ДМИТРІЙ АЗАРЕВИЧЪ.

СИСТЕМА
РИМСКАГО ПРАВА

УНИВЕРСИТЕТСКІЙ КУРСЪ.

Томъ II.

ЧАСТЬ ВТОРАЯ.

ВАРШАВА.
Въ Типографіи Маріи Земкевичъ.
Краковское-Предмѣстье N. 17.

1889.

Печатано по опредѣленію Совѣта ИМПЕРАТОРСКАГО Варшавскаго Университета.

Ректоръ Тайный Совѣтникъ **Н. Лавровскій.**

СЕМЕЙНОЕ ПРАВО.

Пособія: Mandry. Das gemeine Familienrecht mit Ausschluss des ehelichen Güterrechts 1871; *Boistel.* Le droit dans la famille 1864; *Schupfer.* La famiglia secondo il diritto Romano 1876.

Понятіе и составъ семейнаго права. Семья, какъ естественно-нравственный союзъ, не принадлежитъ собственно къ области права. Но та или другая сопричастность къ семьѣ необходимо оказываетъ вліяніе на правовое положеніе лица. Съ этой стороны семья имѣетъ значеніе для права.

Права и обязанности отдѣльнаго лица, которыя обусловливаются его принадлежностью къ семьѣ составляютъ семейное право въ субъективномъ его смыслѣ. Совокупность нормъ, опредѣляющихъ эти права и обязанности, будетъ семейное право въ объективномъ его смыслѣ.

По содержанію семейное право можетъ опредѣлять или личное положеніе отдѣльныхъ членовъ въ семьѣ, или ихъ имущественныя права, обусловливаемыя этимъ положеніемъ.

По составу семейное право распадается на брачное право, отцовскую власть, опеку и попечительство [2]).

Начало семьи лежитъ въ бракѣ; бракъ, слѣдовательно, есть первая основа семейныхъ правъ и обязанностей (между супругами), совокупность которыхъ составляетъ такъ наз. брачное право.

---

[1]) См. также появившійся въ 1887 г. третій томъ Pandekten v. Dernburg отъ p. 1—93.

[2]) См. *Bekker* 1 p. 77.

Бракъ ведетъ къ рожденію дѣтей, что обусловливаетъ установленіе слѣдующаго разряда правъ и обязанностей въ семьѣ, а именно между родителями и дѣтьми. Основной институтъ этихъ семейныхъ правъ составляетъ отцовская власть (patria potestas).

Особый видъ правъ и обязанностей, аналогичныхъ семейнымъ правамъ послѣдняго разряда, составляетъ опека и попечительство (tutela et cura).

По общему характеру основной римской семьи къ семейному праву должны собственно относиться еще и другіе разряды правъ и обязанностей. Основная римская семья представляетъ союзъ лицъ сплоченныхъ безпредѣльною властью домовладыки (pater familias). Власть эта, какъ надъ женой (manus), такъ и надъ дѣтьми (patria potestas), имѣла одинъ и тотъ же объемъ что и власть надъ рабами (dominica potestas) и неодушевленными предметами (dominium). Поэтому объектъ этой власти, семья, familia, по римскому понятію обнималъ какъ вещи, такъ и лица, а въ числѣ послѣднихъ—не только домочадцевъ, но и рабовъ (L. 195 §§ 1, 3, 4 D. 50, 16). Выходитъ, что въ семейномъ правѣ собственно слѣдовало бы излагать и отношенія господина къ рабамъ (dominica potestas), и отношенія по такъ назыв. mancipium, и отношенія патрона къ вольноопущенникамъ (jus patronatus) [1]). Такъ иногда и встрѣчаются подобные отдѣлы семейнаго права въ общихъ курсахъ римскаго права (см. v. *Wetter*. Cours de droit romain t. 2 отъ § 597). Но такъ какъ главный интересъ этихъ правъ и обязанностей для догматическихъ построеній находитъ свое мѣсто въ общей части (см. т. I отъ стр. 69), то за симъ остается за ними только историческое значеніе, дающее возможность излагать ихъ въ исторіи римскаго права и въ институціяхъ.

Бракъ, nuptiae, matrimonium.

Источники: Inst. 1, 10 de nuptiis; Dig. 23, 2 de ritu nuptiarum; Cod. 5, 4 de nuptiis.

---

[1]) См. *Leist*. Das römische Patronatrecht 1879.

Пособія: *Rossbach*. Untersuchungen über die römische Ehe. 1853; *Unger*. Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung 1850 p. 66—87; *Hölder*. Die römische Ehe 1874; *Азаревичъ*. Брачные элементы и ихъ значеніе 1879.

Понятіе брака. Подъ бракомъ разумѣется связь между мужемъ и женой, связь устанавливающая между ними полное общеніе, жизненное и правовое.

Источники опредѣляютъ бракъ такими словами: Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam consuetudinem vitae continens (§ 1 I. 1, 9).—Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio (L. 1 D. 23, 2). Послѣднее опредѣленіе вошло дословно въ нашу кормчую: „бракъ есть мужева и женѣ сочетаніе и сбытіе во всей жизни, божественныя же и человѣческія правды общеніе.“

Бракъ предполагаетъ наличность слѣдующихъ трехъ элементовъ: элементъ реальный или физическій, элементъ соглашенія волей и элементъ этическій. Реальный элементъ брака заключается въ осуществленіи путемъ его того естественнаго закона, который основывается на различіи половъ. Бракъ, по этому элементу, составляетъ такое установленіе, путемъ котораго поддерживается расположеніе человѣчества; назначеніе его выражается въ производствѣ потомства, liberorum procreandorum causa [1]). Съ этой стороны въ соединеніи лицъ различнаго пола путемъ брака сами римляне видѣли только одно изъ приложеній законовъ физической природы общей людямъ со всѣми остальными животными [2]). — Второй элементъ брачнаго сожитія состоитъ въ томъ, что соединеніе лицъ разныхъ половъ въ бракѣ основывается неиначе, какъ на соглашеніи волей сторонъ, основывается на свободномъ опредѣленіи этихъ волей, mutuus consensus [3]). Съ этой стороны бракъ представляется договоромъ.—Наконецъ, бракъ есть союзъ любви, полнаго

---

[1]) Valerius Max. 2, 1 § 4; Gellius N. Att. 4, 3; 17, 21; Ulpianus 3 § 3; L. 22 § 7 D. 24, 3.

[2]) *Азаревичъ* cit. стр. 9.

[3]) *Unger* cit. p. 72. См. ниже.

духовнаго общенія. Вотъ третій элементъ брака — элементъ этическій, нравственный. Nuptias... affectus alternus facit [1]).

Сознаніе въ необходимости всѣхъ этихъ элементовъ для брака выработалось въ римской жизни постепенно. Въ древнѣйшія времена можно замѣтить въ бракѣ господство одной физіологической стороны что находило себѣ полное обоснованіе въ общемъ взглядѣ римлянъ на бракъ, какъ на физическій принципъ общества, государства, которое по ихъ понятію состояло изъ одного только личнаго элемента, изъ гражданъ, и путемъ брака должно было поддерживаться и развиваться. Поэтому на безбрачіе смотрѣли съ недобреніемъ; видѣли въ немъ невыполненіе долга предъ государствомъ. Отсюда преслѣдованіе холостяковъ особой пеней (uxorium), постоянныя побужденія со стороны цензоровъ къ заключенію браковъ. Съ другой стороны разными мѣрами поощряется вступленіе во вторичный бракъ, предоставляются особыя права (jus liberorum) родившимъ извѣстное число дѣтей. И т. д. Съ развитіемъ въ римскомъ бытѣ государственности, на счетъ родовыхъ отношеній, въ семьѣ выступаетъ индивидуальность домочадцевъ что для вступленія въ бракъ имѣетъ значеніе со стороны проявленія личной воли, добровольнаго согласія сторонъ. Съ признаніемъ психической стороны брачнаго общенія римляне должны были необходимо дойти до того высокого понятія брака, которое они выразили въ приведенныхъ опредѣленіяхъ (см. *Азаревичъ* cit. стр. 5—32).

Но одна наличность всѣхъ этихъ элементовъ въ союзѣ лицъ разнаго пола не даетъ ему еще характера брака, какъ правового института. Союзъ этотъ, коренящійся въ физической и нравственной природѣ человѣка, регулируется, по его важности для всего общежитія, положительнымъ правомъ [2]). И вотъ насколько въ союзѣ этомъ соблюдены условія и формы предписанныя правомъ, на столько онъ является правовымъ, законнымъ союзомъ, ведущимъ за собою правовыя послѣдствія [3]).

---

[1]) Nov. 22, 3.

[2]) См. *Brinz* Pand. Bd. 2 p. 1207.

[3]) См. *Кавелинъ*. Очеркъ юридическихъ отношеній возникающихъ изъ семейнаго союза 1884 стр. 11.

Прежде всего полное общеніе въ бракѣ мыслимо при моногамической его формѣ [1]). По преторскому эдикту бигамія вела за собою безчестіе; императорскіе законы наказывали за нее, какъ за развратъ [2]).

Не смотря на слабое развитіе этическаго начала въ древнемъ римскомъ бракѣ онъ всегда имѣлъ моногамическую форму, но совсѣмъ по инымъ причинамъ, чѣмъ позднѣе (срав. *Unger* cit. p. 74, 75). Поэтому можно предполагать, что карательные законы о бигаміи были вызваны сильнымъ развитіемъ такого сожитія къ концу республиканскаго періода (*Азаревичъ* cit. стр. 27). Есть даже указаніе на намѣреніе Юлія Цезаря узаконить многоженство, какъ средство восполнить убыль гражданъ за время гражданскихъ воинъ (Sueton. Caesar c. 52).

По тому же основанію бракъ, со стороны намѣреній вступающихъ въ него, есть сожитіе постоянное, а не временное, чѣмъ онъ и отличается отъ простого разврата (stuprum), т. е. временной связи мужчины съ свободной незамужной женщиной (напр. съ meretrix).

По признакамъ вступленія въ бракъ и его послѣдствіямъ римское право различало matrimonium juris civilis или justae nuptiae, и matrimonium juris gentium. Первый бракъ могли заключать только римскіе граждане, второй былъ бракомъ перегриновъ. Matrimonium juris civilis основывался на jus connubii [3]) и имѣлъ своимъ послѣдствіемъ установленіе отцовской власти (patria potestas) [4]), могъ быть сопровождаемъ приданымъ (dos) и предоставлялъ наслѣдованіе супруговъ между собою [5]). Matrimonium juris gentium заключался лицами, не имѣвшими connubium [6]), и не влекъ за собою по положительному праву римлянъ, ни одного изъ только что указанныхъ послѣдствій. Для древняго брака разница между этими двумя формами выражалась еще въ томъ, что

---

[1]) § 6 in f. I. 1, 10; Paulus Sent. 2, 20.
[2]) L. 2 C. 5, 5.
[3]) Ulpianus 5 §§ 2. 3.
[4]) pr. I. 1. 9.
[5]) L. un pr. D. 38, 11.
[6]) Ulpianus 5, 2, 4.

только цивильный бракъ могъ вести за собою установленіе мужней власти надъ женою (manus mariti) со всѣми ея послѣдствіями.

Но кромѣ сожитія въ формѣ брака римское право знало еще другую вполнѣ законную форму сожитія [1]), а именно concubinatus, наложничество [2]). Отъ брака конкубинатъ отличался намѣреніемъ имѣть данную женщину не въ качествѣ жены, uxor (affecto maritalis), а въ качествѣ только постоянной сожительницы, конкубины [3]). Затѣмъ, связь эта не сопровождалась институтомъ приданаго, отцовской властью, ни наслѣдованіемъ между сожителями. Но съ другой стоооны, въ отличіе отъ незаконнаго сожитія, конкубинатъ велъ за собою извѣстныя правовыя отношенія какъ для сожителей, такъ и для дѣтей, рожденныхъ ими, liberi naturales [4]) (объ этомъ ниже).

Среди остальныхъ формъ полового сожитія слѣдуетъ отличать contubernium [5]), сожитіе между рабами, nuptiae nefariae, недозволенныя сожитія, какъ напр. adulterium, incertus [6]).

Обрученіе, sponsalia.

Источники: Dig. 23, 1 de sponsalibus; Cod. 5, 1 de sponsalibus et arrhis sponsalitiis et proxeneticis.

Пособія: *Glück*. Erläuter. der Pandekt. Bd. 22.

Вступленію въ бракъ предшествуетъ обрученіе. Подъ обрученіемъ, sponsalia, разумѣется взаимное обѣщаніе соединиться въ бракѣ. Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum fu-

---

[1]) Большинство полагаетъ (напр. *Unger* cit. p. 82), что это сожитіе было возведено въ законное и регулировано извѣстнымъ Lex Julia et Papia Poppaea.

[2]) Dig. 25, 7 de concubinis; Cod. 5, 26.—См. *Pilati de Tassulo*. Sur le concubinat chez les Romains 1866.

[3]) L. 3 § 1 D. 24, 1; L. 31 pr. D. 39, 5; L. 16 § 1 D. 34, 9. Paulus 2, 20: Concubina... ab uxore solo dilectu separatur.

[4]) Cod. 5, 27 de naturalibus liberis.

[5]) Paulus Sent. 19 § 6.

[6]) Ulpianus 5 § 7. См. т. I стр. 88 и ниже.

turarum [1]). Самое названіе происходитъ отъ той первоначальной формы, въ которую облекалось обѣщаніе вступить въ бракъ, а именно sponsio [2]). Отсюда наименованіе обрученныхъ: sponsus, sponsa.

Для дѣйствительности обрученія требовались слѣдующія условія. Прежде всего — согласіе сторонъ [3]). Для дочерей подъ отцовскою властью одна воля отца могла опредѣлить обрученіе ея, если только женихъ не былъ явно недостойнымъ лицомъ [4]). Для совершеннолѣтнихъ сыновей такая воля была необязательна [5]). Затѣмъ, для обрученія требовался опредѣленный возрастъ. Такъ обрученіе дѣтей до семи лѣтъ не имѣло никакой силы [6]). Обрученіе infantia majores обязывало до наступленія совершеннолѣтія, а засимъ обрученные могли подтвердить свое согласіе или взять его назадъ [7]). Кромѣ того, отъ обручающихся требовалась способность въ будущемъ для вступленія въ бракъ [8]). Наконецъ, для обрученія лицъ, находящихся подъ отцовскою властью, необходимо было согласіе домовладыки [9]).

Для обрученія, въ позднѣйшемъ правѣ, не требовалось какой либо формы: sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia [10]). При этомъ допускалось и представительство [11]).

Обрученіе вело за собою извѣстныя послѣдствія, какъ личныя, такъ и имущественныя. Личное оскорбленіе, нанесенное невѣстѣ, давало право жениху на actio injuriarum [12]). Въ судѣ женихъ

---

[1]) L. 1 D. 23, 1. См. *Glück* cit. p. 377.

[2]) L. 2 D. 23, 1. Gellius Noct. att. 4, 4.

[3]) L. 4 pr. D. 23, 1; L. 11 D. 23, 1: sponsalia... consensu contrahentium fiunt.

[4]) L. 12 D. 23, 1.

[5]) L. 13 D. 23, 1.

[6]) L. 14 D. 23, 1.

[7]) L. 10 § 1 D. 23, 1.

[8]) L. 9; L. 14; L. 16 D. 23, 1.

[9]) pr. I. 1, 10; L. 12 D. 23, 1.

[10]) L. 4 pr.; L. 7 pr. D. 23, 1.

[11]) Впрочемъ вопросъ этотъ споренъ для римскаго права. См. *Jacobson* въ Weiske's Rechtslex. Bd. 3 p. 535 n. 65.

[12]) L. 15 § 24 D. 47, 10.

и невѣста могли отказаться отъ показаній другъ противъ друга [1]). На лицъ, которыя вторично обручались (bina sponsalia) или вступали въ новый бракъ, не разорвавъ отношеній по прежнему обрученію, падало безчестіе (infamia) [2]). Сторона, отказывающаяся отъ вступленія въ бракъ безъ уважительныхъ причинъ [3]), обязана возвратить даренія полученныя отъ другой стороны [4]). Кромѣ того, въ позднѣйшей римской жизни было въ обычаѣ укрѣплять обрученіе задаткомъ, т. наз. arrha sponsalitia, со стороны жениха; этотъ задатокъ женихъ терялъ при отказѣ отъ брака, при отказѣ же невѣсты онъ возвращался жениху вдвойнѣ [5]). Но за всѣми этими послѣдствіями обрученіе не было обязательнымъ въ главномъ его назначеніи. Оно рождало только надежду на бракъ (spes matrimonii) и каждая изъ сторонъ могла отказаться отъ позднѣйшаго вступленія въ бракъ безъ того, чтобы противная сторона имѣла право требовать осуществленія даннаго обѣщанія. Римляне въ этомъ руководились началомъ: matrimonia libera esse debent [6]). Поэтому же они считали несогласнымъ съ добрыми нравами выговаривать неустойку на случай нарушенія брачнаго обѣщанія: quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonium adstringi, sive futura sive jam contracta [7]).

Вступленіе въ бракъ.

Въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ для вступленія въ бракъ требовалось только одно согласіе брачущихся [8]) безъ выполненія сожитія, concubitus: non concubitus, sed solus consensus nuptias facit [9]). Для выраженія такого согласія не было надобно-

---

[1]) L. 5 D. 22, 5.
[2]) L. 1; L. 13 § 2 D. 3, 2.
[3]) См. L. 5 C. 5, 1.
[4]) L. 16 C. de donationibus ante nuptias 5, 3.
[5]) L. 5 C. 5, 1 ср. L. 3; L. 15 C. 5, 3.
[6]) L. 1 C. 5, 1; L. 5 in f. C. 5, 1.
[7]) L. 71 § 1 D. 35, 1; L. 134 pr. D. 45, 1; L. 2 C. 8, 38.
[8]) L. 2 D. 23, 2; L. 11 pr. C. 5, 17.
[9]) L. 15 D. 35, 1.

сти въ какой либо формѣ [1]); только для знатныхъ лицъ (personae illustres) обязательно было сопровождать вступленіе въ бракъ заключеніемъ письменнаго соглашенія (tabulae nuptiales). Внѣшнимъ признакомъ вступленія въ бракъ [2]) былъ отводъ невѣсты въ домъ мужа, deductio in domum mariti [3]).

Въ древнемъ римскомъ правѣ были извѣстны три способы установленія мужней власти надъ женою (conventio in manum mariti), что вмѣстѣ отмѣчало вступленіе въ бракъ: olim... tribus modis in manum conveniebant (Gajus 1, 110 и слѣд.). Такъ. confarreatio заключалось въ жертвоприношеніи и преломленіи хлѣбца (panis farreus), coemptio состояло въ примѣненіи манципаціи при свидѣтеляхъ и въ произнесеніи торжественной формулы (verba solennia); usus было видомъ давности, по которой пріобрѣталась власть надъ женою, если она не прерывала эту давность ежегоднымъ отсутствіемъ изъ дома мужа впродолженіи трехъ ночей (usurpatio trinoctii). Въ юстиніановомъ правѣ эти формы больше уже не примѣнялись (см. *Karlowa*. Die Formen der Röm. Ehe u. Manus 1868. *Азаревичъ*. Патриціи и Плебеи въ Римѣ, т. II 1875 стр. 107—110).

Вступленіе въ бракъ требуетъ извѣстныхъ условій, отсутствіе которыхъ мѣшаетъ, по положительному праву, заключенію этого акта. Это — вопросъ о такъ называемыхъ препятствіяхъ къ браку, impedimenta matrimonii. Всѣ эти препятствія можно раздѣлить на абсолютныя, т. е. мѣшающія вступленію въ бракъ когда бы то ни было и съ кѣмъ бы то ни было, и относительныя, касающіяся только опредѣленныхъ лицъ [4]).

Абсолютныя препятствія. 1) Къ абсолютнымъ препятствіямъ принадлежитъ отсутствіе физической способности состоять въ брачномъ сожитіи. Такая способность обусловливается прежде всего достиженіемъ совершеннолѣтія, т. е, 14 лѣтъ для мущинъ

---

[1]) L. 22 C. 5, 4.
[2]) См. *Friedberg* Dat Recht der Eheschliessung 1865 p. 5.
[3]) L. 5 D. 23, 2.
[4]) См. *Jacobson* въ Weiske's Rechtslexicon Bd. 3 p. 538.

и 12—для женщинъ [1]). Старческій возрастъ, по римскому праву, не служилъ препятствіемъ ко вступленію въ бракъ [2]). Затѣмъ, не могли вступать въ бракъ кастраты [3]); но spadones не были ограничены въ этомъ отношеніи [4]).

2) Всякое исключеніе свободнаго сознательнаго согласія на вступленіе въ бракъ служитъ абсолютнымъ къ нему препятствіемъ. Поэтому не могутъ его заключать безумные; исключаютъ согласіе, кромѣ того, заблужденіе въ личности будущаго супруга (но не въ его качествахъ), физическое принужденіе и симуляція [5]) (т. наз. фиктивные браки). Психическое принужденіе и обманъ даютъ право требовать расторженіе брака.

3) Для вступленія въ бракъ требовалось согласіе не только самихъ брачущихся, но и согласіе тѣхъ лицъ, подъ властью которыхъ женихъ и невѣста могли находиться. Отсутствіе согласія patris familias было абсолютнымъ препятствіемъ для брака [6]). Для женщины же и sui juris, пока она была minor, требовалось согласіе ея отца, а за неимѣніемъ его—согласіе матери и близкихъ родственниковъ [7]). Въ прежнее же время незамужныя женщины находились всю жизнь подъ опекой и тогда требовалось еще согласіе опекуна на бракъ [8]).

Но относительно требованія согласія родителей въ юстиніановомъ правѣ сдѣлано нѣсколько ограниченій. Такъ, если семейный главарь будетъ отказывать въ своемъ согласіи на бракъ безъ всякого основанія, то предоставлялось право обратиться къ претору и получить отъ него, по разсмотрѣніи дѣла extra ordinem, разрѣшеніе на данный бракъ [9]). Также дѣти безумнаго отца могли

---

[1]) pr. I. 1, 10; L. 4 D. 23, 2. См. т. I стр. 81—84.

[2]) L. 27 C. 5, 4.

[3]) § 9 I. 1, 11; L. 39 § 1 D. 23, 3.

[4]) L. 2 § 1; L. 40 § 2 D. 1, 7; L. 39 § 1 D. 23, 3. См. т. I стр. 85.

[5]) L. 30 D. 23, 2: simulatae nuptiae nullius momenti sunt.

[6]) pr. § 12 I. 1, 10; L. 2, 3, 18, 25 D. 23, 2; L. 12 in f. C. 5, 4.

[7]) L. 20 C. 5, 4.

[8]) См. ниже въ ученіи объ опекѣ.

[9]) L. 19 D. 23, 2.

вступать въ бракъ безъ его согласія [1]). Съ изчезновеніемъ же опеки надъ женой (tutela perpetua feminarum) не могло быть рѣчи о согласіи опекуна на бракъ его подъопечной.

Со времени господства христіанской религіи препятствіемъ къ браку служило монашеское званіе Nov. 5 c. 8; Nov. 6 c. 1 § 7; Nov. 123 c. 14, 29.

Относительныя препятствія. 1) Кровное родство. Прежде всего не допускались браки между восходящими и нисходящими родственниками in infinitum [2]). Для боковыхъ родственниковъ такое запрещеніе шло до 4-ой степени, т. е. не дозволялись брака между братьями и сестрами и съ дѣтьми тѣхъ и другихъ [3]) (т. наз. respectus parentelae) [4]). Отъ этого начала въ разныя времена отступали, то ограничивая запрещенныя степени, то расширяя ихъ. Такъ, разрѣшеніе импер. Клавдія вступать въ бракъ съ дочерью брата было позднѣе отмѣнено [5]); бракъ между двоюродными братьями и сестрами (consobrini), первоначально разрѣшаемый, позднѣе былъ запрещенъ, а еще позднѣе былъ снова допущенъ [6]). Въ юстиніановомъ правѣ браки въ боковомъ родствѣ запрещались до 6-ой степени (sobrinus, sobrina).—Данное препятствіе распространялось и на незаконное родство, и на родство по усыновленію [7]). Но дозволялось вступать въ бракъ съ братомъ или сестрою по усыновленію послѣ освобожденія отъ отцовской власти одной изъ брачущихся сторонъ [8]).

2) Бракъ между свойственниками не допускался сначала только по прямой линіи. Такъ, запрещенъ былъ бракъ со вдовою пасынка, съ тещей, съ мачихою прежней жены, съ падчерицей или съ дочерью разведенной жены. [9]). Тоже обратно и для браковъ съ лицами

---

[1]) pr. in f. I. 1, 10.

[2]) § 1 I. 1, 10; L. 53—55 D. 23, 2.

[3]) §§ 2, 3 I. 1, 10; L. 54 D. 23, 2; L. 19 C. 5, 4.

[4]) См. т. I стр. 90.

[5]) Gajus 1 § 62; Ulpianus 5 § 6; L. 4 C. 5, 5.

[6]) L. 3 C. Th. 3, 12; L. 1 C. Th. 3, 10; L. 19 C. 5, 4; § 4 I. 1, 10.

[7]) §§ 1, 2, 5 I. 1, 10.

[8]) § 2 I. 1, 10.

[9]) § 6 I. 1, 10; L. 14 § 4 D. 23, 2; L. 17 C. 5, 4.

мужскаго пола. Позднѣе былъ запрещенъ бракъ съ женою умершаго брата и съ сестрою умершей жены [1]). Кромѣ того нельзя было вступать въ бракъ съ невѣстою сына или отца, съ матерью невѣсты (impedimentum publicae honestatis) [2]). Запрещенія браковъ между свойственниками примѣнялись и въ тѣхъ случаяхъ, когда родство, устанавливающее отношенія свойства, было незаконное или по усыновленію [3]).

Подъ вліяніемъ христіанской церкви стали считать препятствіемъ къ браку духовное родство [4]).

3) Запрещались браки опекуновъ, попечителей и ихъ дѣтей съ подъопечными до прекращенія опеки и сдачи отчета по ней [5]).

4) Запрещался бракъ съ женщиной, виновной въ супружеской невѣрности съ даннымъ мужчиной [6]); а также бракъ между похитителемъ и похищенною [7]).

5) Провинціальные чиновники не могли вступать въ бракъ съ женщинами изъ той же провинціи [8]). Этимъ стремились предупредить возможное злоупотребленіе властью.

6) Постановленіями христіанскихъ императоровъ были запрещены браки христіянъ съ евреями и язычниками [9]).

Въ древнемъ Римѣ запрещался бракъ между свободно рожденными и вольноотпущенными (Livius 39, 19). Законъ Julia et Papia Poppaea снялъ это запрещеніе (L. 23 D. 23, 2), послѣ чего римскій гражданинъ могъ жениться на всякой свободной женщинѣ, если только она не была famosa, поражена безчестіемъ (Ulpianus 13, 2; L. 43 D. 23, 2); только сенаторамъ и ихъ сыновьямъ не

---

[1]) L. 5, 8, 9 C. 5, 5.

[2]) § 9 I. 1, 10; L. 12 §§ 1, 2; L. 14 D. 23, 2.

[3]) L. 14 pr. §§ 1, 2 D. 23, 2.

[4]) L. 26 C. 5, 4.

[5]) L. 15 D. 23, 1; L. 59; L. 60; L. 62 D. 23, 2.

[6]) L. 13 D. 34, 9; L. 11 § 11; L. 40 D. 43, 5; Nov. 134 c. 12.

[7]) L. 5 § 2 D. 48, 6; L. un. § 1 C. de raptu virginum 9, 13; Nov. 143, 150.

[8]) L. 38; L. 57 pr.; L. 63; L. 65 D. 23, 2; L. 6 C. 5, 4.

[9]) Tit. C. Th. de Judaeis 16, 8; L. 6 C. 1, 9; L. 1 C. Th. 3, 14.

дозволялось вступать въ бракъ съ вольноотпущенницами и дочерьми комедіантовъ (Ulpianus 13, 1; L. 42 § 1; L. 44 D. 23, 2). Юстиніанъ отмѣнилъ требованіе какого то ни было paritas honestatis для вступающихъ въ бракъ (L. 29 C. 5, 4; Nov. 89 c. 15; Nov. 117 c. 6).

Браки, заключенные при наличности перечисленныхъ препятствій, недѣйствительны; дѣти, рожденныя отъ такого брака, считаются незаконнорожденными [1]). Въ частности браки, заключенные въ запрещенныхъ степеняхъ родства, назывались браками кровосмѣсительными, nuptiae incestae [2]). Но а) если хотя одно лицо, вступающее въ бракъ вопреки препятствію, находилось въ извинительномъ заблужденіи (bona fide), то союзъ считался дѣйствительнымъ [3]), т. наз. matrimonium putativum; б) если вступившіе въ союзъ, вопреки брачнаго препятствія, продолжали сожитіе и послѣ того, какъ это препятствіе отпало, то устанавливается вполнѣ дѣйствительный бракъ [4]).

Послѣдствія брака.

Дѣйствительный бракъ влечетъ за собою установленіе для супруговъ извѣстныхъ послѣдствій какъ личныхъ, такъ и имущественныхъ.

Въ древнемъ Римѣ общимъ послѣдствіемъ брака было conventio in manum mariti, подчиненіе жены мужней власти. Къ этому вели всѣ древнія формы вступленія въ бракъ. Эта мужняя власть была аналогична власти отца надъ дѣтьми. Жена становилась къ мужу въ положеніе дочери (filiae loco), разсматривалась агнаткой своихъ дѣтей, какъ бы ихъ сестрою (см. *Unger*. Die Ehe p. 70—72). Мужъ имѣлъ надъ нею право жизни и смерти (Plut. Rom. 22; Gell. 10, 23). Никакихъ самостоятельныхъ имущественныхъ правъ жена не имѣла; все что она могла имѣть

---

[1]) L. 1; L. 2 C. 5, 8.
[2]) Cod. 5, 5 de incestis et inutilibus nuptiis.
[3]) L. 4 C. 5, 5; L. 57 § 1 D. 23, 2.
[4]) L. 4; L. 65 § 1 D. 23, 2.

до брака, какъ homo sui juris, все что она могла пріобрѣсти во время брака,—поступало къ мужу (Cic. Topic. c. 3; Gajus 2, 98; 3, 83). При жизни мужа мѣра ея участія въ этомъ имуществѣ опредѣлялась его соизволеніемъ; по смерти мужа она наслѣдовала какъ агнатка. Уже въ республиканскій періодъ рядомъ со строгимъ бракомъ (cum manu) выработалась форма свободнаго брака (Cic. Topic. c. 3); въюстиніановомъ же правѣ manus было неизвѣстно (см. *Brinz*. Pand. Bd. 2 p. 121).

Личныя послѣдствія. Жена получаетъ имя и права состоянія своего мужа, удерживая тѣ и другія до новаго выхода замужъ [1].

Мѣстомъ жительства жены считается domicilium мужа [2]. При перемѣнѣ мужемъ мѣста жительства жена должна за нимъ слѣдовать, если только поводомъ къ этой перемѣнѣ не служила какая нибудь causa turpis, какъ напр. при бѣгствѣ мужа, при заключеніи его въ тюрьму. Вмѣстѣ съ тѣмъ и судъ компетентный для мужа будетъ такимъ же для жены [3].

Мужъ имѣлъ interdictum de uxore exhibenda et ducenda въ случаѣ удерживанія его жены третьими лицами, въ томъ числѣ и отцомъ, и матерью ея [4].

Но противъ самой жены римское право не давало мужу никакихъ средствъ, чтобы заставить ее къ совмѣстной съ нимъ жизни [5]; наоборотъ же мужъ не могъ отказаться принять жену въ свой домъ [6].

Жена обязывается оказывать мужу всякое вниманіе и уваженіе (obsequim, reverentia).

Мужъ считается законнымъ представителемъ своей жены на судѣ [7], а кромѣ того лично отъ себя можетъ вчинать искъ объ оскорбленіи нанесенномъ женѣ (actio injuriarum) [8]. На судѣ оба

---

[1]) L. 13 C. de dignitatibus 12, 1.
[2]) L. 22 § 1 D. 50, 1.
[3]) L. 65 D. 5, 1; L. 5 D. 23, 2; L. 38 § 3 D. 50, 1.
[4]) L. 2 D. 43, 30; L. 11 C. 5, 4. См. т. II ч. I стр. 235.
[5]) *Dernburg*. Pandekt. Bd. 3 p. 9.
[6]) Arg. L. 65 in f. D. 5, 1; L. 22 § 8 in. D. 24, 3.
[7]) L. 21 C. 2, 13.
[8]) L. 2 D. 47, 10; L. 1; L. 18 C. 9, 9; Nov. 117 c. 9 § 5.

супруга могутъ отказаться отъ свидѣтельствованія другъ противъ друга [1]).

Женѣ предписывалось строго соблюдать вѣрность своему мужу [2]). Какъ носительница чистоты крови въ родѣ, семьѣ, жена всегда подвергалась по римскимъ законамъ жестокой карѣ за невѣрность [3]); тогда какъ невѣрность мужа разсматривалась какъ простой развратъ [4]) и вела за собою особыя правовыя послѣдствія только при тѣхъ условіяхъ, когда онъ поселялъ наложницу въ одномъ домѣ съ женою или посѣщалъ ее въ томъ же мѣстѣ, гдѣ жила жена [5]).

Имущественныя послѣдствія брака выражались въ институтахъ приданаго (dos), parapherna, даренія по поводу брака (donatio propter (ante) nuptias), въ запрещеніи даренія между супругами и въ особомъ искѣ по поводу похищенія имущества однимъ супругомъ у другого (actio rerum amotarum).

Приданое, dos.

Источники: Dig. 23, 3 de jure dotium; Cod. 5, 12; Fragm. Vaticana §§ 94—122 de re uxoria et dotibus.

Пособія: *Hasse*. Das Güterrecht der Ehegatten 1 Bd. 1824. *Pellat*. Textes sur la dot traduits et commentés 1853, éd. 2; *Bechmann*. Das römische Dotalrecht 1863, 1867; *Czyhlarz*. Das römische Dotalrecht 1870; *Picinelli*. Della dote in diritto romano 1883; *Gide*. Du caractére de la dot, 1885, приложеніе къ труду *Esmein*. Etude sur la cond. privée d. l. femme.

Понятіе. Подъ приданымъ, dos (въ древнемъ правѣ — res

---

[1]) Arg. L. 10 pr. D. 38, 10.

[2]) Dig. 48, 5 ad leg. Juliam de adulteriis; Cod. 9, 9. См. *Bennecke*. Die strafrechtliche Lehre vom Ehebruch 1884.

[3]) См. L. 5 D. 48, 17; L. 2 § 3 D. 3,2; L. 18 D. 22, 5; L. 29 § 1 D. 48, 5; L. 17 C. 9, 9; Paulus 2, 26 § 14.

[4]) См. Gellius N. att. 10, 23.

[5]) L. 2 D. 47, 10; L. 1; L. 18 C. 9, 9; Nov. 117 c. 9 § 5.

uxoria) разумѣется тотъ составъ имущества, который предоставляется мужу женою, или за нее другимъ кѣмъ либо (родными, посторонними лицами), съ назначеніемъ облегчать изъ этого имущества траты брачной жизни (ad onera matrimonii sublevanda) [1]).

Таково господствующее представленіе о значеніи приданаго, какъ имущества со стороны жены, предназначеннаго облегчать хозяйственное бремя брачной жизни. Но въ литературѣ уже давно указываютъ на массу недоразумѣній, вызываемыхъ этимъ представленіемъ (см. *Bechmann* cit. Abth. 1 отъ § 1), хотя бы въ тѣхъ случаяхъ, когда приданое могло оставаться у мужа и по прекращеніи брака (см. ниже). По нашему воззрѣнію въ представленіи самихъ римлянъ о приданомъ заключается несомнѣнно признакъ служебнаго его отношенія къ браку и притомъ въ качествѣ важной имущественной основы для вступленія въ бракъ и для состоянія въ немъ. „Reipublicae interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt“ (L. 2 D. 23, 3; L. 1 D. 24, 3). Выходя изъ такого общаго назначенія приданаго, законъ старался всякими средствами сохранить его въ цѣлости во время брака и на случай его прекращенія (см. ниже). Перестаетъ приданое почему либо служить этой цѣли, то нѣтъ причинъ давать ему, по разнымъ другимъ основаніямъ, иного какого либо назначенія. Послѣднимъ устраняются упомянутыя недоразумѣнія. См. *Азаревичъ*. Брачные элементы стр. 45 и слѣд.

И такъ приданое устанавливается для цѣлей брака. Поэтому разъ ожидаемый бракъ почему либо не осуществится, то установленіе приданаго недѣйствительно [2]). Равно недѣйствительно обѣщаніе приданаго, подлежащаго установленію послѣ брака [3]). По той же причинѣ приданое съ прекращеніемъ брака подлежитъ, по общему правилу, возвращенію [4]).

---

[1]) L. 56 § 1 D. 23, 3; L. 65 § 16 D. 17, 2; L. 46 D. 10, 2. L. 16 pr. D. 49, 17; L. 20 C. 5, 12.

[2]) L. 76 D. 23, 3 ....nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est; L. 21; L. 41 § 1 D. 23, 3.

[3]) L. 20 D. 23, 3.

[4]) Nov. 22 c. 20 § 1. См. *Arndts*. Pand. § 395 Anm. 2.

Такое назначеніе приданаго заставляетъ его строго отличать отъ даренія мужу по поводу брака [1]). Dos не есть donatio для мужа [2]); для жены же, или для лицъ имѣющихъ представить приданое, установленіе его можетъ быть дареніемъ [3]).

Виды. Приданое обыкновенно устанавливается отцами или дѣдами съ отцовской стороны. Оно носитъ названіе dos profectitia [4]). Приданое устанавливаемое всякимъ другимъ лицомъ, въ томъ числѣ и самою женою, будетъ dos adventitia.

> Ulpianus 6, 3: Dos aut profectitia dicitur, id est, quam pater mulieris dedit; aut adventitia, id est, ea quae a quovis alio data est.

Если при установленіи приданаго выговаривается, на случай прекращенія брака, возвращеніе его самому установителю и тѣмъ жена лишается права на него, — то такое приданое носитъ названіе dos receptitia [5]).

Наконецъ, установленіе приданаго можетъ составлять обязанность извѣстной категоріи родственниковъ жены, или будетъ актомъ свободной воли. Отсюда дѣленіе приданаго на dos necessaria и dos voluntaria.

Лица, обязанныя къ предоставленію приданаго. Съ цѣлью способствовать вступленію въ бракъ, имущественно облегчая бремя брачнаго сожитія, съ начала императорскихъ временъ предписывается различными законами обязанность извѣстной категоріи родственниковъ давать за выходящей замужъ приданое [6]). Прежде всего такая обязанность была признана (по Lex Julia de maritandis ordinibus) за отцомъ и дѣдомъ съ отцовской стороны [7]).

---

[1]) L. 21 § 1 D. 24, 1; L. 19 D. 44, 7.
[2]) См. *Czyhlarz* cit. §§ 15—20.
[3]) L. 25 § 1 D. 42, 8; L. 31 pr. C. 5,12; L. un. § 13 C. 5,13.
[4]) L. 5 pr. D. 23, 3.
[5]) Ulpianus 6, 5; L. 31 § 2 D. 39, 6.
[6]) См. *Азаревичъ.* Брачные элементы гл. IV.
[7]) L. 19 D. 23, 2; L. 6 D. 37, 6; L. 7 C. 5, 11.

Съ ограниченіями эта обязанность была установлена (Діоклетіаномъ и Максиміаномъ) и для матери [1]).

Сама жена могла устанавливать приданое, но по закону она прямо къ тому не обязывалась [2]). Это можно объяснить [3]) тѣмъ, что выходящая замужъ обыкновенно не имѣла самостоятельнаго имущества и что поэтому обыкновенно за нею давалось приданое другими, а кромѣ того — тѣмъ основнымъ главенствомъ мужа, въ силу чего бремя содержанія семьи падало, по представленію римлянъ, на него одного [4]).

Объемъ обязательнаго снабженія приданымъ опредѣляется сообразно общественному положенію супруговъ, собственному имуществу дочерей и лицъ обязанныхъ къ тому [5]).

Признаки приданаго. 1) Подъ установленіемъ приданаго предполагается безвозмездное увеличеніе имущества; причемъ нельзя не допустить рядной сдѣлки смѣшаннаго характера, negotium mixtum cum dote, напр. когда кто либо продаетъ мужу вещь за цѣну низшую ея дѣйствительной стоимости, заявляя намѣреніе, чтобы разница пошла въ приданое [6]). Соотвѣтствующаго уменьшенія имущества на сторонѣ установителя для понятія приданаго не требовалось и этимъ оно существенно отличалось отъ даренія [7]). Напр. можно установить приданое путемъ отказа отъ предстоящаго пріобрѣтенія въ пользу мужа.

2) Для приданаго требуется, чтобы предоставленіе имущества сопровождалось соотвѣтствующимъ намѣреніемъ, animus dotis constituendae (см. выше).

3) Приданое должно имѣть causa perpetua.

---

[1]) L. 14 C. 5, 12: Mater pro filia dotem dare non cogitur, nisi ex magna et probabili causa vel lege specialiter expressa.

[2]) L. 32 § 2 D. 12, 6. См. *Puchta*. Pand. § 317.

[3]) См. *Азаревичъ*. Брачные элементы стр. 44.

[4]) L. 7 pr. D. 23, 3.

[5]) L. 60; L. 69 §§ 4, 5 D. 23, 3; L. 43 D. 30 (2).

[6]) *Bechmann* cit. 2 p. 55.

[7]) См. т. I стр. 237.

Dotis causa perpetua est, et cum voto ejus, qui dat, ita datur (contrahitur), ut semper apud maritum sit L. 1 D. 23, 3.

Это должно быть понято въ томъ смыслѣ, что полученное мужемъ въ приданое поступало къ нему навсегда, а не на время, что causa dotis не есть во времени ограниченная, а есть causa perpetua, что поэтому въ приданое нельзя предоставлять имущественную выгоду, которой можно было бы позднѣе лишить. Это было бы несогласно съ назначеніемъ служебнымъ приданаго по отношенію къ брачному сожитію. Поэтому нельзя въ качествѣ приданаго устанавливать прекаріумъ, коммодатъ, или такія добавочныя права, какъ поручительство, залогъ, которыя, не имѣя самостоятельной цѣли, зависятъ въ своемъ составѣ отъ существованія другихъ правъ. Но вполнѣ возможно установленіе въ качествѣ приданаго правъ, неимѣющихъ вѣчнаго существованія, какъ-то узуфруктъ, или даже періодическія выдачи впродолженіи опредѣленнаго числа лѣтъ.

Въ наукѣ нерѣдко „causa perpetua dotis“ понимаютъ въ смыслѣ требованія, чтобы предоставляемая приданымъ выгода продолжалась въ теченіи всего времени брака, а потому и возможнымъ предметомъ его выставляли только такія постоянныя права, какъ напр., собственность. См. *Bechmann* cit. 1 § 7; *Czyhlarz* cit. § 3.

Способы установленія приданаго [1]). По свидѣтельству доюстиніановыхъ источниковъ различаются три способа установленія приданаго: dotis datio, dotis dictio и dotis promissio.

Ulpianus 6, 1: Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur. L. 3 Cod. Th. 3, 12: Dos si qua forte solenniter aut data, aut dicta, aut promissa fuerit.

1) *Dotis datio*. Приданое можетъ быть установлено непосредственнымъ переходомъ имущества при соотвѣтствующихъ признакахъ уступки правъ на это имущество отъ одного лица къ другому. Такъ,

Право собственности переходитъ dotis causa по передачѣ

---

[1]) Cod. 5, 11 de dotis promissione et nuda pollicitatione.

(traditio) [1]). Такая передача можетъ быть произведена или въ видѣ dos venditionis causa aestimata [2]), или въ видѣ dos taxationis causa aestimata [3]). Въ первомъ случаѣ приданое переходитъ на мужа какъ бы по продажѣ; поэтому онъ принимаетъ составляющіе его предметы на свой страхъ [4]), отвѣчая за порчу ихъ и гибель въ размѣрѣ обозначенной оцѣночной суммы. Во второмъ случаѣ не предполагается такой отвѣтственности мужа; принимая приданое, онъ отвѣчаетъ въ размѣрѣ оцѣночной суммы только при его винѣ въ невозможности возвратить приданое.

Помимо собственности и всякое другое вещное право могло быть по quasi traditio установлено въ качествѣ приданаго, какъ-то: эмфитевзисъ, суперфицій, сервитутъ въ формѣ новаго установленія одного изъ этихъ правъ, или въ формѣ отказа отъ уже существующаго права [5]). Узуфруктъ могъ составлять предметъ приданаго или въ формѣ вновь устанавливаемаго права, или въ формѣ отказа отъ него dotis causa, или въ формѣ предоставленія отправлять содержаніе принадлежащаго установителю права [6]).

Обязательственное требованіе къ третьимъ лицамъ могло быть установлено dotis causa, или путемъ делегаціи, или чрезъ уступку (cessio) [7]), а право требованія къ мужу—путемъ отпущенія, сложенія долга [8]).

Если приданое устанавливалось въ цѣлой совокупности имущественныхъ предметовъ (in aversionem), то необходимо было примѣнить всѣ тѣ способы передачи, какіе обусловливались свойствомъ каждой составной части.

Наконецъ, возможно установленіе приданаго въ формѣ отказа

---

[1]) L. 7 § 3 D. 23, 3.

[2]) L. 10 § 6 D. 23, 3; L. 5; L. 10 C. 5, 12; L. un. § 9 C. 5, 13.

[3]) L. 50 D. 24, 3; L. 69 § 7 D. 23, 3.

[4]) L. 42 D. 23, 3.

[5]) См. *Bechmann* cit. Abth. 2 § 65 p. 61—63.

[6]) L. 4 D. 23, 4; L. 7 § 2; L. 66; L. 78 D. 23, 3; L. 18 C. 5, 12; L. 12 § 1 D. 7, 1.

[7]) L. 49 D. 24, 3; L. 2 C. 4, 10.

[8]) L. 41 § 2; L. 43 pr. § 1; L. 58 § 1 D. 23, 3.

отъ открывшагося наслѣдства или легата въ пользу мужа, или въ формѣ legatum dotis [1]).

Отъ datio dotis слѣдуетъ отличать numeratio dotis, которое есть только выполненіе обѣщанія, устанавливающаго приданое.

Dotis dictio [2]) было одностороннимъ торжественнымъ [3]) обѣщаніемъ приданаго [4]), даваемымъ быть можетъ при обрученіи, lex sponsalibus dicta [5]). Въ юстиніановомъ правѣ такого способа установленія приданаго уже не употреблялось. Съ закона Θеодосія II и Валентиніана III 428 г. dotis dictio замѣнилось чрезъ nuda pollicitatio dotis [6]), простымъ неформальнымъ обѣщаніемъ приданаго, обѣщаніемъ принятымъ, акцептированнымъ [7]). Такое обѣщаніе давало право на condictio ex lege [8]).

Dotis promissio было установленіе приданаго въ формѣ стипуляціи [9]). Такое обѣщаніе давало право мужу на ex stipulatu actio [10]).

Кромѣ обыкновенныхъ формъ тѣхъ сдѣлокъ, которыя совершались dotis causa, какой либо особой формальности для установленія приданаго, по римскимъ законамъ не требовалось. Такъ непризнавалось необходимости въ составленіи рядной записи, instrumentum dotale, извѣстной въ позднѣйшей римской жизни [11]).

---

[1]) L. 48 § 1 D. 23, 3; L. 71 § 3 D. 35, 1. — См. *Bechmann* cit. Abt. 2 §§ 80, 81.

[2]) См. *Meykow*. Die Diction der römischen Brautgabe 1850.

[3]) Какъ negotium solenne L. 4 C. Th. 3, 12; L. ult. C. Th. 3, 13. Но срав. *Bechmann* cit. Abth. 2 § 73.

[4]) L. 25; L. 44 § 1; L. 77 D. 23, 3.

[5]) *Bechmann* cit. Abth. 2 § 72.

[6]) L. 4 C. Th. 3, 13; L. 6 C. 5, 11.

[7]) Слово „pollicitatio" употребляется источниками въ смыслѣ нетолько торжественнаго односторонняго обѣщанія. (т. 2 стр. 95—97), но и въ смыслѣ неформальнаго соглашенія. См. L. 43 § 1 D. 18, 1; L. 10 D. 34, 9; L. 19 § 2 D. 21, 1; L. 5 C. 8, 38. *Schlossmann*. Vertrag p. 153.

[8]) L. 1 C. 5, 12.

[9]) L. 33; L. 35; L. 71 D. 23, 3; L. 41; L. 44 § 1 D. 24, 3.

[10]) L. 5 C. 5, 11.

[11]) L. 6 C. 5, 12; L. 1 pr. C. 5, 13; L. 6 C. 5, 11.

Исключеніе составляли тѣ случаи, когда для высшихъ состояній дѣйствительность самого брака была поставлена въ зависимость отъ существованія instrumentum dotale [1]). Мало того не требовалось даже явнаго заявленія намѣренія установить приданое; объ этомъ намѣреніи можно было сдѣлать заключеніе изъ обстоятельствъ, сопровождающихъ совершеніе опредѣленной сдѣлки [2]).

Время установленія приданаго. Приданое могло быть установлено какъ до брака, такъ и по вступленіи въ бракъ; кромѣ того уже установленное приданое дозволялось увеличивать новыми назначеніями [3]). Когда имущество, предназначенное въ приданое, перейдетъ до брака въ имущество мужа на правахъ собственности и затѣмъ бракъ не состоится, то передавшій могъ вытребовать это имущество назадъ (чрезъ condictio causa data causa non secuta) [4]). При установленіи приданаго до брака по всякой другой сдѣлкѣ, напр. по передачѣ на основахъ продажи (venditionis causa aestimatae), или по соглашенію, обѣщанію, сдѣлка такая считалась суспензивно условной [5]). Если условіе не выполнится (si nuptiae non secutae sunt), то переданное имущество установитель могъ вытребовать искомъ о собственности (rei vindicatio) [6]), на непереданное предназначавшійся въ мужья лишался права требованія.

Права и обязанности по приданому. По общему и основному началу римскаго права единымъ собственникомъ приданаго имущества считался мужъ. На самомъ же дѣлѣ это право собственности сводилось къ управленію, пользованію и извѣстному распоряженію этимъ имуществомъ. Приданое въ жизненномъ представленіи считалось имуществомъ жены, съ нею вошедшимъ въ брачное сожи-

---

[1]) Nov. 74 c. 4; Nov. 117 c. 4.

[2]) L. 97 § 2 D. 45, 1; L. 23 D. 23, 5; L. 9 § 2 D. 23, 3.

[3]) L. 19 C. 5, 3.

[4]) L. 7 § 1; L. 8; L. 9 pr. D. 12, 4; L. 7 § 3; L. 8; L. 9 pr. D. 23, 3.

[5]) L. 10 §§ 4, 5; L. 17 § 1 D. 23, 3.—L. 21; L. 41 § 1; L. 68 D. 23, 3; L. 4 § 2 D. 2, 14.

[6]) L. 7 § 3 D. 23, 3.

тіе, служащимъ этому послѣднему, а слѣдовательно недопускающимъ неограниченнаго распоряженія имъ со стороны мужа.

Въ источникахъ то признается собственность мужа на приданое (см. напр. L. 75 D. 23, 3 ...apud maritum dominium; L. 7 § 3 D. 23, 3; § 41 I. 2, 1), то его считаютъ имуществомъ жены (напр. L. 3 § 5 D. 4, 4 ...dos ipsius filiae proprium patrimonium est), то, наконецъ, въ одномъ и томъ же положеніи примиряютъ это противорѣчіе въ указанномъ смыслѣ (L. 30 C. 5, 12). По моему воззрѣнію принятое разрѣшеніе вопроса: кому принадлежитъ право собственности на приданое?—объясняется чисто историческимъ путемъ. Первоначальный складъ семьи и въ частности отношеній супруговъ допускалъ абсолютную собственность мужа на полученное за женою имущество (см. исторію actiones и cautiones rei uxoriae у Gellius Noct. att. 6 c. 3), но позднѣйшее измѣненіе основныхъ отношеній въ семьѣ заставляло ограничить мужнія права по этому имуществу въ интересѣ жены. Отсюда разладъ между первоначальной конструкціей и позднѣе признанными правами жены (см. *Азаревичъ* Брачные элементы стр. 44 — 47). Такъ, думаю, можно примирить и разногласіе въ наукѣ по этому вопросу (см. *Windscheid.* Pand. 2 § 496 n. 3; *Vangerow.* Pand. 1 § 218 Anm. 1).

Какъ собственнику, по правовой нормѣ, мужу принадлежали соотвѣтствующіе иски по приданому [1]): reivindicatio, сервитутные иски, condictio furtiva, actio legis Aquiliae.

Выходя изъ назначенія приданаго,—облегчать матеріально бремя брачной жизни,—мужъ могъ пользоваться обыкновенными [2]) плодами, прибылью отъ него [3]) за время брака (pro tempore matrimonii), будутъ ли получены плоды впродолженіи брака или уже по прекращеніи его [4]).

По управленію приданымъ мужъ долженъ былъ примѣнять ра-

---

[1]) L. 24 D. 25, 2; L. 3 § 1 D. 6, 2; L. 49 § 1 D. 47, 2.

[2]) См. L. 7 § 12 D. 24, 3.

[3]) L. 7 pr. D. 23, 3.

[4]) L. un. § 9 C. 5, 13; L. 7 § 1 D. 24, 3. — См. *Dernburg.* Pand. 3 p. 41 n. 6.

ченіе, оказываемое имъ въ собственныхъ дѣлахъ (diligentia quam in suis rebus adhiberi solet) [1]).

Право отчужденія. Вещи движимыя, изъ числа замѣнимыхъ и подлежащихъ скорой порчи, мужъ имѣлъ право отчуждать по собственному усмотрѣнію; отчужденіе же остальныхъ движимостей, съ дѣйствительной силой, могло состояться только съ согласія жены, которая, въ противномъ случаѣ, имѣла право требовать по прекращеніи брака отчужденныя вещи, какъ принадлежавшія къ ея приданому, сначала только отъ мужа [2]), а по юстиніанову праву—и отъ всякого третьяго лица [3]).

Относительно недвижимыхъ предметовъ впервыя lex Julia de fundo dotali [4]) (глава изъ lex Julia de adulteriis 18 года по Р. Х.) запретилъ отчужденіе итальянскихъ приданыхъ недвижимостей безъ согласія жены, а закладывать ихъ—даже съ ея согласія. Предполагалось, что на залогъ легче опредѣляется воля, чѣмъ на непосредственное отчужденіе. По юстиніанову праву запрещеніе отчуждать было распространено на всѣ приданыя недвижимости и притомъ даже съ согласія жены [5]). Это запрещеніе относилось ко всякимъ видамъ отчужденія [6]) и обращено было не только къ мужу, но и къ жениху [7]). Отчужденія, совершенныя вопреки этому запрещенію, были ничтожны [8]). Самъ отчудившій мужъ могъ востребовать недвижимости обратно; жена же имѣла право на reivindicatio по прекращеніи брака. Но отчужденіе можетъ получить дѣйствительную силу, если по прекращеніи брака ни жена, ни ея отецъ не заявляетъ по нему никакихъ претензій [9]).

Изложенныя права мужа на приданое лишали въ общемъ жену

---

[1]) L. 17 pr. D. 23, 3.

[2]) L. 50 D. 24, 3.

[3]) L. 30 pr. C. 5, 12.

[4]) Dig. 23, 5 de fundo dotali; Cod. 5, 23 eod.; Gajus, 2, 63; Paulus 2, 216; § 2 pr. I. 2, 8. *Demangeat.* De la condition du fond dotal en dr. rom. 1860.

[5]) L. un. § 15 C. 5, 13; pr. I. 2, 8.

[6]) L. 5; L. 6 D. 23, 5; L. 2 C. 5, 23.

[7]) L. 4 D. 23, 5.

[8]) L. 42 D. 41, 3.

[9]) L. 17 D. 23, 5; L. 42 D. 41, 3.

возможности производить активное воздѣйствіе на это имущество [1]). Мужу было даже запрещено возвращать женѣ приданое или часть его впродолженіи брака, за исключеніемъ случаевъ въ законѣ перечисленныхъ [2]). Нарушеніе этого запрещенія оставляло отвѣтственность за приданое на мужѣ [3]). Но жена имѣла право наблюдать за правильнымъ пользованіемъ со стороны мужа приданымъ, могла требовать, чтобы оно употреблялось сагласно своему назначенію. Поэтому, если мужъ расточалъ приданое, или впадалъ въ несостоятельность, то жена могла вытребовать приданое въ собственное управленіе и пользованіе на нужды семьи [4]). Въ главномъ же отношенія жены къ приданому проявлялись по прекращеніи брака (см. ниже), выражаясь въ общемъ правѣ требовать его возвращеніе.

Добавочныя рядныя соглашенія (pacta dotalia) [5]). При установленіи приданаго допускалось заключеніе добавочныхъ соглашеній по приданому, но съ ограниченіями. Такъ, 1) нельзя было рядными соглашеніями значительно умалять права на приданое жены [6]); 2) будутъ недѣйствительны соглашенія, нарушающія основную сущность отношеній по приданому.

1) Недопускался отказъ жены отъ возвращенія приданаго по смерти мужа [7]). Но на случай расторженія брака мужъ могъ выговорить себѣ приданое, если у него оставались дѣти [8]); подобное же соглашеніе было дѣйствительно и на случай бездѣтнаго брака, когда онъ прекращался смертью жены [9]). Сравнительно большую свободу

---

[1]) L. 23 C. 5, 12.

[2]) Nov. 22 c. 39; L. 73 § 1 D. 23, 3; L. 20 D. 24, 3.

[3]) Cod. 5, 19 si dos constante matrimonio soluta fuerit. См. *Czyhlarz* cit. p. 492.

[4]) L. 22 § 8 D. 24, 3; L. 29 C. 5, 12.

[5]) Dig. 23, 4 de pactis dotalibus; Cod. 5, 14 de pactis conventis tam super dote quam super donatione ante nuptias et paraphernis.

[6]) L. 17 D. 23, 4 ...pacto... meliorem conditionem mulieris fieri posse, deteriorem non posse.

[7]) L. 12 § 1; L. 16 D. 23, 4; L. 1 § 1 D. 33, 4; L. 3 C. 5, 14.

[8]) L. 1 § 1 D. 33, 4.

[9]) L. un. § 6 C. 5, 13. См. *Bechmann* cit. 2 p. 441.

рядныхъ соглашеній должны были имѣть третьи лица, необязанныя устанавливать приданое. Общимъ началомъ за ними признано право выговаривать по устанавливаемому приданому всевозможныя условія (rei suae legem dicere); они могли удержать возвращеніе за собою, своими дѣтьми, наслѣдниками, или даже за третьими лицами; они могли предоставить мужу большій объемъ правъ по приданому, чѣмъ то предоставлялось по закону [1]). Но и постороннія лица не могли рядными соглашеніями низводить права жены на приданое до минимума [2]), напр. предоставить мужу во всякомъ случаѣ право удержать приданое за собою или за своими наслѣдниками.

2) Недопускались рядныя соглашенія, по которымъ полученные отъ приданаго плоды должны были увеличивать его составъ, и тѣмъ мужъ лишался права пользованія приданымъ для семейныхъ нуждъ [3]). Не могъ мужъ отказываться впередъ отъ возмѣщенія ему необходимыхъ затратъ на приданое [4]), — ибо эти затраты сами собою dotem minuunt,—или отъ beneficium competentiae [5]). Нельзя было ограничить отвѣтственность мужа однимъ dolus [6]). И т. д.

II) *Parapherna* (*παράφερνα*). Такъ называется имущество жены, которое не было представлено въ приданое, res extra dotem constitutae [7]) (также peculium) [8]). На это имущество бракъ не оказывалъ никакого дѣйствія: ни право собственности, ни пользованіе, ни распоряженіе, по общему началу, къ мужу не переходило [9]). Отъ воли жены зависѣло поставить мужа въ тѣ или другія отношенія къ этому имуществу [10]). Въ этихъ случаяхъ примѣня-

---

1) L. 20 § 1 D. 23, 4; L. 29 § 1 D. 24, 3; L. 6; L. 8 C. 5, 12.
2) L. 3 C. 5, 14. См. *Czyhlarz* cit. p. 440.
3) L. 4 D. 23, 4.
4) L. 5 § 2 D. 23, 4.
5) L. 14 § 1 D. 24, 3.
6) L. 6 D. 23, 4.
7) L. 95 pr. D. 35, 2; L. 29 C. 5, 12.
8) L. 9 § 3 D. 23, 3; L. 31 § 1 D. 39, 5.
9) L. 8 C. 5, 14.
10) L. 17 C. 5, 16.

лись начала мандата [1]). Только отвѣтственность не шла далѣе culpa in concreto (diligentia quam suis rebus) [2]). По обычаю обыкновенно администрація и этого имущества принадлежала мужу [3]). Во всякомъ случаѣ доходъ съ него мужъ обязанъ употреблять на нужды семьи. Въ обезпеченіе цѣлости parapherna жена имѣетъ законную ипотеку на имущество мужа [4]).

При спорѣ о принадлежности тѣхъ или другихъ имущественныхъ предметовъ они признаются, на основаніи т. наз. praesumtio Muciana, за мужемъ, пока жена не докажетъ свои на нихъ права [5]).

III) *Дареніе по поводу брака, donatio propter nuptias*[6]). Изъ обычая, по которому отъ жениха требовались подарки невѣстѣ, проявленія извѣстной largitas, т. наз. donatio ante nuptias [7]), выработался въ позднѣйшія императорскія времена особый семейный имущественный институтъ, названный Юстиніаномъ donatio propter nuptias, дареніе по поводу брака [8]). Это не было дареніемъ въ собственномъ смыслѣ слова, а обратнымъ приданымъ, устанавливаемымъ со стороны мужа въ отвѣтъ на приданое жены; это было contrados, ἀντίφερνα, и какъ таковое предназначалось, подобно приданому жены, dos, служить цѣлямъ брачнаго сожитія.

По позднѣйшему представленію настоящій бракъ непремѣнно сопровождался установленіемъ обратнаго приданаго [9]).

---

[1]) L. 9 § 3 D. 23, 3.

[2]) L. 11 § 2 C. 5, 14.

[3]) Отсюда теперешнее дѣленіе на: bona parapherna, находящееся въ управленіи мужа, и bona receptitia, оставшееся въ управленіи жены.

[4]) L. 11 § 2 C. 5, 14.

[5]) L. 51 D. 24, 1. См. *Tenge*. Ueber die Bedeutung der sog. praesumtio Muciana въ Civ. Archiv. 45 n. 13.

[6]) Cod. 5, 3 de donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsalitiis.—*Schott*. Die donatio propter nuptias 1867.—*Franke*. Ueber die propter nuptias donatio въ Archiv für d. civ. Praxis B. 26 n. 4.

[7]) См. *Schott* cit. p. 38; *Esmein*. Le testament du mari et la donatio ante nuptias въ Mélanges d'histoire du droit 1868.

[8]) L. 20 pr. C. 5, 3.

[9]) L. 22 C. 5, 4.

Въ наукѣ взгляды на этотъ институтъ чрезвычайно расходятся. См болѣе полный сводъ воззрѣній у *Schott* cit.

Согласно такому отношенію къ приданому, donatio propter nupt. должно было соотвѣтствовать по величинѣ dos [1]). Поэтому, если впродолженіи брачнаго сожитія приданое увеличивалось, то настолько же должно было увеличиться и donatio pr. nupt. [2]). Наоборотъ, на представленіе мужемъ donatio propt. nupt. жена обязывалась отвѣчать установленіемъ равного ему приданаго [3]).

На установленіе обратнаго приданаго обязывался не только самъ мужъ, но и отецъ его, подобно тому какъ установленіе dos исходило или отъ самой жены, или отъ ея отца [4]).

Самый способъ установленія обратнаго приданаго выражался, въ позднѣйшемъ правѣ, не въ выплатѣ его женѣ, а въ простомъ назначеніи (записи) ей опредѣленныхъ имущественныхъ предметовъ [5]).

Правовое положеніе donatio pr. nupt. въ общемъ было такое же, какъ и положеніе приданаго. Мужъ былъ единственнымъ его распорядителемъ [6]). Принадлежащія къ нему недвижимости были неотчуждаемы [7]). Жена же имѣла залоговое право на обратное приданое [8]) и могла даже требовать его себѣ въ управленіе когда мужъ его расточалъ или вообще впадалъ въ несостоятельность [9]).

Но въ главномъ послѣдствія donatio pr. nupt. сказывались при расторженіи брака. Общее назначеніе этого дара состояло въ томъ, чтобы ограничивать произволъ въ отверженіи женъ, служа источникомъ взысканій за такое расторженіе брака [10]).

IV) *Даренія между супругами,* по римскому праву, были

---

[1]) Nov. 97 c. 1.
[2]) Nov. 97 c. 2.
[3]) Nov. 97 c. 1, 2.
[4]) L. 7 C. 5, 11.
[5]) L. 29 C. 5, 12; Nov. 96 c. 1.
[6]) L. 29 C. 5, 12; Nov. 61.
[7]) Nov. 61.
[8]) L. 12 § 8 C. 8, 17.
[9]) L. 29 C. 5, 12.
[10]) См. *Franke* cit. p. 63—84.

запрещены [1]). Такія даренія могли вести къ злоупотребленіямъ въ силу той взаимной зависимости, въ которой стояли другъ къ другу супруги. Даренія же до брака были вполнѣ дѣйствительныя, какъ то даренія жениха и невѣсты, хотя бы въ самый день свадьбы [2]). Точно также дѣйствительны даренія между разлученными супругами, хотя бы позднѣе они вновь вступили въ бракъ [3]).

