу супруга ⁶⁾. Не считаются, наконецъ, недозволенными дареніями тѣ предоставленія, которыя дѣлаетъ мужъ женѣ, чтобы она могла удовлетворять посредствомъ нихъ свои потребности, соотвѣтствующія сословному и социальному положенію супруговъ ⁷⁾. Въ видѣ исключенія дозволены: а) небольшіе подарки, дѣлаемые по обычаю (въ праздникъ, *die natali* ⁸⁾); б) дареніе жены мужу для полученія послѣднимъ почетной должности или отличія ⁹⁾; в) дареніе для возведенія вновь разрушеннаго зданія ¹⁰⁾; г) даренія между императоромъ и его супругою ¹¹⁾.

2) Запрещены даренія *между супругами*. Поэтому дѣйствительны даренія, сдѣланныя еще *до брака* (между помолвленными) ¹²⁾, если только вступленіе ихъ въ силу не отнесено на время брака ¹³⁾; дѣйствительны даренія, совершенныя во время брака, если сила ихъ отнесена на время *послѣ расторженія* брака (т.-е. *donatio* на случай развода ¹⁴⁾, *don. mortis causa*) ¹⁵⁾. Далѣе, при дареніяхъ между супругами за одно лицо долженъ быть считаемъ каждый супругъ съ тѣми лицами, подъ властью которыхъ онъ самъ стоитъ, или которыя стоятъ подъ его властью, или которыя съ нимъ стоятъ подъ одной властью ¹⁶⁾; такимъ образомъ, мужъ не можетъ дарить домовладыкѣ жены, домовладыка мужа женѣ, домовладыка жены или сама жена подвластнымъ дѣтямъ мужа, домовладыка мужа домовладыкѣ жены и т. д. Основаніемъ такого правила является то соображеніе, что по классическому праву въ имущественномъ отношеніи домовладыка и подвластный являются однимъ лицомъ: подвластный не имѣетъ своего имущества, и всѣ его приобрѣтенія поступаютъ къ отцу. Въ тѣхъ случаяхъ, когда этой «*unitas personarum*» и въ классическомъ правѣ не было, изложенное правило терпѣло исключенія: такъ напр., дозволены даренія между этими лицами (кромѣ самихъ супруговъ) изъ и для *peculium castrense* и *quasi castrense* ¹⁷⁾. Въ юстиніановомъ правѣ все правило слѣдовало бы радикально измѣнить въ виду полной перемѣны имущественнаго положенія подвластныхъ (появленіе *peculium adventicium*; см. ниже § 15) ¹⁸⁾.

3) Запретъ приводитъ къ *полной ничтожности* даренія ¹⁹⁾. Обѣщаніе подарить не имѣетъ силы ²⁰⁾. Переносъ собственности, сдѣланный *donandi causa*, не производитъ никакого эффекта (даритель можетъ виндигировать подаренную вещь у всякаго ея владѣльца) ²¹⁾; если одаренный не имѣетъ уже въ своихъ рукахъ подаренной ему вещи, то даритель можетъ предъявить къ нему, кромѣ

6) L. 5, § 13, 14. L. 31, § 7. D. 24, 1.

7) L. 7, § 1. L. 15 pr. L. 21 pr. L. 28, § 6. D. 24, 1. L. 11. C. 5, 16 cf. L. 33, § 1. D. 24, 1.

8) L. 31, § 8. D. 24, 1.

9) L. 40—42. D. 24, 1. L. 21. C. 5, 16.

10) L. 14. D. 24, 1.

11) L. 26. C. 5, 16.

12) L. 5 pr. L. 27. L. 36, § 1. L. 66. D. 24, 1. L. 23. C. 5, 16.

13) L. 32, § 22. D. 24, 1.

14) L. 11, § 11. L. 12. 13 pr. 60—62 pr. D. 24, 1.

15) L. 9, § 2. L. 11, § 9. L. 20. D. 24, 1. L. 40. D. 39, 6.

16) L. 3, § 2—8. L. 20, § 1. L. 32, § 16—21. L. 53 pr. L. 60 pr. D. 24, 1. L. 4, 5. C. 5, 16.

17) L. 3, § 4. L. 32, § 17. D. 24, 1.

18) *Баронъ*, § 347, 2.

19) L. 3, § 10, 11. L. 5, § 1, 18. L. 36 pr. L. 38, § 1. L. 48. L. 52, § 1. D. 24, 1.

20) L. 3, § 10. L. 5, § 3, 4. D. 24, 1.

21) L. 5, § 18. L. 36 pr. L. 48. D. 24, 1. L. 28, § 5. L. 17, § 1. D. eod.

того, обязательственный искъ и вытребовать обогащеніе, полученное одареннымъ отъ подаренной вещи, напр., выручку отъ ея продажи ²²⁾. Если дареніе состояло въ прощеніи долга или въ уничтоженіи *jus in re*, то прощенное требованіе или *jus in re* продолжаетъ существовать ²³⁾.

4) Въ силу сенатусконсульта, изданнаго въ 206 году при Септ. Северѣ и Каракаллѣ (*oratio Severi, oratio Antonini*) ²⁴⁾ ничтожность даренія между супругами *исцѣляется* съ обратной силою со времени совершенія даренія ²⁵⁾ тѣмъ, что даритель *умираетъ раньше одареннаго или одновременно съ нимъ* ²⁶⁾ и *не отменяетъ до самой своей смерти сдѣланнаго даренія* ²⁷⁾; предполагается въ этомъ случаѣ, что дареніе было повторено при смерти и сдѣлано на время уже послѣ смерти дарителя. Бракъ для этого не долженъ быть расторгнутъ разводомъ до самой смерти дарителя ²⁸⁾.

§ 12. Штрафы за разводъ. Послѣдствія вступленія во второй бракъ. Нарушеніе траурнаго года.

I. Мы видѣли (въ § 4), что *односторонній разводъ* (*repudium*) допускался въ юстиніановомъ правѣ лишь на опредѣленныхъ основаніяхъ. На супруга, *дава-шаго своимъ поведеніемъ такое основаніе для развода*, налагались извѣстные *имущественные штрафы*. Сущность этихъ штрафовъ сводится къ слѣдующему:

1. *Виновная жена* не получаетъ *don. propter nuptias* и теряетъ свою *dos*; если она виновна въ *adulterium*, то она, кромѣ того, теряетъ изъ своего *осталь-наго имущества сумму, равную 1/3 dotis*. Если за ней не было приданаго, или притязаніе о возвратѣ приданаго принадлежитъ не ей, то она теряетъ 1/4 своего имущества (но не болѣе 100 фунтовъ золота); въ случаѣ *adulterium* она теряетъ еще 1/12 ¹⁾.

2. *Виновный мужъ* долженъ выдать *donatio propter nuptias*; если онъ ложно обвинилъ жену въ *adulterium*, или держалъ наложницу, то онъ, кромѣ того, теряетъ еще изъ *остальнаго имущества сумму, равную 1/3 суммы don. pr. nuptias*. Если *don. pr. nuptias* не была установлена, то мужъ теряетъ 1/4 всего своего имущества (но не свыше 100 ф. золота), а если онъ ложно обвинилъ жену въ *любодѣяніи*, или держалъ наложницу, то еще 1/12 ²⁾.

Эти штрафы достаются при *неимѣніи дѣтей* отъ брака *невиновному супругу*; если дѣти имѣются, то они получаютъ *собственность на штрафное имуще-ство*, а *невиновный супругъ*—*узуфруктъ*.

Кромѣ того, виновную въ *прелюбодѣяніи*—*adulterium* женщину и ея со-общника, если онъ былъ женатъ, постигали *уголовныя наказанія*: *конфискація*

22) L. 5, § 18. L. 7 pr. D. 24, 1.

23) L. 3, § 10. L. 5, § 1, 4. D. 24, 1.

24) L. 32 pr. L. 23. D. 24, 1.

25) L. 32, § 1, 8. D. 24, 1. L. 25. C. 5, 16.

26) L. 32, § 14. D. 24, 1. L. 8. D. 34, 5. L. 26. D. 39, 6.

27) L. 32, § 2—4, 5, 14, 15. D. 24, 1. L. 12, 15, 18. C. 5, 16.

28) L. 32, § 10—13. D. 24, 1. L. 18. C. 5, 16. О примѣненіи этихъ правилъ къ обѣщанію подарить см. *Windscheid*, § 509 пр. 35.

1) L. 8, § 5. C. 5, 17. Nov. 117 c. 8. Nov. 134 c. 10.

2) L. 8, § 4. C. 5, 17. Nov. 117, c. 9.

имущества (въ пользу фиска, монастыря, родственниковъ) для обоихъ, заключеніе въ монастырь для жены, смертная казнь для мушины³⁾.

За односторонній разводъ безъ всякой уважительной причины Юстиніанъ сперва установилъ болѣе строгія уголовныя наказанія для жены, чѣмъ для мужа⁴⁾, но затѣмъ уравниалъ наказанія для обоихъ: полагалось пожизненное заключеніе въ монастырь и конфискація всего имущества въ пользу дѣтей, родственниковъ и монастыря⁵⁾.

II. *Роепае secundarum nuptiarum*. Lex Julia et P. Porpaea установила штрафы за безбрачіе и сохраненіе вдовства и поощряла вступленіе во второй бракъ. Съ торжествомъ христіанства, наоборотъ, стало считаться похвальнымъ воздержаніе отъ брака,—и явились штрафы за вступленіе во второй бракъ⁶⁾. Эти штрафы—*роепае secundarum nuptiarum*—установлены были, впрочемъ, только на тотъ случай, когда отъ перваго брака оставались дѣти. Они касались отчасти каждаго *parens binubus*, отчасти только *mater binuba*. Важнѣйшія послѣдствія сводились къ слѣдующему.

1. Послѣдствія для каждаго *parens binubus*: а) *Потеря lucra nuptialia въ пользу десцендентовъ отъ перваго брака* (*lucra nuptialia* суть *dos* или *donatio pr. nuptias*, удержанныя отъ другого супруга при расторженіи брака; даренія, полученныя отъ другого супруга, поскольку они дѣйствительны; легаты и наслѣдство, полученныя отъ другого супруга). Десценденты приобрѣтаютъ эти *lucra* въ собственность по правиламъ, дѣйствующимъ для дѣленія *hereditas ab intestato*, независимо отъ того, сдѣлались ли они наслѣдниками своего умершаго *parentis*.—*Conjux binubus* сохраняетъ узупфруктъ и управленіе относительно этого имущества⁷⁾.

б) *Parens binubus* не можетъ отказать новому супругу *mortis causa* больше, чѣмъ сколько получить отъ него *mortis causa* наименѣе получающій десцендентъ отъ перваго брака⁸⁾.

2. Послѣдствія для *mater binuba*:

а) Если она дѣлается законной наслѣдницей нисходящаго изъ перваго брака вмѣстѣ съ братьями и сестрами послѣдняго, то она получаетъ лишь узупфруктъ на свою часть (поскольку эта часть происходитъ отъ ея перваго мужа); собственность достается братьямъ или сестрамъ умершаго или ихъ дѣтямъ⁹⁾.

б) Она теряетъ способность къ опеку надъ дѣтьми¹⁰⁾ и преимущественное право на ихъ воспитаніе¹¹⁾.

III. *Послѣдствія нарушенія траурнаго года*. По преторскому эдикту на вдову возлагалась обязанность не вступать во второй бракъ раньше истеченія 10 мѣсяцевъ по смерти мужа (*tempus lugendi*¹²⁾; иначе ее постигала *infamia*, равно какъ и ея домовладыку, даваго согласіе на второй бракъ, а также новаго мужа и его домовладыку. Новый мужъ и вдова *alieni juris* освобождаются отъ

3) Nov. 117 c. 8 Nov. 134 c. 10.

4) Nov. 117 c. 3.

5) Nov. 127 c. 4. Nov. 134 c. 11.

6) См. подробнѣе у Keller Pandekten II § 408.

7) L. 3 C. 5 9, Nov. 22 c. 23—26. c. 46.

8) Nov. 22 c. 27. L. 6. 10 C. 5, 9.

9) Nov. 22 c. 46.

10) Nov. 22 c. 40. Nov. 94 c. 2.

11) L. 1 C. 5, 49. Nov. 22 c. 38 Nov. 117 c. 7.

12) Vat. fr. 321.

infamia, если дѣйствовали по приказанію (jussu) своихъ домовладыкъ ¹³⁾. Основаніемъ этой нормы служило слѣдующее соображеніе: не было бы извѣстно, кто изъ двухъ мужей является отцомъ ребенка, если вдова, вступившая въ бракъ до истеченія 10 мѣсяцевъ по смерти перваго мужа, родила ребенка въ теченіе этого срока (propter turbationem sanguinis ¹⁴⁾). Поэтому вдова, разрѣшившаяся отъ бремени раньше 10 мѣсяцевъ по смерти мужа освобождалась отъ запрета вступать въ новый бракъ ¹⁵⁾. Позднѣйшее законодательство замѣнило 10-мѣсячный срокъ годовымъ ¹⁶⁾ и измѣнило самое основаніе запрета; теперь запрещеніе нарушать траурный годъ мотивируется просто требованіемъ добрыхъ нравовъ. Кроме того, новое право ввело еще значительныя наказанія за нарушеніе траурнаго года. Женщина лишалась всего, что получила отъ перваго мужа *inter vivos* или *mortis causa*; она теряла *test. f. passiva*; право наслѣдованія *ab intestato* она сохраняла лишь послѣ родныхъ до 3-ей степени; своему новому мужу она не могла дать больше $\frac{1}{3}$ своего имущества (въ качествѣ *dos* или по завѣщанію ¹⁷⁾). Тѣ же штрафы распространены были на женщину, которая на 11-мъ или 12-мъ мѣсяцахъ, по до истеченія года по смерти мужа родить ребенка, такъ что ясно, что онъ не могъ быть зачатъ ею умершимъ мужемъ ¹⁸⁾.

13) L. 1 D. 3, 2. Vat. fr. 320.

14) L. 11 § 1 D. 3, 2.

15) L. 11 § 2. D. 3, 2.

16) L. 2 C. 5, 9.

17) L. 1. 2 C. 5, 9. L. 15 C. 2, 12. Nov. 22 c. 22.

18) Nov. 39 c. 2.

ОТДѢЛЪ II.

Отношенія между родителями и дѣтьми.

Глава I. Право родителей.

§ 13. Понятіе. Личныя и имущественныя отношенія между родителями и дѣтьми. Констатированіе родственной связи.

I. Въ настоящемъ отдѣлѣ мы должны разсмотрѣть двоякаго рода отношенія: 1) такъ назыв. право родителей (*Elternrecht*), т. е. отношенія, которыя устанавливаются между восходящими родственниками и нисходящими вообще, независимо отъ того, возникло ли родство въ силу брачнаго или небрачнаго рожденія или же по усыновленію, 2) отеческую власть въ частности.

II. Между восходящими и нисходящими родственниками право санкціонируетъ извѣстныя права и обязанности, опираясь прямо на фактъ родства. При естественномъ рожденіи изъ брака эти отношенія, какъ и родство, возникаютъ между нисходящими и восходящими какъ со стороны отца, такъ и со стороны матери, при усыновленіи — между усыновленнымъ и агнатами усыновителя, ¹⁾ при незаконномъ рожденіи, по общему правилу, они возникаютъ только по отношенію къ восходящимъ со стороны матери. ²⁾ Между этими лицами должна господствовать взаимная любовь, а со стороны нисходящихъ еще и почтеніе (*pietas* ³⁾); но это — дѣло морали. Право же вмѣшивается въ эту область рѣдко, а именно въ слѣдующихъ случаяхъ:

1. Между восходящими и нисходящими санкціонированы извѣстныя имущественныя права и обязанности, а именно:

а) Мы уже видѣли, что отецъ и дѣдъ по отцу, а иногда также мать, должны давать *приданов* дочери или внучкѣ (§ 3). б) Восходящіе и нисходящіе взаимно обязаны давать алименты другъ другу; ⁴⁾ для возникновенія этой обязанности предполагается нужда на одной сторонѣ и достаточное имущество на другой ⁵⁾; грубое нарушеніе родительскихъ или дѣтскихъ обязанностей со стороны претендента на алименты по отношенію къ обязанному лицу уничтожаетъ обя-

1) L. 23 D. 1, 7. L. 1 § 4 D. 38, 8. L. 13 D. 1, 7.

2) L. 5 D. 2, 4. L. 2. 8 D. 38, 8. § 4 I. 3, 5.

3) L. 4 D. 27, 10. L. 1. 9. 10 D. 37, 15.

4) L. 5. 8 D. 25, 3. L. 1—4 C. 5, 25. Nov. 117 c. 7.

5) L. 5 § 7. 13 D. 25. 3. L. 2 C. 5, 25.

занность къ предоставленію алиментовъ ⁶⁾.—Кромѣ того, родители должны уплачивать издержки на воспитаніе дѣтей ⁷⁾.—При небрачномъ рожденіи дѣти конкубины имѣютъ по юстиніанову праву притязаніе объ алиментахъ къ обоимъ родителямъ ⁸⁾; дѣти, родившіяся отъ *adulterium* или *incestus* не имѣютъ притязанія ни къ кому ⁹⁾; остальные незаконныя дѣти могутъ требовать алиментовъ отъ матери и ея восходящихъ родственниковъ ¹⁰⁾.

2) *Личныя обязанности дѣтей*. Дѣти обязаны къ *obsequium et reverentia* по отношенію къ родителямъ; поэтому они не могутъ *in ius vocare* родителей иначе, какъ съ особаго разрѣшенія претора ¹¹⁾; они вчинаютъ иски къ восходящимъ не иначе, какъ съ *beneficium competentiae* ¹²⁾ они не могутъ требовать отъ родителей предоставленія *iuramentum de calumpnia* ¹³⁾, не имѣютъ права вчинать противъ родителей *a. famosae* или иски, содержащіе въ формулѣ ссылку на *dolus* отвѣтчика (эти иски замѣняются путемъ *actiones in factum* ¹⁴⁾).

3) *Личныя права родителей*. Въ позднѣйшей имперіи введено право родителей не допускать безъ своего согласія браковъ дочерей, не достигшихъ 25 лѣтъ (см. выше § 3, III 2).—Далѣе, родители имѣютъ право руководить воспитаніемъ дѣтей. Это право даетъ имъ возможность опредѣлить родъ и характеръ воспитанія, получаемаго дѣтьми, и подвергать дѣтей умѣреннымъ наказаніямъ; для наложенія болѣе тяжкихъ наказаній необходимо содѣйствіе магистрата ¹⁵⁾. Право руководить воспитаніемъ дѣтей принадлежитъ отцу и матери вмѣстѣ, но въ случаѣ несогласій между ними рѣшаетъ воля отца; при наличности особыхъ основаній это право можетъ быть предоставлено одной матери ¹⁶⁾. По смерти отца право воспитанія переходитъ къ матери, если она не вступаетъ во второй бракъ или если отецъ не распорядился иначе ¹⁷⁾. При разводѣ это право дается невинной сторонѣ, или же судьба его опредѣляется судьей ¹⁸⁾.

III. По поводу существованія этихъ важныхъ юридическихъ отношеній между родителями и дѣтьми, необходимы были средства для обезпеченія возможности доказать наличность родственной связи. Римское право знаетъ слѣдующія мѣры, сюда относящіяся ¹⁹⁾.

Если по разводѣ жена чувствовала себя беременной, то по *Scutum Plancianum de liberis agnoscendis* (при Адрианѣ) ²⁰⁾ она должна была въ теченіе мѣсяца послать мужу *denuntiatio*. Мужъ долженъ былъ или отвергнуть *denuntiatio* (т. е. дать *responsum, non esse mulierem ex se praegnantem*) или послать *custodes*, чтобы слѣдить, не будетъ ли подброшенъ ребенокъ. Если мужъ не сдѣлалъ ни того, ни другого, то онъ ни въ какомъ случаѣ не могъ отказываться отъ обязанности давать алименты родившемуся ребенку, а вопросъ о томъ, родился ли для него *suus heres*, остается нерѣшеннымъ до представленія доказа-

6) L. 5 § 11. 23 D. 25, 3. L. 4 C. 5, 25.

7) L. 5 § 12 D. 25, 3. L. 6 § 5 D. 37, 10.

8) Nov. 89 c. 12. 13.

9) Nov. 89 c. 15.

10) L. 5 § 4 D. 25, 3.

11) L. 4. 11. 12. 15. 24. 25 D. 2, 4.

12) L. 16. 17 D. 42, 1.

13) L. 7 § 3 D. 37, 15.

14) L. 2 § 1. L. 5. 6. 7. pr. § 2 D. 37, 15. Cf. L. 7 § 3 D. 47, 10.

15) L. 9 § 3 D. 1, 16. L. 3 C. 8, 46. L. 1 C. 9, 15.

16) L. 1 § 3. L. 3 § 5 D. 43, 30.

17) L. 1 § 1 D. 27, 2. L. 7 D. 33, 1. L. 1 C. 5, 49. Nov. 22 c. 38.

18) L. 1 C. 5, 24. Nov. 117 c. 7.

19) См. объ этомъ *Kuntze*, Excursus стр. 577 сл. *Accarius* I § 99. *Windscheid* § 520.

тельствъ. Если отецъ не отрицалъ беременности разведенной жены отъ него или послалъ *custodes*, которые были приняты женщиной, то ребенокъ считается его сыномъ. Если женщина не совершила *denuntiatio* или не допустила къ себѣ посланныхъ мужемъ *custodes*, то тяжесть доказательствъ по вопросу о томъ, что рожденный ребенокъ есть сынъ ея бывшего мужа, ложится на нее (она вчиняетъ *actio praejudicialis de partu agnoscendo*). Последующіе сенатусконсульты урегулировали вопросъ на случай беременности и спора о ней въ теченіе брака или по смерти отца ²¹⁾. Если, напротивъ, бывший мужъ подозрѣвалъ наличность беременности, которую разведенная съ нимъ жена отрицала, то онъ, по рескрипту *divorum fratrum*, могъ послать къ ней трехъ акушеровъ по выбору претора для освидѣтельствованія ея (*inspectio*) и, при подачѣ голоса большинствомъ акушеровъ за существованіе беременности, къ женѣ назначались *custodes* ²²⁾.

Глава II. *Patria potestas*.

§ 14. Понятіе. Личныя отношенія между домовладыкой и подвластными.

I. Отеческою властью (*patria potestas*) именуется особый видъ господства одного лица надъ другимъ, рожденнымъ отъ него въ законномъ бракѣ или закономъ приравненнымъ къ естественно рожденному. Это господство установлено не въ интересахъ лица, которое ему подлежитъ, но въ интересахъ субъекта господства—отца. По римскимъ воззрѣніямъ, прочность государственнаго строя обуславливалась прочной организаціей семьи, а послѣдняя мыслима была лишь при установленіи сильной власти въ предѣлахъ дома, предоставленной одному лицу. Власть эта поѣтому: 1) всегда принадлежитъ мужчинѣ, но не женщинѣ, и притомъ 2) непременно лицу *sui juris* (такъ что ребенокъ, имѣющій нѣсколько восходящихъ, находится подъ властью наиболѣе отдаленнаго восходящаго, подъ властью котораго стоятъ болѣе близкіе ¹⁾); 3) власть эта не прекращается достиженіемъ какого либо возраста со стороны подвластнаго; она продолжается до смерти домовладыки или до эмансипаціи подвластнаго домовладыкой ²⁾. — Нужно замѣтить, впрочемъ, что по мѣрѣ упадка нравовъ злоупотребленія отеческой властью стали встрѣчаться все чаще и чаще, самый принципъ единого и полнаго господства въ семьѣ домовладыки въ имущественномъ и личномъ отношеніи пересталъ мало-по-малу гармонировать съ измѣнившимися воззрѣніями общества, и поѣтому первоначально крайне широкая власть домовладыки стала подвергаться ограниченіямъ, такъ что для юстиніанова права мы имѣемъ дѣло лишь съ небольшими остатками прежде очень мощной *patriae potestatis*. Основной характеръ господства въ интересахъ отца, а не подвластнаго, остается за нею до конца.

II. *Patria potestas* съ формальной стороны есть абсолютное право на другое лицо, т.-е. объектомъ его являются не отдѣльныя дѣйствія другого лица, способнаго быть субъектомъ правъ, но самое это лицо, и этому праву соответствуетъ обязанность всѣхъ гражданъ не мѣшать субъекту осуществлять свое

²⁰⁾ L. 1 D. 25, 3. Paul. 2, 24, 5—6.

²¹⁾ L. 3 D. 25, 3.

²²⁾ L. 1 D. 25, 4. Paul. 2, 24, 7—9.

¹⁾ § 3 J. 1, 9.

²⁾ См. объ этомъ Mandry, das gemeine Familiengüterrecht, I, стр. 46, 53 сл.

господство надъ другимъ лицомъ. Такимъ образомъ, отецъ имѣетъ абсолютный искъ *противъ всякаго третьяго лица*, удерживающаго у себя подвластнаго: для этой цѣли служить, съ одной стороны, *filii vindictio* ³⁾, съ другой стороны *interd. de liberis ducendis*, подготовляемый посредствомъ *interd. de liberis exhibendis*; ⁴⁾ мать, если она имѣетъ по какимъ-либо особымъ причинамъ (выше § 13, II, 3) преимущественное право на воспитаніе дѣтей, получаетъ эксцепцію противъ этихъ исковъ отца ⁵⁾; оба иска различаются лишь формальными особенностями. Противъ самого сына, отрицающаго существованіе отеческой власти, отецъ имѣетъ *actio praejudicialis* ⁶⁾; подобная же *actio* дана лицу, утверждающему свою свободу отъ отеческой власти ⁷⁾.

III. Въ силу отеческой власти въ юстиніановомъ правѣ возникаютъ слѣдующія *личные отношенія* между домовладыкой и подвластными: право отца *продать filium filiamve sanguinolentum* (т.-е. тотчасъ по рожденіи) въ случаѣ крайней нужды (это-все, что осталось отъ прежняго права манципировать дѣтей) ⁸⁾; право отдать ребенка *in adoptionem* ⁹⁾; право давать согласіе на бракъ (очень ограниченное; см. § 3, III, 2); право назначать опекуна, ¹⁰⁾ дѣлать *substitutio pupillaris* ¹¹⁾. Остальныя правомочія отца надъ личностью подвластнаго отмѣнены: право продажи—Диоклетіаномъ ¹²⁾, *jus vitae ac pecis*—Константиномъ ¹³⁾, *noxae datio*, т.-е. *actio noxalis* въ примѣненіи къ сыновьямъ семейства и дочерямъ—Юстиніаномъ ¹⁴⁾.

На публичные права подвластнаго *patria potestas* не оказываетъ никакого вліянія ¹⁵⁾.

§ 15. Вліяніе отеческой власти на имущественное положеніе подвластныхъ.

I. Наибольшее вліяніе отеческая власть оказываетъ на *имущественное положеніе подвластнаго*. Впрочемъ, и здѣсь ослабленіе отеческой власти въ теченіе исторіи замѣчается громадное. По древнему и даже классическому праву, все, что находится въ семьѣ, принадлежитъ домовладыкѣ. Отсюда подвластныя дѣти, хотя и являются право и дѣеспособными и могутъ заключать сдѣлки съ третьими лицами, но благодаря нахожденію своему подъ *patria potestas* сами могутъ оставаться только субъектами *обязанностей* изъ этихъ сдѣлокъ ¹⁾; все-же, что они приобрѣтаютъ въ качествѣ *актива*, принадлежитъ домовладыкѣ: собственнаго активнаго имущества подвластный имѣть не можетъ ²⁾. Брешь въ этомъ порядкѣ

3) L. 1 § 2 D. 6, 1.

4) Dig. 43, 30. Cod. 8, 8.

5) L. 1 § 3. L. 3 § 5. D. 43, 30.

6) L. 1 § 2 D. 6, 1. L. 1 § 4 D. 43, 30.

7) L. 8. D. 22, 3.

8) L. 2 C. 4, 43. *Accarius* I стр. 189.

9) L. 5 D. 1, 7.

10) L. 1 D. 26, 2.

11) L. 2 D. 28, 6. O subst. pupillaris см. Наслѣдст. пр. § 10, III.

12) L. 1 C. 4, 43.

13) L. 1 C. 9, 17.

14) § 7 J. 4, 8.

15) L. 9 D. 1, 6.

1) L. 8 § 4 D. 46, 4 L. 39 D. 44, 7. Обязанности эти они не могутъ переносить на отца, за исключеніемъ опредѣленныхъ случаевъ; см. объ *actiones adjecticiae qualitatis* *Baron* § 221; *Дерибуръ*, Обязат. право § 39. *Girard* стр. 644 слл.

2) *Gai* II, 87.

сдѣлало появленіе *peculium castrense* при Августѣ ³⁾ и *peculium quasi castrense* при Константинѣ ⁴⁾, а окончательно его опрокинуло развитіе при христіанскихъ императорахъ системы такъ назыв. *bona adventicia*. Процессъ этотъ былъ законченъ реформами Юстиніана, который возвелъ въ общій принципъ, что все то, что *filius familias* приобретаетъ на свое имя не изъ имущества отца, онъ приобретаетъ въ свою собственность; отцу принадлежатъ въ лучшемъ случаѣ *узусфруктъ* и право управленія на такія приобретенія сына; на счетъ имущества отца подвластный не можетъ приобрести ничего для себя, а все приобретаетъ для отца ⁵⁾. Въ частности нужно различать слѣдующія составныя части имущества подвластнаго.

II. *Peculium profecticium*. Мы сказали, что подвластный ничего не можетъ приобрести для себя на счетъ имущества отца; все, что онъ приобретаетъ съ помощью средствъ, взятыхъ изъ имущества отца, онъ приобретаетъ для отца. Практически такія приобретенія осуществляются путемъ установленія подвластному со стороны домовладыки такъ наз. *peculium profecticium*. Такъ именуется часть собственного имущества домовладыки, выдѣленная имъ подвластному для самостоятельнаго управленія ⁶⁾. Подвластный управляетъ этимъ имуществомъ и заключаетъ по его поводу юридическія сдѣлки на свое имя ⁷⁾. Сдѣлки эти обязываютъ домовладыку по правиламъ объ *actio de peculio*, *actio tributoria*, *actio de in rem verso* (см. прим. 1 выше). Подвластный можетъ вступать даже съ самимъ домовладыкою въ сдѣлки по поводу *пекулія*; исковъ изъ этихъ сдѣлокъ не возникаетъ, но возникаютъ *obligationes naturales*, которыя увеличиваютъ или уменьшаютъ сумму *пекулія* при взысканіяхъ со стороны третьихъ лицъ путемъ *actio de peculio*⁸⁾. Такимъ образомъ, фактически *пекулій* представляется какъ бы имуществомъ самого подвластнаго. Послѣдній ограниченъ въ своемъ управленіи лишь тѣмъ, что отчужденія можетъ совершать только въ немногихъ случаяхъ, напр. для покрытія *пекуліарныхъ* долговъ. Большая полномочія получаетъ подвластный, которому предоставлена *libera peculii administratio* ⁹⁾; но и такой обладатель *пекулія* не можетъ дѣлать изъ него дареній ¹⁰⁾.—Зато юридически *пекулій* остается собственностью домовладыки и, если сдѣлки подвластнаго обязываютъ его въ извѣстныхъ предѣлахъ, то и всѣ приобретенія, сдѣланныя подвластнымъ по дѣламъ *пекулія*, поступаютъ въ собственность отца. Послѣдній воленъ отнять *пекулій* у подвластнаго сына во всякое время.—Для установленія *пекулія* годится передача въ фактическое распоряженіе сына всякихъ правоотношеній: вещныхъ и обязательственныхъ. Самое установленіе *пекулія* происходитъ въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) если отецъ прямо выдѣляетъ сыну нѣчто изъ своего имущества, чтобы установить *пекулій* ¹¹⁾; 2) если онъ совершаетъ *donatio* въ пользу сына; такъ какъ подвластный не можетъ ничего приобрести изъ имущества домовладыки, то

³⁾ Ulp. 20, 10. pr. J. 2, 12.

⁴⁾ Kuntze Coursus § 980. Girard стр. 134.

⁵⁾ L. 6, 8 C. 6, 61 § 1 J. 2, 9.

⁶⁾ Опредѣленія источниковъ см. въ L. 4 L. 5 § 4 D. 15, 1 cf. L. 40 pr. cod.

⁷⁾ Поэтому въ источникахъ *пекулій* именуется „quasi patrimonium filii“, „veluti proprium patrimonium filii“. L. 47 § 6 L. 39 D. 15, 1.

⁸⁾ См. о deductio de peculio и computatio in peculium Хаостовъ, Нат. обязат. стр. 103 сл. 129 сл.

⁹⁾ L. 7 § 1 L. 46 L. 48 § 1 D. 15, 1 L. 28 § 2 D. 2, 14 L. 34 pr. D. 46, 2 L. 84 D. 46, 3 L. 52 § 26 D. 47, 2 L. 10 C. 4, 26.

¹⁰⁾ L. 28 § 2 D. 2, 14 L. 7 pr.—§ 5 D. 39, 5 L. 1 § 1 D. 20, 3 L. 52 § 26 D. 47, 2.

¹¹⁾ L. 8 L. 4 pr. § 2 L. 7 § 1, 2 D. 15, 1.

такая donatio имѣетъ значеніе лишь установленія *peculium profecticium*¹²⁾; она получаетъ полную силу даренія лишь въ томъ случаѣ, если отецъ умретъ раньше подвластнаго, не отмѣнивъ даренія¹³⁾, или если отецъ эманципируетъ подвластнаго, не отмѣняя даренія¹⁴⁾. — Къ массѣ *пекулія* присоединяются и всѣ приобрѣтенія подвластнаго, сдѣланныя въ связи съ управленіемъ *пекуліемъ*¹⁵⁾. —

Прекращается *пекулій*: 1) вслѣдствіе отнятія его со стороны отца, что возможно во всякое время¹⁶⁾ (отвѣтственность домовладыки или его наслѣдниковъ по искамъ третьихъ лицъ *de peculio* продолжается еще въ теченіе одного года — *actio de peculio annalis*¹⁷⁾; 2) вслѣдствіе прекращенія отеческой власти; въ случаѣ смерти отца *пекулій* возвращается въ массу отцовскаго наслѣдства, за исключеніемъ *пекулія*, возникшаго при дареніи отца сыну, если это дареніе осталось неотмѣненнымъ въ моментъ смерти отца; въ случаѣ эмансипаціи сына, если *пекулій* не отнимается прямо домовладыкой, онъ считается подареннымъ сыну окончательно¹⁸⁾; 3) если фискъ за долги отбираетъ имущество отца, то *пекулій* остается у подвластнаго, какъ его собственное имущество.¹⁹⁾

II. *Peculium castrense et quasi castrense*. Къ *peculium castrense* принадлежитъ все, что *filius familiae miles* приобрѣтаетъ на военной службѣ: жалованіе, военная добыча, подарки, полученные при вступленіи въ войско, подарки и предоставленія *mortis causa*, полученные отъ товарищей²⁰⁾; сюда же входятъ наслѣдство, полученное отъ жены²¹⁾. Къ *peculium quasi castrense* относятся приобрѣтенія, сдѣланныя на гражданской, придворной, духовной службѣ, въ дѣятельности адвоката, подарки отъ императора и императрицы²²⁾. По отношенію къ этому имуществу подвластной считается полнымъ собственникомъ и вполне свободенъ въ распоряженіи имъ *inter vivos* и *mortis causa*²³⁾. Если сынъ умираетъ *ab intestato*, то по доюстиніанову праву *peculium castrense* и *quasi castrense* переходило къ отцу, но не по наслѣдству, а какъ будто оно было простымъ *пекуліемъ* (*jure peculii profectici*). „Quoad utatur jure concessio filius in castrensi peculio, eo usque jus patris cessaverit, quod si intestatus decesserit filius, postliminii cujusdam similitudine pater antiquo jure habeat peculium retroque videatur habuisse rerum dominia“²⁴⁾. Такимъ образомъ, переходъ *пекулія* къ отцу имѣлъ обратную силу, т.-е. всѣ распоряженія, которыя еще раньше при жизни сына сдѣлалъ отецъ объ этомъ *пекуліи*, получали теперь полную силу (легаты, манумиссіи, отчужденія *inter vivos*). За долги сына, обладавшаго военнымъ *пекуліемъ*, отецъ, получившій этотъ *пекулій* по смерти сына, отвѣчалъ не въ полномъ размѣрѣ, какъ *heres*, а лишь въ размѣрахъ этого *пекулія* — по *actio de peculio*. Со времени Юстиніана это измѣнено²⁵⁾: *peculium castrense* и

12) L. 1 § 1 D. 41, 6 L. 11 C. 8, 53 (54). L. 15 pr. D. 49, 17.

13) L. 25 C. 5, 16 L. 6 § 2 c. C. 6, 61.

14) L. 31 § 2 D. 39, 5 L. 17 C. 8, 53.

15) L. 40 D. 15, 1 L. 1 § 5 L. 4 D. 41, 2.

16) L. 8 D. 15, 1.

17) Dig. 15, 2.

18) Vat. fr. 260.

19) L. 3 § 4 i. f. D. 4, 4.

20) L. 5, 6, 8, 11 D. 49, 17 L. 1, 4 C. 12, 36 L. 3 § 4 D. 24, 1 L. 4 C. 3, 36.

21) L. 13, 16 pr. D. 49, 17.

22) L. 7 C. 1, 51 L. 37 § 1 C. 3, 28 L. 6 C. 12, 36 L. 1 C. 12, 30 L. 4 C. 2, 7 L. 33 C. 1, 3 Nov. 123 c. 19 L. 7 C. 6, 61.

23) L. 2 D. 14, 6 L. 2, 4 § 1 L. 5, 15 § 1—4 L. 17 § 1, L. 19, 20 D. 49, 17 L. 2, 3 C. 12, 36.

24) L. 19 § 3 D. 49, 17 Tryphoninus. См. также L. 1, 2, 14 pr. D. eod.

25) pr. J. 2, 12. Nov. 118 c. 1. Къ изложенному ср. Accarias I стр. 771.

quasi castrense въ случаѣ смерти подвластнаго ab intestato переходитъ уже обычнымъ наслѣдственнымъ порядкомъ. — Если обладатель такого пекулія есть лицо недѣеспособное, то для управленія пекуліемъ назначается особая суга, какъ надѣлицомъ sui juris: прежде всего къ попечительству призывается отецъ, если только онъ способенъ быть попечителемъ ²⁶⁾).

IV. *Bona adventicia regularia*. Сюда относится все, что приобрѣтаетъ подвластный не ex re patris и что не поступаетъ въ peculium castrense или quasi castrense, или въ bona adventicia irregularia ²⁷⁾. Если подвластному открывається наслѣдство, то это приводитъ къ слѣдующимъ послѣдствіямъ: а) если подвластному менѣе 7 лѣтъ, то отецъ можетъ принять наслѣдство безъ участія подвластнаго, и оно поступаетъ въ число bona adv. regularia подвластнаго ²⁸⁾; б) если подвластному болѣе 7 лѣтъ, то онъ можетъ самъ вступить въ открывшееся наслѣдство съ согласія отца, и оно дѣлается также его bonum adventicium regulare; но онъ можетъ принять это наслѣдство и противъ воли отца, и тогда оно дѣлается b. adv. irregulare; онъ можетъ, наконецъ, отказаться отъ приобрѣтенія наслѣдства, и тогда отецъ можетъ приобрѣсти для себя наслѣдство, открывшееся подвластному, въ полную собственность ²⁹⁾. Bona adventicia regularia стоятъ въ собственности подвластнаго ³⁰⁾; но онъ не можетъ ~~неуправ-~~лять ими, ни отчуждать ихъ inter vivos, ни завѣщать ³¹⁾. По смерти подвластнаго bona adv. reg. идутъ къ его наслѣдникамъ ab intestato ³²⁾. — При жизни подвластнаго отецъ его имѣетъ *право управленія* относительно bona adventicia regularia ³³⁾, при чемъ не обязанъ отдавать отчетъ въ своемъ управленіи, но отвѣчаетъ за всякую небрежность (culpa levis), наличность которой докажетъ подвластный ³⁴⁾. Отчуждать отецъ можетъ лишь ненужныя или подвергшіяся порчѣ вещи, а равно вещи нужныя для уплаты долговъ и легатовъ, легшихъ на подвластнаго въ силу приобрѣтенія имъ наслѣдства ³⁵⁾. Прочія отчужденія, если они совершаются отцомъ, ничтожны, и даже давностное приобрѣтеніе собственности третьими владѣльцами не возможно по отношенію къ bona adv. regularia ³⁶⁾; давность по искамъ подвластнаго, возникающимъ по случаю такого отчужденія, начинается истекать лишь съ момента прекращенія patria potestas ³⁷⁾. Кроме того, отецъ имѣетъ на bona adv. reg. *узуфруктъ*. При этомъ онъ, въ отличіе отъ обыкновеннаго узупруктуара, можетъ производить перемѣны въ состояніи и назначеніи отдѣльныхъ вещей и свободенъ отъ cautio usufructuaria ³⁸⁾. Узупруктъ отца кончается съ прекращеніемъ отеческой власти, за исключеніемъ слѣдующихъ случаевъ: 1) если отецъ добровольно эманципируетъ подвластнаго, то, какъ praedium emancipationis, онъ удерживаетъ пожизненно узупруктъ на 1/2 bona adventicia подвластнаго; это сдѣлано съ тою цѣлью, чтобы домовладыки

26) L. 7 C. 5, 70.

27) L. 6 pr. § 1 C. 6, 61 § 1 J. 2, 9.

28) L. 18 pr. C. 6, 30 L. 8 § 1 C. 6, 61.

29) L. 8 pr. § 1, 2 C. 6, 61.

30) L. 6 pr. C. 6, 60.

31) L. 8 § 5 C. 6, 61 L. 11 C. 6, 22 pr. J. 2, 12.

32) Nov. 118 c. 1.

33) L. 6 § 2 C. 6, 61.

34) L. 1 C. 6, 60 L. 8 § 4 C. 6, 61. Windscheid § 517 пр. 5.

35) L. 6 § 2. L. 8 § 4, 5 C. 6, 61 L. 1, 2 C. 6, 60.

36) L. 1 C. 6, 60 L. 4 C. 6, 61 L. 1 § 2 C. 7, 40.

37) L. 1 § 2 C. 7, 40 L. 1 C. 60 L. 4 i. f. C. 6, 61. Nov. 22 c. 24 i. f. О приостановкѣ исковой давности вообще см. Общ. ч. § 53.

38) L. 1 C. 6, 60 L. 6 § 2 L. 8 § 4 d. C. 6, 61.

не воздерживались от эманципаций изъ страха потерять узуфруктъ ³⁹⁾; 2) если подвластный умираетъ, и отецъ не участвуетъ въ наслѣдованіи ему *ab intestato* (напр. его исключаютъ изъ наслѣдованія нисходящія подвластнаго), то отецъ сохраняетъ узуфруктъ пожизненно ⁴⁰⁾.

V. *Bona adventicia irregularia*. Сюда принадлежатъ: а) имущество, которое подвластный приобрѣтаетъ вопреки волѣ отца ⁴¹⁾; б) имущество, которое подвластный наслѣдуетъ вмѣстѣ съ отцомъ отъ другого нисходящаго того же отца ⁴²⁾; в) имущество, которое третье лицо даритъ подвластному съ особою оговоркою о томъ, что отецъ одареннаго не долженъ имѣть на это имущество никакого права ⁴³⁾. — *Bona adventicia irregularia* стоятъ въ полной собственности подвластнаго. Управляетъ ими онъ самъ, если дѣеспособенъ ⁴⁴⁾; если же онъ недѣеспособенъ, то назначается особый *curator*, каковымъ въ случаяхъ а и б прежде всего является отецъ, если онъ способенъ быть попечителемъ; въ случаѣ с опекунъ назначается властями свободно, если нѣтъ особаго распоряженія со стороны предоставителя имущества ⁴⁵⁾. Завѣщать *bona adv. irreg.* подвластный не можетъ; въ случаѣ его смерти они переходятъ къ его наслѣдникамъ ⁴⁶⁾.

VI. *Юридическія сдѣлки между домовладкой и подвластнымъ* Въ древнемъ римскомъ правѣ, когда подвластный не могъ имѣть никакого собственного имущества и все приобрѣталъ для отца, немыслимы были и юридическія сдѣлки между домовладкой и подвластнымъ, равно какъ и судебные процессы имущественнаго характера между ними ⁴⁷⁾. Съ появленіемъ *peculium profecticiu* — фактическаго имущества подвластнаго — сдѣлки между домовладкой и подвластнымъ по поводу этого имущества устанавливаютъ *obligationes naturales*, которыя принимаются во вниманіе при вычисленіи суммы *peculii* въ тѣхъ случаяхъ, когда третьи лица производятъ взысканія съ отца посредствомъ *actio de peculio*, но исковой защитой, по общему правилу, не снабжены ⁴⁸⁾. Съ появленіемъ *peculium castrense* и *quasi castrense*, относительно которыхъ *ilius familias* былъ полноправнымъ хозяиномъ, признаны были вполнѣ дѣйствительными сдѣлки между подвластнымъ и домовладкой, стояція въ связи съ этими массаами собственного имущества подвластнаго сына. Эти сдѣлки порождали *исковыя* обязательства между отцомъ и подвластнымъ ⁴⁹⁾. Тоже самое правило, вѣроятно, слѣдовало бы распространить и на сдѣлки между отцомъ и подвластнымъ, которыя касаются *bona adventicia* ⁵⁰⁾; но источники молчатъ объ этомъ, и Юстиніанъ упоминаетъ въ своей компиляціи только о полной силѣ сдѣлокъ, заключаемыхъ между отцомъ и подвластнымъ сыномъ по поводу *pecul. castrense* и *quasi castrense*.

39) L. 6 § 3 C. 6, 61 § 2 J. 2, 9.

40) L. 3, 4, 6 § 1 C. 6, 61. Nov. 118 c. 1, 2.

41) L. 8 § 1 C. 6 61. См. выше въ этомъ § пр. 29.

42) Nov. 118 c. 2.

43) Nov. 117 c. 1.

44) Nov. 117 c. 1 § 1 L. 8 § 1 C. 6, 61.

45) L. 8 § 1 c. C. 6, 61. Nov. 117 c. 1 § 1.

46) L. 11 C. 6, 22. Windscheid § 517 пр. 22.

47) § 6 J. 3, 19 L. 2 пр. D. 18, 1. L. 50 D. 36, 1 L. 7 D. 44, 7 L. 4, 11 D. 5, 1 L. 7 § 3 D. 47, 10 cf. L. 5 пр. D. 25, 3 L. 92 D. 35, 1.

48) L. 35 D. 12, 6. Хвостовъ *op. cit.* стр. 189 сл.

49) L. 4 D. 5, 1 L. 15 § 1 D. 49, 17 L. 2 D. 14, 6.

50) Впрочемъ, по этому поводу мнѣнія ученыхъ расходятся; см. Хвостовъ *op. cit.* стр. 212 сл.

§ 16. Возникновение отеческой власти.

I. Отецеская власть возникаетъ, прежде всего, черезъ *рожденіе изъ justae nuptiae* или *matrimonium juris civilis* (между лицами, имѣющими *jus conubii*¹⁾). Ребенокъ становится подъ власть отца; если послѣдній самъ находится *sub patria potestate*, то онъ становится подъ власть домовладыки отца и лишь со смертію послѣдняго переходитъ подъ власть отца²⁾.

II. Далѣе, отецеская власть устанавливается черезъ *легитимацию*, т.-е. узаконеніе незаконныхъ дѣтей. Въ римскомъ правѣ, впрочемъ, легитимация существуетъ только для дѣтей отъ конкубины³⁾. Въ силу легитимации эти дѣти получаютъ всѣ права законнаго рожденія, т. е. поступаютъ подъ отецескую власть и дѣлаются агнатами и когнатами родственниковъ отца (до легитимации они состоятъ въ когнатскомъ родствѣ лишь съ родственниками матери). Легитимация предполагаетъ согласіе или, по меньшей мѣрѣ, отсутствіе противорѣчія со стороны узаконяемыхъ дѣтей, которыя не должны дѣлаться лицами *alieni juris* противъ своей воли (Nov. 89 c. 11. L. 11 C. 1, 6). Она совершается тремя способами:

1. *Legitimatio per subsequens matrimonium*⁴⁾. Для узаконенія дѣтей заключается бракъ съ конкубиной и составляются *раста dotalia*.

2. *Legitimatio per rescriptum principis*⁵⁾. Рескриптъ у императора испрашиваетъ обыкновенно отецъ узаконяемыхъ дѣтей; но онъ можетъ также въ своемъ завѣщаніи, назначая дѣтей отъ конкубины своими наследниками, дать разрѣшеніе имъ самимъ испросить рескриптъ у императора (т. наз. *legitimatio per testamentum*). Эта легитимация имѣетъ мѣсто при невозможности брака съ конкубиной (напр. въ случаѣ ея смерти) и предполагаетъ отсутствіе законныхъ дѣтей у лица, узаконяющаго дѣтей отъ конкубины.

3. *Legitimatio per oblationem curiae*⁶⁾. Курія есть муниципальный сенатъ въ городахъ и мѣстечкахъ имперіи; члены этихъ сенатовъ составляли знать, которая противопоставлялась плебеямъ, и пользовалась нѣкоторыми привилегіями (напр., изъятіе отъ пытки, тѣлесныхъ наказаній). Но эти привилегіи не шли въровень съ тяжкими имущественными повинностями, лежавшими на куріонахъ: послѣдніе должны были на свой счетъ давать публичныя игры, а, главнымъ образомъ, пополнять изъ своего кармана недоимки, получавшіяся при взысканіи личной и земельной подати съ населенія ихъ общины. Поэтому куріоны всѣми путями старались избавиться отъ своего званія, а правительство всѣми мѣрами заботилось о сохраненіи этого учрежденія. Въ числѣ поощрительныхъ мѣръ былъ и разсматриваемый нами способъ легитимации: отецъ, самъ не будучи куріономъ, узаконялъ своего сына отъ конкубины, если онъ дѣлалъ его куріономъ своей *патріае*; дочь онъ могъ узаконить, выдавая ее замужъ за куріона; при этомъ онъ долженъ былъ подарить или завѣщать узаконяемому лицу надлежащее количество земли. Послѣдствія этой легитимации сужены: узаконенный дѣлался лишь подвластнымъ и *suus heres* своего отца, но не дѣлался агнатомъ и когнатомъ родственниковъ отца.

1) pr. J. 1, 9 § 12 J. 1, 10.

2) L. 4, 5 D. 1, 6 pr. J. 1, 12.

3) Girard стр. 174 слл. Dernburg III § 29 пр. 2. Ср. впрочемъ Windscheid § 522 пр. 1.

4) L. 10 11 C. 5, 27. Nov. 74 пр. Nov. 89 c. 8.

5) Nov. 74 пр. c. 1. 2. Nov. 89 c. 9—11.

6) L. 3. 4. 9 C. 5. 27. Nov. 89 c. 2—4. § 13 I. 1, 10.

III. Наконецъ, отеческая власть возникаетъ черезъ *усыновленіе*. Усыновленіемъ называется актъ, путемъ котораго одно лицо искусственно становится подъ отеческую власть другого. Разница съ узаконеніемъ состоитъ въ томъ, что усыновленію могутъ подлежать лица, не происходящія по рожденію отъ усыновителя.— Усыновленіе бываетъ двухъ родовъ: *adoptio*, если усыновляется лицо *alieni juris* (оно мѣняетъ, слѣдовательно, носителя отеческой власти надъ собою) и *arrogatio*, если усыновляется лицо *sui juris*).— *Adoptio* въ юстиніановомъ правѣ совершается путемъ занесенія воли прежняго домовладыки и усыновителя въ судебный протоколъ (*apud aeta*); усыновляемый долженъ присутствовать и не противорѣчить⁷⁾. *Arrogatio* совершается путемъ рескрипта императора по просьбѣ усыновителя и при согласіи усыновляемаго⁸⁾; если послѣдній находится подъ опекою, то необходимо согласіе всѣхъ его опекуновъ⁹⁾.— Матеріальныя *условія усыновленія*: 1) Усыновлять могутъ по общему правилу только мужчины; женщинамъ усыновленіе дозволяется черезъ испрашиваніе *rescriptum principis* только въ томъ случаѣ, если онѣ имѣли дѣтей и потеряли ихъ¹⁰⁾. Усыновитель не долженъ состоять подъ отеческой властью¹¹⁾. Онъ долженъ быть не менѣе, какъ на 18 лѣтъ старше усыновляемаго, ибо *adoptio naturam imitatur*¹²⁾. Поэтому онъ не долженъ быть кастратомъ; впрочемъ, лицамъ, естественно неспособнымъ къ зачатію, — *sradones* — разрѣшено усыновлять¹³⁾. 2) Не могутъ быть усыновляемы дѣти отъ конкубины; для нихъ существуетъ легитиманія¹⁴⁾. 3) Усыновленіе не можетъ быть сдѣлано съ прибавленіемъ срока или условія, ибо это не согласно съ существомъ отеческой власти¹⁵⁾. 4) Особыя условія существуютъ для *аррогации*. Дѣло въ томъ, что при *адопціи* бывшій домовладыка провѣряетъ, выгодно ли усыновленіе для его подвластнаго. При *аррогации* же эта задача ложится на магистрата; онъ обязанъ совершить *causae cognitio*, въ которой долженъ констатировать: а) что усыновитель не имѣетъ законныхъ дѣтей¹⁶⁾ и не можетъ уже ихъ имѣть (болѣе 60 лѣтъ¹⁷⁾, б) что онъ не опекунъ (даже бывшій) усыновляемаго, имѣющаго менѣе 25 лѣтъ отъ рожденія¹⁸⁾, в) что онъ не усыновляетъ богача, будучи самъ бѣднякомъ¹⁹⁾; д) магистратъ не долженъ допускать *аррогацию* нѣсколькихъ лицъ сразу²⁰⁾; при наличности особыхъ условій магистратъ можетъ сдѣлать изъятія изъ этихъ правилъ. Особенно строго совершается *causae cognitio* при *arrogatio impuberis*²¹⁾. — *Послѣдствія усыновленія*. 1) При *аррогации* лицо *sui juris* вступаетъ подъ отеческую власть *аррогатора* и становится на все время существованія надъ нимъ власти *аррогатора* агнатомъ и когнатомъ всѣхъ его агнатовъ со взаимными наследственными правами²²⁾. Особыя правила существуютъ на случай *аррогации* *мина*,

7) L. 1 § 1 D. 1, 7.

8) L. 11 C. 8, 47.

9) L. 2 pr. D. 1, 7. § 1 J. 1, 11.

10) L. 5 §§ 1. 2 C. 5, 59.

11) L. 5 C. 8, 47.

12) Ср. впрочемъ L. 10 11 D. 1, 7. § 7 J. 1, 11.

13) L. 40 § 1 D. 1, 7. § 4 J. 1, 11.

14) L. 40 § 2 D. 1, 7. § 9 J. 1, 11.

15) L. 7 § 3 C. 5, 27. Nov. 74 c. 3. Nov. 89 c. 7 c. 11 § 2.

16) L. 34 D. 1, 7.

17) L. 17 § 3 D. 1, 7.

18) L. 15 § 2 D. 1, 7.

19) L. 17 pr. L. 32 § 1 D. 1, 7.

20) L. 17 § 4 D. 1, 7.

21) L. 15 § 3 D. 1, 7.

22) L. 17 § 1. 2 D. 1, 7. L. 2 C. 8, 47.

23) L. 1. 13. 15 pr. 40 pr. 35 D. 1, 7. L. 2 § 3 D. 38, 16. § 10 J. 3, 1. J. 3, 10.

недостигшего pubertatis. Именно, если усыновленный умирает до достижения *pubertas*, его имущество переходит къ тѣмъ лицамъ, которые были бы его наследниками, если бы аррогация не произошла, то-есть, къ пупиллярному субститу или къ *heredes ab intestato*, такъ что *pater arrogator* не получаетъ въ этомъ случаѣ наследственныхъ правъ ²⁴). Далѣе, *impubes arrogatus* имѣетъ право на $\frac{1}{4}$ наследства усыновителя, если онъ былъ эманципированъ имъ *sine justa causa* или экстередированъ (*quarta divi Pii* ²⁵); наконецъ, онъ можетъ, достигши *pubertas*, требовать эманципации, если докажетъ, что аррогация ему вредна ²⁶).— 2) При *adoptio* со времени Юстиніана нужно различать два случая: *adoptio plena* и *adoptio minus plena* ²⁷). Первая имѣетъ мѣсто при усыновленіи нисходящаго восходящимъ, вторая — во всѣхъ остальныхъ случаяхъ усыновленія лица *alieni juris*. *Adoptio plena* ведетъ къ установленію отеческой власти усыновителя и къ существованію родственной связи между усыновленнымъ и агнатами усыновителя со всѣми ея послѣдствіями (взаимное наследованіе), въ теченіе времени, пока продолжается усыновленіе. Связь усыновленного съ прежними агнатами (но не когнатами) вполне прерывается (то же имѣетъ мѣсто и при аррогации ²⁸).— *Adoptio minus plena* въ сущности даже не заслуживаетъ имени усыновленія, ибо не устанавливаетъ отеческой власти; усыновленный остается подъ прежнею *patria potestas* и получаетъ лишь право на алименты къ своему усыновителю и одностороннее наследственное право послѣ него, но не послѣ его агнатовъ.— 3) Усыновленіе со стороны женщины устанавливаетъ между усыновительницей, усыновленнымъ и его нисходящими взаимное наследственное право и право родителей ²⁹).

§ 17. Прекращеніе отеческой власти.

Слѣдующія событія ведутъ къ прекращенію отеческой власти: 1) *Смерть домовладыки*; она дѣлаетъ лицами *sui juris* тѣхъ подвластныхъ, которые непосредственно стояли подъ властью умершаго; прочіе подвластные мѣняють домовладыку ¹). 2) *Смерть самого подвластнаго*. 3) *Потеря civitas со стороны подвластнаго или домовладыки* (напр осужденіе къ *deportatio* ²). 4) *Потеря libertas со стороны домовладыки* (напр., осужденіе въ каторжныя работы въ рудникахъ ³). *Взятіе въ плѣнъ* домовладыки имѣетъ слѣдующіе результаты: если домовладыка возвращается изъ плѣна, то *jure postliminii* онъ вновь получаетъ отеческую власть такъ, какъ будто она не прекращалась; если же онъ умираетъ въ плѣну, то власть его считается прекратившейся съ момента взятія въ плѣнъ ⁴). 5) *Потеря libertas со стороны подвластнаго*. Подвластный, взятый въ плѣнъ, по возвращеніи считался и невыходившимъ изъ подъ власти; умирая въ плѣну, онъ считался умершимъ въ моментъ плѣна ⁵). 6) Домовладыка могъ потерять отече-

²⁴) L. 40 D. 28, 6. § 3 J. 1, 11. L. 18—22 pr. D. 1, 7. *Accarias* I стр. 280 сл.

²⁵) L. 2 C. 8, 47. § 3 J. 1, 11.

²⁶) L. 32. 33 D. 1, 7.

²⁷) L. 10 C. 8, 47.

²⁸) L. 1 § 4 D. 38, 8.

²⁹) L. 5 C. 8, 47.

1) pr. J. 1, 12. L. 10 D. 1, 7. L. 5 D. 1, 6.

2) § 1 J. 1, 12.

3) § 3 J. 1, 12.

4) § 5 J. 1, 12. *Accarias* I стр. 299 сл. О *postliminium* см. Общ. ч. § 20.

5) § 5 J. 1, 12.

скую власть въ наказаніе за извѣстныя преступленія: за выкидываніе подвластнаго и оставленіе его безъ помощи ⁶⁾, за сводничество дочерей ⁷⁾, за вступленіе въ кровосмѣсительный бракъ ⁸⁾. 7) Приобрѣтеніе дѣтьми извѣстныхъ почетныхъ званій ⁹⁾. По классическому праву отеческую власть уничтожало полученіе подвластнымъ званія *flamen Dialis* или *virgo Vestalis*; по позднѣйшему праву такое значеніе имѣло полученіе почетнаго званія патриція (которое давалось бывшимъ консуламъ, *praefecto praetorio* и *urbi, magistri militum* и *officiorum*). 8) Отдача подвластнаго въ *adoptio plena* (выше § 16). 9) Эманципация ¹⁰⁾. Она совершается домовладыкой съ согласія подвластнаго, если только послѣдній не *infans*. Юстиніаново право знаетъ три способа совершенія эманципации: 1) черезъ рескриптъ императора, полагаемый *apud aeta* (т.-е. въ судѣ; *emancipatio Anastasiana* ¹¹⁾), 2) черезъ заявленіе домовладыки *apud aeta* (*emancipatio Justiniana* ¹²⁾); 3) въ формѣ *emancipatio tacita*: отецъ фактически предоставляет подвластному свободу въ теченіе долгаго времени ¹³⁾. — Эманципация подлежитъ *reversio propter ingratitudinem* за *injuriae atroces* ¹⁴⁾. — Она можетъ быть вынуждена: 1) если домовладыка дурно обходится съ подвластными ¹⁵⁾; 2) если онъ принялъ по завѣщанію 3-го лица легатъ, съ которымъ соединено порученіе эманципировать кого-либо изъ подвластныхъ легатарія ¹⁶⁾; 3) если arrogancia, оказывается невыгодной для *impubes arrogatus* по достиженіи имъ *pubertas* (выше § 16 пр. 26). — Между эманципаторомъ и эманципированнымъ возникаетъ особое отношеніе вродѣ патроната ¹⁷⁾; *parens manumissor* до Nov. 118 имѣлъ особое наследственное право; въ юстиніановомъ правѣ за нимъ осталось лишь предпочтительное право на опеку. — Эманципация разрушаетъ агнатскую связь, если противное не выговорено ¹⁸⁾, но не когнатскую (если послѣдняя не является простымъ слѣдствіемъ агнатства ¹⁹⁾).

6) L. 2 C. 8, 51.

7) L. 6 C. 11, 41. L. 12 C. 1, 4.

8) Nov. 12 c. 2.

9) Gai 1, 130. § 4 J. 1, 12. L. 3, 5 C. 12, 3. *Accarias* I, стр. 302.

10) § 6—10 J. 1, 12.

11) L. 5 C. 8, 48.

12) L. 6 C. 8, 48.

13) L. 25 пр. D. 1, 7. L. 1 C. 8, 46.

14) L. 1 C. 8, 49.

15) L. 5 D. 37, 12.

16) L. 92 D. 35, 1. См. Насл. пр § 28, II, 3.

17) § 6 J. 1, 12. § 8 J. 3, 2. Dig. 37, 12 Inst. 1, 18.

18) L. 11 C. 6, 58.

19) L. 4 § 10 D. 38, 10.

ОТДѢЛЪ III.

Опека и попечительство.

§ 18. Общія понятія.

I. Мы приступаемъ къ изученію двухъ весьма близко стоящихъ другъ къ другу институтовъ — *tutela* и *cura*. Оба эти института могутъ быть охарактеризованы, какъ организованная въ законномъ порядкѣ забота одного лица объ имущество и личности или только объ имущество другого лица, которое само въ силу известныхъ причинъ не можетъ совсѣмъ или въ достаточной мѣрѣ позаботиться о себѣ и своихъ дѣлахъ. — Въ виду такого своего характера опека и попечительство имѣютъ мѣсто, по общему правилу, только надъ лицами *sui juris*; для лицъ *alieni juris* естественнымъ покровителемъ является домовладыка: мы видѣли, что обыкновенно законъ переноситъ въ его руки управление имуществомъ подвластнаго (*bona adv. reg.*) и лишь въ немногихъ случаяхъ для этой цѣли назначается попечительство (*res. castrense, bona adv. irreg.*), при чемъ прежде всего и къ этой должности призывается, по общему правилу, домовладыка.

II. Этотъ характеръ заботы о личности и имуществѣ нуждающагося въ защитѣ лица *tutela* и *cura* приняли не сразу. Изъ исторіи римскаго права известно, что первоначально *tutela* и *cura* имѣли характеръ чистой власти — *potestas*, сводились къ праву опекуна надъ имуществомъ опекаемаго; моментъ обязанности существовалъ только въ области нравовъ, какъ *officium* (выше § 1 пр. 3). *Tutela* и *cura* давались по закону ближайшимъ родственникамъ и наслѣдникамъ подопечнаго лица и юридически ихъ цѣль состояла въ сохраненіи имущества въ цѣлости для самихъ опекуновъ-наслѣдниковъ, на случай смерти опекаемаго. Съ теченіемъ времени характеръ обоихъ институтовъ измѣнился. На первый планъ стали обязанности опекуновъ, а не права ихъ. Начали сознавать, что дѣломъ общества является забота о личныхъ и имущественныхъ интересахъ слабыхъ лицъ. Соотвѣтственно съ этимъ, на ряду съ *tutela legitima agnatorum* и *tutela testamentaria*, известными древнему праву, явилась *tutela dativa* (ниже § 19, II, 1, с). Установлены были особыя власти, заботящіяся о назначеніи опекуновъ къ неимѣющимъ ихъ лицамъ и контролирующія дѣятельность назначенныхъ опекуновъ. Самыя права опекуновъ надъ имуществомъ опекаемаго были сужены, и установлена строгая отчетность. Подобныя же перемѣны постигли институтъ попечительства. Соотвѣтственно этимъ измѣненіямъ въ характерѣ опеки мы находимъ въ Дигестахъ слѣдующее опредѣленіе *tutelaе*, взятое Павломъ у республиканскаго юриста Сервія

Сульпиция Руфа: L. 1 pr. D. 26, 1. Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa.

III. Въ юстиніановомъ правѣ *tutela* имѣетъ мѣсто надъ лицами, недостигшими *pubertas*—*tutela impuberum*. Существовавшая прежде *tutela mulierum* исчезла совершенно въ концѣ классическаго періода ¹⁾. *Cura* назначалась во многихъ случаяхъ: какъ *cura minorum, furiosi, prodigi, debiliū personarum* (лица, слабыя по физическимъ причинамъ и т. д.). Разница между положеніемъ куратора и тьютора очень несущественна ²⁾. Дѣятельность того и другого нормируется почти одними и тѣми же правилами. Главное различіе между ними формальное: *tutor* сообщаетъ силу сдѣлкамъ, къ совершенію которыхъ подопечный недѣеспособенъ (§ 23), путемъ *auctoritatis interpositio*: это—актъ формальнаго характера; онъ не считается за особую юридическую сдѣлку, но составляетъ часть сдѣлки, заключаемой подопечнымъ; онъ долженъ быть поѣтому совершенъ непосредственно при заключеніи сдѣлки, устно и безусловно ³⁾; *curator* же сообщаетъ силу такимъ сдѣлкамъ своего питомца путемъ дачи *consensus curatoris*; это—актъ безформенный, который составляетъ самъ по себѣ особую сдѣлку и можетъ быть совершенъ раньше и послѣ сдѣлки подопечнаго лица; если нужно, то *consensus curatoris* дѣлается подъ условіемъ ⁴⁾. Остальныя различія между опекуномъ и попечителемъ будутъ указаны въ дальнѣйшемъ изложеніи, гдѣ мы думаемъ связать въ одно цѣлое оба института, ибо это болѣе соотвѣтствуетъ по нашему мнѣнію, характеру юстиніанова права ⁵⁾.

§ 19. Призваніе къ опекѣ и попечительству.

I. *Поводъ къ установленію опеки*. Прежде всего, необходимо существованіе нуждающагося въ защитѣ лица. Такими лицами являются: 1) *Impuberes*; для нихъ назначается *tutela impuberum*. 2) *Minores XXV annis*; для нихъ существуетъ *cura minorum*. 3) *Furiosi et prodigi*, для которыхъ установлена *cura furiosi* и *prodigi*. 4) Больные и обладающіе тѣлесными недостатками лица (*debiles personae*); ихъ интересамъ служить *cura debiliū personarum* ¹⁾.

II. *Порядокъ призванія*. Онъ бываетъ различенъ, смотря по виду опеки или попечительства. 1) *Tutela impuberum*. Порядокъ призванія къ опекѣ надъ малолѣтними бываетъ троякій: а) *Tutela testamentaria*. Домовладыка *impuberis*, который долженъ сдѣлаться въ силу смерти домовладыки *persona sui juris*, могъ назначить такому подвластному опекуна въ завѣщаніи или кодициллѣ, подтвержденномъ въ завѣщаніи ²⁾. Такъ какъ назначеніе опекуна не возлагаетъ на *heres'a* никакой тягости, то оно можетъ предшествовать назначенію наследника. *Tutor* могъ быть данъ *ad certum tempus, ex certo tempore* и *sub condicione*

1) *Girard* стр. 213.

2) Въ чемъ состоитъ внутреннее основаніе для различія между *tutela* и *cura*,—вопросъ спорный, см. *Baron* § 369. *Girard* стр. 194 пр. 1. *Vangerow* I § 263.

3) *Ulp.* 11, 25. § 2 J. 1, 21. L. 8. L. 9 § 5. 6. L. 10. 17. D. 26, 8.

4) L. 1 § 3 D. 26, 7. L. 26 C. 5, 37. L. 2 C. 3, 6.

5) Въ тѣхъ случаяхъ, когда мы безъ особыхъ оговорокъ будемъ называть опекуна, слѣдуетъ разумѣть подъ этимъ словомъ и попечителя. Особенности двухъ институтовъ будутъ прямо отмѣчаемы въ нашемъ изложеніи.

1) О нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ попечительства см. *Dernburg* III § 41.

2) L. 2. 3 пр. D. 26, 2. § 3 J. 1, 13. Самъ подвластный можетъ быть экстередирированъ домовладыкой L. 4 D. 26, 2.

(L. 8 § 1—3 D. 26, 2. § 3 J. 1, 14). Назначенный въ завѣщаніи домовладыки опекунъ *ipso jure* дѣлается опекуномъ по вступленіи наслѣдника въ наслѣдство³⁾, если только назначеніе опекуна удовлетворяетъ слѣдующимъ дальнѣйшимъ условіямъ: 1) *tutor testamentarius* обозначенъ въ завѣщаніи индивидуально (*persona incerta* [напр. *qui primus ad funus meum venerit*] могла быть при Юстиніанѣ назначена *heres'омъ* и легатаріемъ, но не опекуномъ⁴⁾ и 2) имѣть *testamenti factio passiva*⁵⁾, а 3) самое назначеніе сдѣлано для всего имущества, но не для отдѣльных дѣлъ и актовъ⁶⁾. При отсутствіи нѣкоторыхъ изъ указанныхъ реквизитовъ можетъ имѣть мѣсто такъ назыв. *tutela testamentaria imperfecta sive minus plena*, т.-е. лицо, назначенное въ опекуны, хотя *ipso jure* не дѣлается опекуномъ, но утверждается въ должности опекуна магистратомъ (*confirmatio*). Именно, это бываетъ при наличности слѣдующихъ обстоятельствъ: α) хотя опекуна назначилъ законный отецъ, но послѣдній не имѣетъ *patria potestas* или же завѣщаніе его либо кодицилъ недѣйствительны⁷⁾; β) опекуна назначилъ несовершеннолѣтнему ребенку отъ конкубины *pater naturalis*, оставивъ ему часть своего имущества въ завѣщаніи⁸⁾; γ) опекуна назначила мать *impuberis*, сдѣлавшая самого *impubes'a* своимъ *heres ex testamento*⁹⁾; δ) опекуна назначило малолѣтнему постороннее лицо, при чемъ оно въ то же время назначило самого малолѣтняго своимъ *heres'омъ*, а инымъ имуществомъ, кромѣ этого наслѣдства, малолѣтній не обладаетъ¹⁰⁾. Опекунъ, назначенный въ случаяхъ α и β, утверждается безъ спеціальнаго разслѣдованія вопроса о его годности (*sine inquisitione*), въ остальныхъ случаяхъ онъ назначается только послѣ такого разслѣдованія (*cum inquisitione*). Такой опекунъ считается *tutor'омъ* лишь съ момента утвержденія его магистратомъ¹¹⁾; съ этого момента для него течетъ срокъ экскузациі¹²⁾ и съ этого момента онъ можетъ управлять¹³⁾; но тѣмъ не менѣе онъ считается за *tutor testamentarius* и потому освобождается отъ *satisfactio rem pupilli salvam fore* (см. § 21, III)¹⁴⁾, а въ случаѣ отказа отъ опеки теряетъ то, что оставлено ему въ завѣщаніи¹⁵⁾. б) *Tutela legitima*. Эта опека принадлежитъ ближайшимъ наслѣдникамъ *impuberis ab intestato*, слѣдовательно, со времени Nov. 118¹⁶⁾ когнатамъ на ряду съ агнатами. Эта опека открывается въ слѣдующихъ случаяхъ: α) если *tutor testamentarius* не назначенъ; β) если назначеніе опекуна недѣйствительно и притомъ такъ, что даже *confirmatio* его черезъ магистрата невозможна¹⁷⁾; γ) если сила завѣщательнаго назначенія уничтожается, благодаря прибавленію къ нему условія или срока (*pendente condicione* и до наступленія

3) L. 9 D. 26, 2.

4) L. 20 pr. D. 26, 2. § 27 J. 2, 20.

5) L. 21 D. 26, 2. См. о *test. factio passiva*. Насл. право § 8, II.

6) L. 12—15 D. 26, 2. § 4 J. 1, 14.

7) L. 1 § 1. L. 3 D. 26, 3. L. 2 C. 5, 29.

8) L. 7 pr. D. 26, 3. L. 4 C. 5, 29. Nov. 89 с. 14. Если отецъ ничего не оставилъ, то опекунъ утверждается, но нужна *inquisitio* (см. ниже).

9) L. 4 D. 26, 2. L. 4 C. 5, 28. *Accarias* I стр. 333 пр. 2.

10) L. 4. 5 D. 26, 3.

11) L. 26 § 2 D. 26, 2. L. 18 § 1 D. 48, 10.

12) L. 2 C. 5, 29.

13) L. 40. 58 § 2 D. 26, 7. L. 1 C. 5, 28. О размѣрахъ его полномочій см. *Accarias* I стр. 333 пр. 3.

14) L. 2. 3. 11 § 1 D. 26, 3.

15) L. 11 D. 26, 3. L. 28 § 1. L. 32—36 D. 27, 1.

16) Nov. 118 с. 5. Подробности у *Windscheid* § 433 пр. 19—22.

17) L. 6 D. 26, 4. L. 10 pr. § 3. L. 11 D. 26, 2.

dies ex quo назначается особый tutor dativus)¹⁸⁾; 2) если tutor testamentarius умирает до достиженія опекаемымъ совершеннолѣтія¹⁹⁾. Если же tutor testamentarius относительно неспособенъ къ опекѣ (§ 20, II), если онъ отказывается отъ опеки или устраняется отъ нея опекунскими властями, то имѣетъ мѣсто не tutela legitima, а tutela dativa²⁰⁾. 3) *Tutela dativa*. Начиная съ *lex Atilia* (неизв. вр)²¹⁾, изданной для Рима, и *lex Julia et Titia* (723 г.)²²⁾, изданной для провинцій, на магистратовъ была возложена обязанность назначать опекуновъ для тѣхъ лицъ, которыя, нуждаясь въ опекѣ, не имѣли ни tutor legitimus, ни tutor testamentarius. Такъ появилась tutela dativa. Эта tutela наступаетъ: а) если нѣтъ на лицо ни завѣщательнаго назначенія, ни родственника, имѣющаго право на tutela legitima²³⁾; б) пока неизвѣстно, наступитъ ли tutela testamentaria или legitima (напр., pendente condicione завѣщательнаго назначенія; выше прим. 18), в) если tutor testamentarius или legitimus отказывается, объявляется относительно неспособнымъ къ опекѣ или устраняется отъ опеки (выше прим. 20), г) въ нѣкоторыхъ случаяхъ, когда преходящее обстоятельство не дозволяетъ наличному тотору завѣдывать веденіемъ опеки (должна быть заключена сдѣлка между опекуномъ и опекаемымъ; опекунъ находится во временномъ отсутствіи²⁴⁾). Tutor dativus назначается опекунскою властью изъ числа способныхъ къ опекѣ лицъ послѣ inquisitio о его годности²⁵⁾. Нѣкоторымъ лицамъ вмѣнено въ обязанность въ теченіе года давать опекунскимъ властямъ знать о нуждѣ въ назначеніи опекуна и предлагать кандидатов (tutoris postulatio); сюда относятся heredes ab intestato или пупиллярный субститутъ малолѣтняго лица; не исполняя этой своей обязанности, они теряютъ свои наследственные права послѣ малолѣтняго въ случаѣ, если онъ умираетъ, не достигши pubertas²⁶⁾.

2) *Cura minorum*. Въ общей части уже было изложено (§ 23, II), что minores XXV annis, если желали придать полную силу своимъ сдѣлкамъ, могли со времени Марка Аврелія испрашивать для себя куратора на все время до достиженія 25 лѣтъ, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ были принуждаемы испрашивать кураторовъ. Испрашиваніе кураторовъ такими лицами сдѣлалось всеобщимъ обычаемъ въ позднѣйшемъ Римѣ. Назначается curator minoris всегда по декрету магистрата, завѣдующаго опекунскими дѣлами. Если curator minoris назначенъ въ завѣщаніи отца несовершеннолѣтняго, то онъ дѣлается кураторомъ лишь послѣ confirmatio путемъ декрета магистрата²⁷⁾.

3) *Cura furiosi*. По XII таблицамъ она, въ качествѣ cura legitima, принадлежитъ ближайшему агнату²⁸⁾; преторъ прибавилъ сюда cura dativa, на случай отсутствія агнатовъ²⁹⁾. Curator, назначенный въ завѣщаніи отца, нуждается въ confirmatio магистрата³⁰⁾.

18) L. 10 pr. L. 11 pr. D. 26, 2. L. 9 § 2 D. 27, 3. § 1 J. 1, 20.

19) L. 11 § 3 D. 26, 2. L. 6 D. 26, 4. § 2 J. 1, 15.

20) L. 11 § 1. 2 D. 26, 2. L. 10 § 7 D. 27, 1. (къ этому см. Баронъ, § 371 пр. 14). L. 17 D. 26, 1.

21) Girard стр. 198 пр. 3 помѣщаетъ ее между 387 и 568 г. Ср. Accarias I стр. 345 сл.

22) Ср. впрочемъ Girard стр. 198 пр. 4.

23) Pr. J. 1, 20.

24) § 3 J. 1, 21. § 5. 6 J. 1, 23. L. 2 D. 26, 5. L. 1 C. 5, 36. L. 7 C. 5, 43. Cod. 5, 44.

25) L. 21 § 5 D. 26, 5. L. 5 C. 5, 34.

26) Dig. 26, 6. Cod. 5, 31. L. 2 § 23—47 D. 38, 17. L. 10 C. 6, 58. L. 3. 6 C. 6, 56.

27) Pr. § 1. J. 1, 23.

28) L. 5. C. 5, 70. L. 13 D. 27, 10.

29) L. 7 § 6 C. 5, 70. L. 6. 13 D. 27, 10.

30) L. 16 pr. D. 27, 10.

4) *Cura prodigi*. По XII таблицамъ *cura legitima agnatorum* была введена для лица, расточающаго имущество, которое *ab intestato* унаследовано было имъ отъ отца или дѣда по отцу ³¹). Преторъ ввелъ *cura dativa* для всякаго расточителя ³²). Для назначенія опеки надъ расточителемъ требовался особый декретъ магистрата, торжественно объявляющій данное лицо расточителемъ ³³). Если отецъ объявлялъ сына расточителемъ въ завѣщаніи и назначалъ ему куратора, то магистратъ обязанъ былъ во всемъ (даже въ признаніи расточительности) подтвердить волю отца ³⁴).

5) *Cura debilitum personarum* назначается этимъ лицамъ магистратомъ по ихъ просьбѣ ³⁵).

§ 20. Способность быть опекуномъ или попечителемъ. Обязанность къ принятію опеки. Порядокъ вступленія въ веденіе опеки.

I. Неспособность быть опекуномъ бываетъ абсолютная и относительная.

A. *Абсолютная неспособность*. Призваніе къ опекѣ лицъ абсолютно неспособныхъ считается ничтожнымъ, такъ что подопечный, если за опеку взялось такое лицо, считается неимѣющимъ опекуна. Сюда относятся: 1) *Женщины* ¹). Только мать и бабка лица, не достигшаго *pubertas*, по смерти отца *impuberis* имѣютъ предпочтительное передъ другими равно-близкими *heredes ab intestato* право на опеку, если онѣ отказываются отъ женскихъ льготъ (напр. отъ *exceptio Scti Vellejani*) и отъ вступленія во второй бракъ ²). 2) *Епископы и монахи*. Остальные духовныя лица, если согласны, могутъ быть *tutores legitimi* ³). 3) *Солдаты*, если они не призваны по завѣщанію товарища ⁴). 4) *Impuberes* и *minores XXV annis* неспособны къ *tutela dativa* и *legitima* ⁵); если *minores* назначены опекунами въ завѣщаніи, то временно назначается для завѣдыванія порученной имъ опекой *tutor dativus* ⁶).

B. *Относительная неспособность* состоитъ въ томъ, что призваніе къ опекѣ лица, относительно неспособнаго, считается само по себѣ дѣйствительнымъ, но опекунскія власти *ex officio* обязаны устранить призваннаго (*excusantur a magistratu, exc. necessaria*). Такими являются слѣдующія лица: 1) *Душевнобольные, глухіе, нѣмые, слѣпые и прочія лица, неспособныя по физическимъ причинамъ къ веденію дѣлъ* ⁷). 2) *Кредиторы и должники опекаемаго* ⁸). Лицо, ведущее *controversia status* съ пупилломъ или его отцомъ ⁹). 3) Лица, исключенныя *запретомъ родителей* подопечнаго ¹⁰). 4) *Мужъ относительно жены, женихъ*

31) L. 1. 13 D. 27, 10. Paul. 3, 4a, 7. Ulp. 12, 2. *Karlowa* R. RG. II стр. 302 сл.

32) Ulp. 12, 3. L. 1 D. 27, 10. § 3 J. 1, 23.

33) L. 1 D. 27, 10 *Girard* стр. 217 пр. 2.

34) L. 16 § 3 D. 27, 10.

35) L. 2 D. 27, 10. L. 12 пр. D. 26, 5.

1) L. 16 пр. L. 18. D. 26, 1. L. 1 C. 5, 35.

2) L. 2. 3 C. 5, 35. Nov. 22 с. 40. Nov. 94. 155. 118 с. 5. *Accarius* I стр. 357 сл.

3) Nov. 123 с. 5.

4) L. 4 C. 5, 34. L. 23 § 1 D. 27, 1.

5) L. 5 C. 5, 30. § 13 J. 1, 25.

6) § 2 J. 1, 14. L. 32 § 2 D. 26, 2.

7) L. 1 § 2. 3. L. 17 D. 26, 1. L. 10 § 1 D. 26, 4. L. 40 C. 27, 1. L. 3 C. 5, 34. L. 1 C. 5, 68 (67).

8) Nov. 72 с. 1—4. *Хвостовъ*, Нат. обяз. стр. 430 сл.

9) L. 6 § 18 D. 27, 1. L. 27 § 1 D. 26, 2. § 12 J. 1, 25.

10) L. 21 § 2 D. 26, 5. L. 1 C. 5, 47.

относительно невесты, свекоръ относительно невестки ¹¹⁾. 5) *Непримиримый врагъ отца опекаемаго* ¹²⁾; лицо, очень старавшееся попасть въ опекуны ¹³⁾ и вообще всякое лицо, отъ управленія котораго можно ожидать вреда для опекаемаго ¹⁴⁾.

II. Каждое способное лицо, которому тѣмъ или инымъ путемъ открылась опека, обязано принять ее, какъ *munus publicum* ¹⁵⁾; оно дѣлается поэтому *ipso jure* опекуномъ съ момента призванія къ опекѣ ¹⁶⁾. Эта обязанность не существуетъ только для матери и бабки и для духовныхъ лицъ, о которыхъ мы говорили въ этомъ § подъ рубрикой 1, А; эти лица уполномочены быть опекунами, если пожелаютъ, но не обязаны ¹⁷⁾. Однако, отъ обязанности этой можно освободиться, приведя какое-либо законное основаніе (*excusatio* ¹⁸⁾). Эти *excusationes* сводятся къ слѣдующему: 1) *Три опеки*, недобровольно принятыя, въ одномъ домѣ (присчитываются опеки, веденныя подвластными, если домовладыка за нихъ отвѣчаетъ ¹⁹⁾. 2) *Наличность 3 дѣтей* въ Римѣ, 4—въ Италіи, 5—въ провинціяхъ ²⁰⁾. 3) *Крайняя бѣдность*, отнимающая все время на добываніе средствъ къ существованію ²¹⁾, *болѣзнь* ²²⁾, *неграмотность* ²³⁾, *возрастъ* свыше 70 лѣтъ ²⁴⁾. 4) *Занятіе публичной или духовной должности* ²⁵⁾, управленіе имуществомъ фиска или императора ²⁶⁾, отсутствіе *rei publicae causa* ²⁷⁾, занятіе преподаваніемъ наукъ или врачебной практикой ²⁸⁾, принадлежность къ нѣкоторымъ римскимъ цехамъ ²⁹⁾. 5) *Бывшій опекунъ* можетъ отказаться отъ *cura minoris* надъ тѣмъ же лицомъ, когда послѣднее достигаетъ *pubertas* ³⁰⁾. 6) Лицо, отбывшее полный срокъ военной службы (20 лѣтъ) съ честью ³¹⁾. 7) Лицо, назначенное отцомъ пупилла изъ вражды ³²⁾. 8) Слишкомъ далекое мѣстонахожденіе подлежащаго опекѣ имущества ³³⁾. Всѣ эти основанія должны быть заявлены опекунской власти въ теченіе извѣстнаго срока (не менѣе 50 дней; при дальности мѣстожительства опекуна отъ мѣстонахожденія магистрата срокъ удлиняется ³⁴⁾. Магистратъ долженъ разобрать дѣло также въ краткій срокъ (4 мѣсяца ³⁵⁾ и на время процесса назначить *tutor'a dativus'a* ³⁶⁾.

11) L. 1 § 5 D. 27, 1. L. 2 C. 5, 34. L. 4. 17 C. 5, 62.

12) L. 3 § 12 D. 26, 10. § 11 J. 1, 25.

13) L. 21 § 6 D. 26, 5.

14) L. 3 § 12 D. 26, 10.

15) L. 1 pr. D. 26, 7. pr. J. 1, 25. Accursius I стр. 317 пр. 6. Общ. ч. § 24, VII (о понятіи *munus*).

16) L. 1 § 1. L. 5 § 10. L. 17. L. 58 § 2 D. 26, 7. L. 8 C. 5, 37. L. 5 C. 5, 38.

17) Nov. 94 с. 1 Nov. 123 с. 5.

18) Есть нѣсколько случаевъ, когда право на экскузацію не дается; всѣ они, по существу, сводятся къ заранее сдѣланному отказу отъ этого права. Windscheid § 435 пр. 7. Баронъ § 375 пр. 2—5.

19) L. 2 § 9—L. 6 pr. D. 27, 1. § 5 J. 1, 25. ср. L. 17 пр. L. 31 § 4 D. 27, 1.

20) L. 2 § 2—8 D. 27, 1. пр. J. 1, 25.

21) L. 7. 40 § 1 D. 27, 1. § 6 J. 1, 25.

22) § 7 J. 1, 25.

23) § 8 J. 1, 25.

24) § 13 J. 1, 25.

25) § 3 J. 1, 25. L. 6 § 14. 16. L. 17 § 4. 5 D. 27, 1.

26) § 1 J. 1, 25, L. 22 § 1. L. 41 пр. D. 27, 1. L. 10 C. 5, 62.

27) L. 10 пр.—§ 3 D. 27, 1. § 2 J. 1, 25.

28) § 15 J. 1, 25. L. 6 § 1—12 D. 27, 1. L. 1. 2. C. 10, 65.

29) L. 17 § 2. 3. L. 26, 41 § 3. L. 46 пр. § 1 D. 27, 1. L. 24 C. 5, 62.

30) L. 16 D. 27, 1. L. 20 C. 5, 62. § 18 J. 1, 25.

31) L. 8 D. 27, 1. Cod. 5, 65.

32) § 9 J. 1, 25.

33) L. 10 § 4. L. 19. L. 21 § 2—4. L. 46 § 2. D. 27, 1. L. 11 C. 5, 62.

34) § 16 J. 1, 25. L. 13 D. 27, 1. L. 2. 6 C. 5, 62.

35) L. 38. 39 D. 27, 1.

36) L. 17 § 1 D. 49, 1.

III. Лицо, назначенное опекуномъ и не представившее годной *excusatio*, должно предоставить *satisfactio rem pupilli salvam fore* (Dig. 46, 6. Cod. 5, 42) и составить *инвентарь* ³⁷⁾. Отъ обязанности къ *satisfactio* освобождаются лишь *tutor testamentarius* и *tutor ex inquisitione confirmatus* (§ 19, II, 1 а ³⁸⁾. Кроме того, всякій опекунъ и попечитель должны принести *присягу* въ добросовѣстномъ веденіи дѣлъ ³⁹⁾.

§ 21. Управление дѣлами по опекѣ или попечительству.

I. На опекуна *impruberis* лежитъ обязанность заботиться о личности опекаемого, а именно: о его воспитаніи. Самое воспитаніе возлагается, по общему правилу, на мать, а при ея неимѣніи или негодности—на другихъ родныхъ или свойственниковъ опекаемого по выбору магистрата ¹⁾; по опекунъ долженъ слѣдить за воспитаніемъ ²⁾ и давать на содержаніе опекаемого средства изъ его имущества въ размѣрахъ, опредѣленныхъ отцомъ опекаемого или магистратомъ ³⁾. *Curator furiosi* обязанъ заботиться о томъ, чтобы опекаемого лечили, и чтобы къ нему были назначены *custodes* ⁴⁾.

II. Гораздо большее значеніе имѣетъ возлагаемая на cadaго tutor'a и curator'a забота объ имуществѣ опекаемого лица. Ей мы и посвятимъ дальнѣйшее изложеніе.

III. Прежде всего въ чемъ состоятъ обязанности опекуна? Опекунъ долженъ примѣнять къ дѣламъ опеки *diligentia quam suis* и отвѣчаетъ за *culpa in concreto* ⁵⁾. Наслѣдники его могутъ быть привлечены къ отвѣтственности лишь за его *dolus*; это не относится, конечно, къ процессамъ, начатымъ еще при жизни опекуна ⁶⁾.

Въ своемъ управленіи опекунъ долженъ заботиться: 1) О сохраненіи въ цѣлости имущества опекаемого. Для этого онъ обязанъ принимать не только чисто фактическія мѣры (напр., цѣнные вещи положить въ надежное мѣсто на храненіе ⁷⁾), но и юридическія: онъ долженъ отчуждать всѣ ненужныя и подверженныя порчѣ вещи ⁸⁾, взыскать по требованіямъ сомнительной надежности ⁹⁾, уплатить особенно тягостные долги ¹⁰⁾. 2) Объ увеличеніи имущества опекаемого. Онъ долженъ стараться извлечь нормальный доходъ изъ имущества опекаемого, какой только можетъ быть извлеченъ изъ него безъ какой-либо особенной затраты силъ и времени со стороны опекуна (напр., лично вести доставшееся по наслѣдству торговое дѣло онъ не обязанъ: достаточно позаботиться о томъ, чтобы опекаемый получилъ нормальный процентъ съ торговаго капитала ¹¹⁾). Въ частности существуютъ детальныя предписанія о денежныхъ

³⁷⁾ L. 7 pr. D. 26, 7. L. 13 § 1 C. 5, 51. L. 24 C. 5, 37.

³⁸⁾ Pr. J. 1. 24.

³⁹⁾ L. 7 § 4—7 C. 5, 70. Nov. 72 c. 2. 8.

¹⁾ L. 1 pr., § 2. L. 5. D. 27, 2. L. 1. 2. C. 5, 49.

²⁾ L. 12, § 3. D. 26, 7.

³⁾ L. 2, § 6. D. 27, 2. L. 1, 2. C. 5, 50.

⁴⁾ L. 7 pr. D. 27, 10. L. 13, § 1. L. 14. D. 1, 18. L. 22, § 8. D. 24, 3.

⁵⁾ L. 1 pr. D. 27, 3. L. 57. D. 26, 7. Nov. 72 c. 8. Windscheid, § 438 pr. 5.

⁶⁾ L. 12, 49. D. 44, 7. L. 1. C. 5, 54. Dernburg III, § 52.

⁷⁾ L. 22, 24. C. 5, 37. L. 3. C. 5, 38.

⁸⁾ L. 7, § 1. D. 26, 7.

⁹⁾ L. 15. D. 26, 7.

¹⁰⁾ L. 9, § 5. D. 26, 7.

¹¹⁾ L. 47, § 6. D. 26, 7.

капиталахъ: опекунъ долженъ приобрести на нихъ земельные участки ¹²⁾ или, если это невыполнимо, отдать ихъ на проценты ¹³⁾; если онъ этого не дѣлаетъ, то долженъ уплатить обычные въ странѣ проценты изъ своего имущества ¹⁴⁾; по праву Новеллъ (Nov. 72, с. 6—8) опекунъ, впрочемъ, освобождается совсѣмъ отъ обязанности класть деньги на проценты, если опекаемый получаетъ изъ другого имущества достаточно дохода для покрытія необходимыхъ расходовъ. Если опекунъ нечестно употребляетъ деньги опекаемаго на свои нужды, то онъ платитъ высшіе дозволенные проценты ¹⁵⁾.—Наконецъ, опекунъ не долженъ упускать случая приобрести наследство, легаты и даренія, открывающіяся опекаемому ¹⁶⁾; при принятіи наследства онъ долженъ, однако, заботиться о томъ, чтобы наследство это было болѣе выгодно, нежели невыгодно опекаемому ¹⁷⁾.

Относительно своего управленія опекунъ по окончаніи опеки представляетъ отчетъ опекаемому ¹⁸⁾. Опекаемый имѣетъ по поводу всѣхъ своихъ притязаній *actio tutelae directa* въ случаѣ *tutela* ¹⁹⁾, а въ случаѣ *cura* — искъ, который болѣею частью именуется *a. negotiorum gestorum directa*, иногда — *curationis iudicium* ²⁰⁾. Этотъ искъ при *tutela* вчинается всегда по окончаніи опеки ²¹⁾, а при *cura* можетъ быть допущенъ и во время веденія опеки, поскольку онъ не имѣетъ своимъ предметомъ выдачу обратно имущества, находящагося въ завѣдываніи попечителя ²²⁾. Если *tutor impuberis* присвоилъ себѣ вещь опекаемаго, хотя бы *sine animo furandi*, то противъ него вчинается по окончаніи опеки *a. rationibus distrahendis in duplum*; этотъ искъ конкурируетъ съ реиперсекutoryной *condictio furtiva* и съ *a. tutelae*; но штрафная *a. furti* дается рядомъ съ нимъ, «et altera alteram non tollet»; противъ наследниковъ этотъ искъ не дается ²³⁾. При *tutela*, *cura minoris* и *furiosi* требованія опекаемаго обезпечены законной *ипотекой* на все имущество опекуна ²⁴⁾.

IV. Права опекуна въ управленіи имуществомъ опекаемаго подлежатъ нѣкоторымъ ограниченіямъ. Именно, онъ стѣсненъ въ правѣ отчужденія вещей опекаемаго. Сперва опекуны не могли совершать только дареній, но свободно принимали уплаты долговъ и производили всякія возмездныя отчужденія. Стѣсненія въ этомъ отношеніи начались еще при языческихъ императорахъ и окончательно сложились подъ вліяніемъ законодательства Юстиніана ²⁵⁾. Ничтожны даренія, совершаемыя опекуномъ ²⁶⁾, поскольку ихъ не требуютъ приличіе и добрые нравы ²⁷⁾. Далѣе, ничтожны всѣ возмездныя отчужденія, сдѣланныя опекуномъ, если они не касаются вещей малоцѣнныхъ, лишнихъ, скоро портящихся и доходовъ съ капиталовъ ²⁸⁾; отчужденіе иной вещи, чтобы быть дѣйствитель-

12) L. 3, § 2. L. 5 pr. L. 7, § 3. D. 26, 7. L. 24. C. 5, 37.

13) L. 7, § 3. D. 26, 7. L. 24. C. 5, 37.

14) L. 7, § 11. L. 15. D. 26, 7.

15) L. 7, § 10. 12 D. 26, 7. L. 1 C. 5, 56.

16) L. 21. 26 C. 5, 37. L. 39, § 3. D. 26, 7. L. 3, § 17. D. 26, 10. L. 67, § 6. D. 23, 2.

17) L. 11. D. 37, 1.

18) L. 1, § 3. D. 27, 3. L. 9 C. 5, 51.

19) *Obligatio quasi ex contractu*. L. 5, § 1. D. 44, 7, § 2. J. 3, 27.

20) *Baron*, § 382, пр. 7.

21) L. 4. D. 27, 3.

22) L. 4, § 3. L. 16, § 1. D. 27, 3. L. 1, § 3. D. 27, 4.

23) L. 1, § 21—23. L. 2 pr. § 1. 2. D. 27, 3. *Accarias* I стр. 419.

24) L. 1. C. 4; 53. L. 20. C. 5, 37. L. 7, § 5. 6 C. 5, 70. Ср. еще L. 2 C. 5, 35. L. 6 C. 8, 14. Nov. 22 с. 40.

25) См. объ этомъ *Baron*, § 378 *Dernburg* III § 50.

26) L. 22. L. 46, § 7. D. 26, 7. L. 16 C. 5, 37.

27) L. 12, § 3. L. 13, § 2. D. 26, 7. L. 1, § 2—5, D. 27, 3.

28) L. 22 C. 5, 37. L. 4 C. 5, 72. L. 28, § 5 C. 5, 37.

нымъ, должно быть сдѣлано непременно на основаніи особаго декрета магистрата ²⁹⁾. Магистратъ можетъ мотивировать свой декретъ: а) необходимостью отчужденія вещи для погашенія долговъ опекаемаго ³⁰⁾ или б) необходимостью установленія приданого ³¹⁾, или с) вообще какой-либо крайнею «*necessitas*» ³²⁾. Всякое отчужденіе, сдѣланное вопреки этимъ правиламъ, признается ничтожнымъ ³³⁾ и опекаемый имѣетъ выборъ между а. *tutela* или *judicium sigationis* къ опекуну объ убыткахъ ³⁴⁾ и *rei vindicatio* ко всякому третьему владельцу отчужденной вещи ³⁵⁾ (при этомъ третьему владельцу опекаемый долженъ выдать все обогащеніе, полученное имъ отъ отчужденія ³⁶⁾). Даже уплата долга, сдѣланная должникомъ опекаемаго опекуну, который не имѣетъ отъ магистрата особаго полномочія на получение уплаты, не отнимаетъ у опекаемаго его права требованія, которое должникъ хотѣлъ погасить своей уплатой ³⁷⁾. Отчужденіе, сдѣланное опекуномъ безъ декрета, получаетъ, впрочемъ, полную силу, если опекаемый утверждаетъ его по окончаніи опеки ³⁸⁾ или если онъ не требуетъ признанія отчужденія ничтожнымъ въ теченіе 5 лѣтъ по окончаніи опеки ³⁹⁾.

VI. Самая форма управленія опекою различна, смотря по роду *tutela* и *cura* и по дѣеспособности опекаемаго. *Infans* и *furiosus* вполне дѣеспособны, и потому опекуны сами совершаютъ за нихъ всѣ сдѣлки; если сдѣлка не допускаетъ представительства, то она совсѣмъ не можетъ быть совершена ⁴⁰⁾. Напротивъ, *impruberes infantia maiores, minores XXV annis, prodigi* въ извѣстныхъ предѣлахъ, указанныхъ въ § 23 Общей части, дѣеспособны вполне. Въ этихъ предѣлахъ они могутъ дѣйствовать сами. Остальные же сдѣлки, способныя уменьшить имущество опекаемаго, опекунъ можетъ: 1) совершать за нихъ, если эти сдѣлки допускаютъ представительство, или же 2) укрѣплять силу этихъ сдѣлокъ, совершаемыхъ самими опекаемыми, своею *auctoritatis interpositio* при *tutela* или *consensus* при *cura* (разница указана въ § 18 выше); такого рода образъ дѣйствій необходимъ, если сдѣлка не допускаетъ представительства.— Если опекаемый совершитъ безъ содѣйствія опекуна обязательственную сдѣлку, къ заключенію которой онъ не вполне дѣеспособенъ, то онъ отвѣчаетъ по ней *civiliter* (т.-е. противъ него возникаетъ искъ) въ размѣрахъ своего обогащенія отъ этой сдѣлки ⁴¹⁾; въ остальныхъ же размѣрахъ возникаетъ противъ него только *obligatio naturalis* (т.-е. обязательство, лишенное иска) ⁴²⁾. Конечно, всѣ иски противъ 3-хъ лицъ, пріобрѣтенные при управленіи имуществомъ опекаемаго, опекунъ по окончаніи опеки долженъ уступить опекаемому ⁴³⁾.

VII. Обязанности опекаемаго. Онъ долженъ вернуть опекуну всѣ полезныя издержки, которыя опекунъ сдѣлалъ на дѣла опекаемаго изъ своего иму-

29) Tit. Dig. 27, 9. Cod. 5, 71—74.

30) L. 1, § 2. L. 5, § 14. D. 27, 9.

31) L. 61, § 1. D. 23, 3.

32) L. 6, C. 5, 71.

33) L. 7, § 3. D. 27, 9.

34) L. 10. D. 27, 9.

35) L. 5, § 15. L. 10. D. 27, 3.

36) L. 13. D. 27, 9. L. 4. 10. 14. 16 C. 5, 71. § 2. J. 2, 8.

37) L. 25. 27 C. 5, 37. § 2. J. 2, 8.

38) L. 2 C. 5, 74. L. 1. 2 C. 2, 45.

39) L. 3 C. 5, 74.

40) § 8—10. J. 3, 19. L. 1, § 2. L. 2 pr. D. 26, 7.

41) L. 1 pr. L. 5 pr. D. 26, 8. L. 3 pr. D. 13, 6. L. 1, § 1. D. 16, 3.

42) Хвостовъ, Нат. обяз., стр. 274—305.

43) Windscheid, § 442 пр. 2.

щества и притомъ вернуть ихъ съ процентами ⁴⁴⁾. Кроме того, онъ долженъ принять на себя обязательственныя обязанности, субъектомъ коихъ сталъ опекунъ при веденіи дѣлъ опеки ⁴⁵⁾. Гонораръ онъ долженъ платить опекуну лишь въ случаѣ особаго распоряженія магистрата, отца опекаемаго или соопекуновъ ⁴⁶⁾. По поводу своихъ претензій опекунъ имѣетъ *a. tutelae contraria* или (при cura) *a. neg. gest. contraria*; кроме того, онъ ихъ можетъ осуществить путемъ *exserptio* противъ иска опекаемаго.

§ 22. Отношенія между нѣсколькими опекунами или попечителями. Отвѣтственность побочныхъ лицъ. *Protutor*.

I. Иногда на лицо бываетъ нѣсколько опекуновъ или кураторовъ надъ имуществомъ одного и того же подопечнаго. Это возможно въ разнѣ формѣ: 1) Каждый опекунъ можетъ быть призванъ для опредѣленной мѣстно или предметно дѣятельности (напр., опекунъ представляетъ *excusatio*, что одно изъ помѣстьевъ опекаемаго лежитъ очень далеко, и для этого помѣстья назначается особый опекунъ; опекунъ особо назначенъ для веденія процесса между опекаемымъ и его общимъ опекуномъ). 2) Хотя каждый опекунъ призванъ для веденія всей опеки, но *управленіе дѣлами* предоставлено одному изъ нихъ или раздѣлено между всѣми. 3) Каждый призванъ для веденія всей опеки и *управленіе* остается нераздѣленнымъ.— Въ первомъ случаѣ каждый опекунъ въ своей области дѣйствуетъ совершенно независимо и одинъ за другого не отвѣчаетъ ¹⁾. Во второмъ случаѣ каждый обязанъ и управомоченъ къ управленію, насколько оно ему поручено; при этомъ опекуны, ведущіе управленіе, называются *tutores gerentes*, а остальные—*tutores honorarii*; кроме того, каждый опекунъ обязанъ слѣдить за управленіемъ каждаго другого и отвѣчаетъ за вину управляющаго опекуна, если самъ сдѣлалъ какое-либо упущеніе въ надзорѣ за нимъ, но отвѣчаетъ лишь въ случаѣ несостоятельности виновнаго опекуна и магистрата, его назначившаго ²⁾. Въ третьемъ случаѣ, каждый изъ опекуновъ можетъ управлять всей опекой ³⁾, но *вето* каждаго коллеги дѣлаетъ его распоряженія ничтожными ⁴⁾; за вину коллеги каждый отвѣчаетъ безусловно, ибо самъ могъ бы приняться и выполнить дѣло, небрежно исполненное коллегой, но отвѣчаетъ только въ случаѣ неспособности виновнаго коллеги къ платежу (однако, раньше магистрата) ⁵⁾.— Дѣленіе управленія или переносъ его на одного изъ соопекуновъ можетъ быть сдѣлано съ юридической силою только магистратомъ ⁶⁾; послѣдній принимаетъ во вниманіе при этомъ завѣщательныя распоряженія отца пупилла, мнѣніе большинства опекуновъ и то обстоятельство, что изъ числа опекуновъ, освобожденныхъ отъ *satisfactio* (*tutores testamentarii* или *ex inquisitione confirmati*), кто-либо вызвался представить *satisfactio* ⁷⁾.

⁴⁴⁾ L. 1, § 4—6. L. 3. D. 27, 4. L. 3 C. 5, 58.

⁴⁵⁾ L. 6. D. 27, 4.

⁴⁶⁾ L. 83, § 3, D. 26, 7. L. 1, § 6. D. 27, 3.

¹⁾ L. 3 C. 5, 44. L. 21, § 2—4. D. 27, 1.

²⁾ L. 3, § 2. D. 26, 7. L. 2. 3 C. 5, 52. L. 51. D. 26, 7.

³⁾ L. 3 pr. § 8. L. 24, § 1. D. 26, 7. L. 14, § 5. D. 46, 3. L. 4 D. 26, 8. L. 5 C. 5, 59.

⁴⁾ L. 7, § 3. D. 27, 10.

⁵⁾ L. 5. D. 27, 8. L. 55 pr. D. 26, 7, L. 2 C. 5, 52.

⁶⁾ L. 3, § 1. 3. 6. D. 26, 7. L. 2 C. 5, 52.

⁷⁾ L. 3, § 1—3. 6. L. 4. D. 26, 7. L. 17—19, § 1. D. 26, 2. L. 5, § 3. 4. D. 26, 4. L. 4 C. 5, 42. § 1. J. 1, 24. Nov. 118 c. 5.

II. Кромѣ опекуновъ, соопекуновъ и магистрата, за веденіе опеки отвѣчаютъ еще нѣкоторые лица, а именно: 1) *Поручители*, данные при предоставленіи *satisfactio rem pupilli salvam fore* (см. выше § 20, III). 2) *Affirmatores*, т.-е. тѣ лица, которыя завѣрили магистрата въ годности опекуна, когда магистратъ дѣлалъ *inquisitio* (при *tutela test. imperfecta*) или разслѣдованіе при назначеніи *tutor dativus*⁸⁾. 3) *Postulatores*, т.-е. тѣ лица, которыя предложили извѣстное лицо въ опекуны добровольно или исполняя свою обязанность (*heredes ab intestato* и пупиллярный субститутъ опекаемаго)⁹⁾, за исключеніемъ матери опекаемаго¹⁰⁾. 4) *Nominatores*, т.-е. низшіе муниципальные магистраты, которымъ опекунскіе магистраты ввѣрили въ обязанность отыскивать кандидатовъ для опеки въ ихъ муниципіяхъ¹¹⁾.

Порядокъ отвѣтственности всѣхъ этихъ лицъ слѣдующій: 1) прежде всего отвѣчаетъ *tutor* или *curator gerens*; 2) при его несостоятельности привлекаются къ отвѣтственности его поручители¹²⁾; 3) наряду съ поручителями отвѣчаютъ *affirmatores*, *postulatores*¹³⁾; 4) далѣе слѣдуютъ соопекуны, если управленіе не было раздѣлено¹⁴⁾; 5) опекунскіе магистраты (въ томъ числѣ и *nominatores*)¹⁵⁾; 6) соопекуны, если управленіе было раздѣлено¹⁶⁾.

Если опекунъ стоитъ *подъ отеческой властью*, то за него отвѣчаетъ также его домовладыка по общимъ правиламъ (*a. de peculio, de in rem verso, quod jussu* и по аналогіи съ послѣдней въ томъ случаѣ *«si tutelam agnovit»*¹⁷⁾).

III. Если кто-либо, не будучи на самомъ дѣлѣ *tutor* или *curator*, дѣйствуетъ въ качествѣ такового, то онъ дѣйствуетъ *pro tutore* или *pro curatore*; въ этомъ случаѣ онъ отвѣчаетъ за свою дѣятельность по правиламъ опеки. Онъ обязанъ вообще къ *diligentia quam suis*¹⁸⁾, а если онъ зналъ, что онъ не опекунъ, то онъ отвѣчаетъ за *omnis culpa*¹⁹⁾. Иски между *protutor*омъ и опекаемымъ называются *a. protutelaе directa* и *contraria*²⁰⁾. Если надъ опекаемымъ вообще невозможна была опека (онъ уже *pubes* или еще не родился), то къ дѣятельности *protutor*а примѣняются правила *negot. gestio*²¹⁾. Передъ третьими лицами *protutor* не можетъ обязывать пупилла, не имѣя никакого полномочія на то. Третьи лица могутъ испрашивать у претора возстановленія (*in integrum restitutio*) тѣхъ исковъ, которые они консумировали, вчинивъ ихъ по заблужденію противъ пупилла *falso tutore auctore*²²⁾. Если *protutor* злоумышленно (*dolo malo*) далъ *auctoritas* для сдѣлки третьихъ лицъ съ пупилломъ или для процесса этихъ лицъ съ пупилломъ, то потерпѣвшіе отъ этого третьи лица взыскиваютъ свои убытки съ него посредствомъ *a. in factum*²³⁾.

8) L. 4, § 3. D. 27, 7.

9) L. 2, § 5. D. 26, 6. Выше § 19 пр. 26.

10) L. 1 C. 5, 46.

11) L. 1, § 5. 10. D. 27, 8. L. 1. 4. 5 C. 5, 75. L. 28. D. 26, 5. L. 6 C. 5, 34.

12) L. 4. 5 C. 5, 75.

13) L. 2 C. 11, 36. L. 11, § 1. D. 50, 1. L. 4, § 3. D. 27, 7.

14) L. 4 C. 5, 75. L. 3. 5. D. 27, 8. L. 46, § 1. D. 26, 7. L. 1, § 15. D. 27, 3.

15) L. 1. 4. 5 C. 5, 75. § 2. J. 1, 24.

16) L. 46, § 6. D. 26, 7. L. 2. 4 C. 11, 36.

17) L. 21. L. 37, § 2. D. 26, 7. L. 11. D. 27, 3. L. 1 C. 4, 26. L. 7. D. 26, 1.

18) L. 4. D. 27, 5.

19) Windscheid, § 444, пр. 7.

20) Lenel, Edictum perpetuum, § 126.

21) L. 1 § 6. D. 27, 5.

22) Lenel, § 44.

23) Lenel, § 122

§ 23. Прекращение опеки и попечительства. Опекунские власти.

I. *Tutela* и *cura* прекращаются по обстоятельствам, касающимся опекаемого и опекуна.

A. *Опекаемого* касаются следующие обстоятельства: 1) Всякая опека или попечительство прекращается, когда подопечный умирает, терпит *capitis dem. maxima, media* или *minima* ¹⁾. 2) *Tutela impuberum* прекращается, когда опекаемый достигает *pubertas*; *cura minorum* оканчивается по достижении опекаемым 25 лет или по получении им *venia aetatis* ²⁾; *cura furiosi* и *prodigi* приходят к концу по выздоровлении опекаемого ³⁾ или по прекращении его расточительности ⁴⁾; *cura debiliū personarum* прекращается по просьбѣ этихъ лицъ, которая приводитъ къ изданію особаго декрета магистрата. Въ этихъ случаяхъ *tutela* и *cura* уничтожаются вполне и не требуется ихъ возобновленія.

B. Основанія прекращенія опеки или попечительства могутъ касаться личности опекуна; въ этихъ случаяхъ требуется назначеніе новаго опекуна или куратора. Это бываетъ: 1) когда опекунъ или кураторъ умираетъ, терпитъ *cap. dem. magna*, дѣлается неспособнымъ къ опекѣ ⁵⁾; 2) когда наступаетъ резолютивное условіе, подъ которымъ былъ назначенъ данный опекунъ, когда наступаетъ установленный для его опекунства *dies ad quem*, или оканчивается та специальная потребность, для коей былъ назначенъ данный опекунъ (для веденія тяжбы пупилла съ опекуномъ ⁶⁾); 3) когда опекунъ получаетъ возможность отказаться отъ принятой уже опеки и пользуется этой возможностью; это имѣетъ мѣсто при приглашеніи въ тайный совѣтъ *principis* ⁷⁾, въ случаѣ тяжелой болѣзни, крайней бѣдности ⁸⁾, отправленіи черезъ море *rei publicae causa* ⁹⁾, измѣненія мѣстожительства съ разрѣшенія императора (знающаго объ опекѣ ¹⁰⁾; 4) когда опекунъ устраняется отъ должности за допущенную имъ при веденіи опеки *culpa lata, dolus* ¹¹⁾ или вообще за полную неспособность къ опекунству ¹²⁾; это устраненіе производится магистратомъ или *ex officio* ¹³⁾, или по особой жалобѣ (*assessatio suspecti tutoris*), которая можетъ быть предъявлена каждымъ гражданиномъ, даже женщиной ¹⁴⁾.

II. Въ предыдущемъ изложеніи не разъ упоминались *опекунскія власти*. Такъ называются тѣ магистраты, которымъ ввѣрено завѣдываніе опеками и попечительствами, т.-е. участіе въ назначеніи опекуновъ и попечителей, надзоръ за ихъ дѣятельностью ¹⁵⁾, распредѣленіе *administrationis* между нѣсколькими опекунами, контроль за отчужденіями и принятіями платежей, устраненіе подозритель-

1) § 1. 4. J. 1, 22.

2) L. 4 pr. D. 27, 3, pr. J. 1, 22. L. 1 C. 5, 60. L. 3 C. 2, 44.

3) L. 6 C. 5, 70. L. 1 pr. D. 27, 10.

4) L. 1 pr. D. 27, 10.

5) § 4. J. 1, 22. L. 7 pr. D. 4, 5.

6) §§ 2. 5. J. 1, 24.

7) L. 11, § 2. D. 4, 4.

8) L. 10, § 8. L. 11. 12 pr. L. 40. D. 27, 1.

9) L. 11, § 2. D. 4, 4.

10) L. 12, § 1. D. 27, 1.

11) L. 3, § 5. L. 3 § 13—17. L. 7, § 1. D. 26, 10. L. 2 C. 5, 43. § 5. 10—12. J. 1, 26.

12) L. 3, § 12. 18 D. 26, 10.

13) L. 3, § 4. D. 26, 10.

14) L. 1, § 6. 7. L. 7 pr. D. 26, 10. L. 6 C. 5, 43. § 3. 4. J. 1, 26.

15) L. 1 pr. L. 7, § 3. 7. 8 D. 26, 7. L. 2. D. 2, 12. L. 9 D. 50, 4. L. 3 C. 5, 43.

ныхъ опекуновъ, и т. д. Въ качествѣ опекунскихъ властей въ Римѣ въ разное время являлись разные магистраты, начиная съ *lex Atilia* и *Julia et Titia*, т. е. съ законовъ, которые ввели впервые надзоръ магистратовъ за опеками. При Юстиніанѣ въ Римѣ и Константинополѣ опекунскими властями являлись *praefectus urbi* для опеки надъ *personae illustres* и *clarissimi*, и *praetor tutelaris*—для опеки надъ остальными лицами; въ провинціяхъ опекунскими властями были *praesides* и ихъ легаты, которые завѣдывали опеками надъ богатыми лицами, и муниципальные магистраты, которымъ подлежало завѣдываніе опеками надъ лицами, имущество которыхъ не превышало 500 солидовъ ¹⁶⁾.—Отвѣтственность этихъ властей очень ограничена. Мы уже говорили (§ 22, II), на какомъ мѣстѣ они отвѣчаютъ. Остается сказать, какіе изъ этихъ магистратовъ несутъ эту отвѣтственность и за что они отвѣчаютъ? Отвѣчаютъ только муниципальные магистраты и притомъ только въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) если они совсѣмъ не назначили опекуна; 2) если они не потребовали отъ опекуна надлежащей *satisfactio*; 3) если они сами назначили негодное лицо опекуномъ или рекомендовали таковое для назначенія высшему магистрату (*nominatio*) ¹⁷⁾.—Искъ пущенна къ магистрату называется *a. tutelae utilis* ¹⁸⁾.

¹⁶⁾ *Accarias*, I, § 136.

¹⁷⁾ L. 1, § 2. 5. 6—13. L. 8. D. 27, 8. L. 1. 4—6 C. 5, 75. § 2. J. 1, 24.

¹⁸⁾ L. 9. D. 27, 8. L. 1. 5 C. 5, 75.

НАСЛѢДСТВЕННОЕ ПРАВО.

ВВЕДЕНІЕ.

§ 1. Сущность и значеніе наслѣдованія.

1. Если субъектъ правъ умираетъ, то вмѣстѣ съ его гибелью уничтожаются далеко не всѣ принадлежавшія ему субъективныя права и обязанности. Уничтожаются безусловно только семейныя права и обязанности; большая же часть имущественныхъ правоотношеній умершаго продолжаетъ существовать послѣ смерти ихъ субъекта; они переходятъ на какое-либо другое лицо, и этотъ переходъ правъ и обязанностей умершаго лица на новаго пріобрѣтателя называется наслѣдованіемъ. — Въ основѣ института наслѣдованія лежатъ соображенія разнаго рода: онъ вызванъ какъ вниманіемъ къ индивидуальнымъ интересамъ, такъ и общественными соображеніями. Прежде всего, индивидуальная личность каждаго субъекта правъ выигрываетъ, благодаря существованію наслѣдованія, такъ какъ у каждаго лица является сознаніе, что имущество пріобрѣтается имъ не только на время жизни: право дѣлать распоряженія на случай смерти позволяетъ обращать имущество и послѣ смерти на служеніе тѣмъ цѣлямъ, которыя были дороги наслѣдодателю при его жизни; въ своемъ завѣщаніи субъектъ правъ имѣетъ средство продолжить значеніе своей личной воли за предѣлы своей жизни ¹⁾. Въ общественномъ отношеніи искусно построенная система наслѣдованія является также весьма важнымъ институтомъ. Прежде всего, интересы кредита не позволяютъ считать имущественныя права и обязанности окончательно погибающими со смертью ихъ носителя. Если бы, напр., обязанность платить долги прекращалась со смертью должника, то кредитованіе сдѣлалось бы очень рискованнымъ предпріятіемъ. Необходимо, слѣдовательно, установить принципъ, согласно которому можно было бы въ случаѣ смерти одного лица перенести его имущественныя правоотношенія на другое лицо. Далѣе, институтъ наслѣдованія оказываетъ еще и иныя выгоды. Если право признаетъ завѣщательныя распоряженія, если нормы о наслѣдованіи при отсутствіи завѣщанія выработаны въ соотвѣтствіи съ потребностями и воззрѣніями общества, то наслѣдованіе служитъ сильнымъ побу-

¹⁾ Римляне этимъ особенно дорожили, и наслѣдованіе по завѣщанію стоитъ у нихъ на первомъ планѣ, сравнительно съ другими порядками наслѣдованія. Quint. decl. 308. Neque enim aliud videtur solacium mortis quam voluntas ultra mortem. Ср. къ этому Girard, стр. 716 сл. Баронъ, § 391.

женіемъ для каждаго индивидуума къ увеличенію своего имущества и къ производительному труду, ведущему къ этой цѣли. Для кого была бы недостаточной приманкой усиленная работа для самого себя или для общаго блага, тотъ можетъ быть привлеченъ къ работѣ на пользу своей семьи и вообще близкихъ лицъ либо особенно дорогихъ интересовъ. Отъ такого усиленія личной производительности выигрываетъ экономически все общество. Кромѣ того, система наслѣдованія можетъ имѣть и важное политическое значеніе. При извѣстномъ регулированіи порядка наслѣдованія государство можетъ вліять на распредѣленіе богатствъ между отдѣльными гражданами въ смыслѣ желательномъ для правительства. Напр., могущественная англійская аристократія поддерживаетъ свое существованіе, главнымъ образомъ, благодаря особому порядку наслѣдованія въ имуществѣ. — Эти соображенія, между прочимъ, могутъ объяснить намъ, почему наслѣдственное право, на ряду съ семейнымъ, весьма сильно по своему содержанію стоитъ въ зависимости отъ индивидуальныхъ особенностей каждаго даннаго народа, его національнаго состава и историческихъ судебъ. Поэтому и римское наслѣдственное право уже далеко не является такимъ космополитичнымъ по содержанію, какимъ является, напр., римское обязательственное право, и реценція этой части римскаго гражданскаго права въ Западной Европѣ совершена была далеко не въ такой полнотѣ и не такъ безусловно, какъ реценція обязательственнаго права.

II. Римляне представляли себѣ наслѣдованіе возможнымъ въ двоякой формѣ — въ формѣ *универсальнаго преемства* — наслѣдованіе, *hereditas* въ тѣсномъ смыслѣ, — и въ формѣ *сингулярнаго преемства* — *legatum et fideicommissum*.

III. *Универсальное преемство* состоитъ въ томъ, что новый пріобрѣтатель, который въ этомъ случаѣ именуется наслѣдникомъ — *heres* —, однимъ актомъ пріобрѣтаетъ всю совокупность уцѣлѣвшихъ послѣ умершаго правъ и обязанностей²⁾. Онъ пріобрѣтаетъ, вступая въ наслѣдство, всѣ части *активнаго* имущества, какъ вещныя, такъ и обязательственныя права. Для этого онъ не долженъ совершать актовъ пріобрѣтенія каждаго права въ отдѣльности. Достаточно того событія, которое считается актомъ пріобрѣтенія всего наслѣдства. Въ составѣ наслѣдства *heres* можетъ пріобрѣсти даже такія права, о существованіи которыхъ онъ не зналъ, или же такія, къ пріобрѣтенію которыхъ въ отдѣльности онъ не былъ способенъ³⁾. Въ то же время, по римскому воззрѣнію, наслѣдникъ съ актомъ пріобрѣтенія наслѣдства, дѣлается субъектомъ всѣхъ тѣхъ *обязанностей*, которыя уцѣлѣли по смерти наслѣдодателя. На наслѣдника, другими словами, переходятъ долги наслѣдодателя, и притомъ переходятъ въ полномъ объемѣ, хотя бы ихъ сумма превышала активное имущество наслѣдодателя. Наслѣдство можетъ даже состоять изъ однихъ долговъ. L. 119 D. 50, 16. Pomponius. Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: juris enim nomen est sicuti bonorum possessio. Только Юстиніанъ создалъ для наслѣдника особое средство, чтобы тотъ могъ избавиться отъ этой отвѣтственности за долги наслѣдства въ ихъ полномъ размѣрѣ (т. наз. *beneficium inventarii* см. ниже § 24).

IV. Если такихъ наслѣдниковъ является нѣсколько, то они называются *сонаслѣдниками* — *coheredes*. Они тогда конкурируютъ другъ съ другомъ, и каждый получаетъ лишь идеальную часть всего наслѣдственного имущества, т. е.

2) L. 62 D. 50, 17 Julianus 6 dig. Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus quod defunctus habuerit.

3) L. 62 D. 41, 1 Paulus 2 man. Quaedam, quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis, ad heredem, et res, cujus aliquis commercium non habet; nam etsi legari ei non possit, tamen heres institutus dominus ejus efficitur.

актива и ответственности за долги. Но эвентуально каждый изъ такихъ *coheredes* считаетъ *призваннымъ ко всему наслѣдству*: это выражается въ томъ, что при уничтоженіи кого-либо изъ сонаслѣдниковъ, его часть въ наслѣдствѣ раздѣляется между всѣми остальными сонаслѣдниками; римляне говорятъ въ этомъ случаѣ о *приращеніи* между сонаслѣдниками (*jus accrescendi* см. ниже § 22).

V. Для полученія наслѣдства необходима наличность двухъ моментовъ: *открытіе наслѣдства* (*delatio hereditatis*) и *пріобрѣтеніе наслѣдства* (*acquisitio hereditatis*). *Открытіемъ* наслѣдства называются такіе факты, которые даютъ право извѣстному лицу сдѣлаться субъектомъ наслѣдственного имущества, если онъ этого пожелаетъ⁴⁾. *Пріобрѣтеніе* наслѣдства состоитъ въ изъявленіи воли сдѣлаться наслѣдникомъ; послѣ этого изъявленія призванное къ наслѣдству лицо дѣлается субъектомъ наслѣдственного имущества, входящихъ въ его составъ правъ и обязанностей. — Есть, впрочемъ, случаи, когда наслѣдство пріобрѣтается *помимо воли наслѣдника*, такъ что особый актъ пріобрѣтенія наслѣдства не является необходимымъ; такіе наслѣдники называются *heredes necessarii*, въ отличіе отъ *voluntarii*; сюда относятся непосредственно подвластные наслѣдодателю нисходящіе (*heredes sui et necessarii*), а также рабы, назначенные въ завѣщаніи ихъ собственника наслѣдниками (см. ниже § 19, I, B.). — Слѣдуетъ здѣсь отмѣтить одно основное правило римскаго наслѣдственного права. Согласно этому правилу, *наслѣдникъ*, разъ онъ пріобрѣтаетъ наслѣдство, долженъ былъ навсегда остаться наслѣдникомъ. Нельзя было, напр., въ завѣщаніи назначать наслѣдника *ad diem*, т. е. отъ или до извѣстнаго срока, или подъ резолютивнымъ условіемъ. Это правило выражается теперь афоризмомъ: *«semel heres semper heres»*.

VI. Отсюда слѣдуетъ, что подъ *наслѣдственнымъ правомъ въ субъективномъ смыслѣ* слѣдуетъ разумѣть двоякаго рода понятіе. Въ моментъ *призванія* къ наслѣдству — *delatio hereditatis* — лицо получаетъ право пріобрѣсти наслѣдственное имущество; оно дѣлается способнымъ къ пріобрѣтенію наслѣдства (Общ. ч. § 13, IV, 5). Послѣ совершенія акта *пріобрѣтенія* наслѣдства — *acquisitio hereditatis* — призванное лицо получаетъ уже право на самое наслѣдство, оно дѣлается его хозяиномъ. Мы уже знаемъ, что конструкция этого послѣдняго права спорна (см. Общ. ч. § 13, IV, 5). Но, исходя изъ того соображенія, что имущество, какъ цѣлое, не есть особый объектъ права, а только особое юридическое понятіе (Общ. ч. § 29, III), мы должны безусловно отвергнуть ту конструкцию, согласно которой объектомъ права наслѣдника, совершившаго *acquisitio hereditatis*, является наслѣдство, какъ цѣлое. Правильнѣе всего намъ кажется воззрѣніе, согласно которому наслѣдникъ, пріобрѣтая наслѣдство, не получаетъ какого-либо особаго субъективнаго права *sui generis*: онъ просто дѣлается субъектомъ тѣхъ отдѣльныхъ правъ и обязанностей, которые принадлежали наслѣдодателю; но всѣ эти права и обязанности пріобрѣтаетъ однимъ общимъ актомъ и соотвѣтственно съ этимъ получаетъ и одинъ общій искъ о защитѣ этихъ правъ и обязанностей (*hereditatis petitio*). Конструкция, которая видитъ въ наслѣдованіи переходъ на наслѣдника имущественно-правовой личности наслѣдодателя, намъ кажется слишкомъ противоестественной, ибо допускаетъ, что въ юридическомъ отношеніи личность переживаетъ физическое существованіе ея носителя, какъ бы отдѣляется отъ самого лица. Въ этой конструкции заключается метафора, удачно поясняющая суть дѣла, но не настоящая жизненная характеристика реального положенія отношеній. Такая метафора содержится и въ выраженіяхъ источни-

⁴⁾ L. 151 D. 50, 16. „Delata“ hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi.

ковъ, приводимыхъ въ подкрѣпленіе этой конструкции (напр. Nov. 48 praefatio: «nostris videtur legibus una quodammodo persona heredis et illius qui hereditatem in eum transmittit»).

VII. *Призваніе къ наслѣдству* (delatio hereditatis) совершается по двумъ основаніямъ: 1) *завѣщаніе* умершаго лица—testamentum, и 2) *законъ*. Призваніе по закону наступаетъ или въ томъ случаѣ, когда не осталось вполнѣ дѣйствительнаго завѣщанія, или же въ томъ, когда наслѣдство дается нѣкоторымъ лицамъ вопреки оставшемуся завѣщанію. Согласно съ этимъ различается *три порядка наслѣдованія*: 1) наслѣдованіе по завѣщанію—successio ex testamento, 2) наслѣдованіе по закону въ тѣсномъ смыслѣ, т. е. при отсутствіи завѣщанія—successio ab intestato и 3) наслѣдованіе противъ завѣщанія или т. наз. необходимое наслѣдованіе⁵⁾. Существуетъ у римлянъ общее правило, что наслѣдованіе противъ завѣщанія можетъ иногда имѣть мѣсто рядомъ съ наслѣдованіемъ по завѣщанію (нѣкто вчинаетъ querela inofficiosi testamenti и одерживаетъ побѣду только противъ одного изъ нѣсколькихъ наслѣдниковъ, назначенныхъ въ завѣщаніи⁶⁾). Но наслѣдованіе ab intestato никогда не можетъ имѣть мѣста рядомъ съ наслѣдованіемъ по завѣщанію. Это выражается старинной поговоркой «*ne pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*»⁷⁾. На основаніи этого правила, если умершій оставилъ завѣщаніе и въ немъ распорядился только о части своего имущества, въ остальной части не происходитъ наслѣдованія ab intestato, но она дается тому же наслѣднику, который назначенъ въ завѣщаніи (§ 9, II). Далѣе, если изъ нѣсколькихъ наслѣдниковъ, назначенныхъ въ завѣщаніи, одинъ не пріобрѣтаетъ своей части, то она также не идетъ къ наслѣдникамъ ab intestato, но приростаётъ (accrescit) къ частямъ остальныхъ наслѣдниковъ по завѣщанію (§ 22, II). Тутъ мы вторично встрѣчаемся съ jus accrescendi. Только *къ завѣщаніямъ солдатъ* это правило не примѣняется: здѣсь наслѣдованіе совершается по завѣщанію настолько, насколько это опредѣлено завѣщателемъ, а въ остальной части имущества возможно наслѣдованіе ab intestato⁸⁾.—Дѣлалось много попытокъ объяснить происхожденіе этого страннаго правила, которое не существуетъ въ русскомъ правѣ и откинуто въ большинствѣ западно-европейскихъ законодательствъ. Кажется, самымъ удачнымъ нужно считать объясненіе⁹⁾, которое видитъ основаніе правила въ буквальномъ толкованіи римскими юристами текста закона XII таблицъ, согласно которому наслѣдованіе по закону наступаетъ только при томъ условіи: «*si intestato moritur*». Этотъ текстъ былъ истолкованъ древними юристами въ томъ смыслѣ, что лицо, оставившее завѣщаніе, хотя бы о части имущества, не было уже intestatus, и потому въ его имуществѣ по буквѣ закона не должно было открываться наслѣдованіе ab intestato. Это буквальное толкованіе закона привилось на практикѣ, потому что значительно упрощало задачи суда при регулированіи наслѣдованія въ каждомъ данномъ случаѣ: судъ просто отпавалъ все имущество лицу, указанному въ завѣщаніи. Когда же римскій судья сталъ способнѣе къ совершенію сложныхъ расчетовъ, правило уже получило

⁵⁾ Договоръ, какъ основаніе призванія къ наслѣдству, римскимъ правомъ не допускается L. 61 D. 45, 1. L. 4 C. 8, 38 (39). L. 5 C. 5, 14. L. 15 C. 2, 3 ср. L. 3 C. 6, 20. Современному праву договоры о наслѣдованіи (Erbverträge) извѣстны. См. о нихъ Dernburg III § 126—127. Windscheid § 529 пр. 2—4. Baron § 390 пр. 10—15.

⁶⁾ L. 15 § 2 D. 5, 2.

⁷⁾ § 5 I. 2, 14. L. 7 D. 50, 17. Cic. de inv. 2, 21.

⁸⁾ L. 6 D. 29, 1. Другое исключеніе: наслѣдованіе въ имуществѣ подвластныхъ. См. Wendt, Pand. § 323.

⁹⁾ Dernburg III § 57.

слишком прочную почву подъ ногами и было сохранено только въ силу стараго обычая. При выработкѣ новаго солдатскаго завѣщанія—*testamentum militis*—оно было, какъ мы уже замѣтили, отброшено.

VIII. Мы познакомились, въ общихъ чертахъ, съ первымъ видомъ наслѣдованія, съ наслѣдованіемъ въ формѣ универсальной сукцессіи. Наслѣдованіе возможно и въ формѣ *сингулярнаго преемства*. Тогда мы говоримъ объ *отказѣ*, по римской терминологіи—*legatum и fideicommissum*¹⁰⁾. Въ этихъ случаяхъ лицо получаетъ не все имущество наслѣдодателя или опредѣленную квоту его, но извѣстныя, указанныя наслѣдодателемъ *части активаго имущества* наслѣдодателя. За *долги* наслѣдодателя лицо, получившее отказъ, не отвѣчаетъ, хотя бы оно получило въ результатъ больше имущества, нежели самъ наслѣдникъ. Но зато, съ другой стороны, отказы, сдѣланные наслѣдодателемъ, дѣйствительны лишь тогда, когда активное имущество наслѣдодателя превышаетъ его долги. Кромѣ того, наслѣдникъ имѣетъ право удержать въ свою пользу изъ наслѣдственнаго имущества четвертую часть—*quarta Falcidia*, которую онъ можетъ вычесть изъ назначенныхъ наслѣдодателемъ отказовъ. Впрочемъ, есть и такіе отказы (*fideicommissum hereditatis*), которые, по исключенію, устанавливають въ результатъ ихъ исполненія универсальное преемство получающаго ихъ лица во всемъ наслѣдствѣ или въ его части (см. § 2, III).

§ 2. Историческія замѣчанія.

Римская система наслѣдованія въ смыслѣ универсальнаго или сингулярнаго преемства въ имуществѣ умершаго лица *выработалась* не сразу, и даже въ юстиніановомъ правѣ замѣтны еще слѣды постепенныхъ историческихъ наслоеній въ этой системѣ; совершенно же ясно выступаютъ эти слѣды въ классическомъ правѣ до реформъ Юстиніана.

I Въ области *наслѣдованія* въ тѣсномъ смыслѣ, какъ *универсальнаго преемства*, классическое римское право различаетъ двѣ системы: *старую цивильную систему*—*hereditas*—и *новую преторскую*—*bonorum possessio*¹⁾. Основы старой системы заложены въ законѣ XII таблицъ; первыя отчетливыя свѣдѣнія о преторской системѣ мы имѣемъ изъ эпохи Цицерона.

*Bonorum possessio*²⁾ обыкновенно устанавливала такое же универсальное преемство, какъ и *hereditas*. *Bonorum possessor* отвѣчалъ, слѣдовательно, за долги наслѣдодателя въ ихъ полномъ объемѣ³⁾. Къ *bonorum possessio* примѣнены были многія другія основныя нормы, выработанныя для цивильнаго наслѣдованія, каковы: *jus accrescendi* между сонаслѣдниками и правило «*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*». Но въ другихъ отношеніяхъ существовали весьма важныя различія между этими двумя системами. Въ основѣ цивильнаго наслѣдованія *ab intestato* и наслѣдованія противъ завѣщанія лежалъ принципъ агнатскаго родства; по преторской системѣ къ наслѣдованію наравнѣ съ агнатами призывались когнаты и супруги (*bon. poss. intestati* и *contra tabulas*). Цивильное право выработало весьма сложную форму совершенія завѣщанія; преторское поставило на ея мѣсто новую упрощенную (*bon. poss. secundum tabulas*). По цивильному праву приобрѣтеніе наслѣдства совершалось иногда противъ воли

¹⁰⁾ L. 116 pr. D. 30. Florent. 11 inst. Legatum est deliberatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.

¹⁾ О терминологіи см. Windscheid § 528 пр. 4; § 532 пр. 3.

²⁾ Ср. къ послѣдующему Girard стр. 768—771. Dernburg III §§ 62—63. Barou § 388.

³⁾ L. 3 § 1 D. 37, 1. L. 1 D. eod. L. 208 D. 50, 16.

наслѣдника (*heredes necessarii*; см. § 1, V), преторское право всюду стремилось поставить приобрѣтеніе наслѣдства въ зависимость отъ воли прибрѣтателя (для *heredes sui et necessarii* создано *beneficium abstinendi*; см. ниже § 19, I, B).

4 По цивильному праву при наслѣдованіи *ab intestato* возможно было лишь однократное призваніе къ наслѣдству: если призванное лицо не дѣлалось наслѣдникомъ, то наслѣдство не открывалось слѣдующимъ классамъ наслѣдниковъ, а становилось выморочнымъ (*in legitimis hereditatibus successio non est*) ⁴⁾; преторъ создалъ *edictum successorium*, согласно которому наслѣдство *ab intestato* при отпаденіи одного наслѣдника открывалось слѣдующему за нимъ по порядку ⁵⁾. По

5 цивильному праву прибрѣтеніе наслѣдства было частнымъ актомъ и не было связано срокомъ; по преторскому праву оно совершалось передъ преторомъ и связано было срокомъ (см. § 19, II). Наконецъ, преторскій наслѣдникъ, получая

6 *utiliter* всѣ иски, предоставленные цивильному наслѣднику, имѣлъ еще особый преторскій искъ, съ помощью котораго могъ быстро прибрѣсти владѣніе тѣлесными вещами, входящими въ составъ наслѣдства: *interdictum quorum bonorum* (ниже § 26, III). Существованіе этого иска дѣлало желательнымъ прибрѣтеніе *bonorum possessio* и для такихъ лицъ, которыя могли бы наслѣдовать по одному цивильному праву.—Кромѣ т. наз. *bonorum possessio edictalis* ⁶⁾, которая давалась преторомъ на основаніи общихъ нормъ, существовавшихъ въ эдиктѣ, была еще *bonorum possessio decretalis* ⁷⁾. Эта послѣдняя *bonorum possessio* давалась преторомъ послѣ особаго разсмотрѣнія всѣхъ обстоятельствъ дѣла въ тѣхъ случаяхъ, когда ея предоставленіа требовала справедливость.

Съ теченіемъ времени эти двѣ наслѣдственные системы—цивильная и преторская—начали все болѣе и болѣе сближаться между собою. Сближеніе это происходило тѣмъ путемъ, что императорское законодательство стало вносить въ цивильную систему принципы, заимствованные изъ преторскаго права. Такой характеръ имѣютъ *Scutum Tertullianum* и *Orphitianum* о наслѣдованіи матери дѣтямъ и обратно ⁸⁾, а также новеллы Юстиніана о порядкѣ наслѣдованія *ab intestato* (Nov. 118) и противъ завѣщанія (Nov. 115). Дуализмъ въ правѣ уничтожался, далѣе, тѣмъ путемъ, что нѣкоторыя положенія преторскаго права устранили въ концѣ концовъ на практикѣ противныя имъ положенія цивильнаго права, а въ другихъ случаяхъ введены были новыя правила, которыя уничтожили какъ старыя цивильныя, такъ и преторскія нормы. Въ результатѣ, въ Юстиніановомъ правѣ почти вся система наслѣдованія покоится на императорскомъ законодательствѣ и только въ нѣкоторыхъ случаяхъ пополняется нормами преторскаго права; такъ, напр., наслѣдованіе супруговъ *ab intestato* и въ Юстиніановомъ правѣ основано только на преторскомъ эдиктѣ *bon poss. unde vir et uxor* (ниже § 13, II; IV, 5); точно также на преторскомъ правѣ основана *bon. poss. ex edicto Carboniano* (ниже § 20, II) и т. п. случаи. Въ этихъ случаяхъ и въ Юстиніанову эпоху примѣняются правила о *bonorum possessio* (вступленіе въ наслѣдство передъ преторомъ, срокъ вступленія; см. ниже § 19, II).

II. Не менѣе существенны были историческія измѣненія въ правѣ *отказовъ*. До Юстиніана различаются здѣсь два института: легать и фиденкоммисъ.

⁴⁾ Ulp. 26, 5. Paul. 4, 8, 21 (23). Gai 3, 12.

⁵⁾ Ulp. 28, 11. L. 1 § 10 D. 38, 9. L. 2 pr. D. 38, 2. § 9 I. 3, 9. Юстиніанъ перенесъ этотъ принципъ и на цивильное наслѣдованіе. L. 4 C. 6, 4. § 7. I. 3, 2.

⁶⁾ L. 30 § 1 D. 29, 2. L. 1 § 4 D. 38, 6.

⁷⁾ L. 1 § 7 D. 38, 9.

⁸⁾ Paul. 4, 9. Ulp. 26, 7—8. Inst. 3, 3 и 4.

1) *Legatum* было древнѣйшею формою отказа. Легаты могли назначаться только во исполнѣ дѣйствительномъ завѣщаніи (*testamentum*) и притомъ непременно послѣ назначенія наследника; обязанность платить легаты могла быть возложена только на наследника, назначеннаго въ завѣщаніи, но не на другихъ лицъ (напр. не на *heres ab intestato*⁹⁾). Римляне различали четыре вида легатовъ¹⁰⁾. 1) *Legatum per vindicationem* было примѣнимо только къ вещамъ, въ моментъ составленія завѣщанія и смерти завѣщателя стоящимъ въ квинтиской собственности завѣщателя. Легатарій приобреталъ въ силу такого легата право собственности на отказанный ему предметъ. Формою легата были слова: «do lego», а впоследствии также «capito, sumito, sibi habeto». 2) Разновидностью этого легата являлся *legatum per praescriptionem*, назначавшійся въ формѣ «praescripto»; онъ также устанавливалъ собственность для легатарія и употреблялся преимущественно (а по мнѣнію Сабиніанцевъ — исключительно) для назначенія отказа въ пользу одного изъ сонаследниковъ. 3) *Legatum per damnationem*; этотъ легатъ назначался въ формѣ «heres damnas esto dare»; на основаніи такого легата для легатарія возникло только обязательственное право требовать отъ наследника выдачи отказаннаго объекта; въ этой формѣ можно было отказывать даже вещи, принадлежащія наследнику или третьимъ лицамъ. 4) Разновидностью этого легата является *legatum sinendi modo*, который обязываетъ наследника не выдать легатъ, а допустить, чтобы самъ легатарій взял изъ наследственной массы отказанный ему объектъ; въ результатѣ такого легата для легатарія возникаетъ также только обязательственное право противъ наследника; легатъ этотъ примѣнимъ только къ вещамъ, входящимъ въ наследство или же принадлежащимъ самому наследнику.

2) *Фидеикоммиссъ*¹¹⁾ есть тотъ же легатъ, но совершенный безъ соблюденія формъ гражданского права; сюда относится, напримѣръ, отказъ, оставленный не въ завѣщаніи (т.-е. не въ распоряженіи, которое содержало въ себѣ назначеніе наследника), а въ кодицилѣ (такъ называется одностороннее распоряженіе на случай смерти, не содержащее въ себѣ назначенія наследника), или отказъ, оставленный лицу, неспособному получать легаты (по *lex Julia et Papia Poppaea* вслѣдствіе безбрачія, перегрину), или отказъ, возложенный (по кодицилу) на *heres ab intestato*. Фидеикоммиссы были снабжены искомъ при Августѣ (*restitutio extra ordinem*); до тѣхъ же поръ они не были юридическимъ институтомъ: ихъ исполненіе было дѣломъ совѣсти наследника.

Последующая исторія состоитъ въ постепенномъ сліяніи легатовъ и фидеикоммиссовъ. *Scutum Neronianum* сгладило разницу между отдѣльными видами легатовъ, постановивъ, что всякій легатъ, если онъ недействителенъ, какъ *legatum per vindicationem*, долженъ остаться въ силѣ, какъ *legatum per damnationem*¹²⁾. — На фидеикоммиссы, послѣ того какъ признана была ихъ юридическая сила, мало-по-малу перенесены были всѣ ограниченія, выработанныя для легатовъ. — *Юстиніанъ* окончательно слилъ легаты и фидеикоммиссы въ одинъ институтъ¹³⁾. Согласно съ этимъ несомнѣнно интерполированная L. 1 D. 30, въ которой Ульпіану не принадлежитъ ни одного слова, гласитъ «Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis»¹⁴⁾.

⁹⁾ Gai. 2, 229; 269—271.

¹⁰⁾ См. Gai. 2, 192—223. Ulp. 24, 2—11.

¹¹⁾ См. Gai. 2, 260—289. Ulp. 25. J. 2, 23. Подробно о различіи легатовъ и фидеикоммиссовъ см. *Baron* § 437, II.

¹²⁾ Ulp. 24, 11. Gai 2, 197; 218.

¹³⁾ L. 1. 2 C. 6, 41. § 2—3 J. 2, 20.

¹⁴⁾ *Appleton*, les interpolations dans les *Pandectes* стр. 11.

III. Особое мѣсто въ системѣ наследственнаго права занимаетъ *fideicommissum hereditatis* ¹⁵⁾. Такъ называется фидеикоммиссъ, возлагающій на наследника обязанность выдать другому лицу все наследство или опредѣленную квоту его. Такой фидеикоммиссъ сперва разсматривался такъ же, какъ и всякій другой, т.-е. какъ основаніе для сингулярной сукцессіи. Хотя бы фидеикоммиссарій получилъ все наследство отъ наследника (*heres fiduciarius*), исполнившаго фидеикоммиссъ, но отвѣтственнымъ за долги наследства считался по прежнему наследникъ. Послѣдній могъ снять съ себя отвѣтственность лишь путемъ заключенія съ этимъ съ фидеикоммиссаріемъ особой стипуляціи. Это было измѣнено по *Sctum Trebellianum*: этотъ сенатусконсультъ постановилъ, что лицо, получившее по фидеикоммиссу все наследство или часть его, должно въ соответственномъ объемѣ принять на себя и отвѣтственность за долги наследства; заключеніе особой стипуляціи съ наследникомъ не требовалось ¹⁶⁾. Такимъ образомъ, въ результатѣ Требелліанова сенатусконсульта *fideicommissum hereditatis* обратился въ основаніе для *универсальной* сукцессіи. Однако, это состояніе нашего института было нѣсколько измѣнено слѣдующимъ сенатусконсультъ: *Sctum Pegasianum*. Этотъ сенатусконсультъ изданъ былъ вотъ по какому поводу: сила *fideicommissum hereditatis* всецѣло зависѣла отъ силы того завѣщанія, въ которомъ фидеикоммиссъ былъ назначенъ; сила же завѣщанія зависѣла отъ того, принималъ ли наследство назначенный въ немъ *heres*. Естественно, что *heres* часто отказывался принять наследство, если онъ на основаніи возложеннаго на него фидеикоммисса тотчасъ же долженъ былъ выдать все имущество другому лицу. Чтобы побудить наследника къ вступленію въ наследство (что было необходимо и для сохраненія въ силѣ фидеикоммисса). *Sctum Pegasianum* постановилъ, что *heres*, добровольно вступившій въ наследство, отягченное универсальнымъ фидеикоммиссомъ, могъ вычесть въ свою пользу $\frac{1}{4}$ всего имущества (*quarta Falcidia*); но въ этомъ случаѣ онъ уже реституировалъ остальную часть наследства на *ex Trebelliano*, т.-е. оставался отвѣтственнымъ за долги наследства въ полномъ размѣрѣ, и долженъ былъ, чтобы сложить съ себя часть отвѣтственности, заключить съ фидеикоммиссаромъ соответственную стипуляцію. Если же *heres* отказывается вступить въ наследство, то *Sctum Pegasianum* постановлялъ, что его можетъ къ этому принудить преторъ; тогда такой принужденный къ вступленію *heres fiduciarius* ничего не получалъ самъ изъ наследства, но за то и всѣ долги *ipso jure* переходили на фидеикоммиссара.

Юстиніанъ постановилъ ¹⁷⁾, что реституція наследства *всегда* должна происходить по *Sctum Trebellianum*, такъ что и при вычетѣ *quarta Falcidia* наследникомъ фидеикоммиссаръ тѣмъ не менѣе *ipso jure* отвѣчаетъ за долги въ размѣрѣ полученной имъ доли наследства. Такимъ образомъ, въ Юстиніановомъ правѣ въ результатѣ *fideicommissum hereditatis* *всегда* наступаетъ *универсальная сукцессія*: универсальный фидеикоммиссаръ или вполнѣ или въ $\frac{3}{4}$ наследства занимаетъ мѣсто наследника.

IV. Послѣ этихъ замѣчаній о ходѣ историческаго развитія римской наследственной системы, мы можемъ приступить къ изученію этой системы въ ея развитомъ видѣ. Изложеніе наше раздѣляется на *два отдѣла*: I. Наслѣдованіе въ тѣсномъ смыслѣ (*hereditas*). II. Отказы и *mortis causa donationes*.

¹⁵⁾ Gai 2, 247—260. Ulp. 25, 14—16. Inst. 2, 23.

¹⁶⁾ Текстъ сенатусконсульта см. въ L. 1 § 2. D. 36, 1. O *sctum Pegasianum* см. Windscheid § 662 пр. 1.

¹⁷⁾ § 7 J. 2, 23. Const. Tanta § 6 a.

ОТДѢЛЪ I.

Порядокъ наслѣдованія въ тѣсномъ смыслѣ (*hereditas*).

Глава I. Общія положенія.

§ 3. Условія наслѣдованія.

Наслѣдованіе наступаетъ при наличности извѣстныхъ фактовъ, въ результатѣ которыхъ одно лицо дѣлается наслѣдникомъ другого лица. Эти факты мы и называемъ условіями наслѣдованія. Такихъ фактовъ насчитывается три: 1) смерть лица, способнаго оставлять наслѣдство, 2) призваніе къ наслѣдству лица, способнаго быть наслѣдникомъ, 3) приобрѣтеніе наслѣдства этимъ лицомъ.

I. Смерть наслѣдодателя. Наслѣдованіе можетъ открыться только въ имуществѣ умершаго ¹⁾ *физическаго* лица. *Viventis hereditas non datur* (современная поговорка). Въ имуществѣ уничтожившагося *юридическаго* лица наслѣдованіе не открывается; если нѣтъ особыхъ законодательныхъ или статутарныхъ положеній о переходѣ имущества уничтожившагося юридическаго лица, то это имущество считается выморочнымъ (*bona vacantia*) и, какъ таковое, приобрѣтается фискомъ ²⁾. Что касается *физическаго* лица, то послѣ его смерти только тогда открывается наслѣдованіе, когда это лицо *было способно имѣть активное имущество*; поэтому, не говоря о рабахъ, которые не считались вообще за субъектовъ правъ, даже подвластные дѣти не могли по древнѣйшему праву оставлять наслѣдства ³⁾; въ позднѣйшемъ правѣ послѣ смерти подвластныхъ дѣтей открывается наслѣдство, ибо они въ эту эпоху уже признаны способными имѣть свое имущество (вслѣдствіе появленія *peculium castrense* и *quasi castrense* и *bona adventicia*); они обыкновенно не имѣютъ только права совершать завѣщанія (см. § 6, III, 2); Послѣ *перегриновъ* наслѣдованіе открывается не по римскому праву, а по праву ихъ государствъ ⁴⁾. Послѣ римлянина, потерпѣвшаго въ наказаніе за преступленіе *capitis deminutio media*, наслѣдство не открывается, ибо, потерявъ право римскаго гражданства, онъ не прибрѣлъ никакого другого гражданства ⁵⁾.

1) L. 27 D. 29, 2. L. 1 D. 18, 4.

2) См. объ этомъ *Girard* стр. 228 пр. 2. *Dernburg* III § 56 пр. 5. *Baron* § 34.

3) L. 11 D. 46, 1. Ulp. 20, 10.

4) Ulp. 20, 14.

5) L. 17, § 1. D. 48, 19. L. 7 § 5. D. 48, 20. L. 3. D. 48, 22.

II. *Призваніе къ наслѣдству* (delatio hereditatis), какъ уже было указано въ § 1, возможно на трехъ основаніяхъ: 1) по завѣщанію (ex testamento), 2) по закону (ab intestato), 3) противъ завѣщанія (contra tabulas). Выше (§ 1, VI) было указано и взаимное отношеніе этихъ трехъ основаній (nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest). Мы займемся подробнымъ разсмотрѣніемъ каждого изъ этихъ основаній въ отдѣльности въ слѣдующихъ трехъ главахъ этого отдѣла (гл. II—IV).—*Моментомъ призванія къ наслѣдству* является обыкновенно моментъ смерти наслѣдодателя: въ этотъ моментъ наслѣдство открывается для опредѣленнаго лица, указаннаго закономъ или завѣщаніемъ. Иногда, впрочемъ, delatio hereditatis наступаетъ позже; это бываетъ въ слѣдующихъ случаяхъ: а) если наслѣдникъ въ завѣщаніи назначенъ подъ суспензивнымъ условіемъ, то наслѣдство открывается только по наступленіи условія (см. ниже § 8, III); б) если наслѣдодатель умираетъ и есть основаніе думать, что его ближайшій наслѣдникъ еще находится въ утробѣ матери, то открытіе наслѣдства откладывается до разрѣшенія беременности⁶⁾; в) если оставленное умершимъ завѣщаніе позднѣе окажется ничтожнымъ, то открывается наслѣдованіе ab intestato послѣ констатированія ничтожности завѣщанія (см. ниже § 11).—Въ силу *successio ordinum et graduum* возможно нѣсколько послѣдовательныхъ открытій одного и того же наслѣдства: если одинъ наслѣдникъ не приметъ наслѣдства, то оно открывается слѣдующему за нимъ (§ 2, I; § 13, III).—Къ наслѣдству должно быть призвано лицо, *способное быть наслѣдникомъ*. Важнѣйшіе случаи, когда лицо не можетъ быть наслѣдникомъ, состоятъ въ слѣдующемъ: 1) неспособны быть призванными къ наслѣдованію тѣ, кто еще не былъ зачатъ въ моментъ смерти наслѣдодателя⁷⁾, или кто уже умеръ въ этотъ моментъ⁸⁾; 2) изъ юридическихъ лицъ способны наслѣдовать: fiscus, civitas, церковь и pia corpora⁹⁾; остальные корпораціи могутъ наслѣдовать лишь въ силу особыхъ привилегій¹⁰⁾ (см. Общ. ч. § 27). 3) Перегрины и римляне, потерпѣвшіе capitis deminutio media, не могутъ наслѣдовать по римскому праву¹¹⁾. 4) Не могутъ наслѣдовать дѣти государственныхъ преступниковъ¹²⁾, вѣроотступники и еретики¹³⁾, вдова, нарушившая траурный годъ (см. Семейное право § 12), родственники малолѣтняго, не испросившіе ему опекуна (Сем. право § 19, II, 1, с).

III. *Приобрѣтеніе наслѣдства* (acquisitio hereditatis) призваннымъ къ нему лицомъ, какъ мы уже замѣтили въ § 1, большею частью зависитъ отъ воли этого лица; но есть случаи (heredes necessarii), когда это приобретеніе наступаетъ помимо воли призваннаго лица въ самый моментъ открытія наслѣдства. Мы рассмотримъ подробно вопросъ о приобретеніи наслѣдства въ главахъ V и VI настоящаго отдѣла.

§ 4. Hereditas jacens.

I. Мы видѣли (въ § 3, II), что не всегда моментъ призванія къ наслѣдству (delatio hereditatis) совпадаетъ съ моментомъ смерти наслѣдодателя; сверхъ

⁶⁾ L. 30 § 1. D. 29, 2.

⁷⁾ L. 6—8 pr. D. 38, 16. L. 1 § 4. D. 38, 8. L. 3. D. 37, 11. § 8. J. 3, 1.

⁸⁾ L. 60 (59) § 6. D. 28, 5. L. 45 § 1. D. 28, 6. L. 1 § 7. C. 6, 51.

⁹⁾ L. 12. C. 6, 24. L. 1. 23. C. 1, 2. Nov. 131 c. 9 cf. Ulp. 22, 5—6.

¹⁰⁾ L. 8. C. 6, 24.

¹¹⁾ L. 6 § 2 D. 28, 5. L. 1 C. 6, 24. L. 13 pr. D. 37, 1. L. 3 pr. D. 34, 8.

¹²⁾ L. 5 C. 9, 8.

¹³⁾ L. 3. 4 C. 1, 7. L. 4. 5. 18. 19. 22. C. 1, 5.

того; между призваніемъ къ наслѣдству и пріобрѣтеніемъ наслѣдства со стороны призваннаго лица можетъ пройти довольно много времени. Въ теченіе всего этого времени наслѣдственная масса не имѣетъ никакого видимаго хозяина. Спрашивается, какъ должно относиться къ такому лежащему наслѣдству (*hereditas jacens* ¹⁾) объективное право: должно ли оно признать лежащее наслѣдство за безхозяйное имущество, или за имущество, принадлежащее какому-либо субъекту?

Древнее римское право разрѣшало эту задачу очень просто, но и очень наивно. Такъ какъ никакого видимаго хозяина наслѣдство до пріобрѣтенія его наслѣдникомъ не имѣетъ, то всѣ вещи, входящія въ составъ наслѣдства, должны считаться *за вещи, никому не принадлежащія* (*res nullius*). Это воззрѣніе встрѣчается еще и у классическихъ юристовъ, какъ напр. у Лабейона ²⁾ и Гая ³⁾. Изъ этого воззрѣнія выведены были и практическія послѣдствія. Римляне не пошли такъ далеко, чтобы прямо допустить пріобрѣтеніе вещей лежащаго наслѣдства въ собственность черезъ простую оккупацию ихъ первымъ желающимъ; но они допустили возможность узакпировать ихъ въ теченіе года для всякаго лица, которое захватитъ владѣніе такими вещами; для этой *usucapio hereditatis* не требовалось ни *justus titulus*, ни *bona fides*, и она заканчивалась въ теченіе года не только для вещей движимыхъ, но и для недвижимыхъ ⁴⁾. Далѣе, рабы, входящіе въ составъ лежащаго наслѣдства, не могли заключать никакихъ юридическихъ сдѣлокъ, такъ какъ у нихъ не было господина, который бы пріобрѣлъ права изъ этихъ сдѣлокъ. Деликты, совершенные относительно наслѣдственной массы, не вели къ возникновенію исковъ о возмѣщеніи убытковъ или объ уплатѣ штрафа, ибо не было собственника у имущества, подвергшагося нападенію—Въ классическую эпоху, однако, такое положеніе показалось несправедливымъ: юристы стремились отнять почву для *usucapio hereditatis* и найти основаніе для того, чтобы деликтныя нападенія на наслѣдство, сдѣланныя во время его лежанія, и сдѣлки, заключенныя въ этотъ промежутокъ времени наслѣдственными рабами, не оставались безъ послѣдствій. Соотвѣтственно этому появляются два новыхъ положенія. Согласно одному (которое выражаетъ юристъ Кассій ⁵⁾, Цельзъ ⁶⁾, Флорентинъ ⁷⁾

¹⁾ L. 13 § 5 D. 43, 24 (въ прим. 2); ср. L. 1 D. 37, 3. L. 1 pr. D. 38, 9. L. 4 § 17 D. 40, 5.

²⁾ L. 13 § 5 D. 43, 24. Ulp. 71 ed. Quaesitum est, si, cum praedium interim nullius esset, aliquid vi aut clam factum sit, an postea dominio ad aliquem devoluto interdicto locus sit: ut puta hereditas jacebat, postea adiit hereditatem Titius, an ei interdictum (*scil.* quod vi aut clam) competat? et est apud Vivianum saepissime relatum heredi competere hoc interdictum ejus, quod ante aditam hereditatem factum sit, nec referre Labeo ait, quod non scierit, qui heredes futuri essent: hoc enim posse quem causari etiam post aditam hereditatem. *ne illud quidem obstare Labeo ait, quod eo tempore nemo dominus fuerit: nam et sepulchri nemo dominus fuit et tamen, si quid in eo fiat, experiri possum quod vi aut clam. accedit his, quod hereditas dominae locum optinet. et recte dicetur heredi quoque competere et ceteris successoribus, sive ante, quam successerit, sive postea aliquid sit vi aut clam admissum.* См. также L. 65 (64) D. 28, 5 Labeo ap. Javol. L. 9 D. 22, 2 Labeo.

³⁾ L. 1 pr. D. 1, 8 (=Inst. 2, 9) Id vero, quod humani juris est, plerumque alicujus in bonis est, potest autem et nullius in bonis esse: nam res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt. — См. еще L. 43 D. 9, 2 Pomponius L. 1 pr. D. 38, 9 Ulpianus L. 6 D. 47, 19 Paulus 1 ad Neratium Si rem hereditariam, ignorans in ea causa esse, subripuisti, furtum te facere respondit. *Paulus: rei hereditariae furtum non fit, sicut nec ejus, quae sine domino est, et nihil mutat existimatio subripiantis.*

⁴⁾ Gai 2, 52—58 *Dernburg* III, § 61, пр. 5.

⁵⁾ L. 28 § 4 D. 45, 3. Gajus 3 verb. obl. Illud quaesitum est, an heredi futuro servus hereditarius stipulari possit. Proculus negavit, quia is eo tempore extraneus est. Cassius respondit posse, quia qui postea heres extiterit, videtur ex mortis tempore defuncto successisse: quae ratio illo argumento commentatur, quod heredis familia ex mortis tempore funesta

для регулированія указанныхъ отношеній должна быть дѣлаема *фигура*, что наслѣдникъ, если только онъ приметъ наслѣдство, считается принявшимъ его уже въ моментъ смерти наслѣдодателя. *Heres quandoque adeundo hereditatem jam tunc a morte successisse defuncto intellegitur* (L. 54 D. 29, 2). Изъ этого положенія были сдѣланы практическіе выводы: рѣшено было, что рабъ, принадлежащій къ *hereditas jacens*, можетъ заключать стипуляціи на имя будущаго наслѣдника, и что, если послѣдній приметъ наслѣдство, эти стипуляціи получаютъ силу, какъ будто наслѣдникъ уже въ моментъ ихъ заключенія былъ собственникомъ раба ⁸⁾ Но этого положенія было недостаточно для достиженія указанной выше цѣли. При наличности упомянутой фикціи наслѣдство всетаки оставалось безхозяйнымъ и лишь въ моментъ принятія его будущимъ наслѣдникомъ получало хозяина и для предшествующаго времени. Личность этого будущаго хозяина оставалась до принятія наслѣдства неизвѣстной (призванное къ наслѣдству лицо могло потомъ и не принять наслѣдства, и оно могло открыться другому лицу). Поэтому данное положеніе не давало почвы для рѣшенія нѣкоторыхъ важныхъ вопросовъ. Такъ, напр., извѣстно, что рабы могли приобрѣтать господину разныя имущественныя права, заключая такія сдѣлки, къ которымъ былъ правоспособенъ ихъ господинъ; спрашивается, могутъ ли рабы лежакаго наслѣдства также заключать какія-либо сдѣлки и приобрѣтать изъ нихъ права. Такъ какъ личность будущаго наслѣдника неизвѣстна, то по ней нельзя опредѣлить, въ какомъ объемѣ могутъ дѣлать приобрѣтенія изъ своихъ сдѣлокъ рабы лежакаго наслѣдства: вѣдь неизвѣстно въ какомъ объемѣ будетъ правоспособенъ будущій наслѣдникъ. Для подобныхъ вопросовъ нужно было подыскать разрѣшеніе. Поэтому, рядомъ съ указаннымъ положеніемъ появляется еще одно положеніе, авторомъ котораго, повидимому, былъ знаменитый юристъ Юліанъ ⁹⁾; согласно этому положенію, *hereditas jacens* не есть безхозяйное имущество: *она представляетъ собою личность умершаго наслѣдодателя: hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet* ¹⁰⁾. Эта личность умершаго, представляемая лежащимъ наслѣдствомъ, и является хозяиномъ наслѣдственныхъ вещей. *Hereditas jacens*, такимъ образомъ, приближается къ тому, что принято называть юридическимъ лицомъ: она есть субъектъ правъ ¹¹⁾. Отсюда также сдѣланы практическіе выводы. Теперь рабы, принадлежащіе къ наслѣдству, несомнѣнно могутъ заключать всевозможныя сдѣлки и сами могутъ получать наслѣдство и легаты, и всѣ эти сдѣлки считаются дѣйствительными, если умершій наслѣдодатель имѣлъ къ нимъ правоспо-

facta intellegitur, licet post aliquod tempus heres extiterit: manifestum igitur est servi stipulationem ei adquiri.

⁶⁾ L. 193 D. 50, 17 Celsus 38 dig. Omnia fere jura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes extitissent. Cp. L. 13 § 2 D. 9, 2 Celsus ap. Ulp.

⁷⁾ L. 54 D. 29, 2 (см. въ текстѣ) См. еще L. 138 pr. D. 50, 17 Paulus.

⁸⁾ L. 28 § 4 D. 45, 3 (въ примѣч. 5). L. 18 § 2 D. eod. Papin. L. 35 D. eod. Modest. L. 27 § 10 D. 2, 14 Paulus.

⁹⁾ L. 33 § 2 D. 41, 1. Ulp. 4 disp. Nam et conditio, quotiens servus hereditarius stipulatur vel per traditionem accipit, ex persona defuncti vires assumit, ut Juliano placet: cujus et valuit sententia testantis personam spectandam esse opinantis.

¹⁰⁾ L. 34 D. 41, 1 Ulp. См. также L. 31 § 1 D. 28, 5 Gajus. L. 116 § 3 D. 30 Florentinus § 2 J. 2, 14. pr. J. 3, 17.

¹¹⁾ *Hereditas jacens* есть *domina*: L. 31 § 1 D. 28, 5 Gajus, L. 1 § 1 D. 47, 4 Ulp.; *dominus*: L. 13 § 2 D. 9, 2 Celsus ap. Ulp.; *pro domino*: L. 61 pr. D. 41, 1 Hermogenianus; *domini loco*: L. 15 pr. D. 11, 1 Pompon; L. 13 § 5 D. 43, 24 (въ примѣч. 2; начиная со словъ: „accedit his“ говоритъ самъ Ульпіанъ); *personam dominae sustinet*: L. 9 C. 4, 34 (293 г.); *personae vice fungitur*: L. 15 pr. D. 41, 3 Marcell. ap. Paul. L. 22 D. 46, 1 Florentinus (см. Общ. ч. § 27, 1).

собность. Далѣе, такъ какъ лежащее наслѣдство теперь уже не есть *res nullius*, то входящимъ въ его составъ вещамъ нельзя наносить поврежденій ¹²⁾. Иски по поводу такихъ нападеній на наслѣдственную массу, равно какъ и всѣ прочіе иски, возникшіе въ періодъ лежанія наслѣдства (напр., иски изъ сдѣлокъ, заключенныхъ рабами), приобрѣтаются сперва лежащему наслѣдству, какъ представителю личности наслѣдодателя, а затѣмъ вмѣстѣ со всѣмъ наслѣдственнымъ имуществомъ въ моментъ вступленія въ наслѣдство приобрѣтаются наслѣднику.—Соотвѣтственно съ этимъ новымъ направленіемъ юридической мысли, произошли и важныя законодательныя измѣненія въ правѣ лежащаго наслѣдства. Именно, одинъ сенатус-консультъ при Адрианѣ отменилъ *usucapio hereditatis*, сдѣлавъ ее недействительной по отношенію къ самому наслѣднику ¹³⁾; вполне уничтожены были слѣды этой особенной *usucapio* въ юстиніановомъ правѣ. Съ этихъ поръ наслѣдственные вещи можно было узаконивать лишь по общимъ правиламъ о приобрѣтательной давности (требовался *titulus* и *bona fides*). За расхищеніе лежащаго наслѣдства введено было уголовное наказаніе (*crimen expilatae hereditatis* ¹⁴⁾; раньше (подъ вліяніемъ представленія о томъ, что *res hereditatis jacens* суть *res nullius*) всякое расхищеніе лежащаго наслѣдства оставалось безнаказаннымъ: понятіе *furtum* до самаго конца оставалось непримѣнимымъ къ *hereditas jacens* ¹⁵⁾.

II. Таково римское ученіе о *hereditas jacens*. Изъ сдѣланнаго очерка видно, что руководящаго принципа для всего ученія, опредѣленной конструкціи понятія *hereditas jacens*, римскіе юристы не выработали. Въ развитомъ правѣ мы имѣемъ и положенія, основанныя на старомъ воззрѣніи о безхозяйности вещей лежащаго наслѣдства (напр., невозможность *furtum*), и нормы, выведенныя изъ двухъ новыхъ положеній, по одному изъ которыхъ *hereditas jacens* представляетъ собою личность умершаго (см. прим. 9), а по другому — при приобрѣтеніи наслѣдства должна быть дѣлаема фикція, что наслѣдникъ его приобрѣлъ еще въ моментъ смерти наслѣдодателя (см. прим. 8).

Мы уже имѣли случай выразить наше воззрѣніе на существо *hereditas jacens* (см. Общ. ч. § 11, III, 2 и § 28, IV). Мы полагаемъ, что права и обязанности, входящія въ составъ лежащаго наслѣдства, должны быть признаны не имѣющими субъекта. Является совершенно противнымъ реальному положенію вещей вымышлять для нихъ какого-либо субъекта въ видѣ, напр., будущаго наслѣдника, личность котораго неизвѣстна. Мы видѣли уже, что принятіе такого субъекта правъ даже не даетъ возможности опредѣлить, въ какомъ размѣрѣ могутъ дѣлать приобрѣтенія для наслѣдства рабы, входящія въ массу наслѣдства. Слишкомъ искусственнымъ представляется намъ воззрѣніе ¹⁶⁾, по которому субъектомъ имущества является въ данномъ случаѣ имущественно-правовая личность наслѣдодателя, переживающая физическое существованіе послѣдняго. Нѣтъ основанія, далѣе, считать *hereditas jacens* и за юридическое лицо ¹⁷⁾, ибо здѣсь нѣтъ никакого соціальнаго организма, созданнаго для преслѣдованія какой-либо соці-

¹²⁾ Для Лабейона L. 13 § 5 D. 43, 24 (въ прим. 2) и Помпонія L. 43 D. 9, 2 съ ихъ представленіемъ о *hereditas jacens*, какъ о *res nullius*, рѣшеніе этого вопроса было весьма затруднительно, см. также L. 6 D. 47, 19 (въ прим. 3).

¹³⁾ Gai 2, 57.

¹⁴⁾ L. 1 D. 47, 19. Mommsen, Strafrecht, стр. 777 сл.

¹⁵⁾ Gai 3, 201. L. 69—71 D. 47, 2 L. 6 D. 47, 19 (см. прим. 3 и 12). L. 1 § 15 D. 47, 4 (о послѣднемъ текстѣ см. Dernburg, III § 61 пр. 4).

¹⁶⁾ См. Windscheid § 531 пр. 12.

¹⁷⁾ Windscheid, § 531, пр. 10.

альной цѣли. *Hereditas jacens* можетъ не имѣть никакихъ органовъ и единственная ея цѣль есть самосохраненіе. Но если это имущество и слѣдуетъ признать безсубъектнымъ, то это еще не значитъ, что право должно оставить его безъ всякой защиты. Такъ какъ для этого имущества въ болѣе или менѣе непродолжительномъ времени ожидается субъектъ въ видѣ наслѣдника, то право, если оно вообще дорожитъ институтомъ наслѣдованія, должно признать, что права и обязанности, составляющія *hereditas jacens*, на время могутъ остаться безъ субъекта и все-таки продолжать существовать; оно будетъ охранять ихъ отъ нарушенія посторонними лицами въ интересахъ будущаго субъекта; если понадобится, то будетъ допущено даже возникновеніе на этотъ промежутокъ времени новыхъ правъ и обязанностей (деликты противъ наслѣдственной массы; сдѣлки рабовъ), которыя также на время будутъ существовать безъ субъекта. Въ интересахъ практической пользы (*utilitatis causa*) объективное право должно для этого случая допустить исключеніе изъ общихъ своихъ принциповъ (изъ *rationes juris*) и признать возможность временнаго существованія безсубъектныхъ правъ и обязанностей, чтобы сохранить эти права и обязанности для субъекта, имѣющаго появиться въ будущемъ. Руководясь соображеніями цѣлесообразности (*utilitas*). законодатель долженъ опредѣлить положительными нормами и объемъ правоспособности лежащаго наслѣдства.

Глава II. Призваніе къ наслѣдству по завѣщанію.

§ 5. Testamentum.

I. Подъ именемъ *testamentum* разумѣется такое одностороннее распоряженіе на случай смерти, которое содержитъ въ себѣ назначеніе наслѣдника (*heredis institutio*¹). Назначеніе наслѣдника есть существеннѣйшая часть завѣщанія: если оно недействительно, то теряютъ свою силу и всѣ прочія распоряженія, которыя содержатся въ завѣщаніи, за немногими исключеніями. Поэтому въ Институціяхъ Юстиніана мы читаемъ: *Testamenta vim ex institutione heredum accipiunt*²). Опредѣленіе Модестина, по которому «*testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*»³), должно быть признано неточнымъ, ибо не упоминаетъ объ этомъ важномъ признакѣ завѣщанія⁴).

II. Кромѣ назначенія наслѣдника, въ завѣщаніи могутъ заключаться и другія распоряженія на случай смерти: легаты и фидеикомиссы, отпущенія рабовъ на волю, назначенія опекуновъ, распоряженія о погребеніи и т. д.

III. *Testamentum* есть строго односторонній актъ: онъ содержитъ въ себѣ лишь изъявленіе воли самого завѣщателя. Согласіе наслѣдника или иныхъ одаренныхъ завѣщаніемъ лицъ съ содержаніемъ завѣщанія не требуется, и дача его либо отказъ въ немъ не имѣетъ значенія для дѣйствительности завѣщанія въ моментъ его совершенія. — Завѣщаніе, далѣе, есть актъ, который можетъ быть свободно отмѣняемъ завѣщателемъ до самой смерти. *Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* (Ulp. L. 4 D. 34, 4). Договоръ, ограничиваю-

¹) L. 20. D. 23, 7. L. 14. C. 6, 23.

²) § 34 I. 2, 20.—L. 1 § 3 D. 28, 6.

³) L. 1 D. 28, 1.

⁴) Попытка объяснить происхожденіе этого опредѣленія у *Dernburg*, т. III § 66 пр. I.

щей свободу завѣщателя отмѣнять свое завѣщаніе, не имѣетъ силы ⁵⁾; не имѣетъ силы и односторонній отказъ завѣщателя въ самомъ завѣщаніи отъ этой свободы (*clausula derogatoria* ⁶⁾).

IV. Условіями совершенія завѣщанія являются: 1) способный къ совершенію этого акта завѣщатель, 2) соблюденіе установленной закономъ формы завѣщанія, 3) помѣщеніе въ завѣщаніи надлежащаго назначенія наслѣдника. Первымъ условіемъ мы займемся въ § 6, второму посвященъ будетъ § 7, третьему—§§ 8, 9 и 10.

§ 6. Testamenti factio activa.

I. Не всякое правоспособное лицо является *способнымъ совершать завѣщаніе*. Способность совершать завѣщаніе поэтому считается особымъ юридическимъ свойствомъ субъекта правъ и, какъ таковая, получаетъ названіе *testamenti factio activa* ¹⁾. Наоборотъ, *testamenti factio passiva* есть способность быть назначеннымъ въ завѣщаніи наслѣдникомъ, а *testamenti factio* вообще есть способность какимъ бы то ни было образомъ участвовать въ завѣщаніи, въ качествѣ завѣщателя, свидѣтеля или одареннаго лица ²⁾.

II. Завѣщатель долженъ непремѣнно имѣть *testamenti factio activa* въ моментъ совершенія завѣщанія ³⁾. Въ моментъ смерти онъ можетъ ея уже не имѣть; утрата *test. f. activa* вредитъ лишь тогда, когда она наступаетъ въ силу *capitis deminutio* (см. ниже § 11, II, в. 1).

III. Слѣдующія лица не имѣютъ *testamenti factio activa*: 1) Перегрины; они могутъ совершать завѣщанія лишь по праву своей *civitas*, если это право знаетъ завѣщанія ⁴⁾. 2) Подвластные дѣти могутъ совершать завѣщанія лишь о *rescuium castrense* и *quasi castrense* ⁵⁾, но не о *bona adventicia* ⁶⁾. 3) Не могутъ совершать завѣщаній рабы ⁷⁾. 4) Нѣкоторыя лица въ наказаніе лишены способности дѣлать завѣщанія, напр., лица, осужденныя за пасквиль (Общ. ч. § 24 п. 6), вѣроотступники и нѣкоторые еретики ⁸⁾. 5) *Impuberes* ⁹⁾, *furiosi* ¹⁰⁾, *prodigi* ¹¹⁾ не могутъ совершать завѣщанія даже при участіи опекуна или попечителя. Напротивъ, *minores XXV annis* могутъ совершать завѣщанія, не нуждаясь даже въ *consensus curatoris*. 6) Глухонѣмые отъ природы лишены *testamenti factio activa* ¹²⁾; не могутъ совершать завѣщанія также вообще тѣ лица, которыя по природнымъ недостаткамъ неспособны выразить свою волю въ требуемой закономъ формѣ (напр., нѣмые не могутъ совершать устнаго завѣщанія ¹³⁾).

⁵⁾ L. 61 D. 45, 1. L. 4. C. 8, 38 (39).

⁶⁾ L. 22 pr. D. 32 cf. L. 6 § 2 D. 29, 7.

¹⁾ L. 1 § 1 D. 27, 3. L. 1 pr. D. 29, 1. L. 4 D. 28, 1. L. 1 § 8 D. 37, 11.

²⁾ L. 16 D. 28, 1. § 6 I. 2, 10.

³⁾ L. 19 D. 28, 1.

⁴⁾ Ulp 20, 14. L. 8, § 1—2 D. 28, 1. L. 1 § 2 D. 32.

⁵⁾ L. 26 § 1 D. 29, 1. pr. I. 2, 12.

⁶⁾ L. 11 C. 6, 22. L. 8 § 5 C. 6, 61.

⁷⁾ Ulp 20, 16. L. 1 § 4 D. 28, 1.

⁸⁾ L. 3 C. 1, 7. L. 4 § 5 C. 1, 5. Nov. 115 c. 3 § 14.

⁹⁾ Gai 2, 113. L. 5 D. 28, 1. L. 4 C. 6, 22. § 1 I. 2, 12.

¹⁰⁾ L. 2. 17 D. 28, 1. L. 3. 9 C. 6, 22.

¹¹⁾ L. 18 pr. D. 28, 1. § 2 I. 2, 12.

¹²⁾ L. 10 C. 6, 22. § 3 I. 2, 12. О современномъ значеніи этого положенія Юстиніана см. Windscheid § 539 пр. 7.

¹³⁾ L. 29 § 2 C. 6, 23.

IV. Завѣщатель *не долженъ сомнѣваться* въ наличности у него *testamenti factio activa*: всякое сомнѣніе объ этомъ въ моментъ совершенія завѣщанія дѣлаетъ завѣщаніе ничтожнымъ ¹⁴⁾.

§ 7. Форма завѣщанія.

I. Завѣщаніе есть очень важный актъ по своему содержанію: при совершеніи такихъ актовъ обыкновенно требуется соблюденіе извѣстной формы, чтобы впослѣдствіи не было споровъ, является ли предлагаемый въ конкретномъ случаѣ актъ исполнѣ законченнымъ юридическимъ актомъ, или только проектомъ его, не доведеннымъ до конца. Соблюденіе всѣхъ формальностей служитъ доказательствомъ исполнѣ зрѣлой, опредѣлившейся воли лица, совершившаго актъ; если же формальности не исполнѣ соблюдены, то можно предполагать, что и воля еще окончательно не сложилась. Кромѣ того, нѣкоторыя формальности по своему характеру могутъ имѣть еще и другое значеніе: онѣ могутъ дать средство доказать въ будущемъ самый фактъ совершенія акта, таковы: письменная форма акта, привлеченіе свидѣтелей (ср. Общ. ч. § 38).

Особенно же важное значеніе имѣетъ закономъ предписанная форма при такомъ актѣ, какъ завѣщаніе, въ виду того, что этотъ актъ приводится въ исполненіе уже тогда, когда его составитель не находится въ живыхъ: Тутъ особенно важно, чтобы составитель акта при жизни какъ можно яснѣе показалъ, серьезную ли волю онъ выразилъ въ своихъ предсмертныхъ распоряженіяхъ, и позаботился о томъ, чтобы самый фактъ совершенія этихъ распоряженій и ихъ точное содержаніе можно было легко доказать по его смерти.

Въ виду этого, римское право всегда требовало отъ завѣщателя соблюденія извѣстной формы для дѣйствительности совершеннаго имъ завѣщанія. Разумѣется, если предписанная форма слишкомъ сложна, то это ведетъ къ другому неудобству: иногда исполнѣ серьезная воля не получить значенія за невозможностью соблюсти всѣ необходимыя формальности, а воля, уже отмѣненная завѣщателемъ, сохраняетъ значеніе, потому что отмѣняющій ее актъ не дѣйствителенъ по несоблюденію формы. Законодатель долженъ найти средній путь; онъ не долженъ слишкомъ осложнять формальностей обыкновеннаго завѣщанія и въ особыхъ случаяхъ долженъ допустить ослабленіе этихъ обыкновенныхъ формальностей.

II. Въ юстиніановомъ правѣ ¹⁾ мы имѣемъ *два вида завѣщаній*, смотря по характеру формальностей, которыя при нихъ соблюдаются, а именно: частныя и публичныя завѣщанія.

1. *Частныя завѣщанія*. Такъ называются тѣ завѣщанія, которыя совершаются *безъ участія органовъ публичной власти*. Нужно различать обыкновенную форму такихъ завѣщаній и особенную, которая примѣнялась при нѣкоторыхъ особенныхъ обстоятельствахъ.

A. *Обыкновенно частное завѣщаніе совершалось устно или письменно въ присутствіи 7 свидѣтелей*. Свидѣтели эти должны быть особо приглашены къ участію въ совершеніи завѣщанія именно въ качествѣ свидѣтелей (*testes rogati* ²⁾), они должны добровольно согласиться на это участіе (*testes voluntarii* ³⁾) и должны

¹⁴⁾ L. 14. 15 D. 28, 1. L. 11 § 1 D. 29, 1. L. 1 pr. D. 32.

¹⁾ Объ исторіи римскаго завѣщанія см. *Dernburg* III § 69. *Girard* стр. 774 сл. *Accarias* I § 321.

²⁾ L. 21 § 2 D. 28, 1.

³⁾ L. 20 § 10 D. 28, 1.

быть способны къ этому участию въ моментъ совершенія завѣщанія (*testes idonei* ⁴⁾). Неспособны быть свидѣтелями ⁵⁾ многіе разряды лицъ: 1) Перегрины и рабы ⁶⁾. 2) Осужденные за пасквиль (*intestabiles*; см. *Общ. ч.* § 24, VI), за прелюбодѣяніе ⁷⁾ и за вымогательство ⁸⁾, а также лишенные гражданской чести (*infames* ⁹⁾. 3) Женщины ¹⁰⁾. 4) Лица, неспособныя быть свидѣтелями на судѣ въ силу физическихъ и душевныхъ пороковъ: *impuberes, furiosi, prodigi, глухіе, нѣмые* ¹¹⁾. 5) Подвластные дѣти завѣщателя ¹²⁾; лицо, назначенное въ завѣщаніи наслѣдникомъ, и лица, соединенныя съ нимъ отеческой властью (его подвластные, домовладыка, его братья и сестры, находящіеся вмѣстѣ съ нимъ подъ властью ¹³⁾). Должна быть соблюдаема при совершеніи завѣщанія *unitas actus*, т.-е. совершеніе завѣщанія въ одинъ пріемъ и въ одномъ мѣстѣ должно быть доведено до конца безъ перерывовъ ¹⁴⁾; допускаются лишь небольшіе перерывы по естественнымъ надобностямъ завѣщателя или свидѣтелей ¹⁵⁾; въ случаѣ значительнаго перерыва актъ долженъ быть возобновленъ съ самаго начала.—Самое совершеніе завѣщанія состоитъ въ слѣдующемъ. Если завѣщаніе—устное (*testamentum nuncupativum*), то завѣщатель долженъ изъявить свою волю словами или знаками, такъ чтобы свидѣтели слышали его и понимали ¹⁶⁾. Иногда о такомъ завѣщаніи для лучшаго доказательства его содержанія составляется документъ; такъ какъ документъ здѣсь есть лишь средство доказательства, а самое завѣщаніе по формѣ остается устнымъ, то отъ этого документа не требуется соблюденіе формы письменнаго завѣщанія (*testamentum nuncupativum in scripturam redactum*).—Если завѣщаніе было письменное ¹⁷⁾, то требуется, чтобы документъ былъ или весь написанъ рукою завѣщателя съ замѣткою въ его текстѣ объ этомъ, и тогда особая подпись завѣщателя не нужна (*testam. holographum* ¹⁸⁾), или же подписанъ завѣщателемъ (*test. allographum*). Этотъ документъ завѣщатель предъявляетъ свидѣтелямъ, какъ свое завѣщаніе; свидѣтели должны его подписать (*subscriptio* ¹⁹⁾); затѣмъ таблицы завѣщанія завязывались и запечатывались печатами всѣхъ свидѣтелей; при чемъ каждый еще разъ около своей печати подписывалъ свое имя (*superscriptio* ²⁰⁾).

В. Особенныя формы частнаго завѣщанія были или усложненныя, или упрощенныя. а) Усложнена была форма въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) Для завѣщанія слѣпного. Здѣсь долженъ, кромѣ 7 свидѣтелей, присутствовать нотаріусъ, или 8-й свидѣтель и, кромѣ того, соединялись вмѣстѣ формальности устнаго и

⁴⁾ L. 22 § 1 D. 28, 1.

⁵⁾ О значеніи извинительнаго заблужденія въ этомъ случаѣ см. § 7 I. 2, 10. L. 1 C. 6, 23 и къ этому *Windscheid* § 542 пр. 16 ср. *Baron* § 393 пр. 18.

⁶⁾ § 6 I. 2, 10.

⁷⁾ L. 14 D. 22, 5.

⁸⁾ L. 15 пр. D. 22, 5; ср. впрочемъ L. 20 § 5 D. 28, 1.

⁹⁾ Nov. 90 c. 1.

¹⁰⁾ § 6 I. 2, 10.

¹¹⁾ L. 18 L. 20 § 4 D. 28, 1. § 5. 6 I. 2, 10.

¹²⁾ § 9 I. 2, 10. Можетъ ли домовладыка быть свидѣтелемъ при завѣщаніи подвластнаго *peculium castrense* и *quasi castrense*? L. 20 § 2 D. 28, 1. cf. § 9 I. 2, 10. *Gai* 2, 106. *Windscheid* § 542 пр. 10.

¹³⁾ L. 20 пр. D. 28, 1. § 10 I. 2, 10.

¹⁴⁾ L. 21 § 3 D. 28, 1. L. 21 C. 6, 23. § 3 I. 2, 10.

¹⁵⁾ L. 28 C. 6, 23.

¹⁶⁾ L. 21 § 4. L. 26. 29 C. 6, 23. L. 21 пр. L. 25 D. 28, 1. § 14 I. 2, 10.

¹⁷⁾ *Testamentum tripertitum*, въ виду § 3 I. 2, 10. См. о немъ подробно у *Girard* стр. 785 сл. *Accarias* I стр. 852 сл.

¹⁸⁾ L. 28 § 6 C. 6, 23.

¹⁹⁾ § 3 I. 2, 10.

²⁰⁾ L. 22 § 2—7. L. 30 D. 28, 1. L. 12. 21 C. 6, 23. § 5 I. 2, 10.

письменного завѣщанія: должно быть по всей формѣ составлено письменное завѣщаніе и прочитано подписывающими его свидѣтелями ²¹⁾.—2) Если письменное завѣщаніе составляетъ лицо, которое по болѣзни или неграмотности не можетъ писать, то требуется восьмой свидѣтель, который вмѣсто завѣщателя долженъ подписать документъ ²²⁾.—b) Упрощены были формы слѣдующихъ завѣщаній. 1) *Testamentum militare*, т.-е. завѣщаніе, составленное солдатомъ; Юстиніанъ ограничилъ право солдатъ составлять такіа завѣщанія временемъ похода ²³⁾. Отъ этого завѣщанія не требовалось никакой формы; достаточно было серьезнаго изъявленія воли, которое можно было доказать любымъ путемъ ²⁴⁾. Кромѣ того, завѣщаніе солдатъ и по содержанію обсуждалось свободнѣе: къ нему не примѣнялись извѣстныя намъ правила: *semel heres semper heres* ²⁵⁾ и *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* ²⁶⁾, а также *lex Falcidia* ²⁷⁾ и всѣ т. наз. формальныя и матеріальныя ограниченія свободы завѣщаній (ниже § 15 I). Это завѣщаніе было дѣйствительно до выходження солдата изъ военной службы, а въ случаѣ почетной отставки—до истеченія года со времени отставки ²⁸⁾.—2) *Testamentum pestis tempore conditum* ²⁹⁾. Во время господства какой-либо эпидеміи въ мѣстѣ совершенія завѣщанія свидѣтели могутъ не собираться вмѣстѣ, а говорить съ завѣщателемъ каждый отдѣльно. 3) *Testamentum ruri conditum* ³⁰⁾. Въ деревнѣ въ случаѣ необходимости можно ограничиться 5-ю свидѣтелями, причемъ письменное завѣщаніе грамотные свидѣтели подписываютъ за неграмотныхъ; въ этомъ случаѣ требуется, чтобы свидѣтели были знакомы съ содержаніемъ завѣщанія. 4) *Testamentum parentum inter liberos*. Если въ завѣщаніи восходящій родственникъ назначаетъ наслѣдниками своихъ нисходящихъ, то не требуется свидѣтелей: достаточно, чтобы завѣщатель собственноручно вписалъ въ документъ имена наслѣдниковъ, ихъ доли въ наслѣдствѣ (буквами) и поставилъ дату. Въ этомъ документѣ можно и лишать дѣтей наслѣдства. Но, чтобы оставить въ немъ легаты постороннимъ лицамъ, нужно привлечь 5 свидѣтелей ³¹⁾.—Слѣдуетъ отличать отъ этого завѣщанія такъ наз. *divisio parentum inter liberos*: здѣсь завѣщатель не назначаетъ ни наслѣдниковъ, ни долей наслѣдства, а только распредѣляетъ между своими нисходящими, которые являются его наслѣдниками по закону или по завѣщанію, извѣстныя вещи изъ наслѣдственной массы; въ этомъ случаѣ требуется только документъ, подписанный самимъ восходящимъ или же всѣми нисходящими ³²⁾.

2. *Публичные завѣщанія*. Такъ называются завѣщанія, составленныя при участіи органа публичной власти. Юстиніаново право знаетъ два вида такихъ завѣщаній: а) *Testamentum apud acta conditum*. Это завѣщаніе совершается путемъ занесенія его содержания въ судебный протоколъ ³³⁾; б) *Testa-*

²¹⁾ L. 8 C. 6, 22.

²²⁾ L. 21 pr. L. 28 § 1 C. 6, 23.

²³⁾ pr. I. 2, 11. L. 17 C. 6, 21.

²⁴⁾ pr. I. 2, 11. L. 1 pr. D. 29, 1.

²⁵⁾ L. 15 § 4. L. 41 pr. D. 29, 1.

²⁶⁾ L. 6. L. 19 pr. L. 37 D. 29, 1.

²⁷⁾ L. 12 C. 6, 21.

²⁸⁾ L. 21. 26 D. 29, 1. L. 5 C. 6, 21. § 3 I. 2, 11.

²⁹⁾ L. 8 C. 6, 23. Содержаніе этой конституціи является спорнымъ; см. разныя мнѣнія у Windscheid § 544 пр. 7. Dernburg III § 72 пр. 3. Baronz § 394.

³⁰⁾ L. 31 C. 6, 23.

³¹⁾ L. 21 § 3 C. 6, 23. Nov. 107 c. 1. 2.

³²⁾ L. 20 § 3 D. 10, 2. L. 16. 21 C. 3, 36. Nov. 18 c. 7. Nov. 107 c. 3.

³³⁾ L. 18, 19. C. 6, 23. Girard стр. 787 пр. 3.

*mentum principi oblatum*³⁴⁾; это завѣщаніе совершается путемъ передачи императору на храненіе письменнаго документа, содержащаго завѣщательныя распоряженія.

§ 8. Назначеніе наслѣдника (*institutio heredis*).

1. Условія его дѣйствительности.

Выше было указано (§ 7), что назначеніе наслѣдника является существеннымъ элементомъ завѣщанія; при недѣйствительности назначенія наслѣдника уничтожается все завѣщаніе, за исключеніемъ немногихъ лишь распоряженій. Въ настоящемъ параграфѣ мы должны познакомиться съ условіями вполнѣ дѣйствительной *institutio heredis*. Намъ придется коснуться здѣсь: 1) вопроса о волѣ завѣщателя и ея выраженія во внѣ, 2) вопроса о способности избраннаго завѣщателемъ лица быть наслѣдникомъ (*testamenti factio passiva* и *capacitas*); 3) вопроса о значеніе разнаго рода дополнительныхъ распоряженій при *institutio heredis* (условія, сроки и т. п.).

I. Воля завѣщателя и ея выраженіе во внѣ. Назначеніе наслѣдника должно содержать въ себѣ дѣйствительную волю самого завѣщателя. Поэтому не считается дѣйствительнымъ завѣщаніе, въ которомъ назначеніе наслѣдниковъ предоставляется третьему лицу (*illi heredes mihi sunt, quos Titius voluerit*¹⁾). Что касается завѣщаній, въ которыхъ наслѣдникъ назначался подъ условіемъ, что его назначеніе будетъ одобрено третьимъ лицомъ (*Sempronius heres esto, si Titius voluerit*), то о нихъ не было выработано окончательной теоріи. Вообще классическіе юристы считали ничтожными такіа назначенія; но они допускали весьма легкій обходъ этого правила, такъ какъ признавали возможнымъ назначать наслѣдниковъ подъ условіемъ, что третье лицо предприметъ какое-либо совершенно зависящее отъ его воли дѣйствіе; напр., «*Sempronius heres esto, si Titius in Capitolium ascenderit*»²⁾. Слѣдовательно, какъ правильно замѣчаетъ Дернбургъ³⁾, все зависело отъ стилистики распоряженія: оно было бы дѣйствительно, если бы было выражено такъ: Гай пусть будетъ наслѣдникомъ, если Тицій скажетъ «да». Поэтому Ульпіанъ призналъ, что вполнѣ дѣйствительны и тѣ назначенія наслѣдниковъ, которыя сдѣланы подъ условіемъ «si Titius voluerit»⁴⁾. — Содержаніе воли должно быть определенное; ничтожно такое распоряженіе, изъ котораго нельзя заключить съ определенностью, кого именно завѣщатель хотѣлъ назначить своимъ наслѣдникомъ⁵⁾. Но такого рода неточности и ошибки, которыя не мѣшаютъ при помощи толкованія точно опредѣлить личность наслѣдника, не вредятъ назначенію наслѣдника; безвредно, напр., невѣрное обозначеніе степени родства лица, вполнѣ опредѣленно обозначеннаго его собственнымъ именемъ. Это правило выражается афоризмомъ: «*falsa demonstratio non nocet*»⁶⁾. — Никакой особенной формы отъ назначенія наслѣдника въ послѣклассическую эпоху не требуется⁷⁾; нужно только, чтобы было ясно выражено namѣреніе назначить

34) L. 19. C. 6, 23.

1) L. 32 pr. D. 28, 5.

2) L. 69 (68) D. 28, 5. Pomponius. L. 52 D. 35 1 Modestinus.

3) Pandekten III § 76 пр. 6.

4) L. 1 pr. D. 31. L. 43 § 2. D. 30. L. 46 § 2 D. 40, 5.

5) L. 63 (62) § 1 D. 28, 5. L. 2 D. 34, 8. L. 73 § 3. D. 50, 17.

6) L. 33 pr. D. 35, 1. L. 48 § 3. D. 28, 5. § 29, 30. J. 2, 20. ср. L. 17 pr. § 1. D. 35, 1.

7) L. 15 (339 г.). L. 21 § 6 (439 г.). C. 6, 23.

известное лицо универсальнымъ преемникомъ, хотя бы слово *heres* не было употреблено въ завѣщаніи. Въ классическую эпоху, когда значеніе латинскихъ терминовъ было живѣе въ сознаніи населенія имперіи, требовалось, чтобы *institutio heredis* непременно совершалась въ повелительной формѣ: «*Titius heres esto*» или «*Titium heredem esse jubeo*»⁸⁾.—Назначеніе наследника не должно быть *безнравственно* или преслѣдовать достиженіе безнравственныхъ цѣлей. По-этому ничтожно т. наз. *каптажное* назначеніе наследника, т.-е. назначеніе наследника подъ условіемъ, что назначенное лицо или третье лицо въ свою очередь назначать завѣщателя или третье лицо наследникомъ: безнравственнымъ считалось пользоваться назначеніемъ наследника для того, чтобы этимъ путемъ добыть какое-либо имущество себѣ или третьему лицу⁹⁾. Ничтожно было также назначеніе наследникомъ императора *litis causa*, т.-е. для того, чтобы выставить въ процессъ, начатомъ наследодателемъ, слишкомъ сильнаго преемника интересовъ наследодателя¹⁰⁾. — Наконецъ, назначеніе наследника не должно быть сдѣлано подъ вліяніемъ существеннаго заблужденія (*error*), обмана (*dolus*) и принужденія (*metus*). Что касается заблужденія¹¹⁾, то въ завѣщаніяхъ имѣло значеніе даже т. наз. заблужденіе въ мотивахъ, которое въ сдѣлкахъ *inter vivos* оставляется безъ вниманія (См. *Общ. ч. § 40*). Именно, если окажется, что, не будь заблужденія въ мотивахъ, завѣщатель не сдѣлалъ бы такого распоряженія (напр., наследникомъ назначенъ Тицій только потому, что завѣщатель ошибочно считалъ его своимъ сыномъ), то назначенное лицо не можетъ получить *bon. poss. secundum tabulas*, и наследство получаетъ тотъ, кому оно досталось бы при отсутствіи заблужденія у завѣщателя¹²⁾; если же такихъ лицъ не было, то наследство отнималось у назначеннаго наследника, какъ у *indignus*, и давалось фиску¹³⁾.—Если завѣщатель *силою, угрозами* (*metus*) или *обманомъ* (*dolus*) былъ *удержанъ* отъ совершенія или измѣненія завѣщанія, то виновное лицо, въ случаѣ своего призванія къ наследству, теряетъ свою часть, какъ *indignus*, въ пользу фиска, который долженъ выплатить легаты, возложенные въ завѣщаніи на это лицо¹⁴⁾.—Если, наоборотъ, *назначеніе наследника* въ завѣщаніи явилось слѣдствіемъ принужденія (*metus*), то назначенный наследникъ не получалъ *bonorum possessio*; *bonorum possessio* давалось тѣмъ лицамъ, которые были бы призваны, не будь принужденія¹⁵⁾.—Чтобы предупредить мошенничество при писаніи завѣщаній, *Actum Libonianum* (а. н. с. 769) постановило, что писецъ завѣщанія (или кодицилла) подвергается наказанію (по *lex Cornelia de falsis*) если въ написанномъ имъ завѣщаніи отказано что-либо въ видѣ *heredis institutio*, или легата ему самому или его подвластнымъ¹⁶⁾. Юриспруденція вывела отсюда, что и самое распоряженіе въ завѣщаніи должно быть считаемо ничтожнымъ¹⁷⁾.

⁸⁾ Gai 2, 117. 281. Ulp. 21; 25, 9.

⁹⁾ L. 71 (70). L. 72 (71). L. 82 (81) § 1 D. 28, 5. L. 1. D. 34, 8. Тоже относится и къ легатамъ L. 64 D. 30.

¹⁰⁾ L. 92 (91) D. 28, 5, § 8 (7). J. 2, 17.—Еще одинъ случай см. въ § 28. J. 2, 20. L. 9 § 1, 3, 4. D. 28, 2.—Относительно т. наз. *роенае nomine relicta* см. § 36. J. 2, 20. L. 1. C. 6, 41.

¹¹⁾ L. 9 pr. § 1. D. 28, 5.

¹²⁾ L. 93 (92). D. 28, 5 (напечатанъ въ *Общ. ч. § 40* пр. 3). L. 28. D. 5, 2. Легаты остаются въ силѣ.

¹³⁾ L. 46 pr. D. 49, 14. L. 4 C. 6, 24.

¹⁴⁾ L. 1 § 2. L. 2 D. 29, 6. L. 19 D. 34, 9. L. 3 § 5. D. 36, 1. Windscheid, § 548, пр. 9.

¹⁵⁾ L. 1 C. 6, 34. Windscheid, § 548, 1. Dernburg III § 80 пр. 5.

¹⁶⁾ Dig. 48, 10. Cod. 9, 23.

¹⁷⁾ L. 1 pr. D. 34, 8.

Не примѣнялась эта норма только тогда, когда писецъ былъ въ то же время единственнымъ наслѣдникомъ завѣщателя *ab intestato*¹⁸⁾, или же когда завѣщатель собственноручно подтверждалъ въ завѣщаніи распоряженія, сдѣланныя въ пользу писца¹⁹⁾.

II. *Способность быть наслѣдникомъ*. Здѣсь слѣдуетъ различать два условія: способность быть *назначеннымъ* наслѣдникомъ въ завѣщаніи—*testamenti factio passiva*—и способность *приобрѣтать* наслѣдство по завѣщанію—*capacitas*. 1) *Testamenti factio passiva*. Эта способность должна быть на лицо, какъ въ моментъ совершенія завѣщанія, такъ и во время между *delatio* и *adquisitio hereditatis*²⁰⁾. Назначеніе лица, не имѣющаго *testamenti factio passiva* въ моментъ совершенія завѣщанія, ничтожно²¹⁾ и не дѣлается дѣйствительнымъ, если назначенное лицо впоследствии становится способнымъ быть наслѣдникомъ по завѣщанію. Не имѣютъ *test. factio passiva*: 1) Всѣ лица, которыя вообще не могутъ быть призываемы къ наслѣдству (см. выше § 3, II въ концѣ). 2) По древнему цивильному праву не имѣли *testamenti factio passiva* еще слѣдующія лица: 1) Женщины послѣ лицъ перваго класса, кромѣ такихъ, послѣ которыхъ они могли наслѣдовать *ab intestato*. Введено это правило по *lex Voconia* 585 года а. и. с.; въ императорское время оно исчезло²²⁾. 2) *Personae incertae*, т.-е. главнымъ образомъ, постумы и юридическія лица. И тѣ и другія постепенно получили способность быть назначенными наслѣдниками²³⁾.—2) *Capacitas*. Нѣкоторыя лица, хотя имѣли *test. factio passiva*, не могли, однако, *приобрѣтать* оставленное имъ въ завѣщаніи наслѣдство *вполнѣ* или *отчасти*. Такія лица назывались *incapaces*. Разница между *capacitas* и *testamenti factio passiva* состоитъ въ томъ, что *capacitas* требуется только во время *приобрѣтенія* наслѣдства, но не во время совершенія завѣщанія²⁴⁾, и что она требуется лишь въ томъ случаѣ, когда назначенное въ завѣщаніи лицо получаетъ какую-либо выгоду отъ этого назначенія (слѣдовательно, ея отсутствіе не вредитъ, если наслѣдство несостоятельно или если оно должно быть выдано наслѣдникомъ другому лицу²⁵⁾).—Главнымъ образомъ, введена была *incapacitas* по *lex Iulia* (736 г.) *et Papia Poppaea* (762 г.); по этимъ законамъ (Августа²⁶⁾) холостые мужчины отъ 25—60 лѣтъ, и незамужнія женщины отъ 20—50 лѣтъ—т. наз. *coelibes*—не могли ничего получать по завѣщанію, если не вступали въ бракъ въ теченіе 100 дней послѣ *delatio*; бездѣтные же мужчины—*orbi*—и женщины, не имѣющія узаконеннаго числа дѣтей (3—4), могли получать лишь $\frac{1}{2}$ оставленнаго имъ въ завѣщаніи имущества; сверхъ того, *частичная incapacitas* другъ относительно друга установлена для супруговъ, которые не имѣютъ живущихъ еще дѣтей отъ своего брака. Часть наслѣдства, не полученная этими лицами, называлась *caducum* и шла къ имѣвшимъ дѣтей наслѣдникамъ или легатаріямъ,

18) L. 1 C. 9, 23.

19) L. 1 § 8. L. 14 pr. L. 15 § 1, 2, 3. D. 48, 10. L. 2, 6. C. 9, 23.

20) L. 50 (49) § 1. D. 28, 5 § 4. J. 2, 19. Ср. L. 6 § 2. L. 51 pr. L. 60 § 4. D. 28, 5.

21) За исключеніемъ *testamentum militare* L. 13 § 2. D. 29, 1. L. 5. C. 6, 21.

22) Gai 2, 274. Подробности у *Girard* стр. 792 сл.

23) Gai 2, 238, 242, 287. Ulp. 22, 4; 24, 18. §§ 25—28. J. 2, 20. L. 1. C. 6, 48.—

О юридическихъ лицахъ см. выше § 3, II пр 9, 10.—Вообще о *personae incertae* см. *Girard* стр. 793 см. *Шулинъ*, § 96, 102. *Баронъ*, § 398, I. *Windscheid*, § 547 пр. 2. О способности *работъ* быть назначенными наслѣдниками см. *Girard* стр. 794 сл.

24) L. 52. D. 31. L. 11 D. 28, 6. L. 82. D. 29, 2. Cf. Ulp. 17, 1; 22, 3. *Accarias* I, § 336. *Windscheid* § 550 пр. 3. *Vangerow*, § 429, пр. 1.

25) L. 73 (72). D. 28, 5. L. 42. D. 31. L. 28. D. 32.

26) См. о нихъ *Girard* стр. 847 сл. *Баронъ* § 398, II, 1.

назначеннымъ въ томъ же завѣщаніи (*heredes patres, legatarii patres*), а за неимѣніемъ ихъ — къ фиску ²⁷⁾. Постановленія *legis Iuliae et Papiae* отмѣнены были Константиномъ Великимъ и Θεодосіемъ II ²⁸⁾. Равнымъ образомъ, потеряла значеніе ко времени Юстиніана *incapacitas*, установленная для *latini Iuniani* ²⁹⁾, такъ какъ Юстиніанъ отмѣнилъ самое состояніе латинской свободы (Общ. ч. § 22, III). Въ юстиніановомъ правѣ существуютъ слѣдующіе случаи отсутствія *capacitas*. 1) Если лицо, имѣющее дѣтей отъ перваго брака, вступало во второй бракъ (т. наз. *parens binubus*), то по его завѣщанію его второй супругъ не могъ получить болѣе, чѣмъ наименѣе одѣленное дитя отъ перваго брака; излишне оставленное дѣлилось поровну между дѣтьми отъ перваго брака (см. Сем. пр. § 12 II, 1, b). 2) Если вдова слишкомъ рано вступила во второй бракъ, то она могла оставлять второму мужу не болѣе $\frac{1}{3}$ имущества (Сем. пр. § 12 II, 2, b). 3) Имѣя дѣтей отъ законнаго брака, нельзя оставлять конкубинѣ и дѣтямъ отъ нея болѣе $\frac{1}{12}$ имущества всѣмъ вмѣстѣ и болѣе $\frac{1}{24}$ одной конкубинѣ ³⁰⁾. 4) Лишены *capacitas* (по закону Домиціана) т. наз. *feminae probrosae* (актрисы, проститутки ³¹⁾).

III. *Побочныя оговорки при heredis institutio*. Намъ остается познаться съ тѣмъ, какъ вліяетъ на назначеніе наслѣдника прибавленіе къ нему условій, срока и *modus'a*. 1) *Условія*. *Резолутивныя* условія не могутъ быть прибавлены къ *institutio heredis*, ибо противны правилу: *semel heres semper heres*. Поэтому они считаются неписанными (см. Общ. ч. § 41, V, 3). Только въ *testamentum militis* они имѣютъ значеніе, ибо тамъ не примѣняется правило *semel heres semper heres*: при наступленіи условія наслѣдство переходитъ къ субституту, если таковой есть (см. о субститутѣ ниже § 10), или къ наслѣдникамъ *ab intestato* ³²⁾. — *Суспензивныя условія* могутъ быть прибавляемы къ *institutio heredis*. Но если эти условія являются недозволенными или невозможными, то они не дѣлаютъ назначенія наслѣдника ничтожнымъ, а считаются неписанными (см. Общ. ч. § 41, I, 2, c.). Другая особенность условій въ завѣщаніяхъ состоитъ въ томъ, что *condictiones mixtae* въ завѣщаніяхъ иногда считаются наступившими, хотя на самомъ дѣлѣ не наступили (см. Общ. ч. § 41, IV, 2 и 3). Дѣйствіе дозволеннаго суспензивнаго условія при *institutio heredis* состоитъ въ томъ, что открытіе наслѣдства для условно назначеннаго наслѣдника отлагается до наступленія условія ³³⁾; наслѣдникъ долженъ пережить этотъ моментъ и имѣть при его наступленіи *testamenti factio passiva* ³⁴⁾. Впрочемъ, по *преторскому эдикту* наслѣдникъ можетъ и до наступленія условія испросить временную *bonorum possessio* (см. § 20 IV ниже), но обязанъ въ такомъ случаѣ предоставить обезпеченіе (*cautio*) въ томъ, что если условіе не наступитъ, онъ выдастъ наслѣдство со всѣми плодами тѣмъ лицамъ, къ которымъ наслѣдство должно перейти при ненаступленіи условія, т.-е. субститутамъ (см. § 10 ниже), сонаслѣдникамъ (въ силу *jus accrescendi*) или наслѣдникамъ *ab intestato* ³⁵⁾. По

²⁷⁾ Gai 2, 111, 206—207, 286. Ulp. 15—17; 22, 3.

²⁸⁾ L. 1 (320 г.). L. 2 (410 г.). C. 8, 57 (58). L. 1 C. 6, 51.

²⁹⁾ Gai 1, 23, 24. Ulp. 17, 1.

³⁰⁾ Nov. 89 c. 12. Излишне оставленное поступаетъ въ пользу законныхъ дѣтей.

³¹⁾ Sueton. Domit. 8. L. 41 § 1. D. 29, 1. L. 23 § 3. C. 5, 4.

³²⁾ L. 15 § 4. D. 29, 1.

³³⁾ L. 3, 69. D. 29, 2.

³⁴⁾ L. 60 § 6. D. 28, 5. L. 23, 45 § 1. D. 28, 6. L. 1 § 7. C. 6, 51.

³⁵⁾ L. 23 pr. D. 28, 5. L. 12. D. 2, 8. Подробности у Барона § 401, I, 2b.

цивилльному праву наследникъ можетъ также въ одномъ случаѣ получить наследство до наступленія условія. Именно, если наследникъ назначенъ подъ отрицательнымъ потестативнымъ условіемъ (*condicio non faciendi*) такого содержания, что о наступленіи условія можно судить только въ моментъ смерти наследника (т. наз. *condiciones, quae morte legatariorum finiuntur* ³⁶⁾, то онъ можетъ тотчасъ же вступить въ наследство, представивъ т. наз. *cautio Manciana* въ томъ, что онъ выдастъ наследство обратно субститутамъ, сонаследникамъ или наследникамъ *ab intestato*, если совершить то дѣйствіе, которое будетъ обозначать ненаступленіе условія. (Напр., А. назначенъ наследникомъ подъ тѣмъ условіемъ, что онъ никогда не поѣдетъ въ Азію, что онъ не продастъ никогда извѣстной вещи или раба ³⁷⁾. 2) Сроки всегда считаются неписанными при *heredes institutio*, это относится и къ отмѣнительнымъ (*dies ad quem*) и къ отлагательнымъ (*dies a quo*) срокамъ: и тѣ, и другіе несогласны съ правиломъ: *semel heres semper heres* (см. *Общ. ч. § 42, IV, 3*). Въ завѣщаніяхъ солдатъ сроки имѣли значеніе: при наступленіи отмѣнительнаго срока наследство переходило къ субститутамъ или *heredes ab intestato*; до наступленія отлагательнаго срока наследство выдавалось наследникамъ, назначеннымъ въ завѣщаніи безъ срока, или наследникамъ *ab intestato* ³⁸⁾.—3) Къ назначенію наследника могъ быть прибавленъ *modus* (*heredis institutio sub modo*). Въ такомъ случаѣ наследникъ принуждался исполнить *modus*. (О разныхъ средствахъ принужденія сказано было въ *Общей части § 45, II*).

§ 9. Назначеніе наследника (продолженіе).

2. Объемъ назначенія наследника.

I. Завѣщатель могъ назначить одного наследника или же нѣсколькихъ и въ послѣднемъ случаѣ могъ указать имъ любыя части наследства. Для пониманія терминологіи источниковъ слѣдуетъ замѣтить, что римляне называли все наследство *as*; поэтому наследникъ, получающій все наследство (т. е. единственный наследникъ) назывался *heres ex asse*. *As* дѣлился на двѣнадцать частей, которыя назывались *unciae*; въ унціяхъ обыкновенно и выражались доли сонаследниковъ; при этомъ существовали слѣдующія техническія названія для этихъ долей: *sextans* = 2 *unciae* = $\frac{1}{6}$ *assa*; *quadrans* = 3 *unciae* = $\frac{1}{4}$ *assa*; *triens* = 4 *unciae* = $\frac{1}{3}$ *assa*; *quincunx* = 5 *unciae* = $\frac{5}{12}$ *assa*; *semis* = 6 *unciae* = $\frac{1}{2}$ *assa*; *septunx* = 7 *unciae* = $\frac{7}{12}$ *assa*; *bes* = 8 *unciae* = $\frac{2}{3}$ *assa*; *dodrans* = 9 *unciae* = $\frac{3}{4}$ *assa*; *dextans* = 10 *unciae* = $\frac{5}{6}$ *assa*; *deunx* = 11 *unciae* = $\frac{11}{12}$ *assa* (§ 5 J. 2, 14).

II. Если завѣщатель назначаетъ одного наследника (*heres ex asse*), то ему дается все наследство, хотя бы завѣщатель прибавилъ къ его назначенію указаніе опредѣленной части наследства; дѣло въ томъ, что остальную часть наследства было некому передать: наследники *ab intestato* не могли на нее претендовать въ силу извѣстнаго намъ правила. «*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*». Въ завѣщаніяхъ солдатъ это правило не при-

³⁶⁾ L. 73. D. 35, 1.

³⁷⁾ L. 73 D. 35, 1. L. 4 § 1. D. 28, 7. Подробности у *Гафона § 401, I, 2a. Dernburg III § 83, 3. Windscheid, § 554, пр. 7.*

³⁸⁾ L. 15 § 4. L. 41 пр. D. 29, 1. L. 8 C. 6, 21.

мѣнялось, и поэтому часть наслѣдства, о которой завѣщатель не распорядился, переходитъ къ наслѣдникамъ *ab intestato* ¹⁾).

III. Если завѣщатель назначалъ *нѣсколькихъ наслѣдниковъ*, то раздѣлъ наслѣдства производился различно, смотря по тому, были ли имъ указаны въ завѣщаніи опредѣленные части или нѣтъ.

а) Завѣщатель *не указалъ частей наслѣдниковъ*. Въ такомъ случаѣ наслѣдство дѣлилось поровну между всѣми ²⁾. Но было одно исключеніе изъ этого правила. Именно, завѣщатель могъ соединить вмѣстѣ нѣсколькихъ наслѣдниковъ, противопоставивъ ихъ остальнымъ, и тѣмъ выразить, что всѣ эти соединенные наслѣдники вмѣстѣ должны получить одну долю, равную долѣ, которую получить каждый изъ остальныхъ наслѣдниковъ ³⁾. Это соединеніе можетъ быть сдѣлано въ одномъ предложеніи, и тогда мы имѣемъ *heredes re et verbis conjuncti*: напр., «*Primus et fratris mei filii heredes sunt*»; въ этомъ случаѣ $\frac{1}{2}$ наслѣдства получаетъ Primus, а другую половину дѣлятъ между собою fratris filii ⁴⁾; другой примѣръ: «*Titius heres esto, Sejus et Moevius heredes sunt*» ⁵⁾. Или же соединеніе нѣсколькихъ наслѣдниковъ можетъ быть сдѣлано даже въ разныхъ предложеніяхъ; тогда мы имѣемъ *heredes re tantum conjuncti*; напр., «*Titius ex parte dimidia heres esto, Sejus ex parte dimidia; ex qua parte Sejum institui, ex eadem parte Sempronius heres esto*»; здѣсь половину наслѣдства получить Тицій, а другую половину раздѣлять Сей и Семпроній ⁶⁾.—Но иногда соединеніе нѣсколькихъ наслѣдниковъ не указываетъ на волю завѣщателя произвести такого рода неравный раздѣлъ; тогда римляне говорятъ о *verbis tantum conjuncti* и не придаютъ значенія такому соединенію; напримѣръ, если въ завѣщаніи стоитъ: «*Primus et fratris mei filii aequae heredes sunt*», то слово *aequae* указываетъ, что раздѣлъ долженъ быть совершенъ между всѣми поровну ⁷⁾.

б) Завѣщатель *опредѣлилъ доли сонаслѣдниковъ*; тогда раздѣлъ производится согласно его указаніямъ. Если указанная доля не исчерпываетъ всего наслѣдства, то онѣ пропорціонально увеличиваются ⁸⁾ (въ завѣщаніи солдатъ остатокъ наслѣдства, за вычетомъ указанныхъ завѣщателемъ долей, дается наслѣдникамъ *ab intestato*). Если указанная завѣщателемъ доля превышаетъ наслѣдство, то онѣ соотвѣтственно уменьшаются ⁹⁾.—Если завѣщатель назначилъ *однихъ наслѣдниковъ съ указаніемъ частей, а другихъ просто*, то послѣдніе дѣлятъ между собою поровну то, что остается за вычетомъ частей, указанныхъ первымъ ¹⁰⁾. Если части первыхъ превышаютъ наслѣдство, то римляне принимаютъ наслѣдство не за одинъ ассъ, а за два (*dupondium*), въ которыхъ 24 унсіае; соотвѣтственно съ этимъ доля, указанная каждому наслѣднику завѣщателемъ, уменьшается вдвое, и для наслѣдниковъ, назначенныхъ безъ указанія частей, получается остатокъ (напр., «А. долженъ получить 5 унсіае, В—4 унсіае, С—7 унсіае, D и E остальное», гласитъ завѣщаніе; въ наслѣдствѣ считаются тогда 24

¹⁾ § 5. J. 2, 14.

²⁾ § 6. J. 2, 14. L. 9 § 12. L. 35 pr. D. 28, 5.

³⁾ L. 142. D. 50, 16.

⁴⁾ L. 13 pr. D. 28, 5.

⁵⁾ L. 60 (59) § 2. D. 28, 5.

⁶⁾ L. 15 pr. D. 28, 5.

⁷⁾ L. 13 pr. D. 28, 5.

⁸⁾ L. 13 § 3. L. 79 (78) § 1. D. 28, 5. § 5, 7. J. 2, 14.

⁹⁾ L. 13 § 4—7. L. 15 § 1. L. 48 § 1, D. 28, 5. § 7. J. 2, 14 ср. L. 23 pr. C. 6, 37 и къ этому Windscheid § 552 пр. 12.

¹⁰⁾ L. 17 pr. L. 78. L. 79 § 2. D. 28, 5. § 6. J. 2, 14.

unciae и каждая uncia = не $\frac{1}{12}$, а $\frac{1}{24}$ наследства, такъ что А получает $\frac{5}{24}$, В — $\frac{4}{24}$, С — $\frac{7}{24}$, а D и E по $\frac{4}{24}$ наследства). Въ случаѣ нужды можно принять наследство на 3 асса (tripondium), т.-е. за 36 unciae, или, иными словами, уменьшить доли наследниковъ съ опредѣленными частями втрое и т. д. ¹¹⁾. — Если доли наследниковъ съ опредѣленными частями исчерпываютъ какъ разъ все наследство, то наследство дѣлится пополамъ, и вторая половина дается наследникамъ безъ опредѣленныхъ частей. Этого не дѣлается въ томъ случаѣ, если завѣщатель, исчерпавъ все наследство, прямо указываетъ, что прочіе наследники должны получить остатокъ (котораго нѣтъ); тогда ясно, что ихъ назначеніе есть простая насмѣшка или шутка ¹²⁾.

IV. Намъ остается сказать о такъ назыв. *institutio ex re certa*. Подъ этимъ именемъ разумѣется такое назначеніе наследника, въ которомъ завѣщатель прямо указалъ, что такое-то лицо должно быть его heres и получить извѣстную опредѣленную вещь изъ его наследства (а не долю, квоту наследства). Напр., завѣщатель пишетъ: «А долженъ быть heres и долженъ получить мое помѣстье въ Италіи; В пусть также будетъ heres и получить мой домъ въ Римѣ» и т. д. ¹³⁾. Въ такого рода назначеніи наследника та ненормальность, что наследникъ — heres — по существу этого понятія есть универсальный преемникъ: онъ долженъ получить и активъ, и пассивъ, т.-е. долги наследства. Данное назначеніе не указываетъ, куда слѣдуетъ дѣвать остальные части наследственного актива, и, главное, не указываетъ, кто долженъ отвѣчать за долги наследства. Чтобы не дѣлать завѣщанія ничтожнымъ, признавая ничтожнымъ такое назначеніе наследника, юристы римскіе подыскали способъ, при помощи котораго они 1) обращали такое назначеніе все-таки въ назначеніе универсальнаго преемника; 2) но въ то же время старались, чтобы назначенный наследникъ получилъ не больше того, что ему желалъ дать насльдодатель. Именно, юристы толковали такую *institutio ex re certa* слѣдующимъ образомъ:

а) Если въ завѣщаніи назначенъ только одинъ наследникъ и притомъ *ex re certa*, то онъ считался назначеннымъ ex asse, т.-е. получалъ все наследство ¹⁴⁾. Но, если только было ясно, кому желалъ предоставить завѣщатель остальное наследство за вычетомъ *res certa*, то назначенный наследникъ признавался обремененнымъ универсальнымъ фидеикоммиссомъ въ пользу этого лица; онъ долженъ былъ ему выдать все наследство, а себѣ удержать только указанную завѣщателемъ *res certa* въ качествѣ легата. Это имѣло мѣсто, напр., въ томъ случаѣ, если завѣщатель составилъ сперва одно завѣщаніе, а затѣмъ уничтожилъ его составленіемъ новаго завѣщанія, гдѣ назначилъ новаго наследника, но *ex re certa*, и при этомъ подтвердилъ распоряженія стараго завѣщанія: heres *ex re certa* долженъ былъ выдать наследство, какъ фидеикоммиссъ, наследникамъ по старому завѣщанію ¹⁵⁾.

б) Если назначено нѣсколько наследниковъ и все *ex certis rebus* ¹⁶⁾, то они дѣлятъ наследство поровну и поровну отвѣчаютъ за долги наследства ¹⁷⁾,

¹¹⁾ § 6. J. 2, 14. L. 17 § 3—5. L. 18. L. 20 § 1. L. 54. L. 79 § 2. D. 28, 5.

¹²⁾ L. 17 § 3. L. 79 § 3. L. 80 D. 28, 5.

¹³⁾ Ср. L. 35. L. 79 pr. D. 28, 5.

¹⁴⁾ L. 1 § 4. D. 28, 5. L. 41 § 8. D. 28. 6.

¹⁵⁾ L. 30 (29). D. 36, 1 § 3. J. 2, 17. Windscheid § 552 пр. 6. Dernburg III, § 87 пр. 5.

¹⁶⁾ L. 35. L. 79 pr. D. 28, 5.

¹⁷⁾ L. 10, 11, 9 § 13. D. 28, 5.

указанныя же каждому изъ нихъ *certae res* они получаютъ при раздѣлѣ наслѣдства въ качествѣ легатовъ ¹⁸⁾ (легать въ пользу одного изъ сонаслѣдниковъ, возложенный на другихъ сонаслѣдниковъ, технически называется *praelegatum*). Если же и въ этомъ случаѣ ясно, кому желалъ предоставить завѣщатель остальную часть наслѣдства, которая остается за вычетомъ назначенныхъ наслѣдникамъ *certae res*, то дѣло рѣшается, какъ въ первомъ случаѣ.

с) Если *нѣкоторые наслѣдники назначены просто, in partes, а другіе получаютъ certae res*, то послѣдніе номинально считаются за сонаслѣдниковъ, но ихъ части наслѣдства сами собою переходятъ къ первымъ на основаніи принимаемаго въ этомъ случаѣ молчаливаго фидеикоммисса; *heredes ex re certa* удерживаютъ за собою въ качествѣ легатовъ только указанныя имъ *certae res* ¹⁹⁾.

д) Въ *завѣщаніяхъ солдатъ*, гдѣ не примѣняется правило «*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*», *heres ex re certa* получаетъ всегда лишь указанную ему вещь; все наслѣдство онъ долженъ выдать или сонаслѣдникамъ (въ случаѣ с) или же наслѣдникамъ *ab intestato* (въ случаѣ а и б, а также и въ случаѣ с, если сонаслѣдники назначены не во всемъ наслѣдствѣ) ²⁰⁾.

§ 10. Назначеніе наслѣдника. (Окончаніе).

3. *Substitutiones*.

I. Подъ именемъ *substitutio* первоначально разумѣлось назначеніе второго наслѣдника на случай, если лицо, назначенное на первомъ мѣстѣ, не сдѣлается наслѣдникомъ. Но съ теченіемъ времени изъ этого общаго понятія развилось три случая субституціи; эти три случая являются въ своемъ окончательномъ развитіи настолько различными между собою, что связать ихъ въ одну группу является возможнымъ только чисто историческимъ путемъ, обращаясь къ исторіи ихъ развитія изъ одной общей идеи. Эти три случая носятъ каждый особое названіе: *substitutio vulgaris*, *substitutio pupillaris* и *substitutio quasi pupillaris*.

Разберемъ каждый случай въ отдѣльности.

II. *Substitutio vulgaris*. Такъ называется назначеніе въ завѣщаніи наслѣдника на мѣсто другого, назначеннаго на первомъ планѣ (*primo gradu, primo loco scriptus heres*), на случай, *если этотъ послѣдній не сдѣлается наслѣдникомъ* ¹⁾. Субститутъ, слѣдовательно, есть наслѣдникъ, назначенный подъ суспензивнымъ условіемъ, которое состоитъ въ томъ, что первый наслѣдникъ (*institutus* въ отличіе отъ *substitutus* ²⁾) не сдѣлается наслѣдникомъ, т.-е. не приметъ открывшагося наслѣдства или умретъ раньше его открытія (напр., раньше смерти завѣщателя). Такимъ образомъ, субституція, какъ условное назначеніе наслѣдника, должна удовлетворять всѣмъ условіямъ, которыя требуются отъ *institutio heredis* ³⁾. Въ качествѣ субститута можетъ быть назначено не только

¹⁸⁾ L. 35 § 1. L. 79 pr. D. 28. 5.

¹⁹⁾ L. 13 C. 6, 24 и къ этому Windscheid § 553 пр. 11. Dernburg III, § 87, 3. Baroz § 400, I.

²⁰⁾ L. 6, 11 § 2, 12, 13 пр., 17 пр. D. 29, 1. L. 2. C. 6, 21.

¹⁾ L. 36 пр. D. 28, 6. пр. J. 2, 15. Для субститута въ свою очередь можетъ быть назначенъ субститутъ, для послѣдняго—также и т. д. Въ такомъ случаѣ примѣняются особые правила, смыслъ которыхъ передается (современной) поговоркой: *substitutus substituto censetur institutus*. L. 27, 41 пр. D. 28, 6 § 3. J. 2, 15. Windscheid § 557 пр. 10—11. Baroz § 402 пр. 2, 3. Girard стр. 802 пр. 1—3.

²⁾ L. 1 пр. D. 28, 5.

³⁾ См. выше § 8.—L. 60 § 6. D. 28, 5. L. 23, 45 § 1. D. 28, 6; L. 81. D. 29, 2. L. 9 D. 38, 16. Windscheid § 557 пр. 2.

постороннее лицо, но и одинъ изъ сонаслѣдниковъ ⁴⁾, или всѣ сонаслѣдники могутъ быть сдѣланы субститутами для одного изъ нихъ, или, наконецъ, всѣ сонаслѣдники могутъ быть взаимно назначены субститутами другъ другу ⁵⁾. Субституту открывается наслѣдство по наступленіи условія его субституціи, т.-е. тогда, когда первый наслѣдникъ самъ не получить наслѣдства ⁶⁾ и вмѣсто него не явится кто либо другой (случай т. наз. *transmissio hereditatis* ⁷⁾), а также и тогда, когда приобрѣтеніе наслѣдства первымъ наслѣдникомъ почему либо будетъ уничтожено (напр., вслѣдствіе *in integrum restitutio* ⁸⁾ или вслѣдствіе *beneficium abstinendi* ⁹⁾; но не вслѣдствіе отнятія наслѣдства у наслѣдника на основаніи его *indignitas* ¹⁰⁾).

III. *Substitutio pupillaris*. Въ развитомъ римскомъ правѣ эта субституція по существу не имѣетъ ничего общаго съ *substitutio vulgaris*, такъ что является даже затруднительнымъ объяснить, почему она также называется *substitutio* и постоянно разбирается римскими юристами въ связи съ *substitutio vulgaris*.

Именно, подъ *substitutio pupillaris* въ развитомъ правѣ разумѣется такого рода институтъ: домовладыка имѣетъ право, дѣлая завѣщаніе о своемъ имуществѣ, назначить наслѣдника также и своему малолѣтнему (*impubes*) *нисходящему, стоящему непосредственно подъ его властью*, на случай, если этотъ подвластный умретъ раньше достиженія *pupertas* ¹¹⁾, т.-е. въ томъ еще возрастѣ, когда онъ самъ завѣщанія совершать не можетъ, а потому не можетъ и назначить самъ себѣ наслѣдника. Такой наслѣдникъ подвластнаго и назывался *substitutus*. При этомъ отецъ вовсе не обязанъ былъ назначать самого подвластнаго своимъ наслѣдникомъ: онъ могъ лишить его наслѣдства (*exheredare*) ¹²⁾. Тогда субститутъ, наслѣдуя малолѣтнему, получить только то имущество, которое самъ малолѣтній прибрѣлъ не отъ домовладыки, которому онъ не наслѣдовалъ, а изъ другихъ источниковъ. Если же домовладыка назначалъ подвластнаго наслѣдникомъ себѣ, а затѣмъ наступали условія для наслѣдованія субститута (т.-е. подвластный умиралъ, получивъ отцовское наслѣдство, но не достигнувъ *pupertas*), то субститутъ все-таки считался наслѣдникомъ не самого отца, а его малолѣтняго подвластнаго, хотя бы у послѣдняго не было никакого иного имущества, кромѣ унаслѣдованнаго отъ отца ¹³⁾.

Ясно, что здѣсь мы не имѣемъ подназначенія одного наслѣдника вмѣсто другого, какъ при *substitutio vulgaris*, а просто имѣемъ *назначеніе однимъ лицомъ наслѣдника другому лицу*. Почему же римскіе юристы считаютъ эту *substitutio* институтомъ, родственнымъ съ *substitutio vulgaris*? Загадка можетъ

⁴⁾ L. 4 § 2. L. 23 D. 28, 6. § 1 J. 2, 15.

⁵⁾ *Substitutio reciproca* или *mutua*. L. 5, 24, 41 § 1, 4. D. 28, 6. § 2. J. 2, 15 ср. L. 32 D. 28, 6.

⁶⁾ L. 3. C. 6, 24.

⁷⁾ См. ниже § 21.—L. 41 (40). D. 28, 5 § 4. J. 2, 15.

⁸⁾ См. ниже § 23, II, 1. L. 7 § 10. L. 24 § 4. D. 4, 4.

⁹⁾ См. ниже § 19, I, B.—L. 44. D. 42, 1.

¹⁰⁾ См. ниже § 23, II, 5.—L. 12 pr. D. 29, 5.

¹¹⁾ L. 2 pr. L. 41 § 2. D. 28, 6 pr. J. 2, 16.—Объ *arrogatus* см. L. 10 § 6. D. 28, 6. L. 22 § 1. D. 1, 7.

¹²⁾ L. 1 § 2. L. 10 § 5. D. 28, 6 (въ прим. 13).

¹³⁾ L. 10 § 5. D. 28, 6. Ulp. 4. Sab. *Ad substitutos pupillares pertinent et si quae postea pupillis obveniant: neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis, cum et exheredato substituere quis possit.*—L. 2 § 2. D. 18, 4. Ulp. 49. Sab. *unum testamentum alia atque alia hereditas est.*—L. 2 § 4. D. 28, 6. Ulp. 6. Sab. Ср. Gai 2, 180. Къ этому *Dernburg* III, § 89 пр. 5, 10. *Girard* стр. 805 пр. 6—7.

быть объяснена только слѣдующимъ путемъ ¹⁴⁾. Вѣроятно, первоначально и эта субституція была также подназначеніемъ второго наслѣдника въ наслѣдствѣ самого отца на случай, если первый его наслѣдникъ не получитъ наслѣдства. Именно, въ первоначальную эпоху отецъ, вѣроятно, непременно долженъ былъ прежде всего самого малолѣтняго подвластнаго назначить своимъ наслѣдникомъ; тогда ему дозволялось назначить субститута на случай, если подвластный умретъ, получивъ наслѣдство, но раньше достиженія *pubertas*, и передать этому субституту все свое наслѣдство ¹⁵⁾; частью отцовскаго наслѣдства считалось и то, что приобрѣтеть самъ *impuves* по смерти отца. Такимъ образомъ, субститутъ являлся вторымъ наслѣдникомъ самого отца въ случаѣ ранней смерти перваго наслѣдника, т.-е. малолѣтняго подвластнаго. Отсюда и названіе этого случая именемъ *substitutio*. Въ этой субституціи домовладыка имѣлъ средство, въ случаѣ ранней смерти своего малолѣтняго наслѣдника, передать наслѣдство какому-либо близкому лицу вмѣсто отдаленныхъ агнатовъ, къ которымъ наслѣдство малолѣтняго могло бы пойти по закону при отсутствіи субституціи. — Съ теченіемъ времени стали дозволять отцу, дѣлая эту субституцію, самого малолѣтняго лишать наслѣдства; тогда развился взглядъ, что субститутъ является наслѣдникомъ не самого отца, а малолѣтняго подвластнаго, и связь этой *substitutio* съ *substitutio vulgaris* утратилась. Однако, и въ позднѣйшемъ состояніи института есть черты, указывающія на то, что субститутъ считался первоначально наслѣдникомъ самого отца, а не малолѣтняго подвластнаго. Таково, напр., положеніе, по которому вульгарный субститутъ въ завѣщаніи отца въ случаѣ сомнѣнія всегда считается и пупиллярнымъ, и наоборотъ ¹⁶⁾. Такова, далѣе, норма, согласно которой отецъ только тогда можетъ назначить своему подвластному субститута, когда составитъ завѣщаніе о своемъ собственномъ имуществѣ ¹⁷⁾, т.-е. другими словами, когда назначить себѣ перваго наслѣдника (первоначально, какъ сказано, такимъ первымъ наслѣдникомъ долженъ былъ быть, вѣроятно, самъ малолѣтній подвластный); самая субституція *pupillaris* можетъ быть сдѣлана и не въ завѣщаніи, а въ другомъ документѣ (*secundae tabulae*) ¹⁸⁾, но при ничтожности завѣщанія теряетъ силу и субституція ¹⁹⁾.

Изъ этого очерка видно, что въ развитомъ правѣ при *substitutio pupillaris* борются двѣ основныя идеи: вообще *substitutus* теперь считается за наслѣдника малолѣтнему, а не его отцу; но есть въ этомъ институтѣ и такія нормы, которыя могутъ быть выведены только изъ прежней основной идеи института, согласно которой пупиллярный субститутъ считался вторымъ наслѣдникомъ самого отца въ случаѣ ранней смерти его перваго наслѣдника—малолѣтняго подвластнаго. Поэтому-то положенія римскаго права о пупиллярной субституціи отличаются большой запутанностью ²⁰⁾.

IV. *Substitutio quasi pupillaris*. Юстиніанъ создалъ по аналогіи съ *substitutio pupillaris* еще одинъ видъ субституціи: *substitutio quasi pupillaris*, или

¹⁴⁾ Ср. къ послѣдующему *Vangerow* II, § 452. *Dernburg* III, § 89. *Girard* стр. 804—6.

¹⁵⁾ Ср. L. 1 § 1. D. 28, 6. *Cic. de inv.* II § 122; *de orat.* II c. 32. L. 28, D. 42, 5.

¹⁶⁾ L. 4, 45. D. 28, 6. L. 2, 4. C. 6, 26. L. 6 C. 6, 21. *Dernburg* § 89 пр. 15 *Girard* тр. 804 пр. 4.

¹⁷⁾ L. 2 § 4. L. 20. D. 28, 6.

¹⁸⁾ L. 16 § 1 D. 28, 6. *Gai* 2, 181.

¹⁹⁾ L. 2 пр. L. 10 § 4. L. 16 § 1. D. 28, 6.

²⁰⁾ Особыя правила существуютъ для *substitutio pupillaris* въ *testamentum militare*. L. 15 § 5. L. 41 § 4, 5. D. 29, 1. L. 15 D. 28, 6. L. 8 C. 6, 26. *Baronx* § 403, II. *Girard* стр. 806 пр. 5.

Iustinianeae. Эта субституція сводится къ тому, что восходящіе родственники могут назначать своему безумному нисходящему наслѣдника на случай, если этот нисходящій умретъ, не выздоровѣвши отъ своей душевной болѣзни. Нисходящій не долженъ стоять непременно подъ властью назначающаго ему субститута, восходящаго. Но восходящій долженъ оставить нисходящему *portio legitima*, долженъ совершить завѣщаніе и для самого себя и обязанъ выбрать субститута изъ числа нисходящихъ самого безумнаго, а за неимѣніемъ ихъ, изъ числа своихъ собственныхъ нисходящихъ; при отсутствіи послѣднихъ его выборъ свободенъ ²¹⁾.

Съ особаго разрѣшенія императора домовладыка можетъ назначить наслѣдника своему подвластному, который по какой-либо причинѣ не можетъ совершить завѣщанія (напримѣръ, нѣмому) ²²⁾. Эта субституція теряетъ силу не только съ выздоровленіемъ подвластнаго, но и съ рожденіемъ у него необходимаго наслѣдника.

§ 11. Недѣйствительность завѣщанія.

Завѣщаніе можетъ не имѣть силы съ самаго начала, или же потерять ее впоследствии. Самая недѣйствительность завѣщанія можетъ быть ничтожностью и оспариваемостью (см. объ этихъ терминахъ. *Общ. ч.* § 47).

I. Съ самаго начала вполне ничтожными (*testamentum nullum*) являются тѣ завѣщанія, въ которыхъ отсутствуетъ одно изъ главныхъ условий, указанныхъ въ концѣ § 5, т.-е.: 1) завѣщатель не имѣетъ *testamenti factio activa*, 2) несоблюдена форма завѣщанія ¹⁾, 3) нѣтъ дѣйствительнаго назначенія наслѣдника ²⁾. — Съ самаго начала оспариваемыми являются завѣщанія, совершенныя подъ вліяніемъ заблужденія, принужденія, обмана (см. выше § 8, 1).

II. Дѣйствительное завѣщаніе можетъ позже потерять силу вслѣдствіе разныхъ причинъ.

а) Такъ какъ завѣщаніе есть актъ односторонне-отмѣнимый, то самъ завѣщатель всегда можетъ по своей волѣ отнять силу у своего завѣщанія (см. выше § 5 III). Такая отмѣна завѣщанія можетъ быть совершена разными способами. 1) Прежде всего, она заключается въ совершеніи новаго завѣщанія ³⁾. Если это новое завѣщаніе не ничтожно въ самый моментъ его совершенія ⁴⁾, то старое завѣщаніе теряетъ силу, обращаясь въ т. наз. *testamentum ruptum* (*posteriore testamento rumpitur superius*) ⁵⁾. Если новое завѣщаніе было дѣйствительно съ самаго начала, но потомъ потеряло силу (напр., наслѣдники отказались вступить по нему въ наслѣдство), то это не мѣшаетъ все-таки уничтоженію стараго завѣщанія ⁶⁾. Старое завѣщаніе вступаетъ въ силу только въ тѣхъ слу-

²¹⁾ L. 9. C. 6, 26 § 1. J. 2, 16. Спорнымъ является принципиальный вопросъ: получаетъ ли субститутъ все наслѣдство безумнаго или же только то, что оставлено было безумному восходящимъ? Въ первомъ смыслѣ высказываются напр. Windscheid § 560 пр. 4. Dernburg III, § 90; во второмъ — Vangerow II § 456. Baron § 404, II; съ точки зрѣнія послѣднихъ писателей *substitutio quasi pupillaris* въ сущности оказывается универсальнымъ фидейкомиссомъ.

²²⁾ L. 43 пр. D. 28, 6.

¹⁾ L. 4. D. 28, 1.

²⁾ § 34. J. 2, 20.

³⁾ L. 1 D. 28, 3. L. 29 C. 6, 23.

⁴⁾ L. 1, 2, 16. D. 28, 3. L. 7 D. 28, 2. Ср. еще особую норму въ L. 21 § 5. C. 6, 23. L. 2 D. 28, 3. Girard стр. 811 пр. 4. Dernburg III, § 94 пр. 5.

⁵⁾ § 2. J. 2, 17.

⁶⁾ L. 3 § 4. L. 16 D. 28, 3. L. 36 § 4. D. 29, 1 § 2. J. 2, 17.

чаяхъ, когда новое завѣщаніе оспорено и уничтожено, какъ составленное подъ вліяніемъ заблужденія или принужденія ⁷⁾ (см. выше § 8, I), или когда завѣщатель самъ уничтожитъ новое завѣщаніе съ цѣлью возстановить силу стараго ⁸⁾. 2) Далѣе, отмѣна завѣщанія можетъ быть сдѣлана черезъ специальное объ этомъ заявленіе завѣщателя передъ судомъ или тремя свидѣтелями. Это заявленіе только тогда уничтожаетъ завѣщаніе, если со времени составленія завѣщанія прошло не менѣе 10 лѣтъ ⁹⁾.—3) Наконецъ, письменное завѣщаніе отмѣняется тѣмъ, что завѣщатель съ этою цѣлью уничтожаетъ самыя tabulae testamenti или срываетъ печати свидѣтелей ¹⁰⁾. Если же документъ письменнаго завѣщанія уничтожился или былъ попорченъ помимо воли завѣщателя, то это не отмѣняетъ завѣщанія, но, конечно, дѣлаетъ труднымъ или даже невозможнымъ доказательство его совершенія или содержанія ¹¹⁾.

б) Помимо воли завѣщателя его вполне дѣйствительное завѣщаніе можетъ потерять силу съ теченіемъ времени по слѣдующимъ причинамъ. 1) Если завѣщатель въ силу *capitis deminutio* потеряетъ *testamenti factio activa* по совершеніи завѣщанія (*testamentum irritum* ¹²⁾). Если къ моменту смерти завѣщатель вновь приобрѣтетъ *testamenti factio*, то сила его завѣщанія возстановляется безусловно въ томъ случаѣ, когда *cap. dem.* наступила противъ его воли ¹³⁾; въ противномъ случаѣ требуется, чтобы завѣщатель какъ-нибудь подтвердилъ свое старое завѣщаніе ¹⁴⁾. 2) Если назначенные наследники все теряютъ *testamenti factio passiva*, или умираютъ раньше завѣщателя, или не принимаютъ наследства по завѣщанію, то завѣщаніе теряетъ силу, какъ *testamentum destitutum* или *desertum* ¹⁵⁾.

Особымъ основаніемъ, въ силу котораго завѣщаніе вполне или отчасти можетъ быть недействительнымъ, является нарушеніе въ немъ интересовъ т. наз. необходимыхъ наследниковъ. Объ этомъ мы будемъ говорить подробно ниже (въ главѣ IV настоящаго отдѣла ¹⁶⁾).

Глава III. Призваніе къ наслѣдству ab intestato.

§ 12. Общія положенія. Историческія замѣчанія.

I. Если послѣ умершаго не оказывается никакого наследника по завѣщанію, то въ его имуществѣ открывается наслѣдованіе ab intestato. Необходимымъ условіемъ открытія этого порядка наслѣдованія является окончательное рѣшеніе вопроса о томъ, что никакого наслѣдованія по завѣщанію не наступитъ. Поэтому наслѣдованіе ab intestato не открывается, напр., пока условіе,

⁷⁾ L. 93 (92). D. 28, 5.

⁸⁾ L. 11 § 2 inf. D. 37, 11. О завѣщаніяхъ солдатъ см. L. 19 pr. L. 36 § 1. D. 29, 1.

⁹⁾ L. 27 C. 6, 23. Солдатское завѣщаніе можетъ быть отмѣнено безформенно. L. 15 § 1. D. 29, 1.

¹⁰⁾ L. 1 § 8. D. 38, 6. L. 1 § 10. L. 8 § 3. D. 37, 11. L. 30 C. 6, 23. Dig. 28, 4. Ср. Gai 2, 151. Girard стр. 810 сл. Windscheid § 565 пр. 8.

¹¹⁾ L. 1 pr.—§ 3. D. 28, 4. L. 20 D. 28, 3. L. 30 C. 6, 23.

¹²⁾ § 4, 5. J. 2, 17.

¹³⁾ § 6. J. 2, 17.

¹⁴⁾ L. 11 § 2. D. 37, 11. Windscheid § 563 пр. 7. Accarias I, § 342, 3 Girard стр. 812. Ср. впрочемъ Dernburg III § 93 пр. 6.

¹⁵⁾ § 2. J. 2, 17. L. 1 D. 28, 3. L. 181. D. 50, 17.

¹⁶⁾ О порядкѣ, установленномъ для вскрытія завѣщанія, см. Baronz § 460. Girard стр. 813 сл.

подъ которымъ назначенъ наслѣдникъ въ завѣщаніи, находится in pendentі (объ этомъ терминѣ см. Общ. ч. § 41, п. 3), или пока призванный по завѣщанію наслѣдникъ не высказался еще о томъ, приметъ ли онъ наслѣдство, или нѣтъ. Если выяснилось, что наслѣдованіе по завѣщанію не наступитъ, то къ наслѣдству призывается ближайшій наслѣдникъ ab intestato. *Ближайшій наслѣдникъ* есть тотъ, который оказывается на первомъ мѣстѣ въ установленномъ закономъ порядкѣ наслѣдниковъ ab intestato въ самый моментъ открытія наслѣдства ab intestato ¹⁾. Изъ предыдущаго ясно, что этимъ моментомъ не всегда бываетъ моментъ смерти завѣщателя, а напр., моментъ ненаступления условія, прибавленнаго въ завѣщаніи къ institutio heredis, или моментъ отказа завѣщательнаго наслѣдника. Если ближайшій наслѣдникъ ab intestato не приметъ наслѣдства, то по развитому праву въ силу successio ordinum et graduum наслѣдство открывается слѣдующему за нимъ по порядку наслѣднику ab intestato (см. выше § 2, I пр. 5).

II. Самый порядокъ, въ которомъ по закону должны призываться наслѣдники ab intestato былъ различенъ въ разные эпохи развитія римскаго права.

По праву XII таблицъ существуетъ три класса наслѣдниковъ ²⁾. Основнымъ принципомъ наслѣдованія ab intestato признается агнатское родство наслѣдника съ наслѣдодателемъ. Въ первомъ классѣ призываются sui heredes, т.-е. тѣ лица, которыя находились въ моментъ смерти наслѣдодателя непосредственно подъ его властью, а также тѣ, которыя были зачаты въ этотъ моментъ и, если бы родились уже тогда, были бы подъ его властью. Во второмъ классѣ призывался, при отсутствіи sui heredes, ближайшій по степени родства агнатъ (agnatus proximus). Въ третьемъ классѣ призывались, если не было агнатовъ, родичи (gentiles). Между этими классами и въ предѣлахъ каждаго класса между степенями не было преемства, т.-е. если представитель какого-либо класса былъ налицо, но не дѣлался почему-либо наслѣдникомъ, то наслѣдство не открывалось слѣдующему по порядку лицу или классу, а дѣлалось выморочнымъ (in legitimis hereditatibus successio non est; см. § 2, I, пр. 4).—Въ этотъ порядокъ наслѣдованія внесены были измѣненія *преторскимъ эдиктомъ* о bonorum possessio. Преторъ, во-первыхъ, въ своемъ эдиктѣ ввелъ successio ordinum et graduum ³⁾, т.-е. установилъ, что въ случаѣ непринятія наслѣдства ближайшими наслѣдникомъ ab intestato, оно должно открываться слѣдующему за нимъ по порядку наслѣднику (при этомъ, successio ordinum введено было для всѣхъ классовъ, а successio graduum имѣло мѣсто только въ классѣ unde cognati). Во-вторыхъ, преторъ впервые придалъ значеніе при наслѣдованіи на ряду съ агнатскимъ родствомъ и когнатскому, а также и брачной связи между лицами. Именно, преторская bonorum possessio intestati давалась слѣдующимъ классамъ наслѣдниковъ ⁴⁾. 1) *Unde liberi*. Сюда входятъ всѣ sui heredes и тѣ нисходящіе, которые перестали быть sui heredes вълѣдствіе capitis deminutio minima (эманципированные). 2) *Unde legitimi*. Сюда входятъ тѣ лица, которыя имѣли наслѣдственное право по закону XII таблицъ, т.-е. sui, agnati, gentiles. 3) *Unde cognati*. Въ этомъ классѣ наслѣдство дается ближайшимъ когнатамъ до 7 степени родства. 4) *Unde vir et uxor*. За неимѣніемъ когнатовъ наслѣдство получаетъ пережив-

1) § 7. J. 3, 1. L. 9 § 2. D. 28, 2.

2) Ulp. 26, 1. Coll. 16, 4. Gai. 3, 1 sqq.

3) L. 1 § 10. D. 38, 9.

4) Ulp. 28, 7 sqq. Gai 3, 25 sqq. Dig. 38, 6—8; 38, 11. Cod. 6, 14—15; 6, 13.

шій супругъ. — Въ теченіе императорскаго времени законодательство все болѣе и болѣе расширяетъ значеніе когнатскаго родства при наслѣдованіи. Особенное значеніе здѣсь имѣетъ *Sctum Tertullianum* (при Адрианѣ), которое установило наслѣдованіе матери, имѣющей *jus liberorum*, послѣ своихъ дѣтей предпочтительно передъ многими агнатами дѣтей⁵⁾, и *Sctum Orphitianum* 178 г. по Р. Х., которое дало дѣтямъ наслѣдственное право послѣ матери⁶⁾. При христіанскихъ императорахъ *Sctum Tertullianum* было распространено на мать, которая не имѣла *jus trium vel quattuor liberorum*⁷⁾ и сдѣланы были еще нѣкоторыя реформы съ цѣлью усилить значеніе когнатскаго элемента при наслѣдованіи. — Заключительную эпоху развитія составляетъ дѣятельность Юстиніана. Уже въ его компиляціи (*Corpus Juris Civilis*) принято нѣсколько его конституцій, въ которыхъ онъ старался по возможности уравнивать права агнатовъ и когнатовъ при наслѣдованіи *ab intestato*⁸⁾. Но окончательно реформировалъ онъ порядокъ наслѣдованія *ab intestato* послѣ изданія своего сборника; именно, въ 543 году Юстиніанъ издалъ знаменитую *Novella 118*, къ которой въ 547 г. издано было дополненіе — *Novella 127*. Эти двѣ повеллы и составляютъ основу юстиніанова порядка наслѣдованія *ab intestato*. Рядомъ съ ними осталось въ силѣ лишь нѣсколько институтовъ стараго права, какъ напримѣръ *bonorum possessio unde vir et uxor*, право бѣдной вдовы, дѣтей отъ конкубины и т. д.

III. Въ юстиніановомъ правѣ слѣдуетъ различать два порядка наслѣдованія по закону: обыкновенный и особенный. Обыкновенный порядокъ наслѣдованія (§ 13) основанъ на родствѣ и супружеской связи. Прежде всего, призываются въ извѣстномъ порядкѣ родственники, при чемъ родство по мужской линіи вполне уравнено съ родствомъ по женской линіи, агнаты не имѣютъ никакихъ преимуществъ передъ когнатами и мужчины передъ женщинами. За родственниками слѣдуетъ пережившій супругъ.

Особые порядки наслѣдованія (§ 14) касаются лишь отдѣльныхъ частей наслѣдства и конкурируютъ съ различными классами обыкновеннаго наслѣдованія.

§ 13. Обыкновенный порядокъ наслѣдованія *ab intestato* въ Юстиніановомъ правѣ.

Въ основѣ обыкновеннаго порядка наслѣдованія лежить: 1) родство, 2) брачная связь¹⁾.

I. На основаніи родства призываются къ наслѣдству на одинаковыхъ правахъ кровные родственники-когнаты и цивильные родственники-агнаты (объ этихъ понятіяхъ подробности см. въ Общ. ч. § 25). 1) Что касается, прежде всего, кровнаго родства, то оно, если основано на происхожденіи отъ законнаго брака, устанавливаетъ для родственниковъ основаніе взаимнаго наслѣдованія до самой отдаленной степени родства. Дѣти, происходящія отъ рожденія въ *justum matrimonium*, считаются въ родствѣ только съ матерью и ея родственниками, но не съ отцомъ²⁾; исключеніе составляютъ лишь дѣти отъ конкубины,

⁵⁾ Paul. 4, 9. Ulp. 26, 8. J. 3, 3.

⁶⁾ Ulp. 26, 7. J. 3, 4.

⁷⁾ L. 1 C. Th. 5, 1 L. 2 C. 8, 58.

⁸⁾ L. 12. C. 6, 55. L. 14, 15. C. 6, 58.

¹⁾ Nov. 118 c. 1.

²⁾ L. 2, 4, 8. D. 38, 8. Incestuosi (Общ. ч. § 25, А, f) не имѣютъ никакихъ наслѣдственныхъ правъ. Nov. 12. Windscheid § 571 пр. 13.

если они были узаконены ³⁾ (*legitimatio*; см. Семейное право § 16). Впрочем, между незаконными и неузаконенными детьми и их отцом иногда возможен особый порядок наследования (§ 14, I, 3).—2) Кроме когнатов, к наследству на равных правах призываются и те лица, которые состоятъ только въ *агнатской* связи съ умершимъ, не будучи его кровными родственниками, т.-е. усыновленные. Но, какъ было раньше выяснено (см. § 16 Семейного права), не всякое усыновление даетъ одинаковые результаты для наследования *ab intestato*. Именно, взаимное наследственное право возникает только между лицомъ аррогированнымъ или подвергшимся *adoptio plena* и его агнатскими нисходящими, съ одной стороны, и усыновителемъ и его агнатами, съ другой стороны ⁴⁾; при аррогации малолѣтняго лица (*impubes*), если это лицо умираетъ до достиженія *pubertas*, усыновитель не получаетъ наследственныхъ правъ ⁵⁾. При *adoptio minus plena* возникаетъ наследственное право только для усыновленного послѣ усыновителя, но не наоборотъ ⁶⁾. При *adoptio*, совершенной женщиной, возникаетъ взаимное наследственное право между усыновительницей, съ одной стороны, и усыновленнымъ и его нисходящими, съ другой ⁷⁾. Кроме того, усыновление не уничтожаетъ родственной связи между усыновленнымъ и его прежними когнатами ⁸⁾, такъ что эти когнаты наследуютъ усыновленному, вмѣстѣ съ родственниками его по усыновленію, и онъ имъ наследуетъ.

Бракъ составляетъ основаніе для обыкновеннаго наследования не по Nov. 118 и 127, а по преторскому эдикту (*bon. poss. unde vir et uxor*). Принято думать, что наследование пережившаго супруга не уничтожено этими новеллами, а потому пережившій супругъ долженъ призываться въ пятый классъ, если не будетъ наследниковъ первыхъ четырехъ классовъ, установленныхъ новеллами (ниже, IV, 5). Кроме того, вѣдвая вдове имѣетъ еще особое наследственное право, о которомъ рѣчь въ § 14, I, 2.

III. Наследники *ab intestato* въ юстиніановомъ правѣ раздѣляются на 5 классовъ; 4 класса введены новеллами, а 5-ый составляетъ пережившій супругъ. Каждый классъ исключаетъ дальнѣйшій, пока въ немъ есть наследники. Между классами существуетъ *successio ordinum*, т.-е. если наследство не будетъ приобрѣтено наличными наследниками одного класса, то оно открывается наследникамъ слѣдующаго класса. Въ предѣлахъ каждаго класса имѣетъ мѣсто *successio graduum*, т.-е. если наследство не приобрѣтено ближайшимъ представителемъ этого класса, то оно открывается слѣдующему за нимъ по близости родства ⁹⁾. Между наследниками, призванными вмѣстѣ въ одномъ классѣ, существуетъ *jus accrescendi*, т.-е. если одинъ изъ нихъ не приобрѣтетъ своей доли въ наследствѣ, то она прирастаетъ къ долямъ остальныхъ сонаследниковъ, призванныхъ вмѣстѣ съ нимъ (ниже § 22, II, 3, b). Спорнымъ является отношеніе этой *successio graduum* къ *jus accrescendi*, которое имѣетъ мѣсто между сонаследниками, призванными къ наследству на первомъ мѣстѣ, т.-е. вопросъ о томъ, должна ли освободившаяся за уничтоженіемъ одного изъ этихъ сонаследниковъ доля идти къ сонаследникамъ въ силу *jus accrescendi* и лишь при уничтоженіи

³⁾ L. 10. C. 5, 27. Nov. 98 c. 8.

⁴⁾ L. 1 § 4. D. 38, 8. L. 4 § 10. L. 5 D. 38, 10.

⁵⁾ L. 18—22 pr. D. 1, 7. L. 40. D. 28, 6 § 3. J. 1, 11.

⁶⁾ L. 10 C. 8, 47 § 2. J. 1, 11 § 14. J. 3, 1.

⁷⁾ L. 5. C. 8, 47.

⁸⁾ L. 1 § 4. D. 38, 8. L. 4 § 10. D. 38, 10 § 3. J. 3, 5.

⁹⁾ § 7. J. 3, 2. L. 4. C. 6, 4.

всѣхъ сонаслѣдниковъ открываться для слѣдующаго gradus, или же, наоборотъ, successio graduum должна имѣть предпочтеніе передъ jus accrescendi ¹⁰⁾).

Если въ какомъ-либо классѣ призывается сразу нѣсколько наслѣдниковъ, то наслѣдство дѣлится между ними. Притомъ дѣленіе бываетъ различно въ различныхъ случаяхъ. Вообще различается три рода дѣленія. 1) *Divisio in capita*, когда наслѣдство дѣлится поровну между нѣсколькими лицами. 2) *Divisio in stirpes*, когда нѣсколько лицъ получаютъ все вмѣстѣ одну долю, т.-е. принимаются все вмѣстѣ какъ бы за одно лицо при раздѣлѣ наслѣдства. 3) *Divisio in lineas* состоитъ въ томъ, что наслѣдство дѣлится на двѣ половины; одна идетъ къ восходящимъ родственникамъ со стороны отца наслѣдодателя, а другая—къ восходящимъ съ материнской стороны.

IV. Самый порядокъ наслѣдованія и правила раздѣла наслѣдства состоятъ въ слѣдующемъ:

1. Въ первомъ классѣ ¹¹⁾ призываются все нисходящіе наслѣдодателя, т.-е. его сыновья, дочери, внуки, внучки и т. д. обоего пола. Каждый нисходящій болѣе отдаленной степени родства только тогда исключается изъ наслѣдованія, когда наслѣдуетъ его собственный восходящій. Если же его собственный восходящій не наслѣдуетъ, то онъ призывается вмѣстѣ съ болѣе близкими нисходящими. Представимъ себѣ, напр., что у наслѣдодателя А было три сына: В, D, E и дочь С; у В въ свою очередь имѣется сынъ F, у С—сыновья G и H, у D—сынъ I и у E—дочь K и сынъ L; E умеръ еще раньше, чѣмъ А; въ этомъ случаѣ, по смерти А, ему наслѣдуютъ: В, С, D, K и L, и не наслѣдуютъ F, G, H, I.—Дѣленіе совершается такъ: если призваны только сыновья и дочери, то раздѣлъ совершается in capita, т.-е. поровну; если же къ наслѣдству призываются сыновья и дочери вмѣстѣ съ потомствомъ какого-либо раньше умершаго сына или дочери (т.-е. вмѣстѣ съ внуками и внучками наслѣдодателя) или одни только потомки раньше умершихъ сыновей и дочерей (т.-е. одни только внуки, внучки, правнуки и правнучки наслѣдодателя и т. д.), то наслѣдство дѣлится in stirpes, т.-е. потомки каждаго изъ сыновей или дочерей получаютъ все вмѣстѣ ту долю, которая пришлась бы на долю ихъ родоначальника, если бы онъ самъ былъ наслѣдникомъ. Въ нашемъ примѣрѣ наслѣдство будетъ раздѣлено сперва на 4 части, одна изъ которыхъ затѣмъ будетъ раздѣлена пополамъ между K и L—потомками умершаго сына наслѣдодателя—E.

2. Во второмъ классѣ ¹²⁾ призываются восходящіе родственники наслѣдодателя по близости степени родства и вмѣстѣ съ ними его полнородные (germani) братья и сестры (т.-е. братья и сестры, имѣющіе съ наслѣдодателемъ общихъ отца и мать), а также дѣти послѣднихъ (нисходящіе въ 1-й степени), если ихъ отецъ или мать не наслѣдуютъ.—Дѣленіе производится слѣдующимъ образомъ. Если наслѣдуютъ только восходящіе, то наслѣдство дѣлится in lineas, а въ предѣлахъ каждой линіи равно близкіе восходящіе дѣлятъ in capita; если наслѣдуютъ одни братья и сестры или восходящіе вмѣстѣ съ братьями и сестрами, то наслѣдство дѣлится in capita; если рядомъ съ восходящими братьями и сестрами призываются также дѣти отъ какого-либо уже умершаго брата и сестры, то эти послѣднія вмѣстѣ получаютъ ту долю, какую получили бы ихъ отецъ или

¹⁰⁾ Въ источникахъ этотъ вопросъ не затронутъ; большинство новѣйшихъ романистовъ высказывается за то, что successio должна имѣть мѣсто предпочтительно передъ jus accrescendi Windscheid § 573 пр. 5. Dernburg III, § 134 пр. 4. Barou § 410, 2. Иначе Vangerow II § 420.

¹¹⁾ Nov. 118 с. 1.

¹²⁾ Nov. 118 с. 2—3 пр. Nov. 127 с. 1.

мать. Какъ дѣлится въ томъ случаѣ, если наследуютъ одни только дѣти отъ различныхъ братьевъ и сестеръ наследодателя, — источники не указываютъ ¹³⁾).

3. *Въ третьемъ классѣ* ¹⁴⁾ *призываются* неполнородные братья и сестры наследодателя (т.-е. имѣющие съ нимъ только общаго отца — *единокровные, consanguinei* — и имѣющие съ нимъ только общую мать — *единоутробные, uterini*) и дѣти отъ умершихъ уже неполнородныхъ братьевъ и сестеръ. *Дѣленіе* происходитъ, какъ во второмъ классѣ.

4. *Въ четвертомъ классѣ* ¹⁵⁾ *призываются* всѣ остальные боковые родственники безъ ограниченія степенью родства. Ближайшая степень исключаетъ дальнѣйшую. Нѣсколько равно близкихъ родственниковъ *дѣлятъ in capita* ¹⁶⁾).

5. *Въ пятомъ классѣ* (по преторскому эдикту) призывается пережившій супругъ (*bonorum possessio unde vir et uxor* ¹⁷⁾). Его исключаетъ изъ наследованія самый отдаленный боковой родственникъ умершаго. Наслѣдственное право супруга предполагаетъ, что бракъ былъ вполнѣ дѣйствителенъ и что онъ не былъ расторгнутъ до смерти одного изъ супруговъ.

V. Если ни въ одномъ изъ этихъ классовъ не окажется наследниковъ, которые пріобрѣтутъ наследство, то наследство дѣлается *выморочнымъ, bona vacantia*. О судьбѣ такого наследства см. слѣдующій § 14 въ концѣ.

§ 14. Особые порядки наследованія. Судьба выморочнаго наследства.

I. Нѣкоторые лица имѣютъ право на получение известной части наследства, независимо отъ того, кто является наследникомъ въ остальной массѣ имущества. Въ этихъ случаяхъ принято говорить объ *особомъ порядкѣ наследованія ab intestato*. Сюда относятся слѣдующіе случаи:

1. *Лицо, аррогированное до достиженія puberty*, если безъ уважительной причины эманципировано усыновителемъ или эксгередировано имъ, можетъ требовать выдачи четвертой части наследства усыновителя ¹⁾ (*quarta Divi Pii*; см. Сем. право § 16). Это право не можетъ быть отнято у усыновленнаго завѣщаніемъ усыновителя. Мы имѣемъ здѣсь, такимъ образомъ, особый видъ т. наз. необходимаго наследованія (которому посвящена будетъ глава IV) ²⁾.

2. *Бѣдная вдова* наследодателя, если она не является обыкновенной наследницей его, можетъ требовать выдачи четвертой части наследства; если обыкновенными наследниками являются дѣти наследодателя въ числѣ четырехъ и болѣе, то вдова получаетъ только часть, равную съ частями прочихъ наследниковъ (*portio virilis*); если эти дѣти суть въ то же время и ея дѣти, то она полу-

¹³⁾ Dernburg § 132 пр. 9. Windscheid § 572 пр. 15.

¹⁴⁾ Nov. 118 c. 3 pr.

¹⁵⁾ Nov. 118 c. 3 § 1.

¹⁶⁾ Порядокъ наследованія въ первыхъ 4 классахъ передается слѣдующимъ латинскимъ четверостишіемъ, гдѣ каждому изъ классовъ посвящена одна строка:

Descendens omnis succedit in ordine primo,
Ascendens propior, germanus filius ejus,
Tunc latere ex uno frater, quoque filius ejus,
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

¹⁷⁾ L. 1. D. 38, 11. L. 1. C. 6, 18.

¹⁾ L. 22 пр. D. 1, 7. L. 8 § 15. D. 5, 2. L. 1 § 21. D. 37, 6. L. 2. C. 8, 47 § 3. J. 1, 11. — Объ actio quasi Calvisiana L. 13 D. 38, 5.

²⁾ Подробности у Accarias I стр. 283 слл.

часть только узупфруктъ на эту часть. Во всякомъ случаѣ она не должна получить свыше 100 фунтовъ золота. *Бѣдной* вдова признается тогда, когда она не имѣетъ собственнаго имущества или приданаго, которое позволило бы ей жить прилично ея общественному положенію. Это право бѣдной вдовы также не можетъ быть отнято у нея завѣщаніемъ ея мужа и, слѣдовательно, также есть видъ необходимаго наслѣдованія ³⁾).

3. Если наслѣдодатель не оставилъ законной жены и законныхъ дѣтей, то его *дѣти отъ конкубины* имѣютъ право на шестую часть его имущества; изъ этой части они должны удѣлить *portio virilis* самой конкубинѣ — ихъ матери ⁴⁾. Подобное же право имѣетъ отецъ на получение наслѣдства послѣ дѣтей отъ конкубины ⁵⁾).

II. Таковы особые порядки наслѣдованія *ab intestato*. Для заключенія этой главы намъ остается взглянуть на судьбу наслѣдства въ томъ случаѣ, когда его не приобрѣтаютъ ни завѣщательные наслѣдники, ни *heredes ab intestato*. Въ этомъ случаѣ наслѣдство становится *выморочнымъ*, *bona vacantia*. Первоначально такое наслѣдство, какъ *res nullius*, могло быть свободно оккупируемо каждымъ желающимъ ⁶⁾. Августъ по *lex Julia et Papia Poppaea* установилъ для эрарія право приобрѣтать такіа наслѣдства; съ теченіемъ времени это право перешло къ *фиску* ⁷⁾. Фискъ могъ отказаться принять *bona vacantia* ⁸⁾; въ такомъ случаѣ надъ наслѣдствомъ открывалось конкурсное производство ⁹⁾. Если же фискъ принималъ *bona vacantia*, то онъ становился въ положеніе, аналогичное съ положеніемъ наслѣдника ¹⁰⁾. Только за долги наслѣдства онъ отвѣчалъ не въ полномъ объемѣ, а въ размѣрѣ актива наслѣдственной массы ¹¹⁾; кромѣ того, его положеніе отличается отъ положенія наслѣдника *ab intestato* тѣмъ, что онъ долженъ былъ исполнить легаты и фидеикомиссы, назначенные въ завѣщаніи умершаго, сдѣлавшемся *testamentum destitutum* ¹²⁾ (см. выше § 11). Если фискъ продастъ доставшіяся ему *bona vacantia*, то онъ освобождается отъ всякой отвѣтственности: его мѣсто занимаетъ покупатель наслѣдства ¹³⁾. Право фиска погашается истеченіемъ четырехлѣтней давности ¹⁴⁾.—Нѣкоторыя *корпорации* имѣютъ преимущественное право передъ фискомъ на *bona vacantia* своихъ сочленовъ; такое право имѣетъ легіонъ или эскадронъ кавалеріи, гдѣ служилъ умершій ¹⁵⁾; церковь или монастырь, къ которымъ принадлежалъ умершій въ качествѣ священника или монаха ¹⁶⁾; городская курія, гдѣ умершій былъ *декуріономъ* ¹⁷⁾ и т. д. ¹⁸⁾.

3) Nov. 53 c. 6. Nov. 117 c. 5.

4) Nov. 18 c. 5. Nov. 89 c. 12.

5) Nov. 89 c. 13.

6) Cic. de leg. 2. 19.

7) Gai 2, 150. Ulp. 28, 7. L. 96 § 1. D. 30. L. 4 C. 10, 10. О конструкціи права фиска на *bona vacantia* см. *Dernburg* III § 138. *Windscheid* § 622 пр. 1. *Baron* § 425, III.

8) L. 1 § 1. D. 49, 14.

9) См. впрочемъ объ *addictio bonorum libertatum servandarum causa* Inst. 3, 11. L. 15. C. 7, 2. *Girard* стр. 860 пр. 1.

10) L. 20 § 7. D. 5, 3.

11) L. 1 § 1. L. 11. D. 49, 14. *Windscheid* § 622 пр. 3.

12) L. 96 § 1. L. 114 § 2. D. 30. L. 14. D. 49, 14.

13) L. 13 § 9. L. 54 пр. D. 5, 3. L. 41. D. 49, 14. L. 1 C. 4, 39.

14) L. 1. C. 7, 37.

15) L. 6 § 7. D. 28, 3. L. 2. C. 6, 62.

16) L. 20. C. 1, 3. Nov. 131 c. 13.

17) L. 4. C. 6, 62.

18) См. еще L. 1. C. 6, 62. L. 5. C. eod. L. 1. C. 10, 14.

Глава IV. Призваніе къ наслѣдству противъ завѣщанія (право необходимаго наслѣдованія).

§ 15. Предварительныя замѣчанія.

I. Свобода завѣщателя въ составленіи распоряженій о судьбѣ оставляемаго имъ имущества сперва признавалась въ Римѣ совершенно неограниченной. Въ основѣ этого порядка лежало толкованіе извѣстной нормы XII таблицъ, которая гласила: «*uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*»¹⁾. Мало по малу, однако, эта неограниченная свобода завѣщателя стала подвергаться ограниченіямъ. Ограниченія эти дѣлались подъ вліяніемъ той мысли, что есть такія отношенія между завѣщателемъ и нѣкоторыми другими лицами (большею частью близкими родными завѣщателя), которыхъ завѣщатель не долженъ игнорировать, составляя завѣщаніе²⁾. Согласно съ этимъ для свободы завѣщаній были установлены извѣстныя границы, которыя и составляютъ то, что въ современной наукѣ называется правомъ необходимаго наслѣдованія (*Notherbenrecht*) въ объективномъ смыслѣ.

II. Мы уже имѣли случай встрѣтиться въ § 14 съ двумя категоріями необходимаго наслѣдованія; мы разумѣемъ право малолѣтняго аррогированнаго лица на *quarta divi Pii* и право бѣдной вдовы³⁾. Въ послѣдующемъ изложеніи мы уже не будемъ касаться этихъ случаевъ, а займемся только обыкновеннымъ правомъ необходимаго наслѣдованія, созданнымъ въ пользу родственниковъ наслѣдодателя.

Здѣсь нужно различать слѣдующіе институты, созданные въ разное время разными источниками права:

1. Т. наз. формальныя ограниченія свободы завѣщаній, созданныя цивильнымъ правомъ (дѣятельностью юристовъ) и расширенныя преторскимъ эдиктомъ (*bonorum possessio contra tabulas*). Сущность этихъ ограниченій состоитъ въ томъ, что завѣщатель долженъ извѣстныхъ лицъ или назначить наслѣдниками (*instituire*) или лишить ихъ открыто наслѣдства (*exheredare*), но не можетъ обходить ихъ молчаніемъ (*praeterire*). Однако, онъ не обязанъ непременно дать имъ какую нибудь часть своего имущества.

2. Т. наз. матеріальныя ограниченія свободы завѣщаній. Они были созданы въ практикѣ центумвиральнаго суда, гдѣ выработался особый искъ—*querela inofficiosi testamenti*. Сущность ихъ сводится къ тому, что завѣщатель обязанъ извѣстнымъ лицамъ въ любой формѣ предоставить извѣстную часть своего имущества, если не имѣетъ особо уважительныхъ причинъ поступить иначе.

3. Юстиніанъ въ *Novella 115* сдѣлалъ попытку соединить въ пользу восходящихъ и нисходящихъ родственниковъ правила о формальныхъ и матеріальныхъ ограниченіяхъ въ одинъ институтъ. Такъ какъ, однако, постановленія этого закона отличаются недостаточной полнотой, то они дополняются нормами, которыя выработаны были доюстиніановымъ правомъ. При этомъ, въ виду неясности Юстиніанова закона иногда трудно рѣшить, какія старыя нормы по его изданіи остались въ силѣ и какія были отмѣнены.

¹⁾ См. *Bruns, Fontes, Leges XII tab*, V, 3. L. 120. D. 50. 16.

²⁾ Только *test. militare* осталось свободнымъ какъ отъ формальныхъ (§ 6. J. 2, 13), такъ и отъ матеріальныхъ ограниченій. L. 8 § 3, 4. L. 27 § 2. D. 5, 2. L. 9, 24. C. 3, 28. *Windscheid* § 575 пр. 5. *Girard*, стр. 788 пр. 9.

³⁾ Ср. *Dernburg III*, § 142 пр. 5.

Въ виду этихъ особенностей Новеллы 115 мы предпочитаемъ изложить въ отдѣльности 1) право формальныхъ ограниченій свободы завѣщаній, какъ оно выработалось до Новеллы 115 (§ 16); 2) право матеріальныхъ ограниченій до Новеллы 115 (§ 17); 3) постановленія Новеллы 115 (§ 18).

§ 16. Формальныя ограниченія свободы завѣщаній до Новеллы 115.

I. Формальныя ограниченія свободы завѣщаній были введены источниками *juris civilis* (вѣроятно, дѣятельностью юристовъ) и расширены *преторскимъ эдиктомъ*.

По нормамъ *jus civile* завѣщатель обязанъ былъ своихъ *sui heredes* или назначить наследниками въ завѣщаніи (*instituere*) или же открыто лишить ихъ наследства (*exheredare*). Если же онъ проходилъ ихъ молчаніемъ (*praeterire*), то его завѣщаніе теряло силу вполне или отчасти. — Никакихъ матеріальныхъ ограниченій въ содержаніе завѣщаній эти нормы не вносили: *exheredatio* могла быть сдѣлана безъ всякой уважительной причины; назначая же наследниками *suos heredes*, завѣщатель могъ дать имъ самую ничтожную долю наследства. Правила объ *exheredatio* и *praeteritio* введены были въ расчетъ оказать только психическое воздѣйствіе на завѣщателя: предполагалось, что завѣщатель, который имѣлъ бы достаточно мужества умолчать о своихъ подвластныхъ въ завѣщаніи, не отважится прямо открыто лишать ихъ наследства, не имѣя на то уважительныхъ причинъ¹⁾.

Въ частности требовалось, чтобы *exheredatio* дѣлалась для *filii sui* и *postumi* мужского пола *nominatim* (поименно для каждаго), а для дочерей, внуковъ и постумовъ женскаго пола *exheredatio* могла быть совершаема *inter ceteros* (*ceteri omnes exheredes sunt*)²⁾ (Постумами называются тѣ лица, которыя не были *sui heredes* въ моментъ совершенія завѣщанія, но послѣ совершенія завѣщанія вступили подъ непосредственную власть домовладыки, т.-е. сдѣлались его *sui*, или вступили бы подъ такую власть, если бы домовладыка не умеръ во время между ихъ зачатіемъ и рожденіемъ. Сюда принадлежать, напр., сыновья завѣщателя, рожденные послѣ составленія завѣщанія, или лица, усыновленные завѣщателемъ послѣ этого момента).

Praeteritio этихъ лицъ въ завѣщаніи (т. е. отсутствіе какъ *institutio*, такъ и дѣйствительной *exheredatio* относительно нихъ) влекла за собою слѣдующія послѣдствія. Въ случаѣ *praeteritio filii sui* (сына завѣщателя) завѣщаніе дѣлалось вполне ничтожнымъ (*testamentum inane, injustum*), такъ что по смерти завѣщателя открывалось наследованіе *ab intestato*³⁾. Въ случаѣ *praeteritio* дочери или внука (внучки) завѣщаніе сохраняло силу, но обойденныя лица приростали (*accrescere*) къ лицамъ, назначеннымъ въ завѣщаніи; при томъ, если въ завѣщаніи назначены были наследниками также *sui heredes*, то обойденные дѣлили съ ними наследство поровну (т.-е. получали *portiones viriles*); если же въ завѣщаніи были назначены наследниками не *sui* (т.-е. *extranei heredes*), то эти послѣдніе дѣлили между собою одну половину наследства, а другая давалась обойденнымъ *sui*⁴⁾. Наконецъ, если въ завѣщаніи былъ обойденъ молчаніемъ

¹⁾ Dernburg III, § 143 пр. 2. Ср. Girard стр. 825 сл.

²⁾ Gai 2, 127, 128, 132 Ulp. 22, 20—22. L. 2, 4 § 2. C. 6, 28. L. 3 пр. D. 28, 3 пр. § 1. J. 2, 13.

³⁾ Gai 2, 123, 124. Ulp. 22, 16 пр. J. 2, 13.

⁴⁾ Gai 2, 124. Ulp. 22, 17. Paul. 3 4b, 8.

постумъ, то завѣщаніе дѣлалось ничтожнымъ (*testamentum ruptum*) по правилу: «*testamentum rumpitur quasi agnatione sui heredis*» ⁵⁾).

По *преторскому эдикту* правила объ *exheredatio* и *praeteritio* были расширены. Именно, завѣщатель обязанъ теперь *instituere* или *exheredare* не только *suos heredes*, но всѣхъ вообще *liberi*, т.-е. тѣхъ лицъ также, которыя вслѣдствіе *capitis deminutio minima* перестали быть *sui heredes*; въ частности, сюда относятся дѣти, эманципированныя завѣщателемъ. При этомъ, всѣхъ *liberos* мужскаго пола нужно было *exheredare nominatim*, а *liberos* женскаго пола можно было *exheredare inter ceteros* ⁶⁾. Послѣдствія *praeteritio* здѣсь не состояли въ ничтожности завѣщанія *ipso jure*, а сводились къ тому, что *liberi*, обойденные въ завѣщаніи, могли испросить у претора *bonorum possessio contra tabulas* (*testamenti*), и тогда постороннія лица, назначенныя наслѣдниками въ завѣщаніи, фактически ничего не получали. Впрочемъ, если въ завѣщаніи наслѣдниками были назначены другіе *liberi* завѣщателя, то и эти *liberi*, хотя сами не были обойдены, могли испрашивать у претора *bon. pos. contra tabulas* «*commisso per alium edicto*», т.-е. на томъ основаніи, что завѣщатель обошелъ назначеніемъ остальныхъ *liberi*. Иногда эта *bon. pos. contra tabulas* была для такихъ назначенныхъ въ завѣщаніи *liberi* выгоднѣе, нежели *bon. pos. secundum tabulas* (т.-е. по завѣщанію): напр., въ томъ случаѣ, если по завѣщанію они должны были получить менѣе, чѣмъ свою долю *ab intestato* ⁷⁾.

Послѣдствія испрошенной *bonorum possessio contra tabulas* состояли въ томъ, что испросившія ее лица получали свои части *ab intestato*, при вычисленіи которыхъ, однако, не принимались во вниманіе тѣ *heredes ab intestato*, которые были надлежащимъ образомъ лишены наслѣдства (*exheredati*) въ завѣщаніи, или которые не испросили *bon. pos. contra tabulas* ⁸⁾.

Такимъ образомъ, изъ завѣщательныхъ распоряженій и послѣ предоставленія *bon. pos. contra tabulas* сохраняли силу сдѣланныя въ завѣщаніи надлежащимъ образомъ *exheredationes*. Кроме того, сохраняли силу пупиллярныя субституціи ⁹⁾; оставались въ силѣ и равномерно ложились на всѣхъ лицъ, участвующихъ въ *bon. pos. contra tabulas*, тѣ распоряженія (напр., легаты), которыя были сдѣланы въ завѣщаніи въ пользу нѣкоторыхъ привилегированныхъ лицъ (*personae exceptae*), напр., въ пользу восходящихъ и нисходящихъ завѣщателя, легатъ, сдѣланный женѣ завѣщателя *dotis nomine* ¹⁰⁾.

III. Таковы были правила объ *exheredatio* и *praeteritio* по *jus civile* и по *jus honorarium*. Слѣдуетъ замѣтить въ заключеніе этого очерка, что *Юстиніанъ* до изданія своей *Новеллы 115* сдѣлалъ попытку реформировать изложенныя правила: онъ установилъ, что въ формѣ *exheredatio* и въ послѣдствіяхъ *praeteritio* не должно быть никакой разницы между *filii sui* и остальными *sui heredes*: правила объ *exheredatio nominatim* и о полномъ уничтоженіи завѣщанія вслѣдствіе *praeteritio* должны были отнынѣ примѣняться ко всѣмъ *sui* и *postumi* (т.-е. и къ дочерямъ, и ко внукамъ и къ *postumi* обою пола) ¹¹⁾.

⁵⁾ § 1. J. 2, 17. Ulp. 22, 18. Gai 2, 131—134.

⁶⁾ Gai 2, 129, 135—137. Ulp. 22, 23. § 3. J. 2, 13.

⁷⁾ L. 3 § 11. L. 8 pr. § 14. L. 10 § 5, 6. L. 20 pr. D. 37, 4. L. 15 § 1. L. 16. D. 37, 5.

⁸⁾ L. 8 § 14. L. 11 § 1. D. 37, 4.

⁹⁾ L. 34 § 2. D. 28, 6.

¹⁰⁾ Dig. 37, 5.

¹¹⁾ L. 4. C. 6, 28, § 5. J. 2, 13.

§ 17. Матеріальныя ограниченія свободы завѣщаній до Новеллы 115.

I. Въ практикѣ *центумвиральнаго суда*, вѣдавшего споры о наслѣдствахъ, выработались *матеріальныя ограниченія свободы завѣщаній*. Ихъ сущность состояла въ томъ, что завѣщатель долженъ былъ непремѣнно оставить извѣстнымъ лицамъ опредѣленную часть своего имущества, если не имѣлъ уважительныхъ причинъ поступить иначе. Съ помощью этихъ новыхъ правилъ можно было оспаривать завѣщаніе въ тѣхъ случаяхъ, когда формальныя ограниченія оказывались недостаточными. Именно, средство, выработанное центумвиральнымъ судомъ, было примѣнимо, если завѣщатель, хотя и назначилъ своего сына, напр., своимъ *heres*, но далъ ему слишкомъ ничтожную часть наслѣдства; или, если завѣщатель, хотя и сдѣлалъ по всѣмъ правиламъ *exheredatio* своего сына, но не имѣлъ на это достаточно уважительной причины. Въ подобныхъ случаяхъ нѣкоторые особенно близкія къ завѣщателю лица получали право напасть на завѣщаніе и оспаривать его путемъ особеннаго иска, выработавшагося въ центумвиральномъ судѣ. Искъ этотъ назывался *querela inofficiosi testamenti*. Лицо, вчиняющее этотъ искъ, жаловалось на нелюбовность завѣщанія, доказывало, что завѣщатель поступилъ вопреки своему моральному долгу, не оставивши ему достаточной доли наслѣдственного имущества. Если судъ находилъ жалобу основательной, то онъ лишалъ завѣщаніе вполнѣ или отчасти силы. Это дѣлалось при помощи фикціи, что завѣщатель, совершая подобное завѣщаніе, былъ не въ своемъ умѣ, а потому завѣщанію его можно и не придавать полной силы и дать наслѣдство вполнѣ или отчасти наслѣдникамъ *ab intestato* ¹⁾.

II. Въ частности, для этой *querela inofficiosi testamenti* ²⁾ выработаны были слѣдующія правила: 1) Не всѣ *heredes ab intestato* могли требовать оставленія себѣ въ завѣщаніи обязательной доли и оспаривать завѣщаніе съ помощью *querela inofficiosi testamenti* въ случаѣ ея неоставленія. Право на обязательную долю и на вчинаніе *querela* было предоставлено только слѣдующимъ лицамъ ³⁾: а) *нисходящимъ* завѣщателя; б) *восходящимъ* его и *полнороднымъ братьямъ и сестрамъ*; братья и сестры, впрочемъ, имѣли право вчинать *querela* только тогда, когда въ завѣщаніи назначена была наслѣдникомъ какая-либо *persona turpis*, т.-е. лицо, лишенное гражданской чести; в) *единокровнымъ братьямъ и сестрамъ* (*consanguinei*) при томъ же условіи, какъ и полнороднымъ. — Слѣдуетъ замѣтить, что каждое изъ этихъ лицъ только тогда имѣло право на *querela*, когда оно было ближайшимъ наслѣдникомъ завѣщателя *ab intestato* ⁴⁾.

2) Чтобы избѣжать *querela inof. test.*, завѣщатель долженъ былъ въ своемъ завѣщаніи оставить лицу, имѣющему право на *querela*, т. наз. *обязательную долю*. Величина этой обязательной доли была въ классическомъ правѣ *четверть* той доли, которую управомоченное лицо получило бы, наслѣдуя *ab intestato* ⁵⁾. Юстиніанъ въ Новеллѣ 18 с. I (до изданія Новеллы 115) увели-

¹⁾ L. 2, 5. D. 5, 2 pr. J. 2, 18. *Dernburg* III, § 147 пр. 4. *Girard* стр. 834 пр. 3; стр. 838 пр. 6.

²⁾ О констукціи этого иска см. *Windscheid* § 584 пр. 13. *Dernburg* III, § 147 пр. 2. *Baron* § 415, V, 1. *Girard* стр. 834 сл.

³⁾ L. 1, 15 pr. D. 5, 2. L. 27. C. 3, 28.

⁴⁾ L. 6 § 1. D. 5, 2. Ср. къ этому *Dernburg* III, § 149 пр. 6—9.

⁵⁾ *Plin. Epist.* 5, 1, 9. L. 8 § 8. D. 5, 2. L. 31. C. 3, 28. § 3, 6, 7. J. 2, 18.

чилъ эту долю: она должна быть равна $\frac{1}{2}$ доли ab intestato, если доля ab intestato есть $\frac{1}{4}$ наслѣдства, или болѣе того; она должна равняться $\frac{1}{2}$ доли ab intestato, если доля ab intestato = $\frac{1}{5}$ наслѣдства или менѣе того. Слѣдовательно, чтобы знать размѣръ обязательной доли, нужно принять во вниманіи число наслѣдниковъ ab intestato, которые остаются по смерти завѣщателя. При этомъ, въ счетъ принимаются и тѣ лица, которыя, являясь ближайшими наслѣдниками ab intestato, не имѣютъ права на обязательную долю: напр., лица, лишенные наслѣдства (exheredati) по уважительной причинѣ ⁶⁾. При опредѣленіи стоимости обязательной доли принимается во вниманіе состояніе имущества въ моментъ смерти наслѣдодателя ⁷⁾; изъ всей суммы наслѣдства вычитаются для этого долги наслѣдодателя и издержки на погребеніе ⁸⁾.—Обязательная доля можетъ быть оставлена *въ любой формѣ*: въ формѣ назначенія наслѣдникомъ въ этой части наслѣдства, въ формѣ легата, или фидеикоммисса, или donatio mortis causa ⁹⁾; въ обязательную долю зачитываются даже нѣкоторыя предоставленія inter vivos, каковы dos, donatio pr. nuptias и donatio ad emendam militiam (для покупки должности оффиціала ¹⁰⁾), которыя завѣщатель еще при жизни своей далъ, въ качествѣ восходящаго родственника, лицу, управомоченному на полученіе обязательной доли ¹¹⁾. Но обязательная доля должна быть предоставлена pure, т.-е. безъ прибавленія условій, сроковъ или modus; всѣ такія прибавки въ юстиніановомъ правѣ считаются неписанными, если онѣ дѣлаютъ размѣръ оставленной доли меньше размѣра обязательной доли ¹²⁾.

3) Завѣщатель могъ сдѣлать querela inofficiosi testamenti безопасной для своего завѣщанія, и не оставляя обязательной доли. Для этого требовалось, чтобы онъ отнялъ обязательную долю у управомоченнаго къ ней лица *на какомъ-либо достаточномъ основаніи*. Такимъ основаніемъ могло быть: а) недостойное поведеніе этого послѣдняго лица по отношенію къ завѣщателю; тогда мы имѣемъ т. наз. exhereditio notaе causa; какое поведеніе было достаточнымъ основаніемъ для отнятія обязательной доли, объ этомъ рѣшаетъ въ каждомъ данномъ случаѣ судья ¹³⁾; б) такимъ основаніемъ могло быть желаніе завѣщателя принести пользу самому управомоченному лицу; тогда мы имѣемъ т. наз. exhereditio bona mente; такъ, напр., управомоченнымъ лицомъ является душевно-больной или расточительный сынъ завѣщателя, и послѣдній въ его же интересахъ назначаетъ наслѣдниками дѣтей этого сына, а самому сыну назначаетъ только алименты на время его жизни ¹⁴⁾.

4) Если обязательная доля совсѣмъ не оставлена управомоченному на ея полученіе лицу, и для этого отнятія обязательной доли нѣтъ ни одного изъ

⁶⁾ L. 8 § 8. D. 5, 2. Exheredatus partem facit ad minuendam, numerum ad augendam legitimam. См. *Dernburg*, III § 150.

⁷⁾ L. 6. C. 3, 38.

⁸⁾ L. 8 § 9. D. 5, 2.

⁹⁾ L. 33 pr. L. 36 pr. C. 3, 28. § 6. J. 2, 18. L. 8 § 6. D. 5, 2. О предоставленіи condicionis implendae causa см. L. 8 § 10. D. 5, 2. L. 3 § 19. D. 38, 2. *Windscheid* § 581 пр. 7. *Dernburg* III, § 151 пр. 3.

¹⁰⁾ См. объ этомъ *Willems*, Droit public romain (6 изд.), стр. 550 пр. 10. *Windscheid* § 581 пр. 5.

¹¹⁾ L. 29, 30 § 2. C. 3, 28. О простой donatio см. L. 25 пр. D. 5, 2. L. 35 § 2. C. 3, 28. § 6. J. 2, 18.

¹²⁾ L. 32, 36 пр. § 1. C. 3, 28. Nov. 18 c. 3.

¹³⁾ L. 3, 5. D. 5, 2. L. 7 пр. D. 48, 20. L. 3 § 5. D. 37, 4. L. 132 пр. D. 45, 1 L. 30. C. 3, 28.

¹⁴⁾ L. 16. D. 27, 10. Ср. L. 25. C. 3, 28.

только что указанных оснований, то управомоченное лицо может предъявить против завещательных наследников *querela inofficiosi testamenti*. Ответчиками по этому иску являются наследники по завещанию, если они приняли наследство¹⁵⁾ (если они не приняли его, то *querela* не нужна, ибо наступает и безъ того наследование *ab intestato*), универсальный фидеикоммиссаръ, которому выдано наследство на основании распоряжения умершаго, и, наконецъ, тѣ лица, которымъ дано было наследство, отнятое у завещательныхъ наследниковъ по ихъ недостойности¹⁶⁾ (т. наз. *egreptio*, о которой см. ниже § 23, II, 5). *Предъявляютъ querelam* можетъ только само лицо, управомоченное на обязательную долю; такъ какъ этотъ искъ имѣетъ въ своемъ основаніи жалобу на обиду, нанесенную нелюбовнымъ завещаніемъ данному лицу, то онъ считается за *actio vindictam spirans* (см. Общ. ч. § 15, III) и не дается наследникамъ управомоченнаго лица, если послѣднее умерло, не изъяснивъ воли предъявить искъ¹⁷⁾. Если *querela* окажется основательной, то завещаніе уничтожается настолько, насколько имъ обиженъ жалобщикъ, т.-е. такъ, что онъ получаетъ свою полную долю наследства *ab intestato*. При этомъ *querela* должна быть предъявляема противъ каждого наследника по завещанию особо, и каждое лицо, управомоченное на обязательную долю, должно вести особый процессъ для себя. Слѣдовательно, *querela* не всегда уничтожаетъ завещаніе въ полномъ его объемѣ: полное уничтоженіе завещанія и открытіе во всемъ наследствѣ наследованія не по завещанію, а *ab intestato* имѣетъ мѣсто лишь тогда, когда истцами выступили всѣ *heredes ab intestato* умершаго, а отвѣтчиками были всѣ его *heredes ex testamento*, между которыми не было *heredes ab intestato*¹⁸⁾. Если завещаніе уничтожено вполнѣ, то вполнѣ уничтожаются и назначенные въ немъ легаты; если же завещаніе уничтожено лишь отчасти (напр., одно изъ лицъ, управомоченныхъ на обязательную долю, вело процессъ противъ одного изъ завещательныхъ наследниковъ, уничтожило его назначеніе и получило свою *portio ab intestato*, тогда какъ назначенія остальныхъ наследниковъ остались въ силѣ), то легаты также остаются въ силѣ отчасти, т.-е. оставшіеся завещательные наследники должны выплатить причитающіяся на нихъ доли этихъ легатовъ¹⁹⁾.— Право на вчинаніе *querela* погашается истеченіемъ *пятилѣтней давности* съ момента вступленія завещательныхъ наследниковъ въ наследство²⁰⁾.

5) Если завещатель оставилъ кое-что лицу, управомоченному на получение обязательной доли, но только не оставилъ обязательной доли сполна, то *querela inofficiosi testamenti* уже не вчинается. Управомоченное лицо получаетъ другой искъ: *actio ad supplendam legitimam*. Этотъ искъ не имѣетъ характера *a. vindictam spirans*: онъ переходитъ на наследниковъ управомоченнаго и погашается только тридцатилѣтней давностью. Съ его помощью управомоченное лицо не уничтожаетъ завещанія, а только добивается отъ завещательныхъ наследниковъ, универсальнаго фидеикоммиссара и эрипіентовъ пополненія своей обязательной доли²¹⁾.

6) Въ заключеніе этого очерка слѣдуетъ упомянуть о тѣхъ мѣрахъ, ко-

¹⁵⁾ L. 8 § 10. D. 5, 2.

¹⁶⁾ L. 1. L. 10. C. 3, 28.

¹⁷⁾ L. 6 § 2. D. 5, 2. Ср. L. 34, 36 § 2 inf. C. 3, 28.

¹⁸⁾ L. 19, 24, 25 § 1. D. 5, 2. L. 13, 27. C. 3, 28.

¹⁹⁾ L. 13. C. 3, 28.

²⁰⁾ L. 16, 34, 36 § 2. C. 3, 28.

²¹⁾ L. 30, 31, 36. C. 3, 28. § 3. J. 2, 18.

торыя были приняты противъ сокращенія обязательной доли сдѣлками, совершаемыми завѣщателемъ *inter vivos*. Именно: завѣщатель не долженъ былъ сокращать обязательной доли совершеніемъ при своей жизни чрезмѣрныхъ дареній или установленіемъ чрезмѣрнаго приданого; для этой цѣли установлены были т. наз. *querela inofficiosae donationis* и *inofficiosae dotis*²²⁾. Съ помощью этихъ исковъ управомоченное лицо²³⁾ можетъ оспаривать дареніе или установленіе приданого, совершаемое завѣщателемъ *inter vivos*, если эти представленія сами по себѣ или въ связи съ предшествующими распоряженіями такого-же рода достигаютъ такихъ размѣровъ, что въ имуществѣ завѣщателя не остается суммы, которая составила бы полную обязательную долю, если въ основаніе ея вычисленія положить размѣръ имущества до совершенія даренія или установленія приданого²⁴⁾. Если послѣ совершенія этихъ сдѣлокъ завѣщатель приобрѣтаетъ опять столько имущества, что все его имущество въ цѣломъ станетъ равно размѣрамъ обязательной доли, какъ они опредѣлялись по состоянію имущества до совершенія даренія или установленія приданого, то право на вчинаніе *querela inofficiosi donationis* или *dotis* уничтожается²⁵⁾. Оспариваніе направлено только противъ одареннаго лица, но не противъ третьихъ владѣльцевъ подареннаго имущества²⁶⁾. Въ результатѣ оспариванія предоставленіе теряетъ силу въ размѣрѣ, необходимомъ для сохраненія въ цѣлости обязательной доли²⁷⁾.

§ 18. Постановленія Новеллы 115.

I. Въ Новеллѣ 115 Юстиніанъ сдѣлалъ попытку образовать въ пользу восходящихъ и нисходящихъ одинъ институтъ необходимаго наследованія изъ тѣхъ правилъ, которыя составляли формальныя и матеріальныя ограниченія свободы завѣщаній. Именно, онъ постановилъ здѣсь, что недостаточно, если восходящіе нисходящимъ и нисходящіе восходящимъ оставляютъ обязательную долю. Требуется, чтобы, кромѣ того, эти лица взаимно назначали другъ друга наследниками по завѣщанію. Они могутъ лишать другъ друга наследства лишь на извѣстныхъ основаніяхъ, точно опредѣленныхъ въ Новеллѣ. Основанія эти перечислены въ Новеллѣ довольно казуистично¹⁾; такъ, напр., достаточнымъ основаніемъ лишить наследства нисходящаго или восходящаго являются слѣдующія обстоятельства: причиненіе опасности для жизни, причиненіе помѣхи въ составленіи завѣщанія, безнравственный образъ жизни нисходящей или ея вступленіе въ бракъ противъ воли родителей до 25 лѣтняго возраста, отказъ выкупить изъ плѣна, впаденіе въ ересь и т. д. Основаніе лишенія наследства должно быть указано въ завѣщаніи и правильность его доказана наследникомъ, назначеннымъ въ завѣщаніи²⁾. — Если восходящій нисходя-

²²⁾ Cod. 3, 29, 30. Windscheid § 586. Dernburg III, § 156.

²³⁾ Тоже самое, что и при *querela inofficiosi testamenti*, и при тѣхъ же условіяхъ. L. 9. C. 3, 29.

²⁴⁾ L. 7. C. 3, 29. Vat. fr. 280. Требуется ли при этомъ, въ качествѣ необходимаго условія, умыселъ дарителя уменьшить обязательную долю? За это Dernburg III, § 156 пр. 3; противъ этого Windscheid § 586 пр. 10. Girard стр. 840 пр. 4. Arndts § 597 пр. 3.

²⁵⁾ Windscheid § 586 пр. 7.

²⁶⁾ Windscheid § 586 пр. 12. Dernburg III, § 156 пр. 12.

²⁷⁾ L. 2, 5, 7, 8. C. 3, 29. L. 1. C. 3, 30. Nov. 92 c. 1; ср., впрочемъ, L. 87 § 3. D. 31. Windscheid, § 586 пр. 13 Dernburg III, § 156 пр. 13.

¹⁾ Nov. 115 c. 3. c. 4. Перечень ихъ у Windscheid § 590. Dernburg III, 153 пр. 1. Baronz § 416. Arndts § 601 пр. 2.

²⁾ Nov. 115 c. 3 пр. § 15. c. 4 § 9.

щаго (или обратно) лишилъ наследства безъ какой-либо изъ перечисленныхъ въ Новеллѣ причинъ или если онъ его обошелъ молчаніемъ, то назначенія наследниковъ въ завѣщаніи должны потерять силу, и должно открыться наследованіе *ab intestato*. Всѣ прочія завѣщательныя распоряженія (легаты, пупиллярная субституція, назначенія опекуновъ) должны остаться въ силѣ ³⁾.

II. Таковы постановленія Новеллы 115. Въ этомъ законѣ очень многое *остается неяснымъ*. Не всегда съ точностью можно опредѣлить, что осталось въ силѣ изъ постановленій стараго права, и какой именно смыслъ имѣютъ нѣкоторыя постановленія Новеллы.

Прежде всего, изъ матеріальныхъ ограниченій свободы завѣщаній въ силѣ остались постановленія о правахъ на обязательную долю полнородныхъ и единокровныхъ *братьевъ и сестеръ* наследодателя: Новелла 115 о нихъ молчитъ, и за ними нужно признать право на *querela inoff. test.* въ томъ же размѣрѣ и при томъ же условіи (назначеніе наследникомъ въ завѣщаніи *persona turpis*), какъ и прежде ⁴⁾.

2. Что касается *восходящихъ и нисходящихъ*, то размѣръ ихъ обязательной доли остается тотъ же, какой опредѣленъ былъ Новеллой 18 (т. е. половина или треть доли *ab intestato*). Но вся эта доля или, по крайней мѣрѣ, часть ея должна быть предоставляема непременно въ формѣ назначенія наследникомъ. Основанія для *exheredatio* теперь опредѣляются не усмотрѣніемъ судьи, а прямо перечислены въ законѣ. Если назначеніе наследника сдѣлано, но обязательная доля оставлена не въ полномъ объемѣ, то нисходящій или восходящій имѣетъ право попрежнему на *a. ad supplendam legitimam*. Если же управомоченный нисходящій или восходящій неосновательно обойденъ молчаніемъ или неосновательно лишенъ наследства, то, по опредѣленію Новеллы 115, назначенія наследниковъ въ завѣщаніи должны потерять силу, и должно открыться наследованіе *ab intestato*. Является весьма спорнымъ вопросъ, что это значить? Значить ли это, напр., что завѣщаніе дѣлается *ipso jure ничтожнымъ* безъ всякой просьбы объ этомъ заинтересованныхъ лицъ, или же оно дѣлается только *оспариваемымъ*, такъ что эти лица должны прибѣгнуть къ существующей въ старомъ правѣ *querela inoff. testamenti*, которая ограничена 5-лѣтнимъ срокомъ и не переходитъ на наследниковъ? Въ Новелѣ 115 эти вопросы не затронуты ⁵⁾

Далѣе, весьма спорнымъ является отношеніе Новеллы 115 къ формальнымъ ограниченіямъ свободы завѣщаній, установленнымъ по старому праву. Сохранили ли эти нормы свою силу, или нѣтъ для тѣхъ лицъ, въ пользу которыхъ они были созданы, т. е. для *sui heredes, postumi* и *liberi*? Юстиніанъ заимствовалъ оттуда предписаніе непременно назначать наследниками или *exheredare* восходящихъ и нисходящихъ, но умолчалъ о подробностяхъ. Отсюда являются нерѣшенными вопросы: должна ли *exheredatio* по отношенію къ *sui heredes* и *liberi* дѣлаться по формѣ, установленной въ прежнемъ правѣ (*verbis imperativis: filius meus exheres esto; nominatim*) или же достаточно безформеннаго заявленія о лишеніи наследства? должны ли сохранить силу всѣ легаты, назначенные въ завѣщаніи, и въ томъ случаѣ, когда *sui heredes* или *liberi* обойдены молчаніемъ

³⁾ Nov. 115 c. 3 § 15. c. 4 § 9.

⁴⁾ *Dernburg* III § 154 пр. 1. *Windscheid* § 587 въ нач.

⁵⁾ Въ пользу оспариваемости см. *Windscheid* § 591; *Dernburg* III § 154. Въ пользу абсолютной ничтожности см. *Vangerow* II § 485; *Baron* § 416, III. Огранич. ничт.: *Arndts* § 599. Смѣшанная система: *Puchta* § 493.

въ завѣщаніи безъ достаточнаго основанія? и т. д. Мнѣнія современныхъ ученыхъ раздѣляются объ этихъ вопросахъ; многіе ученые признають, что Новелла 115 вполне отмѣнила старыя правила объ *exheredatio* и *praeteritio* ⁶⁾).

Правила о *querela inofficiosae donationis* или *dotis* остаются въ силѣ и послѣ Новеллы 115, которая объ этихъ случаяхъ ничего не говоритъ.

Глава V. Порядокъ приобрѣтенія наслѣдства (*acquisitio hereditatis*).

§ 19. Вступленіе въ наслѣдство и отказъ отъ наслѣдства.

Мы уже говорили (въ § 1), что при наслѣдованіи слѣдуетъ различать два момента: открытіе—*delatio*—и приобрѣтеніе наслѣдства въ тѣсномъ смыслѣ—*acquisitio hereditatis*. Если *delatio hereditatis* устанавливаетъ только способность сдѣлаться наслѣдникомъ, то окончательно лицо дѣлается обладателемъ наслѣдственного имущества лишь въ моментъ *acquisitio hereditatis*. Мы должны познаться теперь съ этимъ процессомъ приобрѣтенія наслѣдства, открывшагося данному лицу на какомъ-либо основаніи (*ex testamento*, по закону).

Здѣсь слѣдуетъ различать два порядка: 1) порядокъ приобрѣтенія наслѣдства (*hereditas*) по *jus civile* и 2) порядокъ приобрѣтенія *bonorum possessio*.

1. *Hereditas* прибрѣтается двоякимъ образомъ. А. Въ большинствѣ случаевъ она прибрѣтается при помощи изъявленія воли на это со стороны призваннаго къ наслѣдству лица. Наслѣдникъ, обыкновенно, есть *heres voluntarius*, т. е. онъ дѣлается наслѣдникомъ не въ силу самаго факта призванія его къ наслѣдству, а въ силу своего рѣшенія воспользоваться данной ему возможностью приобрѣсти наслѣдство. Актъ, посредствомъ котораго призванное къ наслѣдству лицо прибрѣтаетъ наслѣдство, называется вступленіемъ въ наслѣдство—*aditio hereditatis*. *Aditio hereditatis* есть юридическая сдѣлка, состоящая въ одностороннемъ изъясненіи воли приобрѣсти наслѣдство со стороны наслѣдника. Для того, чтобы эта сдѣлка была дѣйствительна, требуется наличность нѣсколькихъ условій. 1) Прежде всего лицо, призванное къ наслѣдству, должно быть способно къ совершенію этого акта. Способны совершать *aditio hereditatis* только тѣ лица, которыя могутъ принимать на себя отвѣтственность по обязательствамъ, потому что принятіе наслѣдства влечетъ за собою установленіе отвѣтственности наслѣдника за долги наслѣдства; поэтому, лица, находящіеся подъ опекой и попечительствомъ ¹⁾, по общему правилу, могутъ вступать въ наслѣдство лишь при наличности *auctoritas tutoris* или *consensus curatoris* ²⁾. 2) Лицо, вступающее въ наслѣдство, должно само имѣть волю приобрѣсти наслѣдство. Нельзя поручать представителю принять рѣшеніе, должна ли произойти *aditio hereditatis*, или нѣтъ ³⁾; представителю можно поручить лишь выразить во внѣ рѣшеніе, уже принятое самимъ призваннымъ къ наслѣдству лицомъ ⁴⁾. Въ видѣ исключенія за нѣкоторыхъ недѣеспособныхъ лицъ могутъ принимать рѣшеніе вступить въ наслѣдство другія лица: такъ за лицо, моложе 7 лѣтъ (*infans*), можетъ принять

⁶⁾ *Baronz*, § 416 in fine. § 418. *Dernburg*, III § 145. *Windscheid*, III § 592. *Arndts* § 598 пр. 1 inf. § 602. Ср. *Vangerow* II § 486, III.

¹⁾ Даже *infantes*. L. 67 (65) § 3. D. 36, 1.

²⁾ L. 8 пр. L. 9. D. 29, 2. L. 9, § 3. D. 26, 8. L. 18, § 4. C. 6, 30. *Prodigus* можетъ вступать въ наслѣдство безъ согласія попечителя. L. 5, § 1. D. 29, 2.

³⁾ L. 2. D. 1, 19. L. 90 пр. D. 29, 2. L. 5. C. 6, 30.

⁴⁾ L. 4. C. 6, 30.

наслѣдство (или испросить *bonorum possessio*) его опекуна или его отецъ (хотя бы онъ и не имѣлъ отеческой власти⁵⁾; см. ниже § 21, III, 5); за душевно-больного, стоящаго подъ отеческой властью, — его домовладыка⁶⁾; за юридическое лицо — его законный представитель⁷⁾ (согласно римской теоріи о существѣ юридического лица последнее недѣеспособно и дѣйствуетъ черезъ представителей; см. Общ. ч. § 27). 3) Воля принять наслѣдство должна быть *серьезна*. Лицо, вступающее въ наслѣдство, должно быть убѣждено въ томъ, что наслѣдство ему открылось⁸⁾, и должно знать, на какомъ основаніи оно ему открылось (*ex testamento, ab intestato*⁹⁾), а также, является ли оно въ роли *heres voluntarius* или *heres necessarius*¹⁰⁾ (о послѣднемъ понятіи см. ниже въ этомъ §). Вступление въ наслѣдство должно быть сдѣлано послѣ открытія наслѣдства¹¹⁾, и притомъ *безусловно* и безъ всякихъ оговорокъ, иначе оно не имѣетъ значенія¹²⁾. Если наслѣдникъ призванъ къ нѣсколькимъ частямъ наслѣдства, то, принявши одну, онъ считается принявшимъ и остальные, хотя бы онъ открылись ему позже¹³⁾. 4) Что касается *формы* изъявленія воли, то *aditio hereditatis* можетъ быть совершена въ любой формѣ: въ формѣ открытаго выраженія воли (*hereditatis aditio* въ тѣсномъ смыслѣ) или же путемъ совершенія такихъ дѣйствій, изъ которыхъ можно вывести наличность воли принять наслѣдство, напр., путемъ продажи вещей изъ наслѣдственной массы, взысканія долговъ съ должниковъ наслѣдства и т. д. (*pro herede gestio*¹⁴⁾). — 5) Что касается *срока* вступления въ наслѣдство, то онъ можетъ быть опредѣленъ въ самомъ завѣщаніи¹⁵⁾. Если же такого распоряженія въ завѣщаніи нѣтъ, то *кредиторы* наслѣдства, которые заинтересованы въ томъ, чтобы какъ можно скорѣе появилось лицо, отвѣчающее за долги наслѣдства, могутъ требовать отъ наслѣдника отвѣта на вопросъ, принимаетъ ли онъ наслѣдство или нѣтъ, и въ случаѣ отказа его дать отвѣтъ, потребовать открытія конкурса надъ наслѣдствомъ¹⁶⁾. Наслѣдникъ, впрочемъ можетъ предотвратить конкурсъ тѣмъ путемъ, что онъ испрашиваетъ у *судебнаго магистрата* срокъ на размышленіе (*spatium deliberandi*¹⁷⁾; этотъ срокъ до Юстиніана равнялся 100 днямъ¹⁸⁾, а по распоряженію Юстиніана долженъ быть не свыше 9 мѣсяцевъ (если срокъ назначается императоромъ, то онъ можетъ достигать 1 года¹⁹⁾). Въ теченіе этого срока призванное къ наслѣдству лицо должно составить *инвентарь* наслѣдства (иначе кредиторы полу-

5) L. 18 pr. — § 3. C. 6, 30.

6) L. 7 pr. C. 5, 70. Ср. ниже § 20, III.

7) L. 1, § 1. D. 37, 1. L. 6, § 4. D. 36, 1.

8) L. 17 pr. L. 22. 32. D. 29, 2. Cf. L. 19. 93 pr. D. eod.

9) L. 17, § 1. L. 22. D. 29, 2.

10) L. 15. 16. D. 29, 2. Подробности см. у Windscheid § 597, 2—3 Dernburg III § 161 пр. 5. 6.

11) L. 21, § 2. L. 18 pr. D. 29, 2. Windscheid, § 597, 1.

12) L. 77. D. 50, 17. L. 51, § 2. D. 29, 2. — Ср. впрочемъ L. 1. 10. D. 29, 2; ниже § 22, I. Windscheid, § 597, 4.

13) L. 20. C. 6, 30. L. 80 pr. D. 29, 2. Windscheid, § 597, пр. 11. § 602, 2. Dernburg, III § 162, 2.

14) § 7. J. 2, 19. L. 4. 5. C. 6, 30. L. 20 pr. D. 29, 2. Общ. ч. § 38 пр. 2.

15) L. 72. D. 29, 2.

16) L. 2. 3. 5. 6. D. 11, 1 Gai 2, 167. Имѣютъ ли это право легатаріи, субституты и т. д.? Въ утверд. смыслѣ Windscheid, § 598, пр. 5. Barou, § 419 пр. 39—40. Отрицательно Dernburg, III § 164, 3.

17) L. 9. C. 6, 30. L. 5. D. 11, 1.

18) L. 2. D. 28, 8.

19) L. 22, § 13. C. 6, 30.

чать право, при выдачѣ имъ наслѣдства въ случаѣ отказа отъ вступленія, опредѣлить величину наслѣдства своимъ собственнымъ показаніемъ подъ присягою) и принять рѣшеніе относительно пріобрѣтенія или отказа отъ наслѣдства. Если въ теченіе этого *spatium deliberandi* лицо, призванное къ наслѣдству, не выразитъ никакого рѣшенія, то по юстиніанову праву оно считается вступившимъ въ наслѣдство ²⁰⁾).

Лицо, призванное къ наслѣдству, если оно не желаетъ его принимать, можетъ совершить *отказъ отъ наслѣдства* (*repudiare hereditatem, recusare, praetermittere, omittere*). Этотъ отказъ подлежитъ въ общемъ тѣмъ же правиламъ, какъ и *aditio hereditatis* ²¹⁾ и состоитъ въ безформенномъ изъявленіи соотвѣстной воли призваннаго къ наслѣдству лица ²²⁾. Отказъ отъ наслѣдства не можетъ быть сдѣланъ представителемъ (кроме представителя юридическаго лица ²³⁾).

Особыя правила установлены для пріобрѣтенія и отказа отъ наслѣдства, открывающагося *подвластнымъ дѣтямъ*. Эти дѣти могутъ пріобрѣтать наслѣдство съ согласія отца ²⁴⁾. Если отецъ не даетъ согласія, то подвластный (если онъ уже не *infans*) можетъ самостоятельно пріобрѣсти наслѣдство, и оно дѣлается его *bonum adv. irregulare* ²⁵⁾. Отказъ отъ наслѣдства можетъ быть сдѣланъ отцомъ за подвластнаго моложе 7 лѣтъ (*infans*). Другіе подвластные отказываются съ согласія отца; если отецъ не даетъ согласія на отказъ, они могутъ отказаться самостоятельно, и тогда отецъ можетъ пріобрѣсти наслѣдство для себя (см. ниже § 21 п. 4 ²⁶⁾).

В. Есть, однако, случаи, въ которыхъ лицо, призванное къ наслѣдству, *пріобрѣтаетъ наслѣдство въ самый моментъ открытія наслѣдства, помимо своей воли*. Здѣсь, слѣдовательно, не требуется никакой *aditio hereditatis*; моменты открытія наслѣдства и его пріобрѣтенія здѣсь совпадаютъ. Въ этихъ случаяхъ мы говоримъ о т. наз. *heredes necessarii* въ отличіе отъ *heredes voluntarii*, о которыхъ рѣчь шла до сихъ поръ. Римское *jus civile* знало два такихъ случая: 1) *Heredes sui et necessarii* были *подвластныя дѣти наслѣдодателя, которыя стояли непосредственно* ²⁷⁾ *подъ его властью въ моментъ его смерти* или которыя стояли бы подъ нею, если бы онъ не умеръ между ихъ зачатіемъ и рожденіемъ (*postumi* ²⁸⁾). Эти непосредственные подвластные суть *heredes necessarii* безразлично, наслѣдуютъ ли они *ex testamento* или *ab intestato*. 2) *Heres necessarius* былъ *servus cum libertate institutus*, т. е. рабъ завѣщателя, который въ завѣщаніи отпущенъ на свободу и назначенъ наслѣдникомъ ²⁹⁾.

Это положеніе о *heredes necessarii* не было тягостно для *sui* въ тѣ эпохи, когда нравы и экономическія отношенія были просты. Но когда слишкомъ обремененныя долгами наслѣдства сдѣлались обыкновеннымъ явленіемъ, *преторъ* нашелъ несправедливымъ обязывать подвластныхъ нерадиваго о своемъ имуществѣ наслѣдодателя во что бы то ни стало дѣлаться его наслѣдниками и нести на себѣ

20) L. 22, § 14. C. 6, 30.

21) L. 18, L. 13, § 1. L. 15. L. 17, § 1. L. 23. 97. D. 29, 2. Windscheid, § 599.

22) L. 95. D. 29, 2.

23) L. 2. D. 1, 19.

24) L. 18, § 4. C. 6, 30.

25) L. 8 pr. § 1. C. 6, 61.

26) L. 8. C. 6, 61.

27) Или, восходящія которыхъ экстередируются. L. 6, § 5. D. 29, 2. L. 13. D. 38, 2.

28) L. 15 16. D. 29, 2. § 2—3. J. 2, 19.

29) Gai. 2, 153. 154. § 1. J. 2, 19.

infamia, если дѣло дойдетъ до конкурса и venditio bonorum вслѣдствіе недостаточности имущества. Въ силу этихъ соображеній преторъ въ своемъ эдиктѣ создалъ для *heredes sui et necessarii* (но не для *servus cum libertate institutus*³⁰⁾ т. наз. *beneficium abstinendi*. Это *beneficium abstinendi* состоитъ въ томъ, что *suius heres* можетъ избавить себя отъ всѣхъ послѣдствій пріобрѣтенія наслѣдства, если онъ упорно воздерживается отъ всякаго вмѣшательства въ дѣла наслѣдства³¹⁾. Тогда онъ сохраняетъ за собою только *nudum nomen heredis*³²⁾, но фактически не пріобрѣтаетъ наслѣдства, и *bonorum possessio* дается слѣдующимъ за нимъ лицамъ: субститутамъ, сонаслѣдникамъ (въ силу *jus accrescendi*), наслѣдникамъ *ab intestato*³³⁾. Если нужно, то такому *suius et necessarius heres* можетъ быть поставленъ срокъ (*spatium deliberandi*), въ теченіе котораго онъ долженъ окончательно осуществить свое *beneficium abstinendi* или же сдѣлаться наслѣдникомъ, вмѣшавшись въ дѣла наслѣдства³⁴⁾.— Послѣ введенія *benef. abstinendi* положеніе *heres suus et necessarius* только тѣмъ отличается отъ положенія *heres voluntarius*, что первый долженъ сдѣлать особое изъявленіе воли, чтобы не пріобрѣсти наслѣдства, а второй долженъ совершить изъявленіе воли (*aditio hereditatis*), чтобы пріобрѣсти наслѣдство.

II. Что касается *bonorum possessio*, то она пріобрѣтается нѣсколько иначе, чѣмъ пріобрѣтается по *jus civile hereditas*. Разница состоитъ въ томъ, что *bonorum possessio* всегда пріобрѣтается только черезъ испрашивание ея (*bonorum possessionem agnoscere, petere, admittere*) у должностнаго лица (претора³⁵⁾, такъ что *bonorum possessor* можетъ быть только *voluntarius*, но не *necessarius*. Испрашивать *bonorum possessio* можно въ теченіе опредѣленнаго срока: въ теченіе года со времени открытія наслѣдства, если призванное лицо есть восходящій или нисходящій наслѣдодатель, и въ теченіе 100 дней въ прочихъ случаяхъ; срокъ считается *utiliter*³⁶⁾ (см. Общ. ч. § 51 въ концѣ). Испрашивать *bon. possessio* можно и тогда, когда еще неизвѣстно, откроется ли для испрашивающаго лица наслѣдованіе по завѣщанію или *ab intestato*³⁷⁾. Рѣшеніе испросить *bonorum possessio* не можетъ быть принято, по общему правилу, черезъ законнаго представителя (за исключеніемъ представителя юридическаго лица³⁸⁾, опекуна *impuberis*³⁹⁾, но оно можетъ быть принято черезъ представителя, назначеннаго самимъ призваннымъ къ наслѣдству лицомъ (т. е. черезъ мандатарія⁴⁰⁾).

Отказъ отъ *bonorum possessio* совершается тѣмъ путемъ, что управомоченное лицо прямо заявляетъ о своемъ отказѣ или же допускаетъ истеченіе установленнаго для испрашиванія *bon. possessio* срока, не пользуясь своимъ правомъ⁴¹⁾.

30) L. 57, § 2. D. 29, 2; онъ имѣлъ *beneficium separationis* — Gai 2, 155. Girard стр. 865.

31) L. 20, § 4. L. 87 pr. D. 29, 2. § 5. J. 2, 19. Ср. L. 11. L. 57 pr. § 1. D. 29, 2.

32) L. 2, § 8. D. 38, 17. L. 20, § 4. D. 29, 2. L. 12 pr. D. 11, 1.

33) L. 44. D. 42, 1. L. 55. 56. D. 29, 2. L. 1, § 7. D. 29, 4. L. 6. C. 6, 58.

34) L. 7 pr. L. 8. D. 28. 8. L. 19. C. 6, 30.

35) L. 6. C. 6, 9. § 11. J. 3, 9.

36) § 9. 11. J. 3, 9.

37) L. 84. D. 29, 2. L. 4, § 3. L. 5. D. 37, 4.

38) L. 3, § 4. D. 37, 1.

39) L. 67 (65), § 3. D. 36, 1. L. 18, § 2. C. 6, 30.

40) L. 48. D. 29, 2. L. 3, § 7. L. 15. 16. D. 37, 1.

41) § 10. J. 3, 9.

§ 20. Провизорное приобретение наследства.

Есть несколько особенных случаев, когда претендент на наследство получает наследственное имущество только провизорно, т. е. онъ временно получает владение этимъ имуществомъ, но окончательное решение вопроса о томъ, кто будетъ наследникомъ, откладывается на будущее время. Сюда относятся следующие случаи:

I. *Bonorum possessio ventris nomine*. Если въ моментъ смерти наследодателя на лицо имѣется embryo, т.-е. только еще зачатый и находящийся въ утробѣ матери зародышъ, которому должно достаться наследство въ случаѣ его рожденія живымъ и жизнеспособнымъ, то беременная женщина можетъ потребовать ввода ея во владѣніе наследствомъ до разрѣшенія беременности¹⁾. Она имѣетъ безусловно право на этотъ вводъ во владѣніе, если зародышъ послѣ рожденія долженъ принадлежать къ числу нисходящихъ наследодателя; въ другихъ случаяхъ она можетъ требовать ввода во владѣніе наследствомъ только при томъ условіи, если она не имѣетъ иныхъ средствъ къ существованію²⁾. Получивши владѣніе наследствомъ, беременная женщина можетъ брать свои алименты изъ наследства и истраченное на это имущество не должна выдавать обратно, если ожидаемый отъ нея ближайшій наследникъ не родится³⁾.

II *Bonorum possessio ex Carboniano edicto*. Эта *bonorum possessio* дается провизорно малолѣтнему лицу (*impubes*) на время его малолѣтства, если право этого лица на наследство зависитъ отъ того, принадлежитъ ли оно къ дѣтямъ наследодателя, и эта принадлежность его къ дѣтямъ кѣмъ-либо оспаривается⁴⁾. Въ такомъ случаѣ рѣшеніе спора откладывается обыкновенно до наступленія *pubertas*⁵⁾; но по просьбѣ *impuberis* ему можетъ быть тотчасъ же дано временное обладаніе наследствомъ, если преторъ, совершивъ пока лишь предварительную *cognitio*, найдетъ, что права *impuberis* на наследство не представляются явно несуществующими⁶⁾. Если малолѣтній, получая эту *bonorum possessio*, предоставитъ обезпеченіе (*satisfactio*) въ томъ, что онъ вернетъ наследство въ случаѣ проигрыша спора, то ему дозволяется брать безусловно алименты изъ наследства (которыхъ онъ не обязанъ возвращать⁷⁾) и управлять наследственнымъ имуществомъ⁸⁾. Если же онъ этого обезпеченія не даетъ, то его противникъ вводится въ совладѣніе имуществомъ и можетъ самъ получить право управленія имъ, предоставивши обезпеченіе⁹⁾; алименты же *impubes* въ этомъ случаѣ можетъ брать изъ наследства лишь при наличности крайней необходимости¹⁰⁾.

III. *Bonorum possessio furiosi nomine*. Если наследство открывается душевнобольному¹¹⁾, то его *curator* можетъ испросить временную *bon. possessio* и

¹⁾ Для управленія имуществомъ назначался особый *curator ventris et bonorum*. L. 1 § 17—26. L. 5. D. 37, 9.

²⁾ L. 6. D. 37, 9.

³⁾ L. 1, § 19. 28. L. 3. 5. D. 37, 9.

⁴⁾ L. 1. pr. D. 37, 10.

⁵⁾ L. 3, § 5. D. 37, 10.

⁶⁾ L. 3, § 4. D. 37, 10.

⁷⁾ L. 5, § 3. L. 6, § 5. D. 37, 10.

⁸⁾ L. 15. D. 37, 10.

⁹⁾ L. 5, § 2. 5. D. 37, 10.

¹⁰⁾ L. 5, § 3. D. 37, 10,

¹¹⁾ Не стоящему подъ отеческой властью; см. выше § 19, I, 2 пр. 6.

въ случаѣ нужды брать алименты для furiosus изъ наслѣдства ¹²⁾). Furiosus окончательно можетъ сдѣлаться наслѣдникомъ, если выздоровѣетъ и совершитъ *aditio hereditatis*. Если же онъ умретъ въ сумасшествіи или, по выздоровленіи, откажется отъ наслѣдства, то оно переходитъ къ слѣдующему ближайшему наслѣднику наслѣдодателя, который будетъ налицо въ моментъ смерти сумасшедшаго или отказа его отъ наслѣдства. Если *curator furiosi* не испрашиваетъ этой *bonorum possessio*, то владѣніе наслѣдствомъ можетъ испросить наслѣдникъ, слѣдующій за furiosus, при условіи предоставленія *cautio* на случай, что другое лицо сдѣлается впоследствии окончательно наслѣдникомъ ¹³⁾).

IV. *Наслѣдникъ, назначенный подъ суспензивнымъ условіемъ*, можетъ испросить владѣніе наслѣдствомъ на время, пока условіе будетъ *in pendentі* (см. выше § 8, III, 1).

§ 21. Transmissio hereditatis.

I. Относительно *открытія наслѣдства* (*delatio hereditatis*) слѣдуетъ отмѣтить слѣдующее общее правило: всякая *delatio hereditatis* (*ex testamento* или *ab intestato*) сообщаетъ лицу, которому наслѣдство открылось, *строго личную способность къ приобрѣтенію наслѣдства*; эта способность не переходитъ на наслѣдниковъ этого лица и вообще не можетъ переходить на какихъ-либо другихъ лицъ ¹⁾. Если лицо, которому открылось наслѣдство, умретъ, не совершивъ приобрѣтенія наслѣдства, то открывшееся ему наслѣдство открывается вторично уже не его собственнымъ наслѣдникамъ, а слѣдующему за нимъ наслѣднику самого наслѣдодателя.

II. Однако, изъ этого общаго правила допускаются *исключенія*. Бываютъ случаи, когда, при неприобрѣтеніи лицомъ, которому открылось наслѣдство, этого наслѣдства, наслѣдство можетъ быть приобрѣтено не слѣдующимъ наслѣдникомъ наслѣдодателя, а какимъ-либо другимъ лицомъ, которое опирается на первое открытіе наслѣдства, т. е. основываетъ свою способность къ приобрѣтенію наслѣдства не на своихъ отношеніяхъ къ наслѣдодателю, а на своихъ отношеніяхъ къ тому лицу, въ пользу котораго открылось наслѣдство впервые. Такие случаи и называются *transmissio hereditatis*. Большею частью такая *transmissio* происходитъ въ пользу наслѣдниковъ того лица, которое не воспользовалось само своей способностью, вытекающей изъ *delatio hereditatis*; но иногда *transmissio* совершается и въ пользу другихъ лицъ (напримѣръ, въ пользу домовладыки). Въ послѣдующемъ изложеніи мы будемъ называть то лицо, которому открылось наслѣдство, для краткости просто *делатомъ* (слѣдуя нѣмецкой терминологіи).

III. Отдѣльные случаи *transmissio hereditatis*, число которыхъ особенно увеличено было Юстиніаномъ, состоитъ въ слѣдующемъ ²⁾.

1. *Transmissio Justinianeae* ³⁾. Это самый важный случай; онъ въ сущности представляетъ изъ себя почти полное уничтоженіе выше установленнаго общаго правила о строго личномъ характерѣ способности къ приобрѣтенію на-

¹²⁾ L. 7. C. 5, 70. L. 51 pr. D. 5, 3.

¹³⁾ L. 1. D. 37, 3.

¹⁾ L. 7. C. 6, 30. L. 1, § 5. C. 6, 51; о *bonorum possessio* тоже самое въ L. 3, § 7, D. 37, 1.

²⁾ О т. наз. *transmissio ex capite suitatis* см. Windscheid, § 600 пр. 2. Баронъ § 424 in fine.

³⁾ L. 19. C. 6, 30. Windscheid, § 600, I. Dernburg, III, § 166, 3. Баронъ, § 424, III, 4.

слѣдства, вытекающей изъ *delatio hereditatis*. Состоить онъ въ слѣдующемъ. Если делять умеръ, не воспользовавшись возможностью совершить *aditio hereditatis*, и со времени извѣщенія делята объ открытіи ему наслѣдства не прошло еще года, то его наслѣдники могутъ приобрѣсти открывшееся ему наслѣдство. Если делять до самой смерти не зналъ объ открытіи ему наслѣдства, то годъ считается со дня его смерти.

2. *Transmissio Theodosiana* ⁴⁾. Если въ завѣщаніи наслѣдниками назначены нисходящіе наслѣдодателя, и эти наслѣдники умрутъ до открытія завѣщанія, то ихъ собственные нисходящіе наслѣдники могутъ за нихъ приобрѣсти наслѣдство.

3. *Transmissio ex capite in integrum restitutionis* ⁵⁾. Если делять не могъ приобрѣсти наслѣдства по такой причинѣ, которая давала бы ему основаніе просить объ *in integrum restitutio* въ случаѣ утраты способности къ приобрѣтенію наслѣдства (напримѣръ, вслѣдствіе отсутствія *rei publicae causa*), и затѣмъ умеръ, не приобрѣтя по этой причинѣ наслѣдства, то его наслѣдники могутъ вмѣсто него просить объ *in integrum restitutio* и принять наслѣдство для себя. При этомъ является безразличнымъ, потерялъ ли уже самъ делять способность къ приобрѣтенію наслѣдства вслѣдствіе указанной причины ⁶⁾, или же эта способность самимъ делятомъ еще не была утрачена, но погибла вслѣдствіе его смерти раньше приобрѣтенія наслѣдства ⁷⁾.

4. *Transmissio ex jure patrio*. Если подвластному открывается наслѣдство, и онъ вопреки воли отца отказывается его приобрѣсти, то его домовладыка можетъ приобрѣсти наслѣдство для себя (см. § 19, I, А въ концѣ ⁸⁾).

5. *Transmissio ex capite infantiae*. Если наслѣдство открывается ребенку моложе 7 лѣтъ (*infans*), то отецъ его (безразлично, имѣетъ ли онъ *patria potestas* или нѣтъ) можетъ приобрѣсти наслѣдство за него и для него (см. выше § 19, I, А, 2); но, если *infans* умереть раньше, нежели отецъ успѣетъ сдѣлать это приобрѣтеніе наслѣдства для сына, то отецъ можетъ приобрѣсти наслѣдство для себя ⁹⁾.

IV. Въ связи съ этими случаями *transmissio* рассмотримъ вопросъ: можетъ ли самъ делять посредствомъ юридическихъ сделокъ переносить на другихъ лицъ свою способность совершить приобрѣтеніе открывающагося наслѣдства? Въ классическомъ правѣ допускалось такое перенесеніе способности къ приобрѣтенію наслѣдства, открывшагося *ab intestato*; эта способность переносилась на новаго приобрѣтателя при помощи торжественнаго обряда *in jure cessio* ¹⁰⁾. Въ юстиніановомъ правѣ *in jure cessio* исчезла. Тѣмъ не менѣе, въ юстиніановы Дигесты попало одно мѣсто, относящееся къ этой *in jure cessio hereditatis ab intestato delatae*. Это—L. 4, § 28 D. 44, 4. Ulpianus libro 76 ad edictum. Только, вмѣсто «*in jure cessio*», компиляторы поставили здѣсь просто *cessio*. Мѣсто гласить: «*Si, cum legitima hereditas Gaji Seji ad te perveniret et ego essem heres institutus, persuaseris mihi per dolum malum, ne adeam hereditatem, et postquam ego re-*

⁴⁾ L. 1. C. 6, 52. L. 1, § 5. C. 6, 51. Windscheid, § 600, 2. Dernburg, III § 166, 2. Баронъ, § 424, III, 3.

⁵⁾ Windscheid, § 600, 3. Dernburg, III § 166, 1. Баронъ, § 424, III, 1.

⁶⁾ L. 24, § 2 i. f. D. 4, 4. L. 1. C. 2, 50 (51).

⁷⁾ L. 86 pr. D. 29, 2.

⁸⁾ L. 8. pr. § 1. 2. C. 6, 61. Windscheid, § 601, 1. Баронъ, § 424. пр. 18.

⁹⁾ L. 18, § 1, 3. C. 6, 30. Windscheid, § 601, 2. Dernburg, § 166, 4. Баронъ, § 424 пр. 17.

¹⁰⁾ Gai 2, 34—37; 3, 85—87. Ulp. 19, 13—14.

pudiavi hereditatem, tu eam Sempronio cesseris pretio accepto isque a me petat hereditatem: exceptionem doli mali ejus, qui ei cessit, non potest pati». Между современными учеными является спорнымъ вопросъ, представляется ли это единственное мѣсто въ Дигестахъ достаточнымъ основаніемъ для того, чтобы изъ него заключить о возможности по юстиніанову праву совершать передачу способности, возникающей изъ *delatio hereditatis ab intestato* несмотря на исчезновение изъ права торжественнаго способа этой передачи—*in jure cessio* ¹⁾).

§ 22. Предметъ пріобрѣтенія. *Jus accrescendi*.

I. Предметомъ пріобрѣтенія наслѣдства всегда считается *все наслѣдство*. Это принимается даже въ томъ случаѣ, когда пріобрѣтатель, совершая *aditio hereditatis*, направилъ свою волю на пріобрѣтеніе только части наслѣдства (напримѣръ, той части, которая должна ему достаться *ab intestato*, или той, въ которой онъ назначенъ наслѣдникомъ по завѣщанію). Если наслѣдникъ, дѣлая *aditio hereditatis*, прибавляетъ открыто ограниченіе своего вступленія въ наслѣдство какой-либо частью наслѣдства, то подобное ограниченіе считается недействительнымъ; лицо все-таки дѣлается наслѣдникомъ въ томъ объемѣ, въ какомъ оно призвано къ наслѣдству ¹⁾).

II. Изъ этого общаго правила вытекаетъ одно важное слѣдствіе. Состоитъ оно въ томъ, что каждый наслѣдникъ, пріобрѣтшій наслѣдство, считается потенциально пріобрѣтшимъ все наслѣдственное имущество. Если наслѣдниковъ является нѣсколько по закону или по завѣщанію, и если даже для этихъ наслѣдниковъ въ завѣщаніи указаны опредѣленные части, то и въ этомъ случаѣ каждый наслѣдникъ потенциально пріобрѣтаетъ со вступленіемъ въ наслѣдство право на все наслѣдственное имущество. Когда, затѣмъ, на практикѣ нѣсколько наслѣдниковъ, вступившихъ въ наслѣдство, получаютъ лишь части наслѣдственной массы, то это значитъ только, что они неизбежно должны стѣснять другъ друга въ реализаціи своихъ правъ на наслѣдство. При реализаціи своихъ правъ они по необходимости приходятъ къ раздѣлу между собою наслѣдства: *concurso partes fiunt* ²⁾). Но въ принципѣ каждый изъ сонаслѣдниковъ управомоченъ на все наслѣдство. Это проявляется фактически въ томъ, что если одно изъ лицъ, призванныхъ къ наслѣдству вмѣстѣ съ другими, не пріобрѣтаетъ наслѣдства, то его часть дѣлится между всѣми остальными сонаслѣдниками. Источники наши говорятъ въ этомъ случаѣ о *jus accrescendi*; доля лица, не пріобрѣтшаго наслѣдства, какъ бы прирастаетъ къ долямъ другихъ лицъ. Изъ сказаннаго выше, однако, ясно, что это названіе не точно: суть дѣла состоитъ въ томъ, что при отпаденіи одного изъ призванныхъ лицъ, остальные лица, вмѣстѣ съ ними призванные, меньше стѣсняютъ другъ друга въ осуществленіи своихъ правъ на все наслѣдственное имущество, и въ результатѣ каждый изъ нихъ получаетъ большую долю этого имущества. Правильнѣе было бы, стало быть, говорить, что въ случаѣ отпаденія одного изъ сонаслѣдниковъ доли другихъ «*non decrescunt*» ³⁾).

¹⁾ Въ утвердит. смыслѣ рѣшаетъ вопросъ Windscheid, § 601, 3; въ отрицательномъ — Dernburg III, § 167. Arndts § 512 пр. 1.

²⁾ L. 1. 10. D. 29. 2. См. выше § 19 пр. 12—13.

³⁾ L. 80. D. 32. Celsus 35 dig. Conjunctim heredes institui aut conjunctim legari hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri Cp. L. 1, § 3. D. 7, 2.

³⁾ См. къ этому Windscheid, § 603 пр. 2a.

Въ частности объ этомъ *jus accrescendi* существуютъ слѣдующія правила:

1) Приращеніе наступаетъ только въ томъ случаѣ, если послѣ отпаденіи одного изъ сонаслѣдниковъ для его освободившейся части наслѣдства не является особый преемникъ въ лицѣ субститута ⁴⁾ (§ 10 выше).—Какъ было замѣчено уже въ § 13, III, является спорнымъ вопросъ, должно ли *jus accrescendi* при наслѣдованіи *ab intestato* наступать только тогда, когда не является преемниковъ слѣдующей степени (*successio graduum*) для сонаслѣдника, непринявшаго наслѣдства, т.-е. имѣетъ ли *jus accrescendi* между сонаслѣдниками предпочтеніе передъ *successio graduum*.

2) *Jus accrescendi* дѣйствуетъ независимо отъ воли сонаслѣдниковъ, въ пользу которыхъ оно дѣйствуетъ. Чтобы пріобрѣсти вакантную часть въ силу *jus accrescendi* сонаслѣдникъ не долженъ дѣлать новой *aditio* ⁵⁾. Если сонаслѣдникъ, вступившій въ наслѣдство, уже умеръ, когда освободилась доля другого сонаслѣдника, то эта освободившаяся доля прирастаетъ все-таки къ долѣ умершаго сонаслѣдника, хотя та уже перешла по наслѣдству къ собственнымъ наслѣдникамъ умершаго сонаслѣдника (*portio portioni accrescit, non personae*) ⁶⁾.

3) Правила о томъ, въ пользу какихъ именно лицъ дѣйствуетъ *jus accrescendi*, различны для наслѣдованія *ex testamento* и *ab intestato*.

а) При наслѣдованіи *ex testamento* доля, не пріобрѣтенная однимъ изъ наслѣдниковъ, по общему правилу, приростаетъ ко всѣмъ остальнымъ наслѣдникамъ пропорціонально съ ихъ частями въ наслѣдствѣ ⁷⁾. Если же доля наслѣдства не пріобрѣтена такимъ наслѣдникомъ, который былъ *re conjunctus* или *re et verbis conjunctus* съ нѣкоторыми изъ остальныхъ сонаслѣдниковъ, то *jus accrescendi* дѣйствуетъ сперва только въ пользу сонаслѣдниковъ, которые были *conjuncti* съ отказавшимся сонаслѣдникомъ, и только тогда дѣйствуетъ въ пользу остальныхъ сонаслѣдниковъ, когда и эти *coheredes conjuncti* не пріобрѣтутъ наслѣдства ⁸⁾. Простая *verbis tantum conjunctio* не имѣетъ значенія для *jus accrescendi* ⁹⁾. Обо всѣхъ этихъ видахъ *conjunctio* сказано было выше въ § 9, III, а.

б) При наслѣдованіи *ab intestato* все зависитъ отъ рода дѣленія наслѣдства, наступающаго въ данномъ случаѣ (см. о дѣленіи наслѣдства *ab intestato* выше § 13): если дѣленіе наслѣдства происходитъ поголовно—*in capita*, то *jus accrescendi* имѣетъ мѣсто въ пользу всѣхъ сонаслѣдниковъ равномѣрно; если дѣленіе происходитъ поколѣнно—*in stirpes*—или полинейно—*in lineas*,—то *jus accrescendi* сперва наступаетъ въ пользу наслѣдниковъ, принадлежащихъ къ тому же колѣну—*stirps*—или линіи, къ которымъ принадлежалъ отпавшій дѣлять, и только въ случаѣ непріобрѣтенія наслѣдства всѣми лицами, призванными въ этомъ *stirps* или *linea*, *jus accrescendi* дѣйствуетъ въ пользу остальныхъ сонаслѣдниковъ ¹⁰⁾.

§ 23. Уничтоженіе уже состоявшагося пріобрѣтенія наслѣдства.

I. Разъ лицо пріобрѣло открывшееся ему наслѣдство, т.-е. сдѣлалось *heres*, оно навсегда должно остаться наслѣдникомъ, по правилу: *semel heres semper*

⁴⁾ L. 2, § 8. D. 37, 11. L. 1, § 8, 4, 7. C. 6, 51.

⁵⁾ L. 31, 53 § 1. D. 29, 2. L. 2, § 8. D. 37, 11. L. 1, § 10. C. 6, 51.

⁶⁾ L. 26, § 1. D. 35, 1. L. 9. D. 38, 16. L. 1, § 10. C. 6, 51.

⁷⁾ L. 60 (59) § 3. L. 64 (63) L. 67 (66). D. 28, 5.

⁸⁾ L. 60 (59) § 3. D. 28, 5. L. 1, § 10. C. 6, 51. Windscheid § 604 пр. 2.

⁹⁾ L. 64 (67). D. 28, 5. Windscheid § 604 пр. 3.

¹⁰⁾ L. 12 пр. D. 37, 4.

heres. Мы уже знаемъ, что резолютивные условія и всякаго рода сроки при назначеніи наслѣдника имѣли силу только въ солдатскомъ завѣщаніи (см. выше § 8, III).

II. Однако, есть цѣлый рядъ особенныхъ случаевъ, когда уже состоявшееся приобретение наслѣдства теряетъ затѣмъ всякую силу и считается никогда не наступавшимъ. Это бываетъ при слѣдующихъ условіяхъ:

1) Если вступившее въ наслѣдство лицо испрашиваетъ *in integrum restitutio* противъ своей *aditio hereditatis*. Основаніями для такой просьбы могутъ служить: *minor aetas* ¹⁾ и принужденіе ко вступленію ²⁾; заблужденіе въ размѣрахъ актива и пассива наслѣдства не является достаточнымъ основаніемъ (такъ какъ, по юстиніанову праву, наслѣдникъ всегда можетъ отклонить отъ себя, вступая въ наслѣдство, отвѣтственность своимъ имуществомъ за долги наслѣдства; ему стоитъ только воспользоваться такъ наз. *beneficium inventarii*; см. § 24 ниже) ³⁾. Если наслѣдникъ получилъ *in integrum restitutio*, то наслѣдство достается слѣдующему за нимъ наслѣднику наслѣдодателя, т.-е. субституту, сонаслѣднику (въ силу *jus accrescendi*), наслѣдникамъ *ab intestato* ⁴⁾.

2) Если *heres suus et necessarius*, который пріобрѣтаетъ наслѣдство, какъ извѣстно, въ самый моментъ его открытія, пользуется *beneficio abstinendi* (выше § 19).

3) Если завѣщаніе, на основаніи котораго наслѣдникъ вступилъ въ наслѣдство, подвергается оспариванію и отъ этого теряетъ силу. Сюда относятся слѣдующіе случаи: а) если противъ завѣщанія вчинается *querela inofficiosi testamenti* (§ 17); б) если назначеніе наслѣдника въ данномъ завѣщаніи состоялось подъ вліяніемъ принужденія (см. выше § 8, I).

4) Если лицо, которое не пріобрѣло наслѣдства вслѣдствіе своего отказа или по иной причинѣ, испрашиваетъ *in integrum restitutio* противъ своего непріобрѣтенія наслѣдства. Въ такомъ случаѣ это лицо дѣлается наслѣдникомъ, а то лицо, которое пріобрѣло уже наслѣдство вмѣсто него, перестаетъ быть наслѣдникомъ ⁵⁾.

5) Если лицо, пріобрѣтшее наслѣдство, признается недостойнымъ наслѣдства — *indignus* — и наслѣдство у него отнимается, т. наз. *creptio*. Основаній, по которымъ лицо можетъ быть признано недостойнымъ, очень много ⁶⁾. Сюда относятся: 1) разные проступки наслѣдника противъ личности завѣщателя (напримѣръ умышленное или неосторожное причиненіе его смерти ⁷⁾; оставленіе безъ помощи душевнобольного завѣщателя ⁸⁾; 2) проступки противъ самаго содержанія послѣдней воли завѣщателя (напр., неосновательное предъявленіе *querela inofficiosi testamenti* ⁹⁾; причиненіе препятствій къ совершенію или измѣненію завѣщанія ¹⁰⁾; см. выше § 8, I); 3) совершеніе нѣкоторыхъ дѣяній, запрещенныхъ закономъ (напр., обѣщаніе наслѣдника завѣщателю выдать наслѣдство лицу, не имѣющему

1) L. 57, § 1. D. 29, 2. L. 1. C. 2, 39. § 5. J. 2, 19.

2) L. 21. § 5. D. 4, 2. L. 85. D. 29, 2.

3) § 6. J. 2, 19.

4) L. 6, § 3. D. 38, 2. L. 1, § 10. L. 2, § 10. D. 38, 17. L. 7, § 10. D. 4, 4. L. 61. D. 29, 2 cf. L. 2. D. 38, 9.—См. сверхъ того L. 8, § 6. C. 6, 61.

5) L. 1, 2. C. 2, 39 (40). L. 2. C. 2, 38 (39).

6) Полный перечень см. у Windscheid § 670—673. Arndts § 520 пр. 2. Barons § 426.

7) L. 3. D. 34, 9. L. 10. C. 6, 35.

8) Nov. 115 c. 3 § 12.

9) L. 8, § 14. D. 5, 2.

10) L. 19. D. 34, 9.

capacitas ¹¹⁾ (см. о capacitas выше § 8, II); сожителство женицы въ преступной связи съ наслѣдодателемъ ¹²⁾; 4) наконецъ, основаніемъ для егертіо можетъ служить воля самого наслѣдодателя (напр., послѣдній заявилъ о недостойности назначеннаго въ его завѣщаніи наслѣдника ¹³⁾ или вычеркнулъ его имя изъ завѣщанія ¹⁴⁾).—Во всѣхъ этихъ случаяхъ indignus сохраняетъ только по-
men heredis. Но онъ фактически теряетъ всякое отношеніе къ наслѣдству: утрачиваетъ права на активъ наслѣдства и перестаетъ отвѣчать за долги наслѣдства ¹⁵⁾. Если его собственныя права требованія къ наслѣдодателю и iura in re на вещи наслѣдодателя уничтожились вслѣдствіе aditio hereditatis (на основаніи confusio; см. § 24, I, 1), то эти права послѣ егертіо не восстанавливаются ¹⁶⁾. Мѣсто наслѣдника занимаетъ, обыкновенно, фискъ. Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ вслѣдствіе егертіо наслѣдство достается другимъ лицамъ; такъ, когда егертіо наступаетъ вслѣдствіе того, что наслѣдникъ оставилъ безъ помощи душевнобольного наслѣдодателя, наслѣдство достается лицу, принявшему на себя попеченіе о наслѣдодателѣ ¹⁷⁾. Лицо, получающее наслѣдство вслѣдствіе егертіо (эрипентъ), занимаетъ вполне мѣсто наслѣдника ¹⁸⁾: оно должно платить долги наслѣдства и легаты, назначенныя въ завѣщаніи ¹⁹⁾,

Глава VI. Послѣдствія приобрѣтенія наслѣдства.

§ 24. Представленіе наслѣдникомъ личности наслѣдодателя.

1. Положеніе наслѣдника, приобрѣтшаго открывшееся ему наслѣдство, опредѣляется перѣдко въ современной литературѣ ¹⁾ и даже въ источникахъ ²⁾ выраженіемъ, что наслѣдникъ принимаетъ на себя имущественно-правовую личность наслѣдодателя, насколько она переживаетъ послѣдняго. Мы уже имѣли случай (въ § 1, VI) высказаться противъ такой конструкціи положенія наслѣдника, какъ противъ конструкціи совершенно неестественной: личность наслѣдодателя погибаетъ съ его смертію и ни на кого переходить не можетъ. Положеніе наслѣдника есть просто положеніе универсальнаго преемника всѣхъ правъ и обязанностей, принадлежавшихъ наслѣдодателю ³⁾, за исключеніемъ тѣхъ чисто личныхъ правъ и обязанностей, которыя погибаютъ со смертію наслѣдодателя ⁴⁾. Всю эту совокупность правъ и обязанностей наслѣдникъ приобрѣтаетъ при помощи единого акта (aditio hereditatis) или одного событія (delatio hereditatis, если онъ heres necessarius), не совершая приобрѣтенія каждаго изъ

¹¹⁾ L. 10, 11, 18, 23. D. 34, 9.

¹²⁾ L. 14. D. 34, 9. L. 41, § 1. D. 29, 1. Dernburg III, § 60 пр. 11.

¹³⁾ L. 4. C. 6, 35.

¹⁴⁾ L. 12. D. 34, 9.

¹⁵⁾ L. 9, § 2. L. 18. D. 34, 9. L. 8, 9. C. 6, 35.

¹⁶⁾ L. 8. L. 18, § 1. D. 34, 9 cf. L. 17. D. eod.

¹⁷⁾ Nov. 115c. 3 § 12.

¹⁸⁾ L. 20, § 6, 7. D. 5, 3.

¹⁹⁾ L. 9. D. 29, 5. L. 50, § 2. D. 30. L. 3, § 4. L. 14. D. 49, 14.

¹⁾ См. ссылки у Windscheid § 528 пр. 6. Arnolds § 521 пр. 3. Brinz III § 357 пр. 2.

²⁾ Nov. 48 praef. (см. выше § 1. VI).

³⁾ L. 62. D. 50, 17. Iulianus 6 dig. Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus quod defunctus habuit. Это относится и къ bonorum possessor'y, такъ какъ въ развитомъ правѣ всѣ bonorum possessiones были cum re. См. къ этому Girard, стр. 860 пр.

⁴⁾ Windscheid § 605 пр. 5.—О переходѣ на наслѣдника sacra см. Girard, стр. 861 сл.

этихъ правъ въ отдѣльности⁵⁾. Вслѣдствіе этого особеннаго способа пріобрѣтенія, наслѣдникъ получаетъ и особый искъ для защиты своихъ правъ на пріобрѣтенное имущество: *hereditatis petitio*. Но, послѣ пріобрѣтенія наслѣдникомъ, наслѣдственное имущество уже перестаетъ составлять особое цѣлое: оно дѣлается собственнымъ имуществомъ наслѣдника и смѣшивается съ его остальнымъ имуществомъ. Отсюда вытекаютъ частныя послѣдствія, которыми опредѣляется положеніе наслѣдника по пріобрѣтеніи наслѣдства. Эти послѣдствія сводятся къ слѣдующему. 1) Если наслѣдникъ имѣлъ какія-либо права требованія по отношенію къ наслѣдодателю, то онъ дѣлается теперь самъ должникомъ по этимъ обязательствамъ, и потому эти обязательства погибаютъ вслѣдствіе *confusio*. Если онъ имѣлъ *jura in re aliena* на вещи наслѣдодателя, то онъ дѣлается теперь самъ собственникомъ этихъ вещей, и его *jura in re aliena* также погибаютъ вслѣдствіе *confusio*. То же самое происходитъ съ правами требованія наслѣдодателя къ наслѣднику и съ *jura in re* наслѣдодателя на вещи наслѣдника⁶⁾. 2) Долги, лежащія на наслѣдодателѣ, дѣлаются теперь собственными долгами самого наслѣдника; онъ отвѣчаетъ за нихъ такъ же, какъ и за остальные свои долги, т.-е. не только наслѣдственнымъ активомъ, но и всѣмъ своимъ остальнымъ имуществомъ⁷⁾. 3) Активы наслѣдственного имущества вполне смѣшивается съ остальнымъ имуществомъ наслѣдника; поэтому кредиторы самого наслѣдника могутъ также требовать своего удовлетворенія не только изъ имущества наслѣдника, но и изъ пріобрѣтеннаго имъ наслѣдства.

II. Однако, изъ двухъ послѣднихъ правилъ сдѣланы были исключенія. Наслѣдникъ могъ освободиться отъ отвѣтственности за долги наслѣдодателя всѣмъ своимъ имуществомъ, если онъ испрашивалъ т. наз. *beneficium inventarii*. Кредиторы наслѣдодателя могли добиться, чтобы наслѣдство отвѣчало прежде всего только за долги наслѣдодателя, а не наслѣдника, если они испрашивали т. наз. *beneficium separationis*. Разберемъ каждый изъ этихъ институтовъ въ отдѣльности.

1) По доюстиніанову праву наслѣдникъ могъ предотвратить себя отъ опасности принять наслѣдство, слишкомъ обремененное долгами, только тѣмъ путемъ, что онъ испрашивалъ себѣ *spatium deliberandi*, чтобы имѣть время ознакомиться съ состояніемъ наслѣдства и тогда рѣшить вопросъ, слѣдуетъ ли ему принимать наслѣдство или нѣтъ (см. § 19, I). Юстиніанъ⁸⁾ создалъ для наслѣдника еще одно средство, чтобы откинуть отъ себя отвѣтственность за долги наслѣдства своимъ собственнымъ имуществомъ; это было *beneficium inventarii*; отнынѣ каждый делятъ могъ выбирать между *beneficium inventarii* или испрашиваніемъ *spatium deliberandi*⁹⁾. Если онъ выбираетъ *beneficium inventarii*, то онъ долженъ привлечь нотаріуса и знающихъ дѣло оцѣнщиковъ, а также кредиторовъ наслѣдства и легатаріевъ (за ихъ отсутствіемъ — трехъ свидѣтелей) и

⁵⁾ Только для пріобрѣтенія владѣнія (*possessio*) необходимъ захватъ (*apprehensio*) со стороны наслѣдника; владѣніе наслѣдодателя на него не переходитъ, ибо владѣніе всегда пріобрѣтается оригинарнымъ способомъ. L. 23 pr. L. 30, § 5 D. 41, 2.

⁶⁾ L. 18. D. 8, 1. L. 9. D. 8, 4. L. 116, § 4. D. 30. L. 2, § 18. D. 18, 4. L. 75 D. 46, 3.

⁷⁾ L. 8 pr. D. 29, 2. Ulp. 7. Sab... hereditas autem quin obliget nos aeri alieno, etiamsi non sit solvendo, plus quam manifestum est. L. 36. D. 38, 2.

⁸⁾ L. 22. C. 6, 30 (531 г.). Подробности о *benef. inventarii* и *separationis* у Кассо, Премство наслѣдника въ обязательствахъ наслѣдодателя, 1895 г., стр. 1—78.

⁹⁾ L. 22, § 14a. C. cit. Windscheid § 606, 4.

составить точную опись всего наследственного имущества (инвентарь); составление этой описи онъ долженъ начать въ теченіе 30 дней съ того момента, какъ онъ узналъ объ открытіи ему наследства, и кончить въ теченіе слѣд. 60 дней; если наследство или большая часть его не находится въ мѣстѣ пребыванія наследника, то ему дается на составленіе описи годъ со смерти наследодателя ¹⁰⁾ Закончивши инвентарь, наследникъ, если этого требуютъ кредиторы наследства, долженъ принести присягу въ томъ, что инвентарь составленъ добросовѣстно ¹¹⁾. По составленіи инвентаря сообразно съ этими правилами, наследникъ можетъ быть привлекаемъ къ отвѣтственности кредиторами наследства и легатаріями, но отвѣчаетъ передъ этими лицами лишь въ размѣрахъ актива самаго наследства, а не своимъ собственнымъ имуществомъ. При этомъ, онъ не обязанъ заботиться объ удовлетвореніи кредиторовъ равномѣрными уплатами изъ наследственной массы, если ея не хватаетъ на покрытіе всѣхъ долговъ сполна; онъ можетъ удовлетворять всѣхъ кредиторовъ и легатаріевъ сполна въ томъ порядкѣ, въ какомъ они предъявляютъ къ нему свои требованія, пока не исчерпаетъ всего наследственного имущества. Затѣмъ кредиторамъ въ извѣстныхъ границахъ предоставляется возможность самимъ позаботиться о болѣе справедливомъ распределеніи полученнаго удовлетворенія ¹²⁾. Собственные права требованія наследника къ наследодателю и его *jura in re aliena* на вещи наследодателя (и обратно) не считаются уничтоженными черезъ *confusio*, если наследникъ воспользовался *beneficio inventarii* ¹³⁾.

2) Что касается *beneficium separationis*, то оно существовало еще по преторскому эдикту. Состоитъ оно въ томъ, что кредиторы наследства и легатаріи могутъ потребовать у претора ¹⁴⁾, чтобы наследственное имущество было отдѣлено отъ прочаго имущества наследника и прежде всего было употреблено на уплату долговъ наследодателя, затѣмъ на выплату легатовъ, назначенныхъ наследодателемъ, и уже на послѣднемъ мѣстѣ, если что-либо еще останется, шло на покрытіе долговъ самаго наследника ¹⁵⁾. Если кредиторы наследства и легатаріи воспользовались этимъ *beneficium*, то они не могутъ уже ничего взыскивать съ самаго наследника, разъ они не получаютъ полного удовлетворенія изъ отдѣленной на ихъ удовлетвореніе наследственной массы ¹⁶⁾. Право требовать *beneficium separationis* теряется въ томъ случаѣ, если кредиторы уже признали наследника своимъ должникомъ ¹⁷⁾, а также если со дня пріобрѣтенія наследства прошло не менѣе 5 лѣтъ ¹⁸⁾; отдѣленіе наследства осуществляется настолько, насколько оно еще является возможнымъ при предъявленіи просьбы о немъ ¹⁹⁾.

Въ основѣ этого *beneficium separationis* лежитъ слѣдующее соображеніе: когда кредиторы оказываютъ кредитъ кому либо, то они вѣрятъ его личности и

10) L. 22, § 2, 3. C. cit. Nov. 1 c. 2 § 1.

11) L. 22, § 10. C. cit.

12) L. 22, § 4—6, 8. C. cit. Windscheid § 606 пр. 11 Dernburg III § 171 пр. 19.

13) L. 22, § 9. C. cit.

14) L. 1 пр. § 14. D. 42, 6.

15) L. 1, § 1. L. 6 пр. D. 42, 6.

16) L. 1, § 17. L. 5. D. 42, 6. Ср. L. 3, § 2. D. eod. Girard стр. 865 пр. 1. Dernburg III § 170 пр. 1.

17) L. 1, § 10, 15. D. 42, 6.

18) L. 1, § 13. D. 42, 6.

19) L. 1, § 12. L. 2. D. 42, 6 (наследственные вещи смѣшались съ вещами наследника и не могутъ быть отдѣлены; онѣ bona fide отчуждены наследникомъ).

его собственному имуществу; было бы большим подрывом кредиту, если бы законодатель оставил кредиторов без всякой помощи, раз имущество их должника по его смерти переходит в руки неизвестного им, быть может, до тех пор наследника, с которым они никакой сделки ни заключали, и который сам может оказаться обремененным долгами; поэтому кредиторы наследодателя получают возможность оградить себя от опасности, что имущество их должника пойдет на уплату долгов его наследника; для этого им стоит испросить *beneficium separationis*.

Отсюда ясно, почему такое *beneficium separationis* не было дано кредиторам самого наследника. Эти кредиторы заключали сделки именно с этим наследником и ему оказывали доверие. Они, конечно, страдают, если их должник примет несостоятельное наследство: он прибавит тогда к своим прежним кредиторам еще ряд кредиторов принятого им несостоятельного наследства, и в случае конкурса над наследником эти новые кредиторы будут иметь такие же права на удовлетворение их из конкурсной массы, как и старые кредиторы самого наследника. Но последние не могут на это жаловаться: они знали, кому они оказывают кредит; они точно также не могут протестовать против того, что их должник принимает несостоятельное наследство и тем ухудшает их положение, как не могут протестовать, если их должник иными способами увеличивает число своих кредиторов, т.-е. дѣлает новые долги ²⁰).

§ 25. Положеніе сонаслѣдниковъ (coheredes).

I. Нѣсколько наследниковъ, приобретаая вмѣстѣ наследственное имущество, становятся въ особое положеніе *общности имущества*. Въ частности, послѣдствія пріобрѣтенія наследства нѣсколькими сонаслѣдниками сводятся къ слѣдующему. 1) По отношенію ко всѣмъ *дѣлимымъ вещнымъ правамъ* на вещи, находящіяся въ наследствѣ, возникаетъ такъ называемое дѣленіе этихъ правъ на идеальныя части, пропорціонально долямъ сонаслѣдниковъ въ наследствѣ. Такимъ образомъ, изъ собственности на наследственные вещи возникаетъ сосовѣнность (*condominium*; см. Вещное право § 5); аналогичное отношеніе возникаетъ изъ входящаго въ составъ наследства узуфрукта, эмфитевзиса, суперфінціесь ¹). 2) *Недѣлимыя вещныя права*, каковы предѣльные сервитуты и залоговое право, принадлежать *in solidum* каждому сонаслѣднику или осуществляются солидарно противъ каждого сонаслѣдника (см. Вещное право, § 29, п. 6; § 41 въ концѣ). 3) *Обязательственныя права требованія и обязательственные долги ipso iure* раздѣляются между сонаслѣдниками на части; возникаетъ нѣсколько частичныхъ обязательствъ. Такъ постановили еще законы XII таблиц ²). Однако, если обязательство по предмету своему *недѣлимо*, то возникаетъ для каждого изъ сонаслѣдниковъ активное или пассивное солидарное обязательство. 4) *Confusio обязательствъ и вещныхъ правъ* наступаетъ только въ размѣрѣ доли каждого сонаслѣдника въ наследствѣ ³).

²⁰) L. 1, § 1, 2. D. 42, 6 ср. L. 1, § 5, 6. D. eod.

¹) Каждый сонаслѣдникъ можетъ свободно отчуждать свою *pars pro indiviso*. L. 54. D. 10, 2. *Dernburg* III, § 175 пр. 3.

²) L. 6. C. 3, 36. L. 1, 2. C. 4, 16.

³) L. 50. D. 46, 1. L. 6. C. 4, 16.

Каждый из сонаследников может положить конец возникшей общности имущества, предъявив *искъ о раздѣлѣ*, который въ данномъ случаѣ называется *a. familiae erciscundae*. Задача судьи при раздѣлѣ наследства состоитъ въ томъ, чтобы создать для каждаго изъ сонаследниковъ по возможности независимое отъ другихъ положеніе. Для этой цѣли онъ дѣлитъ на реальные части тѣлесныя вещи, находящіяся въ наследствѣ; онъ можетъ присудить нѣкоторымъ изъ наследниковъ эти вещи въ цѣломъ, вознаграждая другихъ какими-либо иными предоставленіями; онъ можетъ возложить на одного изъ сонаследниковъ отвѣтственность по какому-либо недѣлимому обязательству или, напротивъ, уступить ему исключительно недѣлимое право требованія и т. д. ⁴⁾. При совершеніи раздѣла судья долженъ сообразоваться съ состоявшимися раньше соглашеніями сонаследниковъ или указаніями завѣщателя, если тѣ и другія не противны праву и нравственности ⁵⁾. Совершая раздѣлъ, судья въ то же время долженъ удовлетворить и тѣ обязательственныя претензіи, которыя возникли между сонаследниками, вслѣдствіе имѣвшей мѣсто общности имущества (напр., требованіе сонаследника, чтобы его товарищи возмѣстили ему соотвѣтственную часть сдѣланныхъ имъ на наследственную массу издержекъ ⁶⁾). Въ этомъ отношеніи примѣняются тѣ же самыя правила, которыя установлены относительно *actio communi dividundo* (Вещное право § 5).

II. Особого разсмотрѣнія заслуживаетъ имѣющая мѣсто въ нѣкоторыхъ случаяхъ между сонаследниками *коллагія (collatio)*. Этотъ институтъ состоитъ въ слѣдующемъ. Нѣкоторые сонаследники должны раздѣлить съ другими сонаследниками не только наследство, но и свое собственное имущество: они должны внести (*conferre*) въ дѣлимую массу все свое имущество или его опредѣленную составную часть. *Collatio* прошла въ своемъ развитіи нѣсколько ступеней; она всегда имѣла своею цѣлью достиженіе возможно большаго равенства въ положеніи сонаследниковъ, но эта цѣль въ разное время достигалась разными средствами. Слѣдуетъ различать *три рода collatio*: 1) *collatio bonorum* со стороны эманципированныхъ, которые наследовали вмѣстѣ съ *sui*; 2) *collatio dotis*; 3) новѣйшую *collatio* между нисходящими.

1. *Collatio bonorum* ⁷⁾ со стороны эманципированныхъ дѣтей наследодателя. Она состоитъ въ томъ, что эманципированныя дѣти наследодателя, если они получаютъ *bonorum possessio intestati* или *contra tabulas* ⁸⁾ вмѣстѣ съ *sui heredes* ⁹⁾ наследодателя, должны внести въ раздѣлъ то имущество, которое они приобрѣли сами послѣ эманципации ¹⁰⁾. Основная мысль этой коллагіи состояла въ томъ, что по классическому праву подвластныя дѣти приобрѣтаютъ все для домовладыки; между тѣмъ эманципированныя дѣти съ момента эманципации получаютъ возможность приобрѣтать свое собственное имущество; наследуя затѣмъ своему отцу вмѣстѣ съ дѣтьми его, остававшимися подъ его властью, они въ составъ наследства получаютъ также результатъ труда этихъ подвластныхъ; поэтому является справедливымъ, чтобы они приобщили къ раздѣляемому имуществу также и тѣ приобрѣтенія, которыя они сами сдѣлали

⁴⁾ L. 26. D. 10, 2. L. 3. D. eod.

⁵⁾ L. 10. C. 3, 36 L. 21. D. 10, 3. L. 2, § 4. D. 10, 2.

⁶⁾ L. 22, § 4. L. 25, § 15. L. 49. D. 10, 2.

⁷⁾ Подробнѣе о ней см. у *Girard*, стр. 867 сл.

⁸⁾ L. 1 pr. D. 37, 6. L. 1. C. 6, 20.

⁹⁾ L. 3 § 2, 3. L. 1, § 24. D. 37, 6.

¹⁰⁾ L. 1 pr. L. 3, § 3. D. 37, 6.

послѣ своей эманципаци¹¹⁾. — Какъ мы уже выяснили въ Семейномъ правѣ, постепенно нормы о приобрѣтеніи имущества подвластными радикально измѣнились. Въ *юстиніановомъ правѣ* подвластный уже все приобрѣтаетъ для себя, кромѣ того, что онъ приобрѣтаетъ при посредствѣ имущества отца (см. Семейн. право § 14); слѣдовательно, теперь эманципированные должны были конферировать только то имущество, которое они получили отъ своего отца послѣ эманципаци, ибо только въ этомъ приобрѣтательная способность эманципированныхъ отличалась отъ приобрѣтательной способности *sui*¹²⁾. Наконецъ, *Юстиніанъ* реформировалъ Новеллой 118 весь порядокъ наслѣдованія *ab intestato*. Такъ какъ при этомъ онъ стремился построить всю систему наслѣдованія на началахъ кровнаго родства и родства по усыновленію, игнорируя всѣ прежнія различія между *sui* и *emancipati*, то слѣдуетъ признать, что этимъ закономъ уничтожена и эта *collatio emancipatorum* при наслѣдованіи *ab intestato*. Относительно наслѣдованія противъ завѣщанія *Юстиніанъ* издалъ извѣстную намъ Новеллу 115, въ которой ничего не говорится о *collatio emancipatorum*. Отсюда является спорнымъ, уничтожена ли эта коллація и при необходимомъ наслѣдованіи¹³⁾.

2. *Collatio dotis*. Подвластная дочь наслѣдодателя — *filia sua* — по преторскому эдикту должна конферировать свою *dos*, если она испрашивала *bonorum possessio* вмѣстѣ съ другими *sui*. При этомъ не составляло различія, была ли эта *dos profecticia* или *adventicia*, т.-е. получена ли она была дочерью отъ отца или отъ посторонняго лица. Основная идея коллаціи состояла въ томъ, что эта *filia sua* въ своемъ приданомъ имѣла особое имущество, котораго не имѣли другіе *sui* и которое не входило въ составъ наслѣдства. Со времени Ант. Пія *filia sua* обязана къ *collatio* и въ томъ случаѣ, когда она не испрашиваетъ *bonorum possessio*, а наслѣдуетъ по цивильному праву¹⁴⁾. По позднѣйшему праву *filia sua* должна конферировать приданое и при наслѣдованіи вмѣстѣ съ эманципированными дѣтьми наслѣдодателя; но въ этомъ случаѣ предметомъ коллаціи является только *dos profecticia*¹⁵⁾. Эта *collatio dotis* вполне исчезла изъ *юстиніанова* права. Ее отчасти замѣнила новая коллація нисходящихъ¹⁶⁾.

3. *Новая коллація нисходящихъ* установлена впервые конституціей императора Льва въ 472 году (L. 17, C. 6, 20) и развита далѣе *Юстиніаномъ* (L. 19, 20. C. 6, 20. Nov. 18 c. 6). Состоитъ она въ слѣдующемъ. Всѣ нисходящіе, наслѣдую какому бы то ни было восходящему, должны конферировать *dos*, *donatio propter nuptias* и *militia*, которыя они получили отъ наслѣдодателя. Простыя даренія, полученные отъ завѣщателя, конферируются тогда, 1) когда завѣщатель предписалъ ихъ коллацію или же 2) когда одаренный ничего отъ завѣщателя, кромѣ этого даренія, не получилъ, а рядомъ съ нимъ наслѣдуетъ другой нисходящій, который простыхъ дареній не получалъ, но получилъ *dos*, *donatio pr. nuptias* или *militia* и долженъ поэтому конферировать. Эта коллація имѣетъ мѣсто при всякомъ наслѣдованіи, какъ при *successio ab intestato*, такъ и при *successio ex testamento*, если только нисходящіе, назначенные въ завѣщаніи, были бы ближайшими наслѣдниками и при *successio ab intestato*. Въ основаніи этой коллаціи лежитъ слѣдующая мысль: не нужно

11) Coll. 16, 7, 2.

12) L. 1, § 15. D. 37, 6.—L. 21. C. 6, 20.

13) См. Windscheid, § 609 пр. 9. Баронъ, § 429, I inf. Girard, стр. 871 кр. 1.

14) Tit. Dig. 37, 7.

15) L. 4. C. 6, 20.

16) Windscheid, § 609 пр. 11.

предполагать, что наследодатель, дѣлая означенныя предоставленія (*dos, donatio pr. nuptias* и т. д.), желалъ этимъ путемъ оказать предпочтеніе однимъ изъ нисходящихъ передъ другими; нужно думать, наоборотъ, что эти предоставленія не были имъ сдѣланы всѣмъ нисходящимъ равномерно только потому, что не относительно всѣхъ нисходящихъ существовали одинаковые поводы для одѣленія ихъ этими дарами (не всѣ дочери вышли замужъ, не всѣ сыновья поступили на службу¹⁷⁾).

§ 26. Иски наследника.

I. Наслѣдникъ, пріобрѣтшій наследство, можетъ вчинать двоякаго рода иски, смотря по роду споровъ, возникающихъ у него съ третьими лицами. 1) Споръ можетъ состоять въ томъ, что третье лицо, признавая наследственные права истца, отрицаетъ, что оно было должникомъ наследодателя или что наследодатель имѣлъ вещное право на требуемый у него истцомъ предметъ. 2) Споръ можетъ состоять въ томъ, что третье лицо, не отрицая своего долга наследодателю или вещнаго права наследодателя, отрицаетъ право истца на наследование этому наследодателю. Въ первомъ случаѣ, наследникъ долженъ предъявлять противъ третьяго лица тѣ иски, которые долженъ бы былъ предъявить самъ наследодатель (т.-е. искъ изъ обязательства, *rei vindicatio, a. confessoria, a. hypothecaria* и т. п.¹⁾). Эти иски называются *сингулярными* исками наследника. Во второмъ случаѣ, если самое право истца на наследование оспаривается, наследникъ долженъ предъявить *особые иски*, имѣющіе цѣлью защитить его право на все наследство, и потому называющіеся *универсальными* исками наследника. Въ настоящемъ отдѣлѣ мы, конечно, будемъ говорить только объ этихъ послѣднихъ искахъ и разберемъ два такихъ иска. Одинъ изъ нихъ имѣетъ цѣлью дать *петиционную* защиту наследнику и называется *hereditatis petitio*; съ его помощью вопросъ о правѣ истца на наследство рѣшается окончательно. Другой искъ даетъ *ускоренную, поссессорную* защиту наследнику и называется *interdictum quorum bonorum*; съ его помощью претендентъ на наследство находитъ скорую защиту, но рѣшеніе имѣетъ только провизорный характеръ, такъ что проигравшая дѣло сторона можетъ потомъ предъявить противъ выигравшей *hereditatis petitio* для окончательнаго рѣшенія спора.

II. *Hereditatis petitio*²⁾. Этотъ искъ служитъ для окончательнаго рѣшенія спора между лицомъ, претендующимъ на наследство, и лицомъ, удерживающимъ у себя что-либо изъ наследственного имущества и отрицающимъ право истца на наследование³⁾. 1) *Истцомъ* поэтому здѣсь является лицо, претендующее быть наследникомъ, безразлично на какомъ основаніи⁴⁾, или универсальнымъ фиде-

¹⁷⁾ Подробности и спорные вопросы см. у Windscheid, § 610. Dernburg, III § 141. Baronz, § 429, III. Arndts, § 528—530.

¹⁾ Ср. L. 4. C. 7. 34.

²⁾ Искъ этотъ аналогиченъ съ *rei vindicatio*; поэтому иногда въ источникахъ онъ называется *hereditatis vindicatio*. Gai 4, 17. L. 8. D. 5, 3. L. 19. D. 5, 2. Windscheid, § 611 прим. 3.

³⁾ Наслѣдникъ иногда принуждается путемъ особой „*exceptio ne praedictum hereditati fiat*“ предъявить этотъ универсальный искъ взамѣнъ специальныхъ исковъ, вытекающихъ изъ отдѣльныхъ правъ, которыя входятъ въ составъ наследственного имущества. См. объ этомъ Windscheid, § 616. Baronz, § 434. Girard, стр. 873 пр. 3.

⁴⁾ О т. наз. *hered. petitio possessoria*, созданной для *bonorum possessor'a* см. tit. Dig. 5, 5. Girard, стр. 882 сл.

икоммиссаромъ ⁵⁾. Этотъ же искъ въ качествѣ *actio utilis* могутъ вчинать лица, занимающія мѣсто наслѣдника, какъ, напримѣръ, пріобрѣтатель *bona vacantia* (см. выше § 14, II) и эрипентъ (§ 23, II, 5) ⁶⁾. 2) Отвѣтчикомъ является лицо, которое удерживаетъ у себя что-либо принадлежащее къ наслѣдству, отрицая право на наслѣдство за истцомъ. Такое лицо называется *possessor pro herede* или *pro possessore* ⁷⁾. *Possessor pro herede* есть тотъ отвѣтчикъ, который самъ себя выдаетъ за настоящаго наслѣдника ⁸⁾, за *bonorum possessor'a*, за универсальнаго фидеикоммиссара ⁹⁾ или за лицо, купившее наслѣдство у этихъ лицъ ¹⁰⁾. При этомъ онъ можетъ находиться *in bona fide* или быть *malae fidei* (т.-е. зная о ложности своихъ утверждений). *Possessor pro possessore* есть то лицо, которое въ оправданіе своего удерживанія наслѣдственнаго имущества не ссылается ни на свое наслѣдственное право, ни на какой-либо иной титулъ, который бы не былъ явно ничтоженъ; такое лицо тоже считается фактически не признающимъ правъ истца на наслѣдство ¹¹⁾. Наконецъ, отвѣтственности подлежитъ также *fictus possessor*, т.-е. *qui dolo malo desit possidere* ¹²⁾ и *qui in se obtulit* ¹³⁾ (см. объ этомъ Вещ. пр. § 13, I, 2). Отвѣтчикъ долженъ удерживать у себя что-либо принадлежащее къ наслѣдству ¹⁴⁾. Но это не значитъ, что онъ долженъ непременно владѣть какой-либо вещью, принадлежащей наслѣдодателю въ собственность. *Hereditatis petitio* можетъ быть предъявлена и къ тому лицу, которое, выдавая себя за наслѣдника, не хочетъ платить своего долга наслѣдодателю ¹⁵⁾, и къ тому, кто удерживаетъ у себя вещь, данную наслѣдодателю на сохраненіе или въ ссуду и т. п. ¹⁶⁾. — 3) Истецъ долженъ доказать ¹⁷⁾, что онъ наслѣдникъ, т.-е. а) что наслѣдодатель умеръ, б) что наслѣдство открылось ему—истцу. Для послѣдней цѣли ему достаточно доказать свое родство съ наслѣдодателемъ и отсутствіе болѣе близкихъ родныхъ, если онъ ссылается на наслѣдованіе *ab intestato*, или доказать совершеніе по вѣщности вполнѣ исправнаго завѣщанія, если онъ ссылается на наслѣдованіе *ex testamento* ¹⁸⁾. Кроме того, истецъ долженъ доказать, что отвѣтчикъ удерживаетъ что-либо изъ наслѣдства *pro herede* или *pro possessore*. Отвѣтчикъ долженъ опровергнуть эти доказательства истца, т.-е. доказать свое одинаково или болѣе близкое родство съ наслѣдодателемъ, предъявить завѣщаніе, уничтожающее право истца *ab intestato*, указать на такіе пороки въ завѣщаніи, предъявленномъ истцомъ, которые сразу не замѣтны (напримѣръ, отсутствіе у завѣщателя *testamenti factio* и т. д. ¹⁹⁾). — 4) Если дѣло рѣшается въ пользу истца, то отвѣтчикъ долженъ ему выдать то, что онъ удерживалъ изъ наслѣдственной массы. При этомъ мѣра отвѣт-

⁵⁾ *Hereditatis petitio fideicommissaria*; tit. Dig. 5, 6.

⁶⁾ L. 20, § 6, 7. D. 5, 3. Каждый изъ сонаслѣдниковъ можетъ предъявлять для защиты своего права на наслѣдство т. наз. *hered. petitio partiarum*; tit. Dig. 5, 4.

⁷⁾ L. 9. D. 5, 3.

⁸⁾ L. 11. D. 5, 3.

⁹⁾ L. 20, § 13. D. 5, 3.

¹⁰⁾ *Utilis actio*. L. 13, § 4—6; 8—11. D. 5, 3.

¹¹⁾ L. 11, § 1—L. 13, § 1. L. 16, § 4. D. 5, 3. См. къ этому *Girard*, стр. 875 пр. 4.

¹²⁾ L. 20, § 6с. L. 13, § 2. L. 25, § 2. D. 5, 3.

¹³⁾ L. 13, § 13. L. 45. D. 5, 3.

¹⁴⁾ L. 4, 10. D. 5, 3.

¹⁵⁾ L. 13, § 15. D. 5, 3.

¹⁶⁾ L. 19 пр. § 2. D. 5, 3.

¹⁷⁾ См. къ послѣдующему *Windscheid*, § 615. *Dernburg* III, § 173. *Arndts*, § 532. *Баронъ*, § 431.

¹⁸⁾ L. 31, § 4. C. 6, 23.

¹⁹⁾ L. 11. C. 4, 19. L. 5. C. 6, 36.

ственности различается, смотря по тому, былъ ли отвѣтчикъ *bonae fidei* или *malae fidei*. Эта мѣра ответственности была установлена въ т. наз. *Scutum Iuvencianum* 129 г. по Р. Х.²⁰⁾. Состоить она въ слѣдующемъ. а) *Отвѣтчикъ bonae fidei* долженъ выдать только то, чѣмъ онъ обогатился на счетъ наслѣдства до момента предъявленія иска²¹⁾. Поэтому, если онъ продалъ уже наслѣдственную вещь, то обязанъ выдать только полученную за нее цѣну, если онъ и эту цѣну не истратилъ безъ обогащенія для себя²²⁾. Изъ собранныхъ плодовъ онъ выдаетъ только *fructus extantes* и выручку отъ потребления остальныхъ плодовъ²³⁾. Если онъ сдѣлалъ издержки на наслѣдственное имущество, то онъ имѣетъ *jus retentionis* (путемъ *exceptio doli*) по поводу всѣхъ этихъ издержекъ безъ различія, такъ какъ онъ всѣ уменьшилъ его обогащеніе отъ владѣнія наслѣдствомъ; такимъ образомъ, онъ вычитаетъ не только *impensae necessariae* и *utiles*, но и *impensae voluptuariae*²⁴⁾. — Съ момента предъявленія иска отвѣтчикъ *bonae fidei* отвѣчаетъ за *culpa levis* по отношенію къ удерживаемому имъ наслѣдственному имуществу²⁵⁾. — б) *Отвѣтчикъ malae fidei* долженъ выдать все то, что онъ удерживаетъ изъ наслѣдства со всеми плодами и приращеніями²⁶⁾. Онъ отвѣчаетъ за всякую гибель или порчу удерживаемыхъ имъ цѣнностей, если эта гибель или порча наступила отъ его *dolus* или *culpa*²⁷⁾. Съ момента предъявленія иска онъ отвѣчаетъ даже за *casus* въ размѣрахъ, которые были указаны въ Общей части § 57, III, 2²⁸⁾. Если отвѣтчикъ *malae fidei* сдѣлалъ издержки на наслѣдственное имущество, то онъ имѣетъ *jus retentionis* только объ *impensae necessariae* и *utiles* поскольку послѣднія еще увеличиваютъ цѣнность вещей, на которыя онъ были сдѣланы²⁹⁾. Если онъ безъ настоятельной необходимости продалъ наслѣдственную вещь, то истецъ по собственному выбору можетъ требовать отъ него или возмѣщенія дѣйствительной стоимости этой вещи или выдачи полученной отъ ея продажи цѣны³⁰⁾.

III. *Interdictum quorum Bonorum*. Этотъ интердиктъ дается только тому лицу, которое испросило у надлежащаго должностного лица *bonorum possessio*. Отвѣтчикомъ является тотъ, кто удерживаетъ *pro herede* или *pro possessore*³¹⁾ чуждыя вещи³²⁾ изъ наслѣдственной массы. При разборѣ спора по предъявленіи этого интердикта судья дѣлаетъ лишь суммарное изслѣдованіе о томъ, получилъ ли истецъ *bonorum possessio*³³⁾. Если этотъ вопросъ будетъ рѣшенъ утвердительно, то отвѣтчикъ присуждается къ выдачѣ удерживаемой имъ наслѣд-

20) См. о его историческомъ значеніи *Girard*, стр. 874, стр. 877.

21) L. 20, § 6. L. 25, § 11. L. 36, § 4. D. 5, 3.

22) L. 20, § 17. L. 23—25, § 1. D. 5, 3. L. 16, § 5. L. 18 pr. L. 22. D. eod. Наслѣдникъ даже не имѣетъ права виндицировать проданную вещь у покупателя, если послѣдній по поводу эвикціи можетъ предъявить регрессный искъ къ *bonae fidei possessor'y hereditatis*. L. 25, § 17. D. 5, 3 и къ этому *Girard*, стр. 879 пр. 1 ср. *Windscheid*, § 612 пр. 15.

23) L. 1. C. 3, 31. § 2. J. 4, 17.

24) L. 38, 39. D. 5, 3.

25) L. 20, § 11. L. 25, § 7. L. 31, § 3. D. 5, 3. *Windscheid*, § 612 пр. 9.

26) L. 20, § 2, 12. L. 25, § 4. D. 5, 3. § 2. J. 4, 17.

27) L. 25, § 2. L. 18 pr. L. 31, § 3. L. 54, § 2. D. 5, 3.

28) L. 40 pr. D. 5, 3.

29) L. 38, 39 § 1. D. 5, 3. Ср. съ этимъ правила объ ответственности *bonae* и *malae fidei possessor'a* при *rei vindicatio* (Вещное пр. § 13, I, 3). *Girard*, стр. 879 пр. 3.

30) L. 18 pr. L. 20, § 17, 21. L. 23 pr. L. 25, § 1. L. 36, § 3. D. 5, 3.

31) L. 1 pr. D. 43, 2.

32) L. 2. D. 43, 2. *Gai* 4, 144.

33) L. 1. C. 8, 2.

ственной вещи. Но ему не дозволяется въ этомъ же процессѣ доказывать, что онъ самъ имѣетъ лучшее право на наслѣдство, чѣмъ истецъ, т.-е. что наслѣдство должно быть передано ему, вмѣсто истца ³⁴⁾). Для этой цѣли онъ долженъ предъявить къ бывшему истцу *hereditatis petitio* или *querela inofficiosi testamenti*, въ которой уже онъ самъ выступитъ истцомъ и будетъ нести *onus probandi* ³⁵⁾). Такимъ образомъ, *int. quorum bonorum* даетъ ускоренную защиту, но рѣшеніе по нему имѣетъ провизорный характеръ ³⁶⁾; этотъ интердиктъ есть поссессиорное средство защиты и принадлежитъ къ числу *интердиктовъ adipiscendae possessionis*, т.-е. къ числу интердиктовъ, служащихъ для полученія юридическаго владѣнія, котораго истецъ до сихъ поръ поръ не имѣлъ. Это—третій разрядъ владѣльческихъ интердиктовъ, существующій на ряду съ извѣстными уже намъ *interdicta retinendae* и *recuperandae possessionis* ³⁷⁾).

§ 27. Отчужденіе наслѣдства.

I. Мы уже имѣли случай говорить о томъ, возможно ли отчуждать наслѣдство, когда оно открылось уже деляту, но еще не приобрѣтено имъ (см. выше § 21 въ концѣ). Намъ остается познакомиться съ тѣмъ, какія послѣдствія производить *отчужденіе наслѣдства послѣ того, какъ оно уже приобрѣтено наслѣдникомъ*. Такое отчужденіе не дѣлаетъ приобрѣтателя наслѣдникомъ или вообще универсальнымъ преемникомъ наслѣдодателя. Наслѣдникъ, продавшій приобрѣтенное имъ наслѣдство, попрежнему отвѣчаетъ передъ легатаріями и кредиторами наслѣдодателя ¹⁾). Весь активъ наслѣдства онъ обязанъ передать приобрѣтателю наслѣдства; но это относится только къ тѣлеснымъ вещамъ, принадлежащимъ къ наслѣдству: собственность на нихъ переходитъ на приобрѣтателя лишь путемъ *traditio* ²⁾; что же касается обязательственныхъ правъ, принадлежащихъ къ наслѣдству, то они переходятъ на приобрѣтателя наслѣдства безъ особой цессіи ³⁾. Въ свою очередь приобрѣтатель наслѣдства обязанъ выдать наслѣднику за приобрѣтаемый имъ активъ наслѣдства условленное вознагражденіе и, кромѣ того, доставить отчуждателю, который продолжаетъ отвѣчать передъ легатаріями и кредиторами наслѣдства, средства, необходимыя для уплаты легатовъ и долговъ наслѣдства ⁴⁾).

II. Тотъ, кто покупаетъ *bona vacantia* у фиска, дѣлается универсальнымъ преемникомъ, т.-е. отвѣчаетъ за долги наслѣдства и легаты такъ, какъ отвѣчалъ бы самъ фискъ ⁵⁾ (см. выше § 14 въ концѣ).

³⁴⁾ L. 3. C. 8, 2. Gai 4, 144.

³⁵⁾ L. 16, § 1. D. 5, 2.

³⁶⁾ Спорно. См. *Girard*, стр. 880 сл. *Baron*, § 435, I.

³⁷⁾ См. о нихъ Вещное право §§ 24, 25. — О *missio in possessionem scripti heredis*, установленной Адрианомъ, см. *Paul.* 3, 5, 14—18. L. 3. C. 6, 33. *Girard*, стр. 881 пр. 2. *Baron*, § 435, II. *Arndts*, § 535.

¹⁾ L. 2. C. 4, 39. L. 2. C. 6, 37.

²⁾ L. 6. C. 4, 39.

³⁾ *Utilis actio*. L. 16. D. 2, 14. L. 5. C. 4, 39. *Windscheid*, § 621 пр. 3.

⁴⁾ L. 2, § 9, 20. D. 18, 4. L. 2. C. 4, 39. *Windscheid*, § 621, 2.

⁵⁾ L. 1. C. 4, 39. L. 41. D. 49, 14.

ОТДѢЛЪ II.

Легаты и фидеикоммиссы.

Глава I. Общее учение объ отказахъ.

§ 28. Определеніе. Порядокъ совершенія отказовъ.

Мы уже говорили (въ §§ 1 и 2), что у римлянъ было два вида отказовъ: *legatum* и *fideicommissum*, и что въ юстиніановомъ правѣ объ эти формы отказовъ были совершенно уравнены. Поэтому, если въ послѣдующемъ изложеніи мы будемъ говорить о легатахъ, то все сказанное будетъ относиться и къ фидеикоммиссамъ.

Мы имѣемъ въ источникахъ два опредѣленія легата. Флорентинъ опредѣляетъ его слѣдующимъ образомъ: «*Legatum est deliberatio hereditatis qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit*» (L. 116 pr. D. 30). Въ Институціяхъ Юстиніана значится: «*Legatum est donatio quaedam a defuncto relicta*» (§ 1 J. 2, 20)¹⁾ Согласно общему смыслу этихъ опредѣленій, *легатъ есть такое распоряженіе на случай смерти, въ которомъ наследодатель безвозмездно предоставляет какому-либо лицу имуществомъ (или неимуществомъ) выгоду за счетъ оставаемаго имъ наследства*²⁾. Самая выгода, которая предоставляется такимъ распоряженіемъ, также называется легатомъ.

Легатъ обыкновенно устанавливаетъ *сингулярное преемство* легатарія въ имуществѣ наследодателя. Какъ мы видѣли, однако, (въ § 1 и 2) есть легаты, которые ставятъ получающее ихъ лицо въ положеніе *универсальнаго* преемника наследодателя во всемъ его имуществѣ или въ опредѣленной квотѣ этого имущества; это—т. наз. *fideicommissum hereditatis*. Наконецъ, есть легаты, которые не устанавливаютъ *никакой сукцессии*; сюда относится напр., легатъ, въ силу котораго наследникъ долженъ просто совершить какое-либо дѣйствіе (*facere*) въ пользу легатарія, но не предоставить ему какіе-либо объекты изъ наследственного имущества.

II. Что касается *порядка совершенія отказовъ*, то здѣсь слѣдуетъ различать три вопроса: 1) субъекты, причастные къ отказу, 2) актъ совершенія отказа, 3) содержаніе отказа.

1) Ср. L. 36. D. 31 и къ этому Girard, стр. 884 пр. 4

2) См. Arndts, § 541. Dernburg, III § 98; cf. Windscheid, § 623 пр. 1. Баронъ, § 437, I.

1) *Субъекты*. Къ каждому отказу являются причастными три лица: а) наследодатель, б) лицо, въ пользу котораго сдѣланъ отказъ, с) лицо, на которое возложена обязанность исполнить отказъ.— а) Что касается *наследодателя*, то онъ только тогда можетъ оставлять отказы, когда онъ обладает *testamenti factio activa* (выше § 6³). б) Лицо, въ пользу котораго совершается отказъ, называется *legatarius resp. fideicommissarius* или, по современной терминологіи, *honoratus*. Отказъ можетъ быть оставленъ, по общему правилу, только лицу, которое обладает *sapientia*⁴⁾ и *testamenti factio passiva*⁵⁾; впрочемъ, нужно отмѣтить два исключенія: легаты могутъ быть оставляемы лицамъ, которые еще не были зачаты въ моментъ смерти наследодателя⁶⁾, а также всѣмъ корпораціямъ безъ исключенія⁷⁾. Если легатъ оставленъ нѣсколькимъ лицамъ вмѣстѣ, то они называются *коллегатаріями* и получаютъ право на равныя части легата⁸⁾. Когда легатъ назначенъ нѣсколькимъ лицамъ альтернативно, (т.-е. *Titio aut Maevio*), то, по распоряженію Юстиніана, возникаетъ *корреальное обязательство въ пользу легатаріевъ*, если были прибавлены слова «*utri heres vellet*»⁹⁾; если же этихъ словъ не было, то каждый легатарій получаетъ право на *равную долю легата*, такъ какъ Юстиніанъ предписалъ¹⁰⁾ считать въ подобныхъ распоряженіяхъ слово «*aut*» за «*et*». — Легатъ можетъ быть оставленъ въ пользу *одного изъ сонаследниковъ* и тогда называется *praelegatum*. Особенныя правила примѣняются къ прелегату въ томъ случаѣ, если завѣщатель не опредѣлилъ, кто именно долженъ выплатить этотъ отказъ получающему его сонаследнику. Въ этомъ случаѣ обязанными выплатить легатъ считаются всѣ сонаследники, въ томъ числѣ и тотъ, въ пользу котораго оставленъ прелегатъ. Но такъ какъ онъ самъ не можетъ быть своимъ должникомъ (*heredi a semet ipso legari non potest*)¹¹⁾, то прелегатъ считается ничтожнымъ въ той части, въ которой обязанность къ его уплатѣ ложится на этого сонаследника¹²⁾. Если этотъ сонаследникъ имѣетъ коллегатарію, то ничтожная часть легата въ силу *jus accrescendi* достается этому коллегатарію¹³⁾. Если же онъ одинъ падѣленъ этимъ легатомъ, то онъ получаетъ ничтожную долю легата не въ качествѣ легатарія, а въ качествѣ наследника (*jure hereditario*)¹⁴⁾. Это имѣетъ практическія послѣдствія: напримѣръ, эта часть зачитывается ему въ *quarta Falcidia* (§ 30 ниже), тогда какъ легаты, получаемые наследникомъ, въ *quarta Falcidia* не зачитываются¹⁵⁾. с) Лицо, которое обязано уплатить отказъ легатарію, которое *отягощено легатомъ*, называется у современныхъ юристовъ *oneratus*. Обязанность платить отказы можетъ быть возложена на каждое лицо, которое что-либо *mortis*

³⁾ L. 2, 114 pr. D. 30. Ср., впрочемъ, L. 8, § 3. D. 29, 7. L. 12, § 5. D. 49, 15. Windscheid, § 624 пр. 3.

⁴⁾ См. выше § 8, II, 2. Windscheid, § 625 пр. 1.

⁵⁾ См. выше § 8, II, 1. § 24. J. 2, 20.

⁶⁾ L. 32, § 6. D. 31. L. 22. C. 6, 37.

⁷⁾ L. 20. D. 34, 5. L. 38, § 6. D. 32.

⁸⁾ L. 19, § 2. L. 67, § 1. D. 30. L. 88, § 6. D. 31. L. 1, § 11. C. 6, 51. Ср. L. 34 pr. D. 30. L. 23 pr. C. 6, 37. Windscheid, § 625 пр. 5—9.

⁹⁾ L. 16. D. 31.

¹⁰⁾ L. 4. C. 6, 38.

¹¹⁾ Ulp. 24, 22. L. 18. D. 30.

¹²⁾ L. 18, § 2. D. 34, 9.

¹³⁾ L. 34, § 11, 12. L. 116, § 1. D. 30. Dernburg, III § 116.

¹⁴⁾ L. 18, 87, 89, 91. § 2. D. 30. L. 12, 18. § 2. D. 34, 9.

¹⁵⁾ L. 74, 86, 91. D. 35, 2.—Подробности о *praelegatum* у Windscheid, § 627. Dernburg, III, § 115—116. Arndts, § 544.

causa получаетъ отъ наслѣдодателя ¹⁶⁾. Поэтому обязаннымъ лицомъ можетъ быть наслѣдникъ ex testamento или ab intestato ¹⁷⁾; фискъ, получающій bona vacantia ¹⁸⁾, легатарій или фидеикоммиссарій могутъ также въ свою очередь быть обременены отказами въ пользу какихъ-либо другихъ лицъ ¹⁹⁾. Но обязанность платить легаты, возлагаемая на всѣхъ этихъ лицъ, не можетъ превышать своими размѣрами того имущества, которое сами обязанные лица mortis causa получаютъ отъ наслѣдодателя. Легатъ недѣйствителенъ постольку, поскольку его сумма превышаетъ сумму того, что получено отъ наслѣдодателя обязаннымъ къ его выдачѣ лицомъ. L. 114 § 3. D. 30. Placet non plus posse rogari quem restituere, quam quantum ei relictum est. — Обязанное лицо можетъ быть обозначено завѣщателемъ ²⁰⁾. Если завѣщатель его не обозначаетъ, то обязаннымъ считается наслѣдникъ; нѣсколько сонаслѣдниковъ обязаны пропорціонально своимъ наслѣдственнымъ долямъ, если предметъ легата дѣлимъ, или солидарно, если онъ недѣлимъ ²¹⁾.

2) Актъ совершенія отказа. Отказъ можетъ быть совершенъ различными актами: а) Онъ можетъ быть назначенъ въ завѣщаніи. Объ этомъ актѣ мы уже говорили выше (§§ 5—11). б) Отказъ можетъ быть оставленъ внѣ завѣщанія въ особомъ актѣ, который называется *codicillus* или *codicilli*. Въ отличіе отъ завѣщанія (testamentum) *кодициллъ* есть такое одностороннее распоряженіе на случай смерти, которое не содержитъ въ себѣ ни назначенія наслѣдниковъ (institutio heredis), ни лишенія наслѣдства (exheredatio) ²²⁾. Что касается формы кодицилла, то этотъ актъ можетъ совершаться устно или письменно ²³⁾ съ соблюденіемъ всѣхъ формальностей, установленныхъ для завѣщаній, только число свидѣтелей здѣсь уменьшено: достаточно 5 свидѣтелей; не требуется также приложеніе печатей свидѣтелей къ письменному кодициллу ²⁴⁾. Кодициллъ можетъ составляться въ добавленіе къ завѣщанію (*codicilli testamentarii*) или же онъ составляется лицомъ, не оставляющимъ завѣщанія (*codicilli ab intestato*). Кодициллъ можетъ быть подтвержденъ въ оставляемомъ рядомъ съ нимъ завѣщаніи (*codicilli confirmati*) и тогда въ немъ могутъ быть назначаемы опекуны ²⁵⁾. Если кодициллъ оставленъ рядомъ съ завѣщаніемъ (*codicilli testamentarii*), то его сила уничтожается вмѣстѣ съ уничтоженіемъ завѣщанія, даже тогда, когда кодициллъ не былъ подтвержденъ въ завѣщаніи (*codicilli non confirmati*) ²⁶⁾. Самое завѣщаніе получаетъ иногда силу кодицилла; это бываетъ въ томъ случаѣ, если завѣщатель прибавилъ къ нему такъ наз. *clausula codicillaris*, т.-е. распоряженіе, что его завѣщаніе должно быть считаемо за кодициллъ, если оно почему-либо не получитъ силы завѣщанія (напримѣръ, если наслѣдникъ не приметъ наслѣдства, если одинъ или два изъ 7 свидѣтелей окажутся неспособными быть свидѣтелями). Въ силу этого распоряженія недѣй-

16) L. 1, § 6. D. 32.

17) L. 1, § 7—10. D. 32.

18) L. 114, § 2. D. 30.

19) Pr. J. 2, 24.—См. сверхъ того, L. 3. D. 32. L. 77, § 1. D. 31 (m. c. donatio), L. 96, § 4. D. 30 (condic. impl. causa datum), L. 5, § 1. L. 6 pr. D. 32 (наслѣдники этихъ лицъ), L. 11. D. 30. Ulp. 25, 10 (ихъ домовладцы).

20) L. 29, § 1. D. 31. Корреальное обязат.: L. 8, § 1. D. 30. L. 25 pr. D. 32.

21) L. 33 pr. L. 44 pr. D. 31. L. 11, § 23, 24. D. 32. L. 7. D. 33, 3.

22) L. 10. D. 29, 7. § 2. J. 2, 25.

23) L. 3 pr. C. 6, 4.

24) L. 8, § 3. C. 6, 36. L. 28. C. 6. 23. См. также L. 8, § 1a. C. 6, 22.

25) L. 3 pr. D. 26, 2.

26) L. 3, § 2. L. 8, § 3. L. 16. D. 29, 7.

ствительное завѣщаніе, если въ немъ есть всѣ условія дѣйствительнаго кодицилла, получаетъ силу кодицилла *ab intestato*: легаты сохраняются, а назначенія наследниковъ превращаются въ универсальные фидеикоммиссы, лежащія на наследникахъ *ab intestato*²⁷⁾.—Отказъ можетъ быть оставленъ, наконецъ, по закону Юстиніана²⁸⁾ посредствомъ *безформеннаго заявленія* (устно или письменно) *наслѣдодателя тому лицу, которое обременяется отказомъ* (т. наз. *Oralfideicommiss*). Въ случаѣ такого отказа, если возникаетъ споръ о томъ, оставленъ ли онъ или нѣтъ данному лицу, споръ этотъ можетъ быть рѣшенъ *только присягой* того лица, на которое возложена обязанность выдать отказъ. Лицо, претендующее на отказъ, предлагаетъ лицу, на которое по его мнѣнію возложена обязанность выдать легатъ, принести присягу въ томъ, что этой обязанности не было установлено. Отказъ отъ принесенія этой присяги считается за достаточное доказательство того, что легатъ дѣйствительно былъ отказанъ претендующему на него лицу. Впрочемъ, лицо, которому предложено принести присягу, можетъ раньше потребовать отъ претендующаго на легатъ лица, чтобы оно въ свою очередь принесло присягу въ томъ, что его претензія заявляется имъ добросовѣстно (т. наз. *jusjurandum de calumpnia*)²⁹⁾.

3) *Содержаніе отказа*. Предметомъ отказа можетъ быть предоставленіе всякаго рода *имущественной или неимущественной выгоды* [напримѣръ, предметомъ отказа является право погребенія въ извѣстномъ мѣстѣ (*jus mortuum inferendi*)³⁰⁾; на легатарія возлагается фидеикоммиссъ эманципировать своихъ подвластныхъ дѣтей³¹⁾. Во всякомъ случаѣ предоставленіе должно быть *физически возможное и юридически допустимое*³²⁾ (поэтому, напримѣръ, ничтоженъ отказъ *res extra commercium*³³⁾). Предметъ предоставленія долженъ быть достаточно *опредѣленъ*, такъ чтобы не вполнѣ зависѣло отъ произвола лица, обремененнаго отказомъ, дать ли что-либо легатарію³⁴⁾ и что именно дать. Къ отказамъ могутъ быть прибавляемы *сuspензивныя и резолютивныя условія*, всякаго рода *сроки*, а также и *modus*³⁵⁾. О томъ, какимъ образомъ легатарій принуждается къ исполненію *modus'a*, сказано было уже въ Общей части § 45.—Наконецъ, при отказахъ возможна *субституція*. Эта субституція здѣсь можетъ быть двоякаго рода. а) Она можетъ состоять въ томъ же, въ чемъ состоитъ *substitutio vulgaris* при назначеніи наследника³⁶⁾, т.-е. въ томъ, что субститутъ долженъ получить отказъ, если первый легатарій его почему-либо не пріобрѣтетъ. б) Но субституція при отказахъ можетъ имѣть и другое значеніе. Она можетъ состоять въ томъ, что предметъ легата долженъ переходить въ опредѣленные сроки отъ одного лица къ другому; напр. легатъ можетъ быть установленъ такъ, чтобы Тицій обладалъ отказанной ему вещью до своей смерти, а затѣмъ эта вещь перешла

27) L. 29, § 1. D. 28, 1. L. 88, § 17. D. 31. L. 8. C. 6, 36. Windscheid, § 631. Girard стр. 894 пр. 2.

28) L. 32. C. 6, 42. § 12. J. 2, 23.

29) Подробности у Windscheid, § 629.

30) L. 14. C. 6, 37.

31) L. 92. D. 35, 1 и къ этому Windscheid, § 634 пр. 1. Baronz, § 41С, 3.

32) L. 112, § 3. D. 30.

33) L. 39, § 7—10. D. 30, § 4. J. 2, 20. — Особая норма установлена въ *Setum* 122 года по Р. Х.: нельзя отказывать составныхъ частей зданія. L. 41, § 1.—L. 43, § 1. D. 30.— Подробности у Windscheid, § 634, 2. Dernburg III, § 104, 2.

34) L. 69, § 4. D. 23, 3, L. 71 пр. D. 30.

35) L. 1 пр. § 1, 2. L. 79 пр. § 1. D. 35, 1. L. 26. C. 6, 37.

36) L. 50 пр. D. 31. L. 1, § 7. C. 6, 51.

бы къ Мевію и т. д. Такая субституція называется (по современной терминологіи) *substitutio fideicommissaria*. Особымъ видомъ такой субституціи является т. наз., *семейный фидеикоммиссъ*, *fideicommissum familiae relictum*. Онъ состоитъ въ томъ, что извѣстная вещь дается въ качествѣ отказа извѣстному роду ³⁷⁾, такъ что по смерти перваго пріобрѣтателя отказа она должна идти опять къ одному или нѣсколькимъ членамъ его рода, по смерти этихъ должна переходить опять къ одному или нѣсколькимъ членамъ этого рода и т. д. Отчужденіе вещи, составляющей предметъ такого отказа, къ лицу, которое не принадлежитъ къ роду, одаренному легатаріемъ, считается ничтожнымъ ³⁸⁾, если только на него не послѣдовало согласія всѣхъ членовъ рода ³⁹⁾. Въ рукахъ четвертаго обладателя вещь, составляющая объектъ семейнаго фидеикоммисса, дѣлается, по распоряженію Юстиніана ⁴⁰⁾, свободнымъ имуществомъ.

§ 29. Недѣйствительность отказа.

Отказъ можетъ быть недѣйствителенъ съ самаго начала или же онъ можетъ сдѣлаться недѣйствительнымъ съ теченіемъ времени.

I. Какіе отказы *недѣйствительны съ самаго начала*, — это ясно изъ изложенныхъ выше условій совершенія отказа. Недѣйствительность можетъ быть обусловлена отсутствіемъ *testamenti factio activa* со стороны наслѣдодателя, отсутствіемъ способности получать отказы со стороны одаряемаго лица, несоблюденіемъ формальностей при совершеніи тестаменты или кодицилла, самымъ содержаніемъ легата [напримѣръ, предметомъ легата является собственная вещь легатарія ¹⁾ или вещь, относительно которой легатарій не имѣетъ *jus commercii* ²⁾; легатъ сдѣланъ собственному рабу отягощеннаго имъ наслѣдника ³⁾]. Относительно этой недѣйствительности легатовъ ⁴⁾ съ самаго начала существуетъ одно общее правило, называемое по имени автора его ⁵⁾ *regula Catoniana*. Это правило гласитъ «quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit non valere» ⁶⁾ т.-е. «легатъ, который былъ бы недѣйствителенъ, если бы завѣщатель умеръ тотчасъ по совершеніи завѣщанія, не имѣетъ силы, когда бы ни умеръ завѣщатель». Это значитъ, что условія дѣйствительности легата опредѣляются *по моменту совершенія завѣщанія или кодицилла, въ которомъ онъ оставленъ*; если причина его недѣйствительности уничтожается послѣ, то отъ этого легатъ не дѣлается дѣйствительнымъ. Такимъ образомъ, легатъ собственной вещи легатарія не дѣлается дѣйствительнымъ, если легатарій продастъ эту вещь до смерти завѣщателя ⁷⁾; легатъ въ пользу собственного раба наслѣдника не дѣлается дѣйствительнымъ, если наслѣдникъ отчудитъ этого раба до смерти завѣщателя ⁸⁾ и т. д. Къ легатамъ, оставленнымъ *подъ условіемъ*,

³⁷⁾ Сюда именно относится опредѣленіе [семьи въ L. 5, § 1. C. 6, 38, приведенное въ Семейн. пр. § 1, II. Ср. L. 69, § 4. D. 31.

³⁸⁾ L. 67, § 3. L. 69, § 3. D. 31.

³⁹⁾ L. 120, § 1. D. 30. L. 77, § 27. D. 31.

⁴⁰⁾ Nov. 159c. 2.

¹⁾ L. 13. C. 6, 37. *Girard* стр. 890 пр. 5.

²⁾ L. 49, § 2. D. 31. L. 62. D. 41, 1.

³⁾ Gai L. 244. § 32. J. 2, 20. *Girard*, стр. 890 пр. 6.

⁴⁾ Но не назначенія наслѣдника; къ нему *regula Catoniana* не примѣняется. L. 3, 4. D. 34, 7. *Windscheid*. § 638 пр. 15—16.

⁵⁾ Cato Censorius или его сынъ. *Baron*, § 442. *Girard*, стр. 890 пр. 3.

⁶⁾ L. 1 pr. D. 34, 7.

⁷⁾ L. 41, § 2. D. 30. L. 98. D. 35, 1. § 10. J. 2, 20.

⁸⁾ Gai 2, 244. § 32. J. 2, 20.

regula Catoniana не относится ⁹⁾). *Regula Catoniana* есть не что иное, какъ примѣненіе къ легатамъ общаго правила: *quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convallescere* (см. Общ. ч. § 47); *regula Catoniana* указываетъ только, что такимъ *initium* для легата слѣдуетъ считать моментъ совершенія завѣщанія или кодицилла, а не моментъ смерти наслѣдодателя ¹⁰⁾). *Regula Catoniana* не относится къ легатамъ, недѣйствительнымъ по причинѣ отсутствія у завѣщателя *test. factio activa*. Именно, легатъ, недѣйствительный по этой причинѣ, не получаетъ силы при послѣдующемъ приобрѣтеніи завѣщателемъ *testamenti factio* даже въ томъ случаѣ, если этотъ легатъ былъ сдѣланъ подъ условіемъ. Въ сущности это и не есть исключеніе изъ установленнаго выше положенія, что *regula Catoniana* не примѣняется къ условнымъ легатамъ: послѣдующее приобрѣтеніе завѣщателемъ *testamenti factio* не есть уничтоженіе причины, по которой легатъ былъ съ самаго начала недѣйствителенъ: если легатъ съ самаго начала былъ совершенъ неправопособнымъ лицомъ, то онъ и теперь остается легатомъ, который совершенъ неправоспособнымъ лицомъ ¹¹⁾).

II. Легатъ, дѣйствительный съ самаго начала, можетъ *сдѣлаться недѣйствительнымъ впоследствии* по разнымъ причинамъ.

a) Легатъ уничтожается, если *тестamentum*, въ которомъ онъ оставленъ, *теряетъ силу* ¹²⁾. Въстѣ съ *тестamentum* теряютъ силу и *codicilli testamentarii* (см. выше § 28, II, 2). Впрочемъ, иногда и послѣ потери завѣщаніемъ силы, легаты, въ немъ назначенные, остаются дѣйствительными. Это бываетъ 1) въ томъ случаѣ, когда къ завѣщанію прибавлена на случай его недѣйствительности *clausula codicillaris* (§ 28, II, 2); 2) въ томъ случаѣ, когда наслѣдникъ по завѣщанію не принимаетъ наслѣдства специально для того, чтобы не платить легатовъ, назначенныхъ въ завѣщаніи ¹³⁾; онъ имѣетъ въ виду этимъ путемъ доставить то же самое наслѣдство себѣ или третьему лицу не по завѣщанію, а *ab intestato*, т.-е. свободнымъ отъ легатовъ, назначенныхъ въ завѣщаніи; тогда такой наслѣдникъ и вошедшее съ нимъ въ соглашеніе третье лицо, если получаютъ въ результатъ то же самое наслѣдство *ab intestato*, принуждаются платить легаты, назначенные въ завѣщаніи (которое сдѣлалось *testamentum destitutum*), насколько хватитъ для этой цѣли доставшейся каждому изъ нихъ доли наслѣдства; это установлено статьей преторскаго эдикта, гласившей (по реституціи Леленя ¹⁴⁾): «*Si quis omissa causa testamenti ab intestato hereditatem partemve ejus possidebit dolove malo fecerit quominus possideat, causa cognita de legatis perinde actionem dabo atque si hereditatem ex testamento adisset*» ¹⁵⁾).

b) *Codicilli ab intestato* теряютъ силу, если наслѣдодатель совершаетъ затѣмъ завѣщаніе, въ которомъ онъ не подтверждаетъ этихъ кодицилловъ ¹⁶⁾.

c) Если *honoratus* умираетъ раньше наступленія *dies cedens* (см. объ этомъ ниже § 30), то легатъ, ему оставленный, теряетъ силу.

d) Легатъ уничтожается, если уничтожается *operatus* (напримѣръ, наслѣдникъ, на котораго возложенъ легатъ, не принимаетъ наслѣдства), и на его

⁹⁾ L. 41, § 2. D. 30. Вообще она не касается всѣхъ легатовъ, для которыхъ *dies cedens* по вступленіи въ наслѣдство. L. 3. D. 34, 7. Windscheid, § 638 пр. 5.

¹⁰⁾ Windscheid, § 638 пр. 10.

¹¹⁾ Windscheid, § 638 пр. 6.

¹²⁾ L. 3, § 2. D. 29. 7. L. 81. D. 31.

¹³⁾ tit. Dig. 29, 4. Cod. 6, 39.

¹⁴⁾ Lenel, Edictum perp. стр. 292.

¹⁵⁾ Подробности у Windscheid, § 641, 3.

¹⁶⁾ L. 5. D. 29, 7 cf. § 1. J. 2, 25. Dernburg III, § 105, 2.

мѣсто не становится другое лицо, которое обязано уплатить легаты, возложенные на *operatus'a* (трансмиссаръ, субститутъ ¹⁷⁾), лицо, получающее освободившуюся долю въ силу *jus accrescendi* ¹⁸⁾, фискъ, приобретающій *bona vacantia* ¹⁹⁾ и т. д. ²⁰⁾. Но, если вмѣсто *heres ab intestato*, обремененнаго легатомъ, въ силу *successio ordinum vel graduum* призывается другой *heres ab intestato*, то онъ не обязанъ платить легатовъ, возложенныхъ на перваго ²¹⁾.

е) Легатъ уничтожается, если исполненіе его стало невозможнымъ [погибъ объектъ легата ²²⁾]; легатарій безвозмездно приобрѣлъ предметъ легата въ собственность ²³⁾; въ послѣднемъ случаѣ мы имѣемъ т. наз. *concursum duarum causarum lucrativarum* ²⁴⁾].

ф) Легатъ уничтожается въ силу отмѣны его наследодателемъ. Отмѣна эта можетъ быть совершена въ любой формѣ ²⁵⁾. Если отмѣна легата сопровождается установленіемъ новаго легата, то мы имѣемъ т. наз. *translatio legati*. Эта *translatio legati* можетъ состоять въ перемѣнѣ лица легатарія, въ перемѣнѣ объекта легата, въ перемѣнѣ *operatus'a* ²⁶⁾.

§ 30. Приобрѣтеніе отказа.

I. Приобрѣтеніи легата слѣдуетъ различать два момента: *dies legati cedit* и *dies legati venit*.

1) *Dies legati cedit (dies cedens)*. Этотъ моментъ наступаетъ, вообще говоря, въ моментъ смерти завѣщателя ¹⁾; при легатахъ, оставленныхъ подъ сuspензивнымъ условіемъ и *dies incertus*, онъ наступаетъ въ моментъ наступленія условія или срока ²⁾. Значеніе этого момента состоитъ въ томъ, что если легатарій переживетъ его, имѣя способность къ полученію отказа, то право его на полученіе легата дѣлается наслѣдственнымъ, т. е. въ случаѣ его смерти послѣ *dies cedens*, переходитъ на его собственныхъ наслѣдниковъ ³⁾; точно также право на легатъ переходитъ на наслѣдниковъ легатарія, если послѣдній послѣ *dies cedens* потеряетъ *test. factio passiva* или *capacitas* ⁴⁾.

2) *Dies legati venit (dies veniens)*. Этотъ моментъ наступаетъ въ моментъ приобретенія наследства тѣмъ лицомъ, которому оно открылось, если только *dies cedens* не наступаетъ позже этого момента ⁵⁾. При легатахъ, оставленныхъ съ прибавленіемъ *dies certus*, *dies veniens* наступаетъ съ наступленіемъ срока ⁶⁾. Значеніе этого момента состоитъ въ томъ, что съ его

17) L. 74. D. 30. L. 61, § 1. D. 31.

18) L. 1, § 9. 10, 11. C. 6, 51. L. 49, § 4. L. 61, § 1. D. 31.

19) L. 96, § 1. L. 114, § 2. D. 30.

20) См. L. 29 pr. D. 31. L. 1, § 4, 9. C. 6, 51.

21) L. 1, § 9. D. 32.

22) § 16—18. J. 2, 20.

23) § 6. J. 2, 20.

24) См. объ этомъ *Дернбургъ*, Обязат. пр. § 68 пр. 10. *Баронъ*, § 271. *Windscheid*, § 343 а.

25) L. 3, § 11. L. 15—18. D. 34, 4.

26) L. 6 pr. D. 34, 4. L. 20. D. eod.

1) L. 5, § 1. D. 36, 2. L. 1, § 1 с. C. 6, 51.

2) L. 4, 5. § 2. D. 36, 2. L. 75, 79. § 1. D. 35, 1. См., сверхъ того *Windscheid*, § 642 пр. 11—13. *Girard*, стр. 896 пр. 3. *Dernburg III*, § 107, 1.

3) L. 5 pr. D. 36, 2.

4) *Windscheid*, § 642 пр. 8. См. сверхъ того *Girard*, стр. 896 пр. 1.

5) *Gai* 2, 195, 200. L. 19, § 1. D. 8, 6. L. 16, § 1. D. 28, 1. L. 5, § 8. D. 27, 9.

6) L. 9, § 2. D. 7, 9. L. 1, § 1. D. 35, 1.

наступленіемъ легатарій или его наслѣдники могутъ требовать осуществленія ихъ права на легаты (т.-е. исполненія содержанія легата ⁷⁾) и получаютъ право вчинать для этой цѣли соотвѣтственные иски противъ лица, на которое возложена обязанность уплатить легаты ⁸⁾).

Открытаго *принятія легата* со стороны легатарія не требуется. Если это принятіе выражено въ какой-либо формѣ, то оно имѣетъ лишь то значеніе, что послѣ этого легатарій не можетъ больше отказаться отъ легата. Пока легатарій не выразилъ никакъ своей воли, онъ можетъ свободно *отказаться отъ легата* ⁹⁾, который *ipso jure* приобрѣтается ему съ наступленіемъ *dies veniens* ¹⁰⁾; въ случаѣ такого отказа онъ считается никогда не приобрѣтавшимъ легата ¹¹⁾.

Въ случаѣ *отказа легатарія* отъ легата или вообще *неприобрѣтенія легата* легатаріемъ (легатарій умираетъ до наступленія *dies cedens*) возможны различныя послѣдствія. а) Если легатарій имѣетъ *субститута* (см. выше § 28, II, 3), то легатъ достается субституту. б) Если легатарій имѣетъ *коллегаріевъ*, которые являются съ нимъ *re et verbis conjuncti* (назначены «*conjunctim*»; напримѣръ, я отказываю мой домъ Тицію и Мевію) или только *re conjuncti* (назначены «*disjunctim*»; напримѣръ, «я отказываю раба Стиха Тицію, Мевію я также отказываю раба Стиха»), то наступаетъ *jus accrescendi*: освободившаяся часть легата приобрѣтается коллегатарію ¹²⁾. с) Если нѣтъ ни субститута, ни коллегатарія, имѣющаго *jus accrescendi*, то предметъ легата *остается у лица, на которое возложена была обязанность его уплатить* (*oneratus* ¹³⁾).

Иногда приобрѣтенный уже легатъ теряется легатаріемъ *помимо его воли*. Это бываетъ: 1) въ случаѣ, если въ легату прибавлено *резолутивное условіе* или *dies ad quet*; 2) въ случаѣ, если легатарій *оказывается недостойнымъ легата*; основанія недостойности здѣсь сходны съ тѣми, вслѣдствіе которыхъ совершается *ereptio hereditatis* ¹⁴⁾.

II. *Послѣ приобрѣтенія легата*, которое, какъ мы видѣли, совершается *ipso jure* въ моментъ наступленія *dies veniens*, легатарій, если не откажется отъ легата, приобрѣтаетъ и вещныя права, если таковыя вытекаютъ изъ легата, и обязательственныя ¹⁵⁾. Соотвѣтственно съ этимъ, онъ имѣетъ противъ лица, обремененнаго легатомъ, вещные и обязательственные иски.

1) *Вещныя права приобрѣтаются легатарію* съ наступленіемъ *dies veniens* въ томъ случаѣ, если наслѣдодатель отказалъ легатарію собственность или *jus in re* на вещь, которая принадлежитъ самому наслѣдодателю или на которую самъ наслѣдодатель имѣлъ соотвѣтственное *jus in re*. Если легатарій отка-

⁷⁾ L. 7, § 5. D. 4, 3. L. 15 pr. D. 9, 2. L. 69 pr. D. 30

⁸⁾ L. 7 pr. D. 36, 2. Къ изложенному ср. Windscheid, § 642. Barozz, § 443, I. 2.

⁹⁾ L. 45, § 1. D. 31. Правила для отказа отъ легата въ общемъ тѣ же самыя, какъ и для отказа отъ наслѣдства. Windscheid, § 643 пр. 3—5.

¹⁰⁾ L. 77, § 3. D. 31. L. 19, § 1. D. 8, 6.

¹¹⁾ Gai 2, 195, 200. L. 19, § 1. D. 8, 6. Windscheid, § 643 пр. 2. Girard, стр. 897 прим. 2.

¹²⁾ При томъ, въ первомъ случаѣ коллегатарій приобрѣтаетъ освободившуюся часть легата только при наличности своего согласія, но со всеми связанными съ ней тягостями; во второмъ случаѣ приобрѣтеніе для него обязательно, но тягости не переходятъ. L. 1, § 11. C. 6, 51. Dernburg III, § 118. Ср. Windscheid, § 644—645. Barozz, § 443. III, 2. Историческій очеркъ у Girard, стр. 900—903.

¹³⁾ L. 17 pr. L. 60. D. 31. L. 1, § 3, 4, 7, 8, 11. C. 6, 51.

¹⁴⁾ Выше § 23, II. 5. Перечень ихъ см. у Барона, § 443, IV.

¹⁵⁾ Сверхъ того, легатарій имѣетъ *законную ипотечу* на часть *oneratus'a* въ наслѣдствѣ. L. 1, 2. C. 6, 43. Windscheid, § 648, 1. Dernburg III, § 99, 4.

жется отъ легата, то вещное право остается за наслѣдникомъ такъ, какъ будто легатарій никогда его не приобрѣталъ ¹⁶⁾).

2) Во всякомъ же случаѣ, съ наступленіемъ *dies cedens* и *dies veniens* между лицомъ, отягощеннымъ легатомъ, и легатаріемъ на основаніи каждаго легата возникаетъ обязательственное отношеніе ¹⁷⁾. Это обязательство Юстиніанъ причисляетъ къ числу *obligationes quasi ex contractu* ¹⁸⁾. Состоитъ оно въ томъ, что легатарій получаетъ противъ *oneratus*'а обязательственный искъ — *actio ex testamento* — объ исполненіи легата ¹⁹⁾. *Oneratus* обязанъ на основаніи этого иска передать легатарію отказанный ему предметъ или выполнить иную возложенную на него обязанность. Онъ отвѣчаетъ за *culpa levis* по отношенію къ предмету легата; если же онъ самъ не получаетъ по исполненіи легата никакой выгоды отъ наслѣдства (напримѣръ, все наслѣдство исчерпано легатами, а право на вычетъ *quarta Falcidia* почему либо не существуетъ), то онъ отвѣчаетъ только за *culpa lata* ²⁰⁾. Въ свою очередь легатарій долженъ возмѣстить *oneratus*'у тѣ необходимыя и полезныя (съ точки зрѣнія самого легатарія) издержки на отказанную вещь, которыя сдѣлалъ *oneratus* ²¹⁾.

3) Если легатъ оставленъ подъ суспензивнымъ условіемъ или съ прибавленіемъ *dies a quo*, то легатарій можетъ потребовать до наступленія условія или срока, чтобы *oneratus* предоставилъ ему обезпеченіе въ томъ, что съ наступленіемъ условія или срока онъ выдастъ ему легатъ; это такъ наз. *cautio legatorum servandorum* ²²⁾; если *oneratus* отказывается дать эту *cautio*, то легатарій можетъ потребовать для себя *missio in possessionem*, ввода во владѣніе тѣмъ имуществомъ изъ наслѣдственной массы, которое находится въ рукахъ у *oneratus*'а ²³⁾.

4) Если легатъ оставленъ подъ суспензивнымъ потестативнымъ отрицательнымъ условіемъ (*condicio non faciendi*), то легатарій можетъ потребовать, чтобы легатъ былъ ему выданъ немедленно; при этомъ онъ долженъ только установить *oneratus*'у уже извѣстную намъ *cautio Muciana* въ томъ, что вернетъ ему легатъ въ случаѣ ненаступленія условія ²⁴⁾.

§ 31. Quarta Falcidia.

Мы уже имѣли случай замѣтить (§ 28, II, 1), что лицо, отягощенное легатомъ, не обязано уплачивать легатаріямъ больше того, сколько оно само получило отъ наслѣдодателя. Было только одно исключеніе изъ этого правила: по предписанію Юстиніана ¹⁾ наслѣдникъ долженъ былъ уплатить возложенные на него легаты въ полномъ размѣрѣ (даже изъ своихъ средствъ при недостаточности наслѣдства на ихъ уплату) въ томъ случаѣ, если онъ принималъ наслѣд-

¹⁶⁾ L. 1. C. 6, 43. § 2. J. 2, 20. Arndts, § 560. Windscheid, § 646. Dernburg III, § 99, 1. Баронъ, § 445. Girard, стр. 900 пр. 4, 5.

¹⁷⁾ L. 1, § 1. C. 6, 43. Windscheid, § 647. Dernburg III, § 99, 2. Баронъ, § 444.

¹⁸⁾ § 5. J. 3, 27.

¹⁹⁾ L. 18. D. 44, 7. L. 116, § 4. D. 30. L. 27. D. 46, 3. См. о ней Girard, стр. 594 пр. 1.

²⁰⁾ L. 26, § 1. L. 47, § 2, 4, 5. L. 59. L. 108, § 12. D. 30.

²¹⁾ L. 58—61. D. 30.

²²⁾ Dig. 36, 3. Lenel, Ed. perp. стр. 421.

²³⁾ Dig. 36, 4. Lenel, Ed. perp. стр. 297.—Вещное пр. § 43, III, b.

²⁴⁾ L. 18. D. 35, 1. О *cautio Muciana* см. выше § 8, III, 1.

¹⁾ L. 22, § 14. C. 6, 30. Nov. 1 с. 2.

ство, не составивъ надлежащимъ образомъ инвентаря (см. объ инвентарѣ выше § 24).

Кромѣ этой границы, для обязанности наследника платить легаты, существуетъ еще одна граница, установленная по *lex Falcidia*, изданной въ 714 году а. н. с.²⁾. Этотъ законъ постановлялъ, что наследникъ не обязанъ выдавать въ качествѣ легатовъ *больше трехъ четвертей наследства*; четвертая часть наследства должна оставаться въ его пользу³⁾; это—такъ называемая *quarta Falcidia*.

I. Право на вычетъ *quarta Falcidia* имѣетъ только *наследникъ* (*heres*), *обремененный легатами*⁴⁾. При этомъ безразлично, есть ли это *heres ex testamento* или *ab intestato* (на *heres ab intestato* могутъ быть также возложены легаты въ *codicilli ab intestato*; см. выше § 28, II, 2). Другія лица, получившія что-либо изъ наследства, если на нихъ возложена обязанность платить легаты, не имѣютъ самостоятельнаго права на вычетъ *quarta Falcidia*; только въ томъ случаѣ, если полученная ими часть наследства уже была сокращена вычетомъ изъ нея *quarta Falcidia* въ пользу наследника, эти лица также могутъ пропорціонально сократить сумму возложенныхъ на нихъ легатовъ. Напримѣръ, Тицію оставленъ легатъ въ размѣръ 20, но на него также возложенъ легатъ въ пользу Мэвія въ размѣръ 5; если легатъ Тиція будетъ сокращенъ вычетомъ изъ него *quarta Falcidia* до размѣровъ 15, то и Мэвію Тицій долженъ уплатить не 5, а $3\frac{3}{4}$ ⁵⁾.

Quarta Falcidia должна остаться у наследника *свободной отъ легатовъ, mortis causa donationes*⁶⁾ и *тѣхъ предоставленій, которыя совершаются наследникомъ для исполненія условія, подъ которымъ онъ назначенъ наследникомъ въ завѣщаніи* (т. наз. предоставленія *condicionis implendae causa*⁷⁾).

Для *вычисленія размѣровъ quarta Falcidia* принимается въ основаніи *рыночная цѣна наследственного имущества въ моментъ смерти завѣщателя*⁸⁾. Вычисляется прежде всего стоимость всего *актива наследства*, т.-е. стоимость тѣлесныхъ вещей и обязательственныхъ правъ наследства⁹⁾ (въ томъ числѣ и правъ требованія противъ самого наследника¹⁰⁾, а также и *jura in re, за вычетомъ всѣхъ долговъ наследства* (въ томъ числѣ долговъ самому наследнику¹¹⁾, *издержекъ на погребеніе*¹²⁾, на составленіе *инвентаря* и на *ликвидацию наследства*¹³⁾). Полученная сумма дѣлится сообразно долгу, которую данный наследникъ имѣетъ въ наследствѣ и затѣмъ дѣлится еще на 4. Въ результатѣ устанавливается размѣръ, котораго должна достигать *quarta Falcidia* для даннаго наследника.

Послѣ этого высчитывается, сколько изъ этой *quarta Falcidia* долженъ получить наследникъ согласно содержанію послѣдней воли наследодателя, если эту

2) Dio Cassius 48, 33. Dernburg, § 100 пр. 8. Girard, стр. 892 пр. 3.

3) L. 1 пр. D. 35, 2.

4) L. 1 пр. D. 35, 2.

5) L. 32, § 4. D. 35, 2.—L. 43, § 3. D. 35, 1.

6) L. 5. C. 6, 50.

7) L. 18. C. 6, 50. См. о *condicionis implendae causa datum* Barozz, § 460, 3.

8) L. 30 пр. § 2—4. L. 56 пр. L. 73 пр. D. 35, 2.

9) L. 63, § 1. D. 35, 2. L. 82. D. eod. (несостоятельность должника), L. 73, § 1. D. eod. (условное требованіе), L. 1, § 17. D. eod. (obl. naturalis).

10) L. 1, § 18. D. 35, 2.

11) L. 6 пр. C. 6, 50. L. 87, § 2. D. 35, 2.

12) L. 1, § 19. L. 2. D. 35, 2. § 2. J. 2, 22.

13) L. 72. D. 35, 2.

последнюю волю исполнять безъ ограничений. Для этого *зачисляется наследнику* въ его quarta Falcidia все, что онъ получаетъ изъ наследства въ качествѣ наследника—*jure hereditario*¹⁴⁾. Эта сумма, полученная *jure hereditario*, опредѣляется путемъ вычета изъ доли наследника въ наследствѣ всѣхъ возложенныхъ на него легатовъ и другихъ предоставленій, уравненныхъ съ легатами (напримѣръ, *mortis causa donationes*¹⁵⁾). *Не зачисляется* наследнику въ его quarta то, что онъ получаетъ изъ наследства не въ качествѣ наследника (не *jure hereditario*); сюда относится, напримѣръ, то, что онъ получаетъ отъ сохедес или отъ третьяго лица въ качествѣ прелегата, легата или *condicionis implendae causa* или то, что онъ получаетъ отъ наследодателя, какъ *mortis causa donatio*¹⁶⁾.

Въ результатѣ этихъ вычисленій опредѣляется, остается ли за наследникомъ *jure hereditario* свободная отъ легатовъ quarta Falcidia, или нѣтъ. Если окажется, что такой свободной quarta не остается, т.-е. что возложенные на наследника легаты и подобныя имъ предоставленія исчерпываютъ болѣе $\frac{3}{4}$ того, что наследникъ получаетъ *jure hereditario*, то *всѣ легаты ipso jure дѣлаются ничтожными въ той части, въ которой они превышаютъ дозволенную мѣру*¹⁷⁾. Поэтому, если предметомъ легата являются тѣлесныя вещи, то между наследникомъ и легатаріемъ возникаетъ *сособственность*¹⁸⁾. Если легатъ является *недѣлимымъ*, то легатарій обязанъ уплатить наследнику соотвѣтственную часть стоимости легата въ деньгахъ¹⁹⁾.

Въ случаѣ *сомнѣнія* о томъ, будетъ ли нарушена quarta или нѣтъ, можно или не додавать части легата, пока сомнѣніе не будетъ устранено, или же выдать весь легатъ сполна; въ первомъ случаѣ наследникъ устанавливаетъ легатарію *cautio* о доплатѣ недостающей части, если окажется, что quarta не нарушена; во второмъ случаѣ легатарій ставитъ *cautio* наследнику о возвратѣ излишне полученнаго, если окажется, что quarta нарушена²⁰⁾.

Есть легаты, которые *свободны по закону отъ вычета quarta Falcidia*. Сюда относятся, напримѣръ, отказы въ пользу *prae causae*²¹⁾, отказы обязательной доли²²⁾, отказы, оставляемые солдатомъ²³⁾. Такіе легаты при вычисленіи размѣровъ quarta Falcidia вычитаются изъ наследственного актива на ряду съ долгами наследства²⁴⁾.

Кромѣ того, согласно *узаконенію Юстиніана* въ Новеллѣ 1 с. 2 § 2, *каждый наследодатель можетъ распорядиться, чтобы къ его завѣщанію не примѣнялись правила о quarta Falcidia*. Раньше этой Новеллы, quarta Falcidia не могла быть отмѣняема по волѣ завѣщателя; *lex Falcidia* устанавливала обязательную для всякаго завѣщателя границу въ свободѣ его распоряженій²⁵⁾.

Наконецъ, по той же Новеллѣ 1 с. 2 § 2, *наследникъ теряетъ право*

14) L. 74. L. 91. D. 35, 2.

15) Windscheid, § 652, 3.

16) Впрочемъ, завѣщатель можетъ распорядиться иначе. L. 56, § 5. L. 75. D. 35, 2.

17) L. 73, § 5. D. 35, 2.

18) L. 1, § 5. D. 43, 3. L. 26. D. 35, 2.

19) L. 7, 23, 80. § 1. D. 35, 2.

20) L. 73, § 1. D. 35, 2. Dig. 35, 3.

21) Nov. 131 с. 12.

22) L. 36 pr. C. 3, 28. L. 87, § 4. D. 31.

23) L. 7. C. 6, 50. L. 3, § 1. D. 36, 1.

24) L. 18 pr. D. 29, 1. Dernburg III, § 101 пр. 35.

25) L. 15, § 1, 8. L. 27. D. 25, 2. L. 11. C. 6, 50.

на вычетъ quarta Falcidia, если онъ не составитъ должнымъ образомъ *инвентаря* наслѣдства (выше прим. 1).

Конечно, самъ наслѣдникъ свободно можетъ *отказаться отъ своего права* на quarta Falcidia; этотъ отказъ можетъ заключаться въ сознательной уплатѣ легатовъ полностью безъ вычета quartae. Такая уплата легатовъ полностью не считается за дареніе, дѣлаемое наслѣдникомъ легатаріямъ, но рассматривается, какъ выполнение наслѣдникомъ моральной обязанности предъ наслѣдодателемъ ²⁶⁾.

II. Если наслѣдниковъ нѣсколько, то каждый изъ нихъ имѣетъ *самостоятельное* притязаніе на полученіе quarta своей наслѣдственной доли; при этомъ не принимается во вниманіе, насколько обременены легатами доли остальныхъ сонаслѣдниковъ (*in singulis heredibus ratio legis Falcidiaae ponenda est.* ²⁷⁾).

Если наслѣдникъ прибавляетъ къ своей наслѣдственной долѣ другую долю, которая *была уже приобретена* другимъ наслѣдникомъ (напримѣръ, одинъ наслѣдникъ сталъ наслѣдникомъ другого по смерти послѣдняго), то вычисленіе quartae также дѣлается особо для каждой доли, смотря по величинѣ легатовъ, возложенныхъ на каждую долю въ отдѣльности ²⁸⁾.

Когда наслѣдникъ соединяетъ въ своихъ рукахъ нѣсколько долей наслѣдства въ силу *jus accrescendi*, то вычисленіе quartae также производится особо, если излишне обременена отказами не первоначальная доля наслѣдника, а доля, полученная по приращенію; было бы несправедливо покрывать изъ собственной доли наслѣдника то, чего не достаетъ въ долѣ, доставшейся по приращенію. Если же, наоборотъ, излишне обременена отказами первоначальная доля наслѣдника, а въ прирастающей долѣ есть излишекъ свыше quarta Falcidia, то этотъ излишекъ идетъ на пополненіе недочета въ первоначальной долѣ ²⁹⁾. Подобныя же правила примѣняются и въ томъ случаѣ, когда наслѣдникъ къ своей первоначальной долѣ прибавляетъ долю сонаслѣдника, доставшуюся ему въ силу *субституции* ³⁰⁾.

Если наслѣдникъ *въ силу нѣсколькихъ назначеній* его наслѣдникомъ (напримѣръ, въ одной части онъ назначенъ безусловно, въ другой подъ условіемъ, и условіе это наступаетъ) соединяетъ въ своихъ рукахъ нѣсколько наслѣдственныхъ долей, то вычисленіе quarta происходитъ для всѣхъ долей въ совокупности ³¹⁾.

²⁶⁾ Уплата, сдѣланная по извинительному заблужденію, возвращается съ помощью *cond. indebiti*. L. 9, § 5. D. 22, 6. L. 1, 9, 19. C. 6, 50. L. 5, § 15. D. 24, 1. L. 70 (68) § 1. D. 36, 1. L. 19, 20. D. 42, 8. L. 20, § 1. L. 46. D. 35, 2. *Хвостовъ*, Нат. обязат. стр. 364 сл.

²⁷⁾ § 1. J. 2, 22. L. 77. D. 35, 2. Слѣдовательно, если сумма наслѣдства = 400 и Тицій и Сей являются наслѣдниками въ равныхъ доляхъ, при чемъ на Тиція возложены легаты въ суммѣ 200, а на Сея — въ суммѣ 100, то Тицій имѣетъ право вычесть себѣ въ качествѣ quarta 50, хотя все наслѣдство *въ цѣломъ* обременено легатами лишь въ $\frac{3}{4}$. *Dernburg* III, § 101 пр. 5.

²⁸⁾ L. 1, § 15. D. 35, 2.

²⁹⁾ L. 78. D. 35, 2.

³⁰⁾ L. 1, § 13. D. 35, 2. Ср., впрочемъ. L. 87, § 4. D. eod. и къ этому *Dernburg* III, § 101 пр. 10. Ср. *Windscheid*, § 653, 3. *Arndts*, § 564 пр. 3. *Vangerow* II, § 535, III.

³¹⁾ L. 11, § 7. L. 87, § 3. D. 35, 2.

Глава II. Отдѣльные виды легатовъ и фидеикоммиссовъ. *Mortis causa donatio.*

§ 32. Легаты тѣлесныхъ вещей, *jura in re aliena* и обязательствъ.

I. Если предметомъ легата является *тѣлесная вещь*, то составляетъ большую разницу, обозначена ли эта вещь индивидуальными признаками, — тогда мы имѣемъ *species legata*, или же она обозначена только родовыми, генерическими признаками — *genus legatum*.

Разберемъ прежде всего случай *легата индивидуально определенной вещи*. Здѣсь возможны четыре комбинаціи. 1) Вещь *принадлежитъ наследодателю*. Въ этомъ случаѣ легатъ дѣйствителенъ даже, если наследодатель по ошибкѣ считалъ вещь чужою ¹⁾. Согласно сказанному выше (въ § 30, II), легатарій съ наступленіемъ *dies veniens* дѣлается *ipso jure* собственникомъ отказанной вещи и можетъ ее виндицировать у наследника и всякаго третьяго владѣльца. 2) Вещь *принадлежитъ лицу, отягощенному легатомъ (oneratus)*. Легатъ считается дѣйствительнымъ, хотя бы наследодатель ошибочно считалъ вещь своею ²⁾. Легатарій получаетъ съ наступленіемъ *dies veniens* не собственность на вещь, но обязательственное притязаніе о ея выдачѣ противъ *oneratus*. 3) Вещь *принадлежитъ какому-либо третьему лицу*. Если наследодатель зналъ объ этомъ, то легатарій получаетъ право требовать отъ *oneratus* приобрѣтенія этой вещи и передачи ея легатарію или же уплаты легатарію цѣны отказанной вещи ³⁾. Если наследодатель не зналъ, что отказываемая вещь принадлежитъ третьему лицу, но онъ самъ или *oneratus* имѣлъ на эту вещь *jus in re* или *bonae fidei possessio*, то легатарій можетъ требовать передачи ему этого *jus in re* или продолжать приобрѣтеніе вещи по давности, начатое его предшественникомъ ⁴⁾. 4) Вещь *принадлежитъ самому легатарію* съ момента совершенія легата. Тогда легатъ ничтоженъ, даже въ случаѣ позднѣйшаго отчужденія вещи легатаріемъ ⁵⁾ (въ силу *regula Catoniana*; см. выше § 29, I). Если легатарій приобрѣлъ вещь уже по совершеніи легата, и притомъ приобрѣлъ ее возмездно не отъ наследодателя, то *oneratus* долженъ уплатить легатарію стоимость вещи ⁶⁾.

Если предметомъ легата является вещь, *генерически определенная (genus legatum)*, и вещи такого рода находятся въ наследственной массѣ, то легатарій можетъ выбрать для себя одну изъ нихъ ⁷⁾. Если такихъ вещей въ наследствѣ нѣтъ, то *oneratus* долженъ приобрѣсти вещь, необходимую для удовлетворенія легатарія ⁸⁾. Легатъ долженъ быть достаточно опредѣленъ по количеству и качеству, чтобы быть дѣйствительнымъ ⁹⁾.

II. Если предметомъ легата являются *jura in re aliena*, то возможны четыре комбинаціи. 1) Наследодатель можетъ путемъ легата перенести на легатарія какое-либо переносимое *jus in re*, принадлежащее самому наследо-

1) § 11. J. 2, 20.

2) L. 67, § 8. D. 31.

3) § 4. J. 2, 20. L. 39, § 7, 8. D. 30.

4) Dig. pro legato 41, S. L. 14 § 1, D. 41, 3. L. 71, § 6 D. 30 ср. L. 39, § 3 eod.

5) L. 13. C. 6, 37 cf. L. 71, § 5. L. 82, § 1. L. 86 pr. § 4. L. 39, § 2. D. 30.

6) § 6. J. 2, 20. L. 34 § 7, 8. D. 30.

7) § 22. J. 2, 20. L. 37 pr. D. 30. L. 108, § 2. D. eod.

8) L. 3 pr. L. 4. D. 33, 6. L. 96 pr. D. 30.

9) L. 69, § 4. D. 23, 3. L. 71 pr. D. 30.

дателю (эмфитевзистъ, суперфицій¹⁰⁾. Онъ можетъ также обязать *operatus'a* перенести на легатарію такое *jus in re*, принадлежащее *operatus'у*¹¹⁾. 2) Онъ можетъ простить легатарію *jus in re*, принадлежавшее наследодателю на вещь самого легатарія; тогда въ моментъ *dies veniens* это *jus in re* прекращается *ipso jure*¹²⁾. Онъ можетъ также обязать *operatus'a*, чтобы тотъ простилъ легатарію *jus in re*, принадлежащее *operatus'у* на вещь легатарія. 3) Наследодатель можетъ вновь установить *jus in re* для легатарія. Если *jus in re* устанавливается на вещи самого наследодателя, то оно *ipso jure* возникает съ наступленіемъ *dies veniens*. Если предметомъ легата является установленіе *jus in re* на вещи *operatus'a*, то въ моментъ *dies veniens* возникает только обязанность для *operatus'a* установить это *jus in re* для легатарія. Если, наконецъ, отказывается *jus in re* на вещи третьяго лица, то легатъ дѣйствителенъ только тогда, когда завѣщатель зналъ, что эта вещь ему не принадлежитъ; съ наступленіемъ *dies veniens* возникает обязанность для *operatus'a* добиться установленія этого *jus in re* для легатарія отъ третьяго лица или уплатить стоимость *jus in re* легатарію¹³⁾. 4) Наследодатель можетъ отказать право собственности на свою вещь легатарію, но съ тѣмъ, чтобы послѣдній установилъ на приобретенной имъ вещи *jus in re* для какого-либо третьяго лица; можно на-примѣръ, отказать Тицію домъ «*deducto usufructu*» въ пользу Мэвія¹⁴⁾.

III. Если предметомъ легата является обязательственное право, то возможны также четыре комбинаціи. 1) Наследодатель можетъ отказать легатарію право требованія, которое наследодатель самъ имѣетъ противъ третьяго лица (*nomen legatum*¹⁵⁾. Легатарій въ *dies veniens* дѣлается *ipso jure* цессіонаромъ по этому праву требованія и можетъ вчинать *actio utilis* противъ должника. Но онъ можетъ потребовать и настоящей *cessio* отказаннаго ему права требованія отъ наследника¹⁶⁾, причемъ, однако, наследникъ не отвѣчаетъ ни за способность должника къ платежу (*nomen bonum*), ни даже за существованіе отказаннаго обязательства (*nomen verum*), ибо при ничтожности этого обязательства и самый легатъ его считается ничтожнымъ¹⁷⁾. 2) Наследодатель можетъ простить легатарію долгъ, который лежитъ на легатаріи предъ наследодателемъ (*liberatio legata*). Въ такомъ случаѣ легатарій *ipso jure* не освобождается отъ своего долга (ибо обязательство уничтожается *ipso jure* только черезъ *contrarius actus*), но съ момента *dies veniens* можетъ противопоставить иску наследника по поводу этого долга *exceptio doli*; кромѣ того, онъ можетъ самъ искомъ требовать отъ наследника освобожденія его отъ долга (черезъ *actio de non petendo*, *asserptilatio*¹⁸⁾. 3) Наследодатель можетъ отказать легатарію то, что онъ самъ долженъ легатарію (*debitum legatum*). Въ такомъ случаѣ легатъ ничтоженъ и не принимается въ расчетъ при вычисленіи *quarta Falcidia*. за исключеніемъ того случая, если онъ приноситъ какую-либо выгоду легатарію (напримѣръ, въ легатъ заключается отказъ наследодателя-должника отъ срока,

10) L. 71, § 6. D. 30. L. 1, § 7. D. 43, 18.

11) Windscheid, § 656 пр. 8.

12) L. 71, § 5. L. 86, § 4. D. 30. L. 1, § 1. D. 34, 3.

13) § 4. J. 2, 3. § 1 J. 2, 4. Dig. 33, 2 и 3. L. 26 пр. D. 13, 7. Windscheid, § 656, 1.

14) L. 6 пр. D. 7, 1. L. 66, § 7. D. 31. L. 4. D. 33, 2. L. 14. C. 3, 33. § 1. J. 2, 4.

15) L. 18. C. 6, 37.

16) L. 44, § 6. L. 75, § 2. L. 105. D. 30, § 21. J. 2, 20.

17) L. 75, § 1, 2. D. 30. L. 25. D. 34, 3. § 21. J. 2, 20. Cf. L. 11 § 13. L. 64, D. 32.

18) L. 3, § 3. L. 7, § 1. L. 22. D. 34, 3.

раньше котораго легатарій-кредиторъ не могъ взыскивать съ него долга ¹⁹⁾.
4) Легатъ можетъ относиться къ праву требованія, принадлежащему не наследодателю, а другому какому-либо лицу (напримѣръ наследнику), или по которому должникомъ является не легатарій или наследодатель, а другое лицо. Напримѣръ, на наследника можетъ быть возложена обязанность уступить легатарію право требованія, которое самъ наследникъ имѣлъ противъ третьяго лица ²⁰⁾.

§ 33. Legatum hereditatis и fideicommissum hereditatis.

I. Предметомъ отказа могутъ быть не только отдѣльныя вещи, но и все наследство или его квота (дробная часть, напримѣръ $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{3}$, $\frac{1}{4}$ и т. д.). Такой отказъ можетъ быть сдѣланъ до Юстиніана въ двухъ видахъ: какъ *legatum hereditatis* и какъ *fideicommissum hereditatis*. Первая форма является видомъ *сингулярнаго* преемства и при Юстиніанѣ исчезла въ результатъ сліянія легатовъ и фидеикоммиссовъ ¹⁾. *Fideicommissum hereditatis*, напротивъ, въ концѣ концовъ обратился въ способъ установленія *универсальнаго* преемства; положеніе фидеикоммиссара послѣ рѣдачи ему наследства фидуціаромъ сдѣлалось аналогично съ положеніемъ наследника. Исторія *fideicommissum hereditatis* изложена была уже въ § 2, II. Теперь мы ограничимся изложеніемъ нормъ развитого права.

II. *Fideicommissum hereditatis*. Этого рода отказъ въ юстиніановомъ правѣ устанавливаетъ всегда *универсальное преемство* фидеикоммиссара, послѣ того, какъ отказъ исполненъ наследникомъ (ex testamento или ab intestato), на котораго онъ возложенъ (фидуціаръ) ²⁾. Фидеикоммиссаръ занимаетъ послѣ этого мѣсто наследника во всемъ наследствѣ или въ части его и ipso jure дѣлается отвѣтственнымъ за долги наследодателя ³⁾.

Fideicommissum hereditatis можетъ имѣть своимъ предметомъ все наследство или его квоту ⁴⁾. Назначается онъ такъ же, какъ и всякій другой отказъ ⁵⁾. Въ порядкѣ его пріобрѣтенія есть та особенность, что фидеикоммиссаръ можетъ *принудить* обремененнаго фидеикоммиссомъ наследника (фидуціаръ) *вступить въ наследство и выдать это наследство фидеикоммиссару* ⁶⁾. Права и обязанности фидуціара и фидеикоммиссара бываютъ различны, смотря по тому, состоялось ли вступленіе фидуціара въ наследство добровольно или по принужденію со стороны фидеикоммиссара.

1) *Фидуціаръ вступилъ въ наследство добровольно*. Въ этомъ случаѣ для фидуціара возникаетъ обязанность въ назначенное въ завѣщаніи или купилѣ время выдать все наследство или квоту его фидеикоммиссару.

¹⁹⁾ L. 11, 13, 14, 25. D. 34, 3. L. 28 pr. L. 29. D. 30. § 14. J. 2, 20.

²⁰⁾ Другіе примѣры у *Arndts*, § 576 пр. 8. Объ альтернативномъ легатѣ, легатѣ цѣлаго имущества и т. п. см. тамъ-же §§ 570—573; 577—579.

¹⁾ См. о *legatum hereditatis* § 5. J. 2, 23. Ulp. 24, 25; 25, 15. L. 8, § 5. L. 9. D. 31. L. 26, § 2. L. 27. D. 30. *Windscheid*, § 662 пр. 1. *Dernburg* III, § 119 пр. 6. *Girard*, стр. 903 пр. 3. Ср. *Baron*, § 454 особ. въ концѣ.

²⁾ *Fideicommissum hereditatis*, сверхъ того, можетъ быть возложено и на универсальнаго фидеикоммиссарія. L. 1, § 8. L. 57 (55) § 2. D. 36, 1. *Windscheid*, § 663 пр. 3. *Dernburg* III, § 119 пр. 9.

³⁾ О различіи его положенія съ положеніемъ heres'a см. *Girard*, стр. 906 пр. 6.

⁴⁾ L. 17 (16) § 4. D. 36, 1.

⁵⁾ См. объ этомъ *Windscheid*, § 663. *Dernburg* III, § 119 пр. 7.

⁶⁾ L. 4. D. 36, 1. L. 17. D. 29, 4. § 6, 7. J. 2, 23. *Windscheid*, § 664. *Dernburg* III, § 121, 3.

а) До реституции наследства фидеикоммиссару положение наследника занимает фидуциаръ (heres fiduciarius). Онъ получаетъ собственность на вещи, входящія въ составъ наследства⁷⁾, дѣлается кредиторомъ по правамъ требованія, входящимъ въ составъ наследства, и отвѣчаетъ передъ кредиторами наследства и легатаріями⁸⁾. Но на немъ лежитъ обязанность тотчасъ же или въ срокъ, указанный наследодателемъ, выдать все наследство или часть его фидеикоммиссару. Эта обязанность даетъ себя чувствовать уже теперь. Ея дѣйствіе проявляется въ слѣдующихъ отношеніяхъ. 1) Фидуциаръ долженъ заботливо относиться къ управленію наследственной массой, которую онъ долженъ будетъ выдать; онъ отвѣчаетъ, при этомъ, или за culpa levis, или за culpa lata, смотря по тому, останется ли у него какая-либо выгода послѣ реституции наследства или нѣтъ⁹⁾. 2) Онъ можетъ требовать послѣ реституции отъ фидеикоммиссара пропорціональнаго возмѣщенія сдѣланныхъ имъ на наследство издержекъ и снятія съ него обязательствъ, принятыхъ имъ на себя при управленіи наследствомъ¹⁰⁾. 3) Онъ не долженъ отчуждать ничего изъ наследства безъ крайней нужды (напр., разрѣшается отчужденіе, если продать что-нибудь необходимо для погашенія долговъ наследства¹¹⁾, если продажа вещи требуется правилами хорошаго хозяйства¹²⁾). Впрочемъ, завѣщатель можетъ ему позволить отчужденія изъ наследства и вообще траты наследственного имущества; такое дозволеніе заключается въ такъ наз. fideicommissum ejus quod superest, т.-е. въ приказаніи выдать фидеикоммиссару то, что останется изъ наследства въ моментъ смерти фидуциара: въ такомъ случаѣ (по рѣшенію Юстиніана) фидуциаръ свободно можетъ истратить $\frac{3}{4}$ наследства¹³⁾.

Самая реституція совершается посредствомъ безформеннаго заявленія объ этомъ фидуциара фидеикоммиссару и посредствомъ фактической передачи послѣднему наследственной массы (всей или части, смотря по содержанію фидеикоммисса¹⁴⁾). Фидуциаръ обязанъ выдать только то изъ наследства, что онъ получилъ самъ въ качествѣ наследника¹⁵⁾; поэтому онъ не выдаетъ то, что получено имъ въ качествѣ прелегата отъ сонаследниковъ¹⁶⁾ или condicionis implendae causa¹⁷⁾. Онъ имѣетъ право вычесть изъ выдаваемого наследства четверть наследства (или четверть своей наследственной доли), которая называется quarta Trebellianica. Эта quarta подлежитъ въ общемъ тѣмъ же правиламъ,

7) L. 18, § 2. L. 28 (27) § 1. D. 36, 1.

8) L. 28 (27) § 7. D. 36, 1. L. 104. D. 46, 3. О происходящей при этомъ confusio см. L. 61 (59) pr. L. 82 (80). L. 28 (27) § 11. D. 36, 1. L. 75 (73) § 1. D. eod. и къ этому Dernburg III, § 120, 2. Windscheid, § 665 пр. 2—4 а. — Плоды, полученные съ наследства между вступленіемъ въ него и выдачею фидеикоммиссарію, фидуциаръ, обыкновенно, удерживаетъ у себя окончательно; въ этомъ часто и состоитъ цѣль совершенія fideicommissum hereditatis. L. 19 (18) pr. L. 28 (27) § 1. D. 36, 1. Dernburg III, § 119 пр. 12. Windscheid, § 665 пр. 6.

9) L. 23 (22) § 3. D. 36, 1. Windscheid, § 665 пр. 7. Ср. Dernburg III, § 120 пр. 14. Arndts, § 583.

10) L. 20 (19) § 2. L. 23 (22) § 3. L. 37 (36). L. 71 (69). D. 36, 1.

11) L. 38 пр. D. 32.

12) L. 23 (22) § 3. D. 36, 1. Подробности у Windscheid, § 665 пр. 8—11.

13) Остальную четверть онъ можетъ истратить только въ особыхъ случаяхъ, указанныхъ закономъ: Nov. 108 и къ этому Windscheid, § 665 пр. 12—14. Dernburg III, § 123.

14) L. 38 (37). L. 39 (38). L. 41 (40) § 2. D. 36, 1. См. еще Windscheid, § 666 пр. 9—10. Dernburg III, § 119, 4.

15) L. 61 (59) § 1. D. 36, 1.

16) L. 19 (18) § 3. D. 36, 1.

17) L. 44, § 4. D. 35, 1.

какъ и quarta Falcidia ¹⁸). Между прочимъ, фидуціаръ долженъ въ нее зачесть все, что онъ можетъ при реституціи удержать изъ наслѣдства по распоряженію наслѣдодателя въ качествѣ наслѣдника (jure hereditario), напр., указанную завѣщателемъ часть своей доли наслѣдства, часть оставленнаго ему прелегата, обременяющую его собственную наслѣдственную долю (см. о прелегатѣ выше § 28, II, 1). Но онъ не долженъ зачитать въ quarta то, что онъ получаетъ отъ другихъ лицъ *condicionis implendae causa*, ибо это предоставленіе дѣлается ему не изъ наслѣдства, а также тѣ части прелегата, которыя онъ получаетъ отъ сонаслѣдниковъ, ибо онъ получаетъ ихъ не jure hereditario, а jure legatarii ¹⁹).

б) Послѣ реституціи наслѣдства фидуціаръ сохраняетъ относительно выданнаго наслѣдства (или его части) только *viduit potest heredis* ²⁰); въ положеніе наслѣдника становится фидеикоммиссаръ ²¹); послѣдній въ качествѣ *actiones utiles* можетъ вчинать всѣ иски, принадлежащіе наслѣднику, т.-е. иски сингулярные и универсальные ²²) (см. § 26); противъ остальныхъ наслѣдниковъ онъ имѣетъ *a. familiae erciscundae utilis* ²³). Онъ дѣлается отвѣтственнымъ передъ кредиторами наслѣдства. Что касается легатаріевъ, то ихъ положеніе опредѣляется слѣдующимъ образомъ. Наслѣдодатель можетъ возложить легаты и на самого фидеикоммиссара, и на фидуціара. Легаты, возложенные на фидеикоммиссара, платитъ послѣдній одинъ; онъ не можетъ вычитать съ нихъ quarta Falcidia ²⁴), ибо, какъ мы говорили въ § 31, I, право на эту quarta имѣетъ только *heres*. Легаты, возложенные на фидуціара, несутъ на себѣ фидуціаръ и фидеикоммиссаръ сообща, смотря по величинѣ доли наслѣдства, выданной фидеикоммиссару и оставшейся у фидуціара ²⁵); quarta Falcidia вычитается только фидуціаромъ ²⁶). Если у фидуціара ничего не осталось изъ наслѣдства, то возложенные на него легаты цѣликомъ падаютъ на фидеикоммиссара ²⁷).

2) Фидуціаръ отказался принять наслѣдство и вступилъ въ него по принужденію. Въ такомъ случаѣ фидуціаръ получаетъ только *viduit potest heredis*, но не имѣетъ ни выгодъ, ни невыгодъ отъ своего вступленія въ наслѣдство ²⁸). Онъ долженъ выдать фидеикоммиссару все наслѣдство или всю свою долю въ наслѣдствѣ, даже въ томъ случаѣ, когда предметомъ универсальнаго фидеикоммисса является только часть наслѣдства или наслѣдственной доли ²⁹). Онъ не имѣетъ права вычитать quarta Trebellianica ³⁰). Фидеикоммиссаръ вполне замѣняетъ собою наслѣдника въ выданной ему части наслѣдства (или во всемъ наслѣдствѣ); онъ можетъ даже вычитать съ легатовъ, возложенныхъ на фидуціара, quarta Falcidia, если ее могъ бы вычесть самъ фидуціаръ въ случаѣ добровольнаго вступленія въ наслѣдство ³¹).

¹⁸) Gai 2, 254. L. 28 (27) § 10. L. 66 (64) § 3. D. 36, 1.—Nov. 1 c. 2. § 2.

¹⁹) L. 30, § 7. L. 91. L. 93. D. 35, 2. Windscheid, § 666 пр. 8. Dernburg, § 122 прим. 20.

²⁰) L. 1, § 19. D. 36, 3.

²¹) L. 28, § 7. L. 65 пр. D. 36, 1. § 4, 7. J. 2, 23.

²²) tit. Dig. 5, 6. L. 1, § 2. D. 36, 1. § 4. J. 2, 23.

²³) L. 28 (27) § 11. D. 36, 1.

²⁴) L. 47, § 1. D. 35, 2.

²⁵) L. 2. C. 6, 49. L. 1, § 20. D. 36, 1. L. 1, § 19. L. 15, § 1. D. 36, 3.

²⁶) L. 2. L. 3, § 2. L. 53 (51). D. 36, 1.

²⁷) L. 1, § 21. D. 36, 1. Cf. L. 1, § 17. L. 3 eod.—Подробности объ этомъ вопросѣ у Vangerow II, § 559. Windscheid § 667.

²⁸) L. 4. L. 28 (27) § 2. L. 57 (55) § 3. D. 36, 1 § 7. J. 2, 23.

²⁹) L. 1, § 9. L. 17 (16) § 4, 5, 8, 9. L. 28 (27) § 14. L. 29 (28) пр. § 1. L. 55 (53) § 3. D. 36, 1.

³⁰) L. 4. D. 36, 1. Ср. L. 17 (16) § 4. D. eod.

³¹) L. 65 (63) § 11. D. 36, 1.

§ 34. Mortis causa donatio.

I. *Mortis causa donatio* или дарение на случай смерти, есть въ сущности *сдѣлка inter vivos*; это дарение совершается не посредствомъ завѣщательнаго распоряженія или иного акта, содержащаго въ себѣ послѣднюю волю лица. Если мы тѣмъ не менѣе разсматриваемъ этотъ видъ даренія въ наследственномъ правѣ въ связи съ ученіемъ о легатахъ и фидеикоммиссахъ, то это происходитъ только въ виду того, что *цѣль donatio mortis causa аналогична съ цѣлью, которую преслѣдуетъ оставленіе легата*, и что поэтому къ *donatio mortis causa* были примѣнены многія правила, установленныя для легатовъ.

II. *Donatio mortis causa* есть такое дарение, которое сдѣлано на случай смерти дарителя раньше смерти одареннаго лица ¹⁾. Особенность этого даренія заключается въ его *цѣли (causa; Общ. ч. § 43)*: дарение это дѣлается для того, чтобы получатель сохранилъ сдѣланное ему представленіе, какъ память объ умершемъ дарителѣ. Поэтому дарение это дѣлается окончательнымъ только тогда, когда одаряемый переживаетъ дарителя ²⁾.

Donatio mortis causa совершается въ формѣ самыхъ разнообразныхъ сдѣлокъ между живыми, т.-е. въ формѣ *traditio* даримой вещи, заключенія стипуляціи, отказа отъ какого-либо права. Всѣ эти сдѣлки могутъ быть заключены безусловно; тогда собственность переходитъ на одаряемаго немедленно, немедленно возникаетъ стипуляціонное обязательство, немедленно уничтожается право, отъ котораго отказывается даритель въ пользу одаряемаго. Но окончательно цѣль даренія достигается лишь тогда, когда даритель умретъ раньше одаряемаго. Поэтому въ противномъ случаѣ даритель имѣетъ противъ наследниковъ одареннаго *condictio sine causa*; онъ можетъ требовать возврата обогащенія, полученнаго отъ даренія, ибо цѣль его—*causa*—не достигнута ³⁾.

Всѣ эти сдѣлки могутъ быть, далѣе, заключены подъ *резолютивнымъ условіемъ*. Въ такомъ случаѣ собственность немедленно переходитъ на одаряемаго, стипуляціонное обязательство возникаетъ и т. д., но, если одаряемый умретъ раньше дарителя, то сдѣлки эти *теряютъ силу*; даритель вновь дѣлается собственникомъ и можетъ виндицировать вещь, его стипуляціонное обязательство уничтожается, отказъ отъ права считается недействительнымъ ⁴⁾.

Наконецъ, всѣ эти сдѣлки могутъ быть заключены *подъ суспензивнымъ условіемъ* ⁵⁾; тогда одаренный пріобрѣтаетъ право собственности, дѣлается кредиторомъ по обязательству и т. д. лишь въ томъ случаѣ, если даритель умретъ раньше него. Если же одаряемый умретъ раньше, то переносъ собственности, установленіе обязательства, отказъ отъ права не производятъ никакого эффекта.

Такимъ образомъ, дарение на случай смерти дѣлается окончательнымъ только со смертью дарителя раньше одареннаго. Обыкновенно, даритель сохраняетъ за собою право до этого момента *свободно отменить сдѣланное дарение* ⁶⁾; однако, онъ можетъ отказаться отъ этого права ⁷⁾.

Заключеніе дареній на случай смерти производится по той же формѣ, какъ

¹⁾ § 1. J. 2, 7. L. 35, § 2. D. 39, 6.

²⁾ L. 32. L. 26. D. 39, 6. *Dernburg* III, § 117 пр. 4.

³⁾ L. 18, § 1. L. 37, § 1. L. 35 § 3. D. 39, 6.

⁴⁾ L. 37, § 1. L. 29, 30. D. 39, 6. Ср. L. 26, § 1. C. 6, 37. *Girard*, стр. 920 пр. 2.

⁵⁾ L. 2 i. f. D. 39, 6. L. 29 eod. L. 15 i. f. D. 40, 1. L. 14. D. 39, 6.

⁶⁾ L. 16, 27, 30. D. 39, 6. *Dernburg* III, § 117 пр. 8.

⁷⁾ L. 13, § 1. L. 35, § 4. D. 39, 6. Nov. 87 пр. с. 1.

и заключение всѣхъ остальныхъ дареній, т.-е. для дареній свыше 500 солидовъ требуется занесение въ судебный протоколъ (*insinuatio apud acta*; см. Общ. ч. § 44); впрочемъ, Юстиніанъ разрѣшилъ замѣнять эту инсинуацію изъясвленіемъ воли подарить *передъ 5-ю свидѣтелями* ⁸⁾ (очевидно, это распоряженіе сдѣлано подъ вліяніемъ соображеній о формѣ, установленной для *codicilli*; см. выше § 28, II, 2). Какъ и при всякомъ дареніи, необходимо *принятіе* со стороны одаряемаго: дареніе на случай смерти есть *договоръ*, а не односторонній актъ (отличіе отъ легата и *institutio heredis* ⁹⁾).

Мы сказали, что всякая *donatio mortis causa* совершается на тотъ случай, что *одаренный переживетъ дарителя*. Въ этомъ отношеніи надо различать два рода этихъ дареній.

1) *Donatio mortis causa* совершается на случай смерти дарителя отъ *известной, непосредственно угрожающей дарителю опасности* (наприм., передъ отправленіемъ дарителя на войну, въ морское путешествіе ¹⁰⁾). Въ такомъ случаѣ дареніе теряетъ силу, если даритель переживаетъ именно эту опасность.

2) Дареніе можетъ быть сдѣлано на случай смерти дарителя раньше одаряемаго, *по какой бы причинѣ и когда бы эта смерть ни послѣдовала*. ¹¹⁾

III. Въ *donationes mortis causa* были примѣнены многія правила, созданныя для *легатовъ* ¹²⁾. Такъ, на нихъ распространены были постановленія о необходимомъ наслѣдованіи ¹³⁾, о *quarta Falcidia* ¹⁴⁾, о *capacitas* ¹⁵⁾ и объ *indignitas* ¹⁶⁾; ихъ сила зависѣла отъ того, было ли наслѣдство состоятельно, т.-е. *donationes mortis causa* имѣли силу лишь за уплатой долговъ наслѣдства ¹⁷⁾. Юстиніанъ распространилъ на *mortis causa donationes* установленное для *легатаріевъ jus accrescendi* ¹⁸⁾ и право на *cautio Muciana* ¹⁹⁾. Тѣмъ не менѣе существуютъ и важныя различія между *mortis causa donationes* и легатами. *Donatio mortis causa* остается сдѣлкою *inter vivos*; для ея заключенія завѣщатель долженъ имѣть обычную правоспособность и дѣеспособность къ совершенію дареній, а не специальную *testamenti factio* (это, впрочемъ, спорный пунктъ между учеными ²⁰⁾). Даритель еще при жизни переноситъ на одаряемаго известное право или надежду на его пріобрѣтеніе (при наличности суспензивнаго условія). Наконецъ, при дареніи *mortis causa* нѣтъ никакого обремененнаго даренія лица (*oneratus*): оно дѣлается самимъ дарителемъ еще при жизни и ни на кого не возлагается; поэтому сила этого даренія не зависитъ отъ того, чтобы для наслѣдства нашелся *heres*, тогда какъ сила *легатовъ* стоитъ въ зависимости отъ пріобрѣтенія наслѣдства какимъ-либо универсальнымъ преемникомъ (наслѣдникомъ, фискомъ при *bona vacantia*).

8) L. 4. C. 8, 56 (57). *Dernburg* III, § 117 пр. 9. *Windscheid*, § 676 пр. 3.

9) *Windscheid*, § 676 пр. 14.

10) § 1. J. 2, 7. L. 2—6. D. 39, 6. L. 8, § 1. L. 35, § 4. D. eod. Здѣсь чаще всего имѣетъ мѣсто суспенс. условіе.

11) L. 2. L. 31, § 2. L. 35, § 4. D. 39, 6.

12) См. L. 37 пр. D. 39, 6. L. 4. C. 8, 56. § 1. J. 2, 7. Nov. 87 пр. *Dernburg* III, § 118 пр. 8. *Windscheid*, § 676 пр. 13.

13) L. 1, § 1. D. 38, 5. L. 3 пр. L. 5, § 7. L. 20 пр. D. 37, 5. L. 18, § 1. D. 37, 4. *Dernburg* III, § 118 пр. 3. *Windscheid*, § 676 пр. 5.

14) L. 2, § 2. C. 8, 56 (57).

15) L. 35 пр. D. 39, 6.

16) *Windscheid*, § 676 пр. 12. *Baron*, § 459 пр. 22—23.

17) L. 17. D. 39, 6. L. 66, § 1. D. 35, 2.

18) L. 1, § 14. C. 6, 51.

19) Nov. 22 с. 44. § 9.

20) L. 25, § 1. D. 39, 6. *Dernburg* III, § 118 пр. 9. *Arndts*, § 590. Ср. *Windscheid*, § 676 пр. 1. *Baron*, § 459 пр. 20—21.