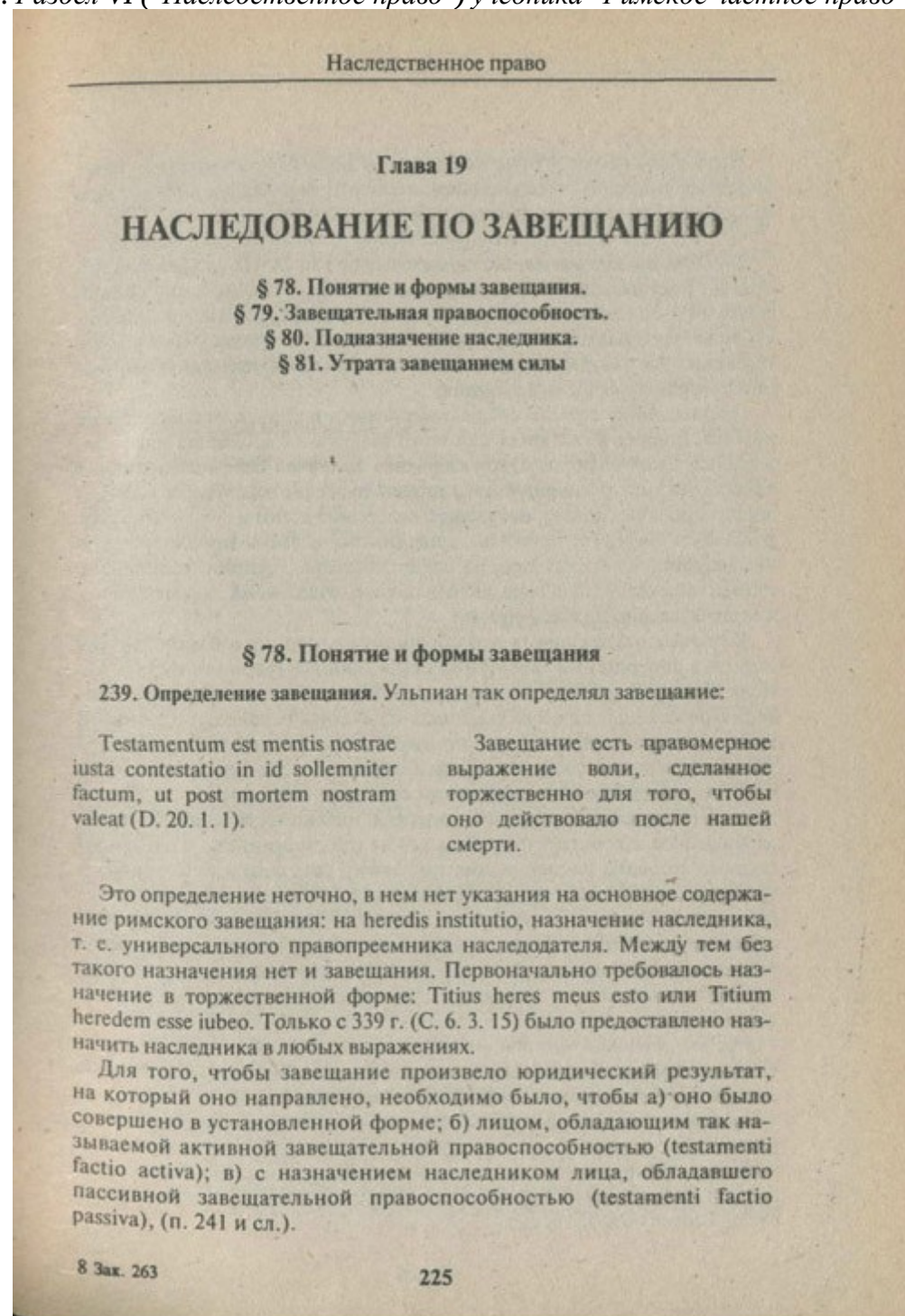


Флейшиц Е.А. Раздел VI ("Наследственное право") учебника "Римское частное право". М., 1948, 1996



Надо было также, чтобы надлежащим образом составленное завешание не оказалось в дальнейшем до смерти завещателя пораженным одним из обстоятельств, которые могли лишить его силы.

240. Формы завешания. По свидетельству Гая (2. 100) в древнейшем праве существовали две формы завешания: а) *testamentum comitiis calatis* и б) *testamentum in procinctu*. Та и другая форма была выражением воли наследодателя перед римским народом. Однако порядок совершения этих двух видов завешания, так же, как и условия, в которых они совершались, были различны.