Во время брака, кромѣ спеціально оговоренныхъ въ законѣ случаевъ, допускались даренія на случай смерти и даренія divortii causa, т. е. на случай развода [4]). См. подробнѣе въ т. I стр. 243—245.

Подъ данное запрещеніе не подходили даренія, сдѣланныя конкубинѣ [5]).

V) *Похищенія между супругами* [6]). Полное общеніе, которое устанавливалось между супругами въ бракѣ, было противно такимъ искамъ, какъ actio furti по поводу совершеннаго похищенія однимъ супругомъ у другаго [7]). И вотъ въ этихъ случаяхъ, даже послѣ прекращенія брака, допускался только actio rei persecutoria на возвращеніе похищеннаго [8]). Но кромѣ того въ преторскомъ эдиктѣ [9]) былъ установленъ особый искъ о взятыхъ вещахъ, actio rerum amotarum, на тотъ случай, когда одинъ супругъ совершитъ у другаго похищеніе въ виду предстоящаго развода [10]) и разводъ въ дѣйствительности состоится [11]). Искъ этотъ отличался нѣ-

---

[1]) Dig. 24, 1 de donationibus inter virum et uxorem; Cod. 5, 16 eod.

[2]) L. 27; L. 66 § 1 D. 24, 1.

[3]) L. 64; L. 35 D. 24, 1.

[4]) L. 11 §§ 11 и слѣд. D. 24, 1.

[5]) L. 3 § 1; L. 65 D. 24, 1.

[6]) Dig. 25, 2 de actione rerum amotarum; Cod. 5, 21 eod.

[7]) L. 1 D. 25, 2. Срав. L. 2 D. 25, 2: nam in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur. См. *Czyhlarz* cit. p. 348.

[8]) L. 2; L. 3 § 2; L. 22 § 1; L. 24; L. 25 D. 25, 2.

[9]) L. 2 C. 5, 21.

[10]) L. 11 § 1; L. 17 § 1; L. 20; L. 21 pr. D. 25, 2.

[11]) L. 25; L. 30 D. 25, 2.

которыми признаками пёнальнаго характера. Такъ, супругъ — похититель не имѣлъ по actio rerum amotarum права на beneficium competentiae [1]); а кромѣ того по этому иску разведенный супругъ отвѣчалъ и тогда, какъ самъ не былъ похитителемъ, но принималъ въ нохищеніи участіе въ качествѣ зачинщика или пособника [2]). Въ главномъ же искъ этотъ направленъ былъ на возстановленіе причиненнаго ущерба со всѣми потерянными выгодами [3]). Противъ наслѣдниковъ похитителя искъ этотъ, по однимъ свидѣтельствамъ источниковъ, вчинялся въ размѣрѣ обагащенія; по другимъ—въ полномъ объемѣ причиненнаго ущерба [4]). Противъ лица, имѣвшаго отцовскую власть надъ похитителемъ, actio rer. amot. допускался какъ actio de peculio [5]). Actio rer. amotar. погашался давностью 30-ти лѣтъ [6]).

Въ позднѣйшемъ классическомъ правѣ противъ супруга похитителя потерпѣвшій супругъ могъ, вчинить кромѣ actio rer. amot. и reivindicatio еще condictio furtiva [7]), въ чемъ выразилось признаніе за даннымъ актомъ характера воровства.

Прекращеніе брака.

1) Бракъ прекращается прежде всего смертью одного изъ супруговъ [8]). Такое же дѣйствіе оказывала и гражданская смерть; однако различали въ этомъ отношеніи capitis deminutio maxima и cap. dem. media [9]). Первое умаленіе вело само собою къ прекращенію брака, ибо бракъ могъ состоять только между свободными [10]). При capitis deminutio media еще возможно было возстановленіе

---

[1]) L. 21 § 6 D. 25, 2.
[2]) L. 19; L. 20; L. 21 § 1 D. 25, 2.
[3]) L. 3 § 3; L. 8 § 1; L. 9; L. 21 §§ 3, 4 D. 25, 2.
[4]) L. 3 C. 5, 21.—L. 6 § 4 D. 25, 2.
[5]) L. 3 § 4; L. 6 § 2 D. 25, 2.
[6]) L. 21 § 5 D. 25, 2.
[7]) L. 1 in f.; L. 2; L. 17 § 2; L. 24 D. 25, 2.
[8]) L. 1 D. 24, 2.
[9]) См. т. I стр. 64—66.
[10]) L. 1 D. 24, 2.

потерянного status, поэтому бракъ въ такихъ случаяхъ разсматривался лишь какъ пріостановившійся въ своемъ дѣйствіи, если только полнаго его прекращенія не желала другая сторона [1]). При плѣненіи мужа бракъ считался прекратившимся для жены съ истеченіемъ пяти лѣтъ, а позднѣе—только со времени полученнаго извѣстія о смерти плѣненнаго мужа [2]). 3) Бракъ прекращался по разводу.

Разводъ, divortium, repudium.

Источники: Dig. 24, 2 de divortiis et repudiis.—Cod. 5, 17 de repudiis et judicio de moribus sublato.

Пособія: *Wächter*. Ueber Ehescheidungen bei den Römern. 1822.

Разводъ въ Римскомъ правѣ выражался въ двоякой формѣ: по обоюдному согласію супруговъ (communi consensu; такой разводъ технически назывался divortium) и по одностороннему отверженію одного супруга со стороны другаго (repudium, repudiatio [3]).

Бракъ cum manu mariti могъ быть расторгнутъ только отверженіемъ жены мужемъ, причемъ въ царскихъ законахъ перечислены были причины, дозволявшія дѣлать такое отверженіе (Plutarch, Romul. 22). См. *Азаревичъ*. Брачные элементы стр. 33. При этомъ для брака по confarreatio примѣнялась обратная религіозная церемонія, diffareatio (Festus v. diffareatio), для брака по coemptio—обратная продажа, remancipatio (Gajus 1, 115, Festus v. remancipatam); при usus достаточно было одного изгнанія жены, а позднѣе ухода ея изъ дома мужа. См. *Аза-*

---

[1]) Matrimonium quidem deportatione vel aquae et ignis interdictione non solvitur, si *casus in quem maritus incidit non mutet uxoris affectum* L. 1 C. 5, 17.

[2]) L. 7 C. 5, 17 срав. L. 8; L. 12; L. 14 § 1 D. de captivis 49, 15; Nov. 22 c. 7; Nov. 117 c. 11.

[3]) Valer. Max. 2, 1, 4; 2, 9 § 2; Cic. Ph. 2, 28; L. 2 D. 24, 2. Въ древнія времена расторженіе брака могло произойти по волѣ восходящаго (отца, дѣда) мужа и жены, подъ властью которыхъ они находились. См. у *Voigt*. Die Lex Maenia de dote p. 21—23.

ревичъ. Патриціи и Плебеи въ Римѣ 1875 т. 2 стр. 125—127.

Въ свободномъ бракѣ, основанномъ лишь на согласіи сторонъ, общимъ началомъ допущено было право на расторженіе не только по обоюдному согласію супруговъ, но и по одностороннему нежеланію состоять долѣе въ бракѣ. Всякая обратная воля (dissensus), отмѣняющая прежнее согласіе, расторгала бракъ. Для этого требовалось только твердое намѣреніе расторгнуть его навсегда.

Такая свобода разводовъ настолько отвѣчала самой основѣ брачнаго сожитія, что не допускалось ограниченіе воли обязательствомъ не расторгать устанавливаемый ею союзъ. Всякое такоесоглашеніе (pactum, ne liceret divertere) считалось недѣйствительнымъ.

Для заявленія воли о расторженіи брака первоначально не требовалось никакой формы [1]). Самый фактъ вторичной женидьбы или замужества при живомъ супругѣ могъ служить доказательствомъ желанія расторгнуть прежній бракъ. Lex Julia de adulteriis при имп. Августѣ предписалъ извѣстную форму для отверженія супруга, а именно заявленіе чрезъ вольноотпущеннаго въ присутствіи семи свидѣтелей [2]). При Юстиніанѣ для отверженія достаточно было отсылки српругу письменнаго заявленія, libellus repudii [3]), о нежеланіи жить въ бракѣ.

Не ограничивая самую свободу расторженія браковъ, позднѣйшее римское право признавало для него нѣкоторыя причины законными, а въ остальныхъ случаяхъ облагало виновныхъ въ расторженіи разными имущественными невыгодами [4]) и даже уголовными наказаніями [5]).

Главнѣйшими законными основаніями для развода признавались: нарушеніе женой вѣрности мужу (adulterium) и слишкомъ явный, оскорбительный для жены, развратъ мужа [6]); покушеніе

---

[1]) Cic. Phil. 2, 28.

[2]) L. 9 D. 24, 2.

[3]) L. 6; L. 8 pr. C. 5, 17.

[4]) Ulpiani fragmenta tit. VI §§ 12, 13.

[5]) См. Nov. 97 cap. 11, 13.

[6]) Nov. 117 c. 8 § 2; c. 9 § 5. Срав. для древнихъ временъ Plaut. Rud. 4, 4, 1; Merc. 4, 3; Cas. 2, 2, 23.

однимъ супругомъ на жизнь другаго [1]); безвѣстное отсутствіе одного супруга впродолженіи пяти лѣтъ [2]); принятіе однимъ супругомъ монашескаго чина [3]); отказъ жены на житье въ домѣ мужа [4]); половое безсиліе (impotentia) мужа [5]).

Внѣ законныхъ основаній разводъ не дозволялся даже по взаимному согласію супруговъ [6]).

Приданое по прекращеніи брака [7]). Тутъ слѣдуетъ различать dos receptitia отъ всякого другого приданаго. Dos receptitia съ прекращеніемъ брака подлежитъ возвращенію установителю или его наслѣдникамъ [8]). Остальные виды приданаго остаются собственностью мужа въ случаѣ смерти жены [9]); только dos profectitia подлежитъ возвращенію, если установившій его еще живъ [10]). Въ случаѣ развода или смерти мужа приданое подлежитъ возвращенію женѣ и ея наслѣдникамъ [11]). Послѣднее начало сдѣлалось съ Юстиніана общимъ для всѣхъ случаевъ прекращенія брака [12]) и такимъ образомъ мужъ не могъ уже болѣе присвоить себѣ приданаго отъ бывшаго брака.

Искъ на возвращеніе dos receptitia былъ actio ex stipula-

---

[1]) Nov. 117 c. 8 § 3; c. 9 § 2.

[2]) Nov. 22 c. 7.

[3]) Nov. 22 c. 5.

[4]) Nov. 117 c. 8 § 5.

[5]) Nov. 22 c. 6.

[6]) Cp. L. 9 C. 5, 17.

[7]) Dig. 24, 3 soluto matrimonio dos quemadmodum petatur; Cod. 5, 13 de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa, et de natura dotibus praestita. Cod. 5, 18 soluto matrimonio quemadmodum dos petatur.—*Sternberg*. Lehre v. d. Restitution der dos nach aufgelöster Ehe 1880.

[8]) Ulpianus 6, 5.

[9]) Ulpianus 6, 4, 5.

[10]) Ulpianus 6, 4; Vatic. fragm. § 108; L. 6 pr. D. 23, 3: Jure succursum est patri, ut filia amissa solatii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipsa profecta, ne et filiae amissae, et pecuniae damnum sentiret.

[11]) Ulpianus 6, 6.

[12]) L. un. § 13 C. 5, 13.

tu; если же установленіе его совершалось при неформальномъ соглашеніи (pactum),—то actio praescriptis verbis [1]). На возвращеніе всякого другого приданаго предоставлялся actio rei uxoriae, искъ изъ числа actiones bonae fidei [2]). При осуществленіи этого иска обращалось вниманіе на этическую сторону супружескихъ отношеній. Такъ, 1) если приданое состояло изъ замѣнимыхъ вещей, то мужу предоставлялось разсрочивать возвращеніе на три годовые сроки; онъ могъ совершать возвращеніе annua bima, trima die. Остальное приданое возвращалось немедленно [3]). При винѣ мужа въ расторженіи брака первые сроки сокращались, смотря по степени вины отъ 6 мѣсяцевъ до того же дня [4]). 2) Мужъ, обязанный возвратить приданое, могъ воспользоваться такъ наз. beneficium competentiae, т. е. несъ только посильную отвѣтственностъ [5]). Этой же привиллегіей пользовался и отецъ мужа [6]). 3) Онъ имѣлъ право удержать себѣ изъ приданаго опредѣленную часть по различнымъ основаніямъ [7]). Такъ, онъ имѣлъ право на retentio propter impensas necessarias, т. е. право удержать часть приданаго пока не будутъ ему возмѣщены необходимыя затраты сдѣланныя на него. Затѣмъ, retentio propter res donatas, удержаніе по поводу даренія сдѣланнаго мужемъ женѣ, до возвращенія подареннаго ему обратно [8]) Retentio propter res amotas, удержаніе по поводу взятого женою у мужа по признакамъ воровства, до возвращенія взятого [9]). Retentio propter liberos, удержаніе на содержаніе и воспитаніе дѣтей [10]) въ размѣрѣ $^1/_6$ на каждаго, но въ общемъ не болѣе $^1/_2$ всего приданаго. Это удержаніе допускалось въ тѣхъ случаяхъ, когда бракъ расторгался по винѣ жены или от-

---

[1]) L. 6 C. 5, 12; L. un. § 13 C. 5, 13.

[2]) Gellius. Noctes atticae 10 c. 23.

[3]) Ulpianus 6, 8. См. *Czyhlarz* cit. §§ 104—106.

[4]) Ulpianus 6, 13.

[5]) L. 12, 13, 28, 43, 54 D. 24, 3; L. 17, 20, 21, 24 § 1 D. 42, 1; L. 8 C. 5, 18.

[6]) L. 15 § 2; L. 16 D. 24, 3; L. 21 D. 42, 1.

[7]) Ulpianus 6, 9.

[8]) L. 50 pr. D. 24, 1. Срав. *Bechmann* cit. Bd. 2 p. 333.

[9]) См. *Czyhlarz* cit. § 101.

[10]) См. *Czyhlarz* cit. p. 339—341.

ца, подъ властью котораго она находилась [1]). Наконецъ, удержаніе допускалось, когда бракъ расторгался вообще по причинѣ дурной нравственности жены, retentio propter mores. При этомъ крупная безнравственность (adulterium), mores majores, graviores, давала право удерживать $^1/_6$ часть приданаго, болѣе легкая безнравственность, mores minores, leviores, — $^1/_8$ часть приданаго [2]). Въ Юстиніановомъ правѣ всѣ эти удержанія кромѣ retentio propter impensas necessarias уже больше не практиковались [3]). Кромѣ всего этого особымъ эдиктомъ „de alterutro" женѣ былъ предоставленъ выборъ: предъявить actio rei uxoriae на возвращеніе приданаго, или ограничиться оставленнымъ ей мужемъ по послѣдней волѣ [4]).

Главное различіе между actio ex stipulatu и actio rei uxoriae состояло въ томъ, что первый, какъ искъ договорный, переходилъ къ наслѣдникамъ; тогда какъ второй былъ искомъ въ высшей степени личнымъ [5]); на него имѣли право только жена и ея отецъ. Юстиніанъ слилъ оба иска въ одинъ общій, actio tacita ex stipulatu, искъ вытекающій какъ бы изъ договора и какъ таковой переходящій ad heredes жены [6]). Въ источникахъ этотъ искъ нерѣдко называется actio de dote [7]).

По этому иску dos venditionis causa aestimata, которое обыкновенно составляли вещи замѣнимыя, подлежало во всякомъ случаѣ возвращенію, хотя бы оно погибло отъ случая [8]). Dos taxationis causa aestimata возвращалось въ томъ видѣ въ какомъ

---

[1]) Ulpianus 6, 10; Fragm. Vat. §§ 105 — 107, 120, 121; L. 2; L. 23; L. 24 D. 23, 4; L. 39 D. 24, 3; L. 1 § 1 D. 33, 4; L. un. § 5 C. 5, 13; L. 3 C. 5, 14.

[2]) Ulpianus 6, 12. Ср. L. 47 D. 24, 3; L. 11 § 3 D. 48, 5.

[3]) L. un. § 5 C. 5, 13.

[4]) L. un § 3a C. 5, 13; L. 7 pr. C. Th. 4, 4; *Czyhlarz* cit. p. 476.

[5]) Ulpianus 6, 7; Vat. fragm. § 112.

[6]) Cod. 5, 13 de rei uxoriae actionae in ex stipulatu actionem transfusa, et de natura dotibus praestita.

[7]) L. 22 § 12 D. 24, 3; L. 36 D. 15, 1.

[8]) L. 42 D. 23, 3. См. выше.

находилось въ моментъ требованія [1]). При умаленіи мужъ отвѣчалъ только за вину. Съ приданымъ подлежали возвращенію и всѣ нарощенія его [2]), въ томъ числѣ и плоды, полученные до брака и послѣ его прекращенія [3]).

Срокъ возвращенія приданаго для недвижимыхъ предметовъ — немедленно по предъявленіи требованія, для всякихъ другихъ предметовъ — одинъ годъ За просрочку мужъ уплачивалъ 4% со всей стоимости приданаго [4]). Способъ возвращенія приданаго опредѣляется родомъ составляющаго его имущества.

Съ своей стороны мужъ имѣлъ право требовать вознагражденія за совершенныя по приданому траты [5]). Impensae necessariae сами собою уменьшали возвращаемое приданое. По impensae utiles мужъ имѣлъ actio mandati, если они сдѣланы съ согласія жены, въ противномъ случаѣ примѣнялся actio negotiorum gestorum. Къ impensae voluptuariae примѣнялось общее jus tollendi [6]).

Всѣ требованія жены по приданому обезпечивались общимъ залоговымъ правомъ на имущество мужа [7]). Къ третьимъ лицамъ, къ которымъ могло перейти приданое, жена имѣла, по закону Юстиніана, искъ изъ права собственности, utilis reivindictio [8]), и въ силу характера такого иска она въ случаѣ конкурса имѣла преимущество передъ остальными кредиторами.

Donatio propter nuptias по прекращеніи брака остается мужу [9]). Но если мужъ расторгъ бракъ не по законному основанію, или даетъ законный поводъ къ расторженію, то онъ обязанъ вы-

---

[1]) L. 11 D. 24, 3.
[2]) L. 4; L. 10 § 1 D. 23, 3.
[3]) L. 6 D. 24, 3 ср. L. 5 D. 23, 3.
[4]) L. un. § 7 C. 5, 13.
[5]) Dig. 25, 1 de impensis in res dotales factis.
[6]) L. 5 pr. L. 16 D. 25, 1; § 37 I. 4, 6; L. un. § 5 C. 5, 13.
[7]) § 29 I. 4, 6, L. un. § 1 C. 5, 13; L. 12 C. 8, 17. См. т. II стр. 22.
[8]) L. 30 pr. C. 5, 12. См. *Dernburg*. Pand. 3 p. 38 n. 7.
[9]) Nov. 22 c. 20 § 1.

дать donatio propt. nupt. женѣ [1]). По смерти мужа точно также этотъ даръ поступаетъ женѣ, какъ вдовья часть [2]). Но во всѣхъ этихъ случаяхъ поступленія donatio propt. nupt. женѣ соблюдаются наслѣдственныя права дѣтей на pars virilis рядомъ съ матерью [3]).

Послѣдствія расторженія брака. Супругъ, отвергшій другого безъ законнаго основанія, заточался на остальную жизнь въ монастырѣ [4]). При расторженіи по взаимному согласію оба супруга затачались въ монастырь [5]). Тоже послѣдствіе для жены уличенной въ супружеской невѣрности [6]). Таковы могли быть послѣдствія разводовъ для лица; но важнѣйшія и общія послѣдствія разводовъ были имущественнаго характера.

Виновная въ разводѣ жена теряла въ пользу мужа свое приданое, а виновный мужъ, какъ уже сказано, терялъ въ пользу жены donatio propter nuptias [7]). Если бракъ не сопровождался установленіемъ того и другого, то виновный супругъ терялъ четверть своего состоянія, но не свыше стоимости ста фунтовъ золота [8]) (около 27,000 рубл. золотомъ); при этомъ за каждымъ изъ общихъ дѣтей охраняется pars virilis [9]). При нарушеніи супружеской вѣрности, давшимъ поводъ къ разводу, имущественныя взысканія съ виновнаго супруга увеличиваются на одну треть [10]). Кромѣ того въ этихъ случаяхъ, какъ и при недозволенныхъ разводахъ, участвуютъ въ дѣлежѣ имущества монастырь, въ который заточенъ супругъ, и казна [11]).

---

[1]) L. 8 C. 5, 17.
[2]) L. 11 C. 5, 3.
[3]) Nov. 117 c. 9 § 5; c. 13; Nov. 127 c. 3.
[4]) Nov. 134 c. 11.
[5]) Nov. 134 c. 11.
[6]) Nov. 134 c. 10.
[7]) L. 8 C. 5, 17. Зконъ Θеодозія и Валентиніана 449 г.
[8]) L. 11 C. 5, 17. Законъ Юстиніана. Nov. 22 c. 15, 16; Nov. 117 c. 8, 9.
[9]) Nov. 117 c. 8 § 2; c. 9 § 5.
[10]) Nov. 117 c. 8 § 2; c. 8 §§ 4, 5 ср. Nov. 134 c. 10.
[11]) Nov. 134 c. 10, 11.

Вторичные браки, secundae nuptiae.

Источники: Cod. 5, 9 de secundis nuptiis; 5, 10 si secundo nupserit mulier etc.; Nov. 22 de his, qui secundas nuptias contrahunt.

Пособія: Marezoll. Von den Nachtheilen der zweiten Ehe въ Zeitschr. für Civilr. u. Prozess Bd. 5 H. 3 Nr. 23; *Löhr* въ Archiv f. civ. Praxis Bd. 16.

Не смотря на основное представленіе римлянами брака, какъ установленія, служащаго цѣлямъ государства, путемъ размноженія гражданъ (см. выше), тѣмъ не менѣе внутренній складъ отношеній въ родовой семьѣ заставлялъ смотрѣть на вторичный выходъ вдовы замужъ съ неодобреніемъ [1]). Въ христіанскій періодъ такое неодобреніе распространено вообще на всѣ вторичные браки. И вотъ въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ находимъ цѣлую систему невыгодъ для вступившаго во вторичный бракъ (parens binubus), такъ назыв. poenae secundarum nuptiarum. Эти невыгоды устанавливались въ интересѣ потомства отъ перваго брака. Поэтому они не примѣнялись ко вторичнымъ бракамъ, если первый бракъ оставался бездѣтнымъ [2]) Равнымъ образомъ сюда не относится тотъ случай, когда умершій супругъ оставляетъ пережившему извѣстныя имущественныя выгоды подъ условіемъ невступленія во вторичный бракъ, и когда съ нарушеніемъ этого условія вторично вступившій въ бракъ теряетъ эти выгоды [3]).

Нѣкоторыя невыгодныя послѣдствія вторичнаго брака касались каждаго супруга, вступающаго во второй бракъ, другія относились только къ матери, вновь выходящей замужъ.

A) Parens binubus 1) терялъ такъ назыв. lucra nuptialia въ пользу дѣтей отъ перваго брака, удерживая за собою только

---

[1]) Женщины бывшія только одинъ разъ замужемъ, такъ наз. univirae, отмѣчались въ общественномъ мнѣніи особымъ почетомъ. См. *Азаревичъ*. Брачные элементы стр. 15.

[2]) Nov. 22 c. 22 pr.

[3]) Nov. 22 c. 43, 44.

управленіе надъ этимъ имуществомъ и право пожизненнаго вещнаго пользованія имъ, узуфруктъ. Подъ lucra nuptialia, имущественными выгодами полученными отъ брака, разумѣется всякое имущество, которое дошло вновь вступающему въ бракъ въ силу прежняго брака. Сюда относится приданое оставшееся отъ прежняго брака, даренія и всякія пріобрѣтенія mortis causa, на основаніи закона или послѣдней воли [1]). На это имущество дѣти отъ перваго брака получали право собственности, по началамъ наслѣдованія ab intestato, по закону [2]). Въ обезпеченіе своихъ правъ они имѣли залогъ на имущество родителя, вступившаго во вторичный бракъ [3]).

Conjux binubus 2) могъ оставить по послѣдней волѣ новому своему супругу не болѣе того, сколько приходилось бы на наименьшую долю достающагося имущества дѣтямъ отъ перваго брака [4]).

Б) Невыгоды вторичнаго брака, касающіяся только одной матери.

1) Mater binuba, которая призывалась къ наслѣдованію по закону отъ ребенка перваго брака, теряла въ пользу братьевъ и сестеръ наслѣдодателя, или ихъ дѣтей, право собственности на свою наслѣдственную долю, удерживая только пожизненное въ ней пользованіе. [5]).

2) Mater binuba теряетъ право самой воспитывать своихъ дѣтей [6]) и быть ихъ опекуншей [7]).

3) Мать, вышедшая вторично замужъ, могла требовать отъ дѣтей перваго брака возвращенія даренія по причинѣ неблагодарности (propter ingratitudinem) только въ ограниченныхъ случаяхъ тяжкаго оскорбленія [8]).

---

[1]) См. *Marezoll* въ Zeitschr. f. Civilr. u. Prozess Bd. 3 p. 191.

[2]) Nov. 22 c. 21 § 1; c. 26 § 1.

[3]) L. 6 § 2; L. 8 § 4 C. 5, 9.—См. т. II стр. 22.

[4]) Nov. 22 c. 27, 28; L. 6 C. 5, 9.

[5]) Nov. 22 c. 46.

[6]) Nov. 22 c. 38 in f., L. 1 C. ubi pupilli educentur 5, 49.

[7]) Nov. 94 c. 2 in f.

[8]) См. т. I стр. 248.—См. *Dernburg*. Pand. Bd. 3 p. 52 n. 8.

Въ наукѣ уже давно поставленъ вопросъ: можетъ ли умирающій супругъ своей послѣдней волей отпустить остающемуся супругу невыгоды вторичнаго вступленія въ бракъ? Благодаря неясности Nov. 2 cap. 2 вопросъ этотъ разрѣшается разными учеными самымъ противоположнымъ образомъ. См. *Vangerow*. Pand. Bd. 1 § 227 Anm. 1.

Кромѣ невыгодныхъ послѣдствій вообще вторичныхъ браковъ римское право устанавливало спеціальныя невыгоды несоблюденія *траурнаго года* (annus luctus) при вторичномъ выходѣ замужъ [1]).

Приличіе и возможное смѣшеніе крови (confusio sanguinis), затрудняющее распознаніе отца ребенка, требовали, чтобы вдова не вступала въ новый бракъ до истеченія опредѣленнаго времени отъ прекращенія перваго брака (tempus lugendi). Первоначально срокомъ обожданія были десять мѣсяцевъ, позднѣе—одинъ годъ [2]); но если жена дала законный поводъ къ разводу, то срокъ, въ который она не могла вновь вступить въ бракъ, увеличивался до пяти лѣтъ [3]).

Вдова, вышедшая замужъ до истеченія траурнаго года, подлежала гражданскому безчестію (infamia) [4]) и притомъ это наказаніе несла не она одна, но оно распространялось и на домовладыкъ, которые дали свое согласіе на вторичный бракъ при такихъ условіяхъ [5]). Къ этому присоединялись и чисто имущественныя невыгоды нарушенія траурнаго года. Такъ, выходящая замужъ до истеченія законнаго срока, теряла lucra nuptialia перваго брака въ пользу дѣтей отъ него [6]); затѣмъ, второму своему мужу она не могла оставить по послѣдней волѣ болѣе одной трети своего имущества [7]).

---

[1]) См. *Löhr* въ Civilist. Magazin Bd. 3 n. 16.
[2]) Fragm. Vatic. § 321; L. 2 C. 5, 9.
[3]) Nov. 22 c. 15 § 3.
[4]) L. 11 § 3 D. 3, 2.
[5]) Nov. 22 c. 40.
[6]) L. 2 C. 5, 9; Nov. 39 c. 2.
[7]) L. 1 C. 5, 9.

Отношенія родителей къ дѣтямъ.

Источники: Inst. 1, 9 de patria potestate; Dig 1, 6 de his, qui sui vel alieni juris sunt; Cod. 8, 47 de patria potestate.

Пособія: Загурскій. Личныя отношенія между родителями и дѣтьми по римскому и франц. праву. 1884; *Digard*. De la patria potestas sur la personne des filii familias et des filiae familias 1882; *Sarraute*. Le caractère de la puissance paternelle chez les romains 1882; *Mandry*. Ueber Begriff und Wesen des Pekulium 1869; *Mandry*. Das gemeine Familiengüterrecht Bd. 1—2, 1871, 1876.

Основнымъ институтомъ, опредѣляющимъ отношенія родителей къ дѣтямъ, была въ Римѣ patria potestas (seu dominica potestas), отцовская власть [1]).

Подъ выраженіемъ „patria potestas" разумѣется власть, которую имѣлъ pater familias, отецъ семейства, надъ своими законными дѣтьми, justi ac legitimi liberi, внуками и другимъ нисходящимъ потомствомъ по мужской линіи. Отцовская власть была совокупностью правъ, которыя принадлежали семейному главарю на лицо и имущество его законныхъ дѣтей (filii (ae) familias) и ихъ потомства.

Власть эта, по римскому представленію, могла принадлежать только отцу; женщина не имѣла такой власти даже надъ незаконными своими дѣтьми [2]). Это неисключало нѣкоторыхъ правъ матери по отношенію къ дѣтямъ, но они были весьма ограничены сравнительно съ правами отца и имѣли лишь второстепенное значеніе [3]). Поэтому никогда въ источникахъ не говорится о potestas въ примѣненіи къ правамъ матери на дѣтяхъ.

---

[1]) См. общую характеристику у *Мэна* Древній законъ глав. 3.

[2]) Feminae nec naturales liberos in potestate sua habent. Gajus 1, 104.

[3]) См. L. 1 § 3 D. 43, 30; L. 1 C. 5, 4. — *Digard*. cit. p. 39, 40.

Права отца надъ личностью его дѣтей. Власть отца надъ личностью домочадца была неограниченной, по основному римскому праву [1]). Она заключала въ себѣ право жизни и смерти (jus vitae ac necis) [2]), право продажи (jus vendendi) [3]), право выбросить изъ дому (exponere filium) [4]), право замѣнить личную отвѣтственность отца за правонарушенія дѣтей выдачею ихъ потерпѣвшему (jus noxae dandi) [5]). Кромѣ того отецъ имѣлъ право своей волей опредѣлять браки дѣтей, право расторгать эти браки [6]), право отдавать дѣтей въ усыновленіе и освобождать ихъ отъ отцовской власти. - Во многомъ такая власть отцовъ со временемъ была ограничена. Такъ, законами Александра Севера, Константина убійство дѣтей отцами разсматривалось какъ обыкновенное уголовное преступленіе parricidium [7]). Право продажи дѣтей было ограничено случаями нужды, когда отецъ не могъ прокармливать ребенка [8]). Право выбрасыванія дѣтей изъ дому было отмѣнено при Константинѣ тѣмъ, что онъ разрѣшилъ давать отцамъ средства на содержаніе дѣтей и вмѣстѣ обложилъ expositio разными наказаніями [9]). Было отмѣнено право отцовъ на noxae deditio сыновей и дочерей [10]). Затѣмъ, о вліяніи отцовъ на браки дѣтей было уже говорено; объ усыновленіи же и освобожденіи отъ отцовской власти см. ниже.

На публичныя права домочадцевъ вліяніе отцовской власти не распространялось.

---

[1]) Gajus 1, 55: fere... nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus.

[2]) См. Titus Livius 1, 26; 2, 41.

[3]) Gajus 1, 117, 132.

[4]) L. 4 D. 25, 3; Cod. 8, 52 de infantibus expositis liberis et servis etc.

[5]) См. т. II стр. 221.

[6]) *Voigt.* Die Lex Maenia de dote p. 21—23.

[7]) L. 2 D. 48, 8; L. 5 D. de C. P. de parricid. 48, 9; Cod. 9, 17 de his, qui parentes vel liberos occiderunt.

[8]) L. 1 § 4 init. D. 15, 2; L. 1; L. 2 C de patribus, qui filios distraxerunt 4, 43. См. исторію у *Загурскаго* cit. стр. 40—42.

[9]) Ср. L. 4 D. 25, 3; L. 6 C. 8, 47 и L. 24 C. 1, 4; L. 3 C. 8, 52; Nov. 153.

[10]) § 7 I. 4, 8.

Filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur, veluti ut magistratum gerat, ut tutor detur L. 9 D. 1, 6.

Въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ всѣ функціи отцовской власти по отношенію къ лицу своихъ дѣтей выражались въ слѣдующемъ. Отецъ имѣлъ право требовать, чтобы несовершеннолѣтнія дѣти находились при немъ [1]); ему же принадлежало и право воспитывать ихъ [2]). Но воспитаніе дѣтей раздѣляла съ отцомъ мать, которая могла судомъ отстоять за собой даже исключительно право воспитывать дѣтей, если отецъ своимъ образомъ жизни угрожалъ интересамъ воспитываемыхъ [3]). По смерти отца воспитаніе всегда оставалось за матерью. Въ случаяхъ же развода вопросъ объ этомъ правѣ рѣшался судьею, который обыкновенно признавалъ его за родителемъ невиновномъ въ разводѣ [4]). Отецъ могъ налагать на дѣтей домашнія наказанія (jus leviter castigandi) [5]).—Какъ необходимая сторона перечисленныхъ правъ отцу предоставлялось право требовать предъявленія и выдачи ему его дѣтей (interdictum de liberis exhibendis et ducendis) [6]).

Между родителями и дѣтьми существуетъ взаимная обязанность къ матеріальной поддержкѣ [7]). Такъ отецъ обязанъ давать средства на содержаніе и воспитаніе несовершеннолѣтнихъ дѣтей безусловно, а совершеннолѣтнимъ — въ случаѣ ихъ нужды. При нуждѣ и отецъ имѣетъ право на матеріальную помощь отъ дѣтей [8]).

---

[1]) L. 1 pr.; L. 3 pr. D. 43, 30.

[2]) См. *Burchardi.* Das gemeinrechtliche Erziehungsrecht въ Archiv f. civ. Praxis Bd. 8 n. 8.

[3]) L. 1 § 3 D. 43, 30.

[4]) Nov. 117 c. 7 суав. L. un. C. 5, 24.

[5]) L. 3 C. 8, 46; L. un. C. 9, 15; Nov. 117 c. 1.

[6]) Dig. 43, 30 de liberis exhibendis. См. т. II стр. 234, 235.

[7]) Dig. 25, 3 de agnoscendis et alendis liberis, vel parentibus, vel patronis, vel libertis; Cod. 5, 25 de alendis liberis ac parentibus.—См. *Glück.* Erläuter. Bd. 28. *Tesssier.* Des obligations alimentaires dans la famille à Rome. 1880. *Reinhard* въ Zeit. f. Civilr. u. Pr. N. F. Bd. 13 p. 140 и слѣд.

[8]) L. 5 pr. §§ 1, 2, 13, 15, 16 D. 25, 3; L. 2 C. 5, 25; L. 2 C. 8, 52; Nov. 117 c. 7.

Обязанность предоставлять средства къ содержанію (alimenta), по римскому праву, признавалась, безъ опредѣленія порядка между обязанными, за всѣми восходящими и нисходящими и распространялась еще на зятьевъ и невѣстокъ по отношенію къ тестямъ и свекрамъ, и обратно [1]). Такая же обязанность ко взаимному поддержанію признавалась между матерью и дѣтьми, а также и за восходящими съ материнской стороны. Порядокъ, въ которомъ они призывались къ этой обязанности, былъ слѣдующій: прежде всего алименты обязанъ былъ доставить отецъ, за нимъ его восходящіе по близости степеней, если подъ ихъ властью находились нуждающіеся нисходящіе, за ними мать и, если она не имѣла средствъ, то восходящіе ея вмѣстѣ съ восходящими съ отцовской стороны [2]). Нисходящіе призываются къ доставленію алиментовъ своимъ восходящимъ по близости степеней родства [3]). Разсматриваемая обязанность предполагаетъ нужду на одной сторонѣ и достатокъ на другой [4]).

Подъ alimenta разумѣется все необходимое отъ жизни, какъ-то: пропитаніе, жилище, одежда, а для несовершеннолѣтнихъ, еще и средства воспитанія [5]). Объемъ обязательныхъ алиментовъ опредѣляется достаткомъ обязаннаго и нуждою управомоченнаго. Съ увеличеніемъ или уменьшеніемъ того или другого, увеличиваются или уменьшаются и алименты.

Незаконныя дѣти имѣли право на алименты только отъ матери и ея восходящихъ [6]). Со временъ же Юстиніана право на содер-

---

[1]) L. 5 §§ 13, 14 D. 25, 3.

[2]) Порядокъ этотъ точно въ источникахъ не указанъ. Но см. L. 5 §§ 1—5, 14; L. 8 D. 25, 3; Nov. 117 c. 7 *Glück*. Erläuter. Bd. 28 p. 209 и слѣд.

[3]) См. *Glück*. Erläuterung. Bd. 28 p. 232 и слѣд.

[4]) L. 5 § 7 D. 25, 3.

[5]) L. 5 § 12 D. 25, 3; L. 43; L. 44 D. 50, 16; L. 6 § 5 D. 37, 10. См. *Sintenis*. Civilr. Bd. 3 p. 130 n. 56.

[6]) L. 5 §§ 4, 5 D. 25, 3.

жаніе отъ своихъ отцовъ имѣли не только дѣти, рожденныя въ бракѣ,; но и дѣти отъ конкубины (liberi naturales) [1]).

Наконецъ, въ общемъ дѣти обязаны были оказывать отцу всякую почтительность (pietas, reverentia, obsequium) [2]); они не имѣли право вчинать противъ отца иска объ оскорбленіи (actio injuriarum), всякого безчестящаго иска (actio famosa) и даже по государственнымъ преступленіямъ они могли начинать преслѣдованіе противъ отца только съ разрѣшенія власти [3])

Пока дѣти воспитываются въ домѣ они обязываются исполнять услуги и всякую работу по приказанію отца. Но это только особая сторона воспитанія; самостоятельнаго же права на трудъ дѣтей отецъ не имѣлъ

Такъ слѣдуетъ толковать положеніе: pietatem liberi parentibus, non operas debent (L. 10 D. 37, 15). См. *Sintenis*. Civilrecht Bd. 3 p. 120 n. 1.

Имущественныя отношенія. По основному строю римской семьи сплоченной и объединенной неограниченною отцовскою властью все имущество въ ней могло принадлежать только одному домовладыкѣ. Подчиненные ему домочадцы, имѣя естественный доступъ къ пользованію находящимся въ семьѣ имуществомъ, никакихъ самостоятельныхъ правъ на него не имѣли. Единымъ правораспорядителемъ имущества былъ pater familias [4]).

Выходя изъ господствующаго представленія объ единствѣ лицъ (unitas personarum) отца и домочадцевъ, въ наукѣ иногда встрѣчается представленіе объ общемъ семейномъ имуществѣ, на которое всѣ члены семьи имѣютъ самостоятельныя права (см. напр. *Brinz*. Pand. Bd. 2 p. 1158). Но такое представленіе несогласно съ общимъ характеромъ монархической отцовской власти и съ ясными

---

[1]) Nov. 89 c. 12 § 6, c. 13, 15. См. *Spangenberg* въ Archiv f. civ. Praxis Bd. 1 n. 5.

[2]) Dig. 37, 15 de obsequiis parentibus et patronis praestandis.

[3]) L. 2; L. 5 § 1; L. 7 pr. § 2 D. 37, 15; L. 11 § 1 D. 48, 2; L. 1 § 43 D. 43, 16; L. 4 § 16 D. 44, 4.

[4]) См. Gajus 2, 87, 96; 3, 16 3.

выраженіями источниковъ о принадлежности всего имущества въ семьѣ одному домовладыкѣ (см. Gajus 2, 87, 96; 3, 163; § 1 I. per quas personas nobis adquiritur 2, 9).

Но такія исключительныя права домовладыки на имущество въ семьѣ не отрицали общей правоспособности домочадцевъ къ совершенію всякихъ имущественныхъ сдѣлокъ [1]). Такъ, имъ доступны были всевозможныя пріобрѣтательныя сдѣлки (ex aliqualibet causa adquirere) [2]), будь то adquisitiones civiles или adq. naturales, облеченныя въ торжественную форму древнецивильныхъ актовъ (mancipatio, stipulatio), съ вещнымъ характеромъ, или обязательственнымъ [3]).

Но всякое совершенное такимъ образомъ пріобрѣтеніе обращалось немедленно въ личное имущество (patrimonium) домовладыки.

Item quod liberi nostri, quos in potestate habemus.... adquirunt, id nobis adquiritur. Gajus 2, 87. См. т. I стр. 231.

Ограниченія общей правоспособности домочадцевъ по имущественнымъ сдѣлкамъ. Тѣ сдѣлки, которыя немыслимы безъ предположенія самостоятельнаго имущества [4]), были недоступны подчиненнымъ домочадцамъ, какъ напр. in jure cessio [5]), совершеніе завѣщанія [6]) и т. п. [7]). Затѣмъ, начало единства лицъ [8]) не допускало, по общему правилу, какихъ либо сдѣлокъ между домовладыкой

---

[1]) См. *Mandry*. Familiengüterr. 1 p. 57, 58.

[2]) Gajus 2, 87.

[3]) См. Gajus 2, 87, 89, 123; 3, 163, 166, 167; Ulpian 19, 18, 19; § 3 I. 2, 9; L. 7 § 18; L. 17 § 7; L. 21 pr. D. 2, 14; L 16 D. 28, 1. И др.

[4]) *Puchta*. Instit. § 219 срав. *Mandry*. Familiengüterr. 1 p. 63—65.

[5]) Gajus 2, 96; Fragm. Vatic. § 51.

[6]) pr. I. 2, 12.

[7]) Не говоримъ о спеціальныхъ ограниченіяхъ, какъ Sct. Macedonianum. См. т. II ч. I стр. 117—119.

[8]) § 4 I. 3, 19; L. 11 C. 6, 26. — О пресловутовъ ученіи объ unitas personarum см. *Азаревичъ*. О различіи между опекой и попечительствомъ по римскому праву 1872 стр. 56; *Arndts*. Pand. § 435 Anm.

и подчиненными ему домочадцами [1]), или какое либо участіе въ совершеніи сдѣлки тѣмъ или другими [2]). По тому же основанію не рождали иска обязательства и между самими подчиненными семейной власти лицами [3]).

Ограниченіе въ правоспособности домочадца по результатамъ совершенныхъ имъ сдѣлокъ выражалось, по общему правилу, въ томъ, что онъ могъ только дѣлать пріобрѣтенія своему домовладыкѣ, но не обязывать его предъ посторонними лицами [4]). Самъ же домочадецъ могъ, за указанными ограниченіями, обязываться третьимъ лицамъ съ полною дѣйствительностью [5]). Только въ случаяхъ такъ назыв. исковъ придаточнаго свойства (actiones adjectitiae qualitatis) подчиненный сынъ могъ обязать отца предъ третьими лицами [6]).

Уже въ республиканскія времена упоминается обыкновеніе домовладыкъ выдѣлять подчиненнымъ домочадцамъ часть имущества въ завѣдываніе и въ управленіе. Такое имущество носило названіе peculium [7]), теперь отличаемое эпитетомъ profectitium, т. е. происходящее изъ patrimonium отца. Пекуліумъ по прежнему продолжалъ составлять собственность домовладыки, отъ котораго зависѣло опредѣлить и мѣру свободы въ управленіи сыномъ, и отобрать его назадъ [8]). Домовладыка отвѣчалъ по обязательствамъ

---

[1]) § 6 I. 3, 19.

[2]) § 9 I. 2, 10; § 10 I. 3, 19.

[3]) § 6 I. 3, 19; L. 2 pr. D. 18, 1; L. 7 D. 44, 7. См. *Pfordten.* Obligationen zwischen den durch väterliche Gewalt verbundenen Personen въ Abhandlungen n. 2.

[4]) L. 57 D. 5, 1; L. 8 § 4 D. 46, 4; L. 133 D. 50, 17.

[5]) § 6 I. 3, 19 ...filii familias aliis obligari possunt.

[6]) См. подробнѣе т. I стр. 232.

[7]) Dig. 15, 1 de peculio; Cod. 4, 26 quodcum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur, vel de peculio, sive quod jussu, aut de in rem verso.

[8]) L. 10 C. 4, 26; § 3 I. 4, 7. Если иногда источники опредѣляютъ peculium словами: „veluti patrimonium filiorum filiarumque, item servorum“ (§ 10 I. 4, 6; L. 47 § 6 D. 15, 1), то этимъ они выражаютъ лишь фактическую, а не правовую, принадлежность даннаго имущества домочадцу. См. *Mandry* Familiengüterr. Bd. 2 p. 6, 69.

домочадца заключеннымъ по пекуліуму, но только въ объемѣ этого послѣдняго (actio de peculio) [1]).

Съ императорскихъ временъ начинаютъ признавать большую или меньшую самостоятельность домочадцевъ по отдѣльнымъ видамъ пріобрѣтеннаго ими имущества. Основной характеръ семейнаго склада, направляемаго волей домовладыки, сказался въ томъ, что это самостоятельное дѣтское имущество было подведено подъ категорію пекуліума [2]). Сюда относятся такъ называемыя

Peculium castrense et quasi castrense [3]). Подъ peculium castrense разумѣется имущество, которое пріобрѣтено домочадцемъ по поводу и при отправленіи военной службы.

> Castrense peculium est, quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est vel quod ipse filiusfamilias in militia acquisiit, quod nisi militaret adquisiturus non fuisset. L. 11 D. 49, 17.—Paulus 3, 4a § 3; L. 1 C. 12. 36; L. 4 pr.; L. 8; L. 13 D. 49, 17.

Сюда принадлежатъ: жалованье, военная добыча, средства на военное снаряженіе, отказы товарищей по службѣ, но также и наслѣдство со стороны жены [4]).

Особыя самостоятельныя права на это имущество ведутъ свое начало отъ имп. Августа, который призналъ право домочадцевъ совершать по нему акты послѣдней воли [5]). Позднѣе было предоставлено общее неограниченное право распоряженія этимъ имуществомъ домочадцу [6]).

Со временъ имп. Адріана [7]) (или христіанскихъ императоровъ) начала военнаго пекуліума были распространены на т. наз. пеку-

---

[1]) L. 17 § 4 D. 14, 3; § 4 I. 4, 7.

[2]) См. L. 2 D. 49, 17; L. 5 C. 12, 37.

[3]) Dig. 49, 17 de castrensi peculio; Cod. 12, 37 de castrensi peculio militum et praefectianorum. — *Fitting*. Ueber das castrense peculium 1871.

[4]) L. 13 D. 49, 17.

[5]) Ulpianus 20, 10; pr. I. 2, 12.

[6]) См. *Fitting* cit. p. 131.

[7]) L. 50 D. 36, 1.

lium quasi castrense [1]), т. е. имущество, пріобрѣтенное домочадцемъ въ качествѣ должностнаго лица или по поводу и при отправленіи какой либо свободной профессіи, какъ напр. при отправленіи профессіи адвоката, позднѣе—духовнаго званія [2]).

Какъ peculium castrense, такъ и peculium quasi castrense до Юстиніана переходили по смерти сына, если онъ не оставлялъ завѣщанія, къ отцу на общихъ правахъ пекуліума. А именно, отецъ отвѣчалъ за долги умершаго только въ размѣрѣ дошедшаго до него; кредиторы имѣли противъ него actio de peculio [3]). Юстиніанъ новеллой 118-ой установилъ въ этомъ имуществѣ общій порядокъ наслѣдованія по закону (ab intestato) [4]).

Съ имп. Константина ведетъ начало еще новый видъ самостоятельнаго дѣтскаго имущества подъ не римскимъ названіемъ *bona adventitia* [5]), подъ которымъ разумѣлось все полученное домочадцами не изъ отцовскаго имущества [6]). Затѣмъ, въ адвентиціяхъ различаютъ т. наз. bona adventitia regularia и bona adventitia irregularia.

Bona adventitia regularia [7]) составляетъ имущество, дошедшее домочадцамъ отъ ихъ матерей, отъ материнскихъ восходящихъ, а позднѣе—и отъ супруговъ домочадца [8]). Право собственности на данное имущество признавалось за домочадцомъ [9]); отцу

---

[1]) См. *Fitting* cit. p. 416.

[2]) L. 4; L. 37 pr. C. 3, 28; L. 7 C. 12, 37; L. 50 D. 36, 1. См. *Fitting* cit. p. 447.

[3]) L. 2; L. 14 pr.; L. 17 pr.; L. 19 § 3 D. 49, 17; L. 5 C. 12, 37.

[4]) Nov. 118 c. 1.

[5]) *Marezoll.* Revision der Lehre von den sogen. Adventitien въ Zeitschr. f. Civ. u. Proz. Bd. 8 n. 2, 6, 9.

[6]) Отсюда и данное современное его названіе, выработанное по аналогіи съ dos adventitia.

[7]) Cod. 6, 60 de bonis maternis et materni generis; 6, 61 de bonis, quae liberis in potestate constitutis ex matrimonio vel aliter acquiruntur, ed eorum administratione.

[8]) L. 1; L. 2 C. 6, 60; L. 1 C. 6, 61.

[9]) § 1 in f. I. 2, 9; L. 6 pr. § 1 C. 6, 61.

же принадлежало управленіе [1]) и пожизненное вещное пользованіе (ususfructus) [2]). Управленіе ведется отцомъ отъ собственнаго имени, а не въ качествѣ представителя сына [3]). Узуфруктъ въ данномъ случаѣ предоставляетъ болѣе широкія права, чѣмъ обыкновенно; отецъ можетъ дѣлать даже существенныя въ имуществѣ измѣненія и не обязанъ къ представленію cautio usufructuaria [4]). — Въ обезпеченіе своихъ интересовъ домочадецъ имѣетъ общую законную ипотеку на имуществѣ отца [5]). Но, имѣя право собственности, домочадецъ не могъ отчуждать этого имущества безъ согласія отца [6]). Съ другой стороны, при нежеланіи сына принять открывшееся ему послѣдство, или отказъ, отецъ могъ принять ихъ для себя [7]).

Bona adventitia irregularia [8]) составляютъ слѣдующія виды имущества: 1) Имущественныя предоставленія безвозмедно (напр. по даренію, по отказу) сыну отъ постороннихъ лицъ подъ условіемъ, чтобы отецъ не имѣлъ на это вещнаго пользованія [9]). 2) Пріобрѣтенія домочадцевъ вопреки воли отца [10]). 3) Полученное домочадцемъ по наслѣдству ab intestato отъ родныхъ братьевъ и сестеръ [11]). По всему этому имуществу домочадецъ имѣлъ исключительныя права пользованія и распоряженія, кромѣ завѣщательнаго. Отецъ допускался только къ управленію [12]), если сынъ былъ несовершеннолѣтній; въ случаѣ же отказа отца, назначался опекунъ или попечитель [13]).

---

[1]) L. 6 § 2a C. 6, 61.
[2]) L. 1; L. 2 C. 6, 60; L. 6 § 1; L; 8 pr. C. 6, 61.
[3]) *Marezoll* cit. p. 372.
[4]) L. 8 § 4 d. C. 6, 61. См. т. I стр. 458—460.
[5]) L. 8 § 4 C. 5, 9; L. 6 § 4 C. 6, 61. См. т. II стр. 22.
[6]) L. 8 § 5 in f. C. 6, 61.
[7]) L. 8 pr. C. 6, 61.
[8]) *Buchholtz.* Fälle der extraordinären Adventitien въ Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. Bd. 14 n. 11.
[9]) Nov. 117 c. 1 pr.
[10]) L. 8 pr. C. 6, 61.
[11]) Nov. 118 c. 2.
[12]) L. 7 pr. C. 5, 70.
[13]) L. 8 § 1 in f. C. 6, 61.

Установленіе отцовской власти.

Отцовская власть устанавливается нормально рожденіемъ ребенка въ дѣйствительномъ бракѣ, затѣмъ по узаконенію (legitimatio) и, наконецъ, по усыновленію (adoptio).

Рожденіе [1]). Дѣти, родившіяся въ бракѣ, дѣйствительномъ по началамъ римскаго права (in justis nuptiis), съ момента рожденія подпадаютъ власти ихъ отца [2]).

Отцовство доказывалось прежде всего состояніемъ въ бракѣ съ матерью ребенка въ моментъ его рожденія. По законной презумпціи pater is est, quem nuptiae demonstrant [3]), противъ каковой презумпціи допускалось доказываніе противнаго [4]). Всякое признаніе, явное или молчаливое, дѣтей своими лишаетъ отца права позднѣе ихъ отвергать [5]).

У римлянъ были многоразличные способы формальнаго признанія ребенка, родившимся въ данномъ бракѣ. Такъ, съ Марка Аврелія обязательно было въ теченіи 30 дней занести родившагося въ реестры (ad acta) у префекта казны, въ провинціи — у нотаріусовъ (tabularii) и т. п. См. *Азаревичъ* О различіи между опекой и попечительствомъ стр. 33.

Оспаривать законность ребенка родившагося въ бракѣ могъ только мужъ, или, въ случаѣ его недѣеспособности, его опекунъ. Другія заинтересованныя въ томъ лица получали право на подобное заявленіе только по смерти мужа и притомъ если при жизни онъ ни въ чемъ не выразилъ признанія законнорожденности даннаго ребенка [6]).

Съ другой стороны римское право предоставляло нѣсколько

---

[1]) *Fuchs.* Die Rechtvermuthung der ehelichen Vaterschaft 1880; *Coste.* De la présomption légale de paternité d'après le droit romain 1884.

[2]) pr. I. 1, 9; § 12 I. 1, 10.

[3]) L. 5 D. 2, 4.

[4]) См. т. I стр. 88.

[5]) См. *Fuchs* cit. p. 19, 37.

[6]) L. 1 §§ 6, 12, 16; L. 2; L. 3 pr. D. 25, 3.

судебныхъ средствъ, которыми осуществлялось притязаніе на признаніе происхожденія отъ данныхъ лицъ. Такъ, дѣти имѣли особый искъ, actio de liberis agnoscendis [1]), къ своимъ родителямъ (также и къ дѣдамъ) на признаніе ихъ происхожденія. Кромѣ того мать могла исковымъ порядкомъ, actio de partu agnoscendo, вынудить отца на признаніе своего ребенка.

Въ случаяхъ развода или смерти мужа оставшаяся беременной жена обязана заявить о своемъ состояніи, въ первомъ случаѣ, бывшему мужу (Sctum Plancianum) [2]), во второмъ — его наслѣдникамъ, которые могутъ принять мѣры противъ подмѣна ребенка [3]). Съ другой стороны мужъ, послѣ развода, могъ принять мѣры, чтобы беременная бывшая его жена не утаила отъ него будущаго ребенка [4]).

Родившійся въ бракѣ ребенокъ подчинялся patria potestas своего отца только тогда, когда послѣдній былъ sui juris. Если же самъ отецъ находился подъ отцовскою властью другого, то этому домовладыкѣ подчинялось и его потомство [5]).

Другой способъ установленія отцовской власти представляетъ такъ называемое

Узаконеніе, legitimatio [6]). Подъ узаконеніемъ разумѣется предоставленіе незаконнорожденнымъ дѣтямъ правъ дѣтей законнорожденныхъ. Въ юстиніановомъ правѣ такое предоставленіе правъ законнорожденности допускалось только для такъ назыв. liberi naturales, т. е. для дѣтей конкубины [7]).

Способы узаконенія были слѣдующіе:

---

[1]) Dig. 25, 3 de agnoscendis et alendis liberis vel parentibus, vel patronis, vel libertis.—*Glück.* Erläuter. Bd. 28.

[2]) L. 1—3 D. 25, 3.

[3]) Dig. 25, 4 de inspiciendo ventre custodiendoque partu. L. 1 § 10.

[4]) L. 1 pr. D. 25, 4.

[5]) § 3 I. 1, 9; L. 4 D. 1, 6.

[6]) Cod. 5, 27 de naturalibus liberis et matribus eorum, et ex quibus causis justi efficiuntur.

[7]) См. cit. ниже. *Schneider* въ Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. 12 n. 10.

1) Legitimatio per subsequens matrimonium [1]), т. е. узаконеніе чрезъ послѣдующее вступленіе отца съ матерью въ бракъ. При этомъ особаго заявленія о намѣреніи считать до брака рожденное дитя законнорожденнымъ не требовалось, если только было установлено происхожденіе отъ даннаго лица, отцовство, въ силу признанія имъ ребенка своимъ, или другимъ какимъ либо путемъ [2]).

2) Legitimatio per rescriptum principis, т. е. узаконеніе по указу государя на основаніи просьбы (preces) отца [3]). Съ такой же просьбой къ государю могли обращаться мать или сами дѣти, если умершій отецъ выразилъ въ завѣщаніи свое желаніе произвести узаконеніе [4]). Въ послѣднемъ случаѣ узаконеніе имѣетъ такое дѣйствіе, какъ бы оно было произведено еще при жизни отца.

Послѣдніе случаи узаконенія многіе писатели называютъ неточно legitimatio per testamentum. См. *Vangerow*. Pand. 1 § 256 anm. 2.

3) Legitimatio per oblationem curiae [5]), т. е. узаконеніе чрезъ приписку незаконнорожденнаго (отъ конкубины) [6]) сына на муниципальную службу, въ ordo decurionum; узаконеніе чрезъ выдачу незаконнорожденной дочери замужъ за декуріона съ выдѣломъ ей при жизни, или по послѣдней волѣ, извѣстную часть имущества. Такое узаконеніе введено Ѳеодосіемъ II съ цѣлью поощрить къ занятію муниципальныхъ должностей, отъ которыхъ въ это время всѣ устранялись въ виду тягостной имущественной отвѣтственности, напр. за недоборъ податей и т. п.

Прямымъ послѣдствіемъ узаконенія, какъ сказано, было пріобрѣтеніе дѣтьми отъ конкубины правъ дѣтей рожденныхъ въ бракѣ и не только по отношенію къ отцу, но и къ отцовскимъ родственни-

---

[1]) *Wolf*. Die Legitimatio per subsequens matrimonium nach Justinianischem Recht 1881.

[2]) L. 10; L. 11 C. 5, 27; Nov. 12c. 4; Nov. 89 c. 8; § 13 I. 1, 10.

[3]) Nov. 74 c. 1, 2; Nov. 89 c. 9.

[4]) Nov. 74 c. 2 § 1; Nov. 89 c. 10.

[5]) § 13 I. 1, 10; L. 3; L. 4; L. 9 C. 5, 27; Nov. 89 cc. 2—4.

[6]) Срав. *Arndts*. Pandekt. § 421 Anm. 3 in f.

камъ [1]). Отцовская же власть надъ узаконенными пріобрѣталась только по ихъ согласію на то [2]). Такимъ образомъ узаконеніе не есть прямой способъ установленія отцовской власти.

Усыновленіе, adoptio.

Источники: Inst. 1, 11; Cod. 8, 48 de adoptionibus; Dig. 1, 7 de adoptionibus et emancipationibus et aliis modis quibus potestas solvitur.

Пособія: Schmitt. Die Lehre von der Adoption 1825.

Понятіе и выды. Подъ усыновленіемъ, adoptio въ обширномъ смыслѣ слова, разумѣется такой гражданскій актъ, которымъ постороннее лицо принималось въ семью [3]) что, по основному римскому началу, вело къ подчиненію подъ отцовскую власть усыновителя и установленіе агнатнаго родства [4]).

Въ Римѣ извѣстны были двѣ формы усыновленія [5]): усыновленіе лицъ уже находящихся подъ чьею либо отцовскою властью (filii familias); это — отдача въ усыновленіе, adoptio въ тѣсномъ смыслѣ слова; и усыновленіе лица sui juris, т. наз. arrogatio [6]).

Относительно перваго вида усыновленія въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ различали, по юридическимъ послѣдствіямъ, усыновленіе полное, adoptio plena, и усыновленіе менѣе полное, adoptio minus plena [7]). Полнымъ усыновленіемъ будетъ тотъ случай, когда отецъ отдаетъ своего ребенка въ усыновленіе кровному восходящему. Менѣе полнымъ усыновленіемъ будетъ отдача отцомъ своего ребенка въ усыновленіе лицу, несостоящему въ числѣ его восходящихъ родственниковъ.

---

[1]) Послѣднее непримѣнимо къ узаконеннымъ per oblationem curiae.

[2]) Nov. 89 c. 11.

[3]) L. 1 pr. D. 1, 7.

[4]) L. 23 D. 1, 7; pr. I. 1, 11.

[5]) L. 1 § 1 D. 1, 7; § 1 I. 1, 11.

[6]) См. Gellius Noct. Att. 5, 19.

[7]) L. 10 C. 8, 47; § 2 I. 1, 11.

Условія усыновленія. Усыновлять могли только тѣ лица, которымъ доступна была отцовская власть. Поэтому не могли этого совершать лица, которыя не были изъ числа homines sui juris, т. е. которыя сами находились подъ отцовскою властью [1]). Но отецъ могъ усыновить кого либо своему сыну. Не могли усыновлять и женщины, такъ какъ имъ недоступна была отцовская власть. Но по закону Діоклетіана и Максиміана онѣ получали право усыновлять in solatium amissorum liberorum, ради утѣшенія въ потерѣ своихъ дѣтей [2]).

Усыновленіе подражаетъ природѣ, adoptio naturam imitatur [3]). Поэтому усыновитель долженъ былъ быть старше усыновляемаго по крайней мѣрѣ на 18 лѣтъ [4]) и не быть кастратомъ (но могъ быть spado) [5]).

Усыновитель не долженъ имѣть дѣтей ни кровныхъ законныхъ, ни усыновленныхъ; ибо назначеніе этого акта состоитъ въ томъ, чтобы восполнить семью, неимѣющую дѣтей; въ противномъ случаѣ усыновленіе могло бы послужить въ ущербъ потомству или уже взятымъ въ усыновленіе [6]). По уважительному мотиву дозволялось усыновлять нѣсколькихъ лицъ [7]).

Въ виду возможныхъ злоупотребленій запрещено было опекунамъ усыновлять подъопечныхъ имъ лицъ [8]).

Касательно лицъ усыновляемыхъ въ римскомъ правѣ запрещалось adoptio дѣтей отъ конкубины (filii naturales) [9]). Этимъ имѣлось въ виду поощрить ко вступленію въ бракъ [10]). Засимъ,

---

[1]) Arg. pr. I. 1, 11.

[2]) § 10 I. 1, 11; L. 5 C. 8, 48.

[3]) § 4 I. 1, 11; ср. L. 1 pr. D. 1, 7.

[4]) § 4 I. 1, 11; L. 15 § i f; L. 40 § 1 D. 1, 7 ср. Gajus 1 § 106.

[5]) § 9 I. 1, 11; L. 2 § 1; L. 40 § 2 D. 1, 7. См. т. I стр. 85.

[6]) L. 17 § 3 D. 1, 7.—L. 15 § 3 D. 1, 7.

[7]) L. 15 § 3 D. 1, 7.

[8]) L. 17 pr.; L. 32 § 1 D. 1, 7.

[9]) Ср. L. 46 D. 1, 7 съ L. 7 § 3 C. 5, 27; Nov. 74 c. 3; Nov. 89 c. 7.

[10]) См. выше „Узаконеніе“ стр. 334. 335.

усыновленію могли подлежать лица обоего пола, какъ несовершеннолѣтніе, такъ и совершеннолѣтіе римскіе граждане [1]).

Въ частности arrogatio не допускалось въ древнѣйшемъ Римѣ надъ женщинами, въ силу той формы его совершенія, которая женщинамъ была недоступна [2]). Затѣмъ для pater arrogans требовался возрастъ не менѣе 60 лѣтъ [3]), т. е. когда мущина терялъ уже надежду имѣть своихъ дѣтей [4]).

Совершалось усыновленіе при слѣдующихъ условіяхъ. Отъ усыновляемаго требовалось явное или молчаливое заявленіе его согласія на этотъ актъ [5]); при его миноритетѣ требовалось еще согласіе опекунское, буде онъ не находился подъ отцовскою властью. Усыновленіе не допускало оговорокъ ни условіями, ни срокомъ [6]). Какъ подражаніе природѣ adoptio не могло быть временнымъ: nec moribus nostris convenit, filium temporalem habere [7]). Форма самого акта усыновленія была всегда публичная. Adoptio первоначально совершалось чрезъ акты продажи и уступки въ судѣ (древнеримскія mancipatio и in jure cessio) [8]), а въ позднѣйшемъ правѣ оно совершалось простымъ заявленіемъ отца усыновляемаго и усыновителя ad acta, т. е. въ протоколѣ судебномъ [9]).

Arrogatio совершалось первоначально въ народномъ собраніи (comitia calata) путемъ его рогаціи, откуда и самое названіе этой формы усыновленія [10]). Позднѣе оно происходило per rescriptum principis [11]). При этомъ, если усыновляемый былъ несовершеннолѣтнимъ, то усыновитель давалъ обезпеченіе въ томъ, что въ слу-

---

1) Ulpianus 8, 5; Gajus 1 §§ 101, 102.

2) Ulpianus 8, 5; Gajus 1, 101.

3) L. 15 § 2 D. 1, 7.

4) Срав. *Vangerow*. Pand. 1 § 249 anm. 1 и *Puchta*. Pand. § 443 n. V.

5) L. 5 D. 1, 7.

6) L. 34 D. 1, 7.

7) L. 34 D. 1, 7.

8) Gajus 1, 134.

9) L. 11 C. 8, 48.

10) Gajus 1, 99; Gellius noctes atticae 5 § 19.

11) L. 6 C. 8, 47.

