

СИСТЕМА РИМСКАГО ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА.

Профессора Боннскаго университета

Ю. Барона.

ПЕРЕВОДЪ

Л. Петражицкаго.

ВЫПУСКЪ ЧЕТВЕРТЫЙ.

Книга V. Семейственное право. Книга VI. Наслѣдственное право. Предметный указатель.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

Складъ изданія въ книжномъ магазинѣ Н. К. Мартынова, Невскій, 50.

1908.

О Г Л А В Л Е Н І Е.

КНИГА ПЯТАЯ.

Семейственное право.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Брачное право.

§§		СТР.
	РАЗДѢЛЬ ПЕРВЫЙ.	
330.	Понятіе брака и его вліяніе на личность и имущество супругов	1
	РАЗДѢЛЬ ВТОРОЙ.	
	Д о с .	
331.	А. Понятіе dos	3
	В. Установленіе dos.	
332.	1) Актъ установленія	5
333.	2) Время установленія	7
	С. Правоотношенія по приданому во время брака.	
334.	1) Права мужа	8
335.	Въ частности, о правахъ мужа въ случаѣ эвикціи дотальнаго предмета	10
336.	2) Права жены	—
	Д. Судьба приданого по прекращеніи брака.	
337.	1) Историческое введеніе	11
	2) Догматическое изложеніе	
338.	а. Кто имѣеть право требовать возвращенія?	15
339.	б. Предметъ возвращенія	16
340.	Придаточныя вещи	17
341.	Встрѣчныя требованія	18
342.	с. Мѣсто и время возвращенія	—
343.	д. Иски	19
344.	Е. Договоры о приданомъ	21
	РАЗДѢЛЬ ТРЕТІЙ.	
345.	Parapherna	23
	РАЗДѢЛЬ ЧЕТВЕРТЫЙ.	
346.	Donatio propter nuptias. Подарки между обрученными	24
	РАЗДѢЛЬ ПЯТЫЙ.	
347.	Дареніе между супругами	26
	РАЗДѢЛЬ ШЕСТОЙ.	
348.	Кража между супругами	28

§§	РАЗДѢЛЪ СЕДЬМОЙ.	СТР.
349.	Штрафы за разводъ	29

РАЗДѢЛЪ ВОСЬМОЙ.

350.	Второй бракъ	30
------	------------------------	----

РАЗДѢЛЪ ДЕВЯТЫЙ.

351.	Преждевременное вступленіе во второй бракъ	31
------	--	----

ГЛАВА ВТОРАЯ.

352.	Такъ наз. родительское и дѣтское право.	33
------	---	----

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Отечская власть.

РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

353.	Понятіе, защита и содержаніе.	35
------	---------------------------------------	----

РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Объ имущественныхъ отношеніяхъ подвластныхъ дѣтей.

I. Право Юстиніана.

354.	1) Историческое введеніе	36
355.	2) T. n. peculium profecticiam	38
356.	3) Peculium castrense и quasi castrense.	41
357.	4) Vona adventicia regularia	42
358.	5) Vona adventicia irregularia.	44
359.	6) Юридическія сдѣлки между отцомъ и подвластными дѣтьми	—
360.	II. Нынѣшнее право.	45

РАЗДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

Возникновеніе отеческой власти.

361.	1) Путемъ рожденія	46
362.	2) Путемъ legitimatio.	47
	3) Усыновленіе, или adoptio.	
363.	а. Понятіе и условія	48
364.	б. Актъ усыновленія	50
365.	с. Послѣдствія усыновленія.	51

РАЗДѢЛЪ ЧЕТВЕРТЫЙ.

Прекращеніе отеческой власти.

366.	1) Основанія прекращенія	52
367.	2) Послѣдствія прекращенія.	54

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

О п е к а.

РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

368.	Понятіе опеки	55
------	-------------------------	----

РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ.

369.	Историческое введеніе.	56
------	--------------------------------	----

РАЗДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

Доѣматическое изложенеіе.

§§		СТР.
	I. Учрежденіе опеки.	
	Предварительное замѣчаніе.	
370.	A. Случай нужды въ опеку	59
	B. Призваніе къ опекунской должности способнаго лица.	
371.	1) Способность къ опекунской должности	60
	2) Призывъ къ опеку (delatio опеки).	
372.	а. Римское право.	62
373.	б. Теперешнее право	66
	C. Обязанность принять должность опекуна.	
374.	1) Общія начала	—
375.	2) Excusatio	67
	II. Отправленіе опекунской должности.	
376.	A. Забота о личности опекаемаго	69
	B. Забота объ имуществѣ опекаемаго.	
377.	1) Обязанности опекуна	70
	2) Права опекуна.	
378.	а. Право отчужденія.	72
379.	б. Право принятія платежей.	74
380.	3) Форма отправленія опекунской должности	—
381.	4) Отправленіе опекунской должности нѣсколькими опекунами.	76
	5) Обязательства изъ отправленія опекунской должности.	
382.	а. Между опекаемымъ и опекуномъ.	77
383.	б. Между опекаемымъ и другими лицами	79
384.	III. Окончаніе опеки	80
385.	IV. Опекунскія учрежденія	82
386.	V. Т. п. Protutor	83

КНИГА ШЕСТАЯ.

Наслѣдственное право.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Введеніе.

387.	1) Объясненіе техническихъ выраженій	84
388.	2) Hereditas и bonorum possessio	86
389.	3) Hereditas iacens	89
390.	4) Условія наследственнаго права	92

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Открытіе наследства.

РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Наслѣдованіе по завѣщанію.

391.	I. Значеніе распоряженій на случай смерти. Понятіе завѣщанія	96
------	--	----

§§		СТР.
	II. Составленіе завѣщанія.	
	Предварительное завѣщаніе	98
392.	A. Способность къ составленію завѣщанія (т. н. testamentifactio activa)	—
	B. Форма завѣщанія.	
	1) Частныя завѣщанія.	
393.	а. Обыкновенныя частныя завѣщанія	100
394.	б. Чрезвычайныя частныя завѣщанія	102
395.	2) Публичныя завѣщанія	105
	C. Назначеніе наслѣдника.	
396.	1) Воля наслѣдодателя	106
397.	2) Изъявленіе воли	109
398.	3) Лицо назначаемаго наслѣдникомъ	110
	4) Объемъ назначенія.	
399.	а. Опредѣленіе долей	113
400.	б. Т. н. heredis institutio ex re certa	115
401.	5) Самоограниченія воли при назначеніи наслѣдника	117
	6) Субституціи.	
402.	а. Substitutio vulgaris	120
403.	б. Substitutio pupillaris	122
404.	в. Т. н. substitutio quasi pupillaris	124
405.	III. Недѣйствительность завѣщанія	—
406.	IV. Вскрытіе завѣщанія	127

РАЗДѢЛЬ ВТОРОЙ.

Наслѣдованіе ab intestato (наслѣдованіе по закону, законное наслѣдованіе).

407.	1) Историческое введеніе	128
408.	2) Кругъ лицъ, которымъ принадлежитъ наслѣдственное право ab intestato	130
409.	3) Порядокъ наслѣдованія	131
410.	4) Т. н. successio ordinum et graduum (преемство классовъ и степеней)	134
411.	5) Наслѣдственные доли	135

РАЗДѢЛЬ ТРЕТІЙ.

Необходимое наслѣдственное право.

412.	1) Понятіе и виды	136
413.	2) Необходимое наслѣдственное право древняго ius civile	137
414.	3) Необх. насл. право преторскаго эдикта	139
415.	4) Необх. насл. право центумвиральнаго суда	141
416.	5) Необх. насл. право 115-й Новеллы	147
417.	6) Т. н. чрезвычайное необх. насл. право	149
418.	7) Критика римскаго необх. насл. права	150

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Осуществленіе и отмѣна открытія наслѣдства.

РАЗДѢЛЬ ПЕРВЫЙ.

Осуществленіе открытія, или приобрѣтеніе наслѣдства.

I. Hereditas.

419.	1) Приобрѣтеніе посредствомъ принятія	152
------	---	-----

§§		СТР.
420.	2) Приобрѣтеніе ipso iure	155
421.	II. Приобрѣтеніе bonorum possessio	156
422.	III. Современное право.	157
423.	IV. Провизорное приобретѣніе наслѣдства	—

РАЗДѢЛЬ ВТОРОЙ.

Отмѣна delatio.

424.	1) Основанія отмѣны	159
425.	2) Послѣдствія отмѣны delatio	162

РАЗДѢЛЬ ТРЕТІЙ.

426.	Отмѣна приобретѣнія наслѣдства.	166
------	---	-----

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Правоотношенія наслѣдника.

427.	I. Вообще.	169
428.	II. Въ частности, правоотношенія сонаслѣдниковъ.	172
429.	Обязанность внесенія имущества (collatio)	174
	III. Защита наслѣдственного права.	
	Предварительное замѣчаніе	177
	A. Hereditatis petitio.	
430.	1) Условія иска	178
431.	2) Доказываніе.	180
432.	3) Обязанности отвѣтчика	181
433.	4) Возраженія отвѣтчика.	182
	Приложеніе.	
434.	Exc. quod praeiudicium hereditati non fiat.	183
435.	B. Провизорная защита наслѣдственного права	184
	Приложеніе.	
436.	Отчужденіе наслѣдства	185

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Отказы.

РАЗДѢЛЬ ПЕРВЫЙ.

437.	Понятіе отказа и его формы въ римскомъ правѣ	186
------	--	-----

РАЗДѢЛЬ ВТОРОЙ.

Назначеніе отказа.

438.	1) Лица	189
439.	2) Актъ назначенія	192
440.	3) Предметъ отказа.	193
441.	4) Воля отказывающаго и ея изъясненіе	194
442.	5) Недѣйствительность назначеннаго отказа	195

РАЗДѢЛЬ ТРЕТІЙ.

443.	Приобрѣтеніе отказа.	198
------	------------------------------	-----

РАЗДѢЛЬ ЧЕТВЕРТЫЙ.

*Правоотношенія отказополучателя послѣ пріобрѣтенія
отказа.*

§§		СТР.
444.	1) Обязательство между отказополучателемъ и обремененнымъ	201
445.	2) Пріобрѣтеніе вещныхъ правъ	203

РАЗДѢЛЬ ПЯТЫЙ.

Ограниченіе отказовъ (Quarta Falcidia).

446.	1) Общія начала	204
447.	2) Вычисленіе фальцидіевой четверти	205
448.	3) Вычисленіе и вычетъ фальцидіевой четверти въ случаѣ соединенія нѣсколькихъ наслѣдственныхъ долей.	206
449.	4) Отношеніе фальцидіевой четверти къ обязательной доль.	207

РАЗДѢЛЬ ШЕСТОЙ.

Особенная часть отказовъ.

	Предварительное замѣчаніе	208
450.	I. Отказы тѣлесныхъ вещей	—
451.	II. Отказы вещныхъ правъ на чужую вещь	211
452.	III. Отказы требованій	212
453.	IV. Отказы приданаго	214
	V. Универсальный отказъ.	
454.	А. Историческое введеніе	215
	В. Догматическое изложеніе.	
455.	1) Понятіе, назначеніе и пріобрѣтеніе универсальнаго фидеикоммисса	217
	2) Юридическое положеніе фидуціарія и фидеикоммиссарія.	
456.	а. Въ случаѣ добровольнаго принятія наслѣдства фидуціаріемъ	218
457.	Въ частности, объ исполненіи сингулярныхъ отказовъ.	221
458.	b. Въ случаѣ принудительнаго принятія наслѣдства фидуціаріемъ	—

Приложеніе.

Mortis causa donatio и capio.

459.	1) Mortis causa donatio	222
460.	2) Mortis causa capio	225

Указатель	227
---------------------	-----

КНИГА ПЯТАЯ.
СЕМЕЙСТВЕННОЕ ПРАВО.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.
Брачное право.

РАЗДѢЛЬ ПЕРВЫЙ.

§ 330. Понятіе брака и его вліяніе на личность и имущество супруговъ.

Vangerow, §§ 211. 213. 214.—*Windscheid*, §§ 489—491.—*Brinz*, §§ 467—470.—*Baron*, § 27.

Есть два легальныя опредѣленія брака; одно въ l. 1. D. de rit. nupt. 23, 2: nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio; другое въ § 1. I. de patr. pot. 1, 9: nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum vitae consuetudinem continens. По первому, бракъ есть соединеніе мужчины и женщины для нераздѣльнаго общенія жизни и права, по второму, — для нераздѣльнаго общенія жизни. Оба понятія въ римскомъ правѣ послѣдовательно не проведены.

1. Что касается личности супруговъ и ихъ общенія жизни, то въ правѣ Юстиніана (иначе въ Каноническомъ и Общемъ правѣ) дѣйствуетъ начало, по которому каждый супругъ можетъ безъ особыхъ основаній расторгнуть бракъ; хотя такое произвольное расторженіе брака влекло за собою строгія наказанія, но его послѣдствіе (бракъ остается расторгнутымъ ¹) противорѣчить понятію брака, какъ общенія всей жизни. Въ остальномъ отдѣльныя нормы римскаго права соотвѣтствуютъ понятію брака: супруги обязаны другъ другу взаимною брачною вѣрностью; женѣ сообщается domicilium и подсудность ^{1а} мужа, а если кто удерживаетъ ее противъ ея воли отъ мужа, то послѣдній можетъ потребовать ея выдачи (поср. int. de uxore exhibenda

¹ l. 2. l. 3. D. de div. 24, 2.—^{1а} Reichscivilprozessordnung § 17.

et ducenda²); равнымъ образомъ женѣ сообщается состояніе и званіе мужа³, а кто нанесетъ ей обиду, тотъ по р. пр. (ср. § 321 текстъ послѣ пр. 10) причиняетъ косвенно обиду и мужу⁴; одинъ супругъ не можетъ предъявить противъ другого иска, влекущаго за собою штрафъ или безчестіе⁵, точно также нельзя принудить одного супруга къ свидѣтельствуванію противъ другого⁶; супруги имѣютъ взаимно benef. competentiae (§ 228); жена обязана оказывать мужу почтеніе⁷, а мужъ обязанъ защищать жену⁸, поэтому онъ можетъ быть ея представителемъ въ процессѣ безъ особаго отъ нея уполномочія⁹.

Дальнѣйшія положенія объ общеніи жизни супруговъ существуютъ въ каноническомъ правѣ, которое¹⁰ въ частности признаетъ обязанность къ исполненію *debitum coniugale*; это не соотвѣтствуетъ сущности брака; личные отношенія супруговъ принадлежать по преимуществу и главнымъ образомъ къ области нравственной свободы и исключены изъ области права.

2. Что касается *общенія права* супруговъ, то послѣднее (кромя общенія состоянія и званія) не проведено послѣдовательно въ римскомъ правѣ императорскаго періода. Въ нѣкоторомъ отношеніи это общеніе дѣйствительно существовало въ республиканскій періодъ въ тѣхъ бракахъ, съ которыми соединялась manus мужа надъ женою, и въ которыхъ жена была въ положеніи дочери, а все ея имущество составляло часть имущества мужа¹¹. Но когда къ концу республики брачная жизнь пришла въ упадокъ, и manus вышла изъ употребленія, то наступилъ конфликтъ между началомъ полного уравниенія женскаго пола (§ 20) и древнереспубликанскимъ возрѣніемъ на бракъ; первое побѣдило, и было установлено начало, по которому *имущество каждаго супруга не затрагивается бракомъ*. Это начало смягчалось лишь тѣмъ обычаемъ, существовавшимъ у Римлянъ, по которому каждая дѣвушка,

² l. 2. D. de lib. exh. 43, 30; l. 11. C. de nupt. 5, 4; l. 3. C. de lib. exh. 8, 8.—³ l. 13. C. de dign. 12, 1; l. 22. § 1. l. 38. § 3. D. ad munic. 50, 1.—

⁴ l. 2. D. de ini. 47, 10.—⁵ l. 2. C. de rer. am. 5, 21; l. 17. D. de serv. corr. 11, 3; l. 1. § 2. i. f. C. de iure dot. 5, 12.—⁶ l. 4. D. de test. 22, 5; Reichs-civilpr. § 348; Reichsstrafpr. § 51.—⁷ l. 14. § 1. D. sol. matr. 24, 3; l. 20. D. de re iud. 42, 1.—⁸ l. 14. i. f. D. sol. matr. 24, 3; l. 48. D. de op. lib. 38, 1.—⁹ l. 21. C. de proc. 2, 12.—¹⁰ c. 3. C. 32. qu. 2; c. 5. C. 33. qu. 5.—

¹¹ Gai. 1, 109 sqq.; 2, 86.

если только это было возможно, получала приданое, dos. Отсюда современное названіе римскаго имущественнаго брачнаго права — дотальная система; названіе это неподходящее; правильнѣе названіе — система раздѣльности имущества.

Общее мнѣніе приписываетъ т. н. дотальную систему и Общему праву, но въ дѣйствительности этотъ принципъ получилъ силу въ очень незначительной части Германіи, въ прочихъ же мѣстностяхъ удержались принципы германскаго права, по которымъ бракъ оказываетъ весьма существенное вліяніе на имущество жены или обоихъ супруговъ.

Впрочемъ, римскій принципъ подвергся уже у Римлянъ нѣкоторымъ модификаціямъ: если не непосредственно въ силу брака, то все-таки ради брака могутъ быть созданы одни имущественныя отношенія и запрещаются другія. Къ первымъ слѣдуетъ причислить отношенія вслѣдствіе установленія dos (§§ 331 — 344, въ противоположность къ dos остальное имущество жены называется *paraphernalia*, § 345) и *donatio propter nuptias* (§ 346). Къ послѣднимъ — простыя даренія (§ 347) и процессы о кражѣ (§ 348). Эти отношенія требуютъ подробнаго изложенія, то же относится и къ тѣмъ имущественнымъ отношеніямъ, которыя возникаютъ вслѣдствіе прекращенія брака: вслѣдствіе развода (§ 349), вторичнаго брака (§ 350) и преждевременнаго вторичнаго брака (§ 351).

РАЗДѢЛЬ ВТОРОЙ.

Д о с .

t. D. XXIII, 3; t. C. V, 12: de iure dotium. — *Hasse*, das Güterrecht der Ehegatten nach Römischen Recht. 1824. (Неокончено). — *Bechmann*, das Römische Dotalrecht. 2 Abth. 1863. 1867. — *Czyhlarz*, das Römische Dotalrecht. 1870.

А. § 331. Понятіе dos.

Vangerow, §§ 215. 221. — *Windscheid*, § 492. — *Brinz*, §§ 472—479. — *Baron*, § 33.

Dos (res uxoria, приданое) есть все то, что предоставлено мужу (или его отцу, если онъ находится подъ отеческою властью¹) женою или за нее къмъ либо другимъ², какъ

¹ l. 22. § 12. D. sol. matr. 24, 3. — ² l. 5. § 11. l. 9. pr. l. 29. l. 44. D. h. t. 23, 3; l. 9. C. de pact. conv. 5, 14.

взносъ для облегченія *opera matrimonii*³ (издержекъ семейной жизни). Издержки семейной жизни, если не было иного уговора⁴, обязанъ нести мужъ, какъ глава брачнаго союза⁵; онъ долженъ давать женѣ соотвѣтствующее общественному положенію содержаніе, хотя бы у нея было свое собственное имущество⁶; но такъ какъ сама жена и ея дѣти являются причиною значительной части издержекъ, то справедливо (для жены это даже нравственная обязанность)⁷ дать мужу извѣстный взносъ для покрытія такихъ издержекъ. Этотъ взносъ вовсе не есть дареніе *мужу*⁸; напротивъ, основаніемъ установленія *dos* въ случаѣ т. н. *dos necessaria* (§ 329) является намѣреніе погасить законный долгъ, въ случаѣ *dos voluntaria* — намѣреніе исполнить нравственную обязанность жены, слѣдовательно, если приданое назначается третьимъ лицомъ, — то намѣреніе совершить дареніе *женѣ*⁹. Приданое бываетъ столь же разнородно, какъ и дареніе (§ 68 послѣ III); оно можетъ быть дано путемъ предоставленія собственности¹⁰ и владѣнія¹¹ на тѣлесныя вещи, путемъ предоставленія вещныхъ правъ¹², путемъ отреченія отъ вещныхъ правъ¹³, путемъ перенесенія существующаго уже требованія¹⁴, путемъ установленія требованія¹⁵, путемъ отреченія отъ требованія противъ мужа¹⁶, даже путемъ отреченія въ пользу мужа отъ наслѣдства или отказа¹⁷. И все имущество можетъ быть предметомъ приданаго¹⁸.

³ l. 56. § 1. l. 76. D. h. t. 23, 3; l. 16. pr. D. de pec. castr. 49, 17; l. 11. D. de pact. dot. 23, 4; l. 46. D. fam. erc. 10, 2; l. 65. § 16. D. pro soc. 17, 2; l. 20. C. h. t. 5, 12.—⁴ l. 4. D. de pact. dot. 23, 4.—⁵ l. 7. pr. D. h. t. 23, 3; l. 20. C. h. t. 5, 12; l. 65. § 16. D. pro soc. 17, 2.—⁶ l. 21. pr. § 1. l. 28. §§ 6. 7. l. 31. § 8. D. de don. i. v. et u. 24, 1; l. 11. C. eod. 5, 16.—⁷ l. 32. § 2. D. de cond. ind. 12, 6.—⁸ l. 21. § 1. D. de don. i. v. et u. 24, 1; l. 19. D. de o. et a. 44, 7; l. 25. § 1. D. quae in fr. cr. 42, 8; l. 11. § 13. D. qu. in. pign. 20, 6.—⁹ l. 33. i. f. l. 43. § 1. D. h. t. 23, 3; l. 25. § 1. D. quae in fr. cr. 42, 8; l. 31. pr. C. h. t. 5, 12; l. un. § 13. C. de rei ux. a. 5, 13.—¹⁰ l. 7. § 3. D. h. t. 23, 3; l. 47. § 6. D. de pec. 15, 1.—¹¹ l. 12. pr. D. de Publ. a. 6, 2; l. 6. § 1. D. h. t. 23, 3.—¹² l. 7. § 2. l. 66. l. 78. § 2. D. h. t. 23, 3; l. 57. D. sol. matr. 24, 3.—¹³ l. 78. pr. D. h. t. 23, 3; l. 57. D. sol. matr. 24, 3.—¹⁴ l. 36. l. 37. l. 56. pr. l. 69. § 1. l. 78. § 5. l. 80. l. 83. D. h. t. 23, 3; l. 2. C. de o. et a. 4, 10.—¹⁵ l. 20. l. 21. l. 41. § 1. l. 48. pr. l. 68. D. h. t. 23, 3.—¹⁶ l. 41. § 2. l. 43. l. 53. § 1. D. h. t. 23, 3; l. 10. D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4.—¹⁷ l. 5. § 5. D. h. t. 23, 3; l. 14. § 3. D. d. fund. dot. 23, 5.—¹⁸ l. 72. pr. D. h. t. 23, 3; l. 4. C. h. t. 5, 12.

В. Установленіе dos.

1) § 332. Актъ установленія.

Vangerow, § 216.—*Windscheid*, § 494.—*Brinz*, § 482.—*Baron*, § 33.

Объ актѣ установленія приданого существуетъ въ источникахъ до-юстиніанова права изреченіе: *dos aut datur aut dicitur aut promittitur*¹. Эти слова не исчерпываютъ всѣхъ способовъ установленія; *приданое можетъ быть установлено посредствомъ дачи, обѣщанія и отказа.*

1. Дача *dos* (*datio dotis*) состоитъ въ томъ, что предметъ приданого тотчасъ и безъ предварительнаго обѣщанія вносится въ имущество мужа; *datio dotis* нельзя смѣшивать съ *numeratio dotis*², подъ которою разумѣется исполненіе дотальнаго обѣщанія (ниже sub 2). Смотря по предмету, для дачи *dos* могутъ служить разныя юр. сдѣлки:

а. Если предметъ *dos* состоитъ въ тѣлесныхъ вещахъ, право собственности на которыя долженъ приобрѣсть мужъ³, то требуется *traditio* (§ 131); часто стороны производятъ денежную оцѣнку или съ уговоромъ, что мужъ будетъ считаться покупщикомъ вещи, а сумма оцѣнки будетъ признаваться дѣйствительнымъ предметомъ приданого (т. н. *dos venditionis causa aestimata*, въ источникахъ *dos aestimata*), или для того, чтобы предупредить всякіе споры на случай, если впоследствии понадобится опредѣленіе цѣнности дотальнаго имущества (т. н. *dos taxationis causa aestimata*). Въ первомъ случаѣ (а такой предполагается въ сомнительныхъ случаяхъ) примѣняются начала купли⁴; поэтому, послѣ прекращенія брака мужъ долженъ возвратить сумму оцѣнки, хотя бы данныя ему вещи погибли отъ случая⁵. Во второмъ случаѣ предоставленныя вещи остаются предметомъ приданого, а сумма оцѣнки послѣ прекращенія брака подлежитъ платежу вмѣсто вещей только въ томъ случаѣ, если послѣднія не могутъ быть возвращены по

¹ *Ulp. fr.* 6, 1.—² *l. 1. C. de dote cauta* 5, 15; *l. 41. D. sol. matr.* 24, 3.—³ *l. 7. § 3. D. h. t.* 23, 3; *l. 47. § 6. D. de pec.* 15, 1.—⁴ *l. 10. § 5. ll.* 14—16. *l. 18. D. h. t.* 23, 3; *l. 1. l. 10. C. h. t.* 5, 12; *l. un. § 9. C. de rei ux. a.* 5, 13.—⁵ *l. 10. pr. D. h. t.* 23, 3; *l. 51. D. sol. matr.* 24, 3; однако см. еще § seq. пр. 1.

причинамъ, за которыя отвѣчаетъ мужъ⁶; но въ этомъ случаѣ мужъ отвѣчаетъ не только за *diligentia quam in suis* (какъ утверждаетъ общее мнѣніе), а за *custodia* просто⁷ (§ 237 пр. 11).

b. Если въ приданое должны быть установлены мужу сервитутъ, эмфитевзисъ, суперфицій¹⁰, то соблюдаются правила §§-овъ 167. 179. 183.—Существующіе эмфитевзисъ и суперфицій могутъ быть также даны въ приданое, но изъ существующихъ уже сервитутовъ въ приданое можетъ быть данъ только узурфруктъ и то лишь со стороны осуществленія (а не права).—Отъ сервитутовъ, эмфитевзиса, суперфиція, обременяющихъ собственность мужа, субъектъ этихъ правъ можетъ отречься *dotis causa*.—Наконецъ, въ приданое можетъ быть установлено право извлеченія плодовъ и въ томъ смыслѣ, что предметомъ *dos* будутъ сами плоды, такъ что мужъ пользуется только процентами отъ суммы, вырученной за плоды¹¹.

c. Требованія противъ третьихъ лицъ даются мужу въ *dos* посредствомъ *cessiо* или *делегации*; если же должникомъ является самъ мужъ, то необходимо прощеніе долга¹².

d. Если предметомъ приданого служить цѣлое имущество, то, смотря по составнымъ частямъ послѣдняго, примѣняются разныя сдѣлки. Въ этомъ случаѣ не бываетъ универсальнаго преемства между мужемъ и установителемъ приданого, такъ что вѣрители со своими требованіями обращаются только къ послѣднему; но мужъ обязанъ отдать установителю приданого столько, сколько потребуется для уплаты его долговъ¹³ (§ 303 пр. 5).

e. Если установленіе *dos* должно заключаться въ отреченіи отъ открывшагося наслѣдства или отказа, то достаточно простого изъявленія воли¹⁴.

2. *Дотальное обѣщаніе*¹⁶. Дотальное обѣщаніе давалось въ классическомъ правѣ въ формѣ *stipulatio* (*promissio dotis*) или *dotis dictio*; въ правѣ Юстиніана *dotis dictio* вышла изъ

⁶ l. 69. § 7. D. h. t. 23, 3; l. 21. C. h. t. 5, 12; l. 50. D. sol. matr. 24, 3.—
⁷ l. 52. § 3. D. pro soc. 17, 2.—⁸ l. 10. § 6. l. 11. D. h. t. 23, 3; l. 11. D. de fund. dot. 23, 5; l. 1. C. de fund. dot. 5, 23.—⁹ l. 6. § 2. l. 12. пр. § 1. D. h. t. 23, 3; l. 6. C. sol. matr. 5, 18.—¹⁰ См. мѣста пр. 12. 13 § 331.—
¹¹ l. 4. D. de pact. dot. 23, 4; l. 7. § 2. D. h. t. 23, 3.—¹² См. мѣста пр. 14. 16 § 331.—¹³ См. мѣста пр. 18. § 331.—¹⁴ См. мѣста пр. 17 § 331.—¹⁵ l. 13. l. 30. l. 40. l. 64. l. 69. § 2. D. h. t. 23, 3; l. 19. l. 66. § 5. D. sol. matr. 24, 3.—¹⁶ t. C. 5, 11: de dotis prommissione et nuda pollicitatione.

употребленія¹⁷, зато прибавился неформальный договор¹⁸ (§ 209 пр. 29). Въ нынѣшнемъ правѣ достаточно неформальнаго договора.

3. *Отказъ*²¹. Предполагается отказъ *мужу*; отказъ женѣ съ опредѣленіемъ дать отказанное имущество въ приданое не будетъ установленіемъ приданого, а только даетъ поводъ къ установленію^{21a}.

О мнимой *pollicitatio dotis* ср. § 211 пр. 6. 7.

2) § 333. Время установленія.

Dos можетъ быть установлена какъ до совершенія, такъ и по совершеніи брака.

1. Если *dos* устанавливается до совершенія брака, то спрашивается:

a. переходить ли предметъ *тотчасъ* въ имущество мужа?

b. сообщается ли предмету *тотчасъ* дотальный характер?

ad a. Здѣсь вопросъ рѣшается исключительно намѣреніемъ сторонъ; но примѣняются и нѣкоторыя предположенія. А именно, если *dos* устанавливается посредствомъ *datio*, то при *dos venditionis causa aestimata* въ сомнительныхъ случаяхъ предполагается, что (подобно переходу права собственности до уплаты покупной цѣны) установленіе *dos* до заключенія брака является суспензивно-условнымъ, такъ что переходъ права собственности происходитъ въ моментъ заключенія брака (если же бракъ не состоится, то предметъ можетъ быть вытребованъ поср. *rei vindicatio* отъ *всякаго владѣльца*)¹; при всякой другой *dos* предполагается, что переходъ собственности къ мужу наступаетъ тотчасъ (такъ что если бракъ не состоится, то предметъ можетъ быть вытребованъ отъ *прежняго жениха* поср. *cond. ob causam datorum*)².

ad b. Дотальный характеръ сообщается предмету, хотя бы онъ тотчасъ перешелъ въ имущество жениха, только съ момента совершенія брака³; ибо установленіе *dos* совершается съ

¹⁷ Ея слѣды въ l. 25. l. 44. § 1. l. 46. § 1. l. 57. l. 59. пр. D. h. t. 23, 3.—¹⁸ l. 6. C. h. t. 5, 11.—¹⁹ l. 3. C. h. t. 5, 11; l. 69. § 4. D. h. t. 23, 3.—²⁰ l. 1. C. h. t. 5, 11.—²¹ l. 71. § 3. D. de cond. et. dem. 35, 1; l. 48. § 1. D. h. t. 23, 3.—^{21a} l. 69. § 2. i. f. D. de leg. 1 (30).—²² l. 77. § 9. D. de leg. 2 (31); l. 43. D. de leg. 3 (32).

¹ l. 10. §§ 4. 5. l. 17. § 1. D. h. t. 23, 3.—² l. 7. § 1. l. 8. l. 9. пр. D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4; l. 7. § 3. l. 8. l. 9 пр. D. h. t. 23, 3.—³ l. 21. l. 22. l. 41. § 1. D. h. t. 23, 3.—⁴ l. 43. пр. D. h. t. 23, 3.—⁵ l. 3. D. h. t. 23, 3; l. 1. § 2. 3. D. pro dote 41, 9.

молчаливымъ условіемъ (§ 52 sub 1), что будетъ заключенъ бракъ⁶. Поэтому, плоды, извлеченные женихомъ до совершенія брака, не идутъ въ его пользу, а представляютъ только увеличеніе dos.

2. Dos можетъ быть установлена послѣ заключенія брака⁷, и даже самою женою⁸, такъ какъ это вовсе не представляетъ даренія мужу (§ 347). Во время брака можетъ быть также совершенно увеличеніе или превращеніе dos (permutatio dotis)⁹; въ частности можетъ состояться уговоръ, по которому вмѣсто суммы дотальныхъ денегъ предметомъ dos дѣлаются тѣ вещи, которыя за эти деньги приобрѣтены, и обратно¹⁰.

С. Правоотношенія по приданому во время брака.

1) § 334. Права мужа.

Vangerow, § 217.—*Windscheid*, §§ 496. 497.—*Brinz*, § 473.—*Baron*, § 33.

Права мужа на dos зависятъ отъ предмета dos и отъ намѣренія сторонъ. Самый частый случай—тотъ, что мужу дается въ собственность тѣлесная вещь; рассмотримъ этотъ случай.

Какъ собственникъ, мужъ приобрѣтаетъ плоды (чрезъ *separatio*, § 134 пр. 2) и другія приращенія; плоды остаются за нимъ, хотя бы они превышали издержки семейной жизни, зато онъ долженъ нести всѣ повинности дотального предмета¹; приращенія (въ томъ числѣ и половину клада, найденнаго имъ въ дотальной вещи)² онъ долженъ причислить къ dos, слѣд., выдать ихъ вмѣстѣ съ dos по прекращеніи брака³.—Какъ собственникъ, мужъ имѣетъ свободное право управленія предметомъ приданнаго; ограниченіемъ этого права является только начало, по которому онъ долженъ соблюдать при управленіи *diligentiam quam in suis*⁴; по отношенію къ *res fungibiles* онъ отвѣчаетъ и за случайную гибель⁵.—Какъ собственникъ, мужъ имѣетъ право и обязанъ защищать предметъ dos отъ всякаго

⁶ 1. 21. 1. 23. D. h. t. 23, 3.—⁷ 1. 7. § 3. D. h. t. 23, 3.—⁸ 1. 20. C. de don. a. nupt. 5, 3.—⁹ 1. 19. C. de don. a. nupt. 5, 3.—¹⁰ 11. 25—27. 1. 32. D. h. t. 23, 6.

¹ 1. 7. пр. 1. 10. § 3. D. de i. d. 23, 3; 1. 20. C. de i. d. 5, 12.—² 1. 7. § 12. D. sol. matr. 24, 3.—³ 1. 10. §§ 1—3. 1. 69. § 9. D. de i. d. 23, 3.—⁴ 1. 10. § 6. 1. 11. 1. 17. пр. D. de i. d. 23, 3; 1. 24. § 5. 1. 25. § 1. D. sol. matr. 24, 3.—⁵ 1. 42. D. de i. d. 23, 3.

посягательства и устранять всякое нарушение (различными исками: rei vindicatio, negatoria, condictio furtiva, act. legis Aquiliae и т. д.)⁶. — Какъ собственникъ, мужъ долженъ бы имѣть свободное право отчужденія дотального предмета; и дѣйствительно, онъ имѣлъ это право до Августа, послѣ Августа — лишь по отношенію къ движимостямъ⁷; относительно недвижимостей lex Iulia de fundo dotali⁸, часть legis Iuliae de adulteriis, опредѣлила, что мужъ не можетъ ихъ отчуждать безъ согласія жены; закладывать ихъ онъ не могъ даже съ согласія жены, такъ какъ это была бы запрещенная для жены intercessio; Юстинианъ⁹ запретилъ и отчужденіе съ согласія жены. Съ этого времени¹⁰ признается ничтожнымъ всякое отчужденіе дотального участка со стороны мужа¹¹, какъ полное отчужденіе, такъ и частичное (путемъ установленія вещныхъ правъ или отреченія отъ связанныхъ съ участкомъ правъ)¹²; не допускается также начало давностнаго владѣнія дотальнымъ участкомъ¹³, а равно и потеря вещныхъ сервитутовъ чрезъ неосуществленіе¹⁴; однимъ словомъ, «отчужденіе» разумѣется здѣсь въ *самомъ обширномъ* смыслѣ (ср. § 47 sub III). Такъ какъ отчужденіе ничтожно, то самъ же мужъ можетъ даже во время брака виндигировать дотальный участокъ отъ всякаго владѣльца, а эксцепціи rei venditae et traditae онъ можетъ противопоставить replicatio l. Iuliae¹⁵; приобрѣтатель можетъ только удерживать участокъ до тѣхъ поръ, пока мужъ не возмѣститъ ему убытковъ (покупной цѣны). Запрещеніе отчужденія начинается съ момента установленія dos (стало быть, еще до брака, если установленіе dos происходитъ до брака)¹⁶, и не лишается силы до возврата приданого (стало быть, его дѣйствіе выходитъ за предѣлы брака)¹⁷. Подъ запрещеніе не подпадаетъ отчужденіе fundus venditionis causa aestimatus (такой участокъ не есть участокъ дотальный)¹⁸, отчужденіе даннаго въ приданое участка, который путемъ превращенія (§ 333

⁶ l. 25. D. de act. rer. amot. 25, 1; l. 49. § 1. D. de furt. 47, 2; l. 11. C. de i. d. 5, 12.—⁷ l. 3. C. de i. d. 5, 12; l. 61. D. sol. matr. 24, 3.—⁸ Pauli sent. rec. II, 21b, § 2; Gai. 2, 63.—⁹ l. un. § 15. C. de rei ux. a. 5, 13; pr. I. quib. al. 2, 8.—¹⁰ t. D. 23, 5; t. C. 5, 23; de fundo dotali.—¹¹ l. un. § 15. C. de rei ux. a. 5, 13; pr. I. quib. al. 2, 8; l. 42. D. de usurp. 41, 3.—¹² l. 5. § 6. D. h. t. 23, 5.—¹³ l. 16. D. h. t. 23, 5.—¹⁴ l. 5. l. 6. D. h. t. 23, 5.—¹⁵ l. 1. § 5. D. de exc. r. v. 21, 3.—¹⁶ l. 4. D. h. t. 23, 5.—¹⁷ l. 12. pr. D. h. t. 23, 5.

пр. 9. 10) потерялъ дотальный характер¹⁹, отчужденіе, происшедшее помимо воли мужа (напр., дотальный участокъ присужденъ сосѣду вслѣдствіе упорнаго отказа дать *cautio damni infecti*²⁰; въ приданое дана половина участка, а собственникъ другой половины вчиняетъ процессъ о раздѣлѣ, по которому ему присуждается цѣлый участокъ)²¹.

§ 335. Въ частности, о правахъ мужа въ случаѣ эвикціи дотальнаго предмета.

Vangerow, § 217.—*Windscheid*, § 495.

Само собою разумѣется, что въ случаѣ эвикціи *dos venditionis causa aestimata* мужу принадлежать всѣ права покупателя¹. Во всѣхъ прочихъ случаяхъ дѣло зависитъ отъ способа установленія *dos*²:

1. Если *dos* установлена путемъ *объщанія*, то мужъ можетъ все еще требовать отъ установителя исполненія; ибо предоставленіе предмета, отнятаго теперь по *evictio*, не есть исполненіе общанія.

2. Если *dos* установлена посредствомъ *datio*, то мужъ имѣетъ требованіе противъ установителя только тогда, когда послѣдній дѣйствовалъ *dolo*, т. е. завѣдомо далъ предметъ, подлежащій эвикціи; это требованіе осуществляется поср. *actio de dolo*³. Если не было умысла, то мужъ ни въ какомъ случаѣ не имѣетъ притязанія противъ установителя *dos*, но притязаніе противъ послѣдняго имѣетъ жена (что нѣкоторые оспариваютъ безъ основанія), если установитель былъ обязанъ къ установленію приданнаго по закону; онъ долженъ исполнить свое законное обязательство.

2) § 336. Права жены.

Vangerow, § 218.—*Windscheid*, § 498.—*Brinz*, §§ 474—478.—*Baron*, § 33.

Женѣ принадлежитъ право на то, чтобы доходъ отъ дотальнаго имущества былъ издерживаемъ сообразно своему назначенію и чтобы само приданое сохранялось для своей цѣли; поэтому, жена еще во время брака можетъ требовать возвращенія приданнаго, если мужъ расточаетъ его¹ или дѣлается не-

¹⁸ l. 11. D. h. t. 23, 5.—¹⁹ l. 26. l. 27. l. 56. § 3. D. de i. d. 23, 3.—²⁰ l. 1. pr. D. h. t. 23, 5.—²¹ l. 78. § 4. D. de i. d. 23, 3; l. 2. C. h. t. 5, 23. —²² l. 3. § 1. D. h. t. 23, 5.—²³ c. 28. X. de iurei. 2, 24.—²⁴ l. 77. § 5. D. de leg. 2 (31). —²⁵ l. 17. D. h. t. 23, 5; l. 42. D. de usurp. 41, 3.

¹ l. 16. D. de i. d. 23, 3.—² l. 1. C. de i. d. 5, 12; l. 69. § 7. D. de i. d. 23, 3.—³ Ср. l. 34. D. de i. d. 23, 3.

¹ l. 22. §§ 8. 9. D. sol. matr. 24, 3.

состоятельнымъ²; получениемъ приданаго жена принимаетъ на себя тѣ же обязанности, которыя лежали на мужѣ³. Далѣе, жена имѣетъ *очень часто* право на получение dos по прекращеніи брака (*obligatio futura*); поэтому, уже и во время брака на нее смотрятъ въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ, какъ на собственницу. Если она дала въ приданое предметъ, который купленъ ею отъ несобственника, и который теперь отнять у мужа по *evictio*, то она можетъ требовать отъ продавца уплаты интереса⁴; правило, по которому собственникъ недвижимаго имущества освобождается въ процессахъ отъ *cautiones reales* (§ 76 пр. 8), примѣняется и къ женѣ, если въ приданомъ есть недвижимое имущество⁵; неполнолѣтняя (*minor*) жена, которую при заключеніи дotalьнаго договора (§ 344) отецъ склонилъ къ соглашеніямъ, для нея вреднымъ, получаетъ противъ нихъ *in integrum restitutio*⁶; несмотря на существованіе брака, дочь должна внести въ наслѣдственную массу (*conferre*) свое приданое, если желаетъ участвовать въ наслѣдованіи послѣ отца⁸; издержки на погребеніе жены падаютъ на dos въ видѣ долга наслѣдства⁹ (§ 310 пр. 6). Всѣ эти обстоятельства дали поводъ уже классическимъ юристамъ къ *неточнымъ* выраженіямъ, будто dos принадлежитъ женѣ¹⁰, хотя обыкновенно они называютъ мужа собственникомъ дotalьныхъ вещей; Юстиніанъ¹¹ даже утверждаетъ, что право собственности мужа имѣетъ мѣсто только *subtilitate legum*, между тѣмъ какъ *ex naturali iure* собственникъ дotalьнаго имущества—жена. Это—совсѣмъ не-юридическое воззрѣніе.

D. Судьба приданаго по прекращеніи брака.

1) § 337. Историческое введеніе.

Baron, Gesamtrechtsverhältnisse. § 37. 1864.—*Mandry*, Familiengüterrecht. T. 1. §§ 34. 35. 1871.—*Brinz*, § 483.—*Baron*, § 33.

Судьба и обсужденіе dos по прекращеніи брака были существенно измѣнены Юстиніаномъ¹. Для пониманія источни-

² l. 24. pr. D. sol. matr. 24, 3; l. 29. C. de i. d. 5, 12.—³ l. 29. C. de i. d. 5, 12; Nov. 97. c. 6. pr.—⁴ l. 75. D. de i. d. 23, 3.—⁵ l. 15. § 3. D. qui satisd. 2, 8.—⁶ l. 3. § 5. D. de min. 4, 4.—⁷ l. 4. D. de coll. bon. 37, 6.—⁸ l. 1. § 6. l. 5. § 1. l. 9. D. de dot. coll. 37, 7.—⁹ l. 16. D. de relig. 11, 7.—¹⁰ l. 3. § 5. D. de min. 4, 4; l. 71. D. de ev. 21, 2; l. 75. D. de i. d. 23, 3; l. 4. D. de coll. 37, 6.—¹¹ l. 30. C. de i. d. 5, 12.

¹ Въ l. un. C. de rei ux. a. 5, 13.

ковъ, которые по большей части относятся ко времени до-юстиніанову, а равно и для уясненія перемѣнъ, произведенныхъ Юстиніаномъ, необходимо историческое введеніе.

I. По праву до-юстиніанову, слѣдуетъ различать два главныхъ случая: судьба и обсужденіе приданого различны, смотря по тому, было ли при его установленіи выговорено установителемъ, чтобы по прекращеніи брака dos была ему возвращена, или нѣтъ.

A. *Возвращеніе приданого по прекращеніи брака было выговорено дотальнымъ договоромъ* (приданое тогда называется dos recepticia)². Установитель можетъ выговорить dos себѣ самому или (какъ восходящій) также женѣ или ея нисходящимъ³ (§ 217 пр. 12); по формѣ дотальный договоръ прежде долженъ былъ быть стипуляціей, и только въ императорское время при dotis datio признали достаточнымъ неформальное обѣщаніе⁴; поэтому, искъ о возвращеніи приданого бываетъ обыкновенно actio ex stipulatu, искъ stricti iuris, при осуществленіи котораго не принимается во вниманіе, что мужъ, можетъ быть, строгимъ проведеніемъ требованія будетъ поставленъ въ затруднительное положеніе; такимъ образомъ мужъ долженъ отдать приданое:

1. во всякомъ случаѣ; никогда оно не идетъ въ его пользу;
2. въ цѣлости; никакихъ вычетовъ не полагается, кромѣ вычета по поводу необходимыхъ издержекъ, къ которымъ примѣняется начало: impensae necessariae dotem ipso iure minuunt; онъ не имѣетъ benef. competentiae;

3. тотчасъ по прекращеніи брака; никакой отсрочки ему не дается;

4. если бракъ прекращается смертью мужа, который что либо оставилъ женѣ, то его наслѣдникъ все-таки обязанъ уплатить и все приданое⁵.

B. *Возвращеніе приданого по прекращеніи брака не было выговорено* (dos non recepticia). Въ основаніи юридическихъ нормъ, которыя тогда примѣняются, очевидно, лежитъ стремленіе оказать справедливое снисхожденіе мужу или его наслѣдникамъ; поэтому, искъ, предъявляемый въ этомъ случаѣ и на-

² Ulp. fr. 6, 5.—³ l. 45. D. sol. matr. 24, 3; l. 7. C. de pact. conv. 5, 14.—

⁴ l. 1. C. de pact. conv. 5, 14; l. 6. C. de i. d. 5, 12; l. un. § 13. C. de rei ux. a. 5, 13.—⁵ l. un. § 3. C. de rei ux. a. 5, 13.

зывается *actio rei uxoriae*, причисляется къ *actiones bonae fidei*⁶. Въ этомъ случаѣ мужъ обязанъ возвратить *dos*:

1. *не всегда*; если бракъ прекратился смертью жены, то приданое идетъ въ пользу мужа: *dos adventicia* всегда, *dos profecticia* въ томъ случаѣ, если установителя уже нѣтъ въ живыхъ (ибо *actio uxoria*—искъ, не переходящій по наслѣдству); если же установитель еще живеть, то онъ же и получаетъ *dos profecticia* (все равно, находилась ли жена подъ его властью или нѣтъ, оставила ли жена дѣтей или нѣтъ); но мужъ можетъ вычесть у него одну пятую по поводу каждаго дитяти отъ брака (*retentio propter liberos*)⁷. Приданое всегда подлежитъ возвращенію въ томъ случаѣ, если бракъ прекратился смертью мужа или разводомъ, и притомъ:

а. одной женѣ, если она—*sui iuris*; безразлично, *profecticia* ли *dos* или *adventicia*; но если жена умретъ, не поставивъ мужа *in mora*, то *dos* остается въ пользу мужа⁸:

б. женѣ и ея отцу вмѣстѣ, если она еще находится подъ отеческою властью; безразлично, *profecticia* ли *dos* или *adventicia*. Общность права отца и жены выражена въ источникахъ словами: *dos fit communis patri et filiae*⁹. Спорятъ о томъ, подъ какое техническое понятіе слѣдуетъ подвести общее право отца и жены; нѣкоторые считаютъ управомоченнымъ только отца, который связанъ однако правомъ согласія, принадлежащимъ женѣ; другіе выставляютъ прямо противоположное мнѣніе; по мнѣнію автора этого учебника, мы имѣемъ здѣсь дѣло съ совокупнымъ правоотношеніемъ: отецъ и жена управомочены вмѣстѣ, какъ бы одно лицо; частичнаго права жены и частичнаго права отца здѣсь нѣтъ; отпаденіе одного изъ управомоченныхъ превращаетъ общее право въ право одного лица—оставшагося.

2. *Не все приданое*; мужъ можетъ дѣлать вычеты по различнымъ причинамъ (*retentio propter liberos, mores, impensas utiles, res donatas, res amotas*)¹⁴; онъ пользуется также *benef. competentiae*¹⁵.

3. *Не тотчасъ*; *res fungibiles* мужъ можетъ отдать тремя равными уплатами спустя одинъ, два, три года (*annua, bima, trima die*)¹⁶.

⁶ 1. un. § 2. C. de rei ux. a. 5, 13; § 29. I. de act. 4, 6.—⁷ Ulp. fr. 6, 3—5; Vat. fr. § 108; 1. un. § 6. C. de rei ux. a. 5, 13.—⁸ Ulp. fr. 6, 6, 7.—⁹ 1. 2. § 1. 1. 3. 1. 22. § 1. D. sol. matr. 24, 3; 1. 34. § 6. D. de sol. 46, 3.—¹⁰ 1. 2. § 1. 1. 3. 1. 22. §§ 1. 3. 1. 66. § 2. D. sol. matr. 24, 3; 1. 34. § 6. D. de sol. 46, 3.—¹¹ 1. 66. § 2. 1. 4. D. sol. matr. 24, 3; 1. un. § 14. C. de rei ux. a. 5, 13.—¹² 1. 25. pr. D. rat. rem 46, 8.—¹³ 1. 22. § 5. 1. 2. § 1. i. f. D. sol. matr. 24, 3.—¹⁴ Ulp. fr. 6, 9—17.—¹⁵ 1. un. § 7. C. de rei ux. a. 5, 13.—¹⁶ Ulp. fr. 6, 8.

4. По преторскому *edictum de alterutro*, если брак прекратился смертью мужа, который оставил что либо женѣ, то послѣдняя не можетъ въ одно время потребовать выдачи приданого и оставленнаго ей мужемъ, а только можетъ выбрать или то, или другое¹⁷.

II. Въ *l. un. C. de rei uxoriae actione* 5, 13 Юстинианъ отмѣнилъ *act. rei uxoriae*; онъ опредѣлилъ, что требованіе возврата *dos* всегда осуществляется по ср. *act. ex stipulatu*, хотя бы не было вовсе заключено стипуляціи о возвращеніи *dos*¹⁸; но къ этой (новой) *act. ex stipulatu* примѣняются по общему правилу начала отмѣненной *act. rei uxoriae*, если они выгоднѣе для жены, нежели начала *act. ex stipulatu*, и постольку новая *act. ex stipulatu* имѣетъ природу *actio bonae fidei*¹⁹. Руководствуясь этими принципами, Юстинианъ установилъ слѣдующія частныя положенія: оставленіе *dos* въ пользу мужа (выше В. 1) отмѣнено²⁰; *retentiones ob liberos, mores, impensas utiles, res donatas, res amotas* (выше В. 2) отмѣнены²¹; *ed. de alterutro* (выше В. 4) отмѣнено²²; мужу всегда принадлежитъ *benef. competentiae* (выше А. 2 и В. 2)²³; возвращеніе недвижимаго дotalьнаго имущества должно происходить тотчасъ, прочихъ вещей—спустя одинъ годъ²⁴; если въ моментъ смерти отца бракъ еще существуетъ, то притязаніе на *dos* (даже на *dos profecticia*) принадлежитъ одной женѣ (какъ при *act. rei uxoriae*), а не наслѣдникамъ отца²⁵; если бракъ прекратился при жизни властителя и дочери, то *dos* остается *communis patri et filiae*²⁶; если приданое дано лицомъ, которое не имѣетъ власти надъ женою и не выговорило себѣ возвращенія, то право на *dos* принадлежитъ женѣ²⁷.

2) Догматическое изложеніе.

t. D. XXIV, 3: *soluto matrimonio dos quemadmodum petatur.*—*l. un. C. V, 13: de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita.*

Предварительное замѣчаніе.

Если о возвращеніи *dos* былъ заключенъ особый договоръ, то дѣйствуютъ опредѣленія послѣдняго, если только они не вы-

¹⁷ *l. un. § 3. C. de rei ux. a. 5, 13.* — ¹⁸ *l. un. § 1. cit.* — ¹⁹ *l. un. § 2. cit.; § 29. I. de act. 4, 6.* — ²⁰ *l. un. § 4. cit.* — ²¹ *l. un. § 5. cit.* — ²² *l. un. § 3. cit.* — ²³ *l. un. § 7. cit.* — ²⁴ *l. un. § 7. cit.* — ²⁵ *l. un. § 11. cit.* — ²⁶ *l. un. § 14. cit.* — ²⁷ *l. un. § 13. cit.*

ходятъ изъ предѣловъ, положенныхъ для нихъ закономъ (§ 344). Излагаемыя ниже (§§ 338—343) начала вступаютъ въ дѣйствіе лишь за отсутствіемъ особыхъ договорныхъ опредѣленій.

а. § 338. Кто имѣетъ право требовать возвращенія?

Vangerow, § 220.—*Windscheid*, § 499.—*Brinz*, § 485.

1. *Право Юстиніана*. Вопросъ, кому достается *dos* по прекращеніи брака, рѣшается различно, смотря по тому, прекратился ли бракъ смертью жены или при ея жизни (смертью мужа или разводомъ).

а. Въ первомъ случаѣ *dos adventicia* *sempiterna* идетъ въ пользу наслѣдниковъ жены¹, *dos profecticia* въ томъ случаѣ, если установитель уже не живетъ². Если же установитель живъ, то онъ получаетъ *dos profecticia*, если жена при установленіи приданаго была подъ его властью³. Если во время установленія приданаго жена уже не находилась подъ властью установителя, то не послѣдній (по прямому постановленію Юстиніана) имѣетъ право требовать возвращенія, а наслѣдники жены⁴; на это постановленіе большинство ученыхъ не обращаетъ вниманія, присваивая (на основаніи нѣкоторыхъ мѣстъ въ Дигѣстахъ, попавшихъ туда по недосмотру компиляторовъ⁵) установителю право на возвращеніе *dos*.

б. Во второмъ случаѣ *dos* (какъ *profecticia*, такъ и *adventicia*) достается женѣ, если она *sui iuris*⁶; если она находится еще подъ властью, то дѣйствуетъ начало: *dos fit communis patri et filiae*.

2. *Нынѣшнее право*. Въ средніе вѣка развилась норма, по которой женщнна, выходя замужъ, освобождается отъ отеческой власти (§ 366). Поэтому, для нынѣшняго права можно установить слѣдующія начала: *dos* достается женѣ, если бракъ прекратился при жизни послѣдней (смертью мужа или разводомъ безъ вины жены), ср. выше пр. 6; *dos* достается наслѣдникамъ жены, если бракъ прекратился смертью жены (выше пр. 1—4); *dos* достается мужу или ему и дѣтямъ, если бракъ прекратился разводомъ по винѣ жены (§ 349).

¹ l. un. § 6. C. h. t. 5, 13.—² l. un. § 6. C. h. t. 5, 13.—³ l. un. § 13. i. f. C. h. t. 5, 13; l. 6. pr. D. de i. d. 23, 3.—⁴ l. un. § 13. i. f. C. h. t. 5, 13.—⁵ l. 71. D. de ev. 21, 2; l. 10. pr. l. 59. D. sol. matr. 24, 3; l. 5. D. de div. 24, 2.—⁶ l. un. § 4. C. h. t. 5, 13.—⁷ Nov. 97. c. 5.

b. § 339. Предметъ возвращенія.

Windscheid, § 500.

Вообще предметъ возвращенія зависитъ отъ того, что было дано въ приданое.

1. Деньги и другія замѣнимыя вещи подлежатъ возврату въ равномъ количествѣ и равнаго качества (ибо мужъ несетъ случайныя потери, такъ какъ *genus perire non censetur*)¹.

2. Незамѣнимыя вещи подлежатъ возврату индивидуально; мужъ обязанъ уплатить интересъ, если вслѣдствіе т. н. *culpa in concreto* не можетъ ихъ совсѣмъ возвратитъ или возвращаетъ вещи въ поврежденномъ видѣ²; мужъ отвѣчаетъ также и за отчужденіе вещей³; если же отчужденіе произошло съ согласія того лица, къ которому *dos* возвращается, то мужъ обязанъ возвратитъ вырченную сумму⁴.

3. Если приданое состояло въ вещномъ правѣ, установленномъ въ пользу мужа, то это право должно быть представлено лицу, получающему приданое. Въ частности, при узуфруктѣ важно то, возвращается ли приданое собственнику служащей вещи или нѣтъ; въ первомъ случаѣ мужъ долженъ отречься отъ узуфрукта⁵; во второмъ случаѣ онъ долженъ перенести фактическое осуществленіе узуфрукта на получающаго *dos*⁶. — Если *dos* состояла въ отреченіи установителя отъ узуфрукта, который принадлежалъ ему на вещь мужа, то послѣдній долженъ опять установить узуфруктъ, если только еще не умеръ прежній узуфруктуарій⁷. — Во всѣхъ случаяхъ мужъ отвѣчаетъ за т. н. *culpa in concreto*.

4. Если приданое состояло въ требованіи, которое мужъ пріобрѣлъ по цессіи, делегациі или дотальному обѣщанію, и это требованіе было исполнено, то мужъ обязанъ возвратитъ полученное⁸. Если же требованіе еще не исполнено, то дѣло зависитъ отъ того, возвращается ли приданое самому должнику по требованію, или третьему лицу; въ первомъ случаѣ мужъ

¹ l. 42. D. de i. d. 23, 3.—² l. 18. § 1. l. 24. § 5. l. 25. §§ 1—4. l. 55. l. 66. pr. D. h. t. 24, 3.—³ l. 50. D. h. t. 24, 3.—⁴ l. 32. D. de i. d. 23, 3.—⁵ l. 78. § 2. D. de i. d. 23, 3; l. 57. D. sol. matr. 24, 3.—⁶ l. 66. D. de i. d. 23, 3; l. 57. D. sol. matr. 24, 3.—⁷ l. 78. pr. §§ 1. 3. D. de i. d. 23, 3; l. 57. D. sol. matr. 24, 3.—⁸ l. 44. § 1. D. h. t. 24, 3; l. 48. § 1. D. de i. d. 23, 3.

долженъ простить долгъ⁹, во второмъ — уступить требованіе получающему dos¹⁰.

5. Если приданое состояло въ отреченіи установителя отъ требованія противъ мужа, то мужъ долженъ исполнить требованіе, если уже наступило время исполненія, въ противномъ случаѣ онъ обязанъ возстановить требованіе¹¹.

§ 340. Придаточныя вещи.

v. Petrażycki, die Fruchtvertheilung beim Wechsel des Nutzungsberechtigten. §§ 1—20. 1892.—Vangerow, § 220.—Windscheid, § 501.—Brinz, § 484.

Вмѣстѣ съ главною вещью мужъ обязанъ выдать и всякое приращеніе приданого, какъ естественное (alluvio, буреломъ), такъ и юридическое (половину клада, найденнаго на дотальномъ участкѣ, узурфруктъ, который возвратился во время брака къ *puda proprietas*, данной въ приданое)¹; то же относится и къ плодамъ, которые мужъ извлекъ до совершенія брака². Что же касается плодовъ, извлеченныхъ во время брака и послѣ его прекращенія, *то судьба какъ естественныхъ, такъ и гражданскихъ плодовъ* опредѣляется дотальнымъ годомъ (иначе при узурфруктѣ, § 159 пр. 6—9). Дотальный годъ начинается днемъ брака, если dos была установлена раньше, въ прочихъ случаяхъ — днемъ установленія dos³; онъ продолжается до соответствующаго дня слѣдующаго года. Если бракъ существуетъ въ теченіе цѣлаго дотальнаго года или нѣсколькихъ цѣлыхъ дотальныхъ лѣтъ, то мужу принадлежать всѣ плоды за это время; если бракъ прекратился въ срединѣ дотальнаго года, то плоды послѣдняго дотальнаго года раздѣляются между мужемъ и получающимъ dos пропорціонально времени существованія брака въ этомъ дотальномъ году; такимъ образомъ, смотря по обстоятельствамъ, мужъ иногда обязанъ выдать часть плодовъ, извлеченныхъ въ текущемъ дотальномъ году, а иногда можетъ требовать части тѣхъ плодовъ, которые еще будутъ извлечены⁴.

⁹ l. 41. § 4. D. de i. d. 23, 3; l. 30. § 1. l. 66. § 7. D. h. t. 24, 3.—¹⁰ l. 44. § 1. D. h. t. 24, 3.—¹¹ l. 12. § 2. l. 43. § 1. D. de i. d. 23, 3.

¹ l. 4. l. 10. §§ 1. 2, l. 65. D. de i. d. 23, 3; l. 7. § 12. D. h. t. 24, 3; l. un. § 9. D. h. t. 5, 13.—² l. 7. § 1. l. 47. D. de i. d. 23, 3.—³ l. 5. l. 6. D. sol. matr. 24, 3.—⁴ l. un. § 9. C. h. t. 5, 13; ll. 5—8. D. h. t. 24, 3.

§ 341. Встрѣчныя требованія.

Vangerow, § 221.—*Windscheid*, § 505.—*Brinz*, § 481.

Встрѣчныя требованія мужа не могутъ возникать изъ издержекъ на производство и собираніе плодовъ (эти издержки несетъ самъ мужъ; только, если ему приходится возвращать плоды, онъ можетъ вычесть издержки на нихъ)¹. Точно также основаніемъ для встрѣчныхъ требованій не могутъ служить и издержки на подати и общественныя повинности и содержаніе дотальныхъ вещей² (и эти издержки обязанъ нести мужъ). Встрѣчныя требованія возникаютъ изъ другихъ издержекъ на дотальныя вещи. О необходимыхъ издержкахъ сказано: *impensae necessariae ipso iure dotem minuunt*³; но это положеніе (какъ позднѣйшіе классическіе юристы сами замѣчаютъ)⁴ примѣняется буквально только къ *денежному* приданому; по отношенію къ другимъ дотальнымъ вещамъ оно означаетъ, что мужу до возмѣщенія необходимыхъ издержекъ принадлежитъ *ius retentionis*. По поводу полезныхъ издержекъ со времени Юстиніана мужу не дается права удержанія приданого; онъ можетъ отыскивать ихъ лишь путемъ иска (*act. mandati* или *negotiorum gestorum contraria*)⁵. По отношенію къ *impensae voluptuariae* уже въ до-юстиніановомъ правѣ мужу принадлежало только *ius tollendi*, хотя бы онъ сдѣлалъ эти издержки съ согласія жены⁶; Юстиніанъ это подтвердилъ⁷.

с. § 342. Мѣсто и время возвращенія.

Vangerow, § 218. Anm. 2.—*Windscheid*, § 502.

1. *Мѣсто возвращенія* опредѣляется (за исключеніемъ недвижимостей) мѣстожительствомъ мужа¹.

2. *Время возвращенія*. Недвижимыя вещи должны быть

¹ 1. 3. § 1. 1. 16. D. de imp. in res dot. 25, 1; 1. 7. pr. § 16. D. sol. matr. 24, 3.—² 1. 15. D. de imp. in res dot. 25, 1.—³ 1. 5. D. de imp. in res dot. 25, 1; 1. 61. D. de rit. nupt. 23, 2; 1. 5. § 2. D. de pact. dot. 23, 4; 1. 1. § 4. 1. 5. D. de dot. prael. 33, 4; 1. un. § 5. C. h. t. 5, 13; § 37. I. de act. 4, 6.—⁴ 1. 5. D. de imp. in res dot. 25, 1; 1. 1. § 4. D. de dot. prael. 33, 4; 1. 56. § 3. D. de i. d. 23, 3.—⁵ 1. un. § 5. C. h. t. 5, 13.—⁶ 1. un. § 5. C. h. t. 5, 13; 1. 7. pr. 1. 9. 1. 11. pr. 1. 14. § 2. D. de imp. in res dot. 25, 1.—⁷ 1. un. § 5. i. f. C. h. t. 5, 13.

¹ 1. 65. D. de iud. 5, 1.

возвращены тотчасъ по прекращеніи брака, движимыя (въ частности денежныя суммы) и безтѣлесныя вещи — спустя одинъ годъ; но доходы за этотъ годъ отъ движимаго имущества идутъ въ пользу получающаго dos. Если должникъ медлитъ, то наступаютъ обыкновенныя послѣдствія проволочки; но если подлежатъ возвращенію такія движимыя и безтѣлесныя вещи, которыя не даютъ дохода, то онъ долженъ уплатить 4 процента ихъ стоимости въ видѣ интереса².—Во время брака мужъ *долженъ* возвратить приданое своей женѣ въ случаѣ несостоятельности или расточительности³; онъ *можетъ* возвратить приданое также въ томъ случаѣ, если возвращенія требуютъ интересы жены (напр., ее притѣсняютъ вѣрители, она хочетъ купить участокъ) или особыя нравственные мотивы (напр., она хочетъ оказать помощь близкимъ родственникамъ, выкупить ихъ изъ плѣна)⁴; за исключеніемъ этихъ случаевъ возвращеніе dos во время брака не связываетъ ни мужа, ни того, кто имѣетъ право на полученіе dos по прекращеніи брака: первый можетъ смотрѣть на возвращеніе приданого, какъ на запрещенное дареніе (§ 347) и потребовать его назадъ; второй по прекращеніи брака можетъ потребовать возвращенія dos⁵.

d. § 343. Иски.

Сравни литературу, указанную къ § 231.—*Windscheid*, §§ 503. 504.—*Brinz*, § 485.

Имѣющій право на полученіе dos можетъ всегда осуществить свое притязаніе противъ того, кому dos была установлена, посредствомъ личнаго иска, а иногда—противъ всякаго владѣльца вещей мужа, а равно и нѣкоторыхъ дотальныхъ вещей посредствомъ вещныхъ исковъ.

1. *Личный искъ* (до Юстиніана *act. rei uxoriae*) названъ Юстиніаномъ *act. ex stipulatu*¹; всѣ согласны, что это—неподходящее названіе, такъ какъ этотъ искъ имѣетъ мѣсто по

² 1. un. § 7. C. de rei ux. act. 5, 13; 1. 24. § 2. D. sol. matr. 24, 3.—

³ См. выше § 336. пр. 1. 2.—⁴ 1. 73. § 1. D. de i. d. 23, 3; 1. 20. D. h. t. 24, 3.—⁵ 1. 28. D. de pact. dot. 23, 4; 1. un. C. si dos const. matr. 5, 19; Nov. 22. c. 39.

¹ 1. un. пр. § 2. C. h. t. 5, 13.

мимо всякаго договора, въ силу предписанія закона (§ 337 пр. 18). Искъ предъявляется противъ того, кому было установлено приданое, слѣд., противъ мужа или (если онъ находился подъ отеческою властью и dos была установлена его отцу) противъ его отца^{1а}. Противъ иска принадлежит benef. competentiae (§ 228) мужу, его дѣтямъ (если противъ нихъ вчать искъ, какъ противъ наслѣдниковъ), его отцу. Для обоснованія иска надо доказать установленіе приданого.

2. Законное требованіе возвращенія dos обеспечивается законною ипотекою на все имущество мужа⁵ (§ 190 пр. 13. 16); эта hypotheca legalis для жены и ея нисходящихъ наслѣдниковъ соединена съ привилегією (§ 205 пр. 3); поэтому, имѣющему требованіе возвращенія dos принадлежатъ, на основаніи его закладнаго права, *закладные иски противъ всякаго владѣльца вещей, которыя принадлежатъ мужу теперь или принадлежали раньше со времени заключенія брака.*

3. Въ упомянутомъ уже выше § 336 пр. 11 законѣ⁶, въ которомъ Юстиніанъ противопоставляетъ мнимое право собственности жены на приданое ex iure naturali праву собственности мужа legum subtilitate, постановлено, что по прекращеніи брака жена можетъ вытребовать отъ всякаго владѣльца всѣ дотальныя вещи, все равно, движимыя или недвижимыя, оцѣненные или неоцѣненные, si tamen exstant; посредствомъ вещнаго иска, — rei vindicatio (по мнѣнію тѣхъ, которые думаютъ, что жена—собственница приданого), act. hypothecaria (по мнѣнію тѣхъ, которые думаютъ, что мужъ—собственникъ приданого). Смыслъ этого закона споренъ:

а. Спорятъ о томъ, пріобрѣтаетъ ли жена обратно право собственности на дотальныя вещи, или только ипотеку, или притязаніе, смѣшанное изъ собственности и закладнаго права, или же получаетъ rei vindicatio utilis въ смыслѣ §-а 131 пр. 23. 24. Очевидно, постановка этого спорнаго вопроса неправильна; *ибо Юстиніанъ хочетъ женѣ возвратитъ дотальныя вещи; какимъ путемъ это совершится, для него безразлично; если стать на точку зрѣнія §-а 336, по которому право соб-*

^{1а} l. 22. § 12. D. sol. matr. 24, 3.—² l. 14. § 1. C. de non num. pec. 4, 30.—³ l. 3. C. de dote cauta non num. 5, 15; Nov. 100.—⁴ l. 14. § 4. C. de non num. pec. 4, 30; Nov. 100. c. 1.—⁵ l. 30. C. de i. d. 5, 12; l. un. § 1. C. h. t. 5, 13.—⁶ l. 30. C. de i. d. 5, 12.

ственности на дотальныя вещи принадлежитъ мужу, то придемъ къ заключенію, что искъ, принадлежащій женѣ, есть *act. hypothecaria*, и что съ этимъ искомъ она идетъ впереди *vspx* прочихъ вѣрителей подѣ залогъ (*volumus itaque, eam . . . hypothecariam omnibus anteriorem possidere . . .*).

б. Спорять о значеніи словъ: *si tamen exstant*. Нѣкоторые разумѣютъ подѣ этимъ тѣ дотальныя вещи, которыя при прекращеніи брака не были мужемъ отчуждены совсѣмъ или были отчуждены недѣйствительно, такъ что принадлежатъ еще къ его имуществу; другіе—тѣ вещи, которыя при прекращеніи брака еще существуютъ физически. Съ послѣднимъ мнѣніемъ нельзя согласиться, такъ какъ тѣ слова были бы излишни, и сверхъ того мужъ матеріально лишился бы права отчужденія движимостей даже во время брака; другими словами: дотальныя вещи, отчужденныя мужемъ во время брака дѣйствительнымъ образомъ, не могутъ быть вытребованы по прекращеніи брака *posr. act. hypothecaria*; на тѣ вещи, которыя жена можетъ отыскивать судомъ, она должна признать вещныя права, законно установленныя мужемъ *во время брака*.

Е. § 344. Договоры о приданомъ.

t. D. XXIII, 4: *de pactis dotalibus*. — t. C. V, 14: *de pactis conventis tam super dote quam super donatione ante nuptias et paraphernis*. — *Vangerow*, § 224. — *Windscheid*, § 506. — *Brinz*, §§ 487—489.

Какъ до, такъ и послѣ совершенія брака супруги могутъ заключать другъ съ другомъ или съ третьимъ установителемъ приданаго договоры, подвергающіе *dos* инымъ опредѣленіямъ, нежели законныя. При этомъ контрагентамъ не всегда предоставлена свобода¹; существуютъ важныя ограниченія по принципу: *reipublicae interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt*², . . . *quum dotatas esse feminas ad sobolem procreandam replendamque civitatem liberis maxime sit necessarium*³.

1. Ничтожны всѣ договоры, юридически невозможные или противные добрымъ нравамъ. Юридически невозможенъ договоръ, чтобы мужъ не дѣлалъ вычета изъ *dos* по поводу необ-

¹ l. 12. § 1. D. h. t. 23, 4.—² l. 2. D. de i. d. 23, 3.—³ l. 1. D. sol. matr. 24, 3.

ходимыхъ издержекъ; такія издержки уменьшаютъ *dos ipso iure*⁴ (§ 341 пр. 3. 4). Противно добрымъ правамъ соглашеніе, по которому мужъ долженъ отвѣчать только за *dolus*, а не за *culpa in concreto*⁵ (нечестно относиться къ дѣламъ жены небрежнѣе, чѣмъ къ собственнымъ); далѣе, соглашеніе, по которому одинъ супругъ не можетъ вчать иска о кражѣ противъ другого,⁶ (это—*actum de dolo futuro non praestando*); далѣе, отреченіе мужа отъ *benef. competentiae*⁷; далѣе, по римскому праву (но не по нынѣшнему, § 390 пр. 11—13), договоры о наслѣдствѣ между супругами⁸; законодательство императоровъ⁹ считаетъ противнымъ добрымъ правамъ принятіе поручителей, которыхъ мужъ представляетъ женѣ въ обезпеченіе возвращенія приданого; ибо, довѣряя мужу собственную личность, жена не должна ему оказывать оскорбительнаго недоувѣрія, принимая гарантію стороннихъ лицъ относительно приданого.

2. Ничтожны всѣ договоры, противные назначенію приданого, какъ взноса на издержки семейной жизни. Таковъ договоръ, по которому плоды приданого должны быть причисляемы къ приданому¹⁰; онъ дѣйствителенъ только въ томъ случаѣ, если жена принимаетъ на себя издержки семейной жизни¹¹, или если въ пользу мужа идутъ по крайней мѣрѣ проценты изъ выручки за плоды¹². Таково, далѣе, соглашеніе, что приданое должно остаться за мужемъ во всякомъ случаѣ, такъ что, если бракъ прекратится смертью мужа, то приданое останется его наслѣдникамъ¹³; такое соглашеніе превратило бы *dos* въ *donatio sub modo*.

3. Но даже и внѣ предѣловъ, поставленныхъ sub 1. и 2., допускаются не всѣ соглашенія; эта недопустимость имѣетъ мѣсто въ различной мѣрѣ по отношенію къ различнымъ лицамъ:

а. Кто устанавливаетъ приданое, не будучи къ этому обязаннымъ, тотъ при установленіи можетъ сдѣлать всякія опредѣленія (восходящій можетъ выговорить возвращеніе приданого по прекращеніи брака не только себѣ, но и женѣ или

⁴ 1. 5. § 2. D. h. t. 23, 4. — ⁵ 1. 6. D. h. t. 23, 4. — ⁶ 1. 5. § 1. D. h. t. 23, 4. — ⁷ 1. 14. § 1. D. sol. matr. 24, 3. — ⁸ 1. 5. C. h. t. 5, 14. — ⁹ 1. 1. 1. 2. C. ne fidei. vel mand. 5, 20. — ¹⁰ 1. 4. D. h. t. 23, 4. — ¹¹ 1. 4. i. f. cit.; l. 21. § 1. D. de don. i. v. et u. 24, 1. — ¹² 1. 4. D. cit.; l. 7. § 2. D. de i. d. 23, 3. — ¹³ 1. 2. 1. 12. pr. D. h. t. 23, 4; l. 3. C. h. t. 5, 14.

ея дѣтямъ)¹⁴; послѣ же установленія онъ не можетъ (безъ согласія жены) сдѣлать никакихъ опредѣленій, невыгодныхъ для жены¹⁵.

б. Кто по закону обязанъ установить приданое, тотъ не-свободенъ и при установленіи; правда, онъ можетъ выговорить себѣ возвращеніе приданого по прекращеніи брака; онъ также можетъ простить мужу возвращеніе приданого на случай, если бракъ прекратится смертью жены¹⁶; но на тотъ случай, если *dos* возвратится къ женѣ, онъ не имѣетъ права (безъ ея согласія) постановить что либо для нея невыгодное, напр., назначить мужу срокъ возвращенія дольше законнаго срока¹⁷.

с. Жена, которая сама за себя устанавливаетъ приданое, не можетъ ни при установленіи, ни послѣ установленія предоставить мужу такія выгоды, на которыя онъ не имѣетъ права по закону¹⁸; она можетъ, впрочемъ, отказаться даже во время брака отъ закладнаго права, существующаго въ пользу *dos*¹⁹, а равно и оставить *dos* за мужемъ на тотъ случай, если бракъ прекратится ея смертью или разводомъ и у нихъ будутъ дѣти²⁰.

РАЗДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

§ 345. Paragraphena.

Vangerow, § 223. — *Windscheid*, § 507. — *Brinz*, § 491. — *Baron*, § 34.

Бракъ, по римскому праву, не влечетъ за собою никакихъ измѣненій въ правоспособности и дѣеспособности женщины; въ частности, жена не попадаетъ въ зависимость отъ мужа, въ состояніе подопечной; если она до брака находилась подъ отеческою властью или подъ опекою, то она остается въ томъ же юридическомъ положеніи; если она была свободна, то она остается свободною и вполнѣ дѣеспособною, въ частности способною къ заключенію обязательствъ, составленію завѣщанія и процессамъ (что подтверждено §-омъ 51 Имп. Уст. гражд. суд.). Что она приобрѣтаетъ, приобрѣтаетъ для себя. Она сохраняетъ свое

¹⁴ l. 45. D. sol. matr. 24, 3; l. 7. C. h. t. 5, 14. — ¹⁵ l. 20. § 1. D. h. t. 23, 4. — ¹⁶ l. 12. pr. D. h. t. 23, 4. — ¹⁷ l. 7. l. 19. D. h. t. 23, 4; l. 28. D. de i. d. 23, 3; l. 7. C. de i. d. 5, 12; l. 29. pr. D. sol. matr. 24, 3. — ¹⁸ ll. 14—19. l. 29. pr. D. h. t. 23, 4. — ¹⁹ l. 11. C. ad set. Vell. 4, 29. — ²⁰ l. 2. D. h. t. 23, 4; l. 3. C. h. t. 5, 14.

имущество за исключеніемъ dos (parapherna¹, res extra dotem constitutae², иногда reculium)³ въ своемъ вполнѣ свободномъ управленіи, такъ что мужъ на него не имѣетъ никакого права⁴. Но часто жена передаетъ ему свое имущество или въ собственность, или на храненіе, или въ управленіе; тогда между супругами примѣняются начала безыменнаго контракта. поклажи, порученія⁵.

Если во время брака или послѣ его прекращенія между супругами возникаетъ споръ, принадлежитъ ли извѣстный предметъ къ parapherna, то, по т. н. praesumptio Muciana (которую установилъ Quintus Mucius Scaevola Publii filius), предполагается, что то, что жена приобрѣла во время брака, она приобрѣла путемъ даренія отъ мужа (стало быть, недѣйствительно, § 347), такъ что жена должна доказывать противное⁷. То же постановляетъ II. у. о к. § 37.

РАЗДѢЛЪ ЧЕТВЕРТЫЙ.

§ 346. Donatio propter nuptias. Подарки между обрученными.

t. C. V, 3: de donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsalitiis.—*Bruns und Sachau*, das Syrisch-Römische Rechtsbuch. Стр. 259 слѣд. 1880.—*Mitteis*, Reichsrecht und Volksrecht. Стр. 257—312. 1891.—*Vangerow*, § 222.—*Windscheid*, §§ 508. 427.—*Brinz*, §§ 490. 490 a.—*Baron*, §§ 35. 29.

I. *Donatio propter nuptias*. Въ позднѣйшую императорскую эпоху вошелъ въ обычай другой институтъ, параллельный къ dos; это такъ называемая до Юстиніана donatio ante nuptias, которую Юстиніанъ¹ назвалъ donatio propter nuptias. Мужъ или вмѣсто него другой (отецъ къ этому обязанъ по закону)² устанавливаетъ женѣ извѣстное имущество, какъ противоподанное (antipherna)³. Donatio propter nuptias должна быть по объему равна приданому⁴. Если жена назначить мужу опредѣленную часть приданого на случай, если она умретъ раньше, то то же долженъ сдѣлать мужъ по отношенію къ don. pr. n.

¹ l. 8. l. 11. C. de pact. conv. 5, 14; l. 9. § 3. D. de i. d. 23, 3.—² l. 95. pr. D. ad l. Falc. 35, 2; l. 29. C. de i. d. 5, 12.—³ l. 9. § 3. D. de i. d. 23, 3; l. 31. § 1. D. de don. 39, 5.—⁴ l. 8. C. de pact. conv. 5, 14.—⁵ l. 9. § 3. D. de i. d. 23, 3.—⁶ l. 11. C. de pact. conv. 5, 14.—⁷ l. 51. D. de don. i. v. et u 24, 1; l. 6. C. eod. 5, 16.

¹ l. 20. pr. C. h. t. 5, 3.—² l. 7. § 2. C. de dot. prom. 5, 11.—³ l. 20. pr. C. h. t. 5, 3.—⁴ Nov. 97. c. 1 c. 2.

на случай, если онъ умретъ раньше⁵. Какъ при разводѣ виновная жена лишается своего приданого, такъ виновный мужъ лишается своей *don. pr. n.*⁶. По прекращеніи брака, если нѣтъ дѣтей, то жена не имѣетъ никакого права на *don. pr. n.*; если же есть дѣти, то жена получаетъ узуфруктъ, а право собственности раздѣляетъ со своими дѣтьми⁷. Во время брака *don. pr. n.* остается, впрочемъ, въ собственности мужа⁸ (что нѣкоторые несправедливо отрицаютъ), но жена имѣетъ по поводу *don. pr. n.* законную ипотеку на его имущество, какъ по поводу *dos*⁹, и мужъ не имѣетъ права отчуждать недвижимостей, принадлежащихъ къ *don. pr. n.*¹⁰. До Юстиніана *donatio* могла быть совершена мужемъ только *ante nuptias* (во время брака это считалось недопустимымъ на основаніи общаго запрещенія дареній между супругами, § 347); Юстиніанъ отмѣнилъ и это положеніе, и названіе института¹².

Сходный съ *don. pr. n.* институтъ существовалъ въ Германіи еще до рецепціи римскаго права (*contrados, Widerlage*); положенія германскаго права значительно отступали отъ положеній римскаго права и при рецепціи римскаго права не были вытѣснены; иными словами: римская *don. pr. n.* теперь не существуетъ.

II. *Подарки между обрученными*¹³. Названіе *donatio ante nuptias* примѣняется также и къ подаркамъ между женихомъ и невѣстою (наз. также *largitas s. donatio s. arrha sponsalitia*). Со времени Константина¹⁴ эти подарки признаются дареніемъ въ ожиданіи будущаго брака, и если обрученіе нарушается по винѣ одного изъ обрученныхъ, то виновный не можетъ требовать возвращенія дара; если же даритель не виновенъ въ нарушеніи обрученія, то онъ можетъ потребовать даръ обратно. До недавняго времени неяснымъ былъ смыслъ одного рескрипта Константина¹⁵, по которому въ случаѣ смерти одного изъ обрученныхъ *interveniente osculo* можно было потребовать возвращенія только половины дара жениха;

⁵ l. 9. l. 10. C. de pact. conv. 5, 14; Nov. 12. c. 20. pr.—⁶ l. 8. § 5. C. de rep. 5, 17.—⁷ Nov. 98. c. 1; Nov. 127. c. 3.—⁸ Nov. 61.—⁹ l. 12. § 2. C. qui pot. 8, 17; Nov. 109. c. 1.—¹⁰ Nov. 61.—¹¹ l. 29. C. de i. d. 5, 12.—¹² l. 20. pr. C. h. t. 5, 3; cp. l. 19. eod.—¹³ t. C. 5, 3; de donationibus ante nuptias et sponsalitiis.—¹⁴ l. 15. C. h. t. 5, 3. О прежнемъ правѣ: l. 10. l. 11. C. h. t. 5, 3; l. 1. § 1. D. de don. 39, 5.—¹⁵ l. 16. C. h. t. 5, 3.

по сирійско-римскому сборнику, поцѣлуй служилъ въ тогдашнее время символомъ обрученія *inter praesentes*¹⁶; поэтому теперь рескриптъ этотъ слѣдуетъ примѣнять ко всякому дѣйствительному обрученію, будетъ ли оно заключено этимъ символомъ или нѣтъ.

РАЗДѢЛЬ ПЯТЫЙ.

§ 347. Дареніе между супругами.

t. D. XXIV. 1: de donationibus inter virum et uxorem. — t. C. V. 16: de donationibus inter virum et uxorem et a parentibus in liberos facta et de ratihabitione.—*Savigny*, System. §§ 162—164.—*Vangerow*, § 225.—*Windscheid*, § 509.—*Brinz*, §§ 493. 494.

Уже древнимъ римскимъ обычнымъ правомъ (*moribus*)¹ было запрещено дареніе между супругами. Источники основываютъ эту норму отчасти на опытѣ, что любовь одного супруга часто неразумно выражается въ дареніяхъ другому²; отчасти на опасеніи, чтобы одинъ супругъ не злоупотреблялъ любовью другого для корыстныхъ цѣлей³.—опасеніе, которое при легкости разводовъ въ римскомъ правѣ было вполнѣ основательно. Болѣе подробныя опредѣленія суть слѣдующія:

1. Запрещено дареніе. Сюда не относится то, что мужъ даетъ женѣ на ея потребности⁴, хотя бы это были такія потребности, которыя возникаютъ изъ привычки къ извѣстному комфорту (карманная деньги: *menstruum*, *annuum*)⁵, ибо мужъ обязанъ содержать жену соотвѣтственно общественному положенію; напротивъ, если карманная деньги даетъ жена мужу, то это будетъ несообразное и запрещенное дареніе⁶. Запрещено всякое дареніе, въ какой бы юридической сдѣлкѣ оно ни заключалось⁷.

2. Запрещено дареніе между супругами. Сюда не относится дареніе между обрученными¹¹, развѣ если его дѣйствіе отложено на время брака¹². Далѣе, сюда не относится даре-

¹⁶ Syrisch-Römisches Rechtsbuch § 91; Tertull. de vel. virg. c. 11; cp. Arnoldus Ferronius, comm. in consuet. Burg. p. 511.

¹ l. 1. D. h. t. 24, 1.—² l. 1. D. h. t. 24, 1.—³ l. 2. l. 3. D. h. t. 24, 1.—⁴ l. 21. pr. D. h. t. 24, 1.—⁵ l. 7. § 1. l. 15. pr. l. 28. § 6. D. h. t. 24, 1; l. 11. C. h. t. 5, 16.—⁶ l. 33. § 1. D. h. t. 24, 1.—⁷ l. 3. § 9—l. 4. l. 5. §§ 1—4. D. h. t. 24, 1.—⁸ l. 38. D. de c. e. v. 18, 1; l. 5. § 5. D. h. t. 24, 1; l. 17. pr. D. ad set. Vell. 16, 1.—⁹ l. 31. § 3. D. h. t. 24, 1.—¹⁰ l. 5. § 5. D. h. t. 24, 1; cp. l. 32. § 26. eod.—¹¹ l. 5. pr. l. 27. l. 36. § 1. l. 66. D. h. t. 24, 1; l. 23. C. h. t. 5, 16.—¹² l. 32. § 22. D. h. t. 24, 1.

ніе между супругами, если его дѣйствіе отложено на время *post* прекращенія брака; поэтому, имѣеть силу дареніе на случай развода¹³, точно также и *donatio mortis causa*¹⁴. Съ другой стороны, запрещеніе даренія распространено отъ самихъ супруговъ на лицъ, надъ ними власть имѣющихъ, а также и на лицъ, подвластныхъ супругамъ или власть надъ супругами имѣющимъ¹⁵; основаніе этого распространенія заключается, очевидно, въ томъ, что, по древнему праву, всякое пріобрѣтеніе подвластнаго идетъ въ пользу владыки; поэтому, дареніе изъ *resulium castrense* и *quasi castrense* или дареніе въ *resulium castrense* и *quasi castrense* было признано дѣйствительнымъ и между тѣми лицами¹⁶; когда впослѣдствіи *bona adventicia* были признаны имуществомъ подвластныхъ дѣтей, то все-таки запрещеніе даренія непослѣдовательно оставлено было въ прежнемъ объемѣ; совершенно справедливо новые юристы требуютъ устраненія этой непослѣдовательности.

3. Дареніе между названными лицами *запрещено*. Если запрещеніе нарушено, то дареніе ничтожно¹⁸. Подаренная тѣлесная вещь не переходитъ въ собственность получателя, такъ что даритель можетъ потребовать ее вмѣстѣ со всѣми приращеніями отъ всякаго владѣльца посредствомъ *rei vindicatio*¹⁹; только индустриальные плоды и проценты остаются за одареннымъ²⁰ (ср. § 134 пр. 9); если подаренное имущество уже не находится у одареннаго, то послѣдній обязанъ выдать обогащеніе²¹ (напр., выручку отъ продажи вещи); но если мужъ на деньги, подаренныя ему женою, купилъ какія либо вещи, то при извѣстныхъ обстоятельствахъ (§ 131 пр. 24) жена пріобрѣтаетъ на эти вещи право собственности²². Дарственное обѣщаніе не имѣеть никакой силы²³. Если дареніе состоитъ въ прощеніи требованія, которое даритель имѣеть

¹³ 1. 11. § 11. 1. 12. 1. 13. пр. II. 60—62. пр. D. h. t. 24, 1.—¹⁴ 1. 9. § 2—1. 11. § 9. 1. 20. D. h. t. 24, 1; 1. 40. D. de m. c. d. 39, 6.—¹⁵ 1. 13. § 1. 1. 43. D. h. t. 24, 1.—¹⁶ 1. 3. §§ 2—8. 1. 26. § 1. 1. 32. §§ 16—21. 1. 53. пр. 1. 60. пр. D. h. t. 24, 1; 1. 4. 1. 5. C. h. t. 5, 16.—¹⁷ 1. 3. § 4. 1. 32. § 17. D. h. t. 24, 1.—¹⁸ 1. 3. §§ 10. 11. 1. 5. §§ 1. 18. 1. 36. пр. 1. 38. § 1. 1. 48. 1. 52. § 1. D. h. t. 24, 1.—¹⁹ 1. 5. § 18. 1. 36. пр. 1. 48. D. h. t. 24, 1; 1. 28. § 5. 1. 17. § 1. D. eod.—²⁰ 1. 15. § 1—1. 17. пр. D. h. t. 24, 1; 1. 45. D. de usur. 22, 1.—²¹ 1. 5. § 18—1. 7. пр. D. h. t. 24, 1.—²² 1. 55. D. h. t. 24, 1; ср. 1. 30. eod.—²³ 1. 3. § 10. 1. 5. §§ 3. 4. D. h. t. 24, 1.

противъ одареннаго, или вещнаго права, которое даритель имѣеть на вещь одареннаго, то требованіе и вещное право продолжаютъ существовать неизмѣнно²⁴.

4. Въ видѣ изъятія дареніе бываетъ въ нѣсколькихъ случаяхъ дѣйствительнымъ съ самаго начала, въ одномъ случаѣ—способнымъ къ *convalescentia*:

а. Съ самаго начала дѣйствительны: умѣренные обычные (напр., *natali die*) подарки²⁵, дареніе мужу со стороны жены, чтобы помочь ему достигнуть почетной должности²⁶ или отличія²⁷, дареніе на возстановленіе разрушенныхъ зданій²⁸, дареніе между государемъ и его супругою²⁹.

б. Дареніе *convalescit* (становится позднѣе дѣйствительнымъ), по сенатскому постановленію 206 г. по Р. Хр., состоявшемуся по предложенію императоровъ Севера и Каракаллы (*oratio Severi, oratio Antonini*)³⁰, въ томъ случаѣ, если даритель умираетъ раньше или одновременно съ одареннымъ³¹, не потребовавъ дара обратно³²; при этомъ предполагается, что бракъ продолжался до смерти³³. Тогда дареніе разсматривается, какъ *donatio mortis causa*, и признается дѣйствительнымъ съ обратнымъ дѣйствіемъ³⁴ (ср. выше пр. 14).

РАЗДѢЛЬ ШЕСТОЙ.

§ 348. Кража между супругами.

t. D. XXV, 2; t. C. V, 21: de actione rerum amotarum.—*Baron*, die Conditionen, § 22. 1881.—*Vangerow*, § 226.—*Windscheid*, § 454. Nr. 6.—*Brinz*, § 493.

Между древними римскими юристами было спорно, совершаетъ ли кражу жена, если похищаетъ вещь своего мужа; нѣкоторые рѣшали вопросъ отрицательно на томъ основаніи, что общеніе жизни дѣлаетъ жену какъ бы собственницею вещей мужа; поэтому они не давали мужу *никакого* притязанія противъ жены; другіе говорили, что жена совершаетъ кражу, но

²⁴ l. 3. § 10. l. 5. §§ 1. 4. D. h. t. 24, 1.—²⁵ l. 31. § 8. D. h. t. 24, 1.—²⁶ l. 40. 41. D. h. t. 24, 1; l. 21. C. h. t. 5, 16.—²⁷ l. 42. D. h. t. 24, 1.—²⁸ l. 14. D. h. t. 24, 1.—²⁹ l. 26. C. h. t. 5, 16.—³⁰ l. 32. pr. l. 23. D. h. t. 24, 1.—³¹ l. 32. § 14. D. h. t. 24, 1; l. 8. D. de reb. dub. 34, 5; l. 26. D. de m. e. d. 39, 6.—³² l. 32. §§ 2—4. §§ 5. 14. 15. D. h. t. 24, 1; l. 12. l. 15. l. 18. C. h. t. 5, 16.—³³ l. 32. §§ 10—13. D. h. t. 24, 1; l. 18. C. h. t. 5, 16.—³⁴ l. 32. §§ 1. 8. D. h. t. 24, 1; l. 25. C. h. t. 5, 16.—³⁵ l. 32. §§ 1. 23—26. l. 33. pr. § 2. D. h. t. 24, 1.—³⁶ l. 23. E. h. t. 24, 1 (*Papinian* и *Ulpian*).

вслѣдствіе особенности отношеній между супругами они считали *actio furti* и *condictio furtiva* непримѣнными¹. Особенно важное значеніе имѣлъ этотъ споръ въ случаѣ развода, такъ какъ часто случалось, что жены предъ разводомъ похищали вещи мужа; поэтому, для этого случая² въ преторскомъ эдиктѣ^{2a} былъ введенъ особый искъ для мужа противъ жены, причемъ слово *furtum* было замѣнено словами «*res amotae*»; впоследствии искъ этотъ былъ данъ и женѣ противъ разведеннаго мужа, который по случаю предстоящаго развода похитилъ ея вещи³. Искъ, *actio rerum amotarum*, имѣетъ смѣшанный характеръ: по общему правилу онъ обсуждается, какъ искъ только о возмѣщеніи вреда, но въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ онъ имѣетъ свойство деликтнаго иска⁴⁻¹¹.

РАЗДѢЛЬ СЕДЬМОЙ.

§ 349. Штрафы за разводъ.

Strippelmann, das Ehescheidungsrecht. 1854.—*Ortloff*, въ *Ortloff*, Heimbach, Vermehren, jurist. Abh. II. 1. 1857.—*Windscheid*, § 510.—*Brinz*, §§ 45.471.—*Baron*, § 32.

По римскому праву разводъ совершается изъясвленіемъ воли обоихъ супруговъ или одного изъ нихъ. Это положеніе устранено теперь нормами церковнаго права; *теперь разводъ совершается судебнымъ рѣшеніемъ, если есть для этого достаточное основаніе*. Стало быть, и штрафы, положенные римскимъ правомъ на случай *неосновательнаго* развода, теперь тоже не практикуются¹. Но тѣ штрафы, которые римское право возлагаетъ на супруга, давашаго другому справедливое основаніе для развода, примѣняются и теперь къ тому, кто признанъ виновнымъ въ рѣшеніи о разводѣ. Эти штрафы прежде примѣнялись какъ къ тому случаю, когда бракъ (не католическій) прекращался *quoad vinculum*, такъ и тогда, когда (католическіе) супруги разлучались *quoad torum et mensam*; по имп. закону 6-го

¹ I. 1. 1. 2. 1. 3. § 4. 1. 6. § 5. 1. 15. § 1. 1. 25. D. h. t. 25, 2.—² I. 11. § 1. 1. 17. § 1. 1. 20. 1. 21. pr. 1. 25. 1. 30. D. h. t. 25, 2.—^{2a} I. 2. C. h. t. 5, 21.—³ I. 7. D. h. t. 25, 2.—⁴ I. 3. § 3. 1. 8. § 1. 1. 9. 1. 21. §§ 3. 4. D. h. t. 25, 2.—⁵ I. 21. § 5. D. h. t. 25, 2.—⁶ I. 3. § 4. 1. 6. § 2. D. h. t. 25, 2; 1. 3. § 12. D. de pec. 15, 1.—⁷ I. 17. § 3. 1. 20. D. h. t. 25, 2.—⁸ I. 22. § 4. C. de furt. 6, 2.—⁹ I. 19. 1. 20. 1. 21. § 1. D. h. t. 25, 2.—¹⁰ I. 21. § 6. D. h. t. 25, 2.—¹¹ Между I. 3. C. h. t. 5, 21 и I. 6. § 4. D. h. t. 25, 2.

¹ Nov. 117. c. 13; Nov. 127. c. 4; Nov. 134. c. 11; II. 8—11. C. de repud. 5, 17.

февр. 1875 г. § 77, какъ для католическихъ супруговъ, такъ и для нека-толиковъ существуетъ только разводъ *quoad vinculum*.

Штрафы въ области разводовъ бываютъ слѣдующіе²:

1. Виновная жена теряетъ приданое (и не получаетъ *donatio propter nuptias*); если она виновна въ нарушеніи супружеской вѣрности, то штрафъ увеличивается еще суммой, равной третьей части приданого. Если жена не имѣетъ приданого или требованіе его возвращенія принадлежитъ не ей, то она лишается $\frac{1}{4}$ своего имущества (но не болѣе 100 фунтовъ золота), въ случаѣ нарушенія вѣрности—еще $\frac{1}{12}$.

2. Виновный мужъ долженъ выдать *donatio propter nuptias*; если онъ ложно обвинялъ жену въ нарушеніи вѣрности или подалъ ей поводъ къ разводу содержаніемъ наложницы, то теряетъ еще изъ своего имущества часть, равную третьей части даренія *propter nuptias*. Если же даренія не было, то онъ лишается $\frac{1}{4}$ своего имущества (но тоже не болѣе 100 ф. золота), въ случаѣ ложнаго обвиненія или содержанія наложницы—еще $\frac{1}{12}$.

Штрафъ за разводъ идетъ въ пользу невиннаго супруга, если нѣтъ дѣтей; если же есть дѣти, то они приобретаютъ *proprietas*, а невинный супругъ—узурфруктъ³. Штрафа за разводъ нельзя измѣнить договоромъ до наступленія повода къ разводу⁴.

РАЗДѢЛЪ ВОСЬМОЙ.

§ 350. Второй бракъ.

t. C. V, 9: de secundis nuptiis.—*Vangerow*, § 227.—*Windscheid*, § 511.—*Brinz*, § 471.—*Baron*, § 36.

Lex Iulia et Papia Poppaea при Августѣ (§ 398) распространила штрафы за безбрачіе также и на овдовѣвшихъ, поощряя этимъ заключеніе вторыхъ браковъ, но христіанскіе императоры, смотрѣвшіе на воздержаніе отъ полового общенія, какъ на богоугодное дѣло, не только отмѣнили эти штрафы, но еще подвергли вступающихъ во второй бракъ нѣкоторымъ невыгодамъ и ограниченіямъ,—впрочемъ, лишь въ тѣхъ случаяхъ, если есть дѣти отъ перваго брака. Эти т. н. *poenae secundae*

² l. 8. l. 11. C. de repud. 5, 17; Nov. 22. c. 15. c. 16; Nov. 117. c. 8. c. 9.—³ l. 8. § 7. l. 11. § 1. i. f. C. de repud. 5, 17; Nov. 98. c. 2; Nov. 117. c. 8. c. 9.—⁴ l. 5. pr. D. de pact. dot. 23, 4; l. 19. D. de v. o. 45, 1.—⁵ l. 49. § 6. D. de leg. 3. (32); l. 3. D. de auro 34, 2.

rum nuptiarum падаютъ отчасти на каждого parens binubus (trinubus и т. д.), отчасти только на mater binuba.

I. Къ *каждому* parens binubus относятся слѣд. законоположенія:

1. Онъ теряетъ право собственности на lucra nuptialia въ пользу дѣтей отъ перваго брака, удерживая только узурфруктъ. Къ lucra nuptialia относится все то, что binubus приобрѣлъ въ качествѣ супруга отъ своего прежняго супруга: подарки (поскольку таковые дѣйствительны), наслѣдство, отказы, dos или donatio propter nuptias (которую онъ получилъ при разводѣ).

2. Онъ не можетъ предоставить новому супругу ни при жизни, ни на случай смерти болѣе наименьшей доли имущества, полученной однимъ изъ дѣтей отъ перваго брака. Если дано больше, то излишекъ дѣлится поровну между дѣтьми перваго брака³.

II. Къ mater binuba относятся слѣд. законоположенія:

1. Мать, получившая ab intestato наслѣдство послѣ дитяти отъ перваго брака вмѣстѣ съ его братьями и сестрами (§ 409 пр. 2), въ случаѣ вступленія во второй бракъ лишается proprietas на унаслѣдованныя вещи, поскольку онѣ происходятъ отъ прежняго мужа, въ пользу прочихъ дѣтей, сохраняя только узурфруктъ. Если наслѣдованіе наступаетъ уже послѣ заключенія втораго брака, то mater binuba съ самаго начала получаетъ только узурфруктъ на эти вещи⁵.

2. Mater binuba лишается права на воспитаніе дѣтей⁶ и на опеку надъ ними⁷⁻⁹.

РАЗДѢЛЬ ДЕВЯТЫЙ.

§ 351. Преждевременное вступленіе во второй бракъ.

Vangerow, § 227.—*Windscheid*, § 512—*Baron*, § 36.

I. *Римское право*. Вдова не можетъ вступить въ бракъ въ теченіе опредѣленнаго срока (траурнаго года) послѣ смерти мужа¹: по преторскому эдикту²—въ теченіе десяти мѣсяцевъ,

¹ 1. 3. C. de sec. nupt. 5, 9; Nov. 22. cc. 21—26. —² Nov. 22. c. 29. —³ 1. 6. l. 10. C. h. t. 5, 9; Nov. 22. c. 27. c. 28. —⁴ 1. 6. § 1. C. ad set. Treb. 6, 49; Nov. 22. c. 41. —⁵ Nov. 22. c. 46. —⁶ Nov. 22. c. 38; 1. 1. C. ubi pup. 5, 49. —⁷ Nov. 22. c. 40; Nov. 94. c. 2. —⁸ Nov. 22. c. 40. —⁹ 1. 7. C. de rev. don. 8, 55; Nov. 22. c. 35.

¹ 1. 1. ll. 8—13. § 4. D. de his qui not. inf. 3, 2. —² fr. Vat. § 321.

по закону императора Θεодосія³—въ теченіе одного года. Основаніе этого двоякое: во-первыхъ, неизвѣстность отчества въ случаѣ рожденія дитяти въ теченіе десяти мѣсяцевъ (*propter turbationem sanguinis*)⁴; во-вторыхъ, требованіе добрыхъ нравовъ, поэтому срокъ долженъ быть соблюденъ и въ томъ случаѣ, если жена разрѣшилась отъ бремени до истеченія срока⁵. Нарушеніе срока влекло за собою, по преторскому эдикту, *infamia* супруговъ (если они не вступили въ бракъ по приказу своихъ владыкъ) и владыкъ, давшихъ свое согласіе^{5а}. По императорскимъ законамъ⁶, сверхъ того жена подвергается значительному имущественному наказанію; она лишается всего, что получила отъ умершаго мужа, въ пользу его нисходящихъ, восходящихъ, братьевъ и сестеръ, наконецъ, въ пользу казны; она лишается *testamentifactio passiva* (§ 398), т. е. не можетъ ничего приобрѣсти по распоряженію на случай смерти, а по закону (*ab intestato*) можетъ наслѣдовать только послѣ своихъ родственниковъ до 3-й степени; теперешнему своему мужу она не можетъ передать больше $\frac{1}{3}$ своего имущества.—Императорское законодательство постановило годичный срокъ ожиданія и для разведшихся, но за нарушеніе его никакого штрафа не назначило⁷; зато оно распространило всѣ штрафы за нарушеніе траурнаго года на ту жену, которая въ теченіе одного года послѣ смерти мужа родитъ дитя, о которомъ извѣстно, что прежній мужъ не былъ его отцомъ⁸.

II. *Каноническое и нынѣшнее право.* Каноническое право⁹ постановляетъ, что вдова, вступившая въ бракъ въ теченіе траурнаго года, не подвергается безчестію; въ качествѣ мотива приводится изреченіе апостола Павла¹⁰, по которому жена можетъ свободно вступать въ бракъ послѣ смерти своего мужа. Хотя этотъ мотивъ основанъ на невѣрномъ пониманіи изреченія апостола, тѣмъ не менѣе практика, опираясь на него, не примѣняетъ императорскихъ законовъ; только роженіе внѣбрачнаго дитяти въ теченіе траурнаго года практика наказываетъ лишеніемъ *lucra nuptialia*.—Новыя партикулярныя законодательства какъ для вдовы, такъ и для развелшейся постановили срокъ ожиданія и нарушеніе послѣдняго обложили умѣренными штра-

³ 1. 2. C. de sec. nupt. 5, 9. — ⁴ 1. 11. § 1. D. de his qui not. inf. 3, 2.—⁵ 1. 11. §§ 1. 3. D. de his qui not. inf. 3, 2.—^{5а} fr. Vat. § 320; 1. 1. D. de his qui not. inf. 3, 2.—⁶ 1. 1. 2. C. de sec. nupt. 5, 9; Nov. 22. c. 22.—⁷ 1. 8. § 4. i. f. l. 9. C. de repud. 5, 17.—⁸ Nov. 39. c. 2.—⁹ c. 4. c. 5. X. de sec. nupt. 4, 21.—¹⁰ Римл. 7, 3; 1. Кор. 7, 39.

фами; эти партикулярныя нормы подтвердилъ имп. законъ 6 февр. 1875 г. §§ 35. 36, установивъ продолжительность срока въ 10 мѣсяцевъ. Это возстановленіе римскихъ принциповъ исполнѣ основательно.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

§ 352. Такъ наз. родительское и дѣтское право.

Gangerow, §§ 258—260.—*Windscheid*, §§ 514—520.—*Brinz*, § 492.—*Baron*, § 46.

Семейный союзъ порождаетъ между тѣми членами, которые стоятъ ближе другъ къ другу, два отношенія различнаго характера: т. н. родительское и дѣтское право и отеческую власть.

Родительское и дѣтское право имѣетъ мѣсто между всѣми восходящими (parentes) и нисходящими; оно бываетъ основано не только на рожденіи въ бракѣ, но и на рожденіи внѣ брака по отношенію къ материнскимъ восходящимъ¹ и на усыновленіи (*arrogatio* и т. н. *adoptio plena*)², пока оно существуетъ³, по отношенію къ отцовскимъ восходящимъ. Это отношеніе во всей своей полнотѣ является отношеніемъ нравственнымъ; содержаніе его состоитъ въ томъ, что члены его обязаны оказывать взаимную любовь, а нисходящіе сверхъ того обязаны оказывать восходящимъ *pietas*⁴ (и р. пр. учить: почитай отца и мать твою, *patrem et matrem venerari oportet*^{4a}); но это отношеніе подлежитъ и юридическому обсужденію съ трехъ сторонъ:

1. Нѣкоторыя нравственныя обязанности постепенно были соединены съ юридическимъ принужденіемъ, такъ что изъ нихъ возникаютъ права. Сюда относится право на *alimenta* и *dos* (§§ 328. 329), право необходимаго наслѣдованія (§§ 415. 416). Сюда присоединяется еще, по р. пр., право давать согласіе на бракъ неполнолѣтнихъ дочерей, которое принадлежало прежде всего отцу, послѣ его смерти опекуну, матери и ближайшимъ родственникамъ, а въ случаѣ спора между ними, опекунскимъ властямъ⁵; по отношенію къ сыновьямъ и полнолѣт-

¹ 1. 6. D. de in ius voc. 2, 4.—² 1. 23. D. de ad. 1, 7; 1. 1. § 4. D. unde cogn. 38, 8.—³ 1. 13. D. de ad. 1, 7; ниже § 367.—⁴ 1. 4. D. de cur. fur. 27, 10; 1. 1. 1. 9. 1. 10. D. de obs. 37, 15.—^{4a} 1. 1. § 2. D. de obs. 37, 15.—

⁵ 1. 1. 1. 18. 1. 20. C. de nupt. 5, 4.

нимъ дочерямъ право это принадлежало отцу только въ томъ случаѣ, если онъ въ то же время имѣлъ власть надъ ними⁶.

По имп. закону 6 февр. 1875 г. §§ 29. 31 право согласія на бракъ принадлежитъ отцу (все равно, имѣетъ ли онъ отеческую власть или нѣтъ) по отношенію къ сыновьямъ, если они жевятся не достигши 25-и лѣтъ, по отношенію къ дочерямъ, не достигшимъ 24-хъ лѣтъ; послѣ смерти отца, а равно и по отношенію къ внѣбрачнымъ дѣтямъ право это принадлежитъ матери, а если дѣти—неполнолѣтнія, также и опекуну.

2. Если нисходящимъ принадлежать какія либо права по отношенію къ восходящимъ, то они не должны осуществлять таковыхъ съ нарушеніемъ долга почтенія. Поэтому, они всегда должны имъ предоставлять *benef. competentiae* (§ 228 пр. 11); не могутъ вчать противъ нихъ *actio famosa*⁸ и иска, содержащаго въ себѣ прямое обвиненіе въ *dolus*⁹ (кромѣ иска по поводу *atrox iniuria*¹⁰); мало того, римское право требуетъ даже, чтобы они не выступали съ исками противъ восходящихъ иначе, какъ съ предварительнаго согласія претора¹¹ (этого практика теперь не соблюдаетъ).

3. Воспитаніе дѣтей подлежитъ руководству обоихъ родителей; въ случаѣ спора рѣшаетъ воля отца, но въ случаѣ наличности особыхъ основаній судья можетъ передать воспитаніе одной матери¹². Послѣ смерти отца право на воспитаніе принадлежитъ матери за исключеніемъ случаевъ, если отецъ сдѣлалъ иное распоряженіе и если мать вступила во второй бракъ (§ 350 пр. 6); и въ этихъ случаяхъ судья можетъ при наличности особыхъ основаній оставить воспитаніе за матерью¹³. Въ случаѣ развода, о воспитаніи дѣтей рѣшаетъ судья, стараясь по возможности присудить его невиновному супругу¹⁴.—Право воспитанія влечетъ за собою право наказанія; болѣе тяжкія наказанія предполагаютъ участіе властей¹⁵.

Въ виду всѣхъ означенныхъ обязанностей и правъ иногда

⁶ пр. I. de nupt. 1, 10; l. 2. l. 3. ll. 9—11. l. 16. § 1. l. 20. l. 25. D. de rit. nupt. 23, 2.—⁷ l. 7. § 3. D. de obs. 37, 15.—⁸ l. 11. § 1. l. 12. D. de dolo 4, 3; l. 2. пр. l. 5. § 1. D. de obs. 37, 15.—⁹ l. 2. § 1. l. 5. l. 6. l. 7. пр. § 2. D. de obs. 37, 15.—¹⁰ l. 7. § 3. D. de ini. 47, 10.—¹¹ l. 4. § 1. sq. l. 11. l. 12. l. 15. l. 24. l. 25. D. de in ius voc. 2, 4.—¹² l. 1. § 3. l. 3. § 5. D. de lib. exh. 43, 30.—¹³ l. 1. § 1. D. ubi pup. 27, 2; l. 7. D. de ann. leg. 33, 1; l. 1. C. ubi pup. 5, 49; Nov. 22. c. 38.—¹⁴ l. un. C. div. facto 5, 24; Nov. 117. c. 7.—¹⁵ l. 3. C. de patr. pot. 8, 46; l. un. C. de emend. prop. 9, 15; l. 9. § 3. D. de off. proc. 1, 16. ¹⁵ a l. 3. § 2. D. de agn. lib. 25, 3; § 13. l. de act. 4, 6.

принимаются особыя мѣры, чтобы удостовѣрить родственное отношеніе:

Такъ, дѣти могутъ предъявить противъ своихъ родителей, а въ случаѣ необходимости и противъ дѣда и бабки¹⁶ и т. д. искъ о признаніи ихъ дѣтьми, *actio de liberis agnoscendis (et alendis)*¹⁷, которая теперь называется *act. de filiatione*; точно также и мать дитяти можетъ вчать искъ о его признаніи противъ отрицающагося отца, *act. de partu agnoscendo*¹⁸.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Отеческая власть.

РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

§ 353. Понятіе, защита и содержаніе.

t. D. I, 6: de his qui sui vel alieni iuris sunt.—t. C. VIII, 46; t. I. I, 9: de patria potestate.—Vangerow, §§ 229. 230. 246.—Windscheid, §§ 513. 520.—Brinz, §§ 457—460.—Baron, §§ 38. 40.

Отеческая власть есть господство, принадлежащее кому либо надъ рожденными имъ въ бракъ дѣтьми и лицами, поставленными наравнѣ съ таковыми. Она есть правоотношеніе и снабжена принудительною силой противъ третьихъ лицъ, удерживающихъ дѣтей отъ отца, а равно и противъ самихъ дѣтей, не признающихъ власти отца:

а. Противъ третьихъ лицъ отцу принадлежитъ выборъ между двумя исками, которые въ классическомъ правѣ отличались другъ отъ друга только процессуальною формою, и поэтому, уже по праву Юстиніана, должны быть признаны тождественными: *fili vindicatio*¹ (аналог. *rei vindicatio*) и *interd. de liberis ducendis*², приготовленіемъ для котораго можетъ служить *interd. de liberis exhibendis*; если право воспитанія принадлежитъ матери, то противъ нея эти иски не имѣютъ силы³.

¹⁶ l. 3. § 2. D. de agn. et al. lib. 25, 3.—¹⁷ t. D. 25, 3: de agnoscendis et alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis.—¹⁸ l. 1. § 16. l. 2. l. 3. D. h. t. 25, 3.—¹⁹ l. 1. D. de agn. et al. lib. 25, 3.—²⁰ l. 1. §§ 10—15. l. 2. D. de insp. ventre 25, 4.—²¹ l. 1. pr.—§ 9. D. de insp. ventre 25, 4.

¹ l. 1. § 2. D. de r. v. 6, 1.—² t. D. 43, 30; t. C. 8, 8: de liberis exhibendis, item ducendis.—³ l. 1. § 3. l. 3. § 5. D. h. t. 43, 30.

в. Противъ подвластнаго дитяти разбирательство происходитъ въ процессѣ, который источники ⁴ признають за *praedictum* (§ 80 пр. 5. 6) и который теперь называется *act. de patria potestate affirmativa*. Наоборотъ, кто утверждаетъ свою свободу отъ отеческой власти, тому дается противъ отца т. н. *act. de patria potestate negativa seu de statu patrisfamilias* ⁵.

Изъ весьма важныхъ правъ, которыя, по древнему праву, заключались въ отеческой власти, въ правѣ Юстиніана остались лишь немногія: право продажи новорожденнаго дитяти въ случаѣ крайней нужды ⁶, право отдать подвластное дитя въ *adoptio* ⁷, право согласія на бракъ, право назначенія опекуна ⁸, право совершить *substitutio pupillaris* ⁹, наконецъ, права на нѣкоторыя имущества дитяти. Изъ нихъ право продажи теперь совсѣмъ не существуетъ, право согласія на бракъ превратилось въ родительское право (§ 352).

Изъ правъ, которыя составляютъ содержаніе отеческой власти, право отдачи въ *adoptio*, назначенія опекуна и *substitutio pupillaris* мы рассмотримъ ниже (§§ 363. 372. 403); здѣсь же займемся правами отца на имущество подвластнаго дитяти (§§ 354—360). На *публичныя* права подвластныхъ дѣтей отеческая власть не имѣетъ никакого вліянія ¹⁰.

РАЗДѢЛЬ ВТОРОЙ.

Объ имущественныхъ отношеніяхъ подвластныхъ дѣтей.

I. Право Юстиніана.

1) § 354. Историческое введеніе.

Mandry, das gemeine Familienrecht mit Ausschluss des ehelichen Güterrechts. 2 Bde. 1871. 1876. — *Vangerow*, § 232. — *Windscheid*, § 515. — *Baron*, § 39.

Подвластное дитя не ограничивается отеческою властью въ своей дѣеспособности, стало быть, оно способно къ приобрѣтенію и къ принятію на себя обязательствъ; но, по древнему

⁴ l. 1. § 2. D. de r. v. 6, 1; l. 1. § 4. D. de lib. exh. 43, 30.—⁵ l. 8. D. de prob. 22, 3.—⁶ l. 1. § 1. l. 2. пр. l. 5. D. de ad. 1, 7.—⁷ l. 2. C. de patr. qui fil. distr. 4, 43.—⁸ l. 1. D. de test. tut. 26, 2.—⁹ l. 2. D. de vulg. et pup. subst. 28, 6.—¹⁰ l. 9. D. de his qui sui 1, 6.

ius civile, всякое его *приобрѣтеніе* принадлежитъ его отцу¹: подвластное дитя неспособно *имѣть* частное право², поэтому, по цивильному праву, оно не оставляетъ наслѣдства и не можетъ составлять завѣщаній³. На имущество отца дитя не имѣетъ никакихъ правъ; оно не можетъ ни распоряжаться имъ, ни связывать его обязательствами. Эти начала мало по малу подверглись важнымъ измѣненіямъ.

1. Прежде всего, и при томъ уже въ очень древнее время, отецъ часто выдѣлялъ подвластному дитяти (какъ и рабу) часть своего имущества (въ источникахъ называемую *peculium*, *peculium rapatum*⁴, теперь *peculium profecticium*) въ *управленіе*: подвластное дитя имѣло на *peculium* права управителя чужого имущества (§ 355).

2. Затѣмъ признали за подвластнымъ сыномъ способность имѣть частныя права; а именно, со времени Августа онъ получилъ право составить завѣщаніе объ имуществѣ, *приобрѣтенномъ* имъ на военной службѣ (*peculium castrense*)⁵; скоро возникло воззрѣніе, что онъ можетъ распоряжаться этимъ имуществомъ, какъ домовладыка (*paterfamilias*), между живыми и на случай смерти, однимъ словомъ, что *pec. castr.* есть *его свободное имущество*⁶. Можетъ быть, уже въ началѣ третьяго вѣка по Р. Хр.⁷, а во всякомъ случаѣ со времени Константина начало развиваться *pec. quasi castrense*: гражданская служба и т. под. стали разсматриваться какъ *militia (literata, cohortalis, sacra, divina)*, и имущество, *приобрѣтенное* на гражданской службѣ и т. под., было поставлено наравнѣ съ имуществомъ, *приобрѣтеннымъ* на военной службѣ (§ 356).

3. Константиномъ и послѣдующею практикой была произведена еще болѣе важная реформа: унаслѣдованное отъ матери имущество (*bona materna*) *принадлежитъ* съ этого вре-

¹ Gai. 2, 86. 87; 3, 163; Ulp. fr. 19, 18; pr. I. per quas pers. 2, 9.—

² Gai. 2, 87. 96; Ulp. fr. 20, 10.—³ pr. I. quib. non est perm. 2, 12; Ulp. fr. 20, 10.—⁴ a Cic. pro Rosc. Amer. 15, 43.—⁵ l. 37. pr. C. de inoff. test. 3, 28; l. 37. § 6. D. de don. 39, 5.—⁶ pr. I. quib. non est perm. 2, 12; Ulp. fr. 20, 10.—

⁷ l. 1. § 3. l. 2. D. ad sct. Mac. 14, 6; l. 15. § 3. D. de castr. pec. 49, 17.—⁸ l. 32. § 17. D. de don. i. v. et u. 24, 1; l. 1. § 6. D. ad sct. Treb. 36, 1; l. 3. § 5. D. de b. p. 37, 1; l. 1. § 15. D. de coll. 37, 6; l. 7. § 6. D. de don. 39, 5; но, можетъ быть, названіе *pec. quasi castrense* въ этихъ мѣстахъ относится къ распространенію понятія *pec. castrense*, упомянутому въ § 356 пр. 2—4.

мени самому подвластному дитяти, отецъ же имѣеть на него только узурфруктъ и право управления⁸. Послѣдующіе императоры распространили это положеніе на все то, что подвластное дитя приобрѣло по завѣщанію или даренію отъ материнскихъ восходящихъ (*bona materni generis*)⁹, а также на *lucra purtialia*¹⁰ (§ 350). Наконецъ, Юстиніанъ возвелъ эти изъятія въ общее правило: все, что подвластное дитя приобрѣло отъ другихъ, а не отъ своего отца (*quae extrinsecus ad filiosfamilias veniunt*, называемыя поэтому новыми юристами *bona adventicia, peculium adventicium*)¹¹, дѣлается его имуществомъ, а отецъ имѣеть на него только узурфруктъ и управление¹² (§ 357), иногда же (а именно, по отношенію къ т. н. *bona adventicia irregularia*) и эти права не принадлежать отцу (§ 358); но, что подвластное дитя приобрѣло изъ имущества отца, то принадлежитъ отцу¹³.

Такимъ образомъ, результатъ историческаго развитія представляется въ слѣдующемъ видѣ: изъ имущества *отца* подвластное дитя ничего не можетъ приобрѣсти для себя; но то, что оно приобрѣтаетъ *изъ другихъ источниковъ*, идетъ ему въ собственность, отцу—въ узурфруктъ и управление (т. н. *bona adventicia regularia*); то, что подходитъ подъ понятіе *pec. castrense, pec. quasi castrense* и т. н. *bona adventicia irregularia*, подвластное дитя приобрѣтаетъ *вполнѣ* для себя.

2) § 355. Т. н. *peculium profecticum*.

t. D. XV, 1: de peculio. — t. C. IV, 26: quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur, vel de peculio sive quod iussu aut de in rem verso.—*Mandry*, über Begriff und Wesen des Peculium. 1869.—*Idem*, въ книгѣ, указанной къ § 354. Т. 2-й, стр. 1—206.—*Vangerow*, § 233.—*Windscheid*, § 518.—*Brinz*, § 461.

Въ источникахъ есть два легальныя опредѣленія такъ называемаго *peculium profecticum*; одно (въ 1. 5. § 4. D. h. t. 15, 1): *Peculium Tubero quidem sic definit . . . quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde*

⁸ l. 1. C. Th. de bon. mat. 8, 18; l. 1. C. I. de bon. mat. 6, 60. — ⁹ l. 2. C. de bon. mat. 6, 60.—¹⁰ l. 1. C. de bon. quae lib. 6, 61.—¹¹ ср. l. 28. D. de reb. auct. iud. 42, 5.—¹² l. 6. l. 8. C. de bon. quae lib. 6, 61.—¹³ § 1. I. per quas pers. 2, 9; l. 6. pr. l. 8. pr. C. de bon. quae lib. 6, 61.

si quid domino debetur; другое (въ 1. 4 pr. D. eod.): Peculii est non id, cuius servus seorsum a domino rationem habuerit, sed quod dominus ipse separaverit, suum a servi ratione discernens. По обоимъ легальнымъ опредѣленіямъ, *peculium est ta часть имущества владыки, которую послѣдній передалъ подвластному лицу (дитяти, рабу) въ самостоятельное управление*; добавку въ первомъ легальномъ опредѣленіи «deducto inde si quid domino debetur» слѣдуетъ признать неточною; она указываетъ на право предварительнаго вычета, которое принадлежитъ владыкѣ по поводу его требованій, если противъ него предъявлена actio de peculio (§ 221 пр. 27); это право вычета, какъ показываетъ actio tributoria (§ 221 пр. 34), не существенно, а потому не должно входить въ опредѣленіе.

1. *Составныя части peculium profecticium.* Прежде всего сюда относится то, что отецъ даетъ подвластному дитяти съ цѣлью установить ему peculium¹; и дареніе отца подвластному дитяти основывается только peculium²; впрочемъ, оно становится дѣйствительнымъ, если отецъ умираетъ раньше подвластнаго дитяти, не потребовавъ дара обратно³, а также если онъ эманципируетъ дитя, не потребовавъ дара обратно⁴. Затѣмъ къ peculium относится все то, что подвластное дитя пріобрѣтаетъ путемъ управленія пекуліемъ⁵. Составными частями peculium могутъ служить всѣ предметы частнаго имущества: отношенія какъ вещнаго, такъ и обязательственнаго права⁶.

2. *Правоотношенія.* Pecul. profecticium принадлежитъ къ имуществу отца⁷; подвластное дитя имѣетъ на него право управленія. Подвластное дитя управляетъ отъ своего имени, поэтому peculium разсматривается «velut proprium patrimonium» подвластнаго⁸; по сдѣлкамъ, которыя подвластное дитя заключаетъ при управленіи пекуліемъ, отецъ дѣлается обязаннымъ по началамъ actio de peculio, tributoria, de in rem verso (§ 221); между отцомъ и подвластнымъ могутъ быть за-

¹ 1. 8. l. 4. pr. § 2. l. 7. §§ 1. 2. D. h. t. 15, 1. — ² 1. 1. § 1. D. pro don. 41, 6; l. 11. C. de don. 8, 53; l. 15. pr. D. de pec. castr. 49, 17. — ³ 1. 25. C. de don. i. v. et n. 5, 16; l. 18. pr. C. fam. erc. 3, 36; l. 6. § 2. C. de bon. quae lib. 6, 61. — ⁴ 1. 31. § 2. D. de don. 39, 5; l. 17. C. de don. 8, 53. — ⁵ 1. 40. D. h. t. 15, 1; l. 1. § 5. l. 4. D. de poss. 41, 2. — ⁶ 1. 7. §§ 4. 5. D. h. t. 15, 1. — ⁷ 1. 4. pr. l. 5. § 4. D. h. t. 15, 1. — ⁸ 1. 39. l. 47. § 6. D. h. t. 15, 1.

ключены обязательства, которыя имѣютъ только силу натуральныхъ обязательствъ, но все же производить увеличеніе или уменьшеніе *peculium*⁹. Право отчуждать пекуліарныя вещи принадлежитъ подвластному только въ предѣлахъ необходимости (по отношенію къ вещамъ, легко подлежащимъ порчѣ, и для погашенія пекуліарныхъ долговъ); *свободное* право отчужденія принадлежитъ подвластному дитяти только въ томъ случаѣ, если оно ему особо предоставлено; такое особое предоставленіе заключалось по римской терминологіи въ предоставленіи ему *administratio* или *libera administratio peculii*¹⁰; многіе романисты признаютъ свободное право отчужденія только въ случаѣ предоставленія *libera administratio*; но это неправильно, потому что во многихъ мѣстахъ источниковъ¹¹ оба выраженія употребляются, какъ равнозначущія. Но, и въ томъ случаѣ, если подвластное дитя имѣетъ свободное право отчужденія, оно все таки не можетъ дарить пекуліарныхъ вещей, за исключеніемъ случая, если имѣются особыя къ тому основанія¹².

3. *Прекращеніе pecul. profecticum*. *Peculium* прекращается:

а. если отецъ беретъ его назадъ; это онъ всегда можетъ сдѣлать¹³;

б. если прекращается отеческая власть; въ томъ случаѣ, если основаніе прекращенія состоитъ въ смерти отца, *peculium* идетъ въ наслѣдственную массу, кромѣ той части, которая произошла отъ дареній отца подвластному дитяти (выше пр. 2 и 3); если основаніе прекращенія состоитъ въ *emancipatio* подвластнаго дитяти, то *peculium*, поскольку оно состоитъ изъ тѣлесныхъ вещей, считается подареннымъ, если отецъ его не взялъ назадъ¹⁴;

с. по постановленію императора Клавдія, *peculium* остается въ пользу подвластнаго дитяти, какъ собственное имущество, въ томъ случаѣ, если казна беретъ имущество отца за долги¹⁵.

⁹ l. 7. § 6. l. 11. § 2. l. 38. pr. § 1. l. 52. pr. l. 56. D. h. t. 15, 1.—¹⁰ l. 7. § 1. l. 46. l. 48. § 1. D. h. t. 15, 1; l. 28. § 2. D. de pact. 2, 14; l. 34. pr. D. de nov. 46, 2; l. 84. D. de sol. 46, 3; l. 52. § 26. D. de furt. 47, 2; l. 10. C. quod cum eo 4, 26.—¹¹ l. 28. § 2. D. de pact. 2, 14; l. 48. D. h. t. 15, 1; l. 3. § 2. D. ad sct. Mac. 14, 6.—¹² l. 28. § 2. D. de pact. 2, 14; l. 7. pr.—§ 5. D. de don. 39, 5; l. 1. § 1. D. quae res pign. 20, 3; l. 52. § 26. D. de furt. 47, 2.—¹³ l. 8. D. h. t. 15, 1.—¹⁴ l. 53. D. h. t. 15, 1; Vat. fr. 260. 261; § 20. I. de leg. 2, 20.—¹⁵ l. 3. § 4. i. f. D. de min. 4, 4.

3) § 356. Peculium castrense и quasi castrense.

t. D. XLIX, 17: de castrensi peculio. — t. C. XII, 36: de castrensi peculio militum et praefectorianorum. — *Fitting*, das peculium castrense in seiner geschichtlichen Entwicklung und heutigen gemeinrechtlichen Geltung. 1871. — *Vangerow*, §§ 234. 235. — *Windscheid*, § 516. — *Brinz*, § 462.

1. *Составныя части.* Къ pec. castrense относится то, что подвластный сынъ приобрѣтаетъ въ качествѣ солдата¹, непосредственно, напр., жалованіе, добыча, или посредствомъ, напр., то, что ему подарили по случаю его поступленія въ войско², то, что ему подарилъ или предоставилъ на случай смерти его товарищъ³. По рескрипту императора Адриана, сюда относится также наслѣдство, оставленное солдату его женою⁴. — Къ pec. quasi castrense относится: а. то, что подвластный сынъ приобрѣтаетъ непосредственно, въ качествѣ государственнаго⁵ или придворнаго чиновника⁶, б. то, что онъ непосредственно или посредствомъ приобрѣтаетъ въ качествѣ адвоката⁷, с. то, что духовное лицо приобрѣтаетъ какимъ бы то ни было образомъ⁸, d. то, что подвластное дитя (сынъ или дочь) получаетъ въ даръ отъ монарха или его супруги⁹.

2. *Правоотношенія.* Въ области pec. castrense и quasi castrense подвластное дитя находится въ положеніи вполне свободнаго отъ власти какъ по отношенію къ отцу, такъ и по отношенію къ третьимъ лицамъ¹¹; оно можетъ распоряжаться этимъ имуществомъ какъ между живыми, такъ и на случай смерти¹²; если подвластное дитя умираетъ, не распорядившись на случай смерти, то pec. castrense или quasi castrense до Юстиніана доставалось отцу (iure peculii profecticii)^{12a}, со времени Юстиніана¹³ — наслѣдникамъ ab intestato. — Если подвластное дитя недѣеспособно, то учреждается опека; на долж-

¹ l. 11. D. h. t. 49, 17; l. 1. C. h. t. 12, 36. — ² l. 3. § 4. D. de don. i. v. et u. 24, 1; l. 6. l. 11. D. h. t. 49, 17; l. 4. C. fam. erc. 3, 36. — ³ l. 5. l. 8. D. h. t. 49, 17; l. 1. l. 4. C. h. t. 12, 36. — ⁴ l. 13. l. 16. pr. D. h. t. 49, 17. — ⁵ l. 7. C. de ass. 1, 51; l. 37. pr. C. de inoff. test. 3, 28; l. 6. C. h. t. 12, 36. — ⁶ l. un. C. de castr. omnium palatinorum pecul. 12, 31. — ⁷ l. 4. C. de advoc. div. iud. 2, 7. — ⁸ l. 34. C. de episc. 1, 3; Nov. 123. c. 19. — ⁹ l. 7. C. de bon. quae lib. 6, 61. — ¹⁰ l. 50. D. ad sct. Treb. 36, 1. — ¹¹ l. 2. D. ad sct. Mac. 14, 6; l. 4. § 1. l. 5. l. 15. §§ 1—4. D. h. t. 49, 17; l. 2. l. 3. C. h. t. 12, 36. — ¹² l. 2. l. 14. l. 17. § 1. l. 19. §§ 2—5. l. 20. D. h. t. 49, 17. — ^{12a} l. 1. l. 2. l. 9. l. 19. § 3. D. de castr. pec. 49, 17. — ¹³ Nov. 118. c. 1; cp. pr. I. quib. non est perm. 2, 12.

ность опекуна призывается отецъ; если же послѣдній отказывается или неспособенъ, то опекуна назначаетъ опекунское начальство¹.

4) § 357. Bona adventicia regularia.

t. C. VI, 60: de bonis maternis et materni generis; t. C. VI, 61: de bonis quae liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio vel alias acquiruntur et eorum administratione. — *Vangerow*, § 236. — *Windscheid*, §§ 516. 517. — *Brinz*, §§ 463—465.

1. *Составныя части.* Къ bona adventicia regularia относится все то, что подвластное дитя приобрѣтаетъ не изъ имущества отца, а изъ другихъ источниковъ¹, поскольку приобрѣтенное не относится ни къ res. castrense или quasi castrense, ни къ bona adventicia irregularia. Сюда относится и наслѣдство, которое открылось для подвластнаго дитяти, еще не достигшаго семи лѣтъ, и которое поэтому вмѣсто него принялъ отецъ²; но если какое либо приобрѣтеніе (наслѣдство, отказъ, дареніе) предложено подвластному дитяти, старше семи лѣтъ, то это приобрѣтеніе признается bonum adventicium regulare только въ томъ случаѣ, если подвластное дитя принимаетъ его съ согласія отца; если же отецъ не даетъ согласія на принятіе, то подвластное дитя само можетъ изъявить свою волю принять, и приобрѣтенное дѣлается bonum advent. irregulare; если подвластное дитя не желаетъ принять, то отецъ можетъ сдѣлать приобрѣтеніе вполнѣ для себя³.

2. *Правоотношенія.* Хотя bona advent. reg. состоятъ въ собственности подвластнаго дитяти⁴, но послѣднее не можетъ осуществлять никакихъ вытекающихъ изъ нея правъ, не можетъ распоряжаться ни между живыми, ни на случай смерти⁵; съ согласія отца подвластное дитя можетъ распоряжаться этимъ имуществомъ между живыми⁶; нѣкоторые утверждаютъ (неосновательно), что каноническое право⁷ подъ тѣмъ же условіемъ предоставляетъ подвластному дитяти распоряженіе на случай смерти въ пользу благотвори-

¹ l. 7. C. de cur. fur. 5, 70.

² l. 6. pr. § 1. C. h. t. 6, 61; § 1. l. per quas pers. 2, 9. — ³ l. 18. pr. C. de iure del. 6, 30; l. 8. § 6. C. h. t. 6, 61. — ⁴ l. 8. pr. §§ 1. 2. C. h. t. 6, 61. — ⁵ l. 6. pr. C. h. t. 6, 61. — ⁶ l. 8. § 5. C. h. t. 6, 61; l. 11. C. qui test. fac. poss. 6, 22; pr. l. quib. non est perm. 2, 12. — ⁷ l. 8. § 5. C. h. t. 6, 61. — ⁷ c. 4. in. VI. de sepult. 3, 12.

выхъ цѣлей (§ 392 пр. 15). По смерти подвластнаго дитяти вона advent. reg. до Юстиніана доставались нѣкоторымъ близкимъ родственникамъ ^{7a}, со времени Юстиніана — его наслѣдникамъ ab intestato ^{7b}.—Отцу принадлежитъ на вона advent. reg. право управленія и узуфрукта ⁸.

а. *Право управленія отца.* При управленіи отецъ долженъ прилагать всякую заботливость ⁹; этому противорѣчить, повидимому, то, что отецъ не обязанъ давать дитяти отчета ¹⁰; но это противорѣчіе устраняется, если принять, что отецъ отвѣчаетъ только въ томъ случаѣ, если дитя докажетъ его вину. Право отчужденія принадлежитъ отцу лишь на тѣ вещи, которыя легко портятся или бесполезны, а равно и въ томъ случаѣ, если должны быть уплачены долги или отказы, перешедшіе на подвластное дитя вмѣстѣ съ наслѣдствомъ ¹¹; всякое другое отчужденіе ничтожно, третій владѣлецъ не можетъ приобрѣсть права собственности на отчужденныя вещи даже по давности (обыкновенной или чрезвычайной) ¹²; давность исковъ, которые принадлежатъ подвластному дитяти по отношенію къ отчужденнымъ вещамъ, начинается течь лишь съ момента окончанія отеческой власти (§ 90 пр. 3). Въ одномъ случаѣ отецъ при управленіи связанъ согласіемъ подвластнаго дитяти, если оно достигло совершеннолѣтія и находится недалеко, а именно, при процессахъ о наслѣдствѣ ¹³.

б. *Узуфруктъ отца свободенъ* ¹⁴ отъ обыкновенныхъ ограниченій узуфруктуарія (§ 159 пр. 14 — 17); не требуется и cautio usufructuaria ¹⁵. Узуфруктъ прекращается по общему правилу вмѣстѣ съ отеческою властью. Онъ существуетъ и послѣ прекращенія отеческой власти: а) если подвластное дитя умираетъ, оставляя нисходящихъ наслѣдниковъ; тогда отецъ сохраняетъ узуфруктъ пожизненно; онъ лишается узуфрукта, если наслѣдуетъ послѣ подвластнаго дитяти одинъ или вмѣстѣ съ его братьями и сестрами ¹⁶; б) если онъ добровольно эманципируетъ

^{7a} l. 4. l. 6. § 1. C. de bon. quae lib. 6, 61; l. 11. C. comm. de succ. 6, 59.—^{7b} Nov. 118. c. 1.—⁸ l. 6. pr. § 2. C. h. t. 6, 61.—⁹ l. 1. C. de bon. mat. 6, 60; l. 8. § 4. C. h. t. 6, 61.—¹⁰ l. 6. § 2. l. 8. § 4. C. h. t. 6, 61.—¹¹ l. 6. § 2. l. 8. §§ 4. 5. C. h. t. 6, 61; l. 1. l. 2. C. de bon. mat. 6, 60.—¹² Nov. 22. c. 24.—¹³ l. 8. § 3. C. h. t. 6, 61.—¹⁴ l. 1. C. de bon. mat. 6, 60; l. 6. § 2. C. h. t. 6, 61.—¹⁵ l. 8. § 4. C. h. t. 6, 61.—¹⁶ l. 3. l. 4. l. 6. § 1. C. h. t. 6, 61; Nov. 118. cc. 1. 2.

подвластное дитя; тогда онъ сохраняетъ половину узурфрукта, какъ *praedium emancipationis*¹⁷. Нѣкоторые утверждаютъ, что узурфруктъ продолжается также, если отецъ отдалъ свое дитя въ полную *adoptio* (§ 365); источники не обсуждаютъ такого случая, а внутреннія основанія говорятъ противъ продолженія.

5) § 358. *Bona adventicia irregularia*.

Vangerow, § 237.—*Windscheid*, § 517.

1. *Составныя части*. Сюда относится то, а. что подвластное дитя приобрѣло противъ воли отца (§ 357 пр. 3); б. что дало подвластному дитяти третье лицо съ тѣмъ, чтобы отецъ не имѣлъ на это имущество никакого права¹; с. если отецъ получаетъ наслѣдство послѣ другого дитяти вмѣстѣ съ подвластнымъ, то часть наслѣдства, приходящаяся на долю послѣдняго, дѣлается его *bon. advent. irreg.*².

2. *Правоотношенія*. Подвластное дитя имѣетъ полное право собственности на *bona adv. irreg.*, но не можетъ ими распоряжаться на случай смерти. Если подвластное дитя достигло 25-ти лѣтъ (полнолѣтія) и нѣтъ другихъ причинъ, ограничивающихъ его дѣеспособность, то ему принадлежитъ управленіе³; въ противномъ случаѣ учреждается опека⁴.

6) § 359. Юридическія сдѣлки между отцомъ и подвластными дѣтьми.

Voigt, die zwölf Tafeln. Bd. 2. § 93. 1883.—*Vangerow*, § 231.—*Windscheid*, § 519.—*Baron*, § 38.

Въ древнее римское время отецъ, дѣти и ихъ супруги и дѣти жили вмѣстѣ и вмѣстѣ пользовались общими приобретеніями¹. Этимъ объясняется неспособность подвластныхъ дѣтей къ собственному имуществу; этимъ, далѣе, объясняется, почему отецъ могъ выговорить себѣ, чтобы что либо было предостав-

¹⁷ l. 6. § 3. C. h. t. 6, 61; § 2. I. per quas pers. 2, 9.

¹ Nov. 117. c. 1. — ² Nov. 118. c. 2. — ³ Nov. 117. c. 1. § 1; l. 8. pr. C. de bon. quae lib. 6, 61. — ⁴ l. 8. § 1. C. de bon. quae lib. 6, 61; Nov. 117. c. 1. § 1.

¹ Valer. Max. IV, 4, 8; Plutarch. Aem. Paul. 5; Cato mai. 24; Crassus 1.

лено подвластному дитяти, и обратно (§ 217 пр. 5); этимъ, наконецъ, объясняется, почему между отцомъ и подвластнымъ дитятей (а равно и между двумя лицами подвластными одному отцу) не допускались юр. сдѣлки² (въ томъ числѣ и процессы³ кромѣ тѣхъ случаевъ, гдѣ дѣло шло болѣе о личныхъ, нежели имущественныхъ отношеніяхъ, напр., объ *alimenta*, *emancipatio*)⁴; при такихъ отношеніяхъ юр. сдѣлки немыслимы. Когда со введеніемъ *resilium profecticium* фактически возникли двѣ отдѣльныя имущественныя массы, то юр. сдѣлки между отцомъ и подвластнымъ дитятей и между двумя дѣтьми одной и той же семьи сдѣлались возможными, и обязательства между ними сдѣлались натурально дѣйствительными⁵ (§ 355 пр. 9). Со времени введенія *res. castrense* и *quasi castrense* было признано, что по отношенію къ этимъ имуществамъ юр. сдѣлки между этими лицами имѣютъ полную силу⁶, такъ какъ имущества эти вполнѣ принадлежатъ подвластному дитяти. Слѣдовало ожидать, что и къ возникшимъ затѣмъ *bona adventicia* будетъ примѣнено то же начало и тѣмъ будетъ признана полная имущественная способность подвластныхъ дѣтей; но въ источникахъ это нигдѣ не выражено, такъ что и теперь еще многіе юристы не признаютъ этого слѣдствія совсѣмъ (ни относит. *bon. adv. reg.*, ни относит. *irreg.*) или признаютъ его лишь отчасти (по отношенію къ *bon. adv. irreg.*).

Прежніе юристы объясняли изложенное выше пр. 1 — 4 право, опираясь на нѣкоторыя выраженія источниковъ⁷, тѣмъ, что принимали между отцомъ и подвластнымъ дитятей *unitas personae*; но теперь всѣ согласны, что это объясненіе неточно, потому что ни отецъ не можетъ обязать дитяти, ни обратно.

II. § 360. Нынѣшнее право.

Brinz, § 466.

Принадлежитъ ли изложеннымъ выше началамъ права Юстиніана и теперь еще полное дѣйствіе? Вопросъ этотъ возбуждаетъ оживленные споры.

² § 6. I. de inut. stip. 3, 19; l. 2. pr. D. de c. a. 18, 1; l. 50. D. ad set. Treb. 36, 1; l. 7. D. de o. et a. 44, 7.—³ l. 4. l. 11. D. de iud. 5, 1; l. 7. § 3. D. de ini. 47, 10.—⁴ l. 5. pr. D. de agn. et al. 25, 1; l. 92. D. de cond. 35, 1.—⁵ Ср. цитату въ § 230. пр. 22.—⁶ l. 15. §§ 1. 2. D. de pec. castr. 49, 17; l. 2. D. ad set. Mac. 14, 6.—⁷ cp. l. 11. C. de imp. subst. 6, 26; § 4. I. de inut. stip. 3, 19; l. 22. § 1. C. de agric. 11, 47.

Нѣтъ спора только о томъ, что и теперь дѣйствуютъ нормы о *res. castrense*, *quasi castrense* и *bona adventicia*; но спорно:

1. Примѣнимы ли и теперь *res. profecticum* и *act. de peculio, tributoria, de in rem verso*. Вопросъ этотъ слѣдуетъ рѣшить отрицательно, потому что «понятіе *res. profect.* никогда не привилось къ германской семьѣ и не встрѣтило пониманія со стороны германскаго народа»¹.

2. Дѣйствительны ли слѣзки между отцомъ и подвластнымъ дитятей и между дѣтьми одной и той же семьи? Этотъ вопросъ слѣдуетъ рѣшить утвердительно. Но и теперь еще слѣдуетъ утверждать, что дареніе отца подвластному дитяти недѣйствительно; ибо эта норма вошла въ сводъ Юстиніана, несмотря на то, что была уже признана имущественная способность подвластнаго дитяти; и внутреннія основанія говорятъ въ пользу этой нормы: дареніе подвластному дитяти со стороны отца (кромѣ незначительныхъ подарковъ по разнымъ случаямъ) такъ же неумѣстно, какъ дареніе одному супругу со стороны другого. Но какъ по римскому праву установленіе подвластному дитяти *dos* или *donatio propter nuptias* со стороны отца разсматривалось не какъ дареніе, а какъ исполненіе законной обязанности, такъ и теперь слѣдуетъ то же утверждать, если отецъ надѣляетъ имуществомъ сына, заводящаго свое отдѣльное хозяйство (ср. также § 429 sub III).

РАЗДѢЛЬ ТРЕТІЙ.

Возникновеніе отеческой власти.

1) § 361. Путемъ рожденія.

Windscheid, § 521.—*Baron*, § 41.

Отеческая власть возникаетъ, по римскому праву, путемъ рожденія дитяти въ законномъ бракѣ (§ 23 пр. 2—4) отъ мужа (*filius legitimus*)¹; отеческая власть принадлежитъ мужу, если онъ былъ во время рожденія *sui iuris*, въ противномъ случаѣ — его владыкъ, и лишь по смерти послѣдняго мужу².

По каноническому и нынѣшнему праву, тѣ же начала дѣйствуютъ по отношенію къ дѣтямъ пугативнаго брака (§ 23 пр. 16), если препятствіе къ браку было неизвѣстно отцу³.

¹ Bluntschli, Deutsches Privatrecht § 221. nr. 1.

² pr. l. h. t. 1, 9; § 12. I. de nupt. 1, 10. — ³ l. 4. l. 5. D. de his qui sui 1, 6; pr. I. qu. m. ius pot. 1, 12. — ³ c. 2. c. 14. c. 15. X. qui filii sint leg. 4, 17.

2) § 362. Путемъ legitimatio.

t. C. V, 27: de naturalibus liberis et matribus eorum et ex quibus causis iusti efficiantur.—Wolf, die legitim. per subsequens matrimonium. 1881.—Meyer, der Röm. Concubinatus. 1895.—Vangerow, §§ 254—256.—Windscheid, § 522.—Brinz, § 47.—Baron, § 42.

I. *Понятіе и правила римскаго права. Legitimatio* (узаконеніе) есть сообщеніе правъ законнаго рожденія такимъ дѣтямъ, которыя рождены не въ законномъ бракѣ (*fili illegitimi*)¹; этимъ они поступаютъ въ семейство своего отца и впредь подчинены отеческой власти; предполагается, что дѣти не возражаютъ, или, если они волеспособны, выражаютъ согласіе². — По классическому римскому праву³ могли быть узаконены дѣти отъ натуральныхъ браковъ (§ 23 пр. 3), отъ браковъ рабовъ и недѣйствительныхъ браковъ. Въ послѣ-классическомъ правѣ развилась *legitimatio дѣтей конкубинъ* (§ 23 пр. 9. 10) въ тройкой формѣ:

1. Т. н. *legitimatio per subsequens matrimonium*⁴, т. е. посредствомъ брака отца съ конкубиною; при этомъ долженъ быть составленъ дотальный договоръ (*instrumenta dotalia*), такъ какъ *dos* отличаетъ бракъ отъ конкубината. По до-юстинианову праву требовалось, чтобы конкубина была свободнорожденная и чтобы не было законныхъ дѣтей; и то, и другое Юстиніанъ призналъ безразличнымъ.

2. Т. н. *legitimatio per rescriptum principis*⁵, т. е. путемъ предоставленія правъ законнаго рожденія императоромъ. Предоставленіе можетъ быть испрашено отцомъ, но также и самими дѣтьми конкубины, если отецъ въ завѣщаніи позволилъ имъ это сдѣлать и въ то же время назначилъ ихъ наследниками⁶ (откуда неточное выраженіе новыхъ юристовъ: *legit. per testamentum*). Требуется, по постановленію Юстиніана⁷, чтобы не было законныхъ дѣтей и невозможенъ былъ бракъ съ конкубиною.

¹ Gai. 1, 89.—² l. 11. D. de his qui 1, 6; Nov. 89. c. 11.—³ l. 46. D. de adopt. 1. 7; l. 57. § 1. D. de rit. nupt. 23, 2; l. 68. D. de i. d. 23, 3; l. 25. C. de don. i. v. et u. 5, 16; Gai. 1, 65—80. 92. 96; 3, 5.—⁴ l. 5. l. 6. l. 10. l. 11. C. de nat. lib. 5, 27; Nov. 12. c. 4; Nov. 74. pr.; Nov. 89. c. 8; § 13. I. de nupt. 1, 10.—⁵ Nov. 74. prooem. cc. 1. 2; Nov. 89. c. 9.—⁶ Nov. 74. c. 2. § 1; Nov. 98. c. 10.—⁷ Nov. 74. c. 1; Nov. 89. c. 9.

3. Т. н. *legitimatío per oblationem curiæ*⁸ совершалась тѣмъ, что отецъ записывалъ сына конкубины въ *ordo decurionum* (*curia*) своего города или отдавалъ дочь конкубины замужъ за декуріона своего города; требуется, чтобы отецъ подарилъ или отказалъ имъ часть своего имущества. Этотъ видъ узаконенія порождаетъ, впрочемъ, только особое отношеніе къ отцу, но не къ отцовскимъ родственникамъ.

II. *Нынѣшнее право*. Узаконеніе дѣтей отъ натуральныхъ браковъ и отъ браковъ рабовъ теперь немислимо; узаконеніе дѣтей отъ недѣйствительныхъ браковъ вслѣдствіе нормы каноническаго права о путативныхъ бракахъ сдѣлалось въ значительной мѣрѣ излишнимъ. Узаконеніе дѣтей конкубины немислимо теперь вслѣдствіе запрещенія конкубината. Но зато каноническое право⁹ перенесло *legitimatío дѣтей конкубины per subsequens matrimonium* и *per rescriptum principis* на всѣхъ вообще внѣбрачныхъ дѣтей; теперь способны къ *legitimatío* всѣ внѣбрачныя дѣти, въ томъ числѣ и *incestuosi* и *adulterini* (что прежде было спорно)¹⁰; только слѣдуетъ замѣтить, что, по нынѣшнему праву¹¹, *incestuosi* могутъ быть узаконены только *per rescriptum principis*, а *adulterini* также и *per subsequens matrimonium*.

3) Усыновленіе, или *adoptio*.

t. D. I, 7: de adoptionibus et emancipationibus et aliis modis quibus potestas solvitur; t. C. VIII, 47; t. I. I, 11: de adoptionibus. — *Schmitt*, die Lehre von der Adoption. 1825. — *Vangerow*, §§ 248 — 253. — *Windscheid*, § 523. — *Brinz*, § 46. — *Baron*, § 43.

а. § 363. Понятіе и условія.

I. *Понятіе*. Усыновленіе (*adoptio* въ обширномъ смыслѣ) есть пріобрѣтеніе отеческой власти посредствомъ направленною на это юридическаго акта. Его нельзя смѣшивать съ принятіемъ ребенка (*alumnus*) въ домъ на воспитаніе¹, такъ какъ послѣднее создаетъ только фактическое отношеніе, которое можетъ каждую минуту прекратиться. Усыновлять можно не только на мѣсто сына, но и внука^{1а}. Усыновленіе называется *adoptio* въ тѣсномъ смыслѣ, если усыновленный

⁸ I. 3. I. 4. I. 9. C. de nat. lib. 5, 27; § 13. I. de nupt. 1, 10; Nov. 89. cc. 2—4.—⁹ c. 1. c. 6. c. 13. X. qui filii sint leg. 4, 17.—¹⁰ ep. c. 3. c. 6. X. de eo qui duxit in matr. 4, 7.—¹¹ Reichsgesetz 6-ro февраля 1875 г. § 33.

¹ I. 3. § 4. D. de hom. lib. exh. 43, 29.—^{1а} l. 10. l. 11. l. 43. l. 44. D. h. t. 1, 7.

находился до этого времени подъ отеческою властью другого; оно называется *arrogatio*, если усыновляется лицо *sui iuris*^{1b}.

II. Условія. Нѣкоторыя условія общи обоимъ видамъ усыновленія, нѣкоторыя свойственны только arrogациі.

1. *Общія условія* суть слѣдующія:

a. *Относительно лица усыновляющаго.* Усыновлять можетъ только мужчина; хотя въ императорскій періодъ было позволено и женщинамъ усыновлять посредствомъ императорскаго рескрипта² (поводомъ послужила потеря родныхъ дѣтей со стороны одной матери: *in solatium liberorum amissorum*), но въ этомъ случаѣ не возникаетъ никакого отношенія власти (ср. § 365). И не каждый мужчина способенъ къ усыновленію, а только α. не кастратъ³, напротивъ, *sradones* способны⁴; β. только мужчина, свободный отъ власти; впрочемъ, и подвластный сынъ можетъ получить усыновленное дитя, если его отецъ съ его согласія усыновить кого либо себѣ, какъ внука отъ него⁵; γ. только мужчина извѣстнаго возраста; а именно, усыновитель долженъ быть старше усыновляемаго по крайней мѣрѣ 18-ю годами (*plena pubertate*, § 21 пр. 14)⁶.

b. *Относительно лица усыновляемаго.* Усыновляемыми могли быть лица всякаго возраста и пола; только дѣти конкубины (теперь вибравныя) не могутъ быть усыновлены своимъ отцомъ⁷ (для этого есть *legitimatio*); а также лицо, которое уже разъ было усыновлено, но освобождено отъ власти, не можетъ быть усыновлено другой разъ тѣмъ же лицомъ⁸.

c. *Относительно побочных опредѣленій.* Сроки и условія не допускаются⁹.

Большинство этихъ нормъ представляетъ слѣдствія положенія: *adoptio naturam imitatur*¹⁰; но положеніе это не проведено послѣдовательно въ римскомъ правѣ (усыновлять можетъ *srado*, холостой; лицо, не имѣющее сына, можетъ усыновлять на мѣсто внука)¹¹; поэтому, изъ него нельзя выводить слѣдствій, которыя не высказаны прямо въ римскомъ правѣ,

^{1b} l. 1. § 1. D. h. t. 1, 7.—² l. 5. C. h. t. 8, 47.—³ § 9. I. h. t. 1, 11.—⁴ l. 2. § 1. l. 40. § 2. D. h. t. 1, 7.—⁵ l. 10. l. 11. D. h. t. 1, 7; § 7. I. h. t. 1, 11.—⁶ l. 40. § 1. D. h. t. 1, 7; § 4. I. h. t. 1, 11.—⁷ l. 1. C. de nat. lib. 5, 27; Nov. 74. c. 3; Nov. 89. c. 7. c. 11. § 2.—⁸ l. 37. § 1. l. 12. D. h. t. 1, 7.—⁹ l. 34. D. h. t. 1, 7.—¹⁰ l. 16. D. h. t. 1, 7; l. 23. пр. D. de lib. et post. 28, 2; § 4. I. h. t. 1, 11.—¹¹ l. 2. § 1. l. 30. l. 37. пр. l. 40. § 2. D. h. t. 1, 7.

напр., такого, что усыновляющій на мѣсто внука долженъ быть 36-ю годами старше усыновляемаго.

2. *Особыя условія аррогациі.* Усыновленіе не должно быть вреднымъ для усыновляемаго; изслѣдованіе этого вопроса въ области *adoptio* въ тѣсномъ смыслѣ производить домовладыка отдаваемаго въ усыновленіе; въ области *argrogatio* это обязанность начальства: послѣднее можетъ позволить аррогацию только мужчинѣ старше 60-ти лѣтъ¹² и не имѣющему своихъ дѣтей¹³; оно не должно позволять аррогациі нѣсколькихъ лицъ¹⁴, аррогациі неполнолѣтняго со стороны опекуна (даже по окончаніи опеки)¹⁵, аррогациі богатаго со стороны бѣднаго¹⁶; но по особымъ обстоятельствамъ дѣла отъ этихъ правилъ могутъ быть сдѣланы отступленія.—Изслѣдованіе всѣхъ этихъ обстоятельствъ въ случаѣ аррогациі *несовершеннолѣтняго* должно производиться особенно старательно и съ участіемъ кровныхъ родственниковъ¹⁷; по рескрипту Антонина Пія¹⁸, *argrogator* *несовершеннолѣтняго* долженъ дать *satisfactio* въ томъ, что, если бы усыновленный умеръ, не достигнувъ совершеннолѣтія, то онъ выдастъ его имущество тѣмъ, которые бы его получили, если бы не было аррогациі, т. е. пупиллярному субституту или наслѣдникамъ *ab intestato*¹⁹ (§§ 403. 409); стало быть, *pater argrogator* не имѣетъ въ этомъ случаѣ никакого наслѣдственнаго права; далѣе, аррогированный *несовершеннолѣтній* имѣетъ право требовать $\frac{1}{4}$ наслѣдства аррогатора, если послѣдній его эманципировалъ или лишилъ наслѣдства безъ признаннаго судомъ основанія²⁰ (*quarta divi Pii*, § 409 пр. 6, § 417); наконецъ, по достиженіи совершеннолѣтія аррогированный имѣетъ право требовать эманципациі, если докажетъ, что аррогациія вредна для него²¹.

в. § 364. Актъ усыновленія.

Формы усыновленія классическаго римскаго права относятся къ исторіи права¹. По праву Юстиніана, *adoptio* въ тѣсномъ смыслѣ совершается посредствомъ внесенія въ судеб-

¹² l. 15. § 2. D. h. t. 1, 7.—¹³ l. 17. § 3. D. h. t. 1, 7.—¹⁴ l. 15. § 3. D. h. t. 1, 7.—¹⁵ l. 17. пр. 1. 32. § 1. D. h. t. 1, 7.—¹⁶ l. 17. § 4. D. h. t. 1, 7.—¹⁷ l. 17. §§ 1. 2. D. h. t. 1, 7; l. 2. C. h. t. 8, 47.—¹⁸ ll. 18—20. D. h. t. 1, 7; § 3. I. h. t. 1, 11; Gai. 1, 103.—¹⁹ ll. 18—22. пр. D. de ad. 1, 7; l. 40. D. de vulg. s. 28, 6.—²⁰ l. 2. C. h. t. 8, 47; § 3. I. h. t. 1, 11.—²¹ l. 32. l. 33. D. h. t. 1, 7.

¹ Gai. 1, 98. 99. 143; Ulp. fr. 8, 2.

ный протоколъ согласія прежняго владыки и усыновителя; требуется, чтобы усыновляемый присутствовалъ и не возражалъ². Представительство не допускается³. — *Arrogatio* совершается посредствомъ рескрипта императора по просьбѣ усыновляющаго съ согласія усыновляемаго⁴; если послѣдній находится подъ опекою, то требуется согласіе всѣхъ опекуновъ⁵. — Усыновленіе женщиною можетъ совершиться только посредствомъ рескрипта⁶.

с. § 365. Послѣдствія усыновленія.

Windscheid, § 524.

I. *Историческое введеніе*. По древнему цивильному праву послѣдствіями всякаго усыновленія были: освобожденіе усыновленнаго отъ прежней отеческой власти, т. е. выбитіе изъ прежней гражданской семьи, и поступленіе во власть и гражданскую семью усыновителя¹; отсюда прекращеніе взаимнаго наслѣдственнаго права въ первой, возникновеніе такового во второй семьѣ; далѣе, уничтоженіе долговъ усыновленнаго² (вслѣдствіе *capitis deminutio minima*, связанной съ перемѣной семьи). Сюда присоединялось при *arrogatio* преемство *agrogator'a* во всемъ активѣ аррогированнаго, кромѣ чисто личнаго³ (*acquisitio per universitatem*, § 47 sub II). Эти послѣдствія были значительно измѣнены преторскимъ эдиктомъ и императорскими постановленіями, въ особенности постановленіемъ Юстиніана⁴, который при *adoptio* въ тѣсномъ смыслѣ призналъ прекращеніе прежней отеческой власти лишь въ томъ случаѣ, если усыновитель есть восходящій усыновляемаго (у новыхъ юристовъ *adoptio plena* въ отличіе отъ *adoptio minus plena*, усыновленія не-восходящимъ).

II. *Догматическое изложеніе*. Слѣдуетъ различать, во-первыхъ, *arrogatio* и полную *adoptio*, во-вторыхъ, неполную *adoptio* и, въ-третьихъ, *adoptio*, совершаемую женщиною.

1. *Arrogatus* (вмѣстѣ со своими подвластными дѣтьми) и *plene adoptatus* поступаютъ подъ отеческую власть усынови-

² 1. 11. C. h. t. 8, 47. — ³ 1. 24. l. 25. § 1. D. h. t. 1, 7. — ⁴ 1. 2. pr. D. h. t. 1, 7; § 1. I. h. t. 1, 11. — ⁵ 1. 5. C. de auct. praest. 5, 59. — ⁶ 1. 5. C. h. t. 8, 47.

¹ Gai. 1, 107; Ulp. fr. 8, 8; Pauli sent. rec. 3, 6; § 11. I. h. t. 1, 11; 1. 2. § 2. l. 3. pr. D. de cap. min. 4, 5. — ² Gai. 3, 84; 4, 38; 1. 2. § 1. D. de cap. min. 4, 5. — ³ Gai. 3, 83; § 1. I. de acq. per arr. 3, 10; 1. 15. pr. D. h. t. 1, 7. — ⁴ 1. 10. C. h. t. 8, 47.

теля⁵. Имъ сообщается его имя и общественное положеніе, если они не выше по своему положенію⁶. Между ними и ихъ (новыми) агнатами, пока усыновленіе не уничтожено⁷, имѣть мѣсто полное взаимное наслѣдственное право⁸ (изъятіе, ка-сающаяся *arrogator'a impuberis*, уже упомянуто выше въ § 363 пр. 19); права усыновителя на имущество усыновленного под-лежать началамъ §§-въ 355—360⁹.—Связь аррогированнаго и вполне adoptированнаго съ ихъ прежними агнатами, въ част-ности взаимное наслѣдственное право, вполне прекращается; по ихъ когнатское отношеніе къ естественнымъ родственни-камъ, стало быть, и основанное на этомъ наслѣдственное право остается безъ измѣненія¹⁰; ср. § 408 sub 2.

2. Adoptированный не вполне (adoptированный не восхо-дящимъ родственникомъ) остается подвластнымъ своему пре-жнему владыкѣ; единственная переменна въ его правоотношені-яхъ заключается въ томъ, что, пока существуетъ adoptio, онъ имѣетъ право на *alimenta* и одностороннее законное наслѣд-ственное право по отношенію къ усыновителю, но не по отно-шенію къ его агнатамъ¹¹ (§ 408 sub 2).

3. Усыновленный женщиною признается по отношенію къ послѣдней (но не по отношенію къ ея родственникамъ) ея законнымъ дитятей¹²; стало быть, между матерью, съ одной стороны, и усыновленнымъ (и его нисходящими), съ другой стороны, возникаетъ родительское и дѣтское право, въ част-ности, взаимное наслѣдственное право (§ 408 пр. 9).

РАЗДѢЛЬ ЧЕТВЕРТЫЙ.

Прекращеніе отеческой власти.

t. D. I, 7: de adoptionibus et emancipationibus et aliis modis quibus potestas solvitur.—t. C. VIII, 48: de emancipationibus liberorum.—t. I. I, 12: quibus modis ius potestatis solvitur.—*Vangerow*, §§ 257. 258.—*Windscheid*, § 525.—*Brinz*, §§ 48. 49.—*Baron*, § 44.

1) § 366. Основанія прекращенія.

Отеческая власть прекращается:

1. Смертью владыки; но если подъ властью находятся

⁵ l. 1. pr. l. 15. pr. l. 40. D. h. t. 1, 7.—⁶ l. 13. l. 35. D. h. t. 1, 7.—⁷ l. 13. D. h. t. 1, 7; § 10. I. de her. quae ab int. 3, 1.—⁸ l. 23. D. h. t. 1, 7; l. 2. § 3. D. de suis 38, 16.—⁹ §§ 2. 3. I. de acq. per arr. 3, 10.—¹⁰ l. 1. § 4. D. unde cogn. 38, 8.—¹¹ l. 10. pr. § 1. 2. C. h. t. 8, 47.—¹² l. 5. C. h. t. 8, 47.

сынъ и внукъ, то смерть владыки прекращаетъ отеческую власть только надъ сыномъ, внукъ же переходитъ во власть своего отца¹.—Къ смерти приравняется, по римскому праву², всякая *capitis deminutio* владыки (по нынѣшнему праву, только *capitis dem. minima*, т. е. въ случаѣ аррогаціи домовладыки власть надъ его дѣтьми переходитъ къ аррогатору)³.

2. Смертью подвластнаго дитяти; то же послѣдствіе производитъ, по р. пр., всякая *capitis deminutio*⁴ дитяти (по нынѣшнему праву, только *cap. dem. minima*)⁵.

3. Въ наказаніе за нѣкоторыя преступленія: если отецъ подкидываетъ дитя⁶, если онъ совращаетъ дочь къ порочной жизни⁷, если онъ вступаетъ въ кровосмѣнительный бракъ⁸.

4. Вслѣдствіе достиженія подвластнымъ нѣкоторыхъ сановъ⁹: *духовныхъ*—въ прежнее время *flamen Dialis*, *virgo Vestalis*, — въ позднѣйшее время сана епископа; *свѣтскихъ*—патриція, консула, *praefectus praetorio*, *praefectus urbi*, *magister militum*. Теперь остался только епископскій санъ, но партикулярныя законодательства прибавили новые саны и должности.

5. Эманципаціей (освобожденіемъ отъ власти) подвластнаго дитяти со стороны отца¹⁰; *emanipatio* зависитъ отъ свободной воли владыки¹¹; только въ немногихъ случаяхъ его можно къ этому принудить: если онъ дурно обращается съ подвластнымъ¹², если онъ принялъ отказъ съ обязательствомъ эманципаціи¹³, если для аррогированнаго въ несовершеннолѣтнемъ возрастѣ *agrogatio* является невыгодною¹⁴.—*Emanipatio* можетъ произойти только съ согласія эманципируемаго¹⁵, за исключеніемъ случая, когда онъ еще не достигъ 7-ми лѣтъ¹⁶, или (что, впрочемъ, многіе оспариваютъ) если онъ былъ усыновленъ¹⁷.—За нанесеніе тяжкихъ оскорбленій прежнему владыкѣ эманципированный можетъ быть опять возвращенъ подъ

¹ pr. I. h. t. 1, 12; l. 10. D. h. t. 1, 7; l. 5. D. de his qui sui 1, 6.—
² §§ 1—3. I. h. t. 1, 12.—³ l. 2. § 2. l. 15. pr. l. 40. pr. D. h. t. 1, 7.—⁴ Gai. 1, 128. 129. 131; Ulp. fr. 10, 3.—⁵ § 8. I. h. t. 1, 12; l. 10. C. de ad. 8, 47.—
⁶ l. 2. C. de inf. exp. 8, 51.—⁷ l. 6. C. de spect. 11, 40; l. 12. C. de episc. aud. 1, 4.—⁸ Nov. 12. c. 2.—⁹ Gai. 1, 130; § 4. I. h. t. 1, 12; l. 5. C. de cons. 12, 3; Nov. 81. pr. cc. 1. 3.—¹⁰ §§ 6—10. I. h. t. 1, 12.—¹¹ l. 31. D. h. t. 1, 7; l. 8. D. si tab. nullae 38, 6; § 10. I. h. t. 1, 12.—¹² l. 5. D. si a par. 37, 12.—¹³ l. 92. D. de cond. 35, 1.—¹⁴ l. 32. l. 33. D. h. t. 1, 7.—¹⁵ l. 5. C. h. t. 8, 48; Nov. 89. c. 5. pr.—¹⁶ l. 5. C. h. t. 8, 48.—¹⁷ l. 9. l. 10. pr. C. de ad. 8, 47.

власть¹⁸.—Форма, въ которой emancipatio совершалась по классическому римскому праву, относится къ исторіи права¹⁹; по праву Юстиніана (и вынѣшнему), эманципація совершается или посредствомъ предъявленія въ судъ на храненіе императорскаго рескрипта (т. н. emancipatio Anastasiana)²⁰, или посредствомъ внесенія заявленія владыки въ судебный протоколъ (т. н. emancipatio Iustiniana)²¹. Есть и неформальная эманципація (т. н. tacita emancipatio); она состоитъ въ томъ, что отецъ долгое время позволяетъ дитяти жить самостоятельно; многіе неосновательно²² оспариваютъ существованіе этой неформальной эманципаціи.

6. По германскому праву подвластный сынъ освобождается отъ власти, если самостоятельно содержитъ себя (per separatam oeconomiam), подвластная дочь, если выходитъ замужъ. Болѣе подробныя свѣдѣнія объ этой т. н. emancipatio germanica s. saxonica s. tacita излагаются въ германскомъ правѣ.

2) § 367. Послѣдствія прекращенія.

Послѣдствія прекращенія отеческой власти касаются главнымъ образомъ *владыки и подвластнаго дитяти*. Владыка теряетъ указанныя въ § 353 права, но сохраняетъ иногда узуфруктъ на все имущество дитяти или на часть его (§ 357 пр. 16. 17); подвластное дитя или дѣлается sui iuris, или переходитъ подъ власть другого лица.—Въ двухъ случаяхъ прекращается и *агнатское* отношеніе подвластнаго дитяти: въ случаѣ adoptio plena и emancipatio; но во второмъ случаѣ могло быть условлено сохраненіе агнатскаго права¹. Въ случаѣ эманципаціи возникаетъ новое отношеніе между отпущившимъ и отпущеннымъ, сходное съ патронатомъ между отпущившимъ раба на волю и вольноотпущеннымъ; это отношеніе выражается въ наслѣдственномъ правѣ parentis manumissoris и въ его правѣ на опеку²; дѣйствіе этихъ правъ въ правѣ Юстиніана спорно; по правильному мнѣнію, наслѣдственное

¹⁸ l. un. C. de ingr. lib. 8, 49.—¹⁹ ср. Gai. 1, 132; Ulp. fr. 10, 1.—²⁰ l. 5. C. h. t. 8, 48.—²¹ l. 6. C. h. t. 8, 48; § 6. I. h. t. 1, 12.—²² l. 25. пр. D. h. t. 1, 7; l. 1. C. de patr. pot. 8, 46.

¹ l. 11. C. de leg. her. 6, 58.—² § 6. I. h. t. 1, 12; § 8. I. de leg. agn. 3, 2; t. D. 37, 12: si a parente quis manumissus sit; t. I. 1, 18: de parentum legitima tutela.

право должно быть признано отмѣненнымъ въ Nov. 118 (§ 408), право же на опеку осталось въ силѣ.—Права *кровнаго* родства остаются и послѣ прекращенія отеческой власти³, за исключеніемъ случая, если они основаны только на агнатской связи (§ 23 пр. 30).

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

О п е к а.

D. lib. XXVI. XXVII. — t. C. V, 28—75. — t. I. I. 13—26. — *Rudorff*, das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten. 3 Bde. 1832—34.

РАЗДѢЛЬ ПЕРВЫЙ.

§ 368. П о н я т і е о п е к и.

Опека есть забота и представительство, установленныя правомъ для такихъ людей, которые совсѣмъ не могутъ или не могутъ надлежащимъ образомъ заботиться о своей личности и о своемъ имуществѣ.

1. Опека установлена *правомъ*; ибо государство, будучи заинтересовано въ благосостояніи своихъ членовъ, не можетъ допустить, чтобы кто либо терпѣлъ вредъ по своей незащитности. Поэтому опека есть публичная должность (*munus publicum, munus personale*)¹; поэтому, далѣе, нормы, опредѣляющія опеку, принадлежать къ принудительному праву (§ 12), и только въ ограниченныхъ предѣлахъ дозволено частнымъ лицамъ дѣлать въ этомъ отношеніи диспозитивныя опредѣленія (§ 372. I). Мало того, государство само постепенно принимаетъ на себя надзоръ за нуждающимися въ защитѣ и опекунами. Въ Германіи этотъ надзоръ производится судебными мѣстами и называется «*Obervormundschaft*» (§ 385).

2. Опека есть *забота и представительство для нуждающагося въ защитѣ чловѣка*; сообразно съ этимъ опека порождаетъ два отношенія: во-первыхъ, отношеніе между опекуномъ и опекаемымъ (подопечнымъ, питомцемъ), о которомъ

³ l. 4. § 10. D. de grad. cogn. 38, 10.

¹ pr. I. de excusat. 1, 25; l. 1. § 4. D. de mun. 50, 4.

опекунъ долженъ заботиться; во-вторыхъ, отношеніе между опекуномъ (или опекаемымъ) и третьими лицами, предъ которыми опекунъ долженъ представлять опекаемаго. Объ этомъ второмъ отношеніи мы уже не разъ имѣли случай говорить (§§ 66. 117. 131. 221. 222); здѣсь же рассмотримъ первое.

3. Причина необходимости заботы и представительства должна заключаться въ томъ, что человекъ совсѣмъ не можетъ или не можетъ надлежащимъ образомъ заботиться о своей личности и о своемъ имуществѣ: по юности лѣтъ, по болѣзни, душевной или тѣлесной, по безумной расточительности. Гдѣ причиною этой необходимости являются иные факты, тамъ государство или совсѣмъ воздерживается отъ всякаго вмѣшательства (напр., въ случаѣ чрезмѣрной сложности дѣлъ какого либо человека), или устанавливаетъ не опеку, а только подобное учрежденіе (напр., въ случаяхъ *cura bonorum*, § 308).— И при наличности означенныхъ обстоятельствъ опека не учреждается, если нуждающееся въ защитѣ лицо состоитъ подъ отеческою властью; но изъ этого правила есть изыятія (при *res. castr.* и *bona adv. irreg.*², ср. §§ 356. 358).

РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ.

§ 369. Историческое введеніе.

v. Savigny, über den Schutz der Minderjährigen im römischen Rechte und insbesondere von der *l. Plaetoria*. 1835.—*Ihering*, gesammelte Aufsätze. T. 2-й, стр. 383 и слѣд. 1882.—*Vangerow*, §§ 263. 291—293.—*Windscheid*, § 432.—*Brinz*, §§ 495 ff. 511 ff.—*Baron*, § 54.

Въ римскомъ правѣ мы находимъ два вида опеки: 1) *tutela* (опека въ тѣсномъ смыслѣ); 2) *cura s. curatio* (попечительство); первая учреждается надъ несовершеннолѣтними¹ и (до середины императорскаго періода) надъ женщинами² (*tut. pupillar. muliebris*); вторая надъ душевно-больными, расточителями (по з. XII Таблицъ)³, надъ неполнолѣтними (минорами)⁴, надъ больными⁵, иногда также надъ несовершеннолѣтними (по

² *l. 8. § 1. C. de bon. quae lib. 6, 61; Nov. 117. c. 1.*

¹ *Gai. 1, 144. 189. 190. 193; Ulp. fr. 11, 1; § 1. l. d. tut. 1, 13.—² Gai. и Ulp. l. c.; fr. Vat. §§ 45. 229.—³ Gai. 2, 64; Ulp. fr. 12, 2; l. 1. pr. l. 7. pr. D. de cur. fur. 27, 10.—⁴ См. пр. 13 слѣд.—⁵ § 4. l. de cur. 1, 23.*

праву императорскаго періода). Для первой (*tutela*) существуетъ легальное опредѣленіе⁶: *tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa*; но это опредѣленіе неправильно, во-первыхъ, потому, что под-верженными опекаю оно полагаетъ только несовершеннолѣтнихъ, во-вторыхъ, потому, что оно смотритъ на опеку какъ на *potestas*, уподобляя ее отеческой власти.

Въ чемъ состоитъ внутреннее различіе между двумя названными видами римской опеки, вопросъ спорный. Прежде находили его въ томъ, что главный предметъ дѣятельности *tutor*'а есть забота о личности опекаемаго (воспитаніе и пропитаніе), предметъ же дѣятельности *curator*'а состоитъ въ управленіи имуществомъ опекаемаго; приверженцы этого воззрѣнія ссылались на изреченіе источниковъ⁷: *certarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest nec deductis rebus, quia personae, non rei vel causae datur*. Но теперь всѣ убѣждены въ неправильности этого мнѣнія; *tutor* женщины вовсе не былъ обязанъ заботиться о личности опекаемой; что же касается до приведеннаго изреченія источниковъ, то, вѣроятно, смыслъ его тотъ, что, назначая въ завѣщаніи опекуна своимъ дѣтямъ, отецъ долженъ назначить его для *всѣхъ* дѣлъ, центромъ которыхъ является *лицо* опекаемаго, а не для какого либо *отдѣльнаго* дѣла. Современные юристы обращаютъ вниманіе по большей части на то обстоятельство, что *tutor* имѣетъ право на *interpositio auctoritatis*⁸ (§ 380); мало того, нѣкоторые тutory (*tut. mulieris* и *tut. honorarius*, § 381) только и имѣютъ право на *interpositio auctoritatis*, а не на какіе бы то ни было акты управленія⁹ (ср. § 381 пр. 8); между тѣмъ какъ *curator* вмѣсто *auctoritatis interpositio* изъ-являетъ *consensus*¹⁰; на этомъ они основываютъ положеніе, что *tutela* (въ отличіе отъ *cura*) состояла въ восполненіи несовершенной личности; но это утвержденіе неправильно, ибо

⁶ l. 1. pr. D. de tut. 26, 1.—⁷ l. 12. l. 14. D. de test. tut. 26, 2; ср. § 4. l. qui test. tut. 1, 14; § 2. l. de cur. 1, 23; l. 8. C. de nupt. 5. 4.—⁸ Ulp. fr. 11, 25; l. 1. § 2. D. de tut. 26, 1.—⁹ Ulp. fr. 11, 25; Gai. 190. 191; l. 49. D. de acq. her. 29, 2.—¹⁰ l. 1. § 3. D. de adm. 26, 7; l. 26. C. de adm. 5, 37. l. 2. C. qui leg. pers. 3, 6.

tutor infantis по общему правилу¹¹ не имѣть права на auctoritatis interpositio. Вѣроятно, различіе tutela отъ cura заключалось въ различіи подопечныхъ: tutela учреждалась для гражданъ, неспособныхъ носить оружіе (несовершеннолѣтніе^{11а} и женщины), cura—для гражданъ, способныхъ по праву носить оружіе (миноры, расточители, душевно-больные, увѣчные). Но римское право не придерживалось строго этого различія, а именно curator иногда назначался и для несовершеннолѣтнихъ (§ 372).

Германское законодательство XVI вѣка, заключенное въ двухъ имперскихъ полицейскихъ уставахъ 1548 г. и 1577 г., совсѣмъ не различаетъ попечительства отъ опеки. Это имперское законодательство¹² сверхъ того сдѣлало два существенныя измѣненія: 1. Значительное распространеніе высшей опеки, установивъ норму, по которой правительственное опекуное установленіе постоянно должно наблюдать за управленіемъ опекуна и субсидіарно отвѣчать за всякое нерадѣніе предъ подопечнымъ (§ 385). 2. Продолженіе опеки до достиженія опекаемымъ 25-ти лѣтъ. По ius civile совершеннолѣтніе граждане (въ позднѣйшемъ императорскомъ правѣ, и женскаго пола) обладаютъ полною дѣеспособностью; по lex Plaetoria республиканскаго періода и по постановленію Марка Аврелія¹³, pubes minor viginti quinque annis, не находящійся подъ отеческою властью, можетъ просить у магистрата назначенія себѣ попечителя (curator), и тогда его дѣеспособность ограничена въ той же мѣрѣ, что и дѣеспособность infantia maioris, находящагося подъ tutela; только онъ можетъ составить завѣщаніе и приносить insiurandum promissorium для укрѣпленія договора; многіе утверждаютъ, что онъ могъ также принимать на себя обязательства, но тому мѣсту, которое приводится въ пользу этого утвержденія¹⁴, противорѣчить другое мѣсто въ источникахъ¹⁵, по которому договоръ, заключающій въ себѣ продажу вещи миноромъ, признается недѣйствительнымъ.—*Испрашиваніе curator'а завистью вообще отъ воли минора*¹⁶; но въ нѣкоторыхъ случаяхъ попечитель могъ

¹¹ Два изъятія см. въ l. 32. § 2. D. de a. p. 41, 2 и l. 65. § 3. D. ad set. Treb. 36, 1; ср. §§ 114. 419. ^{11а} Ср. monum. Ancyranum P. 3. v. 1—6 (ed. Bergk).—¹² Reichspolizeiordnung 1548 г. Tit. 31. §§ 1—3; 1577 г. Tit. 32. §§ 1—3.—¹³ Capitolinus in Marco c. 10.—¹⁴ l. 101. D. de v. o. 45, 1.—¹⁵ l. 3. C. de in int. rest. 2, 21; ср. также l. 26. C. de adm. tut. 5, 37.—¹⁶ § 2. I. de cur. 1, 23; ср. l. 13. § 2. D. de tutor. 26, 5; l. 2. § 4. D. qui pet. 26, 6; l. 36. § 1. D. de excus. 27, 1; l. 6. C. qui pet. 5, 31.

быть назначенъ и помимо его воли; этого могъ требовать его должникъ, желающій произвести платежъ¹⁷, его противникъ, желающій вчать противъ него процессъ¹⁸, его tutor, желающій сдать отчетъ и выдать его имущество¹⁹; вслѣдствіе этого тѣ миноры, у которыхъ было свое имущество, *обыкновенно* имѣли curator'a²⁰. Имперское законодательство XVI вѣка сдѣлало это общимъ закономъ. Съ этого времени всякій minor, не состоящій подъ отеческою властью, находится подъ опекою; его преимущество предъ несовершеннолѣтнимъ опекаемымъ состоитъ только въ способности составлять завѣщаніе и приносить iusiurandum promissorium; различіе между tutela и cura болѣе не существуетъ, современная опека представляетъ, напротивъ, единый институтъ.

РАЗДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

Догматическое изложеніе.

I. Учрежденіе опеки.

Предварительное замѣчаніе.

Для учрежденія опеки необходима наличность трехъ условій:

1. чтобы кто либо нуждался въ опекѣ (§ 370);
2. чтобы къ опекѣ было призвано способное лицо (§§ 371—373);
3. чтобы призванное лицо было обязано къ принятію опеки (§§ 374. 375).

A. § 370. Случай нужды въ опекѣ.

Признаются нуждающимися въ опекѣ:

1. Несовершеннолѣтніе и миноры (tutela impuberum, cura minorum).
2. Душевно-больные (cura furiosi и dementis) и въ высокой степени слабоумные (mente capti, fatui)¹; при этомъ требуется надлежащее изслѣдованіе для признанія душевной болѣзни и слабоумія (ср. § 49 sub I); въ свѣтлыхъ промежут-

¹⁷ l. 7. § 2. D. de min. 4, 4.—¹⁸ § 2. I. de cur. 1, 23; l. 1. C. qui pet. 5, 31. — ¹⁹ l. 7. C. qui pet. 5, 31; ср. l. 5. § 5. l. 33. § 1. D. de adm. 26, 7. — ²⁰ l. 1. § 3. l. 2. l. 3. pr. D. de min. 4, 4.

¹ l. 2. D. de post. 3, 1; l. 21. D. de reb. auct. iud. 42, 5.—² l. 6. D. de cur. fur. 27, 10.

кахъ опека не прекращается, а только покоится (приостанавливается)³.

3. Расточители (сига prodigi); и здѣсь требуется признаніе суда⁴ (ср. § 49 sub 2 e);

4. Больные и увѣчные (нѣмые, глухіе, т. н. debiles personae); они подвергаются опекаѣ лишь по собственной просьбѣ⁵.

По общему правилу предполагается, что эти лица не находятся подъ отеческою властью⁶; что отсюда есть изыятія, мы уже замѣтили выше (§ 368 кон.).

В. Призваніе къ опекунской должности способнаго лица.

1) § 371. Способность къ опекунской должности.

Vangerow, § 270.—*Windscheid*, § 434.—*Brinz*, § 505.—*Baron*, § 55.

Способно къ опекунской должности вообще всякое лицо мужескаго пола¹, которое не нуждается само въ опекаѣ²; такъ какъ отеческая власть не вліяетъ на публичное положеніе подвластнаго сына, то и послѣдній способенъ къ опекаѣ³; и еврей, по римскому праву, способенъ къ опекаѣ надъ христіаниномъ⁴; иначе, по прежней практикѣ⁵, но, въ силу Союзнаго закона 3-го іюля 1869 г., римская норма опять возстановлена (§ 28 кон.). Неспособныя лица распадутся на два класса: первый классъ образуютъ тѣ, призваніе которыхъ къ опекаѣ ничтожно, такъ что призывается тотъ, кто бы былъ призванъ въ случаѣ несуществованія неспособнаго; второй классъ образуютъ тѣ, призваніе которыхъ не получаетъ утвержденія опекунскихъ властей (въ источникахъ—*excusantur a magistratu*, у новыхъ юристовъ—имѣющие *excusatio necessaria*), такъ что опекуна назначаетъ опекунское учрежденіе.

I. Къ первому классу относятся:

1. Женщины⁶; исключается (по законамъ позднѣйшаго импе-

³ l. 6. C. de cur. fur. 5, 70.—⁴ l. 1. pr. D. de cur. fur. 27, 10.—⁵ § 4. I. de cur. 1, 23; l. 2. D. de cur. fur. 27, 10; l. 12. pr. § 1. D. de tut. et cur. 26, 5.—⁶ l. 1. l. 7. pr. C. de cur. fur. 5, 70.

¹ l. 16. pr. D. de tut. 26, 1; l. 1. C. qu. mul. 5, 35.—² l. 16. § 1. l. 17. D. de tut. 26, 1; § 13. I. de exc. 1, 25.—³ pr. I. qui test. tut. 1, 14; l. 7. D. de tut. 26, 1.—⁴ l. 15. § 6. D. de exc. 27, 1.—⁵ Arg. l. 19. C. de Iud. 1, 9; c. 18. X. de Iud. 5, 6.—⁶ l. 16. pr. l. 18. D. de tut. 26, 1; l. 1. C. qu. mul. tut. 5, 35.

раторскаго періода) ⁷ мать и бабка несовершеннолѣтняго послѣ смерти его отца; онѣ могутъ требовать передачи имъ опеки даже съ исключеніемъ другихъ одинаково близкихъ наслѣдниковъ *ab intestato*, но должны при этомъ отказаться отъ женскихъ *beneficia iuris*, въ частности отъ *exc. sc̄ti Velleiani*, обѣщать не вступать во второй бракъ и, наконецъ, установить опекаемому закладное право на все свое имущество. Мать лишается опеки, если вступить во второй бракъ (§ 350 пр. 7).

2. Епископы и монахи, по постановленію Юстиніана; другія же духовныя лица способны по крайней мѣрѣ къ опекѣ *по закону* (§ 372) ⁸. По прежнему постановленію Юстиніана ⁹, всѣ духовные и монахи имѣли лишь право на *excusatio* (§ 374): каноническое право ¹⁰ воспроизвело только это постановленіе, такъ что многіе считаютъ его дѣйствующимъ и теперь.

3. Солдаты, за исключеніемъ случая, если они назначены опекунами въ завѣщаніи своихъ товарищей ¹¹. По *Reichsmilitär-gesetz* 2-го мая 1874 г. § 41, военныя лица мирнаго состава арміи и гражданскіе чины военнаго управленія не признаны совѣмъ неспособными, но могутъ отклонить принятіе опеки (§ 375), а для принятія нуждаются въ разрѣшеніи своего начальства.

4. *Minores*, по постановленію Юстиніана ¹², неспособны къ *tutela legitima* и *dativa* (§ 372); если они назначены въ завѣщаніи, то опекунскія власти назначаютъ временнаго опекуна до полнолѣтія призваннаго ¹³. До Юстиніана способнымъ былъ даже несовершеннолѣтній, а до его совершеннолѣтія назначался временный опекунъ ¹⁴.

5. По Германскому уголовному уложенію § 34 № 6, лишеніе гражданской чести имѣетъ слѣдствіемъ неспособность быть опекуномъ въ теченіе постановленнаго въ приговорѣ времени, развѣ если дѣло идетъ о родственникахъ по нисходящей линіи и опекунскія власти даютъ разрѣшеніе.

II. Ко второму классу относятся:

⁷ 1. 2. C. qu. mul. 5, 35; l. 6. C. ad set. Tert. 6, 50; l. 6. C. in qu. e. pign. 8, 14; l. 3. C. de leg. tut. 5, 30; l. 4. C. de conf. tut. 5, 27; Nov. 22. c. 38. c. 40; Nov. 94. praef. cc. 1. 2; Nov. 118. c. 5; Nov. 155. О прежнемъ правѣ: l. 26. D. de test. tut. 26, 2; l. 18. D. de tut. 26, 1. — ⁸ Nov. 123. c. 5. — ⁹ l. 52. C. de ep. et cler. 1, 3. — ¹⁰ c. 40. C. 16. qu. 1. — ¹¹ l. 4. C. qui dare tut. 5, 34; l. 23. § 1. D. de exc. 27, 1. — ¹² l. 5. C. de leg. tut. 5, 30. — ¹³ l. 32. § 2. D. de test. tut. 26, 2; § 2. I. qui dare tut. 1, 14. — ¹⁴ l. 10. § 7. D. de excus. 27, 1; l. 9. § 1. D. de tut. et rat. 27, 3.

1. Душевно-больные, нѣмые, глухіе, слѣпые и другія лица, неспособныя къ управленію по болѣзни¹⁵.

2. Лица, находившіяся во враждѣ съ отцомъ подопечнаго¹⁶.

3. Лицо, находящееся съ подопечнымъ или его отцомъ въ controversia status¹⁷.

4. Вѣрители и должники подопечнаго (по постановленію Юстиніана)¹⁸. Кто находится въ обязательственномъ отношеніи къ опекаемому, тотъ долженъ заявить объ этомъ опекунскимъ властямъ; если умолчить объ этомъ вѣритель, то онъ теряетъ въ наказаніе свое требованіе; если должникъ, то пока продолжается опека, онъ не можетъ освободиться отъ долга ни платежомъ, ни другимъ способомъ. Если обязательственное отношеніе между опекуномъ и опекаемымъ возникнетъ уже послѣ принятія опеки, то назначается второй опекунъ. Мать опекаемаго способна къ опекѣ и въ томъ случаѣ, если она находится съ нимъ въ обязательственномъ отношеніи¹⁹.

5. Лица, устраненныя отъ опеки отцомъ или матерью опекаемаго²⁰.

6. Лица, навлекшія на себя подозрѣніе усиленными стараніями получить опеку²¹.

7. Мужъ по отношенію къ женѣ, женихъ по отношенію къ невѣстѣ, тестъ по отношенію къ невѣсткѣ²².

8. Вообще всякое лицо, отъ управленія котораго можно опасаться вреда для опекаемаго²³.

2) Призывъ къ опекѣ (delatio опеки).

а. § 372. Римское право.

Vangerow, §§ 264—269.—*Windscheid*, § 433.—*Brinz*, § 506.—*Baron*, § 56.

Основаніе призыва различно, смотря по личности опекаемаго.

I. По отношенію къ несовершеннолѣтнимъ есть три основанія призыва: распоряженіе на случай смерти, норма права

¹⁵ l. 1. § 2. 3. l. 17. D. de tut. 26, 1; l. 10. § 5. D. de leg. tut. 26, 4; l. 40. D. de exc. 27, 1; l. 3. C. qui dare tut. 5, 34; l. un. C. qui morbo 5, 67.—¹⁶ l. 3. § 12. D. de susp. tut. 26, 10; l. 6. § 17. D. de exc. 27, 1; ll. 8—10. D. de conf. tut. 26, 3; §§ 9—11. I. de exc. 1, 25.—¹⁷ l. 27. § 1. D. de tut. test. 26, 2; l. 6. § 18. D. de exc. 27, 1; § 12. I. eod. 1, 25.—¹⁸ Nov. 72. cc. 1—4. О прежнемъ правѣ: § 4. I. de exc. 1, 25; l. 20. l. 21. pr. D. eod. 27, 1; l. 16. C. eod. 5, 62.—¹⁹ Nov. 94. c. 1.—²⁰ l. 21. § 2. D. de tut. et cur. 26, 5; l. un. C. si contra matris 5, 47.—²¹ l. 21. § 6. D. de tut. et cur. 26, 5.—²² l. 1. § 5. D. de exc. 27, 1; l. 4. l. 17. C. eod. 5, 62; l. 2. C. qui dare 5, 34.—²³ l. 3. § 12. D. de susp. tut. 26, 10.

и распоряженіе опекунскихъ властей; поэтому различаютъ: *tutela testamentaria* (*tutor testamentarius*), *tutela legitima* (*tutor legitimus*) и *tutela dativa* (*tutor dativus*; впрочемъ, въ источникахъ *tutor testam.* также называется *tutor dativus*)¹.

1. *Tutela testamentaria*². *Paterfamilias*, со смертью котораго его несовершеннолѣтній подвластный дѣлается *sui iuris*³, можетъ назначить ему *tutor*'а въ завѣщаніи или кодицилѣ, подтвержденномъ въ завѣщаніи⁴ (§ 439); назначенный долженъ быть индивидуально опредѣленъ⁵ и имѣть т. н. *testamentifactio passiva* (§ 398)⁶; назначеніе можетъ быть условное или срочное⁷, но не для отдѣльнаго дѣла или вещи⁸ (ср. § 369 пр. 7). Если всѣ эти требованія соблюдены и наслѣдство принято назначеннымъ въ завѣщаніи наслѣдникомъ⁹, то назначенный становится тотчасъ (*ipso iure*) опекуномъ. Если не соблюдено которое либо изъ означенныхъ требованій, то назначеніе все-таки иногда укрѣпляется подтвержденіемъ опекунскихъ властей¹⁰ (*confirmatio*, у новыхъ юр. *confirm. ex iure Romano*, ср. § 374); тогда опека называется *tutela testamentaria imperfecta s. minus plena*.

Подтвержденный *tutor* призывается къ опекѣ лишь конфирмативнымъ декретомъ опекунскихъ властей¹¹; только съ этого момента онъ можетъ приступить къ управленію¹², только съ этого момента течетъ срокъ для *excusatio*¹³ (§ 375); другими словами: онъ есть *tutor dativus*; но въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ онъ обсуждается какъ *tutor testamentarius*: онъ теряетъ въ случаѣ *excusatio* оставленное ему по завѣщанію¹⁴ (§ 424 пр. 26), онъ не обязанъ давать *cautio*¹⁵ (§ 374 пр. 7).

¹ Ср., съ одной стороны, l. 7. D. rem pup. 46, 6; l. 5. C. de leg. tut. 5, 30; l. 52. pr. C. de ep. et cler. 1, 3; съ другой стороны, Gai. 1, 154; Ulp. fr. 11, 14.—² t. D. 26, 2; t. C. 5, 28: de testamentaria tutela.—³ §§ 3. 4. I. de tut. 1, 13; l. 1. l. 2. D. h. t. 26, 2; l. 73. § 1. D. de r. i. 50, 17.—⁴ l. 3. pr. D. h. t. 26, 2.—⁵ l. 20. pr. D. h. t. 26, 2; § 27. I. de leg. 2, 20.—⁶ l. 21. pr. D. h. t. 26, 2.—⁷ l. 8. §§ 1—3. l. 11. pr. D. h. t. 26, 2; § 3. I. de tut. 1, 13.—⁸ ll. 12—15. D. h. t. 26, 2; § 4. I. qui test. 1, 14.—⁹ l. 9. D. h. t. 26, 2; l. 45. § 1. D. de exc. 27, 1.—¹⁰ t. D. 26, 3: de confirmando tutore vel curatore; t. C. 5, 29: de confirmando tutore.—¹¹ l. 1. § 1. l. 3. D. h. t. 26, 3; l. 2. C. h. t. 5, 29; l. 24. D. de test. tut. 26, 2.—¹² l. 7. pr. D. h. t. 26, 3; l. 4. C. h. t. 5, 29; Nov. 89. c. 14.—¹³ l. 4. D. de test. tut. 26, 2; l. 4. C. eod. 5, 28 (гдѣ non предъ instituerit слѣдуетъ вычеркнуть).—¹⁴ l. 4. l. 5. D. h. t. 26, 3.—¹⁵ l. 26. § 2. D. de test. tut. 26, 2; l. 18. § 1. D. ad l. Corn. de fals. 48, 10.—¹⁶ l. 40. l. 58. § 2. D. de adm. et per. 26, 7; l. 1. C. de test. tut. 5, 28.—¹⁷ l. 2. C. h. t. 5, 29.—¹⁸ l. 11. D. h. t. 26, 3; l. 28. § 1. ll. 32—36. D. de exc. 27, 1.—¹⁹ l. 2. l. 3. l. 11. § 1. D. h. t. 26, 3.

2. *Tutela legitima*²⁰. Наслѣдованіе ab intestato и опекунская должность часто связаны другъ съ другомъ; поэтому, по древнему ius civile, къ опекѣ призывались агнаты въ томъ же порядкѣ, въ какомъ они наследовали ab intestato²¹; этотъ порядокъ остался почти безъ измѣненія до 118-й Новеллы, несмотря на перемѣны, происшедшія между тѣмъ съ наследованіемъ по закону (§ 407); опекуномъ эманципированнаго былъ самъ paterfamilias²². Со времени 118-й Новеллы къ агнатамъ присоединились когнаты²³. *Tutela legitima* учреждается въ томъ случаѣ, если нѣтъ никого, кто бы могъ предъявить право на должность tutor'a testam., стало быть, если совсѣмъ не назначенъ tutor въ распоряженіи на случай смерти, или если tutor назначенъ недействительно и не подтвержденъ опекунскими властями²⁴; далѣе, если tutor testam. умираетъ²⁵; но если назначенный въ завѣщаніи tutor отказывается отъ опеки или принадлежитъ къ неспособнымъ второго класса (§ 371 sub II) или устраненъ отъ должности, то наступаетъ не *tutela legitima*, а *tutela dativa*²⁶.

3. *Tutela dativa*²⁷. Опекунское учрежденіе можетъ назначить опекуномъ всякое лицо, принадлежащее къ его округу²⁸, изслѣдовавъ предварительно его надежность²⁹; назначеніе не можетъ быть ни условно, ни срочно³⁰. Чтобы поскорѣе послѣдовало назначеніе, нѣкоторые низшіе магистраты опекунскаго учрежденія обязаны предлагать опекуновъ (nominare)³¹; точно также законные наследники или популярный субститутъ малолѣтняго должны въ теченіе года заявить опекунскимъ властямъ о необходимости назначить опекуна и по возможности предло-

²⁰ t. D. 26, 4: de legitimis tutoribus; t. C. 5, 30: de legitima tutela; t. I. 1, 15: de legitima agnatorum tutela.—²¹ l. 1. pr. D. h. t. 26, 4; pr. I. h. t. 1, 15; § 7. I. de cap. min. 1, 16.—²² t. I. 1, 18: de legitima parentum tutela; l. 3. § 10. D. h. t. 26, 4.—²³ Nov. 118. c. 5.—²⁴ l. 6. D. h. t. 26, 4; l. 10. pr. § 3. l. 11. D. de test. tut. 26, 2.—²⁵ l. 11. § 3. D. de test. tut. 26, 2; l. 6. D. h. t. 26, 4; § 2. I. h. t. 1, 15.—²⁶ l. 11. §§ 1. 2. D. de test. tut. 26, 2; l. 10. § 7. D. de exc. 27, 1; l. 17. D. de tut. 26, 1.—²⁷ t. D. 26, 5: de tutoribus et curatoribus datis ab his, qui ius dandi habent, et qui et in quibus causis specialiter dari possint; t. C. 5, 34: qui dare tutores vel curatores possunt et qui dare non possunt; t. I. 1, 20: de Atiliano tutore et eo, qui ex lege Julia et Titia dabatur.—²⁸ l. 5. C. h. t. 5, 34.—²⁹ l. 21. § 5. D. h. t. 26, 5.—³⁰ l. 77. D. de r. i. 50, 17; l. 6. § 1. D. de tut. 26, 1.—³¹ l. 1. §§ 5. 10. D. de mag. conv. 27, 8; l. 28. D. de tut. et cur. dat. 26, 5; l. 6. C. qui dare 5, 34.

жить кого либо въ опекуны (petere tutorem); если они не исполняютъ этой обязанности, то, въ случаѣ смерти малолѣтняго до достиженія совершеннолѣтія, теряютъ право наследовать ему³². (Практика устранила это послѣдствіе).—Опекунскія власти назначаютъ опекуна въ тѣхъ случаяхъ, если никто не призванъ къ tutela ни по завѣщанію, ни по закону³³; если неизвѣстно, призванъ ли кто либо (напр., вслѣдствіе условнаго назначенія въ завѣщаніи)³⁴, если призванный по завѣщанію или по закону принадлежитъ къ неспособнымъ второго класса³⁵ (§ 371 sub II), если онъ отказался³⁶, если онъ устраненъ отъ опеки³⁷; но и въ случаѣ временной необходимости опекунскія власти также могутъ на время назначить опекуна малолѣтнему, напр., если тотору что либо препятствуетъ исполнять свои обязанности, или если между нимъ и подопечнымъ должна быть заключена какая либо сдѣлка³⁸. Равнымъ образомъ опекунскія власти соотвѣтствующаго округа могутъ учредить особую опеку для имущественныхъ массъ опекаемаго, находящихся далеко отъ главнаго центра имущества³⁹.

II. *Minores*. Назначеніе curator'a для совершеннолѣтняго минора всегда производится опекунскими властями⁴⁰ какъ въ томъ случаѣ, если объ этомъ просить самъ неполнолѣтній, такъ и въ случаѣ учрежденія попечительства помимо его воли. Завѣщательное назначеніе curator'a minoris дѣлается дѣйствительнымъ только посредствомъ confirmatio со стороны опекунскихъ властей⁴¹.

III. *Надъ умалшченными*, по закону XII Таблицъ, cura ввѣрялась ближайшему агнату⁴²; къ этой cura legitima позднѣе присоединилась cura dativa для всѣхъ душевно-боль-

³² t. D. 26, 6: qui petant tutores et ubi petantur; t. C. 5, 31: qui petant tutores vel curatores; l. 2. §§ 23—47. D. ad act. Tert. 38, 17; l. 10. C. de leg. her. 6, 58; l. 3. l. 6. C. ad act. Tert. 6, 56.—³³ pr. I. h. t. 1, 20.—³⁴ l. 10. pr. l. 11. pr. D. de test. tut. 26, 2; l. 89. D. de r. i. 50, 17; § 1. I. h. t. 1, 20.—³⁵ l. 17. D. de tut. 26, 1; l. 10. § 7. D. de exc. 27, 1; l. 9. § 1. D. de tut. et rat. 27, 3.—³⁶ l. 11. § 1. D. de test. tut. 26, 2.—³⁷ l. 11. § 2. D. de test. tut. 26, 2.—³⁸ § 3. I. de auct. tut. 1, 21; §§ 5. 6. I. de cur. 1, 23; l. 2. D. h. t. 26, 5; l. 1. C. in qu. cas. tut. hab. 5, 36; l. 7. C. de tut. susp. 5, 43; t. C. 5, 44: de in lit. dando tut. vel cur.—³⁹ l. 21. § 2. D. de exc. 27, 1.—⁴⁰ pr. § 1. I. de cur. 1, 23.—⁴¹ § 1. I. de cur. 1, 23.—⁴² l. 13. D. de cur. fur. 27, 10; l. 5. C. eod. 5, 70.

ныхъ⁴³; завѣщательное назначеніе всегда нуждается въ confirmatio⁴⁴.

IV. *Надъ расточителями*, по законамъ XII Таблицъ, существовала *cura legitima*, если расточитель получилъ отъ отца или дѣда наслѣдство *ab intestato*⁴⁵. Такъ какъ эта *cura legitima* не касалась прочаго имущества расточителя, то была введена *cura dativa* безъ этого ограниченія, и она почти со-всѣмъ вытѣснила прежнюю *cura legitima*⁴⁶. Завѣщательное назначеніе нуждается въ confirmatio⁴⁷.

V. Для *больныхъ* и *увѣчныхъ* *curator* всегда назначается опекунскими властями.

в. § 373. Теперешнее право.

Изложенныя въ § 372. I начала примѣняются теперь не только къ малолѣтнимъ, но также, по имперскому законодательству XVI вѣка, и къ совершеннолѣтнимъ минорамъ¹; другими словами: для *всѣхъ* неполнолѣтнихъ (§ 372. I и II) основаній призыва къ опеке три: распоряженіе на случай смерти, законъ и распоряженіе опекунскаго учрежденія. Для душевнобольныхъ (§ 372. III) основаній призыва два: законъ и распоряженіе опекунскаго учрежденія. Для расточителей, больныхъ и увѣчныхъ (§ 372. IV и V)—одно: распоряженіе опекунскаго учрежденія. Кремъ больныхъ и увѣчныхъ для всѣхъ возможно завѣщательное предложеніе опекуна со стороны извѣстныхъ лицъ.

С. Обязанность принять должность опекуна.

1) § 374. Общія начала.

Vangerow, § 273.—*Windscheid*, § 436.—*Brinz*, § 502.

Мать и бабка, а равно и духовныя лица (кромѣ епископовъ и монаховъ) имѣютъ право принять опекунскую должность, но не обязаны къ этому; они дѣлаются опекунами только тогда, когда заявятъ опекунскимъ властямъ, что готовы принять на себя опеку¹. *Всѣ прочія лица обязаны къ принятію опекунской должности*² (*munus publicum*); они дѣлаютъ-

⁴³ l. 6. l. 13. D. de cur. 27, 10; l. 7. § 6. C. de cur. fur. 5, 70. — ⁴⁴ l. 16. pr. D. de cur. fur. 27, 10.—⁴⁵ l. 1. l. 13. D. de cur. fur. 27, 10; Pauli sent. rec. III, 4a. § 7.—⁴⁶ Ulp. fr. 12, 3; l. 1. D. de cur. fur. 27, 10; § 3. l. de cur. 1, 23.—⁴⁷ l. 16. §§ 1. 3. D. de cur. fur. 27, 10. — ⁴⁸ l. 2. D. de cur. fur. 27, 10; l. 12. pr. D. de tut. et cur. dat. 26, 5.

¹ Reichspolizeiordnung 1548 r. Tit. 31. § 1; 1577 r. Tit. 32. § 1.

² Nov. 94. c. 1; Nov. 123. c. 5. — ² l. 1. pr. D. de adm. 26, 7.

ся опекунами *ipso iure* съ момента призыва къ опеку; впрочемъ, ихъ обязанности, какъ опекуновъ, начинаются лишь съ того момента, когда они узнаютъ о призывѣ³. По имп. законод. XVI вѣка⁴, опекунъ приступаетъ къ исполненію своихъ обязанностей не раньше, какъ получивъ отъ опекунскихъ властей утвержденіе въ должности (*tutorium, curatorium*, неточно названное *confirmatio iuris Germanici* въ отличіе отъ *conf. iuris Romani*, § 372 пр. 10); опекунъ обязанъ стараться скорѣе получить это утвержденіе и отвѣчаетъ за вредъ, происшедшій для опекаемаго отъ его медлительности. Опекунъ обязанъ (по имп. законод. XVI вѣка, тотчасъ послѣ полученія утвержденія⁵) дать подъ присягою обѣщаніе надлежаще исполнять свои обязанности⁶; далѣе, онъ долженъ дать опекаемому обезпеченіе (*satisfactio rem pupilli vel adolescentis salvam fore*, отъ которой, по римскому праву, былъ свободенъ опекунъ завѣщательный и подтвержденный *ex inquisitione* опекунскими властями)⁷; наконецъ, онъ долженъ сдѣлать опись имуществу опекаемаго⁸.

2) § 375. Excusatio.

t. D. XXVII, 1: de excusationibus.— t. C. V, 62: de excusationibus tutorum et curatorum et de temporibus earum.— t. I, 1, 25: de excusationibus tutorum vel curatorum.— Baron, der Denuntiationsprocess §§ 2—5 (der Excusationsprocess). 1887.— Vangerow, §§ 271, 272.— Windscheid, § 435.— Brinz, § 507.— Baron, § 55.

Обязанность принять опекунскую должность допускаетъ изыятія; особыя основанія даютъ право отказаться отъ предложенной опеки (*excusatio*, у новыхъ юристовъ *excusatio voluntaria*). Основаніе отказа должно быть заявлено въ теченіе опредѣленнаго времени опекунскимъ властямъ; не заявившій во время лишается права на *excusatio*; срокъ для заявленія постановленъ слѣдующій: для того, кто живетъ на мѣстѣ призыва или не далѣе 400 milia (80 миль) отъ этого мѣста, 50 дней со времени полученія извѣстія о призывѣ; для того, кто живетъ далѣе 400 milia, прибавляется по одному дню для

³ l. 1. § 1. l. 5. § 10. l. 17. l. 58. § 2. D. de adm. 26, 7; l. 8. C. eod. 5, 37; l. 5. C. de peric. 5, 38.—⁴ Reichspolizeiordnung 1577 г. Tit. 32. § 2.—⁵ Reichspolizeiordnung 1577 г. Tit. 32. § 3.—⁶ l. 7. §§ 4—7. C. de cur. fur. 5, 70; Nov. 72. c. 2. c. 8.—⁷ пр. I. de sat. tut. 1, 24; t. D. 46, 6: rem pupilli vel adolescentis salvam fore; t. C. 5, 42: de tutore vel curatore qui satis non dedit.—⁸ l. 7. пр. D. de adm. tut. 26, 7; l. 13. § 1. C. arb. tut. 5, 51; l. 24. C. de adm. tut. 5, 37.

каждыхъ 20 milia¹. Кто обѣщалъ отцу при его жизни принять опеку надъ его сыномъ², кто собственноручно подписалъ свое назначеніе въ завѣщаніи³, кто принялъ часть наслѣдства или отказъ⁴, кто уже началъ опекунское управленіе⁵, тотъ не можетъ прибѣгнуть къ excusatio: онъ уже отъ нея отрекся. Опекунскія власти должны въ теченіе 4-хъ мѣсяцевъ окончить разсмотрѣніе основанія отказа отъ опеки⁶ и на время процесса назначить временнаго опекуна⁷. Если причина отказа признана неосновательною, то опекунъ отвѣчаетъ предъ опекаемымъ за вредъ, происшедшій отъ замедленія⁸. — Изъ основаній отказа нѣкоторыя свойственны только римскому праву: excusatio увѣнчаннаго атлета⁹, членовъ нѣкоторыхъ цеховъ¹⁰, coloni patrimoniales¹¹, tutor'a малолѣтняго, который по достиженіи послѣднимъ совершеннолѣтія могъ отказаться отъ принятія суга¹². Другія основанія практикуются и теперь:

1. Состояніе на государственной службѣ¹³.
2. Управление имуществомъ казны или государя¹⁴.
3. Поступленіе въ тайный совѣтъ государя (consistorium principis)¹⁵.
4. Отсутствіе по государственной службѣ до истеченія года по возвращеніи¹⁶.
5. Публичная учительская должность и занятіе врачебной практикой¹⁷.
6. Почетное увольненіе отъ военной службы по окончаніи полного срока службы (у Римлянъ 20 лѣтъ)¹⁸. По Reichsmilitär-gesetz 2-го мая 1874 г. § 41 всѣ военныя лица мирнаго состава арміи и

¹ l. 13. D. h. t. 27, 1; § 16. I. h. t. 1, 25; l. 2. l. 6. C. h. t. 5, 62.—² l. 15. § 1. D. h. t. 27, 1; § 9. I. h. t. 1, 25.—³ l. 29. D. de test. tut. 26, 2; l. 18. § 1. D. de leg. Corn. de fals. 48, 10.—⁴ l. 5. § 2. D. de his quae ut ind. 34, 9.—⁵ l. 2. C. si tut. vel cur. fals. alleg. 5, 63.—⁶ l. 38. l. 39. D. h. t. 27, 1.—⁷ l. 17. § 1. D. de app. 49, 1.—⁸ l. 15. l. 22. C. h. t. 5, 62; l. 20. l. 39. § 6. D. de adm. tut. 26, 7.—⁹ l. 6. § 13. D. h. t. 27, 1.—¹⁰ l. 17. §§ 2. 3. l. 26. l. 41. § 3. l. 46. pr. § 1. D. h. t. 27, 1; l. 24. C. h. t. 5, 62.—¹¹ l. 13. C. qui dare tut. 5, 34.—¹² l. 16. D. h. t. 27, 1; l. 20. C. h. t. 5, 62; § 18. I. h. t. 1, 25.—¹³ l. 6. §§ 14. 16. l. 17. §§ 4. 5. D. h. t. 27, 1; § 3. I. h. t. 1, 25.—¹⁴ l. 22. § 1. l. 41. pr. D. h. t. 27, 1; l. 10. C. h. t. 5, 62; § 1. I. h. t. 1, 25.—¹⁵ l. 30. D. h. t. 27, 1; l. 11. § 2. D. de min. 4, 4.—¹⁶ l. 10. pr.—§ 3. D. h. t. 27, 1; l. 2. C. si tut. vel cur. 5, 64; § 2. I. h. t. 1, 25; l. 38. § 1. D. ex qu. c. mai. 4, 6; l. 4. D. de vac. 50, 5.—¹⁷ l. 6. §§ 1—12. D. h. t. 27, 1; § 15. I. h. t. 1, 25; l. 1. l. 2. C. de exc. art. 10, 65.—¹⁸ l. 8. D. h. t. 27, 1; t. C. 5, 65: de excusationibus veteranorum.

гражданскіе чины военнаго управленія имѣютъ право на *excusatio* (§ 371 sub I. 3).

7. Трое родныхъ дѣтей въ Римѣ, четверо въ Италіи, пятеро въ провинціи¹⁹; теперь, по мнѣнію большинства, пятеро.

8. Три опеки, принятыя не по собственному желанію²⁰. Но если опека особенно затруднительна, то достаточно и одной²¹.

9. Бѣдность, принуждающая заниматься исключительно своимъ пропитаніемъ²².

10. Болѣзнь, которая даже мѣшаетъ заниматься своими дѣлами²³.

11. Семидесятилѣтній возрастъ²⁴.

12. Неграмотность, соединенная съ недостаткомъ дѣловой опытности²⁵.

13. Различіе мѣстожителства или большая отдаленность отъ имущества, подлежащаго управленію (свыше ста *milia*)²⁶.

14. Назначеніе отцомъ опекаемаго по враждѣ²⁷.

Впрочемъ, нѣкоторыя изъ перечисленныхъ основаній (9. 10. 12. 14.) принимаются во вниманіе уже *ex officio*, такъ что они влекутъ за собою, собственно говоря, неспособность второго рода (§ 371 sub II).

II. Отправленіе опекунской должности.

А. § 376. Забота о личности опекаемаго.

t. D. XXVII, 2: *ubi pupillus educari vel morari debeat et de alimentis praebendis*.—t. C. V, 49: *ubi pupilli educantur*; V, 50: *de alimentis pupillo praebendis*.—*von Buchholtz*, juristische Abhandlungen. Nr. 20. 1833.—*Vangerow*, § 275.—*Windscheid*, § 526.

Обязанность опекуна двоякая: онъ долженъ заботиться о личности подопечнаго и объ его имуществѣ. Что касается первой обязанности, то:

¹⁹ l. 2. §§ 2—8. l. 36. § 1. l. 37. D. h. t. 27, 1; l. 1. l. 2. C. qui num. liber. 5, 66; pr. I. h. t. 1, 25.—²⁰ l. 2. § 9—l. 6. pr. l. 15. §§ 15. 16. l. 31. D. h. t. 27, 1; t. C. 5, 69: *qui num. tutel.*; § 5. I. h. t. 1, 25.—²¹ l. 17. pr. l. 31. § 4. D. h. t. 27, 1.—²² l. 7. l. 40. § 1. D. h. t. 27, 1; § 6. I. h. t. 1, 25.—²³ l. 10. § 8. l. 45. § 4. D. h. t. 27, 1; t. C. 5, 68: *qui morbo*; § 7. I. h. t. 1, 25.—²⁴ l. 2. pr. D. h. t. 27, 1; l. 3. D. de iure imm. 50, 6; t. C. 5, 67: *qui aetate*; § 13. I. h. t. 1, 25.—²⁵ l. 6. § 19. D. h. t. 27, 1; § 8. I. h. t. 1, 25.—²⁶ l. 46. § 2. l. 10. § 4. l. 19. l. 21. §§ 2—4. D. h. t. 27, 1; l. 11. C. h. t. 5, 62.—²⁷ § 9. I. h. t. 1, 25; l. 6. § 17. D. h. t. 27, 1.

1. Пропитаніемъ подопечнаго опекунъ не обязанъ лично заниматься; точно также онъ не обязанъ доставлять для этого средства изъ собственнаго имущества¹; но онъ обязанъ выдавать изъ имущества опекаемаго на его содержаніе столько, сколько положено выдавать отцомъ или опекунскими властями²; онъ отвѣчаетъ за всякое нарушеніе этихъ правилъ³.

2. Воспитаніемъ опекаемаго опекунъ тоже не обязанъ лично заниматься; онъ только наблюдаетъ за воспитаніемъ⁴, которымъ по общему правилу занимается сама мать; уже въ § 352 sub 3 мы замѣтили, что мать по особымъ основаніямъ можетъ быть устранена отъ воспитанія; если мать лишилась права воспитанія или если она умерла, то опекунскія власти опредѣляютъ, гдѣ опекаемый долженъ воспитываться⁵, и могутъ принудить къ принятію заботы о воспитаніи родственниковъ или свойственниковъ, которые отъ этого уклоняются безъ основанія⁶.

3. Опекунъ душевно-больнаго долженъ заботиться о присмотрѣ за опекаемымъ и его лѣченіи, хотя и здѣсь лично этимъ заниматься онъ не обязанъ⁷. Таковы же обязанности опекуна больнаго или увѣчнаго человѣка.

4. О согласіи на бракъ опекаемаго см. § 352 sub 1.

В. Забота объ имуществѣ опекаемаго.

1) § 377. Обязанности опекуна.

t. D. XXVI, 7: de administratione et periculo tutorum vel curatorum qui gesserint vel non et de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus.— t. C. V, 37: de administratione tutorum vel curatorum et pecunia pupillari foeneranda vel deponenda; V, 38: de periculo tutorum et curatorum; V, 55: si tutor vel curator non gesserit.— *Vangerow*, § 276.— *Windscheid*, §§ 438. 439.

Опекунъ обязанъ заботиться объ интересахъ опекаемаго, какъ *bonus paterfamilias*¹, а по крайней мѣрѣ такъ, какъ если

¹ 1. 3. § 6. D. h. t. 27, 2; 1. 2. C. h. t. 5, 50.—² 1. 2. 1. 3. D. h. t. 27, 2; 1. 2. C. h. t. 5, 50.—³ 1. 2. §§ 2. 3. 1. 6. D. h. t. 27, 2; 1. 1. C. h. t. 5, 50.—⁴ 1. 12. § 3. D. de adm. tut. 26, 7; Reichspolizeiordnung 1577 r. Tit. 32. § 3.—⁵ 1. 1. pr. 1. 5. D. h. t. 27, 2; 1. 1. 1. 2. C. h. t. 5, 49.—⁶ 1. 1. § 2. D. h. t. 27, 2.—⁷ 1. 7. pr. D. de cur. fur. 27, 10; 1. 13. § 1. 1. 14. D. de off. praes. 1, 18; 1. 22. § 8. D. sol. matr. 24, 3.

¹ 1. 33. pr. 1. 10. 1. 39. § 7. D. de adm. tut. 26, 7; 1. 23. C. eod. 5, 37 1. 7. C. arb. tut. 5, 51.

бы это были его собственные интересы²; поэтому онъ вообще отвѣчаетъ за *culpa levis*³; но если онъ докажетъ, что и къ собственнымъ дѣламъ онъ прилагаетъ меньшую заботливость, нежели *bonus paterfamilias*, то онъ отвѣчаетъ только за *culpa in concreto*⁴. *Опекунъ долженъ стараться сохранить и увеличить имущество опекаемаго.*

1. Изъ обязанности *сохраненія* имущества слѣдуетъ, что опекунъ долженъ содержать вещи опекаемаго въ порядкѣ⁵, излишнія и подверженныя порчѣ вещи отчудить⁶, по ненадежнымъ требованіямъ взыскать⁷, не терпящія отлагательства долги уплатить⁸, процессы опекаемаго вести, какъ истецъ и отвѣтчикъ⁹.

2. Обязанность *увеличиванія* имущества опекаемаго нельзя разумѣть въ томъ смыслѣ, что опекунъ самъ долженъ находиться въ безпрестанной дѣятельности въ интересѣ опекаемаго; онъ не обязанъ, напр., самъ заниматься торговымъ дѣломъ, перешедшимъ по наслѣдству къ опекаемому¹⁰, и давно не обязанъ заводить новыя предпріятія; достаточно, если онъ сдѣлаетъ необходимыя распоряженія, назначивъ управляющихъ; но за ними онъ долженъ имѣть постоянный надзоръ. Бѣльше обязанностей лежитъ на опекунѣ, если все имущество опекаемаго или часть его состоитъ въ наличныхъ деньгахъ; опекунъ обязанъ обратить деньги опекаемаго или въ недвижимыя имущества¹¹, или, если это неудобно, отдать въ ростъ¹²; при этомъ ему дается шестимѣсячный срокъ (*laxamentum temporis*) для помѣщенія тѣхъ денегъ, которыя онъ уже засталъ, принимая опеку, и двухмѣсячный для денегъ, полученныхъ потомъ; по истеченіи этого срока онъ обязанъ самъ заплатить обычные въ данномъ мѣстѣ проценты, если не докажетъ, что въ тотъ срокъ ему было невозможно найти надежное помѣщеніе для денегъ¹³; его оправданіе будетъ опровергнуто, если ему докажутъ, что собственные деньги онъ помѣстилъ хорошо въ тотъ

² 1. 1. pr. D. de tut. 27, 3; 1. 57. pr. D. de adm. tut. 26, 7; Nov. 72. c. 8.—³ Coll. 1. Mos. et Rom. X, 2. § 3.—⁴ Ср. мѣста пр. 1—3.—⁵ 1. 22. §§ 3. 4. C. h. t. 5, 37.—⁶ 1. 7. § 2. D. h. t. 26, 7.—⁷ 1. 15. D. h. t. 26, 7.—⁸ 1. 9. § 5. D. h. t. 26, 7.—⁹ 1. 1. §§ 3. 4. 1. 9. § 6. 1. 46. § 7. D. h. t. 26, 7; 1. 1. § 9. D. de tut. 27, 3; 1. 18. 1. 28. C. h. t. 5, 37.—¹⁰ 1. 47. § 6. D. h. t. 26, 7.—¹¹ 1. 3. § 2. 1. 5. pr. 1. 7. § 3. D. h. t. 26, 7; 1. 24. C. h. t. 5, 37.—¹² 1. 7. § 3. D. h. t. 26, 7; 1. 24. C. h. t. 5, 37.

же срокъ¹⁴. Если опекунъ употребилъ деньги опекаемаго въ собственную пользу, то онъ платитъ самыя высшіе проценты¹⁵. Впрочемъ, по постановленію Юстиніана¹⁶, опекунъ обязанъ къ помѣщенію денегъ опекаемаго въ ростъ лишь въ томъ случаѣ, если для необходимыхъ издержекъ не хватаетъ прочихъ доходовъ; этой нормы практика не примѣняетъ въ виду современныхъ кредитныхъ отношеній. Къ обязанности увеличенія имущества опекаемаго относится и то, что опекунъ не долженъ упускать дареній, отказовъ, наслѣдствъ, открывающихся для опекаемаго¹⁷; но въ случаѣ открытія наслѣдства опекунъ смотритъ, чтобы не произошелъ для опекаемаго бѣльшій вредъ отъ него, нежели выгода¹⁸.

Въ своемъ управленіи опекунъ обязанъ, по р. пр., дать отчетъ *опекаемому по окончаніи опеки*; по Полицейскому уст. 1577 г., онъ долженъ также *ежегодно* давать отчетъ *опекунскимъ властямъ*¹⁹.

2) Права опекуна.

а. § 378. Право отчужденія.

t. D. XXVII, 9: de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis. — t. C. V, 71: de praediis et aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis. — *Bachofen*, ausgewählte Lehren des Römischen Civilrechts. Nr. 4. 1848. — *Vangerow*, § 277. — *Windscheid*, §§ 440. 441. — *Brinz*, § 499.

*Какъ управляющій имуществомъ подопечнаго, опекунъ имѣетъ право совершать всѣ тѣ юридическія сделки, которыя связаны съ управленіемъ: tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem domini loco haberi debet*¹. Но два самыя важныя права этого рода: право отчужденія вещей опекаемаго и право принятія платежей отъ должниковъ въ императорское время значительно были ограничены, Этому посвящены настоящій и слѣдующій параграфы.

¹³ l. 7. § 11. l. 15. D. h. t. 26, 7. —¹⁴ l. 13. § 1. D. h. t. 26, 7; l. 3. C. h. t. 5, 37. —¹⁵ l. 7. §§ 10. 12. D. h. t. 26, 7; l. 1. C. de us. pup. 5, 56. —¹⁶ Nov. 72. cc. 4—6. —¹⁷ l. 21. l. 26. C. h. t. 5, 37; l. 39. § 3. D. h. t. 26, 7; l. 3. § 17. D. de susp. tut. 26, 10; l. 67. § 6. D. de rit. nupt. 23, 2. —¹⁸ l. 11. D. de bon. poss. 37, 1. —¹⁹ Tit. 32. § 3.

¹ l. 27. D. de adm. 26, 7.

I. *Историческое введение.* По древнему *ius civile*, опекунъ не могъ дарить вещей опекаемаго^{1а}, но посредствомъ *negotia onerosa* онъ могъ ихъ отчуждать свободно². *Oratio d. Severi*³ оставила опекуну малолѣтняго и попечителю минора право отчуждать *praedia rustica* и *suburbana*⁴ только въ томъ случаѣ, если объ отчужденіи распорядился отецъ въ своемъ завѣщаніи; въ прочихъ случаяхъ отчужденіе допускалось только тогда, когда не было другого средства уплатить долги, и то не иначе, какъ съ разрѣшенія опекунскихъ властей. Это постановленіе Константинъ⁵ распространилъ на всѣ городскіе участки и на всѣ цѣнныя движимыя вещи, оставивъ опекуну право отчуждать только малоцѣнныя и ненужныя вещи; Юстиніанъ⁶ разрѣшилъ кромѣ того свободно отчуждать плоды отъ вещей опекаемаго.

II. *Догматическое изложеніе.* Ничтожны даренія опекуна⁷, за исключеніемъ только случая, если они совершены по требованіямъ приличія или нравственнаго долга⁸ (напр., на содержаніе братьевъ и сестеръ опекаемаго); далѣе, ничтожно всякое отчужденіе опекуна самому себѣ, хотя бы онъ дѣйствовалъ чрезъ подставное лицо⁹. Вполнѣ дѣйствительно возмездное отчужденіе малоцѣнныхъ, излишнихъ вещей и плодовъ¹⁰. Отчужденіе другихъ вещей и правъ¹¹ (отчужденіе въ самомъ обширномъ смыслѣ¹², § 47) признается дѣйствительнымъ только въ томъ случаѣ, если оно совершено съ разрѣшенія опекунскихъ властей посредствомъ надлежаще-мотивированнаго декрета; достаточнымъ мотивомъ разрѣшенія римское право признаетъ необходимость отчужденія для погашенія долговъ¹³ или для установленія приданаго¹⁴ (тепершняя практика требуетъ только выгоды отчужденія для опекаемаго). Всякое от-

^{1а} l. 22. l. 46. § 7. D. de adm. 26, 7; l. 12. l. 17. D. de cur. fur. 27, 10, гдѣ въ концѣ вмѣсто nisi слѣдуетъ читать nec si; l. 13. D. de manum. 40, 1; l. 16. C. de adm. 5, 37.—² l. 34. § 7. l. 46. D. de c. e. 18, 1. l. 5. C. eod. 4, 38; l. 5. §§ 3—6. l. 6. D. de auct. tut. 26, 8.—³ l. 1. D. h. t. 27, 9.—⁴ l. 16. C. h. t. 5, 71.—⁵ l. 22. C. de adm. 5, 37; l. 4. C. quando decreto 5, 72.—⁶ l. 28. § 5. C. de adm. 5, 37.—⁷ См. пр. 1.—⁸ l. 12. § 3. l. 13. § 2. D. de adm. 26, 7; l. 1. §§ 2—5. D. de tut. et rat. 27, 3.—⁹ См. пр. 2.—¹⁰ См. пр. 5. 6.—¹¹ l. 3. §§ 4. 5. D. h. t. 27, 9.—¹² l. 1. § 4. l. 3. § 5. l. 5. §§ 2. 3. 8. l. 7. pr. l. 8. § 2. D. h. t. 27, 9; l. 4. l. 17. C. h. t. 5, 71.—¹³ l. 1. § 2. l. 5. § 14. D. h. t. 27, 9; l. 6. C. h. t. 5, 71.—¹⁴ l. 61. § 1. D. de i. d. 23, 3.—

чужденіе вопреки этимъ правиламъ ничтожно ¹⁶, и опекаемый не только можетъ взыскать убытки съ опекуна ¹⁹ (поср. акт. tutelaе или curationis), но имѣть право потребовать отъ всякаго третьяго владѣльца выдачи отчужденной вещи ²⁰ (поср. rei vindicatio); онъ обязанъ только выдать отвѣтчику свое обогащеніе въ случаѣ возмезднаго отчужденія ²¹.

в. § 379. Право принятія платежей.

Vangerow, § 278.

По праву до-юстиніанову, должникъ опекаемаго освобождается отъ долга уплатою опекуну; по постановленію Юстиніана¹, это бываетъ только въ томъ случаѣ, если опекунъ уполномоченъ къ принятію платежа декретомъ опекунскихъ властей. По исключенію и безъ декрета имѣть мѣсто освобожденіе должника, если опекунъ издерживаетъ полученное на имущество опекаемаго, а равно, если дѣло идетъ о платежѣ постоянныхъ доходовъ, наемной и арендной платы и процентовъ, поскольку послѣдніе не превышаютъ суммы двухгодичныхъ процентовъ и не составляютъ больше 100 solidi.

3) § 380. Форма отправленія опекунской должности.

Vangerow, §§ 279. 280.—*Windscheid*, § 442.—*Baron*, §§ 57. 58.

Не всѣ подопечныя лица въ равной мѣрѣ лишены дѣеспособности. Больные и увѣчные вообще дѣеспособны; дѣти (лица, не достигшія 7-и лѣтъ) и душевно-больные вполнѣ недѣеспособны¹; несовершеннолѣтніе, достигшіе 7-и лѣтъ, миноры и расточители могутъ самостоятельно приобрѣтать, но не могутъ самостоятельно обязываться и отчуждать². Поэтому, форма

¹⁵ l. 7. § 3. D. h. t. 27, 9.—¹⁶ l. 10. D. h. t. 27, 9.—¹⁷ l. 5. § 15. D. h. t. 27, 9; l. 10. D. eod. — ¹⁸ l. 13. D. h. t. 27, 9; l. 4. l. 10. l. 14. l. 16. C. h. t. 5, 71; § 2. I. quib. al. 2, 8.—¹⁹ l. 5. §§ 6. 7. D. h. t. 27, 9; l. 1. C. quando decr. 5, 72.—²⁰ l. 2. C. si maior factus alien. 5, 74; l. 1. l. 2. C. si maior fact. rat. 2, 45.—²¹ l. 3. C. si maior factus alien. 5, 74.—²² l. 1. § 2. l. 7. § 1. D. h. t. 27, 9; l. 1. C. h. t. 5, 71; l. 2. C. si adv. vend. pign. 2, 28.—²³ l. 5. § 3. D. h. t. 27, 9.—²⁴ l. 1. § 2. D. h. t. 27, 9.

¹ l. 25. l. 27. C. de adm. 5, 37; § 2. I. quibus alien. 2, 8.

² l. 1. § 12. 13. D. de o. et a. 44, 7.—² l. 1. C. de auct. 5, 59; pr. I. de auct. tut. 1, 21.

отправленія опекунской должности различна по отношенію къ различнымъ опекаемымъ³. Если подъ опекою находится дитя или душевно-больной, то опекунъ самъ совершаетъ всѣ сдѣлки (auctoritatis interpositio и consensus здѣсь невозможны)^{3а}, а если сдѣлка не допускаетъ представительства, то приходится ее совсѣмъ оставить. Если подъ опекою находится несовершеннолѣтній старше 7-и лѣтъ, миноръ или расточитель, то приобрѣтеніе можетъ совершить какъ одинъ опекунъ (безъ участія подопечнаго), такъ и одинъ подопечный (безъ участія опекуна); отчужденіе и заключеніе обязательства можетъ совершить одинъ опекунъ (гдѣ допускается представительство), но *можетъ* имѣть мѣсто и совмѣстная дѣятельность опекуна и опекаемаго; она *должна* имѣть мѣсто тамъ, гдѣ не допускается представительства. Въ случаѣ совмѣстной дѣятельности опекаемый изъявляетъ волю отчудить или обязаться, а опекунъ выражаетъ согласіе; это согласіе было въ р. пр. различно, смотря по тому, кто опекунъ: tutor или curator⁴; изъясненіе согласія тьютора (auctoritatis interpositio) должно было совершаться непосредственно при заключеніи сдѣлки, устно, безусловно⁵; напротивъ, попечитель могъ изъяснить свое согласіе (consensus) неформально, предъ заключеніемъ, при заключеніи или послѣ заключенія сдѣлки и условно. Это различіе въ нынѣшнемъ правѣ не существуетъ, а примѣняются римскія правила, дѣйствовавшія для curator'a.—Принятіе на себя обязательства или отчужденіе, совершенное однимъ подопечнымъ безъ согласія опекуна, признается (какъ уже выше замѣчено) недѣйствительнымъ; но не возникаетъ ли для подопечнаго обязательство по крайней мѣрѣ въ видѣ obl. naturalis? Это вопросъ спорный. По источникамъ, расточитель не обязывается даже натурально⁶; infantia maior, по рескрипту Антонина Пія⁷ (который несомнѣнно примѣнимъ ко *всѣмъ* опекаемымъ), можетъ быть принужденъ искомъ къ

³ t. D. 26, 9; t. C. 5, 39: quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt.—^{3а} §§ 8—10. I. de innt. stip. 3, 19; l. 1. § 2. l. 2. pr. D. de adm. 26, 7.—⁴ t. D. 26, 8: de auctoritate et consensu tutorum et curatorum; t. C. 5, 59: de auctoritate praestanda; t. I. 1, 21: de auctoritate tutorum.—⁵ l. 2. l. 3. l. 8. l. 9. §§ 5. 6. l. 10. ll. 14—17. D. h. t. 26, 8; § 2. I. h. t. 1, 21.—⁶ l. 6. D. de v. o. 45, 1.—⁷ l. 1. pr. l. 5. pr. D. de auct. 26, 8; l. 1. § 2. l. 3. pr. D. comm. 13, 6; l. 1. § 15. D. dep. 16, 3; l. 3. § 4. D. de neg. g. 3, 5; l. 9. l. 10. D. de inst. 14, 3.

выдачѣ обогащенія отъ заключенной имъ сдѣлки; но обязанъ ли онъ натурально *за предѣлами обогащенія*,—объ этомъ въ источникахъ разнорѣчіе⁸, которое согласить еще не удалось; въ большей части мѣсть источниковъ какъ въ принципѣ, такъ и въ отдѣльныхъ примѣненіяхъ признается натуральное обязательство⁹; это положеніе слѣдуетъ примѣнять и по отношенію къ минорамъ.

4) § 381. Отправленіе опекунской должности нѣсколькими опекунами.

Baron, Gesamtrechtsverhältnisse, § 39. 1864. — Vangerow, §§ 281—283. — Windscheid, § 443. — Brinz, § 503.

Каковъ бы ни былъ призывъ къ опекѣ, всегда возможно, что будетъ призвано нѣсколько лицъ. Тогда, собственно говоря, каждый опекунъ управомоченъ и обязанъ къ управленію, не нуждаясь въ согласіи соопекуновъ¹; съ другой стороны, каждый можетъ запретить другому совершить предположенный послѣднимъ актъ управленія, и сдѣлка, совершенная вопреки запрету, ничтожна²; поэтому каждый изъ опекуновъ отвѣчаетъ не только за свои вредные акты по опекѣ, но и за вредныя дѣйствія другого опекуна, если онъ могъ самъ взяться за дѣло или воспрепятствовать причиненію вреда³, но его отвѣтственность смягчается обыкновенно посредствомъ *benef. divisionis, excussionis, cedendarum actionum* (§ 246 sub II).—Такъ какъ такое положеніе дѣла, вслѣдствіе отсутствія единства въ управленіи, неудобно и нецѣлесообразно, то обыкновенно управленіе 1) или поручается исключительно одному изъ опекуновъ, или 2) раздѣляется между всѣми опекунами.

1. Кому исключительно должно быть ввѣрено управленіе,

⁸ Между I. 42. pr. D. de iurei. 12, 2; I. 21. pr. D. ad l. Falc. 35, 2; I. 25. § 1. D. qu. dies 36, 2; I. 95. § 4. D. de sol. 46, 3, съ одной стороны, и I. 59. D. de o. et a. 44, 7; I. 13. § 1. I. 41. D. de c. i. 12, 6, съ другой стороны.—⁹ Ср. еще I. 127. D. de v. o. 45, 1; I. 44. I. 95. § 2. D. de sol. 46, 3; I. 1. § 1. D. de nov. 46, 2; I. 19. § 4. D. de don. 39, 5; I. 64. pr. D. ad sct. Treb. 36, 1; I. 3. § 4. D. de neg. g. 3, 5; § 3. I. qu. m. o. t. 3, 29; Gai. 3, 119. 176.

¹ I. 3. pr. § 8. I. 24. § 1. D. de adm. 26, 7; I. 14. § 5. D. de sol. 46, 3; I. 4. pr. I. 5. pr. D. de auct. 26, 8; I. 5. C. eod. 5, 59.—² I. 7. § 3. D. de cur. fur. 27, 10.—³ I. 5. D. de mag. conv. 27, 8; I. 55. pr. D. de adm. 26, 7; I. 2. C. de div. tut. 5, 52.

это рѣшается усмотрѣніемъ опекунскихъ властей⁴; при этомъ принимается во вниманіе воля отца опекаемаго, затѣмъ мнѣніе большинства опекуновъ, а также, по р. пр., готовность одного изъ опекуновъ дать *cautio realis*⁵. Надъ тѣмъ, кому ввѣрено управление (*tutor, curator gerens*), прочіе опекуны (*tut. vel cur. honorarii*, почетные опекуны) должны имѣть надзоръ; почетные опекуны въ случаѣ небрежнаго надзора отвѣчаютъ солидарно за вредъ отъ плохого управленія *gerentis*⁶; впрочемъ, ихъ отвѣтственность смягчается обыкновенно посредствомъ *benef. divisionis, excussionis, cedendarum actionum* (§ 246 sub II).

2. Раздѣленіе управленія между всѣми опекунами означаетъ, что каждый опекунъ ограниченъ исключительнымъ завѣдываніемъ опредѣленнаго рода дѣлами (*tutela divisa per partes*) или опредѣленнымъ географическимъ округомъ (*tut. div. per regiones*)¹⁰. Имѣетъ силу только раздѣлъ, совершенный опекунскими властями¹¹. По такому раздѣлу, каждый опекунъ становится *gerens* по своей части и *honorarius* по отношенію къ прочимъ опекунамъ¹².

5) Обязательства изъ отправленія опекунской должности.

а. § 382. Между опекаемымъ и опекуномъ.

Vangerow, §§ 284. 285.—*Windscheid*, § 438.—*Brinz*, §§ 322. 501.

Изъ управленія опекуномъ имуществомъ опекаемаго возникаетъ обязательство, сходное съ обязательствомъ между хозяиномъ дѣла и ведущимъ дѣло; поэтому Гай и Юстиніанъ называютъ его *obligatio quasi ex contractu*¹. Обязательство это заключаетъ въ себѣ обязанности опекуна, иногда—и опекаемаго.

⁴ 1. 3. §§ 1. 3. D. de adm. tut. 26, 7.—⁵ 1. 3. §§ 1. 3. 6—1. 4. D. de adm. 26, 7; § 1. I. de satisd. 1, 24; Nov. 118. c. 5; ll. 17—19. § 1. D. de test. tut. 26, 2; 1. 5. §§ 3. 4. D. de leg. tut. 26, 4; 1. 4. C. de tut. vel cur. qui satis 5, 42.—⁶ 1. 3. § 2. D. de adm. 26, 7.—⁷ 1. 4. D. de auct. 26, 8.—⁸ 1. 49. D. de a. h. 29, 2; 1. 14. § 1. D. de sol. 46, 3.—⁹ 1. 14. §§ 1—6. D. de sol. 46, 3; 1. 32. § 1. D. de test. tut. 26, 2; 1. 1. C. de per. tut. 5, 38.—¹⁰ 1. 3. § 9. 1. 4. 1. 51. D. de adm. 26, 7; 1. 2. C. si ex plur. 5, 40.—¹¹ 1. 2. C. de div. tut. 5, 52; 1. 3. § 9. D. de adm. 26, 7.—¹² 1. 2. 1. 3. C. de div. tut. 5, 52; 1. 51. D. de adm. 26, 7.—¹³ 1. 3. C. de in lit. dand. tut. 5, 44.—¹⁴ 1. 21. §§ 2—4. D. de exc. 27, 1.

¹ 1. 5. § 1. D. de o. et a. 44, 7; § 2. I. de obl. quae qu. ex contr. 3, 27.

1. *Обязанности опекуна*². Онъ долженъ дать отчетъ въ своемъ управленіи³, выдать опекаемому все имущество, находящееся въ его рукахъ, уступить всѣ требованія, приобретенныя имъ при управленіи противъ третьихъ лицъ⁴, возмѣстить весь вредъ, происшедшій отъ несоблюденія требуемой отъ него заботливости (§ 377 пр. 1 — 4); его наследники отвѣчаютъ только за его *culpa lata*⁵.—Искъ, принадлежащій опекаемому противъ опекуна для судебного осуществленія его притязаній, называется въ случаѣ *tutela—act. tutelae directa*, въ случаѣ *cura—обыкновенно act. negotiorum gestorum directa*⁶, иногда *utilis negotiorum gestorum actio, utilis curationis causa actio, utile tutelae iudicium, curationis iudicium*⁷.—Въ случаѣ опеки по возрасту искъ (по имп. постановленіямъ)⁸ можетъ быть предъявленъ не раньше окончанія опеки⁹; въ прочихъ случаяхъ иски (кроме иска о выдачѣ имущества) допускаются и до окончанія опеки¹⁰.—Если опекунъ-*gerens* растратилъ что либо безъ корыстной цѣли¹¹, то, по р. пр., имѣла мѣсто *act. de rationibus distrahendis*, искъ, направленный на уплату двойного и предъявляемый только противъ самого опекуна, а не его наследниковъ¹².—Требованіе опекаемаго противъ опекуна по большей части (а именно, если опекаемый—неполнолѣтній или душевно-больной) обезпечено законнымъ закладнымъ правомъ на имущество опекуна (§ 190 sub I. 3).

2. *Обязанности опекаемаго*¹³. Онъ долженъ возмѣстить опекуну всѣ разумныя издержки съ процентами¹⁴ и освободить его отъ принятыхъ имъ на себя обязательствъ¹⁵. На гонораръ

² t. D. 27, 3: de tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione; t. C. 5, 51: arbitrium tutelae.—³ l. 1. § 3. D. h. t. 27, 3; l. 9. C. h. t. 5, 51.—^{3a} l. 5. § 7. D. de adm. 26, 7.—⁴ l. 5. D. h. t. 27, 3; l. 1. § 1. D. de fidei. tut. 27, 7.—⁵ l. 1. C. de her. tut. 5, 54; l. 4. D. de mag. conv. 27, 8; l. 39. § 6. D. de adm. 26, 7; l. 1. pr. l. 4. pr. §§ 1. 2. l. 8. D. de fidei. tut. 27, 7.—⁶ l. 3. § 5. D. de neg. gest. 3, 5; l. 5. § 6. D. de adm. 26, 7; l. 4. § 3. l. 13. i. f. D. h. t. 27, 3; l. 1. C. quod cum eo 4, 26; l. 7. C. h. t. 5, 51.—⁷ l. 17. C. de neg. gest. 2, 18; Rubr. tt. D. 27, 3. 4; l. 2. C. de her. tut. 5, 54; l. 3. l. 7. C. h. t. 5, 51; l. 11. D. de auct. 26, 8.—⁸ l. 4. § 3. D. h. t. 27, 3; l. 2. l. 14. C. de adm. 5, 37.—⁹ l. 1. § 24. l. 4. pr. l. 9. pr. §§ 4. 5. D. h. t. 27, 3.—¹⁰ l. 4. § 3: l. 16. § 1. D. h. t. 27, 3; l. 1. § 3. D. de contr. tut. 27, 4.—¹¹ l. 2. pr. § 1. D. h. t. 27, 3.—¹² l. 1. §§ 19—23. l. 2. D. h. t. 27, 3.—¹³ t. D. 27, 4: de contraria tutelae et utili actione; t. C. 5, 58: de contrario iudicio tutelae.—¹⁴ l. 1. §§ 4—6. l. 3. D. h. t. 27, 4; l. 3. C. h. t. 5, 58.—¹⁵ l. 6. D. h. t. 27, 4.

опекунъ имѣеть право лишь въ томъ случаѣ, если отецъ опекаемаго, опекунокое учрежденіе или соопекуну назначили ему таковой¹⁶.—Искъ, принадлежащій опекуну противъ опекаемаго для судебного осуществленія этихъ обязанностей, называется такъ же, какъ *sub l.*, только съ добавкою *contraria* (вмѣсто *directa*).

в. § 383. Между опекаемымъ и другими лицами.

Vangerow, §§ 286. 287.—*Windscheid*, § 444.—*Brinz*, § 504.

Кромѣ опекуна отвѣчаютъ: 1) поручители, представленные имъ для обезпеченія интересовъ опекаемаго¹ (ср. § 374 пр. 7); 2) *affirmatores*, т. е. тѣ лица, которыя, при изслѣдованіи вопроса о назначеніи извѣстнаго лица опекуномъ (ср. § 372 пр. 12—14. 29), свидѣтельствовали предъ опекунскими властями о дѣльности и надежности этого лица²; 3) *postulatores*, т. е. тѣ лица, которыя добровольно или въ силу своей законной обязанности (§ 372 пр. 32) испросили назначеніе даннаго лица въ опекуны³; только мать отвѣчаетъ вслѣдствіе *postulatio* лишь въ случаѣ, если она особо приняла на себя отвѣтственность⁴; 4) *nominatores*; этимъ названіемъ источники обозначаютъ различныхъ лицъ: то *postulator*'а⁵, то низшихъ магистратовъ провинціального города, предложившихъ высшимъ нѣсколькихъ лицъ для выбора изъ нихъ опекуна⁶ (§ 372 пр. 31); 5) отецъ опекуна, если послѣдній еще находился подъ его властью, отвѣчаетъ по *act. de peculio, de in rem verso, quod iussu*⁷; 6) опекунскія власти, о чемъ подр. въ § 385.

Названныя лица отвѣчаютъ предъ опекаемымъ въ слѣдующемъ порядкѣ: прежде всего опекунъ-*gerens*, затѣмъ его поручители⁸; затѣмъ *affirmatores*, *postulatores* и *nominatores* кромѣ низшихъ магистратовъ⁹; затѣмъ соопекуну, если имъ *всѣмъ*

¹⁶ l. 33. § 3. D. de adm. 26, 7; l. 1. § 6. D. de tut. et rat. 27, 3.

¹ D. 27, 7: de fideiussoribus et nominatoribus et heredibus tutorum et curatorum; 46, 6: rem pupilli vel adolescentis salvam fore; t. C. 5, 57: de fideiussoribus tutorum vel curatorum.—² l. 4. § 3. D. de fid. tut. 27, 7.—³ l. 2. § 5. D. qui pet. 26, 6.—⁴ l. 1. C. si matr. indemn. 5, 46.—⁵ l. 2. C. qui pet. 5, 31.—⁶ l. 1. §§ 5. 10. D. de mag. conv. 27, 8; l. 1. l. 4. l. 5. C. eod. 5, 75; l. 28. D. de tut. dat. 26, 5; l. 6. C. qui dare 5, 34.—⁷ l. 21. l. 37. § 2. D. de adm. 26, 7; l. 11. D. de tut. et rat. 27, 3; l. 1. C. quod cum eo 4, 26; l. 7. D. de tut. 26, 1.—⁸ l. 4. l. 5. C. de mag. conv. 5, 75.—⁹ l. 2. C. quo quisque ord. 11, 36; l. 11. § 1. D. ad mun. 50, 1.

было дано управление¹⁰; затѣмъ опекунское учрежденіе¹¹; наконецъ, соопекуну въ случаѣ раздѣла управленія, или почетныя опекуны¹².

III. § 384. Окончаніе опеки.

t. C. V, 60: quando tutores vel curatores esse desinant.—t. I. I, 22: quibus modis tutela finitur. — Vangerow, §§ 288. 289. — Windscheid, § 437. — Brinz, §§ 508. 509.—Baron, § 58.

Принявъ во вниманіе *три* условія учрежденія опеки (ср. предв. зам. къ § 370), получимъ слѣдующія причины ея окончанія:

I. Опека *совсѣмъ* прекращается, если отпадаетъ потребность, давшая поводъ ее учредить. Это имѣетъ мѣсто прежде всего въ случаѣ смерти подопечнаго; то же значеніе имѣла въ р. пр. всякая *capitis deminutio*¹ (теперь — только *agrogatio*). Далѣе, въ области опеки по возрасту это имѣетъ мѣсто въ случаѣ достиженія опекаемымъ полнолѣтія² или объявленія полнолѣтнимъ³; въ области опеки надъ душевно-больнымъ — въ случаѣ его полного выздоровленія^{3a}; въ области опеки надъ расточителемъ — въ случаѣ его экономическаго исправленія⁴. Опека надъ больными и увѣчными прекращается по декрету, испрошенному ими у опекунскаго учрежденія.

II. Опека прекращается *въ лицѣ опекуна*, такъ что надо назначить вмѣсто него новаго опекуна, если онъ умираетъ или лишается совсѣмъ⁵ (а не временно только) способности къ опекунской должности, или если его назначеніе лишается силы.

1. То же значеніе, что смерть, имѣла, по р. пр., *capitis deminutio magna*, а въ области *tutela legitima* также и *cap. dem. minima* (до Nov. 118)⁶.

2. Что касается лишенія способности къ опекунской должности, то здѣсь примѣняются начала §-а 371-го. Особо отмѣ-

¹⁰ l. 4. C. de mag. conv. 5, 75; l. 3. l. 5. D. eod. 27, 8; l. 46. § 1. D. de adm. 26, 7; l. 1. § 15. D. de tut. et rat. 27, 3. — ¹¹ l. 1. l. 4. l. 5. C. de mag. conv. 5, 75; § 2. I. de satisd. 1, 24. — ¹² l. 46. § 6. D. de adm. 26, 7; l. 2. l. 4. C. quo quisque ord. 11, 36.

¹ §§ 1. 4. I. h. t. 1, 22. — ² l. 4. pr. D. de tut. 27, 3; pr. I. h. t. 1, 22; l. ult. C. h. t. 5, 60. — ³ l. 3. C. qui veniam 2, 45. — ^{3a} l. 6. C. de cur. fur. 5, 70. — ⁴ l. 1. pr. D. de cur. fur. 27, 10. — ⁵ l. 12. pr. D. de exc. 27, 1. — ⁶ § 4. I. h. t. 1, 22; l. 7. pr. D. de cap. min. 4, 5.

тѣ слѣдуетъ устраненіе опекуна отъ должности⁷; устраненіе имѣетъ мѣсто, если онъ оказывается недостойнымъ своей должности вслѣдствіе виновности въ *dolus* или *culpa lata*⁸, или проявляетъ неопытность въ дѣлахъ или нерадѣніе⁹; каждый изъ народа, даже женщина и совершеннолѣтній подопечный съ согласія своихъ родственниковъ, можетъ заявить подозрѣніе противъ дѣйствующаго *dolose* опекуна (*suspectum postulare, accusare*) и требовать устраненія его отъ должности¹⁰; но опекунское учрежденіе обязано также открыть процессъ *ex officio*¹¹; во время разбирательства опекунъ лишается отпращиванія должности, а вмѣсто него назначается временный опекунъ¹²; вмѣсто устраненія отъ должности опекунское учрежденіе можетъ къ прежнему опекуну прибавить новаго¹³; если въ декретѣ объ устраненіи прямо указанъ *dolus*, какъ основаніе, то опекунъ дѣлался, по р. пр., *infamis*¹⁴. По имп. уголовному уложенію § 266 онъ подвергается наказанію за нарушеніе довѣрія (*Untreue*), если онъ дѣйствовалъ умышленно во вредъ опекаемаго.

3. Назначеніе опекуна теряетъ силу, если онъ былъ призванъ подъ резолютивнымъ условіемъ или срокомъ или для временной надобности, и позднѣе условіе исполняется, срокъ наступаетъ, надобность устраняется¹⁵.

III. Опека прекращается *въ лицѣ опекуна*, такъ что надо назначить новаго опекуна, если прекращается обязанность къ занятію опекою. Нѣкоторыя обстоятельства даютъ право сложить съ себя опеку: поступленіе въ тайный совѣтъ государя¹⁶, бѣдность и болѣзнь въ степени, указанной въ § 375 пр. 22. 23¹⁷, перемѣна мѣстожительства съ дозволенія государя, если послѣдній зналъ объ опекѣ¹⁸, путешествіе за море по государственнымъ дѣламъ¹⁹

⁷ t. D. 26, 10; t. C. 5, 43; t. I. 1, 26: de suspectis tutoribus vel curatoribus.—⁸ l. 3. §§ 5. 13—17. l. 7. § 1. D. h. t. 26, 10; l. 2. C. h. t. 5, 43; §§ 5. 10—12. I. h. t. 1, 26.—⁹ l. 3. §§ 12. 18. D. h. t. 26, 10.—¹⁰ l. 1. §§ 6. 7. l. 7. pr. D. h. t. 26, 10; l. 6. C. h. t. 5, 43; §§ 3. 4. I. h. t. 1, 26.—¹¹ l. 3. § 4. D. h. t. 26, 10; Reichspolizeiordnung 1577 r. Tit. 32. § 3.—¹² l. 7. C. h. t. 5, 43; § 7. I. h. t. 1, 26.—¹³ l. 1. § 5. l. 3. § 18. l. 9. D. h. t. 26, 10.—¹⁴ l. 3. § 18. l. 4. pr.—§ 2. D. h. t. 26, 10.—¹⁵ l. 14. §§ 3. 5. D. de tut. 26, 1; l. 9. §§ 2. 3. D. de tut. act. 27, 3; §§ 2. 5. I. h. t. 1, 22.—¹⁶ l. 11. § 2. D. de min. 4. 4.—¹⁷ l. 10. § 8. l. 11. l. 12. pr. l. 40. D. de exc. 27, 1.—¹⁸ l. 12. § 1. D. eod. 27, 1.—¹⁹ l. 11. § 2. D. de min. 4, 4.

IV. § 385. Опекунскія учрежденія.

Windscheid, § 445.—*Brinz*, § 499.

Дѣлами опеки завѣдывали у Римлянъ въ различныхъ частяхъ государства различныя высшіе и низшіе магистраты: императоръ, консулы, *praefectus urbis*, преторы, въ особенности *praetor tutelaris, iuridici*, провинціальныя магистраты, городскіе магистраты и *defensores*. Въ Германіи ими завѣдуетъ судъ (теперь участковый судъ, *Amtsgericht*) мѣстожительства опекаемаго, стало быть, обыкновенно судебное мѣсто послѣдняго мѣстожительства умершаго отца. — Отдѣльныя правомочія опекунскаго учрежденія мы уже видѣли въ предыдущемъ изложеніи; оно дѣйствуетъ при назначеніи опекуна; постоянно наблюдаетъ за управленіемъ, принимаетъ участіе въ распоряженіяхъ о пропитаніи и воспитаніи опекаемаго, въ передачѣ управленія одному изъ опекуновъ или въ раздѣлѣ управленія между всѣми опекунами, въ отчужденіи и полученіи платежей, въ опредѣленіи гонорара для опекуна; оно принимаетъ и провѣряетъ отчеты опекуна и по окончаніи опеки освобождаетъ его отъ должности. — Отвѣтственность опекунскихъ учрежденій въ случаѣ нарушенія ими своихъ обязанностей была, по римскому праву¹, весьма ограничена: не отвѣчали высшіе², а только низшіе магистраты, и то лишь въ томъ случаѣ, если они совсѣмъ не назначили опекуна, или не позаботились о томъ, чтобы назначенный опекунъ далъ обезпеченіе, или назначили негоднаго опекуна, или предложили такового для назначенія высшему магистрату³.

По имп. полицейскимъ уставамъ⁴, члены правительственныхъ опекунскихъ установленій отвѣчаютъ за *всякое* небрежное нарушеніе своихъ обязанностей, ихъ наслѣдники—за грубую вину наслѣдодателей⁵; если составъ установленія коллегіальный, то отвѣчаютъ только тѣ члены, которые виновны въ небрежности или упущеніи надзора, но они отвѣчаютъ солидарно, причемъ, впрочемъ, имѣетъ мѣсто *benef. excussionis*⁶, *divisionis*⁷, *cedendarum actionum* (§ 246 sub II).

¹ t. C. 27, 8; t. C. 5, 75: de magistratibus conveniendis. — ² l. 1. pr. §§ 1. 3. l. 2. § 8. D. h. t. 27, 8; l. 5. l. 6. C. h. t. 5, 75; § 4. I. de satisd. tut. 1, 24. — ³ l. 1. §§ 2. 5. 6—13. l. 8. D. h. t. 27, 8; l. 1. l. 4. l. 5. l. 6. C. h. t. 5, 75; § 2. I. de satisd. 1, 24. — ⁴ 1548 г. Tit. 31. § 3; 1577 г. Tit. 32. § 3. — ⁵ l. 4. l. 6. D. h. t. 27, 8; l. 2. C. h. t. 5, 75. — ⁶ l. 1. § 9. D. h. t. 27, 8. — ⁷ l. 7. l. 8. D. h. t. 27, 8; l. 3. C. h. t. 5, 75.

Искъ, принадлежащій опекаемому противъ опекунскаго учрежденія для судебнаго осуществленія указанной отвѣтственности, называется *actio tutelae utilis*⁸; это субсидіарный искъ, ср. § 383 пр. 9. 11.

V. § 386. Т. н. Protutor.

Vangerow, § 290.—*Brinz*, §§ 322. 510.

Кто берется подобно опекуну за управление имуществомъ опекаемаго, не будучи опекуномъ, тотъ дѣйствуетъ (все равно, знаетъ ли онъ, что онъ не опекунъ или нѣтъ) *pro tutore, pro curatore*; у новыхъ юристовъ онъ называется *protutor*. При обсужденіи его актовъ управленія слѣдуетъ различать его отношенія къ опекаемому и къ третьимъ лицамъ.

1. По отношенію къ опекаемому *protutor* своимъ управленіемъ обязываетъ себя и приобрѣтаетъ права, какъ *negotiorum gestor*¹ (§ 309); поэтому, онъ не отвѣчаетъ за упущенія, развѣ если его вмѣшательство устранило другихъ отъ завѣдыванія дѣлами опекаемаго².—Искъ между опекаемымъ и протуторомъ называется *act. protutelaе directa* и *contraria*.

2. По отношенію къ третьимъ лицамъ *protutor* не управомоченъ быть представителемъ опекаемаго; поэтому, послѣдній не обязывается по отношенію къ третьему лицу³ по сдѣлкѣ, совершенной отъ его имени протуторомъ; если это былъ процессъ, то третье лицо можетъ потребовать *in integrum restitutio* вслѣдствіе заблужденія⁴; если *protutor* заключилъ сдѣлку *dolo*, то онъ обязанъ возмѣстить третьему лицу убытки⁵; искъ, предъявляемый тогда противъ протутора, не носитъ особаго названія (этотъ искъ есть *actio in factum*, § 84 пр. 3); онъ погашается истеченіемъ одного *annus utilis* и не можетъ быть направленъ противъ наслѣдниковъ⁶.

— 62 —

⁸ l. 9. D. h. t. 27, 8; l. 1. l. 5. C. h. t. 5, 75.

¹ t. D. 27, 5; t. C. 5, 45: de eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit.—² l. 1. § 9. D. h. t. 27, 5; l. 39. pr. § 2. D. de adm. 26, 7.—³ t. D. 27, 6: quod falso tutore auctore negotium gestum esse dicetur.—⁴ l. 1. § 6. l. 2. D. h. t. 27, 6.—⁵ ll. 7—9. l. 11. D. h. t. 27, 6.—⁶ l. 9. § 1. D. h. t. 27, 6.

КНИГА ШЕСТАЯ.

НАСЛѢДСТВЕННОЕ ПРАВО.

Mayer, die Lehre von dem Erbrecht nach heutigem Römischem Recht. Th. 1. 1840.—*Vering*, Römisches Erbrecht in historischer und dogmatischer Entwicklung. 1861.—*Köppen*, System des heutigen Römisches Erbrechts (изданы только 1 и 2 Lief.). 1862. 1864.—*Schirmer*, Handbuch des Römisches Erbrechts (издана только 1-я часть). 1863.—*Tewes*, System des Römisches Erbrechts nach heutigem Römischem Recht. 2 Th. 1863. 1864.—*Köppen*, Lehrb. des heut. Röm. Erbrechts. 1895.—*Ср.*, далѣе, *Gans*, Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung. 1824—1836. Bd. 2; das Römische Erbrecht in seiner Stellung zu vor- und nachrömischem.—*Lassalle*, System der erworbenen Rechte. Bd. 2. 2. Aufl. 1880.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

В в е д е н и е.

1) § 387. Объясненіе техническихъ выраженій.

Brinz, §§ 351. 358.

I. Подъ *наслѣдствомъ* въ обширномъ смыслѣ разумѣютъ совокупность имущественныхъ правъ и обязанностей человѣка (наслѣдодателя, defunctus, testator) въ минуту его смерти, кромѣ чисто личныхъ¹. При этомъ безразлично, превышаетъ ли совокупная цѣнность правъ совокупную цѣнность долговъ или наоборотъ²; далѣе, безразлично, состоятъ ли права въ правѣ собственности, или въ вещныхъ правахъ на чужую вещь, или въ требованіяхъ: hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet³; ибо наслѣдство составляетъ единство, universitas iuris (§ 37 кон.).

II. Подъ *наслѣдствомъ въ тѣсномъ смыслѣ* разумѣютъ наслѣдство въ обширномъ смыслѣ въ его отношеніи къ одному

¹ l. 3. § 3. D. qu. m. ususfr. am. 7, 4; l. 1. § 43. D. de aq. quot. 43, 20; § 1. I. de perp. et temp. 4, 12; l. 1. l. 3. pr. D. de bon. poss. 37, 1.—² l. 119. D. de v. s. 50, 16.—³ l. 50. pr. D. de h. p. 5, 3.

или нѣсколькимъ лицамъ (наслѣдникъ, *heres, bonorum possessor*), которыя имѣютъ право приобрѣсть его, какъ цѣлое, или уже приобрѣли въ силу воли умершаго или въ силу семейныхъ отношеній къ послѣднему. Такъ какъ наслѣдство приобрѣтается, какъ цѣлое⁴, то его приобрѣтеніе является универсальнымъ преемствомъ (§ 47): наслѣдники суть универсальные преемники наслѣдодателя⁵.

III. Выраженіе *наслѣдственное право* имѣетъ три значенія. Если будемъ понимать слово «право» въ объективномъ смыслѣ, то наслѣдственное право означаетъ совокупность юридическихъ нормъ о преемствѣ одного или нѣсколькихъ лицъ въ имуществѣ, оставшемся послѣ умершаго. Если же «право» возьмемъ въ субъективномъ смыслѣ, то наслѣдственное право означаетъ или право лица *на* приобрѣтеніе наслѣдства, или юридическое положеніе лица, которое уже приобрѣло наслѣдство (право *изъ* приобрѣтенія наслѣдства).

IV. Слово *hereditas* имѣетъ два значенія. Въ объективномъ смыслѣ *hereditas* есть оставшееся послѣ умершаго наслѣдство въ области *ius civile*⁶, въ субъективномъ смыслѣ *hereditas* означаетъ наслѣдованіе по *ius civile*; это второе значеніе мы находимъ въ легальномъ опредѣленіи: *hereditas nihil aliud est quam successio in universum ius, quod defunctus habuit*⁷. Слову *hereditas* цивильнаго права въ объективномъ смыслѣ соотвѣтствуетъ слово *bona* преторскаго права⁸, слову *hereditas* цивильнаго права въ субъективномъ смыслѣ—выраженіе *bonorum possessio* преторскаго права (т. е. преторское наслѣдованіе)⁹. Но иногда слово *hereditas* означаетъ и преторское наслѣдство и наслѣдованіе¹⁰.

V. Подъ *delatio, открытіемъ наслѣдства* (*hereditas, bonorum possessio alicui defertur*) разумѣемъ такой призывъ кого либо къ наслѣдству, по которому только отъ воли призваннаго зависеть, принять его или отречься¹¹. Если призванный даетъ утвердительное изъявленіе воли, то онъ совершаетъ принятіе

⁴ l. 208. D. de v. s. 50, 16; l. 3. pr. D. de b. p. 37, 1.—⁵ l. 37. D. de a. h. 29, 2; l. 11. D. de div. temp. 44, 3.—⁶ l. 5. pr. D. de h. p. 5, 3; § 20. I. de act. 4, 6.—⁷ l. 24. D. de v. s. 50, 16; l. 62. D. de r. i. 50, 17.—⁸ II. 1—3. § 2. D. de b. p. 37, 1.—⁹ l. 2. D. de b. p. 37, 1.—¹⁰ l. 138. D. de r. i. 50, 17; l. 23. § 5. D. de aed. ed. 21, 1; l. 1. C. unde lib. 6, 14.—¹¹ l. 151. D. de v. s. 50, 16.

наслѣдства (*hereditatem adire, bonorum possessionem petere, agnoscere*); отрицательное изъявленіе воли называется отреченіемъ отъ наслѣдства (*repudiare, recusare, omittere hereditatem, bonorum possessionem*).

VI. Подъ *отказомъ* разумѣютъ предоставленіе какой либо выгоды въ распоряженіи на случай смерти, совершенное иначе, нежели назначеніемъ въ наслѣдники (§ 437). И предоставленный объектъ называется отказомъ. Римскія названія суть *legatum* и *fideicommissum*.

2) § 388. Hereditas и bonorum possessio.

Savigny, vermischte Schriften. II, 230 ff. 1850.—*Fabricius*, historische Forschungen im Gebiete des Römischen Privatrechts. Heft 1. 1837.—*Leist*, die bonorum possessio, ihre geschichtliche Entwicklung und heutige Geltung. 2 Bde. 1844. 1848.—*Hingst*, comm. de bon. poss. 1858.—*Leist*, das prätorische Erbsystem. 2 Bde. 1870. 1873.—*Vangerow*, §§ 398—403.—*Brinz*, §§ 359—362.—*Baron*, § 146.

I. *Понятіе и исторія обохъ институтовъ*. Различіе двухъ правопорядковъ, проходящее чрезъ все римское право, рѣзко выступаетъ и въ наслѣдственномъ правѣ; здѣсь имѣлись двѣ системы наслѣдованія, цивильная и преторская, *hereditas* и *bonorum possessio*, дѣйствовавшія одновременно и рядомъ. Главныя различія между этими двумя системами состояли въ слѣдующемъ: по цивильной системѣ наслѣдниками по закону были только агнаты, а по преторской—и нѣкоторые когнаты и супруги (§§ 407. 413. 414); при составленіи завѣщанія *ius civile* требовало иной формы, нежели преторское право; приобрѣтеніе наслѣдства по *ius civile* иногда имѣло мѣсто даже противъ воли наслѣдника, по преторскому же праву наслѣдство прибрѣталь только желающій (§§ 420. 421); принятіе наслѣдства по *ius civile* не было ограничено никакимъ срокомъ и могло послѣдовать не предъ судомъ, иначе по преторскому праву (§§ 419. 421); преторскому наслѣднику, кромѣ обыкновеннаго иска о наслѣдствѣ (*hereditatis petitio*), принадлежало еще провизорное ускоренное судебное средство защиты (*int. quorum bonorum*), которой не было въ *ius civile* (§ 435).—Эти различія постепенно были устранены. Уже въ началѣ императорскаго періода законодательство начало сблизать другъ съ другомъ эти двѣ системы наслѣдованія; агнаты мало по малу были лишены

своихъ преимуществъ императорскими законами (act. Tertulianum, Orphitianum, Nov. 115. 118); положеніе iuris civilis, по которому нѣкоторыя лица наслѣдуютъ противъ своей воли, было почти совсѣмъ отмѣнено преторскимъ эдиктомъ (§ 420); была введена новая форма завѣщанія, которая поглотила цивильную и преторскую форму. Впрочемъ, и въ правѣ Юстиніана встрѣчаются еще нѣкоторые случаи наслѣдованія, которые могутъ быть сведены только къ преторскому праву (напр., bon. poss. unde vir et uxor, ex Carboniano edicto) и къ которымъ и право Юстиніана примѣняетъ особыя начала bonorum possessio (въ частности, соблюденіе преторскаго срока принятія, изъявленіе воли на принятіе предъ судомъ, int. quorum bonorum).

Германская практика нѣкоторыя изъ означенныхъ особыхъ началъ отмѣнила (преторскій срокъ принятія и принятіе предъ судомъ), а нѣкоторыя распространила на всѣхъ наслѣдниковъ. Выраженіе bonorum possessio, которое мы употребляемъ въ разныхъ случаяхъ наслѣдованія, указываетъ только на историческое происхожденіе излагаемаго случая.

II. *Положеніе преторскаго наслѣдника.* Преторскій наслѣдникъ (bonorum possessor) былъ loco heredis, т. е., хотя и не назывался heres, но былъ въ юридическомъ положеніи послѣдняго¹; такъ, тѣлесныя вещи, принадлежащія къ наслѣдству, состояли въ его бонитарной собственности²; наслѣдственныя требованія онъ могъ осуществить посредствомъ actiones utiles (съ фикціей: si heres esset); наслѣдственные долги могли быть взысканы съ него посредствомъ actiones utiles³. Для защиты его наслѣдственного права служили два иска; сначала int. quorum bonorum⁴ съ *ускореннымъ* производствомъ, искъ, направленный на *провизорное* признаніе наслѣдственного права и на выдачу *тѣлесныхъ* наслѣдственныхъ вещей, которыми владѣлъ отвѣтчикъ (§ 435); въ послѣдствіи, кромѣ того, hereditatis petitio possessoria⁵, искъ, аналогичный съ hereditatis petitio civilis цивильнаго наслѣдника (§ 430 пр. 1) и направленный на *окончательное* признаніе права на наслѣдство и на предо-

¹ Gai. 3, 32; Ulp. 28, 12; § 2. I. de b. p. 3, 9; l. 2. D. de b. p. 37, 1; l. 117. D. de r. i. 50, 17.—² Gai. 3, 80.—³ Gai. 4, 34; Ulp. 28, 12.—⁴ Gai. 4, 144; § 3. I. de int. 4, 15.—⁵ t. D. 5, 5: de possessoria hereditatis petitione.

ставленіе *всего* того, что у отвѣтчика было изъ наслѣдственнаго имущества.

III. Виды *bonorum possessio*.

1. *T. n. bon. poss. utilis u necessaria*. *Int. quorum bonorum* давало преторскому наслѣднику преимущество предъ цивильнымъ; поэтому, *bonorum possessio* испрашивали и тѣ цивильные наслѣдники, которымъ преторскій эдиктъ тоже предоставлялъ наслѣдственное право ⁶ (*bon. poss.* была для нихъ, какъ говорятъ новые юристы, *utilis*, между тѣмъ какъ для наслѣдниковъ только по преторскому эдикту она была *necessaria*).

2. *Bon. poss. sine re u cum re*. Если цивильный наслѣдникъ упустилъ случай испросить *bon. poss.* и вслѣдствіе этого ее испросилъ кто либо другой, чье наслѣдственное право поставлено въ преторскомъ эдиктѣ за правомъ цивильнаго наслѣдника, и если по этому поводу былъ споръ между цивильнымъ и преторскимъ наслѣдникомъ, то проигрывалъ дѣло послѣдній (*bon. poss.* была, какъ говорятъ источники, *sine re*) ⁷; если же преторскій наслѣдникъ имѣлъ въ эдиктѣ наслѣдственное право предъ цивильнымъ наслѣдникомъ, то онъ получалъ наслѣдство (тогда была *bon. poss. cum re, id est cum effectu*) ⁸.

3. *Bon. poss. decretalis u edictalis*. Преторская система наслѣдственного права не была вполне закончена даже въ классическое время. въ нѣкоторыхъ случаяхъ эдиктъ поставлялъ признаніе *bon. poss.* въ зависимость отъ предварительнаго изслѣдованія, долженствующаго окончиться рѣшеніемъ магистрата; въ этихъ случаяхъ *bon. poss.* давалась только тогда, когда она казалась магистрату справедливою въ данномъ специальномъ случаѣ ⁹ (напр., *bon. poss. ex Carboniano edicto*, § 423); въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ, не предусмотрѣнныхъ въ эдиктѣ, все-таки давалась *bon. poss.*, такъ какъ эти случаи были сродны съ предусмотрѣнными въ эдиктѣ (напр., если съ просьбою о *bon. poss.* обращались нѣкоторые нисходящіе, которые не были

⁶ Gai. 3, 34; § 1. 1. de b. p. 3, 9.—⁷ Gai. 3, 35—38; Ulp. 28, 13.—⁸ Gai. 2, 148; Ulp. 23, 6; 26, 8; 1. 25. C. de inoff. 3, 28.—⁹ 1. 1. pr. § 10. 1. 3. §§ 2. 3. 4. D. de Carb. ed. 37, 10; 1. 1. §§ 1. 15. 1. 7. § 2. D. de ventre 37, 9; 1. 1. D. de b. p. fur. 37, 3; 1. 1. § 5. D. de succ. ed. 38, 9; 1. 1. § 1. 1. 2. § 11. D. ad. set. Tert. 38, 17; 1. 34. D. de a. h. 29, 2.

ни sui, ни emancipati, но происходили отъ таковыхъ)¹⁰. Въ такихъ случаяхъ bon. poss. называлась decretalis¹¹ въ отличие отъ bon. poss. edictalis¹², которая обнимаетъ случаи наследственнаго права, прочно установленные эдиктомъ.

3) § 389. Hereditas iacens.

Savigny, System § 102. 1840.—*Jhering*, Abhandlungen aus dem Römischen Recht. Nr. 1. 1843.—*Schirmer*, de tribus regulis iuris in hereditate iacente observatis commentatio. 1852.—*v. Scheurl*, Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts. Nr. 1. 1853.—*Köppen*, die Erbschaft. 1856.—*Unger*, Oesterreichisches Erbrecht. § 7. 1871.—*Pernice*, Labeo. I, стр. 358 слѣд. 1873.—*Jhering*, Gesammelte Aufsätze. T. 2. Стр. 197 слѣд. 1882.—*Marcusen*, die L. v. d. hereditas iacens. 1883.—*Steinlechner*, das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge. Theil I. 1893.—*Vangerow*, § 394.—*Brinz*, § 363. 364.—*Baron*, § 144 кон.

Послѣ смерти лица имущество его не дѣлается безхозяйнымъ, а переходить въ своей совокупности къ наследнику. Этотъ переходъ иногда совершается въ самую минуту смерти наследодателя (§ 420); но обыкновенно между смертью наследодателя и переходомъ его имущества къ наследнику (приобрѣтеніемъ наследства) проходитъ болѣе или менѣе значительный промежутокъ времени; въ теченіе этого промежутка наследство называется hereditas iacens, лежачее наследство. Относительно юридическаго положенія лежачаго наследства источники содержать три правила, которыя, повидимому, другъ другу противорѣчатъ:

1. По первому правилу (res hereditariae nullius sunt)¹ наследственное имущество, повидимому, является безхозяйнымъ.

2. По второму правилу (hereditas vice defuncti fungitur, personam defuncti sustinet)² наследство разсматривается, какъ представляющее наследодателя, такъ что наследственные вещи

¹⁰ l. 4. D. de coni. 37, 8; l. 5. § 1. l. 6. D. si tab. test. 38, 6; l. 3. § 9. l. 5. l. 6. § 4. l. 14. § 1. l. 17. D. b. p. c. t. 37, 4; l. 12. D. de Carb. ed. 37, 10; l. 86. pr. D. de a. h. 29, 2.—¹¹ l. 1. § 7. D. de succ. ed. 38, 9.—¹² l. 1. § 4. D. si tab. test. 38, 6; l. 30. § 1. D. de a. h. 29, 2.

¹ l. 1. pr. D. de r. d. 1, 8; l. 13. § 2. l. 43. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 9. D. de naut. foen. 22, 2; l. 1. pr. D. de succ. ed. 38, 9; l. 13. § 5. D. quod vi 43, 24; l. 6. D. exp. her. 47, 19.—² l. 33. § 2. l. 34. D. de a. r. d. 41, 1; l. 31. § 1. D. de h. i. 28, 5; l. 116. § 3. D. de leg. 1 (30); § 2. I. de h. i. 2, 14; pr. I. de stip. serv. 3, 17; l. 24. D. de nov. 46, 2.

принадлежать наслѣдству, которое является юридическимъ лицомъ (правильнѣе: юридическою личностью умершаго).

3. По третьему правилу (*heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte testatoris successisse defuncto intelligitur*)³ принятіе наслѣдства наслѣдникомъ относится обратно на день смерти наслѣдодателя; отсюда, повидимому, слѣдуетъ, что наслѣдственное имущество во время *hereditas iacens* принадлежитъ будущему наслѣднику.

Было сдѣлано много попытокъ соединить эти три правила; наиболѣе удовлетворительною представляется слѣдующая. Первое правило слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, въ какомъ имущество юридическаго лица иногда называется *res nullius*⁴: наслѣдственное имущество не принадлежитъ никакому *человѣку* (а наслѣдству). Изъ двухъ остальныхъ правилъ третье (т. н. *fictione retrotractiva*) не слѣдуетъ понимать буквально, потому что, по яснымъ опредѣленіямъ источниковъ, наслѣдникъ пріобрѣтаетъ наслѣдственное имущество не со дня смерти наслѣдодателя, а лишь съ момента принятія наслѣдства⁵; каковъ смыслъ третьяго правила, это мы увидимъ ниже (текстъ къ пр. 10. 11). Теперь же ясно то, что юридическое состояніе наслѣдственнаго имущества точно опредѣлено вторымъ правиломъ (*правиломъ фикціи, по которой наслѣдство представляетъ наслѣдодателя, т. н. fictio repraesentativa*). Безъ фикціи репрезентации наслѣдство, какъ имущество безъ субъекта, подлежало бы началамъ безхозяйныхъ вещей, т. е. было бы предоставлено завладѣнію (оккупации), а наслѣдственное право было бы невозможно; чтобы сдѣлать возможнымъ наслѣдственное право, создана фикція репрезентации наслѣдодателя наслѣдствомъ: *личность наслѣдодателя съ юридической точки зрѣнія продолжаетъ существовать въ наслѣдствѣ; последнее является хозяиномъ наслѣдственныхъ вещей*⁶; *лежащее наслѣдство есть юридическое лицо* (а именно юридическая личность наслѣдодателя), и отъ прибавленія новыхъ правъ, отчужденій

³ l. 54. D. de a. v. o. h. 29, 2; l. 138. pr. l. 193. D. de r. i. 50, 17; l. 28. § 4. D. de stip. serv. 45, 3.—⁴ l. 1. pr. D. de r. d. 1, 8.—⁵ l. 8. D. de r. e. 12, 1; l. 80. D. de leg. 2 (31); l. 1. § 6. D. de ini. 47, 10.—⁶ l. 31. § 1. D. de h. i. 28, 5; l. 15. pr. D. de usurp. 41, 3; l. 22. D. de fid. 46, 1; l. 13. § 2. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 61. pr. D. de a. r. d. 41, 1.

и обязательствъ можетъ претерпѣть разныя измѣненія, какъ имущество юридическаго лица⁷; оно неспособно только къ такимъ правоотношеніямъ, которыя предполагаютъ физическое лицо (личные сервитуты, владѣніе)⁸. Такъ какъ личность наследодателя юридически продолжается въ наследствѣ, то послѣднее находится подъ господствомъ правоспособности *наследодателя*; если къ какому либо правоотношенію былъ неспособенъ наследодатель, то къ нему неспособно и наследство, поэтому, напр., наследственный рабъ можетъ быть назначенъ наследникомъ или приобрѣсть отказъ отъ третьяго лица лишь въ томъ случаѣ, если къ этому былъ способенъ наследодатель⁹. *Когда цѣль, ради которой создана fictio repraesentationis, уже достигнута вслѣдствіе принятія наследства, то и сама фикція прекращается*; другими словами: когда призванный къ наследованію принялъ наследство, то уже наследства болѣе не существуетъ, оно распадается на свои отдѣльныя составныя части, которыя принадлежать наследнику, какъ и прежнія составныя части его имущества и, стало быть, находятся подъ вліяніемъ *его* правоспособности.—Наследственное имущество принадлежитъ наследнику только съ момента принятія имъ наследства (выше пр. 5), но *возможности* приобрѣтенія онъ уже достигъ со смертью наследодателя; и вотъ, гдѣ есть особыя справедливыя основанія, тамъ эта возможность приобрѣтенія обсуждается, какъ само приобрѣтеніе; такъ, напр., если рабъ хочетъ приобрѣсть что либо на *опредѣленное* имя, то онъ можетъ сдѣлать это только на имя своего господина, но наследственному рабу дозволяется приобрѣтать на имя будущаго наследника (напр., *heredi futuro dare spondes? spondeo*)¹⁰⁻¹¹; если кто либо назначенъ въ завѣщаніи наследникомъ подъ суспензивнымъ условіемъ, то наследникомъ онъ дѣлается лишь послѣ исполненія условія, но плоды причитаются ему въ случаѣ исполненія условія со дня смерти наследодателя. Вотъ эти и тому подобные случаи и дали поводъ

⁷ l. 20. § 3. D. de h. p. 5, 3; l. 3. § 6. D. de neg. gest. 3, 5; l. 178. § 1. D. de v. s. 50, 16.—⁸ l. 1. § 15. D. si is qui test. 47, 4; l. 61. § 1. D. de a. r. d. 41, 1; l. 26. D. de stip. serv. 45, 3.—⁹ См. мѣста пр. 2.—¹⁰ l. 28. § 4. l. 16. l. 18. § 2. l. 35. D. de stip. serv. 45, 3; l. 27. § 10. D. de pact. 2, 14.—¹¹ l. 2. pr. D. de coll. 37, 6.

установить третье правило (отнесеніе принятія наслѣдства на день смерти, *ретроактивную фикцію*).

4) § 390. Условія наслѣдственного права.

Hofmann, Kritische Studien. § 106 ff. 1885. (Ueber die Regel: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest). — *Vangerow*, §§ 395—397. 404. — *Brinz*, §§ 365. 366. 380.

Условіями наслѣдственного права называются тѣ юридическіе факты, которые требуются для того, чтобы определенное лицо было наслѣдникомъ другого. Это слѣдующіе факты: I. Смерть лица, способнаго обладать имуществомъ; II. Открытіе наслѣдства лицу, способному къ наслѣдованію; III. Приобрѣтеніе наслѣдства лицомъ, для котораго оно открылось (призваннымъ).

I. Смерть лица, способнаго обладать имуществомъ. Въ этомъ условіи заключается слѣдующее:

1. Наслѣдованіе возможно только послѣ умершаго (откуда юридическая поговорка новыхъ юристовъ: hereditas viventis non datur)¹. Наслѣдованіе невозможно послѣ юридическаго лица; имущество, оставшееся послѣ прекращенія юридическаго лица, поскольку на него не имѣютъ правъ его члены и вѣрители, разсматривается, какъ bona vacantia (§§ 34. 426). Наслѣдованіе послѣ лица, объявленнаго умершимъ, происходитъ подъ условіемъ истинности предположенія смерти; если же послѣднее оказывается неправильнымъ вслѣдствіе возвращенія безвѣстно-отсутствовавшаго, то лица, считавшіяся наслѣдниками, обязаны отдать возвратившемуся его имущество.

2. Какъ послѣ лица, неспособнаго обладать имуществомъ, по древнему ius civile, невозможно было наслѣдованіе послѣ подвластнаго лица²; эта норма уже не существуетъ въ классическомъ правѣ. Для усиленія строгости наказанія признавался неспособнымъ имѣть наслѣдника тотъ, кто потерпѣлъ capitis deminutio media за преступленіе³; неспособными, наконецъ, были рабы⁴. Последнія двѣ нормы теперь не дѣйствуютъ. Зато по каноническому праву сюда относятся монахи^{4a}.

¹ l. 27. D. de a. v. o. h. 29, 2; l. 1. D. de her. vend. 18, 4. — ² Ulp. fr. 20, 10; l. 11. D. de fid. 46, 1. — ³ l. 7. § 5. D. de bon. damn. 48, 20; l. 17. § 1. D. de poen. 48, 19; l. 3. D. de int. et rel. 48, 22. — ⁴ l. 3. § 1. D. de v. s. 50, 16; l. 4. C. comm. de succ. 6, 59. — ^{4a} c. 2. X. de test. 3, 26.

II. *Delatio* (открытие) наследства лицу, способному къ наслѣдованію. Въ частности, требуется:

1. *Delatio* наследства. Открытіе можетъ послѣдовать: а) по завѣщанію (тогда цивильное наслѣдованіе называется *hereditas testamentaria*, преторское—*bonorum possessio secundum tabulas*); б) по закону; открытіе по закону имѣетъ мѣсто въ двухъ случаяхъ: во-первыхъ, когда есть завѣщаніе, но въ немъ не упомянуты нѣкоторые близкіе родственники (тогда цивильное наслѣдованіе называется *hereditas legitima*, преторское—*bonorum possessio contra tabulas*, необходимое наслѣдованіе, наслѣдованіе противъ завѣщанія); во-вторыхъ, когда совсѣмъ нѣтъ завѣщанія или оно недѣйствительно (тогда цивильное наслѣдованіе называется *hereditas legitima⁵ ab intestato*, преторское—*bonorum possessio intestati, ab intestato*, законное наслѣдованіе, наслѣдованіе по закону). Отношеніе различныхъ способовъ открытія наследства опредѣляется слѣдующими началами:

а. Открытіе по завѣщанію уступаетъ открытію необходимымъ наслѣдникамъ, но предшествуетъ открытію обыкновеннымъ наслѣдникамъ по закону⁶;

б. Открытіе по завѣщанію можетъ соединиться съ открытіемъ необходимаго наслѣдованія⁷, но исключаетъ открытіе наслѣдованія по закону: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest⁸*. Изъ этого правила (внутреннее основаніе котораго спорно) слѣдуетъ: если завѣщатель распорядился только о части своего имущества, то для назначеннаго наслѣдника все-таки открывается все наслѣдство; если одинъ изъ наслѣдниковъ, назначенныхъ въ завѣщаніи, по какой либо причинѣ не пріобрѣтаетъ своей доли, то послѣдняя прибавляется къ долямъ прочихъ наслѣдниковъ (*accrescit*, § 426). Только солдатъ не былъ, по р. пр., связанъ правиломъ: *nemo pro parte...*⁹, ибо по императорскимъ постановленіямъ солдатъ свободенъ отъ всякихъ ограниченій, поставленныхъ закономъ для послѣдней воли. (Это положеніе устраниено по *Reichsmilitärgesetz*

⁵ l. 3. § 2. D. pro soc. 17, 2.—⁶ l. 39. D. de a. h. 29, 2.—⁷ l. 15. § 2. l. 19. D. de inoff. test. 5, 2.—⁸ l. 7. D. de r. i. 50, 17; § 5. I. de her. inst. 2, 14; Cic. de inv. 2, 21.—⁹ l. 6. D. de test. mil. 29, 1; § 5. I. de her. inst. 2 14.—

2 мая 1874 г. § 44). Общее правило не примѣняется и въ томъ случаѣ, если у подвластнаго лица есть имущества разнаго юридическаго свойства: такое имущество, о которомъ оно можетъ составить завѣщаніе (рес. castrense и quasi castrense), и иное (bona adventicia)¹⁰.

Въ современномъ правѣ, кромѣ завѣщанія и закона, существуетъ еще третье основаніе открытія наслѣдства: договоръ о наслѣдованіи. Римскому праву такіе договоры чужды (за исключеніемъ только того случая, если наслѣдодатель солдатъ)^{10a}; напротивъ, оно опредѣляетъ: 1) Договоры, по которымъ одинъ контрагентъ назначаетъ другого своимъ наслѣдникомъ (*договоры о назначеніи наслѣдникомъ*), противны добрымъ нравамъ, потому что первый контрагентъ лишаетъ себя на будущее время способности составлять завѣщаніе; поэтому, такіе договоры ничтожны¹¹; 2) Договоры, по которымъ одинъ контрагентъ отрывается отъ наслѣдованія послѣ другого (*договоры объ отреченіи отъ наслѣдства*), ничтожны¹², потому что отъ наслѣдства можно только тогда отречься, когда оно для даннаго лица открылось¹³; 3) Договоры, по которымъ одинъ контрагентъ вступаетъ въ соглашеніе съ другимъ относительно будущаго наслѣдства послѣ третьяго лица, въ случаѣ, если бы такое для него открылось (*договоры о наслѣдствѣ*), ничтожны, какъ договоры, противныя добрымъ нравамъ, а первый контрагентъ лишается наслѣдства въ случаѣ его открытія, какъ indignus¹⁴ (§ 426 пр. 18); *договоръ о наслѣдствѣ* можетъ имѣть силу лишь въ томъ случаѣ, если то лицо, о чьемъ наслѣдствѣ идетъ дѣло, даетъ свое согласіе¹⁵; но дающій согласіе не обязанъ предоставить свое наслѣдство контрагенту.

Безспорно, римскія начала договоровъ о назначеніи наслѣдникомъ и отреченіи отъ наслѣдства устранены германскою практикою XVII стол.; спорно въ наукѣ и на практикѣ, дѣйствуютъ ли римскія нормы договоровъ о наслѣдствѣ; на это надо отвѣтить утвердительно, потому что по этому вопросу не составилось германской практики, которая бы отмѣняла римское право.

¹⁰ пр. I. quib. non est perm. 2, 12.—^{10a} l. 19. C. de pact. 2, 3.—¹¹ l. 15. C. de pact. 2, 3; l. 34. C. de transact. 2, 4; l. 5. C. de pact. conv. 5, 14; l. 4 C. de inut. stip. 8, 38.—¹² l. 16. D. de suis 38, 16; l. 35. § 1. C. de inoff. 3, 28; l. 3. C. de coll. 6, 20.—¹³ l. 13. l. 18. D. de a. h. 29, 2.—¹⁴ l. 2. § 3. D. de his quae ut ind. 34, 9; l. 29. § 1. l. 30. D. de don. 39, 5.—¹⁵ l. 2. § 3. D. de his quae ut ind. 34, 9; l. ult. C. de pact. 2, 3. ^{15a} l. 30. § 1. D. de acq. her. 29, 2

Моментъ открытія наслѣдства совпадаетъ по общему правилу съ моментомъ смерти наслѣдодателя; но въ нѣкоторыхъ случаяхъ открытіе наступаетъ не сейчасъ: а) если наслѣдникъ назначенъ подъ суспензивнымъ условіемъ, которое въ моментъ смерти еще не исполнилось (§§ 401 — 402); б) если призванный ближайшій законный наслѣдникъ не приобрѣлъ наслѣдства, такъ что наступаетъ т. н. *successio ordinum vel graduum* (§ 410); в) если наслѣдодатель умеръ, оставивъ завѣщаніе, которое стало недѣйствительнымъ впоследствии (§ 405).

2. *Способность къ наслѣдованію лица, которому открывается наслѣдство (призваннаго)*. Неспособны къ наслѣдованію: а) то лицо, которое было зачато уже послѣ смерти наслѣдодателя¹⁶; б) то лицо, которое уже умерло до открытія¹⁷; в) юридическія лица кромѣ государства, общинъ, церквей и благотворительныхъ учрежденій (объ учрежденіяхъ ср. § 36 sub 2)¹⁸; другія юридическія лица способны къ наслѣдованію лишь въ томъ случаѣ, если имъ дана эта способность въ видѣ особой привилегіи¹⁹. Далѣе, неспособны были, по р. пр., д) *перегрины* (по отношенію къ наслѣдодателю-Римлянину), стало быть, и лицо, потерпѣвшее *cap. demin. media*²⁰; е) дѣти государственныхъ измѣнниковъ по *lex Quisquis*²¹ (только дочери могли требовать свою *portio legitima* изъ материнскаго наслѣдства); ф) вѣроотступники и еретики²²; г) вдова, вступившая во второй бракъ преждевременно или же не исполнивъ своихъ обязанностей опекуниши по отношенію къ дѣтямъ отъ перваго брака (она могла наслѣдовать только *ab intestato* послѣ родственниковъ до третьей степени); h) родственники малолѣтняго, которые не испросили ему опекуна въ теченіе года, не могли послѣ него быть наслѣдниками, если малолѣтній умеръ, не достигнувъ совершеннолѣтія (§§ 350. 351. 372).— Случаи d—h устранены отчасти современнымъ международнымъ и уголовнымъ правомъ, отчасти судебною практикою.

¹⁶ l. 6. l. 7. l. 8. pr. D. de suis 38, 16; l. 1. § 8. D. unde cogn. 38, 8; l. 3. D. de b. p. s. t. 37, 11; § 8. I. de her. ab. int. 3, 1.—¹⁷ l. un. § 7. C. de cad. toll. 6, 51; l. 59. § 6. D. de her. inst. 28, 5; l. 45. § 1. D. de vulg. subst. 28, 6.—¹⁸ l. 12. C. de h. i. 6, 24; l. 1. l. 23. C. de ss. eccl. 1. 2; Nov 131. c. 9; ср. Ulp. 22, 5. 6.—¹⁹ l. 8. C. de h. i. 6, 24.—²⁰ l. 6. § 2. D. de h. i. 28, 5; l. 1. C. de h. i. 6, 24; l. 13. pr. D. de b. p. 37, 1; l. 3. pr. D. de his quae pro non script. 34, 8.—²¹ l. 5. C. ad l. Iul. mai. 9, 8.—²² l. 3. l. 4. C. de apost. 1, 7; l. 4. l. 5. l. 18. l. 19. l. 22. C. de haer. 1, 5.

III. *Приобрѣтеніе наслѣдства лицомъ, для котораго оно открылось (призваннымъ)*. Открытіе наслѣдства по общему правилу не дѣлаетъ призваннаго тотчасъ наслѣдникомъ, а только даетъ ему право принять наслѣдство²³. Въ случаѣ отреченія призваннаго отъ наслѣдства открытіе (delatio) уничтожается и наступаетъ открытіе для другого; то же бываетъ по общему правилу и въ томъ случаѣ, если призванный умираетъ или дѣлается неспособнымъ къ наслѣдованію, не изъявивъ своей воли²⁴. Принявъ наслѣдство, призванный дѣлается наслѣдникомъ (§ 419). Иногда призванный приобретаетъ наслѣдство помимо и даже противъ своей воли (§ 420), т. е. дѣлается наслѣдникомъ тотчасъ (ipso iure) съ момента открытія (heres necessarius).

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Открытіе наслѣдства.

РАЗДѢЛЬ ПЕРВЫЙ.

Наслѣдованіе по завѣщанію.

Rosshirt, testamentarisches Erbrecht bei den Römern. 1849.

I. § 391. Значеніе распоряженій на случай смерти. Понятіе завѣщанія.

Gans, Erbrecht in weltgesch. Entwicklung. T. 1. стр. 124 и слѣд. 181 и слѣд. 1824.—*Hermann*, Griech. Privatalterthümer, 2. Aufl. von Stark. § 65. 1870.—*Schulvin*, das Griechische Testament verglichen mit dem Römischen. 1882.—*Michaelis*, Mosaisches Recht. Bd. 2. § 80. 1771.—*Saalschütz*, Mosaisches Recht. Cap. 109. 1853.—*Baron*, § 147.

1. *Распоряженія на случай смерти* являются важнымъ расширеніемъ свободы человѣка: воля человѣка продолжаетъ существовать и послѣ его смерти: neque enim aliud videtur solatium mortis quam voluntas ultra mortem¹. По общему мнѣнію, распоряженія на случай смерти суть произведенія рим-

²³ I. 151. D. de v. s. 50, 16; Gai. 2, 169. — ²⁴ I. 1. § 4. D. ad set. Tert. 38, 17; l. un. § 5. C. de cad. toll. 6, 51; Paul. s. r. IV, 10. § 3.

¹ Quintil. declam. 308.

скаго правового духа и лишь отъ Римлянъ перешли и къ другимъ народамъ. Но уже въ очень древнее время встрѣчаются также распоряженія на случай смерти у Евреевъ и Грековъ (ср. § 392 пр. 3); впрочемъ, у этихъ народовъ они допускались лишь съ значительными ограниченіями и лишь при наличности извѣстныхъ условій (напр., по аѳинскому праву распоряженіе на случай смерти дозволялось сдѣлать только тому, у кого не было родныхъ сыновей, у Евреевъ допускалось только распределеніе имущества между членами семьи, право же первороднаго на двойную долю почиталось неприкосновеннымъ). Вотъ эти то условія и ограниченія чужды римскому праву (— за исключеніемъ только т. н. необходимаго наслѣдованія и ограниченія размѣра легатовъ, которыя, впрочемъ, развились лишь въ послѣднія времена республики—); такимъ образомъ, характерною чертою римскаго права является *свобода завѣщанія*: римскій гражданинъ можетъ дѣлать безъ всякихъ ограниченій разныя распоряженія на случай смерти (назначеніе наслѣдниковъ, отказовъ, отпущеніе рабовъ на волю, назначеніе опекуна)^{1а}.

2. *Понятіе завѣщанія*. Есть два вида распоряженій на случай смерти: завѣщаніе (*testamentum*) и кодицилъ. Легальное опредѣленіе завѣщанія^{1б} (*testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*) составлено неточно, потому что оно отождествляетъ завѣщанія со *всякимъ* распоряженіемъ на случай смерти. *Завѣщаніе (testamentum) слѣдуетъ опредѣлить, какъ такое распоряженіе на случай смерти, въ которомъ заключено назначеніе наслѣдника*; существенною частью завѣщанія является назначеніе наслѣдника²; другія опредѣленія въ завѣщаніи (отказы, отпущенія на свободу рабовъ, опредѣленія объ опекахъ и воспитаніи дѣтей, о погребеніи) суть только придаточныя части къ назначенію наслѣдника, такъ что если послѣднее недѣйствительно или становится недѣйствительнымъ, то та же участь постигаетъ и первыя³. Какъ односторонній актъ, завѣщаніе всегда можетъ быть отмѣнено завѣщателемъ (§ 405 sub П. 3); въ этомъ заключается его отличіе отъ наслѣдственныхъ договоровъ.

^{1а} l. 120. D. de v. s. 50, 16. — ^{1б} l. 1. D. qui test. 28, 1. — ² l. 20. D. de iure cod. 29, 7; l. 14. C. de test. 6, 23. — ³ l. 1. § 3. D. de vulg. subst. 28, 6; § 34. I. de leg. 2, 20.

II. Составленіе завѣщанія.

Предварительное замѣчаніе.

Для составленія завѣщанія необходимо, 1) чтобы завѣщатель (testator) былъ способенъ къ составленію (§ 392), 2) чтобы завѣщаніе было изъявлено въ надлежащей формѣ (§ 393 слѣд.), 3) чтобы оно содержало въ себѣ надлежащее назначеніе наследника (§ 396 слѣд.).

A. § 392. Способность къ составленію завѣщанія (т. н. testamentifactio activa).

t. D. XXVIII, 1: qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant. — t. C. VI, 22: qui testamenta facere possunt vel non. — t. I. II, 12: quibus non permittitur facere testamentum. — Vangerow, § 428. — Windscheid, § 539. — Brinz, § 368. — Baron, § 148.

Подъ testamentifactio источники разумють способность участвовать въ какомъ бы то ни было смыслѣ въ составленіи завѣщанія: въ качествѣ завѣщателя, наследника или получающаго отказъ, или свидѣтеля. Это понятіе слишкомъ неопредѣленно и не имѣетъ практическаго значенія. Поэтому новые юристы различаютъ два вида testamentifactio: activa и passiva (§§ 392. 398). *Подъ factio activa разумють способность къ составленію завѣщанія (завѣщательную способность).* Эта способность должна быть у завѣщателя во время составленія завѣщанія¹; при чемъ онъ не долженъ сомнѣваться въ томъ, что онъ ее имѣетъ²; зато не требуется, чтобы завѣщатель сохранилъ ее до смерти; потеря ея уничтожаетъ завѣщаніе только въ томъ случаѣ, если она послѣдовала вслѣдствіе capitis deminutio завѣщателя (§ 405 пр. 1—3). По праву Юстиніана не имѣли testamentifactio activa: рабы, peregrini (но послѣдніе могли завѣщать въ томъ случаѣ, если ихъ отечественное право допускало завѣщанія)³, лица, потерпѣвшія въ наказаніе capitis deminutio magna⁴, вѣроотступники и нѣко-

¹ l. 19. D. h. t. 28, 1.—² l. 1. pr. D. de leg. 3 (32); l. 11. § 1. D. de test. mil. 29, 1.—³ Ulp. fr. 20, 14.—⁴ l. 8. §§ 1. 2. D. h. t. 28, 1; l. 1. § 2. D. de leg. 3 (32).

торы еретики⁵ (§ 28 пр. 10. 17), составители пасквилей⁶. Эти случаи не существуютъ въ нынѣшнемъ правѣ, равно какъ и норма каноническаго права о неспособности къ завѣщанію *usurarii manifesti*⁷ (§ 43 пр. 7—9). — Кроме того, по римскому и по современному праву, неспособны составлять завѣщаніе:

1. Лица, неспособныя имѣть волю⁸, въ томъ числѣ душевнобольные, которые могутъ завѣщать только въ свѣтлые промежутки⁹, а равно лишенные полной сознательности вслѣдствіе тѣлесной болѣзни.

2. Несовершеннолѣтніе¹⁰, которые не могутъ завѣщать даже съ согласія опекуна¹¹; совершеннолѣтніе подопечные могутъ составлять завѣщанія, не нуждаясь въ согласіи попечителя.

3. Признанные расточителями¹².

4. Подвластныя дѣти по отношенію къ ихъ (*regularia* и *irregularia*) *adventicia*¹³; по отношенію къ *pecul. castrense* и *quasi castrense* они способны къ завѣщанію, хотя бы они оставили военную, гражданскую службу и т. д.¹⁴. Нѣкоторые юристы утверждаютъ, что, по опредѣленію каноническаго права¹⁵, подвластное дитя можетъ съ согласія отца составить завѣщаніе объ *adventicia* въ пользу благотивныхъ дѣлей; но эта каноническая норма говоритъ не о завѣщаніи, а о дареніи на случай смерти.

5. Глухонѣмые отъ рожденія¹⁶. Въ настоящее время нѣкоторые считаютъ способными къ завѣщанію глухонѣмыхъ обученныхъ, такъ какъ Нотаріальный уставъ 1512 г. § 4 признаетъ способнымъ составлять завѣщаніе каждаго, кто можетъ говорить или писать.

6. Кто не можетъ выразить своей воли общепонятнымъ образомъ¹⁷ (напр., вслѣдствіе паралича языка и рукъ); впрочемъ, въ этомъ случаѣ правильнѣе говорить о неспособности не къ завѣщанію, а къ волеизъявленію.

⁵ I. 3. C. de apost. 1, 7; I. 4. § 5. C. de haer. 1, 5; Nov. 115. c. 3. § 14.—⁶ I. 18. § 1. D. h. t. 28, 1; I. 5. §§ 9. 10. D. de ini. 47, 10.—⁷ c. 2. in VI. de usur. 5, 5.—⁸ I. 2. l. 17. D. h. t. 28, 1; I. 3. pr. C. h. t. 6, 22.—⁹ I. 9. C. h. t. 6, 22.—¹⁰ I. 5. D. h. t. 28, 1; I. 4. C. h. t. 6, 22; § 1. I. h. t. 2, 12.—¹¹ Gai. 2, 113.—¹² I. 18. pr. D. h. t. 28, 1; § 2. I. h. t. 2, 12.—¹³ I. 11. C. h. t. 6, 22; I. 8. § 5. C. de bon. quae lib. 6, 61.—¹⁴ I. 26. § 1. D. de test. mil. 29, 1; pr. I. h. t. 2, 12.—¹⁵ c. 4. de sepult. in VI. 3, 12.—¹⁶ I. 10. C. h. t. 6, 22; § 3. I. h. t. 2, 12.—¹⁷ I. 6. § 1. l. 16. pr. D. h. t. 28, 1.—¹⁸ I. 7. D. h. t. 28, 1; I. 4. D. de test. mil. 29, 1; § 2. I. eod. 2, 11.—¹⁹ I. 29. § 2. C. de test. 6, 23.

В. Форма завѣщанія.

1) Частныя завѣщанія.

а. § 393. Обыкновенныя частныя завѣщанія.

t. D. XXVIII, 1: qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant. — t. C. VI, 23: de testamentis et quemadmodum testamenta ordinantur. — t. I. II, 10: de testamentis ordinandis. — Notariatsordnung 1512 г. — *Vangerow*, §§ 444—446. — *Windscheid*, §§ 541. 542. — *Brinz*, §§ 368. 369. — *Baron*, § 149.

Частными называются такія завѣщанія, которыя составлены безъ участія органовъ государственной власти. По юстиніанову праву (и нынѣшнему), обыкновенныя частныя завѣщанія могутъ быть письменныя и устныя. Для тѣхъ и другихъ необходимо присутствіе семи свидѣтелей и единство въ совершеніи завѣщательнаго акта; различаются они формою изъясненія.

I. Присутствіе семи свидѣтелей требуется для торжественности формы (*testes solemnes*, § 65 sub I); дѣйствительными юридически свидѣтелями они могутъ быть лишь въ томъ случаѣ, если завѣщатель пригласилъ ихъ присутствовать при составленіи завѣщанія (*testes rogati*¹), если они добровольно исполняютъ его просьбу (*testes voluntarii*²) и если они во время составленія завѣщанія обладаютъ способностью быть свидѣтелями при завѣщаніи (имѣютъ *testamentifactio, testes idonei*)³. По юстиніанову праву, были неспособны: 1) рабы, перегрины, составители пасквилей (какъ *intestabiles*)⁴, осужденные за прелюбодѣяніе⁵ и за вымогательство⁶. (Эти случаи неспособности теперь не существуютъ). Далѣе: 2) женщины⁷; 3) неспособные быть доказательными свидѣтелями, въ частности: малолѣтніе, душевно-больные⁸, нѣмые, глухіе⁹; 4) признанный расточителемъ¹⁰; 5) по постановленіямъ Юстиніана¹¹, назна-

¹ l. 21. § 2. D. h. t. 28, 1; Notariats-O. 1512 г. § 3. — ² l. 20. § 10. D. h. t. 28, 1. — ³ l. 22. § 1. D. h. t. 28, 1. — ⁴ § 6. I. h. t. 2, 10; l. 18. § 1. D. h. t. 28, 1. — ⁵ l. 14. D. de test. 22, 5. — ⁶ l. 15. pr. D. de test. 22, 5, которой, впрочемъ, противорѣчатъ l. 20. § 5. eod. — ⁷ § 6. I. h. t. 2, 10; Notariats-O. 1512 г. § 6. — ⁸ l. 20. § 4. D. h. t. 28, 1; § 5. I. h. t. 2, 10. — ⁹ § 6. I. h. t. 2, 10. — ¹⁰ l. 18. D. h. t. 28, 1. — ¹¹ О прежнемъ правѣ см. *Gai.* 2, 105—108; § 10. I. h. t. 2, 10.

ченнѣй наслѣдникомъ и связанный съ таковымъ по отеческой власти (сынъ, братъ, отецъ)¹²; но тѣ лица, которымъ назначенъ отказъ, могутъ быть свидѣтелями¹³; 6) лицо, подвластное завѣщателю¹⁴; 7) по рим. пр., infames¹⁶ (теперь лица, лишенные почетныхъ правъ)¹⁷. Тотъ, чьими услугами завѣщатель воспользовался для написанія завѣщанія, можетъ быть и свидѣтелемъ^{17a}. Если въ свидѣтели по извинительному заблужденію приглашенъ неспособный, то это не вредитъ дѣйствительности завѣщанія; источники¹⁸ высказываютъ это относительно раба, котораго всѣ считали свободнымъ.

II. *Единство въ совершеніи завѣщательнаго акта* (т. н. *unitas actus*) заключаетъ въ себѣ два требованія: а) завѣщательный актъ не долженъ прерываться; разъ будучи начатымъ, онъ долженъ быть безъ перерывовъ доведенъ до конца¹⁹; б) завѣщательный актъ не долженъ быть нарушенъ посторонними дѣйствіями²⁰; но допускаются краткіе промежутки, вызванные физическими потребностями завѣщателя или свидѣтелей²¹.

III. *Форма изъявленія* иная для письменнаго завѣщанія, нежели для устнаго.

1. Въ случаѣ письменнаго завѣщанія testator изъявляетъ свою волю въ письменномъ актѣ. Матеріалы, языкъ, характеръ письма — безразличны, нельзя только писать знаками²². Безразлично также, чьею рукой написанъ актъ; но если онъ написанъ самимъ завѣщателемъ, который объ этомъ упомянулъ въ самомъ актѣ (test. holographum), то подписи его не требуется²³; для всякаго же иного акта (test. allographum) требуется подпись. Помарки и надписи надъ строкою не вредятъ²⁴. Выставленіе числа не обязательно.—Писаніе акта можетъ, но не должно необходимо происходить въ присутствіи свидѣтелей;

¹² I. 20. pr. D. h. t. 28, 1; § 10. I. h. t. 2, 10; Notariats-O. 1512 г. § 6.—¹³ I. 20. pr. D. h. t. 28, 1; I. 22. C. h. t. 6, 23; § 11. I. h. t. 2, 10.—¹⁴ § 9. I. h. t. 2, 10.—¹⁵ Между I. 20. § 2. D. h. t. 28, 1 и § 9. I. h. t. 2, 10; Gai. 2, 106.—¹⁶ Nov. 90. c. 1.—¹⁷ Reichsstrafgesetzbuch § 34. Nr. 5.—^{17a} I. 27. D. h. t. 28, 1. Эта lex дала поводъ къ названіямъ quaestio Domitiana и responsum Celsinum.—¹⁸ I. 1. C. h. t. 6, 23; § 7. I. h. t. 2, 10.—¹⁹ I. 21. pr. C. h. t. 6, 23; Notariats-O. 1512 г. § 7.—²⁰ I. 21. § 3. D. h. t. 28, 1; § 3. I. h. t. 2, 10.—²¹ I. 28. pr. C. h. t. 6, 23; Notariats-O. 1512 г. §§ 7. 9.—²² I. 1. pr. l. 4. D. de b. p. s. t. 37, 11; l. 6. § 2. D. de b. p. 37, 1; § 12. I. h. t. 2, 10; l. 15. C. h. t. 6, 23.—²³ I. 28. § 1. C. h. t. 6, 23.—²⁴ I. 12. C. h. t. 6, 23.

если это уже сдѣлано прежде, то завѣщатель показывает документъ свидѣтелямъ, подписывается самъ (когда это требуется) и даетъ имъ для подписи и приложенія (своихъ или чужихъ)²⁵ печатей²⁶. Если всѣ эти формальности соблюдены при жизни и завѣщательной способности testator'a, то завѣщаніе составлено (test. perfectum).—Слѣдуетъ замѣтить, что у Римлянъ первоначально свидѣтели запечатывали завѣщаніе (чтобы закрыть его) и при печатяхъ ставили свое имя²⁷; впоследствии стала требоваться и подпись въ самомъ завѣщаніи²⁸, такъ что были необходимы subscriptio, obsignatio и superscriptio (также назыв. adscriptio, adnotatio); по теперешней практикѣ свидѣтели прикладываютъ печать рядомъ съ подписью (такъ что бываетъ только subscriptio и obsignatio), но дѣйствительною признается и надпись при запечатаніи.

2. Въ случаѣ устнаго завѣщанія (т. н. test. nuncupativum) завѣщатель долженъ изъявить свою волю свидѣтелямъ внятно и понятно словами или знаками²⁹; когда завѣщатель поименовалъ всѣхъ наслѣдниковъ, то завѣщаніе составлено (test. perfectum)³⁰. Обыкновенно свидѣтели для доказательства записываютъ волю завѣщателя (test. nuncupativum in scripturam redactum); это не имѣетъ никакого вліянія на составленіе завѣщанія.

Изъ вышеизложеннаго видно, что завѣщаніе можетъ быть составлено только лично, а не чрезъ представителя.

в. § 394. Чрезвычайныя частныя завѣщанія.

Vangerow, §§ 444. 445. 462—466. — Windscheid, §§ 543. 544. — Brinz, § 369.

1. *Съ увеличеніемъ числа торжественныхъ формальностей (т. н. квалифицированныя завѣщанія).*

1. *При составленіи завѣщанія слѣдуетъ¹ кромѣ семи свидѣтелей долженъ еще присутствовать нотариусъ, а гдѣ нѣтъ нотариуса, восьмой свидѣтель. Сверхъ того соединяются вмѣстѣ формы письменнаго и устнаго завѣщанія; поэтому, если завѣ-*

²⁵ I. 22. § 2. D. h. t. 28, 1; § 5. I. h. t. 2, 10.—²⁶ I. 21. C. h. t. 6, 23; § 3. I. h. t. 2, 10; Notariats-O. 1512 r. § 7.—²⁷ I. 22. § 4. l. 30. D. h. t. 28, 1; l. 12. C. h. t. 6, 23.—²⁸ § 3. I. h. t. 2, 10.—²⁹ I. 21. § 2. l. 26. l. 29. C. h. t. 6, 23; l. 21. pr. D. h. t. 28, 1; § 14. I. h. t. 2, 10.—³⁰ I. 25. D. h. t. 28, 1.

¹ I. 8. C. qui test. fac. 6, 22; Notariats-O. 1512 r. § 9.

щатель предъявляетъ свидѣтелямъ письменный актъ, какъ свое завѣщаніе, то требуется, чтобы актъ былъ прочтенъ и одобренъ завѣщателемъ; если же онъ изъявляетъ свою волю устно, то требуется, чтобы изъявленное было внесено въ письменный актъ нотариусомъ или восьмымъ свидѣтелемъ. Затѣмъ требуется, чтобы актъ былъ подписанъ и укрѣпленъ приложеніемъ печатей семи свидѣтелей и нотариуса или восьмого свидѣтеля.

2. Если желаетъ составить *письменное* завѣщаніе лицо, которое *не можетъ писать* (по неграмотности или по болѣзни), то требуется присутствіе восьмого свидѣтеля, который подписываетъ завѣщаніе вмѣсто завѣщателя² (т. н. *test. analphabetae*).

II. *Съ уменьшеніемъ числа торжественныхъ формальностей (т. н. привилегированныя завѣщанія).*

1. *Testamentum militare*³. Солдаты, по праву до-юстиніанову, могли завѣщать безъ всякихъ формальностей⁴; по постановленію Юстиніана, это право было ограничено только временемъ похода⁵. По *Notariatsordnung* 1512 г. § 2, солдатъ могъ завѣщать неформально во время сраженія; не во время сраженія, но во время похода требовалось присутствіе двухъ (завѣщательныхъ) свидѣтелей; не во время похода для завѣщанія солдата требовалось соблюденіе общихъ формальностей. Солдатское завѣщаніе тотчасъ лишалось силы въ случаѣ позорной отставки завѣщателя, въ случаѣ почетнаго оставленія службы оно оставалось еще дѣйствительнымъ въ теченіе года⁶⁻⁷. Всѣ эти нормы отмѣнилъ *Reichsmilitär-gesetz* 2 мая 1874 г. § 44, постановивъ слѣдующее. Право составлять *testamentum militare* принадлежитъ въ военное время или въ случаѣ осаднаго положенія офицерамъ, врачамъ, военнымъ чиновникамъ, рядовымъ, гражданскимъ чиновникамъ военнаго управленія, далѣе, всѣмъ тѣмъ лицамъ, которыя состоятъ при воюющей арміи или слѣдуютъ за нею по какимъ бы то ни было служебнымъ или договорнымъ обязанностямъ или инымъ причинамъ, далѣе, иностраннымъ офицерамъ, которые допущены къ воюющей арміи, и военноплѣннымъ. Форма солдатскаго завѣщанія можетъ быть тройкая: а) или завѣщатель долженъ его собственноручно написать и подписать; б) или завѣщатель долженъ подписать его соб-

² l. 21. pr. l. 28. § 1. C. h. t. 6, 23; *Notariats-O.* 1512 г. § 7. —³ t. D. 29, 1; t. C. 6, 21: de testamento militis; t. I. 2, 11: de militari testamento. —⁴ pr. § 3. I. h. t. 2, 11; l. 17. C. h. t. 6, 21. —^{4a} l. 1. l. 15. C. h. t. 6, 21 интерпретированы. —⁵ pr. I. h. t. 2, 11. —⁶ l. 21. l. 26. D. h. t. 29, 1; l. 5. C. h. t. 6, 21; § 3. I. h. t. 2, 11. —⁷ l. 44. D. h. t. 29, 1; l. un. pr. D. de b. p. ex test. mil. 37, 13.

ственноручно, а два свидѣтеля (доказательныхъ) или одинъ аудиторъ или офицеръ должны укрѣпить его своими подписями; с) или одинъ аудиторъ (или офицеръ) въ присутствіи двухъ свидѣтелей (доказательныхъ) или еще одного аудитора или офицера составляетъ письменный протоколъ объ устномъ изъявленіи воли завѣщателя, прочитываетъ этотъ актъ завѣщателю и затѣмъ подписывается самъ аудиторъ (или офицеръ) и свидѣтели (или аудиторъ или офицеръ). Testamentum militare лишается силы по истеченіи одного года со дня демобилизаціи той части войска, къ которой принадлежалъ завѣщатель, или съ того дня, въ который завѣщатель выбылъ изъ мобилизованнаго войска или былъ освобожденъ отъ власти непріятеля, какъ военноплѣнный или заложникъ. — Тотъ же законъ въ другомъ мѣстѣ постановляетъ, что единственное преимущество лицъ военного званія по отношенію къ завѣщаніямъ состоитъ только въ освобожденіи отъ общихъ формъ составленія; стало быть, законъ этотъ отнимаетъ всѣ прочія привилегіи солдатъ по отношенію къ завѣщаніямъ.

2. Т. н. *test. pestis tempore conditum*⁸. Этотъ видъ завѣщанія получилъ признаніе въ постановленіи императоровъ Діоклетіана и Максиміана. Содержаніе этого постановленія спорно. По одному мнѣнію, предполагается, что *завѣщатель* страдаетъ заразительною болѣзною: тогда свидѣтели не должны необходимо подписываться (или прикладывать печати) *въ непосредственной близости* при самомъ завѣщателѣ. По второму мнѣнію, предполагается, что *въ какомъ либо мѣстѣ* свирѣпствуетъ эпидемическая болѣзнь: не требуется, чтобы свидѣтели сошлись вмѣстѣ, а *каждый можетъ отдѣльно имѣть дѣло съ завѣщателемъ*. Второе мнѣніе соотвѣтствуетъ буквѣ закона и оправдывается внутренними основаніями.

3. Т. н. *test. ruri conditum*⁹. При составленіи завѣщанія въ деревнѣ въ крайнемъ случаѣ достаточно пяти свидѣтелей. Если завѣщаніе составляется въ письменной формѣ и не всѣ свидѣтели грамотны, то за неграмотныхъ могутъ подписаться грамотные; но требуется, чтобы свидѣтели въ такомъ случаѣ ознакомились съ содержаніемъ завѣщанія и по смерти завѣщателя были объ этомъ допрошены подъ присягою.

4. Т. н. *test. parentum inter liberos*¹⁰. Завѣщаніе, въ которомъ восходящій назначаетъ наслѣдниками только своихъ нисходящихъ, можетъ быть составлено и безъ участія свидѣ-

⁸ I. 8. C. h. t. 6, 23. — ⁹ I. 31. C. h. t. 6, 23; Notariats-O. 1512 г. § 2. — ¹⁰ I. 21. § 3. C. h. t. 6, 23; Nov. 107. cc. 1. 2.

телей; по р. пр., достаточно акта, въ которомъ завѣщатель собственноручно написалъ имена назначенныхъ наслѣдниками нисходящихъ, ихъ наслѣдственные доли (словами, а не числами) и число; подписи завѣщателя не требуется. По Notariatsordnung 1512 г. § 2, такое завѣщаніе можетъ быть также составлено устно при двухъ свидѣтеляхъ. Чужія лица наслѣдниками назначены быть не могутъ; отказы въ ихъ пользу дѣйствительны только въ томъ случаѣ, если присутствовало пять свидѣтелей (§ 439 пр. 4). Напротивъ, лишеніе дѣтей наслѣдства допускается. Такое завѣщаніе дѣйствительно только въ томъ случаѣ, если завѣщатель не составилъ прежде обыкновеннаго завѣщанія, съ другой стороны, оно не можетъ быть отмѣнено новымъ *test. parentum int. lib.* — Отъ *test. par. int. lib.* слѣдуетъ отличать т. н. *divisio parentum inter liberos*¹¹, т. е. распределеніе *отдельныхъ составныхъ частей* будущаго наслѣдства между нисходящими; *divisio* не опредѣляетъ ни лица наслѣдника, ни размѣра наслѣдственныхъ долей, а предполагаетъ ихъ уже опредѣленными инымъ путемъ (по завѣщанію или по закону); для дѣйствительности *divisio* требуется письменный актъ съ подписью распорядяющагося восходящаго или нисходящихъ.

5. Т. н. *test. ad pias causas*. Для распоряженій на случай смерти въ пользу церквей, по каноническому праву¹², требуется присутствіе только двухъ свидѣтелей; практика распространила эту норму на распоряженія въ пользу благотворительныхъ учрежденій.

2) § 395. Публичныя завѣщанія.

Mitteis, Reichsrecht u. Volksrecht. S. 95 f. 1891. — Vangerow, § 447. — Windscheid, § 545. — Brinz, § 369. — Baron, § 149 кон.

Публичными называются такія завѣщанія, при составленіи которыхъ участвуютъ органы государственной власти. Этихъ завѣщаній есть два вида: т. н. *test. iudiciale* и т. н. *test. principii oblatum*. Оба они ведутъ свое начало съ императорскаго періода. Каноническое право¹ ввело третій видъ — завѣщаніе, составляемое въ присутствіи приходскаго священника и свидѣтелей, но этотъ видъ не реципированъ практикою.

¹¹ l. 20. § 3. D. f. ere. 10, 2; l. 16. l. 21. C. eod. 3, 36; Nov. 18. c. 7; Nov. 107. c. 3.—¹² c. 4. c. 11. X. de test. 3, 26.

¹ c. 10. X. de test. 3, 26.

I. Т. н. *test. iudiciale*². По римскому праву, возникшему подъ вліяніемъ греческаго обычая, оно можетъ быть составлено путемъ сообщенія послѣдней воли завѣщателемъ въ какомъ либо судѣ и занесенія ея въ протоколъ; протоколъ этотъ хранится въ архивѣ суда. По теперешней практикѣ предоставляется на выборъ завѣщателю или изъявить волю для внесенія въ протоколъ (т. н. *test. apud acta conditum*), или передать письменный актъ въ судъ (т. н. *test. iudici oblatum*); актъ можетъ быть безъ подписи и печати завѣщателя; о передачѣ документа составляется протоколъ.

II. Т. н. *test. principii oblatum*³. По р. пр., завѣщатель передавалъ свою послѣднюю волю въ письменной формѣ императору. Въ настоящее время считаютъ достаточнымъ устное изъясненіе предъ государемъ.

С. Назначеніе наслѣдника.

t. D. XXVIII, 5; t. I. II, 14; de heredibus instituendis—t. C. VI, 24; de heredibus instituendis et quae personae heredes institui non possunt.

1) § 396. Воля наслѣдоателя.

Savigny, Bd. 3. S. 377—382.—*Vangerow*, §§ 431—434.—*Windscheid*, §§ 547. 548.—*Brinz*, § 371.

Назначеніе наслѣдника съ матеріальной стороны должно удовлетворять слѣдующимъ условіямъ:

I. *Назначеніе наслѣдника должно содержать волю наслѣдоателя*; поэтому ничтожно:

1. Назначеніе наслѣдника такимъ образомъ, что третье лицо должно опредѣлить, кто долженъ быть наслѣдникомъ («*illi heredes mihi sunt, quos Titius voluerit*»)¹: точно также ничтожно назначеніе опредѣленнаго лица подъ условіемъ, если третье лицо *согласится* («*Gaius heres esto, si Titius voluerit*»)²; напротивъ, дѣйствительно назначеніе подъ условіемъ, *если третье лицо совершитъ известное дѣйствіе, зависящее отъ его произвола* («*Gaius heres esto, si Titius in capitolium ascenderit*»)³, ср. § 52 пр. 12. 13); впрочемъ, Ульпіанъ считаетъ дѣйствительною и формулу назначенія: «*Gaius heres esto, si*

² l. 18. l. 19. C. h. t. 6, 23.—³ l. 19. C. h. t. 6, 23.

¹ l. 32. пр. D. h. t. 28, 5.—² l. 69. D. h. t. 28, 5.—³ l. 69. D. h. t. 28, 5; l. 52. D. de cond. 35, 1.

Titius voluerit»⁴; этого разнорѣчія согласить не удалось. Въ средніе вѣка въ особенности между духовными образовался обычай предоставлять раздѣлъ своего наслѣдства на усмотрѣніе другого (manufidelis, Salmann, Treuhänder); этотъ обычай признало каноническое право⁵, во исполствіи онъ вышелъ изъ употребленія, такъ что теперь вездѣ дѣйствуютъ начала римскаго права.

2. Что касается вліянія *заблужденія* на волю наслѣдодателя, то слѣдуетъ различать случай существеннаго заблужденія и заблужденія въ мотивѣ (§ 50). Въ случаѣ существеннаго заблужденія назначеніе наслѣдника всегда ничтожно (§ 50 sub. II), напр., наслѣдодатель смѣшиваетъ двухъ лицъ и пишетъ имя одного изъ нихъ, между тѣмъ какъ онъ желаетъ назначить наслѣдникомъ другое, или онъ желаетъ назначить кого либо наслѣдникомъ условно и забываетъ прибавить условіе, или онъ желаетъ кого либо назначить въ меньшей долѣ, а назначаетъ въ большей⁶. Въ случаѣ заблужденія въ мотивѣ назначеніе наслѣдника можетъ быть опорочено въ томъ случаѣ, если бы оно при отсутствіи заблужденія не послѣдовало, т. е. если заблужденіе было *предположеніемъ* назначенія (примѣры ср. въ § 51 пр. 1a—5); въ этомъ случаѣ тотъ, кто былъ бы призванъ къ наслѣдованію (по закону или прежнему завѣщанію), если бы не заблужденіе, можетъ предъявить притязаніе на наслѣдство (§ 60 sub IIIa)⁷; но онъ долженъ исполнить возложенныя въ завѣщаніи на отпавшаго наслѣдника отказы⁸. Иныя заблужденія въ мотивахъ (т. е. такія, которыя не составляютъ предположенія назначенія) не вредятъ дѣйствительности назначенія: *falsa causa non nocet*^{9a}.

3. Что касается вліянія *страха* на волю наслѣдодателя, то назначеніе наслѣдника, достигнутое физическимъ насиліемъ надъ наслѣдодателемъ, ничтожно (§ 50 sub III); оно можетъ быть опорочено, если оно вынуждено угрозами (*metus*)⁹; право опороченія принадлежитъ тѣмъ лицамъ, которыя бы были при-

⁴ l. 43. § 2. D. de leg. 1 (30); l. 1. pr. D. de leg. 2 (31); l. 46. § 2. D. de lib. fid. 40, 5.—⁵ c. 13. X. de test. 3, 26.—⁶ l. 9. pr. D. h. t. 28, 5; l. 3. D. de reb. dub. 34, 5.—⁷ Одно исключеніе см. въ l. 46. pr. D. de i. f. 49, 14; l. 4. C. h. t. 6, 24; ср. l. 1. § 11. D. de Carb. ed. 37, 10.—⁸ l. 93 (92). D. de her. inst. 28, 5; l. 28. D. de inoff. 5, 2; иначе l. 27. § 4. D. de inoff. 5, 2 Ульпіана.—^{9a} l. 17. § 2. D. de cond. 35, 1; § 31. I. de leg. 2, 20.—⁹ ср. l. 1. C. si quis aliqu. test. 6, 34.

званы къ наслѣдованію, если бы не было вынужденнаго завѣщанія (§ 51 sub II). — Если кто либо угрозами или физическимъ насиліемъ помѣшалъ завѣщателю составить или измѣнить завѣщаніе, то онъ лишается своей наслѣдственной доли, если таковая ему открылась, въ пользу казны, какъ *indignus*¹⁰; казна обязана исполнить отказы, которые были возложены по завѣщанію на причинившаго насиліе наслѣдника¹¹, за исключеніемъ того случая, если наслѣдодатель хотѣлъ отмѣнить и эти отказы¹².

4. Чтобы по возможности предупредить распоряженія, которыя не соотвѣтствуютъ волѣ наслѣдодателя, *scilicet Libonianum* (а. у. 769) и другіе, примыкающіе къ нему, законы постановили, что распоряженія (назначеніе наслѣдника и отказы) въ пользу писца завѣщанія не имѣютъ силы, за исключеніемъ того случая, если завѣщатель собственноручно подтвердилъ ихъ особой замѣткой въ завѣщаніи, или если писавшій есть единственный законный наслѣдникъ завѣщателя¹³.

II. *Назначеніе наслѣдника не должно ни само по себѣ быть безнравственно, ни преслѣдовать безнравственныя цѣли, поэтому, ничтожно:*

1. Назначеніе наслѣдникомъ дитяти, которое завѣщатель приживетъ съ женщиною, на которой онъ не можетъ жениться, напр., потому, что она теперь замужемъ за другимъ¹⁴.

2. Т. н. *captatoria institutio*¹⁵ (снискательное назначеніе), т. е. назначеніе подъ условіемъ, что назначенный наслѣдникомъ или третье лицо назначить самого назначившаго или третье лицо наслѣдникомъ; было бы безнравственно пользоваться назначеніемъ наслѣдника, какъ средствомъ для доставленія себѣ или третьему лицу чужого имущества. То же относится къ снискательнымъ отказамъ¹⁶. — Т. н. *каптивное* (снисканное) распоряженіе (т. е. то распоряженіе, которое совершаетъ лицо,

¹⁰ l. 1. § 2. l. 2. § 1. D. si quis al. test. 29, 6; l. 19. D. de his quae ut ind. 34, 9. — ¹¹ l. 2. § 2. D. si quis al. test. 29, 6; l. 3. § 5. D. ad scilicet. Tr. 36, 1. — ¹² l. 19. D. de his quae ut ind. 34, 9. — ¹³ l. 1. § 8. l. 5. l. 10. l. 11. l. 14. l. 15. l. 17. l. 18. l. 22. D. de l. Corn. de fals. 48, 10; t. C. 9, 23; de his qui sibi adscribunt in testamento. — ¹⁴ l. 9. §§ 1. 3. 4. D. de lib. et post. 28, 2; l. 28. l. de leg. 2, 20. — ¹⁵ l. 70. l. 71. l. 81. § 1. D. h. t. 28, 5; l. 1. D. de his quae pro non scr. 34, 8. — ¹⁶ l. 64. D. de leg. 1 (30).

назначенное въ снискательномъ распоряженіи) признается дѣйствительнымъ.

3. Назначеніе наслѣдникомъ государя *litis causa*¹⁷, т. е., если лицо, ведущее процессъ, назначаетъ своимъ наслѣдникомъ государя съ цѣлью противопоставить противнику въ процессѣ сильное лицо.

4. По праву до-юстиніанову, сюда также относилась недѣйствительность *roepae pomine relicta*¹⁸, т. е. было недѣйствительно назначеніе сонаслѣдника или оставленіе отказа на тотъ случай, если назначенный наслѣдникъ не исполнитъ *modus*, чтобы его такимъ образомъ наказать за неповиновеніе; основаніе недѣйствительности заключалось въ томъ, что *roepae pomine relictum* оставлено не изъ доброжелательства къ тому, кому оно оставлено, а по недоброжелательству къ назначенному наслѣднику. Юстиніанъ¹⁹ призналъ *roepae pomine relicta* дѣйствительнымъ за исключеніемъ того случая, если этимъ распоряженіемъ наказывается несовершеннолетнее чело либо невозможнаго, противозаконнаго, безнравственнаго.

2) § 397. Изъявленіе воли.

Vangerow, §§ 443. 449 прим. 1.—*Windscheid*, § 546.—*Baron*, § 151.

Назначеніе наслѣдника должно быть изъявлено недвусмысленнымъ образомъ. Двусмысленно изъявленіе, если его *съ равной вѣроятностью* можно отнести къ нѣсколькимъ лицамъ¹; въ такомъ случаѣ назначеніе наслѣдника ничтожно. Но если есть нѣкоторая неясность, которую можно устранить толкованіемъ, то это назначенію не вредитъ²; этимъ объясняется правило: *falsa demonstratio non nocet*; оно здѣсь имѣетъ тотъ смыслъ, что прибавленіе къ правильному имени неправильныхъ признаковъ (напр., неправильнаго указанія степени родства) не устраняетъ дѣйствительности назначенія наслѣдника^{2a}. На-

¹⁷ l. 91. D. h. t. 28, 5; § 8. I. quib. mod. test. inf. 2, 17. — ¹⁸ Gai. 2. 235. 243; Ulp. fr. 24, 17; § 36. I. de leg. 2, 20. — ¹⁹ l. un. C. de his quae poen. nom. 6, 41; § 36. I. de leg. 2, 20.

¹ l. 62. § 1. D. h. t. 28, 5; l. 2. D. de his quae pro non scr. 34, 8; l. 73. § 3. D. de r. i. 50, 17. — ² § 29. I. de leg. 2, 20; l. 48. § 3. D. h. t. 28, 5. — ^{2a} l. 33. pr. D. de cond. et dem. 35, 1; l. 48. § 3. D. de her. inst. 28, 5; cp. l. 17. pr. § 1. l. 40. § 4. D. de cond. 35, 1; l. 35. §§ 1. 2. l. 102. § 1. D. de leg. 3 (32); l. 28. D. de reb. dub. 34, 5; § 30. D. de leg. 2, 20. — ^{2b} l. 9. pr. § 1. D. de her. inst. 28, 5.

значеніе можетъ быть изъявлено какими угодно словами³: латинскими и нелатинскими, прямо повелительными словами или иными оборотами рѣчи; въ классическую эпоху требовали прямо повелѣвающихъ словъ, такъ что слова: *si mihi Seius heres non erit, Sempronius heres esto* не содержали дѣйствительнаго назначенія Сея⁴; нѣкоторые юристы ошибочно полагаютъ, что эта формула недѣйствительна и по праву Юстиніана (и нынѣшнему), и устанавливаютъ правило: *positus in conditione non est positus in dispositione*. Слово «наслѣдникъ» не должно быть необходимо примѣняемо, а достаточно всякаго выраженія, по которому оставляется кому либо цѣлое имущество или его доля. Съ другой стороны, слова «наслѣдникъ» недостаточно, если можно доказать, что завѣщатель употребилъ его не въ техническомъ смыслѣ (ср. § 400 кон.). Не требуется назвать назначаемаго по имени, а достаточно указать вѣрные признаки, лишь бы они не содержали поношенія⁵. Если наслѣдодатель назначаетъ наслѣдника въ письменномъ завѣщаніи, то онъ можетъ, не называя его по имени и не опредѣляя его иными признаками, сослаться на другой письменный актъ, который онъ уже написалъ или напишетъ (т. н. *test. mysticum*)⁶. Споренъ вопросъ, принадлежитъ ли такое же право завѣщателю въ случаѣ устнаго завѣщанія; источники не касаются этого вопроса, не имѣющаго, впрочемъ, серьезнаго практическаго значенія.

3) § 398. Лицо назначаемаго наслѣдникомъ.

Vangerow, §§ 429. 468.—*Windscheid*, §§ 549. 550.—*Brinz*, §§ 368. 396.—*Baron*, § 150.

I. *T. n. testamentifactio passiva*. Лицо, назначаемое наслѣдникомъ, должно быть способно къ назначенію (должно имѣть *testamentifactio*, т. н. *tf. passiva*); только солдатъ могъ назначить неспособное лицо¹. (Что отмѣнено по *RMG*. 2 мая 1874 г. § 44.) Способность быть назначеннымъ должна быть на лицо какъ во

³ l. 15. l. 21. § 6. C. de test. 6, 23. О классическомъ правѣ см. *Gai.* 2, 117. 281; *Ulp. fr.* 21. 25, 9.—⁴ l. 19. l. 85. D. h. t. 28, 5; l. 16. § 1. D. de vulg. subst. 28, 6.—⁵ l. 9. §§ 8. 9. D. h. t. 28, 5.—⁶ l. 77. D. h. t. 28, 5; l. 10. D. de cond. inst. 28, 7.

¹ l. 13. § 2. D. de test. mil. 29, 1; l. 5. C. eod. 6, 21.

время составленія завѣщанія, такъ и отъ момента открытія наслѣдства до его пріобрѣтенія²; не вредить недостатокъ пассивной способности въ промежуточное время (отъ составленія завѣщанія до открытія)³. Назначеніе неспособнаго ничтожно; оно не дѣлается дѣйствительнымъ, если назначенный дѣлается впоследствии способнымъ. Пассивно неспособны къ назначенію, по праву Юстиніана, только тѣ лица, которыя вообще неспособны къ наслѣдованію (§ 390 sub II. 2); по древнему цивильному праву, сюда относились также peregrini, женщины по lex Voconia^{3a} и personae incertae⁴. О послѣднихъ необходимо здѣсь сказать подробнѣе для пониманія источниковъ; къ personae incertae причислялись:

1. Юридическія лица; уже выше (§ 360 пр. 18. 19) было замѣчено, въ какой мѣрѣ это отмѣнено позднѣйшимъ правомъ.

2. Постумы, т. е. тѣ лица, которыя лишь *послѣ составленія завѣщанія* поступили непосредственно подъ власть завѣщателя или поступили бы, если бы завѣщатель жилъ дольше. Но, отчасти юристы, отчасти разные спеціальныя законы шагъ за шагомъ признали способными къ назначенію разныхъ *postumi sui*⁵ (*postumi legitimi*, *Aquiliani*, *Velleiani primi*, *Velleiani secundi*, *Iuliani seu Salviani*). Преторскій же эдиктъ⁶ сдѣлалъ то же по отношенію къ тѣмъ постумамъ, которые не поступаютъ подъ власть завѣщателя (*postumi alieni* въ отличіе отъ *postumi sui*). Но легаты, по праву до-юстиніанову, могли быть оставляемы только въ пользу *postumi sui*; лишь Юстиніанъ сравнилъ съ ними *postumi alieni*⁷. Результатъ развитія таковъ, что всѣ *postumi* имѣютъ *titio passiva*.

3. Тѣ лица, которыя должны быть опредѣлены лишь какимъ либо будущимъ событіемъ, напр., *qui primus ad funus meum venerit, quicumque filio meo in matrimonium filiam suam collocaverit*; напротивъ, изъ круга *опредѣленныхъ* лицъ можно было опредѣленіе наслѣдника предоставить будущему событію; напр.,

² l. 49. § 1. D. h. t. 28, 5; § 4. I. de her. qual. 2, 19.—³ l. 6. § 2. l. 50. pr. l. 59. § 4. D. h. t. 28, 5.—^{3a} Gai. 2, 274.—⁴ Gai. 2, 238. 242. 287; Ulp. fr. 22, 4; 24, 18; § 25. I. de leg. 2, 20.—⁵ Таково содержаніе известной l. Gallus: l. 29. D. de lib. et post. 28, 2; adde: Ulp. fr. 22, 19; l. 6. pr. l. 23. § 1. l. 28. § 1. D. de lib. et post. 28, 2.—⁶ Gai. 1, 147; 2, 242; l. 3. D. de b. p. s. t. 37, 11; pr. I. de b. p. 3, 9.—⁷ §§ 26. 27. I. de leg. 2, 20.

*ex cognatis meis qui nunc sunt, qui primus ad funus meum venerit*⁸.

Юстиніанъ издалъ о *personae incertae* недошедшее до насъ постановленіе⁹, въ которомъ призналъ ихъ въ принципѣ способными къ назначенію наслѣдниками. Онъ же призналъ способными къ назначенію бѣдныхъ и плѣнныхъ (§ 36 пр. 4).

II. *Saracitas*. Отъ способности къ назначенію слѣдуетъ отличать способность къ приобрѣтенію: нѣкоторыя лица, будучи способными къ назначенію наслѣдниками, тѣмъ не менѣе не могутъ совсѣмъ приобрѣсть наслѣдства или могутъ его приобрѣсть не свыше опредѣленной части; эти лица суть вполнѣ или отчасти *incapaces*.

1. *Историческое введеніе*. Введено было условіе *saracitas* закономъ *Iulia et Papia Poppaea* при Августѣ для предупрежденія безбрачія и бездѣтности и для награжденія плодovitости. По этому закону¹⁰, *caelibes* (т. е. холостые мужчины отъ 25-и до 60-и лѣтъ и незамужнія женщины отъ 20-и до 50-и лѣтъ) совсѣмъ не могли приобрѣтать наслѣдства, если не вступали въ бракъ въ теченіе 100 дней послѣ открытія; *orbi* (т. е. вступившія въ бракъ, но бездѣтныя лица) были способны къ приобрѣтенію только половины наслѣдства; супруги, не имѣвшіе дѣтей, могли приобрѣсть другъ отъ друга только десятую часть наслѣдства и треть узуфрукта на остальное. Наслѣдственная доля неспособныхъ къ приобрѣтенію называлась *caducum*; на нее могли заявить притязаніе (*caducorum vindicatio*) прежде всего наслѣдники по завѣщанію, затѣмъ мужчины, назначенные легатаріями и имѣвшіе дѣтей (т. н. *heredes patres, legatarii patres*); за отсутствіемъ таковыхъ право на *caduca* переходило къ *aerarium populi Romani*, вполнѣ въ фиску¹¹. Эти законоположенія были отмѣнены Константиномъ и Феодосіемъ II¹². Между тѣмъ другіе законы расширили понятіе *caduca*. По *l. Iunia Norbana*, признаны неспособными къ приобрѣтенію наслѣдства *Latini Iuniani*, если они не приобрѣтали въ теченіе

⁸ Gai. 2, 238; Ulp. 22, 4. — ⁹ l. un. C. de inc. pers. 6, 48 (lex restituta!); § 27. I. de leg. 2, 20. — ¹⁰ Gai. 2, 111. 114. 286; Ulp. fr. 17, 1; 22, 3; 15, 1—3; 16, 1. — ¹¹ Gai. 2, 206. 207. 288; Ulp. fr. 17, 2. — ¹² l. 1. 1. 2. C. de inf. poen. coel. 8, 57; ep. l. 27. C. de nupt. 5, 4.

ста дней послѣ открытія римскаго гражданства¹³ (этотъ случай исчезъ, когда Юстиніанъ отмѣнилъ латинскую свободу)¹⁴. Домиціанъ объявилъ неспособными къ приобрѣтенію *feminae probrosae*, куда относились актрисы и проститутки¹⁵ (этотъ случай не перешелъ въ германскую практику).

2. *Юстиніанъ постановилъ*: а) второй супругъ *parentis binubi* не можетъ приобрѣсть отъ послѣдняго больше, нежели то дитя отъ перваго брака, которое получаетъ меньше всѣхъ (§ 350 sub I. 2)¹⁶; б) второй супругъ вступившей преждевременно во второй бракъ вдовы не можетъ приобрѣсть отъ послѣдней больше одной трети ея имущества¹⁷ (этотъ случай вышелъ изъ употребленія на основаніи канонической нормы¹⁸, § 351 sub II); в) если кто, умирая, оставляетъ *законныхъ дѣтей*, то дѣти его конкубины вмѣстѣ со своею матерью могутъ приобрѣсть только $\frac{1}{12}$ его имущества, сама же конкубина только $\frac{1}{24}$, остальное идетъ въ пользу законныхъ дѣтей¹⁹. (Послѣдній случай отпалъ вмѣстѣ съ конкубинатомъ, и теперь остался только случай *parentis binubi*).

4) Объемъ назначенія.

а. § 399. Определеніе долей.

Vangerow, § 449.—*Windscheid*, §§ 551. 552.

Завѣщатель можетъ назначить одного наследника или же нѣсколькихъ; назначая нѣсколькихъ наследниковъ, онъ можетъ указать доли (дроби), по которымъ наследство должно быть между ними раздѣлено.

I. Если завѣщатель назначилъ только одного наследника, то послѣдній получаетъ цѣлое наследство (*heres ex asse institutus*), все равно, выразилъ ли прямо на то волю завѣщатель, или просто назначилъ его наследникомъ, или даже опредѣлилъ его долю¹; ибо въ послѣднемъ случаѣ дѣйствуетъ начало: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* (§ 390 пр. 8). Только солдатъ могъ, по р. пр., завѣщать долю, а не-

¹³ Gai. 1, 23. 24; 2, 110. 275; Ulp. fr. 17, 1; 22, 3; 25, 7.—¹⁴ l. un. C. de Lat. lib. toll. 7, 6.—¹⁵ l. 41. § 1. D. de test. mil. 29, 1; l. 23. C. de nupt. 5, 4; Sueton. Domit. c. 8.—¹⁶ l. 6. l. 10. C. de sec. nupt. 5, 9; Nov. 22. cc. 27. 28.—¹⁷ l. 1. l. 2. C. de sec. nupt. 5, 9; Nov. 22. c. 22.—¹⁸ c. 4. c. 5. X. de sec. nupt. 4, 21.—¹⁹ Nov. 89. c. 12.—²⁰ l. 11. D. de vulg. s. 28, 6; l. 82. D. de a. h. 29, 2; l. 52. D. de leg. 2 (31).

¹ § 5. I. h. t. 2, 14.

раздѣленная часть шла въ пользу законныхъ наслѣдниковъ (§ 390 пр. 9). Но это опредѣленіе отмѣнено по Reichsmilitär-gesetz 1874 г. § 44.

II. Если завѣщатель назначилъ нѣсколькихъ наслѣдниковъ, не опредѣляя ихъ долей, то они получаютъ равныя части². Но если завѣщатель, указавъ нѣкоторыхъ лицъ отдѣльно, соединилъ другихъ въ одномъ пунктѣ (*re et verbis coniuncti*), опредѣливъ ихъ однимъ общимъ названіемъ (напр., *Primus et fratris mei filii heredes sunt*)³, или иначе (напр., *Titius heres esto; Seius et Maevius heredes sunt*)⁴, то соединенные считаются за одно лицо и получаютъ одну наслѣдственную долю. То же имѣетъ мѣсто, если завѣщатель назначить нѣсколькимъ лицамъ, хотя и въ различныхъ пунктахъ, одну и ту же наслѣдственную долю (*re coniuncti*, напр., *Titius heres esto, Seius heres esto; ex qua parte Seium institui, ex eadem Sempronius heres esto*)⁵.—Если завѣщатель всѣмъ опредѣлилъ доли, но эти доли не исчерпываютъ всего имущества, то нераздѣленная часть распределяется между наслѣдниками пропорціонально ихъ долямъ⁶; ибо *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*; только при *test. militare* законные наслѣдники, по р. пр., получали нераздѣленный остатокъ. Если наслѣдственные доли превышаютъ цѣлое, то пропорціонально уменьшается доля каждаго наслѣдника⁷; только если завѣщатель сначала назначилъ одному цѣлое наслѣдство, а затѣмъ другому часть, то второе распоряженіе (по рѣшенію Юстиніана⁸) признается ограниченіемъ перваго, такъ что тотъ, которому назначено цѣлое, получаетъ только остатокъ.—Если завѣщатель нѣкоторымъ наслѣдникамъ опредѣлилъ ихъ доли, а другимъ нѣтъ, то послѣдніе получаютъ то, чего не исчерпали доли⁹; если же доли превышаютъ цѣлое, то онѣ уменьшаются вдвое, въ крайнемъ случаѣ втрое и т. д. (*in alium assem venire, ex asse fit dupondium, tripondium* и т. д.), пока не будетъ остатка; послѣдній идетъ въ пользу того, чья доля не опредѣлена¹⁰. То же бываетъ,

² l. 9. § 12. l. 35. pr. i. f. D. h. t. 28, 5; § 6. I. h. t. 2, 14.—³ l. 13. pr. D. h. t. 28, 5; l. 11. C. de imp. 6, 26.—⁴ l. 59. § 2. D. h. t. 28, 5; l. 142. D. de v. s. 50, 16.—⁵ l. 15. pr. D. h. t. 28, 5; l. 142. D. de v. s. 50, 16.—⁶ l. 13. § 3. l. 78. § 1. D. h. t. 28, 5; §§ 5. 7. I. h. t. 2, 14.—⁷ l. 13. §§ 4—7. l. 15. § 1. l. 47. § 1. D. h. t. 28, 5; § 7. I. h. t. 2, 14.—⁸ l. 23. pr. C. de leg. 6, 37.—⁹ l. 17. pr. l. 77. l. 78. § 2. D. h. t. 28, 5; § 6. I. h. t. 2, 14.—¹⁰ l. 17. §§ 2—5. l. 18. l. 20. § 1. l. 53. l. 78. § 2. l. 88. D. h. t. 28, 5; §§ 6. 8. I. h. t. 2, 14.

когда положенныя доли какъ разъ исчерпываютъ цѣлое наслѣдство: назначенные наслѣдниками безъ опредѣленія долей получаютъ половину наслѣдства, за исключеніемъ того случая, если завѣщатель прямо опредѣлилъ, что они получаютъ остатокъ; тогда ихъ назначеніе несерьезно ¹¹.

Для пониманія источниковъ необходимо упомянуть, что Римляне называютъ все наслѣдство *as* и дѣлятъ его на 12 *unciae*; соединенія унцій отъ двухъ до одиннадцати называются: *sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx*.

в. § 400. Т. н. heredis institutio ex re certa.

Neuner, die heredis institutio ex re certa. 1853.—*Padeletti*, Lehre von der Erbeinsetzung ex certa re. 1870.—*Kunze*, über die Erbeinsetzung auf bestimmte Nachlassstücke. 1875.—*Vangerow*, § 449.—*Windscheid*, § 553.—*Brinz*, § 372.

Согласно понятію, назначеніе наслѣдника есть призывъ къ наслѣдству, какъ цѣлому, или къ его долѣ; назначеніе же наслѣдника на опредѣленный предметъ изъ имущества (напр., завѣщатель назначаетъ одному *res Italicae*, другому—*res provinciales*, одному *bona paterna*, другому *bona materna*) ¹ признается недостаточнымъ, потому что часто оно даже не исчерпываетъ всего наслѣдственнаго актива, и, во всякомъ случаѣ, не опредѣляетъ, какъ быть съ долгами. И вотъ, въ случаѣ такого назначенія надо стараться такъ истолковать распоряженіе завѣщателя, чтобы соблюсти и волю наслѣдодателя, и требованія права: право требуетъ, чтобы былъ *дѣйствительный наслѣдникъ*, который бы долженъ былъ взять на себя и активъ и пассивъ наслѣдодателя, воля наслѣдодателя требуетъ, чтобы этому наслѣднику по возможности не пришлось болѣе, нежели *res certa*, которая ему положена.

І. Тотъ, кому завѣщатель (не-солдатъ) назначилъ опредѣленный предметъ, считается просто назначеннымъ въ наслѣдники, но во многихъ случаяхъ ему приходится довольствоваться предметомъ, указаннымъ въ завѣщаніи; при этомъ слѣдуетъ различать три случая:

1. Если одинъ единственный наслѣдникъ назначенъ *ex re*

¹¹ 1. 17. § 3. 1. 78. § 3. 1. 79. D. h. t. 28, 5.

¹ 1. 35. D. h. t. 28, 5; 1. 78. pr. eod.

certa, то принимается, что онъ назначенъ на цѣлое имущество²; но если изъ завѣщанія видно, въ чью пользу завѣщатель хотѣлъ ограничить наслѣдника опредѣленнымъ предметомъ, то имѣется на лицо универсальный фидеикоммиссъ, и назначенный (какъ унив. фидуціарій) долженъ выдать все наслѣдство, кромѣ предоставленнаго ему предмета, тому лицу, въ чью пользу онъ ограниченъ (какъ унив. фидеикоммиссарію, § 454); такъ, напр., бываетъ въ томъ случаѣ, если наслѣдодатель составляетъ второе завѣщаніе, въ которомъ онъ подтверждаетъ первое завѣщаніе, но въ то же время назначаетъ еще новаго наслѣдника *ex re certa*³.

2. Если назначено нѣсколько наслѣдниковъ, каждый *ex re certa*, то принимается, что всѣ они (*не обращая вниманія на чинность предоставленныхъ имъ предметовъ*) просто назначены наслѣдниками (т. е. по равнымъ долямъ)⁴; поэтому, на нихъ падаетъ *равная* отвѣтственность за наслѣдственные долги и отказы; но каждый получаетъ назначенный ему предметъ, какъ прелегать, не въ качествѣ наслѣдника⁵ (§ 438 пр. 8 слѣд.). Впрочемъ, если видно, въ чью пользу завѣщатель хотѣлъ ихъ ограничить лишь опредѣленными предметами, то поступаютъ какъ въ первомъ случаѣ.

3. Если нѣкоторые назначены наслѣдниками просто или на опредѣленные доли, а рядомъ съ ними другіе назначены *ex re certa*, то господствующее мнѣніе полагаетъ, что послѣдніе просто назначены сонаслѣдниками⁶, но обязаны выдать свою наслѣдственную долю сонаслѣдникамъ, какъ унив. фидеикоммиссъ, назначенные же предметы они удерживаютъ, какъ легатаріи⁷; какъ наслѣдники, они пользуются правомъ приращенія (*ius accrescendi*), имѣютъ притязаніе на *quarta Falcidia*⁸, ихъ назначеніе признается удовлетворяющимъ началамъ формальнаго необходимаго наслѣдственного права⁹ (§§ 413. 414). Но Юстиніанъ значительно ограничилъ ихъ значеніе, какъ со-

² l. 1. § 4. D. h. t. 28, 5; l. 41. § 8. D. de vulg. s. 28, 6.—³ l. 30 (29) D. ad sct. Treb. 36, 1; § 3. l. qu. m. test. inf. 2, 17; cp. l. 69. pr. D. de leg. 2 (31).—⁴ l. 9. § 13. l. 10. l. 35. § 2. l. 78. pr. D. h. t. 28, 5.—⁵ l. 35. § 1. l. 78. pr. D. h. t. 28, 5.—⁶ l. 1. C. Greg. de fam. etc.; Nov. 107. c. 1; Nov. 115. c. 5.—⁷ l. 69. pr. D. de leg. 2 (31).—⁸ l. 29. D. ad sct. Treb. 36, 1.—⁹ l. 19. i. f. D. de lib. et post. 28, 2; Nov. 115. c. 5.

наслѣдниковъ, постановивъ¹⁰, что по отношенію къ третьимъ лицамъ (т. е. по отношенію къ вѣрителямъ и должникамъ наслѣдства, къ владѣльцамъ наслѣдственныхъ вещей) имъ не принадлежать права сонаслѣдниковъ; поэтому, очень распространенное мнѣніе признаетъ ихъ совсѣмъ не наслѣдниками, а только отказополучателями и отвергаетъ начала, изложенныя въ пр. 8. 9.

II. Вышеизложенныя правила только отчасти примѣняются къ солдатскимъ завѣщаніямъ: и здѣсь назначеніе наслѣдника *ex re certa* разсматривается, какъ простое назначеніе наслѣдникомъ¹¹, но назначенному *всегда* приходится довольствоваться опредѣленнымъ предметомъ; остальное же наслѣдство идетъ въ случаяхъ I. 1. 2 *всегда* въ пользу наслѣдниковъ *ab intestato*¹², въ случаѣ же I. 3 въ пользу сонаслѣдниковъ; если же послѣдніе назначены не на все наслѣдство, то остатокъ принадлежитъ наслѣдникамъ *ab intestato*.

Изложенныя sub II начала р. пр., поскольку они основаны на особенностяхъ солдатскаго завѣщанія, отмѣнены по Reichsmilitär-gesetz 2 мая 1874 г. § 44; но и правилами sub I. теперь слѣдуетъ пользоваться съ большою осторожностью; въ то время какъ римская терминологія подъ словомъ «heres» всегда разумѣтъ *универсальнаго* преемника, теперь въ обыденномъ языкѣ слово «наслѣдникъ» часто не имѣетъ техническаго значенія и означаетъ отказополучателя; только въ томъ случаѣ примѣняются начала р. пр. если завѣщатель употребилъ слово «наслѣдникъ» въ техническомъ смыслѣ; въ противномъ случаѣ, назначеніе *ex re certa* есть отказъ.

5) § 401. Самоограниченія воли при назначеніи наслѣдника.

t. D. XXVIII. 7: de condicionibus institutionum.—t. C. VI, 25: de institutionibus et substitutionibus sub condicione factis.—*Hofmann*, Kritische Studien. S. 134 ff. 1885.—*Vangerow*, §§ 434—438.—*Windscheid*, §§ 554—556.

I. Назначеніе наслѣдника подъ условіемъ.

1. *Допустимость условій при назначеніи наслѣдника*. Уже выше (§ 58 пр. 5. § 57 пр. 12. 13. § 58 пр. 21) было замѣчено, 1) что назначеніе наслѣдника не можетъ быть совершено подъ резолютивнымъ условіемъ, и что въ случаѣ прибавленія резолютивнаго условія *condicio pro non scripta habetur (semel heres semper heres)*; только въ *testamentum militare* можно

¹⁰ l. 13. C. h. t. 6, 24.—¹¹ l. 17. pr. D. de test. mil. 29, 1.—¹² l. 6. l. 11. § 2. l. 12. l. 13. pr. D. de test. mil. 29, 1; l. 2. C. eod. 6, 21.

было, по р. пр., назначить наследника подъ резолютивнымъ условіемъ ¹ (что отмѣнено по RMG. 1874 г. § 44); 2) что невозможныя, недозволенные, смѣшныя условія при назначеніи наследника признаются сами ничтожными, а *condicio perplexa* дѣлаетъ ничтожнымъ само назначеніе наследника. Здѣсь слѣдуетъ еще прибавить, что *condicio iurisiurandi* (т. е. условіе, по которому назначенный долженъ подъ присягою обѣщать совершить извѣстное дѣйствіе) обращается, по преторскому эдикту, въ *modus* ², т. е. назначенному наследникомъ присяга прощается, но то дѣйствіе, которое онъ долженъ былъ обѣщать подъ присягою, онъ обязанъ исполнить, если только оно возможно и дозволено; ибо для завѣщателя важна была не клятва, а совершеніе дѣйствія.

2. *Дѣйствіе дозволеннаго суспензивнаго условія* состоитъ въ томъ, что наследство открывается для назначеннаго лишь тогда, когда исполняется условіе ³, если въ этотъ моментъ назначенный способенъ къ наследованію, къ назначенію наследникомъ и къ приобрѣтенію наследства ⁴ (§ 390 sub II. 2, § 398). Собственно говоря, назначенный не можетъ приобрѣсть наследства до исполненія условія; но

а. Согласно мнѣнію Кв. Муція Сцеволы установилось правило, по которому назначенный подъ *condicio non faciendi* исполняетъ условіе ⁵ и окончательно приобрѣтаетъ наследство, если представляетъ поручителей и обѣщаетъ соблюдать условіе или, въ противномъ случаѣ, выдать наследство со всѣми плодами и съ возмѣщеніемъ всего вреда ⁶ (*cautio Muciana*); но при этомъ предполагается, что по вѣроятной волѣ завѣщателя не требуется ожидать исполненія условія (напр., въ случаѣ такихъ условій, которыя могутъ исполниться лишь послѣ смерти назначеннаго ⁷, въ случаѣ условія, что назначенный не покинетъ какого либо близкаго лица ⁸, что онъ не отчудитъ какой либо вещи ⁹; напротивъ, въ случаѣ условія, что назна-

¹ l. 15. § 4. D. de test. mil. 29, 1.—² l. 8. D. h. t. 28, 7.—³ l. 3. l. 69. D. de a. h. 29, 2.—⁴ l. 59. § 6. D. h. t. 28, 5; l. 23. l. 45. § 1. D. de vulg. s. 28, 6; l. un. § 7. C. de cad. toll. 6, 51.—⁵ l. 4. § 1. D. de cond. inst. 28, 7.—⁶ l. 67. l. 79. § 2. l. 106. D. de cond. 35, 1; l. 76. § 7. D. de leg. 2 (31); Nov. 22. c. 44.—⁷ l. 73. D. de cond. 35, 1; l. 65. § 1. D. ad set. Treb. 36, 1.—⁸ l. 72. pr. § 1. D. de cond. 35, 1.—⁹ l. 4. § 1. D. h. t. 28, 7; cp. l. 7. l. 67. D. de cond. 35, 1.

ченный не вступить въ бракъ съ извѣстнымъ лицомъ ¹⁰, слѣдуетъ ожидать исполненія условія). *Cautio* должна быть установлена тому, для кого бы открылось наслѣдство въ случаѣ неисполненія условія ¹¹: субституту, сонаслѣднику, законному наслѣднику ¹²;

б. По преторскому эдикту, *всякій* назначенный условно можетъ испросить провизорную *bonorum possessio* ¹⁴, но долженъ представить поручительство ¹⁵ субститутамъ, сонаслѣдникамъ, законнымъ наслѣдникамъ въ томъ, что онъ выдастъ наслѣдство, если условіе не исполнится или если онъ не доживетъ до его исполненія, или будетъ во время исполненія неспособнымъ къ назначенію наслѣдникомъ или къ приобрѣтенію наслѣдства ¹⁶; если наступаетъ одно изъ этихъ обстоятельствъ, то разсматривается, какъ если бы онъ никогда не приобрѣлъ наслѣдства ¹⁷. Если условно назначенный не желаетъ воспользоваться правомъ провизорнаго приобрѣтенія, и условіе есть положительно-потестативное (напр., *si servum suum manumiserit*), то по требованію вѣрителей назначенному можетъ быть положенъ срокъ для исполненія условія ¹⁸; если же условіе не зависитъ отъ воли назначеннаго (напр., *si Titius consul factus erit*), то вѣрители наслѣдодателя могутъ потребовать владѣнія наслѣдствомъ ¹⁹ и продать послѣднее для своего удовлетворенія.

II. *Срочное назначеніе*. Уже выше (§ 59 пр. 6) было замѣчено, что вообще нельзя назначить наслѣдника подъ отмѣнительнымъ срокомъ (*dies ad quem*, ибо *semel heres semper heres*), равнымъ образомъ не допускается и отлагательный срокъ (*dies ex quo*); если они прибавлены къ назначенію наслѣдника, то разсматриваются, какъ несуществующіе ²⁰. Сроки допускались только въ солдатскихъ завѣщаніяхъ ²¹. (Отмѣнено по RMG. 2-го мая 1874 г. § 44).

¹⁰ l. 106. D. de cond. 35, 1; cp. l. 101. § 2. eod.—¹¹ l. 18. D. de cond. 35, 1.—¹² Nov. 22. c. 44.—¹³ l. 4. § 1. D. h. t. 28, 7; cp. l. 20. pr. eod.; l. 7. § 1. D. de cond. 35, 1.—¹⁴ l. 5. pr. l. 6. l. 10. l. 12. D. de b. p. s. t. 37, 11; l. 1. § 7. D. ad sct. Tert. 38, 17.—¹⁵ l. 3. D. de stip. praet. 46, 5.—¹⁶ l. 12. D. qui sat. 2, 8; l. 8. D. de stip. pr. 46, 5.—¹⁷ l. 12. D. qui sat. 2, 8; l. 1. § 7. D. ad sct. Tert. 38, 17.—¹⁸ l. 23. § 1. D. h. t. 28, 5.—¹⁹ l. 23. § 2. D. de her. inst. 28, 5; l. 4. pr. D. de reb. auct. ind. 42, 5.—²⁰ l. 34. l. 89. D. h. t. 28, 5; § 9. I. h. t. 2, 14.—²¹ l. 15. § 4. l. 41. pr. D. de test. mil. 29, 1; l. 8. C. eod. 6, 21.

III. Назначение наследника съ возложением (modus) допускается; подр. см. § 60.

6) Субституція.

t. D. XXVIII, 6: de vulgari et pupillari substitutione.—t. C. VI, 26: de impuberum et aliis substitutionibus.—t. I. II, 15: de vulgari substitutione; II, 16: de pupillari substitutione.

а. § 402. Substitutio vulgaris.

Vangerow, § 451.—Windscheid, § 557.—Brinz, § 373.—Baron, § 152.

I. Введение. На тотъ случай, если назначенный (primo gradu, primo loco heres scriptus) не сдѣляется наследникомъ, завѣщатель можетъ назначить другого наследника (secundo gradu, secundo loco heredem scribere, heredem substituere, vulgariter substituere)¹. Это дѣлается съ цѣлью предупредить наследование ab intestato, если назначенный первымъ (institutus) не сдѣляется наследникомъ; актъ этотъ можетъ быть повторенъ для дальнѣйшаго случая, когда бы назначенный на второмъ мѣстѣ (подназначенный, substitutus) не сдѣлался наследникомъ; тогда примѣняется юридическая поговорка: substitutus substituto censetur esse substitutus instituto, т. е. а) *послѣдующій* субститутъ въ случаѣ отпаденія предыдущаго признается субститутомъ назначеннаго наследника² (института); б) если *предыдущій* субститутъ есть въ то же время и institutus и онъ отпадаетъ прежде *послѣдующаго* субститута, то послѣдній вступаетъ на мѣсто предыдущаго субститута въ обѣ его доли, какъ субститута и какъ института³.—

II. Понятіе и юридическая сущность. *Substitutio vulgaris* (обыкновенное подназначеніе) есть назначеніе втораго наследника на случай, если первый не сдѣляется наследникомъ. Юридическая природа обыкновенной субституціи опредѣляется двумя правилами:

1. *Substitutio* есть назначеніе наследника; поэтому оно подлежитъ правиламъ §§ 396—401. Необходимо еще замѣтить слѣдующее. Завѣщатель можетъ одному назначенному подназначить нѣсколькихъ и, наоборотъ, нѣсколькимъ назначеннымъ

¹ l. 36. pr. D. h. t. 28, 6, pr. I. h. t. 2, 15. — ² l. 41. pr. D. h. t. 28, 6; § 1. I. h. t. 2, 15. — ³ l. 27. l. 41. pr. D. h. t. 28, 6; § 3. I. h. t. 2, 15.

подназначить одного⁴; въ послѣднемъ случаѣ наслѣдство открывается для подназначеннаго лишь тогда, когда не наслѣдуетъ ни одинъ изъ назначенныхъ. Завѣщатель можетъ подназначить какъ ненаслѣдника, такъ и сонаслѣдника⁵; если онъ подназначилъ всѣхъ вмѣстѣ сонаслѣдниковъ одному изъ нихъ или взаимно (*subst. reciproca seu mutua*), то они признаются подназначенными въ тѣхъ же доляхъ, въ каковыхъ они назначены наслѣдниками⁶; если же въ ихъ числѣ подназначенъ и ненаслѣдникъ, то послѣдній считается подназначеннымъ въ поголовной долѣ⁷. Если одинъ сонаслѣдникъ подназначенъ другому, то, по общему мнѣнью, въ его принятіи или отреченіи отъ своей доли института заключается въ то же время принятіе или отреченіе отъ доли, приходящейся ему, какъ субституту; но правильнѣе утверждать, что пріобрѣвшій свою долю института можетъ впослѣдствіи отказаться отъ открывшейся для него доли субститута; если онъ желаетъ пріобрѣсть послѣднюю, то новаго изъясненія о принятіи съ его стороны не требуется⁸; обратно, отречшійся отъ своей доли института можетъ принять открывшуюся для него впослѣдствіи долю субститута⁹.

2. *Substitutio estъ условное назначеніе наслѣдника*, а именно подъ условіемъ, если *institutus* не сдѣлается наслѣдникомъ. Пока условіе находится въ нерѣшительномъ состояніи, подназначенный можетъ провизорно принять наслѣдство¹⁰; равнымъ образомъ онъ можетъ требовать, чтобы судъ опредѣлилъ для назначеннаго срокъ изъясненія принятія наслѣдства или отреченія отъ него (спорно, см. § 419 пр. 39). Если самъ назначенный или въ силу его права кто либо другой¹¹ пріобрѣтаетъ наслѣдство, то условіе подназначенія оказывается неисполненнымъ¹².

⁴ l. 36. § 1. D. h. t. 28, 6.—⁵ l. 4. § 2. l. 23. D. h. t. 28, 6; § 1. I. h. t. 2, 15.—⁶ l. 5. l. 24. l. 41. §§ 1. 4. D. h. t. 28, 6; § 2. I. h. t. 2, 15.—⁷ l. 32. D. h. t. 28, 6.—⁸ l. 35. pr. l. 76. pr. l. 81. D. de a. h. 29, 2; l. 6. C. h. t. 6, 26; ср. l. 41. § 4. D. h. t. 28, 6.—⁹ l. 1. §§ 5. 6. D. si quis om. c. t. 29, 4; l. 76. § 1. D. de a. h. 29, 2; l. 20. C. de iure del. 6, 30.—¹⁰ l. 9. C. qui adm. 6, 9.—¹¹ § 4. I. h. t. 2, 15; l. 40. D. de her. inst. 28, 5.—¹² l. 59. § 6. D. de her. inst. 28, 5; l. 23. l. 45. § 1. D. h. t. 28, 6; l. 81. D. de a. h. 29, 2; l. 9. D. de suis 38, 16.

b. § 403. Substitutio pupillaris.

Baron, Gesamtrechtsverhältnisse, §§ 42—44. (Стр. 453—536). 1864. — *Van-gerow*, §§ 452—454. — *Windscheid*, §§ 558. 559. — *Brinz*, § 374. — *Baron*, § 152.

То лицо, которое въ моментъ своей смерти имѣетъ непосредственно подъ своею властью несовершеннолѣтняго, можетъ назначить послѣднему наследника (пупиллярнаго субститута) на случай, если онъ умретъ, не достигнувъ совершеннолѣтїя¹. То же можетъ сдѣлать завѣщатель и по отношенію къ тѣмъ, рождающимся послѣ его смерти, которые непосредственно поступили бы подъ его власть, если бы онъ дольше жилъ². Такое назначеніе наследника страннымъ образомъ называется въ источникахъ *pupillaris substitutio*, т. е. подназначеніемъ; это названіе объясняется тѣмъ, что завѣщатели обыкновенно (не будучи къ этому обязанными, см. пр. 9) назначали малолѣтнихъ своими собственными (первыми) наследниками⁴, а наследники, назначенные малолѣтнимъ, разсматривались въ то же время, какъ вторые (подназначенные) наследники завѣщателя⁵: по смерти малолѣтнихъ (*pupillus*) имъ открываются два наследства — властителя и малолѣтняго подвластнаго⁶: *unum testamentum duarum hereditatum*. — *Substitutio pupillaris* является актомъ предосторожности, чтобы не наступило наследованіе *ab intestato*, если бы малолѣтній умеръ, не достигнувъ совершеннолѣтїя; *substitutio* не можетъ быть тягостна для малолѣтняго, такъ какъ онъ самъ лишень способности завѣщать. — Назначить пупиллярнаго субститута можетъ только тотъ властитель, который составилъ уже для себя завѣщаніе или составляетъ его одновременно съ назначеніемъ субститута⁷; послѣднее является придаточною частью перваго, такъ что ничтожность или отмѣна отцовскаго завѣщанія влечетъ за собою ничтожность или отмѣну пупиллярной субституціи⁸. — Что касается выбора своего перваго наследника, то

¹ I. 2. pr. l. 41. § 2. D. h. t. 28, 6; pr. i. f. I. h. t. 2, 16. — ² I. 2. pr. D. h. t. 28, 6; § 4. i. f. I. h. t. 2, 16. — ³ I. 10. § 6. D. h. t. 28, 6; l. 22. § 1. D. de ad. 1, 7. — ⁴ I. 1. § 1. D. h. t. 28, 6; pr. I. h. t. 2, 16. — ⁵ I. 46. D. h. t. 28, 6. — ⁶ § 2. I. h. t. 2, 16; l. 2. § 4. l. 10. § 2. D. h. t. 28, 6; l. 2. § 2. D. de her. vend. 18, 4. — ⁷ l. 2. § 4. l. 20. D. h. t. 28, 6. — ⁸ I. 2. pr. l. 10. § 4. l. 16. § 1. D. h. t. 28, 6.

завѣщатель вполне свободенъ: себѣ наслѣдникомъ онъ можетъ назначить или одного малолѣтняго, или вмѣстѣ съ пупиллярнымъ субститутомъ, или вмѣстѣ съ третьимъ лицомъ; но онъ можетъ также лишить малолѣтняго наслѣдства⁹ (по праву Юстиніана и вышнему, только въ случаѣ bona mente exheredatio, § 415 пр. 24. 25) и назначить себѣ наслѣдникомъ пупиллярнаго субститута или третье лицо. — Въ выборѣ пупиллярнаго субститута завѣщатель также свободенъ: онъ не обязанъ назначать родственниковъ малолѣтняго, имѣющихъ право на portio legitima его наслѣдства¹⁰, такъ какъ они не могутъ поставить въ упрекъ малолѣтнему (который, вѣдь, завѣщанія не составлялъ) отсутствія у него родственнаго чувства (§ 415 sub V).

Пупиллярная субституція соединяется обыкновенно съ вульгарною (substitutio duplex), т. е. завѣщатель обыкновенно заявляетъ, что такое то лицо должно наслѣдовать его малолѣтнему дитяти, если послѣднее умереть, не достигнувъ совершеннолѣтія, и что это же лицо должно наслѣдовать и ему самому (завѣщателю), если его подвластное малолѣтнее дитя умереть раньше его (завѣщателя)¹⁷; ибо кто предоставляетъ извѣстному лицу наслѣдство своего дитяти, тотъ обыкновенно предоставитъ ему и свое наслѣдство, и обратно; на основаніи этого соображенія образовалось правило, по которому въ сомнительныхъ случаяхъ¹⁸ въ substitutio pupillaris заключается и s. vulgaris (s. vulg. tacita), и обратно, въ s. vulg. заключается s. pupill. (s. pupill. tacita)¹⁹; обыкновенно это выражаютъ такъ: *in simplex substitutio in сомнительныхъ случаяхъ заключается substitutio duplex.*

⁹ l. 1. § 2. l. 10. § 5. D. h. t. 28, 6.—¹⁰ l. 8. § 5. D. de inoff. t. 5, 2.—¹¹ l. 42. D. de a. h. 29, 2; l. 28. D. de reb. auct. iud. 42, 5.—¹² l. 10. § 2. D. h. t. 28, 6.—¹³ l. 59. D. de a. h. 29, 2; l. 20. C. de iur. del. 6, 30.—¹⁴ Одно изъятіе см. въ l. 41. D. de a. h. 29, 2; l. 12. D. h. t. 28, 6.—¹⁵ l. 10. § 4. D. h. t. 28, 6.—¹⁶ l. 10. § 3. D. h. t. 28, 6; ep. l. 27. §§ 2. 5. D. ad set. Treb. 36, 1.—¹⁷ l. 1. § 1. D. h. t. 28, 6.—¹⁸ l. 4. § 2. l. 45. D. h. t. 28, 6; l. 2. C. h. t. 6, 26; l. 6. C. de test. mil. 6, 21.—¹⁹ l. 4. D. h. t. 28, 6; l. 4. C. h. t. 6, 26.—²⁰ l. 41. § 2. D. h. t. 28, 6.—²¹ l. 14. D. h. t. 28, 6.—²² l. 2. § 1. l. 10. § 4. l. 16. § 1. D. h. t. 28, 6.—²³ ll. 18—22. pr. D. de ad. 1, 7.—²⁴ l. 40. D. h. t. 28, 6.—²⁵ l. 41. § 4. D. de test. mil. 29, 1.—²⁶ l. 15. D. h. t. 28, 6; l. 8. C. h. t. 6, 26.—²⁷ l. 15. § 5. l. 41. § 5. D. de test. mil. 29, 1.

с. § 404. Т. н. substitutio quasi pupillaris.

Vangerow, § 456.—*Windscheid*, § 560.—*Brinz*, § 375.

Слѣдуетъ различать два случая:

I. По праву до-юстиніанову, отецъ совершеннолѣтняго, но неспособнаго завѣщать лица могъ получить въ видѣ *привилегіи отъ императора* разрѣшеніе назначить наслѣдника своему нисходящему. Если нисходящій умираетъ, не достигнувъ способности завѣщать и не оставивъ необходимыхъ наслѣдниковъ, то *все* его наслѣдство открывалось назначенному¹.

II. По постановленію Юстиніана², всѣ восходящія душевно-больнаго (*безъ особой привилегіи отъ императора*) могутъ назначить ему субститута, если только они оставляютъ ему *portio legitima* (§ 415); такая субституція (какъ и пупиллярная) не является такимъ образомъ недозволеннымъ обремененіемъ *portio legitima*, только субститутъ долженъ быть избранъ изъ числа дѣтей душевно-больнаго, а если таковыхъ нѣтъ, то изъ числа дѣтей завѣщателя; субституція дѣлается недѣйствительною, если больной выздоравливаетъ.

III. § 405. Недѣйствительность завѣщанія.

t. D. XXVIII, 3: de iniusto rupto irrito facto testamento. — t. I. II, 17: quibus modis testamenta infirmentur. — *Bruns* und *Sachau*, Syrisches Rechtsbuch. Стр. 212 и слѣд. 1880. — *Vangerow*, §§ 458—460. — *Windscheid*, §§ 563—566. — *Brinz*, § 377.

I. *Недѣйствительность съ самаго начала.* Завѣщаніе можетъ быть недѣйствительнымъ съ самаго начала. *Ничтожнымъ* (*nullum, iniustum*) оно признается въ томъ случаѣ, если недостаетъ одного изъ трехъ существенныхъ условій его дѣйствительности: способности завѣщателя къ составленію завѣщанія, необходимой формы (*test. non iure factum*), надлежащаго назначенія наслѣдника. Подлежащимъ спору (опороченію) завѣщаніе признается въ томъ случаѣ, если составленіе его было вызвано заблужденіемъ въ мотивѣ или угрозами; ср. подр. въ § 396 sub I. 2.

¹ l. 43. pr. D. de vulg. s. 28, 6.—² l. 9. C. de imp. s. 6, 26; § 1. I. de pup. s. 2, 16.—³ ср. l. 7. § 1. C. de cur. fur. 5, 70.—⁴ § 1. I. de pup. s. 2, 16.

II. *Послѣдующая недѣйствительность* завѣщанія наступаетъ въ слѣд. случаяхъ:

1. Если завѣщатель вслѣдствіе *capitis deminutio* (теперь: *cap. dem. minima*, напр., *agrogatio* или *legitimatio*) теряетъ способность завѣщать, то завѣщаніе дѣлается ничтожнымъ (*test. irritum*)¹. Но если эта способность возстановляется до смерти опять (напр., завѣщатель далъ себя въ *agrogatio*, а затѣмъ освободился отъ власти поср. *emancipatio*), то, по преторскому праву, завѣщаніе опять получаетъ силу, если завѣщатель какимъ либо образомъ выразилъ на то свою волю², или если назначенный наслѣдникъ есть ближайшій законный наслѣдникъ³, или если у наслѣдодателя совсѣмъ нѣтъ законныхъ наслѣдниковъ^{3а}.

2. Если назначенные наслѣдники впослѣдствіи отпадаютъ, теряютъ всѣ способности къ назначенію наслѣдниками, умираютъ до пріобрѣтенія наслѣдства или отрекаются отъ наслѣдства, то завѣщаніе лишается силы (*test. destitutum seu desertum*)⁴.

3. Если завѣщатель надлежащимъ образомъ отмѣняетъ свою послѣднюю волю, то завѣщаніе дѣлается ничтожнымъ. Завѣщатель всегда имѣетъ право отмѣнить завѣщаніе: *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*⁵; онъ не лишается этого права даже признаніемъ своего завѣщанія неотмѣняемымъ⁶, другими словами: т. н. *clausula derogatoria* признается ничтожною. Отмѣна можетъ быть изъявлена:

а. Прямымъ заявленіемъ объ отмѣнѣ въ судѣ или предъ тремя свидѣтелями (*test. irritum*); такое заявленіе отмѣняетъ завѣщаніе лишь въ томъ случаѣ, если со времени его составленія прошло десять лѣтъ⁷.

б. Составленіемъ новаго завѣщанія⁹ (*test. ruptum*, потому что *posteriore testamento rumpitur superius*¹⁰). Новое завѣщаніе можетъ быть обыкновеннымъ или привилегированнымъ;

¹ l. 6. §§ 5—13. D. h. t. 28, 3; § 4. I. h. t. 2, 17. — ² l. 11. § 2. D. de b. p. s. t. 37, 11. — ³ l. 12. pr. i. f. D. h. t. 28, 3. — ^{3а} Ulp. fr. 23, 6; Gai. 2, 149. — ⁴ § 2. I. h. t. 2, 17; l. 1. D. h. t. 28, 3; l. 181. D. de r. i. 50, 17. — ⁵ l. 4. D. de ad. leg. 34, 4; l. 6. C. qui test. fac. 6, 22. — ⁶ l. 22. pr. D. de leg. 3 (32); cp. l. 6. § 2. D. de iure cod. 29, 7. — ⁷ l. 27. C. de test. 6, 23. — ⁸ l. 15. § 1. D. de test. mil. 29, 1. — ⁹ l. 1. D. h. t. 28, 3; l. 29. C. de test. 6, 23. — ¹⁰ § 2. I. h. t. 2, 17.

только *test. parentum inter liberos* не можетъ отмѣнить прежняго завѣщанія (§ 394 sub II. 4). — Требуется, чтобы новое завѣщаніе не было ничтожно въ моментъ составленія¹¹; но есть одно изъятіе: если завѣщатель желаетъ въ новомъ завѣщаніи назначить наслѣдниками законныхъ наслѣдниковъ, которыхъ онъ въ прежнемъ завѣщаніи не назначилъ, то простой письменный актъ (безъ подписи и приложенія печатей), о которомъ пять свидѣтелей покажутъ, что наслѣдодатель хотѣлъ сообщить ему юридическую силу послѣдующимъ соблюденіемъ надлежащихъ формальностей, отмѣняетъ прежнее завѣщаніе, а самъ актъ разсматривается какъ кодициллъ *intestati*¹², т. е. назначенія наслѣдниковъ неоконченнаго завѣщанія (*test. imperfectum*) признаются универсальными фидеикоммиссами (§ 454). — Не требуется, чтобы новое завѣщаніе получило исполненіе; прежнее завѣщаніе остается отмѣненнымъ и въ томъ случаѣ, если новое будетъ опорочено, если наслѣдники, назначенные въ новомъ завѣщаніи, отрекутся отъ наслѣдства, если не исполнится условіе, подъ которымъ назначенъ наслѣдникъ въ новомъ завѣщаніи¹³. Если новое завѣщаніе отмѣняется на томъ основаніи, что завѣщатель былъ побужденъ къ его составленію угрозами или заблужденіемъ, то прежнее завѣщаніе получаетъ опять силу¹⁴; то же бываетъ, если завѣщатель уничтожилъ позднѣйшее завѣщаніе съ цѣлью возстановить прежнее¹⁵.

с. Письменное завѣщаніе отмѣняется тѣмъ, что завѣщатель уничтожаетъ (разрываетъ) завѣщательный актъ или внѣшніе знаки его формы (отрываетъ печати), или написанное (вычеркиваетъ)¹⁶. Если завѣщатель вычеркиваетъ только имя одного наслѣдника, то въ прежнее время послѣдній разсматривался, какъ недостойный, и на его мѣсто вступала казна (§ 426); въ послѣдствіи на это стали смотрѣть, какъ на отмѣну даннаго назначенія¹⁷. — Уничтоженіе помимо воли завѣщателя имѣетъ

¹¹ l. 1. l. 2. l. 16. D. h. t. 28, 3; l. 7. D. de lib. et post. 28, 2.—¹² l. 21. § 5. C. de test. 6, 23; l. 2. D. h. t. 28, 3.—¹³ l. 3. § 4. l. 16. D. h. t. 28, 3; l. 36. § 4. D. de test. mil. 29, 1; § 2. I. h. t. 2, 17.—¹⁴ l. 93 (92). D. de her. inst. 28, 5.—¹⁵ l. 11. § 2. i. f. D. de b. p. s. t. 37, 11.—¹⁶ l. 12. § 1. D. h. t. 28, 3.—¹⁷ l. 19. pr. l. 36. § 1. D. de test. mil. 29, 1.—¹⁸ l. 1. § 8. D. si tab. test. 38, 6; l. 1. § 10. l. 8. § 3. D. de b. p. s. t. 37, 11; l. 30. C. de test. 6, 23.—¹⁹ См., съ одной стороны, l. 12. l. 16. § 2. D. de his quae ut ind. 34, 9; l. 3. D. de his quae in test. 28, 4; съ другой стороны, l. 1. § 8. D. si tab. 38, 6; l. 2. § 7. D. de b. p. s. t. 37, 11.

вліяніе не на дѣйствительность завѣщанія, а только на фактическую возможность доказательства²⁰.

III. Особымъ основаніемъ недѣйствительности завѣщанія является ненадлежащее соблюденіе правъ необходимыхъ наследниковъ; тогда завѣщаніе бываетъ или съ самаго начала или впослѣдствіи ничтожно или порочно, вполнѣ или отчасти; подр. см. въ §§ 412—418.

IV. § 406. Вскрытіе завѣщанія.

t. D. XXIX, 3; t. C. VI, 32: testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur.—*Vangerow*, § 439.—*Windscheid*, § 567.—*Baron*, § 154.

I. *Римское право*. По l. Julia vicesimaria¹ (которая обложила переходъ имущества по распоряженіямъ на случай смерти особымъ пятипроцентнымъ сборомъ), вскрытіе завѣщанія должно послѣдовать въ теченіе трехъ или пяти дней у мѣстнаго магистрата. Этому магистрату долженъ выдать завѣщаніе тотъ, у кого оно находится; затѣмъ магистратъ отбираетъ у присутствующихъ свидѣтелей признаніе подлинности ихъ печатей и подписей, посылаетъ завѣщаніе для признанія отсутствующимъ и даетъ распоряженіе о вскрытіи и чтеніи (recitare)² завѣщанія въ присутствіи завѣщательныхъ свидѣтелей или (за ихъ отсутствіемъ) почтенныхъ людей. Вмѣстѣ съ завѣщаніемъ вскрываются и прочитываются кодициллы³; пупиллярную субституцію, которую завѣщатель запечаталъ отдѣльно, по общему правилу вскрываютъ лишь послѣ смерти пупилла⁴.

II. Теперь судебная публикація примѣняется обыкновенно къ завѣщаніямъ, внесеннымъ въ суд. протолъ или отданнымъ въ судъ на храненіе, къ частнымъ же завѣщаніямъ лишь въ томъ случаѣ, если это постановилъ завѣщатель, или если этого требуютъ заинтересованные, или если судъ считаетъ нужнымъ принять эту мѣру по особымъ основаніямъ (напр., въ случаѣ подозрѣнія въ подлогѣ). При вскрытіи обыкновенно требуется присутствіе только заинтересованныхъ; въ видѣ изыятія (напр., въ случаѣ спора о подлинности завѣщанія) призываются и завѣщательные свидѣтели.

²⁰ l. 1. pr.—§ 3. D. de his quae in test. del. 28, 4; l. 20. D. h. t. 28, 3; l. 30. C. de test. 6, 23.—²¹ § 6. I. de exh. 2, 13; l. 8. §§ 3. 4. l. 27. § 2. D. de inoff. 5, 2; l. 9. l. 37. C. eod. 3, 28.

¹ Pauli sent. rec. IV, 6. §§ 1—3.—² ll. 4—7. D. h. t. 29, 3.—³ l. 2. § 2. l. 11. D. h. t. 29, 3.—⁴ l. 8. D. h. t. 29, 3.—⁵ l. 3. §§ 18—32. l. 5. pr. § 1. D. de set. Sil. 29, 5.—⁶ l. 5. § 2. l. 8. § 1. l. 27. D. ad set. Sil. 29, 5.

РАЗДѢЛЬ ВТОРОЙ.

Наслѣдованіе ab intestato (наслѣдованіе по закону, законное наслѣдованіе).

Ср. соч. Ширмера, цит. къ § 387, которое содержитъ въ себѣ полное изложеніе наслѣдованія по закону.

1) § 407. Историческое введеніе.

Vangerow, §§ 405—410. 423. — *Baron*, §§ 155—157.

Историческое развитіе наслѣдованія ab intestato представляетъ постепенное уравненіе правъ когнатовъ и агнатовъ. Право наслѣдованія по закону обыкновенно основывается на родствѣ; но родственниками въ древнемъ *ius civile* признаются только агнаты; мало по малу присваиваются права и когнатамъ рядомъ съ агнатами или вмѣсто нихъ, пока 118-я Новелла не уничтожила всѣхъ преимуществъ агнатовъ предъ когнатами. Въ исторіи этого развитія различаютъ четыре періода.

Первый періодъ есть эпоха древняго *ius civile*¹. По законамъ XII-и Таблицъ, основаніемъ наслѣдованія можетъ быть только агнатская связь; были установлены три класса наслѣдниковъ; къ первому классу принадлежали *sui heredes* и *postumi*, т. е. тѣ члены *familiae propro iure* (§ 23 sub II), которые въ моментъ смерти наслѣдодателя непосредственно были подчинены его *patria potestas* или *manus* или были бы подчинены, если бы онъ жилъ дольше. Ко второму классу принадлежали *proximi agnati*, т. е. члены *familiae communi iure* по близости степеней, но изъ агнатовъ только *consanguineae*. Къ третьему классу принадлежали *gentiles*, т. е. тѣ родственники, которые, хотя уже и не могли доказать своей принадлежности къ *familia*, но сохранили сознание такой принадлежности въ *nomen gentilicium*.

Второй періодъ есть эпоха дѣйствія преторскаго эдикта², который, кромѣ теперешнихъ агнатовъ наслѣдодателя, призы-

¹ Gai. 3, 1—18; Ulp. 26; Pauli sent. rec. VI, 8; Coll. 16; t. D. 38, 16; de suis et legitimis; tt. I. 3, 1; de hereditatibus quae ab intestato deferuntur; 3, 2; de legitima agnatorum successione. —² Gai. 3, 19—31; Ulp. fr. t. 28; tt. D. 38, 6; si tabulae testamenti nullae exstabant unde liberi; 38, 7; unde legitimi; 38, 8; unde cognati; 38, 11; unde vir et uxor; tt. C. 6, 14; unde liberi; 6, 15; unde legitimi et unde cognati; 6, 18; unde vir et uxor; tt. I. 3 5; de successione cognatorum; 3, 9; de bonorum possessionibus.

ваетъ къ наслѣдованію нѣкоторыхъ прежнихъ агнатовъ, нѣкоторыхъ простыхъ когнатовъ, наконецъ, пережившаго супруга. Преторскій эдиктъ устанавливаетъ четыре класса: *unde liberi*, *unde legitimi*, *unde proximi cognati*, *unde vir et uxor*. Въ качествѣ *liberi* имѣютъ право на наслѣдованіе *sui* и *postumi*, далѣе, эманципированные, а равно и тѣ, которые вошли въ чужую семью по *adoptio* и *agrogatio*, но позднѣе изъ нея были.— Въ качествѣ *legitimi* наслѣдуютъ всѣ тѣ, которые наслѣдовали по *ius civile*.— Въ качествѣ *proximi cognati* призываются когнаты умершаго до 6-й степени, изъ родственниковъ 7-й степени только *sobrino* *sobrinave* *patis*; между ними рѣшаетъ близость степени.— Въ четвертомъ классѣ призывается пережившій супругъ.

Третій періодъ есть періодъ императорскій до изданія Юстиніаномъ 118-й Новеллы; здѣсь получаетъ все большее и большее признаніе принципъ кровнаго, когнатскаго родства⁴. Въ то время, какъ по преторскому эдикту мать и дѣти наслѣдовали другъ другу лишь въ классѣ *unde cognati*, если мать не была въ *manus* своего мужа, по *set. Tertullianum* (при Адрианѣ), мать получила право наслѣдованія почти предъ всѣми агнатами дѣтей, если она имѣла *ius liberorum*; а позднѣйшіе законы дали это право и той матери, у которой нѣтъ *ius liberorum*. *Set. Orphitianum* при Маркѣ Аврелии и Коммодѣ (178 г. по Р. Хр.) даетъ дѣтямъ право на наслѣдство матери предъ всѣми ея агнатами, позднѣйшіе законы—также на наслѣдство материнскихъ восходящихъ и бабки съ отцовской стороны. Точно также эманципированные братья и сестры получаютъ мало по малу равное право взаимнаго наслѣдованія, какъ и неэманципированные; полнородные предпочитаются неполнороднымъ; за ними идутъ дѣти братьевъ и сестеръ. И дѣти конкубины получаютъ въ извѣстной мѣрѣ право на наслѣдство своего отца и обратно⁵; равнымъ образомъ бѣдная вдова на наслѣдство своего супруга⁶.

Четвертый періодъ созданъ 118-ю Новеллою 543 г., которая отмѣняетъ всѣ прежніе законы о наслѣдованіи *родствен-*

³ t. D. 37, 3. — ⁴ t. D. 38, 17: ad *set. Tertullianum* et *Orphitianum*; tt. C. 6, 56; ad *set. Tert.*; 6, 57; ad *set. Orphit.*; t. I. 3, 3; de *set. Orph.*; l. 14. l. 15. C. de leg. her. 6, 58; Nov. 84.—⁵ Nov. 18; Nov. 89. cc. 12, 13.—⁶ Nov. 53. c. 6; Nov. 117. c. 5.

никовъ и постановляетъ, что впредь когнаты имѣютъ право на наслѣдованіе безъ различія пола, безъ различія, посредствуется ли родство мужчинами или женщинами, безъ ограниченія опредѣленнымъ числомъ степеней. Въ то же время Новелла устанавливаетъ опредѣленный порядокъ наслѣдованія родственниковъ.— 118-я Новелла является основою законнаго наслѣдственнаго права Юстиніана (и современнаго); рядомъ съ нею дѣйствуютъ еще нѣкоторыя нормы прежняго права: о *bon. poss. unde vir et uxor*, о *quarta divi Pii*, о правѣ на наслѣдованіе бѣдной вдовы, дѣтей конкубины (последнее теперь перенесено на вѣббрачныхъ дѣтей, § 408 пр. 5. § 409 sub П. 3).— 118-я Новелла была издана лишь спустя нѣсколько лѣтъ послѣ опубликованія *corpus iuris civilis*; поэтому наслѣдственное право *corpus iuris* покоится на принципахъ *третьяго* періода.

2) § 408. Кругъ лицъ, которымъ принадлежитъ наслѣдственное право *ab intestato*.

Büchel, Streitfragen aus Nov. 118. 1839.—*Schürmer*, въ книгѣ, цит. къ § 387.—*Vangerow*, §§ 411—413. 422.—*Windscheid*, § 571.—*Brinz*, § 383.

Есть два основанія наслѣдованія¹: родство и бракъ. Такимъ образомъ наслѣдуютъ по закону:

I. На основаніи родства.

1. Когнаты (кровные родственники). *Законное* (брачное) кровное родство служитъ основаніемъ *взаимнаго* наслѣдованія для *всѣхъ* родственниковъ до *отдаленнѣйшихъ* степеней. Вѣббрачныя дѣти связаны кровнымъ родствомъ со своею матерью и ея родственниками, какъ брачныя дѣти²; только рожденіе въ кровосмѣсительномъ бракѣ, по положительной нормѣ³, не даетъ никакого права на наслѣдованіе; прежніе юристы утверждали то же о рожденіи въ прелюбодѣянніи и двоебрачїи⁴. Своему родителю и его семьѣ вѣббрачныя дѣти не признаются родственниками (§ 23 пр. 17), стало быть, между ними въ обыкновенномъ порядкѣ не существуетъ совсѣмъ наслѣдственнаго права, за исключеніемъ того случая, а) если узаконены дѣти конкубины⁵ (теперь вообще вѣббрачныя); б) по канониче-

¹ Nov. 118. c. 1.—² l. 2. l. 4. l. 8. D. unde cogn. 38, 8.—³ l. 8. C. de inc. nupt. 5, 5; Nov. 12. c. 1; ср. Nov. 139.—⁴ Основываясь на Nov. 89. c. 15.—⁵ l. 10. C. de nat. lib. 5, 27; Nov. 89. c. 8.

скому и современному праву, если дѣти рождены въ путативномъ бракѣ⁶; только тотъ супругъ не имѣетъ наслѣдственного права, который не былъ въ заблужденіи; с) по суд. практикѣ, дѣти обрученныхъ имѣютъ право на наслѣдованіе послѣ своего родителя (но не его родственниковъ), если было дѣйствительное обрученіе и бракъ не состоялся за смертью жениха или невѣсты или вслѣдствіе неосновательнаго уклоненія жениха; *впрочемъ, теперешній имперскій судъ не признаетъ этой категоріи наслѣдственного права (рѣш. 5, 168)*. За исключеніемъ случаевъ а—с между внѣбрачными дѣтьми и ихъ родителемъ имѣетъ мѣсто т. н. чрезвычайное наслѣдственное право (§ 409 кон.).

2. Простые агнаты, т. е. усыновленные, имѣютъ равное наслѣдственное право съ когнатами по принципу: *qui est agnatus, et cognatus est* (§ 23 пр. 30); но не всѣмъ имъ принадлежитъ наслѣдственное право въ равной мѣрѣ. *Взаимное* наслѣдственное право имѣетъ мѣсто между аррогированнымъ, вполне adoptированнымъ и ихъ агнатскими восходящими, съ одной стороны, и усыновителемъ и его агнатами, съ другой стороны⁷ (§ 365 пр. 8); только по отношенію къ аррогированному въ несовершеннолѣтнемъ возрастѣ *arrogator* не имѣетъ наслѣдственного права (§ 363 пр. 19). *Одностороннее* наслѣдственное право принадлежитъ не вполне adoptированному на имущество, оставшееся послѣ *pater adoptivus*⁸ (§ 365 пр. 11). *Взаимное* наслѣдственное право имѣетъ мѣсто между женщиною, которая adoptировала дитя, съ одной стороны, и adoptированнымъ и его нисходящими, съ другой стороны⁹ (§ 365 пр. 12).—Усыновленіе не нарушаетъ наслѣдственныхъ отношеній между усыновленнымъ и его когнатами¹⁰.

II. *На основаніи брака* пережившему супругу принадлежитъ обыкновенное наслѣдственное право (§ 409 пр. 5), бѣдной вдовѣ также и чрезвычайное (§ 409 пр. 9).

3) § 409. Порядокъ наслѣдованія.

Vangerow, §§ 414—418. — *Windscheid*, §§ 572—574.—*Brinz*, § 384. 385.

Перечисленные въ § 408 наслѣдники по закону призываются къ наслѣдованію въ опредѣленномъ порядкѣ, такъ что

⁶ с. 2. с. 8. с. 14. с. 15. X. qui fil. 4, 17.—⁷ l. 1. § 4. D. unde cogn. 38, 8; l. 4. § 10. l. 5. D. de grad. 38, 10.—⁸ l. 10. C. de ad. 8, 47; § 2. I. de ad. 1, 11; § 14. I. de her. quae ab int. 3, 1.—⁹ l. 5. C. de ad. 8, 47.—¹⁰ l. 1. § 4. D. unde cogn. 38, 8; l. 4. § 10. D. de grad. 38, 10; § 3. I. de succ. cogn. 3, 5.

призванные на первомъ мѣстѣ (въ первомъ классѣ) исключаютъ послѣдующіе классы; они называются обыкновенными законными наслѣдниками. Но нѣкоторыя лица получаютъ часть наслѣдства, все равно кто бы ни былъ обыкновеннымъ наслѣдникомъ по закону; ихъ называютъ чрезвычайными наслѣдниками по закону; названіе это въ большинствѣ случаевъ неподходящее, такъ какъ эти лица занимаютъ по большей части положеніе вѣрителей, а не наслѣдниковъ.

I. *Обыкновенные законные наслѣдники* распадаются на пять классовъ; первые четыре установлены 118-ю Новеллою, пятый—еще преторскимъ эдиктомъ.

1. *Первый классъ*¹ составляютъ нисходящіе безъ различія близости степени, но нисходящій болѣе отдаленной степени (внукъ, правнукъ наслѣдодателя) исключается своимъ *собственнымъ* восходящимъ. Прежде обыкновенно говорили о болѣе отдаленныхъ нисходящихъ, что они наслѣдуютъ въ силу права представленія (*ius repraesentationis*), и отсюда выводили слѣдствіе, что они наслѣдуютъ только въ томъ случаѣ, если сдѣлались наслѣдниками своего восходящаго; это отвергнуто теперь всѣми: болѣе отдаленные нисходящіе наслѣдуютъ по *собственному* праву; но выраженіе «*ius repraesentationis*» примѣняется здѣсь еще и теперь.

2. *Второй классъ*² составляютъ восходящіе, полнородные братья и сестры и дѣти умершихъ полнородныхъ братьевъ и сестеръ (послѣднія по праву представленія). Между восходящими близшій по степени безусловно предшествуетъ дальнѣйшему, хотя бы одинъ принадлежалъ къ иной линіи, нежели другой (напр., мать предшествуетъ дѣду и бабкѣ съ отцовской стороны).

3. *Третій классъ*³ составляютъ неполнородные братья и сестры и дѣти умершихъ неполнородныхъ братьевъ и сестеръ (послѣднія по праву представленія); сюда относятся также братья и сестры по усыновленію, а равно и тѣ внѣбрачныя дѣти, у которыхъ общи отецъ и мать.

4. *Четвертый классъ*⁴ составляютъ всѣ прочіе боковые родственники, безъ различія полнородныхъ и неполнородныхъ.

¹ Nov. 118. c. 1.—² Nov. 118. cc. 2—3. pr.; Nov. 127. c. 1.—³ Nov. 118. c. 3. pr.—⁴ Nov. 118. c. 3. § 1.

по близости степени. Давъ въ этомъ классѣ наслѣдственное право *всѣмъ* боковымъ родственникамъ до отдаленнѣйшихъ степеней, Юстиніанъ сдѣлалъ крупную ошибку; такое наслѣдственное право заслуживало бы оправданія только въ томъ случаѣ, если бы существовала соотвѣтствующая ему обязанность *всѣхъ* родственниковъ; но такъ какъ боковые родственники не обязаны даже къ предоставленію *alimenta* (§ 328 кон.), то родственная связь является весьма слабою; твердое сознание принадлежности къ общей *familia* существуетъ только между *близкими* боковыми родственниками; наслѣдованіе по закону за этими предѣлами лишено внутренняго основанія.

5. *Пятый классъ*⁵ составляетъ пережившій супругъ; требуется, чтобы бракъ юридически и фактически существовалъ до смерти наслѣдодателя; всякій разводъ (хотя бы только фактический, совершенный односторонне пережившимъ супругомъ) устраняетъ наслѣдственное право.

Германскія партикулярныя законодательства даютъ вообще пережившему супругу значительно болѣе сильное наслѣдственное право; оно иногда доходитъ до того, что пережившій супругъ совѣмъ исключаетъ болѣе дальнихъ родственниковъ наслѣдодателя; поэтому римскій пятый классъ теперь обыкновенно не имѣетъ практическаго значенія.

Если наслѣдодатель не оставилъ послѣ себя ни способнаго къ наслѣдованію родственника, ни супруга, то его наслѣдство признается *bonum vacans* и открывается казнѣ; ср. подр. § 425 sub III.

II. Т. н. чрезвычайныя законныя наслѣдники суть:

1. Аррогированный въ несовершеннолѣтнемъ возрастѣ; и достигнувъ совершеннолѣтія, онъ имѣетъ право требованія (а не наслѣдственное право) на четверть имущества, оставшагося послѣ усыновителя (*quarta divi Pii*, § 363 пр. 20)⁶, если былъ имъ эманципированъ безъ признаннаго судомъ основанія⁷ (если же онъ находился въ моментъ смерти усыновителя подъ его властью, то ему принадлежитъ обыкновенное наслѣдственное право, какъ сыну).—Если *arrogator* при жизни совершилъ отчужденія съ цѣлью умалить право аррогированнаго, то по-

⁵ 1. un. D. unde vir et uxor 38, 11; 1. un. C. eod. 6, 18.—⁶ 1. 8. § 15. D. de inoff. 5, 2; 1. 1. § 21. D. de coll. 37, 6.—⁷ 1. 22. пр. D. de ad. 1, 7; 1. 2. C. eod. 8, 47; § 3. 1. eod. 1, 11.

слѣдній можетъ опорочить отчужденія (поср. *actio quasi Calvisiana*) въ той мѣрѣ, въ какой это необходимо для удовлетворенія его требованія⁸.

2. Бѣдная вдова наслѣдодателя, по постановленію Юстиніана, имѣетъ по общему правилу право требованія на четвертую долю наслѣдства, если она не принадлежитъ къ числу обыкновенныхъ наслѣдниковъ; но если она конкурируетъ съ четырьмя или больше дѣтьми наслѣдодателя, то имѣетъ право только на поголовную долю; а если это въ то же время ея собственныя дѣти, то только на узупфруктъ этой доли; во всякомъ случаѣ она не можетъ получить больше 100 фунтовъ золота; принимаются въ счетъ и отказы, оставленные ей наслѣдодателемъ. Бѣдною признается вдова въ томъ случаѣ, если у ней нѣтъ ни достаточнаго собственнаго имущества, ни достаточной *dos* для ея содержанія сообразно общественному положенію⁹.

3. Дѣти конкубины, по постановленіямъ Юстиніана, имѣютъ наслѣдственное право на шестую часть наслѣдства своего родителя, если послѣдній не оставилъ ни законной жены, ни законныхъ дѣтей; они должны предоставить въ этой части поголовную долю своей матери¹⁰. Такое же наслѣдственное право принадлежитъ и ихъ родителю на ихъ наслѣдство¹¹. Очень распространенная практика перенесла это наслѣдственное право на внебрачныхъ дѣтей (кромѣ рожденных въ кровосмѣшеніи, двоебрачій и прелюбодѣяній) и ихъ родителя; требуется, чтобы послѣдній призналъ первыхъ; но теперешній имперскій судъ отвергъ эту практику (рѣш. 12,227, ср. § 408 sub I. 1).

4) § 410. Т. II. *successio ordinum et graduum* (преемство классовъ и степеней).

Büchel, въ книгѣ, цит. къ § 408. — v. *Helmolt*, Civil. Abh. Heft. 1. 1855. — *Leonhard*, Versuch einer Entsch. der Streitfrage über den Vorzug der succ. grad. vor dem Accrescenzrecht. 1874. — *Merkel*, die Lehre v. d. succ. grad. unter Intestaterben. 1876. — *Vangerow*, § 420. — *Windscheid*, § 573.

Такъ какъ обыкновенные наслѣдники по закону находятся въ такомъ отношеніи другъ къ другу, что предыдущій классъ исключаетъ слѣдующій, то возникаетъ вопросъ, какъ быть, если

⁸ l. 13. D. si quid in fraud. 38, 5. — ⁹ Nov. 53. c. 6; Nov. 117. c. 5. —

¹⁰ Nov. 18. c. 5; Nov. 89. c. 12. — ¹¹ Nov. 89. c. 13.

призванные въ первомъ классѣ не приобретутъ наслѣдства (напр., отрекутся отъ него, умрутъ, не изъявивъ воли о принятіи и т. п.),—открывается ли тогда наслѣдство для слѣдующаго класса. Тотъ же вопросъ возникаетъ въ предѣлахъ одного класса, если родственники *болѣе близкой* степени были на первомъ мѣстѣ призваны и не приобрѣли наслѣдства. Это выражаютъ обыкновенно такъ: бываетъ ли *successio ordinum et graduum*. Древнее *ius civile* рѣшаетъ этотъ вопросъ отрицательно: *in legitimis hereditatibus successio non est*¹; преторскій эдиктъ (*edictum successorium*) ввелъ т. н. *succ. ordinum* для *всѣхъ* классовъ, т. н. *succ. graduum* только въ классѣ *unde cognati*²; законы Юстиніана³, возбуждающіе, впрочемъ, споры, въ особенности 118-я Новелла, распространили *successio graduum* на всѣхъ прочихъ родственниковъ. *Поэтому, можно утверждать, что succ. ordinum и graduum имѣетъ мѣсто повсюду*; но это утверждение не всѣми признается.

5) § 411. Наслѣдственные доли.

Vangerow, §§ 421. 419.—*Windscheid*, § 571.

Если нѣсколько лицъ призваны къ одному наслѣдству, то происходитъ раздѣлъ послѣдняго между ними.

I. Объясненіе техническихъ выраженій. Подъ раздѣломъ поголовнымъ (*hereditas, successio dividitur in capita*) разумѣютъ раздѣлъ наслѣдства между нѣсколькими наслѣдниками по равнымъ частямъ. Подъ раздѣломъ поколѣннымъ (*in stirpes*) разумѣютъ такой раздѣлъ наслѣдства, при которомъ нѣсколькимъ лицамъ вмѣстѣ достается только одна наслѣдственная доля, доля того лица, вмѣсто котораго они наслѣдуютъ. Подъ раздѣломъ полинейнымъ (*in lineas*) разумѣютъ раздѣлъ наслѣдства на двѣ половины, одну—отцовскихъ восходящихъ наслѣдодателя и другую—материнскихъ.

II. Правила раздѣла. Въ первомъ классѣ наслѣдуютъ нисходящіе первой степени поголовно, болѣе отдаленные нисхо-

¹ Gai. 3, 12; Ulp. 26, 5; Pauli sent. rec. IV, 8, § 23. — ² t. D. 38, 9; t. C. 6, 16; de successorio edicto.—³ l. 4. C. de bon. lib. 6, 4; § 7. I. de leg. agn. succ. 3, 2; l. 15. § 3. C. de leg. her. 6, 58; l. 3. C. unde lib. 6, 14; l. 34. C. de inoff. 3, 28; cf. Gai. 3, 28.—⁴ § 9. I. de bon. poss. 3, 9 говоритъ о *liberi*, къ которымъ *succ. graduum* до Юстиніана не примѣнялась; ср. также l. 5. D. de adsign. lib. 38, 4.—⁵ § 10. I. de bon. poss. 3, 9; l. 1. § 10. D. de succ. ed. 38, 9; l. 2. § 47. D. ad set. Tert. 38, 17; l. 18. § 3. C. de i. delib. 6, 30.

дѣяціе поколѣнно¹.—Во второмъ классѣ наследуютъ восходящіе полинейно, если они наследуютъ одни; въ одной и той же линіи нѣсколько одинаково близкихъ восходящихъ наследуютъ поголовно². Братья и сестры одни наследуютъ поголовно. Равнымъ образомъ и восходящіе вмѣстѣ съ братьями и сестрами. Дѣти братьевъ и сестеръ, которые наследуютъ вмѣстѣ съ восходящими или съ братьями и сестрами или съ тѣми и другими, получаютъ поколѣнные доли³; дѣти братьевъ и сестеръ одни получаютъ поголовныя доли, по опредѣленію Шпейерскаго Reichsabschied 1529 г., рѣшившаго споръ, уже существовавшій между глоссаторами Ацономъ и Аккурсіемъ.—Въ третьемъ классѣ раздѣлъ производится такъ же, какъ и во второмъ⁴.—Въ четвертомъ классѣ всегда поголовный раздѣлъ⁵.—Слѣдуетъ еще замѣтить:

1. Между восходящими и нисходящими многократное (сложное) родство даетъ право на нѣсколько наследственныхъ долей.

2. При опредѣленіи способа раздѣла слѣдуетъ, по господствующему мнѣнію, принимать въ основаніе не время пріобрѣтенія, а время открытія наследства; поэтому, если наследодатель умеръ, оставивъ отеческихъ и материнскихъ восходящихъ и братьевъ и сестеръ, то наступаетъ поголовный раздѣлъ, хотя бы братья и сестры не пріобрѣли наследства.

РАЗДѢЛЬ ТРЕТІЙ.

Необходимое наследственное право.

Bluntschli, Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen nach Römischen Recht. mit besonderer Berücksichtigung der Nov. 115. 1829.—*Francke*, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten. 1831.—*Schmidt*, das formelle Recht der Notherben. 1832.—*Hartmann*, über die querela inoff. testam. 1864.—*Schröder*, das Notherbenrecht. Erste Abth: das Recht vor der Nov. 115. 1877.—*Hofmann*, kritische Studien. Nr. VI (über das sog. formelle Notherbrecht). S. 197—228. 1885.

1) § 412. Понятіе и виды.

Vangerow, § 467.—*Windscheid*, § 575.—*Baron*, § 158.

Необходимое наследственное право есть право нѣкоторыхъ близкихъ лицъ на то, чтобы завѣщатель не обошелъ ихъ въ своемъ завѣщаніи, въ противномъ случаѣ завѣщаніе вполне или отчасти ничтожно или можетъ быть опорочено.

¹ Nov. 118. c. 1.—² Nov. 118. c. 2.—³ Nov. 118. c. 3. pr.; Nov. 127. c. 1.—⁴ Nov. 118. c. 3.—⁵ Nov. 118. c. 3. § 1.

Различаютъ два вида необходимаго наследственнаго права: формальное и матеріальное (или право на обязательную долю); кому принадлежить первое, того необходимо или назначить наследникомъ (все равно, въ какомъ объемѣ), или лишить наследства, exheredare (все равно, съ основаніемъ или безъ основанія); кому принадлежить второе, тому необходимо назначить въ завѣщаніи опредѣленную часть той доли, которая бы ему досталась ab intestato, или же лишить его наследства по уважительной причинѣ. По нормамъ *формальнаго* необходимаго наследственнаго права, завѣщатель долженъ распорядиться относительно правъ близкихъ родственниковъ на наследованіе; будетъ ли это распоряженіе справедливо или нѣтъ, это безразлично; по нормамъ *матеріальнаго* н. н. права завѣщатель долженъ сдѣлать справедливое распоряженіе.—Развитіе н. н. права начинается въ эпоху, слѣдующую за изданіемъ XII Таблицъ (XII Таблицъ еще не знаютъ никакихъ ограниченій свободы завѣщанія¹⁾); развитіе происходитъ въ четырехъ періодахъ, такъ что слѣдуетъ различать четыре различныя системы н. н. права:

1. н. н. право цивильнаго права, формальное н. н. право въ пользу sui и postumi;
2. н. н. право преторскаго эдикта, формальное н. н. право въ пользу liberi;
3. н. н. право центумвиральнаго суда, матеріальное н. н. право въ пользу нисходящихъ, восходящихъ и consanguinei;
4. н. н. право 115-ой Новеллы, соединеніе формальнаго и матеріальнаго н. н. права въ пользу нисходящихъ и восходящихъ.

Теперь изложимъ эти четыре системы и въ заключеніе (§ 416 кон.) рассмотримъ вопросъ, насколько онѣ сохранили свое дѣйствіе.

2) § 413. Необходимое наследственное право древняго ius civile.

t. D. XXVIII, 2: de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis.—tt. C. VI, 28: de liberis praeteritis vel exheredatis; VI, 24: de postumis heredibus instituendis vel exheredandis vel praeteritis.—t. I. II, 13: de exheredatione liberorum.—Vangerow, §§ 468—471. 473 — Windscheid, § 576.—Brinz, § 460.—Baron, § 159.

По древнему ius civile, sui и postumi (подъ коими здѣсь разумѣются тѣ, которые въ моментъ составленія завѣщанія

¹ l. 120. D. de v. s. 50, 16.

непосредственно подчинены власти завѣщателя или были бы подчинены, если бы завѣщатель жилъ дольше) *должны быть или назначены наслѣдниками, или лишены наслѣдства (экхередируются): нельзя обойти ихъ въ завѣщаніи (praeteritio)*¹.

1. *Назначеніе наслѣдниками.* Объемъ назначенія безразличенъ: достаточно назначить хоть на minimum. Условное назначеніе по отношенію къ *suus filius* признается достаточнымъ лишь въ случаѣ условія произвольнаго (потестативнаго)², всякое другое условіе (даже *condicio turpis*, которая обыкновенно при назначеніи наслѣдника *pro non scripta habetur*) дѣлаетъ назначеніе *filius suus* ничтожнымъ³, развѣ если на случай неисполненія условія онъ лишентъ наслѣдства⁴; къ назначенію *sua filia* и внуковъ можно прибавлять условія въ обыкновенныхъ предѣлахъ⁵ (§ 401).—Оставленіе легатовъ, хотя бы они превышали наслѣдственную долю *ab intestato*, признается недостаточнымъ.

2. *Лишеніе наслѣдства.* Оно можетъ быть сдѣлано безъ всякаго основанія, но требуется соблюденіе нѣкоторыхъ *формальныхъ* условій (*exhereditatio* должна быть *rite facta*)⁷; а именно, лишеніе наслѣдства должно быть изъявлено повелительными словами (*exheres esto, sit, erit*, впоследствии — *te exheredavi*)⁸; далѣе, оно должно быть такъ совершено, чтобы относилось ко всѣмъ наслѣдникамъ и ко всему наслѣдству (поэтому ничтожна *exhereditatio* словами: *filio meo decem do lego et in cetera parte exheres erit*)⁹; оно должно быть совершено безусловно¹⁰, развѣ если подъ противнымъ условіемъ совершено назначеніе наслѣдникомъ; по отношенію къ *suus filius* лишеніе наслѣдства должно быть совершено индивидуально (*nominatim*), *sua filia* и внуки могутъ быть лишены наслѣдства общою формулою «*ceteri omnes exheredes sunt*» (*exhereditatio inter ceteros*)¹²; постумы мужскаго пола должны быть лишены наслѣдства индивидуально, постумы женскаго пола могутъ быть ли-

¹ Gai. 2, 123—134. 138—143; Ulp. fr. 22, 14—22; pr. — § 3. I. h. t. 2, 13.—² I. 4. l. 6. j. 69. l. 86. D. de her. inst. 28, 5.—³ I. 15. D. de cond. inst. 28, 7.—⁴ I. 28. pr. D. h. t. 28, 2.—⁵ I. 4. pr. l. 6. § 1. D. de her. inst. 28, 5.—⁶ I. 22. l. 24. D. h. t. 28, 2.—⁷ I. 8. § 2. D. de b. p. c. t. 37, 4.—⁸ I. 2. l. 17. D. h. t. 28, 2; l. 61. D. de her. inst. 28, 5.—⁹ I. 3. § 2. l. 19. D. h. t. 28, 2.—¹⁰ I. 3. § 1. D. h. t. 28, 2.—¹¹ I. 3. §§ 3—5. D. h. t. 28, 2; l. 1. C. h. t. 6, 28.—¹² pr. I. h. t. 2, 13; l. 4. § 2. C. h. t. 6, 28.

шены и *inter ceteros*, только въ знакъ того, что завѣщатель и ихъ не позабылъ, имъ долженъ быть оставленъ легатъ¹³.

3. *Обходъ* (*praeteritio*). Въ случаѣ обхода *sui filii* завѣщаніе (по мнѣнію сабинянцевъ, одержавшему верхъ)¹⁴ ничтожно съ самаго начала, такъ что смерть *sui filii* раньше завѣщателя остается безъ вліянія¹⁵; стало быть, наступаетъ наслѣдованіе по закону, и необходимымъ наслѣдникамъ принадлежитъ *hereditatis petitio ab intestato* (названная въ средніе вѣка *querela nullitatis ex iure antiquo*). Въ случаѣ обхода *suae filiae* или внуковъ завѣщаніе исправляется: обойденные наслѣдуютъ вмѣстѣ съ назначенными (*scriptis heredibus accrescunt*), получая вмѣстѣ цѣлую поголовную часть или половину, смотря по тому, назначены ли наслѣдниками *sui* или не *sui*¹⁶. Въ случаѣ обхода постума или постумы дѣйствуетъ правило: *testamentum rumpitur quasi agnatione sui heredis*¹⁷, т. е. завѣщаніе дѣлается съ момента рожденія постума ничтожнымъ (*test. ruptum*).

Различія между *suus filius* и другими лицами, имѣющими право на необходимое наслѣдованіе, устранены Юстиніаномъ, поставившимъ вторыхъ наравнѣ съ первыми¹⁸. Тотъ же императоръ отмѣнилъ требованіе употребленія древней формулы лишенія наслѣдства¹⁹.

3) § 414. Необх. насл. право преторскаго эдикта.

См. цитату къ § 413 и t. D. XXXVII, 4: *de bonorum possessione contra tabulas*.—t. C. VI, 12: *de bonorum possessione contra tabulas, quam praetor liberis pollicetur*.—*Vangerow*, §§ 468—470. 472. 473.—*Windscheid*, § 577.—*Baron*, § 159.

По преторскому эдикту, *liberi* (къ числу коихъ кромѣ *sui* и *postumi* относятся *emancipati* и лица, вступившія въ чужую семью по *adoptio* и *agrogatio*, но затѣмъ выбывшія изъ нея, § 407) имѣютъ формальное необходимое насл. право; они должны быть или назначены наслѣдниками или надлежащимъ образомъ лишены наслѣдства, обходъ ихъ въ завѣщаніи не допускается¹.

¹³ § 1. I. h. t. 2, 13; 1. 2. C. h. t. 6, 28; 1. 3. pr. D. de ini. 28, 3.—¹⁴ Gai. 2, 123; Ulp. fr. 22, 16.—¹⁵ 1. 7. pr. D. h. t. 28, 2; pr. I. h. t. 2, 13.—¹⁶ Gai. 2, 124; Ulp. fr. 22, 17; Pauli sent. rec. III, 4 B. § 8.—¹⁷ § 1. I. qu. m. test. inf. 2, 17; Ulp. fr. 22, 18.—¹⁸ 1. 4. C. h. t. 6, 28; § 5. I. h. t. 2, 13.—¹⁹ 1. 3. C. h. t. 6, 28.

¹ Gai. 2, 129. 135—137; Ulp. fr. 22, 23; § 3. I. h. t. 2, 13.

1. *Назначеніе наслѣдниками.* Здѣсь дѣйствуютъ нормы цивильнаго права, но достаточно условнаго назначенія по отношенію ко *всѣмъ* необходимымъ наслѣдникамъ, лишь бы на случай неисполненія условія была совершена *exhereditatio*; если *exhereditatio* не совершена и условіе не исполняется, то имѣется *praeteritio* ².

2. *Лишеніе наслѣдства.* Здѣсь дѣйствуютъ нормы цивильнаго права ³, только *всѣ* необходимые наслѣдники *мужескаго пола* (сыновья и внуки) должны быть лишены наслѣдства индивидуально, наслѣдники женскаго пола могутъ быть лишены наслѣдства и *inter ceteros* ⁴; по постановленію Юстиніана (§ 413 пр. 18), *вездѣ* требуется индивидуальная *exhereditatio* ⁵.

3. *Обходъ.* Обойденные *liberi* могутъ испросить *bonorum possessio contra tabulas*; если есть еще другіе *liberi*, *назначенные* наслѣдниками въ завѣщаніи, то и они могутъ *commissio per alium edicto* испросить *bonorum possessio contra tabulas* (что для нихъ выгодно, если они получаютъ по завѣщанію меньше своей доли *ab intestato*, или если на нихъ возложены большіе отказы) ⁶; но это право не принадлежитъ тѣмъ *liberi*, которые въ завѣщаніи были лишены наслѣдства ⁷.—Послѣдствіе полученія *bonorum possessio contra tabulas* состоитъ въ томъ, что получившимъ *bon. poss.* достается ихъ доля *ab intestato*, при опредѣленіи размѣра которой исключаются надлежащимъ образомъ лишеныя наслѣдства и неиспросившіе *bonorum possessio contra tabulas* ⁸. Но нѣкоторыя статьи завѣщанія не лишаются силы: лишенія наслѣдства ⁹, пупиллярныя субституціи, нѣкоторыя, по общему правилу обязывающіе всѣхъ наслѣдниковъ *contra tabulas*, выдѣлы ¹² (отказы, даренія на случай смерти, назначенія наслѣдниковъ) ¹³ въ пользу близкихъ лицъ (*certae, excerptae personae*), а именно, въ пользу восходящихъ и нисходящихъ завѣщателя, поскольку всѣ эти выдѣлы вмѣстѣ взятые

² l. 3. §§ 12—14. l. 18. pr. D. h. t. 37, 4; l. 2. § 1. D. de b. p. s. t. 37, 11.—³ l. 8. pr.—§ 5. l. 18. pr. D. h. t. 37, 4.—⁴ См. мѣста пр. 1.—⁵ l. 4. C. de lib. 6, 28.—⁶ l. 3. § 11. l. 8. § 14. l. 10. § 6. D. h. t. 37, 4; l. 15. § 1. l. 16. D. de leg. praest. 37, 5.—⁷ l. 8. pr. l. 10. § 5. l. 20. pr. D. h. t. 37, 4.—⁸ l. 8. § 14. l. 11. § 1. D. h. t. 37, 4.—⁹ См. мѣста пр. 7.—¹⁰ l. 34. § 2. D. de vulg. s. 28, 6.—¹¹ l. 22. D. de vulg. s. 28, 6.—¹² t. D. 37, 5: de legatis praestandis c. t. b. p. petita.—¹³ l. 1. l. 3. pr. l. 5. § 6. l. 7. D. h. t. 37, 5.—¹⁴ l. 1. D. h. t. 37, 5.

не превышают поголовной доли одного наследника *contra tabulas*¹⁵.—Въ случаѣ признанія завѣщанія, а равно и въ томъ случаѣ, если въ теченіе года (§ 421 пр. 8) никто не испросилъ *bonorum possessio contra tabulas*, завѣщаніе становится безспорнымъ²¹.—Искъ наследника *contra tabulas* есть *actio quorum bonorum et hereditatis petitio possessoria* (§ 435 sub I, § 440 пр. 1 а).

4) § 415. Необх. насл. право центумвирального суда.

t. D. V, 2; t. C. III, 28; t. I. II, 18: de inofficioso testamento.—*Schulin*, das Griech. Testament, стр. 16. 1882.—*Vangerow*, §§ 474—482. 487.—*Windscheid*, §§ 578—586.—*Brinz*, §§ 403—405.—*Baron*, §§ 159. 160.

Практикою центумвирального суда было выработано матеріальное необходимое насл. право на тотъ случай, если завѣщаніе не можетъ быть опорочено на основаніи формальнаго необходимаго насл. права¹. По началамъ этой практики восходящія должны оставить нисходящимъ (и обратно) въ распоряженіи на случай смерти определенную часть ихъ наследственной доли *ab intestato* (*legitima portio, quarta debitaе portionis, debita portio*, законная, обязательная доля); только по уважительной причинѣ они могутъ ихъ лишить этой доли; то же относится и къ *consanguinei*, т. е. къ полнороднымъ и единокровнымъ братьямъ и сестрамъ, если они назначаютъ наследникомъ лицо съ запятанною честью. Въ случаѣ нарушенія этихъ нормъ, завѣщаніе признается неродственнымъ (*t. inofficiosum*) и наступаютъ вполне или отчасти наследование *ab intestato*.

I. Лица, имѣющія право на обязательную долю². Кругъ лицъ, имѣющихъ право на обязательную долю, составляетъ часть круга обыкновенныхъ наследниковъ *ab intestato* (ибо институтъ обязательной доли есть усиленіе части наследственного права *ab intestato*); поэтому, по Юстиніанову праву, без-

¹⁵ l. 7. l. 8. pr. l. 23. D. h. t. 37, 5.—¹⁶ l. 1. pr. l. 8. § 3—l. 10. § 1. D. h. t. 37, 5.—¹⁷ l. 15. pr. l. 16. D. h. t. 37, 5.—^{17a} l. 14. pr. D. h. t. 37, 5.—¹⁸ l. 16. D. h. t. 37, 5.—¹⁹ l. 15. § 1. i. f. D. h. t. 37, 5.—²⁰ l. 16. i. f. D. h. t. 37, 5; l. 14. D. de b. p. c. t. 37, 4.—²¹ l. 10. § 3. l. 14. pr. l. 15. de b. p. c. t. 37, 4; l. 5. § 2. D. de leg. praest. 37, 5.

¹ § 2. I. h. t. 2, 18; l. 4. C. de lib. 6, 28.—² l. 1. D. h. t. 5, 2; l. 27. C. h. t. 3, 28.

различно, состоитъ ли данное лицо въ когнатскомъ или агнатскомъ родствѣ съ завѣщателемъ (только т. н. *minus plene adoptatus* не имѣетъ права на обязательную долю по отношенію къ *pater adoptivus*)³; поэтому, внѣбрачное родство также даетъ право на обязательную долю тамъ, гдѣ оно даетъ обыкновенное наслѣд. право *ab intestato* (§ 408 sub I. 1); поэтому, только тѣ лица имѣютъ право на обязательную долю, которыя въ то же время суть *ближайшіе* наслѣдники по закону⁴, стало быть, оно не принадлежитъ восходящимъ, если завѣщатель оставляетъ не вполнѣ адоптированного, не принадлежитъ единокровнымъ братьямъ и сестрамъ, если завѣщатель оставляетъ полнородныхъ братьевъ и сестеръ.

Лица, имѣющія право на обязательную долю, стоятъ въ опредѣленномъ порядкѣ⁷; прежде всего нисходящія (въ одномъ и томъ же колѣнѣ по близости степени), затѣмъ восходящія (по близости степени) и вмѣстѣ съ ними (если наслѣдникомъ назначено лицо съ запятанною честью) полнородные и единокровные братья и сестры; наконецъ (при томъ же условіи), единокровные братья и сестры. Между имѣющими право на обязательную долю уже въ классическое время имѣло мѣсто *successio ordinum*, въ правѣ Юстиніана—также и *succ. graduum* (§ 410).

II. *Размѣръ обязательной доли.* Обязательная доля составляла до Юстиніана четвертую часть наслѣдственной доли *ab intestato* каждаго управомоченнаго⁸; Юстиніанъ⁹ увеличилъ ее до трети или половины, смотря по тому, оставляетъ ли завѣщатель четверыхъ или меньше или же пятерыхъ или больше *дѣтей*; аналогично были опредѣлены и доли другихъ лицъ, имѣющихъ право на *portio legitima*¹⁰. При опредѣленіи обязательной доли (какъ при опредѣленіи наслѣдственной доли *ab intestato*, такъ и при рѣшеніи вопроса, надлежитъ ли дать половину ея или третью часть) принимаются въ расчетъ всѣ тѣ, которые бы при наслѣдованіи по закону ограничивали получающаго обязательную долю, какъ сонаслѣдники, въ томъ

³ l. 10. C. de ad. 8, 47.—⁴ l. 6. § 1. D. h. t. 5, 2.—⁵ l. 10. C. de ad. 8, 47.—⁶ l. 30. D. h. t. 5, 2.—⁷ l. 14. l. 31. pr. D. h. t. 5, 2; l. 34. C. h. t. 3, 28.—⁸ l. 8. § 4. D. h. t. 5, 2; l. 31. C. h. t. 3, 28; §§ 3. 6. 7. I. h. t. 2, 18.—⁹ Nov. 18. c. 1.—¹⁰ Nov. 18. c. 1. i. f.

числѣ и тѣ, которые совсѣмъ не имѣютъ права на обязательную долю (напр., т. н. *minus plene adoptatus*), а равно и лишенные надлежащимъ образомъ наслѣдства^{10а}; вслѣдствіе этого обязательная доля то выходитъ больше, нежели бы она была безъ принятія въ расчетъ тѣхъ лицъ (напр., изъ пятерыхъ дѣтей одно лишено наслѣдства; обязательная доля каждого составляетъ одну десятую наслѣдства, а не одну двѣнадцатую; отсюда юридическая поговорка новыхъ юристовъ: *exheredatus numerum facit ad augendam legitimam*), то она выходитъ меньше (напр., изъ шестерыхъ дѣтей одно лишено наслѣдства; ихъ обязательная доля составляетъ одну двѣнадцатую наслѣдства, а не одну десятую: *exheredatus partem facit ad minuendam legitimam*).

III. *Способъ оставленія обязательной доли.* Обязательная доля можетъ быть оставлена посредствомъ всякаго распоряженія на случай смерти: назначенія наслѣдникомъ, отказа, даренія на случай смерти¹³. И нѣкоторые выдѣлы между живыми засчитываются въ обязательную долю: *dos* и *donatio propter nuptias*, которыя завѣщатель установилъ, какъ восходящій¹⁴, *militia* (продажная низшая должность), а равно и простое дареніе, если завѣщатель при самомъ же дареніи засчиталъ его въ обязательную долю¹⁵ (изъ нихъ теперь отпали *don. pr. nupt.* и *militia*). Обязательная доля должна быть оставлена безъ ограниченія (условія, срока, возложенія [*modus*], фидеикоммиссарной субституціи)¹⁶. Если завѣщатель оставилъ больше обязательной доли, но съ ограниченіемъ, то обязательная доля выдается управомоченному безъ ограниченія, а излишекъ съ ограниченіемъ¹⁹; но завѣщатель можетъ предложить управомоченному на выборъ или получить только обязательную долю неограниченно, или же получить все съ ограниченіемъ; это распоряженіе завѣщателя называется *cautela Socini*, по имени юриста Маріана Социна († 1556), который подробно разсмотрѣлъ вопросъ о завѣщаніи съ такою *cautela*.

^{10а} 1. 8. § 8. D. h. t. 5, 2.—^{10б} ср. 1. 8. § 8. D. h. t. 5, 2.—¹¹ 1. 6. C. h. t. 3, 28; 1. 8. § 9. D. h. t. 5, 2.—¹² 1. 6. C. h. t. 3, 28.—¹³ 1. 33. pr. 1. 36. pr. C. h. t. 3, 28; § 6. I. h. t. 2, 18; 1. 8. § 6. D. h. t. 5, 2.—¹⁴ 1. 29. 1. 30. § 2. C. h. t. 3, 28.—¹⁵ 1. 25. pr. D. h. t. 5, 2; 1. 35. § 2. C. h. t. 3, 28; § 6. I. h. t. 2, 18.—¹⁶ 1. 8. § 10. D. h. t. 5, 2.—¹⁷ 1. 36. pr. C. h. t. 3, 28.—¹⁸ 1. 32. 1. 36. pr. § 1. C. h. t. 3, 28; Nov. 18. c. 3.—¹⁹ 1. 36. § 1. C. h. t. 3, 28.

IV. *Лишение обязательной доли.* Лишить обязательной доли можно только по уважительной причинѣ; таковою можетъ быть:

1. *Недостойность лишаемаго*²⁰ (т. н. exheredatio potae causa); когда можно признать недостойность, это рѣшается усмотрѣніемъ судьи²¹; завѣщатель долженъ всегда указать въ завѣщаніи основанія недостойности²².

2. *Доброжелательное намѣреніе завѣщателя* (т. н. exheredatio bona mente), основанное на интересѣ лишаемаго, напр. завѣщатель имѣетъ душевно-больного или расточительнаго сына и назначаетъ наслѣдниками его дѣтей, а сыну оставляетъ только alimenta²⁴.

V. Что касается *послѣдствій нарушенія права на обязательную долю*, то слѣдуетъ различать два случая:

1. Если лицо, имѣющее право на обязательную долю, *совсѣмъ* обойдено въ завѣщаніи или безъ основанія лишено обязательной доли, то завѣщаніе признается противнымъ естественному долгу, неродственнымъ (t. inofficiosum); эту неродственность можно объяснить (воззрѣніе центумвирального суда, вѣроятно, заимствованное у Грековъ) только признаніемъ завѣщателя душевно-больнымъ²⁷; поэтому за нимъ нельзя признать способности составлять завѣщаніе²⁸ и, поскольку нарушены права на обязательную долю, завѣщаніе уничтожается (rescinditur)²⁹; наступаетъ наслѣдованіе ab intestato, и имѣвшій право на обязательную долю получаетъ *цѣлую* долю наслѣдства, приходящуюся ему ab intestato³⁰. Разслѣдованіе неродственности завѣщанія служитъ предметомъ особаго процесса (querela actio, accusatio inofficiosi testamenti). Право на искъ принадлежит тому, чье право на обязательную долю нарушено; если же онъ умираетъ, не предъявивъ иска, то право на искъ переходитъ къ его наслѣднику лишь въ томъ случаѣ, если онъ

²⁰ l. 5. § 1. D. h. t. 5, 2; l. 7. pr. D. de bon. dam. 48, 20; l. 132. pr. D. de v. o. 45, 1.—²¹ l. 3. § 5. D. de b. p. c. t. 37, 4.—²² l. 30. pr. C. h. t. 3, 28; Nov. 115. c. 3. § 14.—²³ Между l. 3. l. 5. D. h. t. 5, 2; l. 28. C. h. t. 3, 28 съ одной стороны и l. 22. l. 30. pr. l. 34. C. h. t. 3, 28; l. 10. C. de sec. nupt. 5, 9; Nov. 97. c. 1. § 1. съ другой стороны.—²⁴ l. 16. D. de cur. fur. 27, 10.—²⁵ l. 25. C. h. t. 3, 28; ср. l. 16. D. de b. p. c. t. 37, 4.—²⁶ l. 16. § 2. D. de cur. fur. 27, 10.—²⁷ l. 2. l. 5. D. h. t. 5, 2.—²⁸ l. 17. § 1. D. h. t. 5, 2.—²⁹ l. 8. § 16. l. 17. pr. D. h. t. 5, 2.—³⁰ l. 22. C. h. t. 3, 28; l. 19. D. h. t. 5, 2.

самъ изъявилъ свою твердую волю предъявить искъ³¹; къ нисходящимъ наслѣдникамъ переходить право на искъ и безъ такого изъявленія, если имѣвшій право на обязательную долю умеръ до принятія наслѣдства наслѣдникомъ³².—*Querela inofficiosi* предъявляется только противъ того, кто принялъ наслѣдство на основаніи завѣщанія³³ (потому что если назначенный наслѣдникомъ не приметъ наслѣдства, то и безъ того *testamentum* будетъ *destitutum*), а также противъ универсальнаго фиденкоммиссарія и эрипента этого наслѣдника³⁴ (§§ 426. 454). Для назначеннаго наслѣдникомъ полагаются опредѣленные сроки, въ которые онъ долженъ изъявить принятіе или отреченіе отъ наслѣдства: шесть или двѣнадцать мѣсяцевъ, смотря по тому, живутъ ли онъ и имѣющій право на обязательную долю въ одной провинціи или въ различныхъ; по истеченіи этого срока онъ по требованію того, кто имѣетъ право на обязательную долю, можетъ быть принужденъ къ принятію наслѣдства³⁵. Судебное рѣшеніе по *querela inofficiosi* отмѣняетъ или все завѣщаніе, или часть его; первое имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, если истцами были всѣ наслѣдники *ab intestato*, а отвѣтчиками всѣ наслѣдники по завѣщанію, и между послѣдними нѣтъ лицъ, имѣющихъ право на наслѣдованіе *ab intestato*; второе—во всѣхъ прочихъ случаяхъ⁴⁴.—Право опороженія завѣщанія прекращается отреченіемъ управомоченнаго⁴⁸, какъ соотвѣтственнымъ прямымъ заявленіемъ, такъ и дѣйствіемъ, въ которомъ заключается признаніе завѣщанія, напр., имѣющій право на опороженіе принимаетъ отъ наслѣдника отказъ или нанимаетъ у него какую либо наслѣдственную вещь⁴⁹. Далѣе, пятилѣтнею давностью⁵⁰, которая начинается течъ съ момента принятія наслѣдства⁵¹. Далѣе, иногда смертью лица, имѣвшаго

³¹ I. 6. § 2. D. h. t. 5, 2.—³² I. 34. l. 36. § 2. i. f. C. h. t. 3, 28.—³³ I. 8. § 10. D. h. t. 5, 2.—³⁴ I. 1. l. 10. C. h. t. 3, 28.—³⁵ I. 36. § 2. C. h. t. 3, 28.—³⁶ I. 6. § 1. l. 19. D. h. t. 5, 2; Pauli sent. rec. IV, 5. § 9.—³⁷ напр., I. 8. § 8. l. 16. § 1. l. 17. l. 19. D. h. t. 5, 2.—³⁸ I. 20. pr. D. de b. p. c. t. 37, 4; l. 34. pr. C. h. t. 3, 28.—³⁹ I. 17. § 1. D. h. t. 5, 2.—⁴⁰ I. 8. § 16. l. 15. § 2. I. 17. § 1. l. 28. D. h. t. 5, 2.—⁴¹ I. 15. § 2. l. 19. D. h. t. 5, 2.—⁴² I. 16. pr. D. h. t. 5, 2.—⁴³ I. 6. § 1. l. 25. § 1. D. h. t. 5, 2.—⁴⁴ I. 19. l. 24. l. 25. § 1. D. h. t. 5, 2; l. 13. l. 27. C. h. t. 3, 28.—⁴⁵ I. 13. C. h. t. 3, 28.—⁴⁶ I. 76. pr. D. de leg. 2 (31).—⁴⁷ I. 8. § 5. D. h. t. 5, 2.—⁴⁸ I. 35. § 1. C. h. t. 3, 28.—⁴⁹ I. 8. § 10. l. 10. § 1. l. 12. l. 23. § 1. D. h. t. 5, 2.—⁵⁰ I. 16. l. 34. i. f. C. h. t. 3, 28.—⁵¹ I. 36. § 2. C. h. t. 3, 28.

право на обязательную долю, о чемъ уже было сказано выше, пр. 31. 32.

2. Если лицу, имѣющему право на обязательную долю, оставлена *не цѣлая* доля, а меньше, то завѣщатель не заслуживаетъ вообще упрека въ перодственности; поэтому, завѣщаніе остается въ силѣ, но имѣющій право на обязательную долю можетъ личнымъ искомъ (*actio ad supplendam legitimam, suppletoria, expletoria*) потребовать дополненія обязательной доли отъ наслѣдника (или универсальнаго фиденкоммиссарія и эрипіента)⁵². Этотъ искъ не теряется вслѣдствіе молчаливаго (косвеннаго) признанія завѣщанія, а только вслѣдствіе прямого отреченія отъ недостающей части⁵³; онъ погашается истеченіемъ 30-ти лѣтъ; всегда переходит по наслѣдству⁵⁴.

VI. *Querela inofficiosae donationis* и *dotis*⁵⁵. Императорскими постановленіями было установлено начало, по которому права на обязательную долю нельзя умалять ни дареніемъ между живыми, ни установленіемъ приданаго; для этой цѣли къ *quer. inoff.* прибавили аналогичный⁵⁶, субсидіарный⁵⁷ искъ— *querela inofficiosae donationis* и *dotis*. Этими исками лицо, имѣющее право на обязательную долю, можетъ опорочить дареніе между живыми или установленіе *dos*, если это дареніе или установленіе приданаго одно или вмѣстѣ съ другими дареніями или придаными составляетъ такую сумму, что, по состоянію имущества дарителя *до* совершенія означенныхъ сдѣлокъ, совсѣмъ ничего не остается на обязательную долю или остается слишкомъ мало; но право опороченія не имѣетъ мѣста, если наслѣдодатель *послѣ* этихъ сдѣлокъ пріобрѣтаетъ столько, что обязательная доля сполна имѣется въ наслѣдствѣ. Безразлично, составилъ ли завѣщаніе наслѣдодатель или нѣтъ. Основанія прекращенія права на искъ тѣ же, что и для *quer. inoff. testamenti*.

⁵² l. 30. C. h. t. 3, 28; ср. l. 31. l. 36. pr. eod. — ⁵³ l. 35. § 2. C. h. t. 3, 28. — ⁵⁴ l. 30. C. h. t. 3, 28. — ⁵⁵ tt. C. 3, 29: de inofficiosis donationibus; 3, 30: de inofficiosis dotibus. — ⁵⁶ l. 9. C. h. t. 3, 29. — ⁵⁷ l. 4. C. h. t. 3, 29. — ⁵⁸ l. 87. § 3. D. de leg. 2 (31); l. 1. l. 8. C. h. t. 3, 29; Vat. fr. § 270, съ одной стороны; l. 2. l. 3. l. 4. l. 6. l. 7. C. h. t. 3, 29; Vat. fr. §§ 271. 280. 282, съ другой стороны. — ⁵⁹ l. 87. § 3. D. de leg. 2 (31); съ другой стороны l. 2. l. 5. l. 7. l. 8. C. h. t. 3, 29; l. un. C. de inoff. dot. 3, 30; Nov. 92, c. 1.

5) § 416. Необх. насл. право 115-й Новеллы.

Vangerow, §§ 484—486. — Windscheid, §§ 587—592. — Brinz, § 378. — Baron, § 159.

По Nov. 115. с. 3. с. 4. с. 5., недостаточно, чтобы восходящие оставляли нисходящимъ (и обратно) обязательную долю, а требуется, чтобы они взаимно назначали другъ друга своими наследниками; только по определеннымъ основаниямъ, указаннымъ въ самой Новеллѣ, они могутъ лишать другъ друга наследства. Нарушеніе этихъ нормъ влечетъ за собою недѣйствительность назначеній наследниковъ въ завѣщаніи (но не прочихъ постановленій завѣщанія) и наследованіе *ab intestato*.

I. Назначеніе наследникомъ. Объемъ назначенія безразличенъ; можно назначить на меньшую долю, нежели *portio legitima*, но въ такомъ случаѣ послѣдняя (если она не оставлена инымъ способомъ) дополняется¹. Назначеніе подъ условіемъ (Новелла умалчиваетъ объ этомъ) можетъ быть признано достаточнымъ только въ томъ случаѣ, если исполненіе условія зависитъ отъ воли назначеннаго (усл. потестативное), недопустимое же условіе слѣдуетъ зачеркнуть.

II. Лишеніе наследства и обходъ. Не требуется, чтобы лишеніе наследства было сдѣлано съ соблюденіемъ определенной формы и безусловно (Новелла объ этомъ не говоритъ). Не требуется необходимо *exheredatio*, завѣщатель можетъ или лишить наследства или обойти, лишь бы только и то и другое было сдѣлано по уважительной причинѣ (напр., отецъ обходить своихъ дѣтей, а наследникомъ назначаетъ своего друга, присовокупляя при этомъ, что только послѣдній заботился о немъ во время его душевной болѣзни). Основанія лишенія наследства или обхода

I. нисходящихъ со стороны восходящихъ суть слѣдующія²: а) оскорбленіе дѣйствіемъ; б) прочія тяжкія оскорбленія; в) обвиненіе въ уголовномъ преступленіи, кромѣ преступленій противъ императора и государства; г) сообщество съ отравителями и занимающимися чародѣйствомъ; е) злоумышленіе противъ жизни; ф) преступная связь сына съ мачихою или конкубиною отца

¹ Nov. 115. с. 5. пр. — ² Nov. 115. с. 3.

(последній случай теперь не существует); g) ложный доносъ, причинившій наследодателю большой вредъ; h) уклоненіе нисходящаго мужескаго пола отъ поручительства за заключеннаго въ тюрьмѣ наследодателя; i) препятствованіе составленію завѣщанія; k) занятіе актерствомъ и боемъ со звѣрями противъ воли родителей; l) порочная жизнь нисходящей или замужество ея противъ воли родителей, за исключеніемъ случая, если восходящій не выдалъ ее замужъ до 25-ти лѣтъ; m) оставленіе безъ призранія душевно-больнаго восходящаго; n) невыкупъ изъ плѣна, если нисходящему исполнилось 18 лѣтъ; o) ересь (теперь это основаніе не существуетъ);

2. восходящихъ со стороны нисходящихъ³: a) обвиненіе въ преступленіи, за которое полагается смертная казнь, кромѣ государственной измѣны; b) злоумышленіе противъ жизни; c) преступная связь съ женою сына; d) препятствованіе составленію завѣщанія; e) употребленіе яда противъ собственнаго супруга, чтобы лишить его жизни или разсудка; f) оставленіе безъ призранія душевно-больнаго наследодателя; g) невыкупъ изъ плѣна; h) ересь.

Основаніе лишенія наследства или обхода завѣщатель долженъ указать въ завѣщаніи⁴; назначенный наследникомъ долженъ доказывать его правильность⁵; оно лишается силы въ случаѣ прощенія со стороны наследодателя. Рядомъ съ перечисленными основаніями дѣйствуетъ и *exheredatio bona mente* (§ 415 пр. 24. 25), такъ какъ Новелла опредѣляетъ только случаи недостойности.

III. *Неосновательное лишеніе наследства или обходъ* влечетъ за собою недѣйствительность назначеній наследниковъ и наследованіе *ab intestato*; прочія распоряженія въ завѣщаніи (отказы, пупиллярныя субституціи, назначенія опекуновъ) остаются дѣйствительными⁶.

IV. *Отношеніе 115-й Новеллы къ до-юстиніанову праву.* Не возбуждаетъ споровъ отношеніе Новеллы къ праву, установленному практикою центумвиральнаго суда: относительно братьевъ и сестеръ Новелла совсѣмъ ничего не измѣнила (но по

³ Nov. 115. c. 3. pr. c. 4. pr.—⁴ Nov. 115. c. 3. pr. § 14.—⁵ Nov. 115. c. 3. § 14. c. 4. § 9.—⁶ Nov. 115. c. 3. § 14. c. 4. § 9.—⁷ c. 3. (*penitus non licere filium praeterire . . .*). c. 4. § 9 (*nullam vim huiusmodi testamentum quantum ad institutionem heredum sancimus habere*).

§ 34 Герм. уг. улож. 1871 г., право на обязательную долю братьевъ и сестеръ слѣдуетъ признать отмѣненнымъ, ср. § 27 sub II. 4 и III); нисходящія и восходящія, какъ прежде, такъ и теперь, имѣютъ право на обязательную долю, но для его осуществленія уже служить имъ не *quer. inofficiosi*, а только *actio suppletoria*⁸; ибо они принуждены довольствоваться обязательною долей только въ томъ случаѣ, если получили что либо вслѣдствіе назначенія наслѣдниками; въ противномъ случаѣ имъ принадлежитъ болѣе обширное право на назначеніе наслѣдниками, которое они осуществляютъ посредствомъ *quer. nullitatis ex iure novo*.—*Очень спорно отношеніе Новеллы къ формальному (цивильному и преторскому) необходимому наслѣдственному праву: продолжаетъ ли послѣднее дѣйствовать рядомъ съ Новеллою (теорія исправленія или дополненія), или Новелла его отмѣнила (теорія отмѣны)? Требуется ли, напр., чтобы лишеніе наслѣдства sui и liberi было rite facta exhereditatio, или же достаточно неформальнаго лишенія наслѣдства. Если sui и liberi обойдены въ завѣщаніи безъ достаточнаго основанія, то будутъ ли отказы дѣйствительны или нѣтъ? Новелла не содержитъ указанія на отмѣну формальнаго необходимаго наслѣдственнаго права; но въ пользу теоріи отмѣны говоритъ то, что совмѣстное дѣйствіе четырехъ системъ необходимаго наслѣдственнаго права представляетъ крайнее зло для практики, и что Юстиніанъ вообще стремился упростить дѣйствовавшее въ его время право отмѣною устарѣлыхъ нормъ; если принять во вниманіе изложенное выше, § 6 пр. 12, правило толкованія законовъ, то слѣдуетъ рѣшить спорный вопросъ, несмотря на буквальный текстъ Новеллы, въ пользу теоріи отмѣны.*

6) § 417. Т. н. чрезвычайное необх. насл. право.

Vangerow, §§ 488. 252. — *Windscheid*, § 593.

Требованіе, которое принадлежитъ бѣдной вдовѣ противъ наслѣдства мужа, а равно и аррогированному въ несовершеннолѣтнемъ возрастѣ противъ наслѣдства аррогатора (§ 409), не можетъ быть отнято у нихъ лишеніемъ наслѣдства со стороны наслѣдодателя, хотя бы и были на лицо справедливыя основанія¹. Вотъ эти требованія и называютъ чрезвычайнымъ

⁸ Nov. 115. c. 5. pr.

¹ Nov. 53. c. 6; § 3. I. de ad. 1, 11.

необходимымъ насл. правомъ — названіе неточное, такъ какъ этимъ лицамъ принадлежитъ именно только *требованіе*, а не наслѣдственное право.—Искъ для опороженія отчужденій, совершенныхъ усыновителемъ между живыми во вредъ аррогированному, называется *actio quasi Favianae*, если усыновитель оставилъ завѣщаніе²; ср. § 409 пр. 8.

7) § 418. Критика римскаго необходимаго насл. права.

Въ насъ живеть сознаніе, что родители работаютъ и копятъ для своихъ дѣтей¹. Стремленіе примирить это сознаніе съ институтомъ завѣщанія ведетъ къ установленію обязательной доли и лишенія ея по уважительнымъ основаніямъ. Въ обязательной долѣ заключается признаніе права дѣтей на имущество родителей, въ возможности назначить больше обязательной доли и лишить ея заключается завѣщательная свобода родителей. Такъ какъ наслѣдственное право по самому существу своему есть право взаимное, то таково же и право на обязательную долю; и родители имѣютъ право на обязательную долю наслѣдства своихъ дѣтей. Въ виду этихъ соображеній возникаетъ вопросъ: почему же институтъ обязательной доли развился такъ поздно въ римскомъ правѣ, почему до него и послѣ него развивалось формальное необходимое насл. право? На это нужно отвѣтить слѣдующее:

ХІІ Таблицъ не знали никакихъ предѣловъ свободы завѣщанія; естественно, этой свободой часто злоупотребляли, отказывая дѣтямъ (тогда *sui* и *postumi*) въ правѣ на наслѣдство; скудная въ то время дѣятельность законодательства не прекращала злоупотребленія, поэтому юристы считали своею обязанностью восполнить этотъ пробѣлъ въ своихъ *responsa* посредствомъ толкованія законовъ². Это толкованіе было крайне софистическое, и результаты получились неудовлетворительные. Исходя изъ того народнаго воззрѣнія, по которому дѣти еще при жизни отца суть сособственники его имущества, юристы признали, что въ силу своей власти надъ дѣтьми отецъ можетъ отнять у нихъ ихъ (мнимое) участіе въ правѣ собственности

² 1. 13. D. si quid in fr. 38, 5.

¹ Ср. Roscher, Nationalökonomik § 86 и 1. 7. § 1. D. si tabulae 38, 6 Папиніана.—² 1. 120. D. de v. s. 50, 16.

(лишить ихъ наслѣдства) или ограничить его до минимума (назначить ихъ въ какомъ бы то ни было объемѣ); но если онъ не воспользовался своею отеческою властью (обошелъ своихъ дѣтей), то съ его смертию (мнимое) общее право собственности превращается въ индивидуальное, и завѣщаніе ничтожно³. Въ то же время юристы выставили начало: *exheredationes non esse adiuvandas*⁴ и пользовались всякимъ случаемъ, чтобы признавать лишенія наслѣдства ничтожными (откуда правило, что *exhereditio* должна быть *rite facta*, которое часто служить поводомъ для простыхъ придирокъ). — Преторскій эдиктъ мало помогъ дѣлу развитія необходимаго наслѣдованія: онъ главнымъ образомъ только перенесъ начала, установленныя юристами, съ *sui* на *liberi*. — Лишь судъ центумвировъ, къ компетенціи котораго относились процессы о наслѣдствахъ, понялъ неудовлетворительность формальнаго необходимаго насл. права и развилъ въ своей практикѣ право обязательной доли; такъ какъ суду центумвировъ не принадлежала законодательная власть, то ему пришлось построить новый институтъ на ложномъ основаніи: на фикціи (вѣроятно заимствованной у Грековъ), по которой неродственное распоряженіе завѣщателя слѣдуетъ объяснять его умственной болѣзнью; эта фикція въ свою очередь повлекла за собою важныя несовершенства института, напр., то, что въ случаѣ нарушенія права на обязательную долю потерпѣвшій получаетъ полную долю наслѣдства *ab intestato*, что имѣющій право на обязательную долю не имѣетъ никакого притязанія, если нельзя очевидно доказать неродственности распоряженія завѣщателя⁵, что завѣщаніе часто уничтожается только отчасти, стало быть, завѣщатель признается отчасти здоровымъ, отчасти душевно-больнымъ. — Отсюда видно, въ чемъ состояла задача Юстиніана: ему слѣдовало отмѣнить формальное необходимое насл. право и освободить отъ ложнаго основанія матеріальное (право обязательной доли). Между тѣмъ, онъ вмѣсто этого перенесъ формальное необходимое насл. право на восходящихъ и нисходящихъ, признавъ такимъ образомъ законодательною мудростью то правило, къ которому республиканскіе юристы пришли за отсут-

³ 1. 11. D. de lib. 28, 2; § 2. I. de her. qual. 2, 19. — ⁴ 1. 19. D. de lib. 28, 2. — ⁵ 1. 8. § 5. D. h. t. 5, 2; ср. 1. 3. C. h. t. 3, 28.

ствіемъ законодательной власти путемъ софистическаго толкованія.

Чего не сдѣлалъ Юстиніанъ, о томъ позаботились современные партикулярныя законодательства, которые отмѣнили формальное необходимое насл. право, а матеріальное поставили на его истинное основаніе; поэтому, чье право на обязательную долю нарушено, тотъ, оспоривъ завѣщаніе, можетъ только добиться обязательной доли; *inofficiosum testamentum* не уничтожается, а соответственно исправляется.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Осуществленіе и отмѣна открытія наслѣдства.

t. D. XXIX, 2: de acquirenda vel omittenda hereditate. — t. C. VI, 30: de iure deliberandi et de adeunda vel acquirenda hereditate. — t. I. II, 19: de heredum qualitate et differentia.

РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Осуществленіе открытія, или приобрѣтеніе наслѣдства.

I. Hereditas.

1) § 419. Приобрѣтеніе посредствомъ принятія.

Dedekind, das Deliberationsrecht des Erben und die interr. in iure faciendae. 1870. — *Vangerow*, §§ 498. 499. — *Windscheid*, §§ 596—598. — *Brinz*, §§ 394, 387. — *Baron*, § 162.

Открытіе (*delatio*) реализуется посредствомъ приобрѣтенія наслѣдства. *Приобрѣтеніе hereditas совершается по общему правилу посредствомъ принятія наслѣдства (aditio hereditatis), т. е. односторонняго изъявленія призваннаго (delatus), что онъ желаетъ его принять*; поэтому, *heres* обыкновенно бываетъ *heres voluntarius*. Какъ для всякой юридической сдѣлки (§§ 49—63), такъ и для принятія наслѣдства требуется: 1) чтобы принимающій былъ способенъ совершить сдѣлку, 2) чтобы его воля была направлена на совершеніе юридической сдѣлки и 3) чтобы онъ изъявилъ эту волю; сюда еще въ данномъ случаѣ присоединяется *иногда* четвертое требованіе, а именно, 4) чтобы изъявленіе воли было сдѣлано въ теченіе извѣстнаго срока.

ad 1. *Способность принять*. По общему правилу, принять *hereditas* можетъ только тотъ, кто способенъ къ принятію обязательствъ, такъ какъ приобрѣтеніе наслѣдства влечетъ за собою

вступленіе въ обязательства (§ 427); поэтому душевно-больной совсѣмъ неспособенъ къ принятію; подопечные, перешедшіе дѣтскій возрастъ, могутъ принять съ согласія опекуна¹ (auctore tutore, consentiente curatore); странно, что и опекаемому дитяти (infans) дозволено принятіе tutore auctore² (§ 369 пр. 11), а расточителю и помимо согласія попечителя³; для подвластныхъ дѣтей существуютъ тѣ же правила, что и для опекаемыхъ, только на мѣсто опекуна согласія вступаетъ отцовское⁴; если отецъ не даетъ своего согласія, то (по постановленію Юстиніана)⁵ подвластный infantia maior можетъ принять самостоятельно, и прибрѣтенное въ этомъ случаѣ наследство дѣлается его adventicium irregulare (§ 357 пр. 3).

ad 2. Воля принять hereditas должна, по общему правилу, исходить лично отъ призваннаго, стало быть, представительство здѣсь не допускается⁶; въ видѣ изъятія юридическое лицо пользуется представительствомъ своихъ органовъ⁷, infans—представительствомъ своего отца или опекуна⁸, душевно-больной представительствомъ своего paterfamilias; если же душевно-больной не состоитъ подъ отеческой властью, то примѣняются особыя правила (§ 423 sub 3).—Для того, чтобы воля принять наследство имѣла силу, требуется не только наличность объективныхъ условій дѣйствительности открытія, но и знаніе этой наличности со стороны призваннаго¹⁰. Поэтому, принятіе ничтожно, если призванный по заблужденію полагаетъ, что открытія не было (напр., ошибочно полагаетъ, что завѣщатель еще живеть, или что онъ не имѣлъ завѣщательной способности¹¹, что условіе, подъ которымъ завѣщатель назначилъ его наследникомъ, еще находится въ нерѣшительномъ состояніи¹² и т. п.)¹³; далѣе, принятіе ничтожно, если призванный къ наследованію заблуждается въ основаніи открытія (считаетъ себя наследникомъ ab intestato, между тѣмъ какъ онъ призванъ

¹ l. 8. pr. l. 9. D. h. t. 29, 2; l. 9. § 3. D. de auct. 26, 8; l. 18. § 4. D. h. t. 6, 30.—² l. 65. § 3. D. ad sct. Treb. 36, 1.—³ l. 5. § 1. D. h. t. 29, 2.—⁴ l. 18. § 4. C. h. t. 6, 30.—⁵ l. 8. pr. § 1. C. de bon. quae lib. 6, 61.—⁶ l. 2. D. de off. proc. 1, 19; l. 90. pr. D. h. t. 29, 2; l. 5. C. h. t. 6, 30.—⁷ l. 6. § 4. D. ad sct. Treb. 36, 1; l. 1. § 1. D. de lib. un. 38, 3.—⁸ l. 18. pr. §§ 2. 3. i. f. C. h. t. 6, 30.—⁹ l. 7. pr. C. de cur. fur. 5, 70.—¹⁰ l. 76. D. de r. i. 50, 17.—¹¹ l. 32. pr. l. 17. pr. l. 22. D. h. t. 29, 2.—¹² l. 32. § 1. D. h. t. 29, 2; l. 21. D. de cond. 35, 1.—¹³ l. 30. § 3. D. h. t. 29, 2.

по завѣщанію)¹⁴, или если онъ заблуждается въ своемъ отношеніи къ delatio (думаетъ, что онъ—heres necessarius, § 420, между тѣмъ какъ онъ—heres voluntarius)¹⁵. Принятіе ничтожно и въ томъ случаѣ, если призванный сомнѣвается въ наличности объективныхъ условій дѣйствительности открытія¹⁶.—Если принятіе послѣдовало вслѣдствіе обмана или угрозъ, то оно дѣйствительно, но принявшій можетъ потребовать отъ обманувшаго или угрожавшаго возмѣщенія убытковъ (§ 51); въ случаѣ угрозъ онъ можетъ уничтожить само принятіе (посредствомъ in integrum restitutio)²¹.—Принятіе должно быть совершено безусловно и безъ оговорокъ²²; въ противномъ случаѣ оно ничтожно; впрочемъ, по постановленію Юстиніана, была дозволена оговорка, что принимающій будетъ отвѣчать за долги только въ размѣрѣ наслѣдства (§ 427 пр. 7).

ad 3. *Изъявленіе принятія*, со времени отмѣны cretio Θεодоціемъ²⁵, можетъ быть совершаемо чрезъ представителя²⁶.—Не требуется соблюденія особой формы изъявленія (со времени отмѣны cretio); оно можетъ быть совершено прямо (hereditatis aditio въ тѣсномъ смыслѣ) или посредствомъ facta concludentia (pro herede gestio)²⁷.

ad 4. *Срокъ для принятія hereditas* закономъ не опредѣленъ²⁸; тѣмъ не менѣе есть два средства для ускоренія принятія:

а. Самъ наслѣдодатель можетъ возложить на назначеннаго наслѣдникомъ въ завѣщаніи обязанность принять наслѣдство въ теченіе опредѣленнаго срока²⁹.

б. Вѣрители могутъ спросить призваннаго, принимаетъ ли онъ наслѣдство или отрывается отъ него, если же онъ не даетъ отвѣта, то они могутъ требовать открытія конкурса надъ наслѣдствомъ³¹. Чтобы отклонить открытіе конкурса, призванный

¹⁴ l. 17. § 1. l. 22. D. h. t. 29, 2.—¹⁵ l. 15. l. 16. D. h. t. 29, 2.—¹⁶ l. 19. l. 32. § 1. l. 93. пр. l. 30. § 1. sqq. l. 32. § 2. l. 34. пр. l. 46. D. h. t. 29, 2.—¹⁷ l. 6. § 4. l. 34. пр. l. 96. D. h. t. 29, 2.—¹⁸ l. 5. § 1. D. si pars her. 5, 4; l. 21. § 3. D. h. t. 29, 2.—¹⁹ §§ 5. 6. I. h. t. 2, 19.—²⁰ l. 75. D. h. t. 29, 2.—²¹ l. 40. D. de dolo 4, 3; l. 21. §§ 5. 6. D. quod met. 4, 2; l. 85. D. h. t. 29, 2.—²² l. 51. § 2. D. h. t. 29, 2.—²³ l. 2. l. 10. l. 80. пр. § 1. D. h. t. 29, 2.—²⁴ l. 1. l. 10. D. h. t. 29, 2.—²⁵ Gai. 2, 164—178; Ulp. 22, 25—34; l. 17. C. h. t. 6, 30.—²⁶ l. 4. C. h. t. 6, 30.—²⁷ l. 6. C. h. t. 6, 30; § 7. I. h. t. 2, 19.—²⁸ Gai. 2, 167.—²⁹ l. 72. D. h. t. 29, 2.—³⁰ См. мѣста въ прим. 25.—³¹ l. 2. l. 3. l. 5. l. 6. D. de int. in i. 11, 1; Gai. 2, 167.

могъ (по преторскому эдикту) испросить себѣ срокъ размышленія для отвѣта о принятіи (т. н. *spatium deliberandi*)³²; этотъ срокъ, по праву до-юстиніанову, обыкновенно былъ 100 дней³³; по постановленію Юстиніана³⁴, судья можетъ назначить срокъ не свыше девяти мѣсяцевъ, императоръ—не свыше одного года. Въ теченіе назначеннаго срока призванный можетъ собирать свѣдѣнія о состояніи наслѣдства, а если наслѣдодатель былъ его отецъ, то онъ можетъ брать себѣ изъ наслѣдства *alimenta*³⁵; далѣе, если судья не назначилъ *curator'a hereditatis iacentis*³⁶ (—это зависитъ отъ усмотрѣнія судьи—), то онъ можетъ совершать нетерпящіе отлагательства акты управленія; въ теченіе этого срока онъ долженъ, далѣе, составить опись (инвентарь) наслѣдству и, наконецъ, изъявить принятіе или отреченіе. До истеченія срока вѣрители не могутъ взыскивать съ призваннаго наслѣдственныхъ долговъ (по Герм. конкурсному уставу § 204, вѣрители могутъ потребовать открытія конкурса надъ наслѣдствомъ, если оно переобременено долгами). Если срокъ истекъ, а изъявленія призваннаго не послѣдовало, то, по праву до-юстиніанову³⁷, это равнялось отреченію, а по постановленію Юстиніана³⁸—принятію.

2) § 420. Приобрѣтеніе ipso iure.

Vangerow, § 497.—*Windscheid*, § 595.—*Brinz*, § 393.—*Baron*, § 161.

I. По цивильному праву, *sui et necessarii heredes* приобретаютъ *hereditas* въ моментъ открытія *ipso iure*, т. е. не только безъ вѣдома и воли съ своей стороны, но даже и противъ воли¹; сюда относятся подвластные дѣти, которыя при смерти наслѣдодателя непосредственно состоятъ подъ его властью или состояли бы (какъ *postumi*), если бы наслѣдодатель жилъ дольше; далѣе, тѣ лица, которыя находятся подъ властью наслѣдодателя лишь посредственно, но посредствующій восходящій которыхъ лишенъ надлежащимъ образомъ наслѣдства².

II. *Преторское право*. По изложенной системѣ цивильнаго

³² I. 9. C. h. t. 6, 30; I. 5. D. de int. in i. 11, 1.—³³ I. 2. D. de iure del. 28, 8.—³⁴ I. 22. § 13. C. h. t. 6, 30.—³⁵ I. 5.—I. 7. I. 9. D. de i. del. 28, 8; I. 28. D. h. t. 29, 2.—³⁶ I. 8. I. 9. pr. D. qu. ex caus. in poss. 42, 4; I. 22. § 1. D. de reb. apct. iud. 42, 5.—³⁷ Gai. 2, 167.—³⁸ I. 22. § 14. C. h. t. 6, 30.—³⁹ Ero ршенія нѣтъ и въ I. 69. D. h. t. 29, 2.—⁴⁰ I. 22. § 15. C. h. t. 6, 30.

¹ I. 15. I. 16. D. h. t. 29, 2; pr. §§ 1—3. I. h. t. 2, 19.—² I. 6. §§ 5. 6. D. h. t. 29, 2; I. 13. D. de bon. lib. 38, 2.—³ I. 2. § 1. I. 10. § 1. D. de vulg. s. 28, 6.

права sui часто несутъ незаслуженные убытки, если наслѣдство обременено долгами. По ius civile, наслѣдодатель можетъ предохранить sui отъ этого вреда, назначивъ ихъ наслѣдниками подъ условіемъ, «если пожелаютъ»⁴. Болѣе дѣйствительная мѣра введена преторскимъ эдиктомъ⁵. По преторскому эдикту, каждый suus иметъ т. н. *beneficium abstinendi*, т. е. онъ можетъ освободиться отъ отцовскаго наслѣдства, воздерживаясь отъ наслѣдства, не вмѣшиваясь въ наслѣдственные дѣла. Для воздержанія не требуется ни определенной формы⁷, ни срока, но можетъ быть назначено *spatium delibandi*⁸. — Если suus воспользуется *benef. abst.*, то за нимъ остается только названіе *heres*⁹; на самомъ же дѣлѣ его наслѣдственная доля признается неприобрѣтенною, такъ что на нее открывается *bonorum possessio* въ пользу субститутовъ, сонаслѣдниковъ, наслѣдниковъ *ab intestato*¹⁰. *Ben. abst.* теряется вслѣдствіе вмѣшательства въ наслѣдство¹², т. е. вслѣдствіе того, что suus совершаетъ такія дѣйствія, которыя обнаруживаютъ его намѣреніе удержать наслѣдство (напр., принимаетъ платежи, овладѣваетъ наслѣдственными вещами).

II. § 421. Приобрѣтеніе *bonorum possessio*.

Vangerow, § 500.—*Baron*, § 163.

О прибрѣтеніи *bonorum possessio* существуютъ слѣд. правила:

1. *Воля испросить bonorum possessio* не можетъ, по общему правилу, исходить отъ представителя *по закону*, только подвластное дитя въ дѣтскомъ возрастѣ можетъ быть представляемо отцомъ¹, несовершеннолѣтній—опекуномъ², юридическое лицо—

⁴ l. 12. D. de cond. inst. 28, 7; l. 86. D. de her. inst. 28, 5. — ⁵ § 2. I. h. t. 2, 19.—⁶ l. 7. § 1. D. h. t. 29, 2.—⁷ l. 12. D. h. t. 29, 2.—⁸ l. 7. pr. l. 8. D. de iure del. 28, 8; l. 19. C. h. t. 6, 30.—⁹ l. 2. § 8. D. ad set. Tert. 38, 17; l. 20. § 4. D. h. t. 29, 2; l. 12. pr. D. de int. in i. 11, 1.—¹⁰ l. 44. D. de re iud. 42, 1; l. 55. l. 56. D. h. t. 29, 2; l. 1. § 7. D. si quis om. c. t. 29, 4; l. 6. C. de leg. her. 6, 58.—¹¹ l. 44. D. de re iud. 42, 1; l. 2. § 1. l. 12. D. de vulg. s. 28, 6; l. 79. D. ad set. Treb. 36, 1; l. 32. D. de man. test. 40, 4.—¹² l. 44. D. de acq. her. 29, 2; l. 6. § 1. D. de reb. auct. iud. 42, 5; l. 90. D. de sol. 46, 3; l. 44. D. de re iud. 42, 1.—¹³ l. 20. § 4. l. 87. pr. D. h. t. 29, 2; § 5. I. h. t. 2, 19.—¹⁴ l. 71. §§ 3—9. D. h. t. 29, 2.—¹⁵ l. 91. D. h. t. 29, 2.

¹ l. 7. § 1. D. de b. p. 37, 1; l. 18. pr. C. h. t. 6, 30; l. 7. pr. C. de cur. fur. 5, 70.—² l. 65. § 3. D. ad set. Treb. 36, 1; l. 7. § 1. l. 8. l. 11. D. de b. p. 37, 1; l. 11. D. de auct. 26, 8; l. 7. C. qui adm. 6, 9; l. 18. § 2. D. h. t. 6, 30.

своимъ органомъ³. Напротивъ, избранному представителю (мандатарію) можно довѣрить рѣшеніе объ испрошеніи bonorum possessio⁴.—Испрошеніе можетъ послѣдовать и тогда, когда еще неизвѣстно, наступитъ ли наслѣдованіе по завѣщанію или по закону⁵.—Въ остальномъ дѣйствуютъ правила о hereditas.

2. *Bonorum possessio* должна быть испрошена у *magistrata* (*bonorum possessionem agnoscere, petere, admittere*)⁶; стало быть, преторскіе наслѣдники всегда суть добровольные наслѣдники.—Испрошеніе можетъ быть изъявлено лично или чрезъ представителя⁷.

3. *Время испрошенія* опредѣлено съ самаго начала; если призванный есть восходящій или нисходящій наслѣдодателя,—одинъ годъ, въ прочихъ случаяхъ—сто дней; оба срока исчисляются *utiliter* (§ 74 пр. 15); если въ теченіе этого срока *bonorum possessio* не испрошена, то право на нее теряется⁸.

III. § 422. Современное право.

Къ приобретенію наслѣдства примѣняются теперь правила о hereditas; при этомъ по дѣйствующей практикѣ при принятіи наслѣдства отецъ представляетъ *неполномѣтнее* подвластное дитя, опекунъ представляетъ подопечнаго по возрасту. Спорно, можетъ ли призванный предоставить принятіе наслѣдства на рѣшеніе мандатарія (какъ это допускалось при *bonorum possessio*, § 421 пр. 4); утвердительный отвѣтъ вполнѣ соответствуетъ распространенной допустимости представительства въ современномъ правѣ (§§ 65. 223).

IV. § 423. Провизорное приобретеніе наслѣдства.

Vangerow, §§ 511. 511a. 512.—*Windscheid*, §§ 619. 620.—*Brinz*, § 395.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ допускается провизорное приобретеніе наслѣдства, т. е. принимающій *пока* считается наслѣдникомъ¹; позднѣйшее наступленіе или ненаступленіе извѣстнаго обстоятельства рѣшаетъ, наслѣдникъ ли онъ или нѣтъ. Случаи эти суть слѣдующіе:

1. Назначенный наслѣдникомъ подъ условіемъ можетъ во

³ l. 3. § 4. D. de b. p. 37, 1. — ⁴ l. 48. D. h. t. 29, 2; l. 3. § 7. l. 15. l. 16. D. de b. p. 37, 1. — ⁵ l. 84. D. h. t. 29, 2; l. 4. § 3. l. 5. D. de b. p. c. t. 37, 4. — ⁶ l. 9. C. qui adm. 6, 9; § 11. I. de b. p. 3, 9. — ⁷ l. 3. § 7. D. de b. p. 37, 1; l. 48. D. de acq. her. 29, 2. — ⁸ §§ 8. 9. I. de b. p. 3, 9.

² l. 9. C. qui adm. 6, 9.

¹ l. 23. pr. D. de her. inst. 28, 5.

время нерѣшительности условія испросить *bonorum possessio* (§ 401 пр. 14).

2. Если наследственное право несовершеннолѣтняго зависитъ отъ того, принадлежитъ ли онъ къ числу дѣтей наследодателя, и это оспариваютъ, то, по *edictum Carbonianum*², магистратъ долженъ произвести объ этомъ суммарное изслѣдованіе; если при изслѣдованіи утвержденіе несовершеннолѣтняго не будетъ найдено *очевидно* ложнымъ³, то ему предоставляются провизорно права дитяти и *bon. possessio* (*Carboniana*) до рѣшенія процесса или до его совершеннолѣтія⁴. Несовершеннолѣтній получаетъ на это время владѣніе наследствомъ, а если дастъ своему противнику *cautio realis* въ выдачѣ наследства, то и управление послѣднимъ (напр., право принимать платежи, отчуждать вещи)⁶.

3. Если призванный къ наследованію страдаетъ душевною болѣзнию и поэтому находится подъ опекою (ср. § 419 пр. 9), то *curator* душевно-больного можетъ провизорно испросить *bonorum possessio*⁹; тогда онъ долженъ управлять наследствомъ, какъ и прочимъ имуществомъ душевно-больного; если у душевно-больного нѣтъ иного достаточнаго состоянія, то *curator* можетъ брать изъ наследства *alimenta* для него; и отсюда не возникаетъ никакого притязанія на возмѣщеніе; въ случаѣ, если душевно-больной позднѣе не сдѣлается окончательнымъ наследникомъ¹¹. Въ случаѣ выздоровленія, бывшій душевно-больной долженъ рѣшиться на окончательное принятіе или отреченіе отъ наследства.

Отличное отъ провизорнаго приобрѣтенія наследства явленіе представляетъ *missio in possessionem ventris nomine*¹⁴. Если во время смерти наследодателя существуетъ *nasciturus*, которому открылось бы наследство въ случаѣ рожденія, то беременная мать можетъ требовать владѣнія наследствомъ, безусловно въ томъ случаѣ, если *nasciturus* послѣ рожденія при-

² t. D. 37, 10; t. C. 6, 13; de Carboniano edicto.—³ l. 3. § 4. D. h. t. 37, 10.—⁴ l. 3. §§ 3—5. l. 14. D. h. t. 37, 10.—⁵ l. 3. § 5. D. h. t. 37, 10.—⁶ l. 15. D. h. t. 37, 10.—⁷ l. 5. §§ 2. 5. D. h. t. 37, 10.—⁸ l. 5. § 3. l. 6. § 5. D. h. t. 37, 10.—⁹ l. 7. C. de cur. fur. 5, 70.—¹⁰ Ср., съ одной стороны, l. 11. D. de auct. 26, 8 и, съ другой стороны, l. 1. D. de b. p. fur. 37, 3; l. 2. §§ 11. 13. D. ad set. Tert. 38, 17.—¹¹ l. 51. пр. D. de h. p. 5, 3.—¹² l. 48. § 1. D. de leg. 2 (31).—¹³ l. 1. D. de b. p. fur. 37, 3.—¹⁴ t. D. 37, 9; de ventre in possessionem mittendo et curatore eius.

надлежалъ бы къ нисходящимъ наслѣдодателя, въ прочихъ случаяхъ лишь при томъ условіи, если она (беременная) не можетъ себѣ добыть средствъ къ пропитанію инымъ путемъ¹⁵. Беременная можетъ брать изъ наслѣдства *alimenta* соответственно ея общественному положенію¹⁶; взятаго на содержаніе она не обязана потомъ возвращать¹⁷, если только не совершила *dolus*¹⁸. Для временнаго управленія наслѣдствомъ и попеченія о будущемъ наслѣдникѣ назначается попечитель (*curator ventris et bonorum*)¹⁹.

РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Отмѣна delatio.

1) § 424. Основанія отмѣны.

См. титулы, приведенные къ § 419 и т. С. VI, 31: de repudianda vel abstinenta hereditate.—*Thibaut*, Versuche. II. 7. 2. Aufl. 1817.—*Steppes*, die Transmission der Erbschaft nach Römischen Recht. 1831.—*von Buchholtz*, juristische Abhandlungen. Nr. 2. 1833.—*Wieding*, die Transmission Justinians. 1859.—*Brunns und Sachau*, Syrisch-Römisches Rechtsbuch. Стр. 246 и слѣд. 1880.—*Vangerow*, § 490—492.—*Windscheid*, §§ 599—601.—*Brinz*, §§ 388. 389.

Delatio отмѣняется:

I. *Вслѣдствіе отреченія отъ наслѣдства со стороны лица, которому оно открылось* (*repudiare, recusare, praetermittere, omittere*). Отреченіе отъ наслѣдства опредѣляется вообще тѣми же правилами, что и принятіе¹. Для него не требуется соблюденія особой формы². Отреченіе отъ *hereditas* не ограничено никакимъ срокомъ (за исключеніемъ случая, если испрошено *spatium deliberandi*, § 419 sub 4); отреченіе отъ *bonorum possessio* состоитъ въ томъ, что призванный не дѣлаетъ никакого заявленія въ теченіе года (или ста дней, § 421 пр. 8) (въ современномъ правѣ дѣйствуетъ правило, касающееся *hereditas*). Въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ вслѣдствіе заблужденія или сомнѣнія принятіе наслѣдства было бы ничтожно (§ 419 sub 2), ничтожно и отреченіе³. Отреченіе отъ *hereditas* (если она открылась не юридическому лицу) не можетъ исходить отъ представителя⁴; то же относится къ отреченію отъ *bonorum possessio*,

¹⁵ I. 6. D. h. t. 37, 9.—¹⁶ I. 1. § 19. D. h. t. 37, 9.—¹⁷ I. 5. D. h. t. 37, 9.—¹⁸ I. 1. § 28. I. 3. D. h. t. 37, 9.—¹⁹ I. 1. §§ 17—26. I. 5. D. h. t. 37, 9.

¹ I. 18. D. h. t. 29, 2.—² I. 95. D. h. t. 29, 2.—³ I. 13. § 1. I. 15. I. 17. § 1. I. 23. I. 97. D. h. t. 29, 2.—⁴ I. 2. D. de off. proc. 1, 19.

поскольку дѣло идетъ объ избранномъ представителѣ⁵ (!) (ср. § 421 пр. 4).

II. *Вслѣдствіе того, что призванный лишается способности наследовать, быть назначеннымъ наследникомъ или приобрести наследство* (§ 390 sub II. 2. § 398).

III. *Вслѣдствіе того, что призванный къ наследованію умираетъ, не принявъ наследства*; ибо право принять наследство есть чисто личное право призваннаго⁶; но отсюда есть изъятія. Одно изъятіе (состоящее въ томъ, что призванный ab intestato могъ перенести право принятія другому посредствомъ in iure cessio hereditatis)⁷ исчезло вмѣстѣ съ in iure cessio и въ сборникѣ Юстиніана только одинъ разъ упомянуто мимоходомъ¹⁰. Зато остался цѣлый рядъ другихъ изъятій, которыя обыкновенно обнимаются общимъ названіемъ трансмиссій; сущность трансмиссій состоитъ въ томъ, что по смерти призваннаго наследство можетъ принять другое лицо не по собственному праву, а на основаніи права призваннаго не въ силу своего отношенія къ *наследодателю*, а на основаніи своего отношенія къ *призванному*; въ большинствѣ относящихся сюда случаевъ имѣетъ мѣсто *переходъ призванія (delatio) по наследству*. Отдѣльные случаи трансмиссій суть слѣдующіе:

1. T. n. transmissio ex capite in integrum restitutionis; она имѣетъ мѣсто въ двухъ различныхъ случаяхъ:

а. Если призванный имѣлъ право требовать реституціи противъ *упущенія* принятія наследства и умеръ, еще не потребовавъ реституціи, то это могутъ сдѣлать его наследники¹¹, такъ какъ право на реституцію переходитъ по наследству.

б. Если призванный умираетъ въ то время, *когда наследство еще для него открыто*, но онъ не могъ еще принять его по уважительнымъ причинамъ, то его наследники могутъ требовать реституціи противъ отмѢны delatio, послѣдовавшей вслѣдствіе его смерти. Впрочемъ, это положеніе не высказано въ источникахъ въ видѣ общаго начала, и поэтому многіе его

⁵ l. 1. § 2. D. de succ. ed. 38, 9.—⁶ l. 11. D. de auct. 26, 8, съ одной стороны, и l. 8. D. de b. p. 37, 1; l. 1. §§ 4. 5. D. de succ. ed. 38, 9, съ другой стороны; ср. l. 1. D. de b. p. fur. 37, 3.—⁷ l. 8. C. de bon. quae lib. 6, 61.—⁸ l. 7. C. h. t. 6, 30; l. III. § 5. C. de cad. toll. 6, 51; l. 3. § 7. D. de b. p. 37, 1.—⁹ Gai. 2, 34—37; 3, 85—87; Ulp. 19, 13. 14.—¹⁰ l. 4. § 28. D. de exc. dol. 44, 4.—¹¹ l. 1. C. de rest. mil. 2, 51.

оспариваютъ; но въ источникахъ есть нѣсколько отдѣльных случаевъ, которые указываютъ на существованіе этого общаго начала; оно примѣняется, напр., въ томъ случаѣ, если призванный не принялъ наслѣдства потому, что находился въ отсутствіи по дѣламъ государственнымъ или собственнымъ и не зналъ объ открытіи наслѣдства¹²; далѣе, если онъ по заблужденію опирался на завѣщаніе и поэтому принялъ (ничтожно, § 419 пр. 14) *ex testamento*, а на самомъ дѣлѣ былъ призванъ *ab intestato*¹³; и др.¹⁴⁻¹⁶.

2. *T. n. transm. ex capite infantiae* или *ex iure patrio*. Если дитяти, не достигшему семилѣтняго возраста, открылось наслѣдство, но дитя умерло во время *infantia* и прежде чѣмъ принялъ наслѣдство отецъ, то послѣдній можетъ принять наслѣдство для себя, все равно, состояло ли дитя подъ его отеческою властью или нѣтъ¹⁷. То же правило дѣйствуетъ въ томъ случаѣ, если наслѣдство открылось лицу, которое, хотя уже перешло дѣтскій возрастъ, но находится подъ отеческою властью, и затѣмъ призванный умираетъ, не принявъ наслѣдства (вслѣдствіе отсутствія по уважительной причинѣ)¹⁸.

3. *T. n. transmissio Theodosiana*. По закону императоровъ Θεодосія и Валентиніана¹⁹ (подтвержденному Юстиніаномъ²⁰), если нисходящіе, назначенные наслѣдниками въ завѣщаніи, умираютъ до вскрытія послѣдняго, то на ихъ мѣсто вступаютъ ихъ нисходящіе.

4. *T. n. transmissio Justinianea*. Если призванному къ наслѣдованію было назначено *spatium deliberandi*, и онъ въ теченіе этого *spatium* умеръ, не принявъ наслѣдства и не отрекшись отъ него, то, по постановленію Юстиніана²¹, его наслѣдники могутъ въ теченіе остатка срока принять наслѣдство, открывшееся ихъ наслѣдодателю. Если призванному не было назначено *spatium deliberandi*, но было извѣстно открытіе наслѣдства, и затѣмъ онъ умеръ до истеченія года со времени полученія свѣдѣнія о *delatio*, то наслѣдство могутъ принять

¹² l. 86. pr. D. h. t. 29, 2.—¹³ l. 6. § 1. l. 42. § 3. D. de bon. lib. 38, 2.—¹⁴ l. 3. § 20. l. 4. D. de set. Sil. 29, 5.—¹⁵ l. 4. § 3. l. 5. D. de b. p. c. t. 37, 4.—¹⁶ l. 12. D. de Carb. ed. 37, 10.—¹⁷ l. 18. §§ 1. 3. C. h. t. 6, 30.—¹⁸ l. 30. pr. D. h. t. 29, 2.—¹⁹ l. un. C. de his qui ante ap. tab. her. transm. 6, 52.—²⁰ l. un. § 5. C. de cad. toll. 6, 51.—²¹ Ulp. fr. 17. §§ 1. 2.—²² l. un. § 5. C. de cad. toll. 6, 51.—²³ l. 19. C. h. t. 6, 30.

его наслѣдники въ теченіе оставшейся части года. Если призванный умеръ, не узнавъ объ открытіи, то, по господствующему мнѣнію, трансmissiі не можетъ быть; противное мнѣніе опровергается словами Юстиніанова закона и еще однимъ мѣстомъ²⁴.

Прежніе юристы утверждали существованіе еще одного случая трансmissiі: т. н. transm. ex capite suitatis; подъ этимъ они разумѣли то правило, по которому, въ случаѣ смерти suus heres безъ изъявленія о принятіи отцовскаго наслѣдства, послѣднее достается его наслѣднику; конечно, это правило существуетъ, но это не есть трансmissiа, потому что suus heres ipso iure приобрѣлъ отцовское наслѣдство.

2) § 425. Послѣдствія отмѣны delatio.

Mayer, das Recht der Anwachsung bei dem testamentarischen und gesetzlichen Erbrecht und bei Legaten und Fideicommissen. 1835. — *von Buchholtz*, jur. Abhandl. Nr. 4. 1833. — *von Rummel*, das Verh. des Fiscus zu den bona vacantia. 1840. — *Baron*, Gesamtrechtsverhältnisse. § 40. 1864. — *Scheurl*, Theilung von Rechten. стр. 108 и сл. 1884. — *Hofmann*, Kritische Studien. Nr. III (über den Grund des Anwachsungsrechtes unter Miterben). Nr. V (Anwachsungsrecht beim test. militis). Стр. 57—99. 179—193. 1885. — *Vangerow*, §§ 493—496. 564. — *Windscheid*, §§ 570. 603. 604. 622. — *Brinz*, §§ 390. 391. 431. — *Baron*, §§ 165. 167.

Послѣдствіемъ отмѣны delatio, смотря по обстоятельствамъ конкретного случая, можетъ быть одно изъ трехъ: наступаетъ или новое открытіе, или право приращенія, или выморочность имущества.

I. Новое открытіе въ области завѣщательнаго наслѣдованія бываетъ въ томъ случаѣ, если назначенъ субститутъ; въ области законнаго наслѣдованія, если есть такой родственникъ, къ которому примѣняется successio graduum или ordinum. Далѣе, въ томъ случаѣ, если на мѣсто завѣщательнаго наслѣдованія наступаетъ наслѣдованіе по закону.

II. Право приращенія¹ бываетъ въ томъ случаѣ, если нѣтъ на лицо условій, необходимыхъ для новаго открытія, но рядомъ съ тѣмъ призваннымъ, призывъ котораго отмѣненъ, есть еще другіе призванные. Дѣло въ томъ, что если къ одному наслѣд-

²⁴ l. 7. C. h. t. 6, 30. — ²⁵ l. 19. pr. C. h. t. 6, 30.

¹ t. C. 6, 10: quando non petentium partes petentibus ad crescant; 6, 51: de caducis tollendis.

ству призвано нѣсколько лицъ, то каждое изъ нихъ имѣетъ притязаніе на *цѣлое* наслѣдство²; это относится и къ тому случаю, если завѣщатель, назначая наслѣдниками нѣсколькихъ лицъ, опредѣлилъ ихъ доли; ибо опредѣленіе долей не заключаетъ въ себѣ отрицанія правъ каждаго на цѣлое наслѣдство, а только указываетъ масштабъ, по которому назначенные должны осуществить свои притязанія на все *въ томъ случаѣ, если они все приобретутъ наслѣдство*. Притязаніе на все является осуществимымъ лишь тогда, когда своимъ правомъ пользуется только одинъ наслѣдникъ; если же это дѣлаютъ нѣсколько наслѣдниковъ, то по необходимости приходится подѣлиться: *concurso fiunt partes*; если же одинъ изъ призванныхъ не приобретаетъ наслѣдства, то ему и выдѣлять ничего не надо; вотъ этотъ главнымъ образомъ случай источники и называютъ *ius accrescendi*. *Это названіе неточно; вѣрнѣе было бы сказать: non decrescit*, потому что, если не приобретаетъ одинъ изъ призванныхъ, у другого только не отнимается то, на что онъ имѣетъ притязаніе безъ конкуренціи перваго. Изъ такой природы права приращенія вытекаютъ слѣд. правила:

1. *Право приращенія изъято изъ произвола наслѣдодателя*; хотя онъ можетъ косвенно устранить его посредствомъ подназначеній (субституцій) и ограничить его нѣсколькими лицами посредствомъ соединеній наслѣдниковъ въ группы, прямо запретить его онъ, однако, не можетъ. Только въ *testamentum militare*, по р. пр., *ius accrescendi* зависѣло отъ произвола наслѣдодателя³. (Отмѣнено по RMG. 1874 г. § 44).

2. *Право приращенія изъято изъ произвола наслѣдника*; доля отпавшаго приращается *ipso iure*, т. е. безъ вѣдома и воли наслѣдника и даже противъ его воли; наслѣдникъ не долженъ приращающуюся долю особо принимать⁴ и не можетъ отъ нея отречься⁵.

3. *Приращеніе слѣдуетъ отличать отъ новаго открытія одной изъ наслѣдственныхъ долей одному изъ сонаслѣдниковъ (въ силу субституціи)*: послѣднее можетъ имѣть мѣсто только

² l. 80. D. de leg. 3 (32). — ^{2a} l. 1. § 3. D. de usufr. adcr. 7, 2. — ^{2b} l. 2. § 8. D. de b. p. s. t. 37, 11; l. un. § 3. 4. 7. C. de cad. toll. 6, 51. — ³ l. 37. D. de test. mil. 29, 1. — ⁴ l. 31. l. 76. pr. D. h. t. 29, 2; l. 2. § 8. D. de b. p. s. t. 37, 11; l. un. § 10. C. h. t. 6, 51. — ⁵ l. 35. pr. l. 53. § 1. D. h. t. 29, 2; l. 59. § 7. D. de h. i. 28, 5; l. un. § 10. C. h. t. 6, 51. — ⁶ l. 61. D. h. t. 29, 2. — ⁷ l. 55. l. 56. D. h. t. 29, 2.

въ томъ случаѣ, если еще живетъ сонаслѣдникъ⁸; первое, въ случаѣ смерти сонаслѣдника, происходитъ въ лицѣ его наслѣдниковъ⁹; отсюда новая юридическая поговорка: *portio portioni accrescit, non personae*.

Еще о *ius accrescendi* слѣдуетъ замѣтить:

а. *Въ области завѣщательнаго наслѣдованія*. По общему правилу, доля отпавшаго приращается *всѣмъ* наслѣдникамъ соразмѣрно ихъ наслѣдственнымъ долямъ¹⁰. Иныя правила примѣняются въ томъ случаѣ, если отпавшій былъ призванъ въ соединеніи съ другими (*coniuncti*); самыя правила прежде были очень спорны; теперь почти всѣ согласны, что въ случаѣ простого словеснаго соединенія нѣсколькихъ назначеній (*verbis coniuncti*, напр., *Titius heres esto ex parte dimidia, Seius et Gaius ex aequis partibus heredes sunt*)¹¹ не бываетъ никакой перемѣны въ правилахъ приращенія, такъ какъ словесное соединеніе есть не больше, какъ краткій способъ выраженія¹²; но если завѣщатель соединилъ нѣсколькихъ назначенныхъ *re et verbis* или *re* (§ 399 пр. 3 — 5), и если одинъ изъ нихъ отпалъ, то его доля приращается прежде всего соединеннымъ съ нимъ¹³ (потому что *coniuncti propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt*), и лишь если и они отпали, она приращается прочимъ сонаслѣдникамъ.

б. *Въ области наслѣдованія по закону* способъ приращенія зависитъ отъ способа раздѣла (§ 411): если раздѣлъ поголовный, то приращеніе получаютъ поровну всѣ сонаслѣдники; если раздѣлъ поколѣнный или полинейный, то приращеніе достается прежде всего наслѣдникамъ, принадлежащимъ къ тому же колѣну или къ той же линіи, къ которой принадлежалъ отпавшій¹⁷, если же и они отпали, то тогда уже прочимъ сонаслѣдникамъ. Тамъ, гдѣ доля сонаслѣдника не можетъ перейти извѣстнаго высшаго предѣла (доля бѣдной вдовы и виѣбрач-

⁸ l. 59. § 6. D. de h. i. 28, 5; противорѣчащую l. 53. пр. D. h. t. 29, 2 необходимо исправить, а именно, вмѣсто *posteaque* слѣдуетъ читать *posteaquam*. — ⁹ l. 26. § 1. D. de cond. 35, 1; l. 9. D. de suis 38, 16; l. un. § 10. C. h. t. 6, 51. — ¹⁰ l. 59. § 3. l. 63. l. 66. D. de h. i. 28, 5. — ¹¹ ср. l. 89. D. de leg. 3 (32). — ¹² l. 66. D. de h. i. 28, 5. — ¹³ l. 59. § 3. D. de h. i. 28, 5; l. un. § 10. C. h. t. 6, 51. — ¹⁴ l. 17. §§ 1. 2. l. 63. D. de h. i. 28, 5. — ¹⁵ Gai. 2, 206. 207; Ulp. 17. 18. — ¹⁶ l. un. C. h. t. 6, 51; l. 2. § 6. l. 3. § 6. C. de vet. i. enucl. 1, 17. — ¹⁷ l. 12. пр. D. de b. p. c. t. 37, 4.

ныхъ дѣтей, § 409), приращеніе не идетъ выше этого предѣла¹⁸.

III. *Выморочность наслѣдства* (*bona vacantia*) наступаетъ въ томъ случаѣ¹⁹, если нѣтъ на лицо ни завѣщательнаго, ни законнаго наслѣдника; если есть чрезвычайный законный наслѣдникъ, то выморочной является только часть наслѣдства. Какъ безхозяйныя, вещи выморочнаго наслѣдства первоначально подлежали завладѣнію каждаго²⁰; со времени *l. Julia et Papia Poppaea* выморочное имущество открывается государству²¹ (первоначально *aerarium pop. Rom.*, впослѣдствіи фиску). Фискъ можетъ принять *bona vacantia* или отречься отъ нихъ²²; въ случаѣ отреченія надъ ними открывается конкурсъ; въ случаѣ принятія фискъ дѣлается универсальнымъ преемникомъ, стало быть, хотя онъ и не наслѣдникъ, но находится въ томъ же положеніи, что и наслѣдникъ²³; въ частности отвѣчаетъ за долги не только (какъ многіе полагаютъ)²⁴ въ размѣрѣ наслѣдства, но и за этимъ предѣломъ; отсюда исключается случай, если фискъ воспользовался *benef. inventarii* (§ 427 пр. 7); отказы фискъ обязанъ уплатить даже и въ томъ случаѣ, если они назначены въ *testam. destitutum*²⁵. Онъ можетъ освободиться отъ всякой отвѣтственности, отчудивъ наслѣдство; покупщикъ послѣдняго вступаетъ на его мѣсто²⁶ (§ 436).—Право фиска погашается четырехлѣтнею давностью²⁷.—Прежде было очень распространено мнѣніе, по которому фискъ собственно не есть универсальный преемникъ умершаго, а только привилегированный оккупантъ наслѣдственныхъ вещей (въ силу права верховенства) и, стало быть, только сингулярный преемникъ умершаго; отсюда, далѣе, выводили то слѣдствіе, что если части наслѣдства находятся въ различныхъ территоріяхъ, то ими можетъ овладѣвать фискъ каждой отдѣльной территоріи. Это мнѣніе противорѣчитъ яснымъ опредѣленіямъ источниковъ; его слѣдствіе надо отвергнуть и, напротивъ, утверждать,

¹⁸ ср. *l. 6. pr. D. de b. p. 37, 1.* — ¹⁹ *t. C. 10, 10: de bon. vac. et de incorp.* — ²⁰ *Cic. de leg. 2, 19.* — ²¹ *Ulp. 28, 7; l. 96. § 1. D. de leg. 1 (30); l. 4. C. de bon. vac. 10, 10.* — ²² *l. 6. § 3. D. ad sct. Treb. 36, 1; l. 4. §§ 17. 19. 20. D. de lib. fid. 40, 5.* — ²³ *l. 20. § 7. D. de h. p. 5, 3.* — ²⁴ На основаніи *l. 1. § 1. l. 11. D. de i. f. 49, 14.* — ²⁵ *l. 96. § 1. l. 114. § 2. D. de leg. 1 (30); l. 14. D. de i. f. 49, 14.* — ²⁶ *l. 13. § 9. l. 54. pr. D. de h. p. 5, 3; l. 41. D. de i. f. 49, 14; l. 1. C. de her. vend. 4, 39.* — ²⁷ *l. 1. C. de quadr. p. 7, 37.*

что все наслѣдство достается фиску *мѣстожительства* наслѣдодателя.—Фиску предшествуютъ нѣкоторыя корпораціи: отдѣленіе войска, къ которому принадлежалъ умершій²⁸, городскія куріи²⁹, общество корабельщиковъ³⁰, императорскія оружейныя фабрики³¹, церкви и монастыри³² по отношенію къ наслѣдству декуріона, корабельщика, мастера оружейной фабрики, священника и монаха (теперь осталось только преимущество отдѣленія войска и церкви).

РАЗДѢЛЬ ТРЕТІЙ.

§ 426. Отмѣна приобрѣтенія наслѣдства.

W. Eck, Indignität und Enterbung. 1894.—*Vangerow*, § 565.—*Windscheid*, §§ 669—674.—*Brinz*, §§ 396. 431.

По общему правилу приобрѣтеніе наслѣдства не можетъ быть отмѣнено ни на будущее время, ни обратно: *semel heres semper heres*. Но есть исключенія въ обоихъ направленіяхъ:

I. *На будущее время отмѣняется* приобрѣтеніе наслѣдства въ тѣхъ случаяхъ, когда назначеніе наслѣдника сдѣлано подъ резолютивнымъ условіемъ или срокомъ (§ 401). Этотъ случай устраненъ по RMG. 2-го мая 1874 г. § 44.

II. *Обратно отмѣняется* приобрѣтеніе наслѣдства:

1. Въ случаѣ *rescissio завѣщанія*, на основаніи котораго наслѣдство было приобрѣтено (§§ 396. 415).

2. Въ случаѣ, если наслѣдникъ воспользовался *benef. abstinenti* (§ 420).

3. Въ случаѣ, если наслѣдникъ получаетъ *in integrum restitutio* противъ принятія наслѣдства или вмѣшательства въ наслѣдственныя дѣла. Основаніемъ реституціи можетъ быть *minor aetas*¹ и страхъ, возбужденный угрозами²; въ случаѣ заблужденія относительно состава наслѣдства реституція дается только наслѣднику-солдату³. Послѣдствія реституціи вообще таковы же, какъ въ случаѣ воздержанія *suus heres* (§ 420); стало быть, наслѣдственная доля получившаго *resti-*

²⁸ l. 6. § 7. D. de ini. 28, 3; l. 2. C. de her. dec. 6, 62.—²⁹ l. 4. C. de her. decur. 6, 62.—³⁰ l. 1. C. de her. decur. 6, 62.—³¹ l. 5. C. de her. decur. 6, 62.—³² l. 20. C. de episc. 1, 3; Nov. 131. c. 13.—³³ l. un. C. si lib. imp. 10, 14.

¹ l. 57. § 1. D. h. t. 29, 2; l. 1. C. si minor 2, 39; § 5. I. h. t. 2, 19.—² l. 21. § 5. D. qu. m. 4, 2; l. 85. D. h. t. 29, 2.—³ § 6. I. h. t. 2, 19.

tutio достается субститутамъ, сонаслѣдникамъ, наслѣдникамъ по закону⁴.

4. Если призванный, но не приобрѣвшій наслѣдства вслѣдствіе отреченія или по другимъ причинамъ, получаетъ реституцію противъ непріобрѣтенія; тогда наслѣдство теряетъ тотъ, кто былъ призванъ послѣ него и приобрѣлъ⁶.

5. Если у наслѣдника отнимается наслѣдство за indignitas (auferre, eipere)⁷. За недостойнымъ остается только названіе heres; онъ лишается всѣхъ наслѣдственныхъ правъ и освобождается отъ всѣхъ обязательствъ изъ приобрѣтенія наслѣдства⁸; его распоряженія наслѣдственными вещами дѣлаются ничтожными⁹; если ему принадлежали требованія противъ наслѣдодателя или вещныя права на его вещи, прекратившіяся вслѣдствіе принятія наслѣдства (по confusio), то они ему не восстанавливаются¹⁰, за исключеніемъ случая, если онъ принялъ наслѣдство по извинительному заблужденію¹¹; если основаніемъ indignitatis былъ dolus недостойнаго, то онъ—недобросовѣстный владѣлецъ, въ противномъ случаѣ—добросовѣстный¹². Кто вступаетъ на мѣсто недостойнаго (—по общему правилу, эрипентомъ бываетъ фискъ—), тотъ дѣлается универсальнымъ преемникомъ и, стало быть, находится въ положеніи наслѣдника¹³: онъ долженъ уплатить наслѣдственные долги и отказы¹⁴. Отдѣльныя основанія недостойности можно раздѣлить на четыре класса:

а. *Проступки приобрѣтателя противъ личности наслѣдодателя.* На этомъ основаніи признается недостойнымъ, α) ктоумышленно или виновно былъ причиною смерти наслѣдодателя¹⁵; β) кто не преслѣдуетъ судомъ убійцы наслѣдодателя¹⁶; γ) кто неосновательно оспариваетъ правоспособность наслѣдо-

⁴ 1. 6. § 3. D. de bon. lib. 38, 2; 1. 1. § 10. 1. 2. §. 10. D. ad set. Tert. 38, 17; 1. 7. § 10. D. de min. 4, 4; 1. 61. D. h. t. 29, 2; отступающее мнѣніе Папиніана см. въ 1. 2. D. de succ. ed. 38, 9.—⁵ 1. 8. § 6. C. de bon. quae lib. 6, 61.—⁶ 1. 1. 1. 2. C. si ut omissam 2, 40; 1. 2. C. si minor 2, 39.—⁷ t. D. 34, 9: de his quae ut indignis auferuntur; t. C. 6, 35: de his quibus ut indignis hereditates auferuntur et ad set. Silanianum.—⁸ 1. 9. § 2. 1. 18. D. h. t. 34, 9; 1. 8. 1. 9. C. h. t. 6, 35.—⁹ 1. 5. § 5. D. h. t. 34, 9.—¹⁰ 1. 47. § 5. D. de adm. 26, 7.—¹¹ 1. 8. 1. 18. § 1. D. h. t. 34, 9.—¹² 1. 17. D. h. t. 34, 9.—¹³ 1. 17. 1. 18. pr. D. h. t. 34, 9; 1. 1. C. h. t. 6, 35.—¹⁴ 1. 20. §§ 6. 7. D. de h. p. 5, 3.—¹⁵ 1. 9. D. de set. Sil. 29, 5; 1. 50. § 2. D. de leg. 1 (30); 1. 3. § 4. 1. 14. D. de i. f. 49, 14.—¹⁶ 1. 3. D. h. t. 34, 9; 1. 10. C. h. t. 6, 35.—¹⁷ 1. 21. D. h. t. 34, 9; 1. 6. 1. 7. C. h. t. 6, 35.

дателя¹⁷; δ) кто распорядился по договору наслѣдствомъ наслѣдодателя при его жизни и безъ его согласія¹⁸ (§ 390 пр. 15); ε) кто оставилъ безъ призрѣнія душевно-больного наслѣдодателя¹⁹; ζ) кто не выкупилъ наслѣдодателя изъ плѣна²⁰. Въ случаяхъ α — δ на мѣсто недостойнаго вступаетъ фискъ, въ случаѣ ε лицо, ухаживавшее за наслѣдодателемъ, въ случаѣ ζ церковь его мѣстожителства.

в. *Дѣйствія противъ послѣдней воли.* На этомъ основаніи признается недостойнымъ, α) кто препятствуетъ кому либо составить или отмѣнить послѣднюю волю²¹; β) кто неосновательно оспариваетъ послѣднюю волю, какъ неподлинную или какъ противную праву на обязательную долю²²; γ) пупиллярный субститутъ, который ложно обвиняетъ мать пупилла въ подкинутыи дитяти²³; δ) кто уничтожилъ документъ послѣдней воли²⁴; ε) кто утаилъ что либо изъ наслѣдства, тотъ лишается права на quarta Falcidia изъ него²⁵. Во всѣхъ этихъ случаяхъ на мѣсто недостойнаго вступаетъ фискъ. ζ) Кто уклоняется отъ порученныхъ ему наслѣдодателемъ заботъ о погребеніи или отъ воспитанія и опеки, тотъ теряетъ наслѣдство въ пользу другихъ наслѣдниковъ²⁶; η) кто въ теченіе года послѣ судебного напominанія объ исполненіи не исполнилъ возложеній (modus) завѣщателя, тотъ лишается наслѣдства прежде всего въ пользу субститута, затѣмъ по порядку въ пользу сонаслѣдниковъ, универсальныхъ фидеикоммиссаріевъ, легатаріевъ, наслѣдниковъ по закону, наконецъ, въ пользу каждаго, кто предложитъ исполнить возложеніе, а если и такого не будетъ, то въ пользу казны²⁷.

с. *Нарушенія предписаній закона.* На этомъ основаніи признается недостойнымъ: α) кто обѣщалъ наслѣдодателю выдать наслѣдство или часть его лицу, лишенному *capacitas* (*fideicommissum tacitum*)²⁸; β) кто завѣдомо жилъ съ наслѣдо-

¹⁷ l. 9. § 2. D. h. t. 34, 9. — ¹⁸ l. 2. § 3. D. h. t. 34, 9; l. 29. § 2. l. 30. D. de don. 39, 5. — ¹⁹ Nov. 115. c. 3. § 12. — ²⁰ Nov. 115. c. 3. § 13. c. 4. § 7. — ²¹ l. 19. D. h. t. 34, 9; t. D. 29, 6; t. C. 6, 34; si quis al. test. prohib. — ²² l. 5. pr. §§ 1—18. l. 7. l. 15. l. 22. D. h. t. 34, 9; l. 8. § 14. l. 22. §§ 2. 3. D. de inoff. test. 5, 2; l. 13. § 9. l. 22. § 1. D. de iure fisci 49, 14; l. 6. C. ad l. Corn. de fals. 9, 22. — ²³ l. 16. pr. D. h. t. 34, 9. — ²⁴ l. 26. D. de lege Corn. de fals. 48, 10. — ²⁵ l. 6. D. h. t. 34, 9. — ²⁶ l. 12. § 4. D. de rel. 11, 7; l. 1. § 3. D. ubi pup. ed. 27, 2; l. 5. § 2. D. h. t. 34, 9. — ²⁷ Nov. 1. cc. 1. 4. — ²⁸ l. 10. l. 11. l. 18. l. 23. D. h. t. 34, 9.

дателемъ въ запрещенной половой связи²⁹. Въ обоихъ случаяхъ на мѣсто недостойнаго вступаетъ фискъ.

d. *Воля наследодателя, чтобы определенное лицо не было наследникомъ.* На этомъ основаніи признается недостойнымъ: α) то лицо, которое наследодатель назвалъ незаслуживающимъ назначенія³⁰; β) назначенный въ завѣщаніи наследникъ, назначеніе котораго завѣщатель хотѣлъ отмѣнить, но отмѣнилъ неуспѣшно, назначивъ во второмъ завѣщаніи неспособныхъ къ наследованію³¹; γ) кто назначенъ завѣщателемъ, какъ дитя, а на самомъ дѣлѣ былъ подкинутъ³². Во всѣхъ трехъ случаяхъ на мѣсто недостойнаго вступаетъ фискъ.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Правоотношенія наследника.

І. § 427. Вообще.

Vangerow, §§ 501—504.—*Windscheid*, §§ 605—607.—*Brinz*, §§ 376. 397—399.—*Baron*, § 164.

Положеніе наследника опредѣляется двумя правилами:

- 1) *наследникъ есть универсальный преемникъ наследодателя;*
- 2) *наследникъ связанъ распоряженіями, сдѣланными завѣщателемъ.*

І. *Наследникъ есть универсальный преемникъ*¹. Это не значить, что на наследника переходитъ имущественная юридическая личность наследодателя, какъ полагаютъ многіе новые юристы; эта личность продолжаетъ существовать по смерти наследодателя только до тѣхъ поръ, пока наследство покоится (§ 389); да и немыслимо совмѣщать въ себѣ двѣ или нѣсколько личностей того же рода. Нѣтъ, это значить, что на наследника *по одному акту* переходятъ *всѣ* имущественныя права и обязанности наследодателя, кромѣ чисто личныхъ² (§ 47 sub II); они смѣшиваются съ правами и обязательствами наследника, дѣлаясь составными частями его имущества; владѣніе наследодателя безъ особой apprehensio не переходитъ на наслед-

²⁹ I. 2. § 1. I. 13. I. 14. D. h. t. 34, 9; I. 4. C. de inc. nupt. 5. 5.—³⁰ I. 4. C. h. t. 6, 35.—³¹ I. 12. D. h. t. 34, 9.—³² I. 46. D. de i. f. 49, 14.

¹ I. 62. D. de r. i. 50, 17.—² I. 37. I. 54. D. de r. i. 50, 17.

ника³, потому что владѣніе есть не право, а фактическое отношеніе.—Изъ вышесказаннаго слѣдуетъ:

1. Если наслѣдникъ имѣлъ требованія противъ наслѣдодателя или вещныя права на его вещи, то они прекращаются (по *confusio*)⁴. То же въ обратномъ случаѣ.

2. Доли наслѣдодателя дѣлаются долями наслѣдника, и послѣдній отвѣчаетъ за нихъ, какъ за свои доли, хотя бы они превышали цѣнность полученнаго по наслѣдству⁵. Чтобы въ этомъ отношеніи по возможности предохранить себя отъ убытковъ, призванный къ наслѣдованію, по преторскому праву, можетъ себѣ испросить срокъ для размышленія (§ 419 sub 4). Болѣе дѣйствительныя средства дало императорское право. По постановленію Гордіана, солдаты отвѣчали всегда только въ размѣрѣ наслѣдства⁶. По постановленію Юстиніана⁷, каждому предоставляется на выборъ⁸: или испросить срокъ для размышленія, или составить опись (т. н. *beneficium inventarii*). Если наслѣдникъ выбираетъ второе, то онъ долженъ пригласить нотаріуса и свѣдущихъ оцѣнщиковъ, далѣе, вѣрителей и отказополучателей или (за ихъ отсутствіемъ) трехъ свидѣтелей и при ихъ участіи составить подробную опись наслѣдству; онъ долженъ начать составленіе описи въ теченіе тридцати дней послѣ полученія свѣдѣнія объ открытіи наслѣдства, а въ теченіе слѣдующихъ шестидесяти дней опись должна быть окончена; если же наслѣдникъ не присутствуетъ на мѣстѣ, гдѣ находится наслѣдство или большая его часть, то ему дается годъ отъ смерти наслѣдодателя⁹. Въ теченіе этого времени вѣрители и отказополучатели не должны беспокоить наслѣдника¹⁰ (но если наслѣдство слишкомъ обременено долгами, то, по Уставу о конкурсахъ § 205, они могутъ требовать открытія конкурса); по окончаніи *inventarium* они могутъ потребовать отъ наслѣдника подтвержденія подъ присягой, что онъ добросовѣстно составилъ опись¹¹. Наслѣдникъ, составившій надлежащимъ образомъ опись (т. н. *beneficialis* наслѣдникъ), отвѣчаетъ предъ наслѣдственными вѣрителями только въ размѣрѣ наслѣдства¹²; его требованія

³ l. 23. pr. l. 30. § 5. D. de a. p. 41, 2.—⁴ l. 2. § 18. D. de her. vend. 18, 4; l. 75. D. de sol. 46, 3; l. 18. D. de serv. 8, 1; l. 116. § 4. D. de leg. 1 (30).—⁵ l. 8. pr. D. de a. h. 29, 2; l. 36. D. de bon. lib. 38, 2.—⁶ l. 22. pr. § 15. C. de i. del. 6, 30.—⁷ l. 22. C. de i. del. 6, 30.—⁸ l. 22. § 14. cit.—⁹ l. 22. §§ 2. 3. cit.; Nov. l. c. 2. § 1.—¹⁰ l. 22. § 11. cit.—¹¹ l. 22. § 10. cit.—¹² l. 22. § 4. cit.

и его вещныя права на вещи наслѣдодателя, и обратно, не признаются прекращенными по *confusio*¹³; издержки на погребеніе наслѣдодателя, на вскрытіе завѣщанія, на составленіе описи также погашаются изъ наслѣдства. Наслѣдникъ можетъ удовлетворять вѣрителей и отказополучателей въ томъ порядкѣ, въ какомъ они являются, и для этой цѣли онъ можетъ продавать и давать вмѣсто платежа наслѣдственныя вещи; если такимъ образомъ наслѣдственная масса исчерпана, то неудовлетворенные вѣрители могутъ обращаться съ притязаніями противъ удовлетворенныхъ отказополучателей; неудовлетворенные вѣрители подъ залогъ могутъ сверхъ того обращаться съ притязаніями противъ тѣхъ личныхъ вѣрителей и послѣдующихъ вѣрителей подъ залогъ, которые получили удовлетвореніе изъ суммы, вырученной отъ продажи предмета залога или получили предметъ залога вмѣсто платежа, но съ покупателя предмета залога они ничего взыскивать не могутъ¹⁴.

3. *За доли наслѣдника, которые существуютъ въ моментъ приобрѣтенія наслѣдства, отвѣчаетъ все имущество наслѣдника, стало быть, въ томъ числѣ и приобрѣтенное по наслѣдству.* Чтобы это не причинило вреда вѣрителямъ наслѣдодателя и отказополучателямъ, имъ дается (уже въ классическомъ правѣ) т. н. *beneficium separationis*¹⁵, т. е. они могутъ требовать отъ суда¹⁶ распоряженія, чтобы наслѣдство сначала пошло на ихъ удовлетвореніе, и лишь остатокъ былъ бы употребленъ на удовлетвореніе прочихъ вѣрителей наслѣдника¹⁷; съ другой стороны, если наслѣдства не хватаетъ, то они не могутъ взыскивать долговъ съ наслѣдника, за исключеніемъ случая, если они воспользовались *ben. separationis* по извинительному заблужденію¹⁸. *Benef. separationis* отпадаетъ: 1) по истеченіи пяти лѣтъ со времени приобрѣтенія наслѣдства¹⁹; 2) если и поскольку наслѣдство смѣшано съ имуществомъ наслѣдника²⁰; 3) если и поскольку наслѣдникъ добросовѣстно отчудилъ наслѣдственныя вещи²¹; 4) если и поскольку вѣрители наслѣдодателя заявили, что они желаютъ обратиться за

¹³ l. 22. § 9. cit.—¹⁴ l. 22. §§ 4—8. cit.—^{14a} Reichsconcursordnung §§ 203—205.—¹⁵ t. D. 42, 6: de separationibus.—¹⁶ l. 1. pr. § 14. D. h. t. 42, 6.—¹⁷ l. 1. § 1. l. 6. pr. D. h. t. 42, 6.—¹⁸ l. 1. § 17. l. 5. D. h. t. 42, 6; въ послѣдней отступающее мнѣніе Папиніана въ l. 3. § 2. D. h. t. прямо отвергнуто.—¹⁹ l. 1. § 13. D. h. t. 42, 6.—²⁰ l. 1. § 12. D. h. t. 42, 6.—²¹ l. 2. D. h. t. 42, 6.

удовлетвореніемъ къ наслѣднику (si heredem secuti sunt)²².— Вѣрители наслѣдника, принимающаго обремененное долгами наслѣдство, не имѣютъ benef. separat. по отношенію къ его собственному имуществу²³, за исключеніемъ случая, если наслѣдникъ принявъ наслѣдство только съ цѣлью причинить убытки своимъ вѣрителямъ и т. п.²⁴.

II. *Наслѣдникъ связанъ распоряженіями наслѣдодателя.* Наслѣдодатель въ своемъ распоряженіи на случай смерти можетъ не только назначить наслѣдника, но и распорядиться о выдачѣ отказовъ, о погребеніи и надгробномъ памятникѣ, назначить опекуновъ, распорядиться о воспитаніи своихъ дѣтей, о неотчуждаемости наслѣдственныхъ вещей или извѣстномъ способѣ управленія ими или ихъ употребленія. Всѣ эти распоряженія наслѣдодателя признаются дѣйствительными²⁵, если они только не nuda praeserta (§ 60 пр. 14. 15) и если наслѣдодатель не вышелъ изъ законныхъ предѣловъ распоряженія (см. § 446). Наслѣдникъ связанъ этими распоряженіями, поскольку они къ нему относятся²⁶; и объ ихъ соблюденіи со стороны третьихъ лицъ онъ тоже обязанъ заботиться²⁷.

II. § 428. Въ частности, правоотношенія сонаслѣдниковъ.

t. D. X, 2; t. C. III, 36: familiae ereiscundae. — t. C. III, 38: communia utriusque iudicii tam familiae ereiscundae quam communi dividundo.— Vangerow, § 514.— Windscheid, § 608.— Brinz, §§ 407. 408.— Baron, § 165.

Если нѣсколько лицъ сдѣлались наслѣдниками, то каждый по возможности получаетъ долю отдѣльныхъ имущественныхъ правъ и обязанностей, соразмѣрную его наслѣдственной доле. Въ частности слѣдуетъ различать: а) дѣлимые вещныя права, кромѣ закладнаго права (право собственности, узуфруктъ, эмфитевзисъ, суперфицій); здѣсь между сонаслѣдниками возникаетъ общая собственность и т. д.; б) недѣлимые вещныя права (вещные сервитуты, usus) и закладное право (§ 191 пр. 2. 3); каждый сонаслѣдникъ управомоченъ in solidum; в) обязательства; смотря по тому, дѣлимы ли они или недѣлимы, возникаетъ столько отдѣльныхъ частичныхъ обязательствъ

²² 1. 1. §§ 10. 11. 15. 16. D. h. t. 42, 6.—²³ 1. 1. § 2. D. h. t. 42, 6.—²⁴ 1. 1. §§ 5. 6. D. h. t. 42, 6.—²⁵ 1. 7. § 1. i. f. D. de ann. 33, 1.—²⁶ 1. 5. § 2. D. de o. et a. 44, 7; § 5. I. de obl. qu. ex contr. 3, 27; 1. 5. §§ 3. 4. D. qu. ex c. in poss. 42, 4.—²⁷ 1. 19. D. de leg. 3 (32).

или солидарныхъ, сколько есть наслѣдниковъ (§ 244 пр. 12 и слѣд.).—По отношенію ко всѣмъ правамъ, за исключеніемъ дѣлимыхъ обязательствъ, сонаслѣдники находятся въ т. н. случайномъ общеніи, поэтому къ нимъ примѣняются правила §-а 304-го. Тамъ же упомянутая *actio familiae erciscundae* (*actio duplex*, § 83) подчиняется слѣд. началамъ:

1. *Предметомъ процесса* служить все наслѣдство¹; исключается то, а) что по существу недѣлимо (напр., вещные сервитуты); б) что по своему назначенію должно остаться нераздѣленнымъ (какъ документы и мѣста погребенія)²; в) что уже раздѣлено между наслѣдниками³, а именно, наслѣдодатель можетъ между ними раздѣлить отдѣльныя вещи или все наслѣдство (§ 394 пр. 11); д) вещи, владѣніе которыми запрещено частнымъ лицамъ (въ источникахъ названы яды, запрещенныя книги⁴), или тѣ, которыя наслѣдодатель добылъ преступленіемъ⁵; е) всѣ обязательства, потому что дѣлимые обязательства уже раздѣлены, а недѣлимые касаются каждаго *in solidum*; но если въ наслѣдствѣ есть нѣсколько дѣлимыхъ требованій или долговъ, то часто интересъ наслѣдниковъ требуетъ, чтобы на долю одного пришлось одно требованіе *цѣлое* (или цѣлый долгъ), на долю другого—другое; поэтому судья имѣетъ право ввести и обязательства въ процессъ о раздѣлѣ⁶.

2. *Правила раздѣла.* Правила §-а 302 пр. 20 и слѣд. примѣняются и здѣсь; слѣдуетъ еще прибавить, что судья долженъ руководствоваться распоряженіями наслѣдодателя, и что не требуется, чтобы раздѣлъ происходилъ между *всѣми* сонаслѣдниками⁷ (напр., если нѣкоторые желаютъ продолжать общеніе).

3. *И тѣ притязанія, которыя возникли между сонаслѣдниками изъ случайнаго общенія*, подлежатъ разбору судьи⁸; въ чемъ могутъ заключаться эти притязанія, объ этомъ уже мы говорили въ § 304 пр. 2—6. Вотъ по поводу этихъ притязаній и называется *actio familiae erciscundae* смѣшаннымъ искомъ: *tam in rem quam in personam* (§ 80 пр. 12. 13).

¹ 1. 25. § 20. D. h. t. 10, 2. — ² 1. 4. § 3. 1. 5. 1. 6. 1. 30. D. h. t. 10, 2; 1. 4. C. de rel. 3, 44. — ³ 1. 44. пр. D. h. t. 10, 2; 1. 1. C. h. t. 3, 36. — ⁴ 1. 4. § 1. D. h. t. 10, 2. — ⁵ 1. 4. § 2. D. h. t. 10, 2. — ⁶ 1. 3. 1. 2. § 5. 1. 20. §§ 3. 5. D. h. t. 10, 2. — ⁷ 1. 2. § 4. D. h. t. 10, 2; для пониманія Pauli s. r. I, 18. § 4. ср. 1. 17. C. h. t. 3, 36. — ⁸ 1. 22. § 4. 1. 44. пр. D. h. t. 10, 2.

§ 429. Обязанность внесенія имущества (collatio).

t. D. XXXVII, 6: de collatione bonorum; XXXVII, 7: de dotis collatione.—
t. C. VI, 20: de collationibus.—*Francke*, Civilistische Abhandlungen. Nr. 4.
1826.—*Fein*, das Recht der Collation. 1842.—*Vangerow*, §§ 515. 516.—*Wind-
scheid*, §§ 609. 610.—*Brinz*, §§ 409—411.—*Baron*, § 165.

Нѣкоторые сонаслѣдники именно потому, что они наслѣдуютъ, должны внести (conferre, конферировать) для раздѣла съ нѣкоторыми другими сонаслѣдниками все свое имущество или отдѣльныя составныя части его. Эта обязанность развилась въ римскомъ правѣ въ нѣсколькихъ формахъ. Для правильнаго пониманія института необходимъ историческій обзоръ этихъ формъ.

I. *Древнѣйшая форма есть collatio bonorum, т. н. collatio emancipatorum.* По древнему ius civile то, что приобрѣтають sui, они приобрѣтають своему властителю, съ другой стороны, они наслѣдуютъ послѣ него; напротивъ, emancipati приобрѣтають для себя, но зато не имѣютъ никакого права на наслѣдство своего прежняго властителя. И вотъ, когда преторскій эдиктъ рядомъ съ sui призналъ законными и необходимыми наслѣдниками отца еще и другихъ лицъ, въ частности эманципированныхъ, то на послѣднихъ, по требованіямъ справедливости, была возложена обязанность внести приобрѣтенное ими (все ихъ имущество) въ пользу sui, если они желаютъ воспользоваться правомъ на наслѣдство.—Итакъ, обязанъ совершить collatio emancipatus (и тотъ, кто поставленъ съ нимъ наравнѣ) только въ томъ случаѣ, если онъ наслѣдникъ безъ завѣщанія (по закону) или противъ завѣщанія (необходимый); если же онъ наслѣдуетъ на основаніи завѣщанія наслѣдодателя, то онъ къ collatio не обязанъ¹. На него возлагается эта обязанность только по отношенію къ sui, съ которыми вмѣстѣ онъ наслѣдуетъ, но не по отношенію къ другимъ emancipati².—Предметомъ collatio служитъ *все* имущество эманципированнаго³, существующее въ моментъ смерти наслѣдодателя⁴; бывшія части имущества—только въ томъ случаѣ, если emancipatus

¹ l. 1. pr. D. h. t. 37, 6; l. 1. C. h. t. 6, 20. — ² l. 1. § 24. l. 3. §§ 2. 3. D. h. t. 37, 6. — ³ l. 1. §§ 4. 5. D. h. t. 37, 6. — ⁴ l. 1. § 13. D. de con. c. em. lib. ei. 37, 8.—⁵ l. 1. § 3. D. h. t. 37, 6.—⁶ l. 1. pr. l. 3. § 3. D. h. t. 37, 6.—⁷ l. 6. l. 15. C. h. t. 6, 20; къ l. 2. pr. D. h. t. 37, 6 ср. выше § 389 пр. 11.

лишился ихъ умышленно (*dolo*)⁸; съ момента смерти наследодателя *emancipatus* отвѣчаетъ за *culpa levis*⁹.—*Collatio* совершается посредствомъ фактической выдачи имущества для раздѣла или посредствомъ соотвѣтствующаго вычета изъ наследственной доли эманципированнаго (т. н. *collatio realis*)¹⁰; но достаточно, если обязанный къ *collatio* дать обезпеченіе посредствомъ поручительства или залога въ томъ, что онъ совершитъ *collatio* (т. н. *collatio verbalis*)¹¹. Иска о томъ или другомъ родѣ *collatio* противъ эманципированнаго *suus* не имѣеть, но до совершенія *collatio* эманципированному можно не предоставлять наследства¹².—Основаніе обязанности къ *collatio* состоитъ (какъ уже упомянуто) въ томъ, что *emancipatus* со времени эманципации все прибрѣталъ для себя, между тѣмъ какъ *suus*, по древнему *ius civile*, прибрѣталъ для наследодателя. Когда же въ эпоху императоровъ *suus* получилъ право прибрѣтать въ нѣкоторыхъ случаяхъ для себя, то, поскольку это имѣло мѣсто, *emancipatus* освобождался отъ обязанности къ *collatio*¹³; во время юстиніановой кодификаціи онъ долженъ былъ конферировать только то, что ему подарилъ отецъ по случаю эманципации или потомъ, а равно (что, впрочемъ, спорно) и плоды отъ тѣхъ прибрѣтеній, которыя сдѣлались бы *adventicia regularia*, если бы не эманципация¹⁴. Спорять о томъ, отмѣнены ли всѣ эти нормы, т. е. весь институтъ *collatio bonorum*, 115-ю и 118-ю Новеллами. По правильному мнѣнію, слѣдуетъ отвѣтить утвердительно по отношенію къ 118-й Новеллѣ, ибо этотъ законъ призываетъ нисходящихъ, какъ наследниковъ по закону, не дѣлая различія между *sui* и *emancipati*; стало быть, всѣ нормы, которыя основывались на прежнемъ различіи, отмѣнены. Относительно 115-й Новеллы рѣшеніе этого спорнаго вопроса зависитъ отъ предварительнаго рѣшенія другого вопроса, а именно, принять ли теорію исправленія или теорію отмѣны; приверженцы теоріи отмѣны (къ числу которыхъ принадлежитъ и авторъ, § 416 sub IV) должны отрицать примѣнимость *collatio bonorum* при необходимомъ наследованіи

⁸ 1. 1. § 23. 1. 2. § 2. D. h. t. 37, 6. — ⁹ 1. 2. § 2. D. h. t. 37, 6. —

¹⁰ 1. 1. §§ 11. 12. D. h. t. 37, 6; 1. 5. C. h. t. 6, 20. — ¹¹ 1. 1. § 9. 1. 2. § 9. 1. 5. § 1. D. h. t. 37, 6. — ¹² 1. 11. §§ 10. 13. 1. 2. §§ 8. 9. 1. 3. pr. D. h. t. 37, 6; 1. 11. 1. 12. 1. 16. C. h. t. 6, 20. — ¹³ 1. 1. § 15. D. h. t. 37, 6. — ¹⁴ 1. 17. ep. 1. 21. C. h. t. 6, 20; Basil. 41, 7. cap. 36.

эманципированнаго. Такимъ образомъ *collatio bonorum* слѣдуетъ признать вполне отмѣненнойю.

II. Далѣе, преторскій эдиктъ установилъ *collatio dotis*. По правиламъ о *collatio bonorum* (I) дочь, сонаслѣдующая послѣ отца, какъ законная или необходимая наслѣдница, обязана была конферировать приданое только въ томъ случаѣ, если она была эманципирована, и только въ томъ случаѣ, если она наслѣдовала рядомъ съ *sui heredes*. Но, по особому преторскому эдикту, и *sua*, имѣющая *dos profecticia* или *dos adventicia*¹⁵, должна конферировать свое приданое, наслѣдуя по закону или противъ завѣщанія¹⁶ послѣ своего *властителя*; при этомъ, если она наслѣдуетъ вмѣстѣ съ *sui*, то обязана внести какъ *dos profecticia*, такъ и *adventicia*¹⁷, если же вмѣстѣ съ эманципированными, то (по рескрипту Гордіана) только *dos profecticia*¹⁸. Основаніе *collatio* заключается здѣсь въ томъ, что по прекращеніи брака *dos* обыкновенно достается прежней *sua* (§ 338 sub 1). Въ правѣ Юстиніана *collatio dotis adventiciae* совсѣмъ исчезла (выше пр. 14), а *collatio dotis profecticiae* сдѣлалась элементомъ того вида *collatio*, который излагается ниже sub III.

III. Постановленіями императоровъ Льва и Юстиніана¹⁹ былъ развитъ тотъ видъ *collatio*, который теперь весьма часто примѣняется и который господствующее мнѣніе справедливо считаетъ единственно дѣйствующимъ: *collatio нисходящихъ*. По этимъ постановленіямъ, наслѣдуя какому бы то ни было *восходящему*, нисходящіе должны внести въ пользу сонаслѣдниковъ-нисходящихъ: *dos*, *donatio propter nuptias*, *militia*,—которыя они получили отъ наслѣдодателя (очевидно, для ихъ обезпеченія); далѣе, если одинъ нисходящій не получилъ *dos* или *don. pr. nupt.*, а простое дареніе, а другой, наоборотъ, получилъ отъ наслѣдодателя *dos* или *don. pr. nupt.*, а не простое дареніе, то и дареніе должно быть внесено; за исключеніемъ этого случая, простое дареніе подлежитъ *collatio* только въ томъ случаѣ, если такъ распорядился завѣщатель при дареніи.—Если сравнимъ эти предметы *collatio* съ тѣмъ, что должно быть зачтено въ обязательную долю (§ 415 sub III), то

¹⁵ I. 3. D. h. t. 37, 7; I. 4. l. 7. C. h. t. 6, 20.—¹⁶ I. 1. § 2. l. 3. D. h. t. 37, 7.—¹⁷ I. 4. C. h. t. 6, 20.—¹⁸ I. 4. i. f. C. h. t. 6, 20.—¹⁹ I. 17 (Льва). I. 20 (Юстиніана). C. h. t. 6, 20.

увидимъ, что они не вполне совпадаютъ: не требуется collatio отказовъ; поэтому неправильно замѣчаніе Юстиніана²⁰, по которому collatio подлежитъ все то, что подлежитъ зачету въ обязательную долю.—Collatio нисходящихъ имѣетъ мѣсто при *всякомъ* наслѣдованіи (и при завѣщательномъ), развѣ если наслѣдодатель въ какой бы то ни было формѣ постановилъ противное²¹.—Изъ предметовъ collatio нынѣ отпала *don. pr. nupt.* и *militia*; зато практика прибавила т. н. *subsidium paternum*, т. е. то, что восходящій при жизни еще выдѣлилъ сонаслѣдующему-нисходящему для заведенія своего хозяйства или какого либо предпріятія. Основаніе collatio нисходящихъ состоитъ въ невѣроятности предположенія, что наслѣдодатель выдѣлами при жизни хотѣлъ создать неравенство между своими нисходящими; скорѣе эти выдѣлы слѣдуетъ объяснять тѣмъ, что одинъ нисходящій уже при жизни наслѣдодателя нуждался въ пособіи, между тѣмъ какъ другіе не нуждались (напр., одна дочь выходитъ замужъ и получаетъ *dos*, а другую дочь еще рано выдавать замужъ или для нея не случается подходящей партіи и т. д.). Этой точкой зрѣнія надо руководствоваться при рѣшеніи разныхъ частныхъ спорныхъ вопросовъ, касающихся collatio нисходящихъ и обойденныхъ источниками.

III. Защита наследственного права.

Предварительное замѣчаніе.

Споры, могущіе возникнуть между наслѣдникомъ и третьими лицами, бываютъ двоякаго рода. Или третье лицо признаетъ наслѣдственное право наслѣдника, но не признаетъ своего владѣнія какою либо вещью, принадлежащею къ наслѣдству, или своего долга по отношенію къ наслѣдодателю. Или третье лицо признаетъ свое владѣніе вещью, принадлежащею къ наслѣдству, или свой долгъ по отношенію къ наслѣдодателю, но уклоняется отъ выдачи или платежа на томъ основаніи, что оно не признаетъ наслѣдственного права наслѣдника. Въ первомъ случаѣ наслѣдникъ долженъ предъявлять противъ третьяго лица тѣ иски, которые бы могъ предъявить наслѣдодатель¹; иски эти называются *сингулярными*. Для рѣшенія второго случая служатъ т. н. *универсальные* иски, которые такъ назы-

²⁰ Въ 1. 20. С. h. t. 6, 20.—²¹ Nov. 18. c. 6.—²² 1. 50. D. fam. erc. 10, 2.—²³ Ср. Nov. 97. cap. 6.

¹ 1. 4. С. in qu. cessat 7, 34.

ваются потому, что защищают наследника въ его правѣ на все наследство (*universitas iuris*, § 37 кон.). Универсальныхъ исковъ есть три: одинъ съ окончательнымъ рѣшеніемъ спора: *hereditatis petitio* (§§ 430—434); два съ провизорнымъ только рѣшеніемъ: *int. quorum bonorum* и т. н. *remed. ex l. ult. C. de ed. d. Hadr. tollendo* (§ 435).

А. *Hereditatis petitio*.

t. D. V, 3: de hereditatis petitione. — t. C. III, 31: de petitione hereditatis.—*Buchholtz*, Abhandlungen. Nr. 1. 1833.—*Arndts*, Beiträge. Nr. 1. 1837.—*Francke*, Commentar über den Pandektentitel: de hereditatis petitione. 1. Abth. 1864.—*Pfersche*, privatrechtliche Abhandlungen. S. 254—384. 1886.—*Vangerow*, §§ 505—507.—*Windscheid*, §§ 611—615.—*Brinz*, §§ 400—402.—*Baron*, § 166.

1) § 430. Условія иска.

Hereditatis petitio есть искъ для окончательнаго рѣшенія права на наследство; искъ этотъ принадлежитъ наследнику противъ того, кто не предоставляетъ ему чего либо изъ наследства, потому что не признаетъ его наследственнаго права. *Hereditatis petitio* есть *hereditatis vindicatio*¹, т. е. по основанію и по цѣли аналогична съ *rei vindicatio* (§ 150 и сл.); поэтому, мы и изложимъ ее аналогично.

1. Истцомъ бываетъ наследникъ, которому кто либо не предоставляетъ чего либо изъ наследства, оспаривая его наследственное право. Какого рода наследственное право принадлежитъ истцу, это въ матеріальномъ отношеніи неважно, а сказывается только въ названіи иска, который называется *her. pet. civilis*, *possessoria*, *fideicommissaria*, смотря по тому, вчатъ ли онъ цивильнымъ, преторскимъ наследникомъ, или универсальнымъ фидеикоммиссаріемъ^{1а} (§ 454). И *eripiens*, а равно и пріобрѣвшій *bona vacantia*² или вступившій на мѣсто фиска посредствомъ купли наследства³ могутъ вчать *her. pet. utilis*. Искъ можетъ быть предъявленъ какъ единственнымъ наследникомъ, такъ и наследникомъ въ долѣ (т. н. *her. pet. partiaria*)⁴; во второмъ случаѣ истецъ долженъ точно указать долю, въ

¹ Gai. 4, 17; l. 8. D. h. t. 5, 3; l. 19. i. f. D. de inoff. 5, 2.—^{1а} tt. D. 5, 5: de possessoria h. p.; 5, 6: de fideicommissaria h. p.—² l. 20. §§ 6. 7. D. h. t. 5, 3.—³ l. 54. pr. D. h. t. 5, 3.—⁴ t. D. 5, 4: si pars hereditatis petatur.

которой онъ сдѣлался наслѣдникомъ, за исключеніемъ случая, если онъ этого не знаетъ безъ вины съ своей стороны⁵.

2. Отвѣтчикомъ бываетъ тотъ, кто удерживаетъ что либо изъ наслѣдства, не предоставляя его наслѣднику, потому что оспариваетъ его наслѣдственное право, въ источникахъ, *possessor pro herede vel pro possessore*⁷. Словами *poss. pro herede* обозначается тотъ, кто самъ выдаетъ себя за наслѣдника, добросовѣстно ли или недобросовѣстно. Слова *poss. pro possessore* относятся къ тому, кто не выдаетъ себя за наслѣдника, зная въ то же время, что его владѣніе не основано на титулѣ или основано на титулѣ ничтожномъ¹¹; не предоставляя чего либо наслѣднику, несмотря на это сознание, онъ *фактически* оспариваетъ его наслѣдственное право. — Непредоставляемый предметъ не долженъ необходимо обнимать все наслѣдство, это можетъ быть отдѣльный объектъ изъ наслѣдства¹². Далѣе, это можетъ быть тѣлесный или безтѣлесный предметъ^{12a}; съ первой точки зрѣнія отвѣчаетъ не только тотъ, кто владѣетъ вещами, состоявшими въ собственности наслѣдодателя, но и тотъ, у кого находятся вещи, которыми наслѣдодатель добросовѣстно владѣлъ, или по отношенію къ которымъ онъ осуществлялъ *ius retentionis*, или которыя онъ имѣлъ въ *detentio* и подъ своею отвѣтственностью, напр., вещь была ему ссужена, отдана на храненіе¹³; со второй точки зрѣнія (какъ *iuris possessor*) отвѣчаетъ тотъ, кто былъ что либо долженъ наслѣдодателю, а теперь, выдавая себя за наслѣдника, утверждаетъ, что долгъ прекращенъ по *confusio*¹⁴. — Отвѣчаетъ и *fictus possessor*, т. е. а) недобросовѣстный владѣлецъ, который до сообщенія (инсинуаціи) иска *do lo* или *culpa* отчудилъ удерживаемую вещь¹⁶; добросовѣстный владѣлецъ, отчудившій вещь до сообщенія иска, отвѣчаетъ только въ случаѣ обогащенія отъ этого¹⁷; б) тотъ, кто обращаетъ на себя искъ, ложно выдавая себя за владѣльца¹⁸ (ср. § 150 пр. 6—10).

⁵ l. 1. § 5. i. f. D. si pars 5, 4. — ⁶ l. 3. l. 4. D. si pars 5, 4; l. 7. pr. D. de r. dub. 34, 5; l. 36. D. de sol. 46, 3. — ⁷ l. 9. D. h. t. 5, 3. — ⁸ l. 11. pr. D. h. t. 5, 3. — ⁹ l. 20. § 13. D. h. t. 5, 3. — ¹⁰ l. 13. §§ 4—6. 8—11. D. h. t. 5, 3. — ¹¹ l. 11. § 1—1. 13. § 1. l. 16. § 4. D. h. t. 5, 3. — ¹² l. 4. l. 10. pr. § 1. D. h. t. 5, 3. — ^{12a} l. 18. § 2. D. h. t. 5, 3. — ¹³ l. 19. pr. § 2. D. h. t. 5, 3. — ¹⁴ l. 13. § 15. D. h. t. 5, 3. — ¹⁵ l. 16. § 4. D. h. t. 5, 3. — ¹⁶ l. 13. § 2. l. 25. § 2. D. h. t. 5, 3. — ¹⁷ l. 25. § 11. l. 36. § 4. D. h. t. 5, 3. — ¹⁸ l. 13. § 13. l. 45. D. h. t. 5, 3.

2) § 431. Доказывание.

Условіямъ иска (§ 430) соотвѣтствуютъ и темы доказыванія. Истецъ долженъ доказать:

1. что онъ наслѣдникъ (§ 390). Для этого онъ долженъ доказать, —

а. что наслѣдодатель умеръ или объявленъ умершимъ;

б. что ему (истцу) открылось наслѣдство или часть его. Если онъ ссылается на письменное завѣщаніе, то, по общему правилу, онъ долженъ предъявить завѣщаніе и доказать его подлинность и соблюденіе требуемыхъ формальностей; пороки составленія завѣщанія, которыя не очевидны сами собою (напр., неспособность завѣщателя или завѣщательнаго свидѣтеля), а равно и позднѣйшую отмѣну завѣщанія долженъ доказать отвѣтчикъ¹. Если завѣщательный документъ уничтоженъ или потерянъ, то истецъ долженъ доказать его надлежащее составленіе и его содержаніе другими средствами доказыванія². Если истецъ ссылается на устное завѣщаніе, то содержаніе его, по господствующему мнѣнію, могло быть доказано лишь показаніемъ всѣхъ завѣщательныхъ свидѣтелей (по § 259 Герм. уст. гражд. суд., который ставитъ значеніе доказательствъ въ зависимость отъ свободнаго усмотрѣнія судьи, устное завѣщаніе подлежитъ общимъ правиламъ доказыванія). Если истецъ осуществляетъ свое законное или необходимое наслѣдственное право, то онъ долженъ доказать свое родство или бракъ съ наслѣдодателемъ; если между нимъ и наслѣдодателемъ стоятъ болѣе близкіе родственники, имѣющіе вообще наслѣдственное право, то онъ долженъ доказать ихъ отпаденіе; съ другой стороны, это уже дѣло отвѣтчика — доказать свое равно близкое родство съ наслѣдодателемъ или существованіе завѣщанія, исключющаго наслѣдованіе по закону.

с. Приобрѣтеніе наслѣдства истецъ долженъ доказывать только въ томъ случаѣ, если онъ долженъ былъ совершить принятіе въ опредѣленной формѣ или въ опредѣленный срокъ; въ противномъ случаѣ предъявленіе иска о наслѣдствѣ само по себѣ уже есть принятіе наслѣдства (§ 419 пр. 27).

2. Что отвѣтчикъ не предоставляетъ ему чего либо изъ

¹ 1. 11. C. de prob. 4. 19; cp. 1. 5. C. de cod. 6, 36. — ² 1. 30. C. de test. 6, 23.

наслѣдства, оспаривая его наслѣдственное право, или что отвѣтчикъ подлежит отвѣтственности, какъ *fictus possessor*.

Въ одномъ случаѣ истецъ освобождается отъ доказыванія наслѣдственного права: если отвѣтчикъ отрицаетъ находженіе у него наслѣдственной вещи, а истецъ докажетъ противное, то вещь дается во владѣніе истцу безъ доказыванія наслѣдственного права (что у Римлянъ совершалось посредствомъ особаго производства, называемаго *int. quam hereditatem*)³; это не препятствуетъ, однако, отвѣтчику выступить затѣмъ въ качествѣ истца съ притязаніемъ на наслѣдственное право (ср. § 151 пр. 4. 5).

3) § 432. Обязанности отвѣтчика.

Т. н. *act. Iuvencianum*¹ 129 г. по Р. Хр. и развивавшіе его дальше римскіе юристы установили объ обязанностяхъ отвѣтчика слѣд. правило: надо принимать во вниманіе, съ одной стороны, добросовѣстность или недобросовѣстность отвѣтчика, съ другой стороны, моментъ сообщенія (инсинуаціи) иска отвѣтчику (§ 95 пр. 39); добросовѣстенъ тотъ, который убѣжденъ, что онъ наслѣдникъ, недобросовѣстенъ тотъ, кто знаетъ, что онъ не наслѣдникъ^{1а}; *недобросовѣстный владѣлецъ (praedo) долженъ выдать все, чѣмъ изъ наслѣдства онъ владѣтъ*², *вмѣстѣ со всею извлеченною изъ него прибылью*³; *добросовѣстный владѣлецъ не долженъ ничего ни потерять, ни выиграть отъ владѣнія наслѣдствомъ до инсинуаціи иска, поэтому за это время онъ отвѣчаетъ только въ размѣрѣ своего обогащенія, за время послѣ сообщенія иска онъ отвѣчаетъ, какъ недобросовѣстный владѣлецъ*⁴. Что касается отвѣтственности за *culpa* и *casus*, то несомнѣнно то, что недобросовѣстный отвѣчаетъ за *culpa* съ самаго начала, добросовѣстный съ момента сообщенія иска⁵; относительно *casus* и здѣсь повторяется спорный вопросъ римскихъ юристовъ⁶, изложенный въ § 152 пр. 5 и 6,

³ Ulp. inst. 4; ср. l. 80. D. de r. v. 6, 1; fr. Vat. § 92.

¹ l. 20. § 6. l. 22. i. f. D. h. t. 5, 3.—^{1а} l. 20. §§ 6. 12. l. 11. l. 12. D. h. t. 5, 3.—² l. 18. § 2. D. h. t. 5, 3.—³ l. 20. § 3. l. 25. § 20. l. 29. l. 32. D. h. t. 5, 3.—⁴ l. 22. i. f. l. 25. §§ 7. 11—16. l. 28. l. 31. § 3. l. 20. § 11. l. 40. pr. D. h. t. 5, 3.—⁵ l. 25. § 2. l. 31. § 3. D. h. t. 5, 3.—⁶ l. 40. pr. D. h. t. 5, 3; l. 20. § 21. eod. (въ этомъ случаѣ необходимо вспомнить, что въ § 11 Ульпіанъ добросовѣстнаго владѣльца послѣ инсинуаціи иска называетъ недобросовѣстнымъ).

и здѣсь его слѣдуетъ рѣшить въ томъ же смыслѣ, какъ и тамъ.—Для лучшаго уясненія вышеизложенныхъ правилъ слѣдуетъ слѣдующія рѣшенія источниковъ:

1. Недобросовѣстный отвѣчаетъ съ момента своей недобросовѣстности за *fructus percipiti et percipiendi*⁷; если онъ отчуждилъ наслѣдственную вещь, то обязанъ выдать ее самою, а если не можетъ ея доставить, то платить интересъ⁸; если онъ отдалъ займы наслѣдственные деньги, то по выбору истца онъ долженъ или уступить ему свое требованіе, или уплатить деньги⁹; то же имѣетъ мѣсто, если онъ по ошибкѣ уплатилъ недѣйствительные отказы¹⁰.

2. Добросовѣстный *posse* сообщенія иска отвѣчаетъ въ томъ же размѣрѣ, что и недобросовѣстный¹¹: *ubi scit a se peti, incipit esse malae fidei possessor*^{11a}; *de* сообщенія иска онъ отвѣчаетъ только за *fructus percipiti*, и то лишь въ той мѣрѣ, поскольку онъ обогатился¹² (т. е., если у него есть еще самые плоды или вырученное за нихъ, или если потребленіе плодовъ сберегло ему иныя издержки); если до сообщенія иска онъ отчуждилъ наслѣдственную вещь, то отвѣчаетъ только въ размѣрѣ вырученной суммы и то лишь до суммы обогащенія; за дареніе наслѣдственныхъ вещей, совершенное имъ до сообщенія иска, онъ не отвѣчаетъ совсѣмъ, поскольку не получилъ *donatio remuneratoria*¹³; если до сообщенія иска онъ отдалъ наслѣдственные деньги займы или уплатилъ по ошибкѣ недѣйствительные отказы, то обязанъ только уступить требованіе, принадлежащее ему противъ должника изъ займа или противъ получившаго (мнимый) отказъ¹⁴; однимъ словомъ, къ добросовѣстному владѣльцу примѣняется формулированное въ средніе вѣка начало: *res succedit in locum pretii, pretium in locum rei*¹⁵.

4) § 433. Возраженія отвѣтчика.

Исковому требованію отвѣтчикъ можетъ противопоставить возраженіе объ *ius retentionis* (*exc. doli*) въ слѣд. случаяхъ:

⁷ I. 20. §§ 2. 12. l. 25. § 4. D. h. t. 5, 3; § 2. I. de off. iud. 4, 17.—⁸ l. 18. pr. l. 20. §§ 17. 21. l. 23. pr. l. 25. § 1. l. 36. § 3. D. h. t. 5, 3.—⁹ l. 30. D. h. t. 5, 3.—¹⁰ l. 3. D. de cond. ind. 12, 6; ср. l. 17. D. h. t. 5, 3.—¹¹ Ср. мѣста въ пр. 7—10.—^{11a} l. 20. § 11. D. h. t. 5, 3.—¹² l. 1. C. h. t. 3, 31; § 2. I. de off. iud. 4, 17.—¹³ l. 20. § 21. l. 25. § 11. D. h. t. 5, 3.—¹⁴ Ср. мѣста въ пр. 9. 10.—¹⁵ Ср. l. 22. D. h. t. 5, 3.

1) *По поводу издержек.* Недобросовѣстный имѣетъ *ius retentionis* по поводу *imp. necessariae* и *utiles*, поскольку онѣ еще существуютъ; *imp. voluptuariae* онѣ можетъ только снять. То же относится къ добросовѣстному, если онѣ сдѣлалъ издержки послѣ сообщенія иска; если же до сообщенія, то ему принадлежить *ius retentionis* по поводу всѣхъ издержекъ (въ томъ числѣ уже несуществующихъ и *imp. voluptuariae*)¹; поэтому, онѣ можетъ вычесть издержки, сдѣланныя имъ до этого времени на извлеченіе плодовъ даже въ томъ случаѣ, если онѣ плодовъ совсѣмъ не извлекъ².

2. *По поводу собственныхъ требованій противъ наследодателя.* Добросовѣстный владѣлецъ можетъ вычесть всѣ требованія (даже натуральныя), недобросовѣстный только въ томъ случаѣ, если немедленный платежъ выгоденъ для должника, напр., въ случаѣ требованія съ неустойкою³.

3. *По поводу платежей наследственнымъ вѣрителямъ.* Ихъ можетъ вычесть и добросовѣстный, и недобросовѣстный владѣлецъ⁴; платежи не-вѣрителямъ (по ошибкѣ) ни тотъ, ни другой⁵,—что, впрочемъ, по отношенію къ добросовѣстному владѣльцу представляется несправедливымъ⁶.

Приложеніе.

§ 434. Exc. quod praejudicium hereditati non fiat.

Dernburg, über das Verhältniss der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen. 1852.—*Vangerow*, § 508.—*Windscheid*, § 616.

Hereditatis petitio есть искъ, предназначенный для рѣшенія спора о наслѣдствѣ¹; оставленіе этого иска въ сторонѣ и предъявленіе вмѣсто него сингулярнаго иска противъ претендента на наслѣдство, представляло бы неправильную постановку спора; кромѣ того наслѣдникъ могъ бы тогда преслѣдовать противника *безчисленнымъ множествомъ* сингулярныхъ исковъ², уклоняясь отъ соблюденія правилъ о *her. pet.* Поэтому установлено положеніе: противъ претендента на наслѣдство наслѣдникъ не можетъ предъявлять сингулярныхъ исковъ, въ против-

¹ 1. 38. 1. 39. D. h. t. 5, 3.—² 1. 37. 1. 36. § 5. D. h. t. 5, 3.—³ 1. 31. §§ 1. 2. D. h. t. 5, 3.—⁴ 1. 31. pr. D. h. t. 5, 3; 1. 5. C. h. t. 3, 31.—⁵ 1. 20. § 18. i. f. D. h. t. 5, 3.—⁶ Cp. 1. 17. D. h. t. 5, 3.

¹ 1. 5. § 2. D. h. t. 5, 3; 1. 12. pr. C. h. t. 3, 31.—² 1. 13. § 4. D. h. t. 5, 3.

номъ случаѣ отвѣтчику принадлежитъ противъ сингулярнаго иска *ex. quod praeiudicium hereditati non fiat* ³.

В. § 435. Провизорная защита наследственного права.

Savigny, vermischte Schriften. Bd. 2. Nr. 17. 1849.—*Briegleb*, summarische Prozesse. 1859. стр. 205—224.—*Pfersche*, privatrechtliche Abhandlungen. стр. 286 сл. 1886.—*Vangerow*, §§ 509. 510.—*Windscheid*, § 617.—*Brinz*, § 406.—*Baron*, § 166.

I. *Interdictum quorum bonorum* ¹. Интердиктъ этотъ принадлежитъ *bonorum possessor*'у противъ *possessor*'а *pro herede* и *pro possessore* (§ 430 пр. 7—11), но онъ направленъ только на выдачу *corpore hereditaria*, а не *iura* ² (§ 430 пр. 14. 15). Спорно, требуется ли полное доказательство наследственного права *bonorum possessor*'а и является ли рѣшеніе окончательнымъ рѣшеніемъ объ этомъ правѣ или же право на наследство не разсматривается *всесторонне*, и рѣшеніе имѣетъ только *временную* силу. Правильно второе мнѣніе: имѣетъ мѣсто только т. н. *prima facie cognitio*, въ которой истецъ долженъ доказать свою *bonorum possessio* ³, но отвѣтчикъ не можетъ доказывать, что ему принадлежитъ лучшее право на наследство ⁴ (стало быть, что *bon. possessio* истца есть *sine re*, § 388 пр. 7); поэтому, рѣшеніе имѣетъ только провизорную силу, и проигравшій дѣло отвѣтчикъ можетъ его лишить силы *pos. hereditatis petitio* или *querela inofficiosi* ⁵.

Этотъ спорный вопросъ въ теперешнемъ правѣ не существуетъ, такъ какъ по безспорной судебной практикѣ *int. quorum bonorum* представляетъ теперь *ускоренную* судебную мѣру, посредствомъ которой *провизорно* можетъ потребовать *тѣлесныя* наследственные вещи отъ *possessor*'а *pro herede vel pro possessore*—тотъ, кто сдѣлаетъ *въпрямномъ* свое право на наследство; для *окончательнаго* же рѣшенія о правѣ на наследство можетъ быть затѣмъ предъявлена *hered. petitio*. Какъ *ускоренная* судебная мѣра, *int. quorum bonorum* разбиралось прежде въ т. н. неопредѣленно-суммарномъ процессѣ; такъ какъ Герм. уст. гр. суд. не знаетъ этого вида процесса, то слѣдуетъ или просить въ обыкновенномъ процессѣ ускоренія производства путемъ сокращенія

³ 1. 5. § 2. D. h. t. 5, 3; Gai. 4, 133.—⁴ 1. 25. § 17. D. h. t. 5, 3.—⁵ 1. 49. D. h. t. 5, 3.—⁶ 1. 1. § 37. D. dep. 16, 3.—⁷ 1. 12. C. h. t. 3, 31.

¹ tt. D. 43, 2; C. 8, 2: *quorum bonorum*.—² 1. 1. pr. 1. 2. D. h. t. 43, 2.—³ 1. 1. C. h. t. 8, 2.—⁴ 1. 3. C. h. t. 8, 2; Gai. 4, 144.—⁵ 1. 16. § 1. D. de inoff. 5, 2.—⁶ 1. 22. C. Th. quor. app. 11, 36.

процессуальныхъ сроковъ или испросить предварительное распоряженіе (ср. §§ 204. 819 RCPD.).

II. *T. n. remedium ex lege ultima C. de edicto divi Hadriani tollendo*⁷ (т. н. missio Hadriana). Налогъ на наследство, который ввелъ Августъ (§ 406 пр. 1), послужилъ поводомъ къ постановленію Адриана, по которому лицо, назначенное наследникомъ въ завѣщаніи безъ внѣшнихъ недостатковъ, имѣетъ право требовать въ теченіе одного года ввода во временное владѣніе наследственными вещами, бывшими во владѣніи завѣщателя во время его смерти, противъ poss. pro herede vel pro possessore, но обязанъ зато уплатить налогъ на наследство. Хотя во время Юстиніана налога на наследство уже не было, тѣмъ не менѣе этотъ императоръ возобновилъ постановленіе Адриана, но подчинилъ remedium обыкновенной тридцатилѣтней давности⁸.

Приложеніе.

§ 436. Отчужденіе наследства.

t. D. XVIII, 4; t. C. IV, 39: de hereditate vel actione vendita.—Avenarius, der Erbschafts Kauf i. R. R. 1877.—Vangerow, §§ 494. 517.—Windscheid, § 621.—Baron, § 145 кон.

Если наследникъ отчуждаетъ пріобрѣтенное наследство, то примѣняются слѣд. правила:

1. *Отчужденіе не производитъ универсальнаго преемства, и отчуждатель остается наследникомъ*; поэтому, пріобрѣтатель не дѣлается должникомъ наследственныхъ вѣрителей и отказополучателей, если не совершить exromissio отчуждателя¹; онъ пріобрѣтаетъ право собственности на наследственные вещи лишь по traditio отъ наследника²; но требованія, принадлежащія къ наследству, переходятъ къ нему тотчасъ и безъ особаго акта цессіи³ (§ 249 sub 1).—Кто купилъ наследство у казны, тотъ признается универсальнымъ преемникомъ (§ 425 пр. 26).

2. *Контрагентъ обязанъ доставить другъ другу то, что бы они имѣли въ томъ случаѣ, если бы наследникомъ сдѣ-*

⁷ t. C. 6, 33: de edicto d. Hadriani tollendo et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur; ср. Pauli s. r. III, 5. §§ 14—18.—⁸ l. 3. C. h. t. 6, 33.

¹ l. 2. C. h. t. 4, 39; l. 2. C. de leg. 6, 37.—² l. 6. C. h. t. 4, 39.—³ l. 16. D. de pact. 2, 14; l. 5. C. h. t. 4, 39.

мался не отчуждатель, а приобретатель⁴; такимъ образомъ, отчуждатель долженъ доставить приобретателю все то, что онъ имѣеть въ качествѣ наследника; обратно, приобретатель обязанъ доставить отчуждателью (кромѣ эквивалента, обѣщаннаго за наследство) средства для погашенія долговъ наследства и отказовъ⁵.—Спорно, имѣеть ли приобретатель право на наследственную долю, которая приращается (accrescit) отчуждателью послѣ отчужденія; источники этого случая не предусматриваютъ; по внутреннимъ основаніямъ вопросъ этотъ слѣдуетъ рѣшить отрицательно, потому что по общему правилу воля сторонъ при отчужденіи направлена только на ту наследственную долю, которая уже дѣйствительно принадлежитъ отчуждателью въ моментъ заключенія сделки.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

О Т К А З Ы.

t. D. XXX—XXXII: de legatis et fideicommissis I, II, III.—t. C. VI, 37: de legatis; VI, 42: de fideicommissis; VI, 43: communia de legatis et fideicommissis et de in rem missione tollenda.—t. I. II, 20: de legatis.—*Rosshirt*, Lehre von den Vermächtnissen nach Römischen Recht. 1835.—*Mayer*, Lehre von den Fideicommissen. 1854 (Не окончено).

РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

§ 437. Понятіе отказа и его формы въ римскомъ правѣ.

Hartmann, über Begriff und Natur des Vermächtnisses in R. R. 1872.—*Baron*, die Conditionen. § 10. 1881.—*Vangerow*, § 519.—*Windscheid*, § 623.—*Brinz*, § 412.—*Baron*, §§ 168 и сл.

I. Понятіе отказа. Въ источникахъ находимъ два легальныя опредѣленія; одно, въ § 1. I. h. t. 2, 20¹: legatum est donatio quaedam a defuncto relicta, слишкомъ узко, потому что обнимаетъ только отказы, имѣющіе имущественную цѣнность; другое, въ l. 116. pr. D. de leg. 1 (30): legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret,

⁴ l. 2. pr. § 18. D. h. t. 18, 4; l. 9. D. comm. pr. 8, 4.—⁵ l. 2. §§ 3. 7. l. 24. D. h. t. 18, 4; l. 28. D. de don. 39, 5; l. 2. C. h. t. 4, 39; l. 2. C. de leg. 6, 37.

¹ ср. l. 36. D. de leg. 2 (31).

alicui quid collatum velit, относится только къ наиболѣе частому случаю; ибо *обыкновенно* отказъ есть одностороннее, сдѣланное въ распоряженіи на случай смерти, предоставленіе чего либо *изъ наслѣдства*, вслѣдствіе чего послѣднее достается наслѣднику уменьшеннымъ на отдѣльные отказанные предметы. Но для наличности отказа не требуется, чтобы предметомъ его были наслѣдственные вещи (§§ 450. 452); и вообще не требуется, чтобы предметъ отказа имѣлъ имущественную цѣнность (§ 440); съ другой стороны, предметомъ отказа можетъ быть все наслѣдство (§ 454). *Принявъ все это во вниманіе, слѣдуетъ опредѣлить отказъ, какъ такое предоставленіе извѣстной выгоды на случай смерти, которое совершается не назначеніемъ наслѣдникомъ, а инымъ способомъ.* И самъ предоставленный предметъ называется отказомъ.

II. *Формы отказа въ римскомъ правѣ.* Отказъ развился въ римскомъ правѣ въ двухъ формахъ: какъ *legatum* и какъ *fideicommissum*; легать существовалъ еще въ древнемъ *ius civile* и отличался строгимъ характеромъ, свойственнымъ всѣмъ институтамъ цивильнаго права; фидеикоммиссъ появился къ концу республики въ народной жизни безъ всякаго юридическаго характера и возведенъ въ юридическій институтъ лишь Августомъ (пр. 14). Различія между ними ужъ по большей части исчезли до Юстиніана въ теченіе императорскаго періода: отчасти строгія правила легата были перенесены на фидеикоммиссъ, отчасти же свобода фидеикоммисса отъ правилъ и ограниченій была сообщена легату; оставшіяся еще различія устранилъ Юстиніанъ двумя постановленіями 529 г. и 531 г.², по которымъ ко всѣмъ отказамъ должны примѣняться болѣе свободныя правила фидеикоммисса. Укажемъ главнѣйшія различія легатовъ и фидеикоммиссовъ:

1. Легаты надо было назначать опредѣленными повелительными латинскими словами, смотря по выбору которыхъ различали *legatum per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo*, *per praesceptionem*. Для назначенія фидеикоммисса достаточно было выраженія просьбы, желанія, даже знака (*nutus*)³. Постановленіями Константина (339) и Θεодосія (439) было

² 1. 1. 1. 2. C. comm. de leg. et fid. 6, 43.—³ Ulp. fr. 24, 1—6. 25, 1—3; Gai. 2, 193. 201. 209. 216. 249. 250.

позволено назначать и легаты какими угодно латинскими или греческими словами⁴.

2. Легаты надо было назначать въ завѣщаніяхъ; фидеикоммиссы не подлежали этому ограниченію. Обыкновенно наслѣдодатель назначалъ фидеикоммиссы въ завѣщаніи или въ письмѣ (*codicilli, codicillus*) къ тому лицу, которому поручалось ихъ исполненіе⁵; Константинъ и Феодосій установили для кодицилловъ число свидѣтелей, требуемое для завѣщаній⁶; Юстиніанъ требовалъ участія пяти свидѣтелей⁷. Въ кодициллахъ, подтвержденныхъ въ завѣщаніи, можно было назначать легаты уже по классическому праву⁸.

3. Легаты можно было возлагать только на наслѣдниковъ по завѣщанію, фидеикоммиссы также на наслѣдниковъ по закону, легатаріевъ, фидеикоммиссаріевъ, ихъ наслѣдниковъ,—вообще на всѣхъ тѣхъ лицъ, которыя непосредственно или посредствомъ получали какую либо выгоду отъ наслѣдодателя вслѣдствіе его смерти⁹.

4. Легаты можно было назначать лишь въ пользу лицъ, имѣвшихъ т. н. *testamentifactio passiva*: фидеикоммиссы—и въ пользу другихъ лицъ; одно *senatusconsultum* при Адрианѣ установило условіе *testamentifactio passiva* и для лица, получающаго фидеикоммиссъ¹⁰.

5. Правила о *capacitas* касались первоначально только легатовъ; *scutum Pegasianum* при Веспасіанѣ перенесло правила объ *incapacitas* безбрачныхъ и бездѣтныхъ и на фидеикоммиссы¹¹.

6. Правила *l. Falcidia* (§ 446) первоначально относились только къ легатамъ. *Scutum Pegasianum* и рескриптъ Пія распространили ихъ и на фидеикоммиссы¹².

7. Легаты съ самаго начала давали право на искъ; смотря по виду легата, иски были различны; для взыскація *legatum per vindicationem* служила *actio in rem*, для *legatum per damnationem*—*actio (in personam) ex testamento* (которая въ періодъ *legis actiones* совершалась въ формѣ *legisactio per manus iniectio*).

⁴ l. 21. C. de leg. 6, 37; l. 21. § 6. C. de test. 6, 23.—⁵ pr. l. de cod. 2, 25; l. 89. pr. D. de leg. 2 (31).—⁶ l. 1. l. 7. § 2. C. Th. de test. 4, 4.—⁷ l. 8. § 3. C. de cod. 6, 36.—⁸ Gai. 2, 270^a; Ulp. 25, 8.—⁹ Gai. 2, 270. 271. 277; l. 1. § 6. D. de leg. 3 (32).—¹⁰ Gai. 2, 285. 287.—¹¹ Gai. 2, 275. 286. 286^a; Ulp. fr. 25, 7.—¹² Gai. 2, 259; l. 18. pr. D. ad l. Falc. 35, 2.

tionem), для legatum sinendi modo—actio (in personam) ex testamento, для legatum per praescriptionem, по мнѣнію сабинянцевъ, actio familiae erciscundae, по мнѣнію прокулянцевъ, actio in rem¹³. Фидейкомиссы первоначально были для лицъ, на которыхъ они возлагались, только нравственнымъ долгомъ; Августъ связалъ съ ними при извѣстныхъ условіяхъ право на искъ (въ формѣ extraordinaria persecutio), что мало по малу перешло въ общее правило¹⁴. Юстиніанъ предоставилъ въ двухъ упомянутыхъ выше постановленіяхъ (пр. 2) каждому легатару и фидейкомиссару какъ actio in personam, такъ и in rem, подробности ср. въ §§ 444. 445.

РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Назначеніе отказа.

1) § 438. Лица.

von Buchholtz, Lehre von den Prälegaten. 1850.—Kretschmar, die Natur des Prälegats nach R. R. 1874.—Vangerow, §§ 520—524.—Windscheid, §§ 625—627.—Brinz, §§ 421—423 a.

Три лица предполагаются при назначеніи отказа: наследодатель, отказополучатель (имѣющій право на отказъ), обремененный (обязанный выдать отказъ).

I. *Наследодатель. Назначить отказъ можетъ только тотъ, кто имѣетъ т. н. testamentifactio activa*¹.

II. *Отказополучатель. По общему правилу, назначить отказъ можно только тому, кто имѣетъ способность къ наследованію и т. н. testamentifactio passiva*²; изъ этого правила есть два исключенія: отказъ можно назначить а) тѣмъ, которые во время смерти наследодателя еще не зачаты⁴, б) и тѣмъ корпораціямъ, которыя не могутъ быть назначены наследниками⁵.—И требованіе capacitas (§ 398) относится и къ отказамъ.—*Нѣсколько лицъ могутъ быть надѣлены однимъ и*

¹³ Gai. 2, 194. 204. 213. 219.—¹⁴ Gai. 2, 278. 279; Ulp. fr. 25, 12; § 1. I. de fid. her. 2, 23; пр. I. de cod. 2, 25.

¹ I. 2. l. 114. пр. D. de leg. 1 (30); опредѣленія l. 1. §§ 1. 5. D. de leg. 3 (32) объясняются неформальностью фидейкомиссовъ въ классическую эпоху.—² I. 8. § 3. D. de cod. 29, 7; l. 12. § 7. D. de capt. 49, 15.—³ § 24. I. h. t. 2, 20.—⁴ l. 32. § 6. D. de leg. 2 (31); l. 22. C. de leg. 6, 37.—⁵ l. 20. D. de reb. dub. 34, 5; l. 38. § 6. D. de leg. 3 (32).

тѣмъ же предметомъ вмѣстѣ или альтернативно; въ первомъ случаѣ они называются collegatarii и, смотря по тому, дѣлимъ ли отказанный предметъ или недѣлимъ, приобретаютъ право по равнымъ частямъ или солидарно⁶, во второмъ случаѣ они управомочены или корреально, или по равнымъ частямъ⁷, ср. подр. въ § 245 пр. 7. 8.—И сонаслѣднику можно назначить отказъ. Если въ этомъ случаѣ наслѣдодатель опредѣлилъ лицо обремененнаго, то отказъ (прелегать въ обширномъ смыслѣ) не представляетъ никакихъ особенностей. Иное дѣло, если наслѣдодатель не опредѣлилъ лица обремененнаго (прелегать въ тѣсномъ смыслѣ), ибо тогда обременены отказомъ всѣ наслѣдники (ниже пр. 34), стало быть, и самъ отказополучатель; но по правилу: heredi a semet ipso legari non potest⁸, отказъ ничтоженъ въ той части, которою обремененъ самъ отказополучатель⁹. Такъ что, если отказополучатель имѣетъ collegatariā, то послѣднему приращается ничтожная часть отказа¹⁰; если же онъ надѣленъ одинъ, то получаетъ цѣлый отказанный предметъ¹¹, какъ отказополучатель (ту часть, которая обременяетъ сонаслѣдниковъ) и какъ наслѣдникъ (ту часть отказа, которая ничтожна, потому что ничтожные отказы остаются въ пользу обремененнаго). Отсюда слѣдуетъ, что прелегатарій ту часть отказа, которую онъ получилъ, какъ наслѣдникъ, долженъ себѣ засчитать въ quarta Falcidia¹² (§ 447).—Получающему отказъ можно субституировать другого¹⁶, и притомъ не только на тотъ случай, если бы назначенный первымъ не приобрѣлъ отказа (непосредственная субституція), но и такимъ образомъ, что нѣсколько лицъ получаютъ отказанный предметъ одно за другимъ (т. н. substitutio fideicommissaria), такъ что то лицо, которое его получить прежде, должно въ опредѣленный срокъ, или въ случаѣ наступленія опредѣленнаго обстоятельства, или тотчасъ передать другому, а тотъ въ свою

⁶ l. 19. § 2. D. de leg. 1 (30); l. 88. § 6. D. de leg. 2 (31).—⁷ l. 16. pr. D. de leg. 2 (31); l. 4. C. de v. s. 6, 38.—⁸ l. 18. l. 34. § 11. l. 116. § 1. D. de leg. 1 (30).—⁹ l. 18. § 2. D. de his quae ut ind. 34, 9.—¹⁰ l. 34. §§ 11. 12. l. 116. § 1. D. de leg. 1 (30).—¹¹ l. 18. l. 87. l. 89. l. 91. § 2. D. de leg. 1 (30); l. 12. l. 18. § 2. D. de his quae ut ind. 34, 9.—¹² l. 74. l. 86. l. 91. D. ad l. Falc. 35, 2.—¹³ l. 18. § 3. D. ad set. Treb. 36, 1; l. 86. D. ad l. Falc. 35, 2.—¹⁴ l. 75. § 1. D. de leg. 2 (31).—¹⁵ l. 17. § 2. l. 18. l. 87. l. 89. D. de leg. 1 (30); l. 12. l. 18. § 2. D. de his quae ut ind. 34, 9.—¹⁶ l. 50. pr. D. de leg. 2 (31); l. un. § 7. C. de cad. toll. 6, 51.

очередь третьему и т. д. Изъ фидеикоммиссарныхъ субституцій особаго разсмотрѣнія требуетъ универсальный фидеикоммиссъ (§ 454) и фамильный фидеикоммиссъ (*fideicommissum familiae relictum*). *Фамильный фидеикоммиссъ имѣется въ томъ случаѣ, если наслѣдодатель постановляетъ, что назначаемый имъ отказъ долженъ всегда оставаться въ семействѣ отказополучателя (подъ семействомъ здѣсь разумѣются какъ агнаты, такъ и когнаты, а за ихъ отсутствіемъ супругъ умершаго нисходящаго родственника наслѣдодателя)*¹⁷; тогда первый и каждый слѣдующій отказополучатель можетъ предоставить отказанный предметъ одному изъ членовъ семейства¹⁸; если онъ этого не сдѣлаетъ, то отказъ достается его ближайшему родственнику (или ближайшимъ родственникамъ)¹⁹; отчужденіе отказаннаго предмета внѣ семейства ничтожно²⁰, если на это не согласятся всѣ члены семейства²¹; по закону Юстиніана²², отказанный предметъ въ рукахъ четвертаго хозяина дѣлается свободнымъ.

Фамильный фидеикоммиссъ, развившійся въ Германіи съ 17-го столѣтія, опредѣляется не римскимъ правомъ, а германскимъ; онъ во многомъ отличается отъ римскаго фамильнаго фидеикоммисса.

III. *Обремененный (is a quo legatur, a quo legatum seu fideicommissum relinquitur, т. н. operatus, обязанный отказомъ)*. Обременить (обязать) отказомъ можно всякаго, кто непосредственно или посредствомъ получаетъ какую либо выгоду отъ наслѣдодателя вслѣдствіе его смерти, потому ли, что наслѣдодатель даетъ ему что либо, или потому, что онъ у него чего либо не беретъ²³; въ этомъ положеніи находится наслѣдникъ по завѣщанію и по закону²⁴, казна, получающая наслѣдство, какъ *bonum vacans*²⁵, отказополучатель²⁶, одаренный на случай смерти²⁷ (§ 459), получающій *condicionis implendae causa datum*²⁸ (§ 460), далѣе, наслѣдники всѣхъ этихъ лицъ²⁹, наконецъ, властитель, который приобрѣтаетъ что

¹⁷ l. 69. § 4. D. de leg. 2 (31); l. 5. C. de v. s. 6, 38. — ¹⁸ l. 67. pr. § 2. D. de leg. 2 (31); l. 114. § 17. D. de leg. 1 (30). — ¹⁹ l. 69. § 3. D. de leg. 2 (31). — ²⁰ l. 69. § 3. l. 67. § 3. D. de leg. 2 (31). — ²¹ l. 120. § 1. D. de leg. 1 (30); l. 77. § 27. D. de leg. 2 (31). — ²² Nov. 159. — ²³ l. 1. § 6. D. de leg. 3 (32). — ²⁴ l. 1. §§ 7—10. D. de leg. 3 (32). — ²⁵ l. 114. § 2. D. de leg. 1 (30). — ²⁶ pr. I. de sing. reb. per fid. 2, 24. — ²⁷ l. 3. D. de leg. 3 (32); l. 77. § 1. D. de leg. 2 (31). — ²⁸ l. 96. § 4. D. de leg. 1 (30). — ²⁹ l. 5. § 1. l. 6. pr. D. de leg. 3 (32).

либо оставленное его подвластному³⁰. *Всѣхъ этихъ лицъ можно обременить отказомъ только въ размѣръ получаемой ими выгоды*³¹ (см. однако § 446 пр. 2). Необходимаго наследника, которому оставлена только обязательная доля, нельзя обременить отказомъ (§ 415 пр. 18).—Наслѣдодатель можетъ указать того, кто долженъ быть обремененъ отказомъ³²; если онъ указываетъ нѣсколькихъ *copiuntim*, то, смотря по дѣлимости или недѣлимости отказа, они являются или должниками по равнымъ частямъ или солидарными должниками; если онъ указываетъ нѣсколькихъ альтернативно, то они корреальные должники³³. *Если наслѣдодатель не указалъ обремененнаго, то обремененъ наследникъ*; нѣсколько наследниковъ, смотря по дѣлимости или недѣлимости предмета, обременены соразмѣрно своимъ наследственнымъ долямъ или солидарно³⁴.

2) § 439. АКТЪ НАЗНАЧЕНІЯ.

Vangerow, §§ 526—528.—*Windscheid*, §§ 628—631.—*Brinz*, §§ 379. 424.—*Baron*, § 170.

Отказъ можетъ быть назначенъ:

1. *Въ завѣщаніи*.

2. *Въ кодициллѣ (codicilli, codicillus)*¹, т. е. въ распоряженіи на случай смерти, не заключающемъ въ себѣ ни назначенія наследника, ни лишенія наследства². Кодициллъ можетъ быть изъявленъ письменно или устно³ (т. н. *codicilli scripti—nuncupativi*). Требуется соблюденіе формы составленія завѣщанія, только достаточно пяти свидѣтелей, а для письменнаго кодицилла не требуется приложенія свидѣтелями печатей⁴. Въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ для составленія завѣщанія полагается болѣе строгая или болѣе свободная форма (§ 394), то же относится и къ составленію кодицилла⁵. Форма публичныхъ завѣщаній относится и къ кодицилламъ. — Кодициллъ можетъ быть составленъ наряду съ завѣщаніемъ (со-

³⁰ l. 11. D. de leg. 1 (30); Ulp. fr. 25, 10.—³¹ l. 114. § 3. D. de leg. 1 (30).

³² l. 29. § 1. D. de leg. 2 (31).—³³ l. 8. § 1. D. de leg. 1 (30); l. 25. pr. D. de leg. 3 (32).—³⁴ l. 33. pr. D. de leg. 2 (31); l. 11. §§ 23. 24. D. de leg. 3 (32); l. 7. D. de serv. leg. 33, 3.

¹ t. D. 29, 7: de iure codicillorum; t. C. 6, 36; t. I. 2, 25: de codicillis.—

² l. 10. D. h. t. 29, 7; § 2. I. h. t. 2, 25.—³ cp. l. 3. pr. C. de bon. lib. 6, 4.—

⁴ l. 8. § 3. C. h. t. 6, 36; l. 28. C. de test. 6, 23.—⁵ l. 21. D. de r. i. 50, 17; l. 8. C. qui test. fac. 6, 22; Notariats-Ordnung II. §§ 9—11.

dicilli testamentarii) и безъ такового (codicilli ab intestato); codicilli testamentarii могутъ быть особо подтверждены въ завѣщаніи или нѣтъ (cod. confirmati — non confirmati); подтвержденнымъ принадлежитъ то преимущество предъ неподтвержденными, что въ нихъ можно назначить опекуновъ (§ 372 пр. 4). Какъ подтвержденные, такъ и неподтвержденные codicilli testamentarii по общему правилу дѣйствуютъ и падаютъ вмѣстѣ съ завѣщаніемъ⁶; исключенія см. въ § 442 пр. 34 и слѣд. — Завѣщаніе можетъ превратиться въ кодициллъ; а именно, завѣщатель можетъ постановить, что въ случаѣ, если завѣщаніе, какъ таковое, окажется недѣйствительнымъ (напр., одинъ изъ свидѣтелей неспособенъ, назначенный наслѣдникомъ способенъ къ полученію отказа, но неспособенъ къ наслѣдованію, назначенный наслѣдникомъ не приобретаетъ наслѣдства), то оно должно дѣйствовать, какъ кодициллъ (т. н. clausula codicillaris)⁷; тогда распоряженіе на случай смерти, не удовлетворяющее условіямъ завѣщанія, но удовлетворяющее условіямъ кодицилла, превращается въ кодициллъ; вслѣдствіе этого назначенные въ немъ отказы остаются дѣйствительными, а назначенія наслѣдниковъ превращаются въ универсальныя фидеикоммиссы⁸ (§ 454).

3. По постановленію Юстиніана¹², *прямымъ* сообщеніемъ (устнымъ, письменнымъ, чрезъ посланнаго) кому либо со стороны наслѣдодателя, что онъ (наслѣдодатель) возлагаетъ на него отказъ. Многіе утверждаютъ, что дѣйствительнымъ способомъ назначенія отказа можетъ быть только *устное* сообщеніе (—поэтому они называютъ такой отказъ устнымъ фидеикоммиссомъ, fideicommissum heredi praesenti iniunctum—), но это мнѣніе основано на *строгомъ* толкованіи юстиніанова указа, не оправдываемомъ внутренними основаніями.

3) § 440. Предметъ отказа.

Vangerow, § 525.—*Windscheid*, § 634.—*Brinz*, §§ 413. 414.

Всякій отказъ производитъ обязательство между отказополучателемъ и обремененнымъ (§ 444); поэтому, правила

⁶ 1. 3. § 2. 1. 8. § 13. 1. 6. D. h. t. 29, 7.—⁷ 1. 29. § 1. D. qui test. fac. 28, 1; 1. 88. § 17. D. de leg. 2 (31); 1. 8. § 1. C. h. t. 6, 36.—⁸ 1. 88. § 17. D. de leg. 2 (31).—⁹ 1. 8. пр. § 1. C. h. t. 6, 36.—¹⁰ 1. 8. § 2. C. h. t. 6, 36.—¹¹ 1. 1. D. h. t. 29, 7; 1. 8. § 1. C. h. t. 6, 36; 1. 41. § 3. D. de vulg. subst. 28, 6.—¹² 1. 32. C. de fideic. 6, 42; § 12. I. de fideic. her. 2, 23.

§-а 208 примѣняются и къ отказу; содержаніе отказа можетъ быть весьма разнообразно: обязанность доставить право собственности или вещное право на какую либо вещь, предоставить пользованіе или извлеченіе плодовъ, сдѣлать извѣстную работу, воздержаться отъ какихъ либо дѣйствій. Но посредствомъ отказа можно и непосредственно предоставить право собственности или вещное право на какую либо вещь (§ 445); можно также непосредственно простить вещное право на чужую вещь или долгъ.

1. *Границею* для отказа являются законы природы, государства и добрыхъ нравовъ¹.

2. Отказъ не долженъ быть поставленъ въ зависимость отъ *простого усмотрѣнія* обремененнаго; поэтому, ничтоженъ отказъ участка или дома безъ болѣе точнаго опредѣленія, развѣ если участки или дома находятся въ составѣ наслѣдства⁶.

3. Отказъ предполагаетъ *интересъ* получающаго, имущественный или нравственный (§ 208 sub II. 3); послѣднее многіе ослабиваютъ; они неправы, ибо можно предоставить по отказу мѣсто въ родовой гробницѣ⁷, по мнѣнію позднѣйшихъ римскихъ юристовъ⁸ можно возложить на обремененнаго обязанность эманципировать своихъ дѣтей⁹, отпустить своихъ рабовъ на свободу¹⁰.

4) § 441. Воля отказывающаго и ея изъясненіе.

t. D. XXXV, 1: de condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur. — t. C. VI, 46: de condicionibus insertis tam legatis quam fideicommissis. — *Vangerow*, §§ 431—438. — *Windscheid*, § 633. — *Brinz*, § 425. — *Baron*, § 171.

I. Воля отказывающаго подлежитъ правиламъ §-а 396-го; итакъ, отказъ долженъ содержать дѣйствительную волю наслѣдодателя; онъ долженъ самъ по себѣ не быть безнравственнымъ

¹ l. 112. § 3. D. de leg. 1 (30). — ² l. 41. § 1—1. 43. § 1. D. de leg. 1 (30). —

³ l. 39. §§ 7—10. D. de leg. 1 (30); § 4. I. h. t. 2, 20. — ⁴ l. 49. § 2. D. de leg. 2 (31); къ l. 11. § 16. D. de leg. 3 (32) ср. l. 49. § 1. D. de leg. 2 (31). —

⁵ Изъятіе, которое обыкновенно выводятъ изъ l. 40. D. de leg. 1 (30), не существуетъ; это мѣсто относится къ случаямъ, подобнымъ тѣмъ, которые находятся, напр., въ l. 9. D. de re mil. 49, 16. — ⁶ l. 69. § 4. D. de i. d. 23, 3; l. 71. пр. D. de leg. 1 (30). — ⁷ l. 14. C. de leg. 6, 37. — ⁸ Мнѣніе прежнихъ см. въ l. 114. § 8. D. de leg. 1 (30); l. 92. D. de cond. 35, 1. —

⁹ l. 92. cit. (Ульпіана). — ¹⁰ l. 41. l. 44. D. de fid. lib. 40, 5; l. 43. D. de act. emt. 19, 1.

и не преслѣдовать безнравственныхъ цѣлей. Слѣдуетъ еще прибавить, что воля наслѣдодателя можетъ себя въ разныхъ направленихъ ограничивать, *т. е. отказъ можно оставить подъ условіемъ (суспензивнымъ и резолютивнымъ)*¹, *срокомъ*² (*начальнымъ и конечнымъ*), *возложеніемъ обязанности (sub modo)*. Объ отказѣ sub modo мы уже говорили въ § 60; объ условномъ и срочномъ отказѣ скажемъ въ § 443.

II. Изъявленіе воли должно быть недвусмысленнымъ³; не вредить простая неясность, которую можно устранить толкованіемъ⁴. Изъявленіе (со времени Константина)⁵ можетъ быть сдѣлано какими угодно словами, даже знаками⁶. II мистическій отказъ допускается⁷ (ср. § 397 кон.).

5) § 442. Недѣйствительность назначеннаго отказа.

Guyet, Abhandlungen. Nr. 5. 1829.—*Ennecerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. Erste Abth. Стр. 226 и сл. 1838. — *Vangerow*, §§ 539—545.—*Windscheid*, §§ 638—641.—*Brinz*, § 429.—*Baron*, § 173.

Отказъ можетъ быть недѣйствительнымъ съ самаго начала или сдѣлаться таковымъ впоследствии до приобрѣтенія его отказополучателемъ.

I. Основанія недѣйствительности съ самаго начала слѣдуютъ изъ §§ 438 — 441. Здѣсь слѣдуетъ еще изложить катонovo правило¹, о которомъ сказано въ источникахъ: *Catoniana regula sic definit: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere*². Это значить: *по правилу, установленному Катономъ* (неизвѣстно, былъ ли это Cato Censorius или его сынъ), *недѣйствительно назначенный отказъ не можетъ сдѣлаться действительнымъ вслѣдствіе того, что причина недѣйствительности его назначенія прекратилась до смерти наслѣдодателя*. Для пониманія этого правила (основаніе котораго очень спорно) необходимо замѣтить слѣдующее. Общій принципъ, уже изложенный нами выше (§ 64 пр. 9. 10): *quod initio*

¹ l. 26. C. de leg. 6, 37.—² l. 1. pr. §§ 1. 2. l. 79. pr. § 1. D. h. t. 35, 1; l. 26. C. de leg. 6, 37.—³ l. 73. § 3. D. de r. i. 50, 17; l. 3. § 7. D. de ad. leg. 34, 4; l. 10. pr. l. 27. D. de reb. dub. 34, 5.—⁴ § 29. I. h. t. 2, 20.—⁵ l. 21. C. de leg. 6, 37.—⁶ l. 21. pr. D. de leg. 3 (32); l. 22. C. de fideic. 6, 42.—⁷ l. 25. D. de reb. dub. 34, 5; l. 38. D. de cond. 35, 1.

¹ t. D. 34, 7: de regula Catoniana.—² l. 1. pr. D. h. t. 34, 7.

vitiosum est, tractu temporis non potest conualescere, въ при-
мѣненіи къ легатамъ наводитъ на сомнѣніе, считать ли нача-
ломъ легата моментъ его *назначенія* или моментъ *смерти*
наслѣдодателя; правило Катона рѣшило сомнѣніе въ *первомъ*
смыслѣ³. Поэтому, напр., недѣйствителенъ отказъ вещи, при-
надлежащей легатарію (ср. § 286 пр. 15), хотя бы онъ ее
отчудилъ до смерти наслѣдодателя⁵, отказъ въ пользу собствен-
наго раба наслѣдодателя или раба лица, назначеннаго наслѣдни-
комъ, хотя бы рабъ былъ освобожденъ до смерти наслѣдодателя⁶.

II. *Отказъ, назначенный дѣйствительно, дѣлается впоследствии недѣйствительнымъ:*

1. Если наслѣдодатель вслѣдствіе *cap. deminutio* теряетъ *testamentifactio activa* и не приобретаетъ ее вновь до смерти (§ 405 sub II. 1).

2. Если отказополучатель умираетъ до *dies cedens*¹⁴ или лишается т. н. *testamentifactio passiva* и не приобретаетъ ее вновь до *dies cedens* (§ 405 sub II. 2).

3. Если отпадаетъ обремененный. Но въ императорскій періодъ изъ этого правила появилось столько изыятій, что скорѣе можно установить обратное правило. Дѣло въ томъ, что на мѣсто обремененнаго вступаетъ *transmissarius, substitutus*¹⁵, сонаслѣдникъ и *collegatarius re et verbis coniunctus*, которому приращается наслѣдственная доля (или часть отказа), обремененная отказомъ¹⁶ (отсюда исключается тотъ случай, если отказъ былъ мотивированъ личными обстоятельствами первоначальнаго обремененнаго¹⁷); далѣе, казна, приобретающая выморочное имущество (§ 425 пр. 25); далѣе, наслѣдникъ, который не обязанъ платить сдѣлавшагося недѣйствительнымъ отказа, въ свою очередь обремененнаго отказомъ, обязанъ тѣмъ не менѣе исполнить второй отказъ (подотказъ)¹⁸. Но если за

³ l. 41. § 2. D. de leg. 1 (30).—⁴ l. 41. § 2. D. de leg. 1 (30).—⁵ l. 41. § 2. D. de leg. 1 (30); l. 98. D. de cond. 35, 1; § 10. l. de leg. 2, 20.—⁶ Gai. 2, 244. § 32. l. de leg. 2, 20; l. 89. D. de h. i. 28, 5.—⁷ l. 41. § 2. i. f. D. de leg. 1 (30).—⁸ l. 3. D. h. t. 34, 7; l. 26. D. de stip. serv. 45, 3.—⁹ l. 7. § 6. l. 8. D. qu. d. 36, 2; ср. l. 17. eod.—¹⁰ l. 5. D. h. t. 34, 7.—¹¹ l. 3. D. h. t. 34, 7.—¹² l. 210. D. de r. i. 50, 17; ср. l. 201. eod.—¹³ l. 1. §§ 1. 5. D. de leg. 3 (32).—¹⁴ l. 5. pr. D. qu. dies 36, 2.—¹⁵ l. 74. D. de leg. 1 (30); l. 61. § 1. D. de leg. 2 (31).—¹⁶ l. un. §§ 10. 11. 14. C. de cad. toll. 6, 51; l. 49. § 4. l. 61. § 1. D. de leg. 2 (31).—¹⁷ l. un. § 9. C. de cad. toll. 6, 51.—¹⁸ l. 29. pr. D. de leg. 2 (31); l. un. §§ 4. 9. C. de cad. toll. 6, 51.

недѣйствительностью завѣщанія на мѣсто назначеннаго наследникомъ вступаетъ другой, то отказы, за исключеніемъ нѣсколькихъ случаевъ, (о которыхъ мы скажемъ sub № 6), дѣлаются недѣйствительными. Далѣе, на мѣсто первоначальнаго обремененнаго не вступаетъ наследникъ по закону, наступающій по *succ. ordinum vel graduum*¹⁹.

4. Если содержаніе отказа въ послѣдствіи попадаетъ въ противорѣчіе съ законами природы, государства, добрыхъ нравовъ (напр., отказанная вещь уничтожается²¹) или перестаетъ представлять интересъ для отказополучателя (напр., онъ уже при жизни наследодателя пріобрѣтаетъ отказанный предметъ безвозмездно [§ 271]; въ случаѣ пріобрѣтенія за вознагражденіе, послѣднее вступаетъ на мѣсто отказа²³, потому что въ этомъ отношеніи еще существуетъ интересъ для награжденнаго).

5. Если наследодатель отмѣняетъ отказъ (*ademptio legati vel fideicommissi*)²⁴. Для отмѣны не требуется особой формы²⁶; поэтому, если отказъ назначенъ письменно, то достаточно вычеркнуть его²⁷; достаточно также *facta concludentia* (напр., наследодатель отчуждаетъ отказанную вещь *animo adimendi legati*)²⁸. И смертельная вражда между наследодателемъ и отказополучателемъ заключаетъ въ себѣ отмѣну²⁹. Отмѣняетъ ли составленіе завѣщанія назначенные прежде отказы, это зависитъ отъ намѣренія завѣщателя; въ сомнительныхъ случаяхъ слѣдуетъ предполагать отмѣну³⁰. Напротивъ, новый кодициллъ отмѣняетъ прежніе отказы лишь въ томъ случаѣ, если они съ нимъ несогласимы³¹.—Отмѣна заключается также въ назначеніи новаго отказа на мѣсто прежняго (*translatio legati*); *translatio* возможна въ четырехъ видахъ: *translatio legati fit quatuor modis; aut enim a persona in personam transfertur, aut ab eo, qui dare iussus est, transfertur ut alius det; aut cum res pro re datur, ut pro fundo decem aurei; aut quod pure datum est,*

¹⁹ l. 1. § 9. D. de leg. 3 (32).—²⁰ l. un. § 11. C. de cad. toll. 6, 51.—
²¹ §§ 16—18. I. h. t. 2, 20.—²² l. 41. § 15. D. de leg. 1 (30).—²³ § 6. I. h. t. 2, 20; l. 34. §§ 7. 8. D. de leg. 1 (30).—²⁴ t. D. 34, 4: de adimendis et transferendis legatis; t. I. 2, 21: de ademptione et translatione legatorum.—
²⁵ Между l. 3. § 7. D. h. t. 34, 4 и l. 10. pr. D. de reb. dub. 34, 5; авторъ обоихъ мѣстъ Ульпіанъ.—²⁶ l. 3. § 11. i. f. l. 15. D. h. t. 34, 4.—²⁷ l. 16. l. 17. D. h. t. 34, 4.—²⁸ l. 15. l. 18. l. 24. § 1. l. 25. D. h. t. 34, 4.—²⁹ l. 3. § 11. l. 4. l. 31. § 2. D. h. t. 34, 4.—³⁰ l. 5. D. de iure cod. 29, 7; § 2. I. de cod. 2, 25.—³¹ l. 6. § 1. D. h. t. 34, 4; § 3. I. de cod. 2, 25.

transfertur sub condicione³². Хотя бы новый отказъ, назначенный по translatio, былъ недѣйствителенъ, тѣмъ не менѣе прежній отказъ теряетъ силу³³.

6. Если дѣлается недѣйствительнымъ завѣщаніе, въ которомъ или при которомъ назначенъ отказъ; правило это примѣняется и въ томъ случаѣ, если основаніе недѣйствительности само по себѣ касается только назначенія наслѣдника³⁴. Но изъ этого правила есть нѣсколько исключеній; такъ, отказы остаются дѣйствительными, а) по императорскимъ постановленіямъ, въ томъ случаѣ, если назначеніе наслѣдника дѣлается недѣйствительнымъ вслѣдствіе заблужденія въ мотивѣ (§ 396 пр. 7); б) по преторскому эдикту, въ томъ случаѣ, если назначенный наслѣдникомъ не прибрѣтаетъ наслѣдства на основаніи завѣщанія, чтобы доставить его себѣ или другому *свободнымъ отъ отказовъ*³⁵; тогда отказы обязанъ исполнить тотъ, кто владѣетъ наслѣдствомъ, какъ наслѣдникъ по закону или какъ *grædo*³⁶, будетъ ли это самъ назначенный или третье лицо; в) по Nov. 115, въ томъ случаѣ, если назначеніе наслѣдника отмѣняется вслѣдствіе нарушенія правъ нѣкоторыхъ необходимыхъ наслѣдниковъ (§ 416 пр. 6).

РАЗДѢЛЬ ТРЕТІЙ.

§ 443. Приобрѣтеніе отказа.

(Ученіе о *dies cedens* и *veniens*. Принятіе и отреченіе. Послѣдствія неприобрѣтенія).

t. D. XXXVI, 2: quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat.—t. C. VI, 53: quando dies legati vel fideicommissi cedit.—Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. Zweite Abth. §§ 54—57. 1889.—Vangerow, §§ 529. 546. 547.—Windscheid, §§ 642—645.—Brinz, § 427.—Baron, §§ 174. 175.—Ср. соч., приведенныя къ § 425.

I. *Dies legati vel fideicommissi cedit u venit*. Приобрѣтеніе отказа раздѣляется на два момента времени, которые источники называютъ *dies legati vel fideicommissi cedit* и *venit*.

³² l. 6. pr. D. h. t. 34, 4. — ³³ l. 20. D. h. t. 34, 4; l. 34. pr. D. de leg. 1 (30). — ³⁴ l. 3. § 2. D. de iure cod. 29, 7; l. 81. D. de leg. 2 (31). — ³⁵ t. D. 29, 4: si quis ommissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem. — ³⁶ l. 1. §§ 9—11. D. h. t. 29, 4. — ³⁷ l. 2. l. 3. l. 4. pr. § 1. l. 10. pr. D. h. t. 29, 4. — ³⁸ l. 4. § 2. D. h. t. 29, 4.

1. Значеніе *dies cedens* заключается въ томъ, что *honoratus*, если онъ живетъ и имѣетъ т. н. *testamentifactio passiva* и *capacitas*, приобретаетъ ожиданіе отказа, т. е. надежду на прибрѣтеніе, которой его не могутъ лишить событія, постигающія его безъ его воли, напр., его смерть (тогда происходитъ *transmissio* ожиданія къ его наслѣдникамъ)¹, а также потеря *testamentifactio passiva* или *capacitas*. Но онъ можетъ лишиться надежды по своей волѣ (напр., отреченіемъ), а равно и вслѣдствіе событій, не касающихся его лично, напр., если отпадаетъ обремененный, и обязанность исполнить отказъ не переходитъ на другого (§ 442 sub II. 3).—*Dies cedens* наступаетъ, по общему правилу, со смертью наслѣдодателя²; при отказахъ подъ суспензивнымъ условіемъ, съ *dies incertus* an или *dies incertus quando*, если неизвѣстно, доживетъ ли отказополучатель до этого дня (§ 59 пр. 3. 4), — съ исполненіемъ условія или наступленіемъ *dies*³; напротивъ, при отказахъ съ *dies certus an et quando* — *dies cedens* наступаетъ тотчасъ со смертью наслѣдодателя (§ 59 пр. 13); при чисто личныхъ отказахъ (напр., при отказѣ личнаго сервитута) онъ наступаетъ вмѣстѣ съ *dies veniens*, такъ какъ главное его послѣдствіе (трансмиссія на наслѣдниковъ награжденнаго) здѣсь невозможно⁴.

2. Значеніе *dies veniens* состоитъ въ томъ, что отказополучатель приобретаетъ отказанное право⁶ (право собственности, требованіе и т. д.) и при томъ такъ, что въ случаѣ надобности онъ можетъ осуществить его искомъ противъ обремененнаго⁷. *Dies veniens* наступаетъ (по мнѣнію сабинянцевъ⁸, принятому въ сводѣ Юстиніана)⁹ при всѣхъ отказахъ въ тотъ моментъ, въ который призванный приобретаетъ наслѣдство — конечно, если *dies cedens* наступаетъ не позже, и если отказъ не оставленъ съ *dies certus*, потому что въ такомъ случаѣ *dies veniens* наступаетъ не раньше *dies certus*¹⁰.

¹ 1. 5. pr. 1. 7. D. h. t. 36, 2.—² 1. 5. § 1. D. h. t. 36, 2.—³ 1. 4. 1. 5. § 2. D. h. t. 36, 2; 1. 75. 1. 79. § 1. D. de cond. 35, 1.—⁴ 1. 2. 1. 3. 1. 5. § 1. 1. 7. 1. 9. D. h. t. 36, 2.—⁵ Ulp. fr. 17, 1; 24, 31.—^{5a} 1. un. § 5. C. de cad. toll. 6, 51.—⁶ 1. 7. § 5. D. de dolo 4, 3; 1. 15. pr. D. ad. 1. Aq. 9, 2; 1. 69. pr. D. de leg. 1 (30).—⁷ 1. 7. pr. D. h. t. 36, 2.—⁸ Gai. 2, 195. 200.—⁹ 1. 19. § 1. D. quemadm. serv. 8, 6; 1. 16. § 1. D. qui test. 28, 1; 1. 5. § 8. D. de reb. eor. 27, 9.—¹⁰ 1. 9. § 2. D. usufr. qu. cav. 7, 9; 1. 1. § 1. D. de cond. 35, 1.

II. *Принятіе отказа и отреченіе отъ него.* Dies cedens и veniens суть моменты времени, т. е. факты, сами по себѣ независимые отъ вѣдома и воли отказополучателя, стало быть, ожиданіе отказа и самъ отказъ онъ приобретаетъ безъ своего вѣдома и воли (*ipso iure*)¹¹; принятія отказа не требуется; если же оно тѣмъ не менѣе происходитъ, то это имѣетъ лишь то значеніе, что отказополучатель впредь лишается права отречься отъ отказа; въ противномъ случаѣ, право отреченія отъ отказа всегда принадлежитъ отказополучателю¹²; въ случаѣ отреченія, приобрѣтеніе разсматривается какъ бы никогда не происшедшимъ¹³. Изъ нѣсколькихъ отказовъ отказополучатель можетъ одинъ принять, отъ другого отречься, если только это не противно волѣ наслѣдодателя¹⁴; часть одного и того же отказа принять, а отъ другой части отречься нельзя¹⁵, но если отказополучатель умеръ, не изъявивъ своей воли, то каждый изъ его наслѣдниковъ можетъ принять или отречься отъ части отказа, приходящейся на его долю¹⁶.

III. *Послѣдствія неприобрѣтенія.* Послѣдствія неприобрѣтенія, смотря по свойствамъ конкретнаго случая, могутъ быть трехъ родовъ: или наступаетъ новый отказъ, или примѣняется право приращенія, или отказъ остается за обремененнымъ.

1. *Наступаетъ новый отказъ, если отпавшій honoratus имѣетъ субститута.*

2. *Примѣняется право приращенія, если отпавшій отказополучатель имѣетъ коллегатарія.*

3. *Если нѣтъ ни субститута, ни коллегатарія, который пользуется своимъ правомъ приращенія, то отказъ остается за обремененнымъ*²³.

VI. *Отмѣна приобрѣтенія.* Приобрѣтеніе отказа (кромѣ случая отреченія) отмѣняется: 1) наступленіемъ резолютивнаго условія или конечнаго срока; 2) отнятіемъ за недостойность; основанія недостойности по большей части тѣ же, что и для

¹¹ l. 77. § 3. D. de leg. 2 (31); l. 19. § 1. D. quemadm. serv. 8, 6.—¹² l. 45. § 1. D. de leg. 2 (31).—¹³ l. 38. § 1. l. 44. § 1. l. 86. § 2. D. de leg. 1 (30).—¹⁴ l. 5. D. de leg. 2 (31).—¹⁵ l. 4. l. 6. l. 23. D. de leg. 2 (31).—¹⁶ l. 38. pr. D. de leg. 1 (30).—¹⁷ Gai. 2, 199. 205. 223; Ulp. 24, 12. 13.—¹⁸ § 8. I. h. t. 2, 20; l. 89. D. de leg. 3 (32).—¹⁹ l. 1. pr. l. 11. D. de usufr. acer. 7, 2; l. 84. § 12. D. de leg. 1 (30).—²⁰ Gai. 2, 206—208; Ulp. 17, 2. 18; 24, 12. 13.—²¹ l. un. § 11. C. de caducis tollendis 6, 51.—²² l. 89. D. de leg. 3 (32).—²³ l. 17. pr. l. 60. de leg. 2 (31); l. un. §§ 3. 4. 7. 8. 11. C. h. t. 6, 51.

наслѣдствъ (изъ случаевъ, перечисленныхъ въ § 426 sub 5 сюда относятся: а. α — δ , б. α — ζ , с. α . β); слѣдующіе случаи отнятія, въ которыхъ отнятое всегда остается въ пользу обремененнаго, свойственны специально отказамъ: а) если отказополучатель скрываетъ завѣщаніе²⁴; б) если онъ похитилъ что либо изъ наслѣдства; въ этомъ случаѣ отказъ уменьшается на стоимость похищеннаго²⁵; с) если онъ опозорилъ наслѣдодателя послѣ назначенія отказа²⁶.

РАЗДѢЛЪ ЧЕТВЕРТЫЙ.

Правоотношенія отказополучателя послѣ пріобрѣтенія отказа.

1) § 444. Обязательства между отказополучателемъ и обремененнымъ.

Baron, die Conditionen. § 10. 1881.—*Pfersche*, privatrechtliche Abhandlungen. Стр. 286 и сл. 1886.—*Vangerow*, §§ 530—533.—*Windscheid*, §§ 647—649.—*Brinz*, §§ 428. 429.

*По праву Юстиніана*¹ и современному, изъ каждаго отказа возникаетъ обязательство обремененнаго по отношенію къ отказополучателю, можетъ возникнуть и обязательство отказополучателя по отношенію къ обремененному. Юстиніанъ называетъ обязательство это *obligatio quasi ex contractu*².

I. Обязанности обремененнаго.

1. *Вообще*. Обремененный обязанъ исполнить отказъ³; если отказана вещь, принадлежащая третьему лицу, и третье лицо совсѣмъ не хочетъ ее продать или требуетъ чрезмѣрно высокой цѣны, то обремененный можетъ вмѣсто самой вещи уплатить дѣйствительную ея цѣну⁴.—За плоды отказанной вещи (или проценты) обремененный отвѣчаетъ лишь съ момента тогда или съ момента *litiscontestatio*⁵ (по Герм. уст. гражд. суд. § 239, съ

²⁴ 1. 25. C. de leg. 6, 37.—²⁵ 1. 5. C. de leg. 6, 37.—²⁶ 1. 1. l. 9. § 1. D. de his quae ut ind. 34, 9; l. 31. § 2. D. de ad leg. 34, 4.

¹ 1. 1. D. comm. de leg. 6, 43; о классическомъ правѣ см. Gai. 2, 204. 213.—² § 5. I. de obl. qu. ex contr. 3, 27; ср. 1. 5. § 2. D. de o. et a. 44, 7.—³ 1. 11. § 25. D. de leg. 3 (32).—⁴ 1. 71. §§ 3. 4. D. de leg. 1 (30); l. 14. § 2. D. de leg. 3 (32).—⁵ 1. 23. D. de leg. 1 (30); l. 26. D. de leg. 3 (32); l. 1. l. 4. C. de us. et fr. 6, 47.

момента сообщенія иска): только при отказахъ въ пользу церкви и благотворительныхъ цѣлей обремененный отвѣчаетъ за плоды или проценты съ момента смерти наслѣдодателя, если не исполнилъ отказа въ теченіе шести мѣсяцевъ послѣ того, какъ сдѣлалось извѣстнымъ распоряженіе послѣдней воли⁶; если при такихъ отказахъ обремененный доведетъ дѣло до иска, то его, по постановленію Юстиніана, постигаетъ штрафъ двойного (послѣдній, по правильному мнѣнію, теперь не практикуется, § 81 sub III).— По общимъ правиламъ, обремененный отвѣчаетъ за culpa lata, если послѣ исполненія отказа ему не остается никакой выгоды (напр. если все наслѣдство исчерпано отказами, и обремененный наслѣдникъ не имѣетъ права на вычетъ quarta Falcidia, § 446 пр. 16—30), въ противномъ случаѣ—за culpa levis⁸; если вслѣдствіе отказа возникаетъ общеніе между обремененнымъ и отказополучателемъ, то первый можетъ сослаться на diligentia quam in suis (§ 236 пр. 8).—Требованіе изъ отказа обезпечено законнымъ закладнымъ правомъ на тѣ предметы, которые достались обремененному отъ наслѣдодателя (§ 190 пр. 29).—Искъ, принадлежащій отказополучателю противъ обремененнаго для судебного осуществленія его требованія, называется actio ex testamento, также actio legati^{8a}. Если обремененный въ теченіе шести мѣсяцевъ послѣ предъявленія иска не защищается и не исполняетъ отказа, то отказополучатель можетъ потребовать ввода во владѣніе всѣмъ имуществомъ обремененнаго (т. н. missio Antoniniana) и удовлетворить себя изъ плодовъ имущества⁹.

2. *При суспензивно-условныхъ, срочныхъ и оспариваемыхъ отказахъ.* Если отказъ оставленъ подъ суспензивной condicio non faciendi, то дѣйствуютъ правила §-а 401 пр. 5 и слѣд., т. е. отказополучатель, давая cautio Muciana, можетъ требовать, чтобы отказъ былъ тотчасъ исполненъ¹⁰. Если поставлено суспензивное условіе съ другимъ содержаніемъ, или срокъ (ex die), или обремененный оспариваетъ отказъ, то отказополучатель можетъ только требовать обезпеченія поручительствомъ

⁶ Nov. 131. c. 12.—⁷ §§ 19. 26. I. de act. 4, 6.—⁸ l. 26. § 1. l. 108. § 12. D. de leg. 1 (30).—^{8a} l. 18. D. de obl. et act. 44, 7; l. 116. § 4. D. de leg. 1 (30); l. 27. D. de sol. 46, 3; cp. l. 1. C. comm. de leg. 6, 43.—⁹ l. 5. §§ 16—21. 23—25. D. ut in poss. 36, 4; l. 6. C. eod. 6, 54.—¹⁰ l. 18. D. de cond. 35, 1.

въ будущемъ исполненіи отказа (т. н. *cautio legatorum servandorum*)¹¹⁻¹³; если онъ не получаетъ *cautio*, то можетъ требовать ввода во владѣніе тѣмъ, что находится у обремененнаго изъ наслѣдства (§ 76 sub 3).

II. *Обязанности отказополучателя.* Онъ не долженъ присваивать себѣ отказанныхъ вещей до взятія ихъ во владѣніе наслѣдникомъ безъ согласія послѣдняго; въ противномъ случаѣ эти вещи могутъ быть отняты обратно у него, его универсальнаго и сингулярнаго преемника (поср. *int. quod legatorum*)¹⁶. Онъ не долженъ безъ основанія обогащаться на счетъ обремененнаго; поэтому, если наслѣднику принадлежалъ на наслѣдственный участокъ вещный сервитутъ, то тотъ, кому участокъ отказанъ, долженъ возстановить прекратившійся (по *confusio*) сервитутъ¹⁷. Наконецъ, отказополучатель долженъ возратить обремененному, по справедливому усмотрѣнію, издержки на отказанную вещь¹⁸.

2) § 445. Приобрѣтеніе вещныхъ правъ.

Windscheid, § 646.

Если наслѣдодатель отказалъ кому либо право собственности или иное вещное право на принадлежащую ему (наслѣдодателю) вещь, то, по праву Юстиніана¹, отказополучатель въ *dies veniens ipso iure* дѣлается собственникомъ или субъектомъ этого вещнаго права и можетъ осуществить отказъ вещными исками. Но право собственности (или вещное право) отказополучателя пока еще нерѣшительно; окончательнымъ оно дѣлается тогда, когда онъ заявитъ, что принимаетъ отказъ; если же онъ отрекается, то наслѣдникъ обратно дѣлается собственникомъ отказанной вещи. Во время нерѣшительнаго состоянія собственности отказополучатель временно признается собственникомъ (§ 128 пр. 7).

¹¹ l. 1. pr. § 1. l. 4. l. 16. D. ut leg. 36, 3.—¹² l. 2. l. 7. C. ut in poss. 6, 54.—¹³ l. 6. C. ad set. Treb. 6, 49.—¹⁴ l. 1. § 2. D. ut in poss. 36, 4.—

¹⁵ l. 1. § 18. l. 6. § 1. D. ut leg. 36, 3.—¹⁶ tt. D. 43, 3; C. 8, 3: quod legatorum.—¹⁷ l. 70. l. 116. § 4. D. de leg. 1 (30; l. 76. § 2. D. de leg. 2 (31).—

¹⁸ II. 58—60. D. de leg. 1 (30).

¹ l. 1. C. comm. de leg. 6, 43; о класс. пр. см. Gai. 2, 194. 195. 220—222.

РАЗДѢЛЬ ПЯТЫЙ.

Ограниченіе отказовъ (Quarta Falcidia).

t. D. XXXV, 2; t. C. VI, 50: ad legem Falcidiam.—t. I. II, 22: de lege Falcidia.

1) § 446. Общія начала.

Vangerow, §§ 534. 538.—Windscheid, §§ 650. 651.—Brinz, § 416.—Baron, § 172.

I. Издревле наслѣдодатель ограниченъ въ назначеніи отказовъ: онъ не долженъ выходить за предѣлы размѣра наслѣдства¹; эта граница защищаетъ наслѣдника; послѣдній (по постановленію Юстиніана²) можетъ лишиться этой защиты, если не составитъ описи изложеннымъ въ § 427 пр. 8 и слѣд. порядкомъ; тогда онъ долженъ уплатить отказы изъ собственнаго имущества, если наслѣдства недостаточно.

II. Иного предѣла, кромѣ вышеизложеннаго, XII Таблицъ для наслѣдодателя не устанавливаютъ³; лишь позднѣйшіе законы ввели еще другія ограниченія въ виду того, что наслѣдодатели, злоупотребляя законною свободою, нерѣдко исчерпывали отказами все или почти все наслѣдство. Два такихъ закона, l. Furia testamentaria и l. Voconia⁴, были отмѣнены третьимъ закономъ, дѣйствующимъ еще теперь, l. Falcidia⁵ (714 г. римской эры); l. Falcidia постановила, что всякій завѣщатель долженъ оставить наслѣднику четверть наслѣдства (quarta Falcidia), такъ что на легаты онъ можетъ употребить въ завѣщаніи только три четверти; законъ этотъ мало по малу былъ распространенъ на легаты безъ завѣщанія, фидеикоммиссы, даренія на случай смерти (§ 459), implendae condicionis causa datum (§ 460)⁶.—Право на четверть принадлежитъ только наслѣднику⁷, а не другимъ лицамъ, которыя надѣлены и вмѣстѣ съ тѣмъ обременены (оно даже не принадлежитъ универсальному фидеикоммиссарію⁸, за исключеніемъ случая § 458 пр. 8); но если у этихъ лицъ дѣлается вычетъ на основаніи фальцидіева закона, то они могутъ сдѣлать соразмѣрный вычетъ изъ

¹ § 1. I. de sing. reb. 2, 24; l. 114. § 3. i. f. D. de leg. 1 (30).—² l. 22. § 14. C. de iure del. 6, 30; Nov. 1. c. 2.—³ l. 120. D. de v. s. 50, 16.—⁴ Gai. 2, 224—227.—⁵ l. 1. pr. D. h. t. 35, 2.—⁶ l. 18. pr. D. h. t. 35, 2; Gai. 2, 254; § 5. I. de fid. her. 2, 23. l. 32. § 1. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 77. § 1. D. de leg. 2 (31); l. 5. l. 12. l. 18. C. h. t. 6, 50. —⁷ l. 1. pr. D. h. t. 35, 2.—⁸ l. 47. § 1. D. h. t. 35, 2.

подотказа⁹.—Если есть нѣсколько наслѣдниковъ, то каждый наслѣдникъ имѣеть отдѣльно право на четверть оставленной ему наслѣдственной доли; такимъ образомъ, наслѣдодатель не можетъ, оставляя одному больше фальцидіевой четверти, зато тѣмъ болѣе обременить другого¹⁰.—Если quarta Falcidia нарушена, то отказы въ превышающей части ничтожны¹¹ (ибо l. Falcidia есть lex perfecta, § 12 пр. 3а); поэтому, если отказаны тѣлесныя вещи, то возникаетъ общая собственность между обремененнымъ и отказополучателемъ¹²; если отказъ недѣлимъ, то отказополучатель долженъ уплатить обремененному соответствующую часть денежной цѣнности¹³. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ quarta не вычитывается, въ частности если отказы оставлены солдатомъ¹⁶ (это правило отмѣнено по RMG. 2 мая 1874 г. § 44); если завѣщатель прямо или молчаливо запретилъ вычетъ (по постановленію Юстиніана¹⁷, которое трудно оправдать); если отъ вычета отрекся обремененный¹⁸ и нѣкот. др.

2) § 447. Вычисленіе фальцидіевой четверти.

Vangerow, § 536.—*Windscheid*, § 652.—*Brinz*, §§ 417. 420.

Чтобы опредѣлить, нарушено ли право наслѣдника на quarta и въ какой мѣрѣ оно нарушено, необходимо перевести на деньги, съ одной стороны, цѣнность наслѣдства или наслѣдственной доли, съ другой стороны, цѣнность отказовъ и выдѣловъ, поставленныхъ наравнѣ съ отказами.

1. При вычисленіи цѣнности наслѣдства или наслѣдственной доли надо принимать во вниманіе день смерти наслѣдодателя; позднѣйшія увеличенія или уменьшенія не принимаются

⁹ l. 43. § 3. D. de cond. 35, 1; l. 32. § 4. D. h. t. 35, 2.—¹⁰ l. 77. D. h. t. 35, 2; § 1. I. h. t. 2, 22.—¹¹ l. 73. § 5. D. h. t. 35, 2.—¹² l. 1. § 5. D. quod leg. 43, 3; l. 26. D. h. t. 35, 2.—¹³ l. 7. l. 23. l. 80. § 1. D. h. t. 35, 2.—¹⁴ t. D. 35, 3: si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit legatum esse dicitur.—¹⁵ l. 73. §§ 1. 2. D. h. t. 35, 2.—¹⁶ l. 7. C. h. t. 6, 50; l. 3. § 1. D. ad sct. Treb. 36, 1.—¹⁷ Nov. 1. c. 2. § 2; прежнее право см. въ l. 15. §§ 1. 8. l. 27. D. h. t. 35, 2; l. 11. C. h. t. 6, 50.—¹⁸ l. 19. C. h. t. 6, 50; l. 46. l. 71. D. h. t. 35, 2.—¹⁹ Nov. 1. c. 3.—²⁰ l. 9. § 5. D. de iur. ign. 22, 6; l. 9. C. h. t. 6, 50.—²¹ l. 15. C. h. t. 6, 50.—²² l. 36. pr. C. de inoff. test. 3, 28; l. 87. § 4. D. de leg. 2 (31).—²³ l. 81. § 2. D. h. t. 35, 2.—²⁴ Nov. 131. c. 12.—²⁵ l. 59. pr. D. h. t. 35, 2.—²⁶ l. 88. § 2. D. h. t. 35, 2; l. 6. i. f. D. de fideic. lib. 40, 5.—²⁷ l. 46. l. 71. D. h. t. 35, 2.

въ расчетъ¹; впрочемъ, причисляются къ наследственнымъ долгамъ издержки на погребеніе², на принятіе и ликвидацию наследства³, а также обязательная доля (§ 449). Условныя требованія и долги оцѣняются или по продажной цѣнности, или по номинальной, или совсѣмъ не принимаются въ счетъ; въ двухъ послѣднихъ случаяхъ даются *cautiones*⁴ (§ 446 пр. 14. 15).

2. При опредѣленіи цѣнности отказовъ и поставленныхъ наравнѣ съ таковыми выдѣловъ принимается во вниманіе день смерти наследодателя⁷. Не принимаются въ счетъ недѣйствительныя⁸ отказы, а равно и тѣ, которые уже вычтены, какъ долги наследства.

И вотъ, если общая цѣнность *sub 2* составляетъ больше трехъ четвертей общей цѣнности *sub 1*, то наследникъ можетъ вычесть *quarta*, вѣрнѣе: наследникъ можетъ соразмѣрно настолько уменьшить отдѣльные отказы (или другіе выдѣлы), сколько ему недостааетъ до *quarta*¹⁴. Въ *quarta* наследникъ долженъ засчитать то, что онъ удерживаетъ изъ своей наследственной доли (*iure heredis*)¹⁵, въ частности отказы, сдѣлавшіяся недѣйствительными¹⁶, и ту часть прелегата, которая приходится на его наследственную долю¹⁷; далѣе, плоды, которые онъ извлекъ изъ срочнаго отказа отъ принятія наследства до наступленія срока¹⁸.

3) § 448. Вычисленіе и вычетъ фальцидіевой четверти въ случаѣ соединенія нѣсколькихъ наследственныхъ долей.

v. d. Pfordten, Abhandlungen. Nr. 1. 1840. — *Pernice*, comment. iuris Roman. duae. Comm. I. 1885. — *Baron*, Gesamtrechtsverhältnisse. §§ 42. 43. 1864. — *Amann*, die Berechnung der Falcidia bei Vereinigung mehrerer Erbtheile durch Accrescenz oder Potestas, sowie bei der Vulgar- und Pupillarsubstitution. 1876. — *Vangerow*, § 535. — *Windscheid*, § 653. — *Brinz*, §§ 418. 419.

Если въ одномъ лицѣ соединяется нѣсколько наследственныхъ долей, то фальцидіева четверть можетъ быть вычисляема

¹ l. 30. pr. §§ 2—4. l. 56. pr. l. 73. pr. D. h. t. 35, 2.—² l. 1. § 19. l. 2. D. h. t. 35, 2; § 2. l. h. t. 2, 22.—³ l. 72. D. h. t. 35, 2.—⁴ l. 73. § 1. D. h. t. 35, 2; l. 1. §§ 4. 11. D. si cui plus 35, 3.—⁵ l. 6. pr. l. 8. C. h. t. 6, 50; l. 87. § 2. D. h. t. 35, 2.—⁶ l. 30. § 4. D. h. t. 35, 2.—⁷ l. 50. l. 51. l. 76. § 1. D. h. t. 35, 2.—⁸ l. 88. § 3. D. h. t. 35, 2; cf. l. 73. § 4. eod.—⁹ l. 45. § 1. l. 73. § 2. D. h. t. 35, 2; l. 88. § 3. D. eod.—¹⁰ l. 3. § 2. D. h. t. 35, 2.—¹¹ l. 55. D. h. t. 35, 2.—¹² l. 68. pr. D. h. t. 35, 2.—¹³ l. 1. § 16. D. h. t. 35, 2.—¹⁴ l. 73. § 5. D. h. t. 35, 2.—¹⁵ l. 74. l. 91. D. h. t. 35, 2.—¹⁶ l. 50. l. 51. l. 76. § 1. D. h. t. 35, 2.—¹⁷ l. 86. l. 91. D. h. t. 35, 2.—¹⁸ l. 15. § 6. l. 24. § 1. l. 73. § 4. l. 88. § 3. D. h. t. 35, 2.—¹⁹ l. 19. l. 30. § 1. l. 87. pr. D. h. t. 35, 2.—²⁰ l. 56. § 5. l. 75. l. 90. D. h. t. 35, 2.—²¹ l. 74. l. 91. D. h. t. 35, 2.—²² l. 22. pr. l. 29. l. 94. D. h. t. 35, 2.—²³ l. 74. l. 91. D. h. t. 35, 2.—²⁴ l. 36. pr. l. 73. pr. D. h. t. 35, 2.

и вычитаема тремя способами: 1) ее вычисляют и вычитаютъ отдѣльно отъ каждой наслѣдственной доли, какъ если бы не было соединенія нѣсколькихъ долей въ одномъ лицѣ; 2) складываютъ нѣсколько наслѣдственныхъ долей въ одну, отъ этой суммы вычисляютъ четверть и производятъ *всѣмъ* отказополучателямъ соразмѣрный вычетъ; 3) сначала опредѣляютъ четверть самостоятельно отъ каждой наслѣдственной доли, но излишекъ одной наслѣдственной доли употребляется на покрытие излишняго обремененія другой; третій способъ исчисленія даетъ для *наслѣдника* тѣ же результаты, что второй, но для *отказовъ*, возложенныхъ на отдѣльныя наслѣдственныя доли, эти способы счисленія имѣютъ неодинаковое значеніе. Эти три способа примѣняются по слѣдующимъ правиламъ:

а. Если соединеніе нѣсколькихъ наслѣдственныхъ долей произошло вслѣдствіе факта, независимаго отъ обсуждаемаго наслѣдованія (напр., вслѣдствіе того, что одинъ сонаслѣдникъ получаетъ затѣмъ и наслѣдство послѣ другого сонаслѣдника), то примѣняется первый способъ¹.

б. Если наслѣднику назначено завѣщателемъ нѣсколько наслѣдственныхъ долей, то примѣняется второй способъ².

в. Если наслѣдникъ по *ius accrescendi* приобрѣтаетъ еще наслѣдственную долю отпавшаго, то слѣдуетъ различать, которая доля слишкомъ обременена: первоначальная или приращенная; въ первомъ случаѣ примѣняется третій способъ, во второмъ первый способъ³.

4) § 449. Отношеніе фальцидіевой четверти къ обязательной долѣ.

. Windscheid, § 652 пр. 5.

По римскому праву¹, наслѣдникъ, получая обязательную долю, не можетъ уже требовать фальцидіевой четверти; каноническое

¹ l. 1. § 15. D. h. t. 35, 2. — ² l. 1. § 13. l. 11. § 7. l. 87. § 3. D. h. t. 35, 2. — ³ На основаніи l. 87. § 4. D. h. t. 35, 2, но это мѣсто относится къ субституту пупилла, который (вслѣдствіе *duplex substitutio tacita*) наслѣдуетъ въ качествѣ вульгарнаго субститута. — ⁴ l. 1. § 13. i. f. D. h. t. 35, 2. — ⁵ l. 78. D. h. t. 35, 2. — ⁶ l. 21. § 1. D. h. t. 35, 2. — ⁷ l. 11. §§ 5—7. l. 79. l. 80. l. 87. § 7. D. h. t. 35, 2. — ⁸ l. 1. § 12. l. 31. D. h. t. 35, 2. — ⁹ l. 79. l. 11. § 5. l. 80. пр. D. h. t. 35, 2. — ¹⁰ l. 10. l. 11. § 8. l. 87. § 7. D. h. t. 35, 2. — ¹¹ l. 11. § 7. l. 87. § 4. i. f. D. h. t. 35, 2. — ¹² l. 87. §§ 5. 8. D. h. t. 35, 2; l. 41. § 6. D. de vulg. subst. 28, 6.

¹ ср. l. 8. § 9. D. de inoff. 5, 2.

право² предоставляет дѣтямъ, назначеннымъ наслѣдниками своими родителями, но обремененнымъ универсальнымъ фиденкомиссомъ, рядомъ съ обязательною долею еще и фальцидѣву четверть; многіе юристы распространяютъ эту норму на *всѣхъ* необходимыхъ наслѣдниковъ и на *всѣ* отказы. Обязательная доля обсуждается, какъ долгъ наслѣдства (§ 447 sub. I).

РАЗДѢЛЪ ШЕСТОЙ.

Особенная часть отказовъ.

Предварительное замѣчаніе.

Предварительное замѣчаніе, сдѣланное нами къ § 273 объ обязательствахъ, относится также и къ отказамъ; поэтому мы будемъ излагать только такіе отказы, которые являются особенно важными по своей распространенности, или по своимъ особеннымъ свойствамъ опредѣляются особыми нормами.

I. § 450. Отказы тѣлесныхъ вещей.

Vangerow, §§ 525. 548—553. — *Windscheid*, §§ 654. 655. 659—661. — *Brinz*, § 415.

Тѣлесныя вещи могутъ быть отказаны или такъ, что наслѣдодатель опредѣляетъ ихъ индивидуально, или такъ, что онъ опредѣляетъ ихъ только по роду.

I. *Отказы вещи, опредѣленной индивидуально.* Предметомъ отказа можетъ быть или одна вещь, или совокупность вещей, обозначенная коллективнымъ названіемъ, напр., домашняя утварь, мебель; въ источникахъ¹ содержатся точныя правила о томъ, что въ такомъ случаѣ подходитъ подъ коллективное названіе. — *Большое вліяніе на отказъ имѣетъ лицо собственника вещи.*

1. Если вещь принадлежитъ наслѣдодателю въ моментъ его смерти, то отказъ дѣйствителенъ, хотя бы наслѣдодатель по заблужденію считалъ ее чужою²; отказополучатель пріобрѣтаетъ въ *dies veniens ipso iure* право собственности на вещь (§ 445). Если вещь обременена вещнымъ сервитутомъ или *usus*омъ, то отказополучатель получаетъ вещь съ этимъ обре-

² c. 16. c. 18. X. de test. 3, 26 (caput Raynutius и caput Raynaldus).

¹ tt. D. 33, 6: de trit. vin. vel ol. leg.; 33, 7: de instructo vel instrum. leg.; 33, 9: de penu leg.; 33, 10: de sup. leg.; 34, 2: de auro argento mundo ornam. ungu. veste vel vestim. et statuis leg.—² § 11. I. h. t. 2, 20.

мененіемъ³; иное дѣло, если на вещь возложенъ узурфруктъ, эмфитевзисъ, суперфицій, закладное право: тогда обремененный долженъ отъ этихъ правъ отречься, если они принадлежать ему самому⁴; если же они принадлежать третьему лицу, то онъ долженъ освободить вещь отъ нихъ, если наслѣдодатель зналъ объ ихъ существованіи⁵; если же они принадлежать самому отказополучателю, то послѣдній не можетъ за нихъ требовать особаго вознагражденія.

2. Если въ моментъ смерти наслѣдодателя вещь принадлежитъ обремененному, то отказъ дѣйствителенъ даже въ томъ случаѣ, если наслѣдодатель по ошибкѣ принималъ ее за свою⁶. Отказополучатель не приобрѣтаетъ *ipso iure* въ *dies veniens* права собственности на вещь, а только требованіе противъ обремененнаго.

3. Если въ моментъ смерти наслѣдодателя вещь принадлежитъ третьему лицу, то отказъ безусловно признается дѣйствительнымъ въ томъ случаѣ, если вещь находилась въ добросовѣстномъ владѣніи наслѣдодателя или обремененнаго; впрочемъ, отказополучатель можетъ тогда только требовать переноса владѣнія, но не возмѣщенія вреда въ случаѣ эвикціи вещи собственникомъ⁷. Если же вещь не состояла въ добросовѣстномъ владѣніи ни наслѣдодателя, ни обремененнаго, то отказъ признается дѣйствительнымъ лишь въ томъ случаѣ, если наслѣдодателю было извѣстно право собственности третьяго (§ 51 sub I. 1); тогда обремененный долженъ постараться приобрѣсть вещь отъ третьяго лица, а если это не удастся (§ 444 пр. 4), то уплатить отказополучателю ея цѣну⁸.—Если наслѣдодатель отказалъ чужую вещь, на которую ему или обремененному принадлежало вещное отчуждимое право, то предполагается, что онъ хотѣлъ отказать только это вещное право⁹.

4. Если въ моментъ смерти наслѣдодателя вещь принадлежитъ самому отказополучателю, то отказъ ничтоженъ вслѣдствіе невозможности исполненія¹⁰; онъ признается дѣйствительнымъ только въ томъ случаѣ, если отказополучателю при-

³ l. 69. § 3. l. 116. § 4. D. de leg. 1 (30); l. 18. D. de serv. 8, 1.—⁴ l. 26. l. 76. § 2. D. de leg. 2 (31).—⁵ l. 66. § 6. D. de leg. 2 (31); l. 57. D. de leg. 1 (30); § 5. I. h. t. 2, 20; l. 6. C. de fideic. 6, 42.—⁶ l. 67. § 8. D. de leg. 2 (31).—⁷ l. 77. § 8. D. de leg. 2 (31).—⁸ l. 39. § 7. l. 71. § 3. D. de leg. 1 (30); l. 14. § 2. l. 30. § 6. D. de leg. 3 (32); l. 10. C. de leg. 6, 37; § 4. I. h. t. 2, 20.—⁹ l. 71. § 6. D. de leg. 1 (30); cp. l. 39. § 3. eod.—¹⁰ l. 13. C. de leg. 6, 37.

надлежитъ лишь отмѣняемое или оспоримое право собственности (обремененный долженъ защищать его отъ потери права собственности)¹¹, а равно, если наследодателю, или обремененному, или (если это зналъ наследодатель) третьему лицу принадлежатъ на отказанную вещь эмфитевзисъ, суперфицій, закладное право (обремененный долженъ освободить вещь отъ этихъ правъ)¹², а равно, наконецъ, если наследодатель имѣетъ противъ отказополучателя право требованія этой вещи (отказополучатель освобождается отъ своего долга)¹³.—Если отказополучатель приобрѣлъ вещь уже послѣ назначенія отказа, то послѣдній считается дѣйствительнымъ въ томъ смыслѣ, что, если приобретение было сдѣлано по *negotium onerosum*, то отказополучатель можетъ требовать возмѣщенія издержекъ на приобретение (§ 442 пр. 23).

II *Отказъ вещи, определенной по роду*¹⁴ (т. н. *legatum generis*). Этотъ отказъ встрѣчается чаще всего въ видѣ отказа денегъ, рѣже—другихъ родовыхъ вещей. Отказъ безусловно дѣйствителенъ въ томъ случаѣ, если опредѣлено количество, неопредѣленность качества не вредитъ (напр., *centum amphorae vini*, *certum pondus olei*¹⁵ безъ опредѣленія сорта). Но если отказанная вещь не опредѣлена даже по объему (напр., отказывается «*vinum*», «*domus*», «*fundus*»), то отказъ имѣетъ силу лишь въ томъ случаѣ, если въ наследственной массѣ есть вещи отказаннаго рода¹⁶ (§ 440 пр. 6); если отказъ направленъ не на *всѣ* вещи опредѣленнаго рода, которыя находятся въ наследствѣ, а только на ограниченное ихъ число, то отказополучатель можетъ выбирать между вещами наследства¹⁷; при этомъ онъ не можетъ выбрать наилучшей вещи¹⁸, если наследодатель прямо не выразилъ, что предоставляетъ ему право выбора¹⁹ (*leg. optionis s. electionis*)²⁰.—Особыми видами отказа *genus* являются отказъ ренты и отказъ алиментовъ:

¹¹ l. 82. § 1. D. de leg. 1 (30).—¹² l. 71. § 5. l. 86. пр. § 4. D. de leg. 1 (30); не противорѣчить l. 66. § 6. D. de leg. 2 (31); слова «*propter istas causas*» относятся къ вещнымъ сервитутамъ.—¹³ l. 39. § 2. D. de leg. 1 (30).—¹⁴ t. D. 34, 6: de tritico, vino vel oleo legato.—^{14a} l. 29. § 3. D. de leg. 3 (32); l. 58. D. de ev. 21, 2; l. 71. § 1. D. de leg. 1 (30).—¹⁵ l. 3. пр. l. 4. D. h. t. 33, 6.—¹⁶ l. 7. пр. D. h. t. 33, 6; l. 69. § 4. D. de i. d. 23, 3; l. 71. пр. D. de leg. 1 (30).—¹⁷ § 22. I. h. t. 2, 20; l. 108. § 2. D. de leg. 1 (30).—¹⁸ l. 37. пр. D. de leg. 1 (30).—¹⁹ l. 2. пр. D. de opt. 33, 5.—²⁰ t. D. 33, 5: de optione vel electione legata.—²¹ § 23. I. h. t. 2, 20.—²² l. 3. пр. C. comm. de leg. 6, 43.—²³ l. 6. l. 7. l. 8. пр. l. 13. § 1. l. 17. D. h. t. 33, 5.—²⁴ l. 110. D. de leg. 1 (30).—²⁵ l. 11. § 1. D. de leg. 2 (31).—²⁶ l. 3. § 1. C. comm. de leg. 6, 43.—²⁷ l. 34. § 14. D. de leg. 1 (30); l. 23. D. de leg. 2 (31).

1. *Отказъ ренты*²⁸ есть отказъ дѣйствій, обыкновенно денежныхъ уплатъ, повторяющихся въ періодическіе сроки. Срокъ можетъ быть годичный (*annuum legatum*), болѣе короткій и болѣе продолжительный. Продолжительность ренты зависитъ отъ опредѣленія наслѣдодателя; онъ можетъ ее оставить въ видѣ вѣчной²⁹ или ограничить опредѣленнымъ срокомъ³⁰; если наслѣдодатель ничего не постановилъ, то рента кончается со смертію отказополучателя³¹. *Отказъ ренты заключаетъ въ себѣ столько отдѣльныхъ отказовъ, сколько окажется платежныхъ сроковъ*; поэтому, отказополучатель приобретаетъ первую ренту, если переживетъ наслѣдодателя, слѣдующія—лишь въ томъ случаѣ, если доживетъ до сроковъ ихъ платежей³². Отъ отказа ренты слѣдуетъ отличать отказъ суммы, которая должна быть уплачена въ нѣсколько сроковъ; это есть *одинъ отказъ*, и отказополучатель не долженъ непременно дожить до отдѣльныхъ платежныхъ сроковъ³³.

2. *Отказъ алиментовъ*³⁴ есть отказъ того, что необходимо для содержанія (пропитанія, одежды и жилища)³⁵. Если наслѣдодатель не сдѣлалъ болѣе подробныхъ опредѣленій, то, сколько долженъ давать обремененный, опредѣляетъ судъ; при этомъ судья принимаетъ во вниманіе отношеніе отказополучателя къ наслѣдодателю, его общественное положеніе, размѣръ того имущества, которое досталось обремененному отъ наслѣдодателя³⁶.

II. § 451. Отказы вещныхъ правъ на чужую вещь.

Baron, Gesamtrechtsverhältnisse. § 13. 1864. — *Vangerow*, § 554. — *Windscheid*, §§ 656. 645. 659.

Отказы вещныхъ правъ на чужую вещь чаще всего встрѣчаются въ слѣдующихъ трехъ видахъ:

I. Наслѣдодатель отказываетъ переносимое вещное право,

²⁸ t. D. 33, 1: de annuis legatis et fideicommissis. — ²⁹ l. 22. C. de leg. 6, 37. — ³⁰ l. 20. D. qu. dies 36, 2. — ³¹ l. 8. D. h. t. 33, 1. — ³² l. 4. l. 5. l. 8. l. 11. l. 22. D. h. t. 33, 1; ll. 10—12. D. qu. dies 36, 2. — ³³ l. 12. § 4. l. 20. l. 26. § 2. D. qu. dies 36, 2; l. 3. D. h. t. 33, 1. — ³⁴ t. D. 34, 1: de alimentis vel cibariis legatis. — ³⁵ l. 6. l. 7. l. 23. D. h. t. 34, 1. — ³⁶ l. 12. § 2. l. 22. pr. D. h. t. 34, 1. — ³⁷ l. 11. D. h. t. 34, 1; l. 3. pr. D. de his quae pro non scr. 34, 8. — ³⁸ l. 14. § 1. D. h. t. 34, 1. — ³⁹ l. 18. § 3. D. h. t. 34, 1. — ⁴⁰ l. 25. § 1. D. ad l. Falc. 35, 2; l. 77. § 1. D. de leg. 2 (31).

принадлежащее ему на чужую вещь¹; отказополучатель приобретает это право *ipso iure* въ *dies veniens* (§ 445).

II. Наслѣдодатель въ распоряженіи на случай смерти прощаетъ собственнику вещное право, которое ему принадлежит на его вещь²; обремененная вещь *ipso iure* освобождается въ *dies veniens* отъ обремененія. Если наслѣдодатель прощаетъ закладное право, которое принадлежит ему на вещь должника, то это еще не означаетъ прощенія долга, если на то не направлена воля наслѣдодателя³.

III. Наслѣдодатель по отказу устанавливаетъ кому либо вещное право на опредѣленную принадлежащую ему вещь⁴; отказополучатель приобретает право это *ipso iure* въ *dies veniens* (§ 445). Между этими отказами особенно часто встрѣчается *узуфруктъ* на отдѣльныя вещи или на все наслѣдство. Если одному лицу отказано право собственности просто (безъ добавки «*detracto usufructu*»), а другому *узуфруктъ* на ту же вещь, то каждый изъ нихъ имѣетъ право на половину полезности вещи⁵. Если кому либо отказанъ *узуфруктъ* на часть наслѣдства, то обремененный имѣетъ право дать отказополучателю въ пользованіе вмѣсто отдѣльныхъ вещей соответственную сумму денегъ⁶. Если *узуфруктъ* отказанъ вмѣстѣ нѣсколькимъ лицамъ, то право приращенія имѣетъ между ними мѣсто даже въ томъ случаѣ, если уже всѣ они приобрѣли отказъ, а затѣмъ одинъ изъ отказополучателей отпадаетъ (напр., вслѣдствіе смерти, *non usus*)⁷; мало того, правомъ приращенія пользуется даже тотъ, кто уже потерялъ свою часть *узуфрукта*⁸, *quia usufructus non portioni sed homini accrescit*⁹.

III. § 452. Отказы требованій.

Vangerow, § 555.—*Windscheid*, §§ 657. 658.

Въ § 444 мы видѣли, что всякій отказъ *производитъ* обязательство между отказополучателемъ и обремененнымъ. Но пред-

¹ l. 71. § 6. D. de leg. 1 (30); l. 1. § 7. D. de superf. 43, 18.—² l. 71. § 5. l. 86. § 4. D. de leg. 1 (30).—³ l. 1. § 1. D. de lib. leg. 34, 3.—⁴ t. D. 33, 2; de usu et usufr.; t. D. 33, 3; de serv. leg.; l. 26. pr. D. de pign. act. 13, 7; l. 1. C. comm. de leg. 6, 43.—⁵ l. 19. l. 26. § 1. D. de usu et usufr. 33, 2; l. 4. D. de usufr. accr. 7, 2.—⁶ l. 32. § 8. D. de usu et usufr. 33, 2.—⁷ l. 1. § 3. D. de usufr. accr. 7, 2.—⁸ l. 10. D. de usufr. accr. 7, 2.—⁹ l. 33. § 1. D. de usufr. 7, 1; l. 14. § 1. D. de exc. r. i. 44, 2.

метомъ отказа можетъ быть также требованіе, *уже существующее* въ моментъ смерти наслѣдодателя:

1. Наслѣдодатель отказываетъ кому либо требованіе, которое принадлежитъ ему противъ третьяго лица, или предметъ, который ему должно третье лицо¹ (*nomen legatum*). Отказополучатель въ *dies veniens* дѣлается *ipso iure* цессіонаріемъ и, какъ таковой, можетъ предъявить искъ наслѣдодателя противъ должника, какъ *act. utilis* (§ 248 пр. 8); онъ можетъ также требовать и прямой цессіи отъ наслѣдника², но послѣдній не отвѣчаетъ ему ни за *bonitas* требованія, ни даже за *veritas*, ибо отказъ ничтоженъ, если требованіе никогда не существовало или прекратилось при жизни наслѣдодателя³; если по требованію было уплачено наслѣдодателю, то отказъ остается дѣйствительнымъ въ томъ случаѣ, если наслѣдодатель хотѣлъ, чтобы уплаченное вступило на мѣсто требованія⁴.

2. Наслѣдодатель прощаетъ по отказу должнику свое требованіе противъ него (*liberatio legata*)⁵. Такъ какъ такое прощеніе не соотвѣтствуетъ способу установленія обязательства (§ 268), то требованіе наслѣдодателя, по римскому праву, не прекращалось *ipso iure* въ *dies veniens*, но отказополучатель могъ противопоставить иску наслѣдника *exc. doli* или требовать отъ него освобожденія (посредствомъ *acceptilatio, pact. de non petendo*)⁶. По нынѣшнему праву, должникъ въ *dies veniens* освобождается *ipso iure*, въ то же время онъ можетъ требовать отъ наслѣдника возвращенія долгового документа или квитанціи, если таковыя были выданы. Если отказополучатель ничего не долженъ, потому ли, что онъ никогда не былъ долженъ наслѣдодателю⁷, или потому, что его долгъ былъ погашенъ при жизни наслѣдодателя, то отказъ не имѣетъ силы, хотя бы предметъ мнимаго долга былъ точно опредѣленъ⁸.—На каждаго, кто получаетъ какую либо выгоду по распоряженію на случай смерти, наслѣдодатель можетъ возложить обязанность отречься отъ своего требованія противъ третьяго лица⁹ или освободить кого либо отъ требованія, которое противъ подлежащаго освобожденію при-

¹ l. 18. C. de leg. 6, 37.—² l. 44. § 6. l. 75. § 2. l. 105. D. de leg. 1 (30); § 21. l. h. t. 2, 20.—³ l. 75. §§ 1. 2. D. de leg. 1 (30); l. 25. D. de lib. leg. 34, 3; § 21. l. h. t. 2, 20.—⁴ l. 11. § 13. l. 64. D. de leg. 3 (32).—⁵ t. D. 34, 3: de liberatione legata.—⁶ l. 3. § 3. l. 7. § 1. l. 22. D. h. t. 34, 3.—⁷ l. 75. § 2. D. de leg. 1 (30); l. 25. D. h. t. 34, 3.—⁸ l. 7. § 4. l. 21. pr. § 1. D. h. t. 34, 3.—⁹ l. 24. D. h. t. 34, 3.

надлежитъ третьему лицу¹⁰; въ послѣднемъ случаѣ, если наслѣдодатель имѣлъ въ то же время въ виду и интересъ вѣрителя, будетъ какъ *leg. liberationis*, такъ и *debiti*¹¹ (ср. ниже пр. 15).

3. Наслѣдодатель отказываетъ своему вѣрителю то, что онъ ему долженъ (*legatum debiti*). Такой отказъ имѣетъ силу лишь постольку, поскольку въ немъ имѣетъ интересъ вѣритель¹² (§ 440 sub 3), напр., такъ какъ этимъ путемъ устраняется возраженіе, условіе, срокъ¹³, такъ какъ вѣритель пріобрѣтаетъ закладное право на наслѣдство (§ 190 пр. 29). Если долга нѣтъ, то отказъ не имѣетъ силы, за исключеніемъ случая, если предметъ мнимаго долга точно указанъ, ибо *falsa demonstratio non perimit legatum*¹⁴.—Наслѣдодатель можетъ также отказать вѣрителю другого то, что послѣдній ему долженъ; этотъ отказъ всегда имѣетъ силу, потому что вѣритель пріобрѣтаетъ этимъ путемъ еще новаго должника (обремененнаго); если отказъ назначенъ въ то же время въ интересъ должника, то это будетъ какъ *leg. debiti*, такъ и *leg. liberationis*¹⁵ (ср. выше пр. 11).

IV. § 453. Отказы приданаго.

Путемъ отказа можетъ быть *установлена dos* (§ 332). Но и *существующее* приданое можетъ быть предметомъ отказа:

1. Тотъ, кому *dos* достается по прекращеніи брака (§ 338), можетъ отказать кому либо требованіе на этотъ случай; это особый видъ *nomen legatum*.

2. Тотъ, кому *dos* достается по прекращеніи брака, можетъ простить ея возвращеніе лицу обязанному (§ 343); это особый видъ *liberatio legata*¹.

3. Тотъ, кто обязанъ возвратить *dos* по прекращеніи брака, отказываетъ ее лицу, имѣющему право на ея полученіе (*dos praelegata s. relegata*)²; это особый случай *legatum debiti*. Отказъ этотъ тѣмъ выгоденъ для вѣрителя, что отпадаетъ срокъ возвращенія, а равно и встрѣчныя требованія по поводу из-

¹⁰ l. 8. pr. D. h. t. 34, 3.—¹¹ l. 3. § 5. l. 7. § 3. D. h. t. 34, 3.—¹² l. 11. l. 25. D. de lib. leg. 34, 3.—¹³ l. 13. l. 14. D. de lib. leg. 34, 3; l. 28. pr. l. 29. D. de leg. 1 (30); § 14. I. h. t. 2, 20.—¹⁴ l. 75. § 1. D. de leg. 1 (30); l. 10. D. de auro 34, 2; l. 88. § 10. D. de leg. 2 (31); l. 25. D. de lib. leg. 34, 3; l. 93. § 1. D. de leg. 3 (32).—¹⁵ l. 11. § 22. D. de leg. 3 (32); l. 49. § 6. D. de leg. 1 (30).

¹ l. 11. D. de dote prael. 33, 4.—² t. D. 33, 4: de dote praelegata.

держекъ, кромѣ *imp. necessariae*³ (§§ 341. 342). Если въ моментъ смерти наслѣдодателя *dos* не существуетъ, то примѣняются правила, изложенныя въ § 452 пр. 14⁴.

V. Универсальный отказъ.

A. § 454. Историческое введеніе.

Vangerow, § 556. — *Windscheid*, §§ 561. 662. — *Baron*, § 176.

Чаще всего предметомъ отказа бывають отдѣльные объекты изъ наслѣдства (сингулярный отказъ); но можно также оставить кому либо по отказу и долю наслѣдства (универсальный отказъ, отказъ наслѣдства). *Такой отказъ имѣетъ много общаго съ назначеніемъ наслѣдника; тѣмъ не меньше въ республиканскую эпоху онъ подлежалъ правиламъ отказовъ, въ эпоху же императорскую на него была перенесена часть правилъ о назначеніи наслѣдника, такъ что въ правѣ Юстиніана (и въ нынѣшнемъ правѣ) онъ обладаетъ смѣшаннымъ юридическимъ характеромъ.* — Какъ и отказы вообще, отказъ наслѣдства развился въ двухъ формахъ: какъ *legatum* и какъ *fideicommissum hereditatis*.

1. *Legatum hereditatis*¹. Всего наслѣдства нельзя было легировать, потому что противъ этого были *lex Voconia* и *Falcidia* (§ 446 пр. 4. 5). Часто предметомъ легата были равныя части наслѣдства (*partitio legata*, напр., отецъ, который хотѣлъ оставить наслѣдство своимъ опытнымъ въ дѣлахъ сыновьямъ и неопытной дочери, назначалъ сыновей наслѣдниками *ex aequis partibus* и возлагалъ на нихъ *leg. partitionis* въ пользу дочери, какъ объ этомъ сообщается въ извѣстной *laudatio Murdiae*^{1a}). *Legatarius partiarus* не былъ сонаслѣдникомъ: къ нему не переходили ни право собственности, ни требованія, ни долги наслѣдодателя; ему принадлежало *требованіе* противъ наслѣдника, чтобы тотъ выдалъ ему отказанную долю наслѣдственныхъ правъ или ихъ цѣнность²; съ другой стороны, наслѣдникъ имѣлъ *требованіе* противъ легатарія, чтобы послѣдній погасилъ соотвѣтственную часть долговъ наслѣдства. Чтобы этимъ двумъ требованіямъ сообщить опредѣленную юридическую форму, между наслѣдникомъ и легатаріемъ заключались *stipulationes partis et pro parte*.

³ I. 1. §§ 2—4. I. 5. D. h. t. 33, 4. — ⁴ I. 1. пр. §§ 5—7. D. h. t. 33, 4; I. 40, § 4. D. de cond. 35, 1; § 15. I. de leg. 2, 20.

¹ Upr. 24, 25; 25, 15. — ^{1a} Она напечатана въ *Bruns*, fontes p. 238 ed. quarta. — ² I. 26. § 2. I. 27. D. de leg. 1 (30).

2. Fideicommissum hereditatis³ (hereditas fideicommissaria, универсальный фидеикоммиссъ). Здѣсь предметомъ отказа могла быть не только часть, но и цѣлое наслѣдство, потому что l. Vocolia никогда не примѣнялась къ фидеикоммиссамъ. l. Falcidia лишь со времени Веспасіана (§ 437 пр. 12); универсальный фидеикоммиссъ назначали въ частности съ тою цѣлью, чтобы обойти строгія правила, которыя существовали для назначенія наслѣдника и отъ которыхъ были свободны фидеикоммиссы. Положеніе фидеикоммиссарія по отношенію къ наслѣднику (heres fiduciarius) было аналогично съ положеніемъ legatarius partiaris (выше пр. 2); между ними заключались stipulationes partis et pro parte, если предметомъ фидеикоммисса была доля наслѣдства; если же предметомъ фидеикоммисса было цѣлое наслѣдство, то заключались stipulationes quasi emtae venditae hereditatis, т. е. такія стипуляціи, какія обыкновенно заключались между продавцомъ и покупщикомъ наслѣдства. Sctum Trebellianum⁴ при Неронѣ постановило, что фидеикоммиссарій послѣ выдачи наслѣдства фидуціаріемъ долженъ быть loco heredis, т. е., что онъ обсуждается, какъ наслѣдникъ (heres fideicommissarius), и что ему и противъ него даются actiones utiles, какъ наслѣднику и какъ противъ наслѣдника; по отношенію къ выданной долѣ наслѣдства фидуціарій былъ наслѣдникомъ только по имени, а упомянутыя выше стипуляціи отпали. Это senatusconsultum отчасти лишилось примѣненія, когда sctum Pegasianum (§ 437 пр. 12) перенесло фальцидіеву четверть на фидеикоммиссы; дѣло въ томъ, что если фидуціарію не была оставлена quarta, то приходилось по необходимости возвращаться къ праву до-требелліанову (потому что фальцидіева четверть можетъ быть вычтена только у отказополучателя, а не у наслѣдника). — Если фидуціарій уклонялся отъ принятія наслѣдства, слишкомъ обремененнаго долгами, и желалъ такимъ образомъ лишиться силы фидеикоммиссъ, то, по sctum Pegasianum, фидеикоммиссарій имѣлъ право принудить его къ принятію; въ такомъ случаѣ примѣнялось sctum Trebellianum, фидуціарій былъ наслѣдникомъ только по имени, а фидеикоммиссарій *воплнѣ* вступалъ на его мѣсто. — Юстиніанъ⁵ оставилъ въ дѣйствиіи постановле-

³ Gai. 2, 248—259; Pauli s. r. IV, 3, 4; Ulp. 25, 14—16. — ⁴ l. 1. § 2. D. ad sct. Treb. 36, 1. — ⁵ § 7. I. de fid. her. 2, 23,

нія *sciti Pegasiani*, поскольку они касаются фальцидіевой четверти; принужденіе къ принятію онъ распространилъ и на тотъ случай, если наслѣдство не было обременено долгами; наконецъ, онъ предоставилъ фидеикоммиссарію всегда положеніе наслѣдника, все равно, оставлена ли четверть фидуціарію или нѣтъ; онъ прибавилъ еще, что дѣйствующія постановленія *sciti Pegasiani* (о quarta) должны разсматриваться, какъ части *sciti Trebelliani*; это дало поводъ въ средніе вѣка назвать фальцидіеву четверть въ примѣненіи къ универсальнымъ фидеикоммиссамъ quarta Trebellianica. Означенныя постановленія Юстиніана не представляютъ удовлетворительнаго завершенія законодательства объ универсальномъ фидеикоммиссѣ: *все еще универсальный фидеикоммиссъ отличается двойственнымъ юридическимъ характеромъ*; онъ подлежитъ отчасти правиламъ отказовъ (§§ 455. 457), отчасти правиламъ назначенія наслѣдника (§ 456 sub 3. § 458). Лишь новыя партикулярныя законодательства дополнили то, что еще не было сдѣлано, вполнѣ признавъ универсальный фидеикоммиссъ назначеніемъ наслѣдника; какъ таковое, онъ называется фидеикоммиссарною субституціею, и теперь говорятъ о фидеикоммиссарномъ наслѣдникѣ въ отличіе отъ непосредственнаго наслѣдника.

О *legatum hereditatis* законодательство императорскаго періода не издало никакихъ особыхъ постановленій; поэтому нѣкоторые утверждаютъ, что еще дѣйствуютъ нормы классическаго права; по господствующему же мнѣнію, изъ постановленія Юстиніана объ уравниеніи легатовъ и фидеикоммиссовъ (§ 437 пр. 2) слѣдуетъ, что право универсальныхъ фидеикоммиссовъ дѣйствуетъ также и для *leg. hered.*⁶

В. Догматическое изложеніе.

t. D. XXXVI, 1; t. C. VI, 49: ad setum Trebellianum. — t. I. II, 23: de fideicommissariis hereditatibus.

1) § 455. Понятіе, назначеніе и приобрѣтеніе универсальнаго фидеикоммисса.

Vangerow, § 558. — *Windscheid*, §§ 663. 664. — *Brinz*, § 430.

1. *Понятіе. Универсальный фидеикоммиссъ есть такой отказъ, предметомъ котораго является все оставленное обремененному наслѣдодателемъ наслѣдство или часть его.*

2. *Къ назначенію универсальнаго фидеикоммисса примѣня-*

⁶ ср. l. 19. § 1. D. ad set. Treb. 36, 1.

ются правила §§-въ 438—442. Слѣдуетъ прибавить, что если восходящіе возлагаютъ универсальный фидеикоммиссъ на своихъ нисходящихъ на случай ихъ смерти, то предполагается условіе, что нисходящіе умрутъ бездѣтными³.

3. *Къ приобрѣтенію* универсальнаго фидеикоммисса применяются правила §-а 443⁴. Слѣдуетъ прибавить, что фидеикоммиссарій можетъ принудить фидуціарія къ принятію наслѣдства⁵; если фидеикоммиссарій требуетъ принятія, то фидуціарій можетъ испросить срокъ размышленія⁶.—Если фидуціарій назначенъ подь условіемъ, то, по общему правилу, его можно принудить къ принятію лишь послѣ исполненія условія⁷; но если условіе потестативное и не связано ни съ какою жертвою, то фидуціарія можно принудить къ исполненію условія⁸; если требуются какія либо издержки, то фидеикоммиссарій долженъ доставить средства⁹; если содержаніе условія таково, что его можетъ исполнить другой, то условіе можетъ исполнить фидеикоммиссарій¹⁰.—Если фидеикоммиссарію назначенъ фидеикоммиссъ подь условіемъ, а фидуціарій есть единственный наслѣдникъ, то фидеикоммиссарій можетъ принудить его къ принятію еще до исполненія условія, въ случаѣ же позднѣйшаго неисполненія условія фидуціарій получаетъ противъ принятія *in integrum restitutio*¹¹.—Если обремененный умираетъ послѣ наслѣдодателя, не принявъ наслѣдства, то послѣднее признается принятымъ¹²; то же имѣетъ мѣсто, если обремененный уклоняется отъ изъявленія воли о принятіи или отреченіи посредствомъ отсутствія¹³.

2) Юридическое положеніе фидуціарія и фидеикоммиссарія.

а. § 456. Въ случаѣ добровольнаго принятія наслѣдства фидуціаріемъ.

Vangerow, §§ 494. 523. 536.—*Windscheid*, §§ 665—667.—*Brinz*, § 430.

Фидуціарій обязанъ въ надлежащее время выдать фидеикоммиссарію все наслѣдство или долю его.

¹ l. 27. §§ 8—10. D. h. t. 36, 1.—² l. 16. § 5. D. h. t. 36, 1.—³ l. 30. C. de fideic. 6, 42; l. 6. C. de impub. 6, 25.—⁴ l. 25. pr. l. 46. D. h. t. 36, 1; l. 21. C. de fideic. 6, 42.—⁵ l. 4. D. h. t. 36, 1; l. 17. D. si quis om. c. t. 29, 4.—⁶ l. 71. D. h. t. 36, 1.—⁷ l. 63. § 9. D. h. t. 36, 1.—⁸ l. 31. § 2. l. 63. § 7. D. h. t. 36, 1.—⁹ l. 7. l. 31. § 2. l. 63. § 8. D. h. t. 36, 1.—¹⁰ l. 7. l. 31. § 2. l. 63. § 8. D. h. t. 36, 1.—¹¹ l. 11. § 2. l. 12. l. 13. pr. l. 31. D. h. t. 36, 1.—¹² l. 13. § 4. l. 14. D. de test. mil. 29, 1; l. 7. § 1. C. h. t. 6, 49.—¹³ l. 7. § 1. C. h. t. 6, 49.

1. До выдачи фидуціарій находится во вѣхъ отношеніяхъ въ положеніи наслѣдника; онъ имѣеть право собственности на наслѣдственныя вещи и пріобрѣтаетъ плоды отъ нихъ¹; онъ можетъ получать платежи по наслѣдственнымъ требованіямъ и обязанъ платить долги наслѣдства и отказы² (§ 457). Его обязанность современемъ выдать наслѣдство обнаруживается уже и теперь въ трехъ отношеніяхъ: а) при управленіи наслѣдствомъ фидуціарій отвѣчаетъ за culpa levis или за с. lata, смотря по тому, остается ли ему какая нибудь выгода послѣ выдачи наслѣдства или нѣтъ³ (§ 444 пр. 8); б) фидуціарій не имѣеть права отчуждать наслѣдственныя вещи (§ 127 пр. 3), за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, если нѣтъ другихъ средствъ для удовлетворенія вѣрителей и отказополучателей⁴, если дѣло идетъ о вещахъ, легко подверженныхъ порчѣ⁵, если фидуціарій есть дитя наслѣдодателя и нуждается въ dos или donatio propter nuptias⁶, если на отчужденіе есть согласіе фидеикоммиссарія⁷ или наслѣдодателя; дозволеніе наслѣдодателя, въ частности, заключается въ т. н. fideicom. eius quod superest, т. е. въ возложеніи обязанности выдать то, что еще останется на лицо изъ наслѣдства ко времени смерти фидуціарія; тогда, по постановленію Юстиніана⁸, фидуціарій имѣеть право потребить три четверти, послѣднюю же четверть лишь въ случаѣ крайней необходимости или на выкупъ плѣнныхъ; в) фидуціарій пріобрѣтаетъ притязаніе на соразмѣрное возмѣщеніе издержекъ и освобожденіе отъ обязательствъ, которыя онъ принялъ на себя при управленіи наслѣдствомъ⁹.

2. Сама выдача (restitutio) состоитъ въ неформальномъ изъявленіи фидуціарія фидеикоммиссарію, что онъ ему выдаетъ наслѣдство или долю его¹⁰; представительство допускается съ обѣихъ сторонъ¹¹. Если фидуціарій умеръ безъ наслѣдниковъ, или уклонился отъ изъявленія посредствомъ отсутствія, или на фидеикоммиссарія возложенъ дальнѣйшій фидеикоммиссъ, то рассматривается, какъ если бы изъявленіе на дѣлѣ было

¹ l. 18. pr. § 2. l. 27. § 1. D. h. t. 36, 1.—² l. 27. § 7. D. h. t. 36, 1; l. 104. D. de sol. 46, 3.—³ cp. l. 22. § 3. D. h. t. 36, 1.—⁴ l. 38. pr. D. de leg. 3 (32).—⁵ l. 22. § 3. D. h. t. 36, 1.—⁶ l. 22. § 4. D. h. t. 36, 1; Nov. 39. c. 1.—⁷ cp. l. 11. C. de fideic. 6, 42.—⁸ Nov. 108; болѣе древнее право см. въ l. 54. l. 58. D. h. t. 36, 1; l. 70. § 3. D. de leg. 2 (31).—⁹ l. 19. § 2. l. 22. § 3. l. 36. l. 69. D. h. t. 36, 1.—¹⁰ l. 37. pr. § 2. l. 38. l. 40. § 2. D. h. t. 36, 1.—¹¹ l. 37. pr. D. h. t. 36, 1.

совершенно¹².—Фидуціарій обязанъ, поскольку это отъ него зависитъ, дѣйствительно осуществить заявленіе о выдачѣ, выдать фидеикоммиссарію отдѣльныя составныя части наслѣдства и возмѣстить вредъ, за который онъ обязанъ отвѣчать вслѣдствіе culpa или mora съ своей стороны. Что фидуціарій приобрѣлъ не въ качествѣ наслѣдника¹³ или не изъ наслѣдства, того онъ не обязанъ выдавать, стало быть, онъ не выдаетъ тѣхъ долей прелегата, которыя онъ получилъ отъ сонаслѣдниковъ (§ 438 пр. 13)¹⁴, а равно implendae condicionis causa asserptum¹⁵ (§ 460). Плоды за время до принятія наслѣдства онъ обязанъ выдать¹⁶; напротивъ, плоды за время отъ принятія наслѣдства до момента его mora остаются за нимъ¹⁷. Спорно, долженъ ли онъ выдать долю наслѣдства, доставшуюся ему по ius accrescendi; источники не касаются этого вопроса; слѣдуетъ предполагать, что воля наслѣдодателя направлена и на выдачу приращенія. Во всякомъ случаѣ фидуціарій не обязанъ выдавать больше трехъ четвертей наслѣдства (или своей наслѣдственной доли): онъ имѣетъ право на вычетъ т. н. quarta Trebellianica. При этомъ примѣняются тѣ же начала, что и при quarta Falcidia¹⁸.

3. *Послѣ выдачи фидуціарій по отношенію къ выданному наслѣдству (или его долѣ) остается только по имени наслѣдникомъ, дѣйствительнымъ же наслѣдникомъ во всѣхъ отношеніяхъ дѣлается фидеикоммиссарій, и всѣ права фидуціарія теперь принадлежатъ фидеикоммиссарію*²⁵; послѣднему принадлежатъ также utiliter всѣ иски наслѣдника²⁶ какъ сингулярные, такъ и универсальные²⁷, а также и act. familiae erciscundae utilis, если есть сонаслѣдники или другіе универсальные фидеикоммиссаріи²⁸; съ другой стороны, противъ него могутъ предъявлять act. utiles вѣрители наслѣдства и отказы-

¹² l. 7. § 1. C. h. t. 6, 49.—¹³ l. 59. i. f. D. h. t. 36, 1.—¹⁴ l. 18. § 3. D. h. t. 36, 1.—¹⁵ l. 44. § 4. D. de cond. 35, 1.—¹⁶ l. 27. § 1. D. h. t. 36, 1.—¹⁷ l. 18. § 2. l. 22. § 2. l. 27. § 1. l. 44. § 1. D. h. t. 36, 1.—¹⁸ Gai. 2, 254; l. 27. § 10. l. 64. § 3. D. h. t. 36, 1.—¹⁹ l. 91. l. 93. D. ad l. Falc. 35, 2; l. 58. § 3. D. h. t. 36, 1; l. 77. pr. D. de leg. 2 (31).—²⁰ l. 30. § 7. l. 91. l. 93. D. ad l. Falc. 35, 2; l. 63. § 5. D. h. t. 36, 1.—²¹ l. 22. § 2. D. h. t. 36, 1; l. 8. § 11. D. de inoff. 5, 2.—²² l. 6. C. h. t. 6, 49.—²³ l. 30. § 7. D. ad l. Falc. 35, 2.—²⁴ l. 86. l. 91. D. ad l. Falc. 35, 2; l. 24. C. fam. erc. 3, 36.—²⁵ l. 27. § 7. l. 63. pr. D. h. t. 36, 1; §§ 4. 7. I. h. t. 2, 23.—²⁶ l. 1. § 2. D. h. t. 36, 1; § 4. I. h. t. 2, 23.—²⁷ t. D. 5 6: de fideicommissaria hereditatis petitione.—²⁸ l. 27. § 11. D. h. t. 36, 1.

получатели (§ 457). Если фидуціарій выдаетъ большую долю наслѣдства, нежели ему было поручено, то фидеикоммиссарій по отношенію къ излишку признается не наслѣдникомъ²⁹, а только получившимъ больше слѣдуемаго по сдѣлкѣ между живыми (§ 436). Если фидуціарій совершаетъ выдачу преждевременно, то фидеикоммиссарій пока не считается наслѣдникомъ, но дѣлается таковымъ съ обратнымъ дѣйствіемъ, если по наступленіи срока признаетъ преждевременную выдачу³⁰.

§ 457. Въ частности, объ исполненіи сингулярныхъ отказовъ.

Vangerow, § 559.

Наслѣдодатель можетъ, кромѣ универсальнаго фидеикоммисса, возложить на фидуціарія еще и сингулярные отказы; равнымъ образомъ и на универсальнаго фидеикоммиссарія онъ можетъ также возложить отказы. Послѣдніе фидеикоммиссарій исполняетъ самъ, и не вычитывая въ свою пользу quarta (§ 446 пр. 8). Первые исполняютъ фидуціарій и фидеикоммиссарій вмѣстѣ пропорціонально наслѣдственной долѣ, остающейся за фидуціаріемъ, и долѣ, выдаваемой фидеикоммиссарію¹; при этомъ фидуціарій можетъ вычесть quarta, чего не можетъ сдѣлать фидеикоммиссарій². Если фидуціарій выдаетъ все наслѣдство фидеикоммиссарію, то послѣдній исполняетъ отказы одинъ³.

б. § 458. Въ случаѣ принудительнаго принятія наслѣдства фидуціаріемъ.

Vangerow, § 558.—*Windscheid*, § 668.—*Brinz*, § 430.

Если фидуціарія принудили принять наслѣдство, то завѣщаніе вообще остается дѣйствительнымъ, поэтому не лишаются силы отказы, пупиллярныя субституціи, назначенія опекуновъ¹; но фидуціарій дѣлается только по имени наслѣдникомъ и не получаетъ, по общему правилу, отъ принятія наслѣдства

²⁹ l. 63. § 3. D. h. t. 36, 1.—³⁰ l. 10. D. h. t. 36, 1.—³¹ l. 12. C. de fideic. 6, 42; l. 19. D. quae in fr. cred. 42, 8.

¹ l. 2. C. h. t. 6, 49; l. 1. § 20. D. h. t. 36, 1; l. 1. § 19. l. 15. § 1. D. ut leg. 36, 3.—² l. 2. l. 3. § 2. l. 51. D. h. t. 36, 1.—³ l. 1. § 21. D. h. t. 36, 1.—⁴ l. 1. § 17. D. h. t. 36, 1.—⁵ l. 3. pr. D. h. t. 36, 1.

¹ l. 11. § 1. l. 14. § 3. D. h. t. 36, 1; cp. l. 63. § 13. l. 66. pr. eod.

ни прибыли, ни убытков²; поэтому, онъ не можетъ вычесть quarta фидеикоммиссарію³; хотя бы наслѣдодатель поручилъ ему выдать только часть наслѣдства, тѣмъ не менѣе онъ обязанъ выдать фидеикоммиссарію все наслѣдство⁴. Въ видѣ исключенія фидуціарію остаются нѣкоторыя выгоды: плоды, которые онъ извлечетъ отъ принятія наслѣдства до выдачи или шога⁶, condicionis implendae causa acceptum⁷ (§ 460), наслѣдство пупилла, если кромѣ фидуціарія наслѣдство приняли ex testamento еще другіе.—*Вмѣсто фидуціарія дѣйствительнымъ наслѣдникомъ дѣлается фидеикоммиссарій*; онъ можетъ вычесть изъ отказовъ quarta, если бы на то имѣлъ право фидуціарій въ случаѣ добровольнаго принятія наслѣдства; но этого вычета онъ не имѣетъ права сдѣлать изъ отказовъ, возложенныхъ на него самого⁸.

Приложеніе.

Mortis causa donatio и capio.

1) § 459. Mortis causa donatio.

t. D. XXXIX, 6: de mortis causa donationibus et capionibus.—t. C. VIII, 56: de donationibus causa mortis.—Keller, Institutionen, § 338.—Cohen, Lehre des R. R. von der Schenkung von Todeswegen. 1878.—Savigny, §§ 170—174.—Vangerow, §§ 561—563.—Windscheid, §§ 369. 675. 676.

О mortis causa donatio мы находимъ въ источникахъ, въ l. 1. pr. D. h. t.¹, не опредѣленіе, а скорѣе лишь описаніе: mortis causa donatio est, quum quis habere se mavult, quam eum cui donat, magisque eum cui donat, quam heredem suum. М. с. donatio слѣдуетъ опредѣлить такъ: *это есть дареніе, которое кто либо совершаетъ подъ тѣмъ суспензивнымъ или резолютивнымъ условіемъ или въ томъ предположеніи, что онъ не переживетъ одареннаго*; суспензивное условіе употребительнѣе резолютивнаго^{1а}. Чаще всего don. mortis causa совершается по поводу опасности, непосредственно угрожающей жизни да-

² l. 4. l. 27. § 2. l. 55. § 3. D. h. t. 36, 1; § 7. t. f. l. h. t. 2, 23.—³ l. 63. § 11. D. h. t. 36, 1.—⁴ l. 16. § 9. D. h. t. 36, 1.—⁵ l. 27. § 2. D. h. t. 36, 1.—⁶ l. 27. § 1. D. h. t. 36, 1.—⁷ l. 44. §§ 4. 5. D. de cond. 35, 1.—⁸ l. 55. § 2. l. 63. § 11. D. h. t. 36, 1.

¹ ср. l. 35. § 2. D. h. t. 39, 6; § 1. l. de don. 2, 7.—^{1а} l. 1. pr. D. de don. 39, 5; l. 13. pr. D. h. t. 39, 6.

рителя подь тѣмъ условіемъ, что онъ не спасется отъ нея; но и въ томъ случаѣ имѣется на лицо *mortis causa donatio*, если даритель, жизнь котораго не подвергается опасности, совершаетъ дареніе на случай своей будущей смерти (*sola cogitatione mortalitatis*)². *Mortis causa donatio* есть сама-по себѣ юридическая сдѣлка между живыми, но условіе, подь которымъ она заключается, приближаетъ ее къ отказу. Сходство даренія на случай смерти съ дареніемъ между живыми состоитъ въ томъ, что и первое заключаетъ въ себѣ *теперешнее* имущественное обогащеніе; въ самомъ дѣлѣ, смотря по тому, совершено ли дареніе на случай смерти подь резолютивнымъ условіемъ (или предположеніемъ) или подь суспензивнымъ условіемъ, къ одаренному тотчасъ переходитъ подаренное право (право собственности, *ius in re aliena*, требованіе, свобода отъ обремененія)³ или по крайней мѣрѣ надежда на него⁴. Съ отказомъ дареніе на случай смерти сходно въ двухъ отношеніяхъ. Во-первыхъ, въ томъ, что оно дѣлается само собою недѣйствительнымъ, если даритель избавляется отъ опасности, угрожавшей его жизни⁵, или переживаетъ одареннаго⁶ (если даритель и одаренный умерли одновременно, то *mortis causa donatio* остается въ силѣ)⁷. Во-вторыхъ, въ томъ, что даритель можетъ отмѣнить дареніе на случай смерти безъ всякаго основанія (вслѣдствіе простой перемѣны воли)⁸, если только особо не отрекся отъ права на это⁹. Вслѣдствіе этого сродства съ отказомъ, классическіе юристы къ *mortis causa donatio* примѣняли нерѣдко правила отказовъ; въ какомъ объемѣ это слѣдовало дѣлать, было между ними спорно; Юстиніанъ¹⁰ рѣшилъ, что въ *спорныхъ* пунктахъ слѣдуетъ примѣнять правила отказовъ. Сообразно съ этимъ, нормы о *mortis causa donatio* суть слѣдующія:

1. *Въ слѣдующихъ случаяхъ примѣняются правила отказа:* одаренный обязанъ участвовать въ уплатѣ долговъ наслѣдства (стало быть, *don m. c.* недѣйствительна, если наслѣдство не-

² l. 2. l. 35. § 4. D. h. t. 39, 6. — ³ l. 2. l. 29. l. 30. §§ 3. 7. D. h. t. 39, 6. — ⁴ l. 2. i. f. l. 29. D. h. t. 39, 6; l. 15. i. f. D. de manum. 40, 1. — ⁵ l. 14. l. 24. l. 35. § 3. l. 39. D. h. t. 39, 6. — ⁶ l. 35. § 2. l. 14. D. h. t. 39, 6. — ⁷ l. 26. D. h. t. 39, 6. — ⁸ l. 16. l. 30. D. h. t. 39, 6; § 1. l. de don. 2, 7. — ⁹ l. 13. § 1. l. 35. § 4. D. h. t. 39, 6; Nov. 87. — ¹⁰ l. 4. C. h. t. 8, 56; § 1. l. de don. 2, 7; Nov. 87. praef.

состоятельно)¹¹, у него дѣлается вычетъ для quarta Falcidia¹², по отношенію къ необходимымъ наслѣдникамъ одаренному не принадлежитъ больше правъ, нежели отказополучателю¹³, отъ него требуется сарacitas¹⁴, его можно обременить отказомъ¹⁵, нѣсколько одаренныхъ имѣютъ право приращенія¹⁶, одаренному на случай смерти прощается cond. iuris iurandi¹⁷, правила о cautio Мусіана примѣняются и къ даренію на случай смерти, которое совершено подъ conditio non faciendi¹⁸, мировая сдѣлка объ алиментахъ, подаренныхъ mortis causa, нуждается въ утверженіи суда¹⁹.

2. *Въ слѣдующихъ случаяхъ примѣняются правила даренія между живыми*: дареніе на случай смерти не зависитъ отъ судьбы наслѣдства (потому что оно является выдѣломъ изъ имущества живого дарителя, а не изъ его наслѣдства), поэтому оно не уничтожается, если наслѣдство не перейдетъ ни къ наслѣднику, ни къ казнѣ; дареніе ренты на случай смерти есть одно *единое* дареніе²⁴ (§ 450 пр. 36. 37); дареніе всего имущества не дѣлаетъ одареннаго универсальнымъ преемникомъ²⁵.

Что касается формы, которую слѣдуетъ соблюдать при mortis causa donatio, то Юстиніанъ издалъ для этого особый законъ²⁶. До этого закона дареніе на случай смерти совершалось въ такой же формѣ, какъ и дареніе между живыми (т. е. неформально въ случаѣ даренія не свыше 500 solidi, въ формѣ судебной инсинуаціи въ случаѣ большаго даренія, § 69 sub II); эту форму Юстиніанъ оставилъ въ дѣйствиіи, но ввелъ еще другую—участіе пяти свидѣтелей. И вотъ спорять о томъ, слѣдуетъ ли этотъ законъ толковать *stricte*, или, можетъ быть, требуя участія пяти свидѣтелей, Юстиніанъ хотѣлъ указать на форму кодицилла; практическая разница этихъ двухъ мнѣній

¹¹ l. 17. D. h. t. 39, 6; l. 66. § 1. D. ad l. Falc. 35, 2.—¹² l. 2. C. h. t. 8, 56; l. 7. C. ad l. Falc. 6, 50.—¹³ l. 1. § 1. D. si quid in fr. patr. 38, 5; l. 3. pr. l. 5. § 7. l. 20. pr. D. de leg. pr. 37, 5; l. 18. § 1. D. de b. p. c. t. 37, 4.—¹⁴ l. 9. l. 35. D. h. t. 39, 6; l. 37. eod.—¹⁵ l. 1. C. h. t. 8, 56.—¹⁶ l. un. § 14. C. d. cad. toll. 6, 51.—¹⁷ l. 8. § 3. D. de cond. inst. 28, 7.—¹⁸ Nov. 22. c. 14.—¹⁹ l. 8. § 1. D. de transact. 2, 15.—²⁰ l. 7. l. 15. D. h. t. 39, 6; l. 32. §§ 7. 8. D. de i. v. et u. 24, 1; l. 1. § 1. D. de tut. 27, 3; Nov. 87; Vat. fr. 259.—²¹ l. 7. § 4. D. de don. 39, 5; l. 25. § 1. D. h. t. 39, 6.—²² Nov. 1. c. 1. § 4; ep. l. 5. § 18. D. de his quae ut ind. 34, 9.—²³ l. 5. § 17. D. de his quae ut ind. 34, 9.—²⁴ l. 35. § 7. D. h. t. 39, 6.—²⁵ l. 42. pr. D. h. t. 39, 6.—²⁶ l. 4. C. h. t. 8, 56.

заключается въ томъ, что, по второму мнѣнію, въ случаѣ письменнаго даренія, свидѣтели должны подписаться, и что, въ случаѣ особыхъ обстоятельствъ (§ 439 пр. 5), число свидѣтелей увеличивается или уменьшается. Второе мнѣніе заслуживаетъ предпочтенія, потому что въ томъ же законѣ Юстиніанъ склонился на сторону теоріи отказа (выше пр. 10).

2) § 460. Mortis causa capio.

t. D. XXXIX, 6: de mortis causa donationibus et capionibus.—*Keller*, Institutionen, § 339.—*Windscheid*, § 677.

Mortis causa capio описана въ источникахъ въ l. 31 pr. D. h. t. слѣдующимъ образомъ: mortis causa capitur, quum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur. Такимъ образомъ, m. c. capio обнимаетъ различные виды приобрѣтенія; къ mortis causa capio не относится приобрѣтеніе путемъ наслѣдованія, отказа, даренія на случай смерти¹; къ mortis causa capio относится:

1. то, что кто либо приобрѣтаетъ въ случаѣ смерти опредѣленнаго лица не отъ послѣдняго, въ частности, дареніе на случай, если третье лицо не избавится отъ опасности, угрожающей его жизни²;

2. то, что кто либо приобрѣтаетъ за принятіе открывшагося для него наслѣдства или оставленнаго ему отказа или за отреченіе отъ наслѣдства или отказа³;

3. condicionis implendae causa datum. Наслѣдодатель можетъ назначить кого либо наслѣдникомъ или оставить ему отказъ подъ условіемъ, что онъ дастъ что либо другому лицу⁴. Этотъ видъ приобрѣтенія отличается отъ отказа тѣмъ, что другое лицо, которое должно получить с. impl. c. datum, не имѣетъ никакого притязанія (стало бытъ и никакого иска) противъ условно назначеннаго наслѣдникомъ или получающаго условный отказъ⁵. Въ другихъ отношеніяхъ с. impl. causa datum сходно съ отказомъ, поэтому оно было во многихъ отношеніяхъ подчинено

¹ l. 38. D. h. t. 39, 6.—² l. 8. pr. l. 31. § 2 (sed et dos...). D. h. t. 39, 6.—³ l. 8. pr. l. 21. l. 31. § 2. D. h. t. 39, 6.—⁴ l. 8. pr. l. 31. § 2. l. 38. D. h. t. 39, 6.—⁵ l. 8. D. si quis o. e. t. 29, 4.—⁶ l. 36. D. h. t. 39, 6.

правиламъ отказа. Такъ, оно дѣйствительно лишь въ томъ случаѣ, если получающій имѣетъ *saracitas*⁷; получившій *cond. impl. c. datum* лишается его за недостойность⁸, его можно обременить отказомъ⁹, у него наследникъ можетъ сдѣлать вычетъ на основаніи закона Фальцидія¹⁰; мировая сдѣлка объ алиментахъ, предоставленныхъ этимъ способомъ, нуждается въ утвержденіи суда¹¹.



⁷ l. 9. l. 36. D. h. t. 39, 6.—⁸ l. 5. § 18. D. de his quae ut ind. 34, 9.—
⁹ l. 96. § 4. D. de leg. 1 (30). —¹⁰ l. 18. C. ad l. Falc. 6, 50. —¹¹ l. 8. § 2.
 D. de transact. 2, 15.

УКАЗАТЕЛЬ.

Указатель составленъ по латинскому алфавиту.

Большія арабскія числа означаютъ §§, малыя—примѣчанія. м.—между. н.—начало. к.—конецъ.

МѢСТА РУССКИХЪ БУКВЪ.

А. = А.	И. = I.	С. = S.	Щ. = Szc.
Б. = В.	К. = К.	Т. = Т.	Ы. = Y.
В. = W.	Л. = L.	У. = U.	Ъ. = Ie.
Г. = G.	М. = M.	Ф. = F.	Э. = E.
Д. = D.	Н. = N.	Х. = Ch.	Ю. = Iu.
Е. = E.	О. = O.	Ц. = C.	Я. = Ia.
Ж. = Ž.	П. = P.	Ч. = Cz.	Ө. = F.
З. = Z.	Р. = R.	Ш. = Sz.	

А.

- Acceptatio 212.
 Acceptilatio 268².
 Accessio, какъ способъ приобрѣтенія собственности 139⁶⁻²².
 — какъ названіе принадлежности и побочной вещи 44.
 — possessionis s. temporis 140¹⁵⁻¹⁷, 142⁶⁻¹⁵, 120⁹.
 — при исковой давности 87²³.
 Accidentalια negotiū 61.
 Accusatio suspecti 384¹⁰.
 Acquisitio civilis, naturalis 130¹.
 — hereditatis 419, 420.
 — per universitatem 47.
 Actio 79 сл.
 — ad exhibendum 326.
 — adiecticiae qualitatis 221⁹.
 — ad supplendam legitimam 415⁵³⁻⁵⁴, 416⁸.
 — adversus publicanos 316⁹.
 — aedilicia 84¹.
 — aestimatoria 289 м. 3 и 4.
 — annalis 86².
 — aquae pluviae arcendae 126⁸⁻²³.
 — arbitraria 84¹³⁻¹⁶.
 — arborum furtim caesarum 316⁴.
 — bonae fidei 84¹⁷⁻³⁰.
 — calumniae 320.
 — civilis 84¹.
 — commodati 275.
 — communi dividundo 302¹⁹, 304⁵.
 — conducti 294 м. 12 и 13, 296 м. 4 и 5, 297 к.
 — confessoria 172.
 — confessoria utilis 177¹¹, 183¹², 197¹.

- Actio constitutoria 264 м. 2 и 3.
 — contraria 84 м. 4 и 5, 215 н.
 — de bene depensis 273 м. 11 и 12.
 — de effusis et eiectis 314², 209^{41, 42}.
 — de eo quod certo loco 212⁶⁻⁷.
 — de filiatione 352¹⁷.
 — de in rem verso 221³⁸⁻⁴², 45-47.
 — de liberis agnoscendis 352¹⁷.
 — de mortuo illato 316⁶.
 — de partu agnoscendo 352¹⁸.
 — de pastu 314 м. 18 и 19.
 — de patria potestate 353⁴⁻⁵.
 — de pauperie 314 м. 18 и 19.
 — de peculio 221²¹⁻³¹.
 — de pecunia constituta 264 м. 2 и 3.
 — de positus et suspensus 316¹⁰, 209^{41, 42}.
 — de rationibus distrahendis 382¹¹⁻¹⁹.
 — de recepto 298⁸.
 — de statu patrisfamilias 353⁵.
 — de tigno iuncto 126²⁸⁻²⁹.
 — depositi 277.
 — depositi sequestraria 278⁷.
 — directa 84 н.
 — doli 51 м. 16 и 17, 318.
 — duplex 83.
 — empti 287.
 — exercitoria 221¹⁶⁻¹².
 — ex stipulatu 84²⁹, 209 м. 7 и 8.
 — syndicatu 322.
 — ex testamento 444^{8a}.
 — familiae eriscundae 428, 304⁸.
 — finium regundorum 305⁸.
 — funeraria 310¹⁻⁸.
 — furti 311³⁹ и м. 48 и 49.
 — honoraria 84¹.
 — hypothecaria 195.
 — in factum 84³ и 4.

- Actio** in personam 80¹ 2.
 — in rem 80¹ 2.
 — in rem scripta 80⁷⁻¹¹.
 — iniuriarum 321 м. 14 и 15.
 — institoria 221 13-16.
 — institutoria 255 16.
 — iudicati 97 м. 8 и 9.
 — legati 444 3а.
 — legis Aquiliae 318.
 — legis Corneliae 321 15.
 — litigiosa 95 42-46.
 — locati 294 м. 26 и 27, 296 м. 4 и 5, 297 к.
 — mandati 308 м. 12 и 13, м. 17 и 18.
 — mandati при кредитномъ порученіи 258 29.
 — mixta 81 3-7, 80 14.
 — nata 87 1.
 — negatoria 154.
 — negatoria utilis 177 м. 10 и 11, 183 12, 197 1.
 — negotiorum gestorum 309 м. 25 и 26.
 — noxalis 314 4 сл.
 — Pauliana 235 2.
 — perpetua 86 м. 12 и 13.
 — personalis 80¹ 2.
 — pignoratitia in personam 279 м. 9 и 10, м. 13 и 14.
 — — in rem 195.
 — poenalis 81.
 — popularis 84 м. 39 и 40.
 — praediudicialis 80 5 6.
 — praescriptis verbis 84 4, 209 19.
 — praetoria 84 1.
 — privata 84 м. 39 и 40.
 — prohibitoria 154 м. 12 и 13.
 — pro socio 301 м. 5 и 6.
 — protutelaе 386 м. 2 и 3.
 — Publiciana 155.
 — — при сервитутахъ 172 м. 15 и 16.
 — — при эмфитевизисѣ 177 12.
 — — при суперficiи 183 12.
 — — при завладномъ правѣ 187 9.
 — quanti minoris 289 м. 3 и 4.
 — quasi Calvisiana 409 8.
 — — Faviana 417 2.
 — — institoria 221 43-44.
 — — Serviana 195 1.
 — quod iussu 221 17-20.
 — quod metus causa 51 м. 28 и 29, 317.
 — recepticia 258 19а.
 — redhibitoria 289 м. 3 и 4.
 — rei persecutoria 81.
 — rei uxoriae 337 6, 343 1.
 — rerum amotarum 348.
 — rescissoria 111 10, 255 16.
 — restitutoria 255 16.
 — sepulcri violati 316 5, 82 7, 27 м. 13 и 14.
 — sequestraria 278 7.
 — Serviana 195.
 — specialis in rem 80 3.
 — spoliі 123.
 — stricti iuris 84 17-30.
 — syndicatus 322 к.
 — temporalis 86 м. 12 и 13.
 — tributoria 221 32-37.
 — tutelaе 382 6 7.
 — utilis 84.
- Actio vectigalis** 176 3, 177 13.
 — venditi 287 м. 3 и 4.
 — viae receptae 316 8.
 — vi bonorum raptorum 312 3.
 — vindictam spirans 82.
- Actus** 165 3-5.
 — legitimi 58 2.
- Addictio in diem** 286 41-47.
Ademptio legati 442 24-31.
Aditio hereditatis 419, 420.
Adiectus solutionis causa 226 5-12.
Adiudicatio 132.
- Administratio peculii** со стороны подвластного сына 355 10-11.
 — bonorum adventiciorum со стороны отца 357 9-13.
 — опекуна 377 сл.
 — procuratoris omnium bonorum 66 3-9.
- Adoptio** 363 сл.
 — plena 365 5-10, 352 2.
 — minus plena 365 11.
 — женщины 365 12.
- Адоптивное родство** 365; ср. 23 26-30.
 — какъ основаніе насл. права 408 7-10.
- Adpromissor** 313 2.
- Adulterini** 23 м. 13а и 14.
 — ихъ наследственное право по закону 408 4.
 — узаконеніе 362 10.
- Adventicia bona** 357, 358.
 — dos 329 к. 337, 338.
- Aequitas** 13 6, сл.
- Aestimatio litis** 152 11-13.
- Aestimatorius contractus** 307 14 сл.
- Affinitas** 23 6-8.
- Affirmator** 383 2.
- Ager desertus** 133 4.
 — arcifinius
 — divisus et assignatus
 — limitatus
 — mancaptus
 — occupatorius
 — quaestorius
 — vectigalis 176 1-9.
 — viritanus 135 6.
- Агнаты** 23 26-30.
 — ихъ наследованіе 407 1, 408 7-9.
- Аgnitio bonor. possessionis** 421.
- Акты юридическіе см. Сдѣлки юридическія.**
- Alienatio** 47 4 сл.
 — in fraudem creditorum 235.
 — реституція противъ нея 108 2.
 — iudicii mandati causa 319 3 сл.
- Alieni iuris** 25 м. 5 и 6.
- Alimenta** 328.
- Alluvio** 135 2.
- Альтернативныя обязательства** 208 17-26.
 — отказы 450 27.
- Alterum tantum** при процентахъ 43 10.
 — — при интересѣ 243 10.
- Alveus relictus** 135 5.
- Amens** 22 5.
- A momento ad momentum** 74 1-3.
- Аналогія** 7 1 2.
- Анатомізмъ** 43 11 12.
- Animus domini** 112 1.
- Animus donandi** 68 14-16.

Animus iniuriandi 321 11, 12.
 — *lucri facienti* 311 19—21.
 — *novandi* 266 25 сл.
 — *possidendi* 112 1.
 Annus continuus 74 10.
 — *utilis* 74 11—14.
 Annum legatum 450 32 сл.
 Антихренъ 201 сл.
 Ароба (квитанція) 263.
 Apostatae 28 10—11.
 — ихъ неспособность къ наследованію 390 22, 392 5.
 Apprehensio 116 2 сл.
 Aquaeductus 165 10—12.
 Aquaeductus 165 13—14.
 — защита владѣнія 175 7—12.
 Aquiliana stipulatio 268 4.
 Arbitr 100.
 Arbitrium boni viri 208 м. 12 и 13, 286 21, 22, 300 6а.
 — (усмотрѣніе третьяго) при распоряженіяхъ на случай смерти 396 1—5.
 Аренда 293 послѣ 6.
 Аресть 76 м. 13 и 14 127 м. 11 и 12.
 Argentarii 234 13, 265 31.
 Argentum a contrario 6 6.
 Arrha см. Задатокъ.
 Arrrogatio 363 1.
 As 399 к.
 Ascendentes 23 м. 22 и 23.
 — необходимое наследственное право 415 1—2, 416.
 — законное насл. право 407 4, 409 2.
 Assignatio 307.
 Аукционъ 212.
 Auctor 47 1.
 Auctoris laudatio 150 5.
 Auctoritas tutoris 380 м. 4 и 5, 369 8—10.
 Authenticae Fridericianae 2 3.
 — *Jrnerii* 2 4.
 Authenticum 2.
 Автономія юридическихъ лицъ 33 5.
 Avulsio 139 6.

В.

Венефициальный наследникъ 427 12.
 Beneficium abstinendi 420 5 сл.
 — *cedendarum actionum* 245 13, 246 14, 259 16.
 — — при закладномъ правѣ 125 13.
 — *competentiae* 228 7 сл.
 — *condemni in id quod facere potest* 228 7.
 — *datifonis in solutum* 225 4 сл.
 — *deliberandi* 419 23.
 — *divisionis* 244 20, 245 14, 246 11, 259 17 сл.
 — *exclusionis s. ordinis* 246 13, 259 м. 15 и 16.
 — — при закладномъ правѣ 125 11—12.
 — *inventarii* 427 7—14.
 — *separationis* 427 15—24.
 Берегъ 46 9, 10, 16, 126 24.
 Веренность въ случаѣ развода или смерти мужа 352 19, 20.
 Возходящее наследство см. *Volva vacantia*.
 Возходящія вещи 46 22, 137, 138.
 Везуи 22.

Безвѣстное отсутствіе 19.
 Безвѣстные реальные контракты 209 14—24, 210.
 Biennium luctonis при продажѣ залога 199 3.
 Binubus 350.
 Bissexum 73 3—5, 1.
 Благотворительныя учрежденія 36, ихъ неспособность къ наследованію 390 18, 398 4.
 Божьимъ родственники 23 23.
 — ихъ наследственное право 409.
 Большинство при рѣшеніяхъ корпораціи 33 6.
 — при принудительномъ прощеніи 268 11 сл.
 — при договорѣ объ отсрочкѣ 228 5.
 — при третейскомъ судѣ 100 9, 10.
 Болѣзнь 22.
 — опека вслѣдствіе нея 370 1—3, 372 42—44.
 Вова 37 2.
 — *in bonis esse* 128 н.
 — *adventicia* 357, 358.
 — *caestrensia* 356 1—4.
 — *dammatorum* 25 9.
 — *ereptoria* 426 8—28.
 — *materna, materni generis* 357, 354 8—9.
 — *parapherna* 345.
 — *quasi caestrensia* 356 5—10.
 — *vacantia* 30 6, 409 м. 5 и 6, 425 19—27.
 Вона *fides* см. *Fides*.
 Вонае *fidei possessio* 128 10—11, 134 6 сл. 155.
 Bonitas nominis 251 м. 2 и 3.
 Воинская собственность 128 н.
 Bonorum possessio, понятіе, виды 388.
 — — происхожденіе 388 к.
 — — *intestati* 407 2.
 — — *ex Carboniano edicto* 423 2—8, 388 м. 9 и 10, 308 8.
 — *contra tabulas* 414.
 — *utilis, necessaria* 388 м. 6 и 7.
 — *cum re, sine re* 388 7—8.
 — *decretalis, edictalis* 588 11—12.
 — *unde vir et uxor* 407.
 Бракъ 330 сл.
 — личное отношеніе супруговъ 330 1—10.
 — *путативный* 23 16, 190 м. 15 и 16.
 — — вліяніе на имущество 330 11.
 — — второй 350.
 — — въ теченіе траурнаго года 351.
 Брачные договоры 344.
Brevi manu traditio 116 2.
 Будущія права 53 8, 9.
 — — требованія 204 4—6.
 Бумаги на предъявителя 213.

С.

Calumnia 320.
 Canon 173 4—7.
 Canon *Redintegranda* 123 3 сл.
 Capacitas наследника 398 10 сл.
Capio mortis causa 460.
Capitis deminutio 25 6.
 — — *maxima* 25 7.
 — — *media* 25 7.
 — — *minima* 25 7.
 — — какъ основаніе реституціи 104 м. 1 и 2.
Captatoriae condiciones 58 к. 396 15—16.
Carbonianum edictum 423 2—8.

- Castrati 22 1, 363 3.
 Casus 238, 269.
 Casus unus 150 2, 3.
 Catonis regula 442 1—13.
 Сауро 298 4—8.
 Causa expressa 97 22—25.
 — lucrativa, onerosa 271.
 — civilis 209 м. 3 и 4.
 — debendi 231 н.
 — falsa при завѣщаніяхъ 396 6.
 — obligationis 214.
 — perpetua 163 1.
 — rei, omnis 95 30—34.
 — какъ предположеніе 282 н. 283 н.
 — superveniens 95 10—11.
 Cautela Socini 415 м. 19 и 20.
 Cautiones 76 1—9.
 Cautio damni infecti 315.
 — de demolendo 324 24.
 — de non amplius turbando 120 4, 154 11.
 — fideiussoria 76 4.
 — discreta, indiscreta 241 1—2.
 — iuratoria 76 3.
 — legatorum servandorum causa 444 11.
 — Muciana 401 5—13.
 — pigneraticia 76 5.
 — praedibus praediisque 303 м. 8 и 9.
 — usufructuaria 160 9 сл.
 — quasi usufructuaria 161 3—6.
 — usuaria 162 8.
 — при аррагаціи 363 19 сл.
 — — стипуляціи 209 5 сл.
 — — опека 374 6—7.
 Церкви, какъ юридическія лица 30 19.
 — ихъ способность къ наслѣдованію 390 18.
 — право на реституцію 105 15.
 Certum, incertum 84 35—37.
 Cessio 248 сл.
 — историческое развитіе 248.
 — условія 249.
 — ограниченія 252, 253.
 Cessio bonorum 232.
 Cessio legis 249 3—5.
 — necessaria 249 м. 1 и 2.
 — voluntaria 249 м. 1 и 2.
 Chirographarii creditores 234 15.
 Чѣнность 45.
 Civilis causa 209 м. 3 и 4.
 — cognatio 23 26 сл.
 — computatio 74 3 сл.
 — obligatio 230 2.
 — possessio 113.
 Clausula Iuliani 407 3, 429 4.
 — generalis 169 7 сл.
 — rebus sic stantibus 64 м. 16 и 17.
 Codex 2.
 — отношеніе къ Институтіямъ и Пандектамъ 8 5.
 Codiicilli 439 1—6.
 Codiicillaris clausula 439 7—10.
 Cognati, cognatio 23 1—25 сл.
 Collaterales 23 23.
 Collatio 429.
 Collegarii 438 6—7, 443 17—22.
 Collegium 30 11, 14, 16—17.
 — illicitum 31 3.
 Collisio правъ 75 5 сл.
 Colonus 293 м. 6 и 7.
 — partarius 292 3.
 — patrimonialis 375 11.
 Commissum 133 1—2.
 Commixtio 139 3 сл.
 Commodatum 275.
 Commodum 238 10 сл.
 — при куплѣ 287 5—6.
 — temporis s. repraesentationis 227 6 сл.
 Commorientes 19 1 сл.
 Communio 304.
 Compensatio 265.
 Competentia 228 7 сл.
 Compossessio 115 2 сл.
 Compromissum 100.
 Computatio graduum 23 21—22.
 — temporis 74.
 Concubinatus 23 9—10.
 — какъ основаніе наслѣдственнаго права 408 5—409 10—11.
 Concursus actionum 85.
 — quarum causarum lucrativarum 271.
 Condictio 84 31—39.
 — causa data, causa non secuta 282.
 — certi, incerti, triticaria 84 35—37, 273 17—18.
 — de bene depensis 273 11.
 — ex lege 84 sub 6.
 — ex c. Redintegranda 123 9.
 — ex mutuo 274 м. 18 и 19.
 — furtiva 311 35—38.
 — indebiti 281.
 — Iuveniana 273 13.
 — ob causam datorum 282.
 — ob iniustam causam 283.
 — ob turpem causam 284.
 — sine causa 285.
 Conditio см. Условіе.
 Conditiois implendae causa datum 446 6.
 456 23, 460 4—11.
 Condominium 129 7 сл.
 Conductio см. Locatio.
 Confirmatio опекуна 372 10, 374 м. 4 и 5.
 Confusio (соединеніе) 139 3 сл.
 — при сервитутахъ 171 5—9.
 — — закладномъ правѣ 207 2—7.
 — — обязательствахъ 270 2 сл.
 — — наслѣдваніи 427 4.
 Coniux binubus 350.
 Consensus на распоряженія чужимъ дѣломъ.
 66 12—13.
 — curatoris 380 5.
 — опекуна 380 5.
 — на бракъ 352 6.
 Consensualis contractus 209 25.
 Consensus contrarius 268 3.
 Consilium 60 14—15, 127 12, 306 5—7, 427 25—26.
 Consolidatio 171 5.
 Constitutum debiti 264.
 — — alieni, какъ поручительство 258 11—19.
 — possessorium 117 10—12.
 Consumtio, процессуальная 95 1—9.
 Continuum tempus 74 10.
 Contractus 209 3—29.
 — aestimatorius 307 14 сл.
 — emphyteuticarius 179 м. 3 и 4.

Contractus famosi 27¹⁴.
 — mohatrae 274¹³.
 — pigneraticius 279.
 — sociidae 292³, 298¹.
 Contractos 346 м. 12 и 13.
 Contractatio 311¹⁵.
 Centutor 381.
 Convalescentia 64^{9-11a}.
 — дарения между супругами 347³⁰ сл.
 — — отца подвластному дитяти 355²⁻⁴.
 Conventionalis poena см. Неустойка.
 Conversio 64¹⁷⁻²¹.
 Corporatio 31—34.
 Corpus iuris civilis 2.
 — — canonici 2.
 Corrales obligationes 245, 247.
 Crimen expilatae hereditatis 312⁷, 8.
 — extraordinariae 27¹³, 209³⁰⁻³¹.
 Culpa 71.
 — lata 71¹²⁻¹³.
 — levis 71¹⁵.
 — — in concreto 71¹⁴.
 — in contrahendo 208⁹, 212 sub I. 1.
 Cura 308.
 — absentis 308².
 — bonorum 308¹.
 — furiosi 370¹⁻³, 372⁴²⁻⁴⁴.
 — hereditatis iacentis 308³, 420³⁶, 423⁷.
 — minoris 369¹³ сл. 372⁴⁰⁻⁴¹.
 — prodigi 370⁴, 372⁴⁵⁻⁴⁷.
 — ventris 423¹⁹.
 — вследствие болезни или увечья 370⁵, 372⁴⁸.
 Curatorium 374 м. 4 и 5.
 Custodia 237.
 Частичное исполнение 225²⁻³, 244⁹.
 Частный штраф см. Poena privata.
 Частная завещания 393, 394.
 Честь 27.
 Чинovníки 308⁹.
 Частный договор 214.
 Чисто-личные права 47 sub II. 82, 252², 267², 427².

D.

Damnum emergens 243².
 — infectum 315.
 — iniuria datum 413 м. 9 и 10.
 Dare 207¹.
 Дарение 68 сл.
 — имущества 70¹⁷⁻²¹.
 — между супругами 69 н. 347.
 — на случай смерти 68³⁹, 459.
 — отца подвластному дитяти 355²⁻³, 360.
 — remuneratoria (donatio) 70¹⁻³.
 — sub modo 70⁴⁻¹¹.
 Datio in solutum necessaria 225⁴.
 — — — voluntaria 225⁵.
 Давность 72.
 — незапамятная 72¹ сл.
 Давность погасительная обязательств 91³, 7, 272.
 — — привилегий 15⁸.
 — — сервитутов 171²¹ сл.
 — — залогового иска 195¹⁶, 207¹⁵⁻¹⁷.
 — — права 207¹⁵⁻¹⁷.

Давность приобретательная, приобретение собственности 140 сл.
 — обыкновенная 141—146.
 — чрезвычайная 147.
 — приобретение сервитутов 169.
 — — свободы от сервитута 171³⁹⁻⁴².
 — — эмпитевуса 179⁴.
 — — superficies 183⁹.
 — — залогового права? 72 н.
 — — требования? 72 н.
 Debitum legatum 452¹² сл.
 Decretum de alienando 378¹¹ сл.
 — D. Marci 77⁴ сл.
 Deductio при сервитутах 167¹⁰.
 — как вид компенсации 265³⁰.
 Defensio, как вид intercessio 254¹.
 Defectio 122⁴.
 Delatio присяги 99.
 — наследственного права 390⁴ сл.
 — опеки 372, 373.
 Delegatio 307¹⁻¹¹.
 Deliberationis spatium наследника 419³² сл. 420⁸.
 Delictum 209³⁰⁻³⁸.
 Demens 22⁵ сл.
 Denuntiatio при пещии 248¹³.
 — litis 288¹³ сл.
 День 59, 73.
 Деньги 41³.
 — приобретение собственности вследствие смешения 139⁵.
 Depositio для исполнения 226¹⁸⁻¹⁹.
 Depositum 277.
 — irregulare 278.
 — miserabile 277¹¹.
 Derelictio 137²⁻³.
 Derivativa acquisitio 47¹⁻³.
 Держание см. Detentio.
 Descendentes 23 м. 22 и 23.
 — как наследники по закону 409¹.
 — необходимые наследники 415², 416.
 — незаконные, как наследники 398¹⁹, 408²⁻⁶, 409¹⁰⁻¹¹.
 Detentio 112 н.
 Dictio dotis 209¹¹.
 Дѣеспособность 49.
 — юридического лица 33¹⁻².
 Дѣйствие, юридическое 47¹⁻².
 — дозволенное 71.
 — как предмет обязательства 208 н.*
 Дѣлимость, неделимость вещей 39.
 — — правъ 39 м. 4 и 5.
 — — собственности 128 н.
 — — сервитутов 156²⁻⁷, 167²⁻³, 171 м. 10 и 11.
 — — обязательствъ 244.
 Dies 59.
 — при назначеніи наследника 396, 401^{20, 31}.
 — — обязательствахъ 227² сл. 272 н.
 — legati cedit, venit 443¹⁻¹⁰.
 — obligationis cedit, venit 227¹.
 — certus, incertus 59 н.
 — interpellat pro homine 240¹¹.
 — при отказѣ 443³, 444¹¹⁻¹⁵.
 Дѣти (дѣтскій возрастъ) см. Infantes.
 — подвластныя 353.
 — выборчныя 23¹⁷.

- Дѣти избранныя, ихъ способность къ наследованію 398¹⁹, 408⁵ сл. 409¹⁰, 11.
 Дикія животныя 386.
 Диспозитивные законы 12.
 Dissensus mutuus ср. Consensus contrarius.
 Distractio pignoris 198.
 Divisio parentum inter liberos 394¹¹.
 Добыча 137⁸.
 Договоръ 48¹.
 — абстрактный, индивидуально характеризованный 214.
 — какъ основаніе происхожденія обязательства 212.
 — формальный, матеріальный 214.
 — односторонній, двусторонній 215.
 — основанный на рискѣ 216.
 — въ пользу и въ обремененіе третьяго 217.
 — заключеніе его между отсутствующими 212¹.
 — о признаніи 231.
 — поставки 269 sub II. 1. к.
 Доказываніе 96.
 — при actio confessoria 172¹¹⁻¹³.
 — — — negatoria 154⁵⁻⁸.
 — — — Publiciana 155²⁻⁷.
 — — — hypothecaria 195⁵.
 — — — conductio indebiti 281²¹⁻²³.
 — — — culpa 71 sub B.
 — — — dos 343²⁻⁴.
 — — — lex Anastasiana 253 к.
 — — — невапамятности 72⁹ сл.
 — — — petitio hereditatis 431.
 — — — rei vindicatio 151.
 — — — рожденія 23¹⁸⁻²⁰.
 — — — смерти 19.
 — — — условія 96 м. 9 и 10.
 Должность 308⁹.
 — какъ юридическое лицо 30²³, 24.
 Dolus, какъ степень вины 71⁷⁻¹¹.
 — какъ основаніе недѣйствительности юрид. сдѣлки 51¹²⁻¹⁸.
 — — — обязательства 318. 51¹⁶.
 — — — реституціи 108.
 Domicilium 24.
 Dominium 125 сл.
 — civile, naturale dotis 336.¹⁰, 11.
 — directum, utile 128.
 — eminens 128.
 — ex aequo 128 и.
 — ex iure Quiritium 128 и.
 — limitatum, illimitatum 128.
 — revocabile 128¹.
 — usufructus, proprietatis etc. 129¹.
 Dominus negotii 66¹, 309¹⁴ сл.
 Donatio 68 сл.
 — ante nuptias 346¹, 13 сл.
 — bonorum 70¹⁷⁻²¹.
 — inofficiosa 415⁵⁵ сл.
 — inter vivos 68³⁹.
 — — virum et uxorem 347.
 — mortis causa 459.
 — propter nuptias 346¹ сл.
 — remuneratoria 70¹⁻³.
 — sub modo 70⁴⁻¹¹.
 Дорога, провѣзная 165⁶⁻⁸.
 Дорожные сервитуты 165¹⁻⁹.
 Dos 331 сл.
 — установленіе 332. 333.
 — отношенія во время брака 334—336.
 — — послѣ прекращенія брака 337—343.
 — adventicia 329 к. 337. 338.
 — aestimata 332³⁻⁹.
 — inofficiosa 415⁵⁵ сл.
 — necessaria, voluntaria 329 к. 331 м. 8 и 9.
 — praelegata seu relegata 453²⁻⁴.
 — profecticia 329 к. 337. 338.
 — recepticia 337².
 — tacita 332¹⁵.
 Дополнительное обѣщаніе 332¹⁶⁻²⁰.
 Дополнительные договоры 344.
 — годы 340³.
 — иски 343.
 — плоды 334¹, 340² сл.
 — участки 334⁸ сл.
 Dotis constitutio, datio, promissio 332¹ сл.
 Духовные, ихъ наследованіе 396⁵.
 — вѣсостоятельность къ оцѣкѣ 371⁸⁻¹⁰.
 Duplae stipulatio 288³³ сл.
 Duplex actio 83.
 — interpretatio 6¹⁸.
 — substitutio 404¹⁷⁻¹⁹.
 Duplicatio 93.
 Dupondium 399¹⁹.
 Движимости 38.

Е.

 Эдильскій эдиктъ 289³ сл.
 Editio 326. 327.
 Emancipatio 366¹⁰ сл.
 — tacita s. Germanica 366 к.
 Emblemata Triboniani 6¹⁶.
 Emphyteusis 176—182.
 Emtio 286—290.
 — ad gustum 286³³⁻⁴⁰.
 — rei speratae, spei 216¹⁻³.
 Eruptio 426⁷⁻³².
 Еретики 28¹²⁻¹⁷, 390²², 392⁵.
 Eripiens см. Eruptio.
 Error (заблужденіе) 50.
 Essentialia negotii 61⁸, 9.
 Evictio при куплѣ 288.
 — — продажѣ залога 198²²⁻²⁶.
 — — прочихъ сдѣлкахъ 239.
 — — установленіи приданого 332.
 — — наймѣ 294³.
 — — даренія 70^{14-16a}.
 — — мирной сдѣлкѣ 239⁶.
 — — раздѣлѣ 239⁵.
 Евреи 28⁴⁻⁹ и к. 131⁷, 190 м. 15 и 16. 252⁵, 371⁴, 5.
 Exceptio 92.
 — dilatoria 92⁶.
 — divisionis 244³⁰, 245¹⁴, 246¹¹, 259¹⁷⁻¹⁹.
 — doli 92¹⁶.
 — generalis 92¹⁸⁻¹⁹.
 — specialis 92¹⁷.
 — excussio s. ordinis при поручительствѣ 259¹⁵.
 — — — при закладномъ правѣ 195¹¹, 12.
 — facti 92⁵.

- Исполнение обязательства 225 сл.
 — общаіе исполненія 258¹¹ сл. 264.
 Источники права 4 сл.
 Историческая школа 3 sub II. к.
 Iter 165¹⁻².
 — ad sepulcrum 126²⁶.
 Iudex qui litem suam fecit 322.
 Iudicium rescindens, rescissorium 111⁸⁻¹⁰.
 Iura in re 127 н. 156 сл.
 — praediorum 157. 163.
 Iuramentum calumniae 352⁷. 439¹¹.
 — Zenonianum 45⁹. 122¹⁴.
 Iuratoria cautio 76³.
 Юридические факты 47 н.
 Юридическія лица 29 сл.
 — — ихъ неспособность къ наследованію 390¹⁸⁻¹⁹. 398 м. 4 и 5.
 Юридическое численіе времени 74.
 — владѣніе 112.
 Юристы, право ихъ 7 к.
 Ius abstinendi 420⁵ сл.
 — accrescendi 425¹ сл.
 — cogens, dispositivum 12.
 — deliberandi 419³¹ сл. 420⁸.
 — distrahendi при завладѣннхъ правѣхъ 198.
 — dominii impetrandi 199.
 — offerendi 193⁵.
 — poenitendi 209²¹. 210.
 — possessionis 84¹⁰. 112⁸.
 — possidendi 84¹⁰. 125.
 — postliminii 25¹¹. 137⁹.
 — profimiseos 178 м. 7 и 8. 290²⁻³.
 — repraesentationis 409 м. 1 и 2.
 — retentionis 76²³⁻²⁴.
 — singulare 13.
 — tollendi 153⁸. 341⁶. 7. 433¹.
 Iusiurandum in litem 45⁴⁻⁹.
 — necessarium, voluntarium 99¹⁻³.
 — de calumnia 352⁷. 439¹¹.
 — Zenonianum 122¹⁴.
 Iussus 221¹⁸⁻²⁰. 307².
 Iusta causa i. i. restitutionis 104.
 — — при Traditio 131¹⁴ сл.
 — — Obligatio 214² сл.
 — — Cessio 249 м. 1 и 2.
 Iusta possessio 112³⁻⁴. 115⁶.
 Издержки см. Impensae.
 — на погребеніе 234⁹.
 Измѣненіе правъ 47.
 Изъявленіе воли при юр. сдѣлкахъ 62.
 — — — договорахъ 212.
 — — — завѣщаній 397.
 — — — пріобрѣтеніи наследства 419
 25-27.

К.

- Календарный день 73¹⁻².
 Каноническое право 2 sub II.
 Картина 139¹⁴⁻¹⁵.
 Кладъ 138. 177 м. 1 и 2. 192 м. 5 и 6. 238 м.
 14 и 15. 334².
 Колебный срокъ 59.
 Конкурсъ 232 сл.
 — привилегій 234.
 Контракты безымянные 209¹⁴⁻²¹.
 — письменные 209¹³.
 — реальныя 209¹⁴⁻²¹.

- консенсуальныя 209²⁵.
 — вербальныя 209⁴⁻¹².
 Корабельщикъ 221¹⁰⁻¹².
 Корреальныя обязательства 245. 247.
 Косвенное изъявленіе см. Изъявленіе.
 Кража 311.
 Кредитное порученіе 258²⁰ сл.
 Критика 86.
 Куля 266 сл.
 — per aversionem 269⁵.
 — на пробу 286³⁸⁻⁴⁰.
 — согласно съ пробой 286 м. 40 и 41.
 — правъ 286¹⁻⁴.
 — наследства 286⁷. 436.
 — имущества 286⁶.
 Квалифицированныя завѣщанія 394¹⁻².
 Квиритская собственность 128 н.
 Квитанція 263.

L.

- Laesio 103.
 — enormis 286²³.
 Laudatio auctoris 150⁵. 288¹⁸.
 Laudemium 178⁸.
 Laudum 100³ сл.
 Laxamentum temporis 377¹³ сл.
 Lectio vulgata 6.
 Legalis hypotheca 190.
 — servitus 126 н.
 Legatum per damnationem, praeseptionem, si-
 nendi modo, per vindicationem 437 м.
 2 и 3, см. также Отказъ.
 Legitima hereditas 390⁵.
 — portio 415 м. 1 и 2⁸⁻¹².
 Legitimae usurae 43 н.
 Legitimatio 362.
 Levis notae macula 27⁵⁸.
 Lex Anastasiana 253.
 — Aquilia 313.
 — Atinia 145⁹.
 — Cincia 69².
 — commissoria 198³¹. 286⁴⁸ сл.
 — Cornelia de iniuriis 321¹⁵⁻¹⁶.
 — Falcidia 437¹¹. 446 сл.
 — Iulia et Papia Poppaea 27⁴⁸. 398¹⁰ сл.
 425¹⁵. 16-21. 443²⁰.
 — — et Plautia 145¹⁴.
 — — de fundo dotali 334⁸.
 — — de maritandis ordinibus 27⁴⁸.
 — Plaetoria 369¹⁴.
 — Rhodia de iactu 298⁹ сл.
 — Scribonia 169¹.
 — interpellat pro homine 240⁸ сл.
 Liberalitas 68⁵⁻¹⁶.
 Liberatio legata 452⁵⁻¹¹.
 Liberi naturales 23¹⁰.
 — supervenientes 69²⁵.
 Лицо 18 сл.
 — юридическое 50 сл.
 Личныя права 16.
 Liquiditas, какъ условіе компенсаціи 265²⁵ сл.
 Lis crescit in duplum 81⁶.
 Лишеніе въ наказаніе собственности 133.
 — эфитевиза 178.
 — обязательства 77. 252. 371¹⁸.
 Littera communis, Bononiensis 6.
 Litigiositas 95⁴² сл.

Litiscontestatio 94. 95.
 — negativa 92 н.
 Litis denuntiatio 288¹⁸ сл.
 — pendencia, давность ея 86 15.
 Litteralis contractus 209¹³.
 Locatio conductio 292 сл.
 — — irregularis 298.
 — — operarum 296.
 — — operis 297.
 — — rei 293—295.
 Longa manu traditio 116 4.
 Longi temporis possessio 140¹⁰ сл.
 Longo tempore capio 140¹².
 Лотерея 216 н.
 Lucidum intervallum 49 н.
 Lucrativa causa 271.
 — negotia 48 н.
 Lucrum cessans 243² сл.
 — ex re, ex negotiatione 243 предъ 11-19-20-
 — nuptiale 350¹.

М.

Macula (levis notae) 27⁵⁸.
 Magister navis 221¹⁰ сл.
 Маклеръ 219 2, 296 9, 10.
 Mala fides см. Fides.
 Mandatum 306 сл.
 — ad agendum 248 4.
 — qualificatum 258²⁰ сл.
 Материалы строительные 139 8.
 Mentalis reservatio 50 sub I.
 Mente captus 22 8.
 Metus, какъ основаніе обязательства 317.
 — — — реституціи 106.
 — — — недействительности сдѣлки 51.
 — при завѣщаніяхъ 396 9.
 Мѣна 291.
 Мѣсяцъ 73 7 сл.
 Мѣстный интересъ 242.
 Мѣсто исполненія 229.
 Мѣстожительство 24.
 Militia 205 6, 415 м. 14 н 15, 429 м. 19 и 20.
 Minores 217—10.
 — неспособность 49 2—5.
 — неспособность къ опекамъ 371^{12—14}.
 — опека 369¹³ сл. 370.
 — реституція 105.
 — заблужденіе въ правѣ 10 5.
 Минералы 41^{12—13}.
 Minuta 212 послѣ 4.
 Мирная сдѣлка 101.
 Missilia см. Iactus missilium.
 Missio in possessionem 78^{14—18}.
 — Antoniniana 444 9.
 — damni infecti nomine 315 37—35.
 — ex lege ult. C. de edicto divi Hadriani
 tollendo 435 3 4.
 — legatorum servandorum causa 444 11.
 — ventris nomine 423^{14—19}.
 Мистическое лицо 29 м. 2а и 3.
 — назначеніе наследника 397 6.
 Mobilia 38.
 Modus 60.
 — при дареніяхъ см. Donatio sub modo.
 Modus acquirendi 130.
 Mohatra см. Contractus mohatrae.

Молчаніе, какъ способъ изъявленія воли
 62 9—10.
 Молчаливое (косвенное) изъявленіе воли
 62 2—8.
 Моментъ призыва къ насл. по завѣщанію
 390 м. 15 и 16.
 — приобрѣтенія откупа 443.
 Monstrum 18¹⁴.
 Mora 240.
 — creditoris 241.
 Moralis persona 29 сл.
 Moratorium 228 6.
 Morbus senticus 22 н.
 Море и морской берегъ 46 9, 10.
 Mortis causa capio 460.
 — — donatio 459.
 Мотивы 50¹³, 51, 396 7 сл.
 Moventia 38 6.
 Muciana cautio 401 5—13, 444¹⁰.
 — praesumptio 345 7.
 Multa poenitentialis 218 м. 10а и 11.
 Municipis 24 н. 30 м. 9 и 10.
 Mutuum 273.
 Mutuus dissensus см. Consensus contrarius.

Н.

Наемъ 292 сл.
 Находка клада 138 1—4.
 — потерянной вещи 138 5, 6.
 Начало процесса 94.
 Напоминаніе см. Interpellatio.
 Нарушеніе правъ см. Delictum.
 Nasciturus 18 5—10, его способность къ на-
 слѣдованію 398 5.
 Наслѣдникъ, его назначеніе 396.
 Наслѣдованіе по закону 407—411.
 — по завѣщанію 391 сл.
 — условія 390.
 — способность 390 16—23.
 — договоры о наследованіи 390 11—13.
 Наслѣдство 387 6—10.
 — доли его 390, 411.
 — принятіе 419, 420.
 — искъ 430 сл.
 — отчужденіе 436.
 — искъ о раздѣлѣ 428.
 Nativitas иска 79 предъ 1, 87 1—9.
 Naturales liberi 23¹⁰, ихъ способность къ
 наследованію 398 19, 408 2, 409 10, 11.
 Naturalia negotii 61¹⁰.
 Naturalis cognatio 23 1—25.
 — computatio 74 9, 3.
 — obligatio 230.
 — possessio 113.
 Nauta 298 4—8.
 Nauticum foenus 216 15 сл.
 Неблагодарность (отмѣна даренія) 69 22—24.
 Небрежность см. Culpa.
 Necessarii heredes 420.
 Недействительность юр. сдѣлокъ 64.
 — отказовъ 442.
 — завѣщаній 405.
 Недейдность см. Дѣльность.
 Недоразумѣніе 50 8—10.
 Недостатки (порокъ) 280.
 Недоволенное, какъ предметъ сдѣлки 61.
 208 6 сл.

Недозволенное условіе 58. 401¹⁻².
 Negatoria actio 154.
 Negotia claudicantia 215⁴⁻¹⁰.
 Negotiorum gestio 309. 310.
 Negotium mixtum cum donatione 68⁷.
 Неграмотные 394².
 Nemo pro parte testatus etc. 390⁸⁻¹⁰.
 Необходимая оборона 77¹.
 Необходимое наследованіе 412—418.
 Неосуществленіе сервитута 171²¹ сл.
 — права на искъ 88.
 — привилегіи 15⁸.
 — залладного права 207¹⁵⁻¹⁷.
 Непопозлѣтіе см. Minores.
 Непозлѣваніе см. Неосуществленіе.
 Нерадѣіе см. Culpa.
 Нерѣшительная собственность 128^{6а-9}.
 Нерѣшительное состояніе условія 53. 56¹⁻².
 Несовершеннолѣтіе 21¹⁻⁵.
 Неустойка 218⁶⁻²⁰.
 Невѣста, ея законное залл. право 190 м. 15 и 16.
 — ея privil. exigendi 234⁷.
 — ея подарки жениху 346.
 Невозможное, какъ предметъ сдѣлки 61.
 208² сл.
 Невозможное условіе 57⁵ сл. 401².
 Невозможность при обязательствахъ, посаѣ-
 дующая 238. 269.
 — — первоначальная 208.
 Невыгоды второго брака 350. 398¹⁶⁻¹⁸.
 — — въ теченіе траурнаго года 351.
 Незаконныя дѣти 23¹²⁻¹⁷.
 — — legitimatio 362.
 — — наследственное право 408 м. 4 и 5.
 409¹⁰⁻¹¹.
 Незаконныя дѣти, ограниченіе sarcitas 398¹⁹.
 — — право на alimenta 328¹² сл.
 Незапамятная давность 72 м. 7 и 8 сл.
 Незваніе 10.
 Нѣмые, неспособность къ третейскому суду
 100¹¹.
 — способность къ завѣщанію 392¹⁷⁻¹⁸.
 — свидѣтельство при завѣщаніи 393⁹.
 — возможность учрежденія опеки 370⁵.
 Нисходящіе см. Descendentes.
 Ничтожность 64¹⁻⁵.
 — относительная 64 м. 5 и 6.
 — завѣщанія 405.
 Nomen bonum, verum 251³.
 — legatum 452¹⁻⁴.
 — pignori datum 202⁴⁻⁷.
 Nominatio auctoris 150⁵.
 Nominator 372³¹. 383⁵. 6.
 Nonus см. Неосуществленіе.
 Nota см. Macula.
 Novatio voluntaria 266.
 — expressa, tacita, praesumta 266²⁶.
 — necessaria 267.
 Новеллы 2².
 Novi operis nuntiatio 324.
 Noxae datio 314⁴ сл.
 Нравственная дѣвность 45 м. 3 и 4.
 Нравственный интересъ 208²⁷⁻³³. 440⁷⁻⁹.
 Numeratio dotis 332². 343².
 Nuntius 65 предъ 1. 219¹.

O.

Обезпеченіе правъ 76—77.
 Обязательство см. Требованіе.
 Обѣтъ 211⁵.
 Oblatio 241 м. 1 и 2.
 Obligatio alternativa 208¹⁶⁻²⁶.
 — civilis inanis, inefficax 230²⁹.
 — dividua, individua 244.
 — futura 204⁴⁻⁵.
 — generis 208¹⁶⁻¹⁷.
 — in solidum 245 сл.
 — naturalis, civilis 230.
 Обманъ, какъ основаніе недѣйствительности
 сдѣлки 51 sub I. 2.
 — — — обязательство 318.
 — — — реституціи 108.
 — — поводъ принятія наследства 419²¹.
 — — при интердессіи женщины 255¹⁷.
 — — мировой сдѣлкѣ 101¹⁷.
 — — раздѣлкѣ 302 м. 18 и 19. 304⁹.
 Обогащеніе 95²⁴.
 — неосновательное 280.
 — при дареніи 68²¹⁻²⁷.
 Обратное дѣйствіе закона 9³⁻⁷.
 Обратный поручитель 260¹⁰.
 Обремененный 438²² сл.
 Обрученіе, artha 218^{5а}.
 — неустойка 218^{5б}. 14.
 — дареніе 346.
 Общая собственность 129¹³.
 Общее право 1 н.
 — залладное право 187²³.
 Общеніе 304.
 — между сонаследниками 428.
 — имуществомъ 300². 303¹⁻⁷.
 Общезительные союзы 30¹⁶.
 Общій должникъ 232 н.
 — долгъ см. Корр. обязательства.
 Община 30 м. 9 и 10.
 Обычное право 4.
 Occuratio 137.
 Охота 42¹⁴. 137⁴⁻⁵.
 Оцѣнка 45 послѣ 3. 152 м. 10 и 11.
 Оцѣночная присяга 45⁴.
 Оцѣночный контрактъ 307¹⁴ сл.
 Oeconomia serragata 366 к.
 Ограниченія собственности 126. 127.
 Окончаніе правъ (прекращеніе) 47⁴.
 Oneratus 438²³ сл.
 Onerosa negotia 48 к.
 Опека 368 сл.
 — правительственная дѣятельность 369 м.
 12 и 13. 372¹⁰ сл. 28 сл. 376²⁻⁵⁻⁶.
 377¹⁹. 378. 381⁴ сл. 383¹¹. 384¹¹ сл. 385.
 Operae liberales, illiberales 296⁶ сл.
 — servorum 158²⁻⁵⁻⁹.
 Operarum iurata promissio 209¹².
 Operis novi nuntiatio 324.
 Опорочиваемость 64⁶⁻⁸.
 Определеніе дѣли 60.
 Optio legata 450²⁰.
 Oratio Severi, orat. Antonini 347³⁰.
 — D. Severi 378³ сл.
 Originaria acquisitio 47 предъ 1. 130.
 Origo 24¹⁻⁵.
 Ornamenta 289⁷.

- Osculum 346 15-16.
 Оскорбление 321.
 Оспариваемость см. Оспориваемость.
 Островъ 135 1-4-5.
 Осушение правъ 75.
 — сервитутовъ 163 11-12, 169 3, 174 1.
 Освобождение должника см. Прекращение обязательства.
 — отъ опеки 375, 384 16-19.
 Ошибка см. Заблуждение.
 Отчество 23 18-20, 352 16-18.
 Отчуждение 47 4 сл.
 — дotalнаго участка 334 7 сл.
 — наслѣдства 436.
 — со стороны фиска 131 2, 425 26.
 — — — опекуна 378.
 Отческая власть 353 сл.
 Отказъ 437 сл.
 — ad rias causas 446 6-7, 446 24.
 — имущества 454 сл.
 — индивидуальной вещи (species legata) 450 2-13.
 — приданаго 453.
 — ренты 414 13-17.
 — rei cuius commercium non est 440 3-5.
 — родовой вещи (genus legatum) 450 14-26.
 — содержания 414 38 сл.
 — совокупности вещей 450 1.
 — съ правомъ выбора 450 27.
 — суммы или количества 450 14 сл.
 — требованій (nomen legatum, liberatio legata, debitum legatum) 452.
 — вещныхъ правъ 451.
 Отлагательный срокъ (начальный) см. Dies.
 Отлагательное условіе (сuspensivum) см. Условіе.
 Отмѣнительный срокъ (конечный) см. Dies.
 Отмѣнительное условіе (resolutivum) см. Условіе.
 Отмѣняемая даренія 69 18 сл.
 — отказа 442 21-33.
 — порученія 306 18-20.
 — привилегій 15 6а.
 — завѣщанія 405 5-20.
 Отмѣняемая собственность 128 1-5.
 Отречение отъ права 47 м. 4 и 5.
 — отъ наслѣдства 390 19.
 Отсрочка, принудительная 228 5-6.
 Отсутствие 24.
 — какъ основаніе реституціи 109.
 — вліяніе на давность 142 1-2.
 — заключеніе договора между отсутствующими 212.
 — cura bonorum absentis 308 2.
 Отсужденіе (evictio) 239, 288.
- Р.**
- Pacta adiecta 209 28.
 — dotalia 343.
 — legitima 209 29.
 — praetoria 209 м. 28 и 29.
 — vestita 209 м. 29 и 30.
 Pactum antichreticum 201 3 и 5.
 — de contrahendo 212 2-4.
 — de mutuo dando 212 2, 204 м. 6 и 7.
 — de non petende 268 5 сл.
 — de non praestanda evictione 288 36-39.
 Pactum de retrocundo et retrovendendo 290 1.
 — displicentiae 286 40-41.
 — hypothecae 188, 290 н.
 — nudum 209 м. 28 и 29.
 — protimiseos 290 2-4.
 — reservati domini 131 м. 20 и 21, 290 н.
 Пандекты 2.
 — отнош. къ Институціямъ и Кодексу 36.
 Paraphernalia 345.
 Parens binubus 350.
 — manumissor 367 2, 372 22.
 Паръ 226 11-14.
 Pars pro diviso, pro indiviso 39.
 Partitio legata 454 1-2-6.
 Partus ancillae 41 7.
 Пасквилянты 27 5, 392 6.
 Пастбищные сервитуты 165 17.
 Patria potestas 353 сл.
 Pauperies 314.
 Peculium 354 сл.
 — adventicium regulare 357.
 — — irregulare 358.
 — castrense, quasi castrense 356.
 — profectium 355.
 Pecunia constituta 264.
 — non numerata 209 9 сл. 231.
 — traiecticia 216 15.
 Pensio 183 6.
 Percussio плодовъ 134 4.
 Переходъ права 47.
 Peregrini 128 н. 390 20, 392 3.
 Переносъ требованій 248 сл.
 Переработка см. Specificatio.
 Перерывъ давности владѣнія 146.
 — — исковой 90.
 Переводъ 307 1-11.
 Perfectio договоровъ 212.
 — купли 286 28.
 — найма 292 4.
 — товарищества 300 12.
 Periculum rei при договорахъ 238, 269.
 — даетъ право на commodum 238 10 сл.
 Permutatio 291.
 — dotis 333 9-10, 334 19.
 Perpetua causa при сервитутахъ 163 1-3.
 Perpetuatio obligationis 240 25.
 Persona 18 сл.
 — юридическая 30 сл.
 Personalia iura 16.
 Personalis servitus 158 сл.
 Pertinentia 44.
 Первоенство закладныхъ правъ 204 сл.
 Первоначальное приобрѣтеніе 47 предъ 1.
 — — собственности 130.
 Petitio tutoris, curatoris 372 32.
 Petitiorium, possessorium 121.
 Pia corpora, piae causae 36.
 Pignus, какъ обязательственный договоръ 279.
 — какъ вещное право 184 2-4.
 — conventionale 188 м. 1 и 2.
 — generale 187 23.
 — in causa indicati captum 189 1.
 — irregulare 76 м. 5 и 6, 184 м. 8 и 9.
 — legale s. tacitum 190.
 — necessarium Предвар. зам. къ 188.
 — nominis 187 20, 202 4-7.
 — pignoris 187 19, 202 8 сл.

- Pignus, praetorium** 189² сл.
 — **privilegiatum** 205.
 — **publicum, quasi publicum** 206.
 — **testamentarium** 188³.
 — **voluntarium** Предвар. зам. къ 188.
- Платежъ см. Solutio.**
- Плоды** 41.
 — приобретение ихъ 134.
 — на корябъ 286 м. 25 и 26.
- Побочные договоры** 209²⁸.
- Побочныя опредѣленія** 52 сл.
 — при назначеніи наследника 401.
 — при отказахъ 441.
 — вещи 44 к.
- Почетный опекунъ** 381⁶⁻⁸.
- Подпоручитель** 260¹¹.
- Подвластное дитя** 353.
 — имущественныя отношенія 354 сл.
 — обязываніе отца 221¹⁰⁻¹², 314⁵⁻⁶.
 — приобретение для отца 354¹.
 — сдѣлки съ отцомъ 359.
- Proena compromissa** 100².
 — **privata** 81, 209³⁰⁻³¹.
 — **promissa** 218⁶⁻²⁰.
- Proena nomine relicta** 58 м. 21 и 22, 396¹⁸ сл.
 — **secundarum nuptiarum** 350.
- Поглощеніе см. Consumtio.**
- Полезное издержаніе** 221 к.
- Покойщийся давность** 146⁷⁻⁸.
- Pollicitatio** 211.
- Полнолѣтіе** 21¹¹ и к.
- Полномочіе** 66 м. 1 и 2.
- Польз.** 20.
- Popularis actio** 27⁴⁶, 84 к.
- Пороки изъявленія воли** 64 нач.
 — вещи при кулѣбъ 289.
 — — при наймѣ 289³⁰.
 — при даренія 70¹³.
 — при завѣщаніяхъ 396.
- Порученіе см. Mandatum.**
- Поручительство** 258 сл.
- Positum et suspensum** 209 к. 316¹⁰.
- Посланный** 65¹, 219¹.
- Possessio** 112¹.
 — **ad interdicta** 112 м. 2 и 3.
 — **bonae, malae fidei** 129 к., ср. Fides.
 — **civilis, naturalis** 113.
 — **ficta** 150⁶⁻¹⁰.
 — **pro emptore etc.** 143⁶ сл.
 — **pro herede** 143⁸⁻¹³, 430⁷ сл. 435 м. 2 и 3.
 — **pro possessore** 430⁷ сл. 435.
 — **solo animo** 118^{15a}.
 — **vitiosa** 112⁴, 122⁸.
- Possessorium ordinarium** 121.
 — **summarium v. summarissimum** 121.
- Postliminium** 25¹¹, 137⁹.
- Postulator** 383³⁻⁴.
- Postumi** 398⁵⁻⁷, 407¹, 413 н.
- Potentior** 252⁴⁻⁵.
- Потеря ср. Прекращеніе.**
- Potestas patria** 353.
- Потестативное условіе** 52¹¹, 58⁶, 413².
- Повѣренный** 306.
- Поврежденіе вещей** 313 сл.
- Praedium** 38¹⁻⁵.
 — **dominans, serviens** 164.
- Praedium rusticum, urbanum, suburbanum** 38⁵.
- Praedialis servitus** 165, 166.
- Praediatura** 184 н.
- Praedo** 432², 442³⁶.
- Praejudicialis actio** 80⁵⁻⁶.
- Praelegatum** 438⁸⁻¹⁵.
- Praemium emancipationis** 357¹⁷, 360.
- Praescriptio см. Давность приобретательная и**
 86 сл.
- Praescriptio acquisitiva, extinctiva** 72.
 — **definita, indefinita** 72 м. 7 и 8.
 — **dormiens** 146⁷⁻⁸, 90³ сл.
 — **immemorialis** 72 м. 7 и 8.
 — **longi temporis** 140¹¹, 86⁵.
 — **triginta annorum** 86⁶, 147.
- Praestare** 208 н.
- Praestatio culpaе см. Culpa.**
- Praesumptio hominis** 96¹⁰.
 — **iuris** 96⁵⁻⁹.
 — — **et de iure** 96³⁻⁴.
 — **Muciana** 345⁷.
- Praesumptio родства** 23¹⁸⁻²⁰.
- Praerogatio** 413¹⁴⁻¹⁷, 414³⁻⁵, 416² сл.
- Praeventio** 75⁶ сл.
 — при заключеніи правъ 203²⁻⁴.
- Практика** 7.
- Права на собственную личность** 16.
 — **вещными, личными** 16.
 — **семейственными, имущественными** 16.
 — **наименіе** 47.
 — **нарушеніе** Предвар. зам. предъ § 76.
 — **осуществленіе** 75.
 — **приобрѣтеніе** 47².
 — **возникновеніе и прекращеніе** 47.
 — **защита** 76 сл.
- Право римское, его значеніе** 1.
 — **снатулярное** 13.
 — **строгое, справедливое** 13⁶ сл.
 — **будущее** 53⁸ сл. 204⁴ сл.
 — **принудительное и диспозитивное** 12.
 — **въ объективномъ, субъективномъ смыс-**
лѣ Предварит. замѣчаніе къ 4. 16.
 — **чисто-личное** 47 sub II. 82, 252², 267²,
 427².
 — **юристовъ** 7 к.
 — **наказанія** 352¹⁵.
 — **наследственное** 387 сл.
 — **пользованія** 162.
 — **обратной купли** 290¹.
 — — **продажи** 290¹.
 — **представленія** 409 м. 1 и 2.
 — **приращенія наследниковъ** 425¹ сл.
 — — **отказополучателей** 443¹⁷⁻²².
 — **расканія** 209²¹, 210.
 — **распоряженія** 49.
 — **состоянія** 80⁵.
- Правонарушеніе см. Нарушеніе правъ.**
- Правоотношеніе** 53 н. 59 м. 9 и 10.
- Правоспособность** 17.
- Presarium** 276.
- Предположенія** 96³⁻¹⁶.
- Представительство при юр. сдѣлкахъ** 65, 66.
 — при обязательственныхъ договорахъ
 218—223.
 — при adoptio 364³.
- Предъявленіе** 326, 327.
- Предварительный договоръ** 212².

- Слѣшы, ихъ завѣщаніе 394¹.
 — какъ завѣщательные свидѣтели 393 м. 9 и 10.
 Сложное родство 23 м. 24 и 26.
 Случай при обязательствахъ 238. 269.
 Служебности см. Сервитуты.
 Смерть, какъ конецъ правоспособности 19.
 — — — обязательства 270.
 — — — порученія 306 21—24.
 — — — товарищества 302 3—10.
 Собственность 125—156.
 — искн 149 сл.
 — ограниченія 126. 127.
 — потеря 148.
 — приобретение 130 сл.
 Societas 300.
 — publicanorum 303⁸ сл.
 — quoad sortem et quoad usum 300 6б.
 Socius imperialis liberalitatis 425 33.
 Содержатель гостиницы 298 4—8.
 Соглаше послѣдующее (ratihabito) 66 12. 13.
 Solarium 183 6.
 Солдаты, ихъ beneficium competentiae 228 7.
 — заблужденіе въ правѣ 10 9.
 — неспособность къ опеке 371 11.
 — форма завѣщанія 394 3—7.
 — пупиллярная субституція 403 25—27.
 — необходимое насл. право 405 21.
 Солидарное обязательство 246.
 Solidus 69 м. 5 и 6.
 Solutio 225—235. 262—264.
 Solutio causa adiecta 226 5—12.
 Сонаслѣдники 399. 411. 428.
 Соопекунъ 381.
 Сопоручитель 259 17—19. 260 м. 9 и 10.
 Sors 42 1.
 Составныя части юр. сдѣлки 61 7 сл.
 Сосѣдское право 126 1—23.
 Совершеннолѣтіе 21 6.
 Совѣтники, содожники см. Корреальное
 обязательство.
 Совѣтъ 60 14. 15. 127 12. 306 6—7. 427. 25. 26.
 Совладѣніе см. Compossessio.
 Совокупность см. Universitas.
 Spadones 22 2. 363 4.
 Spatium deliberandi 419 32 сл. 420 8.
 Species 40 3.
 — legata 450 1—13.
 Specificatio 136.
 Spolium 123 2 сл.
 Sponsalitia arrha 346 13 сл.
 Sponsio 209 4 сл.
 Справедливость 13 6 сл.
 Spurii 23 12. 14.
 Срокъ см. Dies.
 Stabularius 298 4—8.
 Старшинство закладныхъ правъ 204.
 Status 25 1—5. 26.
 Степени вины 71 12—15.
 — родства 23 21. 22.
 Stillicidium 166 5. 13.
 Stipulatio 209 4 сл.
 — Aquiliana 268 4.
 — duplae 288 34. 35.
 Стоимость 45.
 Страхъ (принужденіе, угрозы) 51 20 сл.
 Stuprator 329 7.
 Stuprum 23 12.
 Subhastatio 212 м. 4 и 5.
 Субъектъ правъ 17.
 Sublocatio 294 27. 28.
 Subpignus 202 8. 226 13. 294 27. 28.
 Subscriptio testium 393 26—27.
 Substitutio при mandato 306 9. 10.
 Substitutio pupillaris 403.
 — quasi pupillaris 404.
 — vulgaris 402.
 — reciproca 402 м. 5 и 6.
 — duplex, simplex 403 17.
 — tacita 403 15. 19.
 Субституція, фидеикоммиссарная при наслѣд-
 ствахъ 454 сл.
 — при отказахъ 438 16—22.
 Successio 47.
 — hypothecaria 193.
 Successio in querelam 415 31. 32.
 — ordinem et graduum 410.
 — in capita, stirpes, lineas 411.
 Suggrunda 166 3. 315 4.
 Sui heredes 407 1. 413 1. 420 1—3.
 Суаместрале 22 5 сл. 49 н.
 Summariissimum 121.
 Superarbitrator 100 10.
 Superficies 183.
 Супруги, дареніе между ними 347.
 — кража между ними 348.
 — наслѣдственное право 407 м. 3 и 4.
 408 к. 409 5.
 Suspecti remotio 384 7—14.
 Суспензивное условіе 53—55. 401 1—19.
 Свидѣтель 27 51. 65 н.
 — при завѣщаніи 393 1—18.
 Свойство 23 6—8.
 Synallagma 215 1.
 Штрафъ см. Poena.

Т.

- Taxatio 45 послѣ 3. 152 м. 10 и 11.
 Tempus continuum, utile 74 10 сл.
 Testamentifacitio activa 392.
 — passiva 398 1—9.
 Testamentum см. Завѣщаніе.
 — ad pias causas 394 12.
 — analphabetae 394 2.
 — apud acta conditum 395 2.
 — caeci 394 1.
 — destitutum s. desertum 405 4.
 — holographum, allographum 393 23.
 — iniustum 405 н.
 — inofficiosum 415 27 сл.
 — irritum 405 1. 7.
 — iudici, principi oblatum 395 1—3.
 — militis 394 3—7.
 — mysticum 397 6.
 — nullum 405 1. 413 14. 15.
 — nuncupativum 393 29 сл.
 — parentum inter liberos 394 10.
 — perfectum 393 послѣ 26. 30.
 — privatum 393. 394.
 — ruptum вслѣдствіе новаго завѣщанія
 405 9—17.
 — ruptum agnatione postumi 413 17.
 — ruri conditum 394 9.
 — tempore pestis conditum 394 8.

Testamentum неграмотнаго 394 2.
 Tignum iunctum 126 38—31.
 Titulus при давности 143.
 — putativus 143 3.
 Толкованіе юр. сдѣлокъ 63.
 — законовъ 6.
 Товарищество 300 сл.
 Трактаты 212 м. 4 и 5.
 Traditio 116 2—6.
 — какъ способъ приобрѣтенія собственності 131.
 Transactio 101.
 Translatio legati 442 33.
 Transmissio 424.
 — ex capite infantiae 424 17, 18.
 — — — in integr. restit. 424 11—16.
 — — — suitatis 424 к.
 — Justiniana 424 23—24.
 — Theodosiana 424 19—22.
 Траурный годъ 351.
 Требованіе, право требованія 208 сл.
 — понятіе 208 н.
 — возникновеніе 209.
 — предметъ 208 1 сл.
 — прекращеніе 261 сл.
 Третейскій судъ 100.
 Turba 316 2.
 Turbatio sanguinis 351 4.
 Turpitude 27 53 сл.
 Tutela, tutor 369.
 Tutor dativus 372 27—39.
 — honorarius 381 5—8.
 — legitimus 372 20—26.
 — notitiae causa datus 381 9.
 — testamentarius 372 2—19.
 Tutorium 374 4, 5.

U.

Учрежденія 36.
 — способностъ къ наследованію 390 18, 398 м. 4 и 5.
 Удаленіе опекуна отъ должности 384 7—14.
 Угрозы см. Принужденіе.
 Умысль см. Dolus.
 Unitas personae 359 7.
 Универсальное преемство 47 м. 3 и 4.
 Универсальный отказъ 454—458.
 Universitas facti, iuris 37 3—5 и к.
 — какъ предметъ отказа 450 1.
 — personarum 31 сл.
 Unus casus 150 2, 3.
 Уполномочіе см. Полномочіе.
 Управленіе опекуна 376 сл.
 — отца имуществомъ подвластнаго 357 9—13.
 Упущенія, реституція противъ нихъ 103.
 Условіе.
 — дѣйствительное, мнимое 52 3—6, 14—17.
 — исполненное 54.
 — невозводное 58 8—20.
 — необходимое 52 15, 15а.
 — нерѣшительное 53, 56 1, 2.
 — невозможное 52 16.
 — отлагательное, отсрочительное 52 8, 52 9.
 — repleta condicio 57 13, 401 м. 1 и 2.
 — положительное, отрицательное 52 10.
 — потестативное, случайное, смѣшанное 52 11.

Условіе при назначеніи наследника 58 4, 5, 6.
 — si voles 52 12.
 — si voluerit 396 2, 4.
 — обратное дѣйствіе 55, 56 7, 8.
 Установленіе приданаго см. Dotis constitutio.
 Уступка требованій см. Cessio.
 Usucapio см. Давностъ приобрѣтательная.
 — ex fiducia 140 7.
 — libertatis 171 39.
 Usucapio pro herede 140 7, 143 8—13.
 Usureceptio ex praediatura 140 7.
 Usurae см. Проценты.
 Usurae rei iudic. 42 18.
 Usus 162.
 Ususfructus 160.
 — legalis 170.
 — causalis et formalis 125, 156 м. 9 и 10.
 Usus modernus Pandectarum 3 к.
 Усыновленіе 363 сл.
 Uterini 23 м. 24 и 25.
 Utile tempus 74 14.
 Utilitas circa rem 243 к.

V.

Vacantia bona 30 6, 425 19—27.
 Вдова, бѣдная 498 к. 409 9, 417.
 Веденіе дѣла 306—310.
 Velleiani 398 5.
 Venditio 286 сл.
 Venditio nummo uno 50 sub I.
 Venia aetatis 21 8—10.
 Verbalis cautio 76 2.
 — obligatio 209 4—12.
 Veritas nominis 251 м. 2 и 3.
 Versio in rem 221 38—42, 45, 46.
 — какъ основаніе вклад. привилегіи 205 6.
 Versio vulgata 2 послѣ 2.
 Вещный арестъ 76 м. 12 и 14.
 — договоръ 48 м. 2 и 3, 167 9, 188 1.
 Вещныя права 127 н. 156 сл.
 Вещные сервитуты 165, 166.
 Вещь см. Res.
 — опредѣленная по роду 40.
 Vetustus 72 1 сл.
 Via 165 6—8.
 Vicina praedia 163 4—6.
 Вѣроисповѣданіе 28.
 Вѣроотступники см. Apostatae.
 Вина см. Culpa.
 — суды 322.
 Vincula fixa 44 6.
 Vindicatio см. Rei vindicatio.
 — filii 353 1.
 Виндиканты 233 н.
 Vis 77, 50 14, 51 20 сл.
 — maior 238 sub I.
 Високосный день 73 3—5.
 Vitalitas 18 м. 17 и 18.
 Vitium владѣнія 112 3, 4.
 — вещи при давности владѣнія 145 9 сл.
 Владѣльчскій искъ см. Interdictum.
 Владѣніе 112 сл.
 — добросовѣстное 128 10, 11, 134 6 сл. 155.
 — юридическое 112 н.
 — натуральное 112 м. 1 и 2.
 — потеря 118, 119.
 — правомъ 173 сл.

- Владѣніе, приобрѣтеніе 116. 117.
 — продолженіе 118 12.
 — производное 112 10 сл.
 — защита 120 сл.
 Водяные сервитуты 165 10—16.
 Воровство 311.
 Восходящіе см. Ascendentes.
 Воспитаніе дѣтей 352 12—15.
 Votum 211 5.
 Воздержаніе наследника см. Beneficium abstinentiendi.
 Возложеніе см. Modus.
 Возмездныя сдѣлки 48 к.
 Возмѣщеніе вреда 71 н. 81 м. 1 и 2. 209 м. 29 и 30. 243.
 Возникновеніе правъ (приобрѣтеніе) 47.
 — юр. лицъ 31. 36 1, 2.
 Возраст 21.
 Возраженіе (Exceptio) 92.
 Восстановленіе въ прежнее состояніе 102 сл.
 — противъ приобрѣтенія наследства или отреченія 426 1—6.
 Время 72.
 — исчисленіе 73. 74.
 — исполненія обязательства 227. 228.
 — пріянія наследства 419 28 сл.
 Вскрытіе завѣщанія 406.
 Второй бракъ 350.
 — — въ теченіе траурнаго года 351.
 Vulgata см. litera vulgata, versio vulgata.
 Вводъ во владѣніе 76 14—18.
 Выборъ при альтернативныхъ и генерическихъ обязательствахъ 208 16—20.
 — при искахъ 85.
 — — отказахъ 450 17—27.
 Выбрасываніе 131 18. 314 2 3.
 Выкидышъ 18 15.
 Вызовъ 211.

Z.

- Заблужденіе при юр. сдѣлкахъ 50.
 — какъ основаніе реституціи 107.
 — извинительное, неизвинительное 519, 11.
 — въ фактъ, въ правъ 103 сл. 519 11.
 Зачетъ см. Compensatio.
 Задатокъ 218 1—6.
 Заемъ 273. 274.
 Закладное право 184 сл.
 — договорное 188.

- Закладное право судебное 189.
 — законное 190.
 — на безблѣсныя вещи 187 14 сл. 202.
 — на имущество 187 22—24.
 — возникновеніе 188—190.
 — содержаніе 194 сл.
 — преимущества 204 сл.
 Закладной договоръ 279.
 Закладные иски 195. 196.
 Закладываніе 188 сл.
 Закладъ 184.
 Законная доля 415 1.
 — сила 97.
 Законные проценты 42 7 сл.
 — сервитуты 170.
 Законныя закладныя права 190.
 — цессии 249 3—5.
 Законъ 5.
 Залогъ 184 сл.
 Запрещеніе отчужденія 127 1 сл.
 — — какъ препятствіе для usucapio 145 24.
 — — при bona adventicia 127 2.
 — — при дотальныхъ участкахъ 127 1.
 — — при res litigiosae 95 42 сл. 127 4.
 Запрещеніе отчужденія при управленіи опекуна 378.
 — — при res legatae 127 3.
 Защита правъ 76 сл.
 Завѣщаніе 391.
 — форма 393.
 — содержаніе 396—404.
 — отмена 405 5—20.
 Завѣщательные свидѣтели 393 1—18.
 Здоровье 22.
 Землемѣръ 236 11.

Z.

- Женщины 20.
 — intercessio ихъ 255 сл.
 — неспособность къ третейскому суду 100 11.
 — неспособность къ опекамъ 371.
 — заблужденіе въ правъ 10 6 7.
 Животныя, поврежденія ими 314 4 сл.
 — дикія, ручныя, прирученныя 38 6.
 Жребій при коллизіи правъ 75 8.
 — при legatum optionis 450 22.