(1) Завешание *comitiis calatis* совершалось в народном собрании по куриям, которое созывалось для этого два раза в год. Завещатель устно выражал свою волю, т. е. прежде всего назначал себе наследника, а кроме того, мог распорядиться о выдаче наследником легатов, мог назначить опекуна жене и несовершеннолетним детям и т.п., а затем обращался к народу с просьбой, повидимому в таких приблизительно выражениях: *ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote* — так я передаю имущество, отказываю, завещаю, и вы, квириды, засвидетельствуйте это.

В более позднее время это обращение к народу и самое участие народа в совершении завешания стали простой формальностью. Но в древнейшие времена это было, разумеется, не так. Однако, в литературе нет единодушного взгляда на сущность завешания *comitiis calatis*. В то время как одни ученые (Зом, Шулин) усматривают в этом завешании не что иное, как *arrogatio*, т.е. введение постороннего лица в семью для сообщения ему прав наследника по закону, другие (Жирар, Покровский) считают *testamentum comitiis calatis* завешанием в собственном смысле, не продолжением, а отступлением от порядка наследования по закону, для санкции которого и требовалось согласие народа. Народ мог и отвергнуть *rogatio* наследодателя и, вероятно, отвергал ее, когда ее содержание не соответствовало обычаям и господствовавшим воззрениям. Многие историки римского права (Иеринг, Зом, Миттейс) полагают, что это право сохранялось за народным собранием еще во время издания законов XII таблиц.

Однако римские юристы усматривали в словах законов XII таблиц «*uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*» признание свободы завещательных распоряжений. Помпоний говорил, что эти слова облекли завещателя «широчайшей властью». Поэтому и некоторые историки римского права (Жирар) считают, что уже в эпоху законов XII таблиц завешание в народном собрании было только публичным заявлением частной воли. Как бы то ни было, но таким оно, несомненно, стало в более позднее время.

(2) Второй формой древнейшего завешания было завешание *in procinctu* (по словам Гая, *procinctus* есть готовое к походу, вооруженное войско — *expeditus et armatus exercitus*) (2. 101).

Обе древнейшие формы завешания представляли ряд недостатков: а) обе формы неизбежно влекли за собою гласность завещательных распоряжений, которая не всегда соответствовала интересам завещателя; б) *testamentum comitiis calatis* могло совершаться только дважды в году в определенные дни, а *testamentum in procinctu* было недоступно лицам, не входившим в состав войска, в частности старикам и больным, т. е. тем, кто был особенно заинтересован в совершении завещаний.

Практика нашла способ удовлетворить соответствующие интересы, используя здесь, как и в ряде других случаев, *mancipatio*. *Testamentum per mancipationem* или *testamentum per aes et libram* заключалось в том, что завещатель передавал посредством *mancipatio* все свое имущество доверенному лицу, *familiae emptor*¹, который обязывался выполнить распоряжения, делавшиеся тут же завещателем. Держа в руках слиток металла, в присутствии пяти свидетелей и *libripens*, *familiae emptor* произносил формулу *mancipatio*, приспособленную для данного случая:

Familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea esse aio et quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libra esto mihi empti (Гай. 2. 104).

Я утверждаю, что твое имущество находится по твоему указанию под моей охраной и оно пусть будет мною куплено за эту медь, в соответствии с твоим правом завещать имущество согласно публичного закона.

После этого он передавал слиток завещателю, а затем завещатель излагал свои распоряжения и обращался к свидетелям с просьбой, подобной той, с какой завещатель обращался к народу в народном собрании: «*Ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote*».

Устные распоряжения завещателя составляли *nuncupatio*, присоединявшуюся к *mancipatio* и получавшую юридическую силу благодаря известному правилу законов XII таблиц: *cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupasset ita ius esto*.

Эта форма завешания могла быть, разумеется, использована в любое время. Но, как и древнейшие формы завешания, она делала его

¹ Передача имущества посредством *mancipatio* подвластному сыну была невозможна, ибо сделка *paterfamilias* с подвластным не имела бы юридической силы.

гласным. Чтобы избежать этого недостатка, была введена письменная форма завещания: после совершения *mancipatio* завещатель передавал *familiae emptor*у *tabulae testamenti*, навоощенные таблички, на которых была изложена воля завещателя, и говорил: «*Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt ita do, ita lego, ita testor*» — «как написано в этих навоощенных табличках, так я и распоряжаюсь». Вслед за этим *tabulae* завязывались шнурком и скреплялись печатями и подписями как завещателя, так и всех присутствующих при совершении акта семи лиц: *familiae emptor*, пяти свидетелей и *libripens*а.

Один недостаток оставался однако общим для обеих разновидностей завещания: *familiae emptor* становился обладателем всего имущества завещателя, после смерти которого он ставился в положение наследника, *heredis loco*. Правда, исполнение им обязанностей, возложенных на него *mancipatio*, санкционировалось не одной только *fides*, как других фидуциарных сделках, но также и иском, который вправе были предъявить к нему все те, кому что-нибудь было отказано в завещании. Но все же *familiae emptor* был неизбежным юридическим средством между завещателем и теми, в чью пользу завещатель желал сделать распоряжение.

Однако со временем *mancipatio* и *mancipatio* обменялись ролями: основным моментом завещания *per aes et libram* стала *mancipatio*, а на *mancipatio* стали смотреть как на некоторый формальный привесок, в котором *familiae emptor* играл роль простого фигуранта и который, по словам Гая (2. 103), «*edictis gratia propter veteris iuris imitationem adhibetur*» (фигурирует по названию, в подражание древнему праву).

В то же время письменная форма завещания *per aes et libram* начала все больше вытеснять устную, и во второй половине республики претор объявил в эдикте, что он дает *bonorum possessio secundum tabulas testamenti* тому, кто представит письменное завещание, скрепленное установленным по закону числом печатей. Если, однако, это завещание не сопровождалось *mancipatio*, то наследство подлежало выдаче гражданскому наследнику в случае предъявления им иска: *bonorum possessio* была *sine re*. Но во II в. до н. э. было установлено, что *bonorum possessor*у дается *exceptio doli* против иска гражданского наследника о выдаче ему наследства, *petitio hereditatis*; *bonorum possessio* стала *cum re*. Преторское письменное завещание стало равноправным с завещанием *per aes et libram*. По конституции 439 г. законную силу приобретало уже всякое письменное завещание, подписанное завещателем и семью свидетелями. Это и было нормальное частное завещание позднейшего римского права. Наряду с ним продолжало существовать и устное завещание в форме *mancipatio* после мнимой продажи наследства, которой уже не требует, однако, право периода домината: законно и устное завещание, совершенное в присутствии семи свидетелей.

Как для письменного, так и для устного завещания требовалась *unitas actus*: вся процедура совершения завещания должна была протекать без перерывов.

Наряду с описанными формами частного завещания, в период домината появились публичные формы завещания: *testamentum apud acta conditum* — завещание, заявленное перед судом, и *testamentum principi oblatum* — завещание, передававшееся на хранение императору.

Помимо общих, существовали и специальные формы завещания, усложненные для одних особых случаев и упрощенные для других. Так, например, завещания слепых совершались не иначе, как с участием нотариуса. Во время эпидемии допускалось отступление от правила *unitas actus*, в частности, в отношении одновременного присутствия всех участвующих в совершении завещания лиц. Завещание, которое содержало только распределение имущества между детьми завещателя, не требовало подписей свидетелей. Наконец, вследствие «крайней неопытности» в делах, было вовсе свободно от форм завещание солдат — *testamentum militis*.

§ 79. Завещательная правоспособность

241. Активная завещательная правоспособность. Активная завещательная правоспособность предполагала, по общему правилу, наличие общей правоспособности в области имущественных отношений. Однако *servi publici* имели право распоряжаться по завещанию половиной своего имущества. Такое же право было признано за *personae in potestate* в отношении их *peculium castrense* и *quasi castrense* (см. п. 145). С другой стороны, были лишены этого права *intestabiles* (п. 125), в императорском праве — еретики. В то же время самые формы завещаний *comitiis calatis* и *in procinctu* делали их недоступными для всех тех, кто не принимал участия в народных собраниях или не нес воинской службы: для несовершеннолетних, для женщин и т.д. Но для женщин было установлено особое правило: женщины, даже *sui iuris*, были до II в. вовсе лишены права совершать завещания. Во II в. им было предоставлено право совершать завещания с согласия опекуна. С отпадением опеки над женщинами они приобрели полную *testamenti factio activa*.

242. Пассивная завещательная правоспособность. Пассивная завещательная правоспособность также не совпадала с общей. Прежде всего можно было составить завещание в пользу раба своего или чужого. Если раб был назначен наследником в завещании господина, то такое назначение должно было сопровождаться, а позднее предполагалось неразрывно связанным с освобождением раба, который в то же время

Раздел VI

не имел права не принять наследства. Он явился *heres necessarius*, необходимым наследником.

Если раб был до открытия наследства отчужден господином, он принимал наследство по приказу нового собственника, который и становился приобретателем этого наследства. Если раб был к моменту открытия наследства освобожден из рабства, он являлся наследником в собственном смысле слова и был вправе принять наследство или отречься от него. Таким образом пассивная завещательная правоспособность рабов служила прежде всего интересам рабовладельцев: в одних случаях она давала господину необходимого наследника, т. е. лицо, которое обязано было принять на себя ответственность по долгам наследодателя, в других случаях она ставила господина в такое же положение, как если бы он сам был назначен наследником. Единственным случаем, в котором пассивная завещательная правоспособность служила непосредственно интересам раба, был случай, когда раб был до открытия наследства освобожден из рабства: в этом случае он оставался наследником и был вправе по своему усмотрению принять наследство или отречься от него.

Указанные в п. 241, как не имеющие активной завещательной правоспособности, *intestabiles* и еретики не имели и пассивной завещательной правоспособности.

По плебисциту *lex Voconia* (169 г. до н.э.) воспрещено было назначение женщин, кроме весталок, наследницами граждан, внесенных в ценз в качестве обладателей имущества стоимостью в 100 тысяч сестерций и выше. Это была мера, направленная против расточительности со стороны женщин высших общественных слоев. С отпадением ценза эта мера утратила практическое значение.

Существенное значение имело действовавшее долгое время запрещение назначать наследниками *incertae personae*, т. е. не вполне определенных лиц, с чем связывалось запрещение назначать наследниками *postumi*, т. е. лиц, еще не зачатых к моменту составления завещания. Однако и цивильное право допустило в дальнейшем назначение наследниками всех *sui postumi*, т. е. могущих родиться детей наследодателя, а преторское право признало законным и назначение наследником *postumus alienus*.

По тем же соображениям не допускалось назначение наследниками тех объединений, которые представляли собою в Риме зачатки юридических лиц, за которыми лишь в отдельных случаях была признана *testamenti factio passiva*.

§ 80. Подназначение наследника

243. *Substitutio*. Рядом с простой *institutio heredis* допускалась, помимо, с древнейших времен *substitutio*, т. е. назначение второго на-

Наследственное право

следника на случай, если первый почему-либо не станет наследником, например: *Titius heres esto, si Titius heres non erit Seius heres esto*.

244. *Substitutio pupillaris* и *quasi-pupillaris*. Кроме такой *substitutio vulgaris* допускались *substitutio pupillaris* и *quasi-pupillaris*, при помощи которых родители назначали наследника своему малолетнему или безумному нисходящему на случай, если он, хотя бы и став наследником, умрет, не достигнув совершеннолетия или выздоровления.

§ 81. Утрата завещанием силы

245. Хотя завещание сохранило на всем протяжении истории Рима значительные черты формализма, однако со времени классических юристов складывается то, что называли залог *favor testamenti*, т. е. тенденции при помощи благоприятного толкования сохранять, насколько то было возможно, силу завещаний. Так, например, если кто-нибудь был назначен наследником под невозможным условием, условие считалось ненаписанным (*pro non scripto habetur*), а назначение наследника безусловным.

Однако и завещание, составленное с соблюдением всех требований закона, могло утратить силу до открытия наследства, прежде всего, вследствие отмены его завещателем, которая в древнейшее время могла быть произведена только путем составления нового завещания, а по преторскому праву уничтожением *tabulae testamenti*, срывом с них печатей и т.п. В период империи сначала было постановлено, что завещание утрачивает силу, если до истечения десяти лет со дня его составления не будет открыто наследство, а затем во изменение этого правила Юстиниан постановил, что по истечении десяти лет завещание может быть изменено соответствующим заявлением в присутствии трех свидетелей. В период империи допускалось также внесение в завещание изменений путем составления кодицилов и распоряжений о фидейкомиссах (см. п. 273).

Публикуется по изданию 1996 г. (Издательство "Юрист")