чаѣ смерти перваго онъ выдастъ все его имущество законнымъ наслѣдникамъ [1]); а въ случаѣ смерти самого усыновителя, или эманципаціи усыновленнаго, безъ уважительной причины, до его совершеннолѣтія, кромѣ возвращенія всего имущества послѣдняго ему еще оставляется четвертая часть имущества усыновителя. Это — т. наз. quarta divi Pii, установленное имп. Антониномъ Піемъ [2]).

Актъ усыновленія не могъ совершаться чрезъ представителя [3]).

Послѣдствія усыновленія. 1) Усыновляемый поступаетъ подъ власть усыновителя съ тѣми своими дѣтьми, которыя были зачаты послѣ совершенія акта усыновленія; рожденныя и зачатыя до того остаются подъ властью ихъ кровнаго дѣда [4]), при arrogatio усыновляемый поступаетъ подъ власть усыновителя со всѣми наличными дѣтьми [5]). 2) Къ усыновителю усыновляемый становится въ положеніе равное съ кровными дѣтьми [6]); относительно послѣднихъ же онъ дѣлается какъ бы агнатомъ; но остается чуждымъ къ простымъ когнатамъ усыновителя [7]). Но усыновленіемъ можно было прямо поставить въ положеніе внука (in locum nepotis), правнука (in l. pronepotis) [8]). 3) Относительно своей кровной семьи усыновляемый терпитъ такъ наз. capitis deminutio minima [9]), что вело къ потерѣ агнатства въ той семьѣ. Выходя изъ своей кровной семьи (т. наз. менѣе полное усыновленіе) и примыкая къ другой, усыновляемый терялъ право наслѣдованія въ первой и пріобрѣталъ таковое право по отношенію къ усыновителю. Приэтомъ если усыновленный будетъ эманципированъ пріемнымъ отцомъ, то, не пріобрѣтая вновь прежнихъ правъ въ своей кровной семьѣ, онъ вмѣстѣ съ тѣмъ терялъ таковыя и по отношенію къ новой семьѣ [10]). Въ виду такой возможности позднѣйшее римское законодатель-

---

[1]) L. 18 и слѣд. D. 1, 7.
[2]) § 3 I. 1, 11; L. 2 pr. C. 8, 47.
[3]) L. 25 § 1 D. 1, 7.
[4]) pr. I. 1, 11, § 9 I. 1, 12; L. 40 pr. D. 1, 7.
[5]) § 11 I. 1, 11.
[6]) L. 10 pr. C. 8, 48.
[7]) L. 23 D. 1, 7.
[8]) L. 37 D. 1, 7.
[9]) L. 4 § 10 D. 38, 10.
[10]) Gajus 2, 136; L. 10 pr. C. 8, 48.

ство установило, что adoptio не разрываетъ юридической связи усыновляемаго съ его кровной семьей и къ этимъ прежнимъ отношеніямъ прибавляетъ отношенія къ пріемному отцу; такимъ образомъ усыновленный, не теряя правъ наслѣдованія въ прежней семьѣ, пріобрѣталъ еще таковыя права по отношенію къ усыновителю [1]). Новелла 118 имп. Юстиніяна, поставивъ право наслѣдованія въ зависимость главнымъ образомъ, отъ кровной связи, окончательно уничтожила указанную возможность нарушать права наслѣдованія усыновленнаго путемъ emancipatio. — Усыновленіе женщиной ставило усыновляемаго въ положеніе кровнаго ребенка по отношенію къ пріемной матери [2]).

Отъ усыновленія слѣдуетъ отличать принятіе ребенка въ домъ на прокормленіе и воспитаніе (такъ наз. *alumnus*, пріёмышъ). Такое принятіе давало право извѣстнаго надзора, но не устанавливало отцовской власти, въ собственномъ смыслѣ слова, съ непосредственными ея послѣдствіями [3]).

Прекращеніе отцовской власти [4]).

Способы прекращенія. Прекращается отцовская власть прежде всего со смертью домовладыки или подчиненнаго домочадца [5]). При смерти дѣда становятся homines sui juris только непосредственные ихъ нисходящіе, внуки же переходятъ подъ отцовскую власть своего родителя [6]). Такое же послѣдствіе, какъ смерть, имѣетъ capitis deminutio maxima [7]) и media [8]), ибо отцовская

---

[1]) L. 10 pr. § 1 C. 8, 48.

[2]) L. 5 C. 8, 48.

[3]) L. 3 § 4 D. 43, 29.

[4]) Inst. 1, 12 quibus modis jus potestatis solvitur; Dig. 1, 7 de adoptionibus et emancipationibus et aliis modis, quibus potestas solvitur; Cod. 8, 49 de emancipationibus liberorum.

[5]) pr. I. 1, 12.

[6]) pr. in f. I. 1, 12; L. 5 D. 1, 6. Ср. L. 40 pr. D. 1, 7.

[7]) § 3 I. 1, 12.

[8]) § 1 I. 1, 12.

власть была институтомъ цивильнымъ и терялась съ потерею римскаго гражданства отцомъ или подчиненными ему дѣтьми. Вела за собою прекращеніе отцовской власти и capitis diminutio minima, какъ-то усыновленіе отца (arrogatio)—для дѣтей, и усыновленіе дѣтей (adoptio plena)—для отца [1]).

Отецъ могъ быть лишенъ власти, въ иныхъ случаяхъ, въ наказаніе, какъ-то: за удаленіе дѣтей изъ дому (expositio) [2]), за дурное съ ними обращеніе [3]), за развращеніе дочери [4]) и за вступленіе въ кровосмѣсительный бракъ [5]).

Занятіе подчиненными извѣстныхъ должностей вело за собою освобожденіе отъ отцовской власти. Въ языческія времена свободны были отъ нея flamines diales и virgines vestales [6]); въ христіанскія времена—напр. епископы [7]).

Наконецъ, отцовская власть прекращалась прямымъ актомъ освобожденія отъ нея, такъ наз. *emancipatio*. Въ древнемъ правѣ оно совершалось въ формѣ продажи, сына—тройной, для другихъ домочадцевъ – однократной, и послѣдующимъ отпущеніемъ отъ той власти, которая устанавливалась этой продажей (mancipium) [8]). По закону Юстиніана достаточно было простаго заявленія въ протоколѣ судебнаго мѣста (ad acta) отца въ присутствіи освобождаемаго домочадца, который оставлялъ такое заявленіе безъ возраженія [9]). Это такъ наз. emancipatio Justinianea. Въ тѣхъ случаяхъ, когда отецъ и дѣти жили въ различныхъ мѣстахъ, освобожденіе отъ отцовской власти происходило, согласно закону имп. Анастасія (502 г.), по рескрипту императора, испрошенному отцомъ и при согласіи на то освобождаемаго лица [10]). Такое освобожденіе

---

[1]) § 8 I. 1, 12; § 11 I. 1, 11.
[2]) L. 2 C. de infantibus expositis 8, 51.
[3]) L. 5 D. si a parente quis manumissus sit 37, 12.
[4]) L. 6 C. 11, 4.
[5]) Nov. 12 cap. 2.
[6]) Gajus 1, 130; Ulpianus 10, 3.
[7]) Nov. 81 c. 1, 3; L. 5 C. 12, 3.
[8]) Gajus 1, 132.
[9]) L. 6 C. 8, 48.
[10]) L. 5 C. 8, 48.

inter absentes носило названіе emancipatio Anastasiana. — Простое отверженіе ребенка, abdicatio, не вело къ прекращенію отцовской власти [1]).

Послѣдствія прекращенія отцовской власти. Общимъ послѣдствіемъ прекращенія отцовской власти будетъ освобожденіе подчиненныхъ отъ личной и имущественной зависимости по отношенію къ прежнему домовладыкѣ. Домочадцы или становятся homines sui juris, или подпадаютъ власти другого лица, какъ напр. при усыновленіи.

Эманципація, усыновленіе и узаконеніе ведутъ за собою capitis deminutio minima, а слѣдовательно и къ прекращенію агнатныхъ отношеній къ прежней семьѣ [2]), что имѣло весьма большое значеніе, пока агнатное родство опредѣляло много частноправовыхъ послѣдствій. Смерть отца или дѣтей и прекращеніе отцовской власти по закону не вели за собою умаленія правоспособности (c. d. minima).

При эманципаціи домовладыка удерживалъ въ качествѣ вознагражденія, какъ praemium emancipationis, пожизненное вещное пользованіе (usufructus legalis) въ половинѣ bona adventitia эманципированныхъ [3]). Кромѣ того между emancipans и emancipatus устанавливались особыя отношенія, выражавшіяся въ правѣ наслѣдованія перваго отъ второго и въ правѣ опеки надъ эманципированнымъ и его дѣтьми (см ниже въ наслѣд. правѣ и въ опекѣ-попечительствѣ).

---

[1]) L. 6 C. 8, 47: Abdictio, quae Graeco more, ad alienandos liberos usurpabatur, et ἀποκήρυξις dicebatur, Romanis legibus non comprobatur. Cp. L. 3 C. 8, 49.

[2]) L. 3 pr. § 1 D. 4, 5; L. 4 § 10 D. 38, 10.

[3]) § 2 I. 2, 9.

ОПЕКА И ПОПЕЧИТЕЛЬСТВО.

Источники. Instit. de tutelis 1, 13—26; Dig. de tutelis 26, 1—10; 27, 2—10; Cod. 5. 28—75.

Пособія: *Glück.* Erläuterung der Pandekten Bd. 28 — 33; *Rudorff.* Das Recht der Vormundshaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwickelt. 3 Bde. 1832—34. *Lefort.* Essai historique de la tutelle en droit romain 1850.

Д. Азаревичъ. О различіи между опекой и попечительствомъ по римскому праву. 1872.

Общее понятіе. — Подъ опекой и попечительствомъ, какъ показываютъ самыя названія (tutela отъ tueri, охранять; cura, забота), разумѣется предписанная положительнымъ правомъ забота о такихъ лицахъ sui juris, которыя или вовсе не могутъ, или не могутъ какъ слѣдуетъ соблюсти свои личные интересы.

Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa L. 2 pr. D. 26, 1. Опредѣленіе это неточно такъ какъ упоминаетъ одинъ видъ опеки и не указываетъ на важнѣйшую функцію опекуна, охрану имущества (см. ниже). Попечительство же въ источникахъ не опредѣляется вовсе.

Изъ даннаго опредѣленія слѣдуетъ прежде всего, что опека и попечительство были munera publica. Положительное право предписываетъ обязательно устанавливать данную заботу, какъ отправленіе публичной обязанности.

Въ древнемъ Римѣ опека разсматривалась съ иной точки зрѣнія. Она считалась *правомъ* ближайшихъ наслѣдниковъ опекаемаго (*Löhr*. Ueber die röm. Begriffe v. Tutel und Kuratel въ его Magazin Bd. 3 n. 1). т. е. значитъ ближайшихъ агнатовъ (патрона), которые путемъ опеки сохраняли въ цѣлости имущество, на наслѣдованіе въ коемъ они имѣли надежду (L. 1 pr. D. 26, 3). Но, конечно, вмѣстѣ съ тѣмъ эта охрана была и обязанностью ихъ (Gellius Noctes att. 5 c. 13). Позднѣе, съ распаденіемъ семейнаго родоваго союза, на первый планъ выдвинулся послѣдній признакъ опеки.

Далѣе, данная забота устанавливается въ интересѣ лицъ, которыя лишены той естественной заботы, которую каждый нуждающійся въ ней находитъ въ семьѣ. Поэтому основная идея опеки и попечительства та, что они составляютъ восполненіе недостающей семейной заботы, а слѣдовательно и мѣсто данному институту въ системѣ гражданскаго права—непосредственно за семейными отношеніями. Разница только та, что опека и попечительство устанавливаютъ чисто юридическія отношенія между опекунами и опекаемыми, выражающіяся въ quasi contractus, т. е. договорѣ аналогичномъ мандату. Но эти обязательственныя отношенія суть только послѣдствія опекунской дѣятельности; они не входятъ въ предположеніе опеки, поэтому и не могутъ опредѣлять ея мѣсто въ обязательственномъ правѣ.

Послѣ Савиньи (System I p. 361) опеку и попечительство чаще всего излагаютъ въ отдѣлѣ семейнаго права (напр. Arndts, Wächter, Dernburg). Но Пухта (Pand. § 331), а за нимъ Виндшейдъ (хотя не вполнѣ см. Pand. Bd. 2 § 432 Anm. 4) и др. помѣщаютъ этотъ институтъ въ отдѣлѣ обязательственнаго права.

Римское право знало два вида такой заботы: tutela, опека въ тѣсномъ смыслѣ, и cura или curatio, попечительство.

Различіе между опекой и попечительствомъ заключается въ томъ, что первая въ своихъ основныхъ видахъ назначается къ лицамъ, по положительному праву ограниченныхъ въ своей дѣеспособности, и опекунъ предназначается восполнять эту дѣеспособность, чтобы придать полную дѣйствительную силу сдѣлкамъ отъ имени опекаемаго. Попечительство же назначается первоначально къ ли-

цамъ, за которыми положительное право признаетъ полную дѣеспособность, но въ силу различныхъ соображеній полезности считаетъ необходимымъ обставить вступленіе въ извѣстныя сдѣлки соучастіемъ людей съ житейской опытностью. Попечитель такимъ образомъ не восполняетъ дѣеспособности подъопечныхъ, а только формальнымъ своимъ согласіемъ даетъ сдѣлкѣ самого подъопечнаго правовую силу.

Таково господствующее теперь въ наукѣ воззрѣніе на различіе опеки и попечительства (изъ болѣе новыхъ см. *Wächter*. Pand. II p. 643—646). Но въ прежнее время, отчасти и въ новое, была масса и другихъ попытокъ разграничить эти два институты (см. въ моемъ приведенномъ трудѣ отъ стр. 196 и д.). Я считаю господствующее воззрѣніе какъ догматическое положеніе невѣрнымъ. Исторически вполнѣ справедливо, что установленіемъ попечительства имѣлось въ виду приставить охрану къ лицамъ вполнѣ дѣеспособнымъ, а опека устанавливалась всегда для лицъ съ ограниченной дѣеспособностью. Но расширявшійся и усложнявшійся гражданскій оборотъ заставлялъ законодателя постепенно ограничивать дѣеспособность такъ наз. миноровъ, не отнимая отъ нихъ общаго характера совершеннолѣтнихъ лицъ. Такимъ образомъ уже задолго до Юстиніана гражданская дѣеспособность миноровъ почти ничѣмъ не отличалась отъ дѣеспособности т. наз. infantia majores. И поэтому Модестинъ имѣлъ право сказать: id est in paucissimis.... distant curatores a tutoribus (L. 13 pr. D. 27, 1). Послѣ выхода въ свѣтъ моего труда и въ западной литературѣ стало проявляться подобное же воззрѣніе и притомъ не только въ монографическихъ трудахъ, и статьяхъ, но отчасти даже и въ учебникахъ, какъ напр. у Барона (Pandekten § 369).

Опека въ Римѣ до половины императорскаго времени устанавливалась надъ двумя разрядами лицъ: надъ несовершеннолѣтними и надъ женщинами. Соотвѣтственно съ этимъ будемъ различать *tutela pupillaris* и *tutela muliebris*.

Въ попечительствѣ мы должны отличать т. наз. *cura personalis*, т. е. попечительство, устанавливаемое непосредственно къ данному лицу, съ цѣлью охраны его имущественнаго интереса, и *cura*

realis или *bonorum*, попечительство, устанавливаемое также въ интересѣ опредѣленныхъ лицъ, но имѣющее непосредственной своей задачей охрану даннаго имущества. Cura personalis будетъ: cura minorum, cura furiosi, cura prodigi и cura personarum debilium. Подъ cura realis обыкновенно подводятъ: cura bonorum absentis, cura bonorum въ случаѣ конкурса, cura hereditatis jacentis, cura ventris nomine, cura ex Carboniano edicto. Различіе между cura personalis и c. realis то, что первое обыкновенно имѣетъ дѣло съ administratio bonorum въ обширномъ смыслѣ, а второе главнымъ образомъ съ custodia rerum. Въ этомъ смыслѣ можно признать съ нѣкоторыми западными писателями [1]) дѣленіе попечительства на cura plena и cura minus plena.

Западные систематики выдѣляютъ cura realis изъ ученія объ опекѣ и попечительствѣ и разсматриваютъ различные его случаи въ различныхъ частяхъ системы (см. Böcking, Arndts, Windscheid и др.). Основаніемъ къ тому служитъ воззрѣніе будто cura realis устанавливается исключительно въ интересѣ данной имущественной массы, а не лицъ, нуждающихся въ чужой заботѣ, и притомъ будто cura realis ограничивается одной лишь охраной даннаго имущества и не имѣетъ дѣла съ его управленіемъ. Въ общее подтвержденіе ссылаются на одно мѣсто Гермогіана L. 48 D. 26, 7, дѣйствительно проводящаго такое различіе. Но помимо того, что тотъ же Гермогіанъ забываетъ въ другомъ мѣстѣ о такомъ различіи (L. 1 § 4 D. 50, 4), въ своемъ мѣстѣ будетъ указано, что всѣ случаи curae realis имѣютъ въ виду интересъ опредѣленныхъ лицъ и что назначеніе такихъ попечителей никогда неограничивалось исключительно одной охраной имущества въ цѣлости; а такъ какъ большій или меньшій объемъ опредѣленной функціи не можетъ въ данномъ случаѣ вліять на самый характеръ института, то понятно почему въ Юстиніановомъ сводѣ другіе юристы не знаютъ никакого различія между попечителями (L. 1 § 22 D. 37, 9 см. также L. 2 § 2, 5; L. 3 D. 42, 7; L. 8 D. 27, 10; L. 3

---

[1]) См. *Heimbach* въ Rechtslexicon 3 стр. 138.

C. 8, 51).—Но при всемъ томъ мы считаемъ себя обязанными придерживаться господствующей системы.

Опека и попечительство со многихъ сторонъ заправляются одними и тѣми же началами права [1]), а потому въ дальнѣйшемъ изложеніе они будутъ разсматриваться отдѣльно только въ ихъ особенностяхъ.

Установленіе опеки и попечительства, delatio tutelae et curae—Прежде всего какъ опека, такъ и попечительство, могли быть устанавливаемы по завѣщанію, т. наз. *tutela (s. cura) testamentaria* [2]). Такъ уже по XII tab. paterfamilias могъ назначать, въ завѣщаніи или въ codicilli testamento confirmati [3]), дѣтямъ подчиненнымъ его власти опеку на случай своей смерти. Тоже право распространялось и на назначеніе попечителя.

Въ послѣднемъ къ наукѣ сомнѣвались (см. напр. *Brinz* Pand. p. 1367). Дѣйствительно, въ нѣсколькихъ мѣстахъ источниковъ говорится, что попечители не могутъ быть назначаемы по завѣщанію (Ulpian. 12 § 1, 2; § 1 I. 1, 2 3; L. 7 C. 5, 28); но рядомъ имѣются и такія мѣста, которыя допускаютъ возможность назначенія попечителя по завѣщанію (§ 1 in f. I. 1, 23; L. 2 § 1 D. 26. 3). Это разногласіе источниковъ объясняется такъ. Въ древнемъ Римѣ назначеніе попечительства вызывалось всегда такими причинами, которыхъ завѣщатель предусмотрѣть не могъ (безуміе, расточительность и т. д.); cura же minorum выработалась окончательно только уже въ позднія императ. времена; изъ этого же фактическаго положенія и установился взглядъ, какъ основной принципъ, сохранившійся въ источникахъ и тогда, когда уже была и возможность и потребность для завѣщателя поставить оставляемое имущество подъ охрану попечителя (cura minorum). См. *Азаревичъ* cit. стр. 290—296).

Только, если при назначеніи опекуна не соблюдены были опредѣленныя въ законѣ формальности, то требовалось еще утвержденіе (confirmatio) опекуна властью [4]) (т. наз. tutela testamen-

---

[1]) См. L. 3 § 5. D. 26, 7.

[2]) Dig. 26, 2 de testamentaria tutela; Cod. 5, 28.

[3]) L. 3 pr. D. 26, 2.

[4]) Dig. 26, 3 de confirmando tutore; Cod. 5, 29.

taria impropria или imperfecta); попечитель же, назначенный въ завѣщаніи, всегда подлежалъ утвержденію.

Въ завѣщаніи опекунъ и попечитель должны были быть обозначены точно, именемъ (nominatim) [1]). Назначеніе могло быть подъ условіемъ и на срокъ [2]). Но опеку нельзя было назначать только для отдѣльнаго имущества или отдѣльнаго рода дѣлъ [3]), ибо по выраженію источниковъ tutor personae, non causae vel rei datur [4]). Другое дѣло, когда единая опека раздѣляется между нѣсколькими опекунами по отдѣльнымъ отраслямъ дѣлъ или по отдѣльному имуществу.

Особый видъ завѣщательной опеки въ доюстиніановомъ правѣ была т. наз. tutela optiva. Мужья могли предоставлять въ завѣщаніи своимъ женамъ право выбора своихъ опекуновъ, tutorum optio (Gajus 1 § 150—152), которые и назывались tutores optivi.

Если не осуществлялась завѣщательная опека [5]), или завѣщательнаго назначенія ея не было вовсе [6]), то наступала опека по закону, *tutela legitima* [7]). Къ ней призывались ближайшіе родственники опекаемаго, какъ предполагаемые его наслѣдники по закону [8]). По выраженію источниковъ ubi successionis emolumentum, ibi onus tutelae esse debet. Въ прежнее время такими опекунами по закону были агнаты и родичи (tutela agnatorum et gentilium), а кромѣ того патронъ и его дѣти (tutela patronorum), extraneus manumissor mancipii и parens manumissor надъ эманципированнымъ (т. наз. judiciarii tutores) [9]). Сюда же должно отнести и такъ назыв. tutela fiduciaria, довѣренную

---

[1]) L. 20 pr. D. 26, 2; § 27 I. 2, 20.
[2]) § 3 I. 1, 14; L. 8 § 1—3; L. 11 pr. D. 26, 2.
[3]) L. 12, 13 D. 26, 2.
[4]) § 4 I. 1, 14; L. 14 D. 26, 2.
[5]) L. 9, 10 pr. § 3; L. 11 D. 26, 2.
[6]) § 2 I. 1, 15; L. 6 D. 26, 4.
[7]) Dig. 26, 4 de legitimis tutoribus; Cod. 5, 30 de legitima tutela; Inst. 1, 15; 1, 17—19.
[8]) Novell. 118 c. 5.
[9]) L. 1 pr. §§ 1—3 D. 26, 4.

опеку. Къ этой опекѣ относятся слѣдующіе случаи: 1) когда восходящій (дѣдъ, отецъ) совершитъ manumissio несовершеннолѣтнихъ нисходящихъ (внуковъ, сыновей, дочерей), то по смерти его совершеннолѣтніе [1]) сыновья ихъ получаютъ опеку надъ этими манумиттированными (т. е. своими дѣтьми или братьями, сестрами). Какъ опекуны они называются fiduciarii tutores [2]). 2) Такими же довѣренными опекунами были и тѣ, которые совершали manumissio манципированныхъ имъ отцами или coemptionator'ами лицъ [3]).

Въ объясненіи термина *fiduciaria tutela* имѣется большое разногласіе въ наукѣ (см. *Glück*. Erläut. 29 p. 376 и слѣд.).

Позднѣе къ опекѣ стали призывать и когнатовъ. Такъ Анастасій призвалъ эманципированнаго брата къ опекѣ надъ его братьями и сестрами. А по рескрипту Валентиніана и Θеодосія допускалась даже опека совершеннолѣтней матери-вдовы, если только она обязывалась не вступать въ новой бракъ и отказывалась отъ привиллегій S. C. Vellejani. Наконецъ, Юстиніанъ Новеллой 118 [4]) установилъ общую legitima cognatorum tutela, а кромѣ того постановилъ призывать къ опекѣ мать и бабку даже предпочительно предъ мужскимъ колѣномъ, но подъ выше изложенными условіями. Съ веденіемъ послѣднихъ реформъ уничтожается tutela legitima agnatorum и tutela fiduciaria.

Какъ завѣщательныхъ, такъ и опекуновъ по закону могло быть нѣсколько. Они могли съ согласія высшаго опекунскаго управленія раздѣлить между собою опеку, или предоставить отправленіе ея одному или нѣсколькимъ изъ числа ихъ, а остальнымъ поручить надзоръ и общее направленіе [5]). Послѣдніе назывались tutores *honorarii* или *notitiae causa*; они могли быть назначены и по завѣщанію.

---

[1]) L. 4 D. 26, 4.
[2]) Inst. 1, 19 de fiduciaria tutela. Theoph. Paraph. ad h. t.
[3]) Ulpian. 11, 5; Gajus 1 § 113, 114, 115, 116.
[4]) Novell. 118 c. 5.
[5]) L. 3 § 2 D. 26, 7.

Пока существовала опека надъ женщинами, законные ихъ опекуны могли предоставлять отправленіе опеки другимъ лицамъ, агнатамъ же, что называлось cessio tutelae; а отсюда и tutores cessitii (Ulpian. 11 § 6 — 8; 19 § 11; Gajus 1 § 168, 171, 172).

Если не имѣлось почему либо (напр. никто не призывался, или призванный устранялся отъ опеки и т. п.) опекуновъ ни по завѣщанію, ни по закону [1]), то опека и попечительство могли быть установлены опредѣленными магистратами, такъ наз. *tutela* или *cura dativa* [2]).

По мнѣнію господствующему (ср. мое воззрѣніе. Опека и попечит. стр. 296—303) начало этой опеки въ lex Atilia, предоставившемъ назначать опекуна городскому претору при участіи major pars tribun. plebis. Позднѣе lex Iulia et Titia предоставилъ тоже право praeses provinciarum. Отсюда назначенные властью опекуны носятъ названіе tutores Atiliani и Titiani (Gajus 1 § 185; Ulp. 11 § 18; pr. I. 1, 20). Во время имперіи и другіе магистраты получили право назначать опекуновъ.

Tutor dativus назначался обыкновенно на все время опеки и безусловно (sine conditione, non ex die), не могъ быть назначенъ опекунъ и на время и только для извѣстнаго дѣла (*tutor prätorius* или *praetorianus*), что имѣло мѣсто даже и при постоянной опекѣ. Напр. такой опекунъ назначался для процесса между опекаемыми и ихъ опекуномъ [3]). Впрочемъ позднѣе въ послѣднемъ случаѣ, чтобы не обходить правила habenti tutorem tutor non datur [4]), назначался спеціальный попечитель [5]), который свободно могъ назначаться при всѣхъ случаяхъ.

Назначеніе опекуна для малолѣтнихъ (impuberes) вмѣнялось въ обязанность магистратамъ, коль скоро до его свѣдѣнія до-

---

[1]) pr. I. 1, 20.

[2]) Inst. 1, 20 de Atiliano tutore et eo, qui ex lege Julia et Titia dabatur; Dig. 26, 5 de tutoribus et curatoribus datis....

[3]) Gajus 1, 184; Ulpianus 11, 24 ср. L. 4 C. 5, 44.

[4]) L. 27 pr. D. 26, 2.

[5]) § 3 I. 1, 21; § 5 I. 1, 23; L. 1, 2 C. 5, 44.

ходила необходимость такого назначенія, tutoris datio, *nominatio* [1]). Кромѣ того въ императорскія времена (именно со временъ Септимія Севера) ближайшіе родственники малолѣтняго, въ особенности мать и бабушка, обязаны были по закону въ теченіе года, считая съ того момента, когда назначеніе опекуна сдѣлалось необходимымъ, просить о назначеніи его, *petere tutorem (tutoris petitio s. postulatio)* [2]), подъ страхомъ лишиться наслѣдства отъ несовершеннолѣтняго, если онъ умретъ до достиженія совершеннолѣтія [3]). Правила эти не прилагались къ тѣтъ случаямъ, когда опекунъ назначался только по волѣ опекаемаго [4]) или по одному усмотрѣнію властей. Такъ попечитель къ немощнымъ назначался неиначе, какъ по ихъ просьбѣ, обращенной къ высшей опекунской власти, а попечитель къ расточителямъ—по усмотрѣнію власти.

Какъ munera опека и попечительство были обязательны для лицъ, которымъ они открывались.

Munus proprie est, quod necessarie obimus L. 214 D. 50, 16.

Поэтому властямъ предоставлялось право extra ordinem принуждать (cogi) къ отправленію, какъ опеки, такъ и попечительства [5]). Но при этомъ извѣстная категорія лицъ по закону устранялась отъ опеки, а другимъ предоставлялось право на отказъ отъ нея. Первое носитъ названіе excusatio necessaria, а второе — excusatio voluntaria.

А) Устранялись отъ опеки и попечительства:

1) Рабы [6]), но приэтомъ рабы, назначенные господиномъ въ опекуны считаются тѣмъ самымъ отпущенными на волю.

---

[1]) L. 2 § 2 ср. L. 4 pr. D. 26, 6.

[2]) Dig. 26, 6 qui petant tutores vel curatores et ubi petantur; Cod. 5, 31 qui petant tutores vel curatores; 5, 32 ubi petantur tutores vel curatores.

[3]) L. 10 C. 6, 58; L. 3, 6 C. 6, 56.

[4]) L. 2 § 29 D. 38, 17.

[5]) L. 2 D. 2, 12; L. 1 pr. D. 26, 7; L. 7 § 3 D. 26, 10; L. 9 D. 50, 4; L. 2 C. 5, 43.

[6]) L. 7 C. 5, 34.

2) Перегрины, liberti dediticii, deportati [1]).

3) Расточители [2]), миноры [3]), слабоумные, какъ лица неспособные вести хорошо и собственныхъ дѣлъ.

4) Нѣмые, глухіе, слѣпые [4]), или вообще слабые, больные, какъ лица, не могущія должнымъ образомъ отправлять опеку.

5) Вообще лица порочныя [5]); разъ уже удаленныя отъ отправленія опеки и попечительства [6]); стремящіяся достичъ той или другаго подкупомъ [7]).

6) Кредиторы и должники подъопечныхъ [8]); лица ведущія съ ними процессъ о значительномъ имуществѣ [9]).

7) Лица, ведущія процессъ съ родителями подъопечныхъ о правахъ состоянія [10]).

8) Враги подъопечнаго и его родителей [11]).

9) Евреи надъ христіанами [12]). — Были и другіе поводы къ устраненію отъ опеки—попечительства [13]), но мы скажемъ еще только о слѣдующемъ:

10) Какъ munera publica опека и попечительство были по общему началу munera masculorum, почему женщины не могли быть ни опекунами [14]), ни попечителями [15]). Только въ позднѣйшее время, какъ указано выше, было сдѣлано исключеніе для матери и бабки подъопечнаго подъ условіемъ, что онѣ откажутся отъ

---

[1]) Ulpian. 22 § 2; L. 17 § 1 D. 48, 19.
[2]) L. 5 C. 5, 30 ср. L. 12 § 2 D. 26, 5.
[3]) § 13 I. 1, 25; L. 5 C. 5, 30.
[4]) L. 1 C. 5, 67 ср. L. 1 § 2, 3 D. 26, 1.
[5]) L. 8 D. 26, 3.
[6]) L. 1 § 8 D. 26, 10.
[7]) L. 21 § 6 D. 26, 5.
[8]) Nov. 72 c. 15; Nov. 94 c. 1.
[9]) L. 21 pr. D. 27, 1 cp. L. 20 D. eod.
[10]) § 12 I. 1, 26.
[11]) §§ 9—12 I. 1, 25; L. 3 § 12 D. 26, 10.
[12]) L. 16 pr. C. 1, 9.
[13]) См. *Азаревичъ* cit. стр. 304, 305.
[14]) L. 16, 18 D. 26, 1; L. 1 C. 5, 35.
[15]) L. 21 pr. D. 26, 5.

вступленія въ новый бракъ и отъ beneficium Sct. Vellejani [1]). Первымъ имѣлось въ виду предупредить фактическій переходъ опеки ко второму мужу; второе же лишало опекуншъ права опорочивать заключенныя по опекѣ сдѣлки и тѣмъ снимало съ третьихъ лицъ опасеніе за дѣйствительность ихъ.

Изложенные поводы къ устраненію отъ опеки, въ случаѣ если они проявились уже во время отправленія опеки, вели къ лишенію опекуна и попечителя данныхъ званій.

Б) *Отказъ отъ опеки и попечительства, excusatio* (voluntaria) [2]).

Въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ можно было отклонить отъ себя принятіе опеки и попечительства только по одной изъ признанныхъ въ законѣ причинъ отказа, justae causae excusationis. Главнѣйшія причины были слѣдующія:

а) Трое законныхъ дѣтей въ Римѣ, 4 въ Италіи и 5 въ провинціи [3]).

б) Tria onera tutelae vel curae in una domo [4]), опека или попечительство надъ тремя имуществами, но не лицами. Давали право на отказъ и одна опека, или одно попечительство, съ которыми управиться представляло много труда [5]).

в) Управленіе казеннымъ или императорскимъ имуществомъ (administratio rei fiscalis et principis) [6]).

г) Извѣстныя должности и званія [7]) какъ свѣтскія [8]), такъ и духовныя [9]).

---

[1]) L. 2 C. 5, 35; Nov. 94 c. 2; Nov. 118 c. 5.

[2]) Dig. 27, 1 de excusationibus; Cod. 5, 62 de excusationibus tutorum et curatorum et de temporibus earum; Inst. 1, 25 de excusationibus tutorum vel curatorum.

[3]) L. 2 § 2–8 D. 27, 1.

[4]) § 5 I. 1, 25; L. 3, 15 § 15 D. 27, 1; Frag. Vatic. §§ 125, 188, 190.

[5]) L. 31 § 4 D. 27, 1.

[6]) § 1 I. 1, 25; L. 41 D. 27, 1; L. 1 C. 5, 66.

[7]) §§ 1, 3 I. 1, 25; L. 6 § 14, 16; L. 17 § 5; L. 30; L. 41 pr. § 1 D. 27, 1.

[8]) Fragm. Vat. § 147; L. 21 § 3 D. 27, 1.

[9]) Для язычества см. Fr. Vat. § 148, для христіанства см. L. 52 C. 1, 3; Nov. 123 c. 5.

д) По закону Константина всѣ professiones artium liberalium. Такъ отъ опеки и попечительства могли отказаться грамматики, софисты, риторы, медики, юристы и т. д.

е) Отсутствіе reipublicae causa. По возвращеніи эта привиллегія продолжается еще годъ, anni vacatio [1]).

ж) Одержаніе побѣды въ какомъ нибудь общественномъ состязаніи, напр. въ качествѣ бойца и т. п. [2]).

з) Прежняя безпорочная военная служба [3]).

и) Принадлежность къ нѣкоторымъ корпораціямъ [4]).

і) Положеніе имущества въ извѣстномъ отдаленіи (въ другой провинціи) отъ мѣстожительства лица, призываемаго къ опекѣ или попечительству [5]).

к) Бѣдность, безграмотность, болѣзнь [6]).

л) Возрастъ старше 70 лѣтъ [7]).

м) Наконецъ, лицо, бывшее опекуномъ, имѣетъ право отказаться отъ попечительства по окончаніи опеки [8]), равно какъ и попечитель, напр. надъ миноромъ, можетъ отказаться отъ попечительства надъ нимъ по достиженіи имъ 25 лѣтъ, если требуется cura furiosi, prodigi [9]).

Отправленіе опеки и попечительства. Какъ опека, такъ и попечительство, назначались только къ тѣмъ лицамъ, которыя имѣли какое либо имущество. Нѣтъ имущества — нѣтъ и опекуна и попечителя [10]).

---

[1]) L. 6 C. 10, 51 ср. L. 6 §§ 1, 2, 5, 8 D. 27, 1.

[2]) § 2 I. 1, 25; L. 10 pr. §§ 1—3 D. 27, 1.

[3]) L. 6 § 13 D. 27, 1.

[4]) L. 8 D. 27, 1; Frag. Vat. § 140.

[5]) L. 46 § 2 D. 27, 1; Frag. Vat. §§ 203, 241.

[6]) § 68 I. 1, 25; L. 6 § 9; L. 7, 40 § 1 D. 27, 1; Frag. Vatic. § 244.

[7]) § 13 I. 1, 25.

[8]) § 18 I. 1, 25; L. 25 D. 26, 5; L. 16 D. 27, 1; L. 20 C. 5, 62.

[9]) См. *Азаревичъ* cit. стр. 306, 307.

[10]) L. 6 C. 5, 31.

Многіе прежніе и новѣйшіе писатели, полагая, что опека въ отличіе отъ попечительства назначалась къ лицу, считали возможнымъ допустить первую и при неимущемъ лицѣ. Но это воззрѣніе неосновательно уже потому, что по основному римскому началу опекуновъ дозволялось назначать только своимъ предполагаемымъ наслѣдникамъ (L. 73 § 1 D. 50, 17 ср. L. 4 D. 26, 2; L. 4, 5 D. 26, 3; L. 32 D. 27, 1; L. 4 C. 5, 28; L. 7 pr. D. 26, 3; L. 4 C. 5, 29; Nov. 89 c. 14), а затѣмъ вся дѣятельность опекуна носитъ характеръ заправленія имуществомъ опекаемаго (Ulpian. 11 § 25). См. *Азаревичъ* cit. стр. 222 и слѣд.).

Такимъ образомъ главное назначеніе того и другаго—это administratio bonorum. Можетъ имъ быть поручена и забота о личности опекаемыхъ, напр. пупилла, безумнаго [1]), но эта сторона не входитъ необходимо въ кругъ дѣятельности опекуна и попечителя [2]), какъ это показываетъ опека надъ женщинами и попечительство надъ минорами, расточителями; а съ другой стороны при tutela pupillaris забота о лицѣ опекаемаго обыкновенно оставлялась за матерью [3]), а за симъ высшее направленіе въ этомъ отношеніи принадлежало совѣту родичей подъ верховнымъ надзоромъ опекунской власти (претора, намѣстника провинціи) [4]); причемъ обязательно было руководствоваться имѣвшимися распоряженіями покойнаго отца [5]). Опекунъ обязывается только доставлять необходимыя для содержанія и воспитанія опекаемыхъ средства изъ управляемаго имущества [6]); а также всегда являться охранителемъ правъ личности опекаемыхъ [7]).

---

[1]) L. 7 pr. D. 27, 10.

[2]) Dig. 57, 2 ubi pupillus educari vel morari debeat . . . Cod. 5, 49 ubi pupilli educentur. См. *Gesterding*. Sorge f. d. Person u. Erziehung des Mündels въ его Ausbeute 6, 2.

[3]) L. 1 C. 5, 49; Nov. 22 c. 38.

[4]) L. 1, 5 D. 27, 2; L. 1 C. 5, 49.

[5]) L. 1 § 1 D. 27, 2.

[6]) L. 2—4 D. 27, 2; Cod. 5, 50 de alimentis pupillo praestandis.

[7]) L. 1 C. 5, 50.

Объемъ управленіи имуществомъ опекаемыхъ [1]) различный, смотря по роду опеки и попечительства. Такъ въ однихъ случаяхъ опеки (напр. надъ ребенкомъ до 7 лѣтъ) и попечительства (напр. надъ безумнымъ) опекунъ и попечитель вполнѣ устраняютъ опекаемыхъ отъ какихъ либо распоряженій ихъ имуществомъ [2]), заправляя всѣмъ сами, не только по совершенію всевозможныхъ юридическихъ актовъ [3]) по опекаемому имуществу, но и по всѣмъ хозяйственнымъ, не юридическимъ распоряженіямъ имъ. Въ другихъ случаяхъ сами подъопечные принимаютъ участіе при совершеніи юридическихъ актовъ (infantia majores), или сами вполнѣ завѣдываютъ своимъ имуществомъ и совершаютъ по нимъ юридическіе акты, а опекуны и попечители являются только соучастниками при этомъ. Иногда въ этомъ соучастіи выражается все назначеніе опекуна и попечителя. Такъ въ доюстиніановомъ правѣ опекунъ надъ женщинами отправлялъ только эту одну функцію [4]), управленіе же дѣлами было въ рукахъ опекаемыхъ [5]). Тоже назначеніе имѣло и попечительство надъ расточителями. Наконецъ, попечительство надъ немощными (personae debiles, глухими, нѣмыми, старыми и т. п.) ограничивалось простою помощью въ завѣдываніи дѣлами подъ контролемъ судебныхъ властей.

Всѣ мнѣ извѣстные писатели (изъ новыхъ напр. *Wächter*. Pand. 2 § 267) признаютъ за немощными лицами, какъ-то страждующими продолжительными физическими болѣзнями или недостатками, полную дѣеспособность; а потому сводятъ все назначеніе cura personarum debilium къ простой помощи въ самостоятельной дѣятельности этихъ лицъ. По моему едва ли такое воззрѣніе справедливо (см. *Азаревичъ*. О различіи между оп. и поп. стр. 185—187). Римское право смотрѣло на немощныхъ, какъ на лицъ недѣеспособныхъ подобно лицамъ, лишеннымъ душевныхъ качествъ (см. напр. § 4 I. 23, 1; L. pr. D. 45, 1; L. 17 D. 28, 1 — § 3 I. 2, 12; L. 12 § 2 D. 5, 1;

---

[1]) Dig. 26, 7 de administratione et periculo tutorum vel curatorum etc.; Cod. 5, 37, 38, 55.

[2]) Ср. L. 1 § 12, 13 D. 44, 7.

[3]) L. 2 pr.; L. 3 pr. D. 26, 7.

[4]) Ulpian. 11 § 23.

[5]) Gajus 1 § 1, 90.

L. 65 § 3 D. 36, 1). Да это и понятно, такъ какъ нѣкоторымъ изъ этихъ немощныхъ, какъ-то глухимъ, Римляне не знали искусства передавать понятія, а потому должны были считать ихъ за лицъ quae nullum intellectum habent. А засимъ, вездѣ сопоставляя съ этими лицами тѣхъ, quae rebus suis superesse non possunt за немощью, источники должны были распространять на всѣ случаи cura personarum debilium одно основаніе, а именно недостатокъ душевныхъ качествъ, ведущій къ признанію такихъ лицъ недѣеспособными.

Такимъ образомъ въ дѣятельности опекуна и попечителя слѣдуетъ отличать [1]): а) управленіе имуществомъ, administratio bonorum и negotiorum gestio и б) соучастіе, называемое для опекуна auctoritatis interpositio, а для попечителя — consensus datio.

а) *Управленіе имуществомъ и веденіе дѣлъ.* По управленію опекаемымъ имуществомъ опекунъ и попечитель отвѣчаютъ за diligentia, quam in suis rebus, т. е. имъ можетъ быть вмѣнена culpa in concreto. Они обязуются не только охранять имущество въ цѣлости, но также не упускать случаевъ къ выгодному помѣщенію свободныхъ средствъ. Такъ они обязываются помѣщать свободные капиталы на проценты, или покупать на нихъ земли и т. п. По распоряженію имуществомъ опекуны были первоначально вполнѣ неограничены. Въ древнемъ римскомъ правѣ опекунъ формально разсматривался вполнѣ какъ собственникъ опекаемаго имущества [2]): tutor domini loco est [3]). Въ позднѣйшемъ правѣ они могли его отчуждать [4]), обременять вещными правами, закладывать [5]); только различными законами съ этой стороны установлены были разныя ограниченія для опекунской власти. Такъ опекунъ лишенъ былъ

---

[1]) Ulpian. 11 § 25.

[2]) Ср. *Hartmann* въ Jarb. f. d. Dogmatik B. 17 p. 87, 88.

[3]) L. 17 § 2 D. 12, 2; L. 27, 48 D. 26, 7; L. 12 D. 27, 10; L. 7 § 3 D. 41, 4; L. 56 § 4 D. 47, 2; L. 157 pr. D. 50, 17.

[4]) L. 12 § 1 D. 26, 7; L. 10 § 1; L. 12 D. 27, 10; ср. Gajus 2, 64.

[5]) L. 11 D. 27, 10.

права производить даренія изъ опекаемаго имущества [1]), или вообще проявлять щедрость въ ущербъ подъопечнаго, напр. отпускать на волю рабовъ [2]). Отчужденія всякія могли совершаться только по поводу управленія имуществомъ, да и то для всякой alienatio въ обширномъ смыслѣ слова, т. е. не только отчужденія, но и наложенія сервитутовъ, залога, требовался еще decretum magistratus, который выдавался для отчужденій только по крайней необходимости, напр. когда не имѣлось иныхъ какихъ либо средствъ на содержаніе и воспитаніе опекаемаго. Въ прочихъ же случаяхъ отчужденіе могло происходить только по rescriptum principis. Распоряженіе, сдѣланное вопреки требованіямъ декрета было ничтожно, но послѣдующій декретъ, ratihabitio опекаемаго по достиженію совершеннолѣтія, или упущеніе имъ въ продолженіе пяти лѣтъ совершить заявленіе объ этой ничтожности, дѣлаютъ данные акты дѣйствительными. Себѣ лично опекунъ не могъ ничего отчуждать изъ имущества подъопечнаго ни прямо [3]), ни черезъ подставныхъ лицъ; въ послѣднемъ случаѣ онъ подвергался уплатѣ четверной стоимости полученнаго [4]). По завѣдыванію дѣлами опекунъ дѣйствовалъ въ качествѣ представителя опекаемаго при тѣхъ условіяхъ, которыя вытекали изъ незнакомства Римлянъ съ вполнѣ развитымъ институтомъ представительства. Тутъ касательно требованія уплаты отъ должниковъ опекаемаго Юстиніянъ постановилъ, что принятіе уплаты дѣйствительно только при условіи, что на него будетъ данъ decretum magistratus [5]).

Въ виду разсмотрѣнной функціи опекуна, онъ обязывался при вступленіи въ опеку: а) доставить поручительство, satisdatio rem pupilli vel adolescentis salvam fore [6]), и б) составить опись принимаемаго имъ имущества, inventarium, repertorium [7]).

---

[1]) L. 16 C. 5, 37.

[2]) L. 17 D. 27, 10.

[3]) L. 5 § 2, 5; L. 6 D. 26, 8; L. 34 § 7 D. 18, 1.

[4]) L. 46 D. 18, 1; L. 5 C. 4, 38; L. 5 § 3, 4, 6 D. 26, 8.

[5]) § 2 I. 2, 8; L. 25, 27 C. 5, 37.

[6]) § 3 I. 1, 20. Dig. 46, 6 rem pupilli vel adolescentis salvam fore; L. 4 C. 5, 42.

[7]) L. 7 pr. D. 26, 7; L. 24 C. 5, 42.

Отъ обязанности представлять поручительство освобождались опекуны, назначенные въ завѣщаніи отцемъ опекаемаго (tutores testamento dati) и опекуны inquisitione dati [1]. Для первыхъ поручительствомъ служилъ выборъ отца [2]; вторымъ замѣняло его довѣріе къ разслѣдованію [3]. Кромѣ того опекуновъ по закону могъ освободить causa cognita преторъ отъ предоставленія поручительства [4].

Опекунъ, не представившій поручительства и не составившій описи, не могъ совершать ни одного акта по опекѣ [5]. Мало того, онъ могъ быть даже отставленъ какъ ненадежный (suspectus) [6], а, наконецъ, онъ подвергался опасности, что со временемъ пупиллу будетъ предоставлено право опредѣлить клятвенно (in litem) величину своего имущества, принятаго опекуномъ безъ описи.

б) Соучастіе опекуновъ и попечителей. Въ тѣхъ случаяхъ, когда за подъопечными признано право личнаго участія въ юридическихъ дѣйствіяхъ по имуществу, они могутъ обязываться и отказываться отъ своихъ правъ неиначе какъ tutore auctore и consensu curatoris [7].

Auctoritas tutoris отличается отъ consensus curatoris тѣмъ, что имъ дополняется дѣеспособность опекаемаго, тогда какъ второе есть ничего болѣе, какъ согласіе попечителя на совершеніе даннаго акта самимъ миноромъ, лицемъ по общему началу признаннымъ вполнѣ дѣеспособнымъ. Поэтому своимъ auctoritas опекунъ участвуетъ въ самомъ совершеніи акта; изъ неполной воли опекаемаго вмѣстѣ съ дополняющей его волей составляется та цѣльная воля, которая опредѣляетъ существованіе акта; consensu же попечитель является простымъ формальнымъ соучастникомъ при совершеніи акта другимъ лицемъ. Отсюда и различіе во внѣшнихъ признакахъ между тѣмъ и другимъ соучастіемъ. Прежде всего auctoritatem

---

[1]) Gajus 1 § 200; pr. I. 1, 24; L. 17 D. 26, 2; L. 2 pr. D. 26, 5.

[2]) L. 7 § 5 C. 5, 70.

[3]) L. 13 in f. D. 26, 5.

[4]) L. 5 § 1 D. 26, 4.

[5]) L. 7 pr. D. 26, 7.

[6]) L. 3 § 14 D. 26, 10.

[7]) pr. I. de auctoritate tutorum 1, 21; L. 1 C. 5, 59.

interponere можно было только pure [1]), безусловно, тогда какъ consensus могъ быть и условный. Далѣе, auctoritas должно быть дано одновременно съ самимъ совершеніемъ акта (statim in ipso negotio) [2]); предшествующее или послѣдующее auctoritas не даетъ уже акту силы; наоборотъ попечитель могъ выразить свое согласіе, какъ до, такъ и послѣ совершенія акта. Наконецъ, auctoritas tutoris всегда облекалось въ словесную форму [3]) и поэтому личное присутствіе опекуна при совершеніи акта составляло необходимое условіе правильной auctoritatis interpositio [4]). Наоборотъ, consensus могъ дать попечитель и въ письменной формѣ и личнаго его присутствія при совершеніи акта не требовалось.

Таково господствующее воззрѣніе на внутреннее и внѣшнее различіе между auctoritas tutoris и consensus curatoris (см. напр *Savigny* Beruf. p. 104; *Windscheid*, Pand. § 432 p. 9; *Vangerow*. Pand. § 263; *Wächter*. Pand. § 261). Этимъ же различіемъ иногда исключительно обосновываютъ и все различіе между опекой и попечительствомъ (напр. *Dernburg*. Pand Bd. 3 p. 75). См. критику этого воззрѣнія у *Азаревича* cit. стр. 201 и слѣд.

Опека и попечительство, какъ munera publica, отправлялись безвозмездно; но завѣщатель и магистратъ могли назначить по нимъ вознагражденіе въ формѣ salarium [5]).

Прекращеніе опеки и попечительства [6]). — Въ лицѣ опекуна, попечителя, опека и попечительство прекращаются: 1) ихъ смертью [7]). Опека и попечительства, какъ munera *personalia* [8]),

---

[1]) L. 8 D. 27, 8.

[2]) § 2 I. 1, 21; L. 9 § 5 D. 26, 8; 24 § 19 D. 40, 5; L. 31 pr. D. 41, 3; L. 137 pr. D. 45, 1.

[3]) L. 9 § 5 D. 26, 8; L. 25 § 4 D. 29, 2.

[4]) Gell. 20, 10; § 2 I. 1, 21; L. 1 § 1; L. 14 D. 26, 8; L. 11 D. 41, 1; L. 1 pr.; L. 137 pr. D. 45, 1.

[5]) L. 33 § 3 D. 26, 7; L. 1 § 6 D. 27, 3.

[6]) Inst. 1, 22 quibus modis tutela finitur. Cod. 5, 60 quando tutores vel curatores esse desinant.

[7]) § 3 I. 1, 22; L. 16 § 1 D. 26, 1; L. 4 pr. D. 27, 3; L. 17 C. 2, 19.

[8]) L. 18 § 1 D. 50, 4.

на наслѣдниковъ не переходили [1]). 2) Capitis deminutio maxima et media [2]), а при legitima tutela также и cap. dem. minima. 3) Remotio suspecti [3]). Въ случаѣ замѣчаннаго dolus или culpa lata при отправленіи опеки и попечительства данныя лица устраняются. 4) Всѣ случаи послѣдующей excusationis. 5) Исполненіе тѣхъ дѣйствій, которыя имѣлись въ виду при ихъ назначеніи (tutor v. curator ad certas causas dati) [4]). 6) Medio tempore или ad interim dati tutores v. curatores оставляютъ свои обязанности съ наступленіемъ такихъ обстоятельствъ, которыя исключаютъ необходимость ихъ дѣятельности [5]).—Въ лицѣ опекаемыхъ опека и попечительство прекращаются: 1) Смертью [6]). 2) Всѣми видами capitis deminutionis [7]). Когда въ лицѣ опекаемыхъ отпадаетъ потребность въ опекѣ и попечительствѣ, а именно когда пупиллъ становится совершеннолѣтнимъ [8]), или будетъ объявленъ такимъ (venia aetatis); когда безумный выздоровѣетъ и т. д.

Отношенія между опекунами и попечителями съ одной стороны и опекаемыми съ другой по прекращенію опеки и попечительства опредѣляются началами обязательственной стороны данныхъ институтовъ. Требованія, вытекающія изъ этихъ отношеній, осуществляются слѣдующими исками [9]): 1) Actio tutelae directa, искъ осуществляемый по окончаніи опеки [10]) бывшимъ опекаемымъ, или его наслѣдниками, противъ бывшаго опекуна, или

---

[1]) L. 16 § 1 D. 26, 1; L. 17 C. 2, 19.

[2]) § 4 I. 1, 22; L. 14 § 2 D. 26, 2; L. 2 C. 5, 30.

[3]) L. 14 § 14 D. 26, 1.

[4]) L. 3 § 1; L. 5 D. 26, 1; L. 3 C. 5, 44.

[5]) L. 11 pr.; L. 12; L. 14 §§ 3, 5 D. 26, 1, § 1 I. 1, 20; L. 1 § 2 D. 26, 4.

[6]) § 3 I. 1, 22; L. 4 pr. D. 27, 2.

[7]) § 1 и § 3 in fin. I. 1 22; L. 14 pr. § 1, 2 D. 26, 1; L. 2 D. 26, 4.

[8]) L. 25 D. 26, 5.

[9]) Dig. 27, 3 de tutelae et rationibus distrahendis, et utili curationis causa actione; Cod. 5, 51 arbitrium tutelae.

[10]) L. 4 pr. D. 27, 3.

его наслѣдниковъ [1]). Направленъ онъ прежде всего на полученіе отъ опекуна отчета во всемъ опекунскомъ его управленіи [2]). Отъ обязанности представить такой отчетъ опекунъ не могъ быть освобожденъ даже распоряженіемъ отца семейства [3]). Затѣмъ, искомъ этимъ требуется возвращеніе имущества опекаемаго, оставшагося еще въ рукахъ опекуна [4]), и возмѣщеніе убытковъ, понесенныхъ отъ управленія опекуна [5]). Въ случаѣ злонамѣренной утайки опекуномъ движимыхъ вещей опекаемаго, этотъ послѣдній можетъ предъявить особый искъ, actio de rationibus distrahendis, на уплату двойной цѣны утаенныхъ вещей [6]). Наслѣдники опекуна [7]), по общему началу, изъ опеки отвѣчаютъ только тогда, когда отвѣтственность опекуна ложится на его имущество и иска противъ него предъявлено не было [8]). Но они отвѣчаютъ и за личную грубую небрежность, отъ которой потерпѣлъ опекаемый, а именно, если эта небрежность касалась управленія имуществомъ умершаго опекуна, или они не продолжали дѣлъ начатыхъ наслѣдодателемъ [9]).

2) Actio tutelae contraria [10]), искъ опекуна и его наслѣдниковъ противъ опекаемаго и его наслѣдниковъ [11]), на вознагражденіе затратъ, сдѣланныхъ по поводу опекунскаго управленія [12]), на освобожденіе отъ обязанностей, принятыхъ на себя опекуномъ по опекѣ [13]), а при извѣстныхъ обстоятельствахъ и на salarium,

---

[1]) L. 1 § 16, 17 D. 27, 3; L. 12 C. 5, 51.
[2]) L. 1 § 3 D. 27, 3; L. 9 C. 5, 51.
[3]) L. 5 § 7 D. 26, 7.
[4]) L. 5 D. 27, 3; L. 1 § 1 D. 27, 7.
[5]) L. 1 pr. D. 27, 3; L. 2, 7 C. 5, 51.
[6]) L. 2 pr. § 2 D. 27, 3.
[7]) Cod. de heredibus tutorum vel curatorum 5, 54.
[8]) L. 1 C. 5, 54; L. 4 D. 27, 8; L. 39 § 6 D. 26, 7.
[9]) L. 1 pr. L. 4 pr. § 1, 2; L. 8 D. 27, 7.
[10]) Dig. 27, 4 de contraria tutelae et utili actione; Cod 5, 48 de contrario judicio tutelae.
[11]) L. 3 § 9; L. 5 D. 27, 4.
[12]) L. 1 § 4—6; L. 3 D. 27, 4; L. 3 C. 5, 48.
[13]) L. 6 D. 27, 4.

а именно, если отъ управленія опекой опекунъ упустилъ случай заработка другимъ путемъ [1]).

Изложенные иски по опекѣ примѣнялись и по попечительству, какъ actiones utiles [2]) (utilis curationis causa actio, utile tutelae judicium etc.); но кромѣ того отношенія по попечительству могли осуществляться и общимъ искомъ по веденію чужихъ дѣлъ, actio negotiorum gestorum [3]).

Кромѣ исковъ между опекаемымъ и опекуномъ, первый можетъ еще привлекать къ отвѣтственности поручителей за опекуновъ [4]), лицъ, которыхъ могли принять по ихъ молчанію за поручителей [5]), лицъ, утверждавшихъ достоинство опекуновъ (affirmatores), или только представившихъ ихъ магистрату (nominatores vel postulatores) [6]). Наконецъ, опекаемый могъ привлечъ къ отвѣтственности и самихъ муниципальныхъ магистратовъ за выборъ опекуновъ [7]).

Protutores [8]).

Кто не будучи опекуномъ, зная то или нѣтъ, отправляетъ опекунское управленіе (pro tutore, pro curatore), тотъ называется въ современной наукѣ протуторомъ [9]).

Къ опекаемому протуроръ становится въ такія же обязательственныя отношенія, какъ и настоящій опекунъ. Осуществляются эти отношенія protutelae actione directa и contraria, анало-

---

[1]) L. 33 § 3 D. 26, 7.

[2]) L. 3, 4 § 3 D. 27, 3; L. 3 § 5 D. 3, 5; L. 7 C. 5, 51.

[3]) L. 4 § 3; L. 13 in f. D. 27, 3; L. 1 C. 9, 26; L. 7 C. 5, 51; L. 17 C. 2, 19.

[4]) Dig. 27, 7 de fidejussoribus et nominatoribus.... tutor. et curator. Cod. 5, 57 de fidejussoribus tutorum vel curatorum.

[5]) L. 4 § 3 D. 27, 7.

[6]) L. 2 D. 27, 7.

[7]) § 2 I. 1, 24.

[8]) Dig. 27, 5 de eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit. Cod. 5, 45.

[9]) См. *Lenel.* Edictum perpet. p. 257.

гичными tutelae actionibus. Но протуторъ, не имѣя правъ на управленіе, подобно опекуну, не отвѣчаетъ за упущенія, если только своимъ вмѣшательствомъ онъ не удержалъ другихъ отъ управленія имуществомъ опекаемаго [1]). Не будучи опекуномъ, протуторъ не можетъ также дать силы сдѣлкѣ опекаемаго своимъ соучастіемъ.

По отношенію къ третьимъ лицамъ протуторъ не можетъ обязать опекаемаго дѣйствіемъ совершеннымъ отъ его имени [2]). Третье лицо въ случаяхъ процесса, заблуждаясь въ характерѣ мнимаго опекуна, имѣетъ право на in integrum restitutio [3]); и въ случаѣ dolo malo заключенной сдѣлки протуторъ отвѣчаетъ третьему по actio in factum за всякій ущербъ [4]). Отвѣтственность эта не распространяется на наслѣдниковъ и прекращается черезъ annus utilis [5]).

---

[1]) L. 1 § 9 D. 27, 5; L. 39 pr. § 2 D. 26. 7.

[2]) Dig. 27, 6 quod falso tutore auctore negotium gestum esse dicetur.

[3]) L. 1 § 6; L. 2 D. 27, 6.

[4]) L. 7—9; L. 11 D. 27, 6.

[5]) L. 9 § 1 D. 27, 6.

НАСЛѢДСТВЕННОЕ ПРАВО.

Пособія: Mühlenbruch, Fein и *Leist* въ Glük's Erläuterung. d. Pandekt. отъ Bd. 33; *Köppen.* System des heutigen Erbrechts 1862—64; *Köppen.* System des heutigen römischen Erbrechts im Grundrisse 1867; *Köppen.* Lehrbuch d. heut. röm. Erbrechts 1 Abt. 1886, 2 Abt. 1888; *Schirmer.* Handbuch des Erbrechtes Th. 1, 1863; *Tewes.* System des Erbrechts nach heutigem röm. Recht 1863 — 1864; *Vering.* Römisches Erbrecht in historischer u. dogmatischer Entwickelung 1861; *Rivier.* Traité élementaire des successions à cause de mort en droit romain 1878 [1]).

Общія понятія.

Когда смерть похищаетъ кого либо изъ субъектовъ имущественныхъ правъ, то волею завѣщателя-умершаго, или постановленіемъ объективнаго права, призываются опредѣленные классы лицъ къ преемственности въ его имуществѣ (familia). Только имущественныя права, тѣсно соединенныя съ лицомъ умершаго, не подлежатъ переходу по преемственности (напр. личные сервитуты (servitutes personarum), договорныя отношенія по товариществу, по мандату, иски по личнымъ оскорбленіямъ (actio injuriarum) и т. п. [2]). Такая преемственность носитъ названіе наслѣдованія (successio), преемникъ — наслѣдника (heres),

---

[1]) См. также появившійся въ 1887 г. третій томъ Pandekten v. Dernburg отъ p. 93 и слѣд.

[2]) L. 1 § 43 D. 43, 20; L. 3 § 3 D. 7, 4.—L. 23 pr. D. 41, 2; L. 1 § 15 D. 47, 4.—T. II стр. 169, 176, 205.

Heres или herus одного корня съ греческимъ χεῖρ, рука, выражаетъ идею власти: veteres enim heredes pro dominis appellabant § 7 I. 2, 19; L. 11 § 6 D. 9, 2; Festus v. heres.

а лицо, по которомъ наступаетъ преемственность, — наслѣдодателя (decujus).

Наслѣдственное право съ точки зрѣнія правомочія даннаго лица, его право быть преемникомъ, будетъ наслѣдственнымъ правомъ въ субъективномъ смыслѣ; въ смыслѣ же совокупности нормъ положительнаго права, которыми опредѣляется данная преемственность, оно будетъ объективнымъ наслѣдственнымъ правомъ.

Наслѣдственное право по общему своему характеру есть имущественное право, такъ какъ оно относится, въ гражданскомъ правѣ, исключительно къ имуществу наслѣдодателя [1]).

Необходимость даннаго института ищутъ въ самой природѣ каждаго члена общества, отправляющагося въ своей дѣятельности, между прочимъ, отъ стремленія опредѣлить судьбу своего имущества по смерти своею волею, или предоставить это законамъ о преемственности [2]). Такова точка зрѣнія римлянъ [3]). Дѣйствительно, прекращеніе всѣхъ правъ, со смертью ихъ субъекта, лишало бы людей одного изъ могучихъ побужденій къ пріобрѣтенію [4]).

Наслѣдственное право, въ главномъ своемъ содержаніи, направлено на преемственнность въ имуществѣ умершаго, какъ въ одномъ цѣломъ, successio in universum jus. Наслѣдованіе разсматривается какъ бы продолженіемъ имущественной личности наслѣдодателя [5]).

Въ наукѣ долгое время господствовалъ взглядъ Пухты (Vorlesungen § 446), по которому на наслѣдника пе-

---

[1]) *Unger*. System Bd. IV § 2 anm. 3 ср. *Dernburg*. Pand. Bd. 3 p. 93, 94.

[2]) Ср. *Lasalle*. System d. erworben. Rechte Th. 2 p. 3—5.

[3]) Quintiliani declamatio CCCVIII: Neque enim aliud videtur solatium mortis quam voluntas ultra mortem.

[4]) Ср. *Trendelenburg*. Naturrecht 2 Aufl. § 141 p. 306, 307.

[5]) См. *Lasalle*. System. d. erworben. Rechte Th. 2 p. 12 и слѣд.

реходитъ имущественная личность наслѣдодателя (см. также *Ihering* въ Abhandlungen aus dem Röm. Recht 3 p. 239—247). Теперь весьма нерѣдко возстаютъ противъ такого взгляда (см. напр. *Brinz*. Pand. Bd. 1 § 156; *Windscheid*. Pand. Bd. 3 § 605 n. 6, 7; *Unger*. Oesterr. Erbrecht V, 10 n. 7). Въ прямомъ смыслѣ о переходѣ имущественной личности говорить теперь уже нельзя; но нельзя также отрицать, что имущество, переходящее къ наслѣдникy, носитъ на себѣ печать личности наслѣдодателя; наслѣдникъ получаетъ и отправляетъ права и обязанности въ томъ видѣ въ какомъ ихъ имѣлъ и долженъ былъ отправлять самъ наслѣдодатель (см. *Демченко*. Существо наслѣдства и призваніе къ наслѣдованію 1879 стр. 4 и слѣд.). Въ этомъ смыслѣ можно говорить о переходѣ имущественной личности (см. *Arndts*. Pand. § 464 Anm. 1; *Dernburg*. Pand. Bd. 3 p. 95), а вмѣстѣ объяснить и тѣ выраженія источниковъ, которыя послужили исходнымъ основаніемъ этому воззрѣнію (напр. Nov. 48 praef.: cum tamen legibus nostris una quodammodo persona videatur heredis et illius, qui hereditatem in eum transmittit) въ особенности о лежачемъ наслѣдствѣ, какъ продолжающемъ личность умершаго (т. I стр. 110, а также см. ниже).

