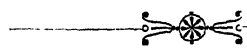
# КЪ ИСТОРІИ ДАРЕНІЙ

# МЕЖДУ СУПРУГАМИ

---

ИЗСЛѢДОВАНІЕ ПО РИМСКОМУ ПРАВУ

Б. В. НИКОЛЬСКАГО



Юрьевъ
Типографія К. Маттисена
1915

Оттискъ изъ „Ученыхъ Записокъ Императорскаго Юрьевскаго Университета“.

БИБЛИОТЕКА
КОММУНИСТИЧЕСКОЙ
АКАДЕМИИ.
711
30



Памяти

Константина Петровича

Побѣдоносцева.

# Q. D. O. M. B. V.

Изслѣдованіе о дареніяхъ между супругами по римскому праву стало для меня сначала необходимостью не само по себѣ, а лишь ради отдѣльныхъ догматическихъ трудностей, съ нимъ только соприкасающихся. Однако постепенное знакомство въ этимъ ученіемъ побудило меня заняться имъ изъ самостоятельнаго интереса. Трудно найти учрежденіе, болѣе римское по существу и по духу, болѣе странное по природѣ и болѣе темное въ отношеніи исторіи. Правда, въ западной Европѣ оно привилось и укоренилось вмѣстѣ съ римскимъ правомъ, даже получило мѣстное, обычное развитіе, расходящееся съ нашими источниками; но тѣмъ не менѣе въ немъ нельзя не видѣть, говоря словами Цицерона, pro Mur. 13, 28, той prudentia, quae neque extra Romam usquam valet. Въ Византіи, какъ мы имѣемъ всѣ основанія думать, законы о дареніяхъ между супругами были почти мертвою буквою, подобно тому, какъ у насъ въ Россіи они едвали примѣнялись, хоть и стояли въ Кормчихъ книгахъ. Недѣйствительность дареній принята, конечно, и въ Римско-сирійскихъ сборникахъ, но и въ нихъ терминологія такъ сомнительна, что точный переводъ текстовъ крайне труденъ: это свидѣтельствуетъ, что сами составители плохо понимали въ данномъ мѣстѣ свой греческій оригиналъ, — а темный

переводъ чуждаго по духу закона едвали могъ провести въ практику восточныхъ провинцій новое установленіе. Да и въ до византійскую эпоху ученію о дареніяхъ между супругами, кажется, не придавали того значенія, которое мы склонны ему приписывать заднимъ числомъ, судя по богатству его литературной разработки. Характерно, что въ институціяхъ Гая о немъ даже не упоминается и что Юстиніанъ не счелъ нужнымъ восполнить этотъ пробѣлъ въ своихъ институціяхъ, тогда какъ пространно витійствуетъ о дареніхъ propter nuptias. Словомъ, недѣйствительность дареній между супругами есть одно изъ своеобразнѣйшихъ и притомъ національнѣйшихъ учрежденій всего римскаго права. Тѣмъ страннѣй его судьба въ литературѣ. Взявъ его предметомъ моихъ изслѣдованій, мнѣ пришлось работать по вопросу, совершенно заброшенному въ цѣломъ объемѣ, хотя съ богатѣйшею библіографіею по отдѣльнымъ частностямъ. Все надо было дѣлать заново: источники не собраны, литература не собрана, итоги не подведены, пути къ изслѣдованію не проложены. Послѣдняя болѣе или менѣе исчерпывающая предметъ работа относится къ 1604 г., т. е. старше смутнаго времени на Руси. Но и эта работа далеко не заслоняетъ того, что было закончено раньше ея; а послѣ нея до насъ успѣло пройти 300 лѣтъ. Немудрено, что необходимость подвести итоги нѣсколькимъ столѣтіямъ потребовала и долгихъ подготовительныхъ изысканій, и много мѣста для изложенія.

Первая глава — „Матеріалы“ — является сводомъ данныхъ для всего ученія, а не только для издаваемаго нынѣ изслѣдованія. Но я этимъ не могу и не хочу сказать, будто мною собраны безусловно всѣ существующія данныя. Новыя находки всегда возможны; я имѣлъ достаточно случаевъ убѣдиться въ этомъ и отвыкнуть отъ самомнѣнія собирателей. Но я сдѣлалъ въ теченіе пятнадцатилѣтнихъ занятій все, бывшее въ моихъ силахъ, и потому спокойно

и съ благодарностью готовъ встрѣтить указанія на пробѣлы и упущенія. Желаніе получить ихъ заблаговременно, чтобы привлечь къ дѣлу при ближайшемъ продолженіи работы, побудило меня обнародовать въ 1903 году мой подборъ матеріаловъ. Справедливость требуетъ добавить, что въ настоящей книгѣ, гдѣ эти матеріалы даны въ значительно дополненномъ и переработанномъ видѣ, нѣтъ ни одной поправки, которой я былъ бы обязанъ указаніямъ со стороны. Отъ первой строки до послѣдней здѣсь все моя собственная работа.

Одной изъ задачъ настоящей книги было сдѣлать излишними справки со всею прежнею литературою предмета по разработаннымъ здѣсь вопросамъ. Въ этомъ смыслѣ я безусловно принимаю на свою отвѣтственность точность и добросовѣстность изложенія ученыхъ теорій: но я вовсе не гнался за дословностью. Мнѣнія ученыхъ приведены въ подлинномъ видѣ только тамъ, гдѣ того заслуживало изложеніе: во многихъ случаяхъ оно таково, что ужъ одно человѣколюбіе требовало замѣнить его сокращеннымъ и яснымъ пересказомъ. Не только излагая своими словами, но даже дѣлая прямыя выписки, я ничуть не стѣснялся пропускать всѣ лишнія слова, ссылки, аналогіи и отступленія. Было бы противно всѣмъ требованіямъ научной объективности и ученаго вкуса педантически загромождать работу ради внѣшней полноты архивнымъ хламомъ старинной литературы. Тщательныя ссылки вездѣ даютъ возможность провѣрить и, если бы понадобилось, исправить меня. Но зато съ другой стороны, имѣя дѣло съ крайне рѣдкими книгами, тѣмъ болѣе рѣдкими, часто вовсе недоступными, въ Россіи, гдѣ многія имѣются только въ моей библіотекѣ, я вездѣ заботился о томъ, чтобы не упустить ни малѣйшей существенной подробности и избавить читателя отъ необходимости дополнять мое изложеніе справками съ подлинникомъ. Переводить латинскіе и греческіе тексты при дословныхъ

выпискахъ я считалъ бы неприличнымъ въ отношеніи своихъ читателей, которыми не могутъ быть люди необразованные, и неблагодарностью къ любимымъ языкамъ человѣческаго просвѣщенія; всѣ другія выдержки даны въ переводѣ. Зато я не уклонился отъ скучнѣйшей и неблагодарнѣйшей работы — вездѣ перевести старинныя ссылки прежнихъ писателей (по начальнымъ словамъ титуловъ, отрывковъ и параграфовъ, съ невѣроятнымъ количествомъ разночтеній, недоразумѣній, опечатокъ и ошибокъ) на современный ладъ цитировать источники цифрами. Только тотъ, кто вздумаетъ провѣрить мои выписки и цитаты, пойметъ, чего мнѣ это стоило. Цитируются источники въ текстѣ изслѣдованія: XII таблицъ по моему изданію 1897 года; Corpus iuris civilis по изданію Моммсена-Крюгера-Шöлля-Кролля; Василики по изданію Геймбаха-Цахаріе-Феррини-Меркати; Codex Theodosianus по изданію Моммсена-Мейера; до-юстиніановская литература по Collectio Крюгера - Студемунда - Моммсена; Θеофилъ по изданію Феррини; римско-сирійскіе сборники по Брунсу и Захау; глосса по изданію глосссированнаго Corpus iuris Годфруа 1589 г., причемъ я принималъ во вниманіе всѣ существенныя разночтенія первопечатныхъ изданій, которыхъ въ моей библіотекѣ имѣется 23 тома, въ томъ числѣ такія драгоцѣнности, какъ Эггештейновское изданіе Институцій 1472 года, editio princeps Digesti novi s. l. et a. (предположительно не позже 1469 г.), полный комплектъ Corpus iuris civilis Кобергера и мн. др. Corpus iuris canonici и глосса къ нему цитируются по основному изданію 1582 года. Классическіе авторы вездѣ цитируются по лучшимъ новѣйшимъ изданіямъ. Гдѣ старая литература пользовалась неудовлетворительнымъ критически текстомъ, сдѣланы оговорки и поясненія.

Весьма существеннымъ пособіемъ оказалась имѣющаяся въ моей библіотекѣ пергаменная рукопись Digesti veteris, отнесенная лордомъ Филлипсомъ, ея прежнимъ собственни-

комъ, и его сотрудниками, къ XIII столѣтію. Глосса въ нея, по справедливому мнѣнію ученаго книгопродавца Бернерда въ Тенбриджъ-Уэллсѣ, у котораго я купилъ рукопись, на сто-двѣсти лѣтъ моложе текста, относимаго Бернердомъ и его корреспондентами къ XII столѣтію. Въ собраніи Филлипса рукопись была помѣчена № 7123. Въ ней 248 листовъ отличнаго пергамента, разбитыхъ на два тома, въ одномъ 123, въ другомъ 125 листовъ. На корешкахъ помѣчено, между прочимъ, „XIII siècle“. Ни даты, ни писца, ни заказчика, ни національности рукописи обнаружить не удалось. Разночтенія въ ней весьма любопытны, а въ одномъ мѣстѣ — единственны: см. въ текстѣ настоящей книги стр. 439.

Мнѣ остается прибавить нѣсколько словъ о моемъ способѣ цитированія. Приводя какую либо выдержку, я всякій разъ противъ имени автора ставлю на внутреннихъ поляхъ годъ, подъ которымъ можно въ библіографическомъ спискѣ найти извлекаемое сочиненіе Это избавило меня отъ необходимости всякій разъ повторять полностью его заглавіе, указывать перепечатку и дѣлать библіографическія примѣчанія или оговорки, а моихъ читателей спасло отъ загадочныхъ цитатъ вродѣ l. l. p. 583, l. c., тамъ же стр. 83 прим. 7, и т. п., столь удобныхъ для авторовъ и столь несносныхъ для читателей. Цифры въ скобкахъ при этомъ всякій разъ указываютъ страницу, а гдѣ нужно томъ или часть приводимаго сочиненія. Книги, не включенныя въ библіографическій списокъ, каждый разъ цитируются полнымъ заглавіемъ.

Въ настоящей книгѣ впервые печатается глава о законодательныхъ доводахъ въ пользу недѣйствительности дареній между супругами; остальныя двѣ главы были напечатаны, вмѣстѣ съ матеріалами, въ 1903 году, но первая изъ нихъ подверглась коренной переработкѣ, вторая же потребовала лишь частичныхъ измѣненій. Въ „Матеріалахъ“

сдѣланы чисто формальныя измѣненія и добавлено пять-шесть цитатъ; библіографическій списокъ переработанъ заново, съ начала до конца.

**Q. D. O. M. B. V.**

# СОДЕРЖАНІЕ.

стран.

Предисловіе . . . . . V

## I.

## Матеріалы.

**I. Источники** . . . . . 3

Digesta. — Codex. — Novellæ. — Paulus. — Ulpianus. — Papinianus. — Scholia Sinaitica. — Vaticana Fragmenta. — Codex Gregorianus. — Codex Syro romanus. — Codex Theodosianus. — Novellæ Valentiniani III. — Theophilus.

**II. Юристы** . . . . . 11

Алфавитный списокъ юристовъ. — Хронологическій списокъ юристовъ. — Палингенезія юристовъ, касавшихся ученія о дареніяхъ между супругами.

**III. Императоры** . . . . . 24

Палингенезія императорскихъ указовъ, касавшихся ученія о дареніяхъ между супругами

**IV. Библіографія** . . . . . 29

Предисловіе. — Указатель именъ. — Библіографическій списокъ.

## II.

## Законодательные доводы въ пользу недѣйствительности дареній между супругами.

### § 1. Введеніе. Глоссаторы. Плутархъ. Воззрѣнія Кора.

**I. Введеніе.** — Нравственная загадочность недѣйствительности супружескихъ дареній. — Отношеніе къ ней римлянъ. — Отношеніе къ ней науки новаго времени. — Вопросъ о причинахъ и цѣляхъ недѣйстви-

стран

тельности. — Противорѣчія въ наукѣ на почвѣ вопроса о причинахъ и цѣляхъ. — Задача настоящей главы — Прежняя литература. — Древняя и новая литература и Corpus iuris — Порядокъ изложенія . . . . . 67

**II. Глоссаторы.** — Характеристика глоссы по вопросу о rationes interdicti — Толкованія легистовъ. — Толкованія канонистовъ . . . . . 70

**III. Постглоссаторы.** — Преобладаніе канонистовъ. — Ученіе Бальда . . . . . 71

**IV. Новые вопросы практики.** — Литература постглоссаторовъ. — Сомнѣніе Альціати. — Англеберме объ автентической силѣ rationes . . . . . 72

**V. Плутархъ и Паласіосъ Рубеосъ.** — Появленіе въ печати Плутарха. — Ученіе Лопеса де Паласіосъ Рубеосъ. — Механическое усвоеніе Плутарха . 73

**VI. Плутархъ и Альціати.** — Появленіе въ печати греческаго текста Плутарха. — Альціати. . 75

**VII. Кора.** — Кора и его воззрѣнія. — Первоначальное сопоставленіе Corpus iuris и Плутарха. — Разногласіе между Corpus iuris и Плутархомъ. — Колебанія Кора. — Дальнѣйшія колебанія. — Законы Ромула. — Окончательный итогъ Кора. — Оцѣнка своднаго ученія Кора. . . . . 77

**VIII. Критическое и догматическое направленіе.** — Внутренняя противорѣчивость воззрѣній Кора. — Два направленія въ новой наукѣ до XVIII вѣка, догматическое и критическое. — Порядокъ изложенія. 81

**§ 2. Критическое направленіе. Бриссонъ, Отманъ, Монтекатини. Практики кутюмнаго права.**

**I. Бриссонъ.** — Первоисточники критическаго направленія. — Бриссонъ. — Его ученіе . . . . . 82

**II. Аит. и Фр. Отманы.** — Ант. Отманъ. — Его ученіе. — Manus mariti и rationes interdicti. — Несогласимость теоріи manus mariti и всѣхъ rationes. — Зерно отрицательной критики автентическихъ rationes. — Фр. Отманъ. — Итоги ученія Бриссона и Отмановъ. — Новые принципы критики . . . . . 83

**III. Монтекатини.** — Монтекатини. — Законы Ромула. — Перемѣна правовъ. — Наслѣдованіе супруговъ и даренія между ними. — Ссылка на Плутарха. — Предпочтеніе Плутарха. — Разборъ его ученій. — Зависимость отъ Бодуэна, Бриссона и Отмановъ. — Философская независимость. — Отголоски европейской дѣйствительности. — Судьба его почина . . . . . 85

стран.

**IV. Шаронда.** — Шаронда и его ученіе . . . 88

**V. Аржантре.** — Аржантре и его критика. — Анализъ rationes. — Отрицательное отношеніе къ доводамъ богослововъ и канонистовъ. — Отрицательное отношеніе къ римскимъ rationes. — Выводъ Аржантре . 89

**VI. Роденбюргъ.** — Роденбюргъ — Критика научныхъ доводовъ и теорій — Недѣйствительность супружескихъ дареній — singularitas odiosa . . . 92

**VII. Разборъ общихъ идей критическаго направленія.** — Соотношеніе теорій Монтекатини, Шаронда, Аржантре и Роденбюрга. — Отрицательный итогъ ихъ критики. — Ихъ непослѣдовательность, показываемая на Роденбюргѣ. — Первый примѣръ. — Второй примѣръ. — Третій примѣръ. — Четвертый примѣръ — Взаимное несогласіе критиковъ. — Непослѣдовательность Шаронда — Неудача критическаго направленія. — Устойчивость догматическаго воззрѣнія. — Отзвуки критической школы . . . . . 93

## § 3. Догматическое направленіе. Французы, итальянцы, испанцы, голландцы.

**I. Коннанъ, Дюаренъ, Феррандо д' Аддуа, Кюжасъ, Фавръ.** — Коннанъ и Дюаренъ. — Феррандо д' Аддуа. — Кюжасъ. — Фавръ . . . . . 98

**II. Джентиле.** — Джентиле. — Его значеніе. — Судьба его воззрѣній. — Ученіе Джентиле. — Первый доводъ. — Второй доводъ. — Третій доводъ. — Нравственная неубѣдительность учрежденія. — Четвертый доводъ. — Пятый доводъ. — Критика воззрѣній Монтекатини и Отмана. — Джентиле противъ Плутарха. — Общность имущества и недѣйствительность дареній. — Подручные и вольные браки. — Защита доводовъ Corpus iuris. — Общность имущества супруговъ. — Недѣйствительность дареній между лицами, связанными съ супругами iure potestatis. — Общая оцѣнка ученія Джентиле. — Цѣнность его филологическихъ матеріаловъ. — Его похвалы доводамъ Corpus iuris — Полемика противъ критической школы. — Общность имущества и „запретъ“ дареній. — Защита доводовъ Corpus iuris. — Доводы Плутарха и исторія недѣйствительности. — Общность имущества супруговъ. — Сопоставленіе французскихъ, итальянскихъ, испанскихъ, голландскихъ и нѣмецкихъ ученыхъ. . . . . 100

**III. Испанцы: Амаія и Ретесъ.** — Амаія. — Ретесъ. — Обзоръ доводовъ. — Общая характеристика доводовъ. — Отзвуки критическаго направленія . . 110

СТРАН.

**IV. Голландцы: Ноодтъ, Вутъ, Бейнкерсгукъ** — Голландскіе ученые. — Ноодтъ и его сопоставленіе супружества и дружбы. — Дружба—родъ, а супружество—видъ — Законъ дружбы и брака. — Послѣдствія дружбы и брака. — Опредѣленіе дружбы и брака. — Общность имущества въ дружбѣ и бракѣ. — Примѣнимость аналогіи къ подручнымъ бракамъ. — Отзывъ объ изслѣдованіи Ноодта — Общность имущества супруговъ въ Римѣ имѣла чисто нравственный характеръ. — Ноодтъ о rationes. — Вутъ. — Полемика противъ Роденбюрга. — Бейнкерсгукъ . . . . . 112

## § 4. Бёмеръ.

**I. Нѣмецкая школа. Гейнеке.** — Нѣмецкая школа. — Гейнеке . . . . . 119

**II. Бёмеръ.** — Бомеръ и его ученіе. — Бёмеръ о нравственной загадочности недѣйствительности. — Источникъ и rationes недѣйствительности. — Перемѣна нравовъ въ VI вѣкѣ отъ о. г. — Вліяніе новыхъ нравовъ на судьбу дареній между супругами. — Плутархъ, какъ историческій свидѣтель — Полемика противъ Джентиле — Разногласія между Плутархомъ и юридическими источниками. — Завершеніе Бёмеромъ разногласій догматическаго и критическаго направленія. — Основная мысль Бомера — Оцѣнка Плутарха. — Защита римскихъ rationes. — Три періода въ исторіи недѣйствительности. — Сближеніе Плутарха и Ромула. — Преемство въ воззрѣніяхъ по вопросу о rationes начинаетъ теряться . . . . . 120

**III. Менкенъ.** — Характеристика Менкена. — Нравственная загадочность недѣйствительности. — Manus mariti и Плутархъ. — Искаженіе идей Бёмера. — Анализъ rationes нашихъ источниковъ. — Доводъ Африкана. — Доводы Oratio 206 г. — Прочіе доводы. — Оцѣнка Менкена . . . . . 129

**IV. Рихтеръ, Кёнигъ, Глюкъ.** — Рихтеръ. — Кёнигъ. — Характеристика Глюкка. — Изложеніе Глюкка . . . . . 132

## § 5. Девятнадцатое столѣтіе. Историческая школа. Современное состояніе вопроса.

**I. Переломъ въ наукѣ** . . . . . 134

**II. Гансъ.** — Двойственность римской правовой системы. — Двойственность римской семьи и ея сопоставленіе съ „германскою“. — Имущественно - супру-

стран

жеское право. — Раздѣльность и общность. — Опредѣленіе брака. — Даренія между супругами. — Римскіе доводы въ пользу недѣйствительности. — Связь недѣйствительности супружескихъ дареній съ сущностью вольнаго брака. — Скрытая сущность римскихъ доводовъ. — Римскіе доводы и расшатанность римской семьи . . . 134

**III. Гассе.** — Римское дотальное право и его слабыя стороны. — Юридическая обязательность раздѣльности имуществъ. — Даренія между супругами. — Ихъ недѣйствительность, какъ логическій выводъ изъ началъ дотальнаго права. — Ссылки на Плутарха. — Полемика съ Гансомъ. — Существо брака, дотальная система и супружескія даренія. — Вольные браки. — Раздѣльность имуществъ. — Недѣйствительность дареній. — Свидѣтельство Плутарха . . . . . 137

**IV. Возраженія Ганса.** — Возраженія Ганса. — Раздѣльность имуществъ, супружескія даренія и ихъ недѣйствительность. — „Что къ чему привѣшено.“ — Гассе и Плутархъ. — Значеніе и цѣнность полемики Ганса и Гассе . . . . . 141

**V. Пухта.** — Савиньи, какъ родоначальникъ идей исторической школы по вопросу о недѣйствительности. — Пухта. — Изложеніе въ Пандектахъ. — Изложеніе въ Институціяхъ. — Вторичное изложеніе. — Изложеніе въ Чтеніяхъ . . . . . 143

**VI. Савиньи.** — Молчаніе самого Савиньи. — Косвенныя данныя о теоріи Савиньи . . . . . 146

**VII. Историческая школа и глоссаторы.** — Единство взглядовъ исторической школы. — Ихъ совпаденіе со взглядами глоссаторовъ-канонистовъ . . . 147

**VIII. Франке. Его вліяніе на французовъ.** — Франке. — Нравы, какъ основаніе недѣйствительности. — Франке и французская литература. — Лефевръ 148

**IX. Зейффертъ, Бринцъ и его послѣдователи.** — Зейффертъ. — Бринцъ. — Rationes. — Граденвитцъ. — Недѣйствительность супружескихъ дареній и нравы. — Доводъ Ульпіана. — Доводъ С. Цецилія. — Лотмаръ. — Его воззрѣніе . . . . . 150

## § 6. Достовѣрность текста дигестъ.

Историко-литературный матеріалъ источниковъ. — Текстъ Dig. 24, 1, 1—3 . . . . . 153

**I. Mutitato amore.** — Mutuato, mutuo, mutato. — Документальность mutuato. — Недопустимость mutuato. — Mutitato. — Допустимость mutitato съ палеографической точки зрѣнія. — Семасіологія глагола mutitare

стран

— Защита чтенія mutitato по смыслу. — Mutitato amore и mutitato Amore . . . . . 153

**II. Profusa facilitate и nec esset.** — Отрывочность текста profusa facilitate. — Ne cesset и nec esset 156

**III. Исцѣленіе текста.** — Исцѣленіе спорнаго текста . . . . . 156

## § 7. Кв. Муцій.

**I. Недѣйствительность супружескихъ дареній извѣстна Кв. Муцію.** — Кв. Муцій. — Dig. 7, 8, 4, 1. — Theoph. 2, 5, 2 fin — Dig. 33, 3, 6. — Dig. 45, 1, 111. — Dig. 7, 4, 22. — Dig. 24, 1, 18. — Dig. 7, 8, 9. — Dig. 7, 8, 8, 1. — Usus domus и дареніи между супругами. — Аналогіи — Annuum. — Дареніи до брака. — Habitatio. — Domus mariti. — Domus dotalis — Имѣется ли внутренняя связь съ недѣйствительностью дареній въ рѣшеніи Кв. Муція. — Въ чемъ состояла трудность, разрѣшенная Кв. Муціемъ. — Кв. Муцій исходилъ изъ принципа недѣйствительности супружескихъ дареній. — Rationes nullitatis Кв Муція были чисто нравственнаго порядка . . . . . 157

**II. Praesumptio Muciana.** — Тексты. — Dig. 24, 1, 51. — Cod. 5, 16, 6, 1. — Разногласія въ наукѣ. — Сомнительность текста Dig. 24, 1, 51. — Грамматическія трудности. — Первая. — Вторая. — Защита текста толкованіемъ. — Презумпція связана съ недѣйствительностью супружескихъ дареній. — Кв. Муцій и презумпція. — Презумпція старше Кв. Муція. — Казина Плавта. — Peculium въ текстѣ Плавта. — Плавтъ и презумпція юристовъ. — Браки подручные, вольные и презумпція. — Quilibet praesumitur bonus. — Honestius. — Verius. — Кв. Муцій и Помпоній — Идеальная точка зрѣнія Кв. Муція. . . . . 162

## § 8. Отъ Кв. Муція до Плутарха.

**I. Сабинъ.** — Проклъ и Сабинъ. — Сабину принадлежитъ доводъ отъ расточительности. — Авторство Сабина. — Доводъ отъ расточительности старше Сабина. — Mutitare. — Temperatio largitionum. — Взаимное раззореніе. — Варронъ и Плутархъ. — Заключеніе 167

**II. Проклъ.** — Взаимное раззореніе. — Dig. 24, 1, 31, 7. — Maiores — Защита lectio Florentina . . 169

**III. Законодательство Августа.** — Доводъ отъ потомства. — Августъ и дареніи между супругами. — Алибранди. — Шубертъ. — Доводъ дигестъ и рѣчь Августа у Кассія Діона. — Возможныя возраженія. —

стран

Умолчанія въ рѣчи Августа. — Отвѣтъ на возраженіе. — Исконное римское чадолюбіе. — Свидѣтельства о немъ римлянъ. — Разборъ свидѣтельствъ. — Аналогія съ аррогацією. — Бездоказательность этой аналогіи. — Заключеніе . . . . . 170

**IV. Ливій и рѣчь Катона.** — Вопросъ о подлинности рѣчи Катона. — Историческая правдивость рѣчей у Ливія. — Доводы противъ роскоши и доводы противъ супружескихъ дареній. — Охранительный характеръ доводовъ Катона . . . . . 174

## § 9. Плутархъ и другіе литературные источники.

**I. Плутархъ.** — Главный источникъ внѣ Corpus iuris. — Сводъ текстовъ Плутарха. — Источники Плутарха. — Плутархъ, Юба, Варронъ. — Первый доводъ Плутарха. — Его расплывчатость. — Отсутствіе связи съ доводомъ venalis concordia. — Доводъ отъ расточительности. — Второй доводъ Плутарха. — Доводъ отъ безкорыстной любви. — Доводы въ пользу недѣйствительности и эпоха ея зарожденія. — Третій доводъ Плутарха. — Ratio Catonis. — Четвертый доводъ Плутарха. — Авторство Плутарха. — Вопросъ объ источникѣ четвертаго довода. — Діонисій Галикарнасскій. — Житіе Ромула. — Dion. 2, 25. — Діонисій и Плутархъ. — Вопросъ о Ромулѣ. — Моралистическія обобщенія Плутарха . . . . . 176

**II. Колумелла.** — Контекстъ Колумеллы. — Colum. R. R. 12, praef. 8. — Разборъ текста Колумеллы 184

**III. Laudatio Turiae.** — Бытовая подкладка доводовъ Плутарха и Колумеллы . . . . . 186

**IV. Апулей.** — Доводъ отъ безкорыстной любви. 186

## § 10. Юристы и Императоры.

**I. Помпоній.** — Два текста. — Dig. 24, 1, 31, 7. — Dig. 24, 1, 51. — Кв. Муцій, Катонъ и Помпоній . 187

**II. С. Цецилій Африканъ.** — Новая мысль. — Доводъ отъ разводовъ. — Venalicia matrimonia . . . 188

**III. Папиніанъ.** — Подражаніе Африкану . 188

**IV. Oratio 206 г.** — Сомнительный principium legis. — Haec ratio у прежнихъ толкователей. — Точный смыслъ haec ratio. — Electa. — Защита текста. — Concordium. — Папиніанъ авторъ Oratio 206 г. — Oratio только сводъ rationes. — Нововведенія Oratio. — Усвоеніе доводамъ легальной силы . . . . . 189

стран

**V. Каракалла.** — Мысль императоровъ. — Историческій примѣръ законодательнаго значенія ratio nullitatis. — Вліяніе Oratio на исторію rationes . . . . 192

**VI. Ульпіанъ.** — Сплошная компиляція . . . 193

**VII. Павелъ.** — Развитіе довода Прокла. — Значеніе словъ Павла . . . . . 193

**VIII. Константинъ.** — Валеріанъ и Галлиенъ. — Сопоставленіе взглядовъ Константина. — Доводъ Каракаллы. — Толкованіе Cod. Theod. 9, 42, 1 и Cod. 5, 16, 24, 1. — Недоразумѣніе составителей кодекса Юстиніана. — Donatio maritalis — Заключеніе . . . . . 194

**IX. Ѳеодосій.** — Ѳеодосій и Валентиніанъ. — Вліяніе Ѳеодосіевой кодификаціи . . . . . 197

**X. Юстиніанъ.** — Компилятивный характеръ Юстиніанова законодательства. — Cod. 5, 3, 20, 4. — Nov. 74, 5 pr. fin. — Общій выводъ . . . . . 198

**XI. Византія и Россія.** — Дороѳей. — Прохиронъ — Василики, Синопсисъ, Арменопулъ. — Мѣстные законы Бессарабіи. — Кормчая книга . . . . 199

## Приложеніе ко II-й главѣ.

1. Плавтъ. — 2. Энній. — 3. Катонъ. — 4. Поливій. — 5. Гай Гракхъ. — 6. Л. Афраній. — 7. Варронъ. — 8. Цицеронъ. — 9. Діонисій. — 10. Катуллъ. — 11. Горацій. — 12. Ливій. — 13. Валерій Максимъ. — 14. Плиній старшій. — 15. Тацитъ. — 16. Светоній. — 17. Апулей. — 18. Геллій. — 19. Тертулліанъ. — 20. Кассій Діонъ. — 21. Каллистратъ. — 22. Ульпіанъ. — 23. Псевдо-Квинтиліанъ. — 24. Императоръ Провъ. — 25. Спартіанъ. — 26. Св. Амвросій Медіоланскій. — 27. Бл. Августинъ . . . . . 203

## III.

## Обычно-правовое возникновеніе недѣйствительности дареній между супругами.

### § 1. Основная трудность источниковъ. Юристы, императоры, византійцы.

**I. Введеніе.** — Прямыя историческія свѣдѣнія. — Историческіе вопросы. — Сложность историческаго изслѣдованія. — Условія задачи. — Положеніе вопроса въ литературѣ. — Задачи литературнаго обзора. — Планъ изложенія . . . . . 225

СТРАН

**II. Пониманіе римлянами термина moribus.** — Скудость источниковъ — Свидѣтельство Павла о зарожденіи недѣйствительности въ неписаномъ правѣ. — Заброшенность текста Dig. 1, 3, 36. — Свидѣтельство Юліана. — Дальнѣйшіе вопросы. — Цицеронъ, какъ свидѣтель о возникновеніи недѣйствительности ex auctoritate prudentium. — Северъ и Каракалла, какъ свидѣтели о томъ же. — Пониманіе iure publico въ смыслѣ iure communi. — Причина словоупотребленія императоровъ. — Auctoritas prudentium, какъ источникъ недѣйствительности въ эпоху классическихъ юристовъ . . . 227

**III. Юстиніанъ и византійцы.** — Юстиніаново законодательство — Ѳеофилъ. — Дороѳей. — Заброшенность свидѣтельства Дороѳея. — Машеларъ о Дороѳеѣ 230

## § 2. Глосса.

**I. Глоссаторы и постглоссаторы.** — Глоссаторы-легисты. — Глоссаторы-канонисты. — Причины долговѣчности первоначальныхъ толкованій. — Одофредъ. — Историческая несостоятельность византійцевъ и глоссы 232

**II. Позднѣйшая судьба ученія глоссы.** — Алессандри. — Монтескье . . . . . 234

## § 3. Mores какъ auctoritas prudentium.

**I. Бюде.** — Его ученіе . . . . . 234

**II. Зейхемъ.** — Его ученіе . . . . . 235

**III. Коннанъ.** — Его ученіе. — Дополнительныи текстъ — Оцѣнка взглядовъ Коннана. . . . . 236

**IV. Отманъ.** — Его ученіе . . . . . 238

**V. Равардъ.** — Его ученіе . . . . . 238

**VI. Кюжасъ.** — Перемѣна его взглядовъ. — Позднѣйшая теорія Кюжаса. — Мотивировка Кюжасомъ перемѣны своихъ воззрѣній. — Кюжасъ и его предшественники . . . . . 239

**VII. Фурнье.** — Литературное родословіе Фурнье. — Его ученіе . . . . . 241

**VIII. Амаія.** — Механическая компиляція . . 242

**IX. Мерилль.** — Претвореніе глоссаторской теоріи 242

**X. Заключеніе** . . . . . 243

## § 4. Mores какъ писаное право.

**I. Введеніе.** — Господствующее ученіе. — Его первоисточники . . . . . 243

**II. Марліани.** — Tabula Marliani. — Ея первые критики. — Гаубольдъ. — Дирксенъ. — Недоразумѣнія

стран

критиковъ. — Восьмая глава во второмъ изданіи Марліани. — Девятая глава въ первомъ изданіи. — Осторожность Марліани въ первомъ изданіи. — Подлогъ во второмъ изданіи. — Варіанты текста въ двухъ изданіяхъ 244

**III. Бодуэнъ.** — Результаты подлога Марліани. — Бодуэнъ и законы Ромула. — Комментарій къ 13-му закону. — 14-й законъ. — Историческое вліяніе Бодуэна 249

**IV. Кора.** — Сближеніе Ромула, Плутарха и недѣйствительности. — Значеніе Плутарха и Діонисія 251

**V. Фр. Отманъ.** — Его предпосылки. — Мнимый законъ XII таблицъ. — XII таблицъ и недѣйствительность. — Возникновеніе недѣйствительности. — Отманъ и Кора . . . . . 252

## § 5. Кюжасъ.

**I. Предпосылки Кюжаса.** — Источники Кюжаса. — XII таблицъ. — Mores, leges regiae и XII таблицъ 253

**II. Глоссаторская теорія Кюжаса въ Паратитлахъ.** — Текстъ Кюжаса. — Оцѣнка его теоріи. — Д. Годфруа и XII таблицъ. — Популярность Паратитлъ 254

**III. Мотивировка теоріи Кюжаса.** — Доводы Кюжаса въ пользу его теоріи. — Когда былъ написанъ комментарій. — Mos receptus и mos institutus. — Писаное и записанное право. — Критика доводовъ Кюжаса. — Mos institutus. — Ссылка на Плутарха. — Mores и XII таблицъ. — Выводъ . . . . . 256

**IV. Позднѣйшая теорія Кюжаса.** — Перемѣна мнѣнія. — Судьба теоріи Кюжаса . . . . . 259

## § 6. Джентиле.

**I. Теорія и полемика Джентиле.** — Джентиле. — Возраженія противъ теоріи Кюжаса. — Теорія Джентиле. — Maiores. — Отсутствіе республиканскихъ и царскихъ законовъ. — Недѣйствительность старше XII таблицъ. — Сенатусконсультъ временъ Ромула . . . . 260

**II. Разборъ ученія Джентиле.** — Разборъ возраженій Джентиле противъ Кюжаса. — Разборъ теоріи Джентиле. — Общій обзоръ его теоріи. — Сенатусконсультъ эпохи Ромула. — Значеніе теоріи Джентиле. . 262

**III. Ретесъ.** — Судьба этой теоріи. — Ретесъ 264

## § 7. Mores какъ manus mariti.

**I. Бодуэнъ.** — Зародышъ идеи о manus mariti 265

**II. Бриссонъ.** — Manus mariti. — Задачи науки, выдвигаемыя идеею Бриссона. — Безусловная цѣнность мысли Бриссона . . . . . 266

СТРАН.

**III. Ант. Отманъ.** — Observationes Отмана и ихъ вліяніе. — Communicatio divini iuris. — Communicatio humani iuris. — Подручный бракъ. — Вольный бракъ. — Ромулъ и XII таблицъ. — Societas leonina. — Плутархъ и даренія. — Роль супруговъ въ communio. — Діонисій. — Communio въ вольномъ бракѣ. — Механическій сводъ чужихъ теорій . . . . . 267

**IV. Судьба теорій Бриссона.** — Первоначальная судьба — Голландская школа. — Груневегенъ . . . 270

## § 8. Эклектическія теоріи. Mores и императорское законодательство.

**I. Введеніе.** — Нѣмецкая школа. — Скюльтингъ. — Шаронда . . . . . 271

**II. Гейнеке.** — Даренія супруговъ и императоры. — Rationes. — Manus mariti. — Противорѣчіе всѣхъ rationes и теоріи Бриссона. — Даренія между супругами и между отцомъ и дѣтьми. — Недѣйствительность дареній въ вольныхъ бракахъ и императорское законодательство. — Несостоятельность мысли Гейнеке. — Конради. — Обостреніе теоріи Гейнеке. — Ученіе Гейнеке въ Elementa pandectarum. — Разногласіе Antiquitates и Elementa. — Примирительная теорія Каннегитера. — Двусмысленность ученія Шаронда. — Послѣднее ученіе Гейнеке . . . . . 272

**III. Ноодтъ.** — Гейнеке и Ноодтъ. — Ученіе Ноодта . . . . . 276

**IV. Воорда.** — Вестенбергъ, Шубертъ, Воорда. — Manus mariti и Oratio 206 г. . . . . 276

**V. Общій обзоръ основныхъ теорій.** — Mores и XII таблицъ. — Mores и auctoritas prudentium. — Mores и Ромулъ. — Mores и manus mariti. — Manus mariti и императорское законодательство. — Сопоставленіе, критика и согласованіе теорій . . . . . 277

**VI. 1727 годъ.** — Значеніе этого года. — Лейзеръ. — Конради. — Гейнеке. — Групенъ. — Отто. — Его изложеніе. — Разборъ. — Смягчающія обстоятельства. — Анкельманъ . . . . . 277

## § 9. Бёмеръ.

**I. Ученіе Бёмера.** — Историческій методъ Бёмера. — Зачатки теоріи Бёмера. — Ея развитіе. — Исходныя положенія Бёмера. — Развитіе мысли Бриссона. — Согласованіе прежнихъ теорій . . . . . 279

**II. Разборъ ученія Бёмера.** — Общая оцѣнка. — Постановка вопроса на историческую почву. — Пра-

стран.

вильное пониманіе mores. — Осторожность въ отношеніи къ понятію „запрета“. — Выполненіе программы Бриссона. — Auctoritas prudentium. — Lex Cincia и auctoritas prudentium — Singularitas odiosa — Regula iuris. — Даренія sub modo — Officium iudicis. — Вольные браки, какъ камень преткновенія Бомера. . . . 283

**III. Значеніе Бомера.** — Вліяніе теоріи Бомера 288

## § 10. Шубертъ, Менкенъ и Глюккъ.

**I. Вступленіе** . . . . . 289

**II. Шубертъ.** — Диссертація Шуберта. — Vicesima hereditatum. — Оцѣнка теоріи Шуберта. — Недѣйствительность и Oratio 206 г. — Недѣйствительность и законодательство Августа . . . . . 289

**III. Менкенъ.** — Бомеръ и Менкенъ. — Ноодтъ и Менкенъ. — Конради. — Главныя положенія. — Юристы и Oratio 206 г. — Плагіаты Менкена. — Положительное пониманіе mores. — Защита первой теоріи Кюжаса. — Браки подручные и sine manu. — Хронологія юристовъ. — Даренія между супругами искони дѣйствительны. — Возраженія Шуберту. — Толкованіе Dig. 24, 1, 3, 10. — Толкованіе Dig. 24, 1, 25. — Толкованіе Dig. 24, 1, 7 pr. — Оцѣнка теоріи Менкена. — Ея отношеніе къ теоріи Бомера. — Положительное пониманіе mores. — Защита Менкеномъ теоріи Кюжаса. — Хронологія юристовъ. — Судьба теоріи Менкена. . 291

**IV. Кёнигъ.** — Кёнигъ противъ Менкена 299

**V. Глюккъ.** — Изложеніе Глюкка. — Mores — Manus mariti. — Царскіе законы. — Вольные браки. — Юристы. — Mores и юристы. — Оцѣнка изложенія Глюкка . . . . . 299

## § 11. XIX-й вѣкъ. Ватиканскіе отрывки.

**I. Переломъ въ наукѣ.** — XIX-й вѣкъ. — Разрывъ научныхъ традицій. — Послѣдствія разрыва . . 301

**II. Ватиканскіе отрывки.** — Vat. Fr. § 302 — Lex Cincia и даренія между супругами. — Обзоръ теорій XIX-го вѣка . . . . . 302

**III. Гуго** . . . . . 304

**IV. Рудорффъ** . . . . . 304

**V. Венкъ.** — Венкъ. — Ошибки Венка . . 304

## § 12. Affinitas viri et uxoris inter sese.

**I. Глосса.** — Тексты глоссаторовъ . . . . . 306

**II. Свидѣтельства источниковъ.** — Dig. 38, 4, 3.

стран.

— Dig. 38, 10, 4, 4. — Cod. 6, 24, 5. — Молчаніе источниковъ . . . . . 306

**III. Теоретическая невозможность.** — Affinitas и agnatio. — Affinitas препятствіе къ браку — Affinitas и наслѣдованіе супруговъ . . . . . 307

**IV. Семасіологія affinis и affinitas.** — Принципъ и языкъ. — Семасіологія affinitas эпохи Константина и Юстиніана. — Древность широкой семасіологіи affinitas . . . . . 308

**V. Сомнительныя мѣста источниковъ.** — Сомнительные тексты. — Dig. 22, 1, 38, 1. — Dig. 12, 4, 8. — Vat. Fr. § 262 . . . . . 309

**VI. Признаніе affinitas inter coniuges.** — Affinitas coniugum въ наукѣ. — Камю. — Опроверженія Брувера. — Источники неправильнаго взгляда. — Paul. 5, 12, 2. — Кюжасъ. — Скюльтингъ — Бейнкерсгукъ — Опроверженіе мысли Бейнкерсгука . . 311

**VII. Вѣрное толкованіе сомнительныхъ текстовъ.** — Paul 5, 12, 2 — Vat. Fr. § 302. — Истинный смыслъ Vat Fr. § 302 . . . . . 313

**§ 13. Vat. Fr. § 302 и теоріи XIX-го вѣка.**

**I. Толкованіе Vat. Fr. 302.** — Vat. Fr. § 302 есть толкованіе Цинціева закона, но не дословная выписка. — Перечень § 302-го не входилъ въ Цинціевъ законъ. — Сомнѣнія по поводу слога Павла. — Заключеніе . . . . . 315

**II. Теоріи XIX-го вѣка.** — Значеніе Vat. Fr. § 302. — Теоріи XIX-го вѣка . . . . . 317

**III. Шрадеръ.** — Хронологическое соотношеніе Цинціева закона и недѣйствительности. — Старшинство Цинціева закона. — Пониманіе Vat. Fr. § 302 какъ нормы, касающейся вольныхъ браковъ . . . . . 317

**IV. Гуго.** — Недѣйствительность старше Цинціева закона . . . . . 319

**§ 14. Консервативная теорія.**

**I. До Савиньи.** — Древность недѣйствительности. — Гассе. — Первоначальные сторонники консервативной теоріи. — Мнѣніе Бурхарди. — Manus mariti и владѣніе жены подаренною вещью. — Запретъ дареній и владѣніе супруговъ подаренными вещами . . . 319

**II. Савиньи.** — Возраженія Савиньи. — Отношеніе Савиньи къ прежней литературѣ — Собственная теорія Савиньи. — Мнимая обособленность Савиньи. — Несогласованность его воззрѣній . . . . . 322

стран.

**III. Значеніе консервативной теоріи.** — Мертвая точка . . . . . 324

## § 15. Радикальная теорія.

**I. Франке.** — Шрадеръ. — Франке. — Цинціевъ законъ. — Перемѣна нравовъ . . . . . 325

**II. Брунсъ.** — Совпаденіе съ Франке. — Старшинство Цинціева закона . . . . . 326

**III. Оцѣнка и критика радикальной теоріи.** — Общая оцѣнка. — Судьба радикальной теоріи. — Критика. — Неправильное пониманіе Vat. Fr. § 302. — Анахронизмъ и возраженіе Менза. — Недостаточность ссылки на mores — Заключеніе . . . . . 327

**IV. Судьба радикальной теоріи.** — Успѣхъ и преобладаніе радикальной теоріи . . . . . 330

**V. Кунтце.** — Кунтце. — Mores и недѣйствительность — Критика взглядовъ Кунтце . . . . . 330

## § 16. Дернбургъ.

**I. Дотальный искъ, ретенціи и дареніе между супругами.** — Ученіе Дернбурга. — Древнее дотальное право — Возникновеніе дотальныхъ исковъ. — Природа первоначальнаго иска rei uxoriæ. — Aequius melius и вычеты изъ приданаго. — Retentiones . . . 332

**II. Критика воззрѣнія Дернбурга.** — Связь ученія Дернбурга съ вопросомъ о супружескихъ дареніяхъ. — Возраженіе противъ Дернбурга. — Невозможность принять его выводы . . . . . 335

## § 17. Бехманъ и Дернбургъ.

**I. Дернбургъ о дареніяхъ между супругами.** Retentiones propter res donatas . . . . . 337

**II. Бехманъ противъ Дернбурга.** — Бехманъ и отношеніе къ нему Дернбурга. — Дотальная природа ретенцій. — Замѣчаемыя исключенія. — Retentio propter res donatas. — Связь Бехмана съ радикальною теоріею 338

**III. Побѣда радикальной теоріи.** — Уступка Дернбурга. — Другіе сторонники Бехмана . . . . . 342

**IV. Критика теоріи Бехмана.** — Ложная предпосылка. — Теорія Бехмана не вяжется со ссылкою на mores. — Древность ретенцій . . . . . 342

**V. Возраженія Бехману.** — Возраженія Бехману. — Граденвитцъ. — Асколи. — Ссылка на систему изложенія Ульпіана. — Неправильность предпосылокъ Бехмана. — Сближеніе ученія о дареніяхъ между супру-

стран.

гами съ дотальнымъ правомъ. — Можно ли вывести недѣйствительность супружескихъ дареній изъ retentio propter res donatas . . . . . 344

## § 18. Послѣдователи Бехмана.

**I. Вліяніе Бехмана.** — Кейссеръ . . . . . 347

**II. Зейффертъ.** — Зейффертъ . . . . . 348

**III. Кейссеръ.** — Начальная исторія учрежденія. — Вольные браки. — Опека агнатовъ надъ женщиною. — Цинціевъ законъ. — Новые нравы. — Возникновеніе недѣйствительности супружескихъ дареній. — Rationes удержанія. — Связь съ ними запрета. — Развитіе запрета. — Разборъ теоріи Кейссера. — Опека надъ женщинами. — „Имманентность“ ретенцій. — Зарожденіе ретенціи. — Rationes interdicti. — Dig. 24, 1, 55. — Общая неудовлетворительность теоріи Кейссера . . . . . 348

**IV. Карлова.** — Варіантъ ученія Бехмана. — Разборъ теоріи Карловы . . . . . 353

## § 19. Бринцъ и Гофманнъ.

**I. Бринцъ.** — Обособленность Бринца. — Догматическія предпосылки Бринца. — Недѣйствительность и поворотность — Rationes недѣйствительности и реквизитъ обогащенія. — Возраженіе противъ первичной недѣйствительности. — Обычно-правовое происхожденіе 354

**II. Оцѣнка ученія Бринца.** — Вліяніе Бехмана и самобытность Бринца. — Вліяніе Бринца . . . . 356

**III. Гофманнъ.** — Консервативный духъ теоріи Гофманна. — Бытовой характеръ супружескихъ дареній — Недѣйствительность. — Изъятія. — Manus mariti. — Ходъ историческаго развитія. — Обычно-правовое происхожденіе недѣйствительности. — Развитіе недѣйствительности въ исторіи. — Гофманнъ о полемикѣ Савиньи противъ Бурхарди. — Даренія и другія сдѣлки. — Причины запрета. — Параллель между подручными и вольными браками . . . . . 357

**IV. Оцѣнка ученія Гофманна.** — Литературное преемство. — Недѣйствительность и юристы. — Запретъ и обычай . . . . . 361

## § 20. Итоги консервативной теоріи и мысли Бриссона.

**I. Возраженія противъ Гофманна.** — Manus mariti. — Возраженія противъ Гофманна. . . . . 362

стран

**II. Граденвитцъ.** — Даренія и другія сдѣлки между супругами. — Rationes interdicti . . . . . 363

**III. Де-Медіо.** — Причинная связь между невозможностью и недѣйствительностью. — Аналогія со сдѣлками между властителями и подвластными . 363

**IV. Критика возраженій.** — Недоразумѣніе Граденвитца. — Причинная связь. — Аналогія. — Ея неправильность у Гофманна. — Итоги полемики . 364

**V. Итоги теоріи Бриссона.** — Значеніе Бриссона. — Manus mariti старше недѣйствительности. — Апулей. — Объясненіе нужно только для вольныхъ браковъ. — Фактическія даренія въ подручномъ бракѣ — Юридическая судьба домашнихъ дареній. — Смерть и разводъ. — Домашнія даренія и пекулій жены. — Итоги консервативной теоріи — Ея жизнеспособность. — Теоріи интерполяціонистовъ. — Граденвитцъ . . . . . 366

**§ 21. Теорія Алибранди.**

§ 1. Литературныя теоріи. — § 2. Возраженія противъ нихъ. — § 3 Девизъ интерполяціонизма. — § 4. Цинцевъ законъ. — § 5. Дѣйствительность дареній въ VI вѣкѣ города. — § 6. Дѣйствительность дареній въ VII вѣкѣ города. — § 7. Введеніе недѣйствительности Августомъ. — § 8. Плутархъ и имп. Константинъ о законодательномъ происхожденіи недѣйствительности. — Остатки текста. — § 9. Значеніе остатковъ текста. — § 10. Невозможность обычно-правового возникновенія недѣйствительности. — § 11. Недѣйствительность ввелъ законъ, бывшій lex perfecta. — § 12. Недѣйствительность соотвѣтствуетъ духу Августова законодательства — § 13 Недѣйствительность и lex decimaria. — § 14. Ratio interdicti и Августъ. — § 15 Lex decimaria и интерполяція Dig. 24, 1, 1 pr. — § 16. Дальнѣйшія интерполяціи . . . . . 371

**§ 22. Разборъ ученія Алибранди.**

Общая оцѣнка теоріи Алибранди . . . . . 378

**I. Принципіальныя возраженія.** — 1. Rationes interdicti. — 2 Крайности интерполяціонизма. — Крайности Алибранди. — 3. Смѣшеніе понятій. — Недѣйствительность, поворотность и запретъ. — Факторы обычнаго права. — Дареніе въ бытовомъ и въ юридическомъ смыслѣ . . . . . 380

**II. Частныя возраженія.** — § 4. Радикальная теорія. — § 5. Смѣшеніе понятій. — Плавтъ. — Рѣчь Катона. — § 6. Præsumptio Muciana. — Недѣйствитель-

СТРАН.

ность, поворотность и запретъ. — Singularitas odiosa. — Lex Julia repetundarum. — § 7 и его неубѣдительность. — § 8. Выраженіе Плутарха. — Выраженіе имп. Константина. — §§ 8 и 9. Мнимые остатки легальнаго текста. — §§ 10 и 11. Неточность выраженія „запретъ“. — Мнимая тенденція противъ запрета. — Сенека. — Ювеналъ. — Выраженіе „maiores“ въ Oratio 206 г. . . . . 382

**III. Заключительныя возраженія.** — § 12. Недѣйствительность и духъ Августова законодательства. — Смѣшеніе понятій. — § 13. Lex decimaria и Oratio 206 г. — § 14. Rationes interdicti. — 15. Неправдоподобность интерполяціи, предполагаемой Алибранди. — Неудовлетворительность грамматической критики текста Dig 24, 1, 1 pr. . . . . 395

**IV. Пересмотръ текстовъ.** — § 16. Документальное опроверженіе мысли, будто слова ius civile въ Dig. 24, 1, 5, 18 интерполированы. — Пересмотръ текстовъ. — 1. Dig. 23, 4, 5, 1. — 2. Dig. 41, 2, 1, 4. — 3. Dig. 24, 1, 26 pr. — 4 Dig 24, 1, 3, 12. — 5 Dig. 23, 3, 5, 9. — Vat Fr. § 269. — 6. Dig. 24, 1, 32, 1. — 7. Cod. 5, 9, 6 pr. — 8. Cod. 5, 16, 4. — 9. Cod 5, 16, 20. — 10. Vat. Fr. § 96. — Несогласимыя съ теоріей Алибранди данныя источниковъ. — Dig. 23. 4, 27 — Dig. 24, 1, 7, 6. — Dig. 1, 3, 36. — Виндикація и кондикція — Dig. 24, 1, 5, 18, Cod. 1, 14, 5 и lex Cincia 399

## § 23. Теорія де-Медіо.

**I. Крайній интерполяціонизмъ.** — Недѣйствительность ipso iure и виндикація введены интерполяторами. — Полная неудовлетворительность теоріи де-Медіо. — Критическія замѣчанія де-Медіо. — Мнимая юридическая ересь. — Свидѣтельства источниковъ о кондикціи, какъ о единственномъ искѣ. — Недѣйствительность ipso iure внесена интерполяторами. — Отмѣна ретенцій, какъ причина интерполяцій. — Необходимость для де-Медіо допустить еще множество интерполяцій 405

**II. Критика теоріи де-Медіо.** — „Еретичность“ недѣйствительности. — Согласіе Dig. 24. 1, 3, 10 и Cod. 1, 14, 5. — Paul. 2, 23, 5. — Paul. 2, 23, 5 = Dig. 34, 5, 8. — Полное опроверженіе теоріи де-Медіо . . 409

## § 24. Заключеніе.

Общій обзоръ всей литературы. — Положительные выводы изъ разбора прежнихъ теорій — Недѣйствительность зародилась на почвѣ дотальнаго иска. — Недѣйствительность, какъ продуктъ сознанія. — Хроно-

СТРАН

логическія данныя. — Стороны въ дотальномъ искѣ. — Положеніе сторонъ. — Бытовая обстановка. — Юридическая обстановка. — Onus probandi и praesumptio Muciana. — Переломъ въ исторіи римскаго брачнаго права. — Юридическая двойственность приданаго, какъ послѣдствіе этого перелома — Сопоставленіе трехъ формъ залога и двухъ формъ брачно-имущественнаго права. — Связь съ надломомъ недѣйствительности супружескихъ дареній. — Неизбѣжность отрицательнаго отношенія къ безповоротнымъ дареніямъ между супругами. — Прекращеніе брака и actio rei uxoriae. — Даренія жены. — Даренія мужа. — Послѣдній выводъ. — Апріорныя трудности — Вопросъ о недѣйствительности. — Сознаніе непрочности дареній — Неизбѣжность попытокъ ихъ упрочить. — Возникновеніе ретенцій. — Участіе эдикта. — Послѣдствія ретенцій. — Поворотность дареній. — Принципальный вопросъ о дѣйствительности дареній между супругами. — Послѣдствія поворотности. — Перестановка общаго правила и исключеній. — Исцѣлимость и недѣйствительность. — Дѣйствительность дареній при недѣйствительности брака. — Кондикція, какъ начало недѣйствительности. — Понятіе запрета. — Виндикація. — Древность недѣйствительности . . 412

## IV.

## Oratio 206 года.

**§ 1. Dig. 24, 1, 23 и 24, 1, 32, 1. Глоссаторы.**

**I. Исходная трудность.** — Преобразованіе 206 года. — Разногласіе источниковъ — Dig. 24, 1, 23. — Dig. 24, 1, 32, 1. . . . . 431

**II. Acio и глосса.** — Историческія согласованія. — Acio. — Аккурсій. — Вивіанъ. — Аккурсій. — Историческія теоріи глоссаторовъ. — Общая основа и выводы изъ нея. — 1. Два указа. — 2. Историческій планъ изложенія титула Dig. 24, 1. — Критика Бейнкерсгука. — Историческая несостоятельность глоссаторовъ. — „Recte“. — Первая теорія. — Вторая теорія. — Догматическая теорія . . . . . 432

**§ 2. Теорія Дюарена о двухъ законахъ.**

**I. Дюаренъ.** — Два указа. — Успѣхъ теоріи Дюарена. . . . . 435

**II. Отманъ.** — Скептическая критика теоріи Дюарена. . . . . 436

стран.

**III. Фавръ.** — Критика Дюарена. — Собственная теорія Фавра. — Документальное опроверженіе Фавра и Савиньи. — Перестановка трудности Фавромъ 436

**IV. Джентиле.** — Фавръ и Джентиле. — Теорія Джентиле. — Шаткость теоріи Джентиле . . . . 440

**V. Шифордеггеръ.** — Защита Фавра. — Теорія Шифордеггера. — Оцѣнка этой теоріи . . . . 442

## §. 3. Первое возрожденіе теоріи Дюарена.

**I. Упадокъ теоріи Дюарена.** — Слабости и живучесть теоріи Дюарена . . . . . 443

**II. Виссенбахъ.** . . . . . 444

**III. Греве.** . . . . . 444

**IV. Вутъ.** — Теорія Вута. — Разборъ мнѣнія Вута . . . . . 444

**V. Бренкманъ.** — Теорія Бренкмана. — Разборъ мнѣнія Бренкмана . . . . . 446

**VI. Вестенбергъ.** — Послѣдній поборникъ Дюарена. — Судьба теоріи Вестенберга . . . . . 447

**VII. Ноодтъ.** — Единство Oratio 206 г. . . 447

**VIII. Гейнеке.** — Полемика на почвѣ Ноодта . 448

**IX. Бейнкерсгукъ.** — Бейнкерсгукъ противъ Дюарена. — Вторичный упадокъ теоріи Дюарена. . . 448

**X. Рихтеръ.** — Первое возраженіе Дюарену. — Второе возраженіе — Cod. 5, 16, 3. — Два указа . 449

**XI. Глюкъ.** . . . . . 450

## § 4. Второе возрожденіе теоріи Дюарена.

**I. Пухта.** — Послѣднее возрожденіе теоріи въ XIX вѣкѣ. — Dig. 24, 1, 23. — Трудности текста. — Первая трудность. — Вторая трудность. — Третья трудность. — Значеніе Dig. 24, 1, 23. — Историческое объясненіе, какъ единственный исходъ. — Доказательства Пухты. — 1. Dig. 24, 1, 32, 1 и однородные тексты. — 2. Vat. Fr. § 276. — 3. Стилистическія особенности Dig. 24, 1, 23.—4. Cod. 5, 16, 3. — Опроверженіе возраженій противъ исторической гипотезы. — Оговорки Пухты . . . . . 450

**II. Савиньи.** — Протестъ Савиньи. — 1. Невѣроятность двухъ указовъ. — 2. Отсутствіе слѣдовъ въ источникахъ . . . . . 453

**III. Рудорффъ.** — Двѣ рѣчи, одинъ сенатусконсультъ . . . . . 454

стран

## § 5. Несостоятельность теоріи Дюарена.

**I. Пересмотръ критиковъ Дюарена.** — Побѣда Савиньи. — Разборъ мнѣнія Пухты. — Raison d'être исторической гипотезы. . . . . 454

**II. Затрудненія Пухты.** — Разборъ главной трудности. — Ея предпосылка. — Разборъ первой трудности — Разборъ второй трудности. — Разборъ третьей трудности. — Трудность, неразъясненная Пухтою 455

**III. Доводы Пухты.** — Разборъ доказательствъ Пухты. — 1. Dig. 24, 1, 32, 1 и однородные тексты. — 2. Vat. Fr. § 276. — 3 Dig. 24, 1, 23. — 4. Cod. 5, 16, 3. — Разборъ опроверженій Пухты . . . . . 458

**IV. Савиньи.** — Невѣроятно ли изданіе двухъ указовъ. — Пестрота наименованій. — Отсутствіе слѣдовъ въ источникахъ . . . . . 459

## § 6. Текстъ источниковъ, однородный съ Dig. 24, 1, 23.

**I. Vat. Fr. § 267.** — Заключеніе о спорѣ Пухты и Савиньи. — „Новый фактъ". — Vat. Fr. § 267 . . 460

**II. Конъектуры Венка, Гассе и Бухгольца.** — Разночтеніе Венка. — Разночтеніе Гассе. — Разночтеніе и толкованіе Бухгольца . . . . . 461

**III. Защита текста.** — Толкованіе Vat. Fr. § 267. 462

**IV. Субскрипція.** — Загадочность субскрипціи. — Пробѣлъ въ субскрипціи . . . . . 463

## § 7. Историческое изученіе Oratio 206 г. въ литературѣ.

Обзоръ литературы . . . . . 464

**I. Ривайль.** — Honoris causa nominatio . . . 464

**II. Бодуэнъ.** — Отрывочность его замѣчаній. — Теорія Бодуэна. . . . . 465

**III. Джентиле.** — Пестрота наименованій. — „Ante excessum". — „Смягченіе" древняго права. — Критика мнѣнія Джентиле. . . . . 466

**IV. Ретесъ.** — Реституція oratio 206 г. — Критика взглядовъ Ретеса . . . . . 467

**V. Отто.** — Критика Джентиле . . . . . 468

**VI. Ноодтъ.** — Пестрота наименованій. — Анахронизмы въ изложеніи Ноодта. . . . . 469

## § 8. Рихтеръ и его монографія объ Oratio 206 года.

**I. Общая оцѣнка диссертаціи Рихтера.** - -

стран

Рихтеръ и его монографія. — Историческіе матеріалы Рихтера . . . . . 470

**II. Oratio 206 г. у Рихтера.** — Вопросъ о содержаніи Oratio 206 г. — „Consumpsisse“. — Даренія promittendo и Oratio 206 г. . . . . 472

**III. Реституція Рихтера и Глюкка.** — Возстановленіе текста Oratio 206 г. — Реституція сенатусконсульта . . . . . 474

**IV. Разборъ реституцій Рихтера и Глюкка.** I и IV части. — II часть. — III часть — V часть . 477

## § 9. Историческая обстановка и значеніе Oratio 206 года.

**I. Задачи историка.** — Современное положеніе вопроса. — Очередныя задачи — Историческая обстановка въ 206 г. . . . . 479

**II. Северъ.** — Северъ, какъ законодатель и авторъ Oratio 206 г. — Практическое значеніе преобразованія 206 г. . . . . 480

**III. Наименованія Oratio 206 г.** — Пестрота наименованій Oratio. — Возможность классификаціи. — Наименованія памятника. — Имена императоровъ. — Хронологія. — Колебанія тѣхъ же авторовъ въ терминологіи. — Разъясненія Фиттинга и Момсена. — Офиціальный и придворный слогъ. — Преобладающая роль Севера. — Oratio, constitutio, senatusconsultum, decretum senatus . . . . . 483

**IV. Преобразованіе Севера.** — Принципальное значеніе преобразованія. — Законодательная форма преобразованія. — Успѣшныя послѣдствія . . . 487

## § 10. Планъ Oratio.

**I. Реституція.** — Утрата подлиннаго текста. — Возстановленіе памятника. — „Реституція“ Одофреда. — Предѣлы задачи. — Отрывки Ульпіана, какъ главное пособіе . . . . . 488

**II. 32-я книга Ульпіана ad Sabinum.** — 32-я книга Ульпіана. — Порядокъ изложенія. — 1. Personae. — 2. Res. — Дѣйствительность дареній. — 3. Actiones. — 4. Даренія mortis causa. — Институціонный порядокъ Ульпіана . . . . . 490

**III. 33-я книга Ульпіана ad Sabinum.** — Начальные параграфы. — Слѣды институціоннаго порядка. — Сопоставленіе 32-й и 33-й книги . . . . . 493

**IV. Планъ Oratio по 33-й книгѣ Ульпіана.** —

стран

Начало fr. 32. — Dig. 24, 1, 32, 2. — Dig. 24, 1, 32, 3—5. — Dig 24, 1, 32, 6—8. — Dig. 24, 1, 32, 9. — Первая половина § 9-го. — Отсутствіе обогащенія. — „Consumpsisse“. — Обогащеніе и консумпція. — § 9 и содержаніе Oratio. — Еще разъ „consumpsisse“. — Вторая половина § 9-го. — Значеніе Dig. 24, 1, 32, 6—8. — Dig. 24, 1, 32, 10—15. — Заключеніе . . . 494

§ 11. Содержаніе Oratio.

**I. Планъ Oratio и ея отрывки.** — Сопоставленіе плана съ уцѣлѣвшими отрывками Oratio 206 г. . . 500

**II. Выводы изъ сопоставленія.** — Пробѣлъ нашихъ свѣдѣній. — Общая мысль плана. — Окончательный итогъ . . . . . 500

**III. Толкованія къ реституціи.** — I часть. — II часть. — III часть. — IV часть. — V часть. — VI часть. — VII часть. — VIII часть. — IX часть. — X часть. — XI часть. — XII часть . . . . . 503

## V.

## Указатели.

# I

# МАТЕРІАЛЫ

# I.

# ИСТОЧНИКИ.

Настоящій списокъ долженъ перечислить всѣ мѣста источниковъ, непосредственно, и главныя мѣста, посредственно касающіяся дареній между супругами. Непосредственно касающимися сочтены тѣ, въ которыхъ прямыми словами упомянуто о дареніи между супругами. Посредственно касающимися сочтены тѣ, при толкованіи которыхъ необходимо принимать во вниманіе ученіе о дареніяхъ между супругами. Не включены въ списокъ тѣ мѣста, которыя, будучи даже существенно важнымъ косвеннымъ матеріаломъ при изученіи правилъ о дареніяхъ между супругами, не требуютъ, однако, привлеченія этихъ правилъ къ собственному истолкованію. Такъ какъ 1-й титулъ 24-й книги дигестъ и 16-й титулъ 5-й книги кодекса являются sedes materiæ, то въ спискѣ упоминаются только тѣ ихъ отрывки, которые вошли въ василики или Jurisprudentia antehadrianea Бремера. Зато въ намѣченныхъ предѣлахъ списокъ предполагается полнымъ, совершенно независимо отъ большей или меньшей важности каждаго отдѣльнаго текста.

---

# Digesta.

Первый столбецъ указываетъ томъ и страницу Jurisprudentia antehadrianea Бремера, второй столбецъ — мѣсто текста въ дигестахъ, третій столбецъ — мѣсто въ василикахъ.

| | | |
|---|---|---|
| | 1, 3, 36. | 2, 1, 45 (I, 39). |
| | 5, 3, 13, 1. | 42, 1, 13 (IV, 193) |
| | 6, 1, 27, 5. | 15, 1, 27 (II$^b$, 19). |
| | 6, 1, 77. | 15, 1, 77 (II$^b$, 32). |
| | 6, 2, 12 pr. | 15, 2, 12 (II$^b$, 46). |
| II, 452. | 7, 8, 4, 1. | 16, 8, 4 (II$^s$, 115). |
| | 10, 4, 14. | 15, 4, 14 (II$^b$, 60). |
| | 16, 1, 17 pr. | 26, 7, 48 (III, 140). |
| | 18, 1, 38. | 19, 1, 38 (II$^s$, 259; VII, 14 и præf. VI). |
| | 20, 1, 1, 4. | 25, 2, 1 (III, 67). |
| | 22, 1, 45 | 23, 3, 45 (II, 718). |
| | 23, 3, 5, 9. | 29, 1, 1, 9 (III, 350) |
| | 23, 3, 12 pr. | 29, 1, 8 (III, 358). |
| III, 321. | 23, 3, 53. | 29, 1, 49 (III, 388). |
| | 23, 3, 69, 9. | 29, 1, 65 (III, 412 и 411). |
| | 23, 4, 5, 1. | 29, 5, 5 (III, 468). |
| | 28, 4, 20 pr. | 29, 5, 18 (III, 470). |
| | 23, 4, 22. | 29, 5, 20 (III, 471). |
| | 23, 4, 27 | 29, 5, 25 (III, 474). |
| | 23, 4, 28. | 29, 5, 26 (III, 474). |
| | 23, 4, 29 pr. | 29, 5, 27 (III, 475). |
| | 23, 4, 31. | 29, 5, 29 (III, 478). |
| | 23, 4, 32 pr. | 29, 5, 30 (III, 479). |
| | 24, 1, 1. | 30, 1, 1 (III, 499). |
| | 24, 1, 2. | 30, 1, 2 (III, 499). |
| | 24, 1, 3 pr.—10 и 12—13. | 30, 1, 3 (III, 499). |
| | 24, 1, 4. | 30, 1, 4 (III, 501). |
| | 24, 1, 5 pr. — 4. | 30, 1, 5 pr. — 4 (III, 501). |
| III, 347. | 24, 1, 5, 5. | 30, 1, 5, 5 (III, 501). |
| | 24, 1, 5, 6—18. | 30, 1, 5, 6 сл. (III, 501) |
| | 24, 1, 6. | 30, 1, 6 (III, 502). |
| | 24, 1, 7 pr. — 4. | 30, 1, 7 pr. — 4 (III, 502) |
| | 24, 1, 7, 5. | 30, 1, 7, 5 (III, 503; VII, 159). |
| | 24, 1, 7, 6—7. | 30, 1, 7, 6—7 (III, 503). |
| II, 499. | 24, 1, 7, 8. | 30, 1, 7, 8 (III, 503). |
| | 24, 1, 7, 9. | 30, 1, 7, 9 (III, 503). |
| | 24, 1, 8. | 30, 1, 8 (III, 503). |
| | 24, 1, 9, 1. | 30, 1, 9 (III, 503). |
| II, 499. | 24, 1, 9, 2. | 30, 1, 9 (III, 503). |
| | 24, 1, 10. | 30, 1, 10 (III, 503). |

| | | |
|---|---|---|
| | 24, 1, 11 pr. | 30, 1, 11 (III, 503) |
| III, 587. | 24, 1, 11, 1. | 30, 1, 11 (III, 503) |
| | 24, 1, 11, 2. | 30, 1, 11 (III, 503). |
| II, 499; III, 57. | 24, 1, 11, 3. | |
| | 24, 1, 11, 4. | 30, 1, 11 (III, 503). |
| | 24, 1, 11, 7. | 30, 1, 11 (III, 503). |
| | 24, 1, 11, 8. | 30, 1, 11 (III, 504). |
| | 24, 1, 11, 9. | 30, 1, 11 (III, 504; VII, 159). |
| | 24, 1, 11, 10–24, 1, 13 pr. | 30, 1, 11—13 (III, 504). |
| | 24, 1, 13, 1. | 30, 1, 13 (III, 504; VII, 159). |
| III, 350. | 24, 1, 13, 2. | 30, 1, 13 (III, 504; VII, 159) |
| | 24, 1, 14—15 pr. | 30, 1, 14—15 (III, 504). |
| | 24, 1, 15, 1. | 30, 1, 15 (III, 504; VII, 159). |
| | 24, 1, 17– 18. | 30, 1, 16—17 (III, 504). |
| | 24, 1, 19. | 30, 1, 18 (III, 504; VII, 159). |
| III, 187 | 24, 1, 20 | 30, 1, 19 (III, 504). |
| III, 332. | 24, 1, 21. | 30, 1, 20 (III, 504). |
| | 24, 1, 22. | 30, 1, 21 (III, 504). |
| | 24, 1, 23. | 30, 1, 22 (III, 504) |
| | 24, 1, 24. | 30, 1, 23 (III, 504; VII, 159). |
| | 24, 1, 25. | 30, 1, 24 (III, 505) |
| II, 498 | 24, 1, 26 pr. | 30, 1, 25 (III, 505). |
| III, 347. | 24, 1, 26, 1. | 30, 1, 25 (III, 505). |
| | 24, 1, 27. | 30, 1, 26 (III, 505). |
| III, 231. | 24, 1, 28 pr. | 30, 1, 27 (III, 505). |
| | 24, 1, 28, 1—2. | 30, 1, 27 (III, 505). |
| III, 231. | 24, 1, 28, 3. | 30, 1, 27 (III, 505). |
| | 24, 1, 28, 4—6. | 30, 1, 27 (III, 505). |
| | 24, 1, 28, 7. | 30, 1, 27 (III, 505; VII, 159). |
| III, 265. | 24, 1, 29 pr. | 30, 1, 28 (III, 505). |
| II, 235. | 24, 1, 29, 1. | 30, 1, 28 (III, 506). |
| II, 235. | 24, 1, 31 pr. | 30, 1, 29 (III, 506). |
| II, 235. | 24, 1, 31, 1. | 30, 1, 29 (III, 506) |
| | 24, 1, 31, 2. | 30, 1, 29 (III, 506; VII, 159). |
| | 24, 1, 31, 3. | 30, 1, 29 (III, 506). |
| | 24, 1, 31, 4—5. | 30, 1, 29 (III, 506; VII, 27). |
| | 24, 1, 31, 6—7. | 30, 1, 29 (III, 506). |
| II, 498. | 24, 1, 31, 8. | 30, 1, 29 (III, 506; VII, 27). |
| | 24, 1, 31, 9—10. | 30, 1, 29 (III, 506). |
| | 24, 1, 32, 1. | 30, 1, 30 (III, 506). |
| | 24, 1, 32, 2—4. | 30, 1, 30 (III, 506; VII, 27). |
| | 24, 1, 32, 5—6. | 30, 1, 30 (III, 506). |
| | 24, 1, 32, 7—11. | 30, 1, 30 (III, 507). |
| | 24, 1, 32, 13—21. | 30, 1, 30 (III, 507). |
| | 24, 1, 32, 22 | 30, 1, 30 (III, 507; VII, 27) |
| | 24, 1, 32, 24—26. | 30, 1, 30 (III, 507). |
| II, 206. | 24, 1, 32, 27. | 30, 1, 30 (III, 507—508). |
| | 24, 1, 32, 28. | 30, 1, 30 (III, 508). |

| | | |
|---|---|---|
| | 24, 1, 33. | 30, 1, 31 (III, 508). |
| | 24, 1, 34. | 30, 1, 32 (III, 508; VII, 27). |
| | 24, 1, 35. | 30, 1, 33 (III, 508). |
| II, 91. | 24, 1, 36 pr. | 30, 1, 34 (III, 508). |
| III, 546. | 24, 1, 36, 1. | 30, 1, 34 (III, 508). |
| | 24, 1, 37. | 30, 1, 35 (III, 508; VII, 27). |
| I, 189; I, 304. | 24, 1, 38 pr. | 30, 1, 36 (III, 508). |
| I, 188. | 24, 1, 38, 1. | 30, 1, 36 (III, 508). |
| II, 282. | 24, 1, 39. | 30, 1, 37 (III, 508). |
| | 24, 1, 40. | 30, 1, 38 (III, 508; VII, 27). |
| | 24, 1, 41—42. | 30, 1, 39—40 (III, 508; VII, 27). |
| | 24, 1, 43. | 30, 1, 41 (III, 508). |
| III, 326. | 24, 1, 44. | 30, 1, 42 (III, 508—509). |
| | 24, 1, 45—46. | 30, 1, 43—44 (III, 509). |
| | 24, 1, 48. | 30, 1, 45 (III, 509; VII, 27). |
| | 24, 1, 49. | 30, 1, 46 (III, 509). |
| III, 489. | 24, 1, 50. | 30, 1, 47 (III, 509). |
| | 24, 1, 51—52. | 30, 1, 48—49 (III, 509). |
| | 24, 1, 53 pr. | 30, 1, 50 (III, 509). |
| | 24, 1, 53, 1. | 30, 1, 50 (III, 509; VII, 27). |
| | 24, 1, 54. | 30, 1, 51 (III, 509). |
| | 24, 1, 55. | 30, 1, 52 (III, 509—510). |
| | 24, 1, 56. | 30, 1, 53 (III, 510; VII, 27). |
| | 24, 1, 57—61. | 30, 1, 54—58 (III, 510). |
| III, 336. | 24, 1, 63. | 30, 1, 59 (III, 510). |
| I, 402; II, 207; III, 256; III, 434. | 24, 1, 64. | 30, 1, 60 (III, 510). |
| II, 206; III, 435. | 24, 1, 65. | 30, 1, 61 (III, 510). |
| | 24, 1, 66. | 30, 1, 62 (III, 510). |
| II, 154. | 24, 1, 67 | 30, 1, 63 (III, 511). |
| | 24, 3, 7, 5. | 28, 8, 7, 5 (III, 241). |
| | 24, 3, 15, 1. | 28, 8, 15 (III, 253). |
| | 24, 3, 25 pr. | 28, 8, 25 (III, 268). |
| | 24, 3, 62. | 28, 8, 59 (III, 286). |
| | 24, 3, 63. | 28, 8, 60 (III, 286). |
| I, 402; II, 205; III, 435. | 24, 3, 66, 1. | 28, 8, 63 (III, 289). |
| | 25, 1, 11, 1. | 28, 10, 11 (III, 298). |
| | 25, 2, 23. | 28, 11, 23 (III, 309). |
| | 30, 43, 1. | |
| | 30, 57. | |
| | 30, 109 pr. | |
| | 31, 34, 3. | 44, 2, 33—34 (Sed § 3 deest). |
| | 31, 68. | |
| | 31, 77, 17. | (VII, 76). |
| | 32, 33, 1. | |
| | 32, 33, 2. | |

| | | |
|---|---|---|
| | 32, 41 pr. | |
| | 32, 49, 1. | |
| | 33, 4, 1, 3. | (VII, 81). |
| | 33, 4, 1, 9. | |
| | 33, 4, 5. | |
| | 34, 2, 13. | |
| | 34, 4, 4. | |
| | 34, 4, 24, 1. | |
| | 34, 5, 8. | |
| | 35, 2, 15, 5. | 41, 1, 15 (IV, 99). |
| | 39, 5, 1, 1. | 47, 1, 1 (IV, 563). |
| | 39, 5, 5. | 47, 1, 4 (IV, 565). |
| | 39, 5, 14. | 47, 1, 13 (IV, 569). |
| | 39, 5, 15. | 47, 1, 14 (IV, 569). |
| | 39, 5, 31 pr. | 47, 1, 30 (IV, 576). |
| | 39, 6, 11. | 47, 3, 11 (IV, 600). |
| | 39, 6, 26. | 47, 3, 26 (IV, 604). |
| | 39, 6, 27. | 47, 3, 27 (IV, 604). |
| | 39, 6, 40. | 47, 3, 40 (IV, 610). |
| | 39, 6, 43. | 47, 3, 43 (IV, 613). |
| | 40, 12, 44, 1. | 48, 8, 43 (IV, 733). |
| | 41, 1, 57. | 50, 1, 55 (V, 45). |
| III, 546. | 41, 2, 1, 4. | 50, 2, 1 (V. 46). |
| | 41, 2, 16. | 50, 2, 15 (V, 50). |
| | 41, 3, 42. | 50, 3, 40 (V, 61). |
| II, 24; III, 67. | 41, 6, 1, 2. | 50, 6, 1 (V, 68). |
| I, 414. | 41, 6, 3. | 50, 6, 3 (V, 68). |
| | 41, 6, 6. | 50, 6, 6 (V, 68). |
| | 41, 7, 5 pr. | 50, 7, 5—6 (V, 69). |
| | 42, 8, 8. | 11, 8, 8 (I, 478). |
| | 43, 16, 1, 10. | 60, 17, 7—8 (V, 574). |
| | 44, 4, 4, 1. | 51, 4, 4, 1 (V, 95). |
| | 44, 4, 10. | 51, 4, 10 (V, 98). |
| | 45, 1, 97, 2. | |
| | 45, 1, 111. | |
| | 46, 3, 38, 1. | 26, 5, 38 (III, 119). |
| | 48, 11, 1, 1. | 60, 43, 1 (V, 812). |
| | 49, 17, 6. | (VII, 136). |
| | 49, 17, 8. | |
| | 50, 16, 170. | 2, 2, 164 (I, 54). |

## Codex.

Первый столбецъ указываетъ мѣсто въ кодексѣ, второй — въ василикахъ.

| | |
|---|---|
| 1, 3, 44, 3. | |
| 3, 29, 8, 1. | 41, 4, 8 (IV, 158). |

| | |
|---|---|
| 4, 38, 4. | |
| 4, 38, 6. | |
| 4, 38, 7. | 19, 5, 17 (II$^{b}$, 265). |
| 4, 50, 1. | |
| 4, 50, 4. | |
| 4, 50, 5. | |
| 4, 50, 6. | 19, 15, 6 (II$^{b}$, 287; VII, 189). |
| 5, 3, 4. | 28, 3, 4 (III, 161). |
| 5, 3, 6. | 28, 3, 6 (III, 161). |
| 5, 3, 12. | 28, 3, 12 (III, 163) |
| 5, 3, 13. | 28, 3, 13 (III, 163) |
| 5, 3, 20. | |
| 5, 5, 4. | |
| 5, 5, 6. | |
| 5, 9, 6 pr. | |
| 5, 12, 14. | 29, 1, 101 (III, 437). |
| 5, 12, 20. | 29, 1, 107 (III, 440). |
| 5, 13, 1, 5. | 29, 1, 119 (III, 449). |
| 5, 15, 2. | 29, 5, 42 (III, 485). |
| 5, 16, 1. | 30, 1, 64 (III, 511; VII, 28). |
| 5, 16, 2—7. | 30, 1, 65—70 (III, 511). |
| 5, 16, 8. | 30, 1, 71 (III 511; VII, 28 и præf.). |
| 5, 16, 9. | 30, 1, 72 (III, 511). |
| 5, 16, 10. | 30, 1, 73 (III 512; VII, 28 и præf.). |
| 5, 16, 11—14. | 30, 1, 74—77 (III, 512). |
| 5, 16, 15. | 30, 1, 78 (III, 512). |
| 5, 16, 16. | 30, 1, 79 (III, 512; VII, 28 и præf.). |
| 5, 16, 17. | 30, 1, 80 (III, 512; VII, 28 и præf.). |
| 5, 16, 18. | 30, 1, 81 (III, 512). |
| 5, 16, 19. | 30, 1, 82 (III, 512). |
| 5, 16, 20. | 30, 1, 83 (III, 512). |
| 5, 16, 21. | 30, 1, 84 (III, 513; VII, 29). |
| 5, 16, 22. | 30, 1, 85 (III, 513; VII, 29). |
| 5, 16, 23. | 30, 1, 86 (III, 513; VII, 29). |
| 5, 16, 24. | 30, 1, 87 (III, 513). |
| 5, 16, 25—27. | 30, 1, 88—90 (III, 513). |
| 5, 19, 1. | 28, 9, 1 (III, 295). |
| 6, 25, 5, 1. | 35, 12, 33 (III, 604). |
| 6, 37, 19. | |
| 6, 50, 12. | 41, 1, 106 (IV, 132). |
| 6, 61, 1. | 45, 4, 5 (IV, 530). |
| 6, 61, 5. | 45, 4, 8 (IV, 532). |
| 7, 37, 3, 4. | 50, 13, 3 (V, 76—77). |
| 8, 27, 11. | 25, 7, 33 (III, 87). |
| 8, 53, 21. | 47, 1, 54 (IV, 583). |
| 9, 8, 5, 5. | 60, 36, 18 (V, 712). |
| 9, 49, 9 pr. | 60, 52, 16 (V, 883) |
| 9, 49, 9, 2. | 60, 52, 16 (V, 883). |

## Novellae.

Первый столбецъ указываетъ текстъ новеллы, второй столбецъ — мѣсто въ василикахъ.

| | |
|---|---|
| 22, 23. | 28, 14 (III, 322). |
| 22, 32. | 28, 14 (III, 329) |
| 22, 39 | 28, 14 (III, 331). |
| 74, 4 pr. | |
| 162, 1. | 47, 1, 76 (IV, 594). |
| 162, 2. | 48, 26, 3 (IV, 793) |

## Paulus.

Sent 2, 22
2, 23.
5, 11, 1.

## Ulpianus.

6, 9.
7, 1.
7, 3.

## Papinianus.

Collectio 2, 157.

## Scholia Sinaitica.

21.

## Vaticana Fragmenta.

Первый столбецъ указываетъ часть и страницу Jurisprudentia antehadrianea Бремера.

| | |
|---|---|
| | 96. |
| | 103. |
| | 253[b]. |
| | 257. |
| | 267. |
| II, 356. | 269. |
| | 273. |
| | 276. |
| | 284. |
| | 294, 2. |
| | 312. |

## Codex Gregorianus Wisigothorum.

7, 2.

## Codex Syro-Romanus.

L. 14.

---

## Codex Theodosianus.

Первый столбецъ указываетъ мѣсто въ Breviarium, второй въ Ѳеодосіевомъ кодексѣ, третій въ кодексѣ Юстиніана и четвертый въ Василикахъ.

| | | | |
|---|---|---|---|
| 3, 5, 8. | 3, 5, 13. | 5, 3, 17. | |
| 3, 8, 1. | 3, 8, 1. | 5, 9, 2 | |
| 3, 8, 2. | 3, 8, 2. | 5, 9, 3. | |
| 3, 12, 2. | 3, 12, 2. | 5, 5, 6. | |
| 3, 13, 3. | 3, 13, 3. | 5, 8, 11; 5, 19, 1. | 28, 9, 1 (III, 595). |
| | 4, 6, 3. | 5, 27, 1. | |
| 4, 6, 1. | 4, 6, 4. | | |
| 5, 1, 9. | 5, 1, 9. | 6, 1, 8, 1; 6, 24, 11; 8, 53, 29 (?). | |
| | 8, 13, 5. | | |
| | 8, 16, 1, 2. | 8, 57, 1. | |
| | 8, 19, 1. | | |
| 8, 10, 1. | 9, 7, 7. | 9, 9, 32. | |
| 9, 4, 6. | 9, 14, 3, 4. | | |

| | | |
|---|---|---|
| 9, 14, 3, 5. | | |
| 9, 42, 1 pr. | 5, 16, 24. | 30, 1, 87 (III, 513). |
| 9, 42, 1, 3. | 9, 49, 9. | 60, 52, 16 (V, 883). |
| 9, 42, 1, 4. | 9, 49, 9. | 60, 52, 16 (V, 883). |
| 16, 5, 7. | | |

| **Novella Valentiniani III.** | **Theophili Paraphrasis** |
|---|---|
| 13, 1, 1—2. | 2, 5, 2. |
| | 2, 7, 3. |

# II.

# ЮРИСТЫ.

## Алфавитный списокъ юристовъ,

касавшихся ученія о дареніяхъ между супругами.

* Звѣздочкой отмѣчены предположенія Бремера.

Africanus.
Alfenus.
*Cælius.
Cassius.
Celsus.
Clemens (Terentius).
Fulcinius.
Gaius.
Hermogenianus.
Javolenus.
Julianus.
Labeo.
Licinnius Rufinus.
Marcellus.
Marcianus.
Minicius.
Modestinus.
Mucius Q.
Neratius.
Nerva.
Papinianus.
Paulus.
Pedius.
Plautius.
Pomponius.
Proculus.
Sabinus.
Scævola.
*Servius.
Trebatius.
Tryfoninus.
Ulpianus.
Urseius Ferox.
Venuleius.

—

*„dicitur".
*incerti.
plerique et Pomponius.
quidam et Nerva.
Sabiniani.
Scholia Sinaitica.

## Хронологическій списокъ юристовъ,

касавшихся ученія о дареніяхъ между супругами.

Первый столбецъ указываетъ послѣдовательность юристовъ по Крюгеру, второй — по Бремеру, третій — по Ленелю.

| | | |
|---|---|---|
| Q. Mucius. | Q. Mucius. | Q. Mucius. |
| Servius. | Servius. | Servius. |
| Alfenus. | Alfenus. | Alfenus. |
| Trebatius. | Trebatius. | Trebatius. |

| | | |
|---|---|---|
| Labeo. | Labeo. | Labeo. |
| Sabinus. | Sabinus. | Sabinus. |
| Nerva | Nerva. | Nerva |
| Proculus. | Cassius. | Cassius. |
| Cassius. | Pedius | Minicius. |
| Fulcinius. | Proculus. | Proculus. |
| Plautius. | Urseius. | Plautius |
| Urseius | Plautius. | Fulcinius. |
| Minicius | Cælius | Celsus. |
| Javolenus. | Fulcinius. | Pedius. |
| Celsus | Minicius. | Javolenus. |
| Julianus. | Neratius. | Urseius. |
| Neratius. | Javolenus | Neratius. |
| Pedius. | Celsus. | Julianus. |
| Pomponius. | | Pomponius. |
| Africanus. | | Africanus. |
| Clemens. | | Clemens. |
| Venuleius. | | Venuleius. |
| Gaius. | | Gaius |
| Marcellus. | | Marcellus. |
| Scævola | | Scævola. |
| Papinianus. | | Papinianus. |
| Tryfoninus. | | Tryfoninus. |
| Paulus. | | Paulus. |
| Ulpianus | | Ulpianus. |
| Licinnius. | | Marcianus. |
| Marcianus | | Modestinus. |
| Modestinus. | | Licinnius. |
| Hermogenianus. | | Hermogenianus. |

## Палингенезія юристовъ,

касавшихся ученія о дареніяхъ между супругами.

Первый столбецъ указываетъ часть и страницу Jurisprudentia antehadrianea Бремера, второй — книгу и сочиненіе юриста, третій — мѣсто въ нашихъ источникахъ, гдѣ находится выписка, цитата или упоминаніе, и четвертый — № палингенезіи Ленеля подъ именемъ того же юриста. Безъ заголовка перечислены дословныя (интерполированныя) выписки, подъ заголовкомъ Citatur перечислены точныя, неопредѣленныя и глухія ссылки, подъ заголовкомъ Memoratur перечислены мѣста, гдѣ данный юристъ упомянутъ только въ инскрипціи. Звѣздочкой отмѣчены догадки Бремера.

### Africanus.

| | | | |
|---|---|---|---|
| III, 256. | 4 Quæstionum. | D. 16, 1, 17 pr. | 24. |
| | 6 „ | D. 30, 109 pr. | 54. |
| | 7 „ | D. 46, 3, 38, 1. | 79. |
| | 8 „ | D. 25, 2, 23. | 104. |

Citatur.

| | | | |
|---|---|---|---|
| | Paul. 7 ad Sabinum. | D. 24, 1, 2. | 123. |
| | Jav. 6 ex posteriorib. Lab. | D. 24, 1, 64. | I, p. 35 n. 3. |

## Alfenus.

| | | | |
|---|---|---|---|
| I, 304. | 3 Digestorum a Paulo epitomatorum. | D. 24, 1, 38. | 59. |

## Caelius.

| | | | |
|---|---|---|---|
| III, 256. | См. выше Africanus, cit. 2. | | |

## Cassius.

Citatur.

| | | | |
|---|---|---|---|
| III, 24 и 67. | Paul. 54 ad edictum. | D. 41, 6, 1, 2. | 112. |
| III, 57. | Ulp. 32 ad Sabinum. | D. 24, 1, 11, 3. | Ulp. 2768c. |

## Celsus.

| | | | |
|---|---|---|---|
| | 1 Digestorum. | D. 24, 1, 47. | 11. |
| | 9 „ | D. 24, 1, 48. | 85. |
| | 20 „ | D. 33, 4, 1, 9. | 173. |
| | 26 „ | D. 45, 1, 97, 2. | 222. |

Citatur.

| | | | |
|---|---|---|---|
| | 10 Digestorum: Ulp. 32 ad Sabinum. | D. 24, 1, 5, 15. | 88. |
| | 15 Digestorum: Ulp. 32 ad Sabinum. | D. 24, 1, 3, 12. | 120. |
| | Paul. 7 ad Sabinum. | D. 24, 1, 28, 7. | 84. |

## Clemens.

| | | | |
|---|---|---|---|
| | 5 ad. legem Juliam et Papiam. | D. 24, 1, 25. | Terent. 17. |

## Fulcinius.

Citatur.

| | | | |
|---|---|---|---|
| III, 265. | Nerat. 1 Responsorum. | D. 39, 6, 43. | 8. |
| III, 265. | Pomp. 14 ad Sabinum. | D. 24, 1, 29 pr. | 3. |

## Gaius.

| | | | |
|---|---|---|---|
| | 11 ad edictum prov. | D. 24, 1, 6. | 254. |
| | — „ | D. 24, 1, 8. | 255. |

| | | | |
|---|---|---|---|
| | 11 ad edictum prov. | D. 24, 1, 10. | 256. |
| | — „ | D. 24, 1, 30. | 257. |
| | — „ | D. 24, 1, 42. | 258 |
| | — „ | D. 24, 1, 61. | 259 |

## Hermogenianus.

| | | | |
|---|---|---|---|
| | 2 iuris epitomat. | D. 24, 1, 60. | 45 |
| | — „ | D. 24, 1, 62. | 45. |
| | — „ | D. 41, 6, 6. | 46. |

## Javolenus.

| | | | |
|---|---|---|---|
| III, 487. | 11 Epistularum. | D. 24, 1, 20. | 127. |
| III, 489. | 13 „ | D. 24, 1, 50. | 136. |
| III, 434. | 6 ex posterioribus Labeonis. | D. 23, 4, 32 pr. | 223 |
| III, 434. | 6 ex posterioribus Labeonis. | D. 24, 1, 64. | 225 |
| III, 435. | 6 ex posterioribus Labeonis. | D. 24, 3, 66, 1. | 227. |

Memoratur.

| | | | |
|---|---|---|---|
| III, 435. | Labeo 6 posteriorum a Javoleno epitomatorum. | D. 24, 1, 65. | 226 |

## Julianus.

| | | | |
|---|---|---|---|
| | 17 Digestorum. | D. 39, 5, 1, 1. | 291. |
| | — „ | D. 24, 1, 4. | 284. |
| | — „ | D. 24, 1. 37. | 293. |
| | — „ | D. 39, 5, 14. | 294. |
| | 2 ad Urseium. | D. 23, 4, 22. | 893. |
| | 5 ex Minicio. | D. 24, 1, 39. | 871. |

Citatur.

| | | | |
|---|---|---|---|
| | 17 Digestorum: Ulp. 32 ad Sabinum. | D. 23, 3, 5, 9. | 279. |
| | — „ „ | D. 24, 1, 3, 13. | 284. |
| | — „ „ | D. 24, 1, 5, 1. | 285. |
| | — „ „ | D. 24, 1, 5, 13. | 285. |
| | — „ „ | D. 24, 1, 11, 3. | 287. |
| | 18(?) Digestorum: Ulp. 32 ad Sabinum. | D. 24, 1, 15, 1. | 303. |
| | Ulp 15 ad edictum. | D. 5, 3, 13, 1. | 77. |
| | „ 76 „ | D. 44, 4, 4, 1. | 692. |

| | | |
|---|---|---|
| Ulp. 32 ad Sabinum. | D. 24, 1, 5, 4. | 285. |
| „ — „ | D. 24, 1, 5, 5. | 285. |
| „ — „ | D. 24, 1, 9, 1. | 286. |
| „ — „ | D. 24, 1, 11, 1. | 287. |
| „ — „ | D. 24, 1, 11, 10. | 288. |
| „ — „ | D. 24, 1, 11, 11. | 288. |
| „ — „ | D. 24, 1, 13 pr. | 288. |
| „ — „ | D. 24, 1, 17 pr. | 303. |
| „ — „ | D. 24, 1, 19 pr. | 304. |
| „ — „ | D. 24, 1, 19, 1. | 304. |
| „ — „ | D. 24, 1, 21, 1. | 305. |
| „ 33 „ | D. 24, 1, 32, 27. | 292. |
| Paul. 6 ad Plaut. | D. 41, 1, 57. | 610. |
| „ 54 ad edictum. | D. 41, 6, 1, 2. | 621. |
| Pomp. cit. Paul. ad Sab. | D. 24, 1, 28, 5. | 306. |
| Leo et Anthemius. | C. 6, 61, 5, 1. | 273. |

## Labeo.

| | | | |
|---|---|---|---|
| II, 154. | 2 Pithanon a Paulo epit. | D. 24, 1, 67. | 206. |
| II, 206. | 6 posteriorum a Javoleno epitomatorum. | D. 24, 1, 65. | Jav. 226. |

### Citatur.

| | | | |
|---|---|---|---|
| II, 203. | 6 posteriorum a Javoleno epitomatorum. | 23, 4, 32 pr. | Jav. 223. |
| II, 205. | 6 posteriorum a Javoleno epitomatorum. | D. 24, 3, 66, 1. | Jav. 227. |
| II, 207. | Javol. 6 ex posterioribus Labeonis. | D. 24, 1, 64. | Jav. 225. |
| | Julian. cit. Ulp. 76 ad ed. | D. 44, 4, 4, 1. | 185. |
| II, 235. | Pomp. 14 ad Sabinum. | D. 24, 1, 29, 1. | 307. |
| *II, 235. | „ — „ „ | D. 24, 1, 31 pr.—1. | 307. |
| II, 206. | Ulpian. 33 „ „ | D. 24, 1, 32, 27. | 305; Jav. 226 |

### Memoratur.

| | | | |
|---|---|---|---|
| II, 207. | Jav. 6 ex posterior. Lab. | D. 24, 1, 64. | Jav. 225. |

## Licinnius.

| | | |
|---|---|---|
| 6 Regularum. | D. 24, 1, 41. | 12. |

## Marcellus.

| | | |
|---|---|---|
| 7 Digestorum. | D. 24, 1, 49. | 90. |

Citatur.

| | | |
|---|---|---|
| 7 Digestorum: Ulp. 31 (32?) ad Sabinum. | D. 24, 1, 7, 1. | 86. |
| 7 Digestorum: Ulp. 32 ad Sabinum. | D. 24, 1, 5, 17. | 85. |
| 7 Digestorum: Ulp. 7 ad edictum. | D. 24, 1, 45. | 89. |
| Ulp. 21 ad Sabinum. | D. 30, 43, 1. | 89. |
| „ 32 „ | D. 24, 1, 11, 2. | 87. |
| „ — „ | D. 24, 1, 11, 3. | 87. |
| „ — „ | D. 24, 1, 11, 6. | 87. |
| „ — „ | D. 24, 1, 11, 7. | 87. |
| „ — „ | D. 24, 1, 19, 1. | 88. |

## Marcianus.

| | | |
|---|---|---|
| 2 Regularum. | D. 39, 6, 26. | 232. |
| 3 „ | D. 33, 4, 5. | 245. |
| — „ | D. 44, 4, 10. | 246. |
| 5 „ | D. 39, 6, 27. | 281. |
| 3 Institutionum. | D. 39, 5, 15. | 82. |
| 14 „ | D. 48, 11, 1, 1. | 177. |

## Minicius.

Memoratur.

| | | | |
|---|---|---|---|
| III, 282. | Julian. 6 ex Minicio. | D. 24, 1, 39. | Jul. 871. |

## Modestinus.

| | | |
|---|---|---|
| 7 Regularum. | D. 24, 1, 27. | 235. |
| 10 Responsorum. | D. 31, 34, 3. | 318. |
| 2 Differentiarum. | D. 42, 1, 20. | 10. |

## Mucius Q.

Citatur.

| | | | |
|---|---|---|---|
| I, 72. | Pomp. 5 ad Q. Mucium. | D. 24, 1, 51. | 19. |
| I, 78. | Ulp. 17 ad Sabinum. | D. 7, 8, 4, 1. | 13. |

Memoratur.

| | | | |
|---|---|---|---|
| I, 72. | Pomp. 5 ad Q. Mucium. | D. 24, 1, 51. | 19. |
| | „ — „ „ | D. 45, 1, 111. | Pomp. 241. |
| | „ 22 „ „ | D. 22, 1, 45. | Pomp. 283. |
| | „ 24 „ „ | D. 41, 6, 3. | Pomp. 290. |

## Neratius.

| | | | |
|---|---|---|---|
| III, 300. | 1 Responsorum. | D. 39, 6, 43. | 82. |
| III, 321. | 3 Membranarum. | D. 23, 3, 53. | 22. |
| III, 326. | 5 „ | D. 24, 1, 44. | 39. |

Citatur.

| | | | |
|---|---|---|---|
| III, 347. | Ulp. 32 ad Sabinum. | D. 24, 1, 5, 5 | 149. |
| III, 350. | „ — „ „ | D. 24, 1, 13, 2. | 150. |
| III, 347. | Paul. 7 „ „ | D 24, 1, 26, 1. | 151. |
| III, 336. | „ 3 „ Neratium. | D. 24, 1, 63. | 152. |

Memoratur.

| | | | |
|---|---|---|---|
| III, 336. | Paul. 3 ad Neratium | D. 24, 1, 63. | Paul. 1040. |

## Nerva (pater).

Citatur.

| | | | |
|---|---|---|---|
| II, 306. | Paul. 36 ad edictum. | D. 24, 1, 36, 1. | 19. |

## Papinianus.

| | | | |
|---|---|---|---|
| 1 | Definitionum. | D. 23, 4, 27. | 37. |
| 1 | Responsorum. | Coll. II, 157. | 401. |
| 4 | „ | D. 23, 3, 69, 9. | 498 |
| — | „ | D. 24, 1, 53. | 502—503. |
| 8 | „ | D. 24, 1, 54. | 597. |
| — | „ | D. 31, 77, 17. | 599. |
| — | „ | D 34, 4, 24, 1. | 594. |
| 11 | „ | D. 20, 1, 1, 4. | 652 |
| 12 | „ | D. 39, 5, 31. Vat Fr. 257. | 690 cm. |
| — | „ | Vat. Fr. 294. | 700. |
| — | „ | Vat. Fr. 253[b]. | 687. |
| 13 | „ | D. 35, 2, 15, 5. | 701. |
| 3 | Quæstionum. | D. 41, 3, 42. | 94. |
| 10 | „ | D. 24, 1, 52. | 184. |
| 26 | „ | D. 42, 8, 18. | 321. |
| 29 | „ | D. 39, 6, 40. | 355. |

Citatur.

| | | |
|---|---|---|
| 10 Quæstionum: Ulp. 39 ad Sabinum, | D. 24, 1, 32, 37. | 178. |
| 19 Quæstionum: Ulp. 17 ad Sabinum. | D. 7, 8, 4, 1. | 274. |

| | | |
|---|---|---|
| 4 Responsorum: Ulp 32 ad Sabinum. | D. 24, 1, 21 pr. | 501. |
| 4 Responsorum: Ulp. 33 ad Sabinum. | D. 24, 1, 32, 16. | 502. |
| Ulp. 6 ad Sabinum. | D. 24, 1, 23. | 183 |
| Ulp. 31 (?) ad Sabinum. | D. 24, 1, 7, 8. | 182 |

## Paulus.

| | | |
|---|---|---|
| 2, 22 Sententiarum. | | |
| 2, 23 „ | | |
| 2, 23, 5 „ | D. 34, 5, 8. | 1979. |
| 2, 23, 7 „ | D. 24, 1, 59. | 1971. |
| 5, 11, 1 „ | | |
| 7 Responsorum. | Vat. Fr. 96. | 1503. |
| — „ | Vat. Fr. 103. | 1510. |
| — „ | D. 24, 1, 57. | 1498. |
| 19 ad edictum. | D. 6, 2, 12. | 295. |
| 21 „ | D. 6, 1, 27, 5. | 336 |
| 35 „ | D. 23, 4, 20. | 538. |
| 36 „ | D. 24, 1, 36. | 541. |
| — „ | D. 24, 3, 25. | 543. |
| 54 „ | D. 41. 2, 1, 4. | 657. |
| — „ | D. 41, 6, 1, 2. | 665. |
| 71 „ | D. 24, 1, 14. | 795. |
| 6 ad Plautium. | D. 41, 1, 57. | 1129. |
| 5 Quæstionum. | D. 23, 4, 28. | 1331. |
| 6 „ | D. 24, 1, 55. | 1335. |
| 11 „ | D. 31, 68. | 1371. |
| 2 ad l. Juliam et Papiam. | D. 24, 3, 63. | 935. |
| 7 ad Sabinum. | D. 1, 3, 36. | 1747. |
| — „ „ | D. 23, 4, 5, 1. | 1776. |
| — „ „ | D. 24, 1, 2. | 1748. |
| — „ „ | D. 24, 1, 12. | 1749. |
| — „ „ | D. 24, 1, 24. | 1750. |
| — „ „ | D. 24, 1, 26. | 1751. |
| — „ „ | D. 24, 1, 28. | 1752. |
| — „ „ | D. 24, 3, 15, 1. | 1766. |
| 3 ad Neratium. | D. 24, 1, 63. | 1040. |
| Regularum. | D. 24, 1, 43. | 1439. |

### Memoratur.

| | | | |
|---|---|---|---|
| II, 154. | Labeo 2 Pithanon a Paulo epitomatorum. | D. 24, 1, 67. | Lab. 206. |
| I, 304. | Alf. 3 Digestorum a Paulo epitomatorum. | D. 24, 1, 38. | Alf. 59. |

## Pedius.

Citatur.

| | | | |
|---|---|---|---|
| III, 91. | Paul. 36 ad edictum. | D. 24, 1, 36 pr. | 26 |

## Plautius.

Citatur.

| | | | |
|---|---|---|---|
| III, 231. | Paul. 7 ad Sabinum. | D. 24, 1, 28, 3. | 4. |

Memoratur.

| | | |
|---|---|---|
| Paul. 6 ad Plautium. | D. 41, 1, 57. | Paul. 1129. |

## Pomponius.

| | | |
|---|---|---|
| 14 ad Sabinum. | D. 10, 4, 14. | 598. |
| — „ „ | D. 24, 1, 29. | 599 |
| — „ „ | D. 24, 1, 31. | 599—601. |
| 32 „ „ | D. 41, 7, 5. | 768. |
| 5 ad Q. Mucium. | D. 24, 1, 51. | 245. |
| — „ „ | D. 45, 1, 111. | 241. |
| 22 „ „ | D. 22, 1, 45. | 283. |
| 24 „ „ | D. 41, 6, 3. | 290 |
| 4 ex varus lectionibus. | D. 24, 1, 18. | 821. |

Citatur.

| | | |
|---|---|---|
| 4 variarum lectionum Ulp. 31 ad Sabinum. | D. 24, 1, 7, 5. | 820. |
| Ulp. 17 ad Sabinum. | D. 7, 8, 4, 1. | 467. |
| „ 32 „ | D. 24, 1, 5, 5. | 600. |
| Paul. 7 „ | D. 24, 1, 28, 4. | 368. |
| „ — „ | D. 24, 1, 28, 5. | 368. |

## Proculus.

Citatur.

| | | | |
|---|---|---|---|
| III, 136. | Javol. 6 ex posterioribus Labeonis. | D. 24, 1, 64. | 37. |
| III, 152. | Pompon. 14 ad Sabinum. | D. 24, 1, 31, 7. | 107 |
| III, 162. | Paul. 21 ad edictum. | D. 6, 1, 27, 5. | 60 |

## Sabinus.

Citatur.

| | | | |
|---|---|---|---|
| II, 499. | Ulp. 31 ad Sab. | D. 24, 1, 7. 8. | 105. |
| II, 498. | „ 36 „ | D. 25, 1, 11, 1. | 113 |
| II, 356. | „ 46 „ | Vat. Fr. 269. | 107. |

Memoratur.

| | | | |
|---|---|---|---|
| | Ulp. 3 ad Sabinum. | D. 24, 1, 22. | Ulp. 2447. |
| | „ 9 „ | D. 24, 1, 23. | „ 2475. |
| II, 452. | „ 17 „ | D. 7, 8, 4, 1. | „ 2575. |
| | „ 19 „ | D. 33, 4, 1, 3. | „ 2598. |
| | „ — „ | D. 33, 4, 1, 9. | „ 2599. |
| | „ 21 „ | D. 30, 43, 1. | „ 2622 |
| | „ 22 „ | D. 32, 49, 1. | „ 2638. |
| | „ 31 „ | D. 23, 3, 5, 9. | „ 2751 |
| | „ 31 (32²) Sabinum. | D 24, 1, 7. | „ 2755. |
| | „ 31 ad Sabinum. | D. 24, 3, 7, 5. | Ulp. 2766—2767. |
| | „ 32 „ | D. 24, 1, 1. | „ 2760. |
| | „ — „ | D 39, 5, 5. | „ 2760. |
| | „ — „ | D. 24, 1, 3. | „ 2760—2764. |
| | „ — „ | D. 24, 1, 5. | „ 2764—2766 |
| II, 499. | „ — „ | D. 24, 1, 9. | „ 2767—2768. |
| II, 499. | „ — „ | D. 24, 1, 11. | „ 2768. |
| | „ — „ | D 24, 1, 13. | „ 2768—2769. |
| | „ — „ | D. 24, 1, 15. | „ 2770. |
| | „ — „ | D. 24, 1, 17. | „ 2770. |
| | „ — „ | D. 24, 1, 19. | „ 2771. |
| | „ — „ | D 24, 1, 21. | „ 2772. |
| | „ — „ | D 49, 17, 18 | „ 2767. |
| | „ 33 „ | D. 24, 1, 32. | „ 2773—2782. |
| | „ — „ | D. 34, 4, 4. | „ 2774. |
| | „ — „ | D. 50, 16, 170. | „ 2774. |
| | „ — „ | D. 30, 57. | „ 2774. |
| | „ — „ | D. 39, 6, 11. | „ 2780. |
| | „ 34 „ | D. 23, 3, 12. | „ 2785—2786. |
| | „ 36 „ | D. 24, 1, 33. | „ 2810. |
| | „ — „ | D. 25, 1, 11, 1. | „ 2808. |
| | „ 43 „ | D. 24, 1, 34. | „ 2902. |
| | „ 46 „ | Vat. Fr. 269. | „ 2903. |
| | Paul. 7 ad Sabinum. | D. 1, 3, 36. | Paul. 1747. |
| | „ — „ | D. 23, 4, 51. | „ 1776. |
| | „ — „ | D. 24, 1, 2. | „ 1748. |
| | „ — „ | D. 24, 1, 12. | „ 1749. |
| | „ — „ | D. 24, 1, 24. | „ 1750. |
| II, 498. | „ — „ | D. 24, 1, 26. | „ 1751. |
| | „ — „ | D. 24, 1, 28. | „ 1752. |
| | „ — „ | D. 24, 3, 15, 1. | „ 1766. |
| | Pomp. 14 ad Sabinum | D. 10, 4, 14. | Pomp 598. |
| | „ — „ | D. 24, 1, 29. | „ 598. |
| II, 498. | „ — „ | D. 24, 1, 31. | „ 599. |
| | „ 32 „ | D. 41, 7, 5. | „ 768. |

## Scaevola.

| | | |
|---|---|---|
| 2 Responsorum. | D. 23, 4, 29. | 243. |
| — „ | D. 24, 1, 58. | 244. |
| 9 Digestorum. | D. 24, 1, 66. | 35. |
| 15 „ | D. 34, 2, 13. | 51. |
| — „ | D. 32, 33, 1—2. | 50. |
| 22 „ | D. 32, 41. | 93. |
| 3 Quæstionum. | D. 23, 4, 31. | 144. |
| — „ | D. 24, 1, 56. | 145. |

Citatur.

| | | |
|---|---|---|
| ap. Marcellum cit. Ulp. 32 ad Sabinum. | D. 24, 1, 11, 6. | Marcell. 87. |

## *Servius.

*Citatur.

| | | | |
|---|---|---|---|
| *I, 188. | Alf. 3 Dig. a Paulo epitomatorum. | D. 24, 1, 38, 1. | Alf. 59. |
| *I, 189. | Alf. 3 Dig. a Paulo epitomatorum. | D. 24, 1, 38 pr. | Alf. 59. |

## Trebatius.

Citatur.

| | | | |
|---|---|---|---|
| I, 402. | Labeo cit. Javol. 6 ex posterior. Labeonis. | D. 24, 1, 64. | 32. |
| I, 402. | Javol. 6 ex posterioribus Labeonis. | D. 24, 3, 66, 1. | 33. |
| I, 414. | Pomp. 24 ad Q. Mucium. | D. 41, 6, 3. | 76 |

## Tryfoninus.

| | | |
|---|---|---|
| 10 Disputationum. | D. 24, 1, 16. | 38. |

## Ulpianus.

| | | |
|---|---|---|
| 6, 9. | | |
| 7, 1. | | |
| 7, 3. | | |
| 7 Disputationum | D. 18, 1, 38. | 127. |
| 2 Responsorum. | D. 24, 1, 40. | 2411. |
| 15 ad edictum. | D. 5, 3, 13, 1. | 509. |
| 17 „ | D. 6, 1, 77. | 589. |
| — „ | D. 24, 1, 45. | 578. |

| | | | |
|---|---|---|---|
| 33 | ad edictum. | D. 24, 3, 62. | 958. |
| 34 | „ | D. 24, 1, 35. | 969. |
| 45 | „ | D. 49, 17, 8. | 1181. |
| 69 | „ | D. 43, 16, 1, 10. | 1524. |
| 72 | „ | D. 24, 1, 46. | 1624. |
| 73 | „ | D. 41, 2, 16. | 1649. |
| 76 | „ | D 44, 4, 4, 1. | 1678. |
| 3 | ad Sabinum. | D. 24, 1, 22. | 2447. |
| 6 | „ | D. 24, 1, 23. | 2475. |
| 17 | „ | D. 7, 8, 4, 1. | 2575. |
| 19 | „ | D. 33, 4, 1, 3. | 2598. |
| — | „ | D. 33, 4, 1, 9. | 2599. |
| 21 | „ | D. 30, 43, 1. | 2622 |
| 22 | „ | D. 32, 49, 1. | 2638. |
| 31 | „ | D. 23, 3, 5, 9. | 2751. |
| — | „ | D. 24, 3, 7, 5. | 2755. |
| 31 (32?) | „ | D. 24, 1, 7. | 2766—2767. |
| 32 | „ | D. 24, 1, 1. | 2760. |
| — | „ | D. 39, 5, 5. | 2760. |
| — | „ | D. 24, 1, 3. | 2760—2764. |
| — | „ | D. 24, 1, 5. | 2764—2766. |
| — | „ | D. 24, 1, 9. | 2767—2768. |
| — | „ | D. 24, 1, 11. | 2768. |
| — | „ | D. 24, 1, 13. | 2768—2769. |
| — | „ | D. 24, 1, 15. | 2770. |
| — | „ | D. 24, 1, 17. | 2770. |
| — | „ | D. 24, 1, 19. | 2771. |
| — | „ | D. 24, 1, 21. | 2772. |
| — | „ | D. 49, 17, 6. | 2767. |
| 33 | „ | D. 24, 1, 32. | 2773—2782. |
| — | „ | D. 34, 4, 4. | 2774. |
| — | „ | D. 50, 16, 170. | 2774. |
| — | „ | D. 30, 57. | 2774. |
| — | „ | D. 39, 6, 11. | 2780. |
| 34 | „ | D. 23, 3, 12. | 2785—2786. |
| 36 | „ | D. 24, 1, 33. | 2810. |
| — | „ | D. 25, 1, 11, 1. | 2808. |
| 43 | „ | D. 24, 1, 34. | 2902. |
| 46 | „ | Vat. Fr. 269. | 2903. |

## Urseius.

Memoratur.

| | | | |
|---|---|---|---|
| II, 180. | Julianus ad Urseium Ferocem. | D. 23, 4, 22. | Jul. 893. |

## Venuleius.

| | | | |
|---|---|---|---|
| | 7 actionum. | D. 40, 12, 44, 1 | 3. |

## *„Dicitur".

| | | | |
|---|---|---|---|
| *III, 587. | Ulp. 32 ad Sabinum. | D. 24, 1, 11, 1. | Ulp. 2768. |

## *Incerti.

| | | | |
|---|---|---|---|
| *III, 546. | Paul. 54 ad edictum. | D. 41, 2, 1, 4. | Paul. 657. |
| III, 546. | „ 36 „ | D. 24, 1, 36, 1. | „ 541. |

## Plerique et Pomponius.

| | | | |
|---|---|---|---|
| | Paul. 7 ad Sabinum. | D. 24, 1, 28, 4. | Paul. 1752. |

## Quidam et Nerva.

| | | | |
|---|---|---|---|
| II, 306. | Paul. 36 ad edictum. | D. 24, 1, 36, 1. | Nerva 19; Paul 541. |

## Sabiniani.

| | | | |
|---|---|---|---|
| II, 499. | Marcell. cit. Ulp. 32 ad Sabinum. | D. 24, 1, 11, 3. | Marcell. 87. |

## Scholia Sinaitica.

21.

# III.

# ИМПЕРАТОРЫ.

## Палингенезія императорскихъ указовъ,

касавшихся ученія о дареніяхъ между супругами.

Первый столбецъ указываетъ годъ указа (когда годъ извѣстенъ); второй столбецъ — цитирующаго юриста или императора; третій столбецъ — мѣсто въ нашихъ источникахъ. Дословныя выписки помѣщены подъ рубрикою безъ заглавія, а подъ рубрикою „Citatur“ оставлены только глухія ссылки.

### Augustus.

Безъимянно имѣется въ виду:

| | |
|---|---|
| Ter. Clem. 5 ad I. Juliam et Papiam. | D. 24, 1, 25. |

### Hadrianus.

Citatur.

| | |
|---|---|
| Ulp. 31 ad Sabinum. | D, 24, 1, 7, 2. |

### Pius.

Citatur.

| | |
|---|---|
| Paul. 19 ad edictum. | D. 6, 2, 12 pr. |
| Licinn. 6 Regul. | D. 24, 1, 41. |
| Gai 11 ad ed. prov. | D. 24, 1, 42. |

## Severus.

(cf. Severus et Antoninus).

Citatur.

| | | |
|---|---|---|
| | Ulp. 32 ad Sabinum | D. 24, 1, 3, 1. |

## Severus et Antoninus.

| | | |
|---|---|---|
| 206. | Ulp. 32 ad Sabinum. | D. 24, 1, 3 pr. |
| — | „ 33 „ | D. 24, 1, 32. |

Haec oratio citatur.

| | | |
|---|---|---|
| | Pap. 12 Responsorum. | Vat. Fr. 294, 2. |
| | Ulp. 6 ad Sabinum. | D. 24, 1, 23. |
| | Marcian 3 Instit. | D. 39, 5, 15. |
| | Antonin. | C. 5, 16, 3. |
| — | Gordian. | C. 5, 16, 10. |
| | Diocl. et Max. | Vat. Fr. 276. |
| | „ | C. 5, 16, 14, 1. |
| 208. | | Vat. Fr. 267. |
| ??? | Ulp. 32 ad Sabinum. | D. 24, 1, 7, 5. |
| ??? | „ — „ | D. 24, 1, 7, 6. |

Citantur.

| | | |
|---|---|---|
| ??? | Ulp. 33 ad Sabinum. | D. 24, 1, 32, 19. |
| ??? | „ 31(32) ad Sabinum. | D. 24, 1, 7 pr. |

## Antoninus.

| | | |
|---|---|---|
| 212. | | C. 5, 16, 1. |
| 213. | | C. 5, 16, 2. |
| — | | C. 5, 16, 3. |
| — | | C. 4, 50, 1. |

## Alexander.

| | | |
|---|---|---|
| 222—226. | | C. 5, 16, 4. |
| 227. | | C. 5, 16, 5. |
| 229. | | C. 5, 15, 2. |
| — | | C. 5, 16, 6. |
| 232. | | C. 5, 16, 7. |
| 233. | | C. 5, 16, 8. |

## Gordianus.

| | |
|---|---|
| 238. | C. 5, 16, 9. |
| 239. | C. 5, 16, 10. |
| — | C, 5, 3, 4. |
| 241. | C. 5, 16, 11. |
| 243. | C. 5, 16, 12. |

## Valerianus et Gallienus.

| | |
|---|---|
| 255—260. | C. 4, 50, 4. |
| 257. | C. 6, 25, 5, 1. |

## Aurelianus.

| | |
|---|---|
| 270—274. | C. 5, 3, 6. |

## Diocletianus et Maximianus.

| | |
|---|---|
| 286. | Greg. Wisig. 7, 2. |
| — | C. 5, 16, 13. |
| — | Vat. Fr. 284. |
| 290. | Vat. Fr. 276. |
| — | C. 6, 50, 12. |
| — | C. 4, 50, 5. |
| — | C. 5, 16, 14. |
| 291. | C. 5, 16, 15. |
| — | C. 5, 16, 16. |
| 293. | Vat. Fr. 312. |
| — | C. 5, 16, 17. |
| — | C. 8, 27, 11. |
| — | C. 4, 38, 4. |
| — | C. 5, 16, 18. |
| — | C. 4, 50, 6. |
| — | C. 5, 12, 14. |
| 293—294. | C. 4, 38, 6. |
| 294. | C. 5, 3, 12. |
| — | C. 4, 38, 7. |
| — | C. 8, 53, 21. |
| — | C. 5, 12, 20. |
| — | C. 5, 16, 19. |
| — | C. 5, 16, 20. |
| — | C. 5, 16, 21. |
| — | C. 5, 16, 22. |
| — | C. 3, 29, 8, 1. |
| — | C. 5, 16, 23. |
| — | C. 6, 37, 19. |
| 295—304. | C. 5, 3, 13. |

**Constantinus et Licinianus.**

| | | |
|---|---|---|
| 315. | | Vat. Fr. 273. |

**Constantinus.**

| | | |
|---|---|---|
| 320. | | C. Th. 8, 16, 1, 2. |
| 321. | | C. Th. 9, 42, 1. C. 5, 16, 24. |
| 336. | | C. Th. 4, 6, 3 |

**Valentinianus, Valens, Gratianus.**

| | | |
|---|---|---|
| 371. | | C. Th. 4, 6, 4. |

**Valens, Gratianus, Valentinianus.**

| | | |
|---|---|---|
| 381. | | C. Th. 16, 5, 7. |

**Gratianus, Valentinianus, Theodosius.**

| | | |
|---|---|---|
| 381. | | C. Th. 3, 8, 1. |
| 382. | | C. Th. 3, 8, 2. |

**Valentinianus, Theodosius, Arcadius.**

| | | |
|---|---|---|
| 384—392. | | C. 5, 5, 4. |

**Theodosius, Arcadius, Honorius.**

| | | |
|---|---|---|
| 392. | | C. Th. 9, 7, 7. |
| 393. | | C, Th. 8, 13, 5. |

**Arcadius et Honorius.**

| | | |
|---|---|---|
| 396. | | C. 9, 49, 9. |
| — | | C. Th. 3, 12, 3; C. 5, 5, 6. |
| 397. | | C. Th. 9, 14, 3; C. 9, 8, 5, 5. |

**Honorius et Theodosius.**

| | | |
|---|---|---|
| 422. | | C. Th. 3, 5, 13; 3, 13, 3; C. 5, 19, 1. |

**Theodosius et Valentinianus.**

| | | |
|---|---|---|
| 426. | | C. Th. 8, 19, 1; C. 6, 61, 1. |
| 428. | | C. Th. 5, 1, 9. |
| 444. | | Nov. Valent. III, tit. 13, 1, 1—2. |

Citantur.

| | | |
|---|---|---|
| | Leo et Anthemius. | C. 6, 61, 5. |

## Leo et Anthemius.

| | | |
|---|---|---|
| 472. | | C. 5, 9, 6 pr. |
| 473. | | C. 6, 61, 5. |

## Justinus.

Citatur.

| | | |
|---|---|---|
| | Theoph. 2, 7, 3. | |

## Justinianus.

| | | |
|---|---|---|
| 528. | | C. 5, 16, 25. |
| 529. | | C. 5, 16, 26. |
| 530 | | C. 1, 3, 44, 3. |
| — | | C. 5, 13, 1, 5. |
| — | | C. 5, 16, 27. |
| 531. | | C. 7, 37, 3, 4. |
| 531—533. | | C. 5, 3, 20. |
| 535. | | Nov. 22. |
| 538 | | Nov. 74, |
| 539. | | Nov. 162. |

# IV.

# БИБЛІОГРАФІЯ.

Въ настоящемъ отдѣлѣ имѣется три списка: указатель именъ авторовъ въ русской транскрипціи, указатель именъ въ латинскомъ начертаніи съ сохраненіемъ латинизованныхъ формъ и, наконецъ, библіографическій списокъ произведеній въ хронологическомъ порядкѣ.

Въ русскомъ указателѣ дана транскрипція именъ въ ихъ подлинномъ видѣ, а не въ латинизованной формѣ. Всевозможные Куяціи, Коразіи, Бинкерсгеки, Лупусы, Харонды, Готофреды и т. п. снова стали въ настоящей книгѣ Кюжасами, Кора, Бейнкерсгуками, Паласіосъ Рубеосъ, Шаронда, Годфруа и т. д. Къ сожалѣнію, осталось еще три-четыре имени и латинизованныхъ фамиліи, которыхъ подлинной формы и транскрипціи мнѣ установить не удалось. Въ латинскомъ указателѣ, напротивъ, сохранены латинизованныя формы. Во избѣжаніе какихъ либо недоразумѣній оба списка даны въ двойномъ видѣ и снабжены всѣми годами, подъ которыми произведенія каждаго автора значатся въ библіографическомъ спискѣ.

Считаю необходимымъ въ частности оговориться о правописаніи и транскрипціи знаменитой фамиліи Отмановъ. Транскрипція взята съ начертанія Hotman, которое принято въ современной ученой литературѣ Франціи, — напр., у Lenient, La satyre en France Труднѣе было съ правописаніемъ латинизованнаго имени. Оно встрѣчается, иногда въ одной и той же книгѣ, въ видѣ Hotomanus, Hotomannus, Hottomanus, Hottomannus, Hotmanus, Otmanus, Ottomanus, — можетъ быть, были и еще варіанты. Такъ какъ Отманы были проис-

хожденія нѣмецкаго, изъ Силезіи, то, надо полагать, первоначально писались Ottmann или Ottman. H было прибавлено по законамъ французскаго благозвучія, послѣдній же слогъ выговаривался, какъ и теперь выговаривается, въ носъ, ибо писался и пишется безъ e muet. Вотъ почему я считаю необходимымъ писать два t и одно n.

Библіографическій списокъ составленъ въ интересахъ юристовъ и потому спеціально-библіографическія подробности откинуты. Нѣкоторые пропуски, впрочемъ, объясняются безусловной или относительною рѣдкостью книгъ: иныхъ мнѣ не удалось даже видѣть за неимѣніемъ ихъ ни въ одной библіотекѣ въ Россіи. На всякій случай всѣ названія, имѣющіяся въ моей собственной библіотекѣ, отмѣчены звѣздочкой (*). Списокъ раздѣленъ на два столбца: въ лѣвомъ перечислены сочиненія, спеціально занимающіяся дареніями между супругами, а въ правомъ тѣ, которыя лишь нѣкоторыми отдѣлами, главами, параграфами, страницами или мыслями относятся къ предмету настоящей работы или важны для исторіи ученія. Впрочемъ, границы всего этого дѣленія иногда нѣсколько шатки. Ученіе о недѣйствительности дареній между супругами по новымъ законодательствамъ такъ тѣсно связано съ римскимъ правомъ, что въ списокъ включена вся монографическая литература, поскольку римское право завѣдомо и безусловно не исключено изъ содержанія того или другого изслѣдованія. Годъ обозначаетъ выходъ перваго изданія, но вездѣ прибавлена и та перепечатка, по которой сочиненіе цитируется. Въ указанныхъ предѣлахъ полнота списка, по крайней мѣрѣ нарицательная, была моею цѣлью, хотя все же сомнительно, чтобъ она была дѣйствительно достигнута. Впрочемъ, за одиннадцать лѣтъ, включая новую литературу и не считая поправокъ, мнѣ удалось прибавить къ первоначальному списку всего лишь одиннадцать названій, спеціально посвященныхъ дареніямъ между супругами, и притомъ почти сплошь ничтожныхъ по содержанію. Вообще, изъ перечисленнаго въ лѣвомъ столбцѣ очень многое совершенно лишено всякаго значенія, такъ что ни разу не упомянуто на всемъ протяженіи настоящей книги, а изъ упомянутаго очень многое цѣнно — если позволительно здѣсь слово „цѣнно“ — лишь какъ улика противъ плагіаторовъ, какъ

свидѣтельство о вліяніи или живучести того или другого мнѣнія и т. п. Крестикомъ (†) отмѣчены книги и статьи, которыхъ мнѣ не удалось увидать ни въ подлинномъ видѣ, ни въ перепечаткахъ, не взирая на шестнадцатилѣтніе поиски и ревностное собираніе.

Во избѣжаніе всякихъ недоразумѣній повторяю здѣсь изъ предисловія, что въ текстѣ настоящаго изслѣдованія упоминаются только имена авторовъ и лишь тамъ, гдѣ было нужно, названія самыхъ сочиненій. Цифры въ скобкахъ при этомъ обозначаютъ страницы съ добавленіемъ, гдѣ было нужно, тома, параграфа или примѣчанія. Сочиненія каждый разъ подразумѣваются тѣ, которыя подробно указаны въ нижеслѣдующемъ библіографическомъ спискѣ. Для еще большаго удобства и точности справокъ на поляхъ книги противъ именъ авторовъ и названій ихъ сочиненій при первомъ упоминаніи поставленъ всякій разъ годъ хронологическаго списка.

## Указатель именъ.

I.


Айреръ. 1768. Ayrer.
Алессандри. 1522 ab Alexandro.
Алибранди. 1892. Alibrandi
Алло. 1870. Hallo.
Альфенъ. 1735. Alphen.
Альціати. 1523. Alciatus.
Амаія. 1625. Amaya.
Англеберме. 1517. Anglobermaeus
Анкельманъ. 1727. Anckelmann.
Аржантре. 1608. Argentré.
Арнеттъ. 1893. Arnette.
Асколи. 1898 Ascoli.
Ацо. 1200. Azo.
Балеке. 1755. Baleke.
Бальдъ. 1395. Baldus.
Барагона. 1576. Barahona.
Барневельтъ. 1735. Barnevelt.
Баховъ. 1618. Bachov.
Бейнкерсгукъ. 1733. Bynkershœk.
Берже (?). 1868. Berger.
Бехманнъ. 1867. Bechmann.
Бодуэнъ. 1545. 1550. 1560. 1561 Balduinus.
Бомеръ. 1719. 1727. Bœhmer.
Боскъ. 1822. Bosch.
Боссекъ. 1703. Bossek.
Бремеръ. 1868. Bremer.
Бренкманъ. 1705 Brenckmannus.
Бринцъ. 1869. Brinz.
Бриссонъ. 1564. Brissonius.
Бронкхорстъ. 1744. Bronckhorst.
Бруверъ. 1664. Brouwer.
Брунсъ. 1838. Bruns.
Буассоннадъ 1852. 1874. Boissonnade.
Бурхарди. 1837. Burchardi.
Бухгольтцъ. 1824. 1828. Buchholtz.
Бюде. 1508. Budæus.
Вальехо. 1624. Vallejo.
Венгенсъ. 1673. Wengens.
Венкъ. 1825. Wenck.
Вестенбергъ. 1732. Westenberg
Вехтеръ. 1833. Wächter.
Виндшейдъ. 1892. Windscheid.
Виссенбахъ. 1653. Wissenbach.
Воорда. 1763. Voorda.

Вотеле. 1824. Wautelée.
Вутъ. 1704. Vœt.
Гансъ 1824. 1825. Gans.
Гассе. 1824. 1827. Hasse.
Гебгардтъ. 1755. Gebhardt.
Геезеръ. 1696. Heeser.
Гейнеке. 1719. 1727. Heineccius.
Гельдевиръ. 1777. Heldewier.
Геннепъ. 1789. Gennep.
Глассонъ. 1870. Glasson.
Глюккъ. 1824. Glück.
Гофманнъ. 1881. Hofmann.
Гоффманнъ. 1734. Hoffmann.
Граденвитцъ. 1887. Gradenwitz.
Греве. 1660. Greve.
Груневегенъ. 1648 Grœnewegen.
Групенъ. 1727. Grupen.
Губеръ. 1678. Huber.
Гуго. 1792. 1824. Hugo.
Гуляевъ. 1891.
Дезо. 1818. Dezeaux.
Дейнзе. 1817. Deinse.
Дейссентдальдеръ. 1680. Duyssentdælder.
Деладеррьеръ. 1870 Deladerrière
Дернбургъ. 1854. 1868. Dernburg.
Джентиле. 1604. Gentilis.
Диннеръ. 1630. Dinner.
Дюаренъ. 1553 Duarenus.
Дюкорруа. 1819. Ducaurroy.
Дюруа. 1779. du Roi.
Дютуа. 1892. Duthoit.
Занде. 16??. Sande.
Зейффертъ. 1868. Seuffert.
Зейхемъ. 1533. Zuichemus.
Каликстъ. 1895 Calixte.
Каннегитеръ 1777. Cannegieter.
Капшонъ. 1739. Capchon.
Карлова. 1892. Karlowa.
Кейссеръ. 1878 Keysser.
Келлингтузенъ. 1744. Kellinghusen
Кеммерихъ. 1725. Kemmerich.
Клейнъ. 1689. Klein.
Конигъ 1771. Konig.
Коннанъ 1553. Connanus.
Конради. 1725. 1727. Conradi.
Коппенъ. 1901. Koppen.
Кора. 1541. 1549. 1550. 1553. Corasius.
Коста. 1889. Costa
Краузе. 1776. Krause.
Крелль. 1743. Crell.
Кунтце. 1867. Kuntze.
Кюжасъ. 1557. 1569. 1585. 1596. Cuiacius.
Лаббе. 1882. Labbé.
Лейзеръ. 1727. 1749. Leyser.
Лефевръ. 1900. Lefebvre.
Либе. 1840. Liebe.
Лоръ. 1833. Löhr
Лотмаръ. 1896. Lotmar.
Луко. 1573. de Luco.
Марле 1808. Marle.
Машеларъ. 1856. Machelard.
Марлиани. 1534. 1544. Marlianus.
Медіо. 1902. de Medio.
Мейерфельдъ. 1835. Meyerfeld.
Мейеръ. 1717. Meier.
Мензъ. 1845. Maynz.
Менкенъ. 1752. Mencken.
Мериллъ. 1636. Merillius.
Михелли. (?) 1854. Michelly.
Монтекатино. 1587. Montecatinus.
Монтескье. 1748. Montesquieu
Никольскій. 1903.
Ноодтъ. 1674. 1724. Noodt.
Одофредъ. 1265. Odofredus.
Отто. 1718. 1727. Otto.
Отманъ. 1560. 1563. 1573. 1585. 1599. Hottomanus.
ПаласіосъРубеосъ. 1503, ср. 1573. 1576. Palacios Rubeos.
Пангейсъ. 1686. Panhuys.
Папе. 1835. Pape.
Пассарелли. 1673. Пассарелли.
Пелла. 1853. Pellat.
Плутархъ. 1477. 1509. Plutarchus.
Полигенисъ. 1890. *Πολυγένης.*
Поллакъ. 1886. Pollack.
Прюшенкъ. 1630. Prüschenk.
Пухта. 1834. 1838. 1841. 1847. Puchta.
Равардъ. 1566. Rævardus.
Рапзильберъ. 1805. Rapsilber.
Раскинетъ. 1818. Raskinet.

Ремъ. 1692. Rehm.
Ретесъ. 1664. Retes.
Ривайль. 1515 Rivallius.
Риккобоно. 1895 Riccobono.
Рихтеръ. 1759. Richter
Роденбюргъ. 1653. Rodenburg.
Рудорффъ. 1825. Rudorff.
Савиньи. 1815. 1837. 1841. Savigny.
Санчецъ 1607. Sanchez.
Скюльтингъ. 1717. Schulting.
Стерio. 1895. Sterio
Сукъ. 1838. Soek.
Суторій. 1598. Sutorius.
Тибо. 1814. Thibaut.
Тейлингенъ. 1802. Teylingen.
Тенге. 1862 Tenge.
Тепелль 1736. Tepell.
Трютцшлеръ. 1771. Trützschler.
Уде. 1901. Ude.
Умовъ. 1876.
Унтергольцнеръ 1828. Unterholzner.
Фавръ. 1591. 1598. 1604. 1607. Faber.
Феррандо д'Аддуа. 1561. Ferrandus Adduensis.
Форстеръ. 1612. Forster
Франке 1834. 1835. Francke
Фризе. 1702. Friese.
Фурнье. 1605. Fornerius.
Цоллеръ. 1777. Zoller.
Шаронда. 1555 1595. Charondas.
Шиллингъ. 1829. 1846. Schilling.
Шифордеггеръ 1610. Schifordegher.
Шнейдтъ. 1782. Schneidt.
Шонъ. 1903. Schon.
Шрадеръ. 1826. Schrader.
Штокманъ. 1805. Stockmann
Шубертъ. 1749. Schubert.
Шютцъ. 1859. Schutz.
Эйзенгартъ. 1771. Eisenhart.
Эккъ. 1887. Eck.
Энгельброннеръ. 1813. Engelbronner
Эрлангеръ. 1892. Erlanger.

## II.

ab Alexandro. 1522. Алессандри.
Alciatus. 1523. Альціати.
Alibrandi. 1892. Алибранди.
Alphen. 1735. Альфенъ.
Amaya. 1625. Амаія.
Anckelmann. 1727. Анкельманнъ.
Anglobermaeus. 1517. Англеберме.
Argentré. 1608. Аржантре.
Arnette. 1893. Арнеттъ.
Ascoli. 1898. Асколи.
Ayrer. 1768. Айреръ.
Azo. 1200. Ацо.
Bachov. 1618. Баховъ
Balduinus. 1545. 1550. 1560. 1561. Бодуэнъ.
Baldus. 1395 Бальдъ.
Baleke. 1755. Балеке.
Barahona. 1576. Барагона.
Barnevelt. 1735. Барневельтъ.
Bechmann. 1867. Бехманнъ.
Berger. 1868. Берже (?).
Bœhmer. 1719. 1727. Бомеръ
Boissonnade. 1852. 1874. Буассоннадъ.
Bosch. 1822 Боскъ.
Bosseck. 1703. Боссекъ.
Bremer. 1868 Бремеръ.
Brenckmannus. 1705. Бренкманъ.
Brinz. 1869. Бринцъ.
Brissonius. 1564. Бриссонъ.
Bronckhorst. 1744. Бронкхорстъ.
Brouwer. 1664. Бруверъ.
Bruns. 1838. Брунсъ.
Buchholtz. 1824. 1828. Бухгольтцъ.
Burchardi. 1837. Burchardi.
Budæus. 1508. Бюде.
Bynkerschœk. 1733 Бейнкерсгукъ.
Calixte. 1895. Каликстъ.

Cannegieter. 1777. Каннегитеръ.
Capchon 1739. Капшонъ.
Charondas 1555. 1595. Шаронда
Connanus. 1553. Коннанъ.
Conradi. 1725. 1727. Конради.
Corasius 1541. 1549. 1550. 1553. Кора
Crell. 1743 Крелль.
Cuiacius. 1557. 1569. 1585 1596. Кюжасъ.
Deinse. 1817. Дейнзе.
Deladerrière. 1870 Деладерръеръ.
Dernburg. 1854. 1868. Дернбургъ.
Dezeaux. 1818. Дезо.
Dinner. 1630 Диннеръ.
Duarenus. 1553. Дюаренъ.
Ducaurroy. 1819. Дюкорруа.
du Roi. 1719. Дюруа.
Duthoit. 1892. Дютуа.
Duyssentdælder. 1680. Дейссентдальдеръ
Eck. 1887. Эккъ.
Eisenhart. 1771. Эйзенгартъ.
Engelbronner 1813. Энгельбронеръ
Erlanger 1892. Эрлангеръ.
Faber 1591. 1598. 1604 1607. Фавръ.
Ferrandus. 1561. Феррандо.
Fornerius. 1605. Фурнье.
Forster. 1612. Форстеръ.
Francke. 1834. 1835. Франке.
Friese. 1702. Фризе.
Gans. 1824. 1825. Гансъ.
Gebhardt. 1755. Гебгардтъ.
Gennep. 1789. Gennep.
Gentilis. 1604. Джентиле.
Glasson. 1870. Глассонъ.
Gluck. 1824. Глюкъ.
Gradenwitz. 1887. Граденвитцъ.
Greve. 1660. Греве.
Groenewegen. 1648. Груневегенъ.
Grupen. 1727. Групенъ.
Гуляевъ. 1891.
Hallo. 1870. Алло.
Hasse. 1824. 1827. Гассе.
Heeser. 1696. Геезеръ.
Heineccius. 1719. 1727. Гейнеке.
Heldewier. 1777. Гельдевиръ.
Hoffmann. 1734. Гоффманнъ.
Hofmann. 1881. Гофманъ.
Hottomanus. 1560. 1563. 1573. 1585. 1599. Отманъ.
Huber. 1678. Губеръ.
Hugo. 1792. 1824. Гуго.
Karlowa. 1892. Карлова
Kellinghusen. 1744. Келлингггузенъ.
Kemmerich. 1725. Кеммерихъ.
Keysser. 1878. Кейссеръ
Klein. 1689. Клейнъ
Konig. 1771. Конигъ.
Koppen. 1901. Коппенъ
Krause 1776. Краузе.
Kuntze. 1867. Кунтце.
Labbé. 1882. Лаббе.
Lefebvre. 1900 Лефевръ.
Leyser. 1727. 1749. Лейзеръ.
Liebe. 1840. Либе·
Löhr. 1833. Лёръ.
Lotmar. 1896. Лотмаръ.
de Luco. 1573. Луко.
Machelard. 1856. Машеларъ
Marle. 1808 Марле.
Marlianus. 1534. 1544. Марлиани.
Maynz. 1845. Мензъ.
de-Medio. 1902. де-Медіо.
Meier. 1717. Мейеръ.
Mencken. 1752. Менкенъ.
Merillius. 1636. Мерилль.
Meyerfeld. 1835. Мейерфельдтъ.
Michelly. 1854. Михелли (?).
Montecatinus. 1587. Монтекатино.
Montesquieu. 1748. Монтескье.
Никольскій. 1903.
Noodt. 1674 1724. Ноодтъ.
Odofredus. 1265. Одофредъ.
Otto. 1718. 1727. Отто.
Palacios Rubeos. 1503, ср. 1573. 1576. Паласіосъ Рубеосъ.
Panhuys 1686. Пангейсъ.
Pape. 1835. Папе.
Pellat. 1853 Пелла
Plutarchus. 1477. 1509. Плутархъ.
Pollack. 1886. Поллакъ
*Πολυγένης*. 1890. Полигенисъ.

Pruschenk. 1630 Прюшенкъ.
Puchta. 1834. 1838. 1841. 1847. Пухта.
Rævardus. 1566. Равардъ.
Rapsilber. 1805. Рапзильберъ.
Baskinet. 1818. Раскинетъ.
Rehm. 1692. Ремъ.
Retes. 1664. Ретесъ.
Riccobono. 1895. Риккобоно.
Richter. 1759 Рихтеръ.
Rivallius. 1515. Ривайль.
Rodenburg. 1653. Роденбюргъ.
Rudorff. 1825. Рудорффъ.
Sanchez. 1607. Санчецъ.
Sande 16?? Занде
Savigny. 1815. 1837. 1841. Савиньи
Schifordegher. 1610. Шифордегеръ.
Schilling. 1829 1846. Шиллингъ.
Schneidt 1782. Шнейдтъ.
Schon. 1903. Шонъ.
Schrader. 1826. Шрадеръ.
Schubert 1749. Шубертъ.
Schulting. 1707. Скюльтингъ
Schutz. 1859. Шютцъ.
Seuffert. 1868. Зейффертъ.
Soek. 1838 Сукъ.
Sterio. 1895. Стерio.
Stockmann. 1805 Штокманъ.
Sutorius. 1598. Суторій
Tenge. 1862. Тенге.
Tepell 1736. Тепелль.
Teylingen 1802. Тейлингенъ.
Thibaut. 1814. Тибо.
Trützschler. 1771 Трютцшлеръ.
Ude. 1901. Уде.
Умовъ. 1876.
Unterholtzner. 1828. Унтергольцнеръ.
Vallejo. 1624. Вальехо
Voet. 1704. Вутъ.
Voorda. 1763. Воорда.
Wachter. 1833. Вехтеръ
Wautelée. 1824. Вотеле.
Wenck 1825 Венкъ
Wengens. 1673. Венгенсъ.
Westenberg 1732. Вестенбергъ.
Windscheid. 1892. Виндшейдъ
Wissenbach. 1653. Виссенбахъ.
Zoller. 1777. Цоллеръ.
Zuichemus. 1533. Зейхемъ

## Библіографическій списокъ.

### Около 1200.

**Azo.** Summa perutilis excellentissimi iuris monarchae dominis Azonis

Цитируется по изданію *Basiliae 1563. F°.

### До 1265.

**Odofredus.** Всѣ его творенія цитируются по *Opera Omnia, Lugduni 1549—1553. F°.

### 1395—1400.

**Baldus de Ubaldis.** Всѣ его творенія цитируются по изданію *Venetiis 1577 F°.

Я отношу имя Бальда къ этимъ годамъ потому, что ка-

сающійся нашей темы коммен-тарій на Кодексъ положительно относится къ 1395 г. (Savigny, Geschichte des Romischen Rechts im Mittelalter, VI, 227, прим n), а съ 1397 по 1400 онъ читалъ толкованія на Digestum vetus.

## 1477 (?).

**Plutarchus.** Problemata emendatissima latine interprete Joanne Petro Lucensi, sed a Calphurnio iuxta graecum exemplar emendata.

Къ 1477 году библіографы относятъ два изданія, s. l. et a., Hain 13136 и 13137, печатанныя предположительно въ Венеціи, одно у Джакомо де Риполи, а другое (первое?) у Силипранди.

## 1503.

**Palacios Rubeos, Io. Lopez de.** Repetitio rubricae et capitis Per vestras De donationibus inter virum et uxorem. Pinciae. 4°.

Цитируется по изданію Francofurti 1573 F°.

## 1508.

**Budaeus, G.** Annotationes in quattuor et viginti Pandectarum libros

Цитируется по изданію Roberti Stephani, Parisiis 1535. F°.

## 1509.

**Plutarchus.** Opuscula LXXXXII. Graece. Venetiis. F°.

Греческій текстъ всѣхъ Moralia данъ по изданію Bernardaki, Lipsiae 1888 сл.

Правда, изданіе *Γαμικὰ παραγγέλματα*, въ латинскомъ переводѣ, появилось и въ 1497 году въ видѣ приложенія къ Клеомеду, De contemplatione orbium excelsorum disputatio, Brixiae, f°, Hain *5450, т. 1, ч 2, стр. 169. Однако это изданіе видимо совершенно ускользнуло

отъ вниманія не только современниковъ, но даже нынѣшнихъ библіографовъ. Ссылку на него я нашелъ только у Гофмана, Bibliographisches Lexicon der gesammten Litteratur der Griechen, III², 203.

## 1515.

**Rivallius, Aymarus.** Civilis historiae sive in XII Tabularum Leges commentariorum libri V. Viennae, 4⁰.

Цитируется по перепечаткѣ *Moguntiae 1527. 8⁰.

## 1517.

**Anglobermaeus, Io. Pyrrhus.** De donatione mutua inter virum et uxorem.

Цитируется по *Opuscula, Paris. 1517. 4⁰. Это наиболѣе раннее изданіе статьи Англеберме, какое мнѣ удалось обнаружить. Въ немъ она занимаетъ листы 7-й и 8-й сигнатуры Ꝑ (книга безъ пагинаціи).

## 1522.

**ab Alexandro, Alexander.** Genialium dierum libri. Romae. F⁰.

Цитируется вездѣ по изданію съ комментаріями Тирако, *Lugduni 1651. F⁰.

## 1523.

**Alciatus, A.** Dispunctionum libri. Basileae. F⁰.

Цитируется по перепечаткѣ въ *Opera Andreae Alciati, Basileae 1582, vol. IV.

**Alciatus, A.** Commentaria in titulum Decretalium De praescriptionibus.

Цитируется по перепечаткѣ въ *Opera Andreae Alciati, Basileae 1582, vol. III.

1533.

**Zuichemus, Viglius** Commentaria in decem titulos Institutionum iuris civilis. Basileae. F⁰

1534.

**Marlianus, I. B.** Antiquae Romae Topographia. Libri VII. Romae. 8⁰.

Цитируется по подлинному изданію. До какой степени рѣдка и мало извѣстна библіографическая книга, видно изъ ошибокъ и неполноты всѣхъ ея описаній. Одинъ Брюне точенъ, хоть и онъ не полонъ (III, 1437 сл.). Грессе полнѣе, но допустилъ рядъ неточностей, частью объясняющихся неполнотою Брюне: напр. у него 2-е изданіе описано по перепечаткѣ 1560 года. Его свѣдѣнія заимствованы у Брюне и у Аржелати, Bibliotheca Scriptorum Mediolanensim, II, 863—864, хотя ссылка на Аржелати невѣрна. Что̀ касается Аржелати, то онъ богаче всѣхъ по числу указанныхъ изданій, но въ главномъ неполонъ — лионскую перепечатку 1534 г. съ предисловіемъ Рабле онъ считаетъ первымъ изданіемъ! — и ошибокъ у него весьма много.

Куріозно, что Рабле не везло съ его перепечатками. Попавшись на поддѣлкахъ Помпонію Лето и Джовіано Понтано, онъ отомстилъ имъ за свою неудачу (P. L. Jacob, Recherches bibliographiques sur les livres rares et curieux, Paris 1880, p. p. 13—15), но Марліани остался безнаказаннымъ до сего времени.

1541.

**Corasius, Io.** In rubricam FF. de rebus creditis commentarii.

Цитируется, какъ и всѣ произведенія Кора, по изданію его Opera Omnia, Wittebergae 1603. F⁰.

1544.

**Marlianus, I. B** Topographia urbis Romae Romae. F⁰

Цитируется по перепечаткѣ въ *Graevii Thesaurus etc. III, 54 sq.

1545.

**Balduinus, Fr** Commentarii in libros IV Institutionum. Parisiis. F⁰

Цитируется по изданію *Parisiis 1554. F⁰

1549.

**Corasius, Io** Miscellaneorum iuris civilis libri

Цитируется по Opera Omnia, Wittebergae 1603. F⁰.

1550.

**Corasius, Io.** In titulum FF. De origine iuris commentarii.

Цитируется по Opera Omnia, Wittebergae 1603, F⁰.

**Balduinus, Fr.** Ad leges Romuli Regis Romanorum et Leges XII Tabularum libri duo. Lugduni. F⁰.

Цитируется по *Heineccius, Jurisprudentia Romana et Attica, т. I; но я сличалъ оба изданія, *1550 и *1554 годовъ (третьяго авторскаго тисненія книги о законахъ Ромула не существуетъ, такъ какъ *Базельское изданіе 1557 года содержитъ только переработку изслѣдованія о XII таблицахъ)· изъ нихъ второе совпадаетъ съ перепечаткою Гейнеке, но является очень основательной и значительно дополненною переработкою перваго

1553.

**Connanus, Fr.** Commentariorum iuris civilis libri X

Цитируется по изданію *Neapoli 1724. F⁰.

**Duarenus, Fr.** Commentarius in lib. XXIV Digestorum Tit. Soluto matrimonio

Цитируется по перепечаткѣ въ *Opera Omnia Francofurti 1584 F°. Глава о дареніяхъ между супругами — стр. 335—337

**Corasius, Io.** In l. Ubi ita donatur FF. De donationibus mortis causa.

Цитируется по изданію *Opera Omnia, Wittebergae 1603. F°.

1555.

**Charondas, L.** Notae ad Ulpianum.

Впервые были напечатаны въ приложеніи къ *Zasius, Catalogus legum antiquarum. Parisus. 12°

Цитируется по перепечаткѣ у Скюльтинга, Jurisprudentia Justinianea (страницы обоихъ изданій, *1717 и *1737 гг., совпадаютъ).

1557.

**Cuiacius, Jac.** Observationum lib. III.

Цитируется по перепечаткѣ въ *Opera omnia, Venetiis et Mutinae, 1758—1778, f°. Observationes занимаютъ 3-й томъ.

1560.

***Balduinus, Fr.** Justinianus sive de iure novo commentariorum libri IV. Basileæ. 8°.

Цитируется по перепечаткѣ въ *Heineccii Jurisprudentia romana et attica, I, 1027—1200.

**Hottomanus, Fr.** In quattuor Institutionum iuris civilis libros commentarii. Basileae. F°.

Цитируется по перепечаткѣ въ *Opera Omnia, II, 1.

1561.

***Balduinus, Fr.** De vita Papiniani. Heidelbergae. 8°.

Цитируется по перепечаткѣ въ *Heineccii Jurisprudentia romana et attica, I, 921 слл.

**Ferrandus Adduensis.** Explicationum libri II. Lugduni 1563. 8⁰.

Цитируется по перепечаткѣ въ *Thesaurus Отто, т. II, стр. 497 слл

1563.

**Hottomanus, Fr.** Tripertita commentatio de legibus XII Tabularum Lugduni 1564. 8⁰.

Цитируется по перепечаткѣ въ *Opera omnia, т III, 1, стр 369 слл.

Дирксенъ, XII Т., стр. 50—51, прим 79, отмѣтилъ несоотвѣтствіе титула и предисловія на титулѣ стоитъ 1564 г., а предисловіе помѣчено VI Kal. Januar 1563. Однако Дирксенъ допустилъ большую ошибку, отнеся предисловіе къ декабрю 1562 года: онъ забылъ, что 1 января стало считаться началомъ года только съ 1582 г., а до того годъ считали съ 1 марта Такимъ образомъ Отманъ подписалъ свое предисловіе 25 декабря 1563 г., за 2 мѣсяца 6 дней до новаго 1564 года, который, слѣдовательно, вовсе не представляется удивительнымъ на титулѣ.

1564.

**Brissonius, Barn.** De ritu nuptiarum liber singularis. De iure connubiorum liber singularis. Parisiis. 4⁰.

Цитируется по перепечаткѣ въ *Opera minora varii argumenti. Lugduni Batavorum 1749. F⁰. Стр. 285—388.

1566.

**Raevardus, J.** De auctoritate prudentium.

Цитируется по J. Raevardi Opera. Francofurti 1622. Мал. 8⁰. Къ этому же изданію относятся и всѣ другія цитаты изъ Раварда.

## 1569.

**Cuiacius, Jac.** Paratitla in libros L Digestorum.

Всѣ произведенія Кюжаса цитируются по его *Opera omnia, Venetiis et Mutinae, 1758—1778, f⁰. Паратитлы — I, 623 слл

## 1573.

**Luco, Io. B. Diaz de.** Additiones ad Repetitionem Io. L. de Palacios Rubeos rubricae et capitis Per vestras De donationibus inter virum et uxorem.

Впервые помѣщены въ изданіи Палаціосъ Рубеосъ *Francofurti ad Moenum. 1573. F⁰.

**Hottomanus, Fr.** Observationum liber III. Basileae. Мал. 8⁰

Цитируется, какъ и всѣ произведенія Отмановъ, по Opera omnia, Genevae 1599—1600.

## 1576.

**Barahona, Io. de.** Additiones ad Io. L. de Palacios Rubeos, Repetitio etc de donationibus inter virum et uxorem. Lugduni. F⁰.

Цитируется по перепечаткѣ въ Opera varia Io. Lupi de Palacios Rubeos adiectis annotationibus Io Bern Diaz de Luco et Io. Barahona. Antverpiae 1616. F⁰. Стр. 1—468

## 1585.

**Cuiacius, Jac** Commentarius ad titulum Digestorum De origine iuris.

Цитируется по перепечаткѣ *O. O. I, 773 слл.

**Hottomanus, Ant. Nic.** Observationum quae ad veterem nuptiarum ritum pertinent liber singularis. S. l. apud Io. le Preux. Мал. 8⁰.

Въ этомъ изданіи авторъ названъ Nic. Hottomanus; въ перепечаткахъ Ant. Hottomanus. Во избѣжаніе какихъ либо недоразумѣній я въ текстѣ всегда называю его Ант. Ник. Отманомъ

Цитируется по *Opera omnia, Genevae 1599—1600.

1587.

*Montecatinus, Ant. In politica, id est in civiles libros, Aristotelis progymnasmata. Ferrariae. F⁰.

1591.

Faber, Ant. Coniecturarum iuris civilis libri VI. Lugduni 4⁰.

1595.

Charondas le Caron. Coustume de la ville, prevosté et vicomté de Paris ou droit civil Parisien avec les commentaires.

Цитируется по второму изданію, *Paris 1602—1603, 2 voll 4⁰ Первый томъ помѣченъ 1603-мъ годомъ, второй 1602-мъ, а привилегія выдана въ 1597 г

1596.

Cuiacius, Jac. Recitationes sollemnes ad libros L. Digestorum.

Перепечатано въ *Opera, тт 7 и 8.

1598.

Faber, Ant. De erroribus pragmaticorum et interpretum iuris pars I. Lugduni. 4⁰.

Цитируется по 2-му изданію въ перепечаткѣ *Coloniae Allobrogum. 1612. 4⁰.

† Sutorius, N. Tractatus IV de donationibus matrimonialibus, inofficiosis testamentis, donatione mutua coniugum, poenis et remediis nubentium. Hanoviae. 8⁰.

1599.

Hottomanus, Fr. De donationibus omnium generum.

Цитируется по *Opera omnia, Genevae 1599—1600 Болѣе ранніе изданія мнѣ неизвѣстны. Ванъ-Меель въ своемъ изданіи переписки Отмановъ, *Amste-

laedami 1700, 4⁰, въ библіографическомъ спискѣ твореній Отмановъ, списокъ вообще никуда не годномъ, пишетъ, что Disputatio de donationibus omnium generum вошла (?) въ отпечатанный впервые въ 1569 г Disputationum volumen, principio Lugduni apud Gryhium, 1569, fol. Но это грубая ошибка: въ названномъ году, см. Baudrier, Bibliographie Lyonnaise, VIII, 353 сл., вышло у Грифія изданіе 1-й книги Antiquitatum Romanarum, т. е De legibus, de Senatu, de Magistratibus etc.

## 1604.

**Gentilis, Sc.** De donationibus inter virum et uxorem libri IV. Hanoviae. 4⁰.

Цитируется по перепечаткѣ въ его *Opera, 4-й томъ, Neapoli 1775 4⁰.

**Faber, Ant.** De erroribus pragmaticorum et interpretum iuris pars II. Lugduni. 4⁰.

Цитируется по 2-му изданію въ перепечаткѣ Coloniae Allobrogum. 1612. 4⁰.

## 1605.

**Fornerius, R.** Rerum quotidianarum libri sex. Къ 1605 г. относятся книги 4-я и 5-я.

Цитируются по перепечаткѣ въ *Thesaurus Otto, II, 125 слл.

## 1607.

*__Sanchez, Th.__ Disputationum de sancto matrimonii sacramento tomi tres. Antverpiae. F⁰.

*__Faber, Ant.__ Jurisprudentiae Papinianeae scientia. Lugduni. 4⁰.

## 1608.

**Argentré, B. d'.** Commentarii in patrios Britonum leges seu ut vulgo dicitur Consuetudines antiquissimi ducatus Britanniae. Parisiis. F⁰.

Цитируется по *7-му изданію 1661.

## 1610.

***Schifordegher, Casp.** Ad Antonium Fabrum, iurisconsultum Sebusianum, libri I et II. Oppenheimio. F⁰.

1612.

†**Forster.** De donationibus inte vivos et mortis causa. Viteb.

1618.

***Bachov v. Echt.** Ad Hier. Treutleri disputationes, 3 voll. Heidelbergae 1617—1619. 4°.

Цитируется по издан. („quarta editio") Coloniae Agrippinae 1688, 3 voll. 4'.

1624.

†**Vallejo, F. de.** De donationibus inter virum et uxorem. Salmanticae. F°.

1625.

**Amaya, Fr. de.** Observationum iuris libri tres. Salmanticae. 4°.

Цитируется по *женевском,' изданію 1633, 4°.

1630.

†**Dinner, A.** Disputatio de donatione inter virum et uxorem. Alt. 4°.

†**Prüschenk.** Disputatio de donatione inter virum et uxorem Alt. 4°.

1636.

**Merillius, E.** In IV libros Institutionum commentarii. Parisiis. 1654 4°.

Цитируется по изданію *Trotz, Traiecti ad Rhenum, 1739, 4°

16??.

**Sande, Io. a.** Tractatus de prohibita rerum alienatione.

Цитируется по перепечаткѣ въ *Io. et Fr a Sande opera omnia, Bruxellis 1721, f°. Tractatus имѣетъ особую пагинацію.

1648.

*Groenewegen. Tractatus de legibus abrogatis. Lugduni Batavorum. 4°.

1653.

*Rodenburg, Chr. de. Tractatus de iure coniugum. Traiecti ad Rhenum 4°.

*Wissenbachii, Io. Jac. Exercitationum ad L. libros Pandectarum partes duae.

Цитируется по 4-му изданію Lipsiae 1673 4°

1660.

Greve, P. de. Exercitationes ad Pandectarum loca difficiliora. Noviomagi. Мал. 8°.

1664.

Retes, I. F. de. De donationibus inter virum et uxorem. Salmanticae s. a. 4°.

Цитируется по перепечаткѣ въ *Thesaurus Мермана, VI, 663—702.

Brouwer, H. De iure connubiorum libri duo. Lugduni Batavorum. 4°.

Цитируется по второму (посмертному) изданію *Delphis 1714. 4°.

1673.

†Wengens, G. F. Disputatio de donationibus coniugum. Basileae. 4°.

*Passarelli, A. De donationibus ex iure divino et humano tractatus theoreticus. Ferrariae. F°.

1674.

Noodt, G. Probabilium iuris civilis ll. IV. Lugduni Batavorum. 4°.

Цитируется по перепечаткѣ въ *Opera omnia, Lugduni Batavorum 1760. 2 voll. F°.

1678.

Huber, U. Praelectionum iuris civilis libri tres.

Цитируется по изданію *Lovanii 1764—1766. 4°. 3 voll.

1680.

**Duyssentdaelder, I.** Disputatio de donationibus inter coniuges. Lugduni Batavorum. 4⁰

1686.

**Panhuys, A. A. v.** De donationibus inter coniuges. Lugduni Batavorum. 4⁰.

1689.

**Klein, Io.** De praesumpta donatione.

Цитируется по перепечаткѣ въ Dissertationes p 177—240

1692.

†**Rehm, Ph. I.** Disputatio de donationibus inter virum et uxorem. Argentorati.

1696.

†**Heeser.** De donationibus inter vivos prohibitis Giessae. 4⁰.

1702.

†**Friese, I. B.** Disputatio de donationibus simplicibus inter coniuges validis. Jenae.

1703.

**Bosseck, B. G.** De donationibus quae fiunt inter coniuges honoris causa ad legem 42. DD. de donat. inter vir et ux. Lipsiae. 4⁰.

1704.

**Voet, Io.** Commentarius ad Pandectas, vol. II. Hagae. F⁰.

Первое изданіе перваго тома относится къ 1698 г., но 24-ая книга дигестъ толкуется во 2-мъ. Цитируется по послѣднему изданію въ 6 т., Halle 1776—1780, 8⁰

1705.

*Brenckmannus, H. Disputatio iuridica inauguralis de legum inscriptionibus Lugduni Batavorum. 4°.

Цитируется по перепечаткѣ въ *Wieling, Jurisprudentia restituta, Amstelaedami 1727.

1717.

†Meier, I. H. De validitate donationis quae facta uxori eo casu quando bonis postea lapsus est maritus eaque a creditoribus possidentur. Erfurti.

1718.

Otto, E. Papinianus sive de vita, studiis, scriptis, honoribus et morte Aemilii Papiniani diatriba. Lugduni Batavorum. 8°.

Цитируется по второму изданію, *Bremae. 1743

1719.

Boehmer, J. H. Justiniani Imperatoris Institutionum libri quattuor. Halae. 4°.

Цитируется по изданію Halae, 1728. 4°.

*Heineccius, J. G. Antiquitatum romanarum iurisprudentiam illustrantium syntagma.

Цитируется по изданію *Мюленбруха, Francofurti 1841. 8°.

1724.

Noodt. Commentarius in D. Justiniani libros XXVII Digestorum. Editio altera. Lugduni Batavorum.

Въ первомъ изданіи комментарій доведенъ только до 4-й книги. Цитируется по перепечаткѣ въ *Opera omnia, Lugduni Batavorum 1760. 2 voll. F°. Къ этому же изданію относятся и ссылки при всѣхъ другихъ сочиненіяхъ Ноодта.

## 1725.

**Conradi, F. C.** Dissertatio de donationibus inter coniuges saxonicos moto concursu creditorum invalidis. Lipsiae. 4°.

Цитируется по перепечаткѣ въ *Opuscula academica Бауера, Lipsiae 1787, I, 32—49. У Липена приписано и Бауеру, и Ф К. Конради, причемъ надо помнить, что Конради самъ принималъ участіе въ редактированіи послѣднихъ перепечатокъ Липена, см. предисловіе. Конради же отмѣченъ какъ авторъ и у Бауера, а также у Перниса въ предисловіи къ F. C. Conradi Scripta minora. vol. I, Halis 1823, praef. p. XXVI. Однако самый фактъ перепечатки въ Opuscula Бауера даетъ поводъ считать авторство Конради только преобладающимъ Впрочемъ, я сохранилъ имя Конради въ виду большинства свидѣтельствъ.

†**Kemmerich, D. H.** De donationibus coniugum illustrium. Viteb. 4°.

## 1727.

†**Anckelmann, F. A.** Dissertatio de improbandis coniugum donationibus. Ultraiecti 4°.

**Boehmer, J. H.** De statu donationum inter virum et uxorem antiquo et hodierno.

Цитируется по перепечаткѣ въ 4-мъ томѣ его *Exercitationes ad Pandectas, Gottingae 1751, стр. 717—776

**Leyser, A.** Specimen 312. Meditationum ad Pandectas ad l 24 t. 1. De donationibus inter virum ex uxorem. Specimen 318. Meditationum ad Pandectas ad l. 24 t. 3. De praesumptione quod omnia sunt mariti.

Входятъ въ составъ 5-го тома его Meditationes. Цитируются по *3-ему изданію, Lipsiae et Guelpherbuti 1744, стр. 295—302 и 362—367.

**Conradi, F. C.** Vindiciae observationum de vera Caii aetate въ Acta eruditorum этого года, стр. 59—67.

Цитируется по перепечаткѣ въ *Parerga, II, 279—292, Helmstadii 1737.

***Grupen, Chr. Ud.** Tractatio de uxore Romana. Hanoverae. Мал. 8°.

**Heineccius, J. G.** Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum. Franequerae. 4°.

Цитируется по перепечаткѣ въ *Opera omnia, т. III. Genevae 1768. 4°.

***Otto, E.** Praefatio къ 3-му тому его Thesaurus.

Цитируется Thesaurus вездѣ по *второму изданію.

1732.

**Westenberg, Io. Ortw.** Principia iuris secundum ordinem digestorum.

Цитируется по изданію Юнга, *I. O. Westenbergii Opera omnia, 1747, т. 2-й.

1733.

**Bynkershoek, C. van.** Observationum iuris romani libri IV posteriores.

Цитируется по первому тому *Opera omnia Бейнкерсгука, Lugduni Batavorum, 1767, f° Къ этому же изданію относятся и ссылки при всѣхъ другихъ сочиненіяхъ Бейнкерсгука.

1734.

**Hoffmann, J. G.** Ad libros XXIV et XXV Pandectarum observationes variae въ его Meletemata ad Pandectas, Francofurti ad Viadrum 1735, 4°. Disputatio hebdomadalis XXII.

1735.

***Alphen, D. van.** Ad Q. Cerbidii Scaevolae fragmentum ex libro IX Digestorum in fr. 66 pr. et § 1. D. de don. inter v. et u. Lugduni Batavorum. 4°.

***Barnevelt, G H.** Disputatio ad l 64 D. de donationibus inter virum et uxorem. Traiecti. 4°.

1736.

**Tepell, W. C.** Disputatio ad l. 66 D. de donationibus inter virum et uxorem. Traiecti ad Rhenum. 4°.

Цитируется по перепечаткѣ въ *Oelrichs, Thesaurus dissertationum iuridicarum, Bremae et Lipsiae 1769, I, 2, 123—144

## 1739.

†**Capchon, I J.** Dissertatio de donationibus inter coniuges iuramento confirmatis. Argentorati. 4°.

## 1743.

†**Crell, Chr. L.** Programma ad intellectum l. 7 § 1 de donationibus inter virum et uxorem. Viteb. 4°.

## 1744.

†**Bronckhorst, J. v.** De donationibus inter coniuges. Trajecti. 4°.

**Kellinghusen, H.** Dissertatio iuridica de legibus nonnullis Romanorum.

Цитируется по перепечаткѣ въ *Oelrichs, Thesaurus novus etc., II, 2, 1—64.

## 1748.

**Leyser, A.** Dissertatio de praesumptione Muciana. Vitemb. 4°.

**Montesquieu.** De l'esprit des lois. Genève s. a. 4°.

## 1749.

**Schubert, C. Fr.** Dissertatio iuris de iustitia transactionis testamenti nondum inspectis tabulis ob sublatam vicesimam hereditatum. Helmstadii. 4°.

## 1752.

**Mencken, G. L.** Disputatio de donationibus inter virum et uxorem non ipso iure nullis. Helmstadii. 4°.

Цитируется по перепечаткѣ въ *Menckenii Opuscula, Halae 1770, стр. 581—624.

## 1755.

†**Gebhardt.** De donatione mortis causa valida inter coniuges. Lipsiae. 4°.

†**Baleke, J. H.** Programma de donationibus inter coniuges in applicatione ad coniugium Salvatoris cum fidelibus mysticum. Rostochii 4°.

## 1759.

*Richter, Z. De oratione Antonini de donationibus inter virum et uxorem confirmandis. Lipsiae. 4°

## 1763.

Voorda, B. Thesium controversarum iuxta seriem Digestorum decades XXVIII.

Къ нашему титулу относятся декады 7-я и 8-я. Цитируются по изданію Lugduni Batavorum, 1796, мал. 8, но защищены были объ въ 1763.

## 1768.

†Ayrer, G. H. Disputatio de donationibus inter virum et uxorem ad lib. I tit. VI art. 1 et 2 Iuris Lubecensis. Gottingae. 4°.

## 1771.

†Eisenhart. De regula iuris quod in casu dubio omnia bona maritи esse praesumuntur. Helmstadii. 4°.

*König, H. I. Disputatio de vicissitudinibus iuris romani circa donationes inter virum et uxorem. Halae. 4°.

*Рецензіи.* Schott's Critic IV, 368. Hallische gelehrte Zeitung 1772, стр. 95. Lemgoer Bibliothek, I, 479.

Trützschler. Fr. C. Dissertatio de donationibus inter coniuges per alium facta prohibita. Jenae. 4°.

Цитируется по нѣмецкому переводу §§ 13—20 у Barth, Sammlung auserlesener Dissertationen, Augsburg 1836, II, 217—224.

*Рецензіи.* Schott's Critic IV, 743. Erfurter gelehrte Zeitung 1771, стр. 161.

## 1776.

†**Krause, G. F.** Theses de donationibus inter virum et uxorem Viteb 4°.

## 1777.

†**Heldewier.** De donatione inter coniuges per alium facta prohibita. Lugduni Batavorum. 4°.

†**Zoller, F. G** Dissertatio de quaestione utrum donatio inter virum et uxorem facta iuramento accedente sit valida. Lipsiae. 4°.

*Рецензія.* Neueste juristische Litteratur 1777, II, 105.

**Cannegieter, H.** Notae et animadversiones ad 5 editionem Heineccii. Leovardii et Franequerae. 8°.

Примѣчанія Каннегитера цитируются по Heineccius, Antiquitates, изданіе Мюленбруха. Francofurti 1841. 8°.

## 1779.

†**du Roi, J. G.** Dissertatio de donatione inter coniuges remuneratoria absque insinuatione valida. Helmstadii.

*Рецензіи.* Erfurter gelehrte Zeitung 1780, стр. 371. Jenaer gelehrte Zeitung 1760, стр. 422 Neueste juristische Litteratur v. Gmelin und Elsasser 1780, стр. 36 Schott's Critic X, 85.

## 1782.

**Schneidt, J. M.** Dissertatio de utilitate studii chronologici in Iurisprudentia in genere et in specie de die, mense, anno etc., iuncto specimine studii iuris chronologici de statu donationum inter virum et uxorem. Wirceburgi. 4°.

## 1789.

**Gennep, A. van** Ad 5 priores §§ l. 32 D. 24, 1. Lugduni Batavorum

## 1792.

**Hugo.** Gaius, ein Zeitgenosse Caracallas. Civilistisches Magazin II, 358—378.

1802.

**Teylingen, E. P. van** Specimen iuridicum inaugurale exhibens explicationem l. Vir uxori 39. D. De donationibus inter virum et uxorem. Lugduni Batavorum. 4°

1805.

**Stockmann, C.** Dissertatio observationum iuris romani et saxonici de donationum inter coniuges celebratarum revocatione. Lipsiae.

†**Rapsilber, C Ch.** De donationum inter coniuges celebratarum revocatione. Lipsiae. 4°

1807.

†Können die Ehegatten sich während der Ehe durch Acte zwischen Lebenden schenken? Journal fur Gesetzkunde und Rechtsgelehrsamkeit v. Lasaulx, III, 337 ff.

1808.

†**Marle, C. W. v.** An donatio inter coniuges rei traditione non consummata morte donantis confirmetur. Groningen. 8°.

1813.

†**Engelbronner, E. C. d'.** Donations faites par contrat de mariage aux époux. Bruxelles. 4°.

1814.

***Thibaut, A. F.** Ueber die possessio des beschenkten Ehegatten въ его Civilistische Abhandlungen стр. 337—344.

## 1815.

*Savigny, F. C. Ueber l. 44 D. de donationibus inter virum et uxorem (XXIV, 1) въ Zeitschrift fur geschichtliche Rechtswissenschaft I, 270—280.

Цитируется по перепечаткѣ въ его Vermischte Schriften, III, 81—94.

## 1817.

†Deinse, F. v. De donationibus inter virum et uxorem. Lugduni Batavorum. 4°.

## 1818.

†Dezeaux, M. L. Dissertatio de donationibus quae per contractum matrimonii fiunt coniugibus eorumque posteris secundum ius civile hodiernum. Leodii.

†Raskinet, N. De donationibus inter virum et uxorem secundum ius civile hodiernum. Leodii.

## 1819.

†Ducaurroy de la Croix. Von Schenkungen unter Ehegatten (?). Paris.

## 1822.

†Bosch van Drakestein, G. De donationibus inter coniuges. Traiecti ad Rhenum. 8°.

## 1824.

Glück. Ausführliche Erlauterung der Pandekten. Bd. 25 и 26. Erlangen. 8°.

†Wautelée, A. De donationibus contr. nupt. conj. factis. Lugduni Batavorum. 4°.

*Buchholtz, A. A. Dissertatio inauguralis ad orationem divi Severi de potioribus nominandis. Regiomonti. Мал. 8°.

*Gans, Ed. Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung. Berlin. 8°.

Въ 1-омъ томѣ предисловіе помѣчено 23 III. 1823, а приписка къ нему 1. VIII. 1823. Во 2-мъ томѣ предисловіе подписано 1 декабря 1824 года.

**Hasse, I. Chr.** Das Guterrecht der Ehegatten nach Romischem Recht I. Band. Berlin. 8°.

Предисловіе подписано „въ декабрѣ 1823 г.“

**Hugo.** Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian, auch mit Hulfe von Mai's Palimpsesten sehr veranderte 9-e Auflage. Berlin. Мал. 8°.

Цитируется по 11-му изданію 1832.

## 1825.

***Gans, Ed.** Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung. Berlin. 8°.

Къ 1825 году относится 2-й томъ, — см. выше, подъ 1824 годомъ.

**Rudorff, A. A.** De lege Cincia. Berolini. 8°.

***Wenck, C. F. Chr.** Praefatio editoris къ 1-му тому Hauboldi Opuscula academica. Lipsiae. 8°.

## 1826.

**Schrader, E.** Neuentdeckte Quellen römischer Rechtskunde въ Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft, Tübingen, т. 1, стр. 137—186

Статья не подписана, но авторство Шрадера общеизвѣстно.

## 1827.

***Hasse, I. C.** Von dem Recht der Lex Cincia въ Rheinisches Museum für Jurisprudenz, I, 185—248.

Цитируется: Гассе, L. C. и страница.

## 1828.

*Unterholzner. Ueber das Cincische Gesetz въ Rheinisches Museum für Jurisprudenz II, 436 слл.

*Buchholtz, A. A. Vaticana fragmenta recognovit, commentario instruxit. Regimonti Borussorum. 8°.

## 1829.

†Ueber I. 25 D. 24, 1. De donationibus inter virum et uxorem. Allgemeine juristische Zeitschrift von Elvers und Bendex, II, 405 ff.

*Schilling, F. A. Bemerkungen über Römische Rechtsgeschichte. Leipzig. 8°.

Цитируется: Шиллингъ I и страница

## 1833.

Wächter, C. G. Wird ein zwischen Ehegatten gemachtes Schenkungsversprechen durch den Tod des Gatten gültig? Archiv für die civilistische Praxis. XVI, 107—124.

Löhr. Zur Lehre von den Schenkungen unter den Ehegatten. Archiv für die civilistische Praxis. XVI, 233—250.

## 1834.

Puchta. Ueber die Convalescenz eines Schenkungsversprechens unter Ehegatten. Rheinisches Museum für Jurisprudenz.

Цитируется по перепечаткѣ въ его *Kleine civilistische Schriften 332—346.

*Francke. Ueber Rückzahlung der Dos wahrend der Ehe nebst Bemerkungen über Schenkungen unter Ehegatten. Archiv für die civilistische Praxis XVII, 458—472.

## 1835.

†Pape, I. D. G. De donationibus quas conjuges sibi invicem secundum art. 1094 Cod Civ. facere possunt. Lugduni Batavorum. 8°.

*Francke. Окончаніе предшествующей статьи въ Archiv XVIII, 1—36.

## 1835—1837.

Meyerfeld, F. W. L. Die Lehre von den Schenkungen nach Romischem Recht. Marburg. 8°. I. 1835. II, 1. 1837.

## 1837.

**Burchardi.** Possessio civilis ist weder gleichbedeutend mit possessio ad usucapionem, noch mit possessio ad interdicta. Archiv für die civilistische Praxis XX, 14—53.

***Savigny.** Das Recht des Besitzes. 6-te Auflage. Gissen 8°.

Для нашего вопроса особенно важно именно 6-е изданіе, а не болѣе раннія. Цитируется книга вездѣ по *7-му изданію, Wien 1865.

## 1838.

†**Soek, C. W.** De donationibus inter virum et uxorem confirmandis ex oratione Antonini Caracallae. Lugduni Batavorum. 8°.

***Bruns, G.** Quid conferant Vaticana fragmenta ad melius cognoscendum ius Romanum Tubingae 1842. 8°.

На обложкѣ стоитъ 1842 годъ но предисловіе помѣчено 1838 годомъ.

**Puchta.** Lehrbuch der Pandekten. Leipzig. 8°.

Цитируется вездѣ по †12-му изданію, Leipzig 1877.

## 1840.

***Liebe, Fr.** Die Stipulation und das einfache Versprechen. Braunschweig. 8°.

***Puchta, G. F.** Cursus der Institutionen. I Band. Leipzig. 8°.

Цитируется по *девятому изданію, подъ редакціею Крюгера, Лейпцигъ 1881. 2 т. 8°.

## 1841.

***Savigny.** System des heutigen römischen Rechts. IV Band. Berlin. 8°.

Въ ссылкахъ на Систему Савиньи указаны римскою цифрою томъ и арабскою страница.

1845.

**Maynz, Ch.** Cours de droit romain. 3 voll. Bruxelles. 8°.

Цитируется по *4-му изданію, Bruxelles 1877. Русскій переводъ подъ редакціей А. Н. Стоянова, *Харьковъ. 1889.

1846.

***Schilling, F. A.** Lehrbuch der Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrechts. III Band. Leipzig. 8°.

1847.

**Puchta, G. F.** Cursus der Institutionen III Band. Leipzig 8°.

Посмертное изданіе Рудорффа. Цитируется по *девятому изданію, Лейпцигъ 1881. 2 т. 8°.

1852.

***Boissonnade, G.** Essai sur l'histoire des donations entre époux et leur état d'après le code Napoléon. Paris. 8°.

1853.

***Pellat, C. A.** Textes sur la dot, traduits et commentés. Seconde édition. Paris. 8°.

Въ *первомъ изданіи ничего нѣтъ о дареніяхъ между супругами.

1854.

†**Michelly, S.** De confirmandis ex oratione Divi Severi donationibus inter virum et uxorem. Halae. 8°.

***Dernburg.** Die Compensation nach römischem Rechte mit Rücksicht auf die neueren Gesetzgebungen. Heidelberg. 8°.

1856.

*Machelard, E. Textes de droit romain sur la possession, les hypothèques et les donations entre époux, suivis d'un commentaire a l'usage des élèves de la Faculté de droit de Paris. Paris. 8°.

Цитируется по перепечаткѣ въ его *Dissertations de droit romain et de droit français. Paris 1882, стр. 222—318.

1859.

*Schütz, Th. R. Exegetische Studien aus dem Civilrechte. 3. Die Lehre von Schenkungen unter Ehegatten. Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts von Bekker und Muther, III, 442—453.

1862.

Tenge. Ueber die Bedeutung der sogenannten Praesumptio Muciana. Archiv fur die civilistische Praxis XLV, 305—314

1867.

*Bechmann, A. Das Römische Dotalrecht. Zweite Abtheilung. Erlangen. 8°.

Kuntze, I. E. Kritische Vierteljahresschrift fur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, IX, 503—550.

1868.

Bremer, F. P. Zur Lehre von den Schenkungen unter Ehegatten. Archiv für die civilistische Praxis LI, 175—232.

†Berger. De donationibus inter virum et uxorem. (?)

*Dernburg. Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neueren Rechte. Zweite Auflage. Heidelberg. 8°.

*Seuffert, L. Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte. Würzburg. 8°.

1869.

*Brinz, A. Lehrbuch der Pandekten.

Въ 1869 году вышелъ 4-й выпускъ *1-го изданія, въ которомъ говорится о дареніяхъ между супругами (соотвѣтствуетъ 3-му выпуску 3-го тома по 2-му изданію, которое ничѣмъ, кромѣ скудныхъ литературныхъ указаній, прибавленныхъ Лотмаромъ, и кое гдѣ перемѣщенія выписокъ Бринца изъ текста въ примѣчанія, не отличается по нашему вопросу отъ 1-го)

## 1870.

*Deladerrière, E. A. Des libéralités faites pendant le mariage entre époux en droit romain et en droit français. Paris. 8°.

*Hallo, R. Des donations entre époux en droit romain. Du disponible entre époux en droit français. Paris. 8°.

*Glasson, E. Etude sur les donations à cause du mort. Paris. 8°.

## 1871.

Köppen. Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden Jahrbücher für Dogmatik, XI, 156 слл.

Имѣются *отдѣльные оттиски подъ тѣмъ же заглавіемъ.

## 1874.

*Boissonnade, G. Histoire des droits de l'époux survivant. Paris. 8°.

## 1876.

*Умовъ, В. А. Дареніе, его понятіе, характеристическія черты и мѣсто въ системѣ права. Москва. 8°.

## 1878.

*Keysser, A. Der Verbot der Schenkung unter Ehegatten nach römischem Rechte. Strassburg. 8°.

1881.

**Hofmann, Fr.** Schenkungen unter Gatten und Brautleuten. Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart von Grünhut, VIII, 286—322.

1882.

*Labbé, I. E. Appendice къ изслѣдованію Машелара въ Dissertations послѣдняго стр. 319—326.

1886.

***Pollack.** Der Schenkungswiderruf, insbesondere seine Vererblichkeit. Berlin. 8°.

1887.

***Gradenwitz, O.** Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte. Berlin. 8°.

*Рецензія.* E. Eck въ Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft XXX (XI), 77—91.

1889.

***Costa, E.** Le condizione patrimoniale del coniuge superstite nel diritto romano classico. Bologna. 8°.

1890.

**Πολυγένης. Περὶ τῆς ἀπαγορεύσεως τῶν δωρεῶν μεταξὺ συζύγων. Ἀθήνησι* 8°.

1891.

***Гуляевъ, А.** Предбрачный даръ въ римскомъ правѣ и въ памятникахъ византійскаго законодательства. Дерптъ. 8°.

## 1892.

**Alibrandi, I.** Ricerche sulla origine del divieto delle donazioni tra coniugi въ Studi e documenti di storia e diritto XIII, 65—77.

Цитируется по перепечаткѣ въ *Opere giuridiche e storiche Алибранди, Roma 1896, стр. 595—603.

***Erlanger.** Kaufvertrag unter Ehegatten in Sckenkungsabsicht. Erlangen. 8°.

***Duthoit.** Des actes prohibés entre époux. Paris. 8°.

***Karlowa, O.** Römische Rechtsgeschichte. II. Band. Leipzig. 1901. 4°.

Въ 1892 г. вышелъ первый выпускъ 2-го тома, содержащій страницы, посвященныя дареніямъ между супругами.

***Windscheid.** Die indirekte Vermögensleistung въ Festgabe für O. Müller. Leipzig. 8°.

## 1893.

***Arnette, M.** Des donations entre époux pendant le mariage en droit romain et en droit français. Paris 8°.

## 1895.

**Calixte, A.** Des donations entre époux en droit international privé. Paris. 8°.

***Sterio, M.** Delle donazioni tra coniugi. Archivio giuridico 55, 3—62.

***Riccobono.** Studi critici sulle fonti del diritto romano. Bulletino del Istituto di diritto romano, VIII, 199—222.

## 1896.

***Lotmar.** Der unmoralische Vertrag, insbesondere nach gemeinem Recht. Leipzig. 8°.

## 1898.

***Ascoli, A.** Trattato delle donazioni secondo il diritto civile italiano con riguardo al diritto romano. Firenze. 8°.

## 1900.

***Lefebvre, Ch.** Leçons d'introduction générale à l'histoire du droit matrimonial français. Paris. 8°

## 1901.

**Ude, A.** Die Praesumptio Muciana und ihre Entwickelung im modernen Rechte. Tübingen. 8°.

**Köppen.** Negotium mixtum cum donatione. Berlin. 8°.

## 1902.

**De Medio, A.** Per la storia delle donazioni tra coniugi in diritto romano. Rivista italiana per le scienze giuridiche. XXXIII, 361—396.

**De Medio, A.** Intorno al divieto di donare fra coniugi nel diritto romano. Modena. 8°.

Первая работа де Медіо вошла въ слегка переработанномъ и дополненномъ видѣ во вторую, составивъ въ ней первую главу. Статья де Медіо цитируется цифрой I и страницей, а книга цифрою II и страницею Первая глава книги цитируется по обоимъ изданіямъ, кромѣ, конечно, дополненій и пропусковъ второго.

## 1903.

**Никольскій, Б. В.** Даренія между супругами. Изслѣдованіе по римскому праву. Томъ первый. Выпускъ первый. С.-Петербургъ. 8°.

**Schon, I.** Die Ulpian-Celsinische Durchgangstheorie (l. 3 § 12 D. de donat. int. vir. et ux. 24, 1). 8°.

# II

## ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ ДОВОДЫ

# ВЪ ПОЛЬЗУ НЕДѢЙСТВИТЕЛЬНОСТИ

## ДАРЕНІЙ МЕЖДУ СУПРУГАМИ

## § 1. Введеніе. Глоссаторы. Плутархъ. Воззрѣнія Кора.

### I. Введеніе.

1678 г. Inter inexpectata iuris civilis haberi potest donationis inter virum et uxorem prohibitio, говоритъ Ульрихъ Губеръ, Praelectiones, ad Dig. 24, 1. Но можно сказать болѣе: недѣйствительность этихъ дареній должна быть причислена и къ самымъ неубѣдительнымъ учрежденіямъ. Сухой расчетъ можетъ признать ея послѣдствія полезными въ отдѣльныхъ случаяхъ, но съ безусловностью ея проведенія не мирится нравственное чувство.

Нравственная загадочность недѣйствительности супружескихъ дареній.

Этимъ объясняется интересъ римлянъ ко внутреннему оправданію своего древняго установленія, особенно если сравнить его съ ихъ равнодушіемъ къ историческому вопросу о возникновеніи недѣйствительности. Нравственная трудность заслоняла для нихъ историческую и сказывалась даже на разрѣшеніи частныхъ догматическихъ вопросовъ.

Отношеніе къ ней Римлянъ.

Наука новаго времени, напротивъ, привыкнувъ считать римское право ratio scripta и въ силу рецепціи вовсе не задаваться вопросами о законодательныхъ мотивахъ, была равнодушнѣе ко внