

# СИСТЕМА РИМСКАГО ПРАВА.

---

IV. СЕМЕЙНОЕ ПРАВО.

---

V. НАСЛѢДСТВЕННОЕ ПРАВО.

---

КОНСПЕКТЪ ЛЕКЦІЙ

Профессора Московскаго Университета

**В. М. Хвостова.**

---

Издание третье.

Печатано со второго изданія, просмотрѣннаго пр.-доц.

А. Э. Вормеомъ.

---

МОСКВА.

Типографія Вильде. Малая Кисловка, собственный домъ.

1909.

## Предисловіе ко второму изданію.

---

Настоящій выпускъ Конспекта по римскому семейному и наслѣдственному праву переиздается съ любезнаго разрѣшенія проф. В. М. Хвостова для студентовъ Московскаго Университета. Система и форма изложенія остались въ общемъ безъ измѣненій. Мною внесены лишь нѣкоторыя дополненія и отступленія съ цѣлью согласовать изданіе со своими чтеніями. Они не отмѣчены въ текстѣ, т. к. это было-бы трудно провести и не имѣло бы значенія въ учебномъ пособіи.

*А. Вормсъ.*

Мартъ 1907 г.

---

# СЕМЕЙНОЕ ПРАВО.

## ВВЕДЕНІЕ.

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

I. Подъ именемъ семьи—*familia*<sup>1)</sup>—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* была 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 лицъ, такъ и вещи; отгѣнки особыхъ видовъ его власти надъ вещами, рабами, свободными подвластными (женой, дѣтьми) сперва мало выступаютъ. 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*<sup>2)</sup>. По мѣрѣ этой дифференціаціи 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 въ императорскомъ Римѣ, такъ что въ юстиніановомъ правѣ намъ съ ними уже не приходится имѣть дѣла. Вслѣдствіе исчезновенія брака *cum manu* и другихъ перемѣнъ въ строѣ семьи, въ юстиніановомъ правѣ мы уже не встрѣчаемся съ такой полной властью домовладыки надъ всѣмъ, находящимся въ его домѣ, кака я существовала прежде. Мужъ и жена теперь принципиально равноправны, хотя высшимъ авторитетомъ въ семьѣ продолжаетъ пользоваться мужъ. Дѣти также не являются болѣе безправными; они не приобрѣтаютъ уже исключительно въ пользу домовладыки, даже когда они стоятъ подъ *patria potestas*. Изъ строго патріархальнаго союза семья превращается 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*“.

1) См. къ послѣдующему Rivier, Précis du droit de famille romain (1891 г.), стр. 3—46. Girard, 4 изд., стр. 133 сл.; 142 сл. Dernburg III, §§ 1—4. Ferrini, Pandette, 855 сл.

2) См. объ этомъ Thering, Geist, т. II стр. 161 сл. (по 4 изд.). Ср. Ефимовъ Очерки по исторіи древне-римскаго родства 1885.

„Jure proprio familiam, говоритъ онъ, dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut jure subjectae, ut puta patrem familias matrem familias, 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 все вообще *агнаты*, 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 родоначальника. „Item appellatur familia plurium personarum, quae ab ejusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur (sicuti dicimus familiam Iuliam), quasi a fonte (quodam memoriae sc.) eodem ortae“ (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 возрѣнія общества стали выдвигать 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: въ него входятъ также родственники по женской линіи и эманципированныя лица. Отчасти же онъ уже: сюда не должны входить, строго говоря, лица усыновленные и ихъ *in manu*. Однако, въ классическомъ правѣ мы встрѣчаемъ правило, что всякій агнатъ, пока онъ остается имъ, со *ipso* есть и когнатъ (L. 1 § 4 D. 38, 8; см. объ этомъ Общ. ч. § 25, В.). Когнатская семья къ концу развитія римскаго права во многихъ отношеніяхъ получаетъ преобладаніе въ юридической области надъ агнатскою; въ вопросахъ о законномъ наслѣдованіи и о призваніи къ опеку 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 вполне 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 nurum (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 институтами семейнаго права была очень тѣсная. Цѣлью опеки и попечительства являлась не столько забота о личности опекаемаго, но забота о сохраненіи его имущества для его родственниковъ-агнатовъ; опека поэтому по праву принадлежала агнатамъ <sup>3)</sup>. Въ позднѣйшемъ правѣ характеръ опеки измѣнился: она приняла альтруистическій характеръ, сдѣлалась средствомъ защиты подопечнаго лица, которое въ оборотѣ оказывается 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 излишнею опеку даже надъ малолѣтнимъ, обладающимъ отдѣльнымъ имуществомъ: имуществомъ подвластнаго управляетъ, по общему правилу, отецъ въ силу своей отеческой власти. б) Кромѣ того, опекунская власть по своей структурѣ стоитъ весьма близко къ другимъ видамъ семейныхъ правъ: здѣсь, какъ и тамъ, мы имѣемъ право надъ лицомъ, имѣющее своимъ объектомъ не дѣйствіе лица, но само подвластное лицо, и въ то же время рѣзко отличающееся по характеру и объему отъ вещнаго права, какъ права надъ такою частью внѣшней природы, которая сама субъектомъ права быть не можетъ. (Общ. ч. § 13, IV, 4). Это составляетъ основаніе для объединенія института опеки и попечительства въ одинъ разрядъ съ другими семейно-правовыми институтами <sup>4)</sup>.

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

---

<sup>3)</sup> См. *Girard* стр. 202 пр. 2. *Dernburg* III, § 39; ср. впрочемъ *Cuj.* *Les institutions juridiques des Romains* (1891 г.), стр. 311 сл.

<sup>4)</sup> Виндшейдъ относилъ опеку въ своихъ Пандектахъ къ обязательственному праву. Это оказалось неудобнымъ и Киппъ, переиздавая Пандекты Виндшейда послѣ его смерти, перенесъ опеку въ отдѣлъ семейнаго права (*Windscheid-Kipp*. 8 изд. т. III).

# ОТДѢЛЪ I.

## Бракъ.

### 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 Пандектахъ Юстиніана L. 1. 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* <sup>1)</sup>, чѣмъ къ новому, когда, по исчезновеніи *manus*, жена сохраняла за собою свое отдѣльное 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 личныхъ отношеній между супругами; но и здѣсь, какъ уже сказано, оно проведено не во всѣхъ отношеніяхъ <sup>2)</sup>.

II. Эти *личные отношенія*, насколько они имѣютъ значеніе для права, сводятся къ слѣдующему. Такъ какъ браки *cum manu* исчезли вполнѣ уже во второй половинѣ классическаго періода, то теперь жена, по общему правилу, остается членомъ своей прежней 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. по-

<sup>1)</sup> См. о бракахъ *cum manu* Gai I, 108—113, 136—137, 162; II, 90. Rivier, стр. 161 слл. Girard, стр. 146 слл. Accarias, I, § 120.

<sup>2)</sup> Ср. впрочемъ Accarias, I, стр. 191. Ср. Соколовскій О постепенномъ развитіи идеи брака въ древнемъ мірѣ 1843 и Азаревичъ Брачные элементы и ихъ значеніе 1879.

дымається на высоту его положенія или опускается къ нему; она сохраняет эти качества до вступленія въ другой бракъ <sup>3)</sup>. 2) Жена раздѣляетъ *legальное domicilium* своего мужа (о *domicilium* см. Общ. ч. § 24, VII), и сохраняет его по расторженіи брака, пока не приобрѣтетъ иного (вступленіемъ въ новый бракъ или инымъ путемъ <sup>4)</sup>. 3) Мужъ имѣлъ *int. de uxore exhibenda et ducenda* противъ всякаго третьяго лица и даже противъ отца и матери жены <sup>5)</sup>. Но иска о сожитіи къ самой женѣ онъ не имѣлъ; иначе и не могло быть, пока признавалась безусловная свобода развода <sup>6)</sup>. 4) Супруги *обязаны соблюдать другъ другу вѣрность*; нарушеніе 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 на нее и на ея сообщника падали, кромѣ того, тяжкія уголовныя кары по *lex Julia de adulteriis*, которыя были еще усилены позднѣйшимъ законодательствомъ (при Константинѣ *adulterium* жены каралось смертью <sup>7)</sup>. 5) *Двоеженство* было издавна запрещено, но самостоятельнымъ, наказуемымъ преступленіемъ его призналъ лишь Діоклеціанъ, съ цѣлью борьбы противъ полигаміи на востокѣ. Оно одинаково наказуемо (при Юстиніанѣ—смерть), какъ для жены, такъ и для мужа; при отсутствіи *mala fides* оно не наказуемо, но второй бракъ считается ничтожнымъ, какъ и при наличности *stuprum* <sup>8)</sup>. 6) Супруги должны *уважать и любить другъ друга*; этотъ принципъ юридически проявляется въ запрещеніи имъ вчинать другъ противъ друга штрафныя или инфамирующіе иски <sup>9)</sup>, а также въ запрещеніи принуждать ихъ къ свидѣтельству другъ противъ друга <sup>10)</sup>, и въ предоставленіи имъ взаимнаго *beneficium competentiae* <sup>11)</sup>. Если одинъ супругъ совершилъ *воровство* по отношенію къ другому, то предьявленіе *actio furti* не допускалось. Но если одинъ супругъ совершилъ кражу у другого, *имѣя въ виду предстоящій разводъ*, то для возврата украденнаго давалась *a. rerum amotarum*, которая носила характеръ *condictio furtiva* и отличалась отъ нея только по имени <sup>12)</sup>. 7) Мужъ—*естественный покровитель* жены: поэтому *обида*, нанесенная женѣ, есть *injuria mediata* для мужа, и онъ можетъ возбудить преслѣдованіе отъ своего имени <sup>13)</sup>; далѣе, онъ можетъ вести на судѣ *процессы* жены, не имѣя особаго полномочія <sup>14)</sup>. 8) Жена должна относиться къ мужу съ почтеніемъ (*reverentia* <sup>15)</sup>) и оказывать ему услуги (*operae* <sup>16)</sup>).

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.

### § 3. Заключение брака. Помолвка.

I. Браку предшествуетъ обыкновенно *помолвка* (*sponsalia*) (Dig. 23, 1). Договоръ этотъ въ классическую эпоху заключался родителями жениха и невесты или послѣдними при согласіи первыхъ безъ какихъ-либо формальностей. Требовалось, чтобы *sponsus* и *sponsa* не были моложе 7-ми лѣтъ, и чтобы въ будущемъ между ними былъ возможенъ бракъ. Юридической силы въ смыслѣ обоснованія иска объ убыткахъ *sponsalia* въ классическомъ правѣ (гдѣ самый бракъ свободно расторгался супругами) не имѣли, и даже штрафная стипуляція, которая должна была обезпечить исполненіе ихъ, признавалась классическими юристами недѣйствительной: она считалась заключенной *contra bonos mores*, т. е. согласно добрымъ нравамъ совершеніе и расторженіе брака должно быть вполне свободно <sup>1)</sup>. Однако, согласно позднѣйшему праву расторженіе помолвки безъ достаточнаго основанія влечетъ за собою для виновнаго потерю даннаго имъ задатка (*arrae sponsaliciae*) или *donationes ante nuptias*, или же обязанность возратить полученный имъ задатокъ въ двойномъ размѣрѣ <sup>2)</sup>. За *hina sponsalia* (т. е. заключеніе второй помолвки безъ предварительнаго заявленія о расторженіи первой) уже преторскій эдиктъ установилъ *infamia* <sup>3)</sup>. Если помолвка закрѣплена поцѣлуемъ (*osculo interveniente*), то при ненаступленіи брака вслѣдствіе смерти жениха или невесты половина подарковъ, сдѣланныхъ женихомъ, остается въ пользу невесты и ея наслѣдниковъ <sup>4)</sup>.

II. Самый бракъ *sine manu* заключается не формально; достаточно *простою соглашенія между брачащимися* и отведенія невесты въ домъ жениха <sup>5)</sup>. *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 concensus facit. Consensus является безусловно необходимымъ; поэтому не можетъ вступить въ бракъ *furiosus* <sup>6)</sup>; отецъ или патронъ въ силу своей власти не могутъ въ классическомъ и позднѣйшемъ правѣ принудить ко вступленію въ бракъ подвластнаго сына (дочь) или либерта <sup>7)</sup>. Въ Римѣ заключеніе брака сопровождалось обыкновенно торжественными церемоніями <sup>8)</sup> и составленіемъ письменныхъ документовъ (*tabulae, instrumentum dotale* или *nuptiale*); въ Византіи бракъ совершался часто въ церкви; но этотъ обычай получилъ лишь очень поздно юридическое значеніе <sup>9)</sup>. Поэтому доказать, что заключенъ бракъ, а не конкуби-

1) L. 134 pr. D. 45, 1. Въ Лаціумѣ 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. 148, пр. 3.

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, 8. L. 5. D. 23, 2 *Girard* стр. 152. *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.



натъ, на практикѣ было иногда трудно <sup>10)</sup>. Для подобныхъ случаевъ Θεодосій II и Валентиніанъ III установили слѣдующую презумцію: если въ сожительство вступаютъ лица равнаго общественнаго положенія, то въ случаѣ сомнѣнія предполагается, что они вступили въ бракъ, а не въ конкубинатъ <sup>11)</sup>; эта мысль высказывалась, впрочемъ, уже классиками (L. 24 D. 23, 2. L. 31 pr. D. 39, 5). Въ юстиніановомъ правѣ эта презумція распространена на всякое сожитіе двухъ *ingenuae personae* <sup>12)</sup>; но для дѣйствительности браковъ, заключаемыхъ сенаторами и *illustres*, Юстиніанъ потребовалъ составленія *instrumentum nuptiale*, содержащаго установленіе *dos* и *donatio ante nuptias* <sup>13)</sup>.

III. *Условія дѣйствительности брака.* 1) *Pubertas* брачащихся, т. е. 12 лѣтъ для женщины и 14 для мужчины <sup>14)</sup>. 2) Если въ бракъ вступаютъ лица *alieni juris*, то, кромѣ согласія самихъ брачащихся, требуется еще *согласія домовладыкѣ жениха и невесты*. Лица *sui juris* вступаютъ въ бракъ свободно <sup>15)</sup>; но дѣвушки и вдовы *sui juris*, по законодательству позднѣйшей имперіи, имѣютъ право на это лишь съ 25-лѣтняго возраста; до тѣхъ поръ онѣ должны испрашивать согласіе отца, а если его нѣтъ—матери, если нѣтъ и ея—ближайшихъ родственниковъ <sup>16)</sup>. Если домовладка безъ серьезнаго основанія не даетъ подвластному согласія на вступленіе въ бракъ, то со времени брачнаго закона Августа онъ принуждается къ этому магистратомъ <sup>17)</sup>. Если домовладка сумасшедшій, то по юстиніанову праву его согласія не требуется <sup>18)</sup>. Если домовладка въ плѣну, то его дѣти могутъ вступить въ бракъ по истеченіи 3 лѣтъ <sup>19)</sup> со дня плѣна. Если, затѣмъ, домовладка вернется изъ плѣна, то дѣти отъ брака его подвластнаго сына становятся его *sui et necessarii heredes*, вопреки общему правилу: „*nemini invito suus heres adgnascitur*“ (§ 7. J. I, 11): этого требуетъ *publica nuptiarum utilitas* <sup>20)</sup>. При безвѣстномъ отсутствіи домовладыки требуется истеченіе того же трехлѣтняго срока <sup>21)</sup>. 3) *Conubium*. *Conubium est uxoris jure ducendae facultas*. (Ulp. 5, 3). При Юстиніанѣ, когда различіе между *cives* и *non cives* въ предѣлахъ имперіи почти исчезло, главное основаніе отсутствія *conubium* составляетъ *родство и свойство* <sup>22)</sup>. 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

<sup>10)</sup> 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), а рожденіе и воспитаніе дѣтей не являются его цѣлью. См. о конкубинатѣ общую часть § 25. *Accarias I*, стр. 246—252. *Girard*, стр. 181 сл. *Rivier*, стр. 129 сл.

<sup>11)</sup> L. 22 C. 5, 4.

<sup>12)</sup> L. 23 § 7 C. 5, 4.

<sup>13)</sup> Nov. 74 c. 4. Nov. 117 c. 4. *Accarias I* стр. 198 пр. 3.

<sup>14)</sup> pr. J. 1, 10.

<sup>15)</sup> Ulp. 5, 2. L. 16 § 1 D. 23 2.

<sup>16)</sup> L. 18 L. 20 C. 5, 4 (371 и 480 г.).

<sup>17)</sup> L. 19 D. 23, 2.

<sup>18)</sup> pr. J. 1, 10.

<sup>19)</sup> L. 9 § 1 D. 23, 2.

<sup>20)</sup> L. 12 § 3 D. 49, 15. Къ этому см. *Girard* стр. 154 пр. I.

<sup>21)</sup> L. 10. 11 D. 23, 2.

<sup>22)</sup> §§ 1—10 I. 1, 10.

(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 всеми своими агнатами по усыновленію, которые дѣлаются для него также когнатами; послѣ его эманципации бракъ 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* <sup>23)</sup>. Не могутъ вступать въ бракъ *кастраты* <sup>24)</sup>. 5) Ничтоженъ бракъ между *опекуномъ* (имъ самимъ, его сыномъ или внукомъ *ex filio*, хотя бы *sui juris*) и бывшей опекаемой, а также между кураторомъ и находившейся подъ *cura 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* <sup>25)</sup>). 6) *Провинціальный магистратъ* не могъ жениться въ провинціи, если онъ не былъ помолвленъ раньше, чѣмъ вступилъ въ должность или самъ не происходить изъ данной провинціи <sup>26)</sup>. 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 лицъ изъ сословія сенаторовъ съ вольноотпущенными, актерами) и позднѣйшее законодательство, были отмѣнены отчасти Юстиномъ <sup>27)</sup> и окончательно Юстиніаномъ, который самъ женился на актрисѣ Теодорѣ <sup>28)</sup>. Запрещены были при Юстиніанѣ лишь браки между христианами и евреями <sup>29)</sup>. 8) Запрещены браки между *сообщниками въ прелюбодѣяніи* <sup>30)</sup>, а также между похитителемъ и похищенной дѣвушкой, вдовой или монахиней, даже при наличности желанія послѣдней вступить въ бракъ съ похитителемъ <sup>31)</sup>.

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) <sup>32)</sup>. Иногда, по отпадении препятствія къ браку, сожителство обращается въ *justae nuptiae* (напр. супруги вошли въ законный возрастъ, домовладыка далъ согласіе), но этимъ не устанавливается законность предыдущаго сожителства <sup>33)</sup>.

<sup>23)</sup> L. 5, C. 5, 5.

<sup>24)</sup> *Spadones* могутъ. L. 39 § 1 D. 23, 3.

<sup>25)</sup> L. 59. 60 D. 23, 2.

<sup>26)</sup> L. 65 D. 23, 2.

<sup>27)</sup> L. 23 § 1. C. 5. 4.

<sup>28)</sup> Nov. 117 c. 6. См. къ этому *Accarias* I стр. 218 сл. *Girard* стр. 150.

<sup>29)</sup> L. 6 C. 1. 9.

<sup>30)</sup> L. 41 (40) pr D. 48, 5.

<sup>31)</sup> L. 1 § 2 C. 9, 13.

<sup>32)</sup> § 12 l. 1, 10. *Girard*, стр. 157.

<sup>33)</sup> Дѣти, рожденные раньше, не становятся законными. L. 11. D. 1, 5.

## § 4. Расторженіе брака.

Слѣдующія событія приводятъ къ расторженію брачнаго союза.

1) *Смерть* одного изъ супруговъ. 2) Потеря *свободы* однимъ изъ супруговъ <sup>1)</sup>. При взятіи одного изъ супруговъ *въ плѣнъ*, другой могъ расторгнуть бракъ и вступить въ новый, не подвергаясь невыгоднымъ послѣдствіямъ, если со дня плѣна прошло 5 лѣтъ и не было удостовѣрено, что плѣнный остался еще въ живыхъ <sup>2)</sup>. 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 брака <sup>3)</sup>. Въ позднѣйшемъ правѣ при христіанскихъ императорахъ были установлены невыгодныя послѣдствія на случай неосновательнаго односторонняго развода—*repudium*—и за поладу другому супругу повода къ такому разводу. *Divortium communi consensu* было вполне запрещено Юстиніаномъ (за исключеніемъ *divortium propter castitatis desiderium* <sup>4)</sup>), но затѣмъ его сынъ Юстинъ II отмѣнилъ это распоряженіе <sup>5)</sup>. Односторонній разводъ въ Юстиніановомъ правѣ дозволенъ <sup>6)</sup>: а) какъ *divortium bona gratia*, т.-е. по уважительной причинѣ, но безъ вины другого супруга (вступленіе въ монастырь, неспособность къ половому сожитію); б) какъ *repudium ex justa causa*, то-есть, по винѣ другого супруга, признанной въ законѣ достаточнымъ основаніемъ для развода (любодѣяніе, покушеніе на жизнь супруга). Односторонній разводъ *sine ulla causa*, хотя и прекращалъ бракъ, но влекъ за собою тяжелые штрафы для того супруга, который далъ разводъ. Такіе же штрафы установлены были и для супруга, своей виной давшаго поводъ къ *repudium ex justa causa* <sup>7)</sup>. (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 отдѣльнымъ; римляне не имѣютъ ничего подобнаго нѣмецкой общности имуществъ (*Gütergemeinschaft*), при которой или имущества мужа и жены сливаются въ одну массу, принадлежащую имъ обимъ, или, по крайней мѣрѣ, имущество жены по закону по-

1) L. 1 D. 24, 2. Ср. впрочемъ Nov. 22 с. 8 и къ этому *Accarias I* стр. 94, 238.— О *capitis deminutio* см. *Accarias I* стр. 237, пр. 3. *Girard*, стр. 159. Ср. *Казанцевъ* О разводѣ по римскому праву въ связи съ историческими формами римскаго брака 1892.

2) L. 6 D. 24, 2. Къ этому *Girard* стр. 158 сл.

3) Право *patris familias* разводитъ 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 с. 10.

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

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

7) *Repudium* совершалось въ формѣ посылки *libellus repudii*.— Если жена была беременна въ моментъ развода, то принимались мѣры, чтобы обезпечить юридическое положеніе ребенка. *Girard* 162.

ступаетъ въ управленіе мужа. Въ Римѣ жена не только остается собственницею своего имущества, но даже можетъ свободно имъ управлять <sup>1)</sup>. Это особое имущество жены, въ отличіе отъ приданаго, называется *bona parapherna*. Если жена стоитъ подъ опекой, то она продолжаетъ оставаться подъ нею и въ замужествѣ, и своимъ имуществомъ 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 <sup>2)</sup>: для мужа обязательны инструкціи, данныя ему женою; жена имѣетъ право односторонне отмѣнить данное порученіе; разница съ обыкновеннымъ мандатомъ состоитъ только въ томъ, что относительно дѣлъ жены—довѣрительницы мужъ—мандатаріи обязанъ не къ *diligentia boni patrisfamilias*, какъ всякій иной мандатаріи, 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 приобрѣтаетъ все для себя. Но въ случаѣ спора съ мужемъ о томъ, кому принадлежатъ извѣстныя вещи, находящіяся въ рукахъ одного изъ супруговъ, допускается особая презумція—*praesumptio Misciana*, — согласно которой каждая вещь считается принадлежащей мужу, пока жена не докажетъ своей собственности на нее <sup>3)</sup>; иными словами, эта презумція переноситъ тяжесть доказательства на жену (см. о *praesumptio juris* Общ. ч. § 56, I).

III. Вліяніе брака на имущество супруговъ обнаруживается лишь въ томъ, что бракъ даетъ поводъ къ установленію приданаго—*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 приданаго—*dos*—въ развитомъ римскомъ правѣ разумѣется *имущественное предоставленіе, которое дѣлается мужу женою или за жену какимъ-либо третьимъ лицомъ съ той цѣлью, чтобы оно помогало мужу нести тягости брачной жизни* (*onera matrimonii* <sup>1)</sup>); по расторженіи брака приданое должно быть выдано обратно мужемъ (по крайней мѣрѣ, по общему правилу). Мужъ долженъ нести тягости брака, какъ глава семьи; естественно, что жена, какъ его подруга, даетъ съ своей

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

<sup>2)</sup> L. 9 § 3 D. 23, 3.

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

<sup>1)</sup> L. 76 D. 23, 3. *Tryph...* nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est. L. 56 § 1. D. eod. Paulus. Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt L. 16 пр. D. 49, 17.

стороны нѣчто для раздѣленія этого бремени; установленіе dos, по римскимъ понятіямъ, возвышаетъ положеніе жены въ домѣ мужа.

Изъ этого общаго опредѣленія вытекаютъ слѣдующіе частные признаки приданаго. 1) Особая цѣль приданаго—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 мужу<sup>2)</sup>. Но дареніемъ самой жены установленіе dos можетъ быть: именно, установленіе приданаго есть дареніе въ пользу жены въ томъ случаѣ, если третье лицо, не будучи къ тому обязано, даетъ за женою приданое и не выговариваетъ возврата приданаго самому себѣ по расторженіи брака; такое дареніе, однако, favore dotis избавлено отъ инсинуаціи<sup>3)</sup> (объ инсинуаціи см. Общ. ч. § 44, II, I). 2) Цѣль установленія приданаго—ad onera matrimonii ferenda—является, слѣдовательно, главной и непосредственной цѣлью предоставленія, опредѣляющей юридическій характеръ предоставленія, его causa (Общ. ч. § 43<sup>4)</sup>; 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: nuda proprietas, безпроцентное обязательство составляютъ приданое, хотя и не даютъ мужу никакого дохода<sup>5)</sup>; такое приданое, конечно, не вполне соответствуетъ своей цѣли: выгода имѣть такое приданое можетъ обнаружиться, главнымъ образомъ, при расторженіи брака: подобная dos можетъ послужить, на примѣръ, источникомъ для взысканія съ жены штрафа за разводъ. 4) По прекращеніи брака приданое, по общему правилу, въ эпоху Юстиніана должно быть возвращено женѣ; этимъ вызываются многочисленныя постановленія о положеніи приданаго во время брака и по его расторженіи. Необходимость вернуть его является второй отличительной чертой приданаго отъ donatio, даже отъ donatio sub modo. Если бы извѣстная сумма была дана мужу для несенія onera matrimonii, но съ тѣмъ, чтобы она во всякомъ случаѣ осталась у мужа и по расторженіи брака, то это было бы donatio sub modo, а не dos. Если такая оговорка дѣлалась при установленіи именно приданаго—dotis, то она была ничтожна<sup>6)</sup>.

II. Установленіе приданаго. 1. *Обязанность къ этому*. На самой женѣ лежитъ только натуральная обязанность къ установленію за собой приданаго (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 могла быть принуждена къ этому искомъ<sup>7)</sup>. Сама жена имѣетъ по позднѣйшему

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.

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. Хвостова, Натур. обязат. стр. 362 сл.; стр. 488.

праву юридическое притязаніе объ установленіи за нею приданаго къ слѣдующимъ лицамъ: а) къ *отцу и дѣду со стороны отца* <sup>8)</sup>, хотя бы при отсутствіи *patria potestas*; впрочемъ, это притязаніе возникаетъ лишь въ томъ случаѣ, если жена сама не имѣетъ достаточнаго имущества <sup>9)</sup>; б) къ *матери* въ случаѣ *magna et probabilis causa* <sup>10)</sup>; кромѣ того, мать-еретичка по законодательству христіанскихъ императоровъ должна давать приданое за православною дочерью <sup>11)</sup>.

2. *Актъ установленія*. Приданое устанавливается мужу; если онъ находится подъ отеческой властью, то по классическому праву приданое дѣлалось собственностью домовладыки мужа; по юстиніанову праву оно становится *bonum adventicium* мужа (ниже § 15, IV), т.-е. находится въ узуфруктѣ и управленіи его домовладыки, который обязанъ содержать супруговъ и ихъ семью.

Установить *dos* можетъ всякое лицо: сама жена, ея родители, третьи лица. Различаются въ этомъ отношеніи три вида приданаго: 1) *dos profecticia*, т.-е. приданое, установленное отцомъ или дѣдомъ по отцу изъ своего имущества (*patria potestas* не существенна <sup>12)</sup>); 2) *dos adventicia*, или приданое, установленное всякимъ инымъ лицомъ, въ томъ числѣ и самой женой <sup>13)</sup>; 3) особо стоитъ *dos recepticia*, при которой установитель выговариваетъ, чтобы *dos* вернулась къ нему самому по расторженіи брака <sup>14)</sup>.

Самый актъ установленія приданаго состоитъ или въ дачѣ приданаго (*dotis datio*), или въ обѣщаніи приданаго (*dotis promissio, dictio, pollicitatio*), или въ установленіи легата въ завѣщаніи. а) *Datio dotis*. Установитель прямо дѣлаетъ мужу то предоставленіе, которое должно служить по заключеніи брака приданымъ. Предоставленіе можетъ имѣть самое различное содержаніе: можно передать въ качествѣ приданаго (*dotis causa*) собственность на движимыя или недвижимыя вещи <sup>15)</sup>, установить *jura in re aliena* <sup>16)</sup>, установить право требованія, цедировать его <sup>17)</sup>, простить мужу долгъ <sup>18)</sup>, передать ему пользованіе узуфруктомъ, отказаться отъ узуфрукта лежащаго на вещи мужа <sup>19)</sup> и т. д. Наконецъ, можно *dotis causa* отказаться въ пользу мужа (если онъ субститутъ или законный наслѣдникъ) отъ наслѣдства или легата <sup>20)</sup>. Нерѣдко при установленіи приданаго производится *оцѣнка* (*aestimatio*) данныхъ въ приданіе объектовъ. Эта *aestimatio* большею частью совершается *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 въ качествѣ приданаго. Поэтому гибель данныхъ въ приданое вещей даже безъ всякой вины мужа не освобождаетъ его отъ обязанности къ реституціи оцѣночной суммы, т.-е. рискъ

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.

15) L. 7 § 3 D. 23, 3.

16) Ususfructus L. 78 § 2 D. 23, 3.

17) L. 2 C. 4, 10.

18) L. 43 пр. § 1. D. 23, 3.

19) L. 78 пр. § 1. D. 23, 3.

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

лежитъ на немъ; за то и всѣ выгоды отъ этихъ вещей мужъ удерживаетъ въ свою пользу окончательно <sup>21)</sup>). 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 <sup>22)</sup>). Aestimatio dotis можетъ имѣть также 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 <sup>23)</sup>). Въ случаѣ сомнѣнія о смыслѣ сдѣланной оцѣнки принимается aestimatio venditionis causa <sup>24)</sup>). Если предметомъ приданого является *цѣлое имущество* (напр. жены), то вслѣдствіе datio dotis не возникаетъ successio universalis, т.-е. долги передаваемого имущества не переходятъ на мужа; но на мужа возлагается обязанность выплатить установителю приданого, который продолжаетъ отвѣчать за долги переданнаго мужу имущества, сумму, которая необходима для погашенія этихъ долговъ <sup>25)</sup>). б) *Объщаніе 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 общанія предоставить приданое возникало лишь при облеченіи этого общанія въ форму стипуляціи (*dotis promissio*) или особаго договора, называвшагося *dotis dictio* <sup>26)</sup>). Въ юстиніановомъ правѣ *dotis dictio* уже не встрѣчается, но на ряду съ стипуляціей получаетъ силу неформальный договоръ — *pollicitatio dotis* или  *Pactum dotis* <sup>27)</sup>). 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 <sup>28)</sup>). — в) *Легатъ*. 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, 1; ср. L. 48 § 1 D. 23, 3). Мужъ является легатаріемъ и вчинаетъ 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) обратитъ 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 <sup>29)</sup>). Возникающее для мужа требованіе объ установленіи приданого обезпе-

<sup>21)</sup> 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).

<sup>22)</sup> L. 69 § 7 D. 23, 3. L. 50 D. 24, 3.

<sup>23)</sup> L. 10 § 6 L. 11 D. 23, 3.

<sup>24)</sup> *Derenburg* III § 16 пр. 8.

<sup>25)</sup> L. 72 пр. D. 23, 3. L. 4 C. 5, 12. L. 13 § 10 D. 5, 3.

<sup>26)</sup> *Ulp.* 6, 1.

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

<sup>28)</sup> L. 31 § 5. C. 5, 12.

<sup>29)</sup> L. 69 § 2. D. 30. L. 77 § 9. D. 31. L. 43. D. 32.

чено законной ипотекой на все имущество лица, обѣщавшаго установить приданое <sup>30</sup>).

3. *Время установления.* 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 случѣ возникаютъ два вопроса: 1) когда приобрѣтаетъ мужъ предметъ приданого? и 2) когда онъ получаетъ характеръ приданого?

Что касается перваго вопроса, то въ этомъ отношеніи все рѣшается согласно 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 на основаніи слѣдующихъ презумцій:

*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 <sup>31</sup>); такимъ образомъ, до заключенія брака *stipulatio* или *acceptilatio* находятся *in pendentі*. При передачѣ *тѣлесныхъ вещей* презумція иныя; если въ приданое даны *res aestimatae venditionis causa*, то сдѣлка признается условной и собственность (такъ же, какъ и *periculum*) не переходитъ на жениха до заключенія брака; если предполагаемый бракъ впоследствии не состоится, то возможна *rei vindicatio* <sup>32</sup>). Напротивъ, если въ приданое даны вещи, не подвергнутыя оцѣнкѣ (*non aestimatae*), то въ случаѣ сомнѣнія предполагается, что онѣ немедленно переходятъ въ собственность жениха, и если бракъ не состоится, то къ нему можно предъявить лишь *condictio sine causa*, но не *rei vindicatio* <sup>33</sup>).

Что касается втораго изъ поставленныхъ выше вопросовъ, то слѣдуетъ замѣтить, что предметы, данные *in dotem* (въ томъ числѣ даже вещи, немедленно перешедшія въ собственность жениха) получаютъ дотальный характеръ лишь съ момента заключенія брака <sup>34</sup>); плоды, собранные женихомъ до этого момента, увеличиваютъ капитальную сумму 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 лицомъ <sup>35</sup>), въ томъ числѣ даже самою женою, ибо, какъ сказано выше, установленіе приданого не составляетъ даренія <sup>36</sup>). Кроме того, приданое можетъ быть *измѣнено* во время брака (*permutatio dotis* <sup>37</sup>); напр., на дотальные деньги жены могутъ быть куплены вещи и наоборотъ; но такое измѣненіе

<sup>30</sup>) L. 1 § 1 b. C. 5, 13. Windscheid § 232, пр. 15.

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

<sup>32</sup>) L. 10 § 4, 5. L. 17 § 1. D. 23, 3.

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

<sup>34</sup>) L. 1 § 2, 3 D. 41, 9. L. 3. D. 23, 3.

<sup>35</sup>) L. 7 § 3 D. 23, 3.

<sup>36</sup>) L. 20 C. 5, 3.

<sup>37</sup>) L. 19 C. 5, 3.



допускается лишь съ общаго согласія мужа и жены, и притомъ сдѣлка не должна идти во вредъ интересамъ жены; иначе она ее не обязываетъ <sup>38)</sup>.

## § 7. Положеніе приданого во время брака.

I. *Права мужа.* Dos дается мужу ad opera matrimonii ferenda. Прямымъ выводомъ изъ этой цѣли предоставленія является то, что *плоды*, получаемые отъ приданого, поступаютъ въ собственность мужа, и онъ можетъ ихъ тратить полностью. L. 7 pr. D. 23, 3. Ulp. Dotis fructum ad maritum pertinere debere aequitas suggerit: cum enim ipse opera matrimonii subeat, aequum est eum etiam fructus percipere. Однако, римское право выражаетъ мысль о правѣ мужа на плоды приданого не въ формѣ, на примѣръ, предоставленія мужу узуфрукта на приданое; оно идетъ дальше и признаетъ мужа *собственникомъ* тѣлесныхъ вещей, входящихъ въ составъ приданого. 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 собственности предметовъ, входящихъ въ составъ приданого, мужъ принципиально долженъ имѣть и *право отчуждать ихъ*. Этому праву, однако, *онъ былъ лишенъ* по lex Iulia de fundo dotali (составляющей главу изъ lex Iulia de adulteriis) относительно дotalныхъ *недвижимостей* (Paul. 2, 21 b, 2 Gai 2, 63). По Юстиніанову праву всякое отчужденіе ихъ, даже сдѣланное съ согласія жены, ничтожно, причемъ безразлично, совершено ли оно до брака или послѣ его расторженія, пока fundus еще не былъ реституированъ женою <sup>1)</sup>. При томъ, запрещено отчужденіе въ широкомъ смыслѣ, т. е. не только переносъ собственности, но и умышленное допущеніе usucapio, установленіе залогового права или сервитутовъ (см. Общ. ч. § 36, III, 2 <sup>2)</sup>); впрочемъ, пріобрѣтеніе участка по давности, начатое уже какимъ-либо третьимъ лицомъ до превращенія этого участка въ дotalный, заканчивается, несмотря на то, что узупакируемый участокъ дѣлается дotalнымъ <sup>3)</sup>. На ничтожность отчужденія могутъ ссылаться слѣдующія лица: въ теченіе брака—мужъ, <sup>4)</sup> по расторженіи брака—жена и ея наслѣдники <sup>5)</sup>; эти лица могутъ виндицировать отчужденный участокъ у его владѣльца. Отчужденіе дotalнаго участка допускается лишь въ томъ случаѣ, если приданое въ силу особой оговорки, сдѣланной при его установленіи, не должно поступить по расторженіи брака женою или ея наслѣдникамъ (напр. dos recepticia), т. к. запрещеніе установлено только въ интересахъ жены <sup>6)</sup>. Lex Iulia не относится къ случаямъ, когда dos aestimata venditionis causa, а также къ недобровольному отчужденію (напр., missio in possessionem ex secundo decreto при отказѣ мужа дать cautio damni infecti <sup>7)</sup>). Отчужденіе

<sup>38)</sup> L. 25—27 L. 32 D. 23, 3. L. 21 L. 29 pr. D. 23, 4.

<sup>1)</sup> L. 4—12 pr. D. 23, 5.

<sup>2)</sup> 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.

<sup>3)</sup> L. 16 D. 23, 5.

<sup>4)</sup> L. 1 § 5 D. 21, 3. Windscheid § 172 a pr. 2.

<sup>5)</sup> L. 30 C. 5, 12 L. 13 § 3 D. 23, 5.

<sup>6)</sup> L. 3 § 1 D. 23, 5.

<sup>7)</sup> L. 1 pr. D. 23, 5. См. вещное пр. § 14, III.

становится дѣйствительнымъ, если оно будетъ одобрено женою по расторженіи брака <sup>8)</sup>, или если мужъ сохранить за собою приданое по расторженіи брака <sup>9)</sup>. Слѣдуетъ прибавить, что самая *lex Julia* запретила безусловно лишь *залогъ* участка <sup>10)</sup> съ тою цѣлью, очевидно, чтобы предупредить возможность согласія жены на залогъ приданого за долги мужа (ср. идею *Seti Vellejani*); продажу дotalьнаго участка съ согласія жены этотъ законъ считалъ допустимой. Только Юстиніанъ безусловно запретилъ всякое рѣшительно отчужденіе дotalьнаго участка даже съ согласія жены <sup>11)</sup>. Каноническое право разрѣшило отчужденіе участка въ случаѣ клятвеннаго подтвержденія согласія жены <sup>12)</sup>.

*Эвикція* у мужа предметовъ, данныхъ въ *dos*, влечетъ за собою слѣдующія послѣдствія. Если *dos*—*aestimata venditionis causa* (выше § 6, II, 2), то къ такой *dos* примѣняются всѣ правила о куплѣ-продажѣ и мужъ имѣетъ къ установителю такой же искъ объ эвикціи, какой имѣетъ покупатель къ продавцу <sup>13)</sup>. 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 <sup>14)</sup>. Если, наконецъ, налицо была простая *datio dotis* безъ предшествующаго обѣщанія дать приданое и безъ *aestimatio venditionis causa*, то въ случаѣ эвикціи оказывалось, что на самомъ дѣлѣ приданого не было дано; такъ какъ обязательства дать приданое также налицо не было, то по поводу эвикціи вещей, входящихъ въ составъ такого приданого, мужъ вообще не могъ предъявить никакого иска. Справедливо, впрочемъ, замѣчаетъ Виндшейдъ <sup>15)</sup>, что это было послѣдовательно только до тѣхъ поръ, пока обязательство дать приданое нуждалось для своей дѣйствительности въ извѣстной формѣ (*dotis promissio* или *dictio*). Съ тѣхъ же поръ, какъ получила силу неформальная *pollicitatio dotis* <sup>16)</sup>, 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 проводя различія между тѣмъ случаемъ, когда обѣщаніе дать приданое сперва дается, и затѣмъ исполняется спустя нѣкоторое время, и

<sup>8)</sup> L. 77 § 5 D. 31. *Windscheid* § 497, пр. 14.

<sup>9)</sup> L. 17 D. 23, 5. L. 42. D. 41, 3.

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

<sup>11)</sup> L. 1 § 15 C. 5, 13. пр. J. 2. 8.

<sup>12)</sup> *Cap.* 28, X. 2. 24.

<sup>13)</sup> 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 въ данномъ случаѣ (см. выше, § 6, прим. 21).

<sup>14)</sup> L. 1 C. 5, 12. L. 98 пр. D. 46, 3. L. 69 § 7 D. 23, 3. — L. 34 D. 23, 3 относится вѣроятно къ *dos aestimata*, *Baron* § 335 пр. 1 ср. *Windscheid* § 495, пр. 5.

<sup>15)</sup> *Pandekten* § 495, пр. 5.

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

тѣмъ, когда оно изъясняется прямо черезъ исполненіе и принятіе. Такое рѣшеніе вопроса Виндшейдъ и предлагаетъ для современнаго права. — Нужно замѣтить, впрочемъ, что, если такая неудачная *datio dotis* сдѣлана была умышленно—*dolo malo*, то мужъ имѣлъ *a. de dolo* и по римскому праву. Кромѣ того, если такое установленіе приданого, вполнѣдствіи эвинцированнаго, послѣдовало со стороны лица, обязаннаго по закону по отношенію къ женѣ дать за нею приданое, то жена имѣла противъ этого лица искъ о надлежащемъ исполненіи 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 императоръ Юстиніанъ, выражаются иногда такъ, какъ будто они приписываютъ право собственности на дотальные вещи во время 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). На этихъ выраженіяхъ прежде основывали теорію двойной собственности на приданое: мужу приписывали *dominium civile*, а женѣ—*dominium naturale* или *dormiens*<sup>17)</sup>. Такого рода конструкція приданого, которую мы находимъ уже у Руяція<sup>18)</sup>, неправильна. 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: въ принципѣ, 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 *naturale* или *dormiens*. Правильнѣе видѣть въ указанныхъ мѣстахъ источниковъ проявленіе не юридическаго, а житейскаго, такъ сказать естественнаго, возрѣнія на вещи. Выраженія „*partimonium 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 должно вернуться къ женѣ въ случаѣ расторженія брака. Съ юридической же точки зрѣнія собственникомъ приданого является мужъ. Это въ сущности прямо и говоритъ Юстиніанъ въ L. 30 cit.

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 нѣкоторыя права на приданое. 1) Она можетъ до расторженія брака истребовать приданое отъ мужа въ случаѣ его расточительности или имущественной несостоятельности, но должна дать обезпеченіе въ томъ, что будетъ употреблять полученное имущество *ad opera mat-*

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

18) *Observationes lib. X c. 32.*

rimonii ferenda <sup>19)</sup>. 2) Если жена купила у кого-либо вещь, которую она затѣмъ дала за собою въ приданое, и вещь эта была эвнцирована у мужа, то жена имѣеть къ продавцу искъ объ эвнкции <sup>20)</sup>. 3) Жена, давшая въ приданое земельный участокъ, считается и въ теченіе брака землевладѣлицей и на этомъ основаніи освобождается отъ представленія обезпеченій (cautiones) въ случаѣ веденія судебныхъ процессовъ <sup>21)</sup> (отъ этихъ cautiones свободенъ также мужъ на основаніи обладанія тѣмъ же участкомъ въ качествѣ приданого). 4) Наконецъ, жена можетъ истребовать приданое во время брака еще въ нѣкоторыхъ случаяхъ: чтобы уплатить долги, чтобы купить выгодное имѣніе, чтобы помочь нуждающимся близкимъ родственникамъ или выкупить ихъ изъ плѣна <sup>22)</sup>. Отдача приданого женѣ въ теченіе брака по инымъ основаніямъ, кромѣ указанныхъ въ п. 1 и 4, составляетъ запрещенное дареніе между супругами и не связываетъ мужа; кромѣ того, принятіе такого дара не связываетъ и жены, 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 <sup>23)</sup>.

## § 8. Положеніе приданого по расторженіи брака.

I. Первоначально <sup>1)</sup> приданое не подлежало возврату; оно давалось мужу навсегда и должно было перейти къ его наслѣдникамъ. Это объясняется тѣмъ, что въ древнее время разводы были рѣдки, и бракъ заключался дѣйствительно на всю жизнь супруговъ. Отсюда, вѣроятно, и возникло положеніе, что мужъ получаетъ на приданое право собственности, а не узупруктъ (см. выше § 7, 1). 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 легатъ, замѣнявшій ей приданое, которое смѣшалось съ прочимъ имуществомъ мужа. Съ появленіемъ частыхъ разводовъ <sup>2)</sup> положеніе измѣнилось; стали возможны случаи спекуляціи на приданое путемъ вступленія въ бракъ съ богатой невѣстой; жена рисковала въ случаѣ развода остаться indotata и лишиться возможности вновь выйти замужъ. Все это привело къ возникновенію обычая заключать при установленіи приданого договоръ о возвратѣ приданого на случай расторженія

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

<sup>20)</sup> L. 75 D. 23, 3.

<sup>21)</sup> L. 15 § 3 D. 2, 8.

<sup>22)</sup> L. 73 § 1 D. 23, 3—L. 20 D. 24, 3.

<sup>23)</sup> L. 1 C. 5, 19. *Dernburg* III, § 19 пр. 6.

<sup>1)</sup> См. къ слѣдующему *Dernburg*, III, § 14. *Girard*, стр. 950 сл.

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

брака въ формѣ стипуляціи (*cautio rei uxoriae*); изъ такого договора возникъ обычный стипуляціонный искъ (*a. ex stipulatu*) о возвратѣ приданого. Сверхъ того преторскимъ правомъ былъ установленъ особый искъ — *actio rei uxoriae*, посредствомъ котораго приданое могло быть истребовано въ случаѣ смерти мужа или развода, хотя-бы особаго договора не было заключено. Этотъ искъ былъ созданъ исключительно въ интересахъ жены и потому не переходилъ къ наслѣдникамъ: онъ давался лишь самой женѣ, но не ея наслѣдникамъ, если бракъ расторгался смертью жены. Формула иска содержала въ кондемнаціи ссылку на *aequitas* (*quod aequius melius*)<sup>3)</sup>.

Третью эпоху въ исторіи приданого составляетъ законодательство Юстиніана, находившагося подъ сильнымъ вліяніемъ греческаго права. Юстиніанъ объединилъ въ благоприятномъ для жены смыслѣ правила *a. rei uxoriae* съ нѣкоторыми другими, которые существовали лишь для иска, возникавшаго 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, допускаетъ презумцію, что стипуляція *de dote reddenda* заключается всегда. Главныя черты этого новаго иска сводятся къ слѣдующему: у *a. rei uxoriae* заимствованъ ея характеръ *bonae fidei actio*, у *a. ex stipulatu* — ея наслѣдственность. Этимъ путемъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, былъ измѣненъ и 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 случай, когда особаго договора о возвратѣ приданого не было заключено. Въ этомъ случаѣ возникала для жены *a. rei uxoriae* (*bonae fidei*)<sup>4)</sup> о возвратѣ приданого. Этотъ искъ не всегда обязывалъ мужа возвращать приданое. а) Такъ какъ *a. rei uxoriae* не дается наслѣдникамъ 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 отцовскою стороны, *patria potestas* не существенна) еще живъ; при этомъ, если отъ брака оставались дѣти, то мужъ имѣлъ право на *retentio propter liberos* въ размѣрѣ  $\frac{1}{3}$  части приданого на каждаго ребенка<sup>5)</sup>. 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 умерла, не истребовавъ еще отъ мужа приданого и не поставивъ его въ *mana debitoris*, то мужъ удерживаетъ приданое за собою<sup>6)</sup>; β) если жена *alieni juris*, то *dos communis est patris et filiae*, т.-е. его взыскиваетъ и получаетъ домовладыка жены, но не иначе какъ при отсутствіи противорѣчія со стороны дочери (*nisi evidenter contradicat, consentire videtur*)<sup>7)</sup>; въ случаѣ смерти домовлады-

<sup>3)</sup> Въ пользу того, что ссылка на *aequitas* содержалась въ кондемнаціи, высказывается *Lenel Ed. perp. (tr. fr.), II, 21 сл.*

<sup>4)</sup> *L. 1 § 2. C. 5, 13. § 29 J. 4, 6.*

<sup>5)</sup> *Ulp. 6, 3—5. Vat. fr. 108. L. 1 § 6. C. 5, 13.*

<sup>6)</sup> *Ulp. 6, 6. 7.*

<sup>7)</sup> *L. 2 § 1. 2 (ср. общ. часть § 37 пр. 1) L. 3 L. 22 § 1. 3 L. 66 § 2. D. 24, 3. L. 34 § 6. D. 46, 3.*

дыки <sup>8)</sup> или эманципации дочери изъ подъ его власти <sup>9)</sup> дочь взыскиваетъ приданое самостоятельно; въ случаѣ смерти дочери приданое взыскиваетъ домовладыка <sup>10)</sup>. Возвращая приданое, мужъ имѣетъ право осуществить retentiones изъ приданого: 1) *retentio propter mores* (при разводѣ по винѣ жены); 2) *propter liberos*, по  $\frac{1}{6}$  части на ребенка, а всего не болѣе  $\frac{1}{2}$  (при разводѣ по винѣ жены или ея домовладыки), 3) *propter impensas utiles*, 4) *p. res donatas* (*donatio int. vir. et ux*), 5) *pr. res amotas* (вещи, украденныя въ ожиданіи развода) <sup>11)</sup>. *Res fungibiles* реституируются въ теченіе 3-хъ лѣтъ равными частями (*annua, bima, trima die*) <sup>12)</sup>, остальное имущество—немедленно. Мужъ пользуется *beneficium competentiae* <sup>13)</sup>.

2) Другія правила примѣнялись въ томъ случаѣ, если при установленіи приданого заключенъ особый договоръ о его возвратѣ (*cautio rei uxoriae*). Договоръ о возвратѣ приданого могъ быть заключенъ въ видѣ неформальнаго соглашенія, прибавленнаго къ самому установленію приданого (*actum in continenti adjectum*); изъ такого соглашенія возникаетъ для установителя а. *praescriptis verbis* или *condictio* <sup>14)</sup>. Этотъ договоръ, далѣе, можетъ быть заключенъ путемъ стипуляціи; въ такомъ случаѣ искъ называется а. *ex stipulatu* <sup>15)</sup>; стипуляція можетъ быть совершена и не при самомъ установленіи приданого, т.-е. не *ex continenti*. Последняго рода договоры составляли общее правило, и для насъ представляетъ особый интересъ а. *ex stipulatu*, который воспользовался для своей реформы Юстиніанъ. Это былъ искъ *stricti juris* въ противоположность а. *rei uxoriae*. Установитель приданого выговаривалъ въ стипуляціи возвратъ приданого себѣ самому (*dos recepticia*); если онъ былъ восходящимъ родственникомъ жены, то онъ могъ выговорить возвратъ приданого женѣ или ея нисходящимъ, и послѣдніе могли предъявить къ мужу искъ (*actio utilis*) изъ этой стипуляціи, хотя они и не участвовали въ ея заключеніи (случай договора въ пользу третьяго лица) <sup>16)</sup>. Этотъ искъ отличается отъ а. *rei uxoriae* слѣдующими чертами:

а) Онъ переходитъ на наследниковъ; 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 наследники.

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

в) Отвѣчая по этому иску, мужъ не пользуется *beneficium competentiae*, и всякое приданое должно быть возвращено немедленно <sup>17)</sup>.

<sup>8)</sup> L. 66 § 2. L. 4. D. 24, 3. L. 1 § 14. C. 5, 13.

<sup>9)</sup> L. 22 § 5. L. 2 § 1. D. 24, 3.

<sup>10)</sup> L. 25 *pr.* D. 46, 8.

<sup>11)</sup> 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.

<sup>12)</sup> Ulp. 6, 8.

<sup>13)</sup> 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.

<sup>14)</sup> L. 1 § 13 C. 5, 13. L. 1 C. 5, 14.

<sup>15)</sup> L. 1 § 13 C. 5, 13.

<sup>16)</sup> L. 45 D. 24, 3. L. 7. C. 5, 14. Girard стр. 436, *пр.* 1. Windscheid § 316 *пр.* 6. *Dernburg*, II § 18 *пр.* 5.

<sup>17)</sup> L. 1 § 3 *sqq.* C. 5, 13.

III. *Юстиніаново право*. Юстиніанъ, какъ было указано выше, создалъ особую а. ex stipulatu bonae fidei для возврата приданого во всѣхъ случаяхъ безъ различія, была ли заключена стипуляція о возвратѣ приданого, или нѣтъ<sup>17а)</sup>; для опредѣленія судьбы приданого по расторженіи брака онъ объединилъ въ благопріятномъ для жены смыслѣ правила, созданныя какъ для а. rei uxoriae, такъ и для а. ex stipulatu. Юстиніаново право содержитъ слѣдующія правила на случай, если о возвратѣ приданого не было заключено особыхъ 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<sup>18)</sup>. 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 est patris et filiae<sup>19)</sup>; 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 его имущество не уменьшилось значительно къ этому времени<sup>20)</sup>. б) Если бракъ расторгнутъ смертью жены, и на лицо имѣется установленная домовладкой жены dos profecticia, установитель которой еще находится въ живыхъ, то такую dos получаетъ ея установитель, а не наслѣдники жены<sup>1)</sup>. Dos adventicia всегда поступаетъ къ ея наслѣдникамъ при расторженіи брака смертью жены<sup>22)</sup>.

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 такое же количество вещей того-же качества: periculum dotis лежитъ на немъ<sup>23)</sup>. Если dos состоитъ изъ *незамѣнимыхъ вещей*, то должны быть возвращены тѣ самыя вещи, которыя были даны мужу, притомъ въ неповрежденномъ состояніи; мужъ отвѣчаетъ въ предѣлахъ culpa in concreto (diligentia quam suis rebus) за цѣлость вещей, данныхъ въ приданое<sup>24)</sup>. Онъ отвѣчаетъ также за всякое отчужденіе<sup>25)</sup>; если отчужденіе произошло съ согласія лица, которому должно быть реституировано приданое, то мужъ долженъ вернуть цѣну, полученную имъ за отчужденные предметы<sup>26)</sup>. Если въ приданое дано *обязательство*, то возвращается сумма, взысканная мужемъ съ должника<sup>27)</sup>; если эта сумма не была взыскана мужемъ, то совершается acceptilatio въ томъ

<sup>17а)</sup> L. 1 § 1. C. cit.

<sup>18)</sup> L. 1 § 4. 6 C. cit.

<sup>19)</sup> L. 1 § 14 C. cit.

<sup>20)</sup> Nov. 97 c. 5.

<sup>21)</sup> L. 1 § 13 C. cit. L. 6 pr. D. 23, 3.

<sup>22)</sup> L. 1 § 6, 13 C. cit.

<sup>23)</sup> L. 42 D. 23, 3.

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

<sup>25)</sup> L. 50 D. 24, 3.

<sup>26)</sup> 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.

<sup>27)</sup> L. 44 § 1 D. 24, 3. L. 48 § 1. D. 23, 3.

случаѣ, когда должникомъ по обязательству является лицо, которому реституируется приданое <sup>28)</sup>; въ остальныхъ случаяхъ обязательство цедируется ему <sup>29)</sup>. Если въ приданое былъ данъ *узифруктъ* на вещь того лица, которому реституируется приданое, то реституція состоитъ въ отказѣ мужа отъ узифрукта <sup>30)</sup>; если въ приданое былъ данъ узифруктъ на вещь третьяго лица, то реституція сводится къ тому, что переносится пользование узифруктомъ на лицо, которому возвращается приданое <sup>31)</sup>; если приданое состояло въ отказѣ установителя отъ узифрукта на вещь мужа, то узифруктъ долженъ быть возстановленъ, если узифруктуарь еще живъ <sup>32)</sup>.

Кромѣ того, вмѣстѣ съ капитальной суммой приданого, выдаются всѣ *приращенія* къ дотальнымъ вещамъ (*alluvio, ususfructus, воссоединенный съ пуда proprietas*) <sup>33)</sup> и плоды, собранные до брака <sup>34)</sup>. Остальные плоды распределяются по дотальнымъ годамъ слѣдующимъ образомъ: годъ считается отъ даты заключенія брака или установленія приданого, если оно установлено по заключенію брака <sup>35)</sup>; плоды, собранные въ теченіе каждаго полнаго года не подлежатъ реституціи: мы знаемъ, что эти плоды идутъ на покрытіе расходовъ семейной жизни и потому окончательно приобрѣтаются мужемъ; плоды же, собранные мужемъ въ теченіе послѣдняго дотальнаго года; распределяются между мужемъ и тѣмъ лицомъ, которому реституируется приданое, пропорціонально времени, въ теченіе котораго существовалъ бракъ въ послѣднемъ дотальномъ году (если бракъ существовалъ въ этомъ году 4 мѣсяца, то мужъ получить  $\frac{1}{3}$  плодовъ, собранныхъ въ этомъ дотальномъ году) <sup>36)</sup>. Впрочемъ, вопросъ о распределеніи плодовъ послѣдняго года въ виду неясности источниковъ является спорнымъ <sup>37)</sup>.

*Встрѣчныя притязанія мужа.* Юстиніанъ уничтожилъ поводы къ ретенціи прежняго права <sup>38)</sup>. *Retentio propter mores* уничтожена въ виду установленія новыхъ штрафовъ за разводъ; *retentio propter liberos* отмѣнена въ

<sup>28)</sup> L. 41 § 4 D. 23, 3. L. 30 § 7 D. 24, 3.

<sup>29)</sup> L. 44 § 1 D. 24, 3.

<sup>30)</sup> L. 78 § 2 D. 23, 3. L. 57 D. 24, 3. Ср. Вещн. Пр. § 31, 1.

<sup>31)</sup> L. 66. D. 23, 3. L. 57 D. 24, 3.

<sup>32)</sup> 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.

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

<sup>34)</sup> L. 7 § 1 L. 47 D. 43, 3.

<sup>35)</sup> L. 5, 6 D. 24, 3.

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

<sup>37)</sup> *Windscheid—Kipp*. § 501 пр. 8 Ср. *Dernburg* III § 22 пр. 6, который примыкаетъ къ толкованію, предложенному *Петражицкимъ* (*Die Fruchtverteilung I 1892*). *Kipp* приводитъ рядъ возраженій противъ взгляда *Петражицкаго*. Спорной является, главнымъ образомъ, интерпретація фрагмента L. 7 § 1 D. 24, 3 Ulp. *Papinianus* autem libro XI quaestionum *divortio facto fructus dividi ait non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit: neque enim, si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit eumque vir ex calendis Novembribus primis fruendum locaverit, mensis Januarii suprema die facto divortio, retinere virum et vindemiae fructus et ejus anni, quo divortium factum est, quartam partem mercedis aequum est: alioquin si coactis vindemiis altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. itaque si fine mensis Januarii divortium fiat et quattuor mensibus matrimonium steterit vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.* Слова „quarta portio“ повидному глосса.

<sup>38)</sup> L. 1 § 5 C. 5, 13.



виду того, что естественныя обязанности по отношенію къ дѣтямъ лежать на матери не менѣе, нежели на отцѣ; *retentio propter res donatas et amotas* уничтожена на томъ основаніи, что Юстиніанъ счелъ достаточнымъ исковъ, существующихъ на случай воровства и дареній между супругами; *retentio propter impensas utiles* была замѣнена *a. mandati*, если издержки сдѣланы съ согласія жены, и *a. negotiorum gestorum* во всѣхъ другихъ случаяхъ (Юстиніана не смущало то, что мужъ дѣлалъ эти *impensae*, будучи собственникомъ и не имѣя *animus obligandi*, а потому въ сущности не могъ считаться ни мандатаріемъ жены, ни гесторомъ). Осталась только *retentio propter impensas necessarias*. Эти издержки въ силу стариннаго правила сами собою уменьшаютъ приданое какъ имущественную массу (*Sondervermögen*): *impensae necessariae dotem ipso jure minuunt* <sup>39)</sup>. Къ денежнымъ капиталамъ это правило примѣняется буквально: поскольку *impensae necessariae* затрачиваются на приданое, въ составъ котораго входятъ деньги, постольку сумма этихъ денегъ перестаетъ быть дотальною <sup>40)</sup>; остальные вещи не перестаютъ быть дотальными вслѣдствіе затраты на нихъ необходимыхъ издержекъ, но, благодаря указанному правилу, эти вещи въ юстиніановомъ правѣ подлежатъ ретенціи до тѣхъ поръ, пока издержки не будутъ возмѣщены мужу <sup>41)</sup>.

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

4) *Иски*. Главнымъ искомъ является знакомая намъ обязательственная *a. ex stipulatu* противъ мужа или его домовладыки, *resp. ихъ heredes*. Мужъ, его десценденты (какъ *heredes*) и его домовладыка имѣютъ *beneficium competentiae* <sup>43)</sup>. 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 <sup>44)</sup>. 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 <sup>45)</sup>. Наконецъ, самой жентъ Юстиніанъ (L. 30 C. 5, 12) далъ еще особый абсо-

<sup>39)</sup> 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.

<sup>40)</sup> L. 5 D. 25, 1. L. 1 § 4. D. 33, 4. L. 56 § 3 D. 23, 3.

<sup>41)</sup> По господствующему возрѣнію *impensae necessariae* — тѣ издержки, которыхъ необходимы для сохраненія вещи въ цѣлости. Къ *impensae utiles* относятся тѣ издержки, которыя возвышаютъ хозяйственную годность вещей. Иначе опредѣляютъ ихъ Петражицкій и Дернбургъ (см. Дернбургъ Пандекты. Общая часть, § 227). Особо выдѣлены *impensae*, сдѣланныя для полученія плодовъ отъ 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 счетъ извлеченія плодовъ, и *fructus intelleguntur 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).

<sup>42)</sup> L. 1 § 7 C. 5, 13.

<sup>43)</sup> L. 1 § 7 C. 5, 13.

<sup>44)</sup> L. 1 § 1 C. 5, 13.

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

лютный искъ противъ всякаго владѣльца относительно самыхъ вещей, входящихъ въ составъ приданаго, безразлично, движимыя онѣ или недвижимыя, aestimatae или non aestimatae, если только онѣ еще существуютъ—si tamen extant. Смыслъ этого распоряженія Юстиніана 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. абсолютный искъ о переносѣ права собственности на жену), или а. hypothecaria (изъ новаго привилегированнаго залога жены на массу приданаго), или же, наконецъ, и rei vindicatio и а. hypothecaria вмѣстѣ. 2) Оговорку „si tamen extant“ одни понимаютъ такъ, что жена не можетъ этимъ искомъ истребовать тѣхъ вещей, которыя законно отчуждены мужемъ при существованіи брака (т.-е. отчужденныхъ имъ движимостей<sup>46)</sup>); другіе толкуютъ ее въ томъ смыслѣ, что жена не можетъ взыскивать тѣхъ только вещей, которыя фактически погибли<sup>47)</sup>.

## § 9. Pacta dotalia.

I. Стороны могутъ заключать относительно судьбы приданаго во время брака и послѣ его прекращенія особые договоры и изъять приданое изъ-подъ дѣйствія общихъ нормъ права. Однако, стороны не вполне свободны при установленіи содержанія этихъ договоровъ<sup>1)</sup>. Оно подлежитъ большому ограниченію, сущность которыхъ опредѣляется двумя принципами: 1) стремленіемъ создать гарантію тому, чтобы приданое дѣйствительно служило назначенію ad opera matrimonii ferenda; 2) стремленіемъ обезпечить возвратъ приданаго по расторженіи брака, для того, чтобы жена не стала mulier indotata и могла бы 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 должны причисляться къ капиталу dotis; такая оговорка дѣйствительна лишь въ слѣдующихъ случаяхъ: а) если жена приметъ свое содержаніе на свой счетъ, или б) если мужу предоставляется право тратить на нужды брака проценты съ собранной имъ суммы плодовъ<sup>2)</sup>.

2. Законъ стремится обезпечить возвратъ приданаго въ цѣлости самой

<sup>46)</sup> Windscheid § 503 пр. 4. Баронъ § 343 i. f.

<sup>47)</sup> Слѣдовательно жена, согласно этому послѣднему воззрѣнію, имѣетъ абсолютный 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 изъявила согласіе на ихъ отчужденіе; въ этомъ состоитъ различіе въ положеніи движимыхъ дотальныхъ вещей отъ fundus dotalis; много различія между дотальными движимостями и недвижимостями не остается.

<sup>1)</sup> L. 12 § 1 D. 23, 4.

<sup>2)</sup> L. 4 D. 23, 4.

женѣ по расторженіи брака. Отсюда вытекають слѣдующія ограниченія. Ничтожна оговорка, что мужъ не долженъ отвѣчать за *diligentia in concreto* по отношенію къ дотальнымъ объектамъ, а будетъ отвѣчать только за *dolus* (*propter utilitatem nubentium*<sup>3)</sup>). 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 превратить приданое въ *donatio sub modo*<sup>4)</sup>. Кромѣ того есть еще ограниченія, различныя для разныхъ установителей приданого:

а) Кто устанавливаетъ приданое, не будучи къ тому обязанъ по закону, тотъ не можетъ послѣ установленія приданого дѣлать никакихъ невыгодныхъ для жены оговорокъ безъ ея согласія<sup>5)</sup>.

б) Кто обязанъ къ установленію приданого по закону, тотъ связанъ уже при самомъ совершеніи акта установленія приданого: онъ можетъ выговорить возвратъ *dotis* себѣ или оставленіе ея мужу при расторженіи брака смертью жены<sup>6)</sup>; 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 реституціи<sup>7)</sup>).

в) Сама жена, при установленіи приданого, можетъ только отказаться отъ законнаго залога на имущество мужа въ обезпеченіе требованія о возвратѣ приданого<sup>8)</sup>, и выговорить оставленіе *dos* за мужемъ на случай расторженія брака ея смертью или разводомъ при наличности дѣтей отъ брака<sup>9)</sup>.

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

## Глава III. Другія имущественныя отношенія между супругами.

### § 10. *Donatio propter nuptias.*

I. Въ послѣконстантиновское время императорское законодательство нормируетъ новый институтъ<sup>1)</sup>, заимствованный, вѣроятно, изъ обычнаго права восточныхъ провинцій имперіи. Сложился обычай, чтобы мужъ съ своей стороны совершалъ дареніе въ пользу жены, которое соотвѣтствовало-бы приносимому послѣдней приданому. Этотъ даръ остается во время брака въ собственности и управленіи мужа. Въ случаѣ же расторженія брака разводомъ

<sup>3)</sup> L. 6 D. 23, 4.

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

<sup>5)</sup> L. 20 § 1 D. 23, 4. Cf. L. 45 D. 24, 3.

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

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

<sup>8)</sup> L. 11 C. 4. 29.

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

<sup>10)</sup> L. 5 § 2 D. 23, 4.

<sup>11)</sup> L. 14 § 1 D. 24, 3.

<sup>12)</sup> L. 5 § 1 D. 23, 4.

<sup>1)</sup> См. о немъ подробно у *Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht* (1891 г.), стр. 256 слл.  
Гуляевъ Предбрачный даръ 1891.

по винѣ мужа, *donatio ante nuptias* должна была перейти къ женѣ, подобно тому, какъ *dos* при наличности вины на сторонѣ жены доставалась мужу <sup>2)</sup>). Кромѣ того, обыкновенно, въ договорахъ выговаривалось, что этотъ даръ долженъ перейти къ женѣ по расторженіи брака еще въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ, главнымъ образомъ, въ случаѣ расторженія брака смертью мужа; требовалось при этомъ, чтобы въ договорѣ соблюдался параллелизмъ съ *dos*: въ случаяхъ, аналогичныхъ съ тѣми, въ которыхъ женѣ было предоставлено право требовать выдачи *donatio propter nuptias*, и за мужемъ должно было быть выговорено право удерживать приданое въ тѣхъ же частяхъ <sup>3)</sup>). По предписанію Юстиніана *dos* и *don. pr. nuptias* даже должны быть равны между собою <sup>4)</sup>). Точно также, какъ отецъ жены долженъ былъ давать *dotem* за дочерью, такъ отецъ мужа обязанъ былъ по закону давать *donatio pr. nuptias* за своимъ сыномъ <sup>5)</sup>). До Юстиніана *donatio* могла быть установлена только до брака, ибо еще не отличалась принципиально отъ даренія, а даренія между супругами были запрещены. Юстиніанъ разрѣшилъ устанавливать подобное дареніе также во время брака и соотвѣтственно съ этимъ далъ ему имя *don. propter nuptias* <sup>6)</sup>); раньше оно называлось *don. ante nuptias* (не нужно смѣшивать съ этимъ даромъ подарки между помолвленными, которые иногда называются этимъ-же именемъ).

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 <sup>7)</sup>), а притязаніе жены о выдачѣ *don. pr. nuptias* обезпечено законной ипотекой на все имущество мужа <sup>8)</sup>). Если мужу грозитъ несостоятельность, жена можетъ уже въ теченіе брака истребовать капиталъ *donatio propter nuptias*, но обязана употреблять доходы отъ него на нужды брака <sup>9)</sup>).

## § 11. Даренія между супругами.

I. Даренія между супругами запрещены. Возникновеніе этой нормы исторически приписываютъ обычаю, *mores* <sup>1)</sup>). Основаніемъ для запрещенія считаютъ слѣдующія соображенія: 1) стремленіе права защитить каждого изъ супруговъ отъ невыгодныхъ послѣдствій неразумной слабости къ другому супругу <sup>2)</sup>); 2) желаніе оказать защиту каждому супругу отъ эксплуатаціи его со стороны другого (главнымъ образомъ при помощи угрозы потребовать развода, если не будетъ сдѣлано дареніе, что представлялось возможнымъ въ виду широкой свободы развода <sup>3)</sup>).

II. Подробности сводятся къ слѣдующему: 1) Запрещены даренія. Са-

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

7) Nov. 61.

8) L. 12 § 2 C. 8, 17. Nov. 109 c. 1.

9) L. 29 C. 5, 12.

1) L. 1 D. 24, 1.

2) L. 1 D. 24, 1.

3) L. 2. 3 pr. D. 24, 1.

мое понятіе даренія здѣсь уже, чѣмъ обыкновенно: чтобы быть запрещеннымъ дареніемъ между супругами, donatio должна не только уменьшать имущество дарителя, но и *обогащать* имущество одареннаго, т.-е. необходимо, чтобы выгода отъ него могла быть переведена на деньги <sup>4)</sup> (ср. Общ. ч. § 44, I, 5). Поэтому не запрещено, напр., дареніе земельного участка для немедленнаго обращенія послѣдняго въ мѣсто погребенія, т.-е. во взаимоборотную вещь <sup>5)</sup>. Сдѣлано еще одно ограниченіе: если, благодаря даренію, одаренный только *избавляется отъ необходимости сдѣлать затрату 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, избавлена отъ необходимости купить мѣсто для погребенія; признается, что 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 *его отказъ 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 intestato послѣ отказавшагося наслѣдника). Такой отказъ отъ прибрѣтенія поэтому имѣетъ силу даже тогда, когда онъ дѣлается donandi causa въ пользу супруга <sup>6)</sup>. Не считаются, наконецъ, недозволенными дареніями тѣ предоставленія, которыя мужъ дѣлаетъ женѣ для того только, чтобы она могла удовлетворить потребности, соответствующія сословному и соціальному положенію супруговъ <sup>7)</sup>. Въ видѣ исключенія дозволены затѣмъ: а) небольшіе подарки, дѣлаемые по обычаю (въ праздникъ, die natali <sup>8)</sup>); б) дареніе жены мужу для полученія послѣднимъ почетной должности или отпущія <sup>9)</sup>; в) дареніе для возведенія вновь разрушеннаго зданія <sup>10)</sup>; д) дареніе между императоромъ и его супругою <sup>11)</sup>.

2) Запрещены даренія *между супругами*. Поэтому дѣйствительны даренія, сдѣланныя еще *до брака* (между помолвленными) <sup>12)</sup>, если только вступленіе ихъ въ силу не отнесено ко времени брака <sup>13)</sup>; дѣйствительны даренія, совершенныя во время брака, если сила ихъ отнесена ко времени *послѣ расторженія* брака (т.-е. donatio на случай развода <sup>14)</sup>, don. mortis causa) <sup>15)</sup>. Далѣе, по вопросу о дареніяхъ между супругами супругъ считается за одно лицо съ тѣми лицами, подъ властью которыхъ онъ самъ стоитъ, или которыя стоятъ подъ его властью, или которыя стоятъ съ нимъ подъ одной властью <sup>16)</sup>; такимъ образомъ, мужъ не можетъ дарить домовладыкѣ жены, домовладыка

<sup>4)</sup> L. 5 § 8, 16. L. 25 D. 24, 1.

<sup>5)</sup> См. Windscheid § 509, прим. 6.

<sup>6)</sup> L. 5 § 13, 14 L. 31 § 7 D. 24, 1.

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

<sup>8)</sup> L. 31 § 8 D. 24, 1.

<sup>9)</sup> L. 40—42. D. 24, 1. L. 21. C. 5, 16.

<sup>10)</sup> L. 14 D. 24, 1.

<sup>11)</sup> L. 26 C. 5, 16.

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

<sup>13)</sup> L. 32 § 22 D. 24, 1.

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

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

<sup>16)</sup> 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.

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 пріобрѣтенія 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 состава и на увеличеніе *peculium castrense* и *quasi castrense*<sup>17)</sup>. Въ юстиніановомъ правѣ все это правило слѣдовало бы радикально измѣнить въ виду полной перемѣны имущественнаго положенія подвластныхъ (появленіе *peculium adventicium*; см. ниже § 15)<sup>18)</sup>.

3) Запретъ имѣеть послѣдствіемъ *полную ничтожность* даренія<sup>19)</sup>. Обѣщаніе подарить не имѣетъ силы<sup>20)</sup>. Переносъ собственности, сдѣланный *donandi causa*, не производитъ никакого эффекта (даритель можетъ виндицировать подаренную вещь у всякаго владѣльца ея<sup>21)</sup>; если одаренный не имѣетъ уже въ своихъ рукахъ подаренной ему вещи, то даритель можетъ предъявить къ нему, кромѣ того, обязательственный искъ и вытребовать обогащеніе, полученное одареннымъ отъ подаренной вещи, напр., выручку отъ ея продажи<sup>22)</sup>. Если дареніе состояло въ прощеніи долга или въ уничтоженіи *jus in re*, то прощенное требованіе или *jus in re* продолжаютъ существовать<sup>23)</sup>.

4) Въ силу сенатусконсульта, изданнаго въ 206 году при Септ. Северѣ и Каракаллѣ (*oratio Severi, oratio Antonini*)<sup>24)</sup> ничтожность даренія между супругами *исцѣляется* съ обратною силою со времени совершенія даренія<sup>25)</sup>, если даритель *умретъ раньше одареннаго или одновременно съ нимъ*<sup>26)</sup>, *не отмѣнивъ до самой своей смерти сдѣланнаго даренія*<sup>27)</sup>. Въ этомъ случаѣ предполагается, что дареніе было повторено при смерти и сдѣлано на время послѣ смерти дарителя. Но это правило относится только къ тѣмъ случаямъ, когда бракъ не былъ расторгнутъ разводомъ до самой смерти дарителя (т.-е. когда супругъ умеръ, состоя въ бракѣ)<sup>28)</sup>.

## § 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 по опредѣленнымъ основаніямъ. На су-

17) L. 3 § 4 L. 32 § 17 D. 24, 1.

18) *Баронъ* § 347, 2.

19) L. 3 § 10. 11 L. 5 § 1. 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.

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 pr. 35.

пруга, создавшаго своимъ поведеніемъ основаніе для развода, налагались пзвѣстные имущественныя невыгоды—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 остального имущества сумму, равную  $\frac{1}{3}$  *dotis*. Если за ней не было приданого, или притязаніе о возвратѣ приданого принадлежитъ не ей, то она теряетъ  $\frac{1}{4}$  своего имущества (но не болѣе 100 фунтовъ золота); въ случаѣ *adulterium* она теряетъ еще  $\frac{1}{12}$  <sup>1)</sup>.

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

Эти штрафы достаются при неимѣніи дѣтей отъ брака невинному супругу; если есть дѣти, то они получаютъ собственность на имущество, удержанное въ видѣ штрафа, а невинновннй супругъ—узурфруктъ.

Кромѣ того, виновная въ *прелюбодѣяніи*—*adulterium*—женщина и ея сообщникъ, если онъ былъ женатъ, подлежали *уголовному* наказанію: конфискація имущества (въ пользу фиска, монастыря, родственныхниковъ) для обоихъ, заключеніе въ монастырь для жены, смертная казнь для мужчины <sup>3)</sup>.

За *односторонній разводъ безъ всякой уважительной причины* Юстиніанъ сперва установилъ болѣе строгія уголовныя наказанія для жены, чѣмъ для мужа <sup>4)</sup>, но затѣмъ уравнивалъ наказанія для обоихъ: полагалось пожизненное заключеніе въ монастырь и конфискація всего имущества въ пользу дѣтей, родственныхниковъ и монастыря <sup>5)</sup>.

II. *Роепае секундарумъ нуптіарумъ*. *Lex Julia et P. Porraea* установила штрафы за безбрачіе и сохраненіе вдовства и поощряла вступленіе во второй бракъ. Съ торжествомъ христіанства, наоборотъ, стало считаться похвальнымъ воздержаніе отъ брака,—и были установлены штрафы за вступленіе во второй бракъ <sup>6)</sup>. Эти штрафы—*роепае секундарумъ нуптіарумъ*—относились, впрочемъ, только къ тѣмъ случаямъ, когда отъ перваго брака оставались дѣти. Они касались отчасти каждаго *parens binubus*, отчасти только *mater binuba*. Важнѣйшіе изъ нихъ слѣдующіе:

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 другаго супруга при расторженіи брака; даренія, полученные отъ другаго супруга, поскольку они дѣйствительны; легаты и наслѣдство, полученные отъ другаго супруга). Десценденты приобрѣтаютъ эти *lucra* въ собственность по правиламъ, дѣйствующимъ для дѣленія *hereditas ab intestato*, независимо отъ того, стали ли они наслѣдни-

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.

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. подробности у Keller Pandekten II § 408.

ками своего умершаго *parentis*.—*Conjux binubus* сохраняетъ узуфруктъ на это имущество и управление имъ <sup>7)</sup>.

б) *Parens binubus* не можетъ *отказатъ новому супругу mortis causa* больше, чѣмъ сколько онъ оставитъ *mortis causa* тому десценденту отъ перваго брака, который получитъ меньше всѣхъ остальныхъ <sup>8)</sup>.

## 2. Послѣдствія для *mater binuba*:

а) Если она дѣлается законной наслѣдницей нисходящаго отъ перваго брака вмѣстѣ съ братьями и сестрами послѣдняго, то она получаетъ лишь узуфруктъ на свою часть (поскольку эта часть происходитъ отъ ея перваго мужа); собственность переходитъ къ братьямъ или сестрамъ умершаго или ихъ дѣтямъ <sup>9)</sup>.

б) Она теряетъ способность къ опека надъ дѣтьми <sup>10)</sup> и преимущественное право на ихъ воспитаніе <sup>11)</sup>.

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* <sup>12)</sup>); въ случаѣ нарушенія этого правила ее постигала *infamia*, равно какъ и ея домовладыку, давашаго согласіе на второй бракъ, а также новаго мужа и его домовладыку. Новый мужъ и вдова *alieni juris* освобождаются отъ *infamiae*, если дѣйствовали по приказанію (*jussu*) своихъ домовладыкъ <sup>13)</sup>. Основаніемъ для 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* <sup>14)</sup>). Поэтому вдова, разрѣшившаяся отъ бремени раньше 10 мѣсяцевъ по смерти мужа, освобождалась отъ запрета вступать въ новый бракъ <sup>15)</sup>. Позднѣйшее законодательство замѣнило 10-мѣсячный срокъ годовымъ <sup>16)</sup>, и измѣнило самое основаніе запрета; теперь запрещеніе нарушать траурный годъ мотивируется требованіемъ добрыхъ нравовъ. Кроме того, новое право ввело суровыя 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 степенн; своему новому мужу она не могла дать больше  $\frac{1}{3}$  своего имущества (въ качествѣ *dos* или по завѣщанію <sup>17)</sup>). Тѣ же штрафы распространены были на женщину, которая на 11-мъ или 12-мъ мѣсяцахъ, но до истеченія года по смерти мужа, родитъ ребенка, который, очевидно, не могъ быть зачатъ отъ ея умершаго мужа <sup>18)</sup>.

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.

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 рожденія въ бракѣ или внѣ брака, или же по усыновленію и 2) отеческую власть въ частности.

II. *Между восходящими и нисходящими родственниками* право санкціонируетъ *извѣстныя права и обязанности*, опираясь на самый фактъ родства. При рожденіи въ бракѣ 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 <sup>1)</sup>, при незаконномъ рожденіи, по общему правилу, они возникаютъ только по отношенію къ восходящимъ со стороны матери <sup>2)</sup>. Между этими лицами должна господствовать взаимная любовь, а со стороны нисходящихъ еще и почтеніе (pietas) <sup>3)</sup>; но это—дѣло морали. Право вмѣшивается въ эту область рѣдко, лишь 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 *приданое* дочери или внучкѣ (§ 3). б) Восходящіе и нисходящіе взаимно обязаны давать *алименты* другъ другу; <sup>4)</sup> эта обязанность возникаетъ только въ случаѣ наличности нужды на одной сторонѣ и достаточнаго имущества на другой <sup>5)</sup>. Грубое нарушеніе родительскихъ или дѣтскихъ обязанностей со стороны претендента на алименты по отношенію къ обязанному

1) L. 23 D. 1, 7. L. 1 § 4 D. 38, 8. L. 13 D. 1, 7. Ср. *Заурскій*. Личныя отношенія между родителями и дѣтьми по римскому и французскому праву 1884.

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.

лицу уничтожаетъ обязанность къ представлению алиментовъ <sup>6)</sup>.—Кромѣ того родители должны уплачивать издержки на воспитаніе дѣтей <sup>7)</sup>.—При рожденіи внѣ брака дѣти конкубины имѣютъ по юстиніанову праву притязаніе къ обоимъ родителямъ <sup>8)</sup>; дѣти родившіяся отъ *adulterium* или *incestus* не имѣютъ притязанія ни къ кому <sup>9)</sup>; остальные незаконныя дѣти могутъ требовать алиментовъ отъ матери и ея восходящихъ родственниковъ <sup>10)</sup>.

2. *Личныя обязанности дѣтей.* Дѣти обязаны къ *obsequium et reverentia* по отношенію къ родителямъ; поэтому они не могли *in jus vocare* родителей иначе, какъ съ особаго разрѣшенія претора <sup>11)</sup>. По искамъ, предъявленнымъ нисходящими, родители пользуются всегда *beneficium competentiae* <sup>12)</sup> <sup>13)</sup>. Дѣти не имѣютъ права вчинать противъ родителей *a. famosae* или иски, содержащіе въ формулѣ ссылку на *dolus* отвѣтчика (эти иски замѣняются *actionibus in factum* <sup>14)</sup>).

3. *Личныя права родителей.* Въ позднѣйшую эпоху имперіи было установлено право родителей не допускать безъ своего согласія брака дочери, не достигшей 25 лѣтъ (см. выше § 3, III, 2).—Далѣе, родители имѣютъ право руководить воспитаніемъ дѣтей. Это право даетъ имъ возможность опредѣлить родъ и характеръ воспитанія, которое должны получать дѣти, и подвергать дѣтей умѣреннымъ наказаніямъ; для наложенія болѣе тяжкихъ наказаній необходимо содѣйствіе магистрата <sup>15)</sup>. Право руководить воспитаніемъ дѣтей принадлежитъ отцу и матери вмѣстѣ, но въ случаѣ несогласія между ними рѣшающей признается воля отца; при наличности особыхъ основаній это право можетъ быть предоставлено одной матери <sup>16)</sup>. По смерти отца право воспитанія переходитъ къ матери, если она не вступитъ во второй бракъ или если отецъ не распорядился иначе <sup>17)</sup>. При разводѣ это право передается невиновной сторонѣ, или же судьба его опредѣляется судьей <sup>18)</sup>.

III. Въ виду большого значенія юридическихъ отношеній между родителями и дѣтьми, было необходимо обезпечить возможность доказать *наличность родственной связи*. Римское право знаетъ слѣдующія мѣры, установленныя съ этою цѣлью <sup>19)</sup>.

Если жена чувствовала себя беременной при разводѣ, то согласно *Scutum Plancianum de liberis agnoscendis* (при Адрианѣ) <sup>20)</sup> она должна была въ теченіе мѣсяца послать мужу *denuntiatio*. Мужъ долженъ былъ или отвергнуть *denuntiatio* (т. е. дать *responsum, non esse mulierem ex se praegnatem*) или послать *custodes*, чтобы слѣдить, не будетъ ли подброшенъ ребенокъ. Если мужъ не сдѣлалъ ни того, ни другого, то онъ не могъ отказаться впослед-

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) 13) L. 16. 17 D. 42, 1. *cp.* 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. *Accarias* I § 99. *Windscheid* § 520.

20) L. 1 D. 25, 3. Paul. 2, 24, 5—6.

ствіи отъ обязанности давать алименты родившемуся ребенку. Вопросъ о томъ, родился ли ребенокъ въ качествѣ его *suus heres*, остается нерѣшеннымъ до представленія доказательствъ этого. Если отецъ не отрицалъ беременности разведенной жены отъ него или посылалъ *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 сынъ ея бывшего мужа, ложится на нее (она должна предъявить *actio praejudicialis de partu agnoscendo*). Послѣдующіе сенатусконсулты урегулировали вопросъ на случай беременности и спора о ней въ теченіе брака или по смерти отца<sup>21)</sup>. Если, напротивъ, бывший мужъ подозрѣвалъ наличность беременности, которую разведенная съ нимъ жена отрицала, то онъ, по рескрипту *divorum fragmentum*, могъ послать къ ней трехъ акушерокъ по выбору претора для освидѣтельствованія ея (*inspectio*) и, если акушерки по большинству голосовъ признавали ее беременной, къ женѣ назначались *custodes*<sup>22)</sup>.

## 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 приравненнымъ закономъ къ рожденному въ бракѣ. Это господство установлено не въ интересахъ лица, которое ему подлежитъ, но въ интересахъ субъекта господства — отца. По римскимъ воззрѣніямъ, прочность государственнаго строя обуславливалась прочной организациею семьи, а послѣдняя была мыслима лишь при установленіи въ предѣлахъ дома сильной власти, предоставленной одному лицу. Власть эта: 1) всегда принадлежитъ мужчине, но не женщинѣ, притомъ 2) непременно лицу *sui juris*: ребенокъ, у котораго въ живыхъ нѣсколько восходящихъ, находится подъ властью наиболѣе отдаленнаго восходящаго, подъ властью котораго стоятъ всѣ болѣе близкіе<sup>1)</sup>; 3) эта власть не прекращается достиженіемъ подвластнымъ какого-либо возраста; она продолжается до смерти домовладыки или до эмансипаціи подвластнаго домовладыкой<sup>2)</sup> — Нужно замѣтить, впрочемъ, что по мѣрѣ уладка нравовъ злоупотребленія отеческою властью стали встрѣчаться все чаще; самый принципъ единого и полнаго господства въ семьѣ въ имущественномъ и личномъ отношеніи домовладыки пересталъ мало-по-малу гармонировать съ измѣнившимися воззрѣніями общества. Поэтому первоначально крайне широкая власть домовладыки стала подвергаться ограниченіямъ, и въ юстиніановомъ правѣ мы имѣемъ дѣло лишь съ небольшими остатками прежде очень мощной *patriae potestatis*. Основной характеръ — господства, установленнаго въ интересахъ отца, а не подвластнаго, — остается за нею до конца.

<sup>21)</sup> L. 3 D. 25, 3.

<sup>22)</sup> L. 1 D. 25, 4. Paul. 2, 24, 7—9.

<sup>1)</sup> § 3 J. 1, 9.

<sup>2)</sup> См. объ этомъ *Mandry*, das gemeine Familiengüterrecht, I, стр. 46, 53 сл.

II. *Patria potestas* съ формальной стороны есть *абсолютное право* на другое лицо. Объектомъ его являются не отдѣльныя дѣйствія другого лица, способнаго быть субъектомъ правъ, но самое это лицо. Этому праву соотвѣтствуетъ обязанность всѣхъ гражданъ не препятствовать его субъекту осуществлять свое 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* <sup>3)</sup>, съ другой стороны *interd. de liberis ducendis*, подготовляемый посредствомъ *interd. de liberis exhibendis* <sup>4)</sup>. Если мать имѣетъ по какимъ-либо особымъ причинамъ (выше § 13, II, 3) преимущественное право на воспитаніе дѣтей, то она получаетъ эксцепцію противъ этихъ исковъ отца <sup>5)</sup>. Эти иски отличаются лишь формальными особенностями. Противъ самого сына, отрицающаго существованіе отеческой власти надъ собою, отецъ имѣетъ *actio praejudicialis* <sup>6)</sup>; подобная же *actio* дается лицу, утверждающему, что оно не подлежитъ отеческой власти <sup>7)</sup>.

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

*На публичные права* подвластнаго *patria potestas* не оказываетъ никакого вліянія <sup>15)</sup>.

## § 15. Вліяніе отеческой власти на имущественное положеніе подвластныхъ.

I. Наибольшее вліяніе отеческая власть оказываетъ на *имущественное положеніе подвластнаго*. Впрочемъ, и здѣсь замѣчается постепенное ослабленіе отеческой власти. По древнему и даже классическому праву, все, что приобрѣтаетъ семья, принадлежитъ домовладыкѣ. Отсюда подвластные дѣти, хотя и являются право- и дѣеспособными и могутъ заключать сдѣлки

<sup>3)</sup> L. 1 § 2 D. 6, 1.

<sup>4)</sup> Dig. 43, 30. Cod. 8, 8.

<sup>5)</sup> L. 1 § 3 L. 3 § 5 D. 43, 30.

<sup>6)</sup> L. 1 § 2 D. 6, 1. L. 1 § 4 D. 43, 30.

<sup>7)</sup> L. 8 D. 22, 3.

<sup>8)</sup> L. 2 пр. C. 4, 43. *Accarias* I стр. 189.

<sup>9)</sup> L. 5 D. 1, 7.

<sup>10)</sup> L. 1 D. 26, 2.

<sup>11)</sup> L. 2 D. 28, 6. О *subst. pupillaris* см. Наслѣдет. пр. § 10, III.

<sup>12)</sup> L. 1 C. 4, 43.

<sup>13)</sup> L. 1 C. 9, 17.

<sup>14)</sup> § 7 J. 4, 8.

<sup>15)</sup> L. 9 D. 1, 6.

съ третьими лицами, но, находясь подъ patria potestas, они сами становятся только субъектами *обязанностей* изъ этихъ сдѣлокъ <sup>1)</sup>; все-же, что они приобретаютъ въ качествѣ *актива*, принадлежитъ домовладыкѣ: собственнаго активнаго имущества подвластный имѣть не можетъ <sup>2)</sup>. Первымъ отступленіемъ отъ этого порядка было появленіе *peculium castrense* при Августѣ <sup>3)</sup> и *peculium quasi castrense* при Константинѣ <sup>4)</sup>. Окончательно измѣненъ онъ развитіемъ при христіанскихъ императорахъ системы такъ назыв. *bona adventicia*. Этотъ процессъ былъ законченъ реформами *Юстиніана*, который установилъ какъ общій принципъ, что все то, что *filius familias* приобретаетъ на свое имя не изъ имущества отца, онъ приобретаетъ въ свою собственность; отцу принадлежитъ, самое большее, *узурфруктъ* и право управленія на такія приобретенія сына. За счетъ имущества отца подвластный не можетъ приобрести ничего для себя, а приобретаетъ все для отца <sup>5)</sup>. 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 это было возможно въ виду обычая устанавливать подвластному со стороны домовладыки такъ наз. *peculium profecticium*. Такъ именуется часть собственнаго имущества домовладыки, выдѣленная имъ подвластному для самостоятельнаго управленія <sup>6)</sup>. Подвластный управляетъ этимъ имуществомъ и заключаетъ по его поводу юридическія сдѣлки на свое имя <sup>7)</sup>. Сдѣлки эти обязываютъ домовладыку по правиламъ объ *actiones adjecticiae qualitatis* (см. прим. 1 выше). Подвластный можетъ вступать даже съ самимъ домовладыкою въ сдѣлки по поводу *пекулія*; изъ этихъ сдѣлокъ возникаютъ *obligationes naturales*, которыя увеличиваютъ или уменьшаютъ сумму *пекулія* при взысканіяхъ со стороны третьихъ лицъ посредствомъ *actio de peculio* <sup>8)</sup>. Такимъ образомъ, *фактически* *пекулій* представляется какъ бы имуществомъ самого подвластнаго. Послѣдній ограниченъ въ своемъ управленіи лишь тѣмъ, что онъ можетъ отчуждать это имущество только въ немногихъ случаяхъ, напр. для покрытія *пекуліарныхъ* долговъ. Большія полномочія получаетъ подвластный, которому предоставлена *libera peculii administratio* <sup>9)</sup>; но и такой обладатель *пекулія* не можетъ дѣлать изъ него дареній <sup>10)</sup>. — Но *юридически* *пекулій* остается собственностью домовладыки и, если сдѣлки под-

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* Баронъ § 221; Дерибургъ Обязат. право § 13—14 Хвостовъ, Ист. рим. пр. § 57, VII, 1.

2) Gai II, 87.

3) Ulp. 20, 10. pr. J. 2, 12.

4) Kuntze Coursus § 980. Girard стр. 139.

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. eod.

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* Хвостовъ, 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.

властнаго обязываютъ его въ извѣстныхъ предѣлахъ, то и всѣ приобрѣтенія, сдѣланныя подвластнымъ по дѣламъ пекулія, поступаютъ въ собственность отца. Послѣдній воленъ отнять пекулію у подвластнаго сына во всякое время.— *Пекуліи устанавливаются путемъ передачи въ фактическое распоряженіе сына всякихъ правоотношеній: вещныхъ и обязательственныхъ. Пекулія признается установленнымъ въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) если отецъ прямо выдѣлитъ сыну нѣчто изъ своего имущества, чтобы установить пекулію<sup>11)</sup>; 2) если онъ совершитъ donatio въ пользу сына; такъ какъ подвластный не можетъ ничего приобрести изъ имущества домовладыки, то такая donatio имѣетъ значеніе лишь установленія peculium profecticium<sup>12)</sup>; она получаетъ полную силу даренія лишь въ томъ случаѣ, если отецъ умретъ раньше подвластнаго, не отмѣнивъ даренія<sup>13)</sup>, или если отецъ эмансипируетъ подвластнаго, не отмѣнивъ даренія<sup>14)</sup>.—Къ массѣ пекулія присоединяются и всѣ приобрѣтенія подвластнаго, сдѣланныя въ связи съ управленіемъ пекуліемъ<sup>15)</sup>.—*Прекращается пекулія: 1) вслѣдствіе отнятія его со стороны отца, что отецъ можетъ сдѣлать во всякое время<sup>16)</sup> (отвѣтственность домовладыки или его наследниковъ по искамъ третьихъ лицъ de peculio продолжается еще въ теченіе одного года—actio de peculio annalis<sup>17)</sup>; 2) вслѣдствіе прекращенія отеческой власти. Въ случаѣ смерти отца пекулія возвращается въ массу отцовскаго наследства, за исключеніемъ пекулія, возникшаго при дареніи отца сыну, если это дареніе осталось неотмѣненнымъ въ моментъ смерти отца. Въ случаѣ эмансипаціи сына пекулія считается подареннымъ сыну окончательно, если онъ не лишенъ пекулія при самой эмансипаціи;<sup>18)</sup> 3) когда фискъ отбираетъ имущество отца за долги, пекулія остается у подвластнаго, въ качествѣ его личнаго имущества<sup>19)</sup>.**

III. *Peculium castrense et quasi castrense.* Къ peculium castrense принадлежитъ все, что filius familias miles приобретаетъ на военной службѣ: жалованіе, военная добыча, подарки, полученные при вступленіи въ войско, подарки и предоставленія mortis causa, полученные отъ товарищей<sup>20)</sup>; наконецъ въ его составъ входитъ наследство, полученное отъ жены<sup>21)</sup>. Къ peculium quasi castrense относятся прибрѣтенія, сдѣланныя на гражданской, придворной, духовной службѣ, въ качествѣ адвоката, подарки отъ императора и императрицы<sup>22)</sup>. По отношенію къ этому имуществу подвластный считается полнымъ собственникомъ и вполне свободенъ въ распоряженіи имъ inter vivos и mortis causa<sup>23)</sup>. Если сынъ умеръ, не оставивъ завѣщанія, то по *доюстицианову* праву peculium castrense и quasi castrense переходило къ отцу, но

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

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. 8 § 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, 26.

не по наслѣдству, а въ качествѣ простого пекулія (*jure peculii profecticii*). „Quoad utatur jure concesso filius in castrensi peculio, eo usque jus patris cessaverit, quod si intestatus decesserit filius, postliminii ejusdam similitudine pater antiquo jure habeat peculium retroque videatur habuisse rerum dominia“<sup>24)</sup>. Такимъ образомъ, переходъ пекулія къ отцу имѣлъ обратную силу, т. е. всѣ распоряженія, которыя отецъ сдѣлалъ раньше, при жизни сына, относительно этого имущества, получали теперь полную силу (легаты, ману-мисси, отчужденія *inter vivos*). За долги сына, обладавшаго военнымъ пекуліемъ, отецъ, получившій этотъ пекуліи по смерти сына, отвѣчалъ не въ полномъ размѣрѣ, какъ *heres*, а лишь въ размѣрахъ этого пекулія—по *a. de peculio*. Со времени *Юстиніана* это было измѣнено<sup>25)</sup>: *peculium castrense* и *quasi castrense* въ случаѣ смерти подвластнаго переходитъ *ab intestato* уже обычнымъ наслѣдственнымъ порядкомъ.— Если обладатель такого пекулія—лицо недѣеспособное, то для управленія пекуліемъ назначается особая суга, какъ надъ лицомъ *sui juris*: въ первую очередь къ попечительству призывается отецъ, если только онъ способенъ быть попечителемъ<sup>26)</sup>.

IV. *Bona adventicia regularia*. Сюда относится все, что приобрѣтаетъ подвластный не *ex re patris* и что не поступаетъ въ составъ *peculium castrense* или *quasi castrense*, или въ составъ *bona adventicia irregularia*<sup>27)</sup>. Если подвластному открывается наслѣдство, то наступаютъ слѣдующія послѣдствія: а) если подвластному менѣе 7 лѣтъ, то отецъ можетъ принять наслѣдство безъ участія подвластнаго, и оно поступаетъ въ составъ *bona adv. regularia* подвластнаго<sup>28)</sup>; б) если подвластному болѣе 7 лѣтъ, то онъ можетъ самъ принять открывшееся наслѣдство съ согласія отца, и оно также переходитъ въ составъ его *bona adventicia regularia*; 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 въ полную собственность наслѣдство, открывшееся подвластному<sup>29)</sup>. *Bona adventicia regularia* стоятъ въ собственности подвластнаго<sup>30)</sup>; но онъ не можетъ ни управлять ими, ни отчуждать ихъ *inter vivos*, ни завѣщать<sup>31)</sup>. По смерти подвластнаго *bona adv. reg.* переходятъ къ его наслѣдникамъ *ab intestato*<sup>32)</sup>.—При жизни подвластнаго его отецъ имѣетъ право управленія относительно *bona adventicia regularia*<sup>33)</sup>, при чемъ не обязанъ отдавать отчетъ въ своемъ управленіи, но отвѣчаетъ за всякую небрежность (*culpa levis*), наличность которой докажетъ подвластный<sup>34)</sup>. Отецъ можетъ отчуждать лишь ненужныя или подвергающіяся порчѣ вещи, а равно вещи нужныя для уплаты долговъ и легатовъ, которые обременяютъ наслѣдство, приобрѣтенное подвластнымъ<sup>35)</sup>. Прочія отчужденія, совершенныя

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.

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.

отцомъ ничтожны, и даже приобрѣтеніе собственности третьими владѣльцами по давности невозможно по отношенію къ *bona adv. regularia* <sup>36)</sup>; давность по искамъ подвластнаго, возникающимъ по случаю такого отчужденія, начинается течъ лишь съ момента прекращенія *patria potestas* <sup>37)</sup>. Кроме того, отецъ имѣетъ на *bona adv. reg. usufructus*. При этомъ онъ, въ отличіе отъ обыкновеннаго usufructуара, можетъ производить перемѣны въ состояніи и назначеніи отдѣльныхъ вещей и свободенъ отъ *cautio usufructuaria* <sup>38)</sup>. Usufructъ отца кончается съ прекращеніемъ стеческой власти, за исключеніемъ слѣдующихъ случаевъ: 1) если отецъ добровольно эмансипируетъ подвластнаго, то, какъ *praemium emancipationis*, онъ удерживаетъ пожизненно usufructъ на  $\frac{1}{2}$  *bona adventicia* подвластнаго; это сдѣлано съ тою цѣлью, чтобы домовладыки не воздерживались отъ эмансипаціи изъ опасенія лишиться usufructа <sup>39)</sup>; 2) если отецъ не наслѣдуетъ *ab intestato* своему подвластному послѣ его смерти (напр., потому что его исключаютъ отъ наслѣдованія нисходящіе подвластнаго), то отецъ сохраняетъ usufructъ пожизненно <sup>40)</sup>.

V. *Bona adventicia irregularia*. Сюда принадлежить: а) имущество, которое подвластный приобретаетъ вопреки волѣ отца <sup>41)</sup>; б) имущество, которое подвластный наслѣдуетъ вмѣстѣ съ отцомъ отъ другого нисходящаго того же отца <sup>42)</sup>; в) имущество, которое третье лицо даритъ подвластному съ особою оговоркою о томъ, что отецъ одареннаго не долженъ имѣть на это имущество никакого права <sup>43)</sup>.—*Bona adventicia irregularia* стоятъ въ полной собственности подвластнаго. Управляетъ ими онъ самъ, если дѣеспособенъ <sup>44)</sup>; 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 в опекунъ назначается властями по усмотрѣнію, если нѣтъ въ виду особаго распоряженія со стороны предоставителя имущества <sup>45)</sup>. Завѣщать *bona adv. irreg.* подвластный не можетъ; въ случаѣ его смерти они переходятъ къ его наслѣдникамъ <sup>46)</sup>.

VI. *Юридическія сдѣлки между домовладыкой и подвластнымъ*. Въ древнемъ римскомъ правѣ, когда подвластный не могъ имѣть собственнаго имущества и приобреталъ все для отца, — юридическія сдѣлки между домовладыкой и подвластнымъ были немислимы, равно какъ и судебные процессы имущественнаго характера между ними <sup>47)</sup>. Съ появленіемъ *resolium profectium* — фактическаго имущества подвластнаго — сдѣлки между домовладыкой и подвластнымъ по поводу этого имущества устанавливаютъ *obligationes naturales*, которыя принимаются во вниманіе при вычисленіи суммы *pecunia* въ

<sup>36)</sup> L. 1 C. 6, 60 L. 4 C. 6, 61 L. 1 § 2 C. 7, 40.

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

<sup>38)</sup> L. 1 C. 6, 60 L. 6 § 2 L. 8 § 4 d. C. 6, 61.

<sup>39)</sup> L. 6 § 3 C. 6, 61 § 2 J. 2, 9.

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

<sup>41)</sup> L. 8 § 1 C. 6, 61. См. выше въ этомъ § пр. 29.

<sup>42)</sup> Nov. 118 c. 2.

<sup>43)</sup> Nov. 117 c. 1.

<sup>44)</sup> Nov. 117 c. 1 § 1 L. 8 § 1 C. 6, 61

<sup>45)</sup> L. 8 § 1 c. C. 6. 61. Nov. 117 c. 1 § 1.

<sup>46)</sup> L. 11 C. 6, 22. *Windscheid* § 517 пр. 22.

<sup>47)</sup> § 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.



тѣхъ случаяхъ, когда третьи лица производятъ взысканіе съ отца посредствомъ *actio de peculio*; но исковой защитой они, по общему правилу, не снабжены <sup>48)</sup>. Съ появленіемъ *peculium castrense* и *quasi castrense*, относительно которыхъ *filius familias* былъ полноправнымъ хозяиномъ, признаны были дѣйствительными сдѣлки между подвластнымъ и домовладыкой, которыя стояли въ связи съ этимъ собственнымъ имуществомъ подвластнаго сына. Эти сдѣлки порождали *исковыя* обязательства между отцомъ и подвластнымъ <sup>49)</sup>. Тоже самое правило, вѣроятно, приходилось распространять и на сдѣлки между отцомъ и подвластнымъ, которыя касаются *bona adventicia* <sup>50)</sup>; 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*.

## § 16. Возникновеніе отеческой власти.

I. Отеческая власть возникаетъ, прежде всего, черезъ *рожденіе отъ iustae nuptiae* или *matrimonium juris civilis* (между лицами, имѣющими *jus conubii* <sup>1)</sup>). Ребенокъ становится подъ власть отца; если послѣдній самъ находится *sub patria potestate*, то ребенокъ становится подъ власть домовладыки отца и лишь со смертію послѣдняго переходитъ подъ власть отца <sup>2)</sup>.

II. Далѣе, отеческая власть устанавливается черезъ *легитимацию*, т.-е. узаконеніе незаконныхъ дѣтей. Въ римскомъ правѣ, впрочемъ, легитимация существуетъ только для дѣтей отъ конкубины <sup>3)</sup>. Въ силу легитимации эти дѣти получаютъ всѣ права законнаго рожденія, т.-е. поступаютъ подъ отеческую власть и дѣлаются агнатами и когнатами родственниковъ отца (до легитимации они признаются лишь когнатами родственниковъ 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 с. 11). Она совершается тремя способами:

1. *Legitimatio per subsequens matrimonium* <sup>4)</sup>. Для узаконенія дѣтей послѣдующимъ бракомъ между отцемъ и матерью ребенка, допущеннаго имп. Анастасіемъ, необходимо, чтобы: 1) ребенокъ происходилъ отъ конкубината, а не отъ случайной связи; 2) бракъ былъ возможенъ уже въ моментъ зачатія ребенка; 3) намѣреніе родителей придать конкубинату характеръ законнаго брака выразилось въ составленіи *instrumentum dotale*

2. *Legitimatio per rescriptum principis*, введенная Юстиніаномъ <sup>5)</sup>. Рескриптъ испрашивается обыкновенно отцемъ узаконяемыхъ дѣтей; но отецъ можетъ также, назначая дѣтей отъ конкубины своими наслѣдниками, разрѣшить

48) L. 38 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.

1) pr. J. 1, 9 § 12 J. 1, 10.

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

3) *Girard* стр. 184 сл. *Dernburg* III, § 29 пр. 2. Ср. впрочемъ *Windscheid* § 522 пр. 1.

4) L. 10, 11 C. 5, 27 Nov. 74 pr. Nov. 89 с. 8.

5) Nov. 74 pr. с. 1, 2 Nov. 89 с. 9—11.

имъ въ своемъ завѣщаніи самимъ испросить рескриптъ у императора (т. наз. *legitimatio per testamentum*). Къ этой легитимациі прибѣгаютъ въ случаѣ невозможности брака съ конкубиною (напр. въ случаѣ ея смерти); она предполагаетъ отсутствіе законныхъ дѣтей у лица, узаконяющаго дѣтей отъ конкубины.

3. *Legitimatio per oblationem curiae* <sup>6)</sup>). Этотъ способъ былъ установленъ впервые имп. Феодосіемъ и Валентиніаномъ. Курія — муниципальный сенатъ въ городахъ и мѣстечкахъ имперіи; члены этихъ сенатовъ составляли знать, которая противопоставалась плебеямъ, и пользовалась нѣкоторыми привилегіями (напр., изъятіемъ отъ пытки, тѣлесныхъ наказаній). Но эти привилегіи не уравнивали тяжкихъ имущественныхъ повинностей, лежавшихъ на куріонахъ: послѣдніе должны были на свой счетъ устраивать публичные игры, а, главнымъ образомъ, пополнять изъ своихъ средствъ недоимки по взысканію личной и земельной подати съ населенія ихъ общины. Поэтому куріоны всеми средствами старались избавиться отъ всего званія, а правительство всеми мѣрами заботилось о сохраненіи этого учрежденія. Къ числу поощрительныхъ мѣръ относится и разсматриваемый нами способъ легитимациі: отецъ, не будучи куріономъ, могъ узаконить своего сына отъ конкубины, если онъ дѣлалъ его куріономъ своей *patriaе*; онъ могъ узаконить дочь, выдавъ ее замужъ за куріона. Онъ долженъ былъ при этомъ подарить или завѣщать узаконяемому надлежащее количество земли. Послѣдствія этой легитимациі менѣе полны: узаконенный дѣлался лишь подвластнымъ и *suus heres* своего отца, но не дѣлался агнатомъ и когнатомъ родственниковъ отца (какъ это имѣло мѣсто въ двухъ первыхъ случаяхъ).

III. Наконецъ, отеческая власть возникаетъ черезъ *усыновленіе*. Усыновленіемъ въ классическомъ правѣ назывался актъ, путемъ котораго одно лицо искусственно становится подъ отеческую власть другого. Въ юстиніановомъ правѣ, однако, есть случаи, когда отеческая власть не устанавливается при усыновленіи, и оно имѣетъ своимъ послѣдствіемъ только установленіе родства. 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* <sup>7)</sup>. — *Adoptio* совершается въ юстиніановомъ правѣ путемъ занесенія воли прежняго домовладыки и усыновителя въ судебный протоколъ (*apud acta*); усыновляемый долженъ присутствовать и не противорѣчить <sup>8)</sup>. *Arrogatio* совершается путемъ рескрипта императора по просьбѣ усыновителя и при согласіи усыновляемаго <sup>9)</sup>; если послѣдній находится подъ опекою, то необходимо согласіе всѣхъ его опекуновъ <sup>10)</sup>.

Матеріальныя *условія усыновленія слѣдующія*: 1) Усыновлять могутъ по общему правилу только мужчины; женщины могутъ испрашивать *rescriptum principis* на усыновленіе только въ томъ случаѣ, если онѣ имѣли дѣтей и лишились ихъ <sup>11)</sup>. Усыновитель не долженъ состоять подъ отеческой властью <sup>12)</sup>.

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

7) L. 1 § 1 D. 1, 7 *Girard* стр. 168 сл.

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. 1, 11 D. 1, 7. § 7 J. 1, 11.

Онъ долженъ быть не менѣе, какъ на 18 лѣтъ старше усыновляемаго: „*adoptio naturam imitatur*“<sup>13)</sup>. Поэтому онъ не долженъ быть кастратомъ; впрочемъ, лицамъ, отъ природы неспособнымъ къ зачатію, — *spadones* — разрѣшено усыновлять<sup>14)</sup>. 2) Не могутъ быть усыновляемы дѣти отъ конкубины; для нихъ существуетъ легитимация<sup>15)</sup>. 3) Усыновленіе не допускается на срокъ или подъ условіемъ, ибо это несогласно съ существомъ отеческой власти<sup>16)</sup>. 4) Для аррогация существуютъ особыя условія. Дѣло въ томъ, что при adopціи бывшій домовладыка провѣряетъ, выгодно ли усыновленіе для его подвластнаго. При аррогация же эту задачу выполняетъ магистратъ; онъ обязанъ произвести *causae cognitio* и долженъ констатировать: а) что усыновитель не имѣетъ законныхъ дѣтей<sup>17)</sup>, и что ему уже болѣе 60 лѣтъ<sup>18)</sup>; б) что онъ не состоитъ и не былъ опекуномъ усыновляемаго, имѣющаго менѣе 25 лѣтъ отъ рожденія<sup>19)</sup>; в) что дѣло не идетъ объ усыновленіи богатаго бѣднымъ съ корыстною цѣлью<sup>20)</sup>; д) магистратъ не долженъ допускать аррогацию нѣсколькихъ лицъ сразу<sup>21)</sup>. При наличности уважительныхъ основаній магистратъ можетъ допустить изъятія изъ этихъ правилъ. Особенно строго совершается *causae cognitio* при *arrogatio impuberis*<sup>22)</sup>.

*Послѣдствія усыновленія.* 1) При *arrogatio* лицо *sui juris* вѣтупаетъ подъ отеческую власть аррогатора и становится на все время существованія надъ нимъ власти аррогатора агнатомъ и когнатомъ всѣхъ его агнатовъ съ правомъ наследовать другъ послѣ друга<sup>23)</sup>. Особыя правила существуютъ на случай *arrogatio* лица, не достигшаго *pubertas*. Если такой усыновленный умретъ до достиженія *pubertas*, его имущество переходитъ къ тѣмъ лицамъ, которыя были бы его наследниками, если бы аррогация не состоялась, то-есть, къ пуциллярному субституту или къ его *heredes ad intestato*, а *pater arrogator* въ этомъ случаѣ не пользуется наследственнымъ правомъ<sup>24)</sup>. Далѣе, *impubes arrogatus* имѣетъ право на  $\frac{1}{4}$  наследства усыновителя, если онъ былъ эманципированъ имъ *sine justa causa* или экскредированъ (*quarta divi Pii*<sup>25)</sup>); наконецъ, онъ можетъ, достигши *pubertas*, потребовать эманципации, если докажетъ, что аррогация ему вредна<sup>26)</sup>.—2) При *adoptio* со времени Юстиніана нужно различать два случая: *adoptio plena* и *adoptio minus plena*<sup>27)</sup>. 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 непосредственной родственной связи между усыновленнымъ и агнатами усыновителя со всѣми ея

<sup>13)</sup> L. 40 § 1 D. 1, 7. § 4 J. 1, 11.

<sup>14)</sup> L. 40 § 2 D. 1, 7. § 9 J. 1, 11.

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

<sup>16)</sup> L. 34 D. 1, 7.

<sup>17)</sup> L. 17 § 3 D. 1, 7.

<sup>18)</sup> L. 15 § 2 D. 1, 7.

<sup>19)</sup> L. 17 pr. L. 32 § 1 D. 1, 7.

<sup>20)</sup> L. 17 § 4 D. 1, 7.

<sup>21)</sup> L. 15 § 3 D. 1, 7.

<sup>22)</sup> L. 17 § 1. 2 D. 1, 7. L. 2 C. 8, 47.

<sup>23)</sup> L. 1. 3. 15 pr. 35. 40 pr. D. 1, 7. L. 2 § 3 D. 38, 16. § 10 J. 3, 1 J. 3, 10.

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

<sup>25)</sup> L. 2 C. 8, 47. § 3 J. 1, 11.

<sup>26)</sup> L. 32. 33 D. 1, 7.

<sup>27)</sup> L. 10 C. 8, 47.

послѣдствіями (взаимное наслѣдованіе), въ теченіе времени, пока продолжается усыновленіе. Непосредственная связь усыновленнаго съ прежними агнатами (но не когнатами) прерывается (то же имѣеть мѣсто и при аррогаціи <sup>28)</sup>). — *Adoptio minus plena* въ сущности не заслуживаетъ имени усыновленія, ибо не устанавливаетъ отеческой власти; усыновленный остается подъ прежнюю *patria potestas* и получаетъ лишь право на алименты со стороны усыновителя и одностороннее наслѣдственное право послѣ него, но не послѣ его агнатовъ. — 3) Усыновленіе, совершенное, поскольку оно допускается, *женщиною*, устанавливаетъ между усыновительницей, усыновленнымъ и его нисходящими взаимное наслѣдственное право <sup>29)</sup>. Съ родственниками усыновительницы усыновленный не вступаетъ въ родство.

## § 17. Прекращеніе отеческой власти.

Слѣдующія событія ведутъ къ прекращенію отеческой власти: 1) *Смерть домовладыки*; при ней становятся лицами *sui juris* тѣ подвластные, которые непосредственно стояли подъ властью умершаго; прочіе подвластные мѣняютъ домовладыку <sup>1)</sup>. 2) *Смерть самого подвластнаго*. 3) *Потеря civitas со стороны подвластнаго или домовладыки* (напр. осужденіе къ *deportatio* <sup>2)</sup>). 4) *Потеря libertas со стороны домовладыки* (напр., осужденіе къ каторжнымъ работамъ въ рудникахъ <sup>3)</sup>). *Взятіе въ плѣнъ* домовладыки имѣеть слѣдующія послѣдствія: если домовладыка возвратится изъ плѣна, то *jure postliminii* онъ снова осуществляетъ отеческую власть такъ, какъ будто она не прекращалась; если же онъ умретъ въ плѣну, то его власть считается прекратившейся съ момента взятія въ плѣнъ <sup>4)</sup>. 5) *Потеря libertas со стороны подвластнаго*. Подвластный, взятый *въ плѣнъ*, по возвращеніи считался невышедшимъ изъ подъ власти; если онъ умеръ въ плѣну, онъ считался умершимъ въ моментъ плѣненія <sup>5)</sup>. 6) Домовладыка могъ быть лишенъ отеческой власти *въ наказаніе* за нѣкоторыя преступленія: если подкинулъ подвластнаго или оставилъ его безъ помощи <sup>6)</sup>; за сводничество дочери <sup>7)</sup>, за вступленіе въ кровосмѣсительный бракъ <sup>8)</sup>. 7) *Приобрѣтеніе дѣтьми нѣкоторыхъ почетныхъ званій* <sup>9)</sup>. По классическому праву отеческая власть прекращалась съ полученіемъ подвластнымъ званія *flamen Dialis* или *virgo Vestalis*; по позднѣйшему праву такое значеніе имѣло полученіе званія епископа или патриція (которое давалось бывшимъ консуламъ, *praefecto praetorio* и *urbis, magistris militum* и *officiorum*). 8) *Отдача подвластнаго въ adoptio plena* (выше § 16).

<sup>28)</sup> L. 1 § 4 D. 38, 8.

<sup>29)</sup> L. 5 C. 8, 47.

<sup>1)</sup> pr. J. 1, 12. L. 10 D. 1, 7. L. 5 D. 1, 6.

<sup>2)</sup> 1 J. 1, 12.

<sup>3)</sup> 3 J. 1, 12.

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

<sup>5)</sup> 5 J. 1, 12.

<sup>6)</sup> L. 2 C. 8, 51.

<sup>7)</sup> L. 6 C. 11, 41. L. 12 C. 1, 4.

<sup>8)</sup> Nov. 12 c. 2.

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

9) *Эманципация* <sup>10)</sup>. Она совершается домовладыкой съ согласія подвластнаго, если только послѣдній не *infans*. Юстиніаново право знаетъ три способа совершенія эманципациі: 1) черезъ рескриптъ императора, который вносится въ судъ (*apud acta*), чтобы дать эманципированному возможность изъявить свое согласіе; это такъ наз. *emancipatio Anastasiana* <sup>11)</sup>; 2) черезъ заявленіе домовладыки, сдѣланное въ присутствіи подвластнаго и занесенное *apud acta*: *emancipatio Justinianeae* <sup>12)</sup>; 3) въ формѣ *emancipatio tacita*: отецъ фактически предоставляет подвластному свободу въ теченіе долгаго времени <sup>13)</sup>. — Эманципация подлежитъ *revocatio propter ingratitudinem* за *injuriae atroces* <sup>14)</sup>. — Она можетъ быть вынуждена: 1) если домовладыка дурно обращается съ подвластными <sup>15)</sup>; 2) если онъ принялъ по завѣщанію 3-го лица легатъ, съ которымъ соединенъ *modus* эманципировать кого-либо изъ подвластныхъ легатарія <sup>16)</sup>; 3) если *arrogatio* оказывается невыгодной для *impubes arrogatus* по достиженіи имъ *pubertas* (выше § 16 пр. 26). Между эманципаторомъ и эманципированнымъ возникаетъ особое отношеніе вродѣ патроната <sup>17)</sup>; *patens 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 оговорено <sup>18)</sup>, но когнатская связь сохраняется, если она не была простымъ слѣдствіемъ агнатства <sup>19)</sup>.

<sup>10)</sup> § 6—10 J. 1, 12.

<sup>11)</sup> L. 5 C. 8, 48.

<sup>12)</sup> L. 6 C. 8, 48.

<sup>13)</sup> L. 25 pr. D. 1, 7. L. 1 C. 8, 46.

<sup>14)</sup> L. 1 C. 8, 49.

<sup>15)</sup> L. 5 D. 37, 12.

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

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

<sup>18)</sup> L. 11 C. 6, 58.

<sup>19)</sup> 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 извѣстныхъ причинъ не можетъ совсѣмъ или въ достаточной мѣрѣ заботиться 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 передаетъ въ его руки управленіе имуществомъ полвластнаго (*bona adv. reg.*), и лишь въ немногихъ случаяхъ для этой цѣли назначается попечительство (*res. castrense, bona adv. irreg.*), при чемъ и къ этой должности, по общему правилу, призывается въ первую очередь домовладыка.

II. Характеръ института, главною цѣлью котораго является забота о личности и имуществѣ нуждающагося въ защитѣ лица, *tutela* и *cura* приняли не сразу. Изъ исторіи римскаго права извѣстно, что первоначально *tutela* и *cura* имѣли характеръ власти — *potestas* — и сводилась къ праву опекуна завѣдывать имуществомъ опекаемаго. Моментъ обязанности относился къ области нравовъ, какъ *officium* (выше § 1 пр. 3). *Tutela* и *cura* поручались по закону ближайшимъ родственникамъ и наслѣдникамъ подопечнаго лица, и юридически ихъ задача состояла въ сохраненіи имущества въ цѣлости въ интересахъ самихъ опекуновъ-наслѣдниковъ, на случай смерти опекаемаго. Съ теченіемъ времени характеръ обоихъ институтовъ измѣнился. На первый планъ стали обязанности опекуновъ, а не ихъ права. Начали сознавать, что забота о личныхъ и имущественныхъ интересахъ слабыхъ лицъ составляетъ обязанность общества. Соотвѣтственно съ этимъ, на ряду съ *tutela legitima agnatorum* и *tutela testamentaria*, извѣстными древнему праву, явилась *tutela ex lege Atilia* (ниже § 19, II, 1, с.). Установлены были особыя власти, заботившіяся о назначеніи опекуновъ къ лицамъ, нуждавшимся въ нихъ, и контролировавшія дѣятельность назначенныхъ опекуновъ. Права опекуновъ надъ имуществомъ опекаемаго были сужены, и была установлена строгая отчетность. Подобныя же перемѣны постигли институтъ попечительства. Соотвѣт-

ственно этимъ измѣненіямъ въ характерѣ опеки мы находимъ въ Дигестахъ слѣдующее опредѣленіе *tutela*, взятое Павломъ у республиканскаго юриста Сервія Сульпиція 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, недостижшими *pubertas—tutela impuberum*. Существовавшая прежде *tutela mulierum* исчезла въ концѣ классическаго періода <sup>1)</sup>. *Cura* назначалась во многихъ случаяхъ: какъ *cura minorum, furiosi, prodigi, debilium personarum* (лица, слабыя по физическимъ причинамъ и т. д.). Различія въ положеніи куратора и тьютора въ общемъ незначительны <sup>2)</sup>. 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 признается за особую юридическую сдѣлку, но составляетъ часть сдѣлки, заключаемой подопечнымъ; онъ долженъ быть поэтому совершенъ непосредственно при заключеніи сдѣлки, устно, и не можетъ быть оговоренъ условіемъ <sup>3)</sup>; *curator*, напротивъ, сообщаетъ силу сдѣлкамъ подопечнаго посредствомъ *consensus curatoris*; это—актъ неформальный, который составляетъ самъ отдѣльную сдѣлку и можетъ быть совершенъ до и послѣ совершенія сдѣлки подопечнымъ; если нужно, то *consensus curatoris* дается подъ условіемъ <sup>4)</sup>. Остальныя различія между опекуномъ и попечителемъ будутъ указаны въ дальнѣйшемъ изложеніи, при которомъ мы объединяемъ оба института; это болѣе соответствуетъ, по нашему мнѣнію, характеру юстиніанова права <sup>5)</sup>.

## § 19. Призваніе къ опекѣ и попечительству.

I. *Поводъ къ установленію опеки.* Прежде всего, необходимо, чтобы существовало нуждающееся въ защитѣ лицо. 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 страдающія тѣлесными недугами лица (*debiles personae*); ихъ интересамъ служитъ *cura debilium personarum* <sup>1)</sup>.

II. *Порядокъ призванія.* Онъ различенъ, смотря по виду опеки или попечительства. 1) *Tutela impuberum*. Порядокъ призванія къ опекѣ надъ малолѣтними тройкій:

1) *Girard* стр. 220.

2) Въ чемъ состоитъ внутреннее основаніе для различія между *tutela* и *cura*, — вопросъ спорный, см. *Baron* § 369. *Girard* стр. 201 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. *Derenburg* III § 41.

а) *Tutela testamentaria*.<sup>2)</sup> Домовладыка такого *impuberis*, который въ силу смерти домовладыки долженъ сдѣлаться *persona sui juris*, могъ, въ завѣщаніи или кодициллѣ, подтвержденномъ въ завѣщаніи, назначить этому подвластному опекуна<sup>2а)</sup>. Такъ какъ назначеніе опекуна не возлагаетъ на *heres* а никакой тягости, то оно можетъ предшествовать назначенію наслѣдника. *Tutor* могъ быть данъ *ad certum tempus, ex certo tempore* и *sub condicione* (L. 8 § 1—3 D. 26, 2. § 3 J. 1, 14). Назначенный въ завѣщаніи домовладыки опекунъ *ipso jure* дѣлается опекуномъ по вступленіи наслѣдника въ наслѣдство<sup>3)</sup>, если только назначеніе опекуна удовлетворяло слѣдующимъ дальнѣйшимъ условіямъ: 1) чтобы *tutor testamentarius* былъ обозначенъ въ завѣщаніи индивидуально (*persona incerta* [напр. *qui primus ad funus meum venerit*] при Юстиніанѣ могла быть назначена *heres*’омъ и легатаріемъ, но не опекуномъ<sup>4)</sup>); 2) чтобы онъ имѣлъ *testamenti factio passiva*<sup>5)</sup>, и 3) чтобы самое назначеніе было сдѣлано относительно всего имущества, но не отдѣльныхъ дѣлъ и актовъ<sup>6)</sup>. При отсутствіи нѣкоторыхъ изъ указанныхъ реквизитовъ можетъ наступить такъ назыв. *tutela confirmatoria*, которая часто называется также *tutela testamentaria imperfecta*: лицо, назначенное въ опекуны, *ipso jure* не дѣлается опекуномъ, но утверждается въ должности опекуна магистратомъ (*confirmatio*). Это допускается при наличности слѣдующихъ обстоятельствъ: α) опекуна назначилъ законный отецъ, но онъ не имѣлъ *patria potestas* или его завѣщаніе, либо кодициллъ недѣйствительны<sup>7)</sup>; β) *pater naturalis* назначилъ опекуна къ несовершеннолѣтнему ребенку отъ конкубины, оставивъ ему часть своего имущества по завѣщанію<sup>8)</sup>; γ) мать *impuberis* назначила опекуна, назначивъ вмѣстѣ съ тѣмъ *impubes*’а своимъ *heres ex testamento*<sup>9)</sup>; δ) постороннее лицо назначило опекуна къ малолѣтнему, и въ то же время назначило самого малолѣтняго своимъ *heres*, причемъ малолѣтній не обладаетъ инымъ имуществомъ, кромѣ этого наслѣдства<sup>10)</sup>. 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 магистратомъ<sup>11)</sup>; съ этого момента для него течетъ срокъ экскузаціи<sup>12)</sup>, и съ этого момента онъ можетъ управлять<sup>13)</sup>; но тѣмъ не менѣе онъ приравнивается въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ къ *tutor testamentarius* и осво-

<sup>2)</sup> Повидимому римскіе юристы называли ее также *tutela dativa* (Gai I, 154 и Ulp. 11, 14. Ср. Inst. 1, 14. Остальные мѣста допускаютъ различное толкованіе). Обыкновенно этотъ терминъ относятъ къ *tutor Atilianus*.

<sup>2а)</sup> L. 2, 3 pr. D. 26, 2. § 3 J. 1, 13. Самъ полновластный можетъ быть эксгередированъ домовладыкой L. 4 D. 26, 2.

<sup>3)</sup> L. 9 D. 26, 2.

<sup>4)</sup> L. 20 pr. D. 26, 2. § 27 J. 2, 20.

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

<sup>6)</sup> L. 12—15 D. 26, 2. § 4 J. 1, 14.

<sup>7)</sup> L. 1 § 1. L. 3 D. 26, 3. L. 2 C. 5, 29.

<sup>8)</sup> 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).

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

<sup>10)</sup> L. 4, 5 D. 26, 3.

<sup>11)</sup> L. 26 § 2 D. 26, 2. L. 18 § 1 D. 48, 10.

<sup>12)</sup> L. 2 C. 5, 29.

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



бождается отъ *satisfactio rem pupilli salvam fore* (см. § 21, III) <sup>14)</sup>, а въ случаѣ отказа отъ опеки онъ теряетъ то, что ему оставлено по завѣщанію <sup>15)</sup>.

b) *Tutela legitima*. Къ опекѣ призываются ближайшіе наслѣдники *impuberis ab intestato*, слѣдовательно, со времени Nov. 118 <sup>16)</sup> когнаты (на ряду съ агнатами). Эта опека открывается въ слѣдующихъ случаяхъ: α) если *tutor testamentarius* не назначенъ; β) если назначеніе опекуна нецѣлѣугодно и притомъ даже *confirmatio* его черезъ магистрата невозможна <sup>17)</sup>; γ) если назначеніе по завѣщанію лишено силы благодаря прибавленію къ нему условія или срока (*pendente condicione* и до наступленія *dies ex quo* магистратомъ назначается особый *tutor* <sup>18)</sup>; δ) если *tutor testamentarius* умеръ до достиженія опекаемымъ совершеннолѣтія <sup>19)</sup>. Если же *tutor testamentarius* относительно неспособенъ къ опекѣ (§ 20, II), если онъ отказывается отъ опеки или устраняется отъ нея опекунскими учрежденіями, то наступаетъ не *tutela legitima*, а *tutela* по назначенію магистрата <sup>20)</sup>.

c) *Tutela* по назначенію магистрата (прежде ее часто называли *t. dativa*.) Начиная съ *lex Atilia* (неизв. вр.) <sup>21)</sup>, изданной для Рима, и *lex Julia et Titia* (723 г.) <sup>22)</sup>, 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*. Эта *tutela* наступаетъ: α) если нѣтъ на лицо ни завѣщательнаго назначенія, ни родственника, имѣющаго права на *tutela legitima* <sup>23)</sup>; β) пока неизвѣстно, наступитъ ли *tutela testamentaria* или *legitima* (напр., *pendente condicione* завѣщательнаго назначенія; (выше прим. 18); γ) если *tutor testamentarius* или *legitimus* отказался, признанъ относительно неспособнымъ къ веденію опеки или устраненъ отъ опеки (выше прим. 20); δ) въ нѣкоторыхъ случаяхъ, когда временное препятствіе не позволяетъ наличному опекуну вести опеку (должна быть заключена сдѣлка съ опекаемымъ, но опекунъ находится во временномъ отсутствіи *rei publ. causa* <sup>24)</sup>). Магистратъ назначаетъ опекуна изъ числа способныхъ къ опекѣ лицъ послѣ *inquisitio* о его годности <sup>25)</sup>. Нѣкоторымъ лицамъ вмѣнено въ обязанность въ теченіе года извѣщать магистрата о необходимости назначить опекуна и предложить кандидатовъ (*tutoris postulatio*); сюда относятся *heredes ab intestato* или пупиллярный субститутъ малолѣтняго лица. Если они не исполняютъ этой обязанности, они лишаются наслѣдственныхъ правъ послѣ малолѣтняго въ томъ случаѣ, буде онъ умретъ, не достигши *pubertas* <sup>26)</sup>.

<sup>14)</sup> L. 2, 3, 11 § 1 D. 26, 3.

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

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

<sup>17)</sup> L. 6 D. 26, 4. L. 10 пр. § 3 L. 11 D. 26, 2.

<sup>18)</sup> L. 10 пр. L. 11 пр. D. 26, 2. L. 9 § 2 D. 27, 3. § 1 J. 1, 20.

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

<sup>20)</sup> 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.

<sup>21)</sup> *Girard* стр. 205 пр. 4 относить ее ко времени 387—568 г. Ср. *Accarius* I стр.

345 сл.

<sup>22)</sup> Ср. впрочемъ *Girard* стр. 205 пр. 5.

<sup>23)</sup> Pr. J. 1, 20.

<sup>24)</sup> § 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.

<sup>25)</sup> L. 21 § 5 D. 26, 5. L. 5 C. 5, 34.

<sup>26)</sup> Dig. 26, 6. Cod. 5. 31. L. 2 § 23—47 D. 38, 17. L. 10 C. 6. 5<sup>с</sup>. L. 3. 6 C. 6, 56.

2) *Cura minorum*. Въ общей части уже было указано (§ 23, II), что *minores XXV annis*, которые желали придать полную силу своимъ сдѣлкамъ, могли со времени Марка Аврелія испрашивать себѣ куратора на все время до достиженія 25 лѣтъ, и что въ нѣкоторыхъ случаяхъ они принуждались испрашивать себѣ кураторовъ. Испрашивание кураторовъ такими лицами сдѣлалось общимъ обычаемъ въ позднѣйшемъ Римѣ. Назначается *curator minoris* всегда по декрету магистрата, завѣдующаго опекунскими дѣлами. *Curator minoris*, назначенный въ завѣщаніи отца несовершеннолѣтняго, все же дѣлается кураторомъ лишь послѣ его *confirmatio* по декрету магистрата<sup>27)</sup>.

3) *Cura furiosi*. По XII таблицамъ она принадлежитъ ближайшему агнату въ качествѣ *cura legitima*<sup>28)</sup>; преторъ сталъ назначать кураторовъ по своему выбору, въ случаѣ отсутствія агнатовъ или ихъ неспособности<sup>29)</sup>. *Curator*, назначенный въ завѣщаніи отца, нуждается въ *confirmatio* магистрата<sup>30)</sup>.

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

5) *Cura debilitum personarum* назначается этимъ лицамъ магистратомъ по ихъ просьбѣ<sup>35)</sup>.

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

I. Неспособность быть опекуномъ можетъ быть абсолютной или относительной. А. *Абсолютная неспособность*. Призваніе къ опекѣ лицъ абсолютно неспособныхъ считается ничтожнымъ, и если за опеку взялось такое лицо, подопечный считается не имѣющимъ опекуна. Сюда относятся: 1) *Женщины*<sup>1)</sup>. 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 откажутся отъ льготъ въ пользу женщинъ (напр. отъ *ex Sceti Vellejani*) и пока не вступятъ во второй бракъ<sup>2)</sup>. 2) *Епископы и монахи*. Остальные духовныя лица могутъ быть

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.

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) *Pauli Sent.* 3, 4a, 7. L. 1. D. 27, 10 *Girard* стр. 224.

34) L. 16 § 3 D. 27, 10.

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

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

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

tutores legitimi, если согласятся на это <sup>3)</sup>. 3) *Солдаты*, если они не призваны по завѣщанію товарища <sup>4)</sup>. 4) *Impuberes* и *minores XXV annis* неспособны къ tutela legitima и не могутъ быть назначены магистратомъ <sup>5)</sup>; если *minores* назначены опекунами въ завѣщаніи, то временно назначается для завѣдыванія порученной имъ опекой tutor по выбору магистрата <sup>6)</sup>.

*В. 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, excusatio necessaria). Такими являются слѣдующія лица: 1) *Душевнобольные*, глухіе, нѣмые, слѣпые и прочія лица, неспособныя къ веденію дѣлъ вслѣдствіе физическихъ недостатковъ <sup>7)</sup>. 2) *Кредиторы и должники опекаемаго* <sup>8)</sup>. Лицо, ведущее *controversia status* съ пупиломъ или его отцомъ <sup>9)</sup>. 3) Лица, исключенныя въ силу спеціальнаго запрета родителей подопечнаго <sup>10)</sup>. 4) *Мужъ* по отношенію къ женѣ, *женухъ* по отношенію къ невѣстѣ, *свекоръ* по отношенію къ невѣсткѣ <sup>11)</sup>. 5) *Кровный врагъ отца* опекаемаго <sup>12)</sup>; лицо, пытавшееся попасть въ опекуны при помощи происковъ и подкупа <sup>13)</sup>, и вообще всякое лицо, управленіе котораго грозитъ опасностью для опекаемаго <sup>14)</sup>.

II. Каждое способное лицо, которому тѣмъ или инымъ путемъ открылась опека, *обязано* принять ее, какъ *munus publicum* <sup>15)</sup>; оно дѣлается по этому ipso jure опекуномъ съ момента призванія къ опекѣ <sup>16)</sup>. Эта обязанность не существуетъ только для матери и бабки и для духовныхъ лицъ, о которыхъ мы говорили въ этомъ § подъ рубрикой I, А; эти лица имѣютъ право быть опекунами, если пожелаютъ, но не обязаны къ тому <sup>17)</sup>. Однако отъ этой обязанности можно освободиться, приведя какое-либо законное основаніе (excusatio) <sup>18)</sup>. Эти excusationes сводятся къ слѣдующимъ: 1) *Три опеки*, принятыя не добровольно <sup>19)</sup>. 2) *Наличность 3 дѣтей* въ Римѣ, 4—въ Италіи, 5—въ провинціяхъ <sup>20)</sup>. 3) *Крайняя бѣдность*, при которой

<sup>3)</sup> Nov. 123 c. 5.

<sup>4)</sup> L. 4 C. 5, 34. L. 23 § 1 D. 27, 1.

<sup>5)</sup> L. 5 C. 5, 30. § 13 J. 1, 25.

<sup>6)</sup> § 2 J. 1, 14. L. 32 § 2 D. 26, 2.

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

<sup>8)</sup> Nov. 72 c. 1—4 *Хвостовъ*, Нат. обяз. стр. 430 сл.

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

<sup>10)</sup> L. 21 § 2 D. 26, 5. L. 1 C. 5, 47.

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

<sup>12)</sup> L. 3 § 12 D. 26, 10. § 11 J. 1, 25.

<sup>13)</sup> L. 21 § 6 D. 26, 5.

<sup>14)</sup> L. 3 § 12 D. 26, 10.

<sup>15)</sup> L. 1 pr. D. 26, 7. pr. J. 1, 25. *Accarias* 1 стр. 317 пр. 6 Общ. ч. § 24, VII (о понятіи *munus*).

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

<sup>17)</sup> Nov. 94 c. 1 Nov. 123 c. 5.

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

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

<sup>20)</sup> L. 2 § 2—8 D. 27, 1. Pr. J. 1, 25.

все время уходитъ на добываніе средствъ къ существованію <sup>21)</sup>; болѣзнь <sup>22)</sup>, неграмотность <sup>23)</sup>, возрастъ свыше 70 лѣтъ <sup>24)</sup>. 4) *Занятіе публичной или духовной должности* <sup>25)</sup>, управленіе имуществомъ фиска или императора <sup>26)</sup>, отсутствіе rei publicae causa <sup>27)</sup>, занятіе преподаваніемъ наукъ или врачебной практикой <sup>28)</sup>, принадлежность къ нѣкоторымъ римскимъ цехамъ <sup>29)</sup>. 5) *Бывшій опекунъ* можетъ отказаться отъ cura minoris надъ тѣмъ же лицомъ, когда послѣднее достигнетъ pubertas <sup>30)</sup>. 6) Лицо, отбывшее полный срокъ *военной службы* (20 лѣтъ) и получившее почетную отставку <sup>31)</sup>. 7) Лицо, назначенное отцомъ *пупилла изъ вражды* <sup>32)</sup>. 8) Чрезмѣрная отдаленность подлежащаго опеке имущества <sup>33)</sup>. Всѣ эти основанія должны быть заявлены опекунской власти въ теченіе извѣстнаго срока (не менѣе 50 дней; если опекунъ живетъ далеко отъ мѣстонахожденія магистрата, срокъ удлиняется <sup>34)</sup>). Магистратъ долженъ разсмотрѣть дѣло также въ короткій срокъ (4 мѣсяца) <sup>35)</sup>. На время процесса магистратъ долженъ назначить tutor'a по своему выбору <sup>36)</sup>.

III. Лицо, назначенное опекуномъ и не представившее достаточной excusatio, должно установить *satisfactio rem pupilli salvam fore* (Dig. 46, 6. Cod 5, 42) и составить *инвентарь* <sup>37)</sup>. Отъ обязанности къ satisfactio освобождаются лишь tutor testamentarius и tutor ex inquisitione confirmatus (§ 19, II, I a <sup>38)</sup>). Кромѣ того, всякій опекунъ и попечитель должны принести *присягу*, что будутъ добросовѣстно вести дѣла <sup>39)</sup>.

## § 21. Управление дѣлами по опеке или попечительству.

I. *На опекуна impuberis* лежитъ обязанность заботиться о личности опекаемаго, въ частности о его воспитаніи. Самое воспитаніе возлагается, по общему правилу, на мать, а если ея нѣтъ или она не въ состояніи вести его — на другихъ родныхъ или свойственниковъ опекаемаго по выбору магистрата <sup>1)</sup>; но опекунъ долженъ слѣдить за воспитаніемъ <sup>2)</sup> и давать средства на содер-

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 pr. D. 27, 1. L. 10 C. 5, 62.

27) L. 10 pr. — § 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 pr. § 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.

27) 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.

жаніе опекаемаго изъ его имущества въ размѣрахъ, опредѣленныхъ отцомъ опекаемаго или магистратомъ <sup>3)</sup>. *Curator furiosi* обязанъ заботиться о томъ, чтобы опекаемый пользовался врачами, и чтобы къ нему были назначены *custodes* <sup>4)</sup>.

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

Прежде разсмотримъ обязанности опекуна. Опекунъ долженъ примѣнять къ дѣламъ опеки *diligentia quam suis* и отвѣчаетъ за *culpa in concreto* <sup>5)</sup>. Его наслѣдники могутъ быть привлечены къ отвѣтственности лишь за его *dolus*; это не относится, конечно, къ процессамъ, начатымъ еще при жизни опекуна <sup>6)</sup>.

Управляя имуществомъ опекунъ долженъ заботиться: 1) *О сохраненіи въ цѣлости* имущества опекаемаго. Для этого онъ обязанъ принимать не только всѣ необходимыя фактическія мѣры (напр., положить цѣнныя вещи въ надежное мѣсто на храненіе <sup>7)</sup>), но и юридическія: онъ долженъ отчудить всѣ ненужныя и подверженныя порчѣ вещи <sup>8)</sup>, взыскать по требованіямъ сомнительной надежности <sup>9)</sup>, уплатить наиболѣе тягостныя долги <sup>10)</sup>. 2) *Объ увеличеніи* имущества опекаемаго. Онъ долженъ стараться извлекать нормальный доходъ изъ имущества опекаемаго, какой только можетъ быть извлеченъ безъ исключительной затраты силъ и времени со стороны опекуна (напр., лично вести доставшееся по наслѣдству торговое дѣло онъ не обязанъ: достаточно позаботиться о томъ, чтобы опекаемый получалъ нормальный процентъ съ торговаго капитала <sup>11)</sup>). Въ частности существуютъ детальныя предписанія о денежныхъ капиталахъ: опекунъ долженъ приобрѣсти на нихъ земельныя участки <sup>12)</sup> или, если это невыполнимо, отдать ихъ въ ростъ <sup>13)</sup>; если онъ не сдѣлаетъ этого, то онъ долженъ уплатить обычныя по мѣстнымъ условіямъ проценты изъ своего имущества <sup>14)</sup>. По праву Новеллъ (*Nov. 72, c. 6—8*) опекунъ, впрочемъ, освобождается совсѣмъ отъ обязанности отдавать деньги въ ростъ, если опекаемый получаетъ изъ другого источника достаточный доходъ для покрытія необходимыхъ расходовъ. Если опекунъ нечестно затратить деньги опекаемаго на свои нужды, то онъ платитъ высшіе дозволенные проценты <sup>15)</sup>.—Наконецъ, опекунъ не долженъ упускать случая приобрѣсти наслѣдство, легаты и даренія, открывающіеся опекаемому <sup>16)</sup>; принимая наслѣдство, онъ долженъ, однако, принимать въ расчетъ, будетъ ли оно выгодно для опекаемаго <sup>17)</sup>.

<sup>3)</sup> L. 2. 3. 6. D. 27, 2. L. 1. 2. C. 5, 50.

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

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

<sup>6)</sup> L. 12. 49. D. 44, 7. L. 1. C. 5, 54. *Dernburg III, § 52.*

<sup>7)</sup> L. 22. 24. C. 5, 37. L. 3. C. 5, 38.

<sup>8)</sup> L. 7 § 1. D. 26, 7.

<sup>9)</sup> L. 15. D. 26, 7.

<sup>10)</sup> L. 9 § 5. D. 26, 7.

<sup>11)</sup> L. 47 § 6. D. 26, 7.

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

<sup>13)</sup> L. 7 § 3. D. 26, 7. L. 24. C. 5, 37.

<sup>14)</sup> L. 7 § 11. L. 15. D. 26, 7.

<sup>15)</sup> L. 7 § 10. D. 26, 7. L. 1 C. 5, 56.

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

<sup>17)</sup> L. 11. D. 37, 1.

По окончаніи опеки опекунъ представляет отчетъ опекаемому о своемъ управленіи <sup>18)</sup>. Опекаемый имѣеть по поводу всѣхъ своихъ притязаній *actio tutelae directa* въ случаѣ *tutela* <sup>19)</sup>, а въ случаѣ *cura*—искъ, который большею частью именуется *a. negotiorum gestorum directa*, иногда—*curationis iudicium* <sup>20)</sup>. По поводу *tutela* искъ вчинается всегда по окончаніи опеки <sup>21)</sup>, а при *cura* искъ можетъ быть предъявленъ и во время веденія опеки, поскольку онъ не имѣеть своимъ предметомъ выдачу имущества, находящагося въ завѣдываніи попечителя <sup>22)</sup>. 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 реишерсекуторной *condictio furtiva* и съ *a. tutelae*; но штрафная *a. furti* дается рядомъ съ нимъ, „*et altera alteram non tollit*“; противъ наслѣдниковъ этотъ искъ не дается <sup>23)</sup>. При *tutela*, *cura minoris* и *furiosi* требованія опекаемаго обезпечены законной *ипотекой* на все имущество опекуна <sup>24)</sup>.

III. Права опекуна по управленію имуществомъ опекаемаго ограничены. Именно, онъ стѣсненъ въ правѣ *отчужденія* вещей опекаемаго. Сперва опекуны не могли совершать только дареній, но могли принимать уплату по долгамъ и производили всякія возмездныя отчужденія. Но они были стѣснены въ этомъ отношеніи еще при языческихъ императорахъ, а въ законодательствѣ Юстиніана ихъ правомочія были точно оговорены <sup>25)</sup>. Ничтожны даренія, совершаемыя опекуномъ <sup>26)</sup>, поскольку они не были неизбѣжны въ силу требованій приличія и добрыхъ нравовъ <sup>27)</sup>. Далѣе, ничтожны всѣ возмездныя отчужденія, сдѣланныя опекуномъ, если они не касаются вещей малоцѣнныхъ, лишникъ, скоро портящихся <sup>28)</sup>; чтобы быть дѣйствительнымъ, всякое другое отчужденіе должно быть сдѣлано на основаніи особаго декрета магистрата <sup>29)</sup>. Магистратъ можетъ мотивировать свой декретъ: а) необходимостью отчужденія вещи для погашенія долговъ опекаемаго <sup>30)</sup>, или б) необходимостью установленія приданого <sup>31)</sup>, или в) вообще какой-либо крайнею „*necessitas*“ <sup>32)</sup>. Всякое отчужденіе, сдѣланное вопреки этимъ правиламъ, признается ничтожнымъ <sup>33)</sup>, и опекаемый имѣеть выборъ между *a. tutelae* или *iudicium curationis* къ опекуну объ убыткахъ <sup>34)</sup> и *rei vindicatio* къ третьему владѣльцу отчужденной вещи <sup>35)</sup> (при этомъ третьему владѣльцу опекаемый долженъ выдать все

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) *Баронъ*, § 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 пр. § 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 *Баронъ*, § 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.

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.

обогащеніе, полученное имъ благодаря отчужденію <sup>36)</sup>. Даже уплата долга, сдѣланная должникомъ опекаемаго опекуну, который не имѣетъ отъ магистрата особаго полномочія на полученіе уплаты, не лишаетъ опекаемаго его права требованія, которое должникъ хотѣлъ погасить своей уплатой <sup>37)</sup>. Отчужденіе, сдѣланное опекуномъ безъ декрета, получаетъ, впрочемъ, полную силу, если опекаемый подтвердить его по окончаніи опеки <sup>38)</sup>, или если онъ *въ теченіе 5 лѣтъ по окончаніи опеки не потребуетъ, чтобы отчужденіе было признано ничтожнымъ* <sup>39)</sup>.

IV. Самая форма управленія опекою различна, смотря по роду tutela и суга и по степени умаленія дѣеспособности опекаемаго. Infans и furiosus вполнѣ недѣеспособны, и потому опекуны сами совершаютъ за нихъ всѣ сдѣлки; если сдѣлка не допускаетъ представительства, то она вообще не можетъ быть совершена <sup>40)</sup>. Напротивъ, impuberes infantia majores, minores XXV annis, prodigi въ извѣстныхъ предѣлахъ (указанныхъ въ § 23 Общей части), вполнѣ дѣеспособны. Въ этихъ предѣлахъ они могутъ дѣйствовать лично. Остальныя сдѣлки, способныя уменьшить имущество опекаемаго, опекуны можетъ: 1) совершить за нихъ, если эти сдѣлки допускаютъ представительство, или же, 2) придать силу сдѣлкамъ, совершаемымъ самими опекаемыми, своею auctoritatis interpositio при tutela, или выраженіемъ consensus при суга (разница указана въ § 18 выше); это неизбѣжно, если сдѣлка не допускаетъ представительства.—Если опекаемый совершитъ безъ содѣйствія опекуна обязательственную сдѣлку, къ заключенію которой онъ не вполнѣ дѣеспособенъ, то онъ отвѣчаетъ по ней civiliter (т.-е. противъ него возникаетъ искъ) въ размѣрахъ его обогащенія отъ этой сдѣлки <sup>41)</sup>; въ остальной же части противъ него возникаетъ только obligatio naturalis (т.-е. обязательство, лишенное иска <sup>42)</sup>). Конечно, всѣ иски противъ 3-хъ лицъ, приобретенные при управленіи имуществомъ опекаемаго, опекуны долженъ переуступить опекаемому по окончаніи опеки <sup>43)</sup>.

V. Обязанности опекаемаго. Онъ долженъ возмѣстить опекуну полезныя издержки, которыя опекуны затратилъ на дѣла опекаемаго изъ своего имущества, при томъ начисляя на ихъ проценты <sup>44)</sup>. Кромѣ того, онъ долженъ принять на себя обязательства, субъектомъ конхъ сталъ опекуны при веденіи дѣлъ опеки <sup>45)</sup>. Вознагражденіе за веденіе дѣлъ онъ долженъ уплатить опекуну лишь въ случаѣ особаго распоряженія магистрата, отца опекаемаго или соопекуновъ <sup>46)</sup>. По поводу своихъ претензій къ подопечному опекуны имѣетъ *a. tutelae contraria* или (при суга) *a. neg. gest. contraria*; кромѣ того, онъ можетъ осуществить ихъ путемъ exceptio противъ иска опекаемаго.

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.

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

45) L. 6 D. 27, 4.

46) L. 33 § 3 D. 26, 7. L. 1 § 6 D. 27, 3.

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

I. Къ имуществу одного подопечнаго могутъ быть назначены *нѣсколько опекуновъ или кураторовъ*. Отношенія между ними бываютъ различны. 1) Каждый опекунъ можетъ быть *призванъ* къ опредѣленной, по мѣсту или по объекту, дѣятельности (напр., опекунъ представляетъ какъ *excusatio*, что одно изъ помѣстій опекаемаго расположено очень далеко, и для этого помѣстья назначается особый опекунъ; отдѣльный опекунъ назначается 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 нѣсколькими изъ нихъ. 3) Каждый *призванъ* для веденія всей опеки и *управленіе* остается нераздѣльнымъ. — Въ первомъ случаѣ каждый опекунъ дѣйствуетъ въ своей области совершенно независимо и одинъ за другого не отвѣчаетъ <sup>1)</sup>. Во второмъ случаѣ каждый обязанъ и управомоченъ къ управленію, насколько оно ему поручено. Опекунъ, ведущій управленіе, называется *tutor gerens*, а остальные — *tutores honorarii*. Послѣдніе обязаны слѣдить за управленіемъ перваго и отвѣчаютъ за вину управляющаго опекуна, если допустили упущеніе въ надзорѣ за нимъ. Но они отвѣчаютъ лишь въ случаѣ несостоятельности виновнаго опекуна и магистрата, его назначившаго <sup>2)</sup>. Въ третьемъ случаѣ, каждый изъ опекуновъ можетъ управлять всей опекой <sup>3)</sup>, но *veto* cadaго коллеги лишаетъ его распоряженія силы <sup>4)</sup>; за вину коллеги каждый отвѣчаетъ солидарно, т. к. самъ могъ выполнить дѣло, небрежно исполненное коллегой; но привлеченный къ отвѣтственности опекунъ можетъ требовать *cessio* ему исковъ противъ соопекуновъ <sup>5)</sup>. — Дѣленіе управленія или переносъ его на одного изъ соопекуновъ можетъ быть сдѣлано съ юридическою силою только магистратомъ <sup>6)</sup>; послѣдній принимаетъ при этомъ во вниманіе завѣщательныя распоряженія отца пупилла, мнѣніе большинства опекуновъ, и вообще степень обезпеченности интересовъ пупилла <sup>7)</sup>.

II. Кромѣ опекуновъ, соопекуновъ и магистрата, за результаты веденія опеки отвѣчаютъ еще нѣкоторыя лица, а именно: 1) *Поручители*, данные при представленіи *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 confirmatoria*) или разслѣдованіе при назначеніи *tutor*'а отъ себя <sup>8)</sup>. 3) *Postulatores*, т.-е. тѣ лица, которыя предложили извѣстное лицо въ опекуны добровольно или исполняя

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. См. *Dernburg* III § 42 пр. 9.

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.

8) L. 4 § 3 D. 27, 7.



свою обязанность (*heredes ab intestato* и популярный субститут опекаемого)<sup>9)</sup>, за исключеніем матери опекаемого<sup>10)</sup>. 4) *Nominatores*, т.-е. низшіе муниципальные магистраты, которымъ опекунскіе магистраты вѣрили въ обязанность отыскать кандидатовъ для опеки въ своихъ муниципіяхъ<sup>11)</sup>.

Порядокъ отвѣтственности всѣхъ этихъ лицъ слѣдующій: 1) прежде всего отвѣчаетъ *tutor* или *curator gerens*; 2) при его несостоятельности привлекаются къ отвѣтственности его поручители<sup>12)</sup>; 3) наряду съ поручителями отвѣчаютъ *affirmatores* и *postulatores*<sup>13)</sup>; 4) далѣе слѣдуютъ соопекуны, если управление не было раздѣлено<sup>14)</sup>; 5) опекунскіе магистраты (въ томъ числѣ и *nominatores*)<sup>15)</sup>; 6) соопекуны, если управление было раздѣлено<sup>16)</sup>.

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*“<sup>17)</sup>).

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*<sup>18)</sup>, но если онъ знаетъ, что онъ не состоитъ опекуномъ, то онъ отвѣчаетъ за *omnis culpa*<sup>19)</sup>. Иски между *protutor* омъ и опекаемымъ называются *a. protutelae directa* и *contracta*<sup>20)</sup>. Если надъ опекаемымъ вообще невозможна была опека (онъ уже рube или еще не родился), то къ дѣятельности *protutor* а примѣняются правила *negot. gestio*<sup>21)</sup>. По отношенію къ третьимъ лицамъ *protutor* не можетъ обязывать пупилла, не имѣя никакого полномочія на то. Третьи лица могутъ испросить у претора возстановленія (*in integrum restitutio*) тѣхъ исковъ, которые они консумировали, по заблужденію вчинивъ ихъ противъ пупилла *falso tutore auctore*<sup>22)</sup>. Если *protutor* умышленно (*dolo malo*) далъ *auctoritas* для сдѣлки третьихъ лицъ съ пупилломъ или для процесса этихъ лицъ съ пупилломъ, то потерпѣвшія отъ этого третьи лица взыскиваютъ свои убытки съ него посредствомъ *a. in factum*<sup>23)</sup>.

## § 23. Прекращеніе опеки и попечительства. Опекунскія власти.

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

A. Опекаемая касаются слѣдующія обстоятельства: 1) Всякая опека

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

10) L. 1 C. 5, 46.

11) L. 1 § 5. 10. D. 27, 3. 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.

или попечительство прекращается, когда подопечный умирает или претерпѣваетъ *capitis dem. maxima, media* или *minima* <sup>1)</sup>. 2) *Tutela impuberum* прекращается, когда опекаемый достигаетъ *pubertas*; *cura minorum* оканчивается по достиженіи опекаемымъ 25 лѣтъ или по полученіи имъ *venia aetatis* <sup>2)</sup>; *cura furiosi* и *prodigi* приходятъ къ концу по выздоровленіи опекаемаго <sup>3)</sup> или по прекращеніи его расточительности <sup>4)</sup>; *cura debiliun personarum* прекращается по просьбѣ этихъ лицъ, вслѣдствіе которой издается особый декретъ магистрата.

В. Основанія прекращенія опеки или попечительства могутъ касаться личности *опекунa*; въ этихъ случаяхъ необходимо назначеніе новаго опекуна или куратора, и прекратившаяся опека смѣняется другой. Это бываетъ: 1) когда опекунъ или кураторъ умираетъ, претерпѣваетъ *cap. dem. magna*, дѣлается неспособнымъ къ опекѣ <sup>5)</sup>; 2) когда наступаетъ резолютивное условіе, подъ которымъ данный опекунъ былъ назначенъ, когда наступаетъ установленный для его опекунства *dies ad quem*, или оканчивается та специальная потребность, для коей данный опекунъ былъ назначенъ (напр. для веденія тяжбы *пупилла* съ опекуномъ <sup>6)</sup>); 3) когда опекунъ получаетъ возможность отказаться отъ принятой уже опеки и воспользуется этой возможностью; право на отказъ отъ опеки наступаетъ въ случаѣ назначенія въ тайный совѣтъ *principis* <sup>7)</sup>, въ случаѣ тяжкой болѣзни, крайней бѣдности <sup>8)</sup>, отпавленія въ путешествіе за море *rei publicae causa* <sup>9)</sup>, измѣненія мѣстожителства съ разрѣшенія императора (знающаго объ опекѣ <sup>10)</sup>); 4) когда опекунъ устраняется отъ должности за допущенную имъ при веденіи опеки *culpa lata, dolus* <sup>11)</sup>, или вообще за полную неспособность къ опекунству <sup>12)</sup>; такое устраненіе производится магистратомъ или *ex officio* <sup>13)</sup>, или по особой жалобѣ (*accusatio suspecti tutoris*), которая можетъ быть предъявлена каждымъ гражданиномъ, даже женщиной <sup>14)</sup>. Она носила характеръ уголовнаго обвиненія (*crimen suspecti*).

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 <sup>15)</sup>, распредѣленіе *administrationis* между нѣсколькими опекунами, контроль за актами отчужденія и принятія платежей, устраненіе неблагонадежныхъ опекуновъ, и т. д. Въ роли опекунскихъ вла-

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. Ср. *Girard*, стр. 225 пр. 2.

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. Ср. *Girard*, стр. 213.

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.

стей въ Римѣ въ разное время выступали разные магистраты, начиная съ *lex Atilia* и *Julia et Titia*, т.-е. со времени изданія законовъ, которые ввели надзоръ магистратовъ за опеками. При Юстинианѣ въ Римѣ и Константинополѣ опекунскими властями являлись *praefectus urbi* для опекъ надъ *personae illustres* и *clarissimi*, и *praetor tutelaris*—для опекъ надъ остальными лицами; въ провинціяхъ опекунскими властями были *praesides* и ихъ легаты, которые завѣдывали опеками надъ состоятельными лицами, и муниципальные магистраты, которымъ подлежало завѣдываніе опеками надъ лицами, имущество которыхъ не превышало 500 солидовъ <sup>16)</sup>. — Отвѣтственность этихъ властей очень ограничена. Выше уже было указано (§ 22, II), что они отвѣчаютъ только субсидіарно, послѣ ряда другихъ лицъ. Въ частности муниципальные магистраты отвѣчаютъ только въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) если они вообще 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*) <sup>17)</sup>. — Искъ пушпа къ магистрату называется *a. tutelae utilis* <sup>18)</sup>.

<sup>16)</sup> *Accarias*, 1, § 136.

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

<sup>18)</sup> L. 9 D. 27, 8. L. 1. 5 C. 5, 75.

# НАСЛѢДСТВЕННОЕ ПРАВО.

## ВВЕДЕНІЕ.

### § 1. Сущность и значеніе наслѣдованія.

I. Со смертью субъекта правъ погибають далеко не всѣ принадлежавшія ему субъективныя права и лежавшія на немъ обязанности. Безусловно уничтожаются только семейныя права и обязанности; большая же часть имущественныхъ правоотношеній умершаго продолжаетъ существовать послѣ смерти ихъ субъекта. Они переходятъ къ другому лицу, и этотъ переходъ правъ и обязанностей умершаго лица къ новому субъекту называется *наслѣдованіемъ*.— Въ основѣ института наслѣдованія лежатъ соображенія различнаго характера: оно опирается какъ на индивидуальныя интересы, такъ и на соображенія общественной пользы. Прежде всего, индивидуальная личность каждаго субъекта правъ выигрываетъ, благодаря существованію наслѣдованія, такъ какъ у каждаго лица является сознаніе, что оно пріобрѣтаетъ имущество 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 жизни; въ завѣщаніи субъектъ правъ имѣетъ средство продлить значеніе своей личной воли за предѣлы своей жизни <sup>1)</sup>. Въ общественномъ отношеніи удачно построенная система наслѣдованія также имѣетъ серьезное значеніе. Прежде всего, интересы кредита требуютъ, чтобы имущественныя права и обязанности не признавались прекратившимися окончательно со смертью ихъ носителя. Если бы, напр., обязанность платить долги прекращалась со смертью должника, то было бы очень рискованно оказывать ему личный кредитъ. Необходимо, слѣдовательно, чтобы въ случаѣ смерти одного лица его имущественныя правоотношенія переходили къ другому лицу. Далѣе, институтъ наслѣдованія оказываетъ еще другія услуги. Тамъ, гдѣ право признаетъ завѣщательныя распоряженія, и нормы о наслѣдованіи при отсутствіи завѣщанія соотвѣтствуютъ потребностямъ и возрѣніямъ общества, наслѣдованіе служитъ серьезнымъ побужденіемъ для отдѣль-

<sup>1)</sup> 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. 796 сл. Баронъ, § 391.

наго индивида увеличивать свое имущество и напрягать свой производительный трудъ, ведущій къ этой цѣли. Люди, для которыхъ была бы недостаточной приманкой усиленная работа на самихъ себя или для общаго блага, могутъ быть привлечены къ работѣ на пользу своей семьи и вообще близкихъ лицъ, либо особенно дорогихъ имъ интересовъ. Отъ такого усиленія личной производительности выигрываетъ экономически все общество. Кромѣ того, система наслѣдованія имѣетъ большое политическое значеніе. При установленіи извѣстнаго порядка наслѣдованія государство можетъ вліять на распредѣленіе богатствъ между отдѣльными гражданами въ желательномъ смыслѣ. Напр., могущественная англійская аристократія поддерживаетъ свое существованіе, главнымъ образомъ, благодаря своеобразному порядку наслѣдованія въ имуществѣ.—Эти соображенія, между прочимъ, объясняютъ, почему наслѣдственное право, на ряду съ семейнымъ, находится въ большой зависимости отъ индивидуальныхъ особенностей каждаго даннаго народа, его національнаго состава и историческихъ судебъ. Въ частности также римское наслѣдственное право далеко не является столь космополитичной по содержанію системою нормъ, какъ напр., римское обязательственное право, и рецепція этой части римскаго гражданскаго права въ Западной Европѣ была совершена далеко не такъ полно и не такъ безусловно, какъ рецепція обязательственнаго права.

II. Римляне представляли себѣ наслѣдованіе возможнымъ въ двойной формѣ: въ видѣ *универсальнаго преемства*—наслѣдованія, *hereditas* въ тѣсномъ смыслѣ,—и въ видѣ *сингулярнаго преемства*—*legatum* и *fideicommissum*.

III. *Универсальное преемство* состоитъ въ томъ, что новый пріобрѣтатель, который въ этомъ случаѣ именуется наслѣдникомъ — *heres*, — силою одного акта пріобрѣтаетъ всю совокупность уцѣлѣвшихъ послѣ умершаго правъ и обязанностей<sup>2)</sup>. Онъ пріобрѣтаетъ, вступая въ наслѣдство, всѣ части *активнаго* имущества, какъ вещныя, такъ и обязательственныя права. Ему не приходится совершать актовъ пріобрѣтенія для 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, и такія, къ пріобрѣтенію которыхъ въ отдѣльности онъ не былъ способенъ<sup>3)</sup>. Въ то же время, по римскому воззрѣнію, наслѣдникъ съ актомъ пріобрѣтенія наслѣдства дѣлается субъектомъ всѣхъ тѣхъ *обязанностей*, которыя сохранили силу по смерти наслѣдодателя. На наслѣдника, другими словами, переходятъ долги наслѣдодателя, и переходятъ притомъ 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 далъ наслѣднику средство избавиться отъ этой отвѣтственности за долги наслѣдства въ ихъ полномъ размѣрѣ — т. наз. *beneficium inventarii* (см. ниже § 24).

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

<sup>3)</sup> 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.

IV. Если наслѣдниковъ является нѣсколько, то они называются *сонаслѣдниками* — *coheredes*. Они конкурируютъ другъ съ другомъ, и къ каждому переходитъ лишь идеальная доля всего наслѣдственнаго имущества, т. е. актива и ответственности за долги. Но эвентуально каждый изъ такихъ *coheredes* считаетъ *призваннымъ ко всему наслѣдству*: это выражается въ томъ, что при отпаденіи кого-либо изъ сонаслѣдниковъ, его часть въ наслѣдствѣ дѣлится между всѣми остальными сонаслѣдниками; римляне говорятъ въ этомъ случаѣ о *приращеніи* долей сонаслѣдникамъ (*jus accrescendi* см. ниже § 22).

V. Для получения наслѣдства необходима наличность двухъ моментовъ: *открытія наслѣдства* (*delatio hereditatis*) и *приобрѣтенія наслѣдства* (*acquisitio hereditatis*). *Открытіемъ* наслѣдства называются такіе факты, которые даютъ право извѣстному лицу сдѣлаться субъектомъ наслѣдственнаго имущества, если оно этого пожелаетъ<sup>4</sup>). *Приобрѣтеніе* наслѣдства состоитъ въ изъявленіи воли сдѣлаться наслѣдникомъ: послѣ этого изъявленія призванное къ наслѣдству лицо дѣлается субъектомъ наслѣдственнаго имущества, входящихъ въ его составъ правъ и обязанностей.—Есть, впрочемъ, случаи, когда наслѣдство *приобрѣтается помимо воли наслѣдника*, и особый актъ *приобрѣтенія* наслѣдства не является необходимымъ. Въ этихъ случаяхъ наслѣдники называются *heredes necessarii*, въ отличіе отъ *voluntarii*; сюда относятся непосредственно подвластные наслѣдодателю нисходящие (*heredes sui et necessarii*), а также рабы, назначенные наслѣдниками въ завѣщаніи ихъ собственника (см. ниже § 19, I, B.).—Въ связи съ этимъ слѣдуетъ отмѣтить основное правило римскаго наслѣдственнаго права, согласно которому наслѣдникъ, разъ онъ *приобрѣлъ* 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 афоризмомъ: „*semel heres semper heres*“.

VI. Отсюда слѣдуетъ, что подъ *наслѣдственнымъ правомъ въ субъективно-мъ смыслѣ* слѣдуетъ разумѣть двойное понятіе. Въ моментъ *призванія* къ наслѣдству—*delatio hereditatis*—лицо получаетъ право *приобрѣсти* наслѣдственное имущество; оно дѣлается способнымъ къ *приобрѣтенію* наслѣдства (Общ. ч. § 13, IV, 5). Послѣ совершенія акта *приобрѣтенія* наслѣдства—*acquisitio hereditatis*—призванное лицо получаетъ уже право на самое наслѣдство, оно дѣлается его *хозяйномъ*. Мы уже знаемъ, что конструкція 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 конструкцію, согласно которой объектомъ права наслѣдника, совершившаго *acquisitio hereditatis*, является наслѣдство, какъ цѣлое. Правильнѣе всего намъ кажется воззрѣніе, согласно которому наслѣдникъ, *приобрѣтая* наслѣдство, не получаетъ какого-либо особаго субъективнаго права *sui generis*: онъ просто дѣлается субъектомъ тѣхъ отдѣльныхъ правъ и обязанностей, которыя принадлежали наслѣдодателю; но всѣ эти права и обязанности наслѣдникъ *приобрѣтаетъ* силою одного общаго акта и соответственно съ этимъ получаетъ одинъ общій искъ о защитѣ этихъ правъ

<sup>4</sup>) L. 151 D. 50, 16. „*Delata*“ hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi.

и обязанностей (*hereditatis petitio*). Конструкция, которая видитъ въ наслѣдованіи переходъ на наслѣдника имущественно-правовой личности наслѣдодателя, намъ кажется неестественной, ибо допускаетъ, что въ юридическомъ отношеніи личность переживаетъ физическое существованіе ея носителя, какъ бы отдѣляется отъ самого лица. Въ этой конструкціи заключается метафора, удачно поясняющая суть дѣла, но не настоящая жизненная характеристика реальныхъ отношеній. Такая метафора содержится и въ выраженіяхъ источниковъ, приводимыхъ въ подтвержденіе этой конструкціи (напр. *Nov. 48 prae-fatio: „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 дѣйствительнаго завѣщанія, или же въ томъ, когда наслѣдство дается нѣкоторымъ лицамъ вопреки оставленному завѣщанію. Согласно съ этимъ различаются *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 такъ наз. *необходимое наслѣдованіе* <sup>5)</sup>.

У римлянъ допускались случаи наслѣдованія противъ завѣщанія на ряду съ наслѣдованіемъ по завѣщанію (нѣкто вчиняетъ *querela inofficiosi testamenti* и одерживаетъ побѣду только противъ одного изъ нѣсколькихъ наслѣдниковъ, назначенныхъ въ завѣщаніи <sup>6)</sup>). Но наслѣдованіе *ab intestato* никогда не могло имѣть мѣста на ряду съ наслѣдованіемъ по завѣщанію. Это выражается старинной поговоркой: *„nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest“* <sup>7)</sup>. На основаніи этого правила, если умершій оставилъ завѣщаніе и въ немъ распорядился только частью своего имущества, то въ остальной части не наступаетъ наслѣдованіе *ab intestato*, но она переходитъ къ тому же наслѣднику, который назначенъ въ завѣщаніи (§ 9, II). Далѣе, если изъ нѣсколькихъ наслѣдниковъ, назначенныхъ въ завѣщаніи, одинъ не приобрѣтетъ своей части, то она также не переходитъ къ наслѣдникамъ *ab intestato*, но приростаеетъ (*accrescit*) къ частямъ остальныхъ наслѣдниковъ по завѣщанію (§ 22, II). Тутъ мы вторично встрѣчаемся съ *jus accrescendi*. Только въ отношеніи *завѣщаній солдатъ* это правило не примѣняется: послѣ солдатъ наслѣдованіе совершается по завѣщанію настолько, насколько это опредѣлено завѣщателемъ, а въ остальной части имущества наступаетъ наслѣдованіе *ab intestato* <sup>8)</sup>.

Дѣлалось много попытокъ объяснить происхожденіе этого страннаго правила, котораго не знаетъ русское право и отъ котораго отказались западно-европейскія законодательства. Кажется, самымъ удачнымъ нужно считать

<sup>5)</sup> *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. Баронъ § 390 пр. 10—15.*

<sup>6)</sup> L. 15 § 2 D. 5, 2.

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

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

объясненіе<sup>9)</sup>, 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 относительно части имущества, уже не было *intestatus*, и потому въ его имуществѣ по буквѣ закона не должно было открываться наслѣдованія *ab intestato*. Это буквальное толкованіе закона привилось на практикѣ, потому что значительно упрощало задачи суда при регулированіи наслѣдованія въ каждомъ данномъ случаѣ: судъ могъ передавать все имущество лицу, указанному въ завѣщаніи. Къ тому же времени, когда римскій судъ пересталъ уклоняться отъ сложныхъ расчетовъ, правило уже упрочилось настолько, что было сохранено въ силу обычая. При выработкѣ новаго, солдатскаго завѣщанія—*testamentum militis*—оно было, какъ мы уже замѣтили, оставлено.

VIII. Мы познакомились, въ общихъ чертахъ, съ первымъ видомъ наслѣдованія, съ наслѣдованіемъ въ формѣ универсальной сукцессіи. Наслѣдованіе возможно и въ формѣ *сингулярнаго преемства*. Оно совершается въ видѣ *отказовъ*, по римской терминологіи—*legatum* и *fideicommissum*<sup>10)</sup>. Въ этихъ случаяхъ *successor* получаетъ по общему правилу не все имущество наслѣдодателя или опредѣленную долю его, но извѣстныя, указанныя наслѣдодателемъ *части активнаго имущества* наслѣдодателя. Лицо, получившее отказъ, не отвѣчаетъ за *доли* наслѣдодателя, хотя бы оно получило въ результатъ больше, нежели самъ наслѣдникъ. Но съ другой стороны, отказы, сдѣланные наслѣдодателемъ, дѣйствительны лишь тогда, когда активное имущество наслѣдодателя превышаетъ его долги. Кроме того, наслѣдникъ имѣетъ право удержать въ свою пользу изъ наслѣдственнаго имущества четвертую часть—*quarta Falcidia*, которую онъ можетъ вычесть изъ назначенныхъ наслѣдодателемъ отказовъ.

Однако, есть видъ отказа—*fideicommissum hereditatis*, который устанавливаетъ въ результатъ универсальное преемство во всемъ наслѣдствѣ или въ его долѣ въ пользу лица, получившаго такой отказъ (см. § 2, III).

## § 2. Историческія замѣчанія.

Римская система наслѣдованія въ смыслѣ универсальнаго или сингулярнаго преемства въ имуществѣ умершаго лица выработалась не сразу. Еще въ юстиніановомъ правѣ замѣтны слѣды постепенныхъ историческихъ наслоеній въ этой системѣ; совершенно ясно они выступаютъ 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*<sup>1)</sup>.

<sup>9)</sup> *Dernburg* III § 57.

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

<sup>1)</sup> О терминологіи см. *Windscheid* § 528 пр. 4; § 532 пр. 3.



Основы старой системы положены законами XII таблицъ; первая отчетливая свѣдѣнія о преторской системѣ мы имѣемъ изъ эпохи Цицерона.

*Honorum possessio* <sup>2)</sup> въ своей развитой формѣ устанавливала такое же универсальное преемство, какъ и *hereditas*. *Honorum possessor* отвѣчалъ, слѣдовательно, за долги наслѣдодателя въ полномъ объемѣ <sup>3)</sup>. Къ *bonorum possessio* примѣнялись также другія основныя нормы, выработанныя для гражданского наслѣдованія, какъ *jus accrescendi* между сонаслѣдниками и правило „*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*“. Но въ другихъ отношеніяхъ сохранились существенныя различія между этими двумя системами. Въ основѣ гражданского наслѣдованія *ab intestato* и наслѣдованія противъ завѣщанія лежалъ принципъ агнатскаго родства; по преторской системѣ къ наслѣдованію, наравнѣ съ агнатами, призывались когнаты и супругъ (*bon. poss. intestati* и *contra tabulas*). Гражданское право выработало весьма сложную форму завѣщанія; преторское право замѣнило ее новой упрощенной (*bon. poss. secundum tabulas*). По гражданскому праву приобрѣтеніе наслѣдства совершалось иногда противъ воли наслѣдника (*heredes necessarii*; см. § 1, V); преторское право всюду стремилось поставить приобрѣтеніе наслѣдства въ зависимость отъ воли приобрѣтателя (для *heredes sui et necessarii* создано *beneficium abstinendi*; см. ниже § 19, I, B). По гражданскому 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*) <sup>4)</sup>; преторъ создалъ *edictum successorium*, согласно которому наслѣдство *ab intestato* при отпаденіи одного наслѣдника открывалось слѣдующему за нимъ по очереди <sup>5)</sup>. По гражданскому праву приобрѣтеніе наслѣдства было частнымъ актомъ и не было связано срокомъ; по преторскому праву оно совершалось передъ преторомъ и было связано срокомъ (см. § 19, II). Наконецъ, преторскій наслѣдникъ, получая *utiliter* все иски, предоставленныя гражданскому наслѣднику, имѣлъ еще особый преторскій искъ, съ помощью котораго онъ могъ приобрѣсти владѣніе тѣлесными вещами, входящими въ составъ наслѣдства: *interdictum quorum bonorum* (ниже § 26, III). Благодаря выгодамъ, связаннымъ съ этимъ искомъ, приобрѣтеніе *bonorum possessio* имѣло значеніе и для такихъ лицъ, которыя могли бы наслѣдовать по одному гражданскому праву. — Кромѣ т. наз. *bonorum possessio edictalis* <sup>6)</sup>, которая давалась преторомъ на основаніи общихъ нормъ, указанныхъ въ эдиктѣ, была еще *bonorum possessio decretalis* <sup>7)</sup>. Эта послѣдняя *bonorum possessio* давалась преторомъ послѣ особаго разсмотрѣнія всѣхъ обстоятельствъ дѣла въ тѣхъ случаяхъ, когда ея предоставленія требовала справедливость.

Съ теченіемъ времени эти двѣ наслѣдственныя системы — гражданская и преторская — стали все болѣе сближаться между собою. Это сближеніе про-

<sup>2)</sup> Ср. къ послѣдующему *Girard* стр. 791 — 795. *Dernburg* III, §§ 62 — 63. *Баронъ* § 388.

<sup>3)</sup> L. 3 § 1 D. 37, 1. L. 1 D. eod. L. 208 D. 50, 16.

<sup>4)</sup> Ulp. 26, 5. Paul. 4, 8, 21 (23). Gai 3, 12.

<sup>5)</sup> 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 гражданское наслѣдованіе. L. 4 C. 6, 4. § 7 I. 4, 2.

<sup>6)</sup> L. 30 § 1 D. 29, 2. L. 1 § 4 D. 38, 6.

<sup>7)</sup> L. 1 § 7 D. 38, 9.

исходило вслѣдствіе того, что императорское законодательство стало вносить въ цивильную систему принципы, заимствованные изъ преторскаго права. Такой характеръ носятъ *Setum Tertullianum* и *Orphitianum* о наслѣдованіи матери послѣ дѣтей и обратно<sup>8)</sup>, а также новеллы Юстиніана о порядкѣ наслѣдованія *ab intestato* (Nov. 118) и противъ завѣщанія (Nov. 115). Дуализмъ въ правѣ уничтожался, далѣе, благодаря тому, что нѣкоторыя положенія преторскаго права устранили на практикѣ противныя имъ положенія цивильнаго права; въ другихъ случаяхъ были введены новыя правила, которыя замѣнили 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 о *bon. poss. unde vir et uxor* (ниже § 13, IV, 5); на преторскомъ правѣ основана также *bon. poss. ex edicto Carboniano* (ниже § 20, II) и т. п. Въ этихъ случаяхъ и въ Юстиніанову эпоху примѣняются правила о *bonorum possessio*, напр., правило о вступленіи въ наслѣдство передъ преторомъ, о срокѣ вступленія (см. ниже § 19, II).

II. Не менѣе существенныя измѣненія произошли со временемъ въ правѣ *отказовъ*. До Юстиніана въ этомъ отношеніи различаются два института: легатъ и фиденкомиссъ.

I) *Legatum* было древнѣйшею формою отказа. Легаты могли назначаться только въ завѣщаніи, составленномъ съ соблюденіемъ установленныхъ правилъ (*testamentum*), и притомъ непременно послѣ назначенія наслѣдника; обязанность платить легаты могла быть возложена только на наслѣдника, назначеннаго въ завѣщаніи, но не на другихъ лицъ (напр. не на *heres ab intestato*<sup>9)</sup>). Римляне различали четыре вида легатовъ<sup>10)</sup>. 1) *Legatum per vindicationem* было примѣнимо только къ вещамъ, которыя находились въ квинритской собственности завѣщателя, какъ въ моментъ составленія завѣщанія, такъ и смерти завѣщателя. Легатарій пріобрѣталъ въ силу такого легата право собственности на отказанный ему предметъ. Формою легата были слова: „do, lego“, а впослѣдствіи также „capito, sumito, sibi habeto“. 2) Разновидностью этого легата было *legatum per praecipionem*, назначавшееся въ формѣ „praecipito“; оно также устанавливало собственность легатарія и употреблялось преимущественно (а по мнѣнію Сабиніанцевъ—исключительно) для назначенія отказа въ пользу одного изъ сонаслѣдниковъ. 3) *Legatum per damnationem*; этотъ легатъ назначался въ формѣ „heres damnas esto dare“; на основаніи такого легата у легатарія возникало только обязательственное право требовать отъ наслѣдника выдачи отказаннаго объекта; въ этой формѣ можно было отказывать даже вещи, принадлежавшія наслѣднику или третьимъ лицамъ. 4) Разновидностью этого легата было *legatum sinendi modo*, которое обязываетъ наслѣдника не *выдать* легатъ, а допустить, чтобы самъ легатарій взялъ изъ наслѣдственной массы отказанный ему объектъ; въ результатѣ такого легата у легатарія возникаетъ также обязательственное право противъ

<sup>8)</sup> Paul. 4, 9. Ulp. 26, 7—8. Inst. 3, 3 и 4.

<sup>9)</sup> Gai 2, 229; 269—271.

<sup>10)</sup> См. Gai. 2, 192—223. Ulp. 24, 2, 11.

наслѣдника; этотъ легатъ примѣнимъ только къ вещамъ, входившимъ въ составъ наслѣдства или же принадлежавшимъ самому наслѣднику.

2) *Фидеикоммиссъ* <sup>11)</sup> въ его развитой формѣ есть тоже легатъ, но назначенный безъ соблюденія формъ гражданского права; сюда относятся, напримеръ, отказъ, оставленный не въ завѣщаніи (т.-е. не въ распоряженіи, которое содержало въ себѣ назначеніе наслѣдника), а въ кодицилѣ (такъ называется одностороннее распоряженіе на случай смерти, не содержащее въ себѣ назначенія наслѣдника), или отказъ, оставленный лицу, неспособному получать легаты (по *lex Julia et Papia Poppaea* вслѣдствіе безбрачія или peregrину), или отказъ, возложенный (по кодициллу) на *heres ab intestato*. Фидеикоммиссы были снабжены искомъ при Августѣ (*petitio extra ordinem*); до этого времени они не были юридическимъ институтомъ: ихъ исполненіе было дѣломъ совѣсти наслѣдника.

*Послѣдующая исторія* этихъ институтовъ состоитъ въ постепенномъ сліяній легатовъ и фидеикоммиссовъ. *Setum Neronianum* сгладило разницу между отдѣльными видами легатовъ, постановивъ, что легатъ, который не дѣйствителенъ какъ *legatum per vindicationem*, потому что имъ отказана вещь, не принадлежавшая завѣщателю, или въ виду примѣненія несоотвѣтствующихъ терминовъ, все же сохраняетъ силу, какъ *legatum per damnationem* <sup>12)</sup>.—Съ другой стороны, на фидеикоммиссы, послѣ признанія ихъ юридической силы, мало-по-малу были перенесены ограниченія, выработанныя для легатовъ.—*Юстиніанъ* окончательно слилъ легаты и фидеикоммиссы въ одинъ институтъ <sup>13)</sup>. Согласно съ этимъ интерполированная *L. 1 D. 30*, въ которой Ульпіану не принадлежитъ ни одного слова, гласитъ: „*per omnia exaequata sunt legata fideicommissis*“ <sup>14)</sup>.

III. Особое мѣсто въ системѣ наслѣдственного права занимаетъ *fidei commissum hereditatis* <sup>15)</sup>. Такъ называется фидеикоммиссъ, возлагающій на наслѣдника обязанность выдать другому лицу все наслѣдство или опредѣленную долю его. Такой фидеикоммиссъ первоначально приравнивался къ другимъ отказамъ, т.-е. признавался за основаніе для сингулярной сукцессіи. Хотя бы фидеикоммиссарій получилъ все наслѣдство отъ наслѣдника (*heres fiduciarius*), обремененнаго фидеикоммиссомъ, но за наслѣдственные долги продолжалъ отвѣчать наслѣдникъ. Послѣдній могъ освободиться отъ отвѣтственности лишь путемъ заключенія о томъ особой стипуляціи съ фидеикоммиссаріемъ. Положеніе было измѣнено *Setum Trebellianum*: этотъ сенатусконсулъ постановилъ, что лицо, получившее по фидеикоммиссу все наслѣдство или долю его, должно въ соотвѣтственномъ объемѣ принять на себя и отвѣтственность за наслѣдственные долги; заключеніе особой стипуляціи съ наслѣдникомъ болѣе не требовалось <sup>16)</sup>. Такимъ образомъ, въ результатѣ Требелліанова сенатусконсульта *fideicommissum hereditatis* превратилось въ основаніе для *универсальной* сукцессіи. Однако, это положеніе, въ свою очередь, было измѣ-

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

<sup>12)</sup> *Ulp.* 24, IIa. *Gai.* 2, 197. 218.

<sup>13)</sup> *L. 1. 2 C. 6, 41. § 2—3 J. 2, 20.*

<sup>14)</sup> *Appleton*, les interpolations dans les *Pandectes* стр. 11.

<sup>15)</sup> *Gai.* 2, 247—260. *Ulp.* 25, 14—16. *Inst.* 2, 23.

<sup>16)</sup> Текстъ сенатусконсульта см. въ *L. 1 § 2. D. 36, 1. O Setum Pegasianum* см. *Windscheid* § 662 пр. 1.

нено *Scutum Pegasianum*. Этот сенатусконсультъ былъ изданъ по слѣдующему поводу: сила *fideicommissum hereditatis* зависѣла отъ дѣйствительности того завѣщанія, въ которомъ фидеикоммиссъ былъ назначенъ; сила же завѣщанія зависѣла отъ того, принималъ ли наслѣдство назначенный въ немъ *heres*. Естественно, что *heres* часто отказывался принять наслѣдство, если онъ по возложенному на него фидеикоммиссу тотчасъ же долженъ былъ выдать все имущество другому лицу. Чтобы побудить наслѣдника ко вступленію въ наслѣдство (что было необходимо и для сохраненія въ силѣ фидеикоммисса), *Scutum Pegasianum* постановило, что *heres*, добровольно вступившій въ наслѣдство, обремененное универсальнымъ фидеикоммиссомъ, могъ вычестъ въ свою пользу  $\frac{1}{4}$  всего имущества (*quarta Falcidia*); но въ такомъ случаѣ онъ реституировалъ остальную часть наслѣдства не *ex Trebelliano*, т. е. онъ оставался отвѣтственнымъ за долги наслѣдства въ полномъ размѣрѣ; чтобы сложить съ себя часть отвѣтственности, онъ опять таки долженъ былъ заключить съ фидеикоммиссаромъ соотвѣтственную стипуляцію. На случай же отказа *heres*'а вступить въ наслѣдство, *Scutum Pegasianum* постановляло, что преторъ можетъ принудить его къ тому; такой принужденный къ вступленію *heres fiduciarius* самъ ничего не получалъ отъ наслѣдства, но и все долги *ipso jure* переходили на фидеикоммиссара.

*Юстиніанъ* постановилъ <sup>17)</sup>, что реституція наслѣдства *всегда* должна происходить по *Scutum Trebellianum*, такъ что и въ случаѣ вычета *quarta Falcidia* наслѣдникомъ фидеикоммиссаръ тѣмъ не менѣе *ipso jure* отвѣчаетъ за долги въ размѣрѣ полученной имъ доли наслѣдства. Такимъ образомъ, въ Юстиніановомъ правѣ въ результатѣ *fideicommissum hereditatis* *всегда наступаетъ универсальная сукцессія*: универсальный фидеикоммиссаръ или вполнѣ, или въ  $\frac{3}{4}$  наслѣдства занимаетъ мѣсто наслѣдника.

IV. Послѣ этихъ замѣчаній о ходѣ историческаго развитія римской наслѣдственной 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*.

<sup>17)</sup> § 7 J. 2, 23. Const. Tanta § 6 а.

## ОТДѢЛЪ I.

# Порядокъ наслѣдованія въ тѣсномъ смыслѣ (heredifas).

## Глава I. Общія положенія.

### § 3. Условія наслѣдованія.

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

I. *Смерть наслѣдодателя.* Наслѣдованіе можетъ открыться только въ имуществѣ умершаго <sup>1)</sup> *физическаго* лица. *Viventis hereditas non datur* (сложившаяся въ Германіи поговорка). Въ имуществѣ прекратившагося *юридическаго* лица наслѣдованіе не открывається; если нѣтъ особыхъ законодательныхъ или статутарныхъ положеній о переходѣ имущества такого юридическаго лица, то это имущество считается выморочнымъ (*bona vacantia*) и приобрѣтается фискомъ, какъ таковое <sup>2)</sup>. Что касается физическаго лица, то послѣ его смерти только тогда открывається 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 <sup>3)</sup>; но въ позднѣйшемъ правѣ послѣ смерти подвластныхъ дѣтей открывається наслѣдство, ибо они въ эту эпоху уже признаны способными имѣть свое имущество въ видѣ *rescuius castrense* и *quasi castrense* или *bona adventicia*; впрочемъ, обыкновенно они не имѣютъ права совершать завѣщанія (см. § 6, III, 2). Послѣ перегриновъ наслѣдованіе открывається не по римскому праву, а по праву ихъ государства <sup>4)</sup>. Послѣ римлянина, претерпѣвшаго въ наказаніе за преступленіе

<sup>1)</sup> L. 27 D. 29, 2. L. 1 D. 18, 4.

<sup>2)</sup> См. объ этомъ *Girard* стр. 236 пр. 5. *Dernburg* III § 56 пр. 5. *Баронъ* § 34.

<sup>3)</sup> L. 11 D. 46, 1. Ulp. 20, 10.

<sup>4)</sup> Ulp. 20, 14.

capitis deminutio media, наслѣдство тоже не открывається, ибо, потерявъ право римскаго гражданства, онъ не приобрьль другого права гражданства <sup>5)</sup>.

II. *Призваніе къ наслѣдству* (delatio hereditas), какъ уже было указано въ § 1, возможно на трехъ основаніяхъ: 1) по завѣщанію (ex testamento), 2) по закону (ab intestato) и 3) противъ завѣщанія (contra tabulas). Выше (§ 1, VI) уже было указано взаимное отношеніе этихъ трехъ основаній (nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest). Мы займемся подробнымъ разсмотрѣніемъ каждаго 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 открывається для опредѣленнаго лица, указаннаго закономъ или завѣщаніемъ. Иногда, впрочемъ, delatio hereditatis наступаетъ позже: это бываетъ въ слѣдующихъ случаяхъ: а) если наслѣдникъ въ завѣщаніи пазначенъ подъ суспензивнымъ условіемъ, то наслѣдство открывається только по наступленіи условія (см. ниже § 8, III); б) если наслѣдодатель умеръ, и есть основаніе предполагать, что его ближайшій наслѣдникъ уже зачатъ, но находится еще въ утробѣ матери, то открытіе наслѣдства откладывается до разрѣшенія беременности <sup>6)</sup>; в) если оставленное умершимъ завѣщаніе впоследствии окажется ничтожнымъ, то открывається наслѣдованіе ab intestato послѣ констатированія ничтожности завѣщанія (см. ниже § 11).—Въ силу *successio ordinum et graduum* возможно нѣсколько послѣдовательныхъ призваній къ одному и тому же наслѣдству: если одинъ наслѣдникъ не приметъ наслѣдства, то оно открывається слѣдующему за нимъ (§ 2, I: § 13, III).—Къ наслѣдству призывается только лицо, *способное быть наслѣдникомъ*. Важнѣйшіе случаи, когда лицо не можетъ быть наслѣдникомъ, слѣдующіе: 1) не могутъ быть призваны къ наслѣдованію тѣ, кто еще не былъ зачатъ въ моментъ смерти наслѣдодателя <sup>7)</sup>, или кто уже умеръ къ этому моменту <sup>8)</sup>; 2) изъ юридическихъ лицъ способны наслѣдовать: fiscus, civitas, церковь и pia corpora <sup>9)</sup>; остальные корпораціи могутъ наслѣдовать лишь въ силу особыхъ привилегій <sup>10)</sup> (см. Общ. ч. § 27). 3) Перегрпны и римляне, претерпѣвшіе capitis deminutio media, не могутъ наслѣдовать по римскому праву <sup>11)</sup>. 4) Не могутъ наслѣдовать дѣти государственныхъ преступниковъ <sup>12)</sup>, вѣротетупники и еретики <sup>13)</sup>; 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 приобрѣтеніе

<sup>5)</sup> L. 17 § 1 D. 48, 19. L. 7 § 5 D. 48, 20. L. 3 D. 48, 22.

<sup>6)</sup> L. 30 § 1. D. 29, 2.

<sup>7)</sup> L. 6—8 pr. D. 38, 16. L. 1 § 4. D. 38, 8. L. 3. D. 37, 11. § 8 J. 3, 1. При наслѣдованіи по завѣщанію возможны, однако, исключенія изъ этого правила. Ср. L. 9 § 17. 18 D. 28, 5 и *Dernburg Pandekten*, III § 59 Съ этимъ не согласенъ *Fadda Diritto ereditario* § 123.

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

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

<sup>10)</sup> L. 8 C. 6, 24.

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

<sup>12)</sup> L. 5 C. 9, 8.

<sup>13)</sup> L. 3. 4 C. 1, 7. L. 4. 5. 18. 19. 22. C. 1, 5.

наступает помимо воли призванного лица въ самый моментъ открытія наслѣдства. Мы разсмотримъ подробно вопросъ о приобрѣтеніи 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 того, между призваніемъ къ наслѣдству и приобрѣтеніемъ наслѣдства со стороны призванного лица можетъ пройти довольно много времени. Въ теченіе всего этого времени наслѣдственная масса не имѣетъ видимаго хозяина. Спрашивается, какъ относилось къ такому лежачему наслѣдству (*hereditas jacens*<sup>1)</sup>) римское право: признавало ли оно лежачее наслѣдство за безхозяйное имущество, или за имущество, принадлежащее какому-либо субъекту?

Древнее римское право разрѣшало эту задачу довольно просто. Такъ какъ никакого видимаго хозяина наслѣдство до приобрѣтенія его наслѣдникомъ не имѣетъ, то всѣ вещи, входящія въ составъ наслѣдства, признавались *вещами, никому не принадлежащими* (*res nullius*). Это воззрѣніе встрѣчается еще у классическихъ юристовъ, напр. у Лабеопа<sup>2)</sup> и Гая<sup>3)</sup>. Эта конструкція приводила къ ряду практическихъ послѣдствій. Она не проводилась настолько послѣдовательно, чтобы прямо допустить приобрѣтеніе вещей лежачаго наслѣдства въ собственность посредствомъ оккупации ихъ всякимъ желающимъ; но допускалась возможность узаконивать ихъ въ теченіе года для всякаго лица, которое захватитъ владѣніе такими вещами. Эта *usucapio hereditatis* не предполагала ни *justus titulus*, ни *bona fides*, и она заканчивалась въ теченіе года не только для вещей движимыхъ, но и для недвижимыхъ<sup>4)</sup>. Далѣе, рабы, входившіе въ составъ лежачаго наслѣдства, не могли заключать никакихъ юридическихъ сдѣлокъ, такъ какъ у нихъ не было господина, который приобрѣталъ бы права изъ этихъ сдѣлокъ. Деликты, совер-

<sup>1)</sup> 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.

<sup>2)</sup> 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 Tititus, an ei interdictum (*scil.* quod vi aut clam) competat? et est apud Vivianum saepissime relatam 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 dicitur 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.

<sup>3)</sup> 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 subriipientis.

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

шенные относительно наследственной массы, не вели къ возникновенію исковъ о возмѣщеніи убытковъ или объ уплатѣ штрафа, такъ какъ не было потерпѣвшаго собственника. — Въ классическую эпоху, однако, такое положеніе стало казаться несправедливымъ: юристы стремились лишить почвы *usu-cario hereditatis* и найти основаніе для того, чтобы деликтныя нападенія на наследство, совершенныя во время его лежанія, и сдѣлки, заключенныя въ этотъ промежутокъ времени наследственными рабами, не оставались безъ послѣдствій. Соотвѣтственно этому появляются двѣ новыхъ конструкціи. Согласно одной (которой держались юристы Кассій<sup>5)</sup>, Цельзь<sup>6)</sup>, Флорентинъ<sup>7)</sup> для регулированія указанныхъ отношеній необходимо допустить *фигцію*; когда бы наследникъ не принялъ наследство, онъ считается принявшимъ его уже въ моментъ смерти наследодателя. *Heres quandoque adeundo hereditatem jam tunc a morte successisse defuncto intellegitur* (L. 54 D. 29, 2). Изъ этого положенія вытекалы практическіе выводы: рѣшено было, что рабъ, принадлежавшій къ *hereditas jacens*, можетъ заключать стипуляціи на имя будущаго наследника, и что, если послѣдній приметъ наследство, эти стипуляціи получаютъ силу, какъ будто уже въ моментъ ихъ заключенія наследникъ былъ собственникомъ раба<sup>8)</sup>. Но этого предположенія было недостаточно для достиженія указанной выше цѣли. При наличности упомянутой фикціи наследство все-таки оставалось безхозяйнымъ и лишь въ моментъ принятія его будущимъ наследникомъ получало хозяина на предшествующее время. Личность этого будущаго хозяина оставалась неизвѣстной до принятія наследства (призванное къ наследству лицо могло не принять наследства, и наследство могло открыться другому лицу). Поэтому указанное предположеніе не создавало почвы для рѣшенія нѣкоторыхъ важныхъ вопросовъ. Такъ, напр., извѣстно, что рабы могли приобрѣтать господину имущественныя права, заключая такія сдѣлки, къ которымъ былъ правоспособенъ данный ихъ господинъ. Но такъ какъ личность будущаго наследника неизвѣстна, то по ней нельзя опредѣлить, въ какомъ объемѣ могутъ дѣлать приобрѣтенія изъ своихъ сдѣлокъ рабы лежащаго наследства: вѣдь, еще неизвѣстно, въ какой мѣрѣ правоспособенъ будущій наследникъ. Поэтому, рядомъ съ указаннымъ предположеніемъ, появляется еще одно положеніе, авторомъ котораго, повидимому, былъ знаменитый юристъ Юліанъ<sup>9)</sup>; согласно этому положенію, *hereditas jacens* не есть безхозяйное имущество: она представляетъ собою личность умершаго наследодателя: *hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet*<sup>10)</sup>.

<sup>5)</sup> 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 commendatur, quod heredis familia ex mortis tempore funesta facta intellegitur, licet post aliquod tempus heres extiterit: manifestum igitur est servi stipulationem ei adquiri.*

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

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

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

<sup>9)</sup> L. 33 § 2 D. 41, 1. Ulp. 4 disp. *Nam et condictio, 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.*

<sup>10)</sup> 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.



Личность умершаго, представляемая лежачимъ наслѣдствомъ, и является хозяиномъ наслѣдственныхъ вещей. Hereditas jacens, такимъ образомъ, приближается къ тому, что принято называть юридическимъ лицомъ: она есть субъектъ правъ <sup>11)</sup>. Отсюда также дѣлались практическіе выводы. Съ этой точки зрѣнія рабы, принадлежащіе къ наслѣдству, несомнѣнно могутъ заключать сдѣлки, а также приобрѣтать наслѣдство и легаты: всѣ эти сдѣлки будутъ считаться дѣйствительными, если умершій наслѣдодатель былъ правоспособенъ къ совершенію ихъ. Далѣе, такъ какъ лежачее наслѣдство перестало считаться за *res nullius*, то сдѣлалось возможнымъ признать отвѣтственность за поврежденіе вещей, входящихъ въ его составъ <sup>12)</sup>. Иски по поводу посягательствъ на наслѣдственную массу, равно какъ и всѣ прочіе иски, возникшіе въ періодъ лежанія наслѣдства (напр., иски изъ сдѣлокъ, заключенныхъ рабами), приобрѣтаются сперва лежачему наслѣдству, какъ представителю личности наслѣдодателя, а затѣмъ вмѣстѣ со всѣмъ наслѣдственнымъ имуществомъ въ моментъ вступленія въ наслѣдство приобрѣтаются наслѣднику. — На почвѣ этого новаго направленія юридической мысли произошли *законодательныя* измѣненія въ правѣ лежачаго наслѣдства. Именно, сенатусконсультъ при Адрианѣ *отмѣнилъ* *usucario hereditatis*, признавъ ее недѣйствительной по отношенію къ самому наслѣднику <sup>13)</sup>. Слѣды этой особенной *usucario* были вполнѣ уничтожены въ юстиніановомъ правѣ. Съ этихъ поръ наслѣдственные вещи можно было узаконить лишь согласно общимъ правиламъ о приобрѣтательной давности (требовались *titulus* и *bona fides*). За расхищеніе лежачаго наслѣдства введено было *уголовное наказаніе* (*crimen expilatae hereditatis* <sup>14)</sup>; раньше (подъ вліяніемъ представленія о томъ, что *res hereditatis jacentis* суть *res nullius*) всякое расхищеніе лежачаго наслѣдства было ненаказуемо. Понятіе *furtum* и в послѣдствіи, однако, считалось непримѣнимымъ къ *hereditas jacens* <sup>15)</sup>.

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

Мы уже имѣли случай выразить *наше воззрѣніе* на существо *hereditas*

<sup>11)</sup> *Hereditas jacens* est *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 Pergogenianus; *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. Ср. Paul. L. 22 D. 46. 1 Florentinus (см. Общ. ч. § 27, 1).

<sup>12)</sup> Для Лабеопа 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).

<sup>13)</sup> Gai 2, 57.

<sup>14)</sup> L. 1 D. 47, 19. *Mommsen*, *Strafrecht*, стр. 777 сл.

<sup>15)</sup> 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).

jacens (см. Общ. ч. § 11, III, 2 и § 28, IV). Мы полагаемъ, что права и обязанности, входящія въ составъ лежачаго наслѣдства, должны быть признаны не имѣющими субъекта. Противно реальному положенію вещей вымышлять для нихъ какого-либо субъекта въ видѣ, напр., будущаго наслѣдника, личность котораго неизвѣстна. Мы видѣли уже, что признаніе такого субъекта правъ даже не даетъ возможности опредѣлить, въ какомъ размѣрѣ могутъ дѣлать приобрѣтенія для наслѣдства рабы, входящія въ наслѣдственную массу. Слишкомъ искусственнымъ представляется намъ воззрѣніе <sup>16)</sup>, согласно которому субъектомъ имущества является въ данномъ случаѣ имущественно-правовая личность наслѣдодателя, переживающая физическое существованіе послѣдняго. Нѣтъ основаній, далѣе, считать hereditas jacens за юридическое лицо <sup>17)</sup>, ибо въ данномъ случаѣ нѣтъ социальнаго организма, созданнаго для преслѣдованія какой-либо специальной цѣли. Hereditas jacens можетъ не имѣть никакихъ органовъ; единственная ея цѣль 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 непродолжительномъ времени ожидается субъектъ въ видѣ наслѣдника, то право, дорожа институтомъ наслѣдованія, должно признать, что права и обязанности, составляющія hereditas jacens, могутъ на время оставаться безъ субъекта и все-таки продолжать существовать; оно будетъ охранять ихъ отъ нарушенія посторонними лицами въ интересахъ будущаго субъекта; если это необходимо, можетъ быть допущено даже возникновеніе за 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 на этотъ случай допустить исключеніе изъ общихъ принциповъ (ratio juris) и признать возможнымъ временное существованіе безсубъектныхъ правъ и обязанностей, чтобы сохранить эти права и обязанности для субъекта, имѣющаго появиться въ будущемъ. Руководясь соображеніями цѣлесообразности (utilitas), законодатель долженъ опредѣлить также объемъ правоспособности лежачаго наслѣдства.

## Глава II. Призваніе къ наслѣдству по завѣщанію.

### § 5. Testamentum.

1. Подъ именемъ *testamentum* разумѣется такое одностороннее распоряженіе на случай смерти, которое содержитъ въ себѣ назначеніе наслѣдника (heredis institutio <sup>1)</sup>). Назначеніе наслѣдника есть существеннѣйшая часть завѣщанія: если оно недѣйствительно, то теряютъ свою силу и все прочія распоряженія, которыя содержатся въ завѣщаніи, за немногими исключеніями. Поэтому въ Институціяхъ Юстиніана мы читаемъ: Testamenta vim ex institutione heredum accipiunt <sup>2)</sup>. Опредѣленіе Модестина, по которому „testa-

<sup>16)</sup> См. Windscheid § 531 пр. 12.

<sup>17)</sup> Windscheid, § 531, пр. 10.

<sup>1)</sup> L. 20 D. 29, 7. L. 14 C. 6, 23.

<sup>2)</sup> § 34 I. 2, 20.—L. 1 § 3 D. 28, 6.

mentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit“<sup>3)</sup>, должно быть признано неполнымъ, ибо не упоминаеть объ этомъ важномъ признакъ завѣщанія<sup>4)</sup>.

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

III. Testamentum есть строго *односторонній актъ*: оно содержитъ въ себѣ только изъявленіе воли самого завѣщателя. Согласіе наслѣдника или иныхъ лицъ, получающихъ что-либо по завѣщанію, съ содержаніемъ этого послѣдняго не требуется, и изъявленіе его, либо отказъ въ немъ, не имѣютъ значенія для дѣйствительности завѣщанія въ моментъ его совершенія. — Завѣщаніе, далѣе, есть актъ, который можетъ быть свободно отмѣненъ завѣщателемъ до самой смерти. *Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* (Ulp. L. 4 D. 34, 4). Договоръ, ограничивающій свободу завѣщателя отмѣнить завѣщаніе, не имѣетъ силы<sup>5)</sup>; не имѣетъ силы также односторонній отказъ завѣщателя въ самомъ завѣщаніи отъ этой свободы (*clausula derogatoria*<sup>6)</sup>).

IV. Условіями для совершенія завѣщанія являются: 1) способность завѣщателя къ совершенію этого акта; 2) соблюденіе установленной закономъ формы завѣщанія; 3) надлежащее назначеніе наслѣдника въ завѣщаніи. Первымъ условіемъ мы займемся въ § 6, второму посвященъ будетъ § 7, третьему — §§ 8, 9 и 10.

## § 6. Testamenti factio activa.

I. Не всякое правоспособное лицо *способно совершать завѣщаніе*. Способность совершать завѣщаніе считается поэтому особымъ юридическимъ свойствомъ субъекта правъ и, какъ таковая, получаетъ названіе *testamenti factio activa*<sup>1)</sup>. 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 составленіи завѣщанія, въ качествѣ ли завѣщателя, свидѣтеля или гонорированнаго лица<sup>2)</sup>.

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

III. Слѣдующія лица не имѣютъ *testamenti factio activa*: 1) Перегринны, не имѣющіе *commercium*; они могутъ совершать завѣщанія лишь по праву своей *civitas*, если это право знаетъ завѣщаніе<sup>4)</sup>. 2) Подвластные дѣти мо-

<sup>3)</sup> L. 1 D. 28, 1.

<sup>4)</sup> Попытка объяснить происхожденіе этого опредѣленія у *Derenburg*, т. III § 66 пр. 1.

<sup>5)</sup> L. 61 D. 45, 1. L. 4 C. 8, 38 (39).

<sup>6)</sup> L. 22 pr. D. 32 cf. L. 6 § 2 D. 29, 7.

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

<sup>2)</sup> L. 16 D. 28, 1. § 6 I. 2, 10.

<sup>3)</sup> L. 19. D. 28, 1.

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

гуть совершать завѣщанія лишь относительно *peculium castrense* и *quasi castrense* <sup>5)</sup>, но не относительно *bona adventicia* <sup>6)</sup>. 3) Не могут совершать завѣщаній рабы <sup>7)</sup>. 4) Нѣкоторые лица въ наказаніе лишены способности дѣлать завѣщанія, напр., лица, осужденныя за пасквиль (Общ. ч. § 24 п. 6), вѣроотступники и нѣкоторые еретики <sup>8)</sup>. 5) *Impuberes* <sup>9)</sup>, *furiosi* <sup>10)</sup>, *prodigi* <sup>11)</sup> не могут совершать завѣщанія даже при участіи опекуна или попечителя. Напротивъ, *minores XXV annis* могут совершать завѣщанія, не нуждаясь даже въ *consensus curatoris*. 6) Глухонѣмые отъ природы лишены *testamenti factio activa* <sup>12)</sup>. Не могут совершать завѣщанія вообще тѣ лица, которыя по природнымъ недостаткамъ неспособны выразить свою волю въ предписанной закономъ формѣ (напр., нѣмые не могут совершать устнаго завѣщанія <sup>13)</sup>).

IV. Завѣщатель не долженъ сомнѣваться въ наличности у него *testamenti factio activa*: всякое сомнѣніе относительно этого въ моментъ совершенія завѣщанія дѣлаетъ завѣщаніе ничтожнымъ <sup>14)</sup>.

## § 7. Форма завѣщанія.

I. Завѣщаніе—актъ очень важный по своему содержанію: при совершеніи подобныхъ актовъ требуется соблюденіе извѣстной формы, чтобы впослѣдствіи не могло возникнуть спора, является ли актъ вполне законченнымъ, или только проектомъ, не доведеннымъ до конца. Соблюденіе всѣхъ формальностей служитъ доказательствомъ зрѣлой, опредѣлившейся воли лица, совершившаго актъ; если же формальности не соблюдены, то можно предположить, что и воля окончательно еще не сложилась. Кроме того, нѣкоторыя формальности по своему характеру могутъ имѣть еще другое значеніе: онѣ обезпечиваютъ возможность доказать въ будущемъ совершеніе акта; таковы: письменная форма, привлеченіе свидѣтелей (ср. Общ. ч. § 38).

Особенное значеніе имѣетъ предписанная форма при такомъ актѣ, какъ завѣщаніе, въ виду того, что этотъ актъ приводится въ исполненіе тогда, когда его составитель уже не находится въ живыхъ. Тутъ особенно важно, чтобы составитель акта ясно 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 соблюденія извѣстной формы для дѣйствительности завѣщанія. Разумѣется, если предписанная форма слишкомъ сложна, то это ведетъ къ другому неудобству: иногда вполне

<sup>5)</sup> L. 26 § 1 D. 29, 1. Pr. I. 2, 12.

<sup>6)</sup> L. 11 C. 6, 22. L. 8 § 5 C. 6, 61.

<sup>7)</sup> Ulp. 20, 16. L. 1 § 4 D. 28, 1. *Servi publici* могутъ завѣщевать половину своего пекулія.

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

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

<sup>10)</sup> L. 2. 17 D. 28, 1. L. 3. 9 C. 6, 22.

<sup>11)</sup> L. 18 pr. D. 28, 1. § 2 I. 2, 12.

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

<sup>13)</sup> L. 29 § 2 C. 6, 23.

<sup>14)</sup> L. 14. 15 D. 28, 1. L. 11 § 1 D. 29, 1. L. 1 pr. D. 32.

серьезная воля не получить значенія за невозможностью соблюсти всѣ необходимыя формальности, а воля, уже пзмѣнившаяся, сохранить значеніе, потому что отмѣняющій ее актъ недѣйствителенъ по несоблюденію формы. Законодатель долженъ найти средній путь; онъ не долженъ слишкомъ осложнять формальности обыкновеннаго завѣщанія и въ особыхъ случаяхъ долженъ допускать ослабленіе этихъ формальностей.

II. Въ юстиніановомъ правѣ <sup>1)</sup> 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 исключительныхъ обстоятельствахъ.

A. *Обыкновенное частное завѣщаніе совершалось устно или письменно въ присутствіи 7 свидѣтелей.* Свидѣтели эти должны быть особо приглашены къ участию въ совершеніи завѣщанія именно въ качествѣ свидѣтелей (*testes rogati* <sup>2)</sup>); они должны добровольно согласиться на это участіе (*testes voluntarii* <sup>3)</sup>) и должны быть способны къ этому участию въ моментъ совершенія завѣщанія (*testes idonei* <sup>4)</sup>). *Неспособны быть свидѣтелями* <sup>5)</sup> многіе разряды лицъ: 1) Перегрины и рабы <sup>6)</sup>. 2) Лица, лишеныя этого права по суду, какъ-то за пасквиль, (*intestabiles*; см. *Общ. ч. § 24, VI*), за прелюбодѣяніе <sup>7)</sup> и за вымогательство <sup>8)</sup>, а также лишеныя гражданской чести (*infames* <sup>9)</sup>). 3) Женщины <sup>10)</sup>. 4) Лица, неспособныя быть свидѣтелями въ силу физическихъ и душевныхъ пороковъ: (*impuberes, furiosi, prodigi*, глухіе, нѣмые <sup>11)</sup>). 5) Подвластныя дѣти завѣщателя <sup>12)</sup>. 6). Лицо, назначенное въ завѣщаніи наслѣдникомъ, и лица, соединенныя съ нимъ отеческой властью (его подвластные, домовладыка, его братья и сестры, находящіеся вмѣстѣ съ нимъ подъ одною властью <sup>13)</sup>).

При совершеніи завѣщанія необходимо соблюденіе *unitas actus*, т.-е. совершенія завѣщанія въ одинъ пріемъ и въ одномъ мѣстѣ; оно должно быть доведено до конца безъ перерывовъ <sup>14)</sup>; допускаются лишь небольшіе пере-

<sup>1)</sup> Исторію римскаго завѣщанія см. у *Dernburg III § 69. Girard стр. 797 Ср. Accarias I § 321.*

<sup>2)</sup> L. 21 § 2 D. 28, 1.

<sup>3)</sup> L. 20 § 10 D. 28, 1.

<sup>4)</sup> L. 22 § 1 D. 28, 1.

<sup>5)</sup> 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. Баронъ § 393 пр. 18.*

<sup>6)</sup> § 6 I. 2, 10.

<sup>7)</sup> L. 14 D. 22, 5.

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

<sup>9)</sup> Nov. 90 с. 1.

<sup>10)</sup> § 6 I. 2, 10.

<sup>11)</sup> L. 18 L. 20 § 4 D. 28, 1. § 5. 6 I. 2, 10. Слѣдые—только при составленіи письменнаго завѣщанія.

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

<sup>13)</sup> L. 20 пр. D. 28, 1. § 10 I. 2, 10.

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

рывы по естественнымъ надобностямъ завѣщателя или свидѣтелей<sup>15)</sup>; въ случаѣ значительнаго перерыва актъ долженъ быть возобновленъ съ начала.

Самое совершеніе завѣщанія сводится къ слѣдующему. 1) Если завѣщаніе—устное (*testamentum nuncupativum*), то завѣщатель долженъ изъяснить свою волю на словахъ или знаками, такъ чтобы свидѣтели слышали его и понимали<sup>16)</sup>. 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 соблюденія формы письменнаго завѣщанія (*testamentum nuncupativum in scripturam redactum*). 2) Если завѣщаніе было *письменное*<sup>17)</sup>—*testamentum tripartitum*, то требуется, чтобы документъ былъ или весь написанъ рукою завѣщателя съ отмѣткою въ текстѣ объ этомъ: тогда особая подпись завѣщателя не нужна (*testam. holographum*<sup>18)</sup>; или же оно должно быть подписано завѣщателемъ (*test. allographum*). Этотъ документъ завѣщатель предъявляетъ свидѣтелямъ, какъ свое завѣщаніе; свидѣтели должны его подписать (*subscriptio*<sup>19)</sup>. Затѣмъ таблицы завѣщанія завязывались и запечатывались печатями всѣхъ свидѣтелей, при чемъ каждый еще разъ около своей печати подписывалъ свое имя (*superscriptio*<sup>20)</sup>.

В. *Особенныя формы частнаго завѣщанія* были или осложненныя, или упрощенныя. а) *Осложнена* была форма въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) Для завѣщанія *слѣпного*. Кромѣ 7 свидѣтелей долженъ присутствовать нотариусъ, или 8-й свидѣтель; кромѣ того, соединялись вмѣстѣ формальности устнаго и письменнаго завѣщанія: должно быть составлено письменное завѣщаніе съ соблюденіемъ всѣхъ формальностей и прочитано подписывающимъ его свидѣтелямъ<sup>21)</sup>.—2) Если письменное завѣщаніе составляетъ лицо, *которое по болѣзни или неграмотности не можетъ писать*, то *восьмой* свидѣтель долженъ былъ подписать завѣщаніе вмѣсто завѣщателя (*subscriptor*—рукоприкладчикъ)<sup>22)</sup>.—б) *Упрощена* была форма слѣдующихъ завѣщаній. 1) *Testamentum militare*, т.-е. завѣщаніе, составленное солдатомъ; Юстиніанъ ограничилъ право солдатъ составлять такія завѣщанія временемъ похода<sup>23)</sup>. Отъ этого завѣщанія не требовалось никакой формы; достаточно было серьезнаго изъясненія воли, которое можно было доказать любымъ путемъ<sup>24)</sup>. Кромѣ того, завѣщаніе солдатъ и по содержанію обсуждалось свободнѣе: къ нему не примѣнялись извѣстныя намъ правила: *semel heres semper heres*<sup>25)</sup> и *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*<sup>26)</sup>, а также *lex Falcidia*<sup>27)</sup> и вообще т. наз. формальныя и матеріальныя ограниченія свободы

15) L. 28 C. 6, 23.

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

17) *Testamentum tripartitum*, въ виду § 3 I. 2, 10. См. о немъ подробно у *Girard* стр. 809 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.

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.

завѣщаній (ниже § 15, I). Это завѣщаніе было дѣйствительно, если солдатъ умеръ на военной службѣ, а въ случаѣ почетной отставки — до истеченія года со времени отставки <sup>28)</sup>. — 2) *Testamentum pestis tempore conditum* <sup>29)</sup>. Во время господства какой-либо эпидеміи въ мѣстѣ совершенія завѣщанія свидѣтели могутъ не собираться, а переговорить съ завѣщателемъ каждый отдѣльно. 3) *Testamentum ruri conditum* <sup>30)</sup>. 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 (прописью, но не только цифрами) и поставилъ дату. Но, чтобы оставить въ немъ легаты постороннимъ лицамъ, нужно привлечь 5 свидѣтелей <sup>31)</sup>. — Слѣдуетъ отличать отъ этого завѣщанія такъ наз. *divisio parentum inter liberos*: здѣсь завѣщатель не назначаетъ ни наслѣдниковъ, ни долей наслѣдства, а только распределяетъ 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 <sup>32)</sup>.

2. *Публичныя 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 изъявленія воли въ протоколъ суда или нѣкоторыхъ муниципальных магистратовъ <sup>33)</sup>. б) *Testamentum principi oblatum* <sup>34)</sup>; это завѣщаніе совершается путемъ передачи императору на храненіе письменнаго документа, содержащаго завѣщательныя распоряженія.

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

### 1. Условія ея дѣйствительности.

Выше было указано (§ 7), что назначеніе наслѣдника является существеннымъ элементомъ завѣщанія; при недѣйствительности назначенія наслѣдника уничтожается все завѣщаніе, за исключеніемъ лишь немногихъ распоряженій. Въ настоящемъ параграфѣ мы должны познакомиться съ условіями дѣйствительной *institutio heredis*. Намъ необходимо коснуться: 1) вопроса о волѣ завѣщателя и ея выраженіи во внѣ; 2) вопроса о способности избраннаго завѣщателемъ лица быть наслѣдникомъ (*testamenti factio passiva* и са-

<sup>28)</sup> L. 21. § 6 D. 29, 1. L. 5 C. 6, 21. § 3 I. 2, 11.

<sup>29)</sup> L. 8 C. 6, 23. Содержаніе этой конституціи спорно; см. разныя мнѣнія у Windscheid § 544 пр. 7. Dernburg III § 72 пр. 3. Баронъ § 394.

<sup>30)</sup> L. 31 C. 6, 23.

<sup>31)</sup> L. 21 § 3 C. 6, 23. Nov. 107 с. 1. 2.

<sup>32)</sup> L. 20 § 3 D. 10, 2. L. 16. 21 C. 3, 36. Nov. 18 с. 7. Nov. 107 с. 3.

<sup>33)</sup> L. 17. 19. C. 6, 23. Girard стр. 811 пр. 1.

<sup>34)</sup> L. 19. C. 6, 23.

pacitas); 3) вопроса о значеніи разнаго рода дополнительныхъ распоряженій при institutio heredis (условій, срока и т. п.).

I. *Воля завѣщателя и ея выраженіе во вѣнъ*. Gai 2, 229: Testamenta vim ex institutione heredum accipiunt et ob id velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio.—По классическому праву назначеніе наслѣдника должно было быть помѣщено въ самомъ началѣ акта и должно было быть сдѣлано certis verbis: Titius heres esto или: T. heredem esse jubeo. Эти условія отпали, однако, въ позднѣйшемъ правѣ. Въ Юстиниановомъ правѣ не требуется болѣе соблюденія какой-либо *формы* <sup>1)</sup>.

Назначеніе наслѣдника должно содержать въ себѣ дѣйствительную волю самого завѣщателя. Поэтому не считается дѣйствительнымъ завѣщаніе, въ которомъ *опредѣленіе наслѣдниковъ предоставляется третьему лицу* (illi heredes mihi sunt, quos Titius voluerit <sup>2)</sup>). Допустимо ли назначеніе наслѣдника *подъ условіемъ, что его назначеніе будетъ одобрено третьимъ лицомъ* (Sempronius heres esto, si Titius voluerit), было спорно. Вообще классическіе юристы считали ничтожнымъ такое назначеніе, но они допускали обходъ этого правила, такъ какъ признавали возможнымъ назначать наслѣдниковъ *подъ условіемъ, что третье лицо предприметъ какое-либо вполнѣ зависящее отъ его воли дѣйствіе*; напр., „Sempronius heres esto, si Titius in Capitolium ascenderit“ <sup>3)</sup>. Слѣдовательно, какъ правильно замѣчаетъ Дернбургъ <sup>4)</sup>, все зависело отъ того, какъ сформулировано распоряженіе: оно дѣйствительно, если будетъ выражено такъ: Гай пусть будетъ наслѣдникомъ, если Тицій скажетъ „да“. Поэтому Ульпіанъ призналъ, что дѣйствительны и тѣ назначенія наслѣдниковъ, которыя сдѣланы *подъ условіемъ „si Titius voluerit“* <sup>5)</sup>.

Содержаніе воли должно быть вполнѣ *опредѣленное*; ничтожно распоряженіе, изъ котораго нельзя заключить съ увѣренностью, кого именно завѣщатель хотѣлъ назначить своимъ наслѣдникомъ <sup>6)</sup>. Но неточности и ошибки, которыя не лишаютъ возможности, при помощи толкованія, точно опредѣлить личность наслѣдника, не вредятъ назначенію наслѣдника: не вредитъ напр., невѣрное обозначеніе степени родства лица, вполнѣ опредѣленно обозначеннаго его собственнымъ именемъ. Это правило выражается афоризмомъ: „falsa demonstratio non nocet“ <sup>7)</sup>. Необходимо только, чтобы было ясно выражено намѣреніе назначить извѣстное лицо универсальнымъ преемникомъ, хотя бы слово heres не было употреблено въ завѣщаніи <sup>8)</sup>.

Назначеніе наслѣдника не должно быть *безнравственно* или преслѣдовать безнравственныя цѣли. Поэтому ничтожно т. наз. *капталторное* назначеніе наслѣдника, т.-е. назначеніе наслѣдника *подъ условіемъ, что назначенное лицо или третье лицо въ свою очередь назначать завѣщателя или третье лицо наслѣдникомъ*: безнравственнымъ считалось пользоваться назначеніемъ

1) L. 15 (339 г.) L. 21 § 6 (439 г.). С. 6, 23.

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

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

4) Pandekten III § 76 пр. 6.

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

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

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

8) L. 15 C. 6, 23.



наслѣдника для того, чтобы этимъ путемъ приобрести какое-либо имущество себѣ или третьему лицу<sup>9)</sup>. Ничтожно было также назначеніе императора наслѣдникомъ *litis causa*, т.-е. для того, чтобы замѣнить себя въ начатомъ процессѣ сильнѣйшимъ преемникомъ<sup>10)</sup>.

Наконецъ, назначеніе наслѣдника не должно быть сдѣлано подъ вліяніемъ существеннаго заблужденія (*error*), обмана (*dolus*) и принужденія (*metus*). Что касается заблужденія<sup>11)</sup>, то для завѣщанія имѣло значеніе даже т. наз. заблужденіе въ мотивахъ, которое въ сдѣлкахъ *inter vivos* не принимается во вниманіе (см. Общ. ч. § 40). Если окажется, что, не будь заблужденія въ мотивахъ, завѣщатель не сдѣлалъ бы распоряженія (напр., Тицій назначенъ наслѣдникомъ только потому, что завѣщатель ошибочно считалъ его своимъ сыномъ), то назначенное лицо не можетъ получить *bon. poss. secundum tabulas*, и наслѣдство переходитъ къ тому, кому оно досталось бы при отсутствіи заблужденія у завѣщателя<sup>12)</sup>; если же такихъ лицъ не было, то наслѣдство отнималось у назначеннаго наслѣдника, какъ у *indignus*, и передавалось фиску<sup>13)</sup>.—Если завѣщатель силою, угрозами (*metus*) или обманомъ (*dolus*) былъ удержанъ отъ совершенія или измѣненія завѣщанія, то виновное лицо, въ случаѣ призванія къ наслѣдству, теряетъ свою часть, какъ *indignus*, въ пользу фиска, который долженъ выплатить легаты, возложенныя въ завѣщаніи на это лицо<sup>14)</sup>.—Если, наоборотъ, назначеніе наслѣдника въ завѣщаніи явилось слѣдствіемъ принужденія (*metus*), то назначенный наслѣдникъ не получалъ *bonorum possessio*; *bonorum possessio* давалась тѣмъ лицамъ, которыя были бы призваны, не будь акта принужденія<sup>15)</sup>.—Чтобы предупредить мошенничество при составленіи завѣщаній, *Setum Libonianum* (а. н. с. 769) постановило, что переписчикъ 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 подвластнымъ<sup>16)</sup>. Юриспруденція вывела отсюда, что подобное распоряженіе само должно считаться ничтожнымъ<sup>17)</sup>. Это правило не примѣнялось только тогда, когда переписчикъ былъ въ то же время единственнымъ наслѣдникомъ завѣщателя *ab intestato*<sup>18)</sup>, или когда завѣщатель собственноручно подтвердилъ въ завѣщаніи распоряженія, сдѣланныя въ пользу переписчика<sup>19)</sup>.

II. *Способность быть наслѣдникомъ.* Здѣсь слѣдуетъ различать два условія: способность быть назначеннымъ наслѣдникомъ въ завѣщаніи — *testamenti factio passiva* — и способность приобрести что-либо по завѣща-

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. *l. roeuae 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.

18) L. 1 C. 9, 23.

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

нию—*capacitas*. А) *Testamenti factio passiva*. Эта способность должна быть налицо въ моментъ совершенія завѣщанія, въ моментъ смерти наслѣдодателя или наступленія условія назначенія, и въ теченіе времени между *delatio* и *adquisitio hereditatis* <sup>20)</sup>. Назначеніе лица, не имѣющаго *testamenti factio passiva* въ моментъ совершенія завѣщанія, ничтожно <sup>21)</sup> и не дѣлается дѣйствительнымъ, если назначенное лицо впоследствии станетъ способнымъ быть наслѣдникомъ по завѣщанію. По общему правилу не имѣютъ *testamenti factio passiva* лица, которыя вообще не могутъ быть призываемы къ наслѣдству (см. выше § 3, II въ концѣ). Въ частности не могли быть назначены *женщины* согласно *lex Voconia* лицами перваго класса по цензу. Это правило утратило силу съ исчезновеніемъ ценза <sup>22)</sup>. Не могли назначаться, затѣмъ, *personae incertae*, т.-е. *postumi* и юридическія лица. По отношенію къ *postumi sui* это ограниченіе отпало уже по *jus civile*, а преторъ сталъ давать *bon. poss. secundum tabulas* и въ пользу *postumi alieni*. Юридическія лица приобрѣли право быть наслѣдниками въ широкихъ размѣрахъ въ христіанскую эпоху, въ частности въ силу конституціи Юстиніана „*de incertis personis*“ <sup>23)</sup>. *Рабы* могли назначаться наслѣдниками, но рабы самого завѣщателя только—*сум. libertate*.

В) *Capacitas*. Нѣкоторыя лица, хотъ имѣли *test. factio passiva*, не могли, однако, приобретать оставленное имъ въ завѣщаніи наслѣдство вполнѣ или отчасти. Такія лица назывались *incapaces*. Въ отличіе отъ *testamenti actio passiva*, *capacitas* требуется во время призванія къ наслѣдству и до приобретенія наслѣдства, но не во время совершенія завѣщанія <sup>24)</sup>; она требуется притомъ лишь въ 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 лицу <sup>25)</sup>).—Рядъ лицъ былъ лишенъ *jus capiendi* по *lex Julia* (736 г.) и *Lex Papia Poppaea* (762 г.). Согласно этимъ законамъ <sup>26)</sup> холостые мужчины отъ 25—60 лѣтъ, и незамужнія женщины отъ 25—50 лѣтъ—т. наз. *coelibes*—ничего не могли получить по завѣщанію лицъ, съ которыми они не стояли въ родствѣ въ первыхъ 6 (7) степеняхъ или въ ближайшемъ свойствѣ (*personae excerptae*), 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* относительно другъ друга установлена для супруговъ, не имѣющихъ въ живыхъ дѣтей отъ своего брака. Часть наслѣдства, не полученная этими лицами, называлась *caducum* и переходила къ наслѣдникамъ или легатаріямъ имѣвшимъ дѣтей и назначеннымъ въ томъ же завѣщаніи (*heredes patres, legatarii patres*),

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

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

<sup>22)</sup> *Girard* стр. 816

<sup>23)</sup> *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. 817 Ср. *Шульцъ*, § 96, 102. *Баронъ*, § 398, I. *Windscheid*, § 547 пр. 2. О способности *рабовъ* быть назначенными наслѣдниками см. *Girard* стр. 818 сл.

<sup>24)</sup> 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.

<sup>25)</sup> L. 73 (72) D. 28, 5. L. 42. D. 31. L. 28. D. 32.

<sup>26)</sup> См. о нихъ *Girard* стр. 871 сл. *Баронъ* § 398, II, 1. *Хвостовъ*, *Ист. рим. пр.* § 63, III.

а за неимѣніемъ ихъ — къ фиску <sup>27)</sup>. Постановленія legis Iuliae et Papiae отмѣнены были Константиномъ Великимъ и Θεодосіемъ II <sup>28)</sup>. Равнымъ образомъ, потеряла значеніе ко времени Юстиніана incapacitas, установленная для latini Iuniani <sup>29)</sup>, такъ какъ Юстиніанъ отмѣнилъ самое состояніе латинской свободы (Общ. ч. § 22, III). Въ юстиніановомъ правѣ существуютъ слѣдующіе случаи отсутствія incapacitas. 1) Если лицо, имѣющее дѣтей отъ перваго брака, вступило во второй бракъ (т. наз. pater binubus), то по его завѣщанію второй его 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 слипкомъ рано вступила во второй бракъ, то она могла оставить 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 <sup>30)</sup>. 4) Лишены incapacitas (по закону Домиціана) т. наз. feminae probrosae (актрисы, проститутки) <sup>31)</sup>.

III. *Побочныя оговорки при heredis institutio*. Намъ остается познаться съ тѣмъ, какъ вліяетъ на назначеніе наследника прибавленіе къ нему условій, срока и modus'a. 1) *Резолютивныя* 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: къ нимъ не примѣняется правило semel heres semper heres, а при наступленіи условія наследство переходитъ къ субституту, если онъ назначенъ (см. о субститутѣ ниже § 10), или къ наследникамъ ab intestato <sup>32)</sup>. — *Суспензивныя* условія могутъ быть прибавлены къ institutio heredis. Но если эти условія являются недозволенными или невозможными, то они не дѣлаютъ назначенія наследника ничтожнымъ, а считаются неписанными (см. Общ. ч. § 41, I, 2, с.). Другая особенность условій въ завѣщаніяхъ состоитъ въ томъ, что condiciones 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 наследства для условно назначеннаго наследника отлагается до наступленія условія <sup>33)</sup>; наследникъ долженъ пережить этотъ моментъ и имѣть при его наступленіи testamenti factio passiva <sup>34)</sup>. Впрочемъ, по *преторскому эдикту* наследникъ можетъ и до наступленія условія испросить временную bonorum possessio (см. § 20 IV ниже), но обязанъ въ такомъ случаѣ представить обезпеченіе (cautio) въ томъ, что если условіе не наступитъ, онъ выдастъ наследство со всѣми плодами тѣмъ лицамъ, къ которымъ наследство должно перейти при ненаступленіи условія, т.-е. субститутамъ (см. § 10 ниже), сонаследникамъ (въ силу jus accrescendi) или наследникамъ ab intestato <sup>35)</sup>.

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

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

<sup>29)</sup> Gai 1, 23, 24. Ulp. 17, 1.

<sup>30)</sup> Nov. 89 c. 12. Излишне оставленное поступаетъ въ пользу законныхъ дѣтей.

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

<sup>32)</sup> L. 15 § 4 D. 29, 1.

<sup>33)</sup> L. 3, 69. D. 29, 2.

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

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

По *цивильному праву* наслѣдникъ можетъ также въ одномъ случаѣ получить наслѣдство до наступленія условія. Именно, если наслѣдникъ назначенъ подъ отрицательнымъ потестативнымъ условіемъ (*condicio non faciendi*) такого содержанія, что о наступленіи условія можно судить только въ моментъ смерти наслѣдника (т. наз. *condiciones, quae morte legatariorum finiuntur*<sup>36</sup>), то онъ можетъ тотчасъ же вступить въ наслѣдство, представивъ т. наз. *cautio Muciana* въ томъ, что онъ выдастъ наслѣдство обратно субституатамъ, сонаслѣдникамъ или наслѣдникамъ *ab intestato*, если совершить то дѣйствіе, которое равносильно ненаступленію условія. (Напр., А. назначенъ наслѣдникомъ подъ тѣмъ условіемъ, что онъ никогда не поѣдетъ въ Азію, что онъ не продастъ никогда извѣстной вещи или раба<sup>37</sup>).

2) *Сроки* всегда считаются неписанными при *heredis institutio*. Это относится 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 наслѣдство переходило къ субституатамъ или *heres ab intestato*; до наступленія отлагательнаго срока наслѣдство выдавалось наслѣдникамъ, назначеннымъ въ завѣщаніи безъ срока, или наслѣдникамъ *ab intestato*<sup>38</sup>.—3) Къ назначенію наслѣдника могъ быть прибавленъ *modus* (*heredis institutio sub modo*). Въ такомъ случаѣ наслѣдникъ принуждался къ исполненію *modus*. (О разныхъ средствахъ принужденія сказано было въ *Общей части § 45, II*).

## § 9. Назначеніе наслѣдника (продолженіе).

### 2. Объемъ правъ наслѣдника.

I. Завѣщатель могъ назначить одного наслѣдника или же нѣсколькихъ и въ послѣднемъ случаѣ могъ указать имъ любыя части наслѣдства. Для пониманія *терминологіи источниковъ* слѣдуетъ замѣтить, что римляне называли все наслѣдство *as*; поэтому наслѣдникъ, получающій все наслѣдство (т. е. единственный наслѣдникъ), назывался *heres ex asse*. *As* дѣлился на двѣнадцать частей, которыя назывались *unciae*; въ унціяхъ обыкновенно и выражались доли сонаслѣдниковъ; 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 назначилъ *одного наслѣдника*, то онъ получаетъ все наслѣдство, хотя бы завѣщатель прибавилъ къ его назначенію указаніе опредѣленной части наслѣдства, такъ какъ остальную часть наслѣдства никому было передать: въ частности наслѣдники *ab intestato* не могли потребо-

<sup>36</sup>) L. 73. D. 35, 1.

<sup>37</sup>) L. 73 D. 35, 1 L. 4 § 1. D. 28, 7. Подробности у Барона § 401, I, 2а. *Dernburg* III § 83, 3. *Windscheid*, § 554, пр. 7.

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

вать ея въ силу извѣстнаго правила — „*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*“. Къ завѣщанію солдатъ это правило не примѣнялось, и поэтому часть наслѣдства, которой завѣщатель не распорядился, переходила къ наслѣдникамъ *ab intestato* <sup>1)</sup>).

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

а) Завѣщатель *не указалъ долей наслѣдниковъ*. Въ такомъ случаѣ наслѣдство дѣлилось поровну между всеѣми <sup>2)</sup>. Но было исключеніе изъ этого правила. Именно, завѣщатель могъ соединить вмѣстѣ нѣсколькихъ наслѣдниковъ, противопоставивъ ихъ остальнымъ, и выразить тѣмъ, что эти объединенные имъ наслѣдники вмѣстѣ должны получить одну долю равную долѣ, которую получить каждый изъ остальныхъ наслѣдниковъ <sup>3)</sup>. Это объединеніе можетъ быть сдѣлано самымъ строемъ предложенія: 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 <sup>4)</sup>; другой примѣръ: „*Titius heres esto, Sejus et Maevius heredes sunt*“ <sup>5)</sup>. Наслѣдодатель могъ впрочемъ объединить нѣсколько наслѣдниковъ даже назначая ихъ 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 <sup>6)</sup>.—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 всеѣми поровну <sup>7)</sup>.

б) Завѣщатель *опредѣлилъ доли сонаслѣдниковъ*; тогда раздѣлъ производится согласно его указаніямъ. Если указанные доли не исчерпываютъ всего наслѣдства, то онѣ пропорціонально увеличиваются <sup>8)</sup> (въ завѣщаніи солдатъ остатокъ наслѣдства, за вычетомъ указанныхъ завѣщателемъ долей, переходитъ къ наслѣдникамъ *ab intestato*). Если указанные завѣщателемъ доли въ суммѣ превышаютъ наслѣдство, то онѣ соответственно уменьшаются <sup>9)</sup>.—Если завѣщатель назначилъ *однихъ наслѣдниковъ съ указаніемъ долей, а другихъ безъ указанія*, то послѣдніе дѣлятъ между собою поровну то, что остается за вычетомъ долей, назначенныхъ первымъ <sup>10)</sup>. Если доли первыхъ превышаютъ наслѣдство, то римляне прибѣгали къ слѣдующему приему: они приравниваютъ тогда наслѣдство не одному ассу, а двумъ (*dupondium*),

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.

въ которыхъ 24 unciae; соответственно съ этимъ доля, указанная каждому наслѣднику завѣщателемъ, уменьшается вдвое, и для наслѣдниковъ, назначенныхъ безъ указанія частей, получается остатокъ (напр., „А. долженъ получить 5 unciae, В—4 unciae, С—7 unciae, D и E остальное“, гласить завѣщаніе; въ наслѣдствѣ считаются тогда 24 unciae, каждая uncia не въ  $\frac{1}{12}$ , а въ  $\frac{1}{24}$  наслѣдства, такъ что А получить  $\frac{5}{24}$ , В— $\frac{4}{24}$ , С— $\frac{7}{24}$ , а D и E по  $\frac{1}{24}$  наслѣдства). Въ случаѣ нужды наслѣдство приравнивается даже 3 ассамъ (tripondium), т. е. дѣлится на 36 unciae, или, иными словами, доли наслѣдниковъ уменьшаются втрое и т. д. <sup>11)</sup>. — Если доли наслѣдниковъ, размѣры которыхъ указаны, исчерпываютъ все наслѣдство, то наслѣдство дѣлится на двѣ части, и вторая половина дается наслѣдникамъ, доли которыхъ не опредѣлены. Это не дѣлается, однако, въ томъ случаѣ, если завѣщатель, исчерпавъ все наслѣдство, прямо указываетъ, что прочіе наслѣдники должны получить остатокъ (котораго нѣтъ); тогда ясно, что ихъ назначеніе — насмѣшка надъ ними или шутка <sup>12)</sup>.

IV. *Institutio ex re certa*. Подъ этимъ именемъ разумѣется такое назначеніе наслѣдника, въ которомъ завѣщатель указываетъ, что извѣстное лицо должно быть его heres и получить опредѣленную вещь изъ его наслѣдства (а не долю, квоту наслѣдства). 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. <sup>13)</sup>. Такое назначеніе наслѣдника ненормально, т. к. наслѣдникъ — heres, по существу этого понятія, *универсальный* преемникъ. Подобное назначеніе не указываетъ, какъ поступить съ остальными частями наслѣдственного актива, и, главное, не указываетъ, кто долженъ отвѣчать за долги наслѣдства. Римскіе юристы обошли эти затрудненія, признавая, что 1) такое назначеніе все-же есть назначеніе универсальнаго преемника; 2) но въ то же время они стремились къ тому, чтобы назначенный наслѣдникъ получилъ не больше того, что ему оставилъ наслѣдодатель. Они толковали *institutio ex re certa* слѣдующимъ образомъ:

а) Если въ завѣщаніи назначенъ *только одинъ наслѣдникъ, притомъ ex re certa*, то онъ считался назначеннымъ *ex asse*, т. е. получалъ все наслѣдство <sup>14)</sup>. Но, если было ясно, что наслѣдодатель въ сущности желалъ предоставить остальное наслѣдство, за вычетомъ *res certa*, другому лицу, то назначенный наслѣдникъ признавался обремененнымъ универсальнымъ фиденкоммиссомъ въ пользу этого лица; онъ долженъ былъ выдать ему все наслѣдство, и могъ удержать въ свою пользу только указанную завѣщателемъ *res certa* или *quarta Falcidia*. Это имѣло мѣсто, напр., въ томъ случаѣ, если завѣщатель составилъ сперва одно завѣщаніе, а затѣмъ уничтожилъ его составленіемъ новаго завѣщанія, по которому назначилъ новаго наслѣдника, но *ex re certa*, и при этомъ подтвердилъ распоряженія стараго завѣщанія: heres *ex re certa* долженъ былъ выдать наслѣдство, какъ фиденкоммиссъ, наслѣдникамъ по первому завѣщанію <sup>15)</sup>.

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

<sup>12)</sup> L. 17 § 3. L. 80 D. 28, 5.

<sup>13)</sup> Ср. L. 35. L. 79 pr. D. 28, 5.

<sup>14)</sup> L. 1 § 4 D. 28, 5. L. 41 § 8. D. 28, 6.

<sup>15)</sup> L. 30 (29). D. 36, 1. § 3 J. 2, 17. Windscheid § 552 пр. 6. Dernburg III, §

б) Если назначено нѣсколько наслѣдниковъ, притомъ всѣ *ex certis rebus*<sup>16)</sup>, то они дѣлятъ наслѣдство поровну и въ равной мѣрѣ отвѣчаютъ за долги наслѣдства<sup>17)</sup>. Указанныя каждому изъ нихъ *certae res* они получаютъ при раздѣлѣ наслѣдства въ качествѣ легатовъ<sup>18)</sup> (легать въ пользу одного изъ сонаслѣдниковъ, возложенный на другихъ сонаслѣдниковъ, носить названіе *praelegatum*). Если же и въ этомъ случаѣ ясно, кому завѣщатель желалъ предоставить остальную часть наслѣдства, за вычетомъ назначенныхъ наслѣдникамъ *certae res*, то дѣло рѣшается, какъ въ первомъ случаѣ.

в) Если нѣкоторые наслѣдники назначены *in partes*, а другимъ оставлены *certae res*, то послѣдніе номинально считаются за сонаслѣдниковъ, но ихъ части наслѣдства сами собою переходятъ къ первымъ на основаніи предполагаемаго въ этомъ случаѣ молчаливаго фиденкоммисса; *heredes ex re certa* удерживаютъ за собою въ качествѣ легатовъ только указанныя имъ *certae res*<sup>19)</sup>. Но если наслѣдники, назначенные *cum partibus*, не примутъ наслѣдства, то наступаетъ случай, разсмотрѣнный подъ лит. б).

д) По завѣщанію солдата, къ которому не примѣняется правило „*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*“, *heres ex re certa* получаетъ всегда лишь оставленную ему вещь; онъ долженъ выдать все наслѣдство или сонаслѣдникамъ (въ случаѣ в) или наслѣдникамъ *ab intestato* (въ случаѣ а и б, а также и въ случаѣ в, если сонаслѣдники назначены не во всемъ наслѣдствѣ)<sup>20)</sup>.

## § 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 въ своемъ окончательномъ видѣ настолько различны между собою, что связать ихъ въ одну группу возможно только благодаря развитію ихъ изъ одной общей идеи. Эти три случая носятъ каждый особое названіе: *substitutio vulgaris*, *substitutio pupillaris* и *substitutio quasi pupillaris*.

II. *Substitutio vulgaris*. Такъ называется назначеніе въ завѣщаніи наслѣдника на мѣсто другого, назначеннаго въ первую очередь (*primo gradu*, *primo loco scriptus heres*), на случай, что этотъ послѣдній не сдѣлается наслѣдникомъ<sup>1)</sup>. Субститутъ, слѣдовательно, есть наслѣдникъ, назначенный

<sup>16)</sup> L. 35. L. 79 pr. D. 28, 5.

<sup>17)</sup> L. 10. 11. 9 § 13. D. 28, 5.

<sup>18)</sup> L. 35 § 1. L. 79 pr. D. 28, 5.

<sup>19)</sup> L. 13 C. 6, 24 и къ этому Windscheid § 553 пр. 11. Dernburg III, § 87, 3.

Баронъ § 400, 1.

<sup>20)</sup> L. 6, 11 § 2. 12. 13 pr. D. 29, 1. L. 2. C. 6, 21.

<sup>1)</sup> L. 36 pr. 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 особыя правила, смыслъ которыхъ передается (современной) поговоркой; *substitutus substituto censetur substitutus instituto*. L. 27, 41 pr. D. 28, 6. § 3. J. 2, 15. Windscheid § 557 пр. 10—11. Баронъ § 402 пр. 2, 3. Girard стр. 826 пр. 1—3.

подъ суспензивнымъ условіемъ, которое состоитъ въ томъ, что первый наслѣдникъ (*institutus* въ отличіе отъ *substitutus* <sup>2)</sup>) 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* <sup>3)</sup>. Въ качествѣ субститута можетъ быть назначено не только постороннее лицо, но и одинъ изъ сонаслѣдниковъ <sup>4)</sup>, или всѣ сонаслѣдники могутъ быть сдѣланы субститутами одного изъ нихъ, или, наконецъ, всѣ сонаслѣдники могутъ быть взаимно назначены субститутами другъ другу <sup>5)</sup>. Наслѣдство открывається субституту по наступленіи условія его субституціи, т.-е. тогда, когда первый наслѣдникъ самъ не захочетъ или не сможетъ принять наслѣдства <sup>6)</sup>, и вмѣсто него не явится кто-либо другой (случай такъ наз. *transmissio hereditatis* <sup>7)</sup>), а также тогда, когда приобрѣтеніе первымъ наслѣдникомъ почему либо будетъ уничтожено (напр., вслѣдствіе *in integrum restitutio* <sup>8)</sup> или вслѣдствіе *beneficium abstinendi* <sup>9)</sup>). Но наслѣдство не открывається для субститута въ случаѣ отнятія его у наслѣдника вслѣдствіе *indignitas* <sup>10)</sup>.

III. *Substitutio pupillaris*. Въ развитомъ римскомъ правѣ эта субституція по существу имѣетъ мало общаго съ *substitutio vulgaris*.

Подъ *substitutio pupillaris* разумѣется слѣдующій институтъ: *домовладыка* имѣетъ право, дѣлая завѣщаніе о своемъ имуществѣ, *назначитъ наслѣдника также и своему малолѣтнему (impubes) нисходящему, стоящему непосредственно подъ его властью*, на случай, если этотъ подвластный умретъ раньше достиженія *pubertas* <sup>11)</sup>, т.-е. въ томъ еще возрастѣ, когда онъ самъ не можетъ совершать завѣщанія, и не можетъ назначить себѣ наслѣдника. Такой наслѣдникъ подвластнаго также назывался *substitutus*. При этомъ отецъ не былъ обязанъ назначать самого подвластнаго своимъ наслѣдникомъ: онъ могъ лишитъ его наслѣдства (*exheredare*) <sup>12)</sup>. Въ этомъ случаѣ субститутъ, наслѣдуя малолѣтнему, получаетъ только то имущество, которое малолѣтній приобрѣлъ не отъ домовладыки, которому онъ не наслѣдовалъ, а изъ другихъ источниковъ. Если же домовладыка назначалъ подвластнаго своимъ наслѣдникомъ, а затѣмъ наслѣдство открывалось для субститута (т.-е. подвластный умиралъ, получивъ отцовское наслѣдство, но не достигнувъ *pubertas*), то субститутъ все-таки считался наслѣдникомъ не самого отца, а его малолѣтняго подвластнаго, хотя бы у послѣдняго не было иного имущества, кромѣ унаслѣдованнаго отъ отца <sup>13)</sup>.

<sup>2)</sup> L. 1 pr. D. 28, 5.

<sup>3)</sup> 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.

<sup>4)</sup> L. 4 § 2. L. 23 D. 28, 6. § 1 J. 2, 15.

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

<sup>6)</sup> L. 3. C. 6, 24.

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

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

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

<sup>10)</sup> См. ниже § 23, II, 5.

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

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

<sup>13)</sup> L. 10 § 5. D. 28, 6. Ulp. 4. Sab. Ad substitutos pupillares pertinent et si quae postea pupillis obvenerint: neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis, cum et



Ясно, что здѣсь мы не имѣемъ подназначенія одного наслѣдника вмѣсто другого, какъ при *substitutio vulgaris*, а *назначеніе однимъ лицомъ наслѣдника другому лицу*. Почему же римскіе юристы считаютъ эту *substitutio* институтомъ, родственнымъ съ *substitutio vulgaris*? Загадка можетъ быть объяснена только слѣдующимъ путемъ <sup>14)</sup>. Вѣроятно, первоначально эта субституція была также подназначеніемъ второго наслѣдника къ наслѣдству самого отца на случай, если первый его наслѣдникъ не получитъ наслѣдства. Отецъ, вѣроятно, долженъ былъ прежде всего назначить самого малолѣтняго подвластнаго 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 <sup>15)</sup>; частью отповскаго наслѣдства считалось и то, что приобрѣтеть самъ *impubes* по смерти отца. Такимъ образомъ, субститутъ являлся вторымъ наслѣдникомъ самого отца въ случаѣ ранней смерти перваго наслѣдника, т.-е. малолѣтняго подвластнаго. Отсюда и названіе этой комбинаціи *substitutio*. Домовладыка получалъ возможность, въ случаѣ ранней смерти своего малолѣтняго наслѣдника, передать наслѣдство какому-либо близкому лицу вмѣсто отдаленныхъ агнативъ, къ которымъ наслѣдство малолѣтняго могло перейти по закону при отсутствіи субституціи.—Съ теченіемъ времени стали дозволять отцу, дѣлая эту субституцію, лишать наслѣдства самого малолѣтняго; 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 строѣ института есть черты, указывающія на то, что субститутъ считался первоначально наслѣдникомъ самого отца, а не малолѣтняго подвластнаго. Таково, напр., положеніе, по которому вульгарный субститутъ по завѣщанію отца въ случаѣ сомнѣнія всегда считается одновременно пупиллярнымъ, и наоборотъ <sup>16)</sup>. Такова, далѣе, норма, согласно которой отецъ только тогда можетъ назначить своему подвластному субституту, когда оставляетъ завѣщаніе о своемъ собственномъ имуществѣ <sup>17)</sup>, т.-е. другими словами, когда онъ назначаетъ себѣ перваго наслѣдника (первоначально, какъ сказано, такимъ первымъ наслѣдникомъ долженъ былъ быть, вѣроятно, самъ малолѣтній подвластный); самая *substitutio pupillaris* можетъ быть сдѣлана и не въ завѣщаніи, а въ другомъ документѣ (*secundae tabulae*) <sup>18)</sup>, но при ничтожности завѣщанія теряетъ силу и субституція <sup>19)</sup>.

Изъ этого очерка видно, что въ развитомъ правѣ при *substitutio pupillaris* борются двѣ основныя идеи: *substitutus* считается за наслѣдника малолѣтнему, а не его отцу; но есть такія нормы, которыя могутъ быть выведены только изъ прежней основной идеи института, согласно которой пупиллярный субститутъ считался вторымъ наслѣдникомъ самого отца на случай ранней

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. Cp. Gai 2, 180. Къ этому *Dernburg* III, § 89 пр. 5, 10. *Girard* стр. 827 сл.

<sup>14)</sup> Ср. къ послѣдующему *Vangerow* II, § 452. *Dernburg* III, § 89. *Girard* стр. 827.

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

<sup>16)</sup> L. 4, 45. D. 28, 6. L. 2, 4. C. 6, 26. L. 6. C. 6, 21. *Dernburg* § 89 пр. 15

*Girard* стр. 827 пр. 5.

<sup>17)</sup> L. 2 § 4. L. 20. D. 28, 6.

<sup>18)</sup> L. 16 § 1. D. 28, 6 Gai 2, 181.

<sup>19)</sup> L. 2 пр. L. 10 § 4. L. 16 § 1. D. 28, 6.

смерти перваго его наслѣдника — малолѣтняго подвластнаго. Въ виду этого положенія римскаго права о пупиллярной субституціи отличаются большою запутанностью <sup>20)</sup>.

IV. *Substitutio quasi pupillaris*. Юстиніанъ создалъ по аналогіи съ *substitutio pupillaris* еще одинъ видъ субституціи: *substitutio quasi pupillaris*, или *Iustinianeae*. Эта субституція сводится къ тому, что восходящіе родственики могутъ назначать своему безумному нисходящему (*mente captus*) наслѣдника на случай, если этотъ нисходящій умретъ, не выздоровѣвъ отъ душевной болѣзни. Нисходящій не долженъ стоять непремѣнно подъ властью восходящаго, назначающаго ему субститута. Но восходящій долженъ оставить нисходящему *portio legitima*. долженъ совершить завѣщаніе и для самого себя и обязанъ избрать субститута изъ числа нисходящихъ самого безумнаго, а за неимѣніемъ ихъ, изъ числа своихъ собственныхъ нисходящихъ; при отсутствіи послѣднихъ выборъ свободенъ <sup>21)</sup>.

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

Относительно т. наз. *substitutio fideicommissaria* см. ниже, § 28 въ концѣ.

## § 11. Недѣйствительность завѣщанія.

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

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

II. Дѣйствительное первоначально завѣщаніе можетъ затѣмъ потерять силу вслѣдствіе разныхъ причинъ.

а) Такъ какъ завѣщаніе—актъ односторонне-отмѣнимый, то самъ завѣщатель можетъ *по своей волѣ лишить* свое завѣщаніе силы (см. выше § 5, III). Отмѣна завѣщанія можетъ быть совершена разными способами. 1) Прежде всего, она заключается въ *совершеніи новаго дѣйствительнаго завѣща-*

<sup>20)</sup> Особые 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. *Баронъ* § 403, II. *Girard* стр. 830 пр. 5.

<sup>21)</sup> 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. *Баронъ* § 404, II; съ точки зрѣнія послѣднихъ писателей *substitutio quasi pupillaris* въ сущности оказывается универсальнымъ фидеикомиссомъ.

<sup>22)</sup> L. 43 пр. D. 28, 6.

<sup>1)</sup> L. 4. D. 28, 1.

<sup>2)</sup> § 34. J. 2, 20.

нія<sup>3)</sup>. Если это новое завѣщаніе не ничтожно въ самый моментъ его совершенія<sup>4)</sup>, то старое завѣщаніе теряетъ силу, обращаясь въ т. наз. *testamentum irritum* (*posterioe testamento rumpitur superius*)<sup>5)</sup>. Если новое завѣщаніе было дѣйствительно съ самаго начала, но потомъ потеряло силу (напр., наслѣдники отказались вступить по нему въ наслѣдство), то старое завѣщаніе все-же признается уничтоженнымъ<sup>6)</sup>. Старое завѣщаніе вступаетъ въ силу только въ тѣхъ случаяхъ, когда новое завѣщаніе оспорено и уничтожено, какъ составленное подъ вліяніемъ заблужденія или принужденія<sup>7)</sup> (см. выше § 8, I), или когда завѣщатель самъ уничтожитъ новое завѣщаніе съ цѣлью возстановить силу стараго<sup>8)</sup>. 2) Далѣе, завѣщаніе можетъ быть отмѣнено посредствомъ спеціальнаго *заявленія завѣщателя* передъ судомъ или тремя свидѣтелями. Это заявленіе уничтожаетъ завѣщаніе только тогда, если со времени составленія завѣщанія прошло не менѣе 10 лѣтъ<sup>9)</sup>.—3) Наконецъ, *письменное завѣщаніе* отмѣняется тѣмъ, что завѣщатель съ этою цѣлью *уничтожаетъ самую tabulae testamenti или срываеиъ печати свидѣтелей*<sup>10)</sup>. Если же документъ письменнаго завѣщанія уничтоженъ или испорченъ помимо воли завѣщателя, то это не отмѣняетъ завѣщанія, но, конечно, дѣлаетъ труднымъ или даже невозможнымъ доказательство его совершенія или содержанія<sup>11)</sup>.

б) *Помимо воли завѣщателя* вополнѣ 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*<sup>12)</sup>. Если къ моменту смерти завѣщатель вновь приобрететъ *testamenti factio*, то сила его завѣщанія возстановляется безусловно въ томъ случаѣ, когда *cap. dem.* наступила противъ его воли<sup>13)</sup>; въ противномъ случаѣ требуется, чтобы завѣщатель чѣмъ-нибудь подтвердилъ свое старое завѣщаніе<sup>14)</sup>. 2) Если всѣ *назначенные наслѣдники утратятъ testamenti factio passiva, или умрутъ* раньше завѣщателя, или *не примутъ* наслѣдства по завѣщанію, то завѣщаніе теряетъ силу, какъ *testamentum destitutum* или *desertum*<sup>15)</sup>.

Особымъ основаніемъ, въ силу котораго завѣщаніе, вополнѣ или отчасти можетъ оказаться недѣйствительнымъ, является нарушеніе въ немъ интере-

<sup>3)</sup> L. 1. D. 28, 3. L. 29. C. 6, 23.

<sup>4)</sup> 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. 832. *Dernburg* III, § 94 пр. 5.

<sup>5)</sup> § 2. J. 2, 17.

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

<sup>7)</sup> L. 93 (92) D. 28, 5.

<sup>8)</sup> L. 11 § 2 in f. D. 37, 11. О завѣщаніяхъ солдатъ см. L. 19 пр. L. 36 § 1. D. 29, 1.

<sup>9)</sup> L. 27 C. 6, 23. Солдатское завѣщаніе можетъ быть отмѣнено неформальными способами L. 15 § 1. D. 29, 1.

<sup>10)</sup> 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. 834 сл. *Windscheid* § 565 пр. 8.

<sup>11)</sup> L. 1 пр. § 3. D. 28, 4. L. 20 D. 28, 3. L. 30 C. 6, 23.

<sup>12)</sup> § 4, 5. J. 2, 17.

<sup>13)</sup> § 6 J. 2, 17.

<sup>14)</sup> L. 11 § 2. D. 37, 11. *Windscheid* § 563 пр. 7. *Accarias* I, § 342, 3. *Girard* стр. 835. Ср. впрочемъ *Dernburg* III § 93, пр. 6.

<sup>15)</sup> § 2 J. 2, 17. L. 1 D. 28, 3. L. 181. D. 50, 17.

совъ т. наз. *необходимыхъ наследниковъ*. Объ этомъ будетъ рѣчь ниже (въ главѣ IV настоящаго отдѣла <sup>16)</sup>).

### Глава III. Призваніе къ наслѣдству *ab intestato*.

#### § 12. Общія положенія. Историческія замѣчанія.

I. Если послѣ умершаго *не окажется наследника по завѣщанію*, то въ его имуществѣ открывается наслѣдованіе *ab intestato*. Необходимымъ условіемъ открытія этого порядка наслѣдованія является *окончательное* выясненіе вопроса о томъ, что наслѣдованія по завѣщанію не наступитъ. Поэтому наслѣдованіе *ab intestato* не открывается, напр., пока условіе, подъ которымъ назначенъ наследникъ въ завѣщаніи, находится *in pendentі* (объ этомъ терминѣ см. Общ. ч. § 41, п. 3), или пока призванный по завѣщанію наследникъ не высказался еще, приметъ ли онъ наслѣдство, или нѣтъ. Когда выяснилось, что наслѣдованіе по завѣщанію не наступитъ, то къ наслѣдству призывается ближайшій наследникъ *ab intestato*. *Ближайшій наследникъ* есть тотъ, который оказывается на первомъ мѣстѣ въ установленномъ законѣ порядкѣ наследниковъ *ab intestato* въ моментъ открытія наслѣдства *ab intestato* <sup>1)</sup>. Изъ предыдущаго ясно, что этимъ моментомъ не всегда бываетъ моментъ смерти завѣщателя, но напр., моментъ ненаступления условія, прибавленнаго въ завѣщаніи къ *institutio heredis*, или моментъ отказа отъ наслѣдства со стороны наследника *ex testamento*. Если ближайшій наследникъ *ab intestato* не приметъ наслѣдства, то по развитому праву въ силу *successio ordinum et graduum* наслѣдство открывается слѣдующему за нимъ по порядку наследнику *ab intestato* (см. выше § 2, 1 пр. 5).

II. Самый *порядокъ*, въ которомъ по закону должны призываться наследники *ab intestato*, былъ различенъ въ разныя эпохи развитія римскаго права.

1) По *праву XII таблицъ* было три класса наследниковъ <sup>2)</sup>. Основнымъ принципомъ наслѣдованія *ab intestato* признавалось агнатское родство наследника съ наслѣдодателемъ. Въ первомъ классѣ призывались *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 призывался, 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 наследникомъ, то наслѣдство не открывалось слѣдующему по порядку лицу или классу, а дѣлалось выморочнымъ (*in legitimis hereditatibus successio non est*; см. § 2, I, пр. 4).

<sup>16)</sup> О порядкѣ, установленномъ для вскрытія завѣщанія, см. *Baronъ* § 460. *Girard* стр. 837 сл.

<sup>1)</sup> § 7. J. 3, 1. L. 9 § 2. D. 28, 2.

<sup>2)</sup> *Ulp.* 26, 1. *Coll.* 16, 4. *Gai* 3, 1 sqq.

2) Въ этотъ порядокъ наслѣдованія внесены были измѣненія *преторскимъ эдиктомъ* о bonorum possessio. Преторъ, во-первыхъ, ввелъ въ своемъ эдиктѣ successio ordinum et graduum <sup>3)</sup>, т.-е. установилъ, что въ случаѣ непринятія наслѣдства ближайшимъ 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 брачной связи между лицами. Именно, преторская bonorum possessio intestati давалась слѣдующимъ классамъ наслѣдниковъ <sup>4)</sup>. 1) Unde liberi. Сюда входятъ всѣ sui heredes и тѣ нисходящіе, которые перестали быть sui heredes вследствие capitis deminutio minima (эманципированные), т. наз. фингированные sui. 2) Unde legitimi. Сюда входятъ тѣ лица, которыя имѣли наслѣдственное право по jus civile, т.-е. sui, agnati, gentiles. 3) Unde cognati. Въ этомъ классѣ наслѣдство дается ближайшимъ когнатамъ до 6 степени родства включительно, а изъ лицъ 7 степени sobrino natis. 4) Unde vir et uxor. При отсутствіи такихъ когнатовъ наслѣдство получаетъ пережившій супругъ.— Въ теченіе императорскаго времени *законодательство* все болѣе расширяетъ значеніе когнатскаго родства при наслѣдованіи. Особенное значеніе имѣло *Setum Tertullianum* (при Адрианѣ), которое установило наслѣдованіе матери, имѣющей jus liberorum, послѣ своихъ дѣтей предпочтительно передъ агнатами дѣтей, кромѣ ближайшихъ изъ нихъ (liberi, отецъ, frater consanguineus) <sup>5)</sup>, и *Setum Orphitianum* 178 г. по Р. X., которое дало дѣтямъ законное, преимущественное право наслѣдованія послѣ матери въ классѣ unde legitimi <sup>6)</sup>. При христіанскихъ императорахъ *Setum Tertullianum* было распространено на мать, которая не имѣла jus trium vel quattuor liberorum <sup>7)</sup>, и были произведены еще нѣкоторыя реформы съ цѣлью усилить значеніе когнатскаго элемента при наслѣдованіи.

3) Заключительную эпоху развитія составляетъ *дѣятельность Юстиніана*. Уже въ его *Codex* второго изданія вошло нѣсколько конституцій, въ которыхъ онъ старался по возможности уравнивать права агнатовъ и когнатовъ при наслѣдованіи ab intestato <sup>8)</sup>. Но окончательно онъ реформировалъ порядокъ наслѣдованія ab intestato послѣ изданія своего сборника; именно, въ 543 году Юстиніанъ издалъ *новеллу 118*, а въ 548 г. въ дополненіе къ ней *новеллу 127*. Эти двѣ новеллы 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 муж-

<sup>3)</sup> L. 1 § 10. D. 38, 9.

<sup>4)</sup> Ulp. 28, 7 sqq. Gai 3, 25 sqq. Dig. 38, 6—8; 38, 11. Cod. 6, 14—15; 6, 18.

<sup>5)</sup> Paul. 4, 9. Ulp. 26, 8. J. 3, 3.

<sup>6)</sup> Ulp. 26, 7. J. 3, 4.

<sup>7)</sup> L. 1 C. Th. 5, 1. L. 2 C. 8, 58.

<sup>8)</sup> L. 12. C. 6, 55. L. 14, 15. C. 6, 58.

ской линии вполне уравнено съ родствомъ по женской линии, агнаты не имѣютъ никакихъ преимуществъ передъ когнатами и мужчины передъ женщинами. За родственниками слѣдуетъ пережившій супругъ.

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

### § 13. Обыкновенный порядокъ наслѣдованія ab intestato въ Юстиниановомъ правѣ.

Въ основѣ обыкновеннаго порядка наслѣдованія лежатъ: 1) родство, 2) брачная связь <sup>1)</sup>.

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 устанавливаетъ для родственниковъ основаніе для взаимнаго наслѣдованія безъ ограниченія степенью родства. Но дѣти, происходящія отъ рожденія внѣ *justum matrimonium*, считаются въ родствѣ только съ матерью и ея родственниками, а не съ отцомъ <sup>2)</sup>; исключеніе составляютъ лишь дѣти отъ конкубины, если они были узаконены <sup>3)</sup> (*legitimatio*; см. Семейное право § 16). Впрочемъ, между незаконными и неузаконенными дѣтьми и ихъ отцомъ иногда возможенъ особый порядокъ наслѣдованія (§ 14, I, 3).—2) Кромѣ когнатовъ, къ наслѣдству на равныхъ правахъ призываются и тѣ лица, которыя состоятъ только въ *апатской* связи съ умершимъ, не будучи его кровными родственниками, т.-е. усыновленные. Но, какъ было раньше выяснено (см. § 16 Семейнаго права), не всякое усыновленіе даетъ одинаковыя права наслѣдованія ab intestato. Именно, взаимное наслѣдственное право возникаетъ только между лицомъ аррогированнымъ или подвергшимся *adoptio plena* и его агнатскими нисходящими, съ одной стороны, и усыновителемъ и его агнатами, съ другой стороны <sup>4)</sup>; при аррогаціи малолѣтняго лица (*impubes*), если это лицо умереть до достиженія *pubertas*, усыновитель не получаетъ наслѣдственныхъ правъ <sup>5)</sup>. При *adoptio minus plena* возникаетъ наслѣдственное право только для усыновленнаго послѣ усыновителя, но не наоборотъ <sup>6)</sup>. При *adoptio*, совершенной женщиной, возникаетъ взаимное наслѣдственное право между усыновительницей, съ одной стороны, и усыновленнымъ и его нисходящими, съ другой <sup>7)</sup>. Кромѣ того, усыновленіе не уничтожаетъ родственной связи между усыновленнымъ и его прежними когнатами <sup>8)</sup>, такъ что эти когнаты наслѣдуютъ усыновленному, вмѣстѣ съ родственниками его по усыновленію, и онъ имъ наслѣдуетъ.

<sup>1)</sup> Nov. 118 c. 1.

<sup>2)</sup> L. 2. 4. 8 D. 38, 8. *Incestuosi* (Общ. ч. § 25, A, f) не имѣютъ никакихъ наслѣдственныхъ правъ. Nov. 12. *Windscheid* § 571 пр 13.

<sup>3)</sup> L. 10 C. 5, 27. Nov. 98 c. 8.

<sup>4)</sup> L. 1 § 4 D. 38, 8. L. 4 § 10 L. 5 D. 38, 10.

<sup>5)</sup> L. 18—22 пр. D. 1, 7. L. 40 D. 28, 6 § 3 J. 1, 11.

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

<sup>7)</sup> L. 5 C. 8, 47.

<sup>8)</sup> L. 1 § 4 D. 38, 8. L. 4 § 10 D. 38, 10. § 3 J. 3, 5.

II. *Бракъ* составляетъ основаніе для обыкновеннаго наслѣдованія не по Nov. 118 и 127, а по преторскому эдикту (*bon. poss. unde vir et uxor*). Принято думать, что наслѣдованіе пережившаго супруга не уничтожено этими новеллами, а потому пережившій супругъ долженъ призываться въ пятомъ классѣ, если не будетъ наслѣдниковъ первыхъ четырехъ классовъ, установленныхъ новеллами (ниже IV, 5). Кромѣ того, бѣдная вдова имѣетъ особое наслѣдственное право, о которомъ рѣчь въ § 14, I, 2.

III. Наслѣдники *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 наслѣдники. Между классами существуетъ *successio ordinum*, т.-е. если наслѣдство не будетъ приобрѣтено наличными наслѣдниками одного класса, то оно открывается наслѣдникамъ слѣдующаго класса. Въ предѣлахъ каждаго класса имѣетъ мѣсто *successio graduum*, т.-е. если наслѣдство не приобрѣтено ближайшими представителями этого класса; то оно открывается слѣдующимъ за ними по близости родства<sup>9)</sup>. Между наслѣдниками, призванными вмѣстѣ въ одномъ классѣ, существуетъ *jus accrescendi*, т.-е. если одинъ изъ нихъ не приобрѣтетъ своей доли въ наслѣдствѣ, то она прирастаетъ къ долямъ остальныхъ сонаслѣдниковъ, призванныхъ вмѣстѣ съ нимъ (ниже § 22, II, 3, b). Спорнымъ является отношеніе этой *successio graduum* къ *jus accrescendi*, которое имѣетъ мѣсто между сонаслѣдниками, призванными къ наслѣдству на первомъ мѣстѣ, т.-е. вопросъ о томъ, должна ли освободившаяся за уничтоженіемъ одного изъ этихъ сонаслѣдниковъ доля идти къ сонаслѣдникамъ въ силу *jus accrescendi*, и лишь при отпаденіи всѣхъ сонаслѣдниковъ данной очереди она должна переходить къ представителямъ слѣдующаго *gradus*, или же, наоборотъ, *successio graduum* должна имѣть предпочтеніе передъ *jus accrescendi*<sup>10)</sup>.

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<sup>11)</sup> призываются все нисходящія наслѣдодателя, т.-е. его сыновья, дочери, внуки, внучки и т. д. обоюго пола. Нисходящій болѣе отдаленной степени родства исключается отъ наслѣдованія, если наслѣдуетъ его собственный восходящій. Если же восходящій, черезъ посредство

<sup>9)</sup> § 7 J. 3, 2. L. 4 C. 6, 4.

<sup>10)</sup> § 9 J. 3, 9. Большинство романистовъ высказывается въ пользу того, что по праву новеллъ *successio graduum* должна имѣть мѣсто предпочтительно передъ *jus accrescendi* Windscheid § 573 пр. 5. Dernburg III 134 пр. 4. Б.ромъ 410, 2. Иначе Vangerow II § 420.

<sup>11)</sup> Nov. 118 с. 1.

котораго онъ связанъ родствомъ съ наслѣдодателемъ, 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. — Болѣе отдаленные нисходящіе, напр., внуки отъ одного сына, наслѣдуютъ наряду съ болѣе близкими по степени нисходящими, напр., наряду съ другимъ сыномъ, *по собственному праву*, а не въ качествѣ представителей своего, умершаго раньше, родителя. По этому они наслѣдуютъ дѣду даже, если они не унаслѣдовали своему родителю. Они заступаютъ мѣсто послѣдняго. Въ подобныхъ случаяхъ принято говорить о наслѣдованіи *по праву представленія* (jure representationis).

Наслѣдство дѣлится 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 всѣ вмѣстѣ ту долю, которая приплась 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* <sup>12)</sup> 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. — 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 получилъ бы ихъ отецъ или мать. Какъ дѣлить въ томъ случаѣ, если наслѣдуютъ одни только дѣти отъ различныхъ братьевъ и сестеръ наслѣдодателя, т.-е. только его племянники и племянницы, — источники не указываютъ <sup>13)</sup>.

3. Въ *третьемъ классѣ* <sup>14)</sup> призываются неполнородные братья и сестры наслѣдодателя (т.-е. имѣющіе съ нимъ только общаго отца — единокровные, consanguinei, — и имѣющіе съ нимъ только общую мать — единокровные, uterini) и дѣти отъ умершихъ уже неполнородныхъ братьевъ и сестеръ. Наслѣдство дѣлится, какъ во второмъ классѣ.

4. Въ *четвертомъ классѣ* <sup>15)</sup> призываются всѣ остальные боковые

<sup>12)</sup> Nov. 118 c. 2—3 pr. Nov. 127 c. 1.

<sup>13)</sup> Dernburg § 132 пр. 9. Windscheid § 572 пр. 15.

<sup>14)</sup> Nov. 118 c. 3 pr.

<sup>15)</sup> Nov. 118 c. 3 § 1.



родственники безъ ограниченія степенью родства. Ближайшая степень исключаетъ дальнѣйшую. Нѣсколько равно близкихъ родственниковъ *дѣлятъ* наслѣдство *in capita* <sup>16)</sup>.

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

V. Если ни въ одномъ изъ этихъ классовъ не окажется наслѣдниковъ, или никто изъ нихъ не приобрѣтетъ наслѣдства, то наслѣдство становится *выморочнымъ*, *bona vacantia*. О его судьбѣ см. § 14 въ концѣ.

## § 14. Особые порядки наслѣдованія. Судьба выморочнаго наслѣдства.

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

1. *Если лицо, арропированное до достиженія puberty*, эманципировано усыновителемъ безъ достаточнаго основанія или экстередировано имъ, то оно можетъ требовать выдачи четвертой части имущества усыновителя <sup>1)</sup> (*quarta Divi Pii*; см. Сем. право § 16). Это право не можетъ быть отнято у усыновленнаго завѣщаніемъ усыновителя. Оно представляетъ, такимъ образомъ, особый видъ т. наз. необходимаго наслѣдованія <sup>2)</sup>.

2. *Бѣдная вдова* состоятельнаго наслѣдодателя, если она не является наслѣдницей его, можетъ требовать выдачи четвертой части наслѣдства. Если обыкновенными наслѣдниками являются дѣти наслѣдодателя въ числѣ четырехъ и болѣе, то вдова получаетъ только часть, равную съ частями прочихъ наслѣдниковъ (*portio virilis*); если эти дѣти въ то же время и ея дѣти, то она получаетъ только узупруктъ на эту часть. Во всякомъ случаѣ она не должна получить больше 100 фунтовъ золота. Вдова признается бѣдной тогда, когда она не имѣетъ собственнаго имущества или приданаго, которое позволило бы ей жить соотвѣтственно ея общественному положенію (*mulier indotata*). Это право бѣдной вдовы также не можетъ быть отнято у нея завѣщаніемъ ея мужа и, слѣдовательно, есть видъ необходимаго наслѣдованія <sup>3)</sup>.

3. Если наслѣдодатель не оставилъ законной жены и законныхъ дѣтей,

<sup>16)</sup> Порядокъ наслѣдованія 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.

<sup>17)</sup> L. 1 D. 38, 11. L. 1 C. 6, 18.

<sup>1)</sup> L. 22 pr. 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.

<sup>2)</sup> Подробности у *Accarias* I стр. 283 слл.

<sup>3)</sup> Nov. 53 c. 6. Nov. 117 c. 5.

то его *дѣти отъ конкубины* имѣютъ право на шестую часть его имущества; изъ этой части *portio virilis* переходила къ конкубинѣ—ихъ матери <sup>4)</sup>. Подобное же право имѣетъ отецъ на полученіе наслѣдства послѣ дѣтей отъ *конкубины* <sup>5)</sup>.

II. Таковы особые порядки наслѣдованія *ab intestato*. Для заключенія этой главы намъ остается разсмотрѣть судьбу наслѣдства въ томъ случаѣ, когда его не приобрѣтаютъ ни наслѣдники по завѣщанію, ни *heredes ab intestato*. Въ этомъ случаѣ наслѣдство становится *выморочнымъ*, *bona vacantia*. Первоначально такое наслѣдство, какъ *res nullius*, могло быть свободно оккупировано каждымъ желающимъ <sup>6)</sup>. Августъ по *lex Iulia et Papia Poppaea* установилъ для эрарія право виндцировать такія наслѣдства; съ теченіемъ времени это право перешло къ *фиску* <sup>7)</sup>. Фискъ приобрѣталъ выморочное наслѣдство *ipso jure*, но если оно было несостоятельно, то онъ считался непринявшимъ его <sup>8)</sup>; въ такомъ случаѣ надъ наслѣдствомъ открывалось конкурсное производство <sup>9)</sup>. Если же фискъ принималъ *bona vacantia*, то онъ становился въ положеніе, аналогичное съ положеніемъ наслѣдника <sup>10)</sup>. Но за долги наслѣдства онъ отвѣчалъ только въ размѣрѣ актива наслѣдственной массы <sup>11)</sup>. Кромѣ того, его положеніе отличается отъ положенія наслѣдника *ab intestato* тѣмъ, что онъ долженъ былъ выполнить легаты и фиденкомиссы, назначенные въ завѣщаніи умершаго, хотя оно стало *testamentum destitutum* <sup>12)</sup> (см. выше § 11). Если фискъ продавалъ доставшіяся ему *bona vacantia*, то онъ освобождался отъ всякой отвѣтственности: его мѣсто занималъ покупатель наслѣдства <sup>13)</sup>. Право фиска погашается истеченіемъ четырехлѣтней давности <sup>14)</sup>.— Нѣкоторыя *корпорации* имѣютъ преимущественное передъ фискомъ право на *bona vacantia* своихъ сочленовъ; такое право имѣетъ легіонъ или эскадронъ кавалеріи, въ которомъ служилъ умершій <sup>15)</sup>; церковь или монастырь, къ которымъ принадлежалъ умершій въ качествѣ священника или монаха <sup>16)</sup>; городская курія, гдѣ умершій былъ декуріономъ <sup>17)</sup> и т. д. <sup>18)</sup>.

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* § 162 пр. 1. *Баронъ* § 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. 884 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.

*По древнему jus civile.*

I. Завѣщатель пользовался широкой свободой при распоряженіи оставляемымъ имъ имуществомъ. Въ основѣ этого порядка лежало толкованіе извѣстной нормы XII таблицъ, которая гласила: „uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto“<sup>1)</sup>. Однако постепенно свобода завѣщателя стала подвергаться ограниченіямъ. Они вводились подъ вліяніемъ той мысли, что существуютъ такія отношенія между завѣщателемъ и нѣкоторыми другими лицами (большею частью близкими родными завѣщателя), которыхъ завѣщатель не долженъ игнорировать, оставляя завѣщаніе<sup>2)</sup>. Согласно съ этимъ 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 отмѣтить (въ § 14) два случая необходимаго наслѣдованія: право малолѣтняго аррогированнаго лица на *quarta divi Pii* и право *бѣдной вдовы*<sup>3)</sup>. 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 гражданскимъ правомъ (дѣятельностью юристовъ) и расширенныя преторскимъ эдиктомъ (bonorum possessio contra tabulas). Сущность этихъ ограниченій состоитъ въ томъ, что извѣстныхъ лицъ завѣщатель долженъ или назначить наслѣдниками (instituire), или открыто лишить ихъ наслѣдства (exheredare); но онъ не могъ обходить ихъ молчаніемъ (praeterire). Однако, онъ не былъ обязанъ оставить имъ какую-либо 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 извѣстнымъ лицамъ завѣщатель обязанъ, въ любой формѣ, предоставить определенную часть своего имущества, если не имѣетъ особо уважительныхъ причинъ поступить иначе.

3. Въ 115 новеллѣ Юстиніанъ сдѣлалъ попытку соединить въ пользу восходящихъ и нисходящихъ родственниковъ правила о формальныхъ и матеріальныхъ ограниченіяхъ въ одинъ институтъ. Такъ какъ, однако, постано-

<sup>1)</sup> См. *Brunn*, *Fontes*, *Leges XII tab.*, V, 3. L. 120. D. 50, 15.

<sup>2)</sup> 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. 812 пр. 3.

<sup>3)</sup> Ср. *Dernburg* III, § 142 пр. 5.

вленія этого закона недостаточно полны, то ихъ приходится дополнять нормами, которыя были выработаны доюстиніановымъ правомъ. Въ виду неясности Юстиніанова закона иногда трудно рѣшить, какія изъ старыхъ нормъ остались въ силѣ по его изданіи и какія были отмѣнены.

Въ виду этихъ особенностей Новеллы 115 мы предпочитаемъ изложить отдѣльно: 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 наслѣдниками въ завѣщаніи (*instituere*) или открыто лишить ихъ наслѣдства (*exheredare*). Если же онъ обходилъ ихъ молча (*praeterire*) при перечисленіи наслѣдниковъ, хотя бы второй или слѣдующихъ очередей (субститутовъ), то его завѣщаніе теряло силу вполне или отчасти. — Никакихъ матеріальныхъ ограниченій при составленіи завѣщаній эти нормы не вносили: *exheredatio* могла быть совершена безъ всякой уважительной причины; назначая наслѣдниками *suos heredes*, завѣщатель могъ оставить имъ самую ничтожную долю наслѣдства. Правила объ *exheredatio* и *praeteritio* введены были съ цѣлью оказать психическое давленіе на завѣщателя: предполагалось, что завѣщатель, который счелъ-бы возможнымъ умолчать о своихъ подвластныхъ въ завѣщаніи, не рѣшится открыто лишить ихъ наслѣдства, не имѣя на то уважительныхъ причинъ<sup>1)</sup>.

Въ частности требовалось, чтобы *exheredatio* дѣлалась *verbis solemnis*, притомъ для *filius sui* и *postumi* мужского пола *nominatim* (поименно для каждаго), а для дочерей, внуковъ и постумовъ женскаго пола *exheredatio* могла совершаться *inter ceteros* (*ceteri omnes exheredes sunt*)<sup>2)</sup> (Постумами называются тѣ лица, которыя не были *sui heredes* въ моментъ совершенія завѣщанія, но вступили подъ непосредственную власть домовладыки послѣ совершенія завѣщанія, т. е. сдѣлались его *sui*, или вступили бы подъ его власть, если бы домовладыка не умеръ въ періодъ между ихъ зачатіемъ и рожденіемъ. Сюда относятся, 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, по ученію Сабиніанцевъ съ самаго начала, вполне ничтожнымъ (*testamentum inane, injustum*), и по смерти завѣщателя открывалось наслѣдованіе *ab intestato*<sup>3)</sup>. Въ случаѣ *praeteritio* дочери или внука (внучки)

1) *Dernburg* III, § 143 пр. 2. Ср. *Girard* стр. 848 сл. *Боголюбовъ* Формальныя ограниченія свободы завѣщаній въ римской классической юриспруденціи 1881.

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.

завѣщаніе сохраняло силу, но обойденныя лица приростали (*accrescere*) къ лицамъ, назначеннымъ въ завѣщаніи; при томъ, если въ завѣщаніи назначены были наслѣдниками также *sui heredes*, то обойденные дѣлили съ ними наслѣдство поровну (т.-е. получали *portiones viriles*); если же въ завѣщаніи были назначены наслѣдниками не *sui* (т.-е. *extranei heredes*), то эти послѣдніе дѣлили между собою одну половину наслѣдства, а другая давалась обойденнымъ *sui* <sup>4)</sup>). Наконецъ, если въ завѣщаніи былъ обойденъ молчаніемъ постумъ, то завѣщаніе дѣлалось ничтожнымъ (*testamentum ruptum*) по правилу: „*testamentum rumpitur quasi agnatione sui heredis*“ <sup>5)</sup>).

II. По *преторскому эдикту* правила объ *exhereditio* и *praeteritio* были расширены. Именю, 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*, но не принадлежали къ другой *familia*; 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* <sup>6)</sup>). Послѣдствія *praeteritio* состояли не въ ничтожности завѣщанія *ipso jure*, а сводились къ тому, что *liberi*, обойденные въ завѣщаніи, могли испросить у претора *honorum 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 испросить у претора *hon. pos. contra tabulas „commissio per alium (praeteritum) edicto“*, т.-е. на томъ основаніи, что завѣщатель обошелъ другого изъ числа *liberi*. Иногда эта *hon. pos. contra tabulas* была выгодиѣе для назначенныхъ въ завѣщаніи *liberi*, нежели *hon. pos. secundum tabulas* (т.-е. по завѣщанію): напр., въ томъ случаѣ, если по завѣщанію они должны были получить менѣе, чѣмъ свою долю *ab intestato* <sup>7)</sup>).

Послѣдствія испрошенной *honorum 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 (*exhereditati*) въ завѣщаніи, или которые не испросили *hon. pos. contra tabulas* <sup>8)</sup>).

Такимъ образомъ, изъ завѣщательныхъ распоряженій и послѣ представленія *hon. pos. contra tabulas* сохраняли силу сдѣланныя въ завѣщаніи надлежащимъ образомъ *exhereditationes*. Кромѣ того, сохраняли силу назначеніе тьютора и пупиллярныя субституціи <sup>9)</sup>; оставались въ силѣ и равнобѣрно ложились на всѣхъ лицъ, участвующихъ въ *hon. pos. contra tabulas*, тѣ распоряженія (напр., легаты), которыя были сдѣланы въ завѣщаніи въ пользу нѣкоторыхъ привилегированныхъ лицъ (*personae conjunctae*), напр., въ пользу родителей и дѣтей завѣщателя, или легатъ, оставленный женѣ завѣщателя

4) Gai 2, 124. Ulp. 22, 17. Paul. 3, 4b, 8.

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.

dotis nomine, но съ тѣмъ, чтобы всѣ эти лица вмѣстѣ получили не больше доли каждаго изъ наслѣдниковъ <sup>10)</sup>).

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, ко внукамъ и къ postumi обоого пола <sup>11)</sup>).

## § 17. Матеріальныя ограниченія свободы завѣщаній до Новеллы 115.

I. Въ практикѣ *центумвиральнаго суда*, вѣдавшаго споры о наслѣдствахъ, въ эпоху первыхъ императоровъ выработались *матеріальныя ограниченія свободы завѣщаній*. Ихъ сущность состояла въ томъ, что завѣщатель долженъ былъ непременно оставить извѣстнымъ лицамъ опредѣленную часть своего имущества, если не имѣлъ уважительныхъ причинъ поступить иначе. На основаніи этихъ новыхъ правилъ можно было оспаривать завѣщаніе въ тѣхъ случаяхъ, когда формальныя ограниченія оказывались недостаточными, именно, если завѣщатель, хотя и назначилъ своего сына наслѣдникомъ, но оставилъ ему слишкомъ малую часть наслѣдства; или, если завѣщатель хотя и правильно совершилъ exheredatio своего сына, но не имѣлъ къ тому уважительной причины. Въ подобныхъ случаяхъ нѣкоторыя особенно близкія къ завѣщателю лица получали права оспорить завѣщаніе путемъ особаго иска, который впервые сталъ допускаться въ центумвиральномъ судѣ. Искъ назывался *querela inofficiosi testamenti*. Лицо, вчиняющее этотъ искъ, жаловалось на нелюбовность завѣщанія, доказывая, что завѣщатель нарушилъ моральный долгъ—*officium pietatis*, не оставивъ ему достаточной доли изъ наслѣдственнаго имущества. Если судъ находилъ жалобу основательной, то онъ лишалъ завѣщаніе силы вполнѣ или отчасти. Это дѣлалось при помощи фнкции, заимствованной изъ греческаго права, что завѣщатель, совершая подобное завѣщаніе, не былъ въ здравомъ умѣ, и что его завѣщаніе поэтому нельзя оставить въ силѣ (*color insaniae—μανία*) <sup>1)</sup>.

II. Въ частности, для этой *querela inofficiosi testamenti* <sup>2)</sup> 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 (*portio debita*) и на вчинаніе *querela* было предоставлено только слѣдующимъ когнатамъ <sup>3)</sup>: а) *нисходящимъ* завѣщателя; б) его вос-

<sup>10)</sup> Dig. 37, 5. Edictum de legatis praestandis.

<sup>11)</sup> L. 4 C. 6, 28. § 5 J. 2, 13.

<sup>1)</sup> L. 2. 5 D. 5. 2. pr. J. 2, 18. *Derenburg* III, § 147 пр. 4. *Girard* стр. 859 сл.

<sup>2)</sup> О конетрукціи этого иска см. *Windscheid* § 584 пр. 13. *Derenburg* III, § 147 пр. 2. *Baron* § 415, V, 1. *Girard* стр. 857 сл.

<sup>3)</sup> L. 1. 15 пр. D. 5, 2. L. 27 C. 3, 28.

*ходящимъ* и с) полнороднымъ и единокровнымъ (но не единоутробнымъ — *uterini*) *братьямъ и сестрамъ*; братьямъ и сестрамъ, впрочемъ, только тогда, когда наследникомъ въ завѣщаніи назначена *persona turpis*, т.-е. лицо, по общественному мнѣнію лишенное чести.—Слѣдуетъ замѣтить, что каждое изъ этихъ лицъ имѣло право на *querela*, если оно при открытіи наследованія было ближайшимъ наследникомъ завѣщателя *ab intestato* <sup>4)</sup>).

2) Чтобы предотвратить *querela inof. test.*, завѣщатель долженъ былъ въ своемъ завѣщаніи оставить лицу, имѣющему право на *querela*, т. наз. *обязательную долю*—*pars legitima*. Обязательная доля въ классическомъ правѣ равнялась *четверти* той доли, которую управомоченное лицо получило бы, наследуя *ab intestato*—очевидно по аналогіи съ *lex Falcidia* <sup>5)</sup>). *Юстиніанъ* въ *Новеллѣ* 18 с. 1 (до изданія *Новеллы* 115) увеличилъ эту долю: она должна быть равна  $\frac{1}{3}$  доли *ab intestato*, если доля *ab intestato* составляла  $\frac{1}{4}$  наследства, или болѣе того; она должна равняться  $\frac{1}{2}$  доли *ab intestato*, если эта доля *ab intestato* была меньше четверти всего наследства. Слѣдовательно, чтобы опредѣлить размѣръ обязательной доли, нужно принять во вниманіе число наследниковъ *ab intestato*, которые остаются по смерти завѣщателя. При этомъ, въ счетъ принимаются и тѣ лица, которыя, являясь ближайшими наследниками *ab intestato*, не имѣютъ права на обязательную долю: напр., лица, лишенные наследства (*exheredati*) по уважительной причинѣ <sup>6)</sup>). При опредѣленіи стоимости обязательной доли принимается во вниманіе состояніе имуществъ въ моментъ смерти наследодателя <sup>7)</sup>; изъ всей суммы наследства вычитаются для этого долги наследодателя и издержки на погребеніе <sup>8)</sup>).

Обязательная доля можетъ быть оставлена *въ любой формѣ*: путемъ назначенія наследникомъ въ соответствующей части наследства, въ формѣ легата, фидеикоммисса или *donatio mortis causa* <sup>9)</sup>; въ обязательную долю зачитываются даже нѣкоторыя предоставленія *inter vivos*, каковы *dos*, *donatio pr. nuptias* и *donatio ad emendam militiam* (для покупки должности <sup>10)</sup>), которыя завѣщатель, въ качествѣ восходящаго родственника, предоставилъ лицу, управомоченному на полученіе обязательной доли <sup>11)</sup>). 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 умаляютъ размѣръ оставленной доли настолько, что она становится меньше обязательной доли <sup>12)</sup>).

3) Завѣщатель могъ предотвратить отмѣну завѣщанія вслѣдствіе *querela*

<sup>4)</sup> L. 6 § 1 D. 5, 2. Ср. къ этому *Dernburg* III, § 149 пр. 6—9. Иногда допускалась *successio in querelam*—сл. *ib.* § 147 пр. 10.

<sup>5)</sup> *Plin. Epist.* 5, 1, 9. L. 8 § 8 D. 5, 2. L. 31 C. 3, 28. § 3. 6. 7 J. 2, 18.

<sup>6)</sup> L. 8 § 8 D. 5, 2. *Exheredatus partem facit ad minuendam, numerum ad augendam legitimam.* См. *Dernburg*, III § 150.

<sup>7)</sup> L. 6 C. 3, 38.

<sup>8)</sup> L. 8 § 9 D. 5, 2.

<sup>9)</sup> L. 33 пр. L. 36 пр. 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.

<sup>10)</sup> См. объ этомъ *Willems*, *Droit public romain* (6 изд.), стр. 550 пр. 10. *Windscheid* § 581 пр. 5.

<sup>11)</sup> 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.

<sup>12)</sup> L. 32. 36 пр. § 1 C. 3, 28. *Nov.* 18 с. 3.

inofficiosi testamenti не оставляя обязательной доли, если онъ лишалъ обязательной доли управомоченнаго на какомъ-либо достаточномъ основаніи. Такимъ основаніемъ могло быть: а) недостойное поведение этого послѣдняго лица по отношенію къ завѣщателю, т.-е. нарушение officium pietatis; это т.-наз. exhereditio potae causa; какое поведение было достаточнымъ основаніемъ для отнятія обязательной доли, это рѣшаетъ въ каждомъ данномъ случаѣ судъ<sup>13)</sup>; б) такимъ основаніемъ могло быть желаніе завѣщателя принести пользу самому управомоченному лицу: 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<sup>14)</sup>.

4) Если обязательная доля совсѣмъ не оставлена управомоченному на ея полученіе лицу, и для лишенія его обязательной доли нѣтъ ни одного изъ указанныхъ основаній, то управомоченное лицо можетъ предъявить къ наслѣдникамъ по завѣщанію *querela inofficiosi testamenti*. Ответчиками по этому иску являются наслѣдники по завѣщанію, если они приняли наслѣдство<sup>15)</sup> (если они не приняли его, то *querela* не нужна, ибо и помимо нея наступаетъ наслѣдованіе ab intestato), универсальный фиденкомиссаръ, которому выдано наслѣдство на основаніи распоряженія умершаго, и, наконецъ, тѣ лица, которымъ дано было наслѣдство, отнятое у завѣщательныхъ наслѣдниковъ по ихъ недостойности<sup>16)</sup> (т. наз. *ereptio*, о которой см. ниже § 23, II, 5). *Предъявлять* *querela* можетъ только само лицо, управомоченное на обязательную долю; такъ какъ этотъ искъ представляетъ какъ бы жалобу на обиду, нанесенную нелюбовнымъ завѣщаніемъ данному лицу, то онъ признавался *actio vindictam spirans* (см. Общ. ч. § 15, III), и наслѣдники управомоченнаго лица не могли предъявить его, если оно умерло, не изъявивъ само воли предъявить искъ<sup>17)</sup>. Вмѣстѣ съ тѣмъ искъ считался оскорбительнымъ для памяти завѣщателя и давался, поэтому, лишь въ случаѣ отсутствія другихъ средствъ (напр. на основаніи l. Falcidia), какъ *ultimum adiutorium*.

Если *querela* окажется основательной, то завѣщаніе уничтожается настолько, насколько жалобщикъ обиженъ имъ, т.-е. насколько это необходимо, чтобы онъ получилъ полную долю наслѣдства ab intestato. *Querela* должна быть предъявлена противъ cadaго наслѣдника по завѣщанію особо, и каждое лицо, управомоченное на обязательную долю, должно вести особый процессъ о своей долѣ. Слѣдовательно, *querela* не всегда уничтожаетъ завѣщаніе въ полномъ его объемѣ: полное уничтоженіе завѣщанія и открытіе во всемъ наслѣдствѣ наслѣдованія не по завѣщанію, но ab intestato имѣетъ мѣсто лишь тогда, когда истцами выступили всѣ *heredes ab intestato* умершаго, а отвѣтчиками были всѣ его *heredes ex testamento*, и въ числѣ послѣднихъ не было *heredes ab intestato*<sup>18)</sup>. Если завѣщаніе уничтожено вполнѣ, то вполнѣ уничтожаются и назначенные въ немъ легаты; если же завѣщаніе

<sup>13)</sup> L. 3. 5 D. 5, 2. L. 7 pr. D. 48, 20. L. 3 § 5 D. 37, 4. L. 132 pr. D. 45, 1. L. 30 C. 3, 28.

<sup>14)</sup> L. 16 D. 27, 10. Ср. L. 25 C. 3, 28.

<sup>15)</sup> L. 8 § 10. D. 5, 2.

<sup>16)</sup> L. 1. L. 10. C. 3, 28.

<sup>17)</sup> L. 6 § 2. D. 5, 2. Ср. L. 34, 36 § 2 inf. C. 3, 28.

<sup>18)</sup> L. 19. 24. 25 § 1. D. 5, 2. L. 13. 27. C. 3, 28.



уничтожено лишь отчасти (напр., одно изъ лицъ, управомоченныхъ на обязательную долю, вело процессъ съ однимъ изъ завѣщательныхъ наслѣдниковъ, уничтожило его назначеніе и получило свою *portio ab intestato*, тогда какъ назначенія остальныхъ наслѣдниковъ остались въ силѣ), то легаты также остаются въ силѣ отчасти, т.-е. оставшіеся завѣщательные наслѣдники должны выплатить причитающіеся на ихъ доли легаты <sup>19)</sup>.—Право на вчинаніе *querela* погашается истеченіемъ *пятимѣсячной давности* съ момента вступленія завѣщательныхъ наслѣдниковъ въ наслѣдство, а также всякимъ актомъ, которымъ управомоченное лицо признаетъ силу завѣщанія <sup>20)</sup>.—Лицо, проигравшее *querela inofficiosi* признавалось за *indignus*.

5) Если завѣщатель оставилъ кое-что лицу, управомоченному на получение обязательной доли, но *не оставилъ обязательной доли сполна*, то *querela inofficiosi testamenti* уже не можетъ быть вчинена. Управомоченное лицо получаетъ другой искъ: *actio ad supplendam legitimam*. Этотъ искъ не имѣетъ характера *a. vindictam spirans*: онъ переходитъ къ наслѣдникамъ управомоченнаго и погашается только тридцатилѣтней давностью. Съ его помощью управомоченное лицо не уничтожаетъ завѣщанія, а только требуетъ отъ наслѣдниковъ по завѣщанію, универсальнаго фиденкомиссара и эрипиентовъ пополненія своей обязательной доли <sup>21)</sup>.

6) Въ заключеніе этого очерка слѣдуетъ упомянуть о тѣхъ мѣрахъ, которыя 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 приданаго*: для этой цѣли установлены были т. наз. *querela inofficiosae donationis* и *inofficiosae dotis* <sup>22)</sup>. Эти иски даются тѣмъ же лицамъ и на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и *querela inofficiosi testamenti*. Съ ихъ помощью управомоченное лицо <sup>23)</sup> можетъ оспорить дареніе или установленіе приданаго, совершенное завѣщателемъ *inter vivos*, если эти предоставленія сами по себѣ или въ связи съ предшествующими подобными распоряженіями достигаютъ такихъ размѣровъ, что въ имуществѣ завѣщателя не остается суммы, которая составила бы полную обязательную долю, если въ основаніе ея исчисления положить размѣръ имущества до совершенія даренія или установленія приданаго <sup>24)</sup>. Если послѣ совершенія этихъ сдѣлокъ завѣщатель приобрѣтетъ столько, что наслѣднику снова будетъ обеспечена его обязательная доля, какъ она опредѣлялась по состоянію имущества до совершенія даренія или установленія приданаго, то право на вчинаніе *querela inofficiosae donationis* или *dotis* отпадаетъ <sup>25)</sup>. Оспариваніе направлено только противъ одареннаго лица, но не противъ третьихъ владѣльцевъ подареннаго имущества <sup>26)</sup>. Въ результатѣ оспариванія предоставленіе

<sup>19)</sup> L. 13. C. 3, 28.

<sup>20)</sup> L. 16. 34. 36 § 2. C. 3, 28.

<sup>21)</sup> L. 30. 31. 36. C. 3, 28. § 3. J. 2, 18.

<sup>22)</sup> Cod. 3, 29. 30. Windscheid § 586. Dernburg III, § 156. Girard стр. 864.

<sup>23)</sup> L. 9. C. 3, 29.

<sup>24)</sup> 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. 864 пр. 4. Arndts § 597 пр. 3.

<sup>25)</sup> Windscheid § 586 пр. 7.

<sup>26)</sup> Windscheid § 586 пр. 12. Dernburg III, § 156 пр. 12.

теряетъ силу въ размѣрѣ, необходимомъ для сохраненія въ цѣлости обязательной доли<sup>27)</sup>; дареніе, напр., не отмѣняется, а только уменьшается.

## § 18. Постановленія Новеллы 115.

I. Въ Новеллѣ 115 Юстиніанъ сдѣлалъ попытку образовать *въ пользу восходящихъ и нисходящихъ одинъ институтъ необходимаго наследованія изъ вѣтхъ нормъ, которыя устанавливали формальныя и матеріальныя ограниченія свободы завѣщаній*. Онъ призналъ недостаточнымъ, чтобы восходящіе оставляли нисходящимъ и нисходящіе восходящимъ обязательную долю, а требуетъ кромѣ того, чтобы эти лица взаимно назначали другъ друга наследниками по завѣщанію. Они могутъ лишать другъ друга наследства лишь по извѣстнымъ основаніямъ, точно опредѣленнымъ въ Новеллѣ. Основанія перечислены въ Новеллѣ довольно казуистично<sup>1)</sup>; такъ, напр., достаточнымъ основаніемъ лишить наследства нисходящаго или восходящаго признаются слѣдующія обстоятельства: причиненіе опасности для жизни, причиненіе помѣхи къ составленію 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. Всего ихъ 14 для нисходящихъ и 8 для восходящихъ. Основаніе лишенія наследства должно быть указано въ завѣщаніи и правильность его должна быть доказана наследникомъ, назначеннымъ въ завѣщаніи<sup>2)</sup>. — Если восходящій лишилъ нисходящаго (или наоборотъ) наследства при отсутствіи какой-либо изъ перечисленныхъ въ Новеллѣ причинъ, или если онъ его обошелъ молчаніемъ, то назначеніе вѣтхъ наследниковъ въ завѣщаніи теряетъ силу, и открывается наследованіе *ab intestato*. Прочія завѣщательныя распоряженія (легаты, пупиллярная субституція, назначеніе опекуновъ) остаются въ силѣ<sup>3)</sup>.

II. Таковы постановленія Новеллы 115. Въ этомъ законѣ *очень многое остается неяснымъ*. Не всегда съ точностью можно опредѣлить, что изъ постановленій стараго права осталось въ силѣ, и какой именно смыслъ имѣютъ нѣкоторыя постановленія Новеллы.

1. Прежде всего, изъ матеріальныхъ ограниченій свободы завѣщаній остались въ силѣ постановленія о правахъ на обязательную долю полнородныхъ и единокровныхъ *братьевъ и сестеръ* наследодателя: Новелла 115 о нихъ умалчиваетъ, и за ними нужно признать право на *querela inoff. test.* въ томъ же размѣрѣ и на тѣхъ же условіяхъ (назначеніе наследникомъ въ завѣщаніи *persona turpis*), какъ и прежде<sup>4)</sup>.

2. Что касается *восходящихъ и нисходящихъ, то размѣръ ихъ обязательной доли* остается тотъ же, какой былъ опредѣленъ 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 на-

<sup>27)</sup> 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.

<sup>1)</sup> Nov. 115 c. 3. c. 4. Перечень ихъ у Windscheid § 590. *Dernburg* III, 153 пр. 1. Баронъ § 416. Arndts § 601 пр. 2.

<sup>2)</sup> Nov. 115 c. 3 пр. § 15. c. 4 § 9.

<sup>3)</sup> Nov. 115 c. 3 § 15. c. 4 § 9.

<sup>4)</sup> *Dernburg* III § 154 пр. 1. Windscheid § 587 въ нач.

значенія наслѣдникомъ. Если управомоченный назначенъ наслѣдникомъ, но обязательная доля оставлена не въ полномъ объемѣ, то нисходящій или восходящій имѣеть право на а. ad supplendam legitimam. Если же управомоченный нисходящій или восходящій неосновательно обойденъ молчаніемъ или неосновательно лишенъ наслѣдства, то, по опредѣленію Новеллы 115, назначенія наслѣдниковъ въ завѣщаніи теряють силу, и открывается наслѣдованіе ab intestato. Весьма споренъ вопросъ, что это значить. Становится ли завѣщаніе ipso jure ничтожнымъ безъ всякой просьбы объ этомъ заинтересованныхъ лицъ, такъ что управомоченныя лица могутъ предъявить hereditatis petitio, или же оно дѣлается только оспоримымъ, такъ что эти лица должны прибѣгнуть къ querela inoff. testamenti, которая ограничена 5-лѣтнимъ срокомъ и не переходитъ на наслѣдниковъ? Въ Новеллѣ 115 эти вопросы не затронуты <sup>5)</sup>.

3. Далѣе, весьма спорно отношеніе Новеллы 115 къ формальнымъ ограниченіямъ свободы завѣщаній, установленнымъ по старому праву. Сохранили-ли эти нормы свою силу для тѣхъ лицъ, въ пользу которыхъ онѣ были созданы, т.-е. для sui heredes, postumi и liberi? Юстиніанъ заимствовалъ у нихъ предписаніе непременно назначать наслѣдниками или exheredare восходящихъ и нисходящихъ, но умолчалъ о подробностяхъ. Остаются открытыми вопросы: должна ли exhereditatio по отношенію къ sui heredes и liberi дѣлаться по формѣ, установленной въ прежнемъ правѣ (verbis imperativis: filius meus exheres esto; nominatim), или же достаточно всякаго заявленія о лишеніи наслѣдства? должны ли сохранять силу легаты, назначенныя въ завѣщаніи и въ томъ случаѣ, когда sui heredes или liberi обойдены молчаніемъ въ завѣщаніи безъ достаточнаго основанія? и т. д. Мнѣнія современныхъ ученыхъ расходятся; многіе признають, что Новелла 115 вполне отмѣнила старыя правила объ exhereditatio и praeteritio <sup>6)</sup>.

Правила о querela inofficiosae donationis или dotis остаются въ силѣ послѣ Новеллы 115, которая ничего не говоритъ объ этихъ случаяхъ.

## 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 наслѣдственнаго имущества лишь въ моментъ acquisitio hereditatis. Мы

<sup>5)</sup> Въ пользу оспоримости см. Windscheid § 591; Dernburg III § 154. Въ пользу абсолютной ничтожности см. Fangerow II § 485; Баронъ § 416, III. За огранич. ничт.: Arndts § 599. Въ пользу смѣшанной системы: Puchta § 493.

<sup>6)</sup> Баронъ, § 416 in fine. § 418. Dernburg, III § 145. Windscheid, III § 592. Arndts § 598 пр. 1 inf. § 602. Ср. Fangerow II § 486, III.

должны познакомиться теперь съ процессомъ приобрѣтенія наслѣдства, открывшагося лицу на какомъ-либо основаніи (ex testamento, по закону).

Слѣдуетъ различать два порядка: 1) порядокъ приобрѣтенія наслѣдства (hereditas) по jus civile и 2) порядокъ приобрѣтенія bonorum possessio.

I. *Hereditas* приобрѣтается двоякимъ образомъ. А. Въ большинствѣ случаевъ она приобрѣтается при помощи *изъявленія воли* на это со стороны призваннаго къ наслѣдству лица. Наслѣдникъ, обыкновенно, есть *heres voluntarius*, т.-е. дѣлается наслѣдникомъ не въ силу самаго факта призванія его къ наслѣдству, а въ силу рѣшенія воспользоваться данной ему возможностью приобрѣсти наслѣдство. Актъ, посредствомъ котораго призванное къ наслѣдству лицо приобрѣтаетъ наслѣдство, называется *вступленіемъ въ наслѣдство—aditio hereditatis*. Aditio hereditatis есть юридическая сдѣлка, состоящая въ одностороннемъ изъявленіи воли наслѣдника приобрѣсти наслѣдство. 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, находящіяся подъ опекой и попечительствомъ <sup>1)</sup>, по общему правилу, могутъ вступать въ наслѣдство лишь при наличности auctoritas tutoris или consensus curatoris <sup>2)</sup>.

2) Лицо, вступающее въ наслѣдство, должно *само имѣть волю приобрѣсти наслѣдство*. Рабы и подвластные принимаютъ наслѣдство jussu domini, но также *лично*. Нельзя поручить представителю принять рѣшеніе, совершить aditio hereditatis, или нѣтъ <sup>3)</sup>; представителю можно поручить лишь изъявить рѣшеніе, уже принятое самимъ призваннымъ къ наслѣдству лицомъ <sup>4)</sup>. Въ видѣ исключенія за нѣкоторыхъ недѣеспособныхъ лицъ могутъ принимать рѣшеніе вступить въ наслѣдство другія лица: такъ за ребенка моложе 7 лѣтъ (infans), можетъ принять наслѣдство (или испросить bonorum possessio) его опекунъ или его отецъ (хотя бы онъ не имѣлъ отеческой власти <sup>5)</sup>; см. ниже § 21, III, 5); за душевно-больного, стоящаго подъ отеческой властью,—его домовладыка <sup>6)</sup>. Для юридическаго лица принимаетъ наслѣдство—его законный представитель <sup>7)</sup>.

3) Воля принять наслѣдство должна быть *серьезна*. Лицо, вступающее въ наслѣдство, должно быть убѣждено въ томъ, что наслѣдство ему открылось <sup>8)</sup>, и должно знать, на какомъ основаніи оно ему открылось (ex testa-

1) Даже infantes. L. 67 (65) § 3 D. 36, 1.

2) L. 8 pr. 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, но принятіе дѣйствительно только, если наслѣдство не перезадолжено. L. 5. § 1. D. 29, 2.

3) L. 2 D. 1, 19. L. 90 pr. D. 29, 2. L. 5. C. 6, 30.

4) L. 4 C. 6, 39.

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.

mento, ab intestato <sup>9)</sup>, а также, является ли оно въ роли *heres voluntarius* или *heres necessarius* <sup>10)</sup> (о послѣднемъ понятіи см. ниже въ этомъ §). Вступленіе въ наслѣдство должно быть сдѣлано послѣ открытія наслѣдства <sup>11)</sup>, и притомъ *безусловно* и безъ всякихъ оговорокъ, иначе оно не имѣетъ значенія <sup>12)</sup>. Если наслѣдникъ призванъ къ нѣсколькимъ долямъ то, принявши одну, онъ считается принявшимъ и остальные, хотя бы онѣ открылись ему позже <sup>13)</sup>.

4) *Форма* изъявленія воли была различной въ разныя эпохи. Первоначально былъ необходимъ особый торжественный актъ — *cretio*. Въ позднѣйшее время *aditio hereditatis* могла быть совершена въ любой формѣ: открытымъ выраженіемъ 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* <sup>14)</sup>).

5) Что касается *срока* вступленія въ наслѣдство, то онъ можетъ быть опредѣленъ въ самомъ завѣщаніи <sup>15)</sup>. 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 вызвать въ судъ наслѣдника для отвѣта на вопросъ, принимаетъ ли онъ наслѣдство или нѣтъ, и въ случаѣ его отказа дать отвѣтъ, потребовать открытія конкурса надъ наслѣдствомъ (*venditio bonorum defuncti*) <sup>16)</sup>. Наслѣдникъ, впрочемъ, можетъ предотвратить конкурсъ, испросивъ у магистрата срокъ на размышленіе (*spatium deliberandi* <sup>17)</sup>; этотъ срокъ до Юстиніана равнялся 100 днямъ <sup>18)</sup>. По эдикту лицо, не принявшее наслѣдство въ теченіе этого срока, признавалось отрекшимся. По закону Юстиніана *spatium deliberandi* должно быть не свыше 9 мѣсяцевъ (если срокъ назначается императоромъ, то онъ можетъ достигать 1 года <sup>19)</sup>). Въ теченіе этого срока призванное къ наслѣдству лицо должно составить инвентарь наслѣдства (иначе кредиторы получаютъ право, при выдачѣ имъ наслѣдства въ случаѣ отказа отъ вступленія, опредѣлить размѣры наслѣдства своимъ показаніемъ подъ присягою) и принять рѣшеніе относительно приобрѣтенія или отказа отъ наслѣдства. Если въ теченіе этого *tempus deliberandi* лицо, призванное къ наслѣд-

<sup>9)</sup> L. 17 § 1 L. 22. D. 29, 2.

<sup>10)</sup> L. 15, 16 D. 29, 2. Подробности см. у *Windscheid* § 597, 2—3 *Dernburg* III § 161 пр. 5, 6.

<sup>11)</sup> L. 21 § 2 L. 18 пр. D. 29, 2. *Windscheid*, § 597, 1.

<sup>12)</sup> L. 77 D. 50, 17. L. 51 § 2 D. 29, 2. — Ср. впрочемъ L. 1. 10 D. 29, 2; ниже § 22, 1 *Windscheid*, § 597, 4.

<sup>13)</sup> L. 20 C. 6. 30. L. 80 пр. D. 29, 2. *Windscheid*, § 597, пр. 11. § 602, 2. *Dernburg*, III § 162, 2.

<sup>14)</sup> § 7 J. 2, 19. L. 4, 5 C. 6, 30. L. 20 пр. D. 29, 2. *Общ. ч.* § 38 пр. 2.

<sup>15)</sup> L. 72 D. 29, 2.

<sup>16)</sup> 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. *Баронъ*, § 419 пр. 39—40. Отрицательно *Dernburg*, III § 164, 3.

<sup>17)</sup> L. 9 C. 6, 30. L. 5 D. 11, 1.

<sup>18)</sup> L. 2 D. 28, 8.

<sup>19)</sup> L. 22 § 13 C. 6, 30.

ству, не выразить никакого рѣшенія, то по юстиніанову праву оно считается вступившимъ въ наслѣдство <sup>20)</sup>.

Лицо, которое не желало принять открывшееся ему наслѣдство, первоначально могло только пропустить назначенный ему для принятія срокъ, въ частности срокъ на совершеніе *cretio* (*praetermittere hereditatem*). Позднѣе была признана возможность совершить *отказъ отъ наслѣдства* (*repudiare hereditatem, recusare*). Этотъ отказъ подлежитъ въ общемъ тѣмъ же правиламъ, какъ и *aditio hereditatis* <sup>21)</sup>, и состоитъ въ неформальномъ изъявленіи воли призваннаго къ наслѣдству лица <sup>22)</sup>. Отказъ отъ наслѣдства не можетъ быть сдѣланъ представителемъ (кроме представителя юридическаго лица <sup>23)</sup>).

Особыя правила установлены для приобрѣтенія и отказа отъ наслѣдства, открывающагося *подвластными дѣтьми*. Эти дѣти могутъ приобрѣтать наслѣдство съ согласія отца <sup>24)</sup>. Если отецъ не даетъ согласія, то подвластный (если онъ болѣе не *infans*) можетъ самостоятельно приобрѣсти наслѣдство, и оно дѣлается его *bonum adv. irregulare* <sup>25)</sup>. 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 приобрѣсти наслѣдство для себя (см. ниже § 21 п. 4) <sup>26)</sup>.

В. Есть, однако, случаи, въ которыхъ лицо, призванное къ наслѣдству, *приобрѣтаетъ наслѣдство въ самый моментъ открытія наслѣдства помимо своей воли*. Здѣсь, слѣдовательно, не требуется особой *aditio hereditatis*; моменты открытія наслѣдства и его приобрѣтенія совпадаютъ. Въ этихъ случаяхъ мы говорили 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 *подвластными дѣтьми наслѣдодателя, которыя стояли непосредственно* <sup>27)</sup> *подъ его властью въ моментъ его смерти*, или которыя стояли бы подъ нею, если бы онъ не умеръ въ періодъ между ихъ зачатіемъ и рожденіемъ (*postumi* <sup>28)</sup>). 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 <sup>29)</sup>.

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, *pretorъ* призналъ несправедливымъ обязывать подвластныхъ нерадиваго о своемъ имуществѣ наслѣдодателя во что бы то ни стало дѣлаться его наслѣдниками и подвергаться позорящему ихъ конкуренному производству и *venditio bonorum*

<sup>20)</sup> L. 22 § 14 C. 6, 30.

<sup>21)</sup> L. 18 L. 13 § 1 L. 15 L. 17 § 1 L. 23, 97 D. 29, 2. Windscheid, § 599.

<sup>22)</sup> L. 95 D. 29, 2.

<sup>23)</sup> L. 2 D. 1, 19.

<sup>24)</sup> L. 18 § 4 C. 6, 30.

<sup>25)</sup> L. 8 pr. § 1 C. 6, 61.

<sup>26)</sup> L. 8 C. 6, 61.

<sup>27)</sup> Или восходяще которыхъ эксгеретированы. L. 6 § 5 D. 29, 2. L. 13 D. 38, 2.

<sup>28)</sup> L. 15. 16 D. 29, 2. § 2—3 J. 2, 19.

<sup>29)</sup> Gai. 2, 153. 154. § 1 J. 2, 19.

вслѣдствіе недостаточности имущества. Въ силу этихъ соображеній преторъ въ своемъ эдиктѣ создалъ для *heredes sui et necessarii* (но не для *servus cum libertate institutus* <sup>30</sup>) т. наз. *beneficium abstinendi*. Это *beneficium abstinendi* состоитъ въ томъ, что *suus heres* можетъ избавиться отъ всѣхъ послѣдствій пріобрѣтенія наслѣдства, если онъ воздержится отъ всякаго вмѣшательства въ дѣла наслѣдства <sup>31</sup>). Тогда онъ сохраняетъ за собою только *pudum nomen heredis* <sup>32</sup>), но фактически не пріобрѣтаетъ наслѣдства, завѣщаніе въ его пользу остается номинально въ силѣ (въ частности отпущенія на волю), а *bonorum possessio* дается его субститутамъ и сонаслѣдникамъ (въ силу *jus accrescendi*), или, наконецъ, наслѣдникамъ *ab intestato* <sup>33</sup>). Если нужно, то такому *suus et necessarius heres* по требованію кредиторовъ можетъ быть поставленъ срокъ (*spatium deliberandi*), въ теченіе котораго онъ долженъ окончательно осуществить свое *beneficium abstinendi* или же сдѣлаться наслѣдникомъ, вмѣшавшись въ дѣла наслѣдства <sup>34</sup>).—Введеніе *benef. abstinendi* сблизило положеніе *heres suus et necessarius* съ положеніемъ *heres voluntarius*: 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 *hereditas* по *jus civile*. Разница состоитъ въ томъ, что *bonorum possessio* пріобрѣтается только черезъ испрашиваніе ея (*bonorum possessionem agnoscere, petere*) у должностнаго лица (претора <sup>35</sup>), 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—восходящій или нисходящій наслѣдодателя, и въ теченіе 100 дней въ другихъ случаяхъ; срокъ исчисляется *utiliter* <sup>36</sup>) (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* <sup>37</sup>). Рѣшеніе испросить *bonorum possessio* не можетъ быть принято, по общему правилу, черезъ законнаго представителя (за исключеніемъ представителя юридическаго лица <sup>38</sup>), или опекуна *impuberis* <sup>39</sup>), но оно можетъ быть принято черезъ представителя, назначеннаго самимъ призваннымъ къ наслѣдству лицомъ (т.-е. черезъ мандатарія) <sup>40</sup>).

Отказъ отъ *bonorum possessio* совершается тѣмъ, что управомоченное лицо прямо заявляетъ о своемъ отказѣ или же допускаетъ истеченіе установленнаго для испрашиванія *bon. possessio* срока, не пользуясь своимъ правомъ <sup>41</sup>).

<sup>30</sup>) L. 57 § 2 D. 29, 2; но онъ имѣлъ *beneficium separationis* — Gai 2, 155. Girard стр. 889.

<sup>31</sup>) L. 20 § 4 L. 87 pr. D. 29, 2. § 5 J. 2, 19. Ср. L. 11 L. 57 pr. § 1 D. 29, 2.

<sup>32</sup>) L. 2 § 8 D. 38, 17. L. 20 § 4 D. 29, 2. L. 12 pr. D. 11, 1.

<sup>33</sup>) L. 44 D. 42, 1. L. 55, 56 D. 29, 2. L. 1 § 7 D. 29, 4. L. 6 C. 6, 58.

<sup>34</sup>) L. 7 pr. L. 8 D. 28, 8. L. 19 C. 6, 30.

<sup>35</sup>) L. 6 C. 6, 9. § 11 J. 3, 9.

<sup>36</sup>) § 9. 11 J. 3, 9.

<sup>37</sup>) L. 84 D. 29, 2. L. 4 § 3 L. 5 D. 37, 4.

<sup>38</sup>) L. 3 § 4 D. 37, 1.

<sup>39</sup>) L. 67 (65) § 3 D. 36, 1. L. 18 § 2 C. 6, 30.

<sup>40</sup>) L. 48 D. 29, 2. L. 3 § 7 L. 15, 16 D. 37, 1.

<sup>41</sup>) § 10 J. 3, 9.

## § 20. Провизорное приобрѣтеніе наслѣдства.

Есть нѣсколько особенныхъ случаевъ, когда претендентъ на наслѣдство получаетъ наслѣдственное имущество только провизорно, т.-е. онъ временно получаетъ владѣніе этимъ имуществомъ, но окончательное рѣшеніе вопроса о томъ, кто будетъ наслѣдникомъ, откладывается на будущее время. Сюда относятся слѣдующіе случаи:

I. *Bonorum possessio ventris nomine*. Если въ моментъ смерти наслѣдодателя на лицо егерго, зачатый и находящійся въ утробѣ матери зародышъ, которому должно достаться наслѣдство въ случаѣ его рожденія живымъ, то беременная женщина можетъ потребовать ввода ея во владѣніе наслѣдствомъ до разрѣшенія беременности <sup>1)</sup>. Она имѣетъ безусловно право на этотъ вводъ во владѣніе, если зародышъ будущій нисходящій наслѣдодателя; если-же онъ extraneus, назначенный наслѣдникомъ, то она можетъ требовать ввода во владѣніе наслѣдствомъ только, когда она не имѣетъ иныхъ средствъ къ существованію <sup>2)</sup>. Получивши владѣніе наслѣдствомъ, беременная женщина можетъ брать алименты изъ наслѣдства и истраченное на нихъ не подлежитъ возвращенію даже, если ожидаемый отъ нея наслѣдникъ не родится <sup>3)</sup>.

II. *Bonorum possessio ex Carboniano edicto*. Это bonorum possessio дается провизорно малолѣтнему (impubes) на время малолѣтства, если его право на наслѣдство зависитъ отъ того, принадлежитъ ли онъ къ числу дѣтей наслѣдодателя, и это обстоятельство оспаривается <sup>4)</sup>. Рѣшеніе спора откладывается обыкновенно до наступленія его pubertas <sup>5)</sup>; но по его просьбѣ ему можетъ быть дано временное владѣніе наслѣдствомъ, если преторъ, по предварительной cognitio, найдетъ, что притязаніе impuberis на наслѣдство не представляется явно ничѣмъ не обоснованнымъ <sup>6)</sup>. Если малолѣтній, получая эту bonorum possessio, представить обезпеченіе (satisfactio) въ томъ, что онъ вернетъ наслѣдство въ случаѣ проигрыша спора, онъ можетъ брать алименты изъ наслѣдства (которыхъ онъ не обязанъ возвращать <sup>7)</sup>) и управлять наслѣдственнымъ имуществомъ <sup>8)</sup>. Если же онъ этого обезпеченія не дастъ, то его противникъ вводится въ совладѣніе имуществомъ и можетъ получить право управленія имъ, представивши обезпеченіе <sup>9)</sup>. Въ этомъ случаѣ алименты выдаются изъ наслѣдства лишь при наличности крайней необходимости <sup>10)</sup>.

III. *Bonorum possessio furiosi nomine*. Если наслѣдство открывается душевнобольному <sup>11)</sup>, то его curator можетъ непросить временную bon. possessio и въ случаѣ нужды брать алименты для furiosus изъ наслѣдства <sup>12)</sup>.

<sup>1)</sup> Для управленія имуществомъ назначался особый curator ventris et bonorum. L. 1 § 17—26. L. 5 D. 37, 9.

<sup>2)</sup> L. 6 D. 37, 9.

<sup>3)</sup> L. 1 § 19, 28 L. 3, 5 D. 37, 9.

<sup>4)</sup> L. 1 pr. D. 37, 10.

<sup>5)</sup> L. 3 § 5 D. 37, 10.

<sup>6)</sup> L. 3 § 4 D. 37, 10.

<sup>7)</sup> L. 5 § 3 L. 6 § 5 D. 37, 10.

<sup>8)</sup> L. 15 D. 37, 10.

<sup>9)</sup> L. 5 § 2, 5. D. 37, 10.

<sup>10)</sup> L. 5 § 3 D. 37, 10.

<sup>11)</sup> Не стоящему подъ отеческой властью; см. выше § 19 I, 2 пр. 6.

<sup>12)</sup> L. 7. C. 5, 70. L. 51 pr. D. 5. 3.



Furiosus может 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 его отказа отъ наслѣдства. Если *curator furiosi* не испрашиваетъ этой *bonorum possessio*, то владѣніе наслѣдствомъ можетъ испросить наслѣдникъ, слѣдующій за *furiosus*, при условіи представленія *cautio* на случай, что другое лицо сдѣлается впослѣдствіи окончательно наслѣдникомъ <sup>13)</sup>.

IV. *Наслѣдникъ, назначенный подъ суспензивнымъ условіемъ*, можетъ испросить *bonorum possessio secundum tabulas* 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: за исключеніемъ случаевъ наслѣдованія *heres suus et necessarius*, *delatio hereditatis* (*ex testamento* или *ab intestato*) сообщаетъ лицу, которому наслѣдство открылось, *строго личную способность приобрести наслѣдство*; эта способность не переходитъ на наслѣдниковъ этого лица и вообще не можетъ переходить на какихъ-либо другихъ лицъ <sup>1)</sup>. *Если лицо, которому открылось наслѣдство, умретъ, не совершивъ приобретенія 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*. Бываетъ, что въ случаѣ непріобрѣтенія наслѣдства тѣмъ лицомъ, въ пользу котораго оно открылось, оно можетъ быть приобрѣтено не слѣдующимъ по очереди наслѣдникомъ наслѣдодателя, а 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 уже раньше открылось наслѣдство. Такой случай называется *transmissio hereditatis*. Большею частью такая *transmissio* происходитъ въ пользу наслѣдниковъ того лица, которое не могло воспользоваться *delatio hereditatis* въ свою пользу; но иногда *transmissio* совершается и въ пользу другихъ лицъ (напримѣръ, въ пользу домовладыки). Въ послѣдующемъ изложеніи мы будемъ называть лицо, которому открылось наслѣдство, *делятомъ* (слѣдую нѣмецкой терминологіи).

III. Отдѣльные случаи *transmissio hereditatis*, число которыхъ было увеличено Юстиніаномъ, состоятъ въ слѣдующемъ <sup>2)</sup>.

1. *Transmissio Justinianeae* <sup>3)</sup>. Это самый общій случай; онъ въ сущности представляетъ почти полную отмѣну установленнаго выше правила о строго

<sup>13)</sup> L. 1. D. 37, 3.

<sup>1)</sup> L. 7. C. 6, 30. L. 1 § 5. C. 6, 51; о *bonorum possessio* тоже самое въ L. 3 § 7 D. 37, 1.

<sup>2)</sup> О т. наз. *transmissio ex capite suitatis* см. *Windscheid*, § 600 пр. 2. *Баронъ* § 424 *in fine*.

<sup>3)</sup> L. 19. C. 6. 30. *Windscheid*, § 600, I. *Dernburg*, III, § 166, 3. *Баронъ*, § 424, III, 4.

личною характеръ способности къ приобрѣтенію наслѣдства, вытекающей изъ *delatio hereditatis*. Состоитъ онъ въ слѣдующемъ. Если делятъ умеръ, не воспользовавшись возможностью совершить *aditio hereditatis*, и со времени извѣщенія делята объ открытіи ему наслѣдства не прошло еще года, или онъ умеръ во время *spatium deliberandi*, то его наслѣдники могутъ приобрѣсти открывшееся ему наслѣдство.

2. *Transmissio Theodosiana* <sup>4)</sup>. Если наслѣдниками по завѣщанію назначены нисходящіе наслѣдодателя, и эти наслѣдники умрутъ по открытіи имъ наслѣдства, но до вскрытія завѣщанія, то ихъ собственные нисходящіе могутъ приобрѣсти наслѣдство вмѣсто нихъ, если сами станутъ ихъ наслѣдниками.

3. *Transmissio ex capite in integrum restitutionis* <sup>5)</sup>. Если делятъ не приобрѣлъ наслѣдства по такой причинѣ, которая давала ему основаніе просить объ *in integrum restitutio*, напримѣръ, вслѣдствіе отсутствія *rei publicae causa*, то его наслѣдники могутъ вмѣсто него просить объ *in integrum restitutio* и принять наслѣдство для себя. При этомъ безразлично, потерялъ ли уже самъ делятъ способность къ приобрѣтенію наслѣдства вслѣдствіе указанной причины <sup>6)</sup>, или же эта способность еще не была утрачена самимъ делятомъ при жизни, но отпала вслѣдствіе его смерти, послѣдовавшей раньше приобрѣтенія наслѣдства <sup>7)</sup>.

4. *Transmissio ex jure patrio*. Если подвластному открылось наслѣдство, и онъ вопреки волѣ отца отказывается приобрѣсти его, то его домовладыка можетъ приобрѣсти наслѣдство для себя (см. § 19, I, А въ концѣ <sup>8)</sup>,

5. *Transmissio ex capite infantiae*. Если наслѣдство открылось ребенку моложе 7 лѣтъ (*infans*), то его отецъ (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* умретъ раньше, нежели отецъ успѣетъ сдѣлать это приобрѣтеніе наслѣдства для сына, то отецъ можетъ приобрѣсти наслѣдство для себя <sup>9)</sup>.

IV. Въ связи съ этими случаями *transmissio* разсмотримъ вопросъ: *можетъ ли делятъ посредствомъ юридической сдѣлки перенести на другое лицо способность совершить приобрѣтеніе открывшагося ему наслѣдства?* Въ древнемъ и классическомъ правѣ такое перенесеніе допускалось, если наслѣдство открылось *ab intestato*; способность приобрѣсти *hereditas delata sed nondum adquisita* переносилась на новаго приобрѣтателя посредствомъ торжественнаго обряда *in jure cessio* <sup>10)</sup>. Въ юстиніановомъ правѣ *in jure cessio* исчезла. Тѣмъ не менѣе, въ юстиніановы Дигесты попало мѣсто, относящееся къ этой *in jure cessio hereditatis ab intestato delatae*. Это—L. 4 § 28 D. 44, 4. *Ulpianus libro 76 ad edictum*. Но терминъ „*in jure cessio*“ компиляторы замѣнили терминомъ *cessio*. Мѣсто гласитъ: „*Si,*

<sup>4)</sup> L. 1 C. 6, 52. L. 1 § 5 C. 6, 51. *Windscheid*, § 600, 2. *Dernburg*, III § 166, 2. *Баронъ*, § 424, III, 3.

<sup>5)</sup> *Windscheid*, § 600, 3. *Dernburg*, III § 166, 1. *Баронъ*, § 424, III, 1.

<sup>6)</sup> L. 24 § 2 i. f. D. 4, 4. L. 1 C. 2, 50 (51).

<sup>7)</sup> L. 86 pr. D. 29, 2.

<sup>8)</sup> L. 8 pr. § 1. 2 C. 6, 61. *Windscheid*, § 601, 1. *Баронъ*, § 424. пр. 18.

<sup>9)</sup> L. 18 § 1, 3 C. 6, 30. *Windscheid*, § 601, 2. *Dernburg*, § 166, 4. *Баронъ*, 424 пр. 17.

<sup>10)</sup> *Gai* 2, 34—37; 3, 85—87. *Ulp.* 19, 13—14.

cum legitima hereditas Gaji Seji ad te perveniret et ego essem heres institutus, persuaseris mihi per dolum malum, ne adeam hereditatem, et posteaquam ego repudiavi hereditatem, tu eam Sempronio cesseris pretio accepto isque a me petat hereditatem: exceptionem doli mali ejus, qui ei cessit, non potest pati<sup>4</sup>. Споренъ вопросъ, представляетъ ли это мѣсто въ Дигестахъ достаточное основаніе для того, чтобы признать возможность совершать и по юстиніанову праву передачу способности, возникающей изъ *delatio hereditatis ab intestato*, несмотря на исчезновеніе торжественнаго способа передачи—*in jure cessio*<sup>11</sup>). *In jure cessio adquisitae hereditatis* не представляла сдѣлки наследственнаго права и равносильна передачѣ отдѣльныхъ наследственныхъ вещей.

## § 22. Предметъ приобрѣтенія. *Jus accrescendi*.

I. Предметомъ приобрѣтенія наследства всегда считается *все наследство*. Это признается даже въ томъ случаѣ, когда приобрѣтатель, совершая *aditio hereditatis*, направилъ свою волю на приобрѣтеніе только части наследства (напримѣръ, той части, которая должна ему достаться *ab intestato*, или той, въ которой онъ назначенъ наследникомъ по завѣщанію). Если даже наследникъ, дѣлая *aditio hereditatis*, открыто ограничилъ свое вступленіе въ наследство какой-либо частью наследства, то подобное ограниченіе считается недѣйствительнымъ; онъ все-таки дѣлается наследникомъ въ томъ объемѣ, въ какомъ онъ призванъ къ наследству<sup>1)</sup>.

II. Изъ этого общаго правила вытекаетъ одно важное слѣдствіе: каждый наследникъ, приобрѣтшій наследство, считается эвентуально приобрѣтшимъ все наследственное имущество. Если наследниковъ по закону или по завѣщанію нѣсколько, и если даже для наследниковъ въ завѣщаніи указаны опредѣленные доли, то и въ этомъ случаѣ каждый наследникъ эвентуально приобрѣтаетъ со вступленіемъ въ наследство право на все наследственное имущество. Слѣдовательно, если затѣмъ отдѣльные наследники, вступившіе въ наследство, получаютъ лишь части наследственной массы, то это значить, что они неизбѣжно ограничиваютъ другъ друга при реализаціи своихъ правъ на наследство. Они тогда по необходимости приходятъ къ раздѣлу наследства между собою: *concurso partes fiunt*<sup>2)</sup>. Но въ принципѣ каждый изъ сонаследниковъ управомоченъ на все наследство. Это сказывается въ томъ, что если одно изъ лицъ, призванныхъ къ наследству вмѣстѣ съ другими, не приобрѣтетъ наследства, то его часть дѣлится между остальными наследниками. Источники говорятъ въ этомъ случаѣ о *jus accrescendi*; доля лица, не приобрѣтшаго наследства, какъ бы прирастаетъ къ долямъ другихъ лицъ, притомъ независимо отъ того, приобрѣтены-ли эти доли или нѣтъ. Изъ сказаннаго, однако, ясно, что это названіе не точно: суть дѣла состоитъ въ томъ, что при отпаденіи одного изъ призванныхъ лицъ, остальные лица, вмѣстѣ съ ними

<sup>11</sup>) Въ утвердит. смыслѣ рѣшаетъ вопросъ *Windscheid*, § 601, 3; въ отрицательномъ *Derenburg III*, § 167. *Arndts* § 512 пр. 1.

<sup>1)</sup> L. 1. 10 D. 29, 2. См. выше § 19 пр. 12, 13.

<sup>2)</sup> 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 concurso fieri*. Ср. L. 1 § 3 D. 7. 2.

призванныя, въ меньшей мѣрѣ стѣсняють теперь другъ друга при осуществленіи своихъ правъ на все наслѣдственное имущество, чѣмъ прежде, и въ результатѣ каждый изъ нихъ получаетъ бѣльшую долю всего имущества. Правильнѣе было бы, слѣдовательно, сказать, что въ случаѣ отпаденія одного изъ сонаслѣдниковъ доли другихъ „non decrescunt“<sup>3)</sup>.

Въ частности относительно *jus accrescendi* приняты слѣдующія правила:

1) Приращеніе наступаетъ только въ томъ случаѣ, если послѣ отпаденія одного изъ сонаслѣдниковъ на освободившуюся часть наслѣдства не имѣетъ права *особый преемникъ въ лицѣ субститута*<sup>4)</sup> (§ 10 выше).—Какъ было замѣчено уже въ § 13, III, споренъ вопросъ, должно ли *jus accrescendi* при наслѣдованіи *ab intestato* наступать только тогда, когда нѣтъ преемниковъ слѣдующей степени (*successio graduum*) для сонаслѣдника, непринявшаго наслѣдства, т.-е. осуществляется ли *jus accrescendi* между сонаслѣдниками предпочтительно передъ *successio graduum*.

2) *Jus accrescendi* дѣйствуетъ *независимо отъ воли сонаслѣдниковъ, въ пользу которыхъ оно наступаетъ*. Чтобы пріобрѣсти вакантную часть въ силу *jus accrescendi*, сонаслѣдникъ не долженъ совершить новой *aditio*<sup>5)</sup>. Если сонаслѣдникъ, вступившій въ наслѣдство, уже умеръ, когда освободилась доля другого сонаслѣдника, то эта освободившаяся доля прирастаетъ къ долѣ умершаго сонаслѣдника, хотя первоначальная доля уже перешла по наслѣдству къ наслѣдникамъ умершаго сонаслѣдника (*portio portioni accrescit, non personae*)<sup>6)</sup>.

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, приростаеь ко всѣмъ остальнымъ наслѣдникамъ пропорціонально ихъ долямъ въ наслѣдствѣ<sup>7)</sup>. 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 послѣ этого наступаетъ въ пользу остальныхъ сонаслѣдниковъ, т.-е. въ томъ случаѣ, когда *coheredes conjuncti* не пріобрѣтутъ наслѣдства<sup>8)</sup>. Простая *verbis tantum conjunctio* не имѣетъ значенія для *jus accrescendi*<sup>9)</sup>. Объ этихъ видахъ *conjunctio* сказано было выше въ § 9, III, а.

б) При наслѣдованіи *ab intestato* *jus accrescendi* осуществляется въ зависимости отъ тѣхъ началъ, на которыхъ въ данномъ случаѣ дѣлится наслѣдство (см. о дѣленіи наслѣдства *ab intestato* выше § 13): если наслѣдство дѣлится поголовно—*in capita*, то *jus accrescendi* имѣетъ мѣсто въ пользу всѣхъ сонаслѣдниковъ равномѣрно; если оно дѣлится поколѣнно—*in stirpes*—или полинейно—*in lineas*,—то *jus accrescendi* сперва наступаетъ въ пользу наслѣдниковъ, принадлежащихъ къ тому же колѣну—*stirps*—или линіи, къ

<sup>3)</sup> См. къ этому *Windscheid*, § 603 пр. 2а.

<sup>4)</sup> L. 2 § 8 D. 37, 11. L. 1 § 3. 4. 7 C. 6, 51.

<sup>5)</sup> L. 31. 53 § 1 D. 29, 2. L. 2 § 8 D. 37, 11. L. 1 § 10 C. 6, 51.

<sup>6)</sup> L. 26 § 1 D. 35, 1. L. 9 D. 38, 16. L. 1 § 10 C. 6, 51.

<sup>7)</sup> L. 60 (59) § 3 L. 64 (63) L. 67 (66) D. 28, 5.

<sup>8)</sup> L. 60 (59) § 3 D. 28, 5. L. 1 § 10 C. 6, 51. *Windscheid* § 604 пр. 2.

<sup>9)</sup> L. 66 (67). D. 28, 5. *Windscheid* § 604 пр. 3.

которымъ принадлежалъ отпавшій делять, и только въ случаѣ неприобрѣтенія наслѣдства всѣми лицами, призванными въ этомъ колѣнѣ или этой *linea*, *jus accrescendi* наступаетъ въ пользу остальныхъ сонаслѣдниковъ <sup>10)</sup>.

## § 23. Уничтоженіе уже состоявшагося приобрѣтенія наслѣдства. *Ereptio.*

I. Разъ лицо приобрѣло открывшееся ему наслѣдство, т.-е. сдѣлалось *heres*, оно навсегда остается наслѣдникомъ, по правилу: *semel heres semper heres*. Резолютивные условія и всякаго рода сроки при назначеніи наслѣдника имѣли силу только въ солдатскомъ завѣщаніи (см. выше § 8, III).

II. Однако, есть рядъ особенныхъ случаевъ, когда уже состоявшееся приобрѣтеніе наслѣдства теряетъ затѣмъ силу и считается какъ бы не наступившимъ. Это бываетъ при слѣдующихъ условіяхъ:

1. Если вступившее въ наслѣдство лицо испроситъ *in integrum restitutio* противъ своей *aditio hereditatis*. Основаніями для такой просьбы могутъ служить: *minor aetas* <sup>1)</sup> и принужденіе ко вступленію <sup>2)</sup>. Заблужденіе относительно размѣра 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) <sup>3)</sup>. Если наслѣднику дана *in integrum restitutio*, то наслѣдство переходитъ къ слѣдующему за нимъ наслѣднику наслѣдодателя, т.-е. къ субституту, сонаслѣднику (въ силу *jus accrescendi*) или къ наслѣдникамъ *ab intestato* <sup>4)</sup>.

2. Если *heres suus et necessarius*, который приобрѣтаетъ наслѣдство въ моментъ его открытія, воспользуется *beneficio abstinendi* (выше § 19).

3. Если завѣщаніе, на основаніи котораго наслѣдникъ вступилъ въ наслѣдство, оспорено и лишено силы. Сюда относятся слѣдующіе случаи: а) если противъ завѣщанія вчинена *querela inofficiosi testamenti* (§ 17); б) если назначеніе наслѣдника въ данномъ завѣщаніи состоялось подъ вліяніемъ принужденія (см. выше § 8, I).

4. Если лицо, которое не приобрѣло наслѣдства вслѣдствіе своего отказа или по иной причинѣ, испроситъ *in integrum restitutio* противъ своего неприобрѣтенія наслѣдства. Въ такомъ случаѣ это лицо дѣлается наслѣдникомъ, а то лицо, которое приобрѣло уже наслѣдство вмѣсто него, перестаетъ быть наслѣдникомъ <sup>5)</sup>.

5. Если лицо, приобрѣтшее наслѣдство, признается недостойнымъ наслѣдства—*indignus*—и наслѣдство у него отнимается, *eripitur ut indigno*: поэтому оно называется *bona ereptoria*. Основаній, по которымъ лицо можетъ

<sup>10)</sup> L. 12 pr. D. 37, 4.

<sup>1)</sup> L. 57 § 1 D. 29, 2. L. 1. C. 2, 39. § 5 J. 2, 19.

<sup>2)</sup> L. 21 § 5 D. 4, 2. L. 85 D. 29, 2.

<sup>3)</sup> § 6 J. 2, 19.

<sup>4)</sup> 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.

<sup>5)</sup> L. 1, 2 C. 2, 39 (40). L. 2 C. 2, 38 (39).

быть признано недостойнымъ, очень много <sup>6)</sup>. Сюда относятся: 1) нѣкоторыя проступки наслѣдника противъ личности завѣщателя (напримѣръ умышленное или неосторожное причиненіе его смерти <sup>7)</sup>, оставленіе безъ помощи душевнобольного завѣщателя <sup>8)</sup>); 2) проступки противъ самаго содержанія послѣдней воли завѣщателя (напр., неосновательное предъявленіе *querela inofficiosi testamenti* <sup>9)</sup>); принятіе, со стороны наслѣдника, мѣръ къ тому, чтобы помѣшать наслѣдодателю совершить или измѣнить завѣщаніе <sup>10)</sup> (см. выше § 8, I); 3) совершеніе нѣкоторыхъ дѣяній, запрещенныхъ закономъ (напр., обѣщаніе наслѣдника завѣщателю выдать наслѣдство лицу, не имѣющему *saracitas* <sup>11)</sup> (см. о *saracitas* выше § 8, II); преступная связь женщины-наслѣдницы съ наслѣдодателемъ <sup>12)</sup>); 4) наконецъ, основаніемъ для *ereptio* можетъ служить воля самаго наслѣдодателя (напр., послѣдній заявилъ о недостойности назначеннаго въ его завѣщаніи наслѣдника <sup>13)</sup> или вычеркнулъ его имя изъ завѣщанія <sup>14)</sup>).

Во всѣхъ этихъ случаяхъ *indignus* сохраняетъ только *nomen heredis* и *jus sepulchri*. Но онъ фактически теряетъ всякое отношеніе къ наслѣдству: утрачиваетъ права на активъ наслѣдства и перестаетъ отвѣчать за долги наслѣдства <sup>15)</sup>. Если его собственныя права требованія къ наслѣдодателю и *jura in re* на вещи наслѣдодателя уничтожились вслѣдствіе *aditio hereditatis* (на основаніи *confusio*; см. § 24, I, 1), то эти права послѣ *ereptio* не возстаиваются <sup>16)</sup>. Мѣсто наслѣдника занимаетъ, обыкновенно, фискъ. Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ вслѣдствіе *ereptio* наслѣдство передается другимъ лицамъ; такъ, когда *ereptio* наступаетъ вслѣдствіе того, что наслѣдникъ оставилъ безъ помощи душевнобольного наслѣдодателя, наслѣдство отдается лицу, принявшему на себя попеченіе о наслѣдодателѣ <sup>17)</sup>. Лицо, получающее наслѣдство вслѣдствіе *ereptio* (*эрипентъ*), вспомнѣ замѣняетъ наслѣдника <sup>18)</sup>; оно должно платить долги наслѣдства и выдать легаты, назначенные въ завѣщаніи <sup>19)</sup>.

## Глава VI. Послѣдствія приобрѣтенія наслѣдства.

### § 24. Представленіе наслѣдникомъ личности наслѣдодателя.

I. Положеніе наслѣдника, прибрѣтшаго открывшееся ему наслѣдство, опредѣляется нерѣдко въ современной литературѣ <sup>1)</sup> и даже въ источникахъ <sup>2)</sup>

6) Полный перечень см. у *Windscheid* § 670—673. *Arndts* § 520 пр. 2. *Баронъ* § 226.

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.

11) L. 10. 11. 18. 23 D. 34, 9.

12) L. 14 D. 34, 9. L. 41 § 1 D. 29, 1. *Derenburg* 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. 115 c. 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. *Arndts* § 521 пр. 3. *Brinz* III § 357 пр. 2.

2) Nov. 48 praef. (см. выше § 1. VI).

выраженіемъ, что на *наслѣдника переходитъ имущественно-правовая личность наслѣдодателя, насколько она переживаетъ послѣднюю*. Мы уже имѣли случай (въ § 1, VI) высказаться противъ такой конструкціи положенія наслѣдника, какъ противъ конструкціи неестественной: личность наслѣдодателя погибаетъ съ его смертію и ни на кого переходитъ не можетъ. Положеніе наслѣдника—это положеніе универсальнаго преемника всѣхъ правъ и обязанностей, принадлежавшихъ наслѣдодателю <sup>3)</sup>, за исключеніемъ тѣхъ чисто личныхъ правъ и обязанностей, которыя прекращаются со смертію наслѣдодателя <sup>4)</sup>. Всю эту совокупность правъ и обязанностей наслѣдникъ приобрѣтаетъ при помощи единаго акта (*aditio hereditatis*) или одного событія (*delatio hereditatis*, если онъ *heres necessarius*), не совершая приобрѣтенія каждаго изъ этихъ правъ въ отдѣльности <sup>5)</sup>. Вслѣдствіе этого особеннаго способа приобрѣтенія, наслѣдникъ получаетъ и особый искъ для защиты своихъ правъ на приобрѣтенное имущество: *hereditatis petitio*. Но, *послѣ приобрѣтенія наслѣдникомъ наслѣдственное имущество уже перестаетъ составлять особое цѣлое: оно дѣлается собственнымъ имуществомъ наслѣдника и смѣшивается съ остальнымъ его имуществомъ*. Отсюда вытекаютъ частныя *послѣдствія*, которыми опредѣляется положеніе наслѣдника по приобрѣтеніи наслѣдства. Эти послѣдствія сводятся къ слѣдующему: 1) Если наслѣдникъ имѣлъ какія-либо *права требованія къ наслѣдодателю*, то онъ становится теперь самъ должникомъ по этимъ обязательствамъ, и потому эти обязательства погашаются вслѣдствіе *confusio*. Если онъ имѣлъ *jura in re aliena на вещи наслѣдодателя*, то онъ теперь самъ собственникъ этихъ вещей, и его *jura in re aliena* также прекращается вслѣдствіе *confusio*. То же самое происходитъ съ *правами требованія наслѣдодателя къ наслѣднику* и съ *jura in re наслѣдодателя на вещи наслѣдника* <sup>6)</sup>. 2) *Долги, лежавшіе на наслѣдодателѣ*, дѣлаются теперь *собственными долгами наслѣдника*: онъ отвѣчаетъ за нихъ такъ же, какъ и за остальные свои долги, т.-е. не только наслѣдственнымъ активомъ, но и всѣмъ своимъ имуществомъ <sup>7)</sup>. 3) *Активы наслѣдственнаго имущества вполне смѣшивается съ остальнымъ имуществомъ наслѣдника*; поэтому *кредиторы наслѣдника* могутъ требовать удовлетворенія не только изъ имущества наслѣдника, но и изъ приобрѣтеннаго имъ наслѣдства.

II. Однако, изъ двухъ послѣднихъ правилъ были сдѣланы *исключенія*. Наслѣдникъ могъ освободиться отъ отвѣтственности за долги наслѣдодателя всѣмъ своимъ имуществомъ, прибѣгая къ такъ наз. *beneficium inventarii*. Кредиторы наслѣдодателя могли добиться того, чтобы наслѣдство отвѣчало прежде всего только за долги наслѣдодателя, а не наслѣдника, если они

<sup>3)</sup> L. 62. D. 50, 17. Iulianus 6 dig. Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus quod defunctus habuerit. Это относится и къ bonorum possessor'у, такъ какъ въ развитомъ правѣ всѣ bonorum possessiones были cum re. См. къ этому *Girard*, стр. 884 пр. 4.

<sup>4)</sup> *Windscheid* § 605 пр. 5. — О переходѣ на наслѣдника *sacra* см. *Girard*, стр. 885 сл.

<sup>5)</sup> Только для приобрѣтенія *владѣнія* (*possessio*) необходимъ захватъ (*apprehensio*) со стороны наслѣдника; владѣніе наслѣдодателя на него не переходитъ, ибо владѣніе всегда приобрѣтается оригинальнымъ способомъ. L. 23 пр. L. 30 § 5 D. 41, 2.

<sup>6)</sup> 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.

<sup>7)</sup> L. 8 пр. D. 29, 2. Ulp. 7. Sab... hereditas autem quin obliget nos aeri alieno, etiamsi non sit solvendo, plus quam manifestum est. L. 36 D 28, 2.

испрашивали т. наз. *beneficium separationis*. Разсмотримъ каждый изъ этихъ институтовъ въ отдѣльности.

1) По *доюстинианову* праву наслѣдникъ могъ уклониться отъ принятія наслѣдства, слишкомъ обремененнаго долгами, только тѣмъ, что испрашивалъ себѣ *spatium deliberandi*, чтобы имѣть время ознакомиться съ состояніемъ наслѣдства и рѣшить вопросъ, слѣдуетъ ли ему принимать наслѣдство или нѣтъ (см. § 19, 1). *Юстинианъ*<sup>8)</sup> далъ наслѣднику еще одно средство, чтобы предотвратить отвѣтственность за долги наслѣдства своимъ собственнымъ имуществомъ; это было *beneficium inventarii*. Каждый делаять могъ выбирать между *beneficium inventarii* или испрашиваніемъ *spatium deliberandi*<sup>9)</sup>. Если онъ избралъ *beneficium inventarii*, то онъ долженъ привлечь нотариуса и свѣдущихъ оцѣнщиковъ, а также кредиторовъ наслѣдства и легатаріевъ (за ихъ отсутствіемъ—трехъ свидѣтелей) и составить опись и оцѣнку всего наслѣдственного имущества (инвентарь). Къ составленію этой описи онъ долженъ приступить въ теченіе 30 дней съ момента, когда онъ узналъ объ открытіи ему наслѣдства, и кончить ее въ теченіе слѣдующихъ 60 дней; если наслѣдство или большая часть его находится въ мѣстѣ, отдаленномъ отъ мѣста пребыванія наслѣдника, то ему дается на составленіе описи годъ со смерти наслѣдодателя<sup>10)</sup>. Закончивши инвентарь, наслѣдникъ, если этого требуютъ кредиторы наслѣдства, долженъ принести присягу въ томъ, что инвентарь составленъ добросовѣстно<sup>11)</sup>. По составленіи инвентаря сообразно съ этими правилами, наслѣдникъ можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности кредиторами наслѣдства и легатаріями, но отвѣчаетъ передъ этими лицами лишь въ *размѣрахъ* актива самого наслѣдства. Говоря иначе, наслѣдственные кредиторы могутъ обращать взысканіе и на имущество самого наслѣдника, но лишь въ предѣлахъ суммы, которая опредѣляется стоимостью полученнаго имъ наслѣдства (L. 22 § 4 C. 6, 30: *ut in tantum creditoribus hereditatis (sc. heredes) teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant*). Въ германскомъ правѣ этотъ принципъ былъ измѣненъ, и наслѣдникъ отвѣчалъ лишь самимъ наслѣдствомъ. Наслѣдникъ не обязанъ заботиться о равномѣрномъ удовлетвореніи кредиторовъ при платежѣ долговъ, если наслѣдственной массы недостаточно на покрытіе ихъ; онъ удовлетворяетъ кредиторовъ и легатаріевъ сполна въ той очереди, въ какой они прелъгаютъ къ нему свои требованія, пока не исчерпаетъ стоимости наслѣдственного имущества. Затѣмъ кредиторамъ въ извѣстныхъ границахъ предоставляется возможность самимъ позаботиться о болѣе справедливомъ распредѣленіи полученнаго удовлетворенія<sup>12)</sup>. Собственныя права требованія наслѣдника къ наслѣдодателю и его *jura in re aliena* на вещи наслѣдодателя (и обратно) не считаются уничтоженными черезъ *confusio*, если наслѣдникъ воспользовался *beneficio inventarii*<sup>13)</sup>.

2) *Beneficium separationis* существовало уже по преторскому эдикту. Оно состоитъ въ томъ, что каждый кредиторъ наслѣдства и легатаріи

8) L. 22 C. 6, 30 (531 г.). Подробности о *benef. inventarii* и *separationis* у *Кассо*, Преемство наслѣдника въ обязательствахъ наслѣдодателя, 1895 г., стр. 1—78. *И. Кустяковскій*. Долговая отвѣтственность наслѣдника въ римскомъ правѣ 1901.

9) L. 22 § 14a. C. cit. *Windscheid* § 606, 4.

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.



могут потребовать у претора <sup>14)</sup>, чтобы наследственное имущество было отдѣлено отъ остального имущества наследника и прежде всего употреблено на уплату долговъ наследодателя, затѣмъ на выплату легатовъ, назначенныхъ наследодателемъ; въ томъ только случаѣ, если что-либо останется, этотъ остатокъ идетъ на покрытіе долговъ самого наследника <sup>15)</sup>. Если кредиторы наследства и легатаріи воспользовались этимъ *beneficium*, то, по мнѣнію позднѣйшихъ юристовъ, они не могутъ уже ничего взыскивать съ самого наследника, хотя бы они не получили полного удовлетворенія изъ отдѣленной на ихъ удовлетвореніе наследственной массы <sup>16)</sup>. Право требовать *beneficium separationis* теряется въ томъ случаѣ, если кредиторы уже признали наследника своимъ должникомъ <sup>17)</sup>, а также если со дня пріобрѣтенія наследства прошло не менѣе 5 лѣтъ <sup>18)</sup>; отдѣленіе наследства осуществляется настолько, насколько его можно еще осуществить при предъявленіи просьбы о томъ <sup>19)</sup>.

Въ основѣ этого *beneficium separationis* лежитъ слѣдующее соображеніе: когда кредиторы оказываютъ кому либо кредитъ, то они вѣрятъ его личности и его собственному имуществу; было бы подрывомъ кредиту, если бы законодатель оставилъ кредиторовъ безъ всякой помощи, разъ имущество ихъ должника по его смерти переходитъ въ руки ранѣе неизвѣстнаго имъ, быть можетъ, наследника, съ которымъ они сдѣлокъ не заключали, и который самъ можетъ оказаться обремененнымъ долгами; поэтому кредиторы наследодателя получаютъ возможность оградить себя отъ опасности, что имущество ихъ должника пойдетъ на уплату долговъ его наследника. Для этого они должны испросить *beneficium separationis*.

Отсюда ясно, почему *beneficium separationis* не дается кредиторамъ самого наследника. Эти кредиторы заключали сдѣлки именно съ нимъ и ему оказывали довѣріе. Они, конечно, пострадаютъ, если ихъ должникъ приметъ несостоятельное наследство: онъ прибавитъ тогда къ своимъ прежнимъ кредиторамъ еще рядъ кредиторовъ принятаго имъ несостоятельнаго наследства, и въ случаѣ конкурса надъ наследникомъ эти новые кредиторы будутъ имѣть такія же права на удовлетвореніе изъ конкурсной массы, какъ и прежніе кредиторы самого наследника. Но послѣдніе не могутъ на это жаловаться: они знали, кому они оказываютъ кредитъ; они точно также не могутъ протестовать противъ того, что ихъ должникъ принимаетъ несостоятельное наследство и тѣмъ ухудшаетъ ихъ положеніе, какъ не могутъ протестовать, когда ихъ должникъ иными способами увеличиваетъ число своихъ кредиторовъ, т.-е. дѣлаетъ новые долги <sup>20)</sup>.

<sup>14)</sup> L. 1 pr. § 14 D. 42, 6. Ср. *Baviera* Il commodum separationis nel diritto romano 1901.

<sup>15)</sup> L. 1 § 1 L. 6 pr. D. 42, 6.

<sup>16)</sup> L. 1 § 17 L. 5 D. 42, 6. Ср. L. 3 § 2 D. eod. *Girard* стр. 888 пр. 1 *Dernburg* III § 170 пр. 1.

<sup>17)</sup> L. 1 § 10. 15 D. 42, 6.

<sup>18)</sup> L. 1 § 13 D. 42, 6.

<sup>19)</sup> L. 1 § 12 L. 2 D. 42, 6 (наследственные вещи смѣшались съ вещами наследника и не могутъ быть отдѣлены; онѣ bona fide отчуждены наследникомъ).

<sup>20)</sup> L. 1 § 1. 2 D. 42, 6 ср. L. 1 § 5. 6 D. eod.

## § 25. Положеніе сонаслѣдниковъ (coheredes). Collatio.

I. Когда нѣсколько наслѣдниковъ приобрѣтаютъ наслѣдственное имущество, то между ними устанавливается *общность имущества*. Въ частности, послѣдствія приобрѣтенія наслѣдства нѣсколькими сонаслѣдниками сводятся къ слѣдующему. 1) *Вся дѣлимая вещныя права* на вещи, находящіяся въ наслѣдствѣ, дѣлятся на идеальныя части, пропорціонально долямъ сонаслѣдниковъ въ наслѣдствѣ. Такимъ образомъ, изъ собственности на наслѣдственныя вещи возникаетъ со-собственность (condominium; см. Вещное право § 5); аналогичныя отношенія возникаютъ изъ входящаго въ составъ наслѣдства узуфрукта, эмфитевзиса, суперфиція <sup>1)</sup>. Каждый сонаслѣдникъ свободно распоряжается своей долей. 2) *Недѣлимая вещныя права*, какъ предѣльные сервитуты и залоговое право, принадлежатъ 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* дѣлятся между сонаслѣдниками на части; возникаетъ нѣсколько частичныхъ обязательствъ. Такъ постановили уже законы XII таблицъ <sup>2)</sup>. Однако, если обязательство по предмету своему недѣлимо, то для каждого изъ сонаслѣдниковъ возникаетъ активное или пассивное солидарное обязательство. 4) *Confusio обязательствъ и вещныхъ правъ* наступаетъ для отдѣльнаго сонаслѣдника только въ размѣрѣ доли этого сонаслѣдника въ наслѣдствѣ <sup>3)</sup>.

Каждый изъ сонаслѣдниковъ можетъ прекратить возникшую общность имущества, предъявивъ *искъ о раздѣлѣ*, который въ данномъ случаѣ называется a. familiae erciscundae. Задача судьи при раздѣлѣ наслѣдства состоитъ въ томъ, чтобы создать для каждого изъ сонаслѣдниковъ по возможности независимое отъ другихъ положеніе. Для этой цѣли онъ дѣлитъ тѣлесныя вещи, находящіяся въ наслѣдствѣ, на реальныя части; онъ можетъ присудить нѣкоторымъ изъ наслѣдниковъ эти вещи въ цѣломъ, вознаграждая другихъ какими-либо иными предоставленіями; онъ можетъ возложить на одного изъ сонаслѣдниковъ отвѣтственность по какому-либо недѣлимому обязательству или, напротивъ, уступить ему исключительно недѣлимое право требованія и т. д. <sup>4)</sup>. При совершеніи раздѣла судья долженъ сообразоваться съ состоявшимися раньше между сонаслѣдниками соглашеніями или указаніями завѣщателя, если тѣ и другія не противны праву и нравственности <sup>5)</sup>. Совершая раздѣлъ, судья въ то же время долженъ удовлетворить и тѣ *обязательственныя претензіи, которыя возникли между сонаслѣдниками, вслѣдствіе наступившей общности имущества* (напр., требованіе сонаслѣдника, чтобы его товарищи возмѣстили ему соотвѣтственную часть сдѣланныхъ имъ на наслѣдственную массу издержекъ <sup>6)</sup>). Въ этомъ отношеніи примѣняются тѣ

<sup>1)</sup> Каждый сонаслѣдникъ можетъ свободно отчуждать свою pars pro indiviso. L. 54. D. 10, 2. *Dernburg* III, § 175 пр. 3.

<sup>2)</sup> L. 6 C. 3, 36. L. 1. 2 C. 4, 16.

<sup>3)</sup> L. 50 D. 46. 1. L. 6 C. 4, 16.

<sup>4)</sup> L. 26 D. 10, 2. L. 3 D. eod.

<sup>5)</sup> L. 10 C. 3, 36 L. 21 D. 10, 3. L. 2 § 4 D. 10, 2.

<sup>6)</sup> L. 22 § 4 L. 25 § 15 L. 49 D. 10, 2.

же самыя правила, которыя установлены относительно *actio communi dividundo* (Вещное право § 5).

II. Особого разсмотрѣнія заслуживаетъ возникающая въ нѣкоторыхъ случаяхъ между сонаслѣдниками обязанность къ *collatio* (*collatio*). Этотъ институтъ состоитъ въ слѣдующемъ. Нѣкоторые сонаслѣдники должны внести (*conferre*) въ подлежащую раздѣлу между сонаслѣдниками наследственную массу свое имущество или опредѣленную часть его. *Collatio* прошла въ своемъ развитіи нѣсколько ступеней; она всегда имѣла своею цѣлью достиженіе возможно большаго равенства въ положеніи сонаслѣдниковъ, но эта цѣль въ разное время достигалась разными средствами. Слѣдуетъ различать *три вида collatio*: 1) *collatio bonorum* со стороны эманципированныхъ, которые наследуютъ вмѣстѣ съ *sui*; 2) *collatio dotis*; 3) новѣйшую *collatio* между нисходящими.

1. *Collatio bonorum* <sup>7)</sup> со стороны эманципированныхъ дѣтей наследодателя. Эманципированныя дѣти наследодателя, если они испрашиваютъ *bonorum possessio intestati* или *contra tabulas* <sup>8)</sup> вмѣстѣ съ *sui heredes* <sup>9)</sup> наследодателя, должны внести въ раздѣлъ то имущество, которое они сами приобрѣли послѣ эманципаціи <sup>10)</sup>. Основаніе этой коллаціи состояло въ томъ, что по классическому праву подвластные дѣти приобретаютъ все для домовладыки; между тѣмъ эманципированныя дѣти съ момента эманципаціи получаютъ возможность приобретать собственное имущество; наследуя затѣмъ своему отцу вмѣстѣ съ дѣтьми, оставшимися подъ его властью, они, въ составѣ наследства, получаютъ также результатъ труда этихъ подвластныхъ; поэтому является справедливымъ, чтобы они приобщили къ раздѣляемому имуществу и тѣ приобретеныя, которыя они сами сдѣлали послѣ своей эманципаціи <sup>11)</sup>.—Какъ мы уже выяснили въ Семейномъ правѣ, постепенно нормы о приобретеніи имущества подвластными радикально измѣнились. Въ *юстиніановомъ правѣ* подвластный уже приобретаетъ для себя, за исключеніемъ только того, что онъ приобретаетъ при посредствѣ имущества отца (см. Семейн. право § 14); слѣдовательно, теперь эманципированные должны были конферировать только то имущество, которое они получили отъ своего отца послѣ эманципаціи, ибо приобретательная способность эманципированныхъ только въ этомъ отличалась отъ приобретательной способности *sui* <sup>12)</sup>. Наконецъ, *Юстиніанъ* реформировалъ Новеллой 118 весь порядокъ наследованія *ab intestato*. Такъ какъ онъ стремится при этомъ построить свою систему наследованія на началахъ кровнаго родства и родства по усыновленію, игнорируя все прежнія различія между *sui* и *emancipati*, то слѣдуетъ признать, что этимъ закономъ уничтожена и *collatio emancipatorum* при наследованіи *ab intestato*. Относительно наследованія противъ завѣщанія Юстиніанъ издалъ извѣстную намъ Новеллу 115, въ которой ничего не говорится о *collatio emancipatorum*. Поэтому считается спорнымъ, уничтожена ли эта коллація и при необходимомъ наследованіи <sup>13)</sup>.

7) Подробнѣе о ней см. у *Girard*, стр. 891 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.

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. 893 пр. 2.

2. *Collatio dotis*. Подвластная дочь наследодателя—*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 наследства. Со времени Антонина Пія *filia sua* обязана къ *collatio* и въ томъ случаѣ, когда она не испрашиваетъ *bonorum possessio*, а наследуетъ по гражданскому праву <sup>14)</sup>. По позднѣйшему праву *filia sua* должна конферировать приданое и при наследованіи вмѣстѣ съ эманципированными дѣтьми наследодателя; въ этомъ случаѣ предметомъ коллаціи является только *dos profecticia* <sup>15)</sup>. Эта *collatio dotis* вполне исчезла изъ юстиніанова права. Ее замѣнила отчасти новая коллація нисходящихъ <sup>16)</sup>.

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 нисходящія, наследуя какому бы то ни было восходящему, должны конферировать *dos*, *donatio propter nuptias* и *militia*, которыя они получили отъ наследодателя. Простыя даренія, полученныя 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 наследуетъ другой нисходящій, который простыхъ дареній не получалъ, но получилъ *dos*, *donatio pr. nuptias* или *militia* и долженъ поэтому конферировать. Имущество зачитывается по своей стоимости во время его полученія. Эта коллація имѣетъ мѣсто *при всякомъ наследованіи*, какъ при *successio ab intestato*, такъ и при *successio ex testamento*, если только нисходящія, назначенныя въ завѣщаніи, были бы ближайшими наследниками и при *successio ab intestato*. Въ основаніи этой коллаціи лежитъ слѣдующая мысль: нельзя 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, что эти предоставленія не были сдѣланы имъ всѣмъ нисходящимъ равнобѣрно только потому, что не было повода къ надѣленію другихъ нисходящихъ такими предоставленіями (не всѣ дочери вышли замужъ, не всѣ сыновья поступали на службу <sup>17)</sup>). *Collatio* осуществляется путемъ зачета полученнаго при раздѣлѣ наследства.

## § 26. Иски наследника.

I. Наследникъ, приобрѣтшій наследство, можетъ вчинять *двоякаго рода иски*, смотря по роду споровъ, возникающихъ у него съ третьими лицами. Споръ можетъ состоять въ томъ, что третье лицо, признавая наследствен-

<sup>14)</sup> Tit. Dig. 37, 7.

<sup>15)</sup> L. 4 C. 6, 20.

<sup>16)</sup> Windscheid, § 609 пр. 11.

<sup>17)</sup> Подробности и спорные вопросы см. у Windscheid, § 610. Dernburg, III § 141 Баронъ, § 429, III. Arndts, § 528—530.

ныя 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 наследованіе 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. <sup>1)</sup>). Эти иски называются *сингулярными исками* наследника. Во второмъ случаѣ, когда оспаривается право истца на наследованіе, наследникъ долженъ предъявить *особые иски*, имѣющіе цѣлью защитить его право на все наследство, и потому называющіеся *универсальными исками* наследника. Въ настоящемъ отдѣлѣ мы будемъ говорить *только объ этихъ послѣднихъ искахъ*. Одинъ изъ нихъ даетъ наследнику *петиторную* защиту и называется *hereditatis petitio*; съ его помощью вопросъ о правѣ истца на наследство рѣшается окончательно. Другой искъ даетъ *ускоренную, possessорную* защиту наследнику, и называется *interdictum quorum bonorum*; рѣшеніе по этому иску имѣетъ только провизорный характеръ, и проигравшая дѣло сторона можетъ затѣмъ предъявить противъ выигравшей *hereditatis petitio* для окончательнаго рѣшенія спора.

II. *Hereditatis petitio* <sup>2)</sup>. Этотъ искъ служитъ для окончательнаго рѣшенія спора между лицомъ, претендующимъ на наследство, и лицомъ, которое удерживаетъ что-либо изъ наследственнаго имущества, отрицая право истца на наследованіе <sup>3)</sup>. 1) *Истцомъ* поэтому является лицо, утверждающее, что оно наследникъ, безразлично на какомъ основаніи <sup>4)</sup>, или универсальный фидеикомиссаръ <sup>5)</sup>. Этотъ же искъ въ качествѣ *actio utilis* могутъ вчинать лица, занимающія мѣсто наследника, какъ, напримѣръ, приобрѣтатель *bona vacantia* (см. выше § 14, II) и эрипцентъ (§ 23, II, 5) <sup>6)</sup>. 2) *Отвѣтчикомъ* является лицо, которое удерживаетъ у себя что-либо принадлежащее къ наследству, отрицая право на наследство за истцомъ. Такое лицо можетъ быть *possessor pro herede* или *pro possessore* <sup>7)</sup>. *Possessor pro herede*—тотъ отвѣтчикъ, который самъ выдаетъ себя за настоящаго наследника <sup>8)</sup>, за *bonorum possessor'a*, за универсальнаго фидеикомиссара <sup>9)</sup> или за лицо, купившее наследство у этихъ лицъ <sup>10)</sup>. При этомъ онъ можетъ находиться *in bona fide* или быть

<sup>1)</sup> Ср. L. 4 C. 7, 34.

<sup>2)</sup> 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.

<sup>3)</sup> Наследникъ иногда принуждается путемъ особой „*exceptio ne praesudicium hereditati fiat*“ предъявить этотъ универсальный искъ взаменъ специальныхъ исковъ, вытекающихъ изъ отдѣльныхъ правъ, которыя входятъ въ составъ наследственнаго имущества. См. объ этомъ Windscheid, § 616. Баронъ, § 434. Girard, стр. 903 пр. 2.

<sup>4)</sup> О т. наз. *hered. petitio possessoria*, созданной для *bonorum possessor'a*, см. tit. Dig. 5, 5. Girard, стр. 906 сл.

<sup>5)</sup> *Hereditatis petitio fideicommissaria*; tit. Dig. 5, 6.

<sup>6)</sup> L. 20 § 6. 7 D. 5, 3. Каждый изъ сонаследниковъ можетъ предъявлять для защиты своего права на наследство т. наз. *hered. petitio partiaris*; tit. Dig. 5, 4.

<sup>7)</sup> L. 9 D. 5, 3.

<sup>8)</sup> L. 11 D. 5, 3.

<sup>9)</sup> L. 20 § 13 D. 5, 3.

<sup>10)</sup> *Utilis actio*. L. 13 § 4—6; 8—11. D. 5, 3.

malae fidei (т.-е. знать о ложности своихъ утверждений). *Possessor pro possessore* — 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 <sup>11)</sup>). Наконецъ, по этому иску отвѣчаетъ также *fictus possessor*, т.-е. *qui dolo malo decessit possidere* <sup>12)</sup> и *qui liti se obtulit* <sup>13)</sup> (см. объ этомъ Вещ. пр. § 13, I, 2). Отвѣтчикъ долженъ удерживать у себя что-либо принадлежащее къ наслѣдству <sup>14)</sup>). Но это не значить, что онъ долженъ владѣть какою-либо вещью, принадлежавшей наслѣдодателю въ собственность. *Hereditatis petitio* можетъ быть предъявлена и къ тому лицу, которое, выдавая себя за наслѣдника, не хочетъ платить своего долга наслѣдодателю <sup>15)</sup>, и къ тому, кто на томъ же основаніи удерживаетъ у себя вещь, данную наслѣдодателю на сохраненіе или въ ссуду и т. п. <sup>16)</sup>). Если отвѣтчикъ оспариваетъ право истца только *titulo singulari*, то онъ долженъ былъ предъявить возраженіе противъ *her. petitio* и доказать его; въ такомъ случаѣ онъ не подлежитъ отвѣтственности по ней.

3) Истецъ долженъ *доказать* <sup>17)</sup>, что онъ наслѣдникъ, т.-е. а) что наслѣдодатель умеръ, и б) что наслѣдство открылось ему—истцу. Для послѣдней цѣли ему достаточно доказать свое родство съ наслѣдодателемъ или свой бракъ съ нимъ, если онъ ссылается на наслѣдованіе *ab intestato*; или предъявить исправное по виѣшности завѣщаніе, если онъ ссылается на наслѣдованіе *ex testamento* <sup>18)</sup>. Кромѣ 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, что онъ или третье лицо стоитъ въ болѣе близкомъ или одинаковомъ родствѣ съ наслѣдодателемъ, предъявить завѣщаніе, уничтожающее право истца *ab intestato*, указать на такіе пороки въ завѣщаніи, предъявленномъ истцомъ, которые сразу не замѣтны (напримѣръ, на отсутствіе у завѣщателя *testamenti factio* и т. д. <sup>19)</sup>).

4) Предметомъ иска является наслѣдство, поскольку отвѣтчикъ владѣеть имъ или долженъ былъ бы владѣть имъ (т.-е. какъ *fictus possessor*). Кромѣ первоначальнаго состава наслѣдства (т.-е. вещей, которыми владѣлъ еще наслѣдодатель), объектомъ иска становятся всѣ *accessiones*, плоды и проценты, затѣмъ предметы, приобретенные на средства наслѣдства, и деньги и требованія, замѣнившія наслѣдственные предметы (*pretium succedit in locum rei*).

5) Мѣра отвѣтственности различается, смотря по тому, былъ ли отвѣтчикъ *bonae fidei* или *malae fidei*. Это различіе въ отвѣтственности было установлено въ т. наз. *Setum Iuventianum* 129 г. по Р. X. <sup>20)</sup>. Оно состоитъ

11) L. 11 § 1—L. 13 § 1 L. 16 § 4 D. 5, 3. См. къ этому *Girard*, стр. 900 пр. 6.

12) L. 20 § 6e. 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.

20) См. о его историческомъ значеніи *Girard*, стр. 898.

въ слѣдующемъ. а) *Отвѣтчикъ bonae fidei* долженъ выдать только то, чѣмъ онъ *обогатился* на счетъ наслѣдства до момента предъявленія иска <sup>21)</sup>. Поэтому, если онъ уже *продалъ* наслѣдственную вещь, то обязанъ выдать только полученную за нее цѣну; онъ не возмѣщаетъ даже этой цѣны, если истратилъ ее безъ обогащенія для себя <sup>22)</sup>. Изъ собранныхъ *плодовъ* онъ выдаетъ только *fructus extantes* и выручку отъ потребленія остальныхъ плодовъ <sup>23)</sup>. Если онъ сдѣлалъ *издержки* на наслѣдственное имущество, то онъ имѣетъ *jus retentionis* (путемъ *exceptio doli*) по поводу всѣхъ этихъ издержекъ безъ различія, такъ какъ онѣ всѣ уменьшили его обогащеніе отъ владѣнія наслѣдствомъ; такимъ образомъ, онъ вычитаетъ не только *impensae necessariae* и *utiles*, но и *impensae voluptuariae* <sup>24)</sup>. — *Съ момента предъявленія иска* отвѣтчикъ *bonae fidei* отвѣчаетъ на общихъ основаніяхъ за *culpa levis* по отношенію къ удерживаемому имъ наслѣдственному имуществу <sup>25)</sup>.

б) *Отвѣтчикъ malae fidei* долженъ выдать *все то, что онъ удерживаетъ изъ наслѣдства со всеми плодами и приращеніями* <sup>26)</sup>. Онъ отвѣчаетъ за гибель или порчу удерживаемыхъ имъ цѣнностей, если эта гибель или порча наступила вслѣдствіе *dolus* или *culpa* <sup>27)</sup>. *Съ момента предъявленія иска* онъ отвѣчаетъ даже за *casus* на общихъ основаніяхъ (которыя были указаны въ Общей части § 57, III, 2 <sup>28)</sup>). Если онъ безъ настоятельной необходимости *продалъ* наслѣдственную вещь, то истецъ по своему выбору можетъ потребовать отъ него или возмѣщенія дѣйствительной стоимости вещи, или выдачи полученной при ея продажѣ цѣны <sup>29)</sup>. Если отвѣтчикъ *malae fidei* сдѣлалъ *издержки* на наслѣдственное имущество, то онъ имѣетъ *jus retentionis* только относительно *impensae necessariae* и *utiles*, поскольку послѣднія еще увеличиваютъ цѣнность вещей, на которыя онѣ были сдѣланы <sup>30)</sup>.

III. *Interdictum quorum bonorum*. Этотъ интердиктъ дается только тому лицу, которое испросило у надлежащаго должностнаго лица *bonorum possessio*. Отвѣтчикомъ является тотъ, кто удерживаетъ *pro herede* или *pro possessore* <sup>31)</sup> тѣлесныя вещи <sup>32)</sup> изъ наслѣдственной массы. *Juris possessor* не отвѣчаетъ по интердикту. При разборѣ спора по предъявленіи этого интердикта судья ограничивается проверкою того, имѣетъ ли истецъ право на *bonorum possessio* и получилъ ли онъ *bonorum possessio* <sup>33)</sup>. Если этотъ вопросъ будетъ рѣшенъ утвердительно, то отвѣтчикъ присуждается къ выдачѣ удерживаемой имъ на-

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 вѣндицировать проданную вещь у покупателя, если послѣдній по поводу эвикціи можетъ предъявить регрессный искъ къ *bonae fidei possessor* у *hereditatis*, L. 25 § 17 D. 5, 3 и къ этому *Girard*, стр. 903 пр. 2 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. 18 pr. L. 20 § 17. 21 L. 23 pr. L. 25 § 1 L. 36 § 3 D. 5, 3.

30) L. 38. 39 § 1 D. 5, 3. Ср. съ этимъ правила объ отвѣтственности *bonae* и *malae fidei possessor*'а при *rei vindicatio* (Вещное пр. § 13, I, 3). *Girard*, стр. 902 пр. 2.

31) L. 1 pr. D. 43, 2.

32) L. 2 D. 43, 2. *Gai.* 4, 144.

33) L. 1 C. 8, 2.

слѣдственной вещи. Но отвѣтчикъ не можетъ доказывать въ этомъ же процессѣ, что онъ имѣетъ больше правъ на наслѣдство, чѣмъ истецъ, т.-е. что наслѣдство должно быть передано ему, вмѣсто истца <sup>34</sup>). Для этой цѣли онъ долженъ предъявить къ истцу по интердикту—*hereditatis petitio* или *querela inofficiosi testamenti*, въ которой уже онъ самъ выступитъ истцомъ и будетъ нести *onus probandi* <sup>35</sup>).

Такимъ образомъ *int. quorum bonorum* даетъ ускоренную защиту, но въ извѣстномъ смыслѣ онъ имѣетъ провизорный характеръ <sup>36</sup>); это—поссессорное средство защиты. *Int. quorum bonorum* принадлежитъ къ числу *интердиктовъ adipiscendae possessionis*, служащихъ для получения юридическаго владѣнія, котораго истецъ еще не приобрѣлъ. Это—третій разрядъ владѣльческихъ интердиктовъ, существующій на ряду съ извѣстными уже намъ *interdicta retinendae* и *recuperandae possessionis* <sup>37</sup>).

## § 27. Отчужденіе наслѣдства.

I. Мы уже имѣли случай говорить о томъ, возможно ли отчуждать наслѣдство, когда оно уже открылось деляту, но еще не приобрѣтено имъ (см. выше § 21 въ концѣ). Намъ остается разсмотрѣть, какія послѣдствія производитъ *отчужденіе наслѣдства послѣ того, какъ оно уже приобрѣтено наслѣдникомъ* (*cessio adquisitae hereditatis*). Такое отчужденіе не дѣлаетъ приобретателя наслѣдникомъ или вообще универсальнымъ преемникомъ наслѣдодателя. Наслѣдникъ, продавшій приобретенное имъ наслѣдство, по прежнему отвѣчаетъ передъ легатаріями и кредиторами наслѣдодателя <sup>1</sup>), согласно афоризму: *semel heres semper heres*. Онъ обязанъ передать весь активъ наслѣдства приобретателю наслѣдства: тѣлесныя вещи онъ долженъ традировать <sup>2</sup>), обязательственныя требованія — цедировать. <sup>3</sup>). Въ свою очередь приобретатель наслѣдства обязанъ выдать наслѣднику за приобретаемый 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 <sup>4</sup>).

II. Тотъ, кто покупаетъ *bona vacantia* у фиска, дѣлается универсальнымъ преемникомъ, т.-е. отвѣчаетъ за долги наслѣдства и легаты такъ, какъ отвѣчалъ бы фискъ <sup>5</sup>) (см. выше § 14 въ концѣ).

<sup>34</sup>) L. 3 C. 8, 2. Gai. 4, 144.

<sup>35</sup>) L. 16 § 1 D. 5, 2.

<sup>36</sup>) Спорно. См. Girard, стр. 905 сл. Баронъ, § 435, 1.

<sup>37</sup>) 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. 905 пр. 3. Баронъ, § 435, II. Arndts, § 535.

<sup>1</sup>) L. 2 C. 4, 39. L. 2 C. 6, 37.

<sup>2</sup>) L. 6 C. 4, 39.

<sup>3</sup>) *Utilis actio*: L. 16 D. 2, 14. L. 5 C. 4, 39. Windscheid, § 621 пр. 3. L. 1 C. 8, 44.

<sup>4</sup>) L. 2 § 9. 20 D. 18, 4. L. 2 C. 4, 39. Windscheid, § 621, 2.

<sup>5</sup>) 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,

I. Выше уже было указано (въ §§ 1 и 2), что первоначально у римлянъ было два вида отказовъ: *legatum* и *fideicommissum*, но что въ юстиніановомъ правѣ эти формы отказовъ были уравнены. Поэтому послѣдующее изложеніе относится не только къ легатамъ, но и къ фидеикоммиссамъ.

Въ источникахъ нѣсколько *опредѣлений* *легата*. Флорентинъ опредѣляетъ его такъ: „*Legatum est delibatio hereditatis qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit*“ (L. 116 pr. D. 30). Модестинъ говоритъ: „*Legatum est donatio testamento relicta*“<sup>1)</sup>. Согласно общему смыслу этихъ опредѣлений, *легатъ есть такое распоряженіе на случай смерти, въ которомъ наследодатель безвозмездно представляетъ какому-либо лицу имущество (или неимущество) въ виду за счетъ оставляемаго имъ наследства*<sup>2)</sup>. Самая выгода, которая предоставляется такимъ распоряженіемъ, также называется легатомъ.

Легатъ обыкновенно устанавливаетъ *симулярное преемство* легатарія въ имуществѣ наследодателя. Какъ мы видѣли (въ § 1 п 2), однако, есть видъ легата, который ставитъ получающее лицо въ положеніе *универсальнаго преемника* наследодателя во всемъ его имуществѣ или въ опредѣленной долѣ этого имущества; это — т. наз. *fideicommissum hereditatis*. Наконецъ, есть легаты, которые не устанавливаютъ *никакой сукцессіи*; сюда относится, напр., легатъ, въ силу котораго наследникъ долженъ совершить какое-либо дѣйствіе (*facere*) въ пользу легатарія, не предоставляя ему какихъ-либо объектовъ изъ наследственнаго имущества.

II. При разсмотрѣніи *порядка совершенія отказовъ* возникаетъ три

<sup>1)</sup> L. 36. D. 31 и § 1 J. 2, 20. Ср. *Girard*, стр. 309 пр. 4. Въ институціяхъ терминъ *testamento* замѣненъ словами „*a defuncto*“.

<sup>2)</sup> См. *Arndts*, § 541. *Dernburg*, III § 98; cf. *Windscheid*, § 623 пр 1. *Баронъ*, § 437, I.

вопроса: 1) субъекты, причастные къ отказу, 2) актъ совершенія отказа и 3) содержаніе отказа.

1) *Субъекты*. Къ каждому отказу причастны три лица: а) наследодатель; б) лицо, въ пользу котораго сдѣланъ отказъ; в) лицо, на которое возложена обязанность исполнить отказъ.

а) Что касается *наследодателя*, то онъ только тогда можетъ оставлять отказы, когда онъ обладаетъ *testamenti factio activa* (выше § 6<sup>3)</sup>).

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 обладаетъ *capacitas*<sup>4)</sup> и *testamenti factio passiva*<sup>5)</sup>; впрочемъ, нужно отмѣтить два исключенія: легаты могутъ быть оставляемы лицамъ, которыя еще не зачаты въ моментъ смерти наследодателя<sup>6)</sup>, а также всѣмъ корпораціямъ безъ исключенія<sup>7)</sup>. Если легатъ оставленъ нѣсколькимъ лицамъ вмѣстѣ, то они называются *коллегатаріями* и получаютъ право на равныя части легата<sup>8)</sup>. 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*“<sup>9)</sup>; если же этихъ словъ не было, то каждый легатарій получаетъ право на *равную долю легата*, такъ какъ Юстиніанъ предписалъ<sup>10)</sup> считать въ подобныхъ распоряженіяхъ слово „*aut*“ за „*et*“.

Легатъ можетъ быть оставленъ въ пользу *одного изъ сонаследниковъ*; тогда онъ называется *praelegatum*. Особенныя правила примѣняются къ прелегату въ томъ случаѣ, если онъ возложенъ на наследниковъ, какъ таковыхъ (т.-е. на всякаго, кто станетъ наследникомъ). Это т. наз. прелегаты въ тѣсномъ смыслѣ слова. Въ этомъ случаѣ обязанными выплатить легатъ считаются всѣ сонаследники, въ томъ числѣ и тотъ, въ пользу котораго оставленъ прелегаты. Но такъ какъ онъ самъ не можетъ быть своимъ должникомъ (*heredi a semet ipso legari non potest*)<sup>11)</sup>, то прелегаты считается ничтожнымъ въ той части, въ которой обязанность къ выдачѣ ложится на гонорированнаго сонаследника<sup>12)</sup>. Если этотъ сонаследникъ имѣетъ коллегатарію, то ничтожная часть легата въ силу *jus accrescendi* достается этому коллегатарію<sup>13)</sup>. Если же онъ одинъ надѣленъ этимъ легатомъ, то онъ получаетъ недѣйствительную долю легата не какъ легатарій, а въ качествѣ наследника (*jure hereditario*)<sup>14)</sup>. Это имѣетъ практическія послѣдствія: напримѣръ, эта часть зачитывается ему

<sup>3)</sup> L. 2. 114 pr. D. 30. Ср., впрочемъ, L. 8 § 3 D. 29, 7. L. 12 § 5 D. 49, 15 Windscheid, § 624 пр. 3.

<sup>4)</sup> См. выше § 8, II, 2. Windscheid, § 625 пр. 1.

<sup>5)</sup> См. выше § 8, II, 1. § 24 J. 2, 20.

<sup>6)</sup> L. 32 § 6 D. 31. L. 22 C. 6, 20.

<sup>7)</sup> L. 20 D. 34, 5. L. 38 § 6 D. 32.

<sup>8)</sup> L. 19 § 2 L. 17 § 1 D. 30. L. 88 § 6 D. 31. L. 1 § 11. C. 6, 51. Ср. L. 34 пр. D. 30. L. 23 пр. C. 6, 37. Windscheid, § 625 пр. 5—9.

<sup>9)</sup> L. 16 D. 31.

<sup>10)</sup> L. 4 C. 6, 38.

<sup>11)</sup> Ulp. 24, 22. L. 18 D. 30.

<sup>12)</sup> L. 18 § 2 D. 34, 9.

<sup>13)</sup> L. 34 § 11, 12 L. 116 § 1 D. 30. Dernburg, III § 116.

<sup>14)</sup> L. 18. 87. 89. 91 § 2 D. 30. L. 12. 18 § 2 D. 34, 9.

въ quarta Falcidia (§ 30 ниже), тогда какъ легаты, полученные наслѣдникомъ, въ quarta Falcidia не зачитываются<sup>15)</sup>.

с) Лицо, которое обязано уплатить отказъ легатарію, т.-е. *отягощено легатомъ*, называется у современныхъ юристовъ *oneratus*. Обязанность платить отказы можетъ быть возложена на всякое лицо, которое получаетъ что-либо *mortis causa* отъ наслѣдодателя<sup>16)</sup>. Поэтому обязаннымъ лицомъ можетъ быть наслѣдникъ *ex testamento* или *ab intestato*<sup>17)</sup>; фискъ, получающій *bona vacantia*<sup>18)</sup>; легатарій или фиденкоммиссарій могутъ также въ свою очередь быть обременены отказами въ пользу какихъ-либо другихъ лицъ<sup>19)</sup>. По обязанности платить легаты, возлагаемая на всѣхъ этихъ лицъ, *не можетъ превышать размѣра того имущества, которое сами обязанныя лица получаютъ mortis causa 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<sup>20)</sup>. Если завѣщатель его не обозначилъ, то обязаннымъ считается наслѣдникъ; нѣсколько сонаслѣдниковъ обязаны пропорціонально своимъ наслѣдственнымъ долямъ, если предметъ легата дѣлимъ, или солидарно, если онъ недѣлимъ<sup>21)</sup>.

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 *вне 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 наслѣдника (institutio heredis), ни лишенія наслѣдства (exhereditatio)*<sup>22)</sup>. Что касается формы кодицилла, то этотъ актъ можетъ совершаться устно или письменно<sup>23)</sup> съ соблюденіемъ всѣхъ формальностей, установленныхъ для завѣщаній, но число свидѣтелей уменьшено до 5 и не требуется приложенія печатей свидѣтелей къ письменному кодициллу<sup>24)</sup>. Кодициллъ можетъ составляться *въ добавленіе къ завѣщанію (codicilli ad testamentum pertinentes)*, или же онъ составляется *лицомъ, не оставляющимъ завѣщанія (codicilli ab intestato)*. Если кодициллъ подтвержденъ въ оставленномъ на ряду съ нимъ завѣщаніи (*codicilli confirmati*), то въ немъ могутъ быть назначаемы опекуны<sup>25)</sup>. Сила кодицилла, оставленнаго на ряду съ завѣ-

<sup>15)</sup> L. 74. 88. 91 D. 35, 2.—Подробности о *praelegatum* у Windscheid, § 627. Dernburg III, 115—116. Arndts, § 544.

<sup>16)</sup> L. 1 § 6 D. 32.

<sup>17)</sup> L. 1 § 7—10 D. 32.

<sup>18)</sup> L. 114 § 2 D. 30.

<sup>19)</sup> 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 домовладыки).

<sup>20)</sup> L. 29 § 1 D. 31. Корреальное обязат.: L. 8 § 1 D. 30. L. 25 pr. D. 32.

<sup>21)</sup> L. 33 pr. L. 44 pr. D. 31. L. 11 § 23. 24 D. 32. L. 7. D. 33, 3.

<sup>22)</sup> L. 10 D. 29, 7. § 2 J. 2, 25. Ср. Seeck s. v. codicilli у Pauly—Wissowa R. Enc.

т. VII.

<sup>23)</sup> L. 3 pr. C. 6, 4.

<sup>24)</sup> L. 8 § 3 C. 6, 36. L. 28 C. 6, 23. См. также L. 8 § 1a. C. 6, 22.

<sup>25)</sup> L. 3 pr. D. 26, 2.

щаниемъ, всегда неразрывно связана съ послѣднимъ; онъ теряетъ силу вмѣстѣ съ уничтоженіемъ завѣщанія даже тогда, когда онъ не былъ подтвержденъ въ завѣщаніи (*codicilli non confirmati*) <sup>26)</sup>. Онъ всегда *pro parte testamenti habetur*. Самое завѣщаніе разсматривается иногда какъ кодициллъ; это бываетъ въ томъ случаѣ, если завѣщатель прибавилъ къ нему такъ наз. *clausula codicillaris*, т.-е. распоряженіе, что его завѣщаніе должно быть признано за кодициллъ, если оно почему-либо не получитъ силы завѣщанія (напримѣръ, если наслѣдникъ не приметъ наслѣдства, или одинъ или двое изъ 7 свидѣтелей окажутся неспособными быть свидѣтелями). Въ силу этого распоряженія недѣйствительное завѣщаніе получаетъ силу кодицилла *ab intestato*, если всѣ условія дѣйствительнаго кодицилла на лицо, легаты сохраняются, а назначенія наслѣдниковъ превращаются въ универсальные фидеикоммиссы, лежащія на наслѣдникахъ *ab intestato* <sup>27)</sup>.

с) Отказъ можетъ быть оставленъ, наконецъ, по закону Юстиніана <sup>28)</sup>, посредствомъ *неформальнаго заявленія* (устнаго или письменнаго) *наслѣдодателя тому лицу, которое обременяется отказомъ* (т. наз. *Oralfideicommiss* или *fideicommissum heredi praesenti injunctum*). Если возникаетъ споръ о томъ, оставленъ ли такой отказъ данному лицу, то споръ рѣшается *присягой* 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 доказательство того, что легатъ дѣйствительно отказанъ претендующему на него лицу. Впрочемъ, лицо, которому предложено принести присягу, можетъ предварительно потребовать отъ претендующаго на легатъ лица, чтобы оно въ свою очередь принесло присягу въ томъ, что требованіе заявляется имъ добросовѣстно (т. наз. *jusjurandum de calumnia*) <sup>29)</sup>.

3) *Содержаніе отказа. Предметомъ* отказа можетъ быть предоставленіе всякаго рода *имущественной или неимущественной выгоды*: напримѣръ, предметомъ отказа можетъ быть право погребенія въ извѣстномъ мѣстѣ (*jus mortuum inferendi*) <sup>30)</sup>; на легатарія можетъ быть возложенъ фидеикоммиссъ эманципировать своихъ подвластныхъ дѣтей <sup>31)</sup>. Во всякомъ случаѣ предоставленіе должно быть *физически возможнымъ и юридически допустимымъ* <sup>32)</sup>: поэтому, напримѣръ, ничтоженъ отказъ *res extra commercium* <sup>33)</sup>. Предметъ предоставленія долженъ быть достаточно *опредѣленъ*, такъ чтобы рѣшеніе вопроса, дать ли что либо легатарію <sup>34)</sup> и что именно дать, не зависѣло исключительно отъ произвольнаго усмотрѣнія обремененнаго. Къ отказамъ могутъ быть прибавляемы *суспензивныя и резолутивныя условія*, всякаго

<sup>26)</sup> L. 3 § 2 L. 8 § 3 L. 16 D. 29, 7.

<sup>27)</sup> L. 29 § 1 D. 28, 1. L. 88 § 17 D. 31. L. 8 C. 6, 36. Windscheid, § 631. Girard стр. 919 пр. 2.

<sup>28)</sup> L. 32 C. 6, 42. § 12 J. 2, 23.

<sup>29)</sup> Подробности у Windscheid, § 629.

<sup>30)</sup> L. 14 C. 6. 37.

<sup>31)</sup> L. 92 D. 35, 1 и къ этому Windscheid, § 634 пр. 1. Баронъ, § 440, 3.

<sup>32)</sup> L. 112 § 3 D. 30.

<sup>33)</sup> L. 39 § 7—10. D. 30. § 4 J. 2, 20. — Особая норма установлена въ Sctum 122 года по Р. X.: нельзя отказывать составныхъ частей зданія. L. 41 § 1. — L. 43 § 1 D. 30. — Подробности у Windscheid, § 634, 2. Dernburg III, § 104, 2.

<sup>34)</sup> L. 69 § 4 D. 23, 3. L. 71 пр. D. 30.

рода *сроки*, а также *modus*<sup>35)</sup>. (О томъ, какимъ образомъ легатарій принуждается къ исполненію *modus'a*, сказано было уже въ Общей части § 45).—

При отказахъ возможна *субституція*. Эта субституція можетъ быть двоякаго рода: а) Она можетъ состоять въ томъ же, въ чемъ состоитъ *substitutio vulgaris* при назначеніи наслѣдника<sup>36)</sup>, т.-е. въ томъ, что субститутъ долженъ получить отказъ, если первый легатарій его почему-либо не приобрѣтетъ. б) Но субституція при отказахъ можетъ состоять и въ томъ, что предметъ легата долженъ перейти въ опредѣленный срокъ отъ одного лица къ другому; напр., легать можетъ быть оставленъ съ тѣмъ, чтобы Тицій обладалъ отказанной ему вещью до своей смерти, а затѣмъ эта вещь была передана имъ Мевію и т. д.<sup>36а)</sup>. Такая субституція называется (по современной терминологіи) *substitutio fideicommissaria*. Особымъ видомъ этой субституціи является т. наз. *семейный фидеикоммиссъ*, *fideicommissum familiae relictum*. Онъ состоитъ въ томъ, что извѣстная вещь отказывается членамъ опредѣленной семьи<sup>37)</sup> съ тѣмъ, чтобы по смерти перваго приобрѣтателя она была передана членамъ той же семьи, по смерти этихъ послѣднихъ — снова членамъ той же семьи и т. д. Отказъ или отчужденіе вещи, составляющей предметъ такого отказа, лицу, которое не принадлежитъ къ семьѣ, указанной завѣщателемъ, считается ничтожнымъ<sup>38)</sup>, если только на него не послѣдовало согласія всѣхъ членовъ семьи<sup>39)</sup>. Въ рукахъ четвертаго обладателя вещь, составляющая объектъ семейнаго фидеикоммисса, дѣлается, по распоряженію Юстиніана<sup>40)</sup>, свободнымъ имуществомъ.

## § 29. Недѣйствительность отказа.

Отказъ можетъ быть недѣйствителенъ съ самаго начала или же онъ можетъ сдѣлаться недѣйствительнымъ съ теченіемъ времени.

I. *Недѣйствительны съ самаго начала* отказы, не отвѣчающіе изложеннымъ выше условіямъ совершенія ихъ. Недѣйствительность можетъ быть обусловлена отсутствіемъ *testamenti factio activa* у наслѣдодателя, отсутствіемъ у одаряемаго лица способности получить отказъ, несоблюденіемъ формальностей при совершеніи завѣщанія или кодицилла, самымъ содержаніемъ легата: напримѣръ, предметомъ легата является собственная вещь легатарія<sup>1)</sup> или вещь, относительно которой легатарій не имѣетъ *jus commercii*<sup>2)</sup>; легать оставленъ въ пользу раба того наслѣдника, который обремененъ легатомъ<sup>3)</sup>.

Относительно этой недѣйствительности легатовъ<sup>4)</sup> съ самаго начала су-

<sup>35)</sup> L. 1 pr. § 1. 2 L. 79 pr. § 1 D. 35, 1. L. 26 C. 6, 37.

<sup>36)</sup> L. 50 pr. D. 31. L. 1 § 7 C. 6, 51.

<sup>36а)</sup> Ср. L. 69 § 3 D. 31:—*petiit, ne domus alienaretur, sed ut familiae relinqueretur. Dernburg III § 114.*

<sup>37)</sup> Сюда именно относится опредѣленіе семьи въ L. 5 § 1 C. 6, 38, приведенное въ Семейн. пр. § 1, II. Ср. L. 69 § 4 D. 31.

<sup>38)</sup> L. 67 § 3 L. 69 § 3 D. 31.

<sup>39)</sup> L. 120 § 1 D. 30. L. 77 § 27 D. 31.

<sup>40)</sup> Nov. 159, c. 2.

1) L. 13 C. 6, 37. *Girard* стр. 914 пр. 5.

2) L. 49 § 2 D. 31. L. 62 D. 41, 1.

3) Gai 2, 244, § 32. J. 2, 20. *Girard*, стр. 915 пр. 6.

4) Но не назначенія наслѣдника; къ нему *regula Catoniana* не примѣняется. L. 3. 4 D. 34, 7. *Windscheid*, § 638 пр. 15—16.

ществуетъ общее правило, называемое по имени автора его <sup>5)</sup> *regula Catoniana*. Это правило гласитъ: „quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit non valere“ <sup>6)</sup> т.-е. „легать, который былъ бы недействителенъ, если бы завѣщатель умеръ тотчасъ по совершеніи завѣщанія, не имѣетъ силы, когда бы ни умеръ завѣщатель“. Это значитъ, что всѣ условія дѣйствительности легата обсуждаются *по моменту совершенія завѣщанія или кодицилла, въ которомъ онъ оставленъ*; если даже причина его недействительности впоследствии отпадетъ, то отъ этого легать не дѣлается дѣйствительнымъ. Такимъ образомъ, легать собственной вещи легатарія не станетъ дѣйствительнымъ, если легатаріи продастъ эту вещь до смерти завѣщателя <sup>7)</sup>; легать въ пользу собственнаго раба наследника не будетъ дѣйствительнымъ, если даже наследникъ отчудитъ этого раба до смерти завѣщателя <sup>8)</sup> и т. д.

*Regula Catoniana* есть не что иное, какъ примѣненіе къ легатамъ общаго правила: *quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere* (см. Общ. ч. § 47), и указываетъ только, что такимъ „initium“ для легата слѣдуетъ считать моментъ совершенія завѣщанія или кодицилла, а не моментъ смерти наследодателя <sup>9)</sup>. *Regula Catoniana* не относится только къ легатамъ, оставленнымъ подъ условіемъ и вообще къ тѣмъ, *quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem*. Но это исключеніе, въ свою очередь, не примѣняется и *regula* остается въ силѣ даже по отношенію къ условному легату, если его недействительность была основана на отсутствіи у завѣщателя *testamenti factio* <sup>10)</sup>.

II. Легать, дѣйствительный съ самаго начала, можетъ *сдѣлаться недействительнымъ впоследствии* по разнымъ причинамъ.

а) Легать уничтожается, если завѣщаніе, въ которомъ онъ оставленъ, *утратитъ силу* <sup>11)</sup>. Имѣетъ съ завѣщаніемъ 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, напр., въ томъ случаѣ, когда наследникъ по завѣщанію не принимаетъ наследства специально для того, чтобы не платить легатовъ, назначенныхъ въ завѣщаніи <sup>12)</sup>; онъ имѣетъ въ виду этимъ путемъ доставить тоже самое наследство себѣ или третьему лицу не по завѣщанію, а *ab intestato*, т.-е. свободнымъ отъ легатовъ, назначенныхъ въ завѣщаніи; тогда такой наследникъ и вошедшее съ нимъ въ соглашеніе третье лицо, если получаютъ въ результатъ то же самое наследство *ab intestato*, принуждаются платить легаты, назначенные въ завѣщаніи (которое сдѣлалось *testamentum destitutum*), въ предѣлахъ перешедшей къ каждому изъ нихъ доли наследства; это установлено статьей преторскаго эдикта, гласившей (по реституціи *Ленеля* <sup>13)</sup>): „*Si quis omissa causa testamenti ab intestato hereditatem partemve ejus posside-*

<sup>5)</sup> Cato Censorius или его сынъ *Баронъ* § 442. *Girard*, стр. 915 пр. 3.

<sup>6)</sup> L. 1 пр. D. 34, 7.

<sup>7)</sup> L. 41 § 2 D. 30 L. 98 D 35, 1. § 10 J. 2, 20.

<sup>8)</sup> Gai 2, 244. § 32. J. 2, 20.

<sup>9)</sup> *Windscheid*, § 638 пр. 10.

<sup>10)</sup> L. 41. § 2. D. 30. L. 3 D. 34, 7. *Windscheid*, § 638 пр. 5 и 6.

<sup>11)</sup> L. 3 § 2. D. 29, 7. L. 31. D. 31.

<sup>12)</sup> tit. Dig 29, 4. Cod. 6, 39.

<sup>13)</sup> *Lenel*, *Edictum perp.* стр. 292.

bit dolove malo fecerit quominus possideret, causa cognita de legatis perinde actionem dabo atque si hereditatem ex testamento adisset“<sup>14)</sup>.

b) *Codicilli ab intestato* теряют силу, если наследодатель совершит затѣмъ завѣщаніе, не подтверждая этихъ кодицилловъ<sup>15)</sup>.

с) Если *honoratus умретъ раньше наступленія dies cedens* (см. объ этомъ ниже § 30), то легатъ, ему оставленный, теряетъ силу.

d) Легатъ уничтожается, если *отпадетъ operatus* (напримѣръ, наследникъ, на котораго возложенъ легатъ, не принимаетъ наследства) и на его мѣсто не станетъ другое лицо, которое обязано уплатить легаты, возложенные на *operatus'a* (трансмиссаръ, субститутъ<sup>16)</sup>, лицо, получающее освобожденную долю въ силу *jus accrescendi*<sup>17)</sup>, фискъ, приобретающій *bona vacantia*<sup>18)</sup> и т. д.<sup>19)</sup>. Но, если вмѣсто *heres ab intestato*, обремененнаго легатомъ, въ силу *successio ordinum vel graduum*, будетъ призванъ другой *heres ab intestato*, то онъ не обязанъ платить легатовъ, возложенныхъ на перваго<sup>20)</sup>.

e) Легатъ уничтожается, если *исполненіе его стало невозможнымъ*: напр., погибъ объектъ легата<sup>21)</sup>; легатарій безвозмездно приобрѣлъ предметъ легата въ собственность<sup>22)</sup>; въ послѣднемъ случаѣ мы имѣемъ т. наз. *concursum duarum causarum lucrativarum*<sup>23)</sup>.

f) Легатъ уничтожается въ силу *отмѣны его наследодателемъ*. Отмѣна эта можетъ быть совершена въ любой формѣ<sup>24)</sup>. Если отмѣна легата сопровождается установленіемъ новаго легата, то мы имѣемъ т. наз. *translatio legati*. Эта *translatio legati* можетъ состоять къ перемѣнѣ лица легатарія, въ перемѣнѣ объекта легата, въ перемѣнѣ *operatus'a*<sup>25)</sup>.

## § 30. Приобрѣтеніе отказа.

I. Приобрѣтеніи легата слѣдуетъ различать два момента: *dies legati cedens* и *dies legati veniens*.

1) *Dies legati cedit (dies cedens)* по общему правилу, въ моментъ смерти завѣщателя<sup>1)</sup>; но при легатахъ, оставленныхъ подъ суспензивнымъ условіемъ или осроченныхъ *dies incertus*, *dies cedens* наступаетъ въ моментъ наступленія условія или срока<sup>2)</sup>. Значенія этого момента состоитъ въ томъ,

<sup>14)</sup> Подробности у *Windscheid*, § 641, 3.

<sup>15)</sup> L. 5 D. 29, 7 cf. § 1 J. 2, 25. *Dernburg* III, § 105, 2.

<sup>16)</sup> L. 74 D. 30 L. 61 § 1 D. 31.

<sup>17)</sup> L. 1 § 9. 10. 11 C. 6, 51. L. 49 § 4 L. 61 § 1 D. 31.

<sup>18)</sup> L. 96 § 1 L. 114 § 2 D. 30.

<sup>19)</sup> См. L. 29 pr. D. 31. L. 1 § 4. 9 C. 6, 51.

<sup>20)</sup> L. 1 § 9 D. 32.

<sup>21)</sup> § 16 -18 J. 2, 20.

<sup>22)</sup> § 6 J. 2, 20.

<sup>23)</sup> См. объ этомъ *Дернбургъ*, Обязат. пр. § 68 пр. 10. *Баронъ*, § 271. *Windscheid*, § 343 а.

<sup>24)</sup> L. 3 § 11 L. 15—18 D. 34, 4.

<sup>25)</sup> L. 6 pr. D. 34, 4. L. 20 D. eod.

1) L. 5 § 1 D. 36, 2. L. 1 § 1 с. C. 6, 51. Ср. *Brückner* Vermächtnisserwerb nach gemeinem Recht 1901.

2) L. 4. 5 § 2 D. 36, 2. L. 75. 79 § 1 D. 35, 1. L. 1 § 7 C. 6, 51. См., сверхъ того *Windscheid*, § 642 пр. 11—13. *Girard*, стр. 921 пр. 3 *Dernburg* III, § 107, 1. Общ. часть § 42.

что если легатарій переживетъ его, сохранивъ способность къ полученію от-каза, то его право на полученіе легата дѣлается наслѣдственнымъ, т.-е. переходитъ къ наслѣдникамъ самого легатарія<sup>3)</sup>; точно также право на легать переходитъ на наслѣдниковъ легатарія, если послѣдній утратилъ *test. factio passiva* или *capacitas* послѣ *dies cedens*<sup>4)</sup>. Если легать оставленъ рабу, то его приобрѣтаетъ тотъ, въ чьей власти рабъ былъ *die cedente*.

2) *Dies legati venit (dies veniens)* въ моментъ приобрѣтенія наслѣдства тѣмъ лицомъ, которому оно открылось, если только *dies cedens* не наступаетъ позже этого момента.<sup>5)</sup> При легатахъ, оставленныхъ съ при-бавленіемъ *dies certus, dies veniens* наступаетъ съ наступленіемъ срока<sup>6)</sup>. Значеніе этого момента состоитъ въ томъ, что съ его наступленіемъ легатарій или его наслѣдники могутъ требовать осуществленія ихъ права на легать (т.-е. исполненія содержанія легата<sup>7)</sup>) и получаютъ право вчинать для этой цѣли соотвѣтственные иски противъ лица, на которое возложена обязанность уплатить легаты<sup>8)</sup>.

Особаго *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 еще не выразилъ своей воли, онъ можетъ *отказаться отъ лега-та*<sup>9)</sup>, который онъ *ipso jure* приобрѣлъ съ наступленіемъ *dies veniens*<sup>10)</sup>; въ случаѣ отказа считается, что онъ какъ бы никогда не приобрѣталъ легата<sup>11)</sup>.

*Отказъ легатарія* отъ легата и вообще *неприобрѣтеніе легата* легатаріемъ (легатарій умеръ до наступленія *dies cedens*) влечетъ за собою различныя послѣдствія. а) Если у легатарія имѣется *субститутъ* (см. выше § 28, II, 3), то легать достается субституту. б) Если легатарій имѣетъ *коллегаріевъ*, которые *re et verbis conjuncti* съ нимъ или только *re conjuncti* (т.-е. указаны *disjunctim*), то наступаетъ *jus accrescendi*: освободившаяся часть легата приобрѣтается коллегарію<sup>12)</sup>. в) Если нѣтъ ни субститута, ни коллегаріа, имѣющаго *jus accrescendi*, то предметъ легата *остается у лица, на которое возложена была обязанность уплатить его* (*oneratus*<sup>13)</sup>).

3) L. 5 pr. D. 36, 2.

4) Windscheid, § 642 пр. 8. См. сверхъ того Girard, стр. 921 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.

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. Баронъ, § 443, I, 2.

9) L. 45 § 1 D. 31. Правила для отказа отъ легата въ общемъ тѣ же самыя, какъ 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. 922 прим. 2: ученіе Прокулеянцевъ о приобрѣтеніи *leg. per. vindicationem*.

12) Значеніе терминовъ *conjunctim* и *disjunctim* въ юстиниановомъ правѣ нѣсколько иное чѣмъ въ классическомъ. Въ институтіяхъ (§ 8 J. 2, 20) они пояснены такъ: *Conjunctim autem legatur velut si quis dicat „Titio et Sejo hominem Stichum do lego“; disjunctim ita „Titio hominem Stichum do lego, Sejo Stichum do lego“.* — Въ первомъ случаѣ не приобрѣтенная доля легата прирастаетъ, если другой легатарій пожелаетъ того, и съ тѣмъ, чтобы онъ принялъ на себя обремененія, связанныя съ нею; во второмъ доля прирастаетъ сама собою, но обремененія не переходятъ на приобрѣтателя. L. 1 § 11 C. 6, 51. Dernburg III, § 113. Ср. Windscheid, § 644—645. Баронъ, § 443. III, 2. Историческій очеркъ у Girard, стр. 926—928.

13) L. 17 pr. L. 60 D. 31. L. 1 § 3. 4. 7. 8. 11 C. 6, 51.



Иногда приобретенный легатъ утрачивается легатаріемъ *помимо его воли*. Это бываетъ: 1) если къ легату прибавлено *резолутивное условіе или dies ad quem* и они наступятъ; 2) если легатарій оказывается *недостойнымъ легата*; основанія недостойности здѣсь сходны съ тѣми, вслѣдствіе которыхъ совершается *ereptio hereditatis* <sup>14)</sup>.

II. *Посль пріобрѣтенія легата*, которое совершается, какъ мы видѣли, *ipso jure* въ моментъ наступленія *dies veniens*, легатарій, не отказавшійся отъ легата, пріобрѣтаетъ и вещныя права, если таковыя вытекаютъ изъ легата, и обязательственныя. Права легатарія обезпечиваются законной ипотекой на имущество, которое обремененное лицо получило изъ наслѣдства <sup>15)</sup>. Соотвѣтственно съ этимъ, легатарій имѣетъ противъ лица, обремененнаго легатомъ, частью вещныя, частью обязательственныя иски.

1) *Вещныя права пріобрѣтаются 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 откажется отъ легата, то вещное право остается за наслѣдникомъ такъ, какъ если бы легатарій никогда не пріобрѣталъ его <sup>16)</sup>.

2) Во всякомъ случаѣ, съ наступленіемъ *dies cedens* и *dies veniens* между лицомъ, отягощеннымъ легатомъ, и легатаріемъ на основаніи каждаго легата возникаетъ *обязательственное отношеніе* <sup>17)</sup>. Это обязательство Юстиніанъ причисляетъ къ числу *obligationes quasi ex contractu* <sup>18)</sup>. Легатарію получаетъ противъ *operatus*'а обязательственный искъ—*actio ex testamento*—объ исполненіи легата <sup>19)</sup>. *Operatus* обязанъ на основаніи этого иска передать легатарію отказанный ему предметъ или выполнить иную возложенную на него обязанность. Онъ отвѣчаетъ за *culpa legis* по отношенію къ предмету легата; если же онъ самъ не сохраняетъ по исполненіи легата никакой выгоды отъ наслѣдства (напримѣръ, все наслѣдство исчерпано легатами, а права на вычетъ *quarta Falcidia* почему либо у него нѣтъ), то онъ отвѣчаетъ только за *culpa lata* <sup>20)</sup>. Въ свою очередь легатарій долженъ возмѣстить *operatus* у тѣ необходимыя и полезныя (съ точки зрѣнія самого легатарія) *издержки* на отказанную вещь, которыя сдѣлалъ *operatus* <sup>21)</sup>.

3) Если легатъ оставленъ *подъ суспензивнымъ условіемъ или съ прибавленіемъ dies a quo*, то легатарій можетъ потребовать до наступленія условія или срока, чтобы *operatus* представилъ ему *обезпеченіе* въ томъ, что съ наступленіемъ условія или срока, онъ выдастъ ему легатъ; это такъ наз. *cautio legatorum servandorum* <sup>22)</sup>; если *operatus* отказывается дать эту *cautio*, то легатарій можетъ потребовать *missio in possessionem*, ввода во владѣніе

<sup>14)</sup> Выше § 23. II. 5. Перечень ихъ см. у Барона, § 443, IV.

<sup>15)</sup> L. 1. 2 C. 6. 43. Windscheid, § 648, 1. Dernburg III, § 99, 4.

<sup>16)</sup> L. 1 C. 6, 43. § 2 J. 2, 20. Arndts, § 560. Windscheid, § 646. Dernburg III, § 99, 1. Баронъ, § 445. Girard, стр. 922 пр. 4.

<sup>17)</sup> L. 1 § 1 C. 6, 43. Windscheid, § 647. Dernburg III, § 99, 2. Баронъ, § 444.

<sup>18)</sup> § 5 J. 3, 27.

<sup>19)</sup> L. 18 D. 44, 7. L. 116 § 4 D. 30. L. 27. D. 46, 3. См. о ней Girard, стр. 611 пр. 1.

<sup>20)</sup> L. 26 § 1 L. 47 § 2. 4. 5 L. 59 L. 108 § 12 D. 30.

<sup>21)</sup> L. 58—61 D. 30.

<sup>22)</sup> Dig. 36, 3. Lenel, Ed. perp. стр. 421.

тѣмъ имуществомъ изъ наслѣдственной массы, которое находится въ рукахъ у operatus'a <sup>23</sup>).

4) Если легать оставленъ подъ *суспензивнымъ потестативнымъ отрицательнымъ условіемъ* (condicio non faciendi), то легатаріи можетъ потребовать, чтобы легать былъ ему выданъ немедленно; но при этомъ онъ долженъ установить operatus'у уже извѣстную намъ *cautio Muciana* въ томъ, что возвратитъ ему легать въ случаѣ ненаступленія условія <sup>24</sup>).

## § 31. Quarta Falcidia.

Мы уже имѣли случай замѣтить (§ 28, II, 1), что лицо, отягощенное легатомъ, не обязано уплатить легатаріямъ больше того, чѣмъ оно само получило отъ наслѣдодателя. Было только одно исключеніе изъ этого правила: по предписанію Юстиніана <sup>1</sup>) 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 наслѣдство, не составивъ надлежащимъ образомъ инвентаря (см. объ инвентарѣ выше § 24).

Кромѣ этого обязанность наслѣдника платить легаты ограничивалась предѣлами, установленными *lex Falcidia*, изданной въ 714 году а. н. с. <sup>2</sup>). Этотъ законъ постановилъ, что наслѣдникъ не обязанъ выдавать въ качествѣ легатовъ *больше трехъ четвертей наслѣдства*; четвертая часть наслѣдства должна оставаться въ его пользу <sup>3</sup>); это—такъ называемая quarta Falcidia.

I. Право на вычетъ quarta Falcidia имѣетъ только *наслѣдникъ* (heres), *обремененный легатами* <sup>4</sup>). При этомъ безразлично, будетъ ли онъ 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 наслѣдства, на которыхъ возложена обязанность платить легаты, не имѣютъ самостоятельнаго права на вычетъ quarta Falcidia; только въ томъ случаѣ, если полученная ими часть наслѣдства уже была сокращена вычетомъ изъ нея quarta Falcidia въ пользу наслѣдника, эти лица также могутъ пропорціонально сократить сумму возложенныхъ на нихъ легатовъ. Напримеръ, Тицію оставленъ легать въ размѣрѣ 20, но на него возложенъ также легать въ пользу Мэвія въ размѣрѣ 5; если легать Тиція будетъ сокращенъ вычетомъ изъ него quarta Falcidia до размѣровъ 15, то и Тицій долженъ уплатить Мэвію не 5, а  $3\frac{3}{4}$  <sup>5</sup>).

*Quarta Falcidia* должна остаться у наслѣдника *свободной отъ легатовъ, mortis causa donationes* <sup>6</sup>) и *тѣхъ предоставленій, которыя совершаются наслѣдникомъ для исполненія условія*, подъ которымъ онъ назначенъ на-

<sup>23</sup>) Dig. 36, 4. *Lenel*, Ed. repr. стр. 297.—Вещное пр. § 43, III, в.

<sup>24</sup>) L. 7 pr. L. 18 D. 35, 1. О cauto Muciana см. выше § 8, III, 1. Первоначально она была установлена именно для легатовъ, но затѣмъ примѣнялась и при назначеніи наслѣдника подъ аналогичнымъ условіемъ.

<sup>1</sup>) L. 22 § 14 C. 6, 30. Nov. 1 c. 2.

<sup>2</sup>) Dio Cassius 43, 33. *Dernburg*, § 100 пр. 8. *Girard*, стр. 917 пр. 3.

<sup>3</sup>) L. 1 pr. D. 35, 2.

<sup>4</sup>) L. 1 pr. D. 35, 2.

<sup>5</sup>) L. 32 § 4 D. 35, 2.—L. 43 § 3 D. 35, 1.

<sup>6</sup>) L. 5 C. 6, 50.

слѣдникомъ въ завѣщаніи (так. наз. предоставленій *condicionis implendae causa* 7).

При исчисленіи *quarta Falcidia* въ основаніе кладется рыночная цѣна наследственнаго имущества въ моментъ смерти завѣщателя 8). Прежде всего вычисляется стоимость всего актива наследства, т.-е. стоимость тѣлесныхъ вещей и обязательственныхъ правъ наследства 9) (въ томъ числѣ и требованія наследодателя къ наследнику 10), а также *jura in re aliena*; затѣмъ вычитываются а) все долги наследства, включая долги наследодателя наследнику 11), и б) издержки на погребеніе 12), на составленіе инвентаря и на ликвидацию наследства 13). Полученная сумма дѣлится согласно долѣ, въ которой данный наследникъ участвуетъ въ наследствѣ, а послѣдняя дѣлится затѣмъ на 4. Въ результатѣ устанавливается размѣръ, котораго должна достигнута *quarta Falcidia* для даннаго наследника.

Послѣ того, какъ указаннымъ путемъ будетъ опредѣлено, что наследникъ долженъ получить въ качествѣ *quarta Falcidia*, необходимо установить, что наследникъ въ дѣйствительности получаетъ, принимая въ расчетъ все распоряженія наследодателя, т.-е. за вычетомъ изъ наследственной доли всехъ обремененій (говоря иначе—какова его чистая доля въ наследствѣ). При этомъ наследнику засчитывается только то, что онъ получаетъ *jure hereditario* 14). Изъ этой суммы вычитается стоимость всехъ легатовъ и другихъ обремененій, приравненныхъ имъ, т.-е. фиденкомиссовъ, *mortis causa donatio*, даренія супругу, *condicionis implendae causa datum* 15). Полученная въ остаткѣ сумма и не должна быть ниже исчисленной раньше кватрты.

Не засчитывается наследнику въ его кватрту то, что онъ получаетъ изъ наследства не въ качествѣ наследника (не *jure hereditario*); сюда относится, напримѣръ, то, что онъ получаетъ отъ сонаследника или отъ третьяго лица въ качествѣ прелегата, легата или *condicionis implendae causa*, или то, что онъ получаетъ отъ наследодателя, какъ *mortis causa donatio* 16). Все это онъ сохраняетъ *сверхъ* кватрты.

Въ результатѣ этихъ вычисленій выясняется, остается ли въ пользу наследника *jure hereditario* свободной отъ легатовъ доля наследства, не меньше исчисленной для него *quarta Falcidia*, или нѣтъ. Если окажется, что возложенные на наследника легаты и подобныя имъ предоставленія исчерпываютъ болѣе  $\frac{3}{4}$  того, что наследникъ получаетъ *jure hereditario*, то *все легаты ipso jure дѣлаются ничтожными въ той части, въ которой они*

7) L. 18 C. 6, 50. См. о *condicionis implendae causa datum* Баронъ, § 460, 3.

8) L. 30 pr. § 2—4 L. 56 pr. L. 73 pr. 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 pr. 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.

14) L. 74 L. 91 D. 35, 2.

15) *Windscheid* § 652, 3. Отсроченные легаты дисконтируются, назначенные подъ суспенсивнымъ условіемъ—временно не принимаются въ расчетъ; пожизненные выдачи капитализируются на основаніи вѣроятной продолжительности жизни легатарія (L. 63 D. 35, 2).

16) Впрочемъ, завѣщатель можетъ распорядиться иначе. L. 56 § 5 L. 75 D. 35, 2.

превышаютъ дозволенную мѣру<sup>17)</sup>, т.-е. каждый изъ нихъ пропорціонально уменьшается настолько, чтобы въ суммѣ они не превышали этой мѣры. Если предметомъ легата являются тѣлесныя вещи, то между наслѣдникомъ и легатаріемъ возникаетъ въ виду этого сособственность въ соответствующихъ доляхъ<sup>18)</sup>. Если легатъ недѣлимъ, то легатаріи обязаны уплатить наслѣднику деньгами соответственную часть стоимости легата<sup>19)</sup>.

Въ случаѣ сомнѣнія въ томъ, нарушена-ли quarta или нѣтъ, можно или не додавать части легата пока сомнѣніе не будетъ устранено, или же выдать весь легатъ сполна; въ первомъ случаѣ наслѣдникъ устанавливаетъ легатарію cautio о доплатѣ недостающей части, если окажется, что quarta не нарушена; во второмъ случаѣ легатаріи даетъ cautio наслѣднику о возвратѣ излишне полученнаго, если окажется, что quarta нарушена<sup>20)</sup>.

Есть легаты, которыя *свободны по закону отъ вычета quarta Falcidia*.

Сюда относятся, на примѣръ, отказы въ пользу *riae causae*<sup>21)</sup>, отказы обязательной доли<sup>22)</sup>, отказы, оставляемые солдатомъ<sup>23)</sup>. Такіе легаты при вычисленіи размѣровъ quarta Falcidia вычитаются изъ наслѣдственнаго актива на ряду съ долгами наслѣдства<sup>24)</sup>.

Кромѣ того, согласно узаконенію Юстиніана въ Новеллѣ 1 с. 2 § 2, *каждый наслѣдодатель 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 распоряженій<sup>25)</sup>.

Наконецъ, согласно той же Новеллѣ 1 с. 2 § 2, наслѣдникъ *теряетъ право* на вычетъ quarta Falcidia, если онъ не составитъ должнымъ образомъ *инвентаря* наслѣдства (выше прим. 1).

Конечно, самъ наслѣдникъ можетъ *отказаться отъ своего права* на quarta Falcidia; этотъ отказъ можетъ заключаться въ сознательной уплатѣ легатовъ полностью безъ вычета кварты. Такая уплата легатовъ полностью не считается за дареніе, дѣлаемое наслѣдникомъ легатаріямъ, но разсматривается, какъ выполненіе наслѣдникомъ моральной обязанности предъ наслѣдодателемъ<sup>26)</sup>.

II. Если наслѣдниковъ нѣсколько, то каждый изъ нихъ имѣетъ *самостоятельное* притязаніе на полученіе кварты своей наслѣдственной доли; при этомъ не принимается во вниманіе, насколько обременены легатами доли остальныхъ сонаслѣдниковъ (*in singulis heredibus ratio legis Falcidiaae ponenda est*<sup>27)</sup>).

17) L. 73 § 5 D. 35, 2.

18) L. 1 § 5 D. 43, 3. L. 2 D. 35, 2.

19) L. 7. 23. 80 § 1 D. 35, 2.

20) L. 73 § 1 D. 35, 2. D. 35, 3.

21) Nov. 131 с. 12.

22) L. 36 пр. С. 3. 28. L. 87 § 4 D. 31.

23) L. 7 С. 6, 50 L. 3 § 1 D. 36, 1.

24) L. 18 пр. D. 29, 1. *Dernburg* III § 101 пр. 35.

25) L. 15 § 1. 8 L. 27 D. 35, 2. L. 11 С. 6, 50.

26) Уплата, сдѣланная по извинительному заблужденію, можетъ быть истребована съ помощью *cond. indebiti*. L. 9 § 5 D. 22, 6. L. 1. 9. 19 С. 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

III. Если наслѣдникъ кромѣ своей наслѣдственной доли получить другую долю, которая *уже была пріобрѣтена* другимъ наслѣдникомъ (напримѣръ, одинъ наслѣдникъ сталъ наслѣдникомъ другого по смерти послѣдняго), то кварта исчисляется также особо для каждой доли, смотря по величинѣ легатовъ, возложенныхъ на каждую долю въ отдѣльности <sup>28)</sup>.

Когда наслѣдникъ соединяетъ въ своихъ рукахъ нѣсколько долей наслѣдства въ силу *jus accrescendi*, то кварталы исчисляются отдѣльно, 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, превышающій quarta Falcidia, то этотъ излишекъ идетъ на пополненіе недочета въ первоначальной долѣ <sup>29)</sup>. Подобныя же правила примѣняются и въ томъ случаѣ, когда наслѣдникъ сверхъ своей первоначальной доли пріобрѣтаетъ долю сонаслѣдника, доставшуюся ему въ силу *субституціи* <sup>30)</sup>.

Если наслѣдникъ *въ силу нѣсколькихъ назначеній его наслѣдникомъ* (напримѣръ, въ одной части онъ назначенъ безусловно, въ другой подъ условіемъ, и условіе это наступаетъ) соединить въ своихъ рукахъ нѣсколько наслѣдственныхъ долей, то кварта исчисляется для всѣхъ долей по совокупности <sup>31)</sup>.

## Глава II. Отдѣльные виды легатовъ и фиденкоммиссовъ. Mortis causa donatio.

### § 32. Легаты тѣлесныхъ вещей, *jura in re aliena* и обязательствъ.

I. Если предметомъ легата является *тѣлесная вещь*, то характеръ отказа зависитъ отъ того, обозначена ли вещь индивидуальными признаками, — тогда мы имѣемъ *species legata*, или же она обозначена только родовыми, генерическими признаками — *genus legatum*.

Разсмотримъ сначала *легатъ индивидуально определенной вещи*. Здѣсь возможны четыре комбинаціи: 1) Вещь *принадлежала уже наслѣдодателю*. Въ этомъ случаѣ легатъ дѣйствителенъ даже, если наслѣдодатель по ошибкѣ считалъ вещь чужою <sup>1)</sup>. Согласно сказанному выше (въ § 30, II), легатарій съ наступленіемъ *dies veniens* дѣлается *ipso jure* собственникомъ отказанной вещи и можетъ ее виндицировать у наслѣдника и всякаго третьяго владѣльца.

Тидій и Сей назначены наслѣдниками въ разныхъ доляхъ, причемъ на Тидію возложены легаты въ суммѣ 200, а на Сею — въ суммѣ 100, то Тидій имѣетъ право вычесть себѣ въ качествѣ quarta 50, хотя наслѣдство *въ цѣломъ* обременено легатами лишь въ  $\frac{3}{4}$ . *Dernburg III, § 101 пр. 5.*

<sup>28)</sup> L. 1 § 15 D. 35, 2.

<sup>29)</sup> L. 78 D. 35, 2.

<sup>30)</sup> 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, § 53, III.*

<sup>31)</sup> L. 11 § 7 L. 87 § 3 D. 35, 2.

1) § 11 J. 2, 20.

2) *Вещь принадлежит лицу, отягощенному легатомъ* (oneratus). Легать считается дѣйствительнымъ, хотя бы наследодатель ошибочно считалъ вещь своею <sup>2)</sup>. Легатаріи получаетъ съ наступленіемъ dies veniens не собственность на вещь, но обязательственное притязаніе о выдачѣ ея противъ oneratus.

3) *Вещь принадлежитъ какому-либо третьему лицу*. Если наследодатель зналъ объ этомъ, то легатаріи получаетъ право требовать отъ oneratus приобрѣтенія этой вещи и передачи ея или же уплаты ему, легатарію, цѣны отказанной вещи <sup>3)</sup>. 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 легатаріи можетъ требовать передачи ему этого jus in re или зачестъ въ свою пользу срокъ давностнаго владѣнія, петекшій уже въ пользу его предшественника <sup>4)</sup>. 4) *Вещь принадлежитъ самому легатарію* съ момента назначенія легата. Тогда легать ничтоженъ, даже въ случаѣ позднѣйшаго отчужденія вещи легатаріемъ <sup>5)</sup> (въ силу regula Catoniana; см. выше § 29, I). Если легатаріи приобрѣлъ вещь уже по совершеніи легата, и притомъ приобрѣлъ ее возмездно не отъ наследодателя, то oneratus долженъ уплатить легатарію стоимость вещи <sup>6)</sup>.

Если предметомъ легата является вещь, *опредѣленная* родовыми признаками (genus legatum), и вещи такого рода имѣются въ составѣ наследственной массы, то легатаріи можетъ выбрать для себя одну изъ нихъ <sup>7)</sup>. Если такихъ вещей въ наследствѣ нѣтъ, то oneratus долженъ приобрѣсти вещь, необходимую для удовлетворенія легатарія <sup>8)</sup>. Легать долженъ быть достаточно опредѣленъ по количеству и качеству, чтобы быть дѣйствительнымъ <sup>9)</sup>.

II. Если предметомъ легата являются *jura in re aliena*, то возможны четыре комбинаціи. 1) Наследодатель можетъ путемъ *легата перенести на легатарія какое-либо jus in re*, допускающее передачу его и *принадлежащее самому наследодателю* (эмфитевзисъ, суперфиціи <sup>10)</sup>. Онъ можетъ также обязать oneratus'a перенести на легатарія такое jus in re, принадлежащее oneratus'у <sup>11)</sup>. 2) Онъ можетъ *погасить въ пользу легатарія jus in re*, принадлежавшее наследодателю на вещь самого легатарія; тогда въ моментъ dies veniens это jus in re прекращается ipso jure <sup>12)</sup>. Онъ можетъ также обязать oneratus'a погасить въ пользу легатарія jus in re, принадлежащее oneratus'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 возникаетъ съ наступленіемъ dies veniens. Если предметомъ легата является установленіе jus in re на вещи oneratus'a, то въ моментъ dies veniens возникаетъ только обязанность для oneratus'a установить это jus

2) L. 67 § 8 D. 31.

3) § 4 J. 2, 20. L. 39 § 7. 8 D. 30.

4) Dig. pro legato 41, 8. 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.

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.

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 возникаетъ обязанность для operatus'a добиться установленія этого jus in re для легатарія отъ третьяго лица или уплатить стоимость jus in re легатарію<sup>13)</sup>. 4) Наслѣдодатель можетъ *отказаться право собственности на свою вещь легатарію, но съ тѣмъ, чтобы послѣдній обременилъ приобрѣтенную имъ вещь jus in re въ пользу какого-либо третьяго лица*; можно напримѣръ отказать Тицію домъ „deducto usufructu“ въ пользу Мэвія<sup>14)</sup>.

III. Если предметомъ легата является *обязательственное право*, то возможны также четыре комбинаціи. 1) Наслѣдодатель можетъ отказать легатарію *право требованія, которое наследодатель самъ имѣетъ противъ третьяго лица (nomen legatum*<sup>15)</sup>. Въ dies veniens легатарій *ipso jure* становится цессіонаріемъ по этому праву требованія и можетъ вчинать actio utilis противъ должника. Но онъ можетъ потребовать и фактической цессіи отказаннаго ему права требованія отъ наследника<sup>16)</sup>, 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 ничтожнымъ<sup>17)</sup>. 2) Наслѣдодатель можетъ *сложить съ легатарія долгъ, который лежитъ на легатаріи передъ наследодателемъ (liberatio legata)*. Въ такомъ случаѣ легатарій *ipso jure* не освобождается отъ своего долга, но съ момента dies veniens онъ можетъ противопоставить иску наследника по поводу этого долга exceptio doli; кромѣ того, онъ можетъ самъ потребовать искомъ отъ наследника освобожденія его отъ долга (посредствомъ, pactum de non petendo или acceptilatio<sup>18)</sup>. 3) Наслѣдодатель можетъ *отказаться легатарію то, что онъ самъ долженъ легатарію (debiti legatum)*. Такой легатъ ничтоженъ и не принимается въ расчетъ при исчисленіи quarta Falcidia, за исключеніемъ того случая, когда онъ доставляетъ какую-либо выгоду легатарію (напримѣръ, въ легатѣ заключается отказъ наследодателя-должника отъ срока, раньше котораго легатарій-кредиторъ не могъ взыскивать съ него долга<sup>19)</sup>. 4) Легатъ можетъ относиться къ *праву требованія, принадлежащему не наследодателю, а какому-либо другому лицу* (напримѣръ наследнику), или по которому должникомъ является не легатарій или наследодатель, а другое лицо. Напримѣръ, на наследника можетъ быть возложена обязанность уступать легатарію право требованія, которое самъ наследникъ имѣетъ противъ третьяго лица<sup>20)</sup>.

IV. Своеобразно толковались римскимъ правомъ легаты, цѣлью которыхъ было обезпечить кого-либо на срокъ или пожизненно. Это былъ, вѣроятно,

<sup>13)</sup> § 4 J. 2, 3. § 1 J. 2, 4. Dig. 33, 2 и 3. L. 26 pr. D. 13, 7. Windscheid, § 656, 1.

<sup>14)</sup> L. 6 pr. D. 7, 1. L. 66 § 7 D. 31. L. 4 D. 33, 2. L. 14 C. 3, 33. § 1 J. 2, 4.

<sup>15)</sup> L. 18 C. 6, 37.

<sup>16)</sup> L. 44 § 6 L. 75 § 2 L. 105 D. 30. § 21 J. 2, 20.

<sup>17)</sup> L. 75 § 1. 2 D. 30. L. 25 D. 34, 3. § 21 J. 2, 20. Cf. L. 11 § 13 L. 64 D. 32.

<sup>18)</sup> L. 3 § 3 L. 7 § 1 L. 22 D. 34, 3.

<sup>19)</sup> L. 11. 13. 14. 25 D. 34, 3. L. 28 pr. L. 29 D. 30. § 14 J. 2, 20.

<sup>20)</sup> Другіе примѣры у Arndts, § 576 пр. 8. Объ альтернативномъ легатѣ, легатѣ цѣлаго имущества и т. п. см. тамъ-же §§ 570—573; 577—579.

одинъ изъ весьма древнихъ поводовъ къ отказамъ въ пользу членовъ семьи. Сюда относится отказъ *пожизненнаго владѣнія* (ususfructus и quasi-ususfructus—D. 7, 2) и отказъ срочной или пожизненной *ренты* (D. 33, 1). Последняя разсматривалась какъ совокупность столькихъ отказовъ, сколько было отдѣльныхъ срочныхъ платежей: для каждаго изъ нихъ dies cedens наступалъ отдѣльно и съ его наступленіемъ для легатарія открывалось право на полный срочный платежъ. При ежегодной уплатѣ ренты, слѣдовательно, было достаточно, чтобы легатарій дожилъ до начала года. Допускалось даже установленіе *вѣчныхъ* рентъ въ пользу легатарія и его наслѣдниковъ.—Для отказовъ *алиментовъ*, наконецъ, былъ установленъ рядъ льготъ <sup>21)</sup>.

### § 33. Legatum partitionis и fideicommissum hereditatis.

I. Предметомъ отказа могутъ быть не только отдѣльныя вещи, но и *все наслѣдство или его квота, или доля* (дробная часть, на примѣръ,  $\frac{1}{2}$ ,  $\frac{1}{3}$ ,  $\frac{1}{4}$  и т. д.). Такой отказъ можетъ быть сдѣланъ до Юстиніана *въ двухъ видахъ*: какъ *legatum partitionis* и какъ *fideicommissum hereditatis*. Первая форма возлагаетъ, въ сущности, на наслѣдника обязанность подѣлить съ легатаріемъ, въ извѣстной пропорціи, наслѣдственное имущество, съ тѣмъ чтобы легатарій обязался нести пропорціональную долю наслѣдственныхъ долговъ. Такая *partitio legata* осуществлялась путемъ передачи отдѣльныхъ наслѣдственныхъ вещей и установленія соответствующихъ стипуляцій. Она устанавливала, слѣдовательно, всегда лишь *симулярное* преемство. При Юстиніанѣ она исчезла въ результатѣ сліянія легатовъ и фидейкоммиссовъ <sup>1)</sup>. *Fideicommissum hereditatis*, напротивъ, превратился въ способъ установленія *универсальнаго* преемства; положеніе фидейкоммиссара послѣ выдачи ему наслѣдства фидуціаромъ стало аналогичнымъ съ положеніемъ наслѣдника. Исторія *fideicommissum hereditatis* изложена была уже въ § 2, II. Теперь мы ограничимся изложеніемъ нормъ Юстиніанова права.

II. *Fideicommissum hereditatis*. Этого рода отказъ въ юстиніановомъ правѣ устанавливаетъ всегда *универсальное преемство* фидейкоммиссара, послѣ того, какъ отказъ исполненъ наслѣдникомъ (ex testamento или ab intestato), на котораго онъ возложенъ (фидуціаръ) <sup>2)</sup>. Фидейкоммиссаръ занимаетъ послѣ этого мѣсто наслѣдника во всемъ наслѣдствѣ или въ части его и ipso jure дѣлается отвѣтственнымъ за долги наслѣдодателя <sup>3)</sup>.

*Fideicommissum hereditatis* можетъ имѣть своимъ предметомъ *все на-*

<sup>21)</sup> См. *Dernburg*, III § 111.

<sup>1)</sup> См. о *legatum partitionis* § 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. 928. Ср. *Baron* § 454 особ. въ концѣ.

<sup>2)</sup> *Fideicommissum hereditatis*, сверхъ того, можетъ быть возложено и на универсальнаго фидейкоммиссарія. L. 1 § 8 L. 57 (55) § 2 D. 36, 1. *Windscheid*, § 663 пр. 3. *Dernburg* III, § 119 пр. 9.

<sup>3)</sup> О различіи его положенія съ положеніемъ heres'a см. *Girard*, стр. 931 пр. 6.



наслѣдство или его квоту или долю <sup>4)</sup>). Назначается онъ такъ же, какъ и всякій другой отказъ <sup>5)</sup>. Въ порядкѣ его приобрѣтенія та особенность, что фидеикоммиссаръ можетъ *принудить обремененнаго фидеикоммиссомъ наслѣдника (фидуціара) вступить въ наслѣдство и выдать это наслѣдство ему, фидеикоммиссару* <sup>6)</sup>. Права и обязанности фидуціара и фидеикоммиссара различны, въ зависимости отъ того, состоялось ли вступленіе фидуціара въ наслѣдство добровольно или по принужденію со стороны фидеикоммиссара.

1) *Фидуціаръ вступилъ въ наслѣдство добровольно.* Въ этомъ случаѣ для фидуціара возникаетъ обязанность въ назначенное въ завѣщаніи или въ кодицилтѣ время выдать все наслѣдство или его долю фидеикоммиссару.

а) *До реституціи наслѣдства* фидеикоммиссару *положеніе наслѣдника занимаетъ фидуціаръ* (heres fiduciarius). Онъ получаетъ собственность на вещи, входящія въ составъ наслѣдства <sup>7)</sup>, дѣлается кредиторомъ по правамъ требованія, входящимъ въ составъ наслѣдства, и отвѣчаетъ передъ кредиторами наслѣдства и легатаріями <sup>8)</sup>. Но на немъ лежитъ *обязанность* тотчасъ же или въ срокъ, указанный наслѣдодателемъ, выдать все наслѣдство или его долю фидеикоммиссару. Эта обязанность даетъ себя чувствовать уже теперь. Ея дѣйствіе проявляется въ слѣдующихъ отношеніяхъ. 1) Фидуціаръ долженъ заботливо относиться къ *управленію наслѣдственной 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 реституціи наслѣдства или нѣтъ <sup>9)</sup>. 2) Онъ можетъ требовать послѣ реституціи отъ фидеикоммиссара пропорціональнаго возмѣщенія сдѣланныхъ имъ на наслѣдство *издержекъ* и снятія съ него обязательствъ, принятыхъ имъ на себя при управленіи наслѣдствомъ <sup>10)</sup>. 3) Онъ не долженъ *отчуждать* ничего изъ наслѣдства безъ крайней нужды (напр., разрѣшается отчужденіе для погашенія изъ вырученной суммы долговъ наслѣдства <sup>11)</sup>), или когда продажа необходима при правильномъ веденіи хозяйства <sup>12)</sup>. Впрочемъ, завѣщатель можетъ разрѣшить отчуждать изъ наслѣдства и вообще тратить наслѣдственное имущество; такое дозволеніе заключается въ оставленіи такъ наз. *fideicommissum ejus quod superfuturum erit*, т.-е. въ приказаніи выдать фидеикоммиссару то, что останется изъ наслѣдства въ моментъ смерти фиду-

<sup>4)</sup> L. 17 (16) § 4. D. 36, 1.

<sup>5)</sup> См. объ этомъ Windscheid, § 663. Dernburg III, § 119 пр. 7.

<sup>6)</sup> L. 4 D. 36, 1. L. 17 D. 29, 4. § 6, 7 J. 2, 23. Windscheid, § 664. Dernburg III, § 121, 3.

<sup>7)</sup> L. 18 § 2 L. 28 (27) § 1 D. 36, 1.

<sup>8)</sup> L. 28 (27) § 7 D. 36, 1. L. 104 D. 46, 3. О происходящей при этомъ *confusio* см. L. 61 (59) пр. 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 наслѣдства между вступленіемъ въ него и выдачею фидеикоммиссарію, фидуціаръ, обыкновенно, удерживаетъ окончательно. Въ предоставленіи ему этихъ плодовъ часто состоитъ цѣль совершенія *fideicommissum hereditatis*. L. 19 (18) пр. L. 28 (27) § 1 D. 36, 1. Dernburg III § 119 пр. 12. Windscheid, § 665 пр. 6.

<sup>9)</sup> L. 23 (22) § 3 D. 36, 1. Windscheid § 665 пр. 7. Иначе Dernburg III, § 120 пр. 14. Arnulds, § 583.

<sup>10)</sup> L. 20 (19) § 2 L. 23 (22) § 3 L. 37 (36) L. 71 (69) D. 36, 1.

<sup>11)</sup> L. 38 пр. D. 32.

<sup>12)</sup> L. 23 (22) § 3 D. 36, 1. Подробности у Windscheid § 665 пр 8—11.

ціара: въ такомъ случаѣ (по рѣшенію Юстиніана) фидуціарь въ правѣ истратить  $\frac{3}{4}$  наслѣдства <sup>13)</sup>.

Самая *реституція* совершается посредствомъ неформальнаго соглашенія объ этомъ фидуціара съ фиденкоммиссаромъ или посредствомъ фактической передачи послѣднему наслѣдственной массы (всей или доли, смотря по содержанию фиденкоммисса <sup>14)</sup>). Реституція замѣняется соответственнымъ судебнымъ рѣшеніемъ. Фидуціарь обязанъ выдать только то изъ наслѣдства, что онъ получилъ самъ въ качествѣ наслѣдника <sup>15)</sup>; поэтому онъ не выдаетъ то, что получено имъ въ качествѣ прелегата отъ сонаслѣдниковъ <sup>16)</sup> или *condicionis implendae causa* <sup>17)</sup>. Онъ имѣетъ право вычесть изъ выдаваемого наслѣдства четверть наслѣдства (или четверть своей наслѣдственной доли), которая называется *quarta Trebellianica*. Эта *quarta* подлежитъ въ общемъ тѣмъ же правиламъ, какъ и *quarta Falcidia* <sup>18)</sup>. Между прочимъ, фидуціарь долженъ въ нее зачесть все, что онъ въ правѣ удержать при реституціи изъ наслѣдства по распоряженію наслѣдодателя въ качествѣ наслѣдника (*jure hereditario*), напр., отдѣльныя вещи, указанные въ завѣщаніи, <sup>18a)</sup> свою чистую долю наслѣдства, часть оставленнаго ему прелегата, обременяющую его собственную наслѣдственную долю (см. о прелегатѣ выше § 28, II, 1). Но онъ не зачитываетъ 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* <sup>19)</sup>.

б) *Послѣ реституціи наслѣдства* фидуціарь сохраняетъ относительно выданнаго наслѣдства (или его части) только *viduit nomen heredis* <sup>20)</sup>; въ положеніе наслѣдника становится фиденкоммиссаръ <sup>21)</sup>; послѣдній въ качествѣ *actiones utiles* можетъ вчинать все иски, принадлежащіе наслѣднику; т.-е. иски сингулярные и универсальные <sup>22)</sup> (см. § 26); противъ остальныхъ наслѣдниковъ онъ имѣетъ *a. familiae erciscundae utilis* <sup>23)</sup>. Онъ дѣлается отвѣтственнымъ передъ кредиторами наслѣдства. Что касается *legатаріевъ*, то ихъ положеніе опредѣляется слѣдующимъ образомъ. Наслѣдодатель можетъ возложить легаты и на самого фиденкоммиссара, и на фидуціара. Легаты, возложенные на фиденкоммиссара, послѣдній платитъ одинъ; онъ не можетъ вычитать съ нихъ *quarta Falcidia* <sup>24)</sup>, ибо (какъ уже было указано въ § 31, I) право на эту *quarta* имѣетъ только *heres*. Легаты, возложенные на фидуціара,

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.

18) Gai 2, 254 L. 28 (27) § 10 L. 66 (64) § 3 D. 36, 1.—Nov. 1. c. 2 § 2.

18a) § 9 J. 2, 23.

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.

несутъ на себѣ фидуціаръ и фидеикоммиссаръ сообща, пропорціонально долѣ наслѣдства, выданной фидеикоммиссару и оставшейся у фидуціара <sup>25</sup>); quarta Falcidia вычитается только фидуціаромъ <sup>26</sup>). Если у фидуціара ничего не осталось изъ наслѣдства, то возложенные на него легаты падаютъ полностью на фидеикоммиссара <sup>27</sup>).

2) *Фидуціаръ отказался принять наслѣдство и вступилъ въ него по принужденію*. Въ такомъ случаѣ фидуціаръ получаетъ только *nudum nomen heredis*, но не имѣетъ ни выгодъ, ни невыгодъ отъ своего вступленія въ наслѣдство <sup>28</sup>). 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 <sup>29</sup>). Онъ не имѣетъ права на вычетъ quarta Trebellianica <sup>30</sup>). Фидеикоммиссаръ вполне замѣняетъ собою наслѣдника во всѣхъ, причитавшихся послѣдному, частяхъ наслѣдства; онъ можетъ даже вычитать съ легатовъ, возложенныхъ на фидуціара, quarta Falcidia, если ее могъ бы вычитать самъ фидуціаръ въ случаѣ добровольнаго вступленія въ наслѣдство <sup>31</sup>).

## § 34. Mortis causa donatio.

I. *Mortis causa donatio* или *дареніе на случай смерти* есть въ сущности *сдѣлка inter vivos*; это дареніе совершается не посредствомъ завѣщательнаго распоряженія или иного акта, содержащаго въ себѣ послѣднюю волю лица. Тѣмъ не менѣе мы разсматриваемъ этотъ видъ даренія въ наслѣдственномъ правѣ, въ связи съ ученіемъ о легатахъ и фидеикоммиссахъ, въ виду того, что *цѣль donatio mortis causa аналогична съ цѣлью, которую преслѣдуетъ оставленіе легата*, и что къ *donatio mortis causa* были примѣнены многія правила, установленныя для легатовъ.

II. *Donatio mortis causa* есть дареніе, которое сдѣлано на тотъ случай, что даритель умретъ раньше одареннаго лица <sup>1</sup>). Особенность этого даренія заключается въ его *цѣли (causa)* (Общ. ч. § 43): оно дѣлается для того, чтобы получатель сохранилъ сдѣланное ему предоставленіе, какъ память объ умершемъ дарителѣ. Поэтому такое дареніе становится безповоротнымъ только тогда, когда одаряемый переживаетъ дарителя <sup>2</sup>).

*Donatio mortis causa* совершается въ формѣ самыхъ разнообразныхъ сдѣлокъ между живыми, т.-е. въ формѣ *traditio* вещи, заключенія стипуляціи, отказа отъ какого-либо права. Всѣ эти сдѣлки могутъ быть заключены без-

<sup>25</sup>) L. 2 C. 6, 49. L. 1 § 20 D. 36, 1. L. 1 § 19 L. 15 § 1 D. 36, 3.

<sup>26</sup>) L. 2 L. 3 § 2 L. 53 (51) D. 36, 1.

<sup>27</sup>) L. 1 § 21 D. 36, 1. Cf. L. 1 § 17 L. 3 eod.— Подробности объ этомъ вопросѣ у Tanagerow II, § 559 Windscheid § 667.

<sup>28</sup>) L. 4 L. 28 (27) § 2 L. 57 (55) § 3 D. 36, 1. § 7 J. 2, 23.

<sup>29</sup>) L. 1 § 9 L. 17 (16) § 4. 5. 8. 9 L. 28 (27) § 14 L. 29 (28) pr. § 1 L. 55 (53) § 3 D. 36, 1.

<sup>30</sup>) L. 4 D. 36, 1. Ср. L. 17 (16) § 4 D. eod.

<sup>31</sup>) L. 65 (63) § 11 D. 36, 1.

<sup>1</sup>) § 1 J. 2, 7. L. 35 § 2 D. 39, 6.

<sup>2</sup>) L. 32 L. 26 D. 39, 6. Dernburg III, § 117 пр. 4.

условно; тогда собственность немедленно переходит на одаряемого, немедленно возникает стипуляционное обязательство, немедленно уничтожается право, от которого отказывается даритель в пользу одаряемого. Но окончательно цѣль даренія достигается лишь тогда, когда даритель умретъ раньше одаряемого. Въ противномъ случаѣ даритель можетъ предъявить къ наследникамъ одареннаго *condictio sine causa* и можетъ требовать возврата обогащенія, полученнаго отъ даренія, ибо его цѣль—*causa*—не достигнута <sup>3)</sup>.

Всѣ эти сдѣлки могутъ быть, далѣе, заключены подъ *резолутивнымъ условіемъ*. Въ такомъ случаѣ собственность немедленно переходит на одаряемого, стипуляционное обязательство возникает и т. д.; но, если одаряемый умретъ раньше дарителя, то сдѣлки эти *теряютъ силу*; даритель вновь дѣлается собственникомъ и можетъ виндицировать вещь, его стипуляционное обязательство уничтожается, отказъ отъ права считается недѣйствительнымъ <sup>4)</sup>.

Наконецъ, всѣ эти сдѣлки могутъ быть заключены *подъ суспензивнымъ условіемъ* <sup>5)</sup>; 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 своего эффекта.

Такимъ образомъ, дареніе на случай смерти дѣлается окончательнымъ только со смертью дарителя раньше одареннаго. Обыкновенно даритель сохраняетъ за собою право до этого момента *свободно отменить* сдѣланное дареніе <sup>6)</sup>; однако, онъ можетъ также отказаться отъ этого права <sup>7)</sup>.

Заключеніе дареній на случай смерти происходитъ въ той же формѣ, какъ и заключеніе всѣхъ остальныхъ дареній, т.-е. для дареній свыше 500 солидовъ требуется *занесеніе въ судебный протоколъ* (*insinuatio apud acta*; см. Общ. ч. § 44); впрочемъ, Юстиніанъ разрѣшилъ замѣнять эту инсинуацію изъясненіемъ воли подарить *передъ 5-ю свидѣтелями* <sup>8)</sup> (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 одаряемого: дареніе на случай смерти есть *договоръ*, а не односторонній актъ (въ отличіе отъ легата и *institutio heredis* <sup>9)</sup>).

Мы сказали, что всякая *donatio mortis causa* совершается на случай, что *одаренный переживетъ дарителя*. Въ этомъ отношеніи надо различать два рода этихъ дареній.

1) *Donatio mortis causa* можетъ быть совершена на случай смерти дарителя *отъ извѣстной, непосредственно угрожающей дарителю опасности* (напр., передъ отправленіемъ дарителя на войну, въ морское путешествіе <sup>10)</sup>). Въ такомъ случаѣ дареніе теряетъ силу, если даритель переживетъ именно эту опасность.

<sup>3)</sup> L. 18 § 1 L. 37 § 1 L. 35 § 3 D. 39, 6.

<sup>4)</sup> L. 37 § 1 L. 29. 30 D. 39, 6. Ср. L. 26 § 1. C. 6, 37. Girard, стр. 945 пр. 2.

<sup>5)</sup> L. 2 i. f. D. 39, 6. L. 29 eod. L. 15 i. f. D. 40, 1. L. 14 D. 39, 6.

<sup>6)</sup> L. 16. 27. 30 D. 39, 6. Dernburg III, § 117 пр. 8.

<sup>7)</sup> L. 13 § 1 L. 35 § 4 D. 39, 6. Nov. 87 пр. с. 1.

<sup>8)</sup> L. 4 C. 8, 56 (57). Dernburg III § 117 пр. 9. Windscheid § 676 пр. 3.

<sup>9)</sup> Windscheid § 676 пр. 14

<sup>10)</sup> § 1 J. 2, 7. L. 2—6 D. 39, 6. L. 8 § 1 L. 35 § 4 D. eod. Здѣсь чаще всего имѣетъ мѣсто суспензивное условіе.

2) Дареніе можетъ быть сдѣламо на случай смерти дарителя раньше одаряемаго, по какой бы причинѣ и когда бы эта смерть ни послѣдовала <sup>11)</sup>.

III. Къ donationes mortis causa были примѣнены многія правила, установленныя для легатовъ <sup>12)</sup>. Такъ, на нихъ распространены были постановленія о необходимомъ наслѣдованіи <sup>13)</sup>, о quarta Falcidia <sup>14)</sup>, о sarcitas <sup>15)</sup> и объ indignitas <sup>16)</sup>; ихъ сила зависѣла отъ того, было ли наслѣдство состоятельно, т.-е. donationes mortis causa могли быть реализованы лишь по уплатѣ долговъ наслѣдства <sup>17)</sup>. Юстиніанъ распространилъ на mortis causa donationes установленное для легатаріевъ jus accrescendi <sup>18)</sup> и право на cautio Muciana <sup>19)</sup>.

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, оспаривается нѣкоторыми изслѣдователями) <sup>20)</sup>. Даритель еще при жизни переноситъ на одаряемаго извѣстное право или надежду на его пріобрѣтеніе (при наличности суспензивнаго условія). Наконецъ, при дареніи mortis causa нѣтъ обремененнаго дареніемъ лица (*oneratus*): оно дѣлается самимъ дарителемъ еще при жизни и ни на кого не возлагается; поэтому сила этого даренія не зависитъ отъ принятія наслѣдства наслѣдникомъ, тогда какъ сила легатовъ стоитъ въ зависимости отъ пріобрѣтенія наслѣдства какимъ-либо универсальнымъ преемникомъ (наслѣдникомъ, фискомъ — относительно bona vacantia).

11) L. 2 L. 31 § 2 L. 35 § 4 D. 39, 6.

12) См. L. 37 pr. D. 39, 6. L. 4 C. 8, 56. § 1 J. 2, 7. Nov. 87 pr. *Dernburg* III, § 118 пр. 8. *Windscheid* § 676 пр. 13.

13) L. 1 § 1 D. 38, 5 L. 3 pr. L. 5 § 7 L. 20 pr. 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 pr. D. 39, 6.

16) *Windscheid* § 676 пр. 12. *Баронъ* § 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 c. 44. § 9.

20) L. 25 § 1 D. 39, 6. *Dernburg* III § 118 пр. 9. *Arndts* § 590. Ср. *Windscheid* § 676 пр. 1. *Баронъ* § 454 пр. 20—21.

# ОГЛАВЛЕНИЕ.

## Семейное право.

### ВВЕДЕНИЕ.

§§	Стр.
1. Familia. Общее понятие о семейных правахъ. ....	1

### ОТДѢЛЪ I.

#### Бракъ.

##### Глава I. Общій очеркъ.

2. Понятіе брака. Личныя отношенія между супругами.....	4
3. Заключение брака. Помолвка.....	6
4. Расторженіе брака.....	9
5. Общій характеръ отношеній по имуществу.....	—

##### Глава II. Приданое.

6. Понятіе. Установленіе.....	10
7. Положеніе приданого во время существованія брака.....	15
8. Положеніе приданого по расторженіи брака.....	18
9. Pacta dotalia.....	24

##### Глава III. Прочія имущественныя отношенія между супругами.

10. Donatio propter nuptias.....	25
11. Даренія между супругами.....	26
12. Штрафы за разводъ. Послѣдствія вступленія во второй бракъ. Нарушеніе траурнаго года.....	28

### ОТДѢЛЪ II.

#### Отношенія между родителями и дѣтьми.

##### Глава I. Право родителей.

13. Понятіе. Личныя и имущественныя отношенія между родителями и дѣтьми. Констатированіе родственной связи.....	31
---	----

##### Глава II. Patria potestas.

14. Понятіе. Личныя отношенія между домовладыкой и подвластными.....	33
15. Вліяніе отеческой власти на имущественное положеніе подвластныхъ.....	34
16. Возникновеніе отеческой власти.....	39
17. Прекращеніе отеческой власти.....	42

**Опека и попечительство.**

§§	Стр.
18. Общія понятія.....	44
19. Призваніе къ опеку и попечительству.....	45
20. Способность быть опекуномъ или попечителемъ. Обязательство къ принятію опеки. Порядокъ вступленія въ веденіе опеки.....	48
21. Управление дѣлами по опеку и попечительству.....	50
22. Отношеніе между нѣсколькими опекунами или попечителями. Отвѣтственность побочныхъ лицъ. Protutor.....	54
23. Прекращеніе опеки и попечительства. Опекунскія власти.....	55

**Наслѣдственное право.**

**ВВЕДЕНІЕ.**

1. Сущность и значеніе наслѣдованія.....	58
2. Историческія замѣчанія.....	62

**ОТДѢЛЪ I.**

**Порядокъ наслѣдованія въ тѣсномъ смыслѣ (hereditas).**

**Глава I. Общія положенія.**

3. Условія наслѣдованія.....	67
4. Hereditas jacens.....	69

**Глава II. Призваніе къ наслѣдству по завѣщанію.**

5. Testamentum.....	72
6. Testamenti factio activa.....	73
7. Форма завѣщанія.....	74
8. Назначеніе наслѣдника. 1. Условія его дѣйствительности.....	77
9. Назначеніе наслѣдника. 2. Объемъ правъ наслѣдника.....	82
10. Назначеніе наслѣдника. 3. Substitutiones.....	85
11. Недѣйствительность завѣщанія.....	88

**Глава III. Призваніе къ наслѣдству ab intestato.**

12. Общія положенія. Историческія замѣчанія.....	90
13. Обыкновенный порядокъ наслѣдованія ab intestato въ Юстиніановомъ правѣ.....	92
14. Особые порядки наслѣдованія. Судьба выморочнаго наслѣдства.....	95

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

15. Предварительныя замѣчанія.....	97
16. Формальныя ограниченія свободы завѣщаній до Новеллы 115.....	98
17. Матеріальныя ограниченія свободы завѣщаній до Новеллы 115.....	100
18. Постановленія Новеллы 115.....	104

**Глава V. Порядокъ приобрѣтенія наслѣдства (acquisitio hereditatis).**

19. Вступленіе въ наслѣдство и отказъ отъ наслѣдства.....	105
20. Провизорное приобрѣтеніе наслѣдства.....	110
21. Transmissio hereditatis.....	111
22. Предметъ приобрѣтенія. Jus accrescendi.....	113
23. Уничтоженіе уже состоявшагося приобрѣтенія наслѣдства. Ereptio.....	115

## Глава VI. Послѣдствія приобрѣтенія наслѣдства.

§§	Стр.
24. Представленіе наслѣдникомъ личности наслѣдодателя.....	116
25. Положеніе сонаслѣдниковъ (coheredes). Collatio.....	120
26. Иски наслѣдника.....	122
27. Отчужденіе наслѣдства.....	126

### ОТДѢЛЪ II.

#### Легаты и фидеикоммиссы.

##### Глава I. Общее ученіе объ отказахъ.

28. Опредѣленіе. Порядокъ совершенія отказовъ.....	127
29. Недѣйствительность отказа.....	131
30. Приобрѣтеніе отказа.....	133
31. Quarta Falcidia.....	136

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

32. Легаты тѣлесныхъ вещей, jura in re и обязательствъ.....	139
33. Legatum partitionis и fideicommissum hereditatis.....	142
34. Mortis causa donatio.....	145