При наслѣдованіи совершается переходъ имущества умершаго какъ одно цѣлое, а не отдѣльныхъ предметовъ, его составляющихъ [1]). Поэтому наслѣдникъ по наслѣдственной преемственности пріобрѣтаетъ и такія предметы, на которые въ отдѣльности онъ не могъ бы имѣть правъ [2]). Съ другой стороны къ наслѣдникамъ переходитъ не только весь активный составъ имущества умершаго, но и весь его пассивъ, долги, безъ вниманія покрываются ли они активомъ или нѣтъ (все имущество, bona [3]), familia); этого требуетъ интересъ кредита [4]). Вотъ одинъ смыслъ римскаго слова hereditas, наслѣдства.

---

[1]) L. 208 D. 50, 16; L. 3 D. 37, 1; L. 37 D. 29, 2; L. 6 § 6 D. 3, 2.

[2]) L. 62 D. 41, 1.

[3]) L. 3 pr. D. 37, 1.

[4]) *Koeppen*. Lehrb. d. heut. röm. Erbrechts 1 Abth. p. 2, 3.

1) Hereditas, est pecunia, quae morte alicujus ad quempiam pervenit Cic. Topic. 6, 29 ср. L. 222 D. 50, 16.— 2) Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: juris enim nomen est sicuti bonorum possessio L. 116 D. 50, 16; L. 3 pr. D. 37, 1.

Въ другомъ смыслѣ подъ hereditas разумѣется само наслѣдованіе, преемственность во всей совокупности правъ, какія покойный имѣлъ.

Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus, quod defunctus habuit L. 24 D. 50, 16; L. 62 D. 50, 17.

Наслѣдованіе могло основываться или на нормахъ jus civile, или на началахъ принятыхъ преторскимъ правомъ, такъ назыв. bonorum possessio. Эта двойственность объясняется исторически, а именно постепеннымъ развитіемъ, рядомъ съ наслѣдованіемъ ex jure civili, особыхъ началъ наслѣдованія преторскимъ эдиктомъ и декретомъ. Выходя изъ сознанія бо́льшей справедливости, преторы стали открывать доступъ къ наслѣдованію такимъ классамъ лицъ, которыя по праву гражданъ не признавались наслѣдниками. Достигали этого преторы тѣмъ, что предоставляли такимъ лицамъ, по ихъ просьбѣ, владѣніе наслѣдственной массой [1]). Отсюда и названіе такого наслѣдственнаго права, bonorum possessio.

По содержанію наслѣдственное преемство есть successio universalis или successio in universum jus. Тутъ все имущество, а не отдѣльные предметы, умершаго, какъ одно цѣлое, переходитъ на лицо и въ имущество наслѣдника [2]).

Вотъ смыслъ выраженій: Heredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat. L. 59 D. 50, 17; Hereditas personam defuncti sustinet L. 34 D. 41, 1. И т. п. L. 22 D. 41, 3.

Но рядомъ съ преемственностью въ имущественныхъ правахъ

---

[1]) Ulpianus 28; Gajus 3 § 18; § 6 I. 2, 9; L. 3 § 1 D. 37, 1; L. 138 D. 50, 16.

[2]) L. 37 D. 39, 2. Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, quam et ea, quae in nominibus sunt, ad heredem transeant.

умершаго, какъ въ одномъ цѣломъ, римское право знало еще предоставленіе по послѣдней волѣ умершаго отдѣльныхъ вещей и правъ. Такое successio singularis, in singulas res находитъ свое изложеніе въ наслѣдственномъ правѣ, хотя эта преемственность и не будетъ наслѣдованіемъ. Въ этихъ случаяхъ лица, получившія по послѣдней волѣ умершаго опредѣленныя вещи или права, не будутъ его преемниками въ имущественномъ правѣ, а только пріобщаются къ опредѣленнымъ выгодамъ изъ наслѣдственнаго имущества въ ущербъ наслѣдниковъ умершаго. Такъ римляне называли, въ подобныхъ случаяхъ, наслѣдника словами oneratus (обремененный), privatus (обобранный), а лицо, получившее выгоду—honoratus (одаренный).

Successio singularis не мыслима безъ наслѣдованія, безъ succ. universalis. Первое предоставляетъ извѣстныя выгоды въ ограниченіе самого наслѣдованія.

Существенное послѣдствіе, вытекающее изъ такого характера частного преемства то, что частный преемникъ не отвѣчаетъ за долги наслѣдодателя даже тогда, когда онъ получаетъ изъ наслѣдства больше, чѣмъ самъ наслѣдникъ, или даже всю стоимость его.

И такъ слѣдуетъ отличать общее преемство, или наслѣдованіе, *наслѣдство* (hereditas) и частное преемство, или *отказы*, которые въ Римѣ имѣли двѣ формы *legatum* и *fideicommissum*.

Общее преемство, или наслѣдованіе, можетъ быть осуществлено однимъ, или нѣсколькими лицами, сонаслѣдниками (coheredes). Но нѣсколько лицъ немогутъ быть наслѣдниками такъ, чтобы каждый получилъ все наслѣдство; uni duo pro solido heredes esse non possunt [1]). При стеченіи нѣсколькихъ наслѣдниковъ необходимо устанавливаются части наслѣдства; concursus partes facit [2]). Въ подобныхъ случаяхъ преемственности unum jus раздѣляется между нѣсколькими лицами, чаще всего по равнымъ частямъ (portio hereditariae aequalis). Но при наслѣдованіи по послѣдней воли, а иногда и по закону, наслѣдственныя доли могутъ быть и не равныя. Въ отличіе отъ наслѣдственной преемственности нѣсколькими

---

[1]) L. 141 § 1 D. 1, 17.
[2]) L. 80 D. 32 (3).

лицами наслѣдованіе однимъ лицомъ носитъ названіе hereditas ex asse.

Римляне представляли себѣ обыкновенно опредѣленную имущественную массу въ видѣ единицы, as'a, который подраздѣлялся на 12 унцій. Тѣмъ или другимъ числомъ унцій опредѣлялись части при possessio pro indivisio, при общемъ правѣ собственности, а также при наслѣдованіи. Такимъ образомъ одинъ наслѣдникъ былъ heres ex asse; наслѣдникъ въ части (pro parte) могъ быть преемникомъ въ одной унціи, т. е. въ $^1/_{12}$ части всего, или въ двухъ унціяхъ, т. е. $^2/_{12}$ sextans и т. д.: quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, deunx. См. § 5 I. 2, 14; L. 13 § 1; L. 50 § 2 D. 28, 5.

Осуществленіе наслѣдственнаго преемства, наслѣдованіе, предполагаетъ два момента: 1) прежде всего должно быть открыто наслѣдство, hereditas defertur, и 2) по открытію наслѣдства должно быть вступленіе, принятіе его, hereditatem adire. Изъ этихъ двухъ моментовъ, *delatio* и *aditio*, составляется понятіе наслѣдованія.

Открытіе наслѣдства, delatio hereditatis.

Открывается наслѣдство тѣмъ, что опредѣленное(ыя) лицо(а) призывае(ю)тся принять наслѣдство [1]).

Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi L. 151 D. 50, 16.

Обыкновеннымъ моментомъ открытія наслѣдства [2]) будетъ моментъ смерти наслѣдодателя. Раньше смерти имущественно правоспособнаго лица не можетъ быть наслѣдованія отъ него; viventis non datur hereditas [3]). Но открытіе возможно отодвинуть за моментъ смерти наслѣдодателя, а именно: если преемственность опре-

---

[1]) Объ объективной и субъективной сторонахъ delatio см. *Northoff*. Erörterungen aus dem röm. Erbrechte въ Jahrb. f. d. Dogmatik Bd. 6 p. 190—192.

[2]) См. *Lasalle*. Das System d. erworb. Rechte Bd. 2 p. 363.

[3]) L. 19; L. 27 D. 29, 2; L. 1 D. 18, 4.

дѣляется по завѣщанію, а завѣщаніе это условное, то наслѣдство считается открытымъ лишь съ наступленіемъ условія.

Основаній открытія наслѣдства, по римскому праву, было два: послѣдняя воля, завѣщаніе, testamentum, и законъ. Отсюда дѣленіе наслѣдства на *hereditas testamentaria*, наслѣдство завѣщательное, и *hereditas legitima*, наслѣдство по закону [1]).

Рммлянамъ неизвѣстно было такъ называемое договорное наслѣдство, т. е. тотъ случай, когда наслѣдодатель обезпечивалъ опредѣленному лицу имущество послѣ себя опредѣленнымъ договоромъ съ нимъ. См. напр. *Hartmann.* Zur Lehre v. d. Erbverträge 1860. Такое соглашеніе (pactum hereditarium acquisitum) было ничтожнымъ, такъ какъ считалось противонравственнымъ (contra bonos mores) лишать свободы въ составленіи послѣдней воли (L. 15 C. 2, 3; L. 34 C 2, 4; L. 5 C. 5, 14; L. 4 C. 8, 39). О другихъ случаяхъ соглашенія по наслѣдству см. у *Vangerow.* Pand. 2 § 396).

Отношеніе между наслѣдованіемъ по завѣщанію и по закону выражалось, по представленію римлянъ, въ субсидіарной роли послѣдняго. Поэтому прежде всего къ наслѣдованію призываются наслѣдники по завѣщанію, и только если таковыхъ небудетъ или назначенные принять наслѣдство, въ силу положительнаго права, не могутъ, то призываются наслѣдники по закону.

По общему началу наслѣдодатель могъ умереть *testatus* или *intestatus*, т. е. оставивъ, или не оставивъ послѣдней воли. Отсюда наслѣдованіе по закону носитъ названіе *hereditas ab intestato*, т. е. наслѣдство отъ лица, умершаго безъ завѣщанія.

Признавая съ древнѣйшихъ временъ [2]) право опредѣлять наслѣдованіе послѣдней волей, римское право въ тоже время не допускало смѣшивать обѣ основы наслѣдованія такъ, чтобы наслѣдованіе въ части имущества опредѣлялось по завѣщанію, а въ остальномъ предоставлялось наслѣдованіе по закону: nemo ex parte testa-

---

[1]) L. 2 pr. D. 10, 2.

[2]) XII Таблицъ: Uti legassit super (familia) pecunia tutelave suae rei, ita jus esto (Ulpian. 11, 14).

tus, ex parte intestatus decedere potest [1]). Только по исключенію завѣщанія солдатъ могли касаться части оставляемаго имущества, а остальное подлежало наслѣдованію по закону [2]). — Послѣдствіями такого начала будутъ слѣдующіе два вывода: а) если доли, отказанныя наслѣдникамъ по завѣщанію, не исчерпываютъ всего наслѣдственнаго имущества, то и остальное раздѣляется между назначенными наслѣдниками, а не идетъ наслѣдникамъ по закону;

Такимъ образомъ назначенный наслѣдникомъ въ опредѣленной вещи изъ оставшагося имущества, heres ex re certa, будетъ наслѣдникомъ во всемъ имуществѣ L. 1 § 4; L. 9 § 13 D. 28, 5; L. 29 D. 36, 1. См. *Neuner*. Die heredis institutio ex re certa 1853.

б) если изъ нѣсколькихъ назначенныхъ наслѣдниковъ одинъ отпадаетъ, то его доля увеличиваетъ завѣщанныя доли, а не достается наслѣдникамъ по закону [3]). — Не легко найти основы даннаго положенія. Казалось бы очевиднымъ дѣломъ, что, опредѣляя завѣщаніемъ наслѣдованіе на часть имущества, наслѣдодатель тѣмъ самимъ выражаетъ волю, чтобы къ остальной части прилагались нормы наслѣдованія по закону, т. е. что на всемъ наслѣдованіи лежитъ одна и таже воля завѣщятеля. А между тѣмъ римское право требуетъ увеличенія долей назначенныхъ наслѣдниковъ явно вопреки выраженной воли завѣщателя. Объяснить такое странное положеніе можно тѣмъ, что съ первоначалу различныя нормы опредѣляли съ формальной и съ матеріальной стороны наслѣдованіе по завѣщанію въ отличіе отъ наслѣдованія по закону, и вотъ римскіе юристы находили несовмѣстнымъ примѣненіе въ одномъ и томъ же наслѣдованіи такихъ различныхъ нормъ.

Источники не даютъ никакихъ данныхъ для объясненія разсмотрѣннаго начала, а въ наукѣ крайнее разногласіе мнѣній по этому вопросу. См. напр. *Hölder*. Beiträge zum röm. Erbrechte n. 9; *Gruchot*. Preuss. Erbrecht Bd. 1 p. 373.

---

[1]) Cic. de inventione 2, 21; § 5 I. 2, 14; Theoph. ad h. l.; L. 7 D. 50, 17.

[2]) L. 6; L. 37 D. 29, 1; L. 19 § 2 D. 49, 17; L. 2 C. 6, 21.

[3]) См. *Vangerow*. Pandekten Bd. 2 § 397.

Завѣщаніе, testamentum.

Пособія: Heimbach въ Rechtslexikon v. Weiske X p. 713—1049; *Mühlenbruch* въ Glück's Erläuter. Bd. 33 p. 311—478; Bd. 34; Bd. 35 p. 1—73; Bd. 42 p. 1—288; *Rosshirt.* Das testamentarische Erbrecht bei den Römern v. 2 1840.

Понятіе завѣщанія. По опредѣленію римскаго юриста testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit [1]), т. е. завѣщаніе есть положеніе нашей воли, которымъ мы опредѣляемъ то что должно быть сдѣлано послѣ нашей смерти. Опредѣленіе это не совсѣмъ точно, отождествляя завѣщаніе со всякой послѣдней волей; но не всякая послѣдняя воля будетъ то supremum judicium, ultima voluntas, которое называется завѣщаніемъ. Завѣщательное распоряженіе въ отличіе отъ всякой другой послѣдней воли отличается признакомъ назначенія наслѣдника, *heredis institutio.*

> Heredis institutio est caput et fundamentum testamenti § 34 I. 2, 20. Testamenta vim ex institutione heredum accipiunt § 34 I. 2, 20; L. 10 D. 29, 7; Ulpianus 20, 1.

Кромѣ назначенія наслѣдника завѣщаніе могло заключать и всякія другія распоряженія, какъ напр. отказы, отпущенія на волю, указанія по опекѣ и т. п. Но существеннымъ будетъ только heredis institutio.

Въ дальнѣйшемъ смыслѣ подъ завѣщаніемъ разумѣется и самый актъ послѣдней воли, *tabulae testamenti,* который по общимъ своимъ признакамъ есть односторонее проявленіе воли завѣщателя и могъ выражаться въ одной или нѣсколькихъ таблицахъ, аутентическихъ документахъ [2]).

Условія дѣйствительнаго завѣщанія. Чтобы завѣщаніе было дѣйствительно требуется: 1) правовая способность завѣща-

---

[1]) L. 1 D. 28, 1. Срав. pr. I. 2, 10: Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est.

[2]) L. 24 D. 28, §1; L. 3 § 1 D. 43, 5; L. 4 D. 28, 4;

теля составить завѣщаніе, 2) опредѣленная форма послѣдняго и 3) назначеніе въ немъ наслѣдника.

I) Правовая способность составлять завѣщанія, *testamenti factio activa* [1]).

Выраженіе „testamenti factio" имѣетъ въ источникахъ различный смыслъ. Подъ нимъ разумѣется прежде всего самое составленіе завѣщанія; затѣмъ—способность, съ точки зрѣнія положительнаго права, для составленія дѣйствительнаго завѣщанія, facultas testamenti faciendi (Gajus 2, 114; L. 4 D. 28, 1; L. 1 pr. D. 29, 1). Наконецъ, подъ этимъ выраженіемъ, въ самомъ обширномъ его смыслѣ, разумѣется общая способность принимать какое либо участіе въ составленіи завѣщанія, а именно - не только въ качествѣ завѣщателя, но и въ качествѣ наслѣдника (Ulpianus 22, 1, 12), легатарія, опекуна (L. 21 D. 26, 2), въ качествѣ свидѣтеля или писца (§ 6 I. 2, 10; § 4 I. 2, 19; L. 16 D. 28, 1), т. е. подъ testamenti factio въ этомъ смыслѣ разумѣется и jus testamenti faciendi, и право получать имущество по завѣщанію, и право участія постороннихъ лицъ въ составленіи завѣщанія (§ 4 I. 2 19). Въ наукѣ testamenti factio по отношенію къ завѣщанію носитъ названіе test. fac. *activa*, по отношенію къ наслѣднику—test. fac. *passiva*. *Tewes*. System. 1 p. 136.

Testamenti factio признавалось у римлянъ правомъ публичнымъ, а не частнымъ [2]) (testamenti factio non privati, sed publici juris est), и въ случаѣ недостатка могло быть восполнено императоромъ [3]).

Право составлять завѣщанія имѣли, по основному римскому праву, только граждане [4]); оно разсматривалось какъ jus proprium civium Romanorum. По этому не имѣли testamenti factio activa перегрины, dediticii, рабы (servi publici имѣли право

---

[1]) Inst. 2, 12 quibus non est permissum facere testamentum; Dig. 28, 1 qui testamenta facere possunt; Cod. 6, 22 qui testamenta facere possunt, vel non.

[2]) L. 3 D. 26, 2.

[3]) L. 43 pr. D. 28, 6.

[4]) L. 8 D. 28, 1.

составлять завѣщаніе на половину своего имущества, пекуліума), а также latini Juniani [1]). Отсюда слѣдуетъ также, что всякое наказаніе, которое соединено было съ capitis deminutio maxima (servitus poenae), или съ capitis deminutio media вело за собою потерю права составлять завѣщаніе [2]). Было недѣйствительно завѣщаніе составленное римляниномъ въ плѣну [3]).

Только свободные отъ чьей либо семейной власти, homines sui juris, могли составлять завѣщанія. Лица, находящіяся подъ отцовскою властью, не имѣли testamenti factio. Въ императорскія времена изъятіе было сдѣлано только [4]) по поводу peculium castrense и quasi castrense [5]). Согласіе отца не снимало съ сыновей этой неспособности [6]).

По естественнымъ причинамъ не имѣли права составлять завѣщанія: безумные, за исключеніемъ свѣтлыхъ промежутковъ [7]), расточители (prodigi), которыхъ источники часто сопоставляютъ съ безумными [8]), лица неспособные, по физическимъ недостаткамъ или болѣзни, выразить своей воли ни письменно, ни устно [9]). Такъ по закону Юстиніяна не признавалось testamenti factio за родившимися глухонѣмыми [10]). Какъ не обладающіе сознательной волей,

---

[1]) Ulpianus 20, 14.

[2]) L. 6 § 6 sq. D. 28, 8; L. 1 § 2 D. 30 (3); L. 8 §§ 1, 2, 4; L. 18 D. 28, 1; L. 7 § 3 D. 48, 8. См. *Wächter*. Ueber die Testirunfähigkeit wegen begangener Verbrechen въ Archiv f. civ. Praxis Bd. 17 n. 14.

[3]) L. 8 pr. D. 28, 1.

[4]) См. *Tewes*. System 1 p. 139—141.

[5]) pr. I. 2, 12; L. 6 pr.; L. 16 pr. D. 28, 1; L. 26 in f. D. 29, 1; L. 12 C. 6, 22. См. выше т. II стр. 330.

[6]) L. 11 C. 6, 22. См. *Vangerow*. Pand. 2 § 428 p. 73.

[7]) § 1 I. 2, 12; L. 16 § 1 D. 28, 1; L. 9 C. 6. 22. — L. 2 D. 28, 1.

[8]) L. 18 pr. D. 28, 1; § 2 I. 2, 12.

[9]) L. 29 C. 6, 23.

[10]) L. 10 C. 6, 22. Въ древнемъ правѣ на этомъ же основаніи были лишены права составлять завѣщаніе всѣ глухіе и нѣмые. Ulpianus 20, 13; L. 6 § 1 D. 28, 1 ср. L. 7 D. 28, 1. См. *Vangerow*. Pand. 2 § 423 p. 72.

не могли составлять завѣщанія и несовершеннолѣтніе, т. е. мужчины до 14 лѣтъ, женщины—до 12 лѣтъ [1]) До императорскихъ временъ по общему началу, женщина, и совершеннолѣтняя и sui juris, не имѣла testamentifactio. Объяснялось это публичнымъ характеромъ завѣщательнаго акта и вмѣстѣ ограниченіемъ женщинъ со стороны участія въ публичныхъ правахъ гражданъ. Обходъ этого запрещенія найденъ уже въ республиканскій періодъ при такъ назыв. coemptio fiduciae causa, а именно coemptio testamenti faciendi causa facta [2]). Позднѣе, съ Адріана, женщины могли составлять завѣщанія съ согласія опекуна (cum tutoris auctoritate) [3]); а, наконецъ, съ окончательной отмѣной половой опеки женщины получили общее право составлять духовныя завѣщанія [4]).

Наконецъ, законъ лишалъ въ наказаніе права составлять завѣщанія [5]), дѣлалъ lege intestabiles, какъ то, составителей пасквилей (carmen famosum) [6]), послѣдователей извѣстныхъ ересей [7]), уличенныхъ въ кровосмѣсительной связи (incestuosi) [8]).

Въ общемъ, всѣ причины, препятствующія составленію завѣщанія, распространялись на всякое другое участіе при совершеніи этого акта, какъ-то, на право быть свидѣтелемъ, въ древности —быть вѣсодержателемъ (libripens), душеприкащикомъ (familiae emptor) [9]). Но изъ этого общаго правила допускались нѣкоторыя изъятія. Такъ latini Juniani [10]) и homines alieni juris,

---

[1]) § 1 I. 2, 12; L. 1 § 1 D. 27, 3; L. 5 D. 28, 1.

[2]) Gajus 1, 115a.—См. *Karlowa.* Die Formen d. Röm. Ehe p. 97—107.

[3]) Gajus 1, 192; 2, 118, 122; 3, 43.

[4]) См. *Cohn.* Ueber die Testirfähigkeit der Frauen nach klassischem Recht въ Beiträge zur Bearbeitung d. Röm. Rechts 1878.

[5]) L. 18 § 1; L. 20 § 4; L. 26 D. 28, 1; L. 1 C. 6, 23; §§ 6, 7 I. 2, 10. См. *Windscheid.* Pand. 3 § 542 n. 26.

[6]) L. 18 § 1; D. 28, 1.

[7]) L. 4 § 5 C. 1, 5; L. 3 C. 1, 7; Nov. 115 c. 3 § 14.

[8]) L. 6 C. 5, 5; Nov. 12.

[9]) Gajus 2, 105. Ср. *Mayer.* Die Lehre v. Erbrecht nach d. heut. röm. Rechte § 9.

[10]) Ulpianus 20, 8.

не имѣя testamenti factio activa, могли принимать всякое иное участіе при составленіи завѣщанія. Самъ наслѣдникъ, всѣ подчиненные власти завѣщателя, или наслѣдника, должны быть устранены отъ всякого участія при совершеніи завѣщательнаго акта [1]); но это не распространялось на лицъ, которымъ завѣщатель дѣлалъ отказы.

> Legatariis, fideicommissariis, quia non juris successores sunt, testimonium non denegabimus (§ 11 I. 2, 10), т. е. легатаріямъ и фидеикоммиссаріямъ, какъ не наслѣдникамъ по праву, мы не отказываемъ въ свидѣтельствѣ при завѣщаніяхъ L. 20 pr. D. 28, 1; L. 22 C. 6, 23.

Равнымъ образомъ не могли принимать участія въ качествѣ писца (testamentarius) тѣ лица, которымъ завѣщатель дѣлалъ какія либо предоставленія по послѣдней волѣ.

Засимъ свидѣтелями и писцомъ могли быть только лица мужскаго пола; женщины къ свидѣтельству не допускались [2]).

Теперь спрашивается: въ какой моментъ завѣщатель долженъ имѣть testamenti factio activa? При разрѣшеніи этого вопроса слѣдуетъ различать способность правовую и физическую. Правовая способность должна быть на лицо во время составленія завѣщанія и во время смерти завѣщателя. Если завѣщаніе было составлено въ такой моментъ, когда лицо признавалось неспособнымъ къ составленію его, то оно было недѣйствительнымъ и не получало силы даже по отпаденіи причины этой недѣйствительности [3]). Если же лицо не имѣло testamenti factio въ моментъ смерти, то опять завѣщаніе лишено было значенія, такъ какъ это — актъ послѣдней воли, ultima voluntas, которая становится таковою лишь въ моментъ смерти завѣщателя. Поэтому, напр., дѣйствительное завѣщаніе теряетъ свою силу чрезъ capitis demin. maxima завѣщателя [4]). — Способность физическаи должна быть на лицо, лиш ьвъ моментъ составленія завѣщанія и послѣдующая неспособность фактическая, но не

---

[1]) § 9 I. 2, 10; L. 20 pr. D. 28, 1. Срав. Gajus 2 § 108.
[2]) § 6 I. 2, 10.
[3]) L. 19 D. 28, 1. Ср. L. 29; L. 201 D. 50, 17.
[4]) § 4 I. 2, 17.

правовая, безразлична, ибо въ моментъ смерти имѣется вполнѣ дѣйствительная воля, выраженная ранѣе. Такъ завѣщаніе не теряетъ своей дѣйствительности отъ того, что позднѣе завѣщатель сошелъ съума [1]).

II. *Форма завѣщанія* [2]). Требованіе формы для составленія завѣщанія имѣетъ тотъ смыслъ, что за нею не остается сомнѣнія въ серьёзности, а также и въ подлинности воли завѣщателя; хотя съ другой стороны требованіе формы затрудняетъ какъ самое выраженіе, такъ и отмѣну послѣдней воли [3]).

Римское право въ общемъ никогда не отступало отъ требованій извѣстной формы для дѣйствительности завѣщанія, которое было или публичнымъ, если совершалось при участіи публичныхъ властей, или частнымъ, если къ нему примѣнялись формальности частного характера.

Историческими формами римскаго завѣщанія были слѣдующія: testamentum calatis comitiis conditum, завѣщаніе составляемое предъ народнымъ собраніемъ (Gajus 2 § 101; Ulpianus 20 § 2; Gellius N. Att. 15, 27); testamentum in procinctu, завѣщаніе солдатъ передъ боевымъ строемъ (Gajus 2, 101; Festus v. in procinctu); testamentum per aes et libram, завѣщаніе, составляемое путемъ отчужденія, mancipatio, отказываемаго имущества передъ пятью свидѣтелями и однимъ вѣсодержателемъ (libripens) душеприкащику (familiae emptor) (см. Gajus § 103 слѣд.); testamentum septem signis testium signatum, завѣщаніе преторскаго права (см. *Lenel*. Edictum p. 278) подписанное семью свидѣтелями (Gajus 2, 119, 147); и, наконецъ, форма завѣщанія позднѣйшихъ императорскихъ временъ. См. исторію завѣщанія у *Dernburg*. Zur Geschichte der römischen Testamente 1821; *Hölder*. Das testamentum per aes et libram въ Zeitsch. der Savigny-Stiftung f. Rechtsgesch. Bd. 1 Romanist. Abtheilung.

---

[1]) L. 20 § 4 D. 28, 1.

[2]) Inst. 2, 10 de testamentis ordinandis; Dig. 28, 1 qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant; Cod. 6, 23 de testamentis et quemadmodum testamenta ordinentur.

[3]) См. *Dernburg*. Pand. 3 p. 126, 127.

Въ юстиніановомъ правѣ дѣйствительность частнаго завѣщанія зависѣла отъ примѣненія слѣдующей формы. 1) Къ составленію завѣщанія должны быть спеціально привлечены [1]) семь свидѣтелей, которыми не могли быть лица съ ограниченной testamenti factio (см. выше), а кромѣ того женщины [2]) (testes idonei).

Неточно положеніе § 6 I. 2, 10: Testes adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est. Это положеніе даетъ основаніе предполагать, что свидѣтелями могутъ быть только тѣ лица, которыя способны быть наслѣдниками (*Arndts.* Pand. § 486; *Tewes.* System 1 p. 160).

Писецъ завѣщанія (testamentarius) могъ быть въ тоже время свидѣтелемъ [3]). Способность свидѣтелей требуется въ моментъ составленія завѣщанія; позднѣйшее лишеніе ея не имѣетъ значенія [4]).

2) Необходимо такъ назыв. unitas actus, чтобы составитель завѣщанія и свидѣтели находились въ одномъ мѣстѣ и чтобы актъ составленъ былъ непрерывнымъ дѣйствіемъ. Небольшіе перерывы по случайнымъ надобностямъ не имѣютъ значенія.

Uno contextu actus testari oportet, est autem uno contextu nullum actum alienum testamento intermiscere L. 21 § 3 D. 28, 1; § 3 I. 2, 10; L. 28 C. 6, 23.

3) Духовное завѣщаніе могло быть словеснымъ и письменнымъ. Для словеснаго завѣщанія (testamentum nuncupativum) требовалось понятнаго и яснаго выраженія послѣдней воли передъ свидѣтелями [5]). Впослѣдствіи, ради доказательства, эта воля могла быть облечена, также при участіи свидѣтелей, въ письменную форму, testamentum nuncupativum in scripturam redactum. При письменной формѣ [6]) завѣщаніе могло быть редактировано ранѣе представленія его свидѣтелямъ. Въ этихъ случаяхъ не требовалось, чтобы свидѣтели знали содержаніе завѣщанія. Если духовное завѣщаніе было писано рукою самого завѣщателя (т. наз. tes-

---

[1]) L. 21 § 2 D. 28, 1.
[2]) § 6 I. 2, 10; Ulpianus 20, 7.
[3]) Quaestio Domitiana, responsio Celsina L. 27 D. 28, 1.
[4]) L. 22 § 1 D. 28, 4.
[5]) L. 21 § 4; L. 26 C. 6, 23.
[6]) L. 6 § 2 D. 37, 1.

tamentum holographum), то не было надобности въ его подписи; если же оно писано третьимъ лицомъ, testamentarius (такъ назыв. testamentum allographum), то требовалась подпись самого завѣщателя, подпись свидѣтелей (subscriptio), приложеніе на закрытомъ актѣ печатей свидѣтелей и подпись подъ ними (superscriptio) [1]. Когда завѣщатель по какой либо причинѣ не могъ вовсе писать, то для подписи за него привлекался особый свидѣтель, octavus subscriptor [2].

Публичныя завѣщанія (testamenta publica) совершались словеснымъ заявленіемъ послѣдней воли предъ судебными или муниципальными властями и заносились ими въ протоколъ (ad acta) [3], такъ назыв. testamentum judici oblatum. Другая форма публичныхъ завѣщаній состояла въ предъявленіи письменнаго акта распоряженій императору [4], такъ наз. testamentum principi oblatum, и затѣмъ, быть можетъ, они прочитывались въ совѣтѣ государя.

Для особыхъ случаевъ положительное римское право дѣлало отклоненія отъ описанныхъ формальныхъ требованій завѣщанія въ смыслѣ то увеличенія этихъ требованій, то уменьшенія ихъ. Сюда относятся:

а) Завѣщанія слѣпыхъ (caeci). Кромѣ обыкновенныхъ формальностей къ составленію такого завѣщанія привлекался нотаріусъ (tabularius), или, если такого трудно было добыть, восьмой свидѣтель, который прочитывалъ присутствующимъ уже написанное завѣщаніе, или редактировалъ устное заявленіе послѣдней воли слѣпого. Засимъ, этому акту давались подписи свидѣтелей, прилагались ихъ печати съ надписями и нотаріусъ, или восьмой свидѣтель, скрѣплялъ своей печатью съ надписью (superscriptio) [5].

б) Завѣщанія солдатъ [6] могли быть составляемы безъ соблю-

---

[1] § 3 I. 2, 10; L. 21 pr. C. 6, 23.
[2] L. 21 § 1 C. 6, 23.
[3] Nov. Valentiniani III c. 1 § 2.
[4] L. 19 C. 6, 23; Nov. Valentin. III c. 1 pr. §§ 1, 2.
[5] L. 8 C. 6, 22.
[6] Inst. 2, 11 de militari testamento; Dig. 29, 1 de testa-

денія какихъ либо формъ. Всякое объявленіе воли было достаточно, если только это сдѣлано серьёзно [1]). Юстиніанъ ограничилъ эту привиллегію временемъ похода [2]). Дѣйствительность такого завѣщанія продолжалась только одинъ годъ отъ времени отставки, но при этомъ требовалось, чтобы отставка была почетной; при позорной отставкѣ завѣщаніе теряло свою силу немедленно [3]).

в) Завѣщаніе, составляемое во время какой либо эпидеміи, testamentum pestis tempore conditum. При эпидемической опасной болѣзни завѣщателя дозволялось, чтобы свидѣтели не находились въ непосредственной близи къ завѣщателю [4]), т. е. допускалось отклоненіе отъ требованія unitas loci.

г) Завѣщаніе, составляемое въ деревнѣ, testamentum ruri conditum. По причинѣ затруднительности отыскать въ деревнѣ достаточное число свидѣтелей, законъ ограничилъ требованіе только пятью свидѣтелями и разрѣшилъ за безграмотныхъ подписываться грамотнымъ, но притомъ требовалось оглашеніе содержанія завѣщанія [5]).

д) Завѣщаніе восходящихъ родственниковъ, testamentum parentum inter liberos factum [6]). Когда восходящій родственникъ желалъ составить завѣщаніе исключительно въ пользу своихъ нисходящихъ, то достаточно, если онъ собственноручно обозначитъ время, имена нисходящихъ наслѣдниковъ и, прописью, наслѣдственную ихъ долю [7]).

III. *Назначеніе наслѣдника, institutio heredis* [8]). Для наз-

---

mento militis; Cod. 6, 21. См. *Mühlenbruch* въ Glück's Erläuter. Bd. 42 p. 19 и слѣд.

[1]) L. 1 pr.; L. 29 D. 29, 1; L. 15 C. 6, 21.

[2]) pr. I. 2, 11; L. 17 C. 6, 21.

[3]) L. 25; L. 26 D. 29, 1.

[4]) L. 8 C. 6, 23; *Vering*. Erbrecht p. 209 Anm. Срав. *Tewes*. System p. 168.

[5]) L. 31 C. 6, 23.

[6]) *Fritz*. Entwickelung der Lehre von dem Testamente der Eltern unter ihren Kindern. 1822.

[7]) L. 21 § 3 C. 6, 23; Nov. 107 c. 1.

[8]) Inst. 2, 14; Dig. 28, 5 de heredibus instituendis; Cod. 6, 24 de heredibus instituendis, et quae personae heredes insti-

наченія наслѣдника еще въ классическій періодъ требовалось примѣненіе торжественной формулы: Titius heres esto; Titium heredem esse jubeo; и т. п. [1]). Позднѣе дозволялось употреблять любую форму для обозначенія преемника [2]). Существеннымъ было только то, чтобы оно исходило изъ воли самого завѣщателя. Поэтому, если опредѣленіе будущаго наслѣдника предоставлено на волю третьяго лица, или назначеніе наслѣдника сдѣлано подъ условіемъ, что третье лицо дастъ свое согласіе на него, то подобное institutio недѣйствительно. Наоборотъ, вполнѣ дѣйствительно назначеніе наслѣдника, поставленное въ зависимость отъ какого либо дѣйствія третьяго лица.

Недѣйствительно назначеніе наслѣдника въ такой формѣ: illi heredes mihi sunto, quos Titius voluerit, или Gajus heres esto, si Titius voluerit (L. 32 pr.; L. 68 D. 28, 5). Наоборотъ, оно дѣйствительно въ формѣ: Gajus heres esto, si Titius in Capitolium ascenderit (L. 23 § 2; L. 68 D. 28, 5; L. 52 D. 35, 1). См. *Vangerow.* Pand. Bd. 2 § 432 Anm.

Воля, опредѣляющая наслѣдника, должна быть сознательной и ясной [3]); заблужденіе, обманъ и насиліе, при которыхъ состоялось выраженіе этой воли, дѣлаютъ назначеніе ничтожнымъ [4]).

Такого господствующее воззрѣніе на вліяніе заблужденія, обмана и насилія при назначеніи наслѣдника. Но по поводу каждаго изъ этихъ вліяній въ литературѣ большое разногласіе. Такъ по поводу metus высказывается мнѣніе о полной дѣйствительности назначенія (*Vangerow.* Pand. 2 § 431 Anm. 1), которое только можетъ быть опорочено на общемъ основаніи (см. т. I стр. 174, 175; срав. *Schliemann.* Lehre vom Zwang p. 80 sq.).—По поводу заблужденія при назначеніи наслѣдника иногда полага-

---

tui non possunt.—*Mühlenbruch* въ Glück's Erläuter. Bd. 39 отъ p. 117; *Arndts* въ Rechtslex. v. Weiske 3 отъ p. 908—939.

[1]) Gajus 2, 116, 117.

[2]) L. 15 C. 6, 23.

[3]) Dig. 29, 6; Cod. 6, 34 si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit.

[4]) L. 9 pr. D. 28, 5; L. 4 C. 6, 24; L. 1 C. 6, 34.

ютъ, что оно вліянія имѣть не можетъ, по общему правилу, какъ имѣющее значеніе только побудительнаго мотива къ совершенію акта (*Savigny*. Syst. Bd. 3 p. 377 sq). — Въ томъ же родѣ многіе высказываются и относительно вліянія обмана при назначеніи наслѣдника (ср. *Mühlenbruch* въ Glück's Erläut. 33 p. 426 sq.; 43 p. 491 sq.).

Назначеніе наслѣдника не должно быть актомъ безнравственной воли. Поэтому въ слѣдующихъ случаяхъ institutio heredis было недѣйствительно:

1) Если въ завѣщаніи будетъ назначено наслѣдникомъ дитя, еще нерожденное отъ женщины, съ которой завѣщатель не могъ состоять въ бракѣ [1]).

2) Такъ называемыя institutiones captatoriae, назначенія подъ условіемъ, что назначенный, или другой кто либо, въ свою очередь назначитъ или завѣщателя, или третье лицо [2]). Такія назначенія недѣйствительны по причинѣ корыстнаго ихъ характера, противнаго идеѣ завѣщанія, какъ безвозмезднаго предоставленія.

3) Testamentum litis causa conditum [3]), назначеніе наслѣдникомъ государя съ цѣлью противопоставить въ судебномъ спорѣ болѣе сильнаго противника и тѣмъ имѣется въ виду выиграть, чрезъ такое назначеніе, процессъ съ опредѣленнымъ лицомъ.

4) Въ классическомъ правѣ было еще недѣйствительно institutio poenae nomine relicta [4]), т. е. такое назначеніе, которымъ имѣлось въ виду причинить опредѣленному лицу извѣстный вредъ имущественный, или нравственный [5]). Предоставленіе наслѣдства должно основываться на прямомъ благоволеніи къ назначенному наслѣднику; если же послѣдній служитъ только орудіемъ наказанія другого, то нельзя говорить о какомъ

---

[1]) § 28 I. 2, 20; L. 9 §§ 1, 3, 4 D. 28, 2.

[2]) L. 70; L. 71; L. 81 § 1 D. 28, 5; L. 1 D. 34, 8. Но не будетъ считаться за captatoria institutio, когда in praeteritum, non in futurum institutio collata est L. 71 pr.; L. 81 § 1 D. 28, 5; L. 20 § 2 D. 28, 7.

[3]) § 8 I. 2, 17; L. 91 D. 29, 5.

[4]) Dig. 34, 6 de his quae poenae causa relinquntur; Cod. 6, 41 de his quae poenae nom. etc.

[5]) Gajus 2, 235, 243; Ulpianus 24, 17; § 36, I. 2, 20.

либо благоволеніи къ нему лично [1]). Поэтому ничтожно будетъ назначеніе сонаслѣдника, которое имѣетъ своею цѣлью ограничить долю другого назначеннаго наслѣдника, когда этотъ послѣдній совершитъ или несовершитъ чего либо вопреки воли завѣщателя [2]). По юстиніановому праву [3]) такое назначеніе дѣйствительно, если только наказаніе не обусловливалось тѣмъ, что наслѣдникъ не совершитъ чего либо невозможнаго, противозаконнаго, безнравственнаго.

Завѣщательную волю по назначенію наслѣдника должно толковать самымъ широкимъ образомъ: in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur [4]). Это всего болѣе соотвѣтствуетъ намѣренію завѣщателя. Поэтому при сомнѣніи слѣдуетъ высказываться въ пользу назначеннаго. Въ юстиніановомъ правѣ не требовалось даже, чтобы наслѣдникъ обозначался именемъ (nominatim); достаточно было одного описанія личности, исходя изъ котораго можно было бы остановиться на опредѣленномъ лицѣ; только указываемые признаки не должны были быть бранными [5]). Лицо наслѣдника могло быть и вовсе не обозначено, какъ при такъ назыв. testamentum mysticum, когда наслѣдство отказывается лицу, указанному въ другомъ актѣ, когда для опредѣленія наслѣдника завѣщатель отсылаетъ къ другому акту [6]).

Условія въ лицѣ назначеннаго наслѣдникомъ. Способность быть назначеннымъ наслѣдникомъ по завѣщанію носитъ названіе testamenti factio passiva [7]). Назначеніе лица, неимѣющаго testamenti factio passiva, ничтожно и не становится болѣе дѣй-

---

[1]) См. *Arndts* въ Weiske's Rechtslex. 3 p. 936.

[2]) Gajus 2, 243; § 36 I. 2, 20.

[3]) L. un. C. 6, 41.

[4]) L. 12 D. 50, 17.

[5]) L. 9 § 8 D. 28, 5.

[6]) L. 77 D. 28, 5: ...ita scriptum est: quem heredem codicillis scripsero, heres esto. См. *Fein* въ Glück's Erläuter. Bd. 45 p. 116 и слѣд.

[7]) Ulpianus 22, 1: Heredes institui possunt, qui testamenti factionem cum testatore habent; § 4 in f. I. 2, 19.

ствительнымъ, если позднѣе причина такой неспособности отпадетъ [1]).

По вопросу о способности даннаго лица быть наслѣдникомъ наблюдается такъ назыв. inspectio trium temporum, а именно она требуется и во время составленія завѣщанія, и въ моментъ открытія, и во время принятія наслѣдства [2]). Только временная неспособность въ промежутокъ между назначеніемъ и открытіемъ не оказывало никакого вліянія [3]); ибо воля завѣщателя, не взятая назадъ до смерти, покрывала собою этотъ временной недостатокъ [4]).

Слѣдующія категоріи лицъ не имѣли, по римскому праву, testamenti factio passiva, были incapaces, неспособными быть назначенными въ завѣщаніи: перегрины [5]), потерпѣвшіе capitis deminutio media, военноплѣнные, осужденные къ каторжнымъ работамъ (ad metallum), рабы [6]), дѣти государственныхъ преступниковъ, апостаты, еретики, вдовы нарушившія траурный годъ, родственники пропустившіе срокъ на просьбу о назначеніи опекуна (petitio tutoris) несовершеннолѣтнему, personae incertae [7]). Назначеніе послѣдней категоріи наслѣдниковъ имѣло мѣсто тогда, когда завѣщатель не могъ о нихъ думать чего либо опредѣленнаго [8]). Сюда относятся слѣдующіе случаи: а) когда лицо наслѣдника опредѣляется будущимъ какимъ либо обстоятельствомъ: „кто первый придетъ на мое погре-

---

[1]) L. 210 D. 50, 17: Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest. L. 29; L. 201 ibid.

[2]) L. 201 D. 50, 17.

[3]) L. 49 § 1 D. 28, 5; L 1 § 4 D. 38, 17.

[4]) *Kuntze*. Cursus d. römisch. Rechts § 842.

[5]) Ulpianus 22, 2.

[6]) Но рабы могутъ пріобрѣтать по завѣщанію для своихъ господъ (§ 3 I. 2, 14) и быть даже наслѣдниками, если вмѣстѣ съ назначеніемъ получаютъ свободу (см. ниже).

[7]) Cod. 6, 48 de incertis personis — Lege intestabilis въ позднѣйшемъ правѣ не лишенъ былъ права быть назначеннымъ въ наслѣдники. См. L. 18 § 1; L. 26 D. 28, 1. *Tewes*. System 1 p. 148.

[8]) „Quam per incertam opinionem animo suo subjicit.“ Gajus 2, 238; § 25 I. 2, 20.

беніе“ [1]). Не будетъ такой неопредѣленности если подобное условіе касается извѣстнаго круга лицъ: „кто изъ моихъ родственниковъ явится первымъ къ моему погребенію“. Въ юстиніановомъ правѣ наслѣдниками могли быть назначаемы вообще бѣдные и плѣнные [2]). б) Posthumi, дѣти еще неродившіяся [3]). Тутъ дѣлалось различіе между posthumi sui и posthumi alieni. Если ребенокъ по рожденіи долженъ былъ подпасть власти завѣщателя, то онъ могъ быть назначенъ наслѣдникомъ [4]); всякое другое будующее рожденіе по jus civile не могло быть наслѣдникомъ, но могло фактически осуществить наслѣдованіе по преторскому праву [5]). Въ юстиніановомъ правѣ и posthumi alieni могли быть назначаемы наслѣдниками [6]). в) Юридическія лица общимъ началомъ не могли быть назначаемы наслѣдниками [7]). Но разными постановленіями этому началу допущены различныя изъятія. Такъ, вольноотпущенному разрѣшено назначать наслѣдницей муниципію [8]); затѣмъ каждый могъ оставлять наслѣдство городамъ, общинамъ [9]), опредѣленнымъ дозволеннымъ корпораціямъ [10]). Постановленіями сената и императоровъ указаны были тѣ боги, которыхъ можно было назначать наслѣдниками [11]). Съ императора Константина разрѣшено назначать наслѣдницей церковь [12]); такое же значеніе придавалось отказамъ Іисусу Христу, св. мученикамъ и т. п [13]). По особой при-

---

[1]) Gajus 2, 238; Ulpianus 22, 4; 24, 18; § 25 I. 2, 20.

[2]) L. 24; L. 28; L. 49 C. 1, 3.

[3]) *Heumann.* Ueber d. Erbfähigkeit der postumi въ Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 19 n. 10.

[4]) Ulpianus 22 § 19.

[5]) Gajus 1, 147; 2, 242; pr. I. 1, 3; L. 3 D. 37, 11. См. *Vangerow.* Pand. 2 § 429 Anm. 3.

[6]) §§ 26—28 I. 2, 20; pr. I. 3, 9.

[7]) Ulpianus 22, 5; Plinius 5 epist. 7.

[8]) Ulpianus 22, 5; L. 1 § 1 D. 38, 3.

[9]) L. 12 C. 6, 24.

[10]) L. 8 C. 6, 24.

[11]) Ulpianus 22, 6.

[12]) L. 1 C. de SS. eccles. 1, 2.

[13]) L. 26 C. 1, 2.

виллегіи разрѣшалось назначать наслѣдниками корпораціи (collegia [1]). По одному постановленію сената временъ Тиверія (Sctum Libonianum) не могъ быть назначенъ наслѣдникомъ писавшій духовное завѣщаніе (testamentarius) [2]), если только подобное назначеніе не будетъ оговорено собственноручно завѣщателемъ и если писецъ не будетъ законнымъ наслѣдникомъ завѣщателя.

Завѣщатель можетъ, какъ сказано выше, назначить нѣсколькихъ наслѣдниковъ, обозначая ясно долю каждаго (heredes cum partibus scripti) [3]), или опуская такое точное опредѣленіе долей (heredes sine partibus scripti). Въ послѣднемъ случаѣ прилагаются слѣдующія правила. По общему началу наслѣдники sine partibus признаются призванными въ равныхъ доляхъ [4]). Предположеніе къ неравенству даетъ форма соединенія (conjunctio) наслѣдниковъ въ завѣщаніи. Возможны слѣдующія соединенія [5]): а) Завѣщатель назначаетъ нѣсколькихъ лицъ къ наслѣдованію въ опредѣленной части имущества, но въ различныхъ положеніяхъ, напр. А. да будетъ моимъ наслѣдникомъ въ половинѣ имущества; Б. да получитъ другую половину. Такіе наслѣдники, re tantum conjuncti, соединены однимъ матеріальнымъ участіемъ въ наслѣдствѣ; каждый изъ нихъ получаетъ свою долю. б) Если всѣ данные наслѣдники назначены къ опредѣленной части въ одномъ и томъ же положеніи (Titius, Sejus, Sempronius heredes mei sunto), то они соединены не только матеріальнымъ участіемъ въ наслѣдствѣ, но и словесной формулой, призывающей ихъ къ наслѣдованію, re ac verbis conjuncti. Притомъ если одинъ наслѣдникъ будетъ назначенъ въ опредѣленной части наслѣдства, а остальные будутъ соединены въ общемъ положеніи, то послѣдніе считаются за одного участника; plures personae in eadem propositione nominatae pro una habentur; первый наслѣдникъ получаетъ свою часть вполнѣ, а остальные получаютъ другую часть, какъ одно лицо, дѣля эту часть поголовно. Напр. Publius, Maevius, Lucius Titius ex parte

---

[1]) L. 20 D. 34, 5; L. 8 C. 6, 24.

[2]) L. 3 C. de his, qui sibi adscribunt in testamento 9, 23.

[3]) L. 15 pr. D. 28, 5.

[4]) § 6 I. 2, 14; L. 9 § 12 D. 28, 5.

[5]) L. 142 D. 50, 16.

dimidia heredes sunto. Sempronius ex parte dimidia heres esto. Тутъ Мевій и Титъ, какъ re и verbis conjuncti, получаютъ оба одну половину послѣдства, а другую Семпроній [1]). Подобное же дѣленіе должно допустить при такой формулѣ безъ прямого указанія на доли: Titius heres esto, Sejus et Maevius heredes sunto. Приэтомъ если завѣщаніе не исчерпываетъ всего имущества умершаго, то пропорціонально указанной доли происходитъ и приращеніе [2]). По тому же началу происходитъ и уменьшеніе, когда завѣщаніе превышаетъ наслѣдственное имущество. в) Возможно соединеніе нѣсколькихъ наслѣдниковъ въ одномъ словесномъ положеніи, verbis tantum conjuncti, безъ того, чтобы изъ этого соединенія можно было бы заключить о соединеніи въ опредѣленной матеріальной части, напр. А. и Б. да будутъ моими наслѣдниками, а также и В. да будетъ моимъ наслѣдникомъ [3]). На дѣлежъ наслѣдства такое соединеніе никакого особаго вліянія не имѣетъ.

Назначеніе наслѣдниковъ подъ условіемъ [4]). Завѣщатель можетъ поставить наслѣдованіе назначеннаго въ зависимость отъ одного, или даже нѣсколькихъ условій [5]). Назначеніе подъ резолютнымъ условіемъ вовсе не допускалось; semel heres, semper heres [6]). Исключеніе допускалось для завѣщаній солдатъ [7]). Въ другихъ же случаяхъ подобнаго рода назначеніе считалось безусловнымъ; условіе признавалось вовсе неписаннымъ (pro non scripta) [8]). Суспенсивныя условія, наоборотъ, имѣли полную дѣйствительную силу; назначеніе считалось дѣйствительнымъ

---

[1]) L. 11; L. 17 § 4; L. 59 2; L. 60 § 2 D. 28, 5.

[2]) Исключеніе при завѣщаніяхъ солдатъ L. 37 D. 29, 1. См. выше стр. 380, 381.

[3]) См. L. 13 pr.; L. 66 D. 28, 5.

[4]) Dig. 28, 7 de conditionibus institutionum; Cod. 6, 25 de institutionibus vel substitutionibus seu restitutionibus sub conditione factis. *Mühlenbruch* въ Glück's Erläuter. Bd. 41 p. 45 — 276.

[5]) §§ 9, 11 I. 2, 14; L. 5 D. 28, 7.

[6]) L. 88 in f. D. 28, 5.

[7]) L. 15 § 4 D. 29, 1.

[8]) § 9 I. 2, 14.

съ момента наступленія условія [1]). Вполнѣ также возможно на извѣстную часть наслѣдства назначеніе безусловное, а на другую — подъ условіемъ, равно какъ на разныя доли — подъ различными условіями [2]). Ненаступленіе условія (conditione deficiente) дѣлало само назначеніе наслѣдника ничтожнымъ. Но могло случиться, что наслѣдникъ, назначенный въ завѣщаніи, не доживетъ до наступленія условія, или вообще до осуществленія права, вытекающаго изъ завѣщанія. На подобные случаи римское право допускало такъ назыв. субституцію, substitutio.

Если назначеніе наслѣдника будетъ обусловлено опредѣленнымъ срокомъ, dies a quo или dies ad quem, то такой срокъ считается какъ бы вовсе неупомянутымъ (pro non adjecto) [3]). Исключеніе для завѣщанія солдатъ [4]).

Наконецъ, вполнѣ допускалось назначеніе наслѣдника sub modo [5]), подъ извѣстнымъ предположеніемъ.

Субституція, substitutio.

Источники: Inst. 2, 15 de vulgari substitutione; 2, 16 de pupillari substitutione.—Dig. 28, 6 de vulgari et pupillari substitutione;—Cod. 6, 26 de impuberum et aliis substitutionibus; 6, 27 de necessariis servis instituendis vel substituendis.

Пособія: *Mühlenbruch* въ Glück's Erläuter. d. Pand. Bd. 40 p. 307 – 370; *Arndts* въ Weiske's Rechtslex. 10. p. 656 — 663.

Подъ субституціей въ общемъ смыслѣ разумѣется назначеніе послѣдней волей замѣстителя наслѣднику или даже легатарію [6]).

---

[1]) См. *Arndts* въ Weiske's Rechtslex. 3 p. 928.

[2]) L. 17 pr.; L. 56 § 6 D. 35, 1.

[3]) § 9 I. 2, 14; L. 34 D. 28, 5.

[4]) L. 15 § 4; L. 41 pr. D. 29, 1.

[5]) Cod. 6, 45 de his, quae sub modo legata seu fideicommissa relinquntur.

[6]) L. 50 pr. D. 30 (2).

Въ римскомъ правѣ извѣстно нѣсколько видовъ субституцій, отличавшихся особыми предположеніями и послѣдствіями.

1) *Обычная субституція, substitutio vulgaris.* Завѣщатель могъ на тотъ случай, что назначенный наслѣдникомъ (institutus) въ первой очереди (primo gradu) не будетъ наслѣдовать, назначить наслѣдникомъ другое лицо (substitutus) въ слѣдующей очереди (secundo gradu vel sequentibus) [1]: si ille heres non erit, ille heres esto [2].

Называлась такая субституція обычной, substitutio vulgaris, по естественному стремленію опредѣлить наслѣдственное преемство послѣдней волей; почему въ жизни римской она была самымъ обычнымъ явленіемъ [3].

Неосуществленіе наслѣдованія можетъ зависѣть или отъ того, что institutus нежелалъ принять наслѣдство (casus voluntatis), или не могъ его принять, напр. умеръ (casus impotentiae) [4]. Если при субституціи не выражена ясно воля, къ какой изъ этихъ причинъ неосуществленія она относится, то предполагается, что завѣщатель имѣлъ въ виду и ту, и другую. Кромѣ того предполагается, что онъ имѣлъ въ виду и тотъ случай, когда принятіе наслѣдства позднѣе подвергается in integrum restitutio [5].

Субституція представляется намѣреннымъ актомъ, совершеннымъ съ цѣлью, чтобы, въ случаѣ неосуществленія наслѣдованія первымъ наслѣдникомъ, не наступило наслѣдованіе по закону. Отсюда юридическая природа обычной субституціи опредѣляется слѣдующими признаками:

1) Субституція есть назначеніе наслѣдника. Поэтому для дѣйствительности субституціи требуются всѣ необходимыя условія, чтобы быть назначеннымъ наслѣдникомъ.

---

[1]) Ulpianus 22 § 33; L. 1 pr. D. 28, 6.

[2]) pr. I. 2, 15.

[3]) *Dernburg.* Pand. Bd. 3 p. 167.

[4]) Формула: Quodsi ex aliqua causa primus hereditatem meam noluerit vel non potuerit, tunc in locum ejus secundum heredem substituo Vitalem L. 3 C. 6, 24; L. 7 pr. D. 29, 2; § 4 I. 2, 15. См. *Windscheid.* Pand. Bd. 3 § 557 Anm. 5.

[5]) L. 44 D. 42, 1. *Glück* cit. p. 360.

Затѣмъ, отъ завѣщателя зависитъ назначить одному институту нѣсколькихъ субститутовъ и нѣсколькимъ институтамъ одного субститута.

Et licet nobis vel unum in unius locum substituere pluresve; et contra in plurium locum vel unum vel plures substituere. Gajus 2, 175; § 1 I. 2, 15.

Въ послѣднемъ случаѣ наслѣдство открывается субституту только тогда, когда не наслѣдуетъ ни одинъ изъ институтовъ.

Далѣе, завѣщатель можетъ назначить субститутомъ не только посторонняго лица, но и сонаслѣдника другимъ сонаслѣдникамъ, и такимъ образомъ можетъ поставить всѣхъ сонаслѣдниковъ въ положеніе субститутовъ, т. наз. substitutio mutua [1]) (reciproca s. compendiosa, breviloqua [2]).

Наконецъ, возможно назначеніе субститутовъ самимъ субститутамъ до безконечности [3]). При такой субституціи дѣйствительно слѣдующее правило: substitutus substituto censetur esse substitutus instituto, т. е. субститутъ, назначенный субституту, становится въ положеніе назначеннаго наслѣдника, такъ что права по наслѣдству перваго наслѣдника опредѣляютъ права всѣхъ послѣдующихъ субститутовъ.

Напр. наслѣднику А. субституированъ Б., а этому В. Этотъ послѣдній получаетъ долю А. и въ томъ случаѣ, если первоначально умретъ Б., а затѣмъ уже А.

Но это правило понимается и въ другомъ смыслѣ, а именно [4]): когда одному наслѣднику назначается субститутомъ другой сонаслѣдникъ, а этому—постороннее лицо, то субституція послѣдняго обнимаетъ не только долю даннаго сонаслѣдника, но и долю перваго института [5]).

---

[1]) §§ 2, 3 I. 2, 15; L. 5; L. 41 D. 28, 6; L. 1 C. 6, 26. *Żoltowski.* De coherede substituto 1865.

[2]) L. 37 § 1 D. 28, 5. См. *Vangerow.* Pand. Bd. 2 § 451 Anm. 3.

[3]) pr. I. 2, 15. Въ завѣщаніи Дазумія назначены шесть послѣдовательныхъ категорій наслѣдниковъ. *Bruns.* Fontes 5 Aufl. p. 292.

[4]) *Vangerow.* Pandekt. Bd. 2 § 451 Anm. 2.

[5]) § 3 I. 2, 15; L. 27; L. 41 pr. D. 28, 6.

2) Субституція есть условное [1]) назначеніе наслѣдникомъ. Приметъ институтъ наслѣдство, то субституція падаетъ сама собою. Только въ томъ случаѣ, если институтъ не принимаетъ наслѣдства, субституція получаетъ дѣйствительную силу, притомъ съ того момента, когда непринятіе наслѣдства опредѣлится окончательно. Въ частности если институтъ не принимаетъ наслѣдства по нежеланію, то этотъ моментъ наступаетъ съ выраженіемъ соотвѣтствующей воли; поэтому субститутъ имѣетъ право просить судью, чтобы онъ назначилъ институту срокъ на объявленіе своей воли на принятіе или непринятіе наслѣдства [2]).

3) Замѣщая назначеннаго наслѣдника, субститутъ получаетъ нетолько приходящуюся на него долю, но, по общему началу [3]), обязывается выполнить и всѣ возложенные на наслѣдника отказы [4]).

2) *Substitutio pupillaris* [5]). Семейному главарю предоставлялось право назначать своему несовершеннолѣтнему домочадцу, находящемуся подъ его отцовскою властью, субститута не только на тотъ случай, когда домочадецъ не сдѣлаетъ его наслѣдникомъ (substitutio vulgaris), но и на тотъ случай, что назначенный наслѣдникомъ переживетъ наслѣдодателя, а затѣмъ умретъ до достиженія совершеннолѣтія [6]). Такая субституція носитъ названіе substitutio pupillaris. Она допускалась и относительно родившагося послѣ смерти завѣщателя, власти котораго онъ долженъ былъ бы подпасть. Могла имѣть мѣсто данная субституція и въ томъ случаѣ, когда завѣщатель получаетъ лицо подъ свою власть по усыновленію; но въ этихъ случахъ его право назначать субститута ограничивается раз-

---

[1]) „Если institutus не приметъ наслѣдства, не сдѣлается дѣйствительнымъ наслѣдникомъ“ L. 74 D. 28, 5; L. 3; L. 69 D. 29, 2.

[2]) См. *Gajus* 2 §§ 172, 177, 178; Ulpianus 22 § 34.

[3]) Ср. L. 74 D. 30 (1).

[4]) L. 61 § 1 D. 30 (2); L. 4 C. 6, 49.

[5]) См. *Pietak.* Zur Lehre v. d. Pupillarsubstitution въ Archiv f. civ. Praxis Bd. 58 n. 12; Bd. 59 n. 1.

[6]) Ulpianus 23 § 7; Gajus 2, 179; § 6 I. 2, 16; L. 1 § 1; L. 2 D. 28, 6.

мѣромъ тѣхъ имущественныхъ выгодъ, какія усыновленный получаетъ отъ завѣщателя.

Pupillaris substitutio вызывалось желаніемъ предупредить наслѣдованіе по закону, или выморочность имущества, на тотъ случай, если назначенный наслѣдникъ умретъ до достиженія совершеннолѣтія, т. е. до того какъ онъ могъ составить завѣщаніе; а также— опредѣленностью въ преемственности оградить ребенка отъ возможныхъ на него покушеній со стороны его законныхъ наслѣдниковъ [1]).

Такая субституція разсматривается, какъ добавочная воля къ главной по назначенію наслѣдника; она есть составная часть отцовскаго завѣщанія. По представленію уже классическихъ юристовъ это завѣщаніе даетъ опредѣленіе о двухъ наслѣдствахъ, — самого отца и ребенка [2]). Поэтому pupillaris substitutus долженъ считаться наслѣдникомъ ребенка [3]).

Обыкновенной формулой такой субституціи была слѣдующая: si heres non erit, sive erit et intra pubertatem decesserit tunc Gajus Sejus heres mihi esto [4]). Изъ этого слѣдуетъ, что substitutio pupillaris обыкновенно соединялось съ substitutio vulgaris. Если изъ формулы завѣщанія этого прямо не слѣдовало, то, въ позднѣйшемъ правѣ, такое соединеніе предполагалось, т. е. предполагалось, что наслѣдодатель, призывая кого либо въ pupillaris substitutus, желалъ, чтобы это же лицо было и vulgaris substitutus, такъ назыв. substitutio vulgaris tacita [5]).

Дѣйствительность pupillaris substitutio обусловливалась дѣйствительностью завѣщанія. Кромѣ того субституція недѣйствительна, если несовершеннолѣтній умретъ раньше отца или выйдетъ изъ подъ его власти; если до смерти отца, или даже послѣ его смерти, поступитъ подъ власть другого лица, или достигнетъ совершеннолѣтія [6]).

---

[1]) Gajus 2, 181.

[2]) L. 1 § 1; L. 41 § 8 D. 28, 6; L. 8 § 1 D. 37, 11 ср. Gajus 2, 180; L. 2 § 2 D. 18, 4: L. 2 § 4 D. 28, 6.

[3]) См. *Pietak* cit. Bd. 58 p. 378.

[4]) L. 1 § 1 D. 28, 6.

[5]) L. 4 pr. §§ 1, 2 D. 18, 6. См. *Vangerow*. Pand. Bd. 2 § 451 Anm. 1.

[6]) L. 14; L. 41 § 7 D. 28, 6.

3) *Substitutio quasi pupillaris.* Подъ этимъ названіемъ разумѣются слѣдующіе два случая:

1) По закону Юстиніана (528 г.) каждый восходящій, оставляя своему безумному нисходящему наслѣдство въ размѣрѣ законной доли, могъ назначить ему субститута; причемъ однако онъ долженъ былъ сначала остановиться на душевно здоровыхъ нисходящихъ больного, а потомъ на здоровыхъ же его братьяхъ и сестрахъ [1]).

2) Уже до Юстиніана такое же право могъ отецъ получить, по разрѣшенію высшей власти, относительно своихъ дѣтей, по другимъ какимъ либо причинамъ неимѣющимъ право составлять завѣщаніе [2]).

Субституція эта не предполагаетъ ни несовершеннолѣтія, ни отцовской власти для назначающаго субститута. Это уже заставляетъ ограничивать права субститута на то имущество, которое будетъ оставлено восходящимъ своему нисходящему, субституируемому.

Такое мнѣніе раздѣляется многими учеными и, по всѣмъ видимостямъ, соотвѣтствуетъ признакамъ этой субституціи (см. *Vering.* Erbr. p. 358 слѣд.; *Tewes.* System 1 p. 308 и слѣд.; *Vangerow.* Pand. 2 § 456). Другіе писатели распространяютъ эту субституцію на все имущество субституируемаго (см. *Arndts.* Pand. § 499; *Dernburg.* Pand. 3 p. 174).

Съ пріобрѣтеніемъ testamenti factio activa нисходящимъ, напр. съ выздоровеніемъ безумнаго, субституція становится недѣйствительною.

Недѣйствительность завѣщаній [3]). Завѣщаніе недѣйствительно, ничтожно (testamentum nullum, injustum) съ самого начала когда ему недостаетъ одного изъ разсмотрѣнныхъ существенныхъ признаковъ [4]). Но кромѣ того оно можетъ быть опоро-

---

[1]) L. 9 C. 6, 26; § 2 I. 2, 16.

[2]) L. 43 pr. D. 28, 6.

[3]) Inst. 2, 17 quibus modis testamenta infirmantur; Dig. 28, 3 de injusto, rupto, irrito facto testamento. *Glück.* Erläuter. Bd. 28 p. 118 слѣд.; 29 p. 1 слѣд.

[4]) L. 1 D. 28, 3.

чено, обезсилено позднѣе. Такая послѣдующая недѣйствительность завѣщанія наступаетъ въ слѣдующихъ случаяхъ:

1) Когда завѣщатель терялъ правовую способность составлять завѣщаніе (testamenti factio activa), напр. чрезъ capitis deminutio, и не пріобрѣталъ этой способности до смерти (testamentum irritum); послѣдняя оговорка допущена была преторскимъ правомъ [1]).

2) Когда наслѣдникъ не осуществляетъ завѣщательнаго распоряженія, потому ли что онъ теряетъ testamenti factio passiva [2]), или умираетъ до вступленія въ наслѣдство [3]), или становится его недостойнымъ (indignus) [4]), или просто отказывается отъ него [5]) (testamentum destitutum seu desertum).

3) Когда завѣщаніе подлежитъ опороченію, какъ совершенное подъ вліяніемъ заблужденія, обмана или психическаго принужденія; а также когда имъ нарушаются, вопреки закону, права опредѣленной категоріи кровныхъ родственниковъ (testamentum rescissum) [6]). Въ древнемъ правѣ завѣщаніе обезсиливается отъ одного факта рожденія ребенка, posthumus (testamentum ruptum) [7]).

4) Въ силу общаго начала римскаго права, ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum [8]), завѣщатель могъ измѣнять волю до послѣдняго момента своей жизни. Мало того, если онъ даже помѣститъ въ завѣщаніи оговорку, которой отказывается измѣнять свою волю (clausula derogatoria), то такая оговорка не имѣетъ дѣйствительной силы [9]).

Такая отмѣна послѣдней воли можетъ быть совершена троя-

---

[1]) §§ 4, 6 I. 2, 17; L. 11 § 2 D. 37, 11.

[2]) § 4 I. 2, 19.

[3]) L. 9 in f. D. 38, 16.

[4]) См. ниже.

[5]) L. 1 in f. D. 28, 3.

[6]) L. 8 § 16 D. 5, 2.

[7]) L. 1 in f. D. 28, 3.

[8]) L. 4 D. 34, 4.

[9]) L. 22 pr. D. 32 (3).

кимъ способомъ [1]): а) Завѣщатель по завѣщанію, составленному ранѣе 10 лѣтъ тому нанадъ, могъ объявить предъ судомъ (ad acta) или тремя свидѣтелями, что онъ уничтожаетъ завѣщаніе (testamentum irritum) [2]). По истеченіи десяти лѣтъ такое заявленіе уже излишне, такъ какъ въ юстиніановомъ правѣ всѣ завѣщанія, составленныя десять лѣтъ тому назадъ, недѣйствительны въ силу давности. б) Составленіемъ новаго завѣщанія прежнее уничтожается (testamentum ruptum) [3]): posteriore testamento rumpitur superior. Если затѣмъ послѣднее обезсилено (infirmatur), то отъ этого не возстанавляется дѣйствительность перваго [4]). Разъ уничтоженное завѣщаніе уже никогда не могло возстановиться въ дѣйствительной силѣ. в) Письменное завѣщаніе могло быть уничтожено истребленіемъ таблицъ или смѣшеніемъ печатей, turbatio signorum (testamentum laesum) [5]).

Сами заинтересованныя въ наслѣдствѣ стороны не могутъ своимъ признаніемъ [6]) сдѣлать ничтожное завѣщаніе дѣйствительнымъ; но, конечно, отъ нихъ зависитъ не опорочивать завѣщанія, которое въ такомъ случаѣ остается въ силѣ [7]).

Кодициллы, codicilli.

Источники: Inst. 2, 25 de codicillis; Dig. 29, 7 de jure codicillorum; Cod. 6, 36 de codicillis.

Пособія: Bachofen. Ausgew. Lehren p. 316—321; *Fein.* Das Recht der Codicille 2 Thle 1851, 1853 и въ Glück's Erläuter. Bd. 44, 45.

---

[1]) См. *Krüger.* Zur Lehre vom Widerruf der Testamente въ Zeitschr. der Savigny-Stiftung Bd. 1, 1880. Roman. Abth. p. 53—67.

[2]) L. 27 C. 6, 23.

[3]) L. 1 D. 28, 3.

[4]) Но см. L. 11 § 2 D. 37, 11; L. 21 C. 6, 23.

[5]) L. 30 C. 6, 23.

[6]) ....quoquo modo agnoverit L. 3 D. 48, 10.

[7]) См. *Brinz.* Pandek. Bd. 3 Aufl. 2, 1886 § 379a.

Рядомъ съ актомъ завѣщанія римлянамъ былъ извѣстенъ еще другой видъ актовъ послѣдней воли подъ названіемъ codicilli (также epistola) [1]). По составленіи завѣщанія могла нерѣдко представиться надобность произвести дополненія въ завѣщательныхъ распоряженіяхъ, возложить какое либо обязательство на наслѣдниковъ, назначенныхъ въ завѣщаніи, въ пользу постороннихъ лицъ (т. наз. fideicommissa legata). Въ этихъ случаяхъ не всегда было удобнымъ воспроизводить вновь духовное завѣщаніе со всѣми изложенными формальностіями. Особенное затрудненіе къ этому могло встрѣтиться во время долгихъ и дальнихъ странствованій [2]), когда нерѣдко представлялось затруднительнымъ въ пріисканіи необходимыхъ свидѣтелей и не доставало требуемаго времени для совершенія всѣхъ формальностей. Такое основаніе заставило признать (впервые при Августѣ) [3]) дѣйствительную силу за актами, служащими дополненіемъ къ главному завѣщательному акту, а затѣмъ допустить подобные акты и при наслѣдованіи по закону [4]).

Подъ кодицилломъ разумѣется такой односторонній актъ послѣдней воли, который не касается назначенія наслѣдника [5]).

Codicillis autem hereditas neque dari neque adimi potest ne confundatur jus testamentorum et codicillorum.... § 2 I, 2, 25; L. 10; L. 20 D. 29, 7.

Актъ этотъ выражался обыкновенно въ письменной формѣ и тогда сами таблицы назывались кодициллами, но онъ могъ имѣть и устную форму, такъ называемыя теперь codicilli nuncupativi.

Кодициллы могутъ быть оговорены въ завѣщаніи, т. е. утверждены имъ впередъ или по составленіи, такъ наз. codicilli confirmati [6]), или они не будутъ вовсе оговорены въ завѣщаніи, т. наз.

---

[1]) L. 75 pr. D. 31 (2); L. 37 § 2 D. 32 (3).

[2]) ...propter magnas et longas peregrinationes... pr. I. 2, 25; Isidor. Orig. 5, 24 § 14; Theoph. paraphr. ad. pr. I. cit.

[3]) pr. I. 2, 25 срав. § 1 I. 2, 23.

[4]) Gajus 2, 270; L. 8 pr. D. 29, 7: ...aut sine testamento; L. 1 C. Th. 4, 4.

[5]) L. 3 pr. C. 6. 4.

[6]) L. 8 pr. D. 29, 7.

codicilli non confirmati [1]). Въ завѣщаніе могла быть внесена особая оговорка, clausula codicillaris, которой завѣщатель выражалъ свою волю, чтобы въ случаѣ возможной недѣйствительности даннаго акта, какъ завѣщанія, онъ разсматривался какъ кодициллъ [2]); безъ подобной оговорки завѣщаніе не могло превратиться въ кодициллы [3]). Въ этихъ случаяхъ актъ по общему началу разсматривался какъ кодициллъ ab intestato [4]).

Кодициллы, по источникамъ, разсматривались, какъ часть завѣщанія.

Codicilli pars intelleguntur testamenti L. 11 D. 29, 3.
Но срав. *Dernburg*. Pand. Bd. 3 p. 122 n. 13.

Поэтому ихъ распоряженія разсматриваются какъ бы внесенными въ завѣщаніе [5]).

Отсюда слѣдуетъ, что завѣщательныя кодициллы не имѣютъ дѣйствительности, когда завѣщаніе не получаетъ силы [6]). Затѣмъ, какъ и завѣщанія кодициллы могутъ быть уничтожены ихъ составителемъ или отмѣнены послѣдующими измѣненными распоряженіями [7]).

Формальныя требованія кодициллъ [8]). Первоначально вполнѣ неформальные акты, кодициллы позднѣе были пріурочены къ формальнымъ условіямъ завѣщаній [9]) съ нѣкоторыми только измѣненіями [10]). Такъ, требовалось, чтобы завѣщатель заявилъ свою волю предъ

---

[1]) Plinius Epist. 2. 16.

[2]) velle hoc etiam vice codicillorum valere L. 3 D. 29, 1; L. 29 § 1 D. 28, 1; L. 41 § 3 D. 28, 6; L. 1 D. 29, 7; L. 77 § 23; L. 88 § 17 D. 50 (2); L. 8 § 1 C. 6, 36.

[3]) ea scriptura quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, nisi hoc expressum est L. 41 § 3 D. 28, 6.

[4]) См. *Fein* cit. Bd. 45 p. 264.

[5]) L. 2 § 2 D. 29, 7. См. *Fein* въ Glück's Erläut. Bd. 44 p. 233.

[6]) L. 3 § 2 D. 29, 7.

[7]) L. 6 § 2 D. 29, 7; L. 88 pr. D. 31 (2).

[8]) См. *Danz* въ Zeitschr. f. Civilr. u. Prozess. Bd. 9 n. 8.

[9]) См. L. 1; L. 7 § 2 C. Th. 4, 4.

[10]) L. 8 § 3 C. 6, 36.

пятью свидѣтелями на письмѣ, или на словахъ; впрочемъ достаточно было и простого знака (nutus), выражавшаго такую волю [1]). Писанныя, но не собственноручно завѣщателемъ, кодициллы должны быть подписаны имъ, или кѣмъ либо другимъ, предъ свидѣтелями, которые также давали свои подписи. Самое составленіе должно отмѣчаться, какъ составленіе завѣщанія, признакомъ unitas actus. Для кодициллъ слѣпыхъ требовались тѣже формальности, что и для ихъ завѣщаній [2]).

Кодициллъ, въ отличіе отъ завѣщаній, можно было составить нѣсколько одновременно или одни за другими и всѣ они, насколько не противорѣчили другъ другу, получали дѣйствительную силу.

Вскрытіе завѣщаній и кодициллъ [3]). Съ закона lex Julia de vicesima hereditatum (759 г.). установившаго налогъ на наслѣдство [4]) (въ размѣрѣ 5%), ведутъ свое начало правила о вскрытіи писанныхъ завѣщаній и кодициллъ [5]).

Не раньше, какъ по смерти завѣщателя [6]), всякій заинтересованный могъ просить о вскрытіи акта послѣдней воли. Для этого же иногда бываетъ необходимымъ предварительно обратиться за выдачей (exhibitio) таблицъ, находящихся у другого какого либо лица [7]). Если отвергалось обладаніе таблицами, то на выдачу ихъ могъ быть вчиненъ особый искъ, interdictum de tabulis exhi-

---

[1]) L. 22 C. 6, 42.

[2]) L. 8 C. 6, 22.

[3]) Dig. 29, 3 testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur; Dig. 29, 5 de S. C. Silaniano et Claudiano, quorum testamenta ne aperiantur; Cod. 6, 32 testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur; Cod. 6, 35 de his, quibus ut indignis hereditas aufertur et ad S. C. Silanianum.—*Mühlenbruch* въ Glück's Erläut. Bd. 43 p. 370—390.

[4]) См. *Bachofen*. Die Erbschaftssteuer въ его Ausgew. Lehren. nr. 10.

[5]) Ср. L. 3 C. 6, 33.

[6]) L. 2 § 4 D. 29, 3.

[7]) Dig. 43, 5 de tabulis exhibendis; Cod. 8, 7 eod.

bendis, принадлежащій къ числу вѣчныхъ и переходящихъ по наслѣдству исковъ [1]).

Вскрытіе происходило предъ правительственнымъ лицомъ (въ Римѣ предъ преторомъ), въ срокъ отъ трехъ до пяти дней со времени смерти завѣщателя, въ присутствіи подписавшихся на актѣ свидѣтелей и наслѣдниковъ по закону, которые были извѣстны и находились въ той же мѣстности [2]). Производство начиналось предъявленіемъ змвѣщанія свидѣтелямъ для признанія ихъ печатей [3]) (recognoscere или agnoscere). Послѣ такого признанія таблицы вскрывались (aperire или resignare) и прочитывались (recitare) [4]). Если подписавшіеся подъ завѣщаніемъ не явились въ срокъ и таблицы не могутъ быть имъ доставлены для признанія печатей, то къ вскрытію приглашаются постороннія лица, изъ числа уважаемыхъ гражданъ (optimae opinionis) [5]).

Завѣщатель могъ запретить впродолженіи нѣкотораго времени вскрывать опредѣленную часть завѣщанія или опредѣленныя кодициллы [6]). Если pupillaris substitutio опредѣлено въ особомъ завѣщаніи, то оно вскрывается только по смерти пупилла [7]). Кромѣ того, по lex Silanianum (временъ Августа) вскрытіе завѣщательныхъ таблицъ, въ случаѣ насильственной смерти завѣщателя, могло происходить только послѣ судебнаго слѣдствія, которое опредѣлило бы виновныхъ въ этой смерти [8]).

При словесномъ завѣщаніи, какъ самый фактъ его составленія, такъ и содержаніе его, доказываются свидѣтельствомъ подъ присягой не менѣе двухъ лицъ, которыя были привлечены въ качествѣ свидѣтелей при самомъ составленіи завѣщанія.

---

[1]) L. 2 § 8 D. 29, 3; L. 1 pr.; L. 2 § 8; L. 3 §§ 2, 5, 10, 11 D. 43, 5; L. 1 C. 8, 7.—См. *Tewes*. System 2 p. 22, 23.

[2]) Paulus 6, 6 § 3; L. 2 § 7; L. 3 D. 29, 3.

[3]) L. 4; L. 5 D. 29, 3.

[4]) L. 6 D. 29, 3.

[5]) L. 7 D. 29, 3.

[6]) L. 3 C. 6, 32.

[7]) L. 8; L. 9 D. 29, 3.

[8]) Paulus 3, 5.

Нѣкоторые ученые полагаютъ, что для доказательства словеснаго завѣщанія требуется свидѣтельство всѣхъ семи свидѣтелей, бывшихъ при его составленіи. Но при такомъ требованіи смерть одного свидѣтеля вела бы къ неосуществленію завѣщанія. См. *Arndts* въ Weiske's Rechtslex. Bd. 5 p. 218; *Savigny*. System Bd. 6 p. 373 и слѣд.

Наслѣдованіе по закону, successio ab intestato.

Источники: Inst. 3, 1 de hereditatibus, quae ab intestato deferuntur; 3, 2 de legitima agnatorum successione; 3, 5 de successione cognatorum; Cod. 6, 58 de legitimis heredibus.

Пособія: Glück. Hermeneutisch-systematische Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge 2 Aufl. 1822; *Rosshirt*. Einleitung in das Erbrecht und Darstellung des ganzen Intestaterbrechts 1831; *Arndts* въ Weiske's Rechtslex. Art. Intestaterbfolge Bd. 5 p. 668—700.

Въ тѣхъ случаяхъ когда не наступаетъ наслѣдованіе по завѣщанію, т. е. когда наслѣдодатель умираетъ безъ завѣщанія, или по чему либо его послѣдняя воля не могла осуществиться, однимъ словомъ когда онъ умеръ intestatus [1]), то преемство въ его имуществѣ опредѣляется самимъ положительнымъ закономъ, hereditas legitima vel ab intestato; наслѣдникъ, heres legitimus.

Призывая къ наслѣдованію опредѣленныхъ лицъ, законъ руководствуется тѣми нравственными отношеніями, которыя предполагаются между членами одной семьи и даже рода. Наслѣдникъ по закону предполагается желательнымъ преемникомъ отъ даннаго наслѣдодателя.

Такая основа наслѣдованія по закону необходимо должна классифицировать всѣхъ близкихъ наслѣдодателю по праву преемства, jus succedendi. Законъ дѣлитъ ихъ на извѣстные классы, ordines, съ тѣмъ, что каждый ближайшій классъ исключаетъ дальнѣйшіе. Въ са-

---

[1]) § 6 I. 3, 2.

момъ же классѣ наслѣдованіе происходитъ или по близости степеней, gradus, или безъ различія степеней [1]). Поэтому все наслѣдованіе по закону бываетъ преемственностью степеней, или классовъ, successio graduum vel ordinum. При этомъ по основному древнему римскому началу in legitimis hereditatibus successio non est [2]), т. е. въ наслѣдованіи по закону не возобновляется призваніе, если призванный не принялъ послѣдства или умеръ до вступленія [3]). Въ подобныхъ случаяхъ наслѣдство становилось выморочнымъ, bonum vacans, и каждый могъ имъ овладѣть [4]). Позднѣе, преторъ ввелъ (чрезъ т. наз. successorium edictum) [5]) послѣдовательное призываніе [6]) и это было при Юстиніанѣ принято за общее правило [7]). Такимъ образомъ если наслѣдники прежде призываемаго класса не принимали наслѣдства, то призывался слѣдующій классъ; sequens ordo succedit in logum prioris. Тоже и для отношенія между наслѣдниками разныхъ степеней родства, по одного класса; sequens gradus succedit in locum prioris.

Говоря о классификаціи призываемыхъ закономъ къ наслѣдованію лицъ, слѣдуетъ различать основную систему цивильнаго права отъ системы преторскаго наслѣдованія до сліянія обѣихъ въ законодательствѣ Юстиніана.

Основное законодательство Римлянъ, XII Таблицъ, признавало три класса, ordines, наслѣдниковъ по закону, heredes legitimi:

a) Sui heredes, т. е. нисходящіе покойнаго, находившіеся подъ его властью въ моментъ смерти, или долженствовавшіе состоять

---

[1]) *Merkel.* Die Lehre von der successio graduum unter Intestaterben. 1876.

[2]) См. *Scheurl.* Beiträge z. Bearb. d. röm. R. 1 p. 96 и *Leist.* Bonorum possess. p. 111 и слѣд.

[3]) См. *Schirmer.* Erbrecht. p. 256 и слѣд.

[4]) Gajus 3, 12: Nec in eo jure successio est, ideoque si agnatus proximus hereditatem omiserit, vel, antequam adierit, decesserit sequentibus nihil juris ex lege competit Gajus 3, 22; Ulpian. 26 § 5; Paulus 4, 8 § 23.

[5]) См. *Merkel.* Lehre v. d. successio graduum p. 15 и слѣд.

[6]) Dig. 38, 9 de successorio edicto; Cod. 4, 16; § 9 I. 3, 9.

[7]) §§ 6, 7 I. 3, 2; L. 4 C. 6, 4.

подъ этою властью въ моментъ открытія наслѣдства, если бы онъ въ это время еще жилъ; напр. жена наслѣдодателя, оставшись послѣ него беременной, рождала ему sui heredes. При наслѣдованіи этого класса не обращалось вниманія на близость степеней. Къ sui heredes принадлежали сыновья и дочери, пріемныя и естественныя, дѣти сыновей, правнуки по мужской линіи; наконецъ, жена подъ мужною властью была также sua heres [1]). Освобожденіе отъ отцовской власти, напр. по emancipatio, вело потерю правъ наслѣдованія.

По причинѣ такой зависимости права наслѣдованія отъ подчиненности отцовской власти слѣдуетъ, что sui heredes могли имѣть только отцы, но не женщины [2]). Всѣ неподчиненные власти наслѣдодателя назывались, въ отличіе отъ sui heredes, extranei heredes, чужими наслѣдниками [3]).

б) Если не было heredes sui, то къ наслѣдованію призывались агнаты, т. е. боковые родственники съ отцовской стороны, принадлежавшіе къ одной семьѣ, и притомъ обоего пола, agnati et agnatae, съ тѣмъ только ограниченіемъ для женщинъ, что по Voconiana ratio къ наслѣдованію призывались только тѣ агнатки, которыя имѣли съ умершимъ общими обоихъ родителей, или по крайней мѣрѣ одного отца, т. е. только sorores germanae et consanguineae.

При наслѣдованіи агнатовъ ближайшая степень безусловно исключала дальнѣйшую, т. е. тутъ было successio graduum [4]).

в) При отсутствіи агнатовъ къ наслѣдованію призывались родичи, gentiles [5]), т. е. лица, имѣющія одного общаго съ наслѣдодателемъ предка, но столь отдаленнаго, что нельзя опредѣлить степени родства при несомнѣнности послѣдняго, какъ это показываетъ nomen gentilitium и sacra gentilitia.

Всѣ родичи наслѣдуютъ вмѣстѣ, такъ какъ близость къ наслѣдодателю остается неопредѣленной [6]).

---

[1]) Gajus 3 §§ 1—4. См. *Hölder*. Beiträge z. Gesch. d. röm. Erbrechts 1881 p. 21, 120.

[2]) Gajus 3 § 51.

[3]) Gajus 2, 161.

[4]) § 5 I. 3, 2.

[5]) Gajus 3 § 17.

[6]) *Tewes*. System Bd. 1 p. 20.

Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что по jus civile одно кровное родство, когнація, не давало правъ на наслѣдованіе. Позднѣе, въ императорскія времена, отдѣльными сенатскими постановленіями и императорскими конституціями постепенно открытъ былъ доступъ къ наслѣдованію и когнатамъ. Такъ прежде всего по S. Cta Tertullianum et Orphitianum [1]), отъ второго вѣка по Р. Х., было установлено взаимное наслѣдованіе дѣтей и матери. По XII Таблицамъ такого наслѣдованія не признавалось; мать могла наслѣдовать отъ своихъ дѣтей только въ качествѣ ихъ агнатки и наоборотъ въ томъ же качествѣ агнатовъ могли наслѣдовать отъ нея дѣти.

По S. C. Tertullianum (изданъ при Адріанѣ) мать призывалась къ наслѣдованію отъ ея дѣтей, но только послѣ нисходящихъ, отца и единокровныхъ братьевъ умершаго; при единокровныхъ же сестрахъ мать получала половину наслѣдства. Всѣ остальные родственники исключались вполнѣ матерью [2]). Но и это право наслѣдованія первоначально ограничивалось только тѣми матерями, которыя имѣли jus liberorum (mater ingenua trium liberorum, libertina quatuor) [3]). Позднѣе такое ограниченіе отпало.

По S. C. Orphitianum (изданъ при Маркѣ Авреліѣ) было предоставлено право наслѣдованія отъ матери дѣтямъ законнымъ и незаконнымъ, съ исключеніемъ всѣхъ другихъ ея родственниковъ [4]). Позднѣйшія конституціи распространили это право и къ бабкѣ, а Θеодосій II предоставилъ право наслѣдованія къ дѣду съ материнской стороны рядомъ съ sui heredes [5]). При Юстиніанѣ родство съ материнской стороны давало уже самое полное право наслѣдованія [6]).

---

[1]) Inst. 3, 3 de S. C. Tertulliano; Dig. 38, 17 ad S. Ctum Tertullianum.—Inst. 3, 4 de S. C. Orphitiano; Paulus 4, 10 ad S. Ctum Orphitianum.

[2]) L. 7 C. 6, 56; Nov. 22 c. 47 § 2.

[3]) § 2 I. 3, 3.

[4]) pr. § 1 I. 3, 4.

[5]) L. 9 C. 6, 55.

[6]) L. 15 C. 6, 57.

Наслѣдованіе по преторскому праву, bonorum possessio.

Источники: Inst. 3, 9; Dig. 37, 1 de bonorum possessionibus; Cod. 6, 9 qui admitti ad bonorum possessionem possunt, et intra quod tempus.

Пособія: Fabricius. Ursprung und Entwickelung der bonorum possessio bis zum Aufhören des ordo judiciorum privatorum 1837; *Leist.* Die bonorum possessio. Ihre geschichtlige Entwicklung u. heutige Geltung 2 Bd. 1844—1848; *Alibrandus.* De bonorum possessionibus commentarius 1869; *Leist* въ Glück's Erläuter. 1 — 3 Bd. 1870—1875; *Flach.* La bonorum possessio sous les empereurs romains 1870.

Понятіе. Со временемъ въ римской жизни, подъ вліяніемъ главнымъ образомъ распаденія родоваго быта, стали возвышаться иныя этическія связи, на которыхъ общественное мнѣніе желало опредѣлить права наслѣдованія по закону. Такъ въ особенности стало въ наслѣдованіи выдвигаться кровная связь, когнація, надъ юридическою, агнаціей. Проводникомъ этихъ новыхъ требованій явился преторскій эдиктъ, изъ положеній котораго постепенно возникла, рядомъ съ системой наслѣдованія по цивильному праву, особая система наслѣдованія по преторскому праву, такъ назыв. bonorum possessio.

О поводахъ возникновенія этого института и о цѣли преслѣдуемой имъ источники не даютъ ясныхъ указаній, а потому въ наукѣ понятно крайнее разногласіе мнѣній. Кромѣ op. cit. см. еще у *Vering.* Röm. Erbr. p. 579 Anm. 1, а изъ монографій въ особенности *Hingst.* Commentatio de bonorum possessione 1858. Изъ новѣйшихъ учебниковъ см. *Зомъ.* Институціи римскаго права (пер. Нечаева) 1888 § 97.

Начала преторскаго наслѣдованія первоначально не выходили за предѣлы положеній цивильнаго права; они служили послѣднимъ какъ бы подтвержденіемъ, измѣняя только нѣкоторыя суровыя ихъ предположенія. Затѣмъ, подъ вліяніемъ выяснившихся неполноты

и недостатковъ положеній цивильнаго права, преторъ явился съ началами восполняющими и измѣняющими ихъ. Однимъ словомъ, въ вопросѣ о наслѣдованіи было выполнено общее назначеніе преторскаго права, являвшагося adjuvandi, supplendi et corrigendi juris civilis causa [1]). Такъ, если данное лицо призывалось къ наслѣдованію по закону, то, въ виду болѣе легкихъ условій принятія наслѣдства по преторскому праву, оно могло просить о принятіи наслѣдства по преторскимъ началамъ [2]). Далѣе, рядомъ съ лицами, призываемыми къ наслѣдованію ex jure civili, преторъ могъ допустить къ нему и другое лицо, непризываемое цивильнымъ правомъ. Наконецъ, преторъ устанавливалъ преемственность и за такими лицами, которыя этимъ осуществленіемъ наслѣдованія устраняли наслѣдниковъ ex jure civili.

Преторское наслѣдованіе выражалось въ правѣ полученія и удержанія владѣнія наслѣдственнымъ имуществомъ. Отсюда и названіе этого наслѣдственнаго права, bonorum possessio, и наслѣдниковъ, bonorum possessores. Bonorum possessio не было собственно институтомъ наслѣдственнаго права; оно было только фактическимъ осуществленіемъ наслѣдованія путемъ владѣнія оставшимся имуществомъ подъ защитой преторской власти. Права наслѣдованія, въ собственномъ смыслѣ, преторъ не предоставлялъ рядомъ съ началами jus civile [3]). Но по существу bonorum possessio было, какъ и hereditas, преемствомъ универсальнымъ [4]); на него распространялись всѣ начала такой преемственности, какъ напр. nemo pro parte testatus и т. д. Постепенно же выработалось даже представленіе, что bonorum possessio есть дѣйствительное наслѣдственное право [5]).

Въ одномъ изъ отдѣловъ эдикта (т. наз. successorium edictum) преторъ обѣщаетъ предоставить извѣстнымъ разрядамъ лицъ оставшееся имущество при такихъ правовыхъ послѣдствіяхъ: а) Все

---

[1]) pr. §§ 1, 2 I. 3, 9; L. 1 pr. D. 38, 9.

[2]) См. Gajus 3, 34.

[3]) Gajus 3, 32: Praetor heredes facere non potest; § 2 I. 3, 9; L. 3 §§ 1, 2 D. 37, 1.

[4]) L. 1; L. 3 § 1 D. 37, 1; L. 208 D. 50, 16.

[5]) *Tewes.* System Bd. 1 p. 30, 31.

право даннаго лица ограничивается владѣніемъ надъ наслѣдствомъ, каковое владѣніе надъ тѣлесными вещами оно могло пріобрѣсти путемъ особаго interdictum adipiscendae possessionis, а именно т. наз. interdictum quorum bonorum [1]). б) Bonorum possessor получаетъ иски аналогичные наслѣдственнымъ (utiles), а кредиторамъ данной наслѣдственной массы предоставлялись иски къ bonorum possessor, какъ бы къ наслѣднику (ficto eo herede) [2]).— Такимъ образомъ bonorum possessio было такое право, которое предоставляло владѣніе оставшимся имуществомъ и устанавливало отвѣтственность аналогичную той, которая является по наслѣдству. Позднѣе такому преемнику преторъ предоставилъ и самый наслѣдственный искъ, hereditatis petitio — въ отличіе отъ civilis— possessoria [3]) (см. ниже).

Виды. Преторъ обѣщаетъ предоставить владѣніе наслѣдственной массой при слѣдующихъ общихъ обстоятельствахъ: 1) si tabulae testamenti nullae extabunt, если не будетъ вовсе завѣщанія; это было такъ наз. bonorum possessio intestati [4]); 2) si tabulae testamenti extabunt, если будетъ оставлено завѣщаніе. Въ послѣднемъ случаѣ преторское наслѣдованіе возможно или вопреки завѣщательнымъ распоряженіямъ (contra tabulas), или согласно съ ними (secundum tabulas).

> Ulpianus 28 § 1: Bonorum possessio datur aut contra tabulas testamenti aut secundum tabulas aut intestati.

Порядокъ между этими тремя видами bonorum possessio, былъ слѣдующій. Прежде всего на наслѣдованіе по преторскому эдикту имѣютъ право тѣ лица, которыхъ онъ призываетъ вопреки завѣщательному распоряженію (contra tabulas); затѣмъ идутъ тѣ лица, которыхъ преторъ призываетъ къ наслѣдованію согласно завѣщательнымъ распоряженіямъ (secundum tabulas); и только при отсутствіи обѣихъ категорій притязающихъ призываются, по

---

[1]) Gajus 3, 34.
[2]) Ulpianus 28, 12.
[3]) *Lenel.* Edictum p. 141.
[4]) L. 1 §§ 1, 2 D. 38, 6.

эдикту, опредѣленныя лица помимо завѣщательныхъ распоряженій (ab intestato). Въ этомъ порядкѣ прежде призываемые исключаютъ всѣхъ остальныхъ.

Наслѣдованіе по преторскому праву никогда не наступало ipso jure, во имя одной нормы [1]; необходимаго законнаго наслѣдованія по преторскому праву не было. Лицо, которое, ссылаясь на преторскій эдиктъ, могло требовать владѣнія наслѣдственнымъ имуществомъ, должно было просить о признаніи, допущеніи (agnitio, admissio), у претора [2], или намѣстника провинціи (со времени Константина — у всякого судьи) [3], по такъ назыв. petitio bonorum possessionis. Обыкновенно такая просьба вела за собою предварительное разслѣдованіе [4] о правоспособности просителя, если она оспаривалась какимъ либо третьимъ лицомъ. Срокъ для подачи такой просьбы былъ: для родителей и дѣтей — одинъ годъ, для всѣхъ другихъ — сто дней. Счетъ послѣдняго срока происходилъ по началамъ tempus utile [5].

Получивъ bonorum possessio, наслѣдникъ по преторскому праву могъ въ однихъ случаяхъ удержать за собою владѣніе наслѣдственной массой окончательно, на всегда, противъ претензіи наслѣдника по цивильному праву, heres; въ другихъ случаяхъ онъ долженъ былъ уступить этому послѣднему. Въ первомъ случаѣ bon. possessio было *cum re*, т. е. *cum effectu*, во второмъ — *sine re*, т. е. *sine effectu*.

> Bonorum possessio aut cum re datur aut sine re: cum re cum is, qui accepit cum effectu bona retineat: sine re cum alius jure civili evincere hereditatem possit Ulpian 28 § 13; Gajus 3, 36.

---

[1]) Invitio autem nemini bonorum possessio acquiritur L. 3 § 3 D. 37, 1.

[2]) Ulpianus 28, 12; L. 1 D. 2, 1: bonorum possesionem dare.

[3]) L. 9 C. qui admitti 6, 9.

[4]) Causa cognita L. 3 § 8 D. 37, 1; L. 2 § 1 D. 38, 15.

[5]) См. т. I стр. 263. § 9 I. 3, 9; L. 1 §§ 9, 12, 13 D. 38, 9; L. 2 pr. D. 38, 15.

Bonorum possessio *necessaria* и *utilis*. Это дѣленіе неизвѣстное римскимъ юристамъ и созданное современной наукой имѣетъ смыслъ, основанный на субъективномъ отношеніи лица, просящаго bonorum possessio. Если данное лицо могло осуществить свое право наслѣдованія, ссылаясь на нормы цивильнаго права, но предпочитаетъ прибѣгнуть къ преторскому эдикту, то его bonorum possessio будетъ utilis. Если же данное лицо не могло получить обладаніе наслѣдственной массой ни по какому иному основанію, кромѣ какъ по преторскому эдикту, то такое bonorum possessio будетъ necessaria.

Наконецъ, по непосредственному источнику признанія даннаго преторскаго наслѣдованія bonorum possessio было или *edictalis*, или *decretalis* (или b. p. ordinaria и extraordinaria). Если претензія на наслѣдованіе осуществлялась согласно общимъ началамъ преторскаго эдикта, то bonorum possessio было edictalis [1]). Въ другихъ случаяхъ преторъ предоставлялъ bonorum possessio особымъ декретомъ и тогда оно было b. p. decretalis [2]).

А. Наслѣдованіе по преторскому праву при отсутствіи завѣщательныхъ распоряженій, bonorum possessio intestati, дѣлилось для свободнорожденныхъ на слѣдующіе четыре класса (ordines) [3]).

1) *Unde liberi* [4]). По этому классу наслѣдуютъ sui и тѣ, которые перестали быть sui heredes чрезъ эманципацію [5]), т. е. всѣ родившіеся въ агнатной семьѣ, слѣдовательно дѣти мужа, а не жены. Далѣе, необходимымъ требованіемъ было кровное родство съ наслѣдодателемъ; усыновленные не имѣли права на bonorum

---

[1]) См. L. 1 § 4 D. 38, 6.

[2]) См. форму такого предоставленія L. 3 § 8 D. 37, 1; L. 1 § 7 D. 38, 9; L. 2 § 1 D. 38, 15. Отдѣльные случаи у *Leist* въ Erläut. d. Pand. Bd. 2 p. 265.

[3]) Inst. 3, 5 de successione cognatorum; 3, 6 de gradibus cognationis; Dig. 38, 6 si tabulae nullae extabunt, unde liberi; 38, 7 unde legitimi; 38, 8 unde cognati; 38, 9 de successorio edicto; 38, 10 de gradibus; 38, 11 unde vir et uxor; 38, 15 quis ordo; Cod. 6, 14 unde liberi.

[4]) Названіе отъ начальныхъ словъ эдикта.

[5]) § 9 I. 3, 1; Gajus 3, 26; Coll. leg. Mos. 16, 7.

possessio unde liberi [1]). Въ томъ случаѣ, когда эманципированъ будетъ сынъ, а дѣти его останутся подъ отцовскою властью дѣда, право на bonorum possessio получаетъ при такомъ уравненіи всѣхъ sui heredes,—какъ не эманципированныхъ, такъ и эманципированныхъ, — одинъ сынъ, дѣти же не получаютъ ничего, какъ отдѣленныя отъ наслѣдодателя посредствующимъ лицомъ отца [2]). На подобный случай была сдѣлана оговорка (nova clausula Juliani) [3]) въ видѣ особой главы въ эдиктѣ: de conjugendis cum emancipato liberis ejus, о соединеніи эманципированнаго съ его дѣтьми по наслѣдованію. Сынъ, по этой оговоркѣ, получалъ все наслѣдство, а уже затѣмъ обязанъ былъ половину его предоставить дѣтямъ, оставшимся подъ прежней отцовской властью дѣда [4]).

2) *Unde legitimi.* Этотъ классъ обнимаетъ собою всѣхъ наслѣдниковъ по цивильному праву [5]), т. е. значитъ опять sui, затѣмъ agnati и, наконецъ, gentiles, а позднѣе и допущенныхъ къ наслѣдованію по S. Cta Tertullianum et Orphitianum [6]). При этомъ не дѣлалось различія между полами [7]).

3) *Unde proximi cognati,* proximitatis nomine. Тутъ призывались къ наслѣдованію кровные родственники [8]) до шестой степени, а изъ числа родственниковъ седьмой степени — только ex sobrino sobrinave nati nataeve [9]). До S. Cta Tertulliana и Orphitiana къ этому классу относились и дѣти, какъ наслѣдники отъ матери, и наоборотъ.

4) *Unde vir et uxor.* Сюда относится супругъ, переживший и состоявшій съ покойнымъ до смерти въ дѣйствительномъ бракѣ sine manu [10]).

---

[1]) § 10 I. 3, 1.
[2]) См. L. 6 pr. D. 37, 4.
[3]) L. 3 D. 37, 8.
[4]) L. 1 pr. D. de conjung. cum emanc. 37, 8.
[5]) § 1 I. 3, 9.
[6]) L. 2 § 4 in f. D. 38, 7.
[7]) L. 2 § 2 D. 38, 7.
[8]) pr. I. 3, 5.
[9]) L. 1 § 3 D. 38, 8.
[10]) L. 1 D. 38, 11.

Для наслѣдованія отъ освобожденнаго изъ рабства [1]) или mancipium существовали еще другіе классы наслѣдниковъ, какъ-то [2]): patronus, patrona, liberi et parentes patroni patronaeve, т. е. патронъ, патрона, дѣти, родители патрона(ы) [3]); tumquem ex familia, принадлежащіе къ семьѣ патрона, его агнаты [4]); unde cognati manumissoris, т. е. когнаты патрона до 6-ой или 7-ой степени [5]).

Призывались эти классы въ такомъ порядкѣ. Если у вольноотпущеннаго оставались только усыновленныя дѣти или жена подъ мужнею властью, то на половину наслѣдства имѣлъ право патронъ и его нисходящіе мужскаго пола. Затѣмъ, всегда вмѣстѣ съ sui призывался патронъ и его агнатные нисходящіе. Потомъ, если у вольноотпущеннаго не было когнатовъ, то призывались агнаты патрона, а за ними патроны патроновъ. Наконецъ, послѣ супруга умершаго призывались когнаты патрона.

Съ отпущеннымъ изъ рабства уподоблялся по наслѣдованію отпущенный изъ mancipium; manumissor (parens vel extraneus) [6]) былъ quasi patronus и какъ таковой имѣлъ патронатское наслѣдственное право. Только если manumissor былъ чужимъ лицомъ для отпущеннаго (extraneus), то по особому постановленію эдикта предъ нимъ имѣли преимущественное право наслѣдованія слѣдующія десять лицъ: pater, mater, avus, avia, filius, filia, nepos, neptis, frater, soror; отсюда наслѣдованіе носитъ названіе bonorum possessio unde decem personae [7]).

Между перечисленными наслѣдниками по преторскому закону наслѣдованіе происходило по началамъ successio ordinum, т. е. призывался весь ближайшій классъ и если въ немъ не оставалось

---

[1]) См. *Unterholzner* въ Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. 5 n. 2; *Huschke*. Studien d. R. R. p. 134 – 167.

[2]) Ulpianus 27, 1; Gajus 3, 41.

[3]) Coll. 16, 9; § 3 I. 3, 10.

[4]) Ulp. 28, 7; Col. 16, 9.

[5]) Ulpianus 28, 7; Vat. fragm. 301.

[6]) Dig. 37, 12 si a parente quis manumissus sit.

[7]) § 3 I. 3, 9.

ни одного представителя, тогда призывался слѣдующій класъ [1]). Только bonorum possesio unde cognati предоставлялось по близости степеней родства (successio graduum) [2]).

Отношеніе между bonorum possessio intestati къ цивильнымъ наслѣдникамъ было по преторскому праву слѣдующее. Наслѣдникъ ex jure civili, стоявшій въ преторскомъ правѣ наслѣдованія выше лица призываемаго только къ bonorum possessio, дѣлаетъ претензію послѣдняго недѣйствительной, sine re. Напримѣръ, если изъ двухъ лицъ одно будетъ agnatus proximus, призываемый къ наслѣдованію по цивильному праву во второмъ классѣ (ordo), а второе — когнатъ, то по преторскому эдикту преимущество будетъ имѣть agnatus proximus, который помѣщенъ въ классѣ unde legitimi, т. е. во второмъ же, тогда какъ когнатъ отнесенъ къ третьему классу. — Если всѣ претенденты на bonorum possessio стоятъ въ одномъ классѣ, то по преторскому праву они всѣ вмѣстѣ призываются къ наслѣдованію. Напримѣръ, sui heredes, относимые цивильнымъ правомъ къ первому классу, призывались по преторскому эдикту вмѣстѣ съ emancipati, не имѣвшими по jus civile вовсе права наслѣдованія.—Если наслѣдникъ по цивильному праву стоялъ ниже по наслѣдственной схемѣ преторскаго эдикта, чѣмъ другое лицо, претендующее на bonorum possessio, то послѣднее имѣло, по преторскому эдикту, преимущество предъ первымъ. Такъ напримѣръ, если вмѣстѣ съ агнатомъ призываемымъ по второму классу на наслѣдство заявлялъ претензію эманципированный сынъ, призываемый по первому классу, то послѣдній и получалъ преимущество надъ первымъ.

Б) *Bonorum possessio secundum tabulas (lignum)* [3]). Преторское наслѣдованіе согласно завѣщательнымъ распоряженіямъ могло имѣть примѣненіе прежде всего благодаря преимуществу предоставляемыхъ имъ средствъ предъ цивильнымъ наслѣдственнымъ искомъ. Если лицо, назначенное наслѣдникомъ въ дѣйствительномъ

---

[1]) L. 4 § 1 D. 37, 4.

[2]) L. 1 § 7 D. 38, 8; Ulpianus 28, 11.

[3]) Dig. 37, 11 de bonorum possessionibus secundum tabulas; Cod. 6, 11 de bonorum possessione secundum tabulas.

завѣщаніи, желало избѣгнуть осуществленія наслѣдственнаго иска, то оно могло просить у претора владѣніе наслѣдственной массой, и такимъ образомъ фактически осуществить свое право.

Кромѣ того преторъ предоставлялъ наслѣдованіе согласно завѣщательному распоряженію и тогда, когда это распоряженіе, по цивильному праву, было почему либо недѣйствительно, но могло быть признано по началамъ преторскаго права. Такъ, при извѣстныхъ условіяхъ testamentum ruptum получало дѣйствительную силу въ преторскомъ правѣ [1]); какъ напр. если обойденный въ завѣщаніи posthumus умретъ еще при жизни завѣщателя, то по цивильному праву такое завѣщаніе считается повергнутымъ; преторскій же эдиктъ давалъ по нему bonorum possessio. Въ то время когда требовалось строгое соблюденіе извѣстныхъ формальностей при составленіи завѣщанія, преторъ предоставлялъ interdictum quorum bonorum и по такимъ завѣщаніямъ, которыя были составлены при семи свидѣтеляхъ безъ всякихъ другихъ формальностей [2]). Преторъ, за долго до уничтоженія пожизненной опеки надъ женщиной, предоставлялъ наслѣдованіе по завѣщаніямъ женщинъ, составленнымъ безъ участія опекуна (sine tutoris auctoritate).

B) *Bonorum possessio contra tabulas (contra lignum)* [3]). Преторское наслѣдованіе вопреки завѣщательнымъ распоряженіямъ предоставляется тогда, когда преторъ признаетъ справедливымъ, въ силу идеи семейныхъ отношеній, допустить къ наслѣдованію лицъ, обойденныхъ (praeteriti) въ завѣщаніи [4]). Но предоставленіе bonorum possessio вопреки сдѣланнаго назначенія наслѣдникомъ (institutio heredis) не есть установленіе наслѣдованія ab intestato, хотя порядокъ между притязающими на такое bonorum possessio и опредѣляется порядкомъ наслѣдованія по закону [5]).

---

[1]) L. 12 D. 28, 3.

[2]) Gajus 2, 119; Ulpianus 28, 6; L. 2 C. 6, 11.

[3]) Dig. 37, 4 de bonorum possessione contra tabulas; Cod. 6, 12 de bonorum possessione contra tabulas, quam praetor liberis pollicetur. *Mühlenbruch* въ Glück's Erläuterung. Bd. 37 p. 1 и слѣд.

[4]) L. 1 pr. D. 37, 4.

[5]) См. *Leist.* Bonor. poss. Bd. 2 Abth. 1 p. 47 и слѣд.

Тутъ само завѣщаніе не уничтожается, только отмѣняется его матеріальное содержаніе и наслѣдство дѣлится по началамъ законнаго наслѣдованія между лицами, получившими bonorum possessio contra tabulas [1]); поэтому и всѣ добавочныя распоряженія, какъ субституція [2]) и т. п. остаются въ своей силѣ [3]).

Если лицо, претендующее на наслѣдованіе, признаетъ какую либо часть завѣщанія, напр. приметъ отказъ, то оно теряетъ право на bonorum possessio contra tabulas [4]).

Данное преторское наслѣдованіе предоставляется и въ пользу патрона въ противность завѣщанію вольноотпущенника, а именно въ половинѣ имущества (bonorum possessio partis dimidiae); но за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда назначенные наслѣдники были sui или emancipati вольноотпущеннаго.

Общимъ условіемъ для bonorum possessio contra tabulas должна быть дѣйствительность завѣщанія, по которому можно было бы вступить въ наслѣдство или получить bon. poss. secundum tabulas. Въ случаѣ же недѣйствительности завѣщанія по другой какой либо причинѣ, кромѣ обхода извѣстной категоріи близкихъ лицъ, наступаетъ наслѣдованіе по закону, а не bon. poss. contra tabulas [5]).

Юстиніанова система наслѣдованія по закону [6]). Совокупность изложенныхъ системъ и отдѣльныхъ началъ наслѣдованія по закону, въ концѣ концовъ должна была сильно запутывать отношенія по наслѣдству, а потому чувствовалась настоятельная потребность въ сведеніи всего этого матеріала въ одну систему, при-

---

[1]) L. 8 § 14; L. 11 § 1 D. 37, 4.

[2]) L. 34 § 2 D. 28, 6.

[3]) См. *Vangerow*. Pand. Bd. 2 § 472 Anm. IV.

[4]) L. 10 § 3 in f.; L. 14 pr.; L. 15 D. 37, 4; L. 5 § 2 D. de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita 37, 5.

[5]) L. 19 D. 37, 4; L. 7 § 6 D. 37, 10.

[6]) Nov. 115, 118, 127. Двѣ послѣднія новеллы переведены Проскуріаковымъ при его „Институціи Юстиніана". — *Büchel*. Streitfragen aus der Novelle 118 въ его Civilst. Abhandlung. Bd. 2, 2; *Glück*. Erläut. Bd. 39 p. 406 и слѣд.

чемъ предъидующее указывало и на тѣ основы, которыя должны быть приняты въ новой системѣ. Такую задачу въ главномъ выполнилъ Юстиніанъ своими Новеллами 115 (541 г.), 118 (отъ 543 г.) и 127 (отъ 547).

По реформѣ Юстиніана наслѣдованіе по закону опредѣлялось началами родства и брака. По отношенію къ первому Юстиніанъ принялъ во вниманіе, какъ общее, только родство кровное; поставилъ принципъ когнатный на мѣсто принципа агнатнаго. Онъ опредѣлилъ порядокъ наслѣдованія по естественной связи съ наслѣдодателемъ и вытекающимъ изъ этой связи отношеніямъ естественной любви. По Новеллѣ 118-ой право на наслѣдованіе имѣли всѣ когнаты, какъ таковые [1]). Поэтому же призывались къ наслѣдованію и дѣти незаконныя, какъ кровные родные ихъ матери и ея семьи [2]). Только незаконныя дѣти знатной дамы (femina illustris) не наслѣдовали отъ своей матери, если она оставляла еще законное потомство [3]) Кромѣ того, исключеніе, по всей вѣроятности [4]), распространялось и на дѣтей отъ кровосмѣсительной связи, а также отъ прелюбодѣянія и бигаміи [5]).—По отношенію къ отцу и его семьѣ по прежнему не признавалось никакой родственной связи его съ незаконными дѣтьми, а слѣдовательно и права наслѣдованія они къ нему не имѣли.

Изъ агнатовъ, по позднѣйшему римскому праву, къ наслѣдованію призывались только усыновленные наслѣдодателемъ [6]). Приэтомъ minus plene adoptati (см. выше стр. 336, 340) сохраняли наслѣдственныя права, въ качествѣ кровныхъ родственниковъ, въ своей прежней семьи [7]).

---

[1]) Nov. 118 praef.

[2]) *Spangenberg*. Ueber das Erbrecht unehelicher Kinder in das Vermögen ihrer Mütter въ Civil. Archiv. 12, 22.

[3]) L. 5 C. 6, 57.

[4]) Срав. *Tewes*. System Bd. 1 p. 78, 79.

[5]) L. 6 C. 5, 5; Nov. 12 c. 1.

[6]) L. 2 § 3 D. 38, 16; L. 10 § 5 D. 8, 48. — L. 1 § 4 D. 38, 8.—L. 10 pr. § 1 C. 8, 48; § 2 I. 1, 11.

[7]) L. 10 § 1 C. 8, 48.

Относительно правъ наслѣдованія тѣхъ, кто былъ plene adoptatus и arrogatus, въ прежней ихъ семьѣ—въ наукѣ разногласіе. Вѣрнѣе будетъ имъ отказать въ этомъ правѣ на томъ основаніи, что L. 10 C. 8, 48 лишало plene adoptati сыновьихъ отношеній къ прежнему отцу, а засимъ нигдѣ не говорится, подобно какъ о minus plene adoptati, объ этомъ особомъ ихъ правѣ наслѣдованія въ обѣихъ семьяхъ. Но срав. *Tewes*. System 1 p. 74—77.

Кромѣ того Новелла 118-ая не признаетъ никакого различія въ правахъ наслѣдованія между мужчинами и женщинами, а также оставляетъ безъ вниманія, находился ли наслѣдодатель въ моментъ смерти еще подъ отцовскою властью, или нѣтъ [1]).

Затѣмъ, всѣ имѣющіе права наслѣдованія призывались въ извѣстномъ порядкѣ такъ, что призываемые въ первомъ классѣ исключали всѣхъ тѣхъ, кто могъ быть призываемъ въ слѣдующихъ классахъ; только съ отпаденіемъ всѣхъ призываемыхъ даннаго класса наслѣдство открывалось лицамъ слѣдующаго класса, т. наз. successio ordinum [2]). При отпаденіи только нѣкоторыхъ изъ призываемаго класса возможно лишь призваніе слѣдующихъ степеней (т. наз. successio graduum) [3]). Такимъ образомъ по Новеллѣ 118-ой, съ измѣненіями по новеллѣ 127-ой и съ сохраненіемъ наслѣдованія между супругами, было слѣдующихъ пять:

1) *Нисходящіе* — безъ вниманія къ близости степеней; но при этомъ нисходящіе дальнѣйшей степени исключаются своими восходящими, а если наслѣдуютъ въ дѣйствительности, то не по праву представительства своихъ восходящихъ (jure pradefuncti parentis), а на основаніи своего личнаго права (jure proprio) [4]).

Право представительства, выработанное доктриной и отыскиваемое ею въ римскихъ источникахъ, основывается на признакѣ замѣщенія въ наслѣдованіи дѣтьми своихъ умершихъ родителей—наслѣдниковъ (in locum paren-

---

[1]) Nov. 118 cap. 4.

[2]) Nov. 118 c. 1; c. 2; c. 3 § 1.

[3]) См. *Koeppen*. Lehrb. d. heut. röm. Erbrechts Abth. 2 p. 409, 410 n. 2.

[4]) §§ 6, 15 I. 3, 1; Nov. 118 cc. 1, 3; Nov. 127 c. 1.

tis succedere); откуда созданъ былъ и самый терминъ „представительства“ дѣтьми своихъ родителей и многія неправильные выводы, какъ-то о наслѣдованіи дѣтей не по собственному праву и т. п. См. *Glück*. Intestaterbf. §§ 23 слѣд.; *Franke*. Beitr. 8 p. 176 слѣд.; *Schirmer*. Erbrecht p. 246 и слѣд.

2) *Восходящіе, родныя сестры, братья, ихъ дѣти*. Между восходящими ближайшія степени исключаютъ дальнѣйшія безусловно, такъ что вмѣстѣ съ восходящими ближайшей степени не допускаются къ наслѣдованію восходящіе дальнѣйшихъ степеней; дѣти исключаютъ отцовъ. Вмѣстѣ съ восходящими призываются и родныя сестры, братья и ихъ дѣти (послѣднія по Новеллѣ 127 praef. и cap. 1).

3) *Братья и сестры единокровныя и единоутробныя и ихъ дѣти*. Сюда же должно отнести братьевъ по усыновленію и тѣхъ незаконныхъ дѣтей, которыя были общими данному отцу и данной матери.

4) *Всѣ прочіе боковые родственники* до безконечности безъ опредѣленія степеней и не различая происхожденія отъ обоихъ общихъ восходящихъ, или отъ одного изъ нихъ [1]).

5) *Пережившій супругъ* въ предположеніи, что бракъ былъ дѣйствительнымъ до самой смерти. Всякое расторженіе брака уничтожаетъ это наслѣдственное право.

Свойство даже самой близкой степени права наслѣдованія не предоставляло.

Если на лицо не было никакого изъ представителей какого либо изъ перечисленныхъ пяти классовъ, то оставшееся имущество считалось выморочнымъ (bonum vacans) и теперь уже поступало въ казну.

---

[1]) Для лучшаго запоминанія этихъ четырехъ классовъ ихъ сложили въ такіе стихи:

a) Descendens omnis succedit in ordine primo;
b) Ascendens proprior, germanus filius ejus;
c) Tunc latere ex uno frater, quoque filius ejus;
d) Denique proximior reliquorum quisque superstes.

Рядомъ съ изложеннымъ нормальнымъ наслѣдованіемъ допускались нѣкоторые случаи исключительнаго наслѣдованія. Такъ,

а) Мужъ, пережившій жену, имѣлъ право на узуфруктъ въ одной доли (pars virilis) имущества жены, если только это имущество шло общимъ имъ, но эманципированнымъ, дѣтямъ, если же нисходящіе находились подъ отцовскою властью мужа, то этотъ послѣдній получалъ узуфруктъ на все имущество жены.

б) Несовершеннолѣтніе sui juris усыновленные получали право на quarta divi Pii (см. выше стр. 339). Это право они могли осуществить чрезъ такъ назыв. actio quasi Calvisiana. Въ предупрежденіе же злостного расточенія имущества усыновителемъ въ ущербъ усыновленнаго этому предоставлялся такъ назыв. actio quasi Faviana, которымъ могла быть уничтожена дѣйствительность тѣхъ сдѣлокъ (negotia inter vivos), которыми желали нанести данный ущербъ.

в) Бѣдная вдова имѣетъ право на узуфруктъ въ одной доли (pars virilis) имущества мужа, если остаются общіе нисходящіе, но при этомъ данная доля не должна превышать $^1/_4$ оставшагося имущества.

г) Дѣти отъ конкубината (liberi naturales) имѣли право наслѣдованія отъ ихъ отца въ $^1/_6$ части оставшагося имущества, если только наслѣдодатель не оставилъ законной жены и законныхъ нисходящихъ. Эту шестую часть liberi naturales дѣлили поголовно съ ихъ матерью — конкубиной. Такое же право наслѣдованія имѣли отцы къ своимъ дѣтямъ отъ конкубины, если они не оставляли по себѣ жены и нисходящихъ отъ брака [1]).

Призваніе къ наслѣдованію по позднѣйщему юстиніановому праву происходило, по общему правилу, въ послѣдовательности классовъ и степеней (successio ordinum et graduum).

Хотя въ Nov. 118 и не говорится о примѣненіи этой послѣдовательности въ призывѣ къ наслѣдованію, но она была признана уже до того Юстиніаномъ (см. выше) и потому вполнѣ соотвѣтствуетъ духу его законодательства, а кромѣ того Новеллой 118-ой имѣлось въ виду

---

[1]) Nov. 89 c. 12 § 4; 13; Nov. 18 c. 5.

только установить новый порядокъ наслѣдованія, оставивъ все остальное по старому. Поэтому нельзя признать правильными, какъ вполнѣ произвольныя, разныя ограниченія, допускаемыя нѣкоторыми учеными (напр. *Puchta*. Lehrb. § 458 n. e. Aufl. 4), въ примѣненіи послѣдовательности степеней (см. *Vangerow*. Pand. 2 § 420).

Данное successio наступаетъ лишь тогда, когда отпадаютъ всѣ прежде призываемые къ наслѣдству. Если же отпадаетъ (по случаю смерти или по отказу) одинъ изъ нихъ, то, по общему началу, его доля по праву приращенія достается вмѣстѣ съ нимъ призваннымъ; въ этихъ случаяхъ не происходитъ призванія тѣхъ лицъ, которыя до того были устранены отпавшимъ лицомъ. Иначе говоря, jus accrescendi исключаетъ successio graduum.

Таково теперь господствующее воззрѣніе. См. напр. *Mühlenbruch* въ Glück's Erläuter. Bd. 43 p. 272 слѣд., *Schirmer*. Erbr. p. 264 слѣд. — По другому воззрѣнію въ разсмотрѣнномъ случаѣ нѣтъ мѣста приращенію, а дѣлается призывъ устраненныхъ до того отходящимъ лицъ. См. *Francke*. Beiträge p. 167 слѣд.; *Sintenis*. Civilrecht. Bd. 3 § 163 n. 16.

Наслѣдство распредѣлялось между наслѣдниками или поголовно (in capita), или поколѣнно (in stirpes), или полинейно (in lineas). Въ первомъ классѣ дѣленіе обыкновенно происходило поголовно и поколѣнно; во второмъ классѣ восходящіе, если они были одни наслѣдниками, призывались къ наслѣдству полинейно, а уже въ каждой линіи — поголовно; братья и сестры призывались цоголовно, равно какъи тогда, когда они призывались вмѣстѣ съ восходящими; въ третьемъ классѣ дѣленіе происходило также, какъ и во второмъ классѣ, а именно полинейно и поголовно; въ четвертомъ классѣ — только поголовно [1]).

Необходимое наслѣдованіе.

Пособія: *Schmidt*. Das formelle Recht der Notherben 1862; *Schröder*. Des Notherbenrecht Abth. 1, 1877; *Mühlen-*

---

[1]) *Arndts*. Pand. § 479.

bruch въ Glück's Erläuter. d. Pand. Bd. 35 p. 119 — 480; 36, 37, 38 p. 1—117; *Боголѣповъ.* Формальныя ограниченія свободы завѣщаній въ римской классической юриспруденціи. 1881 [1]).

Отъ наслѣдованія по закону слѣдуетъ отличать такъ называемое въ наукѣ необходимое наслѣдованіе [2]), ставящее границы свободѣ духовныхъ завѣщаній тѣмъ, что извѣстныя категоріи лицъ имѣютъ по закону притязаніе быть назначенными наслѣдниками (формальное право), или только на оставленіе имъ извѣстной доли наслѣдственнаго имущества (матеріальное право).

Сознаніе нравственныхъ отношеній между близкими родственниками не допускаетъ произвольнаго взаимнаго обхода (praeteritio) въ завѣщаніи. На право извѣстной категоріи родственниковъ — не быть обойденными назначеніемъ въ наслѣдники — и было сначала обращено вниманіе римской юриспруденціи. Позднѣе это право выражалось въ томъ, что данныя лица не могли быть лишены наслѣдства иначе, какъ по основанію въ законѣ предусмотрѣнному (exheredatio). Рядомъ съ этимъ формальнымъ правомъ, быть наслѣдникомъ, для извѣстныхъ же близкихъ родственниковъ признавалось право только матеріальнаго участія въ наслѣдствѣ, право на т. наз. законную часть (portio legitima).

Лишеніе наслѣдства, exheredatio [3]). Съ цѣлью ограничить произволъ при лишеніи наслѣдства уже въ доюстиніановомъ правѣ предписывались извѣстныя формальныя требованія для этого акта; exheredatio должно было быть rite facta. Такъ, оно должно быть выражено въ опредѣленныхъ словахъ (exheres esto, sit, erit, te exheredavi). Оно должно относиться ко всѣмъ наслѣдникамъ, послѣдовательно призываемымъ въ завѣщаніи (exheredatio ab omnibus gradibus) [4]). Оно должно для suus heres касаться всего

---

[1]) См. мою рецензію въ Журналѣ Гражданскаго и Уголовнаго права 1881 кн. VI стр. 163—174.

[2]) Notherbfolge въ обширномъ смыслѣ слова.

[3]) Inst. 2, 13 de exheredatione liberorum; Dig. 28, 2 de liberis et posthumis heredibus instituendis vel exheredandis; Cod. 6, 28 de liberis praeteritis et exheredatis; 6, 29 de posthumis heredibus instituendis vel exheredandis vel praeteritis.

[4]) L. 3 § 6; L. 8 D. 28, 2.

наслѣдства (exheredatio a tota hereditate); поэтому недѣйствительно лишеніе въ такихъ выраженіяхъ: filio domum do lego, a cetera hereditate exheres esto [1]). Кромѣ того exheredatio не должно быть условнымъ [2]), относиться ко времени послѣ принятія наслѣдства [3]) или смерти лишеннаго наслѣдства; послѣднее было бы безъ всякого смысла [4]). Наконецъ, сыновья должны быть лишены наслѣдства поименнымъ обозначеніемъ (nominatim), для дочерей и дѣтей сына могло быть употреблено общее выраженіе (exheredatio inter ceteros) [5]): „ceteri omnes exheredes sunto". По закону Юстиніана всегда требовалось точное обозначеніе каждаго при лишеніи наслѣдства [6]), но для этого не было необходимости приводить собственное имя (nomen proprium); достаточно, напр., сказать: сынъ мой лишается наслѣдства [7]).

При нарушеніи указанныхъ формальностей для exheredatio упомянутыя въ этомъ актѣ лица считались обойденными, praeteriti. Обходъ молчаніемъ, *praeteritio*, необходимыхъ наслѣдниковъ имѣлъ слѣдующія послѣдствія.

Если обойденный былъ suus filius, то завѣщаніе было ничтожно съ самого начала (testamentum nullum, injustum) [8]) и по смерти завѣщателя наступаетъ наслѣдованіе по закону [9]). При обходѣ дочери или внуковъ завѣщаніе остается въ силѣ, но обойденные наслѣдуютъ вмѣстѣ съ назначенными въ завѣщаніи наслѣдниками (scriptis heredibus accrescunt) и если эти послѣдніе были sui, то—in capita (in partem virilem), если extranei, то — in partem dimidiam [10]). Со времени Юстиніана и при обходѣ дочерей и внуковъ завѣщаніе также было недѣйстви-

---

[1]) L. 19 D. 28, 2.
[2]) L. 3 § 1 D. 28, 2; L. 18 pr. D. 37, 4.
[3]) L. 3 § 2 D. 28, 2; L. 68 D. 28, 5.
[4]) L. 13 § 2; L. 28 pr. D. 28, 2
[5]) Ulpianus 22, 20; pr. I. 2, 13.
[6]) L. 4 § 1 C. 6, 28; § 5 I. 2, 13.
[7]) § 1 I. 2, 13.
[8]) Ulpianus 17, 16; pr. I. 2, 13; L. 30 D. 28, 2. Cp. Gajus 2, 123.
[9]) Ulpianus 22, 17.

тельно [1]). Обходъ еще не родившихся (posthumi), при появленіи ихъ къ жизни, дѣлаетъ завѣщаніе недѣйствительнымъ; testamentum rumpitur quasi agnatione sui heredis [2]).

По самому позднѣйшему римскому праву, а именно по Новеллѣ 115 (отъ 541 г.), обходъ необходимыхъ наслѣдниковъ уже болѣе не дѣлаетъ завѣщаніе ничтожнымъ. Обойденные имѣютъ теперь особый искъ противъ завѣщанія, hereditatis petitio rescissoria, которымъ вытѣсняютъ назначенныхъ наслѣдниковъ; причемъ остальныя части завѣщанія остаются въ силѣ. Кромѣ того самая дѣйствительность лишенія наслѣдства обусловливалась теперь законными причинами, при которыхъ положительное право вообще допускало exheredatio. Такихъ причинъ признавалось числомъ 14 для лишенія наслѣдства нисходящихъ и 8 для лишенія наслѣдства восходящихъ. При сомнѣніи примѣнялось правило: exheredationes non sunt adjuvandae [3]).

По новеллѣ 115 (541 года) восходящіе могли лишать наслѣдства нисходящаго въ слѣдующихъ случаяхъ (cap. 3 §§ 1—14): 1) если нисходящій подниметъ руку на родителей своихъ; 2) если онъ нанесетъ имъ тяжкое и недостойное оскорбленіе; 3) если онъ обвинитъ ихъ въ уголовныхъ преступленіяхъ, за исключеніемъ государственныхъ; 4) если онъ имѣетъ общеніе съ колдунами; 5) если онъ посягалъ на жизнь родителей отравленіемъ или инымъ образомъ; 6) если сынъ имѣлъ связь съ мачихою своею или съ конкубиною своего отца; 7) если сынъ сдѣлается доносителемъ на родителей и доносомъ своимъ причинитъ большой ущербъ; 8) если сыновья не захотятъ принять на свое поручительство кого-либо изъ родителей своихъ, подвергшагося тюремному заключенію за долги или по другой причинѣ; 9) если кто изъ дѣтей воспрепятствуетъ родителямъ сдѣлать завѣщаніе; 10) если сынъ противъ воли родителей поступитъ въ гладіаторы или въ комедіанты; 11) если несовершоннолѣтняя дочь не

---

[1]) Ср. § 5 I. 2, 13 съ L. 4 C. 6 28; *Tewes.* System. 2 p. 419.

[2]) Ulpianus 22, 18; § 1 I. 2, 13; L. 3 § 3 D. 28, 3; L. 1 C. 6, 29.

[3]) L. 19 D. 28, 2.

согласится на желаніе родителей выдать ее замужъ и снабдить приданымъ, а предастся распутству; 12) если дѣти покинутъ родителей во время ихъ сумасшествія; 13) если они не позаботятся о выкупѣ попавшихъ въ плѣнъ родителей, и 14) если дѣти православныхъ родителей отступятъ отъ истинной вѣры.

Дѣти могли лишать родителей наслѣдства (cap. 4 §§ 1—8): 1) если родители предадутъ дѣтей своихъ на казнь, за исключеніемъ случаевъ, относящихся къ злоумышленію противъ государя или государства; 2) если родители покусятся на жизнь дѣтей посредствомъ чародѣйства, или отравленія, или инымъ образомъ; 3) если отецъ будетъ имѣть связь съ невѣсткою своею или конкубиною сына; 4) если родители воспрепятствуютъ дѣтямъ завѣщать вещи, которыми эти въ правѣ распоряжаться посредствомъ завѣщанія; 5) если отецъ хотѣлъ отравить мать, и обратно; 6) если родители не позаботятся о дѣтяхъ, впавшихъ въ сумасшествіе; 7) если они не озаботятся о выкупѣ дѣтей изъ плѣна, и 8) если они отступятъ отъ православія.

Кромѣ разсмотрѣннаго формальнаго права наслѣдованія по закону римляне знали институтъ такъ назыв. *законной части* [1]), *portio legitima, portio legibus debita,* матеріальное право наслѣдованія по закону, основанное на высокомъ нравственномъ началѣ семейной любви. Для каждаго признается неотъемлемою обязанностью, его officium pietatis, матеріально обезпечить завѣщаніемъ своихъ близкихъ родныхъ [2]). Нарушеніе этой обязанности дѣлало само завѣщаніе порочнымъ, *testamentum inofficiosum* [3]) (отъ „non“ и „officium“). Изъ основаній общей справедливости (aequitas) и обычаевъ на помощь обойденнымъ кровнымъ родственникамъ приходилъ судъ ста мужей, judicium centumvirale [4]), тѣмъ, что признавалъ завѣщателя дѣйствовавшимъ въ состояніи

---

[1]) *René Cuënot.* Des droits de légitime et de réserve 1877; *Boissonade.* Histoire de la réserve héréditaire etc. 1873.

[2]) L. 2 D. 5, 2.

[3]) Inst. 2, 18 de inofficioso testamento; Dig. 5, 2; Cod. 3, 28; Nov. 18 ut legitima portio etc.—*Obled.* De la querela inofficiosi testamenti en droit romain 1882.

[4]) Valerius Maximus 7, 7, 1, 2; L. 13; L. 17 D. 5, 2.

безумія, color insaniae [1]). Рѣшенія этого судилища выработали постепенно къ концу республики формальную правовую теорію для иска въ подобныхъ случаяхъ, а именно для такъ называемаго querela inofficiosi testamenti. Этимъ искомъ имѣется въ виду получить законную часть, т. е. часть имущества, обезпечиваемую закономъ за извѣстными предполагаемыми наслѣдниками ab intestato. За изъятіемъ законной части остальное имущество будетъ долей, подлежащей свободному распоряженію по послѣдней воли.

Право на законную часть имѣютъ:

1) Нисходящіе по скольку они имѣютъ право наслѣдованія по закону, притомъ не только уже рожденные (jum nati), но и родившіеся по смерти наслѣдодателя (posthumi) [2]). По отношенію къ матери это право имѣютъ и незаконнорожденныя [3]).

Касательно усыновленныхъ приняты были слѣдующія начала. Minus plene adoptatus, по закону Юстиніана, лишенъ былъ права на законную часть отъ усыновителя, но сохранялъ это право отъ роднаго отца [4]). Plene adoptatus имѣлъ право на законную часть отъ усыновителя [5]), и лишенъ былъ этого права отъ роднаго отца [6]). Усыновленный, съ разрѣшенія государя, женщиною получаетъ право на portio legitima къ усыновительницѣ и ея роднымъ [7]).

2) Восходящіе завѣщателя, которые имѣли бы право наслѣдовать отъ него по закону [8]). Отъ ребенка, который перешелъ по усыновленію въ чужую семью, родной отецъ не имѣлъ права на законную часть; но мать сохраняла это право, такъ какъ ея отношенія къ ребенку основывались исключительно на кровной связи [9]).

---

[1]) L. 2; L. 5 D. 5, 2.

[2]) L. 1; L. 6 pr.; L. 23 pr. D. 5, 2; § 2 I. 2, 18.

[3]) L. 29 § 1 D. 5, 2.

[4]) L. 10 pr. § 1 C. 8, 48; § 2 I. 1, 11.

[5]) См. L. 1 § 4 D. 38, 8.

[6]) L. 10 pr. C. 8, 48. См. *Vangerow*. Pand. 2 § 474 Anm. 1.

[7]) L. 29 § 3 D. 5, 2 ср. L. 5 C. 8, 48.

[8]) § 1 I. 2, 18; L. 15 pr. D. 5, 2.—Nov. 115 c. 4; Nov. 123 c. 19. См. *Mühlenbruch* въ Glück's Erl. 38 p. 216 и слѣд.

[9]) См. *Mühlenbruch* въ Glück's Erläuter. Bd. 35 p. 221 и слѣд.; *Tewes*. System Bd. 2 p. 429.

3) Братья и сестры родныя и единокровныя (germani(ae) и consaguinei(ae), если бы они наслѣдовали отъ завѣщателя по закону [1]). Единоутробные этого права не имѣли [2]). Съ Константина право на законную часть братья и сестры имѣли только въ томъ случаѣ, когда въ завѣщаніи наслѣдниками назначены лица съ умаленною гражданскою честью (personae turpes, infames, или потерпѣвшія levis nota) [3]).

Упомянутыя категоріи лицъ имѣютъ право на законную часть въ той послѣдовательности (ordo succedendi), въ какой они призываются къ наслѣдованію по закону, т. е. по тремъ классамъ: 1) непосредственные нисходящіе (descendentes immediati); 2) непосредственные восходящіе (ascendentes immediati) и если въ завѣщаніи назначена безславная личность (persona turpis), то вмѣстѣ съ ними и родные братья (сестры); 3) единокровные братья (сестры) при томъ же предположеніи. — Между этими категоріями допускается преемство классовъ и степеней.

Величина законной части. До Юстиніана законная часть имѣла размѣръ $^1/_4$ наслѣдственной доли по закону (quarta legitimae partis) [4]). Юстиніанъ въ Nov. 18 (536 г.) увеличилъ ее до до $^1/_3$ и $^1/_2$. Первый размѣръ допускался при условіи, если завѣщатель оставлялъ не болѣе четырехъ дѣтей, второй — если болѣе этого числа дѣтей [5]). Законодатель выходилъ изъ того соображенія, что чѣмъ болѣе дѣтей, тѣмъ будетъ менѣе наслѣдственная доля, а вмѣстѣ съ тѣмъ и законная часть.

При взысканіи законной части берутся во вниманіе всѣ тѣ лица, которыя при наслѣдованіи по закону, какъ сонаслѣдники, ограничивали бы долю лица, имѣющаго право на legitima portio (бе-

---

[1]) L. 2; L. 27 C. 3, 28.

[2]) L. 1 C. Th. 2, 19. См. *Vangerow.* Pand. 2 § 474 p. 252—254.

[3]) § 1 I. 2, 18; L. 27 C. 3, 28.

[4]) §§ 3, 6 I. 2, 18; L. 8 § 8 D. 5, 2.

[5]) Памятный стихъ:

Quatuor aut infra natis dant jura trientem.
Semissem vero natis dant quinque vel ultra.

рутся въ расчетъ и тѣ лица, которыя не имѣютъ никакого права на законную часть, напр. minus plene adoptati) и законнымъ образомъ лишенные наслѣдства (exheredati) [1]). По этому вычисленію законная часть могла въ однихъ случаяхъ увеличиться, если лишенные наслѣдства шли въ счетъ. Напримѣръ, пять дѣтей, изъ которыхъ одно основательно лишено наслѣдства; здѣсь законная часть наслѣдства будетъ обнимать $^1/_{10}$, а не $^1/_{12}$ оставшагося имущества; такимъ образомъ exheredatus numerum facit ad augendam legitimam. Наоборотъ, въ другихъ случаяхъ такого счета законная часть уменьшается. Напримѣръ, шесть дѣтей, изъ которыхъ одно основательно лищено наслѣдства; здѣсь законную часть составитъ $^1/_{12}$, а не $^1/_{10}$ оставшагося имущества; такимъ образомъ exheredatus partem facit ad minuendam legitimam.

При опредѣленіи величины наслѣдственной доли по закону для вычисленія legitima portio берется во вниманіе состояніе имущества въ моментъ смерти наслѣдодателя [2]), съ исключеніемъ долговъ наслѣдодателя, тратъ на погребеніе и составленіе инвентаря [3]).

Имѣющему право на законную часть зачисляется полученное имъ отъ наслѣдодателя въ качествѣ наслѣдства, отказа или даренія на случай смерти (donatio mortis causa). Имущественныя предоставленія по сдѣлкамъ inter vivos зачисляются въ законную часть въ слѣдующихъ случаяхъ: когда при самомъ дареніи оговаривается его зачисленіе [4]); приданое, установленное наслѣдодателемъ за дочерью или внукой [5]); donatio propter nuptias; стоимость государственной должности (militia), купленной наслѣдодателемъ лицу, имѣющему право на законную часть [6]).

Все это показываетъ какими способами законная часть можетъ быть покрыта. Но кромѣ того законная часть должна достаться необходимымъ наслѣдникамъ, какъ положительное имущество, суще-

---

[1]) L. 8 § 8 D. 5, 2.

[2]) L. 44 § 2 D. 38, 2, L. 6 C. 3, 28; § 2 I. 2, 22.

[3]) L. 8 § 9 D. 5, 2: Quarta... accipietur... deducto aere alieno et funeris impensa.

[4]) L. 25 pr. D. 5, 2.

[5]) L. 29 C. 3, 28.

[6]) L. 30 § 2 C. 3, 28.

ствовавшее во время смерти наслѣдодателя. Законная часть не можетъ состоять изъ будущихъ доходовъ, плодовъ и т. п. [1]). Затѣмъ, законная часть должна быть оставлена безъ ограниченій какими нибудь условіями, сроками, отказами или наложеніемъ другихъ какихъ либо обязанностей. Въ юстиніановомъ правѣ всякое подобное ограниченіе разсматривалось, какъ невнесенное въ завѣщаніе (pro non scriptis) [2]).

Лишить права на legitima portio можно было только по причинѣ, предусмотрѣнной въ самомъ законѣ, а именно:

1) По exheredatio notae causa, т. е. по лишенію лица недостойнаго [3]). Такое качество должно быть утверждено за лицомъ судебнымъ опредѣленіемъ [4]); завѣщатель же долженъ всегда привести въ завѣщаніи основаніе такому своему взгляду на лицо [5]). Касательно лица, на которомъ лежитъ обязанность доказыванія (onus probandi),—лишенный или назначенный наслѣдникъ,—въ источникахъ противорѣчіе [6]). Въ юстиніановомъ правѣ доказывать лежитъ на обязанности назначеннаго наслѣдникомъ.

2) По exheredatio bona mente facta, по лишенію наслѣдства изъ желанія добра [7]) необходимому наслѣднику и его семьѣ, напр. изъ опасенія, чтобы лишенный не впалъ въ бѣдность по свойственной ему расточительности; или такой примѣръ: если у безумнаго будутъ дѣти и самому безумному отказываются средства на содержаніе (alimenta), а наслѣдниками назначаются его дѣти, то первый не имѣетъ права претендовать на законную часть. Въ подобныхъ случаяхъ [8]) лишеніе наслѣдства дѣлается non ut ei ob-

---

[1]) L. 36 pr. § 1 C. 3, 28.

[2]) L. 32; L. 36 § 1 C. 3, 28.

[3]) L. 5 § 1 D. 5, 2; L. 7 pr. D. 48, 20; L. 132 pr. D. 45, 1.

[4]) L. 3 § 5 D. 37, 4.

[5]) L. 30 pr. C. 3, 28; Nov. 115 c. 3 § 14.

[6]) Срав. L. 3; L. 5 D. 5, 2; L. 28 C. 3, 28 и L. 22; L. 30 pr.; L. 34 C. 3, 28; L. 10 C. 5, 9; Nov. 97 c. 1 § 1.

[7]) См. *Zimmern.* Ueber exheredatio bona mente facta въ Civil. Archiv Bd. 8 nr. 7 p. 153 и слѣд.

[8]) L. 12 § 2 D. 38, 2; L. 16 § 2 D. 27, 10; L. 16 D. 37, 4.

sit, sed ut ei consulat [1]). Но при этомъ наслѣдодатель долженъ явно привести причину лишенія и чтобы не было сомнѣнія въ дѣйствительномъ его доброжелательствѣ при этомъ. Изложенное примѣняется и послѣ Nov. 115, которая боролась только противъ неправильныхъ лишеній и данного случая не предусмотривала [2]).— Если лицу, имѣющему право на законную часть, она не будетъ отказана, то оно можетъ вчинить особый искъ (querela inofficiosi testamenti), которымъ опорочивается завѣщаніе въ размѣрѣ этой законной части [3]). Искъ этотъ былъ субсидіарный, вчинялся когда не было другихъ путей судебной защиты даннаго права [4]); погашался пятилѣтнею давностью [5]); былъ чисто личнымъ, не переходилъ къ наслѣдникамъ управомоченнаго [6]). Вчинялся этотъ искъ противъ наслѣдниковъ, назначенныхъ въ завѣщаніи.

Если законная часть будетъ уменьшена in fraudem управомоченнаго путемъ сдѣлки inter vivos, какъ-то дареніемъ, установленіемъ приданаго, то этому лицу предоставляется (съ третьяго вѣка) право на querela inofficiosae donationis, dotis [7]), которымъ имѣется въ виду опорочить дареніе, установленіе приданаго, до размѣровъ той доли имущества, которой завѣщатель могъ свободно распоряжаться [8]). Этотъ искъ имѣлъ тоже основаніе и подчиненъ былъ тѣмъ же правиламъ что искъ о testamentum inofficiosum [9]). Вчинялся онъ противъ лица одареннаго.

Не всегда моментъ открытія наслѣдства совпадаетъ съ моментомъ вступленія въ наслѣдство. Поэтому прежде чѣмъ перейти къ раз-

---

[1]) L. 18 D. 28, 2.

[2]) См. *Arndts* въ Weiske's Rechtsl. 3 p. 901.

[3]) L. 19 in. D. 5, 2.

[4]) § 2 I. 2, 18.

[5]) L. 8 § 17; L. 9 D. 5, 2.

[6]) L. 5 C. 3, 28.

[7]) Cod. 3, 29 de inofficiosis donationibus; 3, 20 de inofficiosis dotibus.

[8]) L. 7 C. 3, 29; Nov. 92 c. 1 in m.

[9]) L. 9 C. 3, 29.

смотрѣнію вопроса о вступленіи въ наслѣдство слѣдуетъ опредѣлить юридическое положеніе наслѣдственнаго имущества за этотъ промежутокъ времени.

Лежачее наслѣдство, hereditas jacens.

Пособія: *Ihering*. Die Lehre von der hereditas jacens въ Abhandl. aus d. Röm. R. 3 p. 239; *Windscheid*. Die ruhende Erbschaft въ Kritische Ueberschau d. deutschen Gesetzgeb. u. Rechtswiss. Bd. 1 p. 181—207; *Marcusen*. Die Lehre von der hereditas jacens, in ihrem Zusammenhange mit der alten usucapio pro herede. 1883.

Подъ лежачимъ наслѣдствіемъ, hereditas jacens [1]), разумѣется оставшееся имущество въ періодъ времени отъ смерти наслѣдодателя до принятія его наслѣдникомъ. Такое положеніе наслѣдства мыслимо въ тѣхъ, конечно, случаяхъ, когда вступленіе не совпадаетъ съ открытіемъ наслѣдства, какъ это бываетъ при наслѣдованіи sui heredes [2]). Въ другихъ случаяхъ непринятое наслѣдство не имѣетъ опредѣленнаго физическаго субъекта: res hereditariae sunt nullius или sine domino [3]). Но это не дѣлало лежачее наслѣдство, въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ, безправнымъ имуществомъ, которое могъ похитить безнаказано всякій [4]) или пріобрѣсти въ собственность первый овладѣвшій имъ [5]). Грабежъ наслѣдственной массы (crimen expilatae hereditatis) былъ обложенъ публичнымъ наказаніемъ [6]) и отмѣнено usucapio pro herede [7]). Обѣ

---

[1]) Источники говорятъ „hereditas jacet"; „bona hereditaria jacent" L. 13 § 5 D. 43, 24; L. 1 pr. D. 38, 9.

[2]) L. 14 D. 38, 16; § 3 I. 3, 1.

[3]) L. 1 pr. D. 1, 8; Gajus 2, 9; L. 13 § 5 D. 43, 24; L. 6 D. 47, 19; L. 13 § 2 D. 9, 2.

[4]) См. для древняго права Gajus 3, 201; L. 69 — 71 D. 47, 2; L. 1 § 15 D. 47, 4; L. 6 D. 47, 10.

[5]) Usucapio pro herede Gajus 2 §§ 52—54. См. т. I стр. 398, 399.

[6]) L. 1 pr. D. expilatae hereditatis 47, 19.

[7]) Gajus 2 § 57.

мѣры имѣли, разумѣется, въ виду интересъ будущаго наслѣдника, который для этого разсматривался унаслѣдовавшимъ наслѣдодателя всегда со дня смерти послѣдняго, когда бы на самомъ дѣлѣ ни воспослѣдовало принятіе наслѣдства.

Heres quandoque adeundo hereditatem jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur L. 54 D. 29, 2; L. 28 § 4 D. 45, 3; L. 138; L. 193 D. 50, 17.

Но этого было недостаточно, чтобы ввести лежачее наслѣдство въ гражданскій оборотъ, ибо до принятія оно оставалось безъ субъекта. Чтобы дать возможность совершать отдѣльныя гражданскія сдѣлки по оставшемуся имуществу римскіе юристы признали за лежачимъ наслѣдствомъ характеръ юридическаго лица [1]), выставляя положеніе, что наслѣдство носитъ на себѣ личность наслѣдодателя, или наслѣдника.

Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis juris civilis comprobatum est L. 34 D. 41, 1; § 2 I. 2, 14; L. 33 § 2 D. 41, 1—...transit (stipulatio) ad heredem, cujus personam interim hereditas sustinet L. 24 D. 46, 2.

Вопросъ о томъ, принадлежитъ ли лежачее наслѣдство къ числу юридическихъ лицъ, въ наукѣ крайне спорно. Кромѣ указаннаго въ т. I стр. 109, 110 матеріала см. еще изъ самыхъ новѣйшихъ *Koeppen*. Lehrbuch. d. heut. römischen Erbrechts Abth. 1 § 2.

Такая фикція давала лежачему наслѣдству способность къ извѣстнымъ актамъ пріобрѣтенія и обязательства, на сколько эти акты не условливаются личною дѣятельностью или личными качествами [2]). Такъ, лежачее наслѣдство не можетъ получать ничего по послѣдней волѣ, не можетъ продолжать отношеній наслѣдодателя по

---

[1]) Hereditatem in quibusdam vice presonae fungi receptum est L. 15 pr. in f. D. 41, 3; ...hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas L. 22 D. 46, 1; pr. I. 3, 17.—Hereditas in multis partibus juris pro domino habetur L. 61 pr. D. 41, 1.

[2]) См. *Koeppen*. Lehrbuch d. heut. röm. Erbrechts Abth. 1 p. 47 и слѣд.

товариществу, не можетъ пріобрѣтать узуфруктъ [1]). Съ другой стороны лежачее наслѣдство увеличивается въ своемъ составѣ плодами отъ наслѣдственныхъ вещей, всякими приращеніями къ наслѣдственнымъ участкамъ [2]), всякими пріобрѣтеніями, сдѣланными рабами принадлежащими къ наслѣдству (servi hereditarii) [3]). Начатое наслѣдодателемъ, но неоконченное, давностное владѣніе можетъ быть продолжено и выполнено лежачимъ наслѣдствомъ [4]). Мало того, лежачее наслѣдство можетъ войти въ обязательственныя отношенія по quasi ex contractu на основаніи сдѣлокъ negotiarum gestor [5]). И т. д.

Со вступленіемъ наслѣдника въ наслѣдство лежачее наслѣдство переходитъ къ нему со всѣми установленными по нему пріобрѣтеніями [6]).

Вступленіе, принятіе, aditio, acquisitio hereditatis.

Источники: Inst. 2, 19 de heredum qualitate et differentia; Dig. 29, 2 de acquirenda vel omittenda hereditate; Cod. 6, 30 de jure deliberandi et de acquirenda vel omittenda hereditate.

Пособія: *Mühlenbruch* въ Glück's Erläuter. Bd. 42 p. 289 и слѣд.; *Bardies*. Principes de l'adition d'herédité en droit romain 1881.

Самый обыкновенный случай вступленія въ наслѣдство выражается въ принятіи его, т. е. въ заявленіи наслѣдникомъ воли, что онъ принимаетъ наслѣдство; обыкновенно наслѣдниками становились по доброй воли, heredes voluntarii. Но римское право знало также случаи, когда призванный становился наслѣдникомъ помимо

---

[1]) L. 61 § 1 D. 41, 1; L. 26 D. 45, 3.

[2]) L. 20 § 3 D. 5, 3.

[3]) L. 61 D. 41, 1.

[4]) L. 40; L. 44 § 3 D. 41, 3; L. 6 § 2 D. 41, 4.

[5]) L. 21 § 1 D. 3, 5. См. *Aarons*. Beitr. zur Lehre v. d. neg. gestio 1 Abth. 1860.

[6]) L. 13 § 2 D. 9, 2; L. 1 § 6 D. 47, 10; L. 21 § 1 D. 3, 5.

его воли, такъ назыв. принудительное, необходимое наслѣдованіе, heredes necessarii [1]). Такъ, 1) рабъ, назначенный въ завѣщаніи наслѣдникомъ и освобожденный отъ рабской зависимости, былъ необходимымъ наслѣдникомъ, heres necessarius. Онъ не могъ отказаться отъ принятія наслѣдства [2]). 2) Для sui heredes моментъ открытія наслѣдства былъ въ тоже время моментомъ вступленія въ наслѣдство; онъ пріобрѣталъ его помимо того, зналъ ли онъ о томъ и желалъ ли того, ipso jure, tacito jure, ignorans et invitus [3]). Онъ былъ suus et necessarius heres [4]). Но такъ какъ наслѣдство могло быть обременено долгами, то вопреки началу, semel heres, semper heres, преторъ нашелъ справедливымъ предоставить для sui et necessarii heredes jus или beneficium abstinendi sese ab hereditate, право простого, неформальнаго, судебнаго или внѣсудебнаго, заявленія объ отказѣ отъ наслѣдства [5]).

Условія принятія наслѣдства. 1) Субъективная способность принять наслѣдство. По общему правилу только тотъ можетъ принять наслѣдство, кто способенъ обязываться по сдѣлкамъ, ибо принятіе наслѣдства влечетъ за собою разныя обязательства: по уплатѣ долговъ наслѣдодателя, по выполненію отказовъ и т. д. Поэтому безумные и лица дѣтскаго возраста (infantes) были отъ принятія наслѣдства устранены [6]). Но кромѣ того извѣстныя категоріи и вполнѣ дѣеспособныхъ лицъ ограничены были въ правѣ принимать наслѣдство.

Слѣдуетъ отличать способность быть назначеннымъ въ наслѣдники и способность принять открывшееся наслѣдство. Неспособные къ первому будутъ неспособны и ко второму; но извѣстная категорія лицъ признавалась только неспособной принимать (capere) наслѣдство. Такая неспособность, по самому ея свойству, имѣла

---

[1]) См. *Vering.* Erbrecht p. 478—483.

[2]) Gajus 2, 153.

[3]) § 2 I. 2, 19; § 3 I. 3, 2; L. 14 D. 38, 16.

[4]) Gajus 2, 152, 156; § 11 I. 2, 19.

[5]) Gajus 2, 158; Ulpianus 22, 24; § 2 in. f. I. 2, 19.

[6]) L. 9; L. 63 D. 29, 2. См. *Koeppen.* System. d. heut. röm. Erbr. 1 p. 404 и слѣд.

значеніе только въ моментъ возможнаго принятія наслѣдства [1]). Случаи подобнаго рода неспособности были слѣдующія. а) По закону Lex Julia et Papia Poppaea объявлены абсолютно неспособными принимать наслѣдство холостые (coelibes), не вышедшія замужъ женщины, въ возрастѣ — мужчины отъ 25 до 60 лѣтъ, женщины — отъ 25 до 50 лѣтъ [2]). Бездѣтные (orbi) признавались incapaces на половину [3]). Другъ отъ друга бездѣтные супруги могли наслѣдовать въ размѣрѣ только $^1/_{10}$ имущества (decimam capere) и еще получить узуфруктъ въ $^1/_3$ остального имущества [4]). — Эти положенія были въ христіанскій періодъ (при Константинѣ и Θеодосіи II) отмѣнены [5]).

б) По Lex Junia Norbana были неспособны принимать наслѣдство Latini Juniani, если они не становились римскими гражданами [6]). Позднѣе отмѣнено [7]).

в) По одному распоряженію уже Домиціана женщины предосудительной жизни (probrosae feminae, проститутки и актрисы) лишены были права принимать наслѣдство [8]), если только ко времени открытія наслѣдства онѣ не измѣнятъ образа жизни [9]).

2) Воля вступить въ наслѣдство должна быть выражена лично; представительство не допускается. По исключенію, уже въ классическомъ правѣ, за юридическое лицо принять наслѣдство могъ его представитель; затѣмъ, по постановленію Θеодосія II и Вален-

---

[1]) L. 52 D. 31 (2); L. 62 pr.; L. 78 § 3 D. 28, 5; L. 11 D. 28, 6; L. 5 D. 34, 7; L. 22 D. 39, 6; L. 3 § 2 D. 49, 14.

[2]) Gajus 2, 111, 144, 286; Ulpianus 17, 1; 22, 3.

[3]) Gajus 2, 111, 286. Тоже, по всей вѣроятности, относилось и къ pater solitarius (см. rubr. Ulpian. tit. XIII), т. е. имѣвшему дѣтей, но неженатому. *Vangerow.* Pand. 2 § 429 p. 79.

[4]) Ulpianus tit. 15.

[5]) L. un. C. Th. de infirm. poen. coelib. et orbit. 8, 16; L. 1 C. 8. 58. — L. 2, 3 C. Th. de jure liberor. 8, 17; L. 2 C. 8, 58; L. 1 C. de jure liberor. 8, 59; Nov. 78 c. 5.

[6]) Gajus 1, 23, 24; 2, 110, 275; Ulpian. 17, 1; 22, 3; 25, 7.

[7]) L. un. C. de Lat. libert. toll. 7, 6.

[8]) Sueton. Domit. c. 8; L. 41 § 1 D. 29, 1.

[9]) L. 23 C. 5, 1.

тиніана, за infans—его отецъ; за безумнаго, подчиненнаго отцовской власти, — его домовладыка. Несовершеннолѣтніе, вышедшіе изъ дѣтства и не подчиненные отцовской власти, равно какъ расточители принимали наслѣдство съ согласія опекуна [1]). Для лицъ, подчиненныхъ отцовской власти, требовалось, по правилу, согласіе домовладыки на принятіе наслѣдства [2]), но отказъ въ этомъ согласіи не былъ обязателенъ (peculium adventitium extraordinarium см. выше стр. 332).

3) Certitudo consilii. Чтобы воля на принятіе наслѣдства выразилась въ дѣйствительной силѣ, на лицо должны быть не только объективныя условія открытія наслѣдства, но и призванный долженъ знать объ открытіи и не сомнѣваться въ наличности объективныхъ условій открытія [3]). Такъ ему должно быть извѣстно объ открытіи наслѣдства, т. е. слѣдовательно о смерти наслѣдодателя [4]), объ основаніи открытія, законъ или завѣщаніе [5]), и въ послѣднемъ случаѣ, призывается ли онъ ко всему наслѣдству, или къ части, по прямому назначенію или по субституціи [6]). Далѣе, онъ долженъ знать, назначенъ ли онъ подъ условіемъ, или нѣтъ, будетъ ли условіе pendens или deficiens [7]). Онъ не долженъ заблуждаться, составлено ли завѣщаніе лицомъ sui juris или alieni juris и поэтому дѣйствительно ли оно, или нѣтъ [8]), а также въ свойствѣ своемъ личномъ, какъ heres necessarius или voluntarius [9]).

4) Особой формы для выраженія намѣренія вступить въ наслѣдство, по римскому праву, не предписывалось [10]). Такая воля

---

[1]) L. 5, 1; L. 8 pr.; L. 9; L. 49 D. 29, 2; L. 9 § 3 D. 26, 8; L. 18 § 4 C. 6, 30.

[2]) См. *Koeppen.* System d. heut. röm. Erbrechts 1 p. 392 слѣд.

[3]) L. 13 § 1; L. 17 § 1; L. 19; L. 22; L. 32 pr.; L. 93 pr. D. 29, 2.

[4]) L. 13 1; L. 19; L. 32 pr. D. 29, 2.

[5]) L. 17 § 1; L. 22 D. 29, 2.

[6]) L. 93 pr. D. 29, 2.

[7]) L. 32 § 1 D. 29, 2.

[8]) L. 32 § 2 D. 29, 2.

[9]) L. 15; L. 16 D. 29, 2.

[10]) *Tewes.* System Bd. 2 p. 32.

можетъ быть выражена явно, въ словесномъ или письменномъ заявленіи (hereditatis aditio въ тѣсномъ смыслѣ), или о ней можетъ быть сдѣлано заключеніе по актамъ распоряженія оставшимся имуществомъ (immiscere se hereditati, pro herede gestio) [1]). Въ послѣднемъ случаѣ дѣйствія призываемаго къ наслѣдству не должны оставлять сомнѣнія въ принятіи [2]), какъ напр. требованіе уплаты по долгамъ, отдача оставшихся капиталовъ въ займы, отдача въ наемъ земель и т. п. Но, напр., по заботамъ о погребеніи наслѣдодателя заключить о принятіи наслѣдства нельзя [3]). Кромѣ того, предпринимая извѣстное дѣйствіе по наслѣдству, призванный можетъ заявленіемъ оградить себя отъ заключенія о принятіи наслѣдства [4]).

5) Срокъ принятія наслѣдства [5]) по jus civile опредѣленъ не былъ. Призываемый могъ вступить въ наслѣдство когда пожелаетъ; liberum est, quocumque tempore voluerit, adire hereditatem [6]). Его право не погашалось давностью. Однако были два средства, которыя вынуждали наслѣдника ускорить своимъ рѣшеніемъ:

а) Наслѣдодатель могъ опредѣлить въ завѣщаніи срокъ, впродолженіи котораго наслѣдникъ долженъ принять свое рѣшеніе объ открывшемся наслѣдствѣ, т. наз. dies cretionis [7]). Самый срокъ размышленія, какъ и торжественное заявленіе соотвѣтствующей воли называются словомъ *cretio* [8]); предписать срокъ — cretionem

---

[1]) Gajus 2, 167; § 7 I. 2, 19; L. 19; L. 22 § 14 C. 6, 30.

[2]) § 7 I. 2, 19; L. 20 pr. D. 29, 2.

[3]) L. 20 § 1 D. 29, 2; L. 4 D. 11, 17.

[4]) L. 20 § 1 D. 29, 2.

[5]) Dig. 28, 8 de jure deliberandi; Cod. 6, 30 de jure deliberandi et de adeunda vel acquirenda hereditate; Nov. 164. *Mühlenbruch.* въ Glück's Erläuter. d. Pand. Bd. 41 p. 277 и слѣд.

[6]) Gajus 2, 167. Это не измѣнилось и въ позднѣйшемъ правѣ. О L. 19 и L. 22 § 1 C. 6, 30 см. *Vangerow.* Revision der neueren Theorien ueber gesetzliche Deliberationsfrist въ Civil. Archiv Bd. 22 n. 7.

[7]) Gajus 2, 164.

[8]) Объ исторіи cretio см. *Азаревичъ.* О различіи между опекой и попечительствомъ стр. 28.

dare, принять рѣшеніе—cernere hereditatem. Сама формула заявленія была слѣдующая: quod me P. Maevius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque [1]). Заявленіе это должно быть сдѣлано передъ свидѣтелями и даже въ жилищѣ наслѣдодателя [2]). Срокъ вычислялся или по началамъ tempus utile [3]), такъ назыв. cretio vulgaris, или по началамъ tempus continuum, такъ назыв. cretio continua, или certorum dierum [4]). Если впродолженіи этого срока наслѣдникъ высказываетъ свое рѣшеніе принять наслѣдство, то оно считалось пріобрѣтеннымъ; пропускъ же срока могъ вести за собою или только лишеніе наслѣдства, когда къ указанному термину будетъ прибавлено: „quod ni ita creveris, exheres esto" (такъ назыв. cretio perfecta),—или вступленіе въ права наслѣдника субститута: „si non creverit, tum Maevius heres esto" (т. наз. cretio imperfecta) [5]). Конституціей Гонорія и Аркадія (407 г.) были отмѣнены какія либо формальности для cretio (cretionum scrupulosa solennitas).

б) Кредиторы могутъ запросить призваннаго наслѣдника, принимаетъ ли онъ, или отказывается отъ наслѣдства, и, въ случаѣ онъ не даетъ отвѣта, могутъ требовать открытія конкурса надъ наслѣдствомъ [6]). Наслѣдникъ могъ, по преторскому эдикту, предупредить открытіе конкурса, испросивъ срокъ на размышленіе (spatium deliberandi) [7]). Этотъ срокъ обыкновенно состоялъ не болѣе какъ изъ ста дней [8]); по закону Юстиніана [9]) судья могъ увеличить его не болѣе какъ на девять мѣсяцевъ, а императоръ до одного

---

[1]) Gajus 2, 166; Ulpian. 22, 28. См. *Voigt.* Die Zwölf Tafeln Bd. 2 p. 378.

[2]) *Зомъ.* Институціи римскаго права стр. 345.

[3]) Напр.: heres Titius esto cernitoque in C. diebus proximis, quibus scies poterisque. Gajus 2, 165.

[4]) Gajus 2, 171—173; Ulpian. 22, 31.

[5]) Gajus 2, 174—177; Ulpian. 22, 27, 33, 34.

[6]) L. 2; L. 3; L. 5; L. 6 D. 11, 1; Gajus 2, 167.

[7]) L. 9 C. 6, 30; L. 5 D. 11, 1.

[8]) L. 2 D. 28, 8.

[9]) L. 22 § 13 C. 6, 30.

года. Впродолженіи этого срока наслѣдникъ могъ ознакомиться съ оставшимся наслѣдствомъ, брать изъ него средства на свое содержаніе, если онъ былъ сынъ наслѣдодателя [1]), и даже предпринимать всѣ дѣйствія по управленію, если къ лежачему наслѣдству не будетъ назначенъ попечитель, что зависѣло отъ судейскаго усмотрѣнія [2]). Въ теченіи даннаго срока онъ долженъ составить инвентарь имуществу и, наконецъ, сдѣлать объявленіе о принятіи или отказѣ отъ наслѣдства. Если такого объявленія сдѣлано не будетъ, то по классическому праву предполагался отказъ отъ наслѣдства [3]), а по закону Юстиніана предполагалось принятіе наслѣдства [4]). Если по истеченіи срока выяснится отказъ и при томъ инвентаря составлено не будетъ, то кредиторы могутъ опредѣлить величину наслѣдства присягой (juramentum litis). — Все сказанное относится и къ случаямъ субституціи [5]).

При завѣщательномъ наслѣдованіи вступленіе въ наслѣдство можетъ происходить при содѣйствіи особыхъ назначенныхъ въ завѣщаніи, или по закону, лицъ, которыхъ называютъ

Душеприкащики, исполнители завѣщаній, executores testamentarii [6]). Исполненіе завѣщательныхъ распоряженій можетъ быть поручено опредѣленнымъ лицамъ. Послѣднихъ дѣлятъ на executores generales и speciales, смотря по тому, будетъ ли поручено исполненіе завѣщанія въ полномъ его объемѣ, или только отдѣльныхъ распоряженій, напр. выплата отказовъ постороннимъ лицамъ.

Исполнители могутъ быть назначены въ самомъ завѣщаніи (executores testamentarii въ тѣсномъ смыслѣ слова) [7]), или по соглашенію между участниками въ наслѣдствѣ (executores conventionales), или по распоряженію судьи, къ которому обратятся

---

[1]) L. 5—7; L. 9 D. 28, 8; L. 28 D. 29, 2.

[2]) L. 8; L. 9 D. 42, 4; L. 22 § 1 D. 42, 5.

[3]) Gajus 2, 167.

[4]) L. 22 § 14 C. 6, 30.

[5]) *Baron.* Pandekt. § 419 p. 635.

[6]) См. *Mühlenbruch* въ Glück's Erläuter. Bd. 43 p. 390—448; *Heimbach* въ Weiske's Rechtslex. Bd. 10 p. 1011—1047.

[7]) L. 12 § 4; L. 14 § 2 D. 11, 7; L. 88 § 1 D. 30 (2).

съ просьбой о томъ заинтересованныя лица (executores dativi) [1]), или въ силу постановленія самого закона (executores legales), какъ напр. исполнителями завѣщательныхъ распоряженій въ пользу благотворительныхъ учрежденій считаются высшія духовныя лица [2]).

Юридическое положеніе завѣщательныхъ исполнителей опредѣляется по аналогіи договора довѣренности (mandatum) [3]). Функціи исполнителей по закону опредѣляются этимъ послѣднимъ.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ допускается временное пріобрѣтеніе наслѣдства, т. е. вступающій временно считается наслѣдникомъ и съ позднѣйшимъ наступленіемъ или ненаступленіемъ какого нибудь обстоятельства рѣшается вопросъ,—остается ли онъ наслѣдникомъ, или нѣтъ.

Случаи эти слѣдующіе:

1) Подъ условіемъ назначенные въ наслѣдники могутъ до наступленія этого условія просить о предоставленіи имъ владѣнія оставшимся имуществомъ, bonorum possessionem agnoscere [4]).

2) *Missio ex Carboniano edicto* [5]). Несовершеннолѣтній нисходящій, за которымъ оспаривается наслѣдственное право на томъ основаніи, что не признаютъ его происхожденіе отъ наслѣдодателя [6]), имѣетъ право, ссылаясь на особый эдиктъ (edictum Carbonianum), осуществить одно изъ двухъ притязаній, а именно: или только на владѣніе наслѣдственнымъ имуществомъ, или на bonorum possessio и алименты изъ наслѣдства до возраста совершеннолѣтія [7]). Въ обоихъ случаяхъ судья долженъ произвести сум-

---

[1]) L. 7 D. 34, 2; L. 3 D. 34, 1.

[2]) L. 28; L. 46; L. 49 C. 1, 3; Nov. 131 cap. 11, 12.

[3]) См. т. II стр. 171—177.

[4]) L. 5 pr.; L. 6; L. 10; L. 12 in f. D. 37, 11.

[5]) Dig. 37, 10; Cod. 6, 17 de Carboniano edicto. *Leist* въ Glück's Comment. Ser. d. Büch. 37 u. 38 Th. IV p. 67 и слѣд.; p. 134 и слѣд.

[6]) Si de ipsius filii jure quaeritur L. 7 §§ 2, 6; L. 1 §§ 5, 10; L. 6 § 3 D. 37, 10.

[7]) L. 1 pr. D. 37, 10.

марное разслѣдованіе о происхожденіи истца и тѣмъ установить его права наслѣдованія при тѣхъ обстоятельствахъ, если бы за нимъ не оспаривалось его происхожденіе. Если это разслѣдованіе дѣлаетъ, по всѣмъ видимостямъ, данное происхожденіе невѣроятнымъ, то въ искѣ отказывается; если же оно правдоподобно, хотя и оставляетъ нѣкоторое сомнѣніе, то искъ считается достаточно обоснованнымъ и подлежитъ удовлетворенію [1]).

Оспариваемое наслѣдственное право можетъ быть или правомъ по закону [2]), или по завѣщанію, если наслѣдникъ назначенъ въ качествѣ ребенка завѣщателя [3]), или правомъ въ смыслѣ необходимаго наслѣдственнаго права [4]), когда ребенокъ обойденъ въ завѣщаніи или лишенъ наслѣдства на основаніи его незаконнорожденности [5]).

Признаніе за истцомъ одного владѣнія наслѣдственной массой (missio in possessionem, а не bonorum possessio) предоставляетъ только извѣстное выгодное положеніе въ будущемъ процессѣ о наслѣдствѣ (т. наз. commodum possessoris) [6]).

Другой искъ направленъ на то, чтобы отложить окончательное рѣшеніе о наслѣдственномъ правѣ до совершеннолѣтія истца, а за это время признать его наслѣдникомъ по преторскому праву (bon. possessor) [7]) и предоставить покрывать траты на содержаніе и воспитаніе изъ оставшагося имущества. Впрочемъ тѣ или другія послѣдствія признаннаго bonorum possessio будутъ зависить отъ того, доставитъ ли истецъ обезпеченіе (cautio) на случай будущей потери иска по наслѣдству, или нѣтъ. — Если обезпеченія не будетъ представлено [8]), то истецъ получаетъ только владѣніе, а право на

---

[1]) См. *Koeppen*. Lehrb. d. heut. römischen Erbrechts 2 Abth. p. 362.

[2]) L. 6 § 2 D. 37, 10.

[3]) L. 3 pr. D. 37, 10; L. 1 § 8 D. eod.

[4]) L. 3 pr. D. 37, 10.

[5]) L. 1 §§ 4, 9 D. 37. 10.

[6]) L. 3 § 13 D. 37, 10.

[7]) См. *Leist* cit. p. 114 n. 19.

[8]) Si impubes non defendatur L. 5 § 1 D. 37, 10.

алименты — только въ случаѣ нужды [1]). Кромѣ того въ этихъ случаяхъ вмѣстѣ съ истцомъ ко владѣнію допускается и противникъ, но лишь pro satisdatione [2]). Если же противникъ самъ доставитъ обезпеченіе, то ему предоставляется и управленіе наслѣдствомъ съ цѣлью его охраненія (custodia) [3]). Въ противномъ случаѣ управленіе предоставляется особому попечителю (curator bonorum ex edicto Carboniano) для охраны имущества (custodiendis bonis). — Представивъ обезпеченіе, истецъ получаетъ и управленіе наслѣдствомъ (чрезъ своего опекуна) и какъ bonorum possessor можетъ отчуждать отдѣльные предметы, получать долги и отвѣчать по нимъ. Онъ пользуется всѣми actiones hereditariae [4]), но только какъ actiones possessoriae [5]). Тутъ же признается общее право на покрытіе содержанія и воспитанія изъ средствъ наслѣдственной массы.

Проигравъ споръ о наслѣдствѣ, bonorum possessor теряетъ владѣніе наслѣдственнымъ имуществомъ и actiones possessoriae [6]). Въ случаѣ же смерти до совершеннолѣтія, условное право съ владѣніемъ наслѣдствомъ переходитъ, до времени, когда умершій достигъ бы совершеннолѣтія, къ его наслѣдникамъ [7]).

3) *Missio furiosi nomine* [8]). Безумному и вообще лишеннымъ разсудка (qui intellectu carent) и находящимся по этому недостатку подъ попечительствомъ наслѣдство открывается только со времени ихъ выздоровленія [9]), когда они станутъ sanae men-

---

[1]) L. 5 § 3 D. 37, 10.

[2]) L. 5 § 4; L. 6 § 4 D. 37, 10.

[3]) L. 5 § 2 D. 37, 10; L. 1 C. 6, 17.

[4]) L. 3 § 12; L. 5 § 1; L. 15 D. 37, 10.

[5]) L. 5 § 3; L. 6 § 5 D. 37. 10.

[6]) L. 4 in f. D. 37, 10.

[7]) L. 3 § 7; L. 12 D. 37, 10; *Koeppen.* Lehrb. Abth. 2 p. 367.

[8]) Dig. 37, 3 de bonorum possessione furioso, infanti, muto, surdo, caeco competente; L. 7 C. de curatore furiosi vel prodigi 5, 70; *Mühlenbruch* въ Glück's Erläuter. Bd. 42 p. 415 и слѣд.

[9]) L. 1 § 5 D. 38, 8.

tis, но за ними сохраняются ихъ права и curator furiosi можетъ просить о вводѣ во владѣніе оставшимся имуществомъ (bonorum possessio) [1]. Никакого обезпеченія (cautio) для возможныхъ наслѣдниковъ не требуется [2].

Попечитель получаетъ наслѣдство не только въ охрану (custodia), но и въ управленіе на однихъ правахъ съ остальнымъ имуществомъ безумнаго [3]. Поэтому онъ получаетъ всѣ владѣйныя средства защиты и всѣ наслѣдственные иски (actiones hereditariae possessoriae), равно какъ отвѣчаетъ по всѣмъ претензіямъ къ наслѣдству [4]. Если безумный не имѣетъ никакого другого достаточнаго имущества, то изъ наслѣдства покрываются траты на его содержаніе, которыя траты уже ни въ какомъ случаѣ не возвращаются [5]. Съ выздоровленіемъ призываемый къ наслѣдству долженъ принять рѣшеніе, вступитъ ли онъ въ наслѣдство, или откажется отъ него [6]. Если онъ откажется, или умретъ до принятія наслѣдства, или въ безуміи, то bonorum possessio прекращается [7] и наслѣдство поступаетъ по приращенію другимъ наслѣдникамъ, или по нему призывается слѣдующій классъ преемниковъ [8].

4) *Missio ventris nomine* [9]. Если при смерти наслѣдодателя былъ уже зародышъ, который въ случаѣ рожденія долженъ быть призванъ къ наслѣдству въ качествѣ heres suus или extraneus, то принимались мѣры къ охранѣ его будущихъ правъ. Такъ,

---

[1]) L. 7 § 3 C. 5, 70.
[2]) L. 7 § 8 C. 5, 70.
[3]) L. 7 § 7 C. 5, 70.
[4]) L. 7 §§ 10, 11 D. 42, 4.
[5]) L. 51 pr. D. 5, 3.
[6]) L. 6 § 1 C. 5, 70; L. 2 D. 37, 3.
[7]) L. 2 § 12 D. 38, 17.
[8]) L. 2 § 11 D. 38, 17; L. 7 § 8 C. 5, 70.
[9]) Dig. 37, 9 de ventre in possessionem mittendo et curatore ejus; Dig. 25, 5 si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur; Dig. 25, 6 si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicetur. — *Leist* въ Erläuter. Bd. 4 p. 1 и слѣд.

беременная могла просить о назначеніи особаго попечителя, curator ventris et bonorum [1]) для охраны и управленія оставшимся имуществомъ [2]). При этомъ владѣлецъ наслѣдства (bonorum possessor) считается [3]) или само зачатіе (venter) [4]), или беременная [5]). Изъ оставшагося имущества беременная могла получать содержаніе безусловно, если ожидаемый posthumus будетъ нисходящимъ наслѣдодателя; въ другихъ случаяхъ она получаетъ алименты только при нуждѣ [6]). Алименты эти позднѣе не возвращаются, если только не будетъ завѣдомо ложнаго показанія о беременности [7]).

Missio in possessionem съ его послѣдствіями продолжается до того времени, какъ будетъ разрѣшена беременность [8]). При рожденіи живымъ ребенокъ, если онъ suus, пріобрѣтаетъ наслѣдство ipso jure; въ остальныхъ случаяхъ за нимъ сохраняется право принять, или отказаться отъ наслѣдства [9]). При мертворожденіи, или выкидышѣ, попечитель обязанъ выдать охраняемое наслѣдство сонаслѣдникамъ или слѣдующему классу призываемыхъ [10]).

Призывъ къ наслѣдству, delatio, можетъ остаться безъ послѣдствій въ слѣдующихъ случаяхъ:

1) При отказѣ отъ наслѣдства со стороны призываемаго, delatus'a (repudiare, recusare, praetermittere, omittere) [11]).

---

[1]) L. 1 § 17 D. 37, 9.

[2]) L. 1 § 22 D. 37, 9; L. 48 D. 26, 7.

[3]) См. *Koeppen.* Lehrb. d. heut. röm. Erbr. Abth. 2 p. 368—370.

[4]) L. 1 pr. §§ 2, 3, 5, 6, 7, 9, 11, 12, 13, 17; L. 7 §§ 1, 2 D. 37, 9.

[5]) L. 1 § 8 D. 37, 9; L. 1 § 1 D. 25, 6.

[6]) L. 5 pr.; L. 6 D. 37, 9.

[7]) L. 1 § 28 D. 37, 9.

[8]) L. 1 § 27 D. 37, 9.

[9]) L. 2 § 11 D. 38, 17.

[10]) L. 1 §§ 1—3; L. 2 D. 37, 9.

[11]) Dig. 29, 2 de acquir. vel omitt. hereditate; Cod. 6, 19 de repudianda B. Possessione; 6, 31 de repudianda vel abstinenda hereditate.—*Mühlenbruch* въ Glück's Erläuter. Bd. 43 p. 103 и слѣд.

Къ отказу отъ наслѣдства, въ общемъ, примѣняются тѣ же правила, что и для принятія наслѣдства [1]). Прежде всего отказъ могли дѣлать только дѣеспособныя лица, ибо тутъ заключается отчужденіе имущественныхъ правъ. Несовершеннолѣтніе и находящіеся подъ отцовскою властью могутъ совершать отказы при согласіи на то опекуновъ, попечителей и домовладыкъ [2]). Отказъ отъ части наслѣдства недѣйствителенъ. Принятіе части есть вступленіе во все наслѣдство [3]). — Отказъ не связанъ никакою формою; онъ можетъ быть выраженъ явно на словахъ, repudiatio, или молчаливо, въ упущеніи пріобрѣсти наслѣдство, omissio [4]). — Словесный отказъ долженъ совершаться лично отказывающимся; представительство тутъ не допускается. За юридическихъ лицъ и безумныхъ ихъ представители могутъ прибѣгнуть только къ упущенію пріобрѣсти наслѣдство [5]). — Отказъ можетъ быть совершенъ только послѣ открытія наслѣдства [6]) и до принятія его [7]). Отказъ отъ наслѣдства до его открытія не связываетъ отказавшагося. — Отказъ безвозвратенъ; по нему призванный къ наслѣдству теряетъ его навсегда [8]).

2) Delatio остается безъ послѣдствій, когда призванный къ наслѣдству становится неспособнымъ наслѣдовать, или быть назначеннымъ въ завѣщаніи, или вступить въ наслѣдство (incapacitas [9]).

3) Если призванный, не вступивъ въ наслѣдство, умретъ, то delatio остается безъ послѣдствій, такъ какъ право наслѣдствен-

---

[1]) L. 18 D. 29, 2: Is potest repudiare, qui et adquirere potest.

[2]) L. 1 § 4 D. 58, 9; L. 5 C. 6, 31.—L. 13 § 3 D. 29, 2.

[3]) L. 10; L. 80 pr. D. 29, 2.

[4]) L. 95 D. 29, 2.

[5]) L. 7 §§ 3, 7, 8 C. 5, 70.

[6]) L. 174 § 1 D. 50, 17: Quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest; L. 3 D. 29, 2: Ejus est nolle, qui potest velle; L. 4; L. 13 pr. § 2 D. 29, 2.

[7]) L. 4 C. 6, 31.

[8]) L. 13 pr. D. 29, 2; L. 4 C. 6, 31.

[9]) См. выше стр. 432, 434.

ное есть въ высшей степени личное право. Но по исключенію римская юриспруденція допускала иногда переносъ права призваннаго на другихъ лицъ.

Переносъ наслѣдственныхъ правъ.
Transmissiones.

Пособія: Wolff. De transmissione Theosiana. 1853; *Wieding.* Die Transmission Justinians 1859; Art. Transmissionsfälle въ Encyclopädie von Holtzendorff.

По общему правилу только то лицо можетъ быть наслѣдникомъ, которому открыто наслѣдство. Онъ не можетъ перенести права быть наслѣдникомъ на другого. Delatio не даетъ призванному имущественнаго права, но только открываетъ ему возможность принять наслѣдство; она предоставляется ему лично. Поэтому если призванный къ наслѣдству самъ не можетъ въ него вступить, то delatio становится ничтожнымъ. Право вступить въ наслѣдство не переходитъ на наслѣдниковъ призваннаго, когда этотъ послѣдній умретъ до принятія наслѣдства. Hereditas delata, sed nondum acquisita, non transmittitur ad heredes [1]).

Нельзя считать за изъятіе изъ этого правила такъ называемое теперь transmissio ex capite suitatis, подъ каковымъ названіемъ разумѣется переходъ права наслѣдованія отъ heres suus et necessarius къ его наслѣдникамъ, если только его застало при жизни delatio (L. 8 C. 6, 55; L. 19 § 2 D. 49, 17). Не составляетъ этотъ случай изъятія по той причинѣ, что heredes sui въ моментъ открытія наслѣдства считались ipso jure его пріобрѣвшими. *Tewes.* System Bd. 2 p. 63.

Но изъ разсмотрѣннаго начала римское право допускало дѣйствительныя исключенія, когда вмѣсто призваннаго становится наслѣдникомъ другое лицо, исключающее и субститута. Эти случаи осятъ названіе transmissiones въ тѣсномъ смыслѣ слова и будутъ слѣдующіе:

---

[1]) L. un. §§ 5, 13 C. 6, 51; L. 7 C. 6, 30; § 2 I. 2, 17.

1) *Transmissio ex capite infantiae seu ex jure patrio.* По закону Θеодосія II и Валентиніана III (426 г.) если наслѣдство будетъ открыто ребенку (infans) отъ третьяго лица, напр. отъ матери, и онъ умретъ въ малолѣтствѣ прежде чѣмъ вступитъ въ него, то право на принятіе наслѣдства переходитъ къ отцу (дѣду) умершаго, который осуществляетъ (proprio jure) его для себя [1]); при этомъ безразлично, состоялъ ли умершій подъ его отцовскою властью, или нѣтъ [2]); былъ ли отецъ наслѣдникомъ, или нѣтъ. Это составляетъ особое положительное отцовское право, jus paternum. Тоже положеніе распространено на случаи, когда infantia major не могъ вступить въ наслѣдство до смерти по причинѣ отсутствія (propter absentiam) или безумія [3]).

2) По другому постановленію Θеодосія II (450 г.), подтвержденному Юстиніаномъ, нисходящіе наслѣдодателя, умершіе даже до открытія завѣщанія (ante apertas tabulas), зная или незная о своемъ назначеніи въ наслѣдники и оставленныя имъ доли, могли перенести свое право на своихъ нисходящихъ [4]). Законъ этотъ установленъ въ интересѣ дальнѣйшихъ нисходящихъ для того, чтобы они не лишались наслѣдства отъ отдаленнѣйшихъ восходящихъ чрезъ несчастный случай смерти ближайшихъ восходящихъ. До этого же закона: а) если ближайшій нисходящій умеръ по смерти завѣщателя, но до открытія завѣщанія, то, будучи назначенъ наслѣдникомъ въ части, онъ не переносилъ своего права на своихъ нисходящихъ и его доля поступала (на основаніи закона Папія Поппея), какъ выморочная (caducum) въ казну, или по праву приращенія (jus accrescendi) поступала (по закону Θеодосія) въ пользу назначенныхъ сонаслѣдниками нисходящихъ; б) если ближайшій нисходящій умеръ до завѣщателя и послѣдній не зналъ объ этой смерти и поэтому оставилъ завѣщаніе безъ измѣненія, то дальнѣйшіе нисходящіе теряли даже право опорочить завѣщаніе путемъ querela inofficiosi testamenti.

---

[1]) L. 18 § 1 C. 6, 30.

[2]) L. 18 pr. § 3 C. 6, 30.

[3]) *Arndts.* Pand. § 513 Anm. 1; *Glück.* Erläuter. 43 p. 199—204. Срав. *Tewes.* System 2 p. 69.

[4]) Cod. 6, 52 de his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt.

Оба изложенные виды transmissiones носятъ иногда названіе *transmissio Theodosiana*, иногда же его даютъ только второму виду, спеціально называемому также *transmissio ex jure sanguinis* [1]).

3) *Transmissio Justinianea sive ex jure deliberandi* [2]). Въ 529 г. имп. Юстиніанъ издалъ конституцію [3]) такого содержанія: если призванный къ наслѣдству, — до истеченія года, послѣ того какъ онъ узналъ о delatio, или если онъ выговорилъ spatium deliberandi, то до истеченія этого срока, но всетаки впродолженіи сказаннаго года, — умретъ, не высказавшись ни о принятіи, ни объ отказѣ отъ наслѣдства, то его наслѣдники могутъ еще впродолженіи остальнаго времени оставшагося отъ года, или отъ spatium deliberandi (но также въ теченіи года) вступить въ наслѣдство за умершаго [4]).

4) *Transmissio ex capite in integrum restitutionis* [5]). Если призванный къ наслѣдству, но пропустившій вступить въ него, могъ получить возстановленіе своего права (напр. in integrum restitutio propter minorem aetatem) [6]), то послѣднее могло быть осуществлено его наслѣдниками въ срокъ, данный для просьбы о возстановленіи [7]). Тутъ наступаетъ такъ сказать successio наслѣдниковъ въ beneficium restitutionis.—Кромѣ того, возстановленіе для наслѣдниковъ права ихъ наслѣдодателя допускается въ

---

[1]) См. подробнѣе объ этой transmissio въ статьяхъ *Löhr* въ Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. Bd. 7 n. 3; *Ejusdem* въ Civil. Arch. Bd. II, 14, 7, 8; *Huschke* въ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. Bd. 9 n. 2.

[2]) *Glück*. Erläut. d. Pand. Bd. 41 p. 314; Bd. 43 p. 218 и слѣд.

[3]) L. 19 C. 6, 30; Novell. 158.

[4]) См. подробнѣе у *Vangerow* въ civil. Archiv Bd. 24 n. 5 p. 153 и слѣд.

[5]) См. *Leist* въ Glück's Erläut. 1873 (Bücher 37 u 38) p. 177 и слѣд.; *Schröder* въ Jahrb. f. d. Dogmatik Bd. 15 p. 409 и слѣд.

[6]) См. т. I стр. 320.

[7]) L. 1 C. 2, 51; L. 6 D. 4, 1; L. 24 § 2 D. 4, 4.

тѣхъ случаяхъ, когда послѣдній не могъ вступить въ наслѣдство до своей смерти, по причинѣ отсутствія ради государственныхъ дѣлъ (absentia rei publicae causa) [1]), вообще по публичнымъ дѣламъ общины или провинціи, — или въ силу извѣстныхъ правовыхъ препятствій для вступленія, напр ожидается рожденіе будущаго наслѣдника [2]), и т. п. [3]) Наконецъ, возможно transmissio, когда призываемый къ наслѣдству неосуществляетъ своего права до смерти по невѣдѣнію о существованіи своего правомочія, о величинѣ наслѣдственной доли, объ основаніи открытія наслѣдства, или о дѣйствительности призыва [4]).

При недѣйствительности открытія наслѣдства даннымъ лицамъ могутъ наступить слѣдующія послѣдствія: или дѣлается новый призывъ, новое delatio, къ наслѣдованію, или примѣняется такъ называемое право приращенія, jus accrescendi, или оставшееся имущество становится выморочнымъ, bonum vacans. Первое послѣдствіе наступаетъ, для наслѣдованія по завѣщанію, когда назначенъ субститутъ; для случая наслѣдованія по закону—когда на лицо такой родственникъ, для котораго примѣняется successio graduum или ordinum. Сюда же относится и тотъ случай, когда на мѣсто наслѣдованія по завѣщанію наступаетъ наслѣдованіе по закону.

Право приращенія, jus accrescendi.

Источники: Cod. 6, 10 quando non petentium partes petentibus adcrescant; Cod. 6, 51 de caducis tollendis.

Пособія: Dworzak. Beiträge zur Lehre vom Jus accrescendi въ Vierteljahresschrift v. Halmerl 1861; *Fitting*. Zur

---

[1]) L. 86 pr. D. 29, 2.

[2]) L. 12 D. 37, 10.

[3]) См. *Koeppen*. Lehrb. d. heut. röm. Erbrechts 2 Abth. p. 162, 163.

[4]) Срав. о т. наз. transmissio ex capite delationis dubiae vel in litem vocatae у *Tewes*. System 2 p. 77 и *Göring* въ Jahrb. f. d. Dogmatik Bd. 15 p. 168.

Lehre v. Anwachsungsrecht въ Archiv. f. civ. Praxis Bd. 57 n. 9; *Machelard.* De l'accroissement entre cohéritiers et colégataires 1862; *Glasson.* Du droit d'accroissement 1862.

Подъ наслѣдственнымъ приращеніемъ въ обширномъ смыслѣ слова разумѣется всякій случай, когда къ наслѣдственной доли присоединяется другая, какъ напр. если при завѣщательныхъ назначеніяхъ не будетъ исчерпано все имущество наслѣдодателя, то остатокъ увеличиваетъ пропорціонально доли, указанныя въ завѣщаніи [1]).

Въ тѣсномъ смыслѣ право приращенія имѣетъ примѣненіе тогда, когда при нѣсколькихъ сонаслѣдникахъ наслѣдственныя доли однихъ изъ нихъ увеличиваютъ доли другихъ при томъ предположеніи, что открытіе наслѣдства для первыхъ осталось недѣйствительнымъ и на лицо нѣтъ условій для новаго призыва наслѣдниковъ (delatio).

Приращеніе можетъ имѣть мѣсто какъ при наслѣдованіи по завѣщанію, такъ и при наслѣдованіи по закону [2]).

Основаніе права приращенія заключалось въ слѣдующемъ. При наслѣдственномъ преемствѣ каждый изъ призываемыхъ сонаслѣдниковъ имѣетъ право на все наслѣдство (heredes succedunt in universum jus defuncti. См. выше), хотя бы наслѣдодатель, напр., и опредѣлилъ долю каждаго; послѣднимъ устанавливается только мѣра осуществленія ихъ правъ на цѣлое. Такое же послѣдствіе имѣетъ и всякое другое стеченіе нѣсколькихъ наслѣдниковъ; solo concursu partes fiunt [3]). Поэтому отпаденіе одного изъ призванныхъ наслѣдниковъ только открываетъ возможность осуществить на причитавшуюся ему долю собственное право остальныхъ сонаслѣдниковъ; pars coheredi non decrescit [4]). Отсюда дѣлается такой выводъ, что приращеніе наступаетъ съ силою необ-

---

[1]) Другіе примѣры см. у *Brinz.* Pandekt. Bd. 3 p. 167 — 169.

[2]) См. *Dworzak* cit. p. 22 и слѣд.

[3]) L. 82 D. 32 (3).

[4]) *Tewes.* System Bd. 2 p. 77, 78. Другія воззрѣнія на основаніе приращенія см. у *Hofmann.* Kritische Studien p. 65.

ходимости, какъ необходимое послѣдствіе общаго преемства [1]). Поэтому 1) оно осуществляется помимо и даже противъ воли какъ наслѣдодателя, такъ и наслѣдника.—Завѣщатель не можетъ запретить приращеніе, ибо этимъ онъ поставилъ бы отпадающую наслѣдственную долю внѣ наслѣдованія или подчинилъ бы ее наслѣдованію по закону, рядомъ съ наслѣдованіемъ по завѣщанію въ остальныхъ доляхъ [2]). Но наслѣдодатель можетъ предупредить приращеніе, позаботившись объ субституціи. Такое же послѣдствіе имѣютъ и случаи transmissiones [3]). Кромѣ того завѣщатель имѣетъ право, на общемъ основаніи, регулировать до извѣстной степени своею волею приращеніе для отдѣльныхъ наслѣдниковъ. Напр. re et verbis conjuncti будутъ имѣть право приращенія другъ отъ друга преимущественно предъ другими сонаслѣдниками [4]). — Не можетъ протестовать противъ приращенія и самъ наслѣдникъ; invito quoque ei accrescit portio [5]). Только если suus heres сдѣлаетъ употребленіе изъ beneficium abstinendi, права отказа отъ своей доли, или если наслѣдникъ получитъ in integrum restitutio по принятію наслѣдства, то сонаслѣдники могутъ отказаться отъ приращенія данныхъ вакантныхъ долей [6]). Но принимая назначенную ему долю, наслѣдникъ не можетъ отмѣнить приращеніе, какъ не можетъ вообще принимать только часть наслѣдственной доли.

2) Приращеніе происходитъ само собою (tacite, ipso jure); наслѣдованіе въ вакантной доли не требуетъ особаго delatio и особаго aditio [7]). Поэтому если принявшій свою долю наслѣдникъ затѣмъ умретъ и только послѣ его смерти отпадаетъ одинъ изъ со-

---

[1]) *Vangerow*. Pandekt. 2 § 494 Anm.

[2]) Исключеніе для солдатъ L. 37 D. 29, 1.

[3]) L. un. § 13 C. 6, 51.

[4]) L. 64 D. 28, 5.

[5]) L. 35 pr.; L. 53 § 1 D. 29, 2; L. un. § 10 C. 6, 51.

[6]) L. 55; L. 56; L. 38 D. 29, 2.—L. 61 D. 29, 2. См. *Dernburg*. Pandekt. Bd. 3 p. 176 n. 7, 8.

[7]) L. 31; L. 76 pr. D. 29, 2; L. 2 § 8 D. 37, 11; L. un. § 10 C. 6, 51.

наслѣдниковъ, то вакантная доля идетъ въ приращеніе также наслѣдникамъ умершаго [1]); portio portioni, non personae, accrescit [2]).

Вакантная наслѣдственная доля идетъ въ приращеніе сонаслѣдникамъ со всѣми долгами и обязательствами, лежащими на ней; portio semper cum onere accrescit [3]).

При нѣсколькихъ оставшихся сонаслѣдникахъ вакантная доля идетъ въ приращеніе каждому изъ нихъ въ размѣрѣ соотвѣтствующемъ ихъ наслѣдственнымъ долямъ, pro portione hereditaria [4]).

При наслѣдованіи по закону вакантная доля идетъ въ приращеніе тѣмъ сонаслѣдникамъ, которые должны были получить ее, еслибъ отпавшаго наслѣдника не было съ самого начала [5]). При наслѣдованіи поголовномъ (in capita) приращеніе идетъ всѣмъ вмѣстѣ призваннымъ сонаслѣдникамъ; при наслѣдованіи поколѣнномъ (in stirpes) приращеніе происходитъ сначала только среди лицъ даннаго колѣна [6]); при наслѣдованіи полинейно (in lineas) вакантная доля достается только лицамъ данной линіи [7]).

Право приращенія при завѣщательномъ наслѣдованіи опредѣлялось въ классическія времена закономъ Юлія и Папія Поппея, который объявилъ вакантными (caducum) наслѣдственныя доли завѣщательныхъ наслѣдниковъ, умершихъ до открытія завѣщанія или ставшихъ до этого времени перегринами, и предоставилъ эти доли по приращенію завѣщательнымъ же наслѣдникамъ, имѣвшимъ дѣтей, а за неимѣніемъ таковыхъ — казнѣ [8]). — Юстиніанъ отмѣнилъ эти начала закона Юлія и Папія и Поппея [9]). Тутъ вакантная доля увеличивала доли всѣхъ остальныхъ назначенныхъ наслѣдниковъ пропорціонально ихъ участію въ наслѣдствѣ, а затѣмъ въ частности

---

[1]) § 4 I. 3, 4; L. 9 D. 38, 16.
[2]) L. un. § 10 C. 6, 51; L. 26 § 1 D. 35, 1; L. 9 D. 38, 16.
[3]) L. 61 § 1 D. 31 (2); L. un. § 10 C. 6, 51.
[4]) L. 59 § 3 D. 28, 5; L. un. § 10 C. 6, 51.
[5]) L. 1 § 10 D. 38, 9.
[6]) L. 12 pr. D. 37, 4; L. 5 § 2 D. 37, 8; L. 5 § 2 D. 38, 6.
[7]) См. *Tewes*. System d. Erbrechts Bd. 2 p. 82—84.
[8]) Ulpianus 17, 1.
[9]) L. un. C. 6, 51.

вопросъ рѣшался согласно формѣ соединенія (conjunctio) наслѣдниковъ.

Вымороченное наслѣдственное имущество, bona vacantia [1]). Когда въ оставшемся имуществѣ не послѣдуетъ наслѣдованія ни по завѣщанію, ни по закону, то по древнему римскому праву такое имущество могло быть захвачено всякимъ желающимъ во владѣніе. Съ lex Julia et Papia Poppaea оно бралось въ казну (aerarium, fiscus) [2]). Казна могла впродолженіи четырехъ лѣтъ принять bona vacantia или отказаться отъ нихъ [3]). Въ послѣднемъ случаѣ открывался конкурсъ. Если же она принимала вымороченное имущество, то занимала мѣсто наслѣдника (heredis loco) [4]).

Можно ли въ данномъ случаѣ признавать за казною право наслѣдованія, или только право отыскивать (vindicare) себѣ данное имущество?—это въ наукѣ весьма спорно. См. *Brinz*. Pandekten Bd. 3 Aufl. 2 p. 450 nn. 11, 12; *Vangerow*. Pand. 2 § 564 Anm.

Занимая мѣсто наслѣдника, казна имѣла всѣ иски, аналогичные наслѣдственнымъ [5]), а также отвѣчала предъ кредиторами наслѣдодателя [6]), но только въ объемѣ оставшагося имущества [7]); равнымъ образомъ она обязана выдать отказы [8]). Отчужденіемъ наслѣдства казна снимала съ себя всякую отвѣтственность по нему; купившій наслѣдство разсматривался какъ универсальный преемникъ [9]).

---

[1]) Cod. 10, 10 de bonis vacantibus et de incorporatione.— *Heimbach* въ Weiske's Rechtslex. 3 p. 939 слѣд.

[2]) Ulpianus 28, 7; L. 96 § 1 D. 30 (1); L. 4 C. 10, 10.

[3]) L. 6 § 3 D. 36, 1; L. 4 §§ 17, 19, 20 D. 40, 5.

[4]) L. 20 § 7 D. 5, 3.

[5]) Hereditatis petitio utilis L. 20 §§ 6, 7 D. 5, 3.

[6]) L. 2 C. 9, 12; L. 11 in. f. D. 49, 14.

[7]) L. 1 § 1; L. 11 D. 49, 14. Это можно объяснить тѣмъ, что казна обыкновенно составляла роспись имуществу (L. 3; L. 5 C. 10, 10). См. ниже о beneficium inventarii. См. *Vangerow*. Pand. 2 § 564 p. 575.

[8]). L. 96 § 1 D. 30 (1); L. 14 D. 49, 14.

[9]) L. 13 § 9 D. 5, 3; L. 41 D. 49, 14; L. 1 C. 4, 39.

Нѣкоторыя корпорація имѣли преимущественное предъ казною право на вымороченное имущество, какъ-то войсковыя единицы [1]), къ которымъ принадлежалъ умершій, городскія куріи, императорскіе оружейные заводы, церкви и монастыри отъ принадлежащихъ къ нимъ членовъ [2]), и т. д.

Отмѣна принятаго наслѣдства.

Общее послѣдствіе вступленія въ наслѣдство выражалось въ положеніи: semel heres, semper heres (см. выше стр. 388), т. е. вступленіе въ наслѣдство не можетъ быть никогда обезсилено въ своихъ выводахъ. Изъ этого начала допускались слѣдующія изъятія:

1) Когда назначеніе наслѣдникомъ сдѣлано, въ солдатскомъ завѣщаніи, подъ резолютивнымъ условіемъ или до опредѣленнаго срока [3]). См. выше стр. 388.

2) Въ случаѣ опороченія завѣщанія (rescissio testamenti). См. выше стр. 395, 396.

3) При употребленіи права отказываться отъ завѣщанія (beneficium abstinendi). См. выше стр. 432.

4) Когда наслѣдникъ осуществляетъ право на возстановленіе по поводу вступленія въ наслѣдство. Такое in integrum restitutio допускалось по основаніямъ несовершеннолѣтія и психическаго принужденія [4]); изъ основаній заблужденія о состояніи наслѣдства наслѣдникъ возстановляется только тогда, когда онъ былъ солдатомъ. Дѣйствія возстановленія въ общемъ тѣже, что и при отказѣ, abstinentia, sui heredis, т. е. наслѣдственная доля возстановленнаго переходитъ на субститутовъ, сонаслѣдниковъ, наслѣдниковъ по закону.

5) Если отказавшійся отъ наслѣдства будетъ возстановленъ въ своемъ отказѣ, то наслѣдство теряютъ вступившіе послѣ него.

---

[1]) Cod. 6, 62 de hereditatibus decurionum, naviculariorum, cohortalium, militum et fabricensium.

[2]) Nov. 131 c. 13 in f.; L. 20 C. 1, 3.

[3]) L. 15 § 4; L. 41 pr. D. 29, 1.

[4]) L. 21 § 5 D. 4, 2.

6) Когда наслѣдство будетъ отнято у недостойнаго (indignus) наслѣдника лицомъ имѣющимъ на то право.

Indignitas [1]). Общей основой наслѣдованія, какъ по закону, такъ и по завѣщанію, предполагаются извѣстныя нравственныя отношенія, въ которыхъ стояли наслѣдники къ наслѣдодателю въ моментъ его смерти [2]). Поэтому разъ не существуетъ этихъ отношеній, то призывъ даннаго наслѣдника будетъ противорѣчить сущности наслѣдственнаго преемства, будетъ оскорблять нравственныя понятія, живущія въ народѣ. Отсюда становятся необходимыми, въ интересѣ публичномъ, такія положенія объективнаго права, въ силу которыхъ лишаются наслѣдства извѣстныя лица, какъ недостойныя (indigni), призываемыя согласно положеніямъ того же права. Отъ факта лишенія, отнятія (ut indigno aufertur s. eripitur) само наслѣдство недостойнаго носитъ названіе bona erepticia s. ereptoria [3]); а лицо, которое лишаетъ наслѣдства—ereptor.

Недостойный наслѣдникъ можетъ, въ отличіе отъ неспособнаго наслѣдника (heres incapax), вступить въ наслѣдство [4]), или отъ него отказаться [6]), со всѣми обыкновенными послѣдствіями такого выраженія воли. Но подобное осуществленіе наслѣдственнаго правомочія зависитъ въ его дѣйствительности отъ того, пожелаетъ ли ereptor провести свое право на ereptio путемъ вступленія въ данное наслѣдство, или откажется отъ него. Въ первомъ случаѣ indignus, хотя и сохраняетъ наименованіе наслѣдника (heres), но на самомъ дѣлѣ теряетъ всѣ права изъ наслѣдства и освобождается, по общему правилу [6]), отъ всѣхъ обязанностей по нему [7]). Всѣ его

---

[1]) Dig. 34, 9 de his, quae ut indignis auferuntur; Cod. 6, 35 de his quibus ut indignis auferuntur et ad SC. Silanianum.— *Soleau.* De l'indignité en droit romain 1868.

[2]) Cic. de leg. 2, 19 in f.

[3]) Ulpianus 19, 17.

[4]) L. 29 § 1 D. 49, 14; L. 21 § 1 D. 29, 5.

[5]) L. 18 D. 29, 2.

[6]) Срав. L. 17; L. 13 pr. D. 34, 9, L. 1 C. 6, 35; L. 46 D. 5, 3.

[7]) L. 29 § 2 D. 49, 14, L. 60 § 1 D. 35, 1; L. 3 § 4; L. 11 D. 49, 14; L. 5 § 4; L. 12; L. 16 § 2 D. 34, 9; L. 3 § 5 D. 36; 1; L. 9 D. 29, 5; L. 50 § 2 D. 30.

распоряженія касательно наслѣдственнаго имущества считаются ничтожными. Ему лично принадлежащія обязательства и вещныя права къ наслѣдству, покрытыя per confusionem, не возстановляются [1]); развѣ вступленіе въ наслѣдство послѣдовало по извинительному заблужденію [2]).

Право на bona ereptoria принадлежало въ большинствѣ случаевъ казнѣ (fiscus), частью — лицу призванному вмѣстѣ съ недостойнымъ къ наслѣдованію, частью — лицу обремененному разными обязательствами по завѣщанію (oneratus).

Въ пользу казны bona ereptoria поступаетъ въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) Когда наслѣдникъ виновенъ былъ въ смерти наслѣдодателя преднамѣренно или по небрежности (L. 3 D. 34, 9; L. 10 C. 6, 35; L. 7 § 4 D. 48, 20; L. 9 D. 49, 14). 2) Когда наслѣдникъ не будетъ преслѣдовать убійцъ наслѣдодателя; только несовершеннолѣтіе извиняетъ (L. 21 D. 34, 9; L. 8 § 1; L. 15; L. 22 D. 29, 5; L. 1, 7, 9 C. 6, 35). 3) Когда наслѣдникъ при жизни наслѣдодателя и безъ его согласія заключилъ по наслѣдству договоръ (L. 2 § 3 D. 34, 9; L. 29 § 2; L. 30 D. 39, 5). 4) Когда наслѣдникъ будетъ оспаривать завѣщательную волю, по которой ему оставлено наслѣдство, изъ какихъ бы то ни было основаній; или будетъ добиваться наслѣдованія въ формѣ bonorum possessio contra tabulas (L. 2 pr.; L. 5 §§ 10—13; L. 7; L. 9 § 2; L. 15; L. 22 D. 34, 9; L. 13 § 9; L. 29 § 1 D. 49, 14; L. 22 § 2; L. 30 § 1 D. 5, 2; L. 6 C. 9, 22). 5) Когда наслѣдникъ скроетъ завѣщаніе наслѣдодателя, чтобы наслѣдовать по закону (L. 26 D. 48, 10). 6) Когда наслѣдникъ, какъ субститутъ пупилла, по смерти послѣдняго будетъ несправедливо обвинять мать въ подмѣнѣ ребенка съ тѣмъ, чтобы наслѣдовать отцу, какъ его ближайшій родственникъ (L. 16 pr. D. 34, 9). 7) Когда наслѣдникъ злоумышленно будетъ препятствовать наслѣдодателю составлять или измѣнять завѣщательныя распоряженія и тѣмъ достигнетъ наслѣдованія по закону или по оставшейся неизмѣненной послѣдней воли (L. 19 D. 34, 9; L. 1—3 D. si quis aliquem testari prohibuerit 29, 6; L. 2 C. 6, 34). 8) Когда наслѣдство

---

[1]) L. 8; L. 18 § 1 D. 34, 9; L. 29 § 2 D. 49, 14.

[2]) L. 17 D. 34, 9; L. 21 § 1 D. 29, 5.

оставлено женщинѣ, которая состояла съ завѣщателемъ въ недозволенной внѣбрачной связи (L. 14 D. 34, 9; L. 41 § 1 D. 29, 1). 9) Когда наслѣдникъ завѣдомо жилъ съ наслѣдодателемъ въ запрещенной половой связи; заблужденіе и несовершеннолѣтіе служатъ извиненіемъ (L. 4 C. 5, 5; L. 2 §§ 1, 2; L. 13 D. 34, 9). 10) Когда наслѣдникъ in fraudem legis передаетъ оставленное наслѣдство или его стоимость лицу признанному неспособнымъ къ наслѣдованію, incapax (L. 10, 11, 18, 23 D. 34, 9; L. 17 § 2 D. 22, 1; L. 3 pr. §§ 1—4; L. 40 D. 49, 14; L. 59 § 1 D. 35, 2). 11) Когда назначенный завѣщателемъ наслѣдникъ, въ качествѣ его ребенка, будетъ доказывать по смерти наслѣдодателя о своемъ подмѣнѣ (L. 46 pr. D. 49, 14). 12) Когда завѣщатель, послѣ окончательнаго совершенія, завѣщанія, явно или молчаливо заявитъ о нежеланіи имѣть назначеннаго своимъ наслѣдникомъ (L. 12; L. 16 § 2 D. 34, 9; L. 4 C. 6, 35; L. 2, 3 D. 28, 4).

Вмѣсто казны bona ereptoria достаются другимъ лицамъ, а именно: 1) Церкви въ мѣстѣ рожденія наслѣдодателя, если наслѣдникъ не выкупилъ его изъ плѣна, обязуясь употребить наслѣдство на выкупъ плѣнныхъ (Nov. 115 c. 3 § 13). 2) Ухаживавшему за душевно больнымъ наслѣдодателемъ, если наслѣдникъ уклонялся отъ заботы о немъ (Nov. 115 c. 3 § 12). 3) Кто не выполнитъ порученій наслѣдодателя впродолженіи года послѣ того, какъ онъ вызывался къ выполненію судебнымъ постановленіемъ, тотъ теряетъ наслѣдство прежде всего въ пользу субститутовъ, а затѣмъ и всѣхъ другихъ наслѣдниковъ по порядку наслѣдованія по закону, и въ пользу всякого того, кто выполнитъ порученіе, а, наконецъ, и казны (Nov. 1 c. 1). 4) Кто отстранитъ возложенную на него наслѣдодателемъ обязанность воспитывать несовершеннолѣтнее дитя, тотъ теряетъ свою наслѣдственную долю въ пользу сонаслѣдниковъ (L. 1 § 3 D. 27, 2). 5) Назначенный въ завѣщаніи опекуномъ при отказѣ отъ опеки лишается оставленнаго ему въ пользу наслѣдниковъ по закону (L. 5 § 2 D. 34, 9; L. 28 § 1; L. 32; L. 36 D. 27, 1). 6) Кто не выполнитъ возложенной на него обязанности озаботиться погребеніемъ наслѣдодателя, тотъ лишается оставленнаго ему въ пользу сонаслѣдниковъ (L. 12 § 4 D. 11, 7). — Подробнѣе см. у *Vangerow*. Pand. Bd. 2 § 565.

Отношенія по принятому наслѣдству.

Вступленіемъ въ наслѣдство на наслѣдника переходитъ совокупность имущественныхъ отношеній наслѣдодателя [1]). При этомъ, хотя бы наслѣдникъ вступилъ въ наслѣдство чрезъ извѣстный промежутокъ времени отъ открытія, этотъ переходъ относится всегда непосредственно къ моменту смерти наслѣдодателя.

Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur L. 138 pr. D. 50, 17; L. 54 D. 29, 2.

Наслѣдникъ становится полнѣйшимъ субъектомъ всѣхъ отдѣльныхъ въ наслѣдствѣ заключающихся имущественныхъ отношеній. Практическое приложеніе этого начала ведетъ прежде всего къ тому, что прежде состоявшія между наслѣдодателемъ, или наслѣдствомъ, и самимъ наслѣдникомъ обязательственныя отношенія, и вещныя права, принадлежавшія наслѣднику на имущество наслѣдодателя и наоборотъ, прекращаются per confusionem. Далѣе, въ силу общаго представительства наслѣдодателя наслѣдникъ обязанъ признать всѣ распоряженія перваго inter vivos не только по своему имуществу, но и по имуществу его, наслѣдника [2]). Затѣмъ, наслѣдникъ отвѣчаетъ за долги наслѣдодателя, какъ за собственные, безъ вниманія къ объему наслѣдства [3]), т. е. значитъ ultra vires hereditatis. Такимъ образомъ принявшій наслѣдство можетъ въ извѣстныхъ случаяхъ, вмѣсто обогащенія, обѣднѣть и даже разориться.

Противъ возможныхъ убыточныхъ послѣдствій такой отвѣтственности наслѣдника ему предоставлялись слѣдующія средства. Прежде всего онъ имѣлъ право на размышленіе (deliberatio, см. выше стр. 436, 437) и право отказа отъ наслѣдства (beneficium abstinendi, см. выше стр. 432), затѣмъ наслѣдникъ-миноръ могъ получить in integrum restitutio) [4]), взрослый — осо-

---

[1]) См. объ основаніи такого перехода у *Дормидонтова*. Объ отвѣтственности наслѣдниковъ по обязательствамъ оставителя наслѣдства 1881 стр. 3 и слѣд. См. выше стр. 366, 367.

[2]) См. *Tewes*. System Bd. 2 p. 109, 110.

[3]) L. 22 § 14 C. 6, 30; L. 8 pr. D. 29, 2.

[4]) § 5 I. 2, 19.

бую привиллегію (speciale beneficium) [1]); по конституціи Гордіана эта привиллегія была распространена на всѣхъ солдатъ [2]). Наконецъ, Юстиніанъ установилъ такую привиллегію (beneficium), по которой каждый, не откладывая вступленія въ наслѣдство и безъ вниманія къ его соціальному положенію и возрасту, могъ отвѣчать по долгамъ наслѣдства только въ размѣрѣ активнаго его состава [3]). Это такъ называемое

Beneficium inventarii [4]). Привиллегія эта состоитъ въ томъ, что наслѣдникъ, желающій отвѣчать за долги наслѣдодателя только въ размѣрѣ активнаго состава наслѣдства, долженъ составить точный инвентарь наслѣдству въ закономъ предписанной формѣ и въ опредѣленный срокъ, впродолженіи котораго его не могутъ безпокоить кредиторы ни предъявленіемъ обязательственныхъ исковъ, ни наложеніемъ запрещенія [5]).

Условія этой привиллегіи слѣдующія. Наслѣдникъ долженъ вступить въ наслѣдство. Если онъ будетъ просить срокъ на размышленіе, то эта просьба уже исключаетъ beneficium inventarii [6]). Къ составленію росписи должно быть приступлено въ теченіи 30 дней, считая съ того дня, когда призываемый къ наслѣдству узналъ объ открытіи. Начатая роспись должна быть окончена впродолженіи 60 дней. При дальнемъ и разбросанномъ положеніи наслѣдственнаго имущества срокъ этотъ повышается до одного года со дня смерти наслѣдодателя [7]). Составленіе росписи происходитъ въ присутствіи двухъ нотаріусовъ (tabularii), компетентныхъ оцѣнщиковъ, кредиторовъ и легатаріевъ; вмѣсто этихъ послѣднихъ лицъ могутъ быть приглашены три свидѣтеля [8]). Составленную роспись подписываетъ наслѣдникъ, удостовѣряя точное занесеніе въ нее

---

[1]) Со временъ Адріана § 6 I. 2, 19.

[2]) § 6 I. 2, 19; L. 22 pr. § ult. C. 6, 30.

[3]) L. 22 pr. C. 6, 30: ....non solum milites adjuvare hoc beneficio, sed etiam ad omnes hoc extendere.

[4]) Nov. 1 c. 2.—*Calcaterra.* Il benefizio d'inventario 1885.

[5]) *Mühlenbruch* въ Glück's Erläuter. Bd. 41 p. 430 и слѣд.

[6]) См. L. 22 § 13 C. 6, 30.

[7]) L. 22 §§ 2, 3 C. 6, 30.

[8]) Nov. 1 cap. 2 § 1.

оставшагося имущества. При безграмотности наслѣдника онъ ставитъ вмѣсто подписи крестъ, а подпись дѣлаетъ за него третій нотаріусъ (tabularius). Въ росписи обозначается прежде всего активный составъ имущества съ краткимъ обозначеніемъ его стоимости; затѣмъ идетъ указаніе пассива, также съ опредѣленіемъ его стоимости, но приэтомъ исключаются издержки на погребеніе, на открытіе завѣщанія и составленіе инвентаря [1]). Въ концѣ росписи подведенъ итогъ, особо для activa и для passiva. Кредиторы могли требовать отъ наслѣдника присяги въ добросовѣстномъ составленіи росписи и въ томъ, что онъ обѣщаетъ показать имущество которое можетъ быть открыто впослѣдствіи. За сокрытое наслѣдникомъ имущество наслѣдодателя полагается отвѣтственность двойною стоимостью [2]).

Послѣдствія составленной росписи выражались прежде всего въ томъ, что имущество наслѣдодателя не сливалось съ имуществомъ наслѣдника; не происходило т. назыв. confusio bonorum, а въ силу этого наслѣдникъ можетъ предъявить къ наслѣдству свои требованія и обязанъ уплатить, какъ всякій другой должникъ, свои долги наслѣдодателю [3]). Затѣмъ, наслѣдникъ имѣетъ право удовлетворить требованія кредиторовъ наслѣдодателя только въ размѣрѣ оставшагося имущества, не ultra vires hereditatis [4]); на остальное требованія не получаютъ удовлетвореніе. Изъ оставшагося, по удовлетворенію кредиторовъ, выдаются отказы; если не остается ничего, то легатаріи не могутъ осуществить своихъ правъ вовсе [5]).

Beneficium separationis [6]). За долги, которые наслѣдникъ имѣетъ въ моментъ вступленія въ наслѣдство, онъ отвѣчаетъ, между прочимъ, и имуществомъ унаслѣдованнымъ. Отъ этого легко можетъ произойти умаленіе правъ кредиторовъ наслѣдодателя и ле-

---

[1]) L. 22 § 9 C. 6, 30.
[2]) L. 22 § 10 C. 6, 30.
[3]) L. 22 § 9 C. 6, 30.
[4]) L. 22 § 4 C. 6, 30.
[5]) См. L. 22 §§ 2—11; Nov. 1 cap. 2.
[6]) Dig. 42, 6 de separationibus; Cod. 7, 72 de bonis auctoritate judicis possidendis seu venumdandis et de separationibus bonorum.

гатаріевъ; поэтому преторскій эдиктъ предоставлялъ имъ право просить судебнаго постановленія о разграниченіи имущества наслѣдодателя отъ личнаго имущества наслѣдника, separatio bonorum, и тѣмъ обратить наслѣдство прежде всего на ихъ удовлетвореніе и только остатокъ предоставить на удовлетвореніе кредиторовъ наслѣдника [1]). Но въ этомъ случаѣ просившіе о сепараціи имуществъ не могутъ требовать удовлетворенія отъ наслѣдниковъ, если наслѣдства не достанетъ на покрытіе ихъ претензій [2]); они какъ бы отказались отъ взысканій съ наслѣдника [3]).

Наоборотъ, кредиторамъ наслѣдника, который вступаетъ въ обремененное долгами наслѣдство, не предоставляется права просить о сепараціи имущества наслѣдника на томъ основаніи, что наслѣднику, какъ дѣеспособному лицу, не закрыта возможность заключать всякіе долги [4]). Но, конечно, кредиторы могли по общимъ началамъ возражать противъ принятія наслѣдства, сдѣланнаго въ ущербъ ихъ правъ (in fraudem creditorum).

Право на сепарацію теряется: 1) по истеченіи пяти лѣтъ съ момента вступленія въ наслѣдство [5]); 2) когда произошло такое смѣшеніе, что уже трудно выдѣлить унаслѣдованное изъ личнаго имущества наслѣдника; 3) когда наслѣдникъ добросовѣстно (bona fide) отчудилъ оставленныя ему вещи; 4) когда кредиторы предъявили свои требованія къ наслѣдникамъ (si heredem secuti sunt).

Actio familiae erciscundae [6]). При наслѣдованіи нѣсколькихъ лицъ въ одномъ имуществѣ наступаетъ общность (communio), которую случайные [7]) участники должны, въ большинствѣ

---

[1]) L. 1 pr· §§ 1, 17 D. 42, 6.

[2]) L. 1 § 17 D. 42, 6.

[3]) L. 5 D. 42, 6.

[4]) L. 1 § 2 D. 42, 6.

[5]) L. 1 § 13 D. 42, 6.

[6]) Dig. 10, 2 familiae erciscundae; Cod. 3, 36 familiae erciscundae; 3, 38 communia utriusque judicii, tam familiae erciscundae, quam communi dividundo.—*Glück.* Erläuter. d. Pand. Bd. 11 p. 1—118.

[7]) Cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum L. 25 § 16 D. 10, 2.

случаевъ, стараться разрѣшить путемъ раздѣла. Раздѣлъ этотъ можетъ произойти или по соглашенію между заинтересованными (добровольный, внѣсудебный раздѣлъ наслѣдства) [1]), или самъ завѣщатель распредѣляетъ своей послѣдней волей отдѣльные предметы между наслѣдниками [2]): такому-то движимыя, такому-то домъ и т. п. Только если не наступаетъ раздѣла ни по тому, ни по другому основанію, то имѣетъ мѣсто судебный раздѣлъ, вызываемый особымъ искомъ, извѣстнымъ уже въ XII Таблицахъ, actio familiae erciscundae [3]).

Искъ этотъ былъ изъ числа actiones duplices, т. е. отъ каждой стороны, какъ отъ отвѣтчика, такъ и отъ истца, могутъ быть сдѣланы присужденія [4]).

Отъ иска на раздѣлъ общности вообще, actio communi dividundo, данный искъ отличается тѣмъ, что основой послѣдняго является общность наслѣдства, hereditas communis [5]), тогда какъ основой перваго будетъ общность вещей, res communes, которая можетъ быть вызвана между прочимъ и общимъ наслѣдованіемъ [6]). Поэтому actio fam. ercisc. не исключаетъ примѣненія, для разрѣшенія отдѣльныхъ сторонъ общности, иска communi dividundo или даже actio negotiorum gestorum, какъ напр. въ тѣхъ случаяхъ, когда сонаслѣдникъ уплачиваетъ весь наслѣдственный долгъ [7]).

Actio fam. ercisc. направленъ на разрѣшеніе общности наслѣдства [8]) и поэтому онъ долженъ касаться всѣхъ сонаслѣдниковъ [9]): judex famil. ercisc. nihil debet indivisum relinquere [10]). Но если нѣкоторые наслѣдники пожелаютъ оставаться въ общности

---

[1]) L. 23 C. 3, 36.

[2]) L. 10 C. 3, 36.

[3]) L. 1 pr.; L. 2 D. 10, 2. Этимологію слова „erciscunda“ см. у *Huschke* въ Rhein. Museum Bd. 6 p. 280.

[4]) L. 2 § 3 D. 10, 2; L. 10 D. 10, 1.

[5]) L. 25 § 4 D. 10, 2.

[6]) *Brinz*. Pandekten Bd. 3 p. 273.

[7]) См. L. 3 C. 2, 19; L. 20 § 4 D. 10, 2.

[8]) L. 2 pr. D. 10, 2.

[9]) L. 18 § 4; L. 27 D. 10, 2.

[10]) L. 25 § 20 D. 10, 2.

по поводу извѣстныхъ наслѣдственныхъ предметовъ, то судья обязанъ принять это въ руководство при дѣлежѣ [1]).

При дѣлежѣ судья прежде всего долженъ руководствоваться волею наслѣдодателя и согласной волей сонаслѣдниковъ [2]). Внѣ этого примѣняются такія начала дѣлежа:

Вещи тѣлесныя дѣлимыя, какъ напр. поле, подлежатъ дѣленію на реальныя доли [3]). Недѣлимый предметъ, при согласіи въ опредѣленіи его стоимости, присуждается сонаслѣднику съ бо́льшей наслѣдственной долей [4]), при равенствѣ долей рѣшаетъ жребій [5]). Получившій вещь обязанъ выплатить изъ ея стоимости сонаслѣдникамъ денежныя суммы соотвѣтствующія наслѣдственнымъ долямъ (pecunia hereditaria) [6]). Если не состоится согласія въ опредѣленіи стоимости недѣлимой вещи, то она продается съ аукціона между сонаслѣдниками или также при участіи третьихъ лицъ. Полученная сумма дѣлится между сонаслѣдниками [7]). Внѣ дѣлежа ставятся: чужія и запрещенныя (напр. яды) вещи, документы [8]), залоги [9]). Сервитуты присуждаются тому, кто получаетъ praedium dominans; не то, какъ и по праву залога, каждый сонаслѣдникъ уполномочивается in solidum. — Долги личныя могутъ быть присуждены также одному изъ сонаслѣдниковъ [10]), въ противномъ случаѣ каждый изъ нихъ отвѣчаетъ и получаетъ право требованія пропорціонально своей наслѣдственной доли.

Искомъ famil. erciscundae осуществляются и всѣ взаимныя требованія между сонаслѣдниками на извѣстныя предоставленія (praestationes) [11]), вытекающія изъ наслѣдственнаго соучастія.

---

[1]) L. 22 § 1 D. 10, 2.
[2]) L. 21 C. 3, 36.
[3]) L. 22 § 2 D. 10, 2.
[4]) L. 34 § 2 C. 8, 54.
[5]) L. 5 D. 10, 2.
[6]) § 20 I. 4, 6.
[7]) L. 22 § 1 in f. D. 10, 2.
[8]) L. 4 § 3; L. 5; L. 6 D. 10, 2.
[9]) L. 29 D. 10, 2.
[10]) L. 3 D. 10, 2.
[11]) L. 22 § 4 D. 10, 2.

Какъ actio utilis familiae erciscundae, этотъ искъ примѣняется для осуществленія притязанія impubes arrogatus на Quarta divi Pii [1]).

Наслѣдственный зачетъ, collatio.

Источники: Dig. 37, 6 de collatione; 37, 7 de dotis collatione; Cod. 6, 20 de collationibus; Nov. 92, 97.

Пособія: *Francke.* Grundzüge der Lehre d. röm. Rechts v. d. Collation въ Zivilistiche Abhandlungen 4; *Fein.* Das Recht der Collation 1842; *Couteau.* De la collatio 1861.

Нисходящіе, которые всѣ вмѣстѣ наслѣдуютъ одному восходящему, какъ наслѣдники по закону [2]) или по завѣщанію [3]), взаимно обязываются имущество, перешедшее къ нимъ прямо, или косвенно еще до смерти наслѣдодателя и поэтому не входящее въ составъ наслѣдства, зачитывать въ наслѣдственную массу или въ свою наслѣдственную долю. Такой зачетъ [4])(наслѣдственный) и есть collatio, при которомъ res heredis разсматривается, какъ res hereditariae.

Зачетъ слѣдуетъ строго отличать отъ тѣхъ случаевъ, когда сонаслѣдникъ вноситъ въ наслѣдственное имущество, или доставляетъ отдѣльнымъ сонаслѣдникамъ въ пропорціональности ихъ наслѣдственныхъ частей, свой долгъ наслѣдодателю, или вообще то что онъ имѣлъ въ своихъ рукахъ изъ имущества наслѣдодателя. Тутъ наступаетъ confusio bonorum pro parte, а не зачетъ. Требованіе долга и вещи составляютъ часть наслѣдства. Если бы данный нисходящій отказался отъ наслѣдованія, то онъ долженъ

---

[1]) L. 2 § 1 D. 10, 2.

[2]) L. 17; L. 18 C. 6, 20.

[3]) Nov. 18 c. 6.

[4]) Другого болѣе подходящаго выраженія для „collatio“ не нахожу. Въ гражд. законахъ Царства Польск. дѣлаютъ описаніе: „возвратъ въ наслѣдственную массу.“ По нѣмецки иногда передаютъ это понятіе словомъ: „Einwerfung“; по французски—„rapport.“

былъ бы уплатить наслѣдникамъ долгъ вполнѣ и выдать всѣ вещи наслѣдодателя цѣликомъ [1]).

Обязанность и право на зачетъ имѣютъ вообще нисходящіе, предполагая что они будутъ наслѣдниками [2]) и что наслѣдодатель не выразилъ воли на исключеніе зачета точнымъ распредѣленіемъ оставляемаго имущества между наслѣдниками [3]).

Распространяется зачетъ и на внуковъ и правнуковъ, которые вступили въ наслѣдство вмѣсто умершихъ своихъ родителей [4]).

Впрочемъ спорно, сохранилась ли эта обязанность внуковъ дѣлать зачетъ по Nov. 118. См. *Vangerow*. Pand. 2 § 516 Anm. 2.

Collatio совершается или такъ, что зачитываемое имущество на самомъ дѣлѣ представляется къ дѣленію, или такъ, что отъ наслѣдственной доли отчисляется стоимость зачитываемаго (такъ наз. collatio realis); но при невозможности этого обязанный къ зачету можетъ дать обезпеченіе (cautio) въ формѣ залога или поручительства (такъ наз. collatio verbalis) [5]). За разные періоды collatio имѣло въ римскомъ правѣ нѣсколько формъ.

1) Древнѣйшимъ наслѣдственнымъ зачетомъ было такъ наз. *collatio omnium bonorum*, зачетъ всего имущества. Когда по-преторскому праву эманципированный наслѣдовалъ вмѣстѣ въ heres suus, по началамъ bonor. posses. contra tabulas или ex edicto unde liberi (см. выше стр. 409, 413), то могло показаться несправедливымъ равномѣрное дѣленіе оставленнаго имущества между обоими категоріями наслѣдниковъ. По основнымъ началамъ цивильнаго права все что пріобрѣтали sui шло въ имущество домовладыки т. е. на увеличеніе наслѣдства; наоборотъ emancipati все пріобрѣтенное сохраняли для себя. Справедливость поэтому требовала, чтобы emancipati допускались къ наслѣдованію вмѣстѣ съ sui только

---

[1]) *Tewes*. System d. Erbrechts 2 p. 140.

[2]) L. 17 C. 6, 20.

[3]) Nov. 18 c. 6.

[4]) L. 19 C. 6, 20; L. 1 § 8; L. 3 D. 37, 6.

[5]) L. 1 § 11 D. 37, 6: ...collatio aut re aut cautione facienda est....; L. 1 § 9 D. 37, 6; L. 1 § 7 D. 37, 7; L. 5 C. 6, 20.

подъ условіемъ зачета первыми всего ихъ имущества, въ томъ размѣрѣ въ какомъ оно находилось въ моментъ смерти наслѣдодателя [1]). Прежнее состояніе эманципированнаго идетъ въ зачетъ только, если онъ лишился его злонамѣренно. Но peculium castrense и quasi castrense во всякомъ случаѣ были освобождены отъ зачета [2]).

Осуществляется этотъ зачетъ не искомъ какимъ либо, а удержаніемъ наслѣдственныхъ правъ обязаннаго къ зачету.

Въ императорскія времена за sui все болѣе и болѣе признавалось право на пріобрѣтеніе самостоятельнаго имущества [3]); а въ той мѣрѣ освобождались отъ зачета и эманципированные. При Юстиніанѣ emancipatus обязывается зачесть только то, что онъ получилъ отъ отца (bonum profectitium) [4]) и полученное отъ пользованія такъ назыв. adventitia regularia (см. выше стр. 331) [5]).

Новеллами 115 и 118 слѣдуетъ считать collatio omnium bonorum отмѣненнымъ [6]).

2) *Collatio dotis*, зачетъ приданаго. Дочь, или внука, которая при выходѣ замужъ получила приданое, какъ dos profectitia или adventitia (см. выше т. II стр. 299), должна была, при наслѣдованіи отъ домовладыки въ качествѣ sua heres, зачесть его своимъ сонаслѣдникамъ [7]), которые будутъ также sui heredes [8]). Если ея сонаслѣдниками будутъ эманципированные, то въ зачетъ идетъ только dos profectitia [9]).

Основаніе этого зачета слѣдуетъ искать въ томъ, что со смертью отца только дочь оставшаяся подъ его властью имѣла впредь право требовать приданое обратно [10]).

---

[1]) L. 1 pr. § 5 D. 37, 6; L. 9 C. 6, 20.

[2]) L. 1 § 15 D. 37, 6.

[3]) Tit. Cod. 6, 60; 6, 61.

[4]) L. 17 in f.; L. 21 C. 6, 20.

[5]) *Arndts* въ Rechtslex. Bd. 3 p. 817—822.

[6]) Срав. *Fein* cit. p. 138 слѣд. и *Arndts* въ Rechtslex. p. 821 слѣд.

[7]) L. 1 pr. D. 37, 7; L. 12 C. 6, 20.

[8]) L. 1 § 2 D. 37, 7.

[9]) L. 4 C. 6, 20.

[10]) Ulpianus 6, 6; L. 2 § 1 D. 24, 3.

Въ юстиніановомъ правѣ collatio dotis adventitiae вовсе исчезло [1]), а collatio dotis profectitiae потеряло значеніе самостоятельнаго института, слившись съ третьею формою зачета [2]), а именно съ

3) *Collatio descendentium*, зачетъ нисходящихъ. По законамъ Льва и Юстиніана [3]), всѣ нисходящіе наслѣдники, — sui emancipati, усыновленные [4]) или узаконенные, — должны зачесть остальнымъ наслѣдникамъ приданое (dos), дареніе по поводу брака (donatio propter nuptias) [5]) и покупную цѣну должности (militia), полученныя отъ наслѣдодателя. Но если при этомъ другой нисходящій сонаслѣдникъ получилъ отъ наслѣдодателя простой даръ (donatio simplex), то въ зачетъ идетъ и этотъ послѣдній. Въ остальныхъ случаяхъ простое дареніе зачитывается лишь тогда, когда наслѣдодатель при одареніи выразилъ на то свою волю [6]).

Зачетъ нисходящихъ имѣетъ мѣсто при всякомъ наслѣдованіи, какъ по закону [7]), такъ и по завѣщанію [8]), развѣ наслѣдодатель выразитъ въ какой либо формѣ на то свое несогласіе.

Въ основѣ зачета нисходящихъ лежитъ предположеніе, что наслѣдодатель не желалъ отчужденіями, совершенными при жизни, установить между своими нисходящими неравенство; aequalitas inter liberos servanda.

Осуществляется данный зачетъ искомъ о раздѣлѣ наслѣдства, actio familiae erciscundae [9]).

Защита наслѣдственнаго права.

Источники: Dig. 5, 3 de hereditatis petitione; 5, 4 si pars hereditatis petatur; 5, 5 de possessoria hereditatis

---

[1]) L. 21 C. 6, 20 срав. L. 6 C. 6, 61.
[2]) См. *Fein*. Das Recht d. Collation p. 190 слѣд.
[3]) L. 17; L. 19 C. 6, 20; L. 12 in f. C. 3, 38; Nov. 18 c. 6.
[4]) L. 1 § 14 D. 37, 6.
[5]) L. 17; L. 20 pr. in med. C. 6, 20.
[6]) L. 20 pr. § 1 C. 6, 20.
[7]) L. 17; L. 18 C. 6, 20.
[8]) Nov. 18 c. 6. Но срав. *Fein* cit. p. 374—377.
[9]) *Tewes*. System d. Erbrechts 2 p. 147.

petitione; 5, 6 de fideicommissaria hereditatis petitione. Cod. 3, 31 de petitione hereditatis. — Dig. 43, 2 Quorum bonorum; Cod. 8, 2.

Пособія: Glück. Erläuter. d. Pand. Bd. 7 p. 491 sq.; Bd. 8 p. 1 sq.; *Arndts* въ Weiske's Rechtslex. Bd. 5 p. 207 —238; *Francke.* Exegetisch-dogmatischer Kommentar über den Pandektentitel de hereditatis petitione 1864; *Pfersche.* Privatrechtliche Abhandlungen: die Eigenthumsklage, unredlicher Besitz, die Erbschaftsklage 1886; *Lammfromm.* Zur Geschichte der Erbschaftsklage 1887.

На защиту наслѣдственнаго права управомоченный располагаетъ двумя родами средствъ: петиторными (remedia petitoria) и поссессорными (remedia possessoria). Къ первымъ принадлежитъ такъ назыв. искъ о наслѣдствѣ,

Hereditatis petitio. Этотъ искъ направленъ на признаніе наслѣдственнаго права со стороны третьихъ лицъ, нарушающихъ данное право. Источники называютъ его vindicatio hereditatis [1]), отыскиваніемъ наслѣдства. Этимъ искомъ наслѣдникъ осуществляетъ свое право на преемство отъ наслѣдодателя и какъ матеріальное послѣдствіе этого права — выдачу себѣ наслѣдства со всѣми придаточными статьями.

По общему характеру hereditatis petitio есть вещный искъ [2]) (actio in rem) [3]); онъ направленъ противъ всякого нарушителя наслѣдственныхъ правъ путемъ удержанія оставшагося имущества. Кромѣ того его предметъ составляютъ не отдѣльныя вещи и права, а совокупность (universitas) всего наслѣдства, или идеальная часть его, какъ одно цѣлое [4]).

Условія наслѣдственнаго иска:

Истецъ. На hereditatis petitio имѣетъ право только наслѣдникъ или наслѣдникъ наслѣдника. Приэтомъ формальный харак-

---

[1]) L. 8 D. 5, 3; L. 3 D. 47, 19; L. 4 C. 6, 9; L. 15 C. 6, 15; L. 2 C. 6, 16.

[2]) См. т. I стр. 275, 276.

[3]) L. 27 § 3 D. 5, 3.

[4]) L. 1 pr. D. 6, 1; L. 1 § 1 D. 5, 4; L. 8 D. 5, 3.

теръ наслѣдованія значенія не имѣетъ. Какъ civilis actio, наслѣдственный искъ принадлежитъ только цивильному наслѣднику, собственно heres. Какъ actio utilis, этотъ искъ предоставляется прежде всего преторскому наслѣднику, bonorum possessor,—hereditatis petitio possessoria [1]), и фидеикоммиссарному наслѣднику, т. е. legatarius universalis, которому передается все наслѣдство — hereditatis petitio fideicommissaria [2]), затѣмъ, казнѣ и другимъ юридическимъ лицамъ, къ которымъ переходятъ bona vacantia или ereptoria, а также тѣмъ, кто купитъ у казны наслѣдство [3]). Искомъ наслѣдственнымъ осуществляется не только право на все наслѣдство, но и право на часть,—hereditatis petitio totalis и partiaria [4]). Въ послѣднемъ случаѣ наслѣдникъ долженъ точно указать свою долю, развѣ онъ не могъ ея знать безъ вины съ своей стороны. При ожиданіи сонаслѣдниками неродившихся (posthumi) предполагается возможность рожденія тройни [5]).

2) *Отвѣтчикомъ* по наслѣдственному иску будетъ всякій удерживающій что либо изъ наслѣдственнаго имущества и тѣмъ нарушающій наслѣдственное право истца [6]). Въ источникахъ различается possessor pro herede и possessor pro possessore [7]). Подъ первымъ названіемъ обозначается тотъ отвѣтчикъ, который выдаетъ самого себя за наслѣдника, все равно — добросовѣстно или преднамѣренно ложно, за наслѣдника цивильнаго или преторскаго [8]). Противъ лицъ пріобрѣвшихъ наслѣдство по куплѣ отъ другихъ дается наслѣдственный искъ, какъ actio utilis [9]). Словами posses-

---

[1]) L. 2 D. 5, 5.

[2]) L. 1; L. 2 D. 5, 6.

[3]) L. 20 § 7 in f.; L. 54 pr. D. 5, 3.

[4]) L. 1 § 1 D. 5, 4; L. 10 § 1 D. 5, 3.

[5]) L. 1 § 3 D. 37, 9.

[6]) Срав. *Fabricius*. Bemerkungen ueber die hered. petitio въ Rhein. Mus. 4 p. 115 и слѣд.

[7]) L. 9 D. 5, 3.

[8]) L. 9; L. 10 pr. § 1; L. 11 pr.; L. 20 § 13 D. 5, 3.

[9]) L. 13 §§ 4, 8 in. f. 11 D. 5, 3; См. *Vangerow*. Pand. 2 § 505 p. 345, 346.

sor pro possessore обозначается тотъ, кто не выдаетъ себя за наслѣдника и въ тоже время сознаетъ, что своего владѣнія онъ не можетъ основать ни на какомъ титулѣ, или можетъ привести только ничтожный титулъ, но тѣмъ, что вопреки этого сознанія удерживаетъ что либо у наслѣдника, онъ фактически оспариваетъ у него наслѣдственное право [1]. — По hereditatis petitio отвѣчаютъ и наслѣдники того, кто владѣетъ pro herede или pro possessore [2].

Противъ владѣльцевъ по особому какому либо титулу не можетъ быть вчиненъ наслѣдственный искъ; въ этихъ случаяхъ можетъ быть нарушеніе права собственности, но не наслѣдственнаго права, и наслѣдникъ поэтому долженъ въ подобныхъ случаяхъ прибѣгнуть къ reivindicatio [3].

Для отвѣтственности по hereditatis petitio не требовалось, чтобы удерживаемый предметъ обнималъ все наслѣдство [4]. Достаточно, если нарушеніе будетъ касаться одной какой либо вещи тѣлесной или безтѣлесной. Въ первомъ случаѣ (corporis possessio) [5] отвѣчаетъ не только тотъ, кто владѣетъ вещами принадлежавшими наслѣдодателю въ собственность, но и тотъ, кто удерживаетъ вещи, которыми наслѣдодатель добросовѣстно владѣлъ, или которыя у него находились на правѣ задержанія (jus retentionis), или на отвѣтственной детенціи, напр. по коммодату, или по поклажѣ. Во второмъ случаѣ (juris possessio) отвѣчаетъ: а) тотъ, кто долженъ что либо наслѣдодателю и, выдавая себя за наслѣдника, утверждаетъ уничтоженіе долга per confusionem [6]; б) бывшій владѣлецъ наслѣдственныхъ вещей, имѣющій противъ настоящаго владѣльца искъ на выдачу (condictio indebiti) [7], или interdictum unde

---

[1]) L. 14 § 2 D. 4, 2; L. 11 § 1; L. 12; L. 13 pr. §§ 1, 8; L. 16 § 4 D. 5, 3; L. 3 C. 8, 2. См. *Tewes*. System 2 p. 170.

[2]) L. 13 § 3 D. 5, 3.

[3]) L. 7 C. 3, 31.

[4]) L. 9; L. 19 pr. § 2 D. 5, 3.

[5]) L. 36 pr. D. 36, 1.

[6]) L. 13 § 15; L. 14; L. 16 § 3 D. 5, 3.

[7]) L. 16 § 7 D. 5, 3.

vi [1]). Въ этихъ случаяхъ отвѣтчикъ долженъ уступить истцу данный искъ. в) Бывшій владѣлецъ наслѣдственныхъ вещей, продавшій ихъ и удержавшій выручку у себя [2]).

Наслѣдственный искъ предоставляется и противъ фиктивныхъ владѣльцевъ, ficti possessores, а именно: а) Qui dolo desiit possidere, т. е. кто до начинанія процесса злонамѣренно перестанетъ владѣть, а именно: уничтожитъ вещь, отчудитъ ее и т. п., тотъ отвѣчаетъ, какъ бы не переставалъ быть владѣльцемъ [3]) (dolus pro possessione est) [4]), т. е. въ размѣрѣ интереса истца, который можетъ его опредѣлить особымъ jusjurandum in litem [5]). б) Qui liti sese obtulit, т. е. тотъ, кто зная хорошо, что исковой вещи изъ наслѣдственнаго имущества у него не имѣется, принимаетъ вызовъ къ процессу, выдавая себя за владѣльца вещи, — тотъ отвѣчаетъ истцу въ размѣрѣ стоимости и прочаго интереса [6]).

Доказательства. Истецъ, въ случаѣ возраженій, долженъ доказать, что онъ наслѣдникъ, что онъ пріобрѣлъ данное наслѣдственное право. Для этого же ему необходимо привести тотъ фактъ, что наслѣдство открылось, т. е. что наслѣдодатель умеръ, или объявленъ умершимъ, и затѣмъ,—что онъ истецъ призванъ къ наслѣдству въ цѣломъ или въ части. Если послѣднее онъ основываетъ на письменномъ завѣщаніи, то по общему правилу онъ долженъ его представить въ оригиналѣ и доказать его подлинность и дѣйствительность. Противное доказывать лежитъ на обязанности отвѣтчика [7]). Если завѣщательныя таблицы уничтожены, или потеряны, то истецъ можетъ доказывать дѣйствительное составленіе и содержаніе ихъ всякими другими средствами [8]). Содержаніе словеснаго завѣщанія удостовѣряется показаніемъ свидѣтелей, быв-

---

[1]) L. 16 § 4 D. 5, 3.
[2]) L. 34 § 1 D. 5, 3.
[3]) L. 13 § 14; L. 25 § 2 D. 5, 3.
[4]) L. 131 D. 50, 17.
[5]) L. 25 § 10 D. 5, 3.
[6]) Quanti ejus interfuit, non decipi L. 45 D. 5, 3; L. 13 § 13 D. 5, 3.
[7]) L. 11 C. 4, 19.
[8]) L. 30 C. 6, 23.

шихъ при его составленіи (см. выше стр. 399—401). — Право наслѣдованія по закону доказывается существованіемъ тѣхъ личныхъ отношеній къ наслѣдодателю, которыя по закону даютъ основаніе наслѣдственному праву, т. е. родство или другое спеціальное основаніе (см. выше). Доказывать несуществованіе завѣщанія и болѣе или одинаково близкихъ родственниковъ не лежитъ на обязанности истца; противное обязанъ доказать отвѣтчикъ [1]). Доказавъ болѣе сильныя права третьяго лица на наслѣдство, отвѣтчикъ совсѣмъ освобождается отъ иска [2]).

Вступленіе въ наслѣдство истецъ долженъ доказать лишь тогда, когда это вступлтніе онъ могъ совершить только въ опредѣленной формѣ или въ опредѣленный срокъ Въ другихъ случаяхъ въ самой подачѣ наслѣдственнаго иска заключается принятіе наслѣдства.

Наконецъ, истецъ долженъ доказать нарушеніе отвѣтчикомъ его наслѣдственныхъ правъ, т. е. фактъ незаконнаго владѣнія предметами наслѣдства, или что его слѣдуетъ разсматривать какъ фиктивнаго владѣльца. Въ тѣхъ случаяхъ, когда отвѣтчикъ отвергаетъ фактъ владѣнія, а истецъ его докажетъ, то безъ дальнѣйшихъ доказательствъ онъ вводится во владѣніе удерживаемымъ имуществомъ. Средствомъ къ тому было такъ наз. interdictum quam hereditatem [3]).

Отвѣтственность по наслѣдственному иску въ общемъ выражается въ признаніи наслѣдственнаго права истца и въ предоставленіи ему наслѣдственнаго имущества. Послѣднее распространяется на всѣ предметы принадлежащіе къ наслѣдству и находящіеся у отвѣтчика, притомъ не только на вещи составляющія собственность наслѣдодателя [4]), но и на вещи по какому либо правовому основанію (напр. по поклажѣ) находившіяся у наслѣдодателя [5]); кромѣ

---

[1]) См. *Arndts*. Rechtslex. Bd. 5 p. 219 и слѣд.

[2]) *Tewes*. System d. Erbrecht 2 p. 165.

[3]) Ср. L. 80 D. 6, 1; Frag. Vatic. § 92. *Baron*. Pandekt § 431, 2.

[4]) L. 20 § 3 D. 5, 3.

[5]) L. 18 § 1; L. 19 pr. § 2 D. 5, 3.

того подлежатъ выдачи вмѣстѣ съ вещами не только добавочныя ихъ статьи (плоды, всякія приращенія) [1]), но и полученные проценты, уплоченные долги, полученныя деньги за отчужденныя вещи [2]). Пріобрѣтенные иски подлежатъ уступкѣ (cessio) [3]).

Отдѣльныя условія отвѣтственности по наслѣдственному иску были установлены особымъ постановленіемъ сената (Sctum Juventianum при имп. Адріанѣ 129 г.) [4]) и дальнѣйшей его разработкой римскими юристами. По этому закону обращено было вниманіе съ одной стороны на добросовѣстность и недобросовѣстность отвѣтчика, а съ другой—на начальный моментъ процессуальнаго спора по данному иску.

Добросовѣтный владѣлецъ (bonae fidei possessor) а) до вчинанія иска (ante petitam hereditatem) отвѣчаетъ за отчужденныя и уничтоженныя вещи въ размѣрѣ обогащенія отъ нихъ (in quo locupletior factus est) [5]), напр. полученной цѣной [6]). Отвѣтственность за плоды опредѣлялась такими началами. Наличные плоды (fructus extantes) безусловно подлежали выдачѣ; за плоды отчужденные или потребленные владѣлецъ отвѣчалъ въ размѣрѣ обогащенія [7]); за fructus percipiendi не отвѣчалъ вовсе [8]). Въ случаѣ выдачи наслѣдственныхъ денегъ въ займы отвѣтчикъ обязывается только уступить (cessio) свое требованіе истцу [9]).

б) Съ момента начатаго судебнаго спора добросовѣстный владѣлецъ отвѣчаетъ какъ недобросовѣстный владѣлецъ.

> ....post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse L. 25 § 7 D. 5, 3; ....postea et bonae fidei possessor praedo est L. 31 § 3 D. 5, 3.

---

[1]) L. 25 § 20; L. 26—29 D. 5, 3.
[2]) L. 25 § 18; L. 31 § 5 D. 5, 3.
[3]) L. 16 § 5; L. 40 § 2 D. 5, 3.
[4]) L. 20 § 6 D. 5, 3.
[5]) L. 25 § 11; L. 28 D. 5, 3 ср. L. 36 § 4 D. 5, 3.
[6]) L. 20 § 17 D. 5, 3.
[7]) L. 1 § 1 C. 3, 31; L. 40 § 1 D. 5, 3.
[8]) § 2 I. 4, 17.
[9]) См. т. II стр. 246—252.

Недобросовѣстный же владѣлецъ а) до начала процесса отвѣчаетъ въ такомъ размѣрѣ. Наслѣдственныя вещи онъ обязанъ выдать истцу, а если онъ этого уже не можетъ, то вознаграждаетъ ея стоимостью; но при этомъ за случайную гибель вещи нѣтъ отвѣтственности. При порчѣ вещи dolo или culpa слѣдуетъ возмѣщеніе денежной суммой [1]). Плоды наличные подлежатъ выдачѣ, а за потребленные [2]) и подлежащіе извлеченію при лучшемъ хозяйничествѣ самого владѣльца (fructus percipiendi) [3]) слѣдуетъ вознагражденіе. б) Послѣ начатаго процесса отвѣтственность распространяется и на случайную гибель и порчу вещи [4]) и на вознагражденіе за плоды, которые могъ бы извлечъ самъ истецъ [5]).

Возраженія отвѣтчика. Наслѣдственному иску отвѣтчикъ можетъ противопоставить (exceptio doli) обратныя требованія, какія онъ имѣетъ къ истцу. Такъ, а) добросовѣстный владѣлецъ можетъ требовать, чтобы его обязательственныя права къ наслѣдодателю (какъ obligationes civiles, такъ и obligationes naturales) были зачтены въ искъ. Недобросовѣстный владѣлецъ на такой зачетъ не имѣетъ права, развѣ скорая уплата въ интересѣ самого должника [6]), какъ напр. при требованіяхъ съ неустойкой (sub poenae stipulationibus).

б) Если отвѣтчикъ принялъ на себя по управленію наслѣдствомъ обязательства, то онъ можетъ требовать перехода ихъ на истца, или вообще освобожденія отъ нихъ, или обезпеченія (cautio) [7]).

в) По уплатѣ наслѣдственныхъ долговъ и добросовѣстный и недобросовѣстный владѣлецъ могутъ требовать себѣ удовлетворенія, а пока удерживать наслѣдственныя вещи. Но при этомъ они

---

[1]) L. 31 § 3 D. 5, 3; L. 13 D. 6, 1.
[2]) § 2 I. 4, 17; L. 22 C. 3, 32.
[3]) § 2 I. 4, 17; L. 25 § 4; L. 62 § 1 D. 5, 3; L. 33 D. 6, 1.
[4]) L. 20 § 21; L. 40 pr. D. 5, 3; L. 15 § 3 D. 6, 1.
[5]) L. 62 § 1 D. 6, 1; L. 4 C. 8, 4.
[6]) L. 31 §§ 1, 2 D. 5, 3.
[7]) L. 20 § 20; L. 40 § 3 D. 5, 3.

должны принять мѣры къ охраненію наслѣдника отъ новыхъ требованій тѣхъ же кредиторовъ [1]).

г) По затратамъ добросовѣстный владѣлецъ до начала процесса имѣетъ право на вознагражденіе за всѣ виды impensae (necessariae, utiles, voluptuariae); послѣ начатаго процесса онъ, какъ и недобросовѣстный владѣлецъ, имѣетъ безусловное право на вознагражденіе только за impensae necessariae, за impensae же utiles — лишь на столько, на сколько польза отъ нихъ еще на лицо (si res melior sit), а по impensae voluptuariae онъ имѣетъ только jus tollendi [2]).

Кромѣ токого remedium petitorium, какимъ былъ наслѣдственный искъ, притязаніе на наслѣдство могло быть осуществлено также владѣйными средствами (remedia possessoria), къ числу которыхъ прежде всего принадлежало такъ называемое

Interdictum quorum bonorum [3]). Это былъ изъ числа интердиктовъ adipiscendae possessionis [4]), имѣя въ основѣ притязаніе на установленіе владѣнія наслѣдственнымъ имуществомъ. Установленный преторомъ для защиты призываемыхъ имъ къ наслѣдству bonorum possessores, интердиктъ этотъ былъ первоначально единственнымъ средствомъ для осуществленія преторскаго наслѣдованія.

Право на interdictum quorum bonorum имѣлъ всякій, кто просилъ и получилъ признаніе bonorum possessio и тѣмъ сдѣлался преторскимъ наслѣдникомъ [5]). Поэтому даннымъ интердиктомъ могъ воспользоваться и heres, насколько за нимъ признавалось по эдикту право на bonorum possessio [6]).

Отвѣчалъ по интердикту владѣвшій отдѣльными наслѣдствен-

---

[1]) L. 31 pr.; L. 20 § 18 D. 5, 3; L. 65 § 9 D. 12, 6.

[2]) L. 38; L. 39 § 1 D. 5, 3.

[3]) Названіе отъ начальныхъ словъ эдикта L. 1 pr. D. 43, 2; Gajus 4, 144.

[4]) L. 1 § 1 D. 43, 2. См. т. I стр. 354.

[5]) § 3 I. 4, 15; L. 1 pr. D. 43, 2.

[6]) Gajus 3, 34.

ными вещами, или всѣмъ наслѣдствомъ, pro herede vel pro possessore, а также тотъ, qui dolo desiit possidere [1]).

Назначеніе интердикта состояло въ томъ, чтобы вынудить къ уступкѣ владѣнія тѣлесными вещами, принадлежащими къ наслѣдству; на уплату долговъ онъ не распространялся [2]).

Въ позднѣйшемъ правѣ bonorum possessor получилъ hereditatis petitio possessoria, отъ котораго interdictum quorum bonorum отличается въ существенномъ по процессуальному осуществленію. Съ отмѣной древняго интердиктнаго процесса interdictum quorum bonorum долженъ былъ потерять свое значеніе.

Объ отношеніи интердикта къ наслѣдственному иску въ литературѣ большое разногласіе. См. *Vangerow*. Pand. 3 § 509 p. 420—425.

Interdictum quod legatorum [3]). Если легатарій овладѣетъ самовольно отказанными ему вещами до того, какъ наслѣдникъ вступитъ во владѣніе наслѣдственнымъ имуществомъ, то послѣднему предоставляется право требовать отъ перваго выдачи владѣнія; для этого служитъ особый интердиктъ quod legatorum [4]), принадлежащій къ числу также интердиктовъ adipiscendae possessionis [5]). Вчиняется этотъ интердиктъ [6]) какъ противъ еще владѣющаго легатарія и его преемника, такъ и противъ злонамѣренно переставшаго владѣть (qui dolo desiit possidere). Отвѣтственность въ размѣрѣ интереса наслѣдника [7]). Основанъ интердиктъ на томъ соображеніи, что наслѣдникъ можетъ имѣть интересъ въ предварительномъ владѣніи отказанною вещью и только въ позднѣйшей ея выдачѣ, при наступленіи условій къ тому.

---

1) L. 1 pr. D. 43, 2; L. 3 C. 8, 2.
2) L. 2 D. 34, 2. См. *Tewes*. System d. Erbr. 2 p. 195.
3) Dig. 43, 3 quod legatorum.
4) L. 1 § 2 D. 43, 3. Vatic. fragm. § 90.
5) L. 1 § 1 D. 43, 3.
6) L. 1 § 10 D. 43, 3.
7) L. 2 § 2 D. 43, 3.

Remedium ex lege ult. Cod. de Edicto D. Hadriani tollendo [1]). Наслѣдникъ назначенный въ завѣщаніи, лишенномъ съ внѣшней стороны пороковъ, можетъ представить его претору и просить о предварительномъ вводѣ его во владѣніе наслѣдствомъ. Такое право предоставлено было однимъ эдиктомъ Адріана съ цѣлью ускорить уплату налога съ наслѣдства (vicesima hereditatum), но при этомъ были выставлены нѣкоторыя ограничительныя условія, какъ напр. установленъ годовой срокъ по смерти наслѣдодателя для представленія завѣщанія при подобной просьбѣ [2]).

Съ уничтоженіемъ наслѣдственнаго налога эдиктъ Адріана потерялъ свое значеніе, но съ отмѣной его Юстиніаномъ само право, основанное на немъ, было сохранено, только ограниченія прежнія отпали. Отсюда и самое названіе всего даннаго производства: remedium ex lege ult. Cod. de Edicto D. Hadriani tollendo [3]).

Для осуществленія такого ввода во владѣніе требовалась наличность писаннаго завѣщанія, которое не имѣло бы видимаго недостатка (vitium visibile), т. е. testamentum prima figura seu facie justum. Такъ напр. если не доставало подписи свидѣтелей, то завѣщаніе было порочнымъ. Но значеніе имѣли только внѣшніе недостатки; поэтому, напр., отсутствіе testamenti factio activa вліяніе на данную просьбу не имѣло [4]).

Противъ просьбы о вводѣ могли быть представлены такія возраженія [5]): 1) Отвѣтчикъ могъ представить подобное же завѣщаніе, безразлично,—будетъ ли оно болѣе раннимъ, или болѣе позднимъ. Въ этихъ случаяхъ примѣняется начало: in pari causa beati possidentes. 2) Отвѣтчикъ могъ указать, что данными наслѣдственными вещами онъ владѣетъ на основаніи titulus singularis, что, напр., онъ купилъ ихъ у наслѣдодателя или третьяго лица. 3) Отвѣт-

---

[1]) Cod. 6, 33 de Edicto divi Hadriani tollendo et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur; Cod. 3, 20 ubi de hereditate agatur vel ubi heredes scripti in possessionem mitti postulare debeant.

[2]) Paulus Sent. 3, 5 §§ 14—18; 4, 6 § 3.

[3]) L. 3 C. 6, 33.

[4]) L. 2 C. 6, 33.

[5]) *Vangerow*. Pand. Bd. 2 § 510 Anm.

чикъ могъ согласиться на выполненную имъ давность владѣнія, или на погашеніе давностью наслѣдственнаго иска назначеннаго наслѣдника.

На основаніи ввода предоставляется только держаніе и охрана имущества (detentio et custodia), а не юридическое владѣніе имъ. Выгода такого ввода заключается въ томъ, что не scriptus heres immissus будетъ долженъ вчинать наслѣдственный искъ, а всѣ прочіе притязатели на наслѣдство.

Successio singularis. Отказы.

Источники: Inst. 2, 20 de lagatis; Dig. 30 de legatis et fideicommissis I; Dig. 31 de legatis et fideicommissis II; Dig. 32 de legatis et fideicommissis III; Cod. 6, 37 delegatis.

Пособія: Rosshirt. Lehre von den Vermächtnissen nach röm. Recht. 1835; *Mayer.* Lehre von den Legaten u. Fideicommissen 1 Abth. 1854; *Arndts* въ Glück's Erläuter. T. 46, 47, 48 1868—1875.

Понятіе [1]). Подъ отказомъ, въ общемъ смыслѣ слова, разумѣется предоставленіе кому либо по послѣдней волѣ наслѣдодателя имущественной выгоды изъ наслѣдства, но не путемъ непосредственнаго общаго преемства, а чрезъ посредство третьяго лица [2]).

Древнее право знало только одинъ видъ отказовъ, *legatum*; позднѣе появились другія формы, какъ-то *fideicommissum*, въ юстиніановомъ правѣ уже слившееся съ легатами, и такъ наз. *mortis causa capiones*, предоставленія на случай смерти.

Изъ опредѣленія отказовъ слѣдуютъ такіе ихъ признаки:

Отказы вытекаютъ всегда изъ распоряженій самого наслѣдодателя; отказовъ по закону, подобно наслѣдованію по закону, не бываетъ.

---

[1]) О мѣстѣ изложенія этого института въ системѣ наслѣдственнаго права см. *Dernburg.* Pandekt. Bd. 3 p. 189 n. 2. Мы слѣдовали большинству учебниковъ (Пухта, Виндшейдъ и друг.).

[2]) *Hartmann.* Ueber Begriff u. Natur der Vermächtnisse im Röm. Recht 1872, а также въ Archiv f. civ. Praxis Bd. 70 n. 8.

Отказы выражаются въ предоставленіи имущественной выгоды на счетъ наслѣдства, откуда опредѣленіе ихъ источниками, какъ delibatio hereditatis, уменьшеніе наслѣдственной доли, и какъ donatio testamento relicta, дареніе оставленное по завѣщанію.

Legatum est delibatio hereditatis qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit L. 116 pr. D. 30 (1).—Legatum est donatio testamento relicta L. 36 D. 30 (3); § 1 I. 2, 20.

Предоставляя выгоды, отказъ не возлагаетъ обязанностей. Получающій отказъ не представляетъ, подобно наслѣднику, наслѣдодателя, а потому не обязанъ участвовать въ удовлетвореніи кредиторовъ послѣдняго. Но, конечно, слѣдуемое по отказу выдается изъ того, что останется отъ покрытія долговъ наслѣдодателя. Отказъ состоитъ въ благодѣяніи, liberalitas [1]), хотя бы иногда матеріальныя его результаты и стояли въ зависимости отъ какихъ либо случайностей [2]). По свойству самой выгоды отказъ можетъ состоять не только въ предоставленіи положительнаго имущества [3]), но, напр., въ установленіи залогового права, въ отпущеніи поручительства и т. п. [4]).

Предоставленіе выгоды при отказѣ происходитъ такимъ образомъ, что кто либо обременяется имущественно въ пользу другого лица. Отсюда первый носитъ названіе „oneratus“, „gravatus“, а послѣдній—„honoratus“ (онъ же—legatarius, fideicommissarius) [5]).

Обремененный отказомъ былъ обыкновенно наслѣдникъ, но можно было дѣлать отказъ и отъ отказопринимателя. Кромѣ того не одинъ, но нѣсколько и даже всѣ наслѣдники сообща могли быть обременены отказомъ въ пользу опредѣленнаго (ыхъ) третьяго (ихъ) лица (ъ).

---

[1]) L. 6 D. 35, 3.

[2]) Срав. *Windscheid*. Pand. Bd. 3 p. 623 Anm. 5.

[3]) См. Paulus 4, 1 § 1.

[4]) *Dernburg*. Pand. 3 p. 190, 191.

[5]) Is, a quo legatur, или is, cujus fidei committitur, рѣже is, a quo fideicommittitur L. 114 pr. D. 30 (1).

Въ послѣднемъ случаѣ возможны двѣ формы отказовъ: наслѣдники несли бремя отказа in solidum, т. е. альтернативно (ille aut ille heres Sejo centum dato! potest Sejus, ab utro velit, petere) [1]; или на каждаго изъ наслѣдниковъ возлагалась отвѣтственность по отказу по ровну, или пропорціонально ихъ наслѣдственнымъ долямъ [2]. При сомнѣніи принималась отвѣтственность pro portione hereditaria.

По предмету отказъ могъ касаться или отдѣльныхъ вещей, суммъ, права (напр. 1000 р., домъ, право требованія на А. и т. д.), или извѣстной части наслѣдства, или даже всего наслѣдства. Въ послѣднихъ случаяхъ говорятъ о fideicommissaria hereditas (см ниже). Такой отказъ, хотя бы обнимавшій собою все наслѣдство, тѣмъ не менѣе не будетъ наслѣдованіемъ, ибо и тутъ преемство наступаетъ только чрезъ посредство наслѣдника [3].

По содержанію самого права вытекающаго изъ отказа, слѣдуетъ отличать историческія его формы: legatum и fideicommissum.

Legatum.—Въ древнемъ правѣ до временъ Августа, отказы могли быть устанавливаемы только въ формальномъ завѣщаніи и въ повелительныхъ выраженіяхъ, на языкѣ латинскомъ (verbis directis civilibus imperativis). Такіе отказы назывались легатами, legata [4], ибо они имѣли для наслѣдника, принявшаго наслѣдство, обязательную силу закона, lex. Лицо, въ пользу котораго устанавливался легатъ, называлось legatarius.

Легатъ могъ вести или къ непосредственному установленію для легатарія даннаго права на отказываемое имущество, или къ установленію личнаго права требованія легатарія къ наслѣднику на выполненіе отказа. То или другое зависѣло отъ формулы отказа, а такихъ формулъ въ классическомъ правѣ было извѣстно нѣсколько,

---

[1]) L. 25 pr. D. 32 (3).

[2]) 124 D. 30 (1).

[3]) См. *Tewes.* System d. Erbr. 2 p. 220, 221.

[4]) Ulpianus 24, 1: Legatum est, quod *legis* modo, id est imperative relinquitur.

а именно [1]): legatum per vindicationem, legatum per praeceptionem — ведущія къ послѣдствіямъ перваго рода, legatum per damnationem, legatum sinendi modo — ведущія къ послѣдствіямъ второго рода.

Legatum per vindicationem имѣлъ такую формулу: „L. Titio hominem Stichum do, lego"; "L. Titius domum sumito, sibi habeto" [2]). Такимъ отказомъ устанавливалось наслѣдодателемъ легатарію непосредственно право собственности или другое вещное право. Отсюда слѣдуетъ, что предметомъ даннаго легата могли быть только тѣ вещи, которыя находились на данномъ вещномъ правѣ у самого наслѣдодателя, или вещи наслѣдника; вещи же третьяго лица не могли составлять объекта такого отказа [3]).

Legatum per praeceptionem былъ ничто иное, какъ особый видъ отказа per vindicationem. Этимъ легатомъ имѣлось въ виду выдѣлить опредѣленному наслѣднику-легатарію преимущественное право на данную вещь. Формула его была такая: „L. Titius hominem Stichum praecipito" [4]).

Legatum per damnationem имѣлъ такую формулу: „Heres meus hominem Stichum dare L. Titio damnas esto" [5]), или „Heres dato". Такимъ отказомъ устанавливалась только обязанность наслѣдника къ опредѣленному дѣйствію или упущенію въ пользу легатарія. Между наслѣдникомъ и легатаріемъ устанавливался родъ обязательства quasi ex contractu, которое могло быть осуществляемо личнымъ искомъ, condictio (certi, incerti) ex testamento [6]). Не предоставляя вещнаго права, данный отказъ могъ имѣть своимъ предметомъ не только вещи наслѣдодателя и наслѣдника, но и вещи третьяго лица, а также права [7]).

---

[1]) См. *Зомъ.* Институціи римскаго права (пер. Нечаева) § 102.

[2]) Gajus 2, 193; Ulpianus 24, 3.

[3]) Gajus 2, 196; Ulpianus 24, 7.

[4]) Gajus 2, 216; Ulpianus 24, 6.

[5]) Ulpianus 24, 4.

[6]) Gajus 2, 204; 4, 9.

[7]) Gajus 2, 201—203.

Legatum sinendi modo relictum имѣлъ такую формулу: „Heres meus damnas esto sinere, Lucium Titium hominem Stichum sumere sibique habere“ [1]). Это былъ особый родъ отказа per damnationem; согласно ему наслѣдникъ обязанъ былъ терпѣть взятіе легатаріемъ опредѣленной вещи. Предметомъ этого отказа могла быть вещь самого наслѣдодателя или наслѣдника, но не вещь третьяго лица [2]).

Всѣ формальныя различія между отказами потеряли свое существенное значеніе уже чрезъ Sctum Neronianum, которымъ было постановлено, что если въ формѣ legatum per vindicationem будетъ отказана чужая вещь, то, чтобы сохранить силу за такимъ отказомъ, его слѣдуетъ разсматривать, какъ legatum per damnationem [3]). Такое положеніе дало основаніе къ болѣе свободному толкованію отказовъ; и вотъ постепенно начинаютъ въ формѣ per praeceptionem дѣлать отказы не наслѣдникамъ и вещей третьихъ лицъ [4]), въ формѣ sinendi modo—такихъ вещей, которыя только по смерти наслѣдодателя поступятъ въ имущество наслѣдника, обремененнаго отказомъ [5]). Позднѣе Констанцій объявилъ лишнимъ, при отказахъ, строгое соблюденіе словесныхъ формулъ (vana observantia verborum) [6]), а Юстиніанъ установилъ общимъ началомъ, что сила легата не зависитъ отъ какой либо формы, употребленной завѣщателемъ [7]). Такимъ образомъ въ юстиніановомъ правѣ уже болѣе не различаютъ формъ отказовъ.

Ограниченія отказовъ. Первоначально неограниченное право дѣлать отказы могло современемъ все чаще и чаще значительно умалять и даже исчерпывать долю наслѣдниковъ. Поэтому, чтобы дать матеріальное основаніе и содержаніе представительству наслѣ-

---

[1]) Gajus 2, 209; Ulpianus 24, 5, 10.

[2]) Gajus 2, 210.

[3]) Gajus 2, 197: perinde utile sit legatum, atque si optimo jure relictum esset.

[4]) Gajus 2, 218, 220.

[5]) Gajus 2, 212.

[6]) L. 21 C. 6, 37.

[7]) § 2 in f. I. 2, 20.

додателя наслѣдникомъ, уже въ республиканскія времена были приняты разныя мѣры къ ограниченію свободы дѣлать отказы со стороны объема отказываемаго имущества. Такъ,

Lex Furia testamentaria (плебисцитъ отъ 571 г. ab u. c.) установилъ высшую мѣру отказовъ въ 1000 ассъ; изъятіе допущено для ближайшихъ родственниковъ, т. е. для когнатовъ до шестой степени и дѣтей sobrino sobrinave nati [1]). Нарушеніе закона обставлено было четвернымъ штрафомъ.

Lex Voconia [2]) (585 a. u. c.) ограничилъ величину каждаго отдѣльнаго отказа объемомъ оставшагося имущества наслѣднику [3]). Такимъ образомъ, если за вычетомъ всѣхъ отказовъ наслѣднику останется 1000, то ни одинъ легатъ не долженъ превышать этой суммы.

Оба эти закона легко обходились, первый—тѣмъ, что отказы, назначенные многимъ лицамъ въ максимальномъ размѣрѣ, могли исчерпывать наслѣдственное имущество; второй — тѣмъ, что самимъ количествомъ отказовъ можно было низвести наслѣдственную долю до ничтожной величины [4]). Наконецъ, изданъ былъ

Законъ Фальцидія, lex Falcidia [5]). По этому закону (714 отъ основ. города) нельзя было сдѣлать отказа въ большемъ размѣрѣ, чѣмъ $^3/_4$ даннаго наслѣдства: ne plus civi Romano lega-

---

[1]) Gajus 2, 225: Itaque lata est lex Furia, qua, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus... capere permissum non est.

[2]) Объ ограниченіи этимъ закономъ правъ наслѣдованія женщинъ см. *Kahn.* Zur Geschichte des römischen Frauenerbrechts 1884 p. 30.

[3]) Gajus 2, 226: Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus, legatorum nomine, mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent.

[4]) Gajus 2, 225, 226.

[5]) Inst. 2, 22 de lege Falcidia; Dig. 35, 2 ad legem Falcidiam; Cod. 6, 50 eod. — *Dernburg.* Die Einrechnung in den Antheil des Erben bei der Quarta Falcidia въ Archiv f. civ. Praxis Bd. 47 n. 16; *Amann.* Die Berechnung der Falcidia bei Vereinigung mehrerer Erbtheile 1876.

re liceat, quam dodrantem [1]). Такимъ образомъ если наслѣдственная доля будетъ обремененна („gravata portione") отказами сверхъ $^3/_4$ ея чистаго содержанія, т. е. за вычетомъ наслѣдственныхъ долговъ, то наслѣдникъ имѣетъ право сократить каждый отказъ до суммы необходимой, чтобы очистить себѣ четвертую часть наслѣдственной доли: dum ita detur legatum, ne minus, quam partem quartam hereditatis, eo testamento heredes capiant [2]). Такая приходящая наслѣднику четвертая доля носитъ названіе „Quarta Falcidia".

Въ сущности законъ этотъ былъ однимъ изъ ограниченій свободы распоряженія имуществомъ по послѣдней воли. Завѣщатель не могъ ни нарушить его, ни обойти [3]). Только съ Юстиніана признана дѣйствительность выраженія воли о непримѣненіи къ данному случаю Фальцидіева закона [4]). Кромѣ того не примѣнялся онъ: при завѣщаніяхъ воина [5]), затѣмъ въ тѣхъ случаяхъ, когда наслѣдникъ не составитъ росписи наслѣдству [6]), при отказахъ на благотворительныя цѣли [7]), при отказѣ какой либо недвижимой вещи съ тѣмъ, чтобы она не была отчуждена, оставалась у наслѣдниковъ или преемниковъ того, кому была завѣщана [8]). Помимо всего этого heres oneratus можетъ отказаться отъ осуществленія даннаго закона явно, или даже молчаливо, выплачивая весь отказъ, безъ вычета фальцидіевой четверти [9]). Наконецъ, примѣненіе закона Фальцидія немыслимо по самому характеру нѣкоторыхъ отказовъ, какъ напр. если предметъ отказа не имѣлъ денежной стоимости, или при отказахъ законной части (portio legitima), или имущества, остав-

---

[1]) Gajus 2, 227.

[2]) L. 1 pr. D. 35, 2.

[3]) *Brinz.* Pandekt. Bd. 3 p. 333, 334.

[4]) Nov. 1 c. 2 § 2.

[5]) In testamento militis jus legis Falcidiae cessat L. 7 C. 6, 50; L. 17 § 4 D. 29, 1; L. 69 D. 35, 2.

[6]) См. выше о beneficium inventarii стр. 457, 458. Nov. 1 c. 2 § 2.

[7]) Nov. 131 c. 12.

[8]) См. *Brinz.* Pandekt. Bd. 3 p. 335.

[9]) L. 19 C. 6, 50; Nov. 1 c. 3.

ляемаго мужемъ женѣ въ пользованіе, на основаніи общей обязанности давать женѣ средства къ содержанію; и т. д.

Право на фальцидіеву четверть имѣлъ только наслѣдникъ, какъ по завѣщанію, такъ и по закону [1]). Отказоприниматели, обремененные въ свою очередь отказами, не имѣли права на „четверть". Но если наслѣдникъ сдѣлаетъ съ нихъ вычетъ „четверти", то они могутъ возложить ее на дальнѣйшихъ легатаріевъ, если только это не будетъ запрещено наслѣдодателемъ [2]).

При нѣсколькихъ наслѣдникахъ каждый вычитываетъ „четверть" особо. Такимъ образомъ, если изъ двухъ наслѣдниковъ только одинъ обремененъ отказами, то только онъ и вычитываетъ „четверть" на приходящееся ему наслѣдство [3]).

Весьма сложный и спорный вопросъ о вычисленіи фальцидіевой четверти въ тѣхъ случаяхъ, когда одинъ и тотъ же наслѣдникъ получаетъ нѣсколько различныхъ наслѣдственныхъ долей [4]), напр. въ $^1/_6$ онъ назначенъ наслѣдникомъ, $^1/_3$ онъ получаетъ отъ своего сонаслѣдника, какъ его субститутъ, или по праву приращенія и т. д. Отдѣльное вычисленіе на каждую долю слѣдуетъ признать въ тѣхъ случаяхъ, когда различныя доли пріобрѣтены различными наслѣдниками и затѣмъ случайно, особенно по наслѣдованію отъ сонаслѣдниковъ, соединились въ однихъ рукахъ [5]). Соединенное вычисленіе съ общей суммы наслѣдственныхъ долей имѣетъ мѣсто тогда, когда завѣщатель назначаетъ одному и тому же наслѣднику нѣсколько долей, хотя бы назначеніе однихъ было условное, а другихъ безусловное [6]). Тоже и въ тѣхъ случаяхъ, когда наслѣдникъ пріобрѣтаетъ долю сонаслѣдника, въ качествѣ его субститута [7]). Наконецъ, если данная наслѣдственная доля пріобрѣтена по праву приращенія, то въ однихъ случаяхъ вычисленіе „четверти" происхо-

---

[1]) L. 18 pr. D. 35, 2; L. 5 C. 6, 49; L. 10 C. 6, 50.

[2]) L. 32 § 4 D. 35, 2; L. 77 § 1 D. 31 (2)..

[3]) L. 77 D. 35, 2; § 1 I. 2, 22.

[4]) См. *Vangerow*. Pandekt. Bd. 2 § 535 и *Amann* cit.

[5]) L. 1 § 15 D. 35, 2.

[6]) L. 11 § 7 in f. D. 35, 2.

[7]) L. 61 § 1 D. 31 (2); L. 1 § 13; L. 87 § 4 D. 35, 2. Ср. *Dernburg*. Pand. 3 p. 199 nn. 10, 11.

дитъ особо съ каждой доли, въ другихъ случаяхъ съ общей ихъ суммы. Такъ если собственная доля наслѣдника свободна отъ отказовъ, а приращенная обремененна сверхъ ея стоимости, то вычисленіе происходитъ особо; ибо было бы несправедливо покрывать недостающее на счетъ свободной наслѣдственной доли. При обратномъ явленіи, т. е. когда приращенная доля свободна, а собственная обремененна сверхъ ея стоимости, то вычисленіе дѣлается съ общей суммы обѣихъ долей [1]).

Отношеніе законной части (portio legitima) къ фальцидіевой четверти было регулировано въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ въ томъ смыслѣ, что имѣющему право на законную часть оставалось на выборъ требовать или эту часть, или фальцидіеву четверть [2]).

Вычисленіе фальцидіевой четверти происходило по такимъ началамъ [3]). Опредѣляется имущественная стоимость наслѣдства или наслѣдственныхъ долей, обремененныхъ отказами, причемъ, по общему правилу [4]), берется во вниманіе лишь моментъ смерти наслѣдователя [5]). Позднѣйшее увеличеніе и умаленіе имущества въ расчетъ не бралось; только траты на погребеніе [6]) и составленіе инвентаря причислялись къ долгамъ.

Вещи (corpora hereditaria) принимаются по рыночной ихъ цѣнѣ [7]). Личныя требованія — по суммѣ ихъ; притомъ не исключаются также и требованія къ самимъ наслѣдникамъ; погашеніе путемъ confusio во вниманіе не бралось [8]). Условныя требованія не зачисляются въ имущество, но на случай будущей ихъ реализаціи наслѣдникъ обязанъ дать обезпеченіе легатарію въ будущей доплатѣ; въ случаѣ согласія наслѣдника допустить такое требованіе къ счету, легата-

---

[1]) L. 78 D. 35, 2. См. *Tewes.* System 2 p. 317.
[2]) Nov. 1 c. 1 § 1.
[3]) См. *Arndts* въ Rechtslex. v. Weiske Bd. 6 p. 313—316.
[4]) Срав. L. 56 pr. § 1; L. 83 D. 35, 2.
[5]) § 2 I. 2, 22; L. 30 pr.; L. 37 pr. D. 35, 2.
[6]) L. 1 § 19; L. 2; L. 6 D. 35, 2.
[7]) L. 42; L. 62 § 1 D. 35, 2.
[8]) L. 1 § 18; L. 63 § 1 D. 35, 2.

рій обезпечиваетъ будущее возвращеніе соотвѣтствующей части полученнаго, если требованіе не реализируется [1]). Естественныя обязательства [2]) и вполнѣ недѣйствительныя [3]) (напр. по несостоятельности должника) въ счетъ не идутъ вовсе.

Изъ полученной такимъ вычисленіемъ суммы исключаются наслѣдственные долги [4]), въ томъ числѣ слѣдуемые самому наслѣднику [5]). Такъ получается чистый составъ наслѣдства, выраженный въ денежной суммѣ.

Затѣмъ опредѣляется общій составъ отказовъ также по моменту смерти наслѣдодателя [6]). При этомъ недѣйствительный отказъ и условный не брались во вниманіе [7]). Если отказъ былъ сдѣланъ въ формѣ постоянной ренты, то онъ капитализировался изъ 4% [8]).

Опредѣливъ чистый составъ наслѣдства и составъ отказовъ, остается, для вычисленія фальцидіевой четверти, сдѣлать сравненіе полученныхъ суммъ. Если отказы превышали $^3/_4$ (dodrans) наслѣдственной доли, то они соотвѣтственно уменьшались до очистки $^1/_4$.

Въ фальцидіеву четверть засчитывается все, что наслѣдникъ получитъ на правѣ наслѣдованія, а изъ прочихъ добытковъ — особенно даренія и отказы, сдѣланныя ему наслѣдодателемъ съ ясно выраженнымъ желаніемъ покрыть ими эту четверть.

Fideicommissum, довѣренное порученіе. Въ концѣ республиканскаго періода образовывается особый, свободный отъ формальностей, видъ отказовъ, состоящій въ томъ, что на совѣсть наслѣдника возлагается порученіе совершить извѣстныя предоставленія въ пользу третьяго лица. Такое порученіе основано на довѣріи къ наслѣднику, къ его добросовѣстности (fidei ejus committere); от-

---

[1]) L. 73 § 1 D. 35, 2.
[2]) L. 1 § 17; L. 21 pr. D. 35, 2.
[3]) L. 63 § 1 D. 35, 2.
[4]) § 3 I. 2, 22; L. 39 D. 35, 2.
[5]) L. 6 pr. C. 6, 50.
[6]) L. 30 § 4 D. 35, 2.
[7]) L. 73 § 2 D. 35, 2.
[8]) L. 3 § 2 D. 35, 2.

куда и самое названіе этого отказа — fideicommissum; fideicommisarius; is cujus fideicommititur [1]).

Развитіе этого отказа находится въ тѣсной связи съ развитіемъ т. наз. кодициллъ (см. выше стр. 396 — 399). Первоначально юридически необязательное для наслѣдника, довѣренное порученіе получаетъ со временъ Августа правовую дѣйствительность наравнѣ съ легатами [2]). Но въ отличіе отъ послѣднихъ, фидеикоммиссъ всегда устанавливалъ только личныя отношенія къ наслѣднику [3]). Мало того болѣе широкія матеріальныя и формальныя предположенія фидеикоммисса способствуютъ его распространенію въ жизни на счетъ легата.

> Gajus 2, 289: ... in multis juris partibus longe latior causa sit fideicommissorum, quam eorum quae directo relinquuntur.

Такъ, по матеріальнымъ условіямъ различіе между обоими видами отказовъ выражалось въ слѣдующемъ: 1) Къ легату примѣнялось положеніе, a legatario legari non potest, т. е. на легатарія нельзя возложить легата; но такое запрещеніе не касалось фидеикоммисса [4]). 2) Ne ab heredis herede legari videatur, т. е. если назначенный наслѣдникомъ умретъ до принятія наслѣдства, то легатъ возложенный на наслѣдника умершаго будетъ недѣйствителенъ, наоборотъ фидеикоммиссъ въ этихъ случаяхъ былъ вполнѣ дѣйствителенъ [5]). Въ тѣхъ случаяхъ когда допускалось transmissio можно было наложить фидеикоммиссъ на наслѣдника наслѣдника, непринявшаго наслѣдства.

И формальныя условія фидеикоммисса были болѣе свободными, чѣмъ условія легата. Такъ, легатъ устанавливался въ завѣщаніи, или въ кодициллахъ, утвержденныхъ завѣщаніемъ; поэтому дѣйствительность легата обусловливалась дѣйствительностью завѣщанія.

---

[1]) § 1 I. 2, 23; § 3 I. 2, 20.

[2]) pr. I. 2, 25.

[3]) Paulus 4, 1 § 18: Jus omne fideicommissi non in vindicatione, sed in petitione consistit. Vatic. fragm. § 85 in f.

[4]) Gajus, 2, 261, 271.

[5]) Ulpianus 24, 16; Gajus 2, 277.

Фидеикоммиссъ же могъ быть установленъ и въ кодициллахъ не утвержденныхъ завѣщаніемъ и даже отъ наслѣдниковъ по закону (ab intestato) [1]). Далѣе, легатъ, какъ сказано выше, требовалъ торжественной формулы на латинскомъ языкѣ; фидеикоммиссъ же могъ быть установленъ и на всякомъ другомъ языкѣ, и даже молчаливо [2]). Перегринамъ, латинянамъ юніанскимъ, холостымъ и бездѣтнымъ могли быть оставляемы фидеикоммиссы, а не легаты [3]). Тоже слѣдуетъ сказать о корпораціяхъ, вообще personae incertae и posthumi alieni [4]). Наконецъ, къ фидеикоммиссамъ не примѣнялись начала о фальцидіевой четверти [5]).

Со временемъ при императорахъ различіе между обоими видами отказовъ сгладилось. Съ одной стороны послѣ Sctum Neronianum былъ отмѣненъ суровый формализмъ для легатовъ, а съ другой стороны на фидеикоммиссы были распространены нѣкоторыя ограниченія легатовъ. Такъ, по Sctum Pegasianum перегрины уже не могли получать отказовъ и въ формѣ фидеикоммисса; затѣмъ, на эти отказы были распространены ограниченія по правоспособности (capacitas) къ полученію ихъ, установленныя закономъ Юлія и Папія Поппея, а также начала закона Фальцидія. При Адріанѣ запрещено было устанавливать фидеикоммиссы для personae incertae, posthumi alieni.

Въ результатѣ такихъ уравнивающихъ положеній римскіе юристы могли сказать: per omnia exaequata sunt legata fideicommissis [6]).

Открытіе и осуществленіе отказа [7]). Два момента, опредѣляющіе правоотношенія по отказамъ, будутъ: 1) Открытіе отказа,

---

[1]) Gajus 2, 269, 270.

[2]) Gajus 2, 278, 281; Ulpianus 25, 3, 9.

[3]) Gajus 2, 275, 284—286.

[4]) Gajus 2, 287.

[5]) Gajus 2, 254.

[6]) L. 1 D. 30 (1). Ulpianus 25, 5, 6: Res per fideicommissum relinqui possunt, quae etiam per damnationem legari possunt. Fideicommissa dari possunt his, quibus legari potest.

[7]) Dig. 36, 2 quando dies legatorum vel fideic. cedat; Dig.

dies legati cedit, т. е. тотъ моментъ, когда данное лицо получаетъ притязаніе, право на отказъ; этимъ моментомъ будетъ смерть наслѣдодателя [1]). Условные отказы открываются только съ наступленіемъ условія, если оно не совпадаетъ со смертью завѣщателя [2]).— Если легатарій умретъ послѣ открытія отказа, то онъ переноситъ свое право наслѣдникамъ [3]). 2) Осуществленіе отказа, *dies legati venit* [4]), т. е. моментъ, который совпадаетъ обыкновенно съ принятіемъ наслѣдникомъ наслѣдства.

Dies cedens и dies veniens суть такіе юридическіе факты, которые не зависятъ отъ сознанія и воли отказопринимателя; поэтому принятіе отказа съ его стороны не требуется [5]). Но онъ имѣетъ право отказаться отъ легата, который въ такомъ случаѣ называется *legatum extinctum*. Такой легатъ считается никогда непріобрѣтеннымъ [6]).

Предметъ отказа можетъ быть самый разнообразный [7]). Можно отказывать собственность на самые разнообразные предметы; можно отказывать различныя права; можно въ формѣ отказовъ освобождать отъ долговъ [8]). Требуется только, чтобы отказываемый предметъ былъ въ гражданскомъ оборотѣ (in commercio) и чтобы на него могъ получить права отказоприниматель (такой способности для oneratus не требуется), чтобы предметъ

7, 3 quando dies ususfructus legati cedat; Cod. 6, 53 quando dies legati vel fideicommissi cedit.

[1]) Ulpianus 24, 31; L. un. § 1 C. 6, 51.

[2]) Ulpianus 24, 31 in f.

[3]) Ulpianus 24, 30.

[4]) Срав. *Windscheid*. Pandekt. 3 § 642 и n. 4.

[5]) L. 16 § 1 D. 28, 1; L. 77 § 3 D. 31 (2). Срав. Gajus 2, 195.

[6]) L. 44 § 1 in f. D. 30 (1).

[7]) Dig. 33, 2 de usu et usufructu et reditu et habitatione et operis per legatum vel fideic. datis; 33, 3 de servitute legata; 33, 6 de tritico vel vino vel oleo legato; 33, 9 de penu legata; 33, 7 de instructo vel instrumento legato; 33, 10 de supellectile legata; 33, 8 de peculio legato; 34, 2 de auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, veste vel vestimentis et statuis legatis; Dig. 33, 1; Dig. 34, 1.

[8]) Dig. 34, 3 de liberatione legata.

этотъ былъ достаточно опредѣленъ и не зависѣлъ отъ усмотрѣнія обремененнаго отказомъ. Кромѣ того, для легатарія отказъ долженъ представлять извѣстную полезность (legatum utile esse debet) и не заключать въ себѣ недозволеннаго или безнравственнаго дѣйствія.

Отказъ опредѣленной вещи (species, res certa legata) можетъ касаться какъ предмета собственности самого наслѣдодателя (species testatoris propria [1]), такъ и наслѣдника (species heredis propria) [2]), и даже третьяго лица. Въ послѣднемъ случаѣ (legatum rei alienae) oneratus долженъ доставить легатарію вещь; если же собственникъ отказывается ее отчудить, или требуетъ слишкомъ высокой цѣны, то легатарію должна быть выплочена настоящая стоимость вещи [3]). Но ни въ какомъ случаѣ отказываемая вещь не должна принадлежать самому легатарію (species legatarii propria) [4]), ибо quod meum est, meum fieri non potest.

Въ случаяхъ отказа вещи, опредѣленной родовымъ образомъ (legatum generis) или альтернативно (illud aut illud) выборъ, по юстиніановому праву, принадлежитъ легатарію [5]).

Наконецъ, возможны отказы періодическихъ выдачъ [6]) (напр. ренты, legatum redituum; annuum vel menstruum legatum); особый видъ такихъ отказовъ будетъ легатъ алиментовъ [7]).

Уничтоженіе отказовъ [8]). Вполнѣ дѣйствительно установленный легатъ можетъ быть отмѣненъ послѣдующей волей наслѣдодателя; posterior voluntas legato potior est [9]). Для такой от-

---

[1]) § 2 I. 2, 20; L. 1 C. 6, 43.

[2]) L. 67 § 8 in. D. 31 (2).

[3]) § 4 I. 2, 20; L. 71 § 3 D. 30 (1); L. 30 § 6 D. 32 (3).

[4]) § 10 I. 2, 20.

[5]) § 22 I. 2, 20; L. 1 C. 6, 43.

[6]) Dig. 33, 1 de annuis legatis, et fideicommissis.

[7]) Dig. 34, 1 de alimentis vel cibariis legatis.

[8]) Inst. 2, 21 de ademptione vel translatione legatorum; Dig. 34, 4 de adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis.

[9]) L. 24 § 1 D. 34, 4.

мѣны, *ademptio legati*, не требовалось никакой формы [1]); о волѣ, направленной на отмѣну, можно было заключить даже по всякому другому дѣйствію наслѣдодателя [2]). Такъ, отказъ уничтожается всякимъ новымъ отказомъ, замѣняющимъ первый: novissima enim voluntas servatur [3]); это такъ назыв. *translatio legati* [4]), которое состоитъ въ отмѣнѣ прежняго и въ установленіи новаго отказа [5]). Тутъ можетъ случиться, что первый легатъ уничтожится, а второй не установится, если, напр., для послѣдняго не будетъ соблюдена форма кодициллъ; для отмѣны же перваго никакой формы не требуется [6]).—Засимъ, отказы уничтожаются, если обремененный ими не принимаетъ наслѣдства. Но иногда обязанность къ выполненію отказовъ переходитъ на другихъ лицъ, какъ напр. на субститута [7]), на того изъ сонаслѣдниковъ, который воспользовался правомъ приращенія [8]). Далѣе, отказы будутъ недѣйствительны, если завѣщаніе оказывается ничтожнымъ, если легатарій умираетъ до того какъ dies legati cedit или отказывается отъ легата, или теряетъ testamenti factio, или уничтожится отказываемая вещь [9]). Наконецъ, къ причинамъ уничтоженія отказовъ слѣдуетъ отнести concursus duarum causarum luctativarum, т. е. тотъ случай, когда отказанная вещь будетъ ex post пріобрѣтена легатаріемъ titulo lucrativo; quia plures lucrativae causae in una eademque re concurrere non possunt [10]).

Говоря объ уничтоженіи отказовъ, слѣдуетъ упомянуть о такъ называемомъ

---

1) L. 3 § 11 D. 34, 4.
2) L. 15 D. 34, 4; L. 27 C. 6, 42.
3) L. 6 § 2 in f. D. 34, 4.
4) § 1 I. 2, 21; L. 6 pr. D. 34, 4.
5) L. 5 D. 34, 4: ....legatum potest ....ad alium transferri ....Quae res ....tacitam ademptionem continet.
6) L. 20 D. 34, 4; L. 34 pr. D. 30 (1).
7) L. 74 D. 30 (1); L. 61 § 1 D. 31 (2).
8) L. 61 § 1 D. 31 (2).
9) § 16 I. 2, 20; L. 22 § 2 D. 32 (3).
10) § 6 I. 2, 20; L. 34 § 7 D. 30 (1).

Regula Catoniana [1]). Однимъ изъ Катоновъ было установлено такое начало: „quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit non valere“ [2]), т. е. отказъ, недѣйствительный въ моментъ его составленія, не становится дѣйствительнымъ, когда основаніе, вызвавшее его первоначальную недѣйствительность, отпадаетъ передъ смертью наслѣдодателя. Это собственно примѣненіе общаго правила „quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere“ [3]). Даннымъ положеніемъ имѣлось лишь въ виду опредѣлить этотъ initium для отказовъ моментомъ именно составленія завѣщанія, а не моментомъ смерти наслѣдодателя.

Положеніе Катона относится только къ тѣмъ легатамъ, которыхъ dies cedit въ моментъ смерти завѣщателя [4]); слѣдовательно оно вообще не примѣнимо къ условнымъ отказамъ [5]). Но если легатарій не имѣлъ testamenti factio въ моментъ составленія завѣщанія, то отказъ остается недѣйствительнымъ и тогда, когда это право пріобрѣтено легатаріемъ еще при жизни завѣщателя. Затѣмъ, отказъ матеріала, входящаго въ чужое зданіе, будетъ недѣйствителенъ и остается такимъ и послѣ того, какъ данный матеріалъ будетъ выдѣленъ изъ строенія, хотя бы и передъ смертью наслѣдодателя. Отказъ вещи, принадлежащей самому легатарію, остается недѣйствительнымъ и послѣ того какъ онъ отчудилъ эту вещь [6]). И т. п. [7]).

Первоначально непримѣнимое къ фидеикоммиссамъ положеніе Катона получило въ позднѣйшемъ правѣ самое широкое приложеніе.

Такое распространеніе regula Catoniana въ юстиніановомъ правѣ весьма спорно. Противъ его примѣнимо-

---

[1]) Dig. 34, 7 de regula Catoniana. — *Machelard.* Sur la règle Catonienne 1862.

[2]) L. 1 pr. D. 34, 7.

[3]) L. 29 D. 50, 17.

[4]) L. 3 D. 34, 7.

[5]) L. 4 D. 34, 7; L. 41 § 2 D. 30 (1).

[6]) § 10 I. 2, 20; L. 41 § 2 D. 30 (1); L. 4 D. 34, 7; L. 3 C. 6, 37.

[7]) См. *Vangerow.* Pandekten Bd. 2 § 540 Anm. 1.

сти см. напр. *Sintenis*. Civilr. 3 § 212 n. 6. Но большинство писателей основательно указываютъ на массу мѣстъ изъ юстиніановыхъ сборниковъ, которыя свидѣтельствуютъ о широкомъ примѣненіи этого положенія къ разнаго рода отказамъ и объяснить это одними историческими указаніями едвали основательно. *Tewes*. System 2 p. 268.

Право приращенія между солегатаріями [1]. Въ случаѣ отказа одной и той же вещи нѣсколькимъ легатаріямъ отпаденіе одного изъ нихъ ведетъ къ приращенію его доли остальнымъ. Въ отличіе отъ наслѣдованія, какъ преемства общаго, и тѣмъ уже обусловливающаго и самое право приращенія (см. выше стр. 447—450), при отказахъ только соединеніе нѣсколькихъ легатаріевъ на одной и той же вещи даетъ основаніе къ такому приращенію. Если нѣсколькимъ лицамъ будетъ отказана одна и таже вещь, то отпаденіе одного изъ нихъ не можетъ лишить права на нее оставшихся [2]. Поэтому право приращенія (jus accrescendi) имѣютъ только colegatarii re et verbis conjuncti, или re tantum conjuncti [3]. При отказѣ каждому легатарію особой вещи, или отдѣльной части одной и тойже вещи, нѣтъ мѣста приращенію [4]. Соединеніе нѣсколькихъ легатаріевъ въ одной словесной формулѣ (verbis tantum conjunctio) этого права не предоставляетъ [5].

Если изъ нѣсколькихъ легатаріевъ на туже вещь одни будутъ обозначены въ одномъ распоряженіи съ отпадающимъ, а другіе отдѣльно, то первые имѣютъ преимущественное право на приращеніе [6].

Приращеніе совершается само собою (ipso jure); особаго акта принятія не требуется [7]. При этомъ легатаріи назначенные отдѣль-

---

[1]) Dig. 7 2 de usufructu accrescendo; Cod. 6, 51 de caducis tollendis.—*van Wetter*. Droit d'accroissement entre collégataires 1866.

[2]) Ср. L. 3 pr. in f. D. 7, 2 и L. un. § 11 C. 6, 51.

[3]) § 8 I. 2, 20. См. выше стр. 387, 388.

[4]) L. 11 D. 7, 2.

[5]) Вопросъ этотъ споренъ см. v. *Wetter* cit. nn. 58—68, 193—201; *Vangerow*. Pand. 2 § 547 Anm.

[6]) L. 1 § 2 D. 7, 2 ср. L. 41 pr. D. 31 (2).

[7]) Arg. L. 34; L. 35; L. 36 pr. D. 9, 2.

нымъ распоряженіемъ получаютъ приращеніе даже принудительно, но за то свободны отъ возложенныхъ на отпавшаго обязанностей [1]. Наоборотъ назначенные въ одномъ распоряженіи съ отпавшимъ имѣютъ право отказаться отъ его доли, а, принимая ее, должны выполнить соединенныя съ ней обязанности [2]. Различіе это можно объяснить тѣмъ, что въ послѣднемъ случаѣ завѣщатель оказываетъ двѣ различныя милости оставшимся легатаріямъ, назначая ихъ къ одной и той же вещи въ одномъ и томъ же распоряженіи: милость на ихъ долю и милость на долю отпавшаго; поэтому каждая имѣетъ самостоятельное значеніе и соединена съ возложеннымъ бременемъ [3]. Въ первомъ же случаѣ форма отдѣльнаго назначенія къ отказанной уже вещи дѣлаетъ волю завѣщателя единой, а поэтому, принимая отказъ, нельзя отринуть долю отпавшаго, какъ входящую въ этотъ же отказъ; но въ тоже время осуществленіе происходитъ изъ личнаго права легатарія и слѣдовательно не переноситъ на него личныхъ же обязанностей отпавшаго, возложенныхъ завѣщателемъ.

Особыя формы отказовъ, — 1) legatum partitionis, 2) fideicommissum hereditatis [4], 3) praelegatum.

1) *Legatum partitionis* (s. partitio legata). Кромѣ отдѣльныхъ предметовъ возможенъ былъ отказъ извѣстной части всего наслѣдства, какъ напримѣръ: heres meus cum Titio hereditatem meam partito, dividito [5]. Этой формулой предоставляется Титу участіе въ раздѣлѣ наслѣдственнаго имущества, а именно, въ данномъ примѣрѣ, на половину его состава; Титъ будетъ legatarius partiarius. Подъ форму чистаго отказа данный случай не подходитъ, такъ какъ тутъ не имѣется отказа опредѣленной вещи, а лишь указывается доля въ наслѣдствѣ; но это не будетъ и наслѣдованіе, такъ какъ наслѣдникъ прямо обозначенъ. Изъ этого слѣдуетъ, что одинъ наслѣдникъ принималъ по преемству всѣ ак-

---

[1]) L. un. § 11 in m. C. 6, 51.

[2]) L. un § 11 init. C. 6, 51.

[3]) L. un § 11 in f. C. 6, 51.

[4]) Inst. 2, 23 de fideicommissariis hereditatibus.—Dig. 36, 1 ad senatus consultum Trebellianum.—Cod. 6, 49 eod.

[5]) Ulpianus 24, 25.

тивы и пассивы наслѣдодателя, а legatarius partiarius получалъ право личнаго требованія къ наслѣднику о предоставленіи ему указанной доли изъ оставшагося имущества. Приэтомъ, очевидно, наслѣдодатель имѣлъ въ намѣреніи, чтобы legatarius partiarius участвовалъ въ размѣрѣ полученнаго имущества и въ уплатѣ долговъ. Поэтому наслѣдникъ не обязанъ былъ выдавать такому легатарію отказанной части имущества, пока этотъ не заключитъ съ нимъ такъ назыв. stipulatio partis et pro parte [1]), т. е. такую стипуляцію, по которой легатарій выговаривалъ себѣ часть того, что получено будетъ наслѣдникомъ по наслѣдству, а наслѣдникъ ограждалъ себя отъ обязательствъ на соотвѣтствующую же часть (indemnem fore). При недѣлимыхъ предметахъ легатарій удовлетворяется денежной суммой; въ другихъ случаяхъ отъ воли наслѣдника зависитъ—произвести дѣленіе вещи, или уплатить стоимость причитающейся легатарію доли [2]).

2) *Fideicommissum hereditatis* или fideicommissaria hereditas, наслѣдство по довѣреннымъ порученіямъ. Данный отказъ выражался въ томъ, что наслѣднику поручалось выдать третьему лицу все или часть его наслѣдства какъ фидеикоммиссъ [3]). Такой наслѣдникъ назывался heres fiduciarius и былъ единымъ наслѣдникомъ; тогда какъ фидеикоммиссарій оставался сингулярнымъ преемникомъ. При частичной выдачѣ всѣ отношенія по отказу разсматривались первоначально подобно legatum partitionis [4]). При выдачѣ всего наслѣдства (restitutio hereditatis) отношенія разсматривались такъ, какъ бы наслѣдникъ продалъ наслѣдство, для чего заключались stipulationes ad exemplum emtae et venditae hereditatis [5]). Позднѣе по Sctum Trebellianum [6]) (62 по Р. Х.) были распространены всѣ выводы принятія наслѣдства на данный фидеикоммиссъ, такъ что отказоприниматель становился въ

---

[1]) Gajus 2, 252; Ulpianus 25, 15.
[2]) L. 26 § 2 D. 30 (1).
[3]) § 2 I. 2, 23.
[4]) Gajus 2, 254—257.
[5]) Gajus 2, 257.
[6]) § 4 I. 2, 23; L. 1 §§ 1, 2, 3—7 D. 36, 1.

этихъ случаяхъ, по юридическимъ послѣдствіямъ, въ положеніе наслѣдника (heres fideicommissarius) и ему и противъ него по поводу переданнаго наслѣдства предоставлялись иски, аналогичные искамъ наслѣдника, actiones utiles [1]). Послѣ этого сенатскаго постановленія уже не было болѣе надобности прибѣгать къ stipulatio partis et pro parte, такъ какъ по отношенію къ выданному heres fiduciarius разсматривался теперь наслѣдникомъ только номинально [2]). Но при такомъ положеніи скоро выяснилось слѣдующее затрудненіе. При фидеикоммиссахъ не примѣнялись начала о фальцидіевой четверти; поэтому наслѣдникъ, обязанный выдать все, или почти все, наслѣдство, не имѣлъ разсчета принимать его, а вмѣстѣ оставался безъ осуществленія и фидеикоммиссъ. Въ виду подобныхъ случаевъ, чтобы поддержать дѣйствительность такихъ фидеикоммиссовъ, издано было при имп. Веспасіанѣ сенатское постановленіе, Sctum Pegasianum, по которому heres fiduciarius получилъ право на Quarta Falcidia, а фидеикоммиссарій—право принудить наслѣдника къ принятію наслѣдства, что вело къ осуществленію даннаго отказа [3]). Но вмѣстѣ осуществленіе этихъ правъ, согласно новому закону, необходимо ставило отношенія заинтересованныхъ въ положеніе бывшее до Sctum Trebellianum; т. е. фидеикоммисарій могъ разсматриваться только какъ legatarius partiarius [4]). — Юстиніанъ слилъ положенія Sctum Trebellianum и Sctum Pegasianum, постановивъ, что fideicommissum hereditatis всегда вело къ successio universalis, какъ это постановлено въ Sctum Trebellianum. Касательно же права на четверть (Quarta) и на принужденіе къ принятію наслѣдства сохранены положенія Sctum Pegasianum, но при томъ такъ, какъ бы эти положенія содержались уже въ Sctum Trebellianum. Отсюда и та четверть, на которую при этихъ фидеикоммиссахъ имѣетъ право наслѣдникъ, называется Quarta Trebelliana [5]).

---

[1]) Gajus 2, 253.
[2]) Gajus 2, 258.
[3]) Gajus 2, 258, 259.
[4]) §§ 5, 6 I. 2, 23; Gajus 2, 254.
[5]) § 7 I. 2, 23.

3) *Прелегатъ, praelegatum* [1]). Наслѣдодатель можетъ сдѣлать отказъ опредѣленной(ыхъ) вещи(ей) въ пользу одного(ихъ) изъ сонаслѣдниковъ рядомъ съ его (ихъ) наслѣдственною (ыми) долей [2]) (ями). Такой отказъ и будетъ praelegatum [3]). Тутъ слѣдуетъ различать слѣдующіе два случая:

1) Одному изъ сонаслѣдниковъ устанавливается прелегатъ отъ одного изъ нѣсколькихъ сонаслѣдниковъ, или даже отъ легатарія. Этотъ случай не представляетъ никакихъ особенностей по сравненію съ обыкновеннымъ отказомъ [4]). Такой отказъ принято называть praelegatum improprium [5]), прелегатъ не въ собственномъ смыслѣ слова. Если такой прелегатъ будетъ оставленъ нѣсколькимъ наслѣдникамъ, то они дѣлятъ его, за отсутствіемъ указаній наслѣдодателя, по равнымъ частіямъ [6]).

2) Прелегатъ въ тѣсномъ смыслѣ (также praeceptio) [7]) обнимаетъ тотъ случай, когда одному изъ наслѣдниковъ отказана опредѣленная вещь изъ наслѣдственной массы безъ указанія лица, на котораго ложится бремя выполненія. Тутъ onerati будутъ, очевидно, всѣ наслѣдники, а въ томъ числѣ и прелегатарій, который является въ роли какъ должника, такъ и кредитора по отказу, обязанный участвовать въ размѣрѣ наслѣдства и въ выполненіи прелегата. Юридическая невозможность такого явленія дѣлаетъ прелегатъ недѣйствительнымъ въ размѣрѣ наслѣдственной доли прелегатарія, такъ что praelegatum уменьшается на portio hereditaria.

Heredi a semetipso legatum dari non potest L. 116 § 1 D. 30 (1); ....a semetipso ei legatum inutiliter videtur L. 34 § 11 D. 30 (1); ...non consistit legatum heredi relictum pro parte ejus hereditaria L. 18 § 2 D. 34, 9.

---

[1]) *Buchholtz.* Die Lehre von den Prälegaten 1850; *Kretschmar.* Die Natur d. Praelegats nach röm. Recht 1874.

[2]) L. 17 § 2; L. 104 § 3 D. 30 (1).

[3]) Объ этимологическомъ слыслѣ слова см. у *Arndts* въ Glück's Erläuter Bd. 47 p. 22 слѣд. Anm. 27.

[4]) *Arndts* cit. 10—29.

[5]) *Buchholtz* cit. p. 145.

[6]) L. 67 § 1 D. 30 (1); L. 2 pr. D. 33, 7; L. un. § 11 C. 6, 51.

[7]) Gajus 2, 218, 222; L. 1 § 6 D. 43, 3.

Доля, которую онъ не можетъ получить, какъ легатарій, достается ему на правахъ наслѣдника, jure heredis [1]).

Напримѣръ, А. сонаслѣдникъ въ 100 р. и прелегатарій въ 800 р. Онъ имѣетъ право требовать отъ сонаслѣдниковъ 700 р. titulo singulari, а titulo universali получаетъ 100 р.

Если будутъ солегатаріи, то эта доля идетъ имъ въ приращеніе [2]).

Прелегатарій можетъ отказаться отъ наслѣдства и тогда онъ получаетъ отказъ въ цѣломъ [3]), какъ бы онъ съ самого начала былъ только легатарій.

Способы охраненія правъ легатарія [4]). Всякій легатарій имѣетъ по закону залоговое право на имущество, которое обремененное отказами лицо получило отъ завѣщателя [5]); личное его имущество свободно отъ залога [6]).—При условныхъ, срочныхъ [7]) или спорныхъ [8]) отказахъ oneratus обязанъ дать обезпеченіе, въ формѣ поручительства, въ сохранности отказовъ (cautio legatorum servandorum causa) [9]). Если этого обезпеченія представлено не будетъ, то легатарій можетъ просить ввода во владѣніе имуществомъ, полученнымъ отъ наслѣдодателя (missio in possessionem legatorum servandorum causa) [10]).

Средства защиты по отказамъ. Въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ легатарій могъ осуществить свое право по отказу, какъ общимъ

---

[1]) L. 18 § 2 D. 34, 9; L. 1 § 6 D. 43, 3.

[2]) L. 116 § 1 D. 30 (1). См. вычисленія у *Tewes.* System. Bd. 2 p. 242—245.

[3]) L. 17 § 2; L. 91 § 2 in f. D. 30 (1); L. 12 C. 6, 37.

[4]) Dig. 36, 3 ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur; 36, 4 ut in possessione legatorum vel fideicommissorum servandorum causa esse liceat.

[5]) L. 1 in m. C. 6, 43.

[6]) L. in f. C. 6, 43.

[7]) L. 5 § 2 D. 36, 3.

[8]) L. 15 pr. D. 36, 3.

[9]) L. 1 pr. D. 36, 3.

[10]) L. 1 § 2 in f. D. 36, 3; L. 5 § 5 in. D. 36, 4.

средствомъ, личнымъ искомъ къ обремененному отказомъ наслѣднику (actio personalis ex testamento s. legatorum actio s. actio ex legati causa) [1]), ибо наслѣдникъ, вступая въ наслѣдство, принимаетъ на себя, какъ личное обязательство, выполненіе отказовъ (hereditati se obligat s. obstringit).—Если впродолженіи шести мѣсяцевъ отъ заявленія претензіи отвѣтчикъ не выполнитъ отказа, то легатарій могъ, по одному рескрипту Каракаллы, требовать ввода во владѣніе собственнымъ имуществомъ oneratus'a (т. назыв. missio in possessionem Antoniana) и затѣмъ удовлетворить себя изъ доходовъ [2]).

Дареніе на случай смерти.

Источники: Inst. 2, 7 de donationibus; Dig. 39, 6 de mortis causa donationibus et capionibus; Cod. 8, 57 de mortis causa donationibus.

Пособія: *Müller*. Ueber die Natur der Schenkung auf dem Todesfall. 1827; *Glück*. Erläuterung. d. Pandekt. Bd. 7 p. 181 слѣд.; *Heimbach* въ Weiske's Rechtslex. Bd. 9 p. 709—722.

Подъ дареніемъ на случай смерти разумѣется такая сдѣлка, по которой совершается безвозмездное предоставленіе другому (одаряемому) имущества, подъ условіемъ, что онъ переживетъ дарителя.

> Mortis causa donatio est, quum quis habere se vult (i. e. mavult), quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum L. 1 pr. D. 39, 6. — L. 35 § 2 D. 39, 6.

Такая сдѣлка носитъ на себѣ признаки, какъ negotium inter vivos, такъ и negotium mortis causa [3]). Такъ въ отличіе отъ отказа [4]), устанавливающаго извѣстную имущественную выгоду

---

[1]) L. 9 § 1 D. 12, 1.
[2]) L. 5 §§ 16—18, 22 D. 36, 4; L. 6 C. 6, 54.
[3]) См. *Vangerow*. Pandekt. 2 § 561 Anm.
[4]) L. 35 § 7 D. 39, 6.

лишь послѣ смерти, дареніе mortis causa выражается въ немедленномъ установленіи даннаго правоотношенія между двумя лицами (praesens praesenti dat)[1], поэтому оно остается въ силѣ и тогда, когда рушится завѣщаніе, а вмѣстѣ уничтожатся и отказы. Притомъ и самые акты, которыми производится имущественное предоставленіе при данныхъ дареніяхъ, будутъ тѣже что и при обыкновенныхъ дареніяхъ[2]. Кромѣ того для дѣйствительности даренія на случай смерти не требовалось testamenti factio activa и passiva, этого необходимаго предположенія для акта послѣдней воли[3]. Но съ другой стороны нельзя подводить данную сдѣлку подъ категорію negotia inter vivos. Данное дареніе вызывается мыслью о кончинѣ (cogitatio mortalitatis), а именно совершается въ виду опредѣленной опасности для жизни (metu praesentis periculi), напр. въ болѣзни, предъ началомъ опаснаго путешествія и т. п[4]. Поэтому въ отличіе отъ простого даренія (vera et absoluta donatio) donatio mort. causa обезсиливалось въ силу самого факта минованія данной опасности[5], а кромѣ того даритель имѣлъ право вплоть до своей смерти отмѣнить дареніе (jus revocationis)[6]. Затѣмъ реальную дѣйствительность дареніе mortis causa пріобрѣтаетъ лишь съ момента смерти дарителя и то если она предшествовала смерти одаряемаго[7].

> Donatio mortis causa tantummodo convalescit. Paulus 3, 7 § 1. — Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur L. 32 D. 39, 6.

Поэтому въ существенномъ своемъ характерѣ дареніе на случай смерти имѣетъ близкое сходство съ отказами (legatorum in-

---

[1]) L. 38 D. 39, 6.

[2]) См. т. I стр. 239, 240.

[3]) L. 22; L. 25 § 1 D. 39, 6.

[4]) L. 3—6; L. 35 § 4 D. 39, 6.

[5]) L. 19; L. 24; L. 35 § 3; L. 39 D. 39, 6; § 1 I. 2, 7.

[6]) Paulus 13, 7 § 2; L. 27; L. 35 § 2 D. 39, 6 ср. L. 13 § 1 in f. D. 39, 6.—Т. I стр. 247—249.

[7]) L. 26 D. 39, 6; § 1 I. 2, 7.

star obtinent)[1], съ которыми его сопоставляютъ[2]) сами источники и во многихъ пунктахъ сближаютъ[3]), какъ напр. по capacitas[4]), по quarta Falcidia[5]), и т. д.[6]). Юстиніаномъ donatio mortis causa прямо отнесено къ легатамъ[7]).

Пріобрѣтенія на случай смерти, *mortis causa capiones*[8]). Подъ этимъ названіемъ разумѣются со временъ классической юриспруденціи различныя пріобрѣтенія по поводу смерти лица, пріобрѣтенія не подходящія подъ условія наслѣдованія, отказовъ и дареній на случай смерти[9]). Названіемъ оттѣняется тотъ признакъ, что пріобрѣтеніе совершается не по сдѣлкѣ inter vivos[10]). Но отъ прочихъ случаевъ пріобрѣтенія mortis causa, данныя capiones отличаются тѣмъ, что пріобрѣтеніе совершается здѣсь не на основаніи призыва къ наслѣдству. Смерть опредѣленнаго лица составляетъ только поводъ къ пріобрѣтенію имущества, ex morte alterius capiendi occasio obvenit. Съ другой стороны къ mort. causa capiones примѣняются многія начала наслѣдованія и пріобрѣтенія по отказамъ, какъ-то: отъ пріобрѣтателя требуется capacitas[11]), indignus лишается права[12]), примѣняются начала quartae Falcidiae[13]) и т. д. — Къ mortis causa capiones относятся два разряда случаевъ:

---

[1]) L. 17 D. 39, 6.

[2]) L. 87 D. 32 (3).

[3]) L. 37 pr. D. 39, 6.

[4]) L. 9; L. 35 pr. D. 39, 6.

[5]) L. 5 C. 6, 50.

[6]) L. 3 pr.; L. 20 D. 37, 5. См. *Vangerow*. Pand. 2 § 562 Anm.

[7]) § 1 I. 2, 7; L. 4 C. 8, 57; Nov. 87 praef.

[8]) Dig. 39, 6 de mortis causa donationibus et capionibus. — См. *Schlagintweit*. Die Erwerbung auf den Todesfall (mortis causa capio) nach römischem Rechte (въ Jahrbücher f. d. Dogmatik d. heutigen röm. u. deutsch Privatrechts Bd. 6 p. 318—377.

[9]) L. 31 pr. D. 39, 6.

[10]) L. 38 D. 39, 6.

[11]) L. 9; L. 36 D. 39, 6.

[12]) L. 5 § 18 D. 34, 9.

[13]) L. 18 C. 6, 50.

1) Conditionis implendae causa datum, т. е предоставленіе имущества по послѣдней воли подъ условіемъ, чтобы получающій передалъ часть имущества опредѣленному лицу, чаще всего — наслѣднику опредѣленную денежную сумму. Напр. наслѣдодатель, дѣлая отказъ недвижимаго имущества, не желаетъ обогатить легатарія полною стоимостью послѣдняго и поэтому предоставленіе ставитъ въ зависимость отъ уплаты другому лицу опредѣленной денежной суммы [1]). Подобный же случай имѣемъ тогда, когда наслѣдодатель, оставляя имущество (недвижимое) одному лицу, ставитъ принятіе его въ зависимость отъ уплаты извѣстной суммы другимъ наслѣдникамъ [2]). И т. д. [3]). Всѣ эти случаи не допускаютъ правоваго принужденія, какъ это составляетъ общее правило для всѣхъ одареній подъ потестативнымъ условіемъ; одаряемый не можетъ быть принужденъ къ выполненію условія [4]).

2) Ко второй группѣ относятся тѣ случаи mortis causa capionis, которые свою основу имѣютъ въ соглашеніи лицъ участвующихъ въ наслѣдованіи отъ умершаго. Напр., наслѣдникъ принимаетъ денежную сумму за отказъ отъ наслѣдства [5]), или легатарій отъ легата [6]). И т. п. [7]). Осуществляются отношенія искомъ на *dare*, который есть послѣдствіе договора, заключеннаго на случай смерти опредѣленнаго лица.

---

[1]) L. 44 § ult.; L. 54; L. 56; L. 112 § 1 D. 35, 1; L. 54 D. 31 (2).

[2]) L. 3; L. 13 D. 28, 7; L. 44 § ult. D. 35, 1.

[3]) См. у *Schlagintweit* cit. p. 322—330.

[4]) L. 9 § ult. D. 36, 1.

[5]) L. 24 D. 29, 2; L. 2 D. 29, 4; L. 8; L. 21; L. 31 § 2 D. 39, 6.

[6]) L. 31 § 2 D. 39, 6.

[7]) См. у *Schlagintweit* cit. p. 331, 332.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Семейное право . . . . . стр. 283—342

Понятіе и составъ семейнаго права.—*Бракъ, nuptiae, matrimonium*: понятіе брака. — Обрученіе, sponsalia.—Вступленіе въ бракъ: абсолютныя препятствія, относительныя препятствія.—Послѣдствія брака: личныя послѣдствія, имущественныя послѣдствія.—*Приданое, dos*: понятіе, виды, лица обязанныя къ предоставленію приданаго, признаки приданаго, способы установленія приданаго (dotis datio, dictio, promissio), время установленія приданаго, права и обязанности по приданому, добавочныя рядныя соглашенія (pacta dotalia). — *Parapherna, παράφερνα.* — *Дареніе по поводу брака, donatio propter nuptias.*—Похищенія между супругами.—Прекращеніе брака.—*Разводъ, divortium, repudium.*—Приданое по прекращеніи брака; donatio propter nuptias. — *Вторичные браки, secundae nuptiae*; послѣдствія несоблюденія траурнаго года (annus luctus).

стр. 283—323

Отношенія родителей къ дѣтямъ.—*Отцовская власть, patria potestas.*—Права отца надъ личностью его дѣтей. — Имущественныя отношенія: *peculium profectitium, castrense et quasi castrense*; *bona adventitia regularia, bona adventitia irregularia.*—Установленіе отцовской власти: *рожденіе, узаконеніе* (*legitimatio*), *усыновленіе* (*adoptio*).—Прекращеніе отцовской власти стр. 323—342

Опека и попечительство . . . . . 343—364

Общее понятіе: различіе опеки и попечительства, ихъ виды: *tutela pupillaris, muliebris, cura personalis, realis.* — *Установленіе опеки и попечительства, delatio tutelae et curae: tutela* (*s.*

cura) *testamentaria, legitima, dativa;* устраненіе отъ опеки и попечительства; отказъ отъ опеки и попечительства, *excusatio.*— Отправленіе опеки и попечительства: управленіе имуществомъ и веденіе дѣлъ; соучастіе опекуновъ и попечителей.—Прекращеніе опеки и попечительства. — Отвѣтственность по опекѣ и попечительству: actio tutelae directa, actio tutela contraria. —*Protutores.*

Наслѣдственное право . . . . . 365—501

Общія понятія . . . . . стр. 365—370

Открытіе наслѣдства, delatio hereditatis . стр. 370—431

Завѣщаніе, testamentum. — Понятіе завѣщанія. — Условія дѣйствительнаго завѣщанія: 1) Правовая способность составлять завѣщанія, testamenti factio activa.—2) Форма завѣщанія: письменныя и словесныя завѣщанія, частныя и публичныя завѣщанія, особыя формы завѣщаній.—3) *Назначеніе наслѣдника, institutio heredis*: условія въ лицѣ назначеннаго наслѣдникомъ, testamenti factio passiva; назначеніе наслѣдниковъ подъ условіемъ.—*Субституція, substitutio; обычная субституція, substitutio vulgaris, substitutio pupillaris, substitutio quasi pupillaris.*—Недѣйствительность завѣщаній.—*Кодициллы, codicilli*—Вскрытіе завѣщаній и кодициллъ . . . . . стр. 373—401

Наслѣдованіе по закону, successio ab intestato. — Наслѣдованіе по праву гражданъ: по XII Таблицамъ, по Scta Tertullianum и Orphitianum.—Наслѣдованіе по преторскому праву, bonorum possessio, понятіе, виды, bonorum possessio intestati, secundum tabulas, contra tabulas.—Юстиніанова система наслѣдованія по закону: Новелла 118. . . . . стр. 401—419

Необходимое наслѣдованіе. — *Лишеніе наслѣдства, exheredatio.* —*Законная часть, portio legitima*; *querela inofficiosi testamenti*; величина законной части; exheredatio notae causa и exheredatio bona mente facta . . . . . стр. 419—429

Лежачее наслѣдство, hereditas jacens . . стр. 429—431

Вступленіе, принятіе, aditio, acquisitio hereditatis стр. 431—452.

Условія принятія наслѣдства.—*Cretio.*—*Spatium deliberandi.* —Душеприкащики, исполнители завѣщаній, *executores testamentarii.*—Missio ex Carboniano edicto. — Missio furiosi nomine.— Missio ventris nomine. . . . . стр. 432—442

Призывъ безъ послѣдствій: отказъ отъ наслѣдства, неспособность къ наслѣдованію (incapacitas), смерть призываема-

го.—Переносъ наслѣдственныхъ правъ, *transmissiones*: transmissio ex capite infantiae seu ex jure patrio, transmissio Theodosiana, transmissio Justinianea, sive ex jure deliberandi, transmissio ex capite in integrum restitutionis . . . стр. 442—447

Право приращенія, *jus accrescendi*.—Выморочeнное наслѣдственное имущество, *bona vacantia* . . . . . стр. 447—452

Отмѣна принятаго наслѣдства. — *Indignitas, bona ereptoria* стр. 452—456.

Отношенія по принятому наслѣдству.—Beneficium inventarii.—Beneficium separationis.— Дѣлежъ наслѣдства; *actio familiae erciscundae.* — Наслѣдственный зачетъ, *collatio*: collatio omnium bonorum, collatio dotis, collatio descendentium... стр. 456—465

Защита наслѣдственнаго права. — Наслѣдственный искъ, *hereditatis petitio*: истецъ, отвѣтчикъ, доказательства, отвѣтственность, возраженіе отвѣтчика.—*Interdictum quorum bonorum.—Interdictum quod legatorum.—Remedium ex lege ult. Cod. de Edicto D. Hadriani tollendo* . . . . . стр. 465—476

Successio singularis . . . . . стр. 476—501

Отказы.—Понятіе.—*Legatum*; историческія его формы.—Ограниченія отказовъ.—Законъ Фальцидія, *lex Falcidia*; вычисленіе фальцидіевой четверти. — *Fideicommissum, довѣренное порученіе*; различіе его отъ легата; слитіе съ легатомъ.—Открытіе и осуществленіе отказа; *dies legati cedit, dies legati venit*; предметъ отказа.—Уничтоженіе отказовъ, *ademptio legati*; *translatio legati.—Regula Catoniana.*—Право приращенія между легатаріями. — Особыя формы отказовъ: 1) *Legatum partitionis*, 2) *Fideicommissum hereditatis*, 3) *Praelegatum.*—Способы охраненія правъ легатарія.—Средства защиты по отказамъ. . стр. 476—498.

Даренія на случай смерти, donationes mortis causa. — *Mortis causa capiones* . . . . . стр. 498—501