**История наследования в Римском праве**

**План:**

1. Общий ход развития римского наследственного права

2. История римского тестамента

3. Наследование ab intestato

4. Необходимое наследование

5. Приобретение наследства

6. Положение наследника после принятия

7. Legata и fideicommissa

**1. Общий ход развития римского наследственного права**

Со смертью лица возникает вопрос о судьбе его имущества и вообще его юридических отношений – требований, долгов и т. д. согласно нашим нынешним представлениям, в случае смерти имущество покойного не распадается на свои составные части, а сохраняя свое прежнее единство, переходит к известным лицам – наследникам, которые и вступают во все правоотношения покойного, делаются собственниками его вещей, кредиторами и должниками по его обязательствам. Такой переход имущества в целом, такое преемство во всей совокупности правоотношений, мы и называем наследованием.

Изложенное представление о наследовании, проникающее все наше современное право, в значительной степени обязано своей выработкой римскому праву, которое впервые формулировало и последовательно провело мысль об универсальном характере наследственного преемства. "Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus quod defunctus habuerit", говорят совершенно определенно источники (fr. 62. D. 50. 17). Однако, идея наследования, как универсального преемства, отнюдь не является врожденной человечеству; она вырабатывалась в долгом процессе исторического развития и в самом римском праве она установилась, хотя и рано, но все же, по-видимому, не сразу.

Со смертью человека выпадает субъект прав; вследствие этого, с точки зрения примитивного правосознания, вещи, принадлежавшие покойному, делаются безхозяйными, требования теряют своего кредитора, долги своего должника. Ни о каком наследовании, преемств не может быть речи: имущество покойного рассыпалось на свои составные части, из которых одни (требования и долги) погибли, другие – материальные вещи, – как нечто никому не принадлежащее, могут быть захвачены всяким желающим.

Даже в римском праве мы встречаем отголоски этого примитивного представления. Мы знаем уже, что даже в позднейшем Риме обязательства из деликтов принципиально не переходили на наследников; но мы знаем также, что древнейшими обязательствами вообще были именно обязательства из деликтов. Мы знаем далее, что в случаях capitis deminutio требования и долги capite deminutus по старому цивильному праву прекращались, а capitis deminutio в древнейшей своей стадии есть не что иное, как гражданская смерть. Наконец, что касается вещей, то любопытным в этом отношении представляется общее учение классических юристов о том, что res hereditariae, пока наследство не принято наследником, суть вещи ничьи – "nullius in bonis sunt" (fr. 1 pr. D. 1. 8) – и что, поэтому, захват их не составляет furtum – "rei hereditariae furtum non fit" (fr. 6. D. 47. 19, fr. 69. D. 47. 2). Это положение не значит, однако, что захвативший наследственную вещь в эту классическую эпоху делается его собственником (наследник может ее виндицировать), но важно то, что самое понятие furtum здесь не применяется и захвативший не отвечает, как fur. Это правило может быть понято только как переживание отдаленной эпохи.

Но отсутствие наследования и расхищение вещей умерших мыслимо только в самом примитивном социальном состоянии, когда общество представляет группу изолированных индивидов и не имеет внутри себя никаких более тесных ячеек. Положение меняется, когда возникает патриархальная семья и на ее основе патриархальный род. Индивид окружен теперь концентрическими кругами лиц, с которыми он связан единством происхождения и родства и которые ближе к нему, чем все другие члены общества. Семья представляет тесный союз лиц, связанный общностью жизни, имущества и религиозного культа. Самая принадлежность имущества в значительной степени имеет характер семейной собственности: мы знаем, что в древнейшее время земля считается принадлежащей не столько отдельному paterfamilias, сколько семье, как таковой. При таких условиях естественно, что в случае смерти домовладыки о безхозяйности семейного участка и всего того, что с ним связано, не может быть уже речи: он еще при жизни домовладыки принадлежал всем представителям семьи. Религия и, в частности, культ предков привносят новый мотив: загробное спокойствие умершего нуждается в постоянной заботе живущих, в аккуратном выполнении sacra; кому же ближе всего благо души покойного, как не его потомкам, и кто имеет наибольшее право на его имущество, как не те, которые будут нести эту заботу?

Под влиянием всех этих мотивов безхозяйность оставшегося имущества заменяется переходом его к ближайшим родственникам. Но, как показывает история, с этим отнюдь еще не связан переход обязательств и в особенности долгов. Мы упоминали уже о случаях (capitis deminutio – например, arrogatio, conventio in manum), когда в римском праве переход вещей (к arrogator’y и т. п.) не сопровождался ipso jure ответственностью по долгам. Конечно, развитие экономической жизни не может мириться с таким порядком: весь гражданский оборот находился бы при нем в зависимости от случайности (смерти контрагента). Необходимо, чтобы ответственность по долгам следовала за имуществом и переходила на наследников.

Римское право рано сделало и этот последний шаг, причем придало наследственному преемству характер не имущественной только ответственности наследством, а личной ответственности самого наследника – даже его собственным имуществом. Причиной этому явилось, по-видимому, старинное, выработавшееся на почве религиозных верований, представление римлян о преемстве личности. "Трансцендентное представление о бессмертии индивида в его потомстве было отправным пунктом римского наследственного права" (Миттейс). Идея преемства личности не покидает затем римское право до самого конца, повторяясь в изречениях различных времен ("Hereditas… personam defuncti sustinet"795 – fr. 34. D. 41. 1; "nostris videtur legibus una quodammodo persona heredis et illius, qui hereditatem in eum transmittit" – praef. Nov, 48) и придавая римскому наследственному периоду некоторые особые, яркие черты – например, невозможность отречения от наследства для sui heredes и т. д.

Как бы то ни было, но понятие наследования, как универсального преемства, определяет римское наследственное право уже со времен старого jus civile. Рядом с этим универсальным преемством, hereditas, то же jus civile знает и сингулярное преемство на случай смерти в виде отказов (legata): наследодатель может в своем завещании возложить на наследника обязанность выдать что-либо тем или другим лицам. Такие отказы дают этим лицам только известные единичные права, не возлагая на них ни прав ни обязанностей наследника.

Зародившись на почве семейного и родового строя, наследование на первых порах имеет характер некоторого естественного и частной волей неотменимого порядка. Наследниками являются естественно и необходимо те лица, которые ближе к покойному в порядке патриархального родства: если покойный оставил детей, они вступают в его имущество; если денег нет, наследство переходит к тем лицам, с которыми покойный прежде составлял одну семью и т.д. вплоть до исчерпания рода. Порядок призвания к наследованию определяется таким образом самым порядком родства; это последнее составляет естественный закон наследования и в этом смысле можно говорить, что в древнейшее время существует только наследование по закону – hereditas legitima. Этот законный порядок вначале стоит выше всякой частной воли и имеет характер неотменимости. К этой эпохе в истории всякого народа может быть применено изречение, которым характеризуется древнее германское право: "solus deus heredem facere potest non homo".

Мало-помалу, однако, значение индивида растет, семейный характер собственности ослабляется, права домовладыки по распоряжению имуществом усиливаются. Вслед за правом распорядиться имуществом при жизни возникает его право распорядиться им на случай смерти; другими словами, развивается свобода завещания. Но развивается она у разных народов по-разному: у одних процесс развития проходит быстрее, у других медленнее. Свобода завещания при этом часто признается ранее по отношению к одним имуществам (благоприобретенным) и лишь позже по отношению к другим (наследственным, родовым); завещание на первых порах имеет то характер отдельных выдач из наследства, то характер раздела наследства между законными наследниками, то характер усыновления наследника. Яркую и разностороннюю картину медленного и постепенного развития завещательной свободы представляет, например, история германского права. Что же касается римского права, то в нем завещание является уже институтом, старого jus civile. Законы XII таблиц знают testamentum, как акт, отстраняющий порядок законного наследования ("si intestato moritur"…), и санкционируют предсмертные распоряжения paterfamilias: "Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto". Хотя, как увидим ниже, вопрос о полной свободе завещаний в эпоху XII таблиц может быть спорным, тем не менее не подлежит сомнению, что уже по законам XII таблиц завещание, по крайней мере при известных условиях, отстраняет законное наследование, заменяя преемника по закону преемником по назначению завещателя. Рядом с hereditas testamentaria.

Но характерной чертой римского права при этом является правило: "nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest" (fr. 7. D. 50. 17; исключение только для солдат – fr. 6. D. 29. 1): наследование по завещанию непременно исключает наследование по закону; оба порядка вместе действовать не могут ("earum rerum naturaliter inter se pugna est" – fr. 7. cit). Если бы, например, завещатель назначил наследника только на 1/2 своего наследства, другая половина пойдет также к нему, а не к наследнику по закону. Правило это, вероятно, возникло на почве interpretatio положений законов XII таблиц ("si intestato moritur…"), но затем настолько прочно вошло в общее правосознание, что стало казаться естественным.

Хотя таким образом, свобода завещаний установилась в Риме уже очень рано, но старый принцип семейной собственности вовсе не исчез без следа. То же самое старое jus civile, которое предоставляет домовладыке право передать свое имущество, кому угодно, налагает на него в то же время известные ограничения в пользу его подвластных, членов его семьи. С течением времени эти ограничения растут, причем невыполнение требуемых законом условий может повести к недействительности завещания, к наследованию вопреки ему, к hereditas contra tabulas testamenti. В основе всех этих ограничений лежит мысль о праве известных, близких к наследодателю, лиц на некоторое обязательное, необходимое участие их в наследстве. Вследствие этого система римского наследственного права дополняется третьим видом наследования – наследованием необходимым.

Дальнейшее развитие римского наследования находится под сильным влиянием преторского права. Подобно тому, как почти во всех областях гражданского права рядом с цивильными институтами претор создал свои особые, преторские, институты, так же точно и в области наследования система цивильной hereditas восполняется и исправляется системой преторского института bonorum possessio.

Сущность bonorum possessio состоит в том, что претор дает известным лицам ввод во владение наследством, предоставляя им для получения наследственного имущества особый интердикт – interdictum quorum bonorum (interdictum adipiscendae possessionis). При этом иногда этот ввод во владение имеет только временный, предварительный характер: явится другое лицо – например, цивильный наследник, – и владелец должен будет выдать наследство ему; bonorum possessio окажется таким образом sine re (Ulo. reg. 28. 13). В других случаях bonorum possessio является окончательным и неотъемлемым владением того, кто его испросил, причем иногда таким окончательным владельцем будет тот, кто имеет цивильное право на наследование (bonorum possessio служит тогда juris civilis adjuvandi gratia), а иногда и совершенно другое лицо, которому претор дает владение, восполняя или исправляя цивильную систему (juris civilis supplendi или corrigendi gratia).

Если bonorum possessio дается иному лицу, чем цивильный наследник, если bonorum possessio наступает juris civilis corrigendi gratia, тогда на почве этой коллизии возникают уже известные нам отношения, когда одно лицо будет иметь nudum jus Quiritium801, а другое будет охраняться tuitione praetoris. Лишить цивильного наследника его качества heres претор не может, но он может сделать его положение, как наследника, sine effectu: отказывая ему в исках, он может превратить его право в nudum jus. С другой стороны, сделать bonorum possessor’a цивильным наследником, дать ему jus Quiritium, претор также не может, но он может, предоставляя ему иски, как actiones utiles, создать для него положение, аналогичное наследованию – поставить его heredis loco, heredis vicem (§ 2 In. 3. 9). Bonorum possessor будет иметь, если не квиритскую, то бонитарную собственность на наследственные вещи, будет кредитором и должником по наследственным обязательствам и т. д. Именно благодаря такой возможности претор и мог оказать свое реформирующее влияние на всю область наследования.

Вопрос о происхождении bonorum possessio, однако, и доныне является вопросом спорным, Каким образом претор пришел к мысли о вмешательстве в систему цивильного наследования, какие соображения руководили им? По мнению одних (Савиньи), bonorum possessio появилась впервые тогда, когда обнаружились особенно яркие противоречия цивильной системы изменившимся условиям (например, устранение от наследования эманципированных сыновей); для исправления этих противоречий – следовательно, сразу juris civilis corrigendi gratia – претор и стал давать свой ввод во владение. По мнению других (Вандеров, Дернбург, Жирар и др.), bonorum possessio возникла сначала в качестве провизорного ввода во владение на время спора о наследстве между двумя претендентами, – подобно тому как, по мнению некоторых, посессорные интердикты вообще возникли из провизорного владения вещью по случаю rie vindicatio. По мнению третьих (Гушке), bonorum possessio явилась вначале для урегулирования давностного завладения наследством: если цивильный наследник, не вступал в наследство, оно могло быть захвачено всяким, причем по истечении года захвативший приобретал все права цивильного наследника (usucapio pro herede); для того, чтобы устранить захват наследства лицами, не имеющими к тому никаких оснований, претор и стал давать ввод во владение по своему усмотрению. Наконец четвертые (Лейст, Зомм и др.), опираясь на аналогичные явления аттического права, полагают, что bonorum possessio возникла впервые в применение к наследникам, не принадлежавшим к семье покойного (heredes extranei) и потому не бывших очевидными, бесспорными наследниками: ввиду не очевидности их наследственных прав ("si de hereditate ambigitur") они и должны были испросить себе предварительно у претора ввод во владение.

В конечном счете, ввод во владение наследственной массой и осуществляющий его интердикт quprum bonorum имели тот же общий источник, из которого вышли преторские средства вообще, то есть идею охраны гражданского мира и порядка. Если наследник принадлежал к семье покойного (был suus heres) и находился в момент смерти в его доме, то он уже eo ipso оказывался во владении наследством и ни в каком особом вводе со стороны претора не нуждался. Всякие посягательства на захват наследства могли быть отражены им при помощи обыкновенных владельческих интердиктов. Иным было положение наследника, suus или extraneus, – все равно, если он не находился в доме вообще в хозяйстве, покойного в момент его смерти: ему еще надо было овладеть наследством. Попытка к такому овладению могла встретить сопротивление со стороны тех, кто, не имея никакого права, наследством уже владеет; применение собственной силы было для наследника средством неверным, а с точки зрения общественного мира нежелательным. Ввиду этого претор и обещал свое содействие тем лицам, которые явятся к нему и в общем, суммарном порядке causae cognitio) докажут ему (или, по крайней мере, сделают для него вероятным) свое наследственное право. Но претор на первых порах преследовал только единственную цель – дать ввод во владение вероятному цивильному наследнику, то есть juris civilis adjuvandi gratia.

Скоро, однако, различные несовершенства цивильной системы заставили его выйти за пределы этой скромной роли. Одну из исторических особенностей этой системы составляло отсутствие так называемого successio graduum et ordinum: если ближайший наследник не принимал наследства, то оно не переходило к дальнейшему по порядку родства, а делалось выморочным и потому в древнейшее время бесхозяйным. Такое положение естественно должно было скоро показаться ненормальным, и претор стал давать bonorum possessio следующему в порядке родственнику, действуя здесь уже juris civilis supplendi gratia.

Наконец, претор сделал и последний в принципиальном отношении шаг: он стал давать в некоторых случаях bonorum possessio вопреки цивильному наследственному праву – juris civilis corrigendi gratia. Так, например, в старое время, когда патриархальная семья представляла еще подлинное реальное явление, было естественно, что дети, ушедшие из этой семьи, например, filii emancipati, от наследования устранялись. Но с течением времени это устранение их и возможность, что вследствие этого наследство перейдет к другим, часто очень далеким, родственникам, стало казаться несправедливостью, и претор дает эманципированным сыновьям bonorum possessio, исправляя этим цивильную систему соответственно изменившемуся правосознанию среды.

На первых порах претор давал bonorum possessio по предварительном личном расследовании обстоятельств дела (causae cognito) посредством своего личного конкретного решения (decretum), вследствие чего и самая bonorum possessio, таким образом полученная, есть bonorum possessio decretalis. Мало-помалу, однако, в преторской практике выработались известные определенные правила относительно того, когда bonorum possessio следует давать, и преторы стали вносить эти правила в свой эдикт. Для получения bonorum possessio теперь было достаточно доказать только наличность тех обстоятельств, которые указаны в эдикте, и bonorum possessio будет дано "согласно эдикту" – bonorum possessio edictalis. Благодаря этим все время развивающимся правилам преторского эдикта, преторская система bonorum possessio самым существенным образом влияла на римское наследственное право, причем совместное действие hereditas и bonorum possessio продолжается не только в течение всего классического периода, но и в позднейшее время – вплоть до Юстиниана.

Но не один претор приложил свой труд к усовершенствованию наследственного порядка. Весьма важный принцип новейшего необходимого наследования был установлен в конце республики или начал империи в практике центумвирального суда, которому подлежали споры о наследовании.

Равным образом, не оставалось в стороне и законодательство. Уже периоду республики принадлежат некоторые отдельные законы, разрешавшие те или другие вопросы наследования (например, законы об ограничении свободы отказов). В период принципата на место leges выступают senatusconsulta, целый ряд которых относится к наследственному праву. С усилением императорской власти и в нашей области на первый план выступают императорские указы.

Под влиянием всех этих факторов римское наследственное право мало-помалу далеко отошло от тех оснований, на которых строилась старая цельная система цивильного права. В бесконечном количестве пунктов она была изменена как преторским эдиктом, так и многочисленными отдельными законами, вследствие чего ко времени Юстиниана римское наследственное право, особенно наследование по закону, представляло собою систему чрезвычайно сложную и запутанную. Во время работ по составлению "Corpus Juris Civilis" Юстиниан еще не нашел возможным произвести общее перестроение наследования на новых началах, вследствие чего в "Corpus" мы находим еще нагромождение различных исторических слоев. Но он сделал это своими позднейшими указами, новеллами, из которых основное значение имеют новеллы 118 (543 г.) и 127 (548 г.), реформирующие наследование по закону, и новелла 115 (542 г.), регулирующая необходимое наследование.

**2. История римского тестамента**

Как мы видели выше, наследование по завещанию появляется в истории позже наследования по закону. Но с тех пор как оно появилось, оно очень скоро заняло в Риме первенствующее значение: уже законы XII таблиц начинают свои положения о наследовании по закону условием: "si intestato moritur", предполагая, очевидно, завещание, как нечто нормальное. В более позднем праве это первенствующее значение завещания еще более возросло, и если известная характеристика Фердинанда Лассаля – "для Римлянина завещание было тем же, чем для египтянина его надгробный памятник", – представляется некоторым преувеличением, то во всяком случае не подлежит сомнению, что с точки зрения общего духа римского права наследование по завещанию стоит на первом месте.

Однако, характер древнейшего римского завещания является в высокой степени спорным.

По свидетельству Гая (II. 101), древнейшее римское право знало два вида завещаний: testamentum calatis comitiis и testamentum in procinctu.

Testamentum calatis comitiis – это завещание, совершаемое в народных собраниях по куриям, созванных и происходящих под председательством pontifex maximus. По свидетельству Гая, comitia создавались с этой целью два раза в году – вероятно, 24 марта и 24 мая. В присутствии всего народа завещатель устно изъявлял свою волю, то есть прежде всего назначал себе наследника, к чему затем мог присоединить и разные другие распоряжения, и обращался к народу с просьбой, которая, вероятно, гласила приблизительно так: "ita do ita lego ita testor itaquevos, Quirites, testimonium mihi perhibetote". В несколько более позднее время это обращение к народу и самое участие народа было только простою формальностью, но несомненно, что в древности это было не так. Но каково реальное историческое значение всего этого акта перед народным собранием, это и есть вопрос, вызывающий разногласия.

Значительная группа ученых, обращая внимание на то, что как testamentum, так и усыновление (arrogatio) совершались одинаково в comitia calata, и опираясь на аналогичные явления в греческом праве, думает, что древнейшее римское завещание есть не что иное, как arrogatio будущего наследника, введение его в семью наследодателя и превращение его таким путем в наследника законного. Такая arrogatio допускалась, вероятно, первоначально только в случае бездетности завещателя и представляла искусственное восполнение недостающих sui heredes. С точки зрения этой теории наследование по завещанию органически примыкало к наследованию по закону, являлось только его продолжением.

Но эта теория наталкивается на целый ряд возражений с точки зрения несходств arrogatio и testamentum в вызываемых ими последствиях. Главнейшее несходство заключается в том, что arrogatio вызывает capitis deminutio усыновляемого и разрыв агнатических связей с прежней семьей, меж тем как для лица, назначенного наследником, подобные последствия не наступают. Представители теории arrogatio, впрочем, пытаются парализовать это возражение тем, что testamentum представляет уже arrogatio в ослабленной форме.

Нельзя отрицать того, что в форме arrogatio потребность иметь избранного наследника могла удовлетворяться и удовлетворялась часто; быть может, даже это был исторически древнейший суррогат testamentum; весьма вероятно, далее, значительное влияние arrogatio на некоторые стороны в положении наследника, назначенного завещанием. Но во всяком случае arrogatio не есть testamentum, и, пока римское право знало только такой способ назначения преемника, оно не знало завещания в собственном смысле.

Testamentum calatis comitiis является, однако, подлинным завещанием, отличным от arrogatio, уже в эпоху законов XII таблиц: если бы завещание было усыновлением, законы XII таблиц не могли бы отличать наследника по завещанию от sui heredes, как они это делают в своем известном положении о наследовании по закону "si intestato moritur cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto". Очевидно, таким образом, уже к этому времени testamentum представляет совершенно особый акт, имеющий своею целью поставить назначенного наследника после смерти завещателя в положение его универсального преемника. Но для этого, так как такое назначение врывается в общий строй семейных, родовых и даже общегосударственных отношений, так как оно затрагивает сакральные интересы, необходима санкция всего народа в comitia calata. Testamentum calatis comitiis есть, таким образом, по своему древнейшему существу не что иное, как особый сепаратный закон, подобный arrogatio, cooptatio in patriciis и т. д. Возникнув исторически позже arrogatio, testamentum calatis comitiis явилось прямым средством для удовлетворения той потребности, которой arrogatio раннее служила только косвенно.

На первых порах участие народа в завещаниях было реальностью и в том смысле, что народ мог и отклонить rogatio завещателя; лишь с течением времени testamentum calatis comitiis превратилось в простой, только публичный, акт частной воли. С этим превращением также связан спорный вопрос о том, достиг ли этого пункта римский тестамент уже в эпоху XII таблиц или нет. Законы XII таблиц говорят: "Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto". Между тем как сами римские юристы относили полную свободу завещательных распоряжений уже к этому положению законов XII таблиц (fr. 120. D. 50. 16: "Verbis legis XII tabularum his "uti legassit suae rei ita jus esto" latissima potestas tributa videtur"816), целый ряд современных ученых думает, что это положение имело более узкое содержание. Оно обозначало только, что лишь распоряжение завещателя относительно опеки над своими детьми и относительно отдельных выдач из "pecunia" должны быть непременно утверждены народным собранием: самое же назначение наследника и распоряжение относительно "familia" подлежать еще обсуждению и решению народа, причем народ может их и отвергнуть. – Как бы то ни было, но если не в законах XII таблиц, то несомненно довольно скоро после них участие народа превратилось в простую формальную санкцию.

Вторую форму древнейшего завещания представляет testamentum in procinctu, то есть завещание перед тем же народом, но только на поход, перед сражением. Procinctus, военный строй, представляет естественную замену мирных comitia calata, когда они невозможны.

Как видим, обе формы староримского завещания представляют завещание публичное и гласное: воля завещателя должна быть изъявлена во всеуслышание перед народом и потому будет известна каждому. Это обстоятельство представляет, конечно, известное неудобство для завещателей, которые часто желали бы не предавать заранее гласности свои посмертные распоряжения. Кроме того, каждая форма имела свои специальные неудобства: "testamentum calatis comitiis – то, что оно могло быть совершено только в известные сроки (и именно всего два раза в году), a testamentum in procinctu было недоступно для стариков, уже не участвующих в войск. Между тем именно для стариков и для лиц, впавших в болезнь, потребность в завещании была особенно сильна.

Ввиду этого скоро после законов XII таблиц в эпоху interpretatio, для удовлетворения этой потребности было создано testamentum per aes et libram или testamentum per mancipationem (Gai. II. 102 и сл.). Здесь мы имеем искусственное приспособление mancipatio для целей завещательных распоряжений. Завещатель передавал посредством mancipatio все свое имущество какому-либо доверенному лицу – familiae emptor’y, причем этот последний брал на себя обязанность выполнить те распоряжения, которые будут сообщены тут же завещателем. В присутствии, как обыкновенно, пяти свидетелей и libripens’a familiae emptor, держа в руках кусочек меди, произносил формулу mancipatio, приспособленную для данного случая: "Familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea esse aio et ea quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam hoc aere aeneaque libra esto mihi empta". Произнеся формулу, он ударял медью по весам и передавал завещателю. Вслед затем выступал завещатель и излагал свои распоряжения, заканчивая их таким же обращением к свидетелям, с каким завещатели обыкновенно обращались к народу: "ita do ita lego ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote". Эти устные распоряжения составляли muncupatio, присоединенную к mancipatio и действительную в силу известного правила XII таблиц: "Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita jus esto".

Устное изложение посмертных распоряжений могло быть заменено письмом, то есть начертанием на навощенных табличках (tabulae testamenti). Завещатель после совершения mancipatio предъявлял душеприказчику (familiae emptor) и свидетелям заранее приготовленные tabulae и говорил "Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt ita do ita lego ita testor" и т. д. Вслед затем tabulae завязывались шнурком и припечатывались печатями как завещателя, так и всех присутствующих семь лиц (пять свидетелей, libripens и familiae emptor), причем возле этих печатей каждый ставил свою надпись (obsignatio и superscriptio). Эта письменная форма nuncupatio давала то преимущество, что содержание завещания могло быть теперь неизвестно даже свидетелям и участникам акта.

На первых порах завещательная nuncupatio была только привеском mancipatio, которая имела полное юридическое значение. Вследствие акта продажи все имущество завещателя тотчас же делалось собственностью душеприказчика, но собственностью для известной цели; в этом отношении testamentum per mancipationem имеет тот же характер, что и fiducia. После смерти завещателя familiae emptor оказывался в положении heres – heredis loco – и должен был выполнить все его распоряжения. При этом, в отличие от обыкновенной fiducia, выполнение этих распоряжений находилось не под защитой только fides, а под защитой jus strictum – в силу правила: "cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto". Вследствие этого все те лица, которым в завещании было что-либо отказано (legatum) – так же, как при testamentum calatis comitiis, – имели непосредственное требование против душеприказчика.

С течением времени положение дел меняется. Роль акта mancipatio все более и более падает до степени простой формальности: теперь уже она является формальным привеском nuncupatio. Вместе с тем изменяется и положение душеприказчика; наследником обыкновенно назначается в завещании другое лицо, он же превращается в простого фигуранта или, как говорит Гай (II. 103), "dicis gratia propter veteris juris imitationem adhibetur". В таком виде и существует манципационное завещание еще в эпоху Гая, меж тем как старые формы – testamentum calatis comitiis и in procinctu – вышли из употребления уже в конце республики.

Хотя манципационное завещание могло быть по-прежнему изъявлено и устно, тем не менее во второй половине республики оно обыкновенно выражается в письменной форме tabulae. Эта письменная форма делается настолько общераспространенной, что претор в своем эдикте нашел возможным объявить, что он даст bonorum possessio secundum tabulas testamenti тому, кто представит письменное завещание, запечатанное столькими печатями, сколько требует закон: "Si de hereditate ambigetur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo". Но сначала полученная на основании tabulae bonorum possessio имела только условный характер: если эти tabulae не были укреплены актом mancipatio, то есть не были выполнены формальности цивильного завещания, и если цивильный наследник (обыкновенно наследник по закону) предъявит иск о наследстве, то bonorum possessio окажется sine re: наследство должно быть возвращено. В период принципата, однако, манципационные формальности настолько уже утратили свой смысл, что рескриптом Антонина Пия было предписано давать bonorum possessor’y против hereditatis petitio цивильного наследника exceptio doli; bonorum possessio стало, таким образом, cum re. Вместе с этим приобрело в качестве преторского тестамента полную юридическую силу простое письменное завещание, предъявленное семи свидетелям (Gai. II. 119-120).

Этот письменный тестамент был подтвержден затем (и вместе с тем превращен в цивильный) указом императора Феодосия II и Валентиниана III (439 г.), причем в связи с изменением писчего материала (вместо tabulae – пергамент или папирус) центр тяжести был перенесен с печатей на подпись: для действительности завещания необходимо теперь, чтобы документ был подписан самим завещателем и семью свидетелями (c. 21. С. 6 . 23). Это и есть нормальное частное завещание позднейшего римского права.

Но и устное завещание не исчезло. Пока не вышла из употребления mancipatio, завещание могло по-прежнему совершаться в форме устной nuncupatio после мнимой продажи наследства. В период абсолютной монархии, когда mancipatio отпала, было в целом ряде указов (с. 21. 4. С. 6. 23. § 14 In. 2. 10) признано, что имеет полную силу завещание, объявленное устно в присутствии тех же семи свидетелей.

Таким образом, обыкновенное частное завещание в праве Юстиниана может быть совершаемо и устно, и письменно, но при непременном участии семи свидетелей, причем в обоих случаях требуется, чтобы участие это было одновременным (так называемый unitas actus), чтобы все совершение акта протекло без перерывов.

В некоторых случаях формальности, необходимые для совершения завещания, несколько модифицируются. Так, если завещатель слеп, то необходимо участие нотариуса (tabularius). Если завещание совершается во время эпидемии (testamentum tempore pestis conditum), когда одновременное присутствие многих может быть опасно, unitas actus не требуется. Если завещание содержит только раздел наследства между законными детьми (divisio inter liberos), то достаточно собственноручного письма завещателя без всяких свидетельских подписей. Наибольшее отсутпление представляет завещание солдат (testamentum militis), которые "propter nimiam inperitiam" (Gai. II. 109) освобождены от соблюдения всяких формальностей.

Рядом с описанными формами частного завещания в период абсолютной монархии появляются и формы публичного завещания, то есть совершаемого при участии органов государственной власти. Таковы: testamentum apud acta conditum, то есть завещание, изъявленное перед судом и занесенное в протокол, и testamentum principi oblatum, то есть врученное на хранение императору.

Но, кроме соблюдения формы, римское завещание должно было удовлетворять целому ряду других – материальных – условий. Некоторые из этих условий на протяжении истории менялись; другие оставались неизменными от начала до конца.

Неизменным оставалось прежде всего требование особой завещательной правоспособности – так называемой testamentifactio – как для завещателя (testamentifactio activa), так и для назначаемого наследника (testamentifactio passiva). Но условия этой testamentifactio менялись. Упомянем лишь о некоторых из них. Так например, женщины, даже sui juris и даже tutore auctore, долгое время вовсе не могли совершать завещания – вероятно, потому, что в древнее время для них была недоступна ни форма calatis comitiis, ни форма in procinctu. Но и после того, как появилась форма per mancipationem, женщины, находящиеся под опекой, долго еще не могли совершать завещания даже tutore auctore, и лишь император Адриан дал им эту возможность. С исчезновение опеки над ними они приобрели полную testamentifactio activa. С другой стороны, один из республиканских законов – lex Voconia 169 г. до Р. Х. запретил гражданам первого класса (то есть с цензом выше 100 тысяч сестерциев) назначать женщин наследницами, чем в этих пределах (то есть только по отношению к гражданам первого класса) лишил их testamentifactio passiva. Но этот закон в период империи вышел из употребления, и таким образом женщина в праве Юстиниана по отношению к завещаниям уравнялись с мужчиной. – Далее, старое право требовало, чтобы личность назначаемого наследника была persona certa для завещателя: завещание в пользу persona incerta была недействительно. Вследствие этого долгое время было невозможно назначение наследником лица, еще имеющего родиться – так называемого postumus. Но затем такое назначение было допущено – сначала для собственных имеющих родиться детей завещателя (postumi sui), а потом и для всех вообще (postumi alieni). На том же основании было невозможно назначение юридических лиц, и лишь позднейшее право допустило здесь ряд исключений.

Неизменную историческую особенность римского тестамента составляет также требование, чтобы он заключал в себе непременно institutio heredis, то есть назначение наследника. Это последнее есть "caput et fundamentum testamenti". (Gai. II. 229): без него все завещание будет недействительно. Если поэтому, завещатель желал, предоставив наследство законному наследнику, только установит известные отдельные выдачи тем или другим лицам, он должен был для этого все же назначить в завещании законного наследника, иначе и отдельные выдачи были бы недействительны.

Но мало того, – не только в старом праве, но еще в эпоху классических юристов institutio heredis должна была быть выражена "solemni more", то есть известными торжественными словами, ведущими свое начало, вероятно, еще от эпохи testamentum comitiis calatis: "Titius heres mihi esto". Кроме этой формулы, по свидетельству Гая (II. 116-117), в его эпоху признавалось еще только "Titium heredem esse jubeo"; всякие же другие выражения – например: "Titium heredem instituo" или "heredem facio" – считались недостаточными и вели за собой ничтожность всего завещания. Лишь указ 339 г. и отменил "solemnium sermonum necessitas" и предоставил завещателям назначать наследников "quibuscumque verbis" (с. 15. С. 6. 23).

Рядом с простой institutio уже, по-видимому, исстари допускалась и substitutio, то есть назначение второго наследника на случай, если первый наследником почему-либо не станет (например, умрет раньше завещателя): например: "Titius heres mihi esto. Si Titius heres non erit, Seius heres esto". Кроме этой обыкновенной субституции (substitutio vulgaris), родители могли назначить наследника своему малолетнему или безумному нисходящему даже на тот случай, если он станет наследником (переживет завещателя), но умрет, не достигнув совершеннолетия или выздоровления (substitutio pupillaris и quasi-pupillaris).

Хотя завещание даже в позднейшем праве сохранило значительные черты формализма, тем не менее должно быть отмечено, что, начиная с эпохи классических юристов, обнаруживается тенденция путем разных благоприятных толкований, насколько возможно, способствовать сохранению силы за завещаниями – так наз. favor testamentorum. Так например, если кто-либо был назначен наследником под невозможным условием, не все завещание объявлялось недействительным, а лишь невозможное условие считалось как бы не написанным (pro non scripto habetur).

Каких-либо особых предписаний относительно хранения завещаний не существовало. Равным образом, не существовало их первоначально и относительно вскрытия завещаний. Но закон Августа 6 г. по Р. Х., введший 5%-ную пошлину с наследства (vicesima hereditatum), в целях фискального контроля предписал под угрозой штрафа в течение известного срока после смерти завещателя (5 дней) предъявлять завещание магистратам, в присутствии которых и происходила затем торжественная процедура вскрытия завещания. Tabulae testamenti предъявлялись лицам, которые были свидетелями, для опознания своих печатей и подписей. По удостоверении ими подлинности печатей, шнур разрезывался, завещание раскрывалось и прочитывалось. (Pauli sent. 4. 6). Любопытный протокол такого вскрытия дошел до нас от 474 г. по Р. Х. (Girard P. Textes. p. 775).

**3. Наследование ab intestato**

Если умерший не оставил завещания или оставленное завещание не возымело действия (например, назначенный в завещании наследник умер раньше завещателя или не пожелал принять наследство), то наступает наследование по закону. Порядок призвания к законному наследованию подвергался, однако, в римской истории изменениям в связи с общим постепенным перестроением семьи и родства: общей тенденцией этой эволюции является замена старого агнатического принципа принципом когнатическим.

Система наследования ab intestato старого цивильного права определялись положением законов XII таблиц: "Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento". Согласно этому положению, призвание к наследованию слагается из следующих трех классов:

а) Прежде всего к наследованию призываются sui heredes, то есть лица находившиеся в семье и под непосредственной властью умершего и вследствие его смерти сделавшиеся personae sui juris, то есть filii familias и filiae familias, дети от раньше умерших сыновей или дочерей, жена при браке cum manu, усыновленные. Наследство делится при этом in stirpes (поколенно): внуки от раньше умершего сына получают ее вместе, сколько бы их ни было, ту часть, которую получил бы их отец, если бы был жив (так называемое jus repraesentationis). Наследование sui heredes, с точки зрения старого права, есть даже не наследование, а просто вступление в самостоятельное управление тем имуществом, которое еще при жизни peterfamilias принадлежало им на правах семейной общей собственности. Этим объясняется и то обстоятельство, что приведенное положение законов XII таблиц говорит о sui heredes только косвенно ("sui suus heres nec escit"). Мысль об участии их в семейной собственности еще при жизни отца жива даже в эпоху классических юристов: Гай (II. 157) говорит, что sui heredes "vivo quoque parente quodammodo domini existimantur". Еще определеннее выражается Павел: "In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur… Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur" (fr. 11. D. 28. 2).

b) Если нет sui heredes, то призывается agnatus proximus или agnati proximi, если есть несколько агнатов, стоящих к умершему в одинаково близкой степени родства. Таким образом, при отсутствии собственной семьи у умершего, призываются его братья и сестры, а также мать, если она состояла с отцом покойного в браке cum manu, – то есть лица, находящиеся во 2-й степени агнатического бокового родства с покойным. Если нет родственников 2-й степени, призывается третья степень и т.д. – с тем, однако, ограничением, что женщины далее soror consanguinea (далее сестры) уже исключаются от наследования Voconiana ratione, то есть по духу lex Voconia, о которой было упомянуто выше. Все наследники одинаковой степени делят между собой наследство in capita (поголовно): jus repraesentationis здесь уже нет, так как дети наследника будут уже принадлежать к дальнейшей степени, которая устранаяется ближайшею.

с) Если нет никаких агнатов, то наследство переходить к gentiles: первоначально, вероятно, имущество шло в род (gens), как таковой, причем от рода зависело распорядиться им, как угодно; позже наследство, по-видимому, разделялось между отдельными gentiles. Но уже к концу республики, вместе с окончательным падением патрицианской родовой организации, этот класс наследников исчез (Gai. III. 17: "totum gentilicium jus in desuetudinem abiisse").

При этом, как было уже упомянуто, наследование по jus civile имеет ту особенность, что призываются к наследованию только те лица, которые оказываются ближайшими к умершему в момент его смерти. Если эти лица не принимают наследства или умирают до его принятия, то наследство не переходит к следующему по порядку, а считается выморочным, а потому в древнейшее время безхозяйным. Это выражается правилом: "in legitimis hereditatibus successio non est".

Такова была простая и цельная система цивильного наследования, вполне согласная с патриархальным агнатическим укладом всей тогдашней жизни. Но во второй половине республики этот патриархальный уклад был уже расшатан: в систему старых начал стали проникать новые, и все вместе стало представлять довольно сложное сочетание разнородного. Таким сочетанием разнородного представляется и преторская система bonorum possessio intestati в ее окончательном виде, то есть в том, в каком она выразилась в edictum perpetuum Адриана. Преторский эдикт устанавливает четыре класса лиц, призываемых к получению bonorum possessio ad intestato:

а) Класс "unde liberi". Сюда причисляются, во-первых, все цивильные sui, а во-вторых – emancipati, то есть эманципированые дети покойного, а также in adoptionem dati, отданные им в усыновление, если ко времени смерти наследования они уже отпущены усыновителем из своей patria potestas. Таким образом, здесь в наследование вводятся уже рядом с агнатами и когнаты, хотя и не все (in adoptionem dati, остающиеся в семье усыновителя, не призываются). Деление наследства и здесь происходит in stirpes. Призвание эманципированных рядом с детьми, оставившимися под властью, создавало некоторые особые затруднения. Так, во-первых, это призвание могло в значительной степени оказаться несправедливым по отношению к неэманципированным братьям и сестрам призываемого: в то время как они все время работали на отца и добытое их трудном находится в общей наследственной массе, эманципированный брат обыкновенно уже при самой emancipatio получал известный выдел, а во всяком случае затем работал на себя. Простое уравнение всех могло бы привести к несправедливому ухудшению положения детей, оставшихся под властью. Ввиду этого претор поставил, что он даст bonorum possessio эманципированному лишь под условием, если он предварительно внесет в счет наследственной массы все свое имущество (collatio bonorum emancipati). – Второе затруднение возникало в том случае, если при emancipatio сына его дети остались под властью paterfamilias – деда. Пока их эманципированный отец не призывался к наследованию, они после смерти деда получали часть, которую получил бы их отец: но раз он теперь призывается к наследованию несмотря на emancipatio, дети снова устраняются им от наследования. Между тем их труд есть также в общей наследственной массе. Ввиду этого Юлиан при пересмотре преторского эдикта включил туда статью – nova clausula Juliani или edictum de conjungendis cum emancipato liberis, – в силу которой filius emancipatus должен разделить получаемую им долю пополам со своими детьми.

b) Второй класс – "unde legitimi". Если нет упомянутых в первом классе лиц или если никто из них не испросил себе bonorum possessio в течение законного срока, то bonorum possessio дается legitimi heredes, то есть лицам, призывающимся к наследованию по цивильному порядку – именно sui и agnati (gentiles, как сказано, уже отпали). Следовательно, sui (но уже без эманцированных) призываются во второй раз: быть может, теперь ввиду отпадения emancipati они согласятся вступить в наследство. Если же нет или их вовсе не существует, то bonorum possessio датеся ближайшим по степени агнатам.

с) В третьем классе – "unde cognati" – призываются кровные родственники умершего по порядку степеней вплоть до 6-й степени включительно (из 7-й только sobrino и sobrina nati, то есть дети троюродных братьев и сестер). Вследствие кровного родства sui призываются здесь в третий раз, emancipati во второй раз, in adoptionem dati даже durante adoptione; далее, – все боковые когнаты без всякого ограничения для женщин, причем ближайшая степень устраняет дальнейшую, а родственники одной степени делят наследство in capita. В этом классе наследуют также дети, как законные, так и незаконные после матери и мать после детей.

d) Наконец, четвертый класс – "unde vir aut uxor": если нет никого из родственников предыдущих классов, то к наследованию призывается переживший супруг – муж в случае смерти жены, жена в случае смерти мужа.

Таким образом, преторский эдикт, хотя и дает еще в общем предпочтение агнатскому родству, тем не менее впервые призывает к наследованию и когнатов, как таковых. Кроме того, в отличие от legitima heriditas, преторский эдикт установил successio graduum et ordinum (edictum successorium), то есть последовательное наступление следующих степеней и следующих классов. В этих двух чертах и состоит, главным образом, прогресс преторского наследственного права по сравнению с цивильным.

В период империи дальнейшее усиление когнатического родства заставляет законодательство идти далее по пути, намеченному преторским эдиктом. Целый ряд отдельных законов осуществляет эту тенденцию, усиливая наследственные права тех или других когнатов на счет агнатов. Первый шаг в этом направлении был сделан senatusconsultum Tertullianum (при Адриане), в силу которого женщине, имеющей jus liberorum, было предоставлено цивильное наследственное право после ее детей. Вследствие этого мать призывается теперь не в классе unde cognati, то есть не после всех агнатических родственников, а в классе unde legitime: ее исключают от наследования только собственные дети умершего, его отец и братья; с сестрой покойного мать делить наследство пополам. Принципиальное значение senatusconsultum Tertullianum состоит в том, что им впервые была признана возможность цивильного наследования на основании простой cognatio. – Следующий затем шаг представляет senatusconsultum Orphitianum 178 г. при Марке Аврелии и Коммоде, которым было предоставлено такое же наследственное право в классе legitimi детям после матери. – Закон Валентиниана, Феодосия и Аркадия расширяет права детей на наследование после родственников с материнской стороны. Самому Юстиниану принадлежит несколько указов в том же духе (уничтожение для наследования матери необходимости jus liberorum; уничтожение ограничения женщин Voconiana ratione и некоторые другие). В конце концов, благодаря этим многочисленным, но частичным поправкам принцип агнатического родства был значительно отодвинут, но вся система наследования по закону приобрела чрезвычайно сложный и запутанный вид. Упростить эту систему, построив все наследование исключительно на кровном, когнатическом родстве, и составило задачу юстиниановских новелл – новеллы 118 (543 г.), незначительно дополненной затем новеллой 127 (548 г.).

Основным принципом юстиановской системы является наследование когнатов без различия пола по порядку их близости к умершему и с соблюдением successio graduum et ordinum. Порядок призвания определяется следующим четырьмя классами.

1. Первый класс составляют десценденты, то есть нисходящие умершего – сыновья и дочери, внуки от раньше умерших сыновей и дочерей и т.д. Раздел наследства происходит in stirpes: дети раньше умершего отца получают все вместе ту часть, которую получил бы их родитель.

2. Если нет десцендентов, то призывается второй класс, состоящий из ближайших по степени асцендентов, то есть восходящих родных покойного (отец, мать, дед, бабка и т. д.; если есть отец и дед, то призывается только отец), а также полнородных (то есть происходящих от тех же отца и матери) братьев и сестер его и детей от раньше умерших полнородных братьев и сестер (призвание племянников вместе с дядьями и есть ноововведение новеллы 127-й). Раздел in capita, причем только дети раньше умершего брата получают все вместе часть, следовавшую их отцу, Если наследуют только одни асценденты (без братьев и т. д.), то наследство делится in lineas, то есть одна половина идет исцендентам с отцовской стороны, другая – асцендентам с материнской стороны.

3. Третий класс, призываемый при отсутствии первых двух, составляют неполнородные (то есть происходящие от одного отца, но от разных матерей – consanguinei, или от одной матери, но от разных отцов – uterini) братья и сестры покойного и их дети, причем последние получают также все вместе часть, следовавшую их parens praedefunctus.

4. Если и этих нет, то призываются остальные боковые родственники по порядку близости степеней без всякого ограничения – ad infinitum, лишь бы только можно было доказать родство. Ближайшая степень, конечно, отсраняет дальнейшую; равно близкие делят между собой in capita.

О наследовании пережившего супруга новеллы ничего не говорят; думают, поэтому, что остается в действии правило преторского эдикта, в силу которого переживший супруг призывается к наследованию в последнем классе "unde vir aut uxor". При новой Юстиниановской системе это обозначает, что муж после жены или жена после мужа наследуют только в том случае, если нет никаких, даже самых отдаленных, родственников. Впрочем, вне этого общего порядка, Юстиниан установил особенное право наследования для бедной вдовы – uxor indotata: если вдова ничего своего не имеет (ни dos, ни parapherna), то она конкурирует со всеми наследниками, причем получает часть, равную с ними, однако не более 1/4 наследства или не больше 100 фунтов золотом, если она конкурирует с собственными детьми от брака с покойным, то получает следующую ей часть только в ususfructus.

Мыслимо, наконец, что никого из перечисленных лиц (ни родственников, ни супруга) нет; тогда имущество является выморочным – bonum vacans. В старое время оно делалось бесхозяйным; всякий мог овладеть им и путем usucapio pro herede приобрести его на праве наследника в собственность. Lex Julia et Papia Poppaea устранила эту бесхозяйственность, объявив, что bona vacantia принадлежит фиску (Gai. II. 159). Впоследствии в некоторых случаях право на bona vacantia было предоставлено другим учреждениям – например, церквям на вымороченное имущество состоявших при них лиц и т. п.

Упорядочение системы наследования по закону, отказ от совершенно устаревшего агнатического принципа и построение наследования на началах кровного родства без всяких ограничений для женщин составляют бесспорную и крупную заслугу Юстиниановской реформы. Все эти черты придают ей характер системы современной (иногда даже более современной, чем некоторые из действующих). Но в то же время она не свободна и от некоторых недостатков. Самым крупным из них является призвание к наследованию родственников до безконечности (ad infinitum), в чем Юстиниан сделал даже шаг назад по сравнению с преторским эдиктом, который, как известно, ограничивал призвание когнатов только 6-й степенью. Благодаря такому безграничному призванию, наследство сплошь и рядом попадает в руки лиц, которые, кроме официального родства, ни в каких отношениях к покойному не состояли и для которых смерть наследодателя и открытие наследства являются приятным сюрпризом ("lachende Erben"). В оправдание Юстиниана нужно, однако, сказать, что вопрос об ограничении наследования боковых родственников возник только в недавнее время и что указанный недостаток римской системы разделяется некоторыми даже самыми новейшими кодификациями (например, новым общегерманским гражданским уложением 1896 г.).

**4. Необходимое наследование**

Признание свободы завещательных распоряжений ставит на очередь вопрос о том, может ли эта свобода быть безграничной. Дело в том, что часто после завещателя остаются лица, которые были особенно близки к нему (например, дети, родители), которые, быть может, принимали участие в создании его благосостояния и которые даже при жизни имели право требовать от него известной поддержки (содержания, alimentatio). Полное забвение этих лиц в завещании и предоставление наследства помимо них какому-нибудь лицу совершенно построннему может казаться несправедливостью. Вследствие этого многие законодательства, допуская свободу завещаний, устанавливают в то же время известные ограничения в интересах таких особенно близких к завещателю лиц. Право этих лиц на известное непременное участие в наследовании и носит название необходимого наследования.

В истории римского права такое необходимое наследование известно уже от самых древних времен и проходит через всю историю, выливаясь в два различных типа.

1. Старейшим типом является необходимое наследование формальное. Общая сущность его состоит в том, что, совершая завещание, лицо, у которого есть sui heredes, то есть лица, подчиненные его patria potestas, должно или назначить их наследниками или определенно лишить их наследства – aut instituare aut exheredare.

Правило это является бесспорным отголоском глубокой старины. Мы говорили выше о том, что в древнейшее время члены familia еще при жизни отца считались как бы собственниками общесемейного имущества и потому в случае его смерти не столько получали наследство, сколько приобретали свободу распоряжения имуществом, которое уже раньше принадлежало им. Весьма вероятно, что и в Риме, как у других народов, завещание допускалось сначала (то есть разрешалось народным собранием) лишь при отсутствии собственных детей. Если же дети были, то назначение наследником лица постороннего могло быть оправдано перед comitia calata только такою или иною негодностью их (предосудительных поведением и т.д.). В случае наличности уважительных причин устранение их от наследства являлось лишением принадлежащих им прав, для чего необходимо было получить определенную санкцию народного собрания в виде exheredatio. Назначение постороннего наследника без такой exheredatio, при молчании закона на этот счет (praeteritio), было немыслимо: молчанием нельзя лишить прав.

С течением времени, по мере того как подлинная законодательная роль народных собраний в деле завещаний падала и превращалась в простую формальность, описанное реальное значение exheredatio стиралось. Но она все же сохранилась, как некоторое формальное требование, обращенное к завещателю. Никого реального контроля над exheredatio уже не существует, особенно с того момента, когда появилось testamentum per aes et libram, но все же требуется, чтобы patefamilias, назначая наследником постороннее лицо, предварительно и определенно лишил sui heredes наследства. Сохранению этого формального требования, вероятно, способствовало соображение психологического характера: поставленный перед необходимостью определенно заявить, что он лишает своих детей наследства, завещатель серьезнее отнесется к вопросу и, быть может, еще раз его передумать.

Как institutio heredis, так и exheredatio должна быть выражена в определенной повелительной форме: "Titius, filius meus, exheres esto". Вероятно, и здесь эта форма является остатком старой и повелительной формы, употреблявшейся в народных собраниях. При этом требовалось, далее, чтобы filii familias были исключены все поименно – nominatim, прочие же члены семьи – дочери, внуки – могли быть исключены и общей фразой – inter ceteros ("Ceteri ceteraeque exheredes sunto" – Gai. II. 127-128). Если это выполнено не было, если имела место praeteritio, то завещание недействительно вполне или отчасти. Оно недействительно вполне, если praeteritio касается filii familias: тогда завещание отпадает и открывается наследование ab intestato. Оно недействительно отчасти, если praeteritio касается прочих sui (внуков, дочерей): обойденные "scriptis heredibus in parrem adcrescunt", то есть наследуют рядом с назначенными в завещании, причем, если назначены также sui (например, сын назначен, дочь обойдена), то praeteritus получает pars virilis (ту часть, которая ему следовала бы по закону); если же назначены посторонние, то praeteriti получают половину наследства.

К sui heredes относятся не только те, которые существовали при жизни наследодателя, но и те, которые родятся после совершения завещания и даже после смерти завещателя – postumi. Рождение такого postumus suus уничтожает завещание наследодателя, так как postumus в завещании не упомянут – testamentum rumpitur agnatione postumi. Чтобы обеспечить завещание от таких случайностей, впоследствии была выработана (при участии юриста Аквилия Галла) особая формула для назначения или exheredatio postumi заранее на тот случай, если они появятся (postumi Aquiliani).

Преторский эдикт не только воспринял, но даже расширил формальное необходимое наследование, причем он и здесь понятие sui заменил понятием liberi: эксгередированы должны быть и emacipati. При этом для всех liberi мужского пола нужна exheredatio nominatim, и только для женщин достаточна exheredatio inter ceteros. Если в завещании не исполнено одно из этих условий, то хотя завещание и не считается недействительным, но претор дает bonorum possessio contra tabulas testamenti. Liberi получают свои законные доли, однако, кроме тех, которые были эксгередированы (в этом отношении завещание сохраняет свою силу). Побочные распоряжения в завещании (назначение опки, отдельные выдачи в пользу родителей или детей завещателя) остаются действительными.

Наконец Юстиниан, еще более усилил требования к завещаниям этой стороны: установив, что exheredatio может быть, как и institutio, совершена в любых выражениях, он предписал, однако, чтобы все нисходящие без различия пола были эксгередированы nominatim.

2. Материальное необходимое наследование. Но все эти формальные ограничения не давали реальных гарантий даже тем, в чьих интересах они были установлены: достаточно было соблюсти требование об exheredatio, чтобы можно было лишить наследства без всяких оснований, по чистому капризу. Между тем, когда такие неосновательные exheredationes стали встречаться особенно часто, в общественном сознании зародилась и открепла та мысль, о которой сказано выше, – мысль о праве близких лиц на действительное участие в наследовании, о необходимом наследовании материальном.

Первое осуществление свое нашла эта мысль в практике центумвирального суда, ведение которого подлежали дела о наследствах. Разбирая эти дела, суд, быть может, под влиянием греческой практики, стал признавать, что завещание, в котором, хотя и исполнено требование об exharedatio, но без основательных причин близким наследникам ничего не оставлено (не исполнено естественное officium pietatis), – такое завещание, очевидно, совершено не совсем в здравом уме ("quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent"841 – fr. 2. D. 5. 2) и потому должно быть лишено силы. Вследствие этого обойденные в завещании наследники могли предъявлять обычный иск о наследстве – hereditatis petitio, а возражение лиц, назначенных в завещании, о праве их ex testamento признавалось судом несущественным.

Но это средство было не всегда возможно: hereditatis petitio могли предъявлять только те из близких лиц, которые являлись цивильными наследниками; она была недоступна, например, для детей эманципированных. В виду этого рядом с центумвиральным порядком в период империи возник другой: лица обойденные могли жаловаться магистратам extra ordinem, причем жалоба эта носила название querela inofficiosi testamenti. Когда впоследствии центумвиральный суд исчез и весь процесс приобрел характер extraordinaria cognitio, querela inofficiosi testamenti сделалась единственным средством для осуществления материального необходимого наследования, но она сама впитала в себя многие правила, выработавшиеся ранее в центумвиральном суде.

Так установилось в римском праве материальное необходимое наследование, причем ближайшие нормы его были долгое время недостаточно ясными и определенными: многое решалось свободным усмотрением судов. Лишь постепенно это наследование приобрело более определенные юридические очертания.

Теми близкими лицами, которые могли претендовать на непременное получение из наследства, были признаны десценденты и асценденты завещателя, а также его братья и сестры, однако, последние лишь при том условии, если в завещании им была предпочтена persona tupis. Право на querela inofficiosi tastamenti принадлежит, впрочем, не всем этим лицам, а только тем из них, которые были бы in concreto наследниками по закону: следовательно, например, если есть десценденты и асценденты одновременно, право на необходимое наследование имеют только первые.

Что должно быть оставлено в завещании этим необходимым наследникам для того, чтобы нельзя было сделать упрека в невыполнении officium pietatis, – этот вопрос также первоначально зависел от свободной оценки суда. Но затем, по аналогии с lex Falcidia (см. ниже, в учении об отказах), установилось требование, чтобы каждому из необходимых наследников была составлена по крайней мере 1/4 его законной доли: Например, при двух сыновьях каждому должна быть оставлена 1/8 всего наследства. Но эта непременная доля (portio debita) могла быть оставлена в любом виде – в виде назначения наследником на нее, в виде отказа и т.д.

Если это требование не выполнено, если необходимому наследнику ничего не оставлено или оставлено менее, он может требовать уничтожения завещания по отношению к нему, то есть выдачи ему его полной законной доли (в нашем примере каждый может требовать уже не portio debita в виде 1/8, а portio ab intestato – то есть 1/2 наследства). Но право на предъявление querela имеет особый характер: оно погашается смертью необходимого наследника, а также коротким сроком – сначала 2 года, потом 5 лет.

Права необходимые наследников и требование, чтобы им была оставлена по крайней мере portio debita, могли быть обойдены наследодателем при жизни – путем дарения посторонним лицам, путем установления для кого-нибудь приданого и т. п. В виду этого по аналогии с querela inofficiosi testamenti стали давать затем querela inofficiosae donationis, inofficiosae dotis844.

Юстиниан внес и сюда несколько изменений. Так, он прежде всего в своей новелле 18 повысил размеры portio debita до 1/2 законной доли, если эта последняя составляет менее 1/4 всего наследства, и до 1/3, если – более. Далее, он постановил, что querela inofficiosi testamenti должна иметь место только тогда, если необходимым наследникам вовсе ничего не оставлено; напротив, если им оставлено, но только менее portio debita, то они могут требовать не полного уничтожения завещания, а только дополнения их непременной доли – actio ad supplendam legitimam или actio suppletoria.

3. Реформа Юстиниана – Novella 115. Как видим, оба типа необходимого наследования – формальный и материальный – в позднейшем праве действовали рядом, но отдельно друг от друга, что не могло не создавать затруднений на практике. Ввиду этого Юстиниан указом 542 г. – новелла 115 – сделал попытку слить оба вида необходимого наследования воедино. С этой целью он предписал, что десценденты и асценденты завещателя имеют не только право на получение в каком угодно виде portio debita, но, кроме того, они должны быть назначены наследниками; завещатель должен оказать им honor institutionis, – по крайней мере, в размерах их portio debita. Нужно сказать, что этот honor institutionis имеет более, чем просто почетное значение: в случае отпадения других назначенных в завещении лиц эти необходимые наследники, как heredes instituti, будут иметь так называемое jus accrescendi (см. ниже).

Кроме того, exheredatio и лишение portio debita могут быть сделаны теперь завещателем только при наличности уважительных причин, которые законодатель и перечисляет. Таких причин для десцендентов – 14 (различные преступления или проступки против завещателя, предосудительный образ жизни и т. д.), а для асцендентов – 8 (в общем, – то же самое).

О братьях и сестрах новелла 115 не упоминает, и потому относительно их остается в действии старое право: если им не оставлено portio debita и вместо них наследником назначена persona turpis, они имеют querela inofficiosi testamenti.

Несмотря на то, что формальное необходимое наследование протянулось через всю историю римского права и влилось в новеллу 115, оно, как чисто формальное ограничение завещателя, не привилось в праве новейших народов. Напротив, идея материального необходимого наследования, дающего известные реальные гарантии близким лицам и тем сглаживающего острые углы завещательной свободы, – эта идея была воспринята и нашла себе место в современных законодательствах, хотя и с некоторыми модификациями.

5. ПРИОБРЕТЕНИЕ НАСЛЕДСТВА

В момент смерти наследодателя наследование только открывается для наследников, только предлагается им – defertur, вследствие чего этот момент представляет лишь первую стадию в процессе наследственного перехода и носит название delatio hereditatis. Но далеко не всегда с этим моментом связан уже и действительной переход наследства к наследникам: наследство должно еще быть приобретено наследником, вследствие чего приобретение наследства – acquisitio hereditatis – составляет вторую стадию наследственного перехода, всегда логически, а очень часто и практически, отличную, от первой – delatio hereditatis.

В этом отношении римское право от самого начала различало два вида наследников.

а) Первую категорию составляли domestici heredes, то есть те, которые входили в состав familia покойного, его дома. Сюда относятся, прежде всего, sui heredes, то есть дети, состоявшие под властью paterfamilias и с его смертью делающиеся persone sui juris. Они приобретают наследство ipso jure – тотчас же в момент delatio, без всякого акта с их стороны; наследство само переходит к ним, даже без их ведома: сын покойного, находящийся где-нибудь во время путешествия вдали от дома, в самый момент смерти своего paterfamilias, еще ничего не зная о ней, делается ipso jure наследником. В этом сказывается снова отмеченное выше представление о sui heredes, как о лицах, бывших еще при жзни paterfamilias собственниками семейного имущества. Но более того, sui heredes делаются наследниками даже против своей воли: отказаться от наследства по цивильному праву они не могут, как не могут перестать быть детьми покойного, членами его семьи, участниками семейного сакрального союза. Вследствие этого они не только sui, но sui et necessarii heredes.

Кроме sui, в таком же положении находится и раб завещателя, который в завещании отпускается на волю и назначается наследником: он также есть heres domesticus, ибо принадлежал к дому покойного; он также есть heres necessarius, так как делается наследником ipso jure без возможности отказа от наследства: такой отказ обозначал бы и отказ от свободы, что недопустимо.

Domestici heredes делаются, таким образом, наследниками помимо своей воли. Но с наследством связана и ответственность по долгам, причем эта ответственность может быть иногда чрезвычайно невыгодной, если долги превышают имущество, если наследство есть hereditas damnosa. По старому цивильному праву никакого средства для того, чтобы избавиться от такого наследства, не существовало, но претор ввел здесь следующие льготы. Для лиц, которые относились к категории sui et necessarii heredes, он дал так называемое beneficium abstinendi – то есть право воздрежаться от наследства посредством невмешательства в его дела (non immiscere). Jure civili они продолжали считаться за heredes (ибо претор jus tollere non potest), но претор отказывал в исках против них и предлагал bonorum possessio следующим за ними лицам, а если никто не желал получать эту bonorum possessio, то открывал конкурс в пользу кредиторов. Для раба, назначенного cum libertate, beneficium abstinendi не существовало, но взамен претор давал ему beneficium separandi, то есть право отделить собственное имущество от наследства, предоставив последнее кредиторам.

b) Все остальные наследники, не принадлежащие familia умершего, были extranei heredes. Для приобретения наследства ими необходим акт их воли, необходимо принятие наследства – aditio hereditatis, вследствие чего они суть heredes voluntarii. В древнейшее время такое вступление в наследство должно было совершаться в форме особого торжественного акта, называемого cretio. Наследник в присутствии свидетелей и, вероятно, в самом доме наследодателя заявлял о принятии наследства известными торжественными словами, например: "quod me Maevius heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque" (Ulp. reg. 22. 28). Впоследствии cretio осталась необходимостью только в том случае, если завещатель прямо предписал ее в своем завещании (institutio cum cretione), что обыкновенно бывает связано с субституцией (например, "Titius heres esto cernitoque in diebus proximis centum, quibus scies poterisque. Quodni ita creveris, exheres esto. Tunc Maevius heres esto". – Ulp. reg. 22. 32). Во всех же остальных случаях достаточно простого фактического вступления в дела наследства – pro herede gestio, или же бесформального волеизъявления о принятии. Срока для принятия наследства по jus civile не существовало. Сколько бы наследник ни молчал, наследство не переходило далее, а оставалось в неопределенном положении. Только завещатель при назначении наследника cum cretione мог предписать совершить эту cretio в известный срок (обыкновенно 100 дней), по истечении которого наследником делался heres substitutus. Но неопределенность положения могла быть вредна для наследственных кредиторов. В таком случае они могли посредством interrogatio in jure потребовать от наследника ответа "an heres sit", то есть принимает ли он наследство или нет. Если наследник еще колеблется, он может испросить себе время на размышление, spatium deliberandi, по истечении которого он должен или adire hereditatem, или repudiare. Если он не даст ни того ни другого ответа, то первоначально его молчание считалось за отказ от наследства, а в праве Юстиниана за принятие. Во всяком случае aditio hereditatis есть акт воли, связанный притом с ответственностью за долги; вследствие этого для прниятия наследства подвластным необходим jussus patris, а для принятия наследства несовершеннолетним необходима auctoritas tutoris. Как мы уже упоминали, lex Julia et Papia Poppaea объявил некоторых лиц (coelibes и orbi) неспособными принимать наследство – incapaces. Эту incapacitas, однако, надо отличать от отсутствия testamentifactio passiva: назначение наследником лица, не имеющего teatamentifactio passiva, делает все завещание ничтожным; напротив, incapax может быть назначен в завещании, но не может приобрести на основании этого завещания: часть, назначенная ему, делается caducum и переходит к другим лицам. Положения об incapacitas были отменены, впрочем, впоследствии и в праве Юстиниана не существуют.

Приобретение bonorum possessio обставлено совершенно иначе. Ipso jure оно не наступает никогда; для bonorum possessio нет различия между domestici и extranei heredes: всякий преторский наследник должен испросить себе bonorum possessio у претора – agnatio bonorum possessionis; следовательно необходим со стороны наследника акт его воли, а потому в соответствующих случаях jussus patris и auctpritas tutoris. Испрошение bonorum possessio, далее, связано всегда с известными сроками: для десцендентов и асцендентов наследователя – 1 год (annus utilis), а для прочих наследников – 100 дней. Если наследник пропустит этот срок, не испросив bonorum possessio, она переходит к следующему в порядке successio graduum et ordinum.

Из сказанного о приобретении наследства ясно, что сплошь и рядом между моментом смерти наследодателя (delatio hereditatis) и приобретением наследства наследником (acquisitio hereditatis) может пройти некоторое, быть может даже довольно значительное время. Наследство в это промежуточное время "лежит" – hereditas jacens. С точки зрения древнего правосознания, оно не имеет хозяина, и потому, как мы уже говорили, завладение наследственными вещами не есть furtum. Всякий может овладеть наследством и по истечении года приобретет его в собственность – usucapio pro herede. С этой usucapio в старом праве связывалось даже приобретение самого качества наследника, то есть на него же возлагалась обязанность выполнения семейных sacra и уплата наследственных долгов. Позже, однако, характер usucapio pro herede существенно изменился: объектом ее стали считать не всю hereditas, как совокупность, а только отдельные наследственные вещи; лицо, завладевшее ими, не делалось теперь наследником, а только приобретало их в отдельности в собственность, хотя по-прежнему было для этого достаточно всегда одного года (хотя бы вещь была недвижимой) без bona fides и justus titulus. Такие облегченные условия для древнего времени оправдывались, быть может, тем, что возможность usucapio pro herede служила побудительным средством для наследника скорее принять наследство; но со введением bonorum possessio и этот смысл для usucapio отпал. Она кажется уже improba et lucrativa, и одно сенатское постановление времени Адриана уничтожило ее силу: по требованию наследника вещи должны быть возвращены (Gai. II. 52-58). Сверх того Марк Аврелий признал всякое расхищение наследства особым преступлением – crimen expilatae hereditatis, вследствие чего последние остатки прежней бесхозяйности hereditas jacens исчезли.

Тем не менее, положение наследства в это промежуточное время страдает юридическою неопределенностью. Оно сохраняет свое единство; может не только уменьшаться, но даже и увеличиваться, например, благодаря сделкам рабов. Вследствие этого перед классическими юристами возникал вопрос о юридической конструкции этого явления: но он вызывал между ними только разногласия. В то время как одни из них усматривали в hereditas jacens как бы некоторое предварение личности будущего наследника (Pomponius в fr. 24. D. 46. 2: "transit ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet"), другие видели в ней продолжение личности прежнего хозяина (Ulpianus в fr. 34. D. 41. 1: "hereditas enim non heredis personam sed defuncti sustinet"); третьи даже приравнивали hereditas jacens к municipia – то есть к юридическим лицам (Florentinus в fr. 22. D. 46. 1: quia hereditas personae vice fungitur, sicut municipium et decuria et societas"). Нужно сказать, впрочем, что разногласие это тянется и до настоящего времени. Во всяком случае, после принятия наследства наследником наступает retrotractio: все рассматривается так, как если бы он вступил в наследство в самый момент смерти наследодателя (тот же Флорентин в fr. 54. D. 29. 2: "heres quandoque adeundo hereditatem jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur").

За исключением случаев наследования domestici heredes, когда приобретение наследства совпадает с его открытием, во всех остальных случаях delatio hereditatis дает призываемому наследнику только одно право – принять наследство или отказаться от него. Это право в принципе есть право строго личное. Если лицо, призываемое к наследованию, умрет до принятия наследства, то право на принятие не переходит к его наследникам; наследство предлагается теперь дальнейшим наследникам первого наследодателя. Если, например, наследник, назначенный в завещании, умер, не приняв наследства, наследство пойдет не к его наследникам, а к законным наследникам завещателя.

Из этого правила существуют, однако, некоторые исключения. Прежде всего, по цивильному праву наследник ab intestato еще до принятия наследства мог уступить свое право на открывшееся наследство посредством in jure cessio hereditatis – то есть в мнимом споре о hereditas. В таком случае тот, кому он уступил свое право, делался наследником вместо него. От этого случая надо отличать уступку или продажу (тоже посредством in jure cessio) наследства уже принятого. Такую cessio hereditatis может совершить всякий наследник, как ab intestato, так и testamentarius; но он все-таки остается heres и отвечает по наследственным долгам, если приобретший наследство не взял их на себя специальными актами. С исчезновением in jure cessio вообще исчезла и in jure cessio hereditatis в обоих видах. Правда, еще в праве Юстиниана возможна продажа всего наследства, но эта продажа нуждается для своего осуществления в отдельных актах относительно каждого наследственного объекта: каждая отдельная вещь должна быть передана, каждое требование цедировано, каждый долг взят на себя приобретателем. Для обеспечения взаимных притязаний стороны имели обыкновение в таких случаях заключать особые stipulationes emptae et venditae hereditatis.

С другой стороны, в позднейшем праве появились случаи, когда право на принятие наследства переходит к наследникам – так называемая transmissio delationis. Прежде всего, претор установил, что если призываемый наследник без всякой вины со своей стороны не успел принять наследства и умер, то по расследовании дела (causa congnita) право на принятие наследства может быть предоставлено и его наследникам в порядке restitutio in integrum (transmissio ex capite in integrum restitutionis). Юстиниан это правило обобщил: если призванный к наследованию вообще умер раньше года с того времени, как он узнал об открывшемся в его пользу наследстве, или до истечения испрошенного им spatium deliberandi, то наследники его могут воспользоваться остающимся временем и вступить за него в наследственные права (так называемая transmissio Justinianea).

Наконец, необходимо отметить еще следующее явление, которое может произойти до принятия наследства. Если к наследованию ab intestato или ex testamento призываются одновременно несколько лиц (например, наследниками назначены А, В и С), то в случае отпадения одного из них (смерть, отказ) его часть прирастает к частям других (умер А; его часть не пойдет ни к его наследникам, – если разумеется, не было transmissio, – ни к законным наследникам завещателя, так как nemo proparte testatus pro parte intestatus decedere potest, а пропорционально разделится между оставшимися В и С). Это прирастание носит техническое название jus accrescendi, хотя правильнее было бы говорить о jus non decrescendi: все наследники, с точки зрения римского права, призываются к наследованию in universum jus defuncti, деление же наследства между ними на части является только результатом их конкуренции (fr. 80. D. 32: "totam hereditatem… singulis datam esse, partes autem concursu fieri").

**6. Положение наследника после принятия**

Вследствие принятия наследства прекращается переходное состояние, как наследства, так и наследника. Принявший наследство делается heres, а если он преторский наследник, то heredis loco. Наследник как бы продолжает личность наследодателя: к нему переходят семейные sacra, а вместе с тем переходят и все права покойного, за исключением немногих строго личных (так называемые jura personalissima – например, право предъявлять actio injuriarum и т.д.). Наследство во всех своих составных частях сливается с собственным имуществом наследника в одну безраздельную массу; наследник делается собственником наследственных вещей, кредитором наследственных требований и должником по наследственным долгам. Если между ним и наследодателем существовали раньше какие-либо обязательства, то они погашаются теперь посредством слияния (confusio).

Но это слияние наследства в одну безразличную массу в собственным имуществом наследника могло оказаться невыгодным для разных лиц.

Прежде всего, оно могло оказаться невыгодным для кредиторов покойного наследодателя: при жизни последнего они могли получить полное удовлетворение из его имущества; теперь, вследствие его смерти, наследство попадает в руки наследника, быть может, обремененного чрезмерно долгами, вследствие чего кредиторы покойного, смешавшись с многочисленными кредиторами наследника, рискуют по своим требованиям получить лишь незначительный процент. Ввиду этого претор предоставил кредиторам наследства особую льготу – так называемый beneficium separationis. Они могут испросить у претора отделения наследственной массы от личного имущества наследника и обращения ее на преимущественное удовлетворение только их требований. Если после их полного удовлетворения еще что-либо останется, то остаток поступит в имущество наследника и таким образом пойдет на удовлетворение его личных кредиторов: но, с другой стороны, если наследства не хватало, то наследственные кредиторы не могли уже участвовать в конкурсе над наследником.

Подобное же невыгодное положение могло возникнуть и для кредиторов наследника, если он примет обремененное долгами наследство. Однако для них претор beneficium separationis не дает – на том основании, что вообще должнику не запрещается делать новые долги, чем, конечно, всегда положение прежних кредиторов ухудшается (fr. 1 pr. 1 и 2 D. 42. 6).

Слияние масс могло, наконец, оказаться невыгодным и для самого наследника, когда, вопреки всем его расчетам, в наследстве оказалось гораздо больше долгов, чем имущества, и ему придется теперь отвечать за наследственные долги из своего собственного кармана. Принципиально римское право до конца сохранило начало безусловной ответственности наследника, хотя постепенно значительно его ослабило. Уже претор стал давать restitutio in integrum лицам, не достигшим 25 лет (minores); император Адриан предоставил возможность испрашивать такую restitutio и лицам старше 25-летнего возраста. Но эта restitutio in integrum представляла экстраординарное средство, даваемое только в особых случаях causa cognita и приводившее к полному уничтожению самого принятия наследства. В виде особой привилегии для солдат императором Гордианом было установлено, что они всегда отвечают только в пределах полученного наследства. Наконец, после этих частичных опытом императора Юстинианом в указе 531 года (с. 22. С. 6. 30) была введена общая льгота – так называемый beneficium inventarii. Если наследник в течение 30 дней со времени delatio начнет составление описи (inventarium) наследства при участии свидетелей и нотариуса и в течение следующих 60 дней доведет ее до конца, то он отвечает за наследственные долги только в размерах описанного наследства – intra vires hereditatis.

Для защиты своих наследственных прав наследник имеет различные средства. Во главе этих средств стоит общий иск о наследстве, иск, которым отыскивается все наследство, как universum jus defuncti – hereditatis petitio. В старину она осуществлялась посредством legis actio, и, как было уже упомянуто, в таком виде процесс о наследстве сохранялся еще долго перед судом центумвиров – даже после того, как вообще legis actiones были заменены производством формулярным. Позже hereditatis petitio стала осуществляться посредством formula petitoria ("Si paret hereditatem L. Titii ex jure Quiritium Ai Ai esse"). Иск этот идет против всякого, кто или оспаривает наследственное право истца, выдавая себя за наследника (qui pro herede possidet), или же просто удерживает у себя наследственные вещи, не указывая в свое оправдание никакого титула (qui pro possessore possidet). Ответственность по этому иску была точнее определена в senatusconsultum Juventianum 129 г. по Р. Х. На основании этого senatusconsultum bonae fidei possessor (то есть ответчик, добросовестно веривший в свое право) обязан выдать только то, что у него еще из наследства осталось; напротив, malae fidei possessor обязан возвратить наследство таким, каким оно к нему поступило, а также все плоды и доходы от него за время владения.

Преторский наследник, то есть bonorum possessor, имел interdictum quorum bonorum, который в некоторых отношениях подлежал тем же правилам, что и hereditatis petitio. Но так как этот интердикт имел своею целью только получение владения наследственными вещами и не имел места относительно наследственных требований, то в позднейшем праве bonorum possessor'у стали давать иск, вполне аналогичный hereditatis petitio – так называемую hereditatis petitio possessoria. С переходом к процессу экстраординарному различие между обоими видами hereditatis petitio окончательно стерлось, а interdictum quorum bonorum стал средством для скорейшего получения провизорного владения наследством.

Против лиц, которые не оспаривают наследственного права наследника, а только по другим основаниям не желают возвращать наследственных вещей или платить по наследственным требованиям, наследник имеет сингулярные иски – те самые, которые имел бы и сам наследодатель, то есть rei vindicatio, actio empti и т. д. Если бы наследник вместо hereditatis petitio против того, кто оспаривает самое наследственное право, пожелал бы действовать сингулярными исками, чем, конечно, осложнил бы положение ответчика, то последний может отклонить эти иски посредством exceptio ne praejudicium hereditati fiat.

Если наследник не один, а несколько, тогда между ними сначала возникает общность на наследственное имущество – communio incidens: все являются condomini871 в размере своих наследственных долей. Что касается наследственных требований и долгов, то они – если, разумеется, их содержанием является что-либо делимое (например денежная сумма) – уже в силу правила законов XII таблиц ipso jure распадаются на соответственные доли: "nomina sunt ipso jure divisa". Напротив, требования и долги неделимые создают солидарные права и солидарную ответственность всех наследников вместе. Но каждый наследник в любой момент может потребовать раздела наследства посредством actio familiae erciscundae.

При наследовании нескольких coheredes в некоторых случаях имеет место так называемая collatio bonorum, то есть обязанность присчитать (conferre) к подлежащей разделу наследственной массе некоторые виды своего собственного имущества. Древнейший случай такой collatio мы уже видели при наследовании filius emancipatus рядом с его братьями, остававшимися под власть наследодателя. Другой случай есть collatio dotis: дочь, получившая при выходе замуж приданое, если желает затем участвовать в наследстве после своего отца рядом с другими детьми его, должна внести в раздел свою dos. Законодательство императорского времени (в особенности закон императора Льва 472 года) обобщило идею collatio, установив, что вообще при наследовании после восходящих наследующие должны внести в наследственную массу то, что каждый из них получил от наследодателя в виде dos, donatio propter nuptias или для самостоятельного устройства (например, для занятия какой-нибудь должности); это так называемая collatio десцендентов.

Lex Julia et Papia Poppaea, рядом с известными положениями об incapacitas и caducum, установила также, что в некоторых случаях наследство, уже принятое наследником, может быть отнято у него, как у недостойного – indignus. Отнимаемое таким образом наследство – ereptorium – передается или другим наследникам или в казну, причем казна функционирует heredis loco, выполняет все назначенные в завещании отказы, уплачивает наследственные долги и т. д. Случаи такой indignitas наследника довольно многочисленные – тем более, что в позднейших императорских указах число их было значительно увеличено. Важнейшими из них являются преступления против наследодателя: умерщвление его, уничтожение составленного им завещания, умышленное воспрепятствование составить завещание, неосновательное предъявление querela inofficiosi testamenti и т.д.

**7. Legata и fideicommissa**

Кроме назначения наследника, наследователь может сделать и другие распоряжения на случай смерти. Важнейшее место между ними занимают распоряжения о выдаче наследником известных сумм или известных вещей тем или другим определенным лицам – отказы. Отказ не делает это третье лицо наследником в настоящем смысле: оно является не универсальным, а только сингулярным преемником наследодателя и не отвечает вследствие этого за его долги. Зато с другой стороны, отказ действителен только тогда, если наследственные долги покрыты. Вследствие этого отказ является только некоторым ослаблением наследства – "delibatio hereditatis" (fr. 116 pr. D. 30).

Первой исторической формой отказов, известной еще старому jus civile и возникнувшей, вероятно, одновременно с возникновением testamentum, был legata; они санкционированы уже в известном положении законов XII таблиц: "uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto". Но в старом цивильном праве легаты неотделимы от завещания: они могли быть установлены только в тестаменте и возложены только на назначенного в нем наследника. Оставить такое завещание, в котором устанавливались бы только легаты, возлагаемые на наследника ab intestato, было нельзя; если завещатель хотел этого, то он должен был непременно превратить наследника ab intestato в heres testamentarius, то есть назначить его же наследником в тестаменте.

По своей форме и по своему действию легаты цивильного права распадались на четыре вида (Gai. II. 192 и сл.): а) Legatum per vindicationem. Этот легат устанавливался обыкновенно посредством слов: "do lego" – например: "Lucio Titio hominem Stichum do lego". В такой форме могла быть отказана известная вещь или сервитут (например, "L. Titio usumfructum do lego"): лицо, которому отказано – legatarius, получало в момент принятия наследства наследником сразу право собственности на отказанную вещь или право на сервитут и могло в случае невыдачи предъявить прямо rei vindicatio (или actio confessoria), отчего и самый легат получил свое наименование; b) Legatum per damnationem, при установлении которого употреблялась формула: "Heres meus L. Titio centum dare damnas esto". Вследствие этого "damnas esto" на наследника возлагалось обязательство исполнить то, что отказано, – обязательство, осуществлявшееся в древнейшее время в форме manus injectio, а впоследствии посредством actio ex testamento (однако, с примeнением правила "lis infitiando crescit in duplum"); c) Legatum sinendi modo – например: "Heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibique habere"; наследник обязывался только позволить (не мешать) легатарию взять отказанную вещь; вероятно, это лишь некоторая модификация damnationem; d) Legatum per praeceptionem: "L. Titius hominem Stichum praeceptio". Точный смысл этого легата был спорен уже в среде римских классических юристов: сабиньянцы думали, что legatum per praeceptionem возможно только в пользу одного из сонаследников – одному из них отдается какая-либо вещь не в счет его наследственной доли; прокульянцы, напротив, полагали, что этот легат возможен и в пользу третьих лиц, причем эти лица имеют те же права, что при legatum per vindicationem. Для более раннего времени во всяком случае вернее мнение сабиньянцев, а по своему характеру legatum per praeceptionem представляет, очевидно, лишь разновидность legatum per vindicationem.

Как видно уже из этого обозрения, легаты подчинялись такому же формализму, как и завещание вообще. Малейшая ошибка в выборе надлежащей формы легата (например, отказана per vindicationem вещь, не принадлежащая завещателю, которую – по мысли завещателя – наследник должен еще купить) вела к полной его ничтожности. В императорское время, однако, этот формализм ослабляется, а затем и вовсе исчезает. Senatusconsultum Neronianum (из времени Нерона) установило, что в случае ошибки в форме легат должен иметь силу legatum per damnationem, то есть давать легатарию только обязательственное требование против наследника. Наконец, после того как была отменена необходимость известных стереотипных выражений для institutio heredis, она была отменена и для легатов законом императора Констанция (339 год – с. 21. С. 6. 37).

Рядом с легатами в императорское время получила юридическую силу другая форма отказов – fideicommissa. Зародышем этой формы явились разнообразные неформальные, словесные или письменные, просьбы со стороны умирающего к наследнику исполнить что-либо или выдать что-либо тому или другому лицу. Все такие просьбы с юридической точки зрения были для наследника сначала не обязательны; исполнение их вверялось только его fides (отсюда fides-comissum). Но со времен Августа императоры поручают магистратам – сначала консулам, а впоследствии особым praetores fideicommissarii – заботиться о том, чтобы такие fideicommissa были исполняемы. Вследствие этого для лица, которому что-либо было таким образом отказано – для fideicommissarius – возникало право не на обыкновенный гражданский иск, actio, а на жалобу в экстраординарном порядке – fideicommissi persecutio. Но мало-помалу эта persecutio все более и более приближалась к обыкновенному гражданскому иску и с установлением экстраординарного процесса вообще почти перестала отличаться от actio ex testamento.

В отличие от легатов, фидеикоммисс мог быть возложен не только на наследника по завещанию, но и на наследника по закону (это и есть главный случай фидеикоммисса); он мог быть далее установлен и ранее и позже завещания в виде дополнения к нему; установленный ранее, он мог быть затем утвержден в последующем завещании (testamento confirmatum). Какой-либо формы для фидеикоммиссов первоначально совершенно не требовалось: они могли быть установлены даже простым кивком головы (nutu). Обыкновенно же фидеикоммиссы оставлялись в виде письма на имя наследника – codicillus. Ввиду строгой формальности завещаний, при которой завещание легко могло оказаться вовсе недействительным, было также в обычае к завещанию прибавлять так называемую clausula codicillaris, то есть просьбу на случай недействительности документа как testamentum, рассматривать его как кодицилл, обращенный к наследнику по закону.

Различие между легатами и фидеикоммиссами в течение послеклассического времени постепенно сглаживалось. С одной стороны, упомянутый закон Констанция облегчил формальности для легатов, а с другой стороны, фидеикоммиссы были подвергнуты важнейшим материальным ограничениям, которые существовали для этих последних. Этот процесс слияния обеих исторических форм был закончен Юстинианом. Указом 529 г. (с. 1 с. 6. 43) Юстиниан установил, что как всякий легат, так и всякий фидеикоммисс рождает для лица, в пользу которого они установлены, обязательственное требование против наследника, снабженное законной ипотекой на наследственное имущество. Сверх того, если объектом отказа является вещь, находящаяся в составе наследственной массы, то легатарий или фидеикоммиссарий имеет на нее и rei vindicatio. Указ 531 года (с. 2. С. 6.43) подтвердил окончательно безразличие легатов и фидеикоммиссов.

Но, уравниваясь с легатами в силе, фидеикоммиссы подвергаются известным ограничениям в форме. В особенности, когда кодицилл стал часто заменять самое завещание, в позднейшем императорском законодательстве обнаруживается тенденция подчинить его таким же формам, каким подчинено и testamentum, в частности, требовать такое же количество свидетелей. Юстиниан, однако, установил для кодициллов облегчение: в то время как для завещания необходимо семь свидетелей, кодицилл может быть совершен письменно или устно при участии пяти свидетелей. Таким образом, в Юстиниановом праве кодициллом называется всякое распоряжение последней воли, совершенное при участии пяти свидетелей и отличающееся от testamentum только тем, что не содержит в себе institutio heredis. Фидеикоммисс, лишенный этой формы, действителен только тогда, если фидеикоммиссарий, предъявляя иск, присягнет, что он имеет основание требовать, и если наследник не ответит встречной присягой, что он никакого поручения от покойного не получал (так называемый fideicommissum orale – c. 32. C. 6. 42).

По существу первоначально наследодатель имел полную свободу относительно отказов: он мог назначить их в таком количестве, что все наследство могло быть исчерпано ими и наследнику могло остаться только "inane nomen heredis". Но в таком случае наследнику не было никакой выгоды принимать наследство со всеми его хлопотами; естественно, что он часто предпочитал вовсе от него отказаться. Однако, вследствие его отказа отпадали и все легаты (так как самое завещание отпадало). Для того, чтобы содействовать сохранению силы за завещаниями и для противодействия расточительству в период республики издается ряд законов, направленных на ограничение размеров легатов. Первым законом этого рода был lex Furia testamentaria, закон неизвестного времени, который запрещал принимать по отказам более 1000 ассов: получение большей суммы каралось обязанностью вернуть вчетверо. Но этот закон не достигал своей цели: можно было исчерпать наследство и отказами ниже 1000 ассов. Некоторое время спустя, другой закон, уже упоминавшийся выше – lex Voconia 169 года до Р. Х. – установил, что никому не может быть отказано больше той суммы, которая остается наследнику. Но и этот закон был недостаточен по той же причине. Наконец lex Falcidia – закон 40 года до Р. Х. – предписал, что наследнику, назначенному в завещании, должна всегда оставаться свободной по крайней мере 1/4 наследства; эта четвертая часть и называется поэтому quarta Falcidia. Ее не нужно смешивать с portio debita при наобходимом наследовании: portio debita гарантирует известную долю наследства(в классическом праве даже четвертую часть) необходимому наследнику от завещания, quarta Falcidia гарантирует наследника по завещанию (даже совершенно постороннего) от отказов. Впоследствии это ограничение было распространено и на фидеикоммиссы: senatusconsultum Pegasianum перенесло quarta Falcidia на наследников по завещанию, а указ императора Антонина Пия – на наследников ab intestato (Gai. II. 224-227, 254; fr. 18. pr. D. 35. 2).

Предметом отказов обыкновенно бывают отдельные имущественные объекты – вещи или требования, но возможен отказ и определенной количественной доли наследства: например, трети, четверти его.

Старейший вид такого отказа представляет так называемый legatus partitionis (например: "Heres meus cum Titio hereditatem partitor" – Ulp. reg. 24. 25). Лицо, в пользу которого оставляется такой отказ, legatarius partiarius, не делалось сонаследником и универсальным преемником, – оно получало только обязательственное право требовать от наследника выдачи ему назначенной части наследства (actio ex testamento). За наследственные долги отвечал только наследник; поэтому он, выдавая отказанную часть наследства легатарию, удерживает пропорциональную долю ее для покрытия наследственных долгов. Выполнение отказа совершается посредством отдельных актов на каждый отдельный имущественный объект: посредством traditio вещей, cessio требований и т. д. В заключение этих отдельных актов наследник и легатарий дают друг другу stipulationes et pro parte: наследник обещает на тот случай, если окажется потом еще какое-нибудь наследственное имущество, выдать соответствующую часть (stipulatio partis), а легатарий, в свою очередь, обещает наследнику принять на себя в соответственной доле уплату наследственных долгов (stipulatio pro parte).

С появлением фидеикоммиссов в их форме стало возможным отказать не только часть наследства, но и все наследство. В последнем случае мы имеем fideicommissum hereditatis или универсальный фидеикоммисс. Обычной формой его было: "L. Titius heres esto. Rogo te, L. Titi, petoque a te, ut cum primum possis hereditatem meam adire, Seio eam reddas restituas" (Gai II 250). Цели, ввиду которых завещатель прибегал к такому универсальному фидеикоммиссу, могли быть различны: оставляя, например, после себя в качестве законного наследника какое-нибудь лицо с неустановившимся характером, завещатель предпочитал назначить наследником своего друга – с тем, чтобы он затем при известных условиях выдал наследство первому.

Первоначально универсальный фидеикоммисс так же, как и legatum partitionis, давал фидеикоммиссарию только обязательственное право требовать от наследника (фидуциария) выдачи наследства. Фидуциарий оставался наследником и, следовательно, отвечал по наследственным долгам. Выдача наследства совершалась посредством venditio hereditatis. Фидуциарий продавал наследство фидеикоммиссарию nummo uno, то есть за фиктивную цену, и затем передавал каждую вещь и каждое требование из наследства особым соответствующим актом. Взамен этого фидеикоммиссарий обязан был дать фидуциарию stipulatio, что он удовлетворит всех наследственных кредиторов (stipulatio emptae et venditae hereditatis).

Эта сложная процедура была упрощена сенатским постановлением в царствование Нерона, вероятно, в 56 г., – senatusconsultum Trebellianum. Это сенатское постановление узаконило возможность restitutio hereditatis простым заявлением фидуциария; после такого заявления он сохраняет только звание наследника (подобно nudum jus цивильного наследника при bonorum possessio), собственником же (бонитарным) наследственных вещей, кредитором по наследственным требованиям и должником по наследственным долгам делается сразу фидеикоммиссарий: все иски даются ему и против него, как actiones utiles. Вследствие этого фидеикоммиссарий превратился в универсального преемника heredis loco, а stipulationes emptae et venditae hereditatis стали излишними.

Но и теперь фидеикоммиссарий зависит от фидуциария в том отношении, что последний может разрушить все право фидеикоммиссария: стоит ему только отказаться от принятия наследства, и вместе с отпадением завещания отпадет и фидеикоммисс. Навстречу этой опасности идет другое сенатское постановление из времен Веспасиана (69-79 гг. по Р. Х.) – senatusconsultum Pegasianum. С одной стороны, желая создать для фидуциариев интерес к принятию наследств, это senatusconsultum переносит на все фидеикоммиссы правило о quarta Falcidia. С другой стороны, если бы этот интерес все же оказался недостаточно сильным, то по просьбе фидеикоммиссария фидуциарий может быть принужден к принятию наследства extra ordinem, причем он лишается тогда права на quarta Falcidia. В связи с этим senatusconsultum Pegasianum устанавливает довольно сложные правила о порядке выдачи hereditas фидеикоммиссарию, причем для некоторых случаев (если фидуциарий осуществляет свое право на quarta Falcidia) возвращается к старому, дотребеллиановскому порядку единичных актов со stipulationes emptae et venditae hereditatis или stipulationes partis et pro parte.

Но все эти сложные правила были отменены Юстинианом, который объединил оба эти senatusconsultа. Из senatusconsultum Pegasianum Юстиниан удержал положение, что фидуциарий имеет право на quarta Falcidia и что он может быть принужден к принятию наследства; что же касается порядка restitutio и ее последствий, то Юстиниан для всех случаев, даже для фидеикоммисса на часть наследства, предписал применение правил senatusconsultum Trebellianum: с момента заявления фидуциария о restitutio, фидеикоммиссарий делается uno actu heredis loco на все наследство или на его часть.

Таким образом, юстиниановское право, кроме непосредственного универсального преемства в виде наследования по закону или по завещанию, знает и посредственное – в виде универсального фидеикоммисса.

С отказом в некоторых отношениях соприкасаются два других вида распоряжений на случай смерти – именно mortis causa donatio и mortis causa capio.

Donatio mortis causa есть дарение одним лицом другому на тот случай, если даритель умрет раньше одаряемого. Первоначальный случай этого рода есть дарение в минуту опасности. Пока даритель не умер или если одаренный умер раньше дарителя, последний может потребовать подаренное назад; но если даритель умер раньше, то наследники его уже не имеют права на обратное требование. В этом отношении donatio mortis causa имеет известное сходство с отказами: она также является отягощением наследства. Поэтому некоторые правила об отказах были перенесены и на donatio mortis causa – именно правило о quarta Falcidia и положение, что donatio mortis causa действительна только тогда, если наследство достаточно для покрытия наследственных долгов. Но, несмотря на это, donatio mortis causa существенно отличается от отказов: она, как и всякое дарение, есть не односторонний акт последней воли, а договор, нуждающийся в согласии со стороны одаряемого.

Помимо отказов и donatio mortis causa, могут быть другие случаи, когда кто-либо косвенным путем получает что-либо из наследства. Так, например, завещатель назначает кого-либо наследником, но под условием, если он выдаст известную сумму такому-то: "P. Maevius heres mihi esto, si Titio centum dederit". Юридическое значение такого распоряжения заключается в том, что назначенный в завещании станет наследником только тогда, если он выполнит условие. Если он это сделает, Titius получит указанную сумму, но права требовать выполнения условия Titius не имеет – и в этом существенное отличие этого случая от отказов. Случаи подобного косвенного получения из наследства объединяются под общим именем mortis causa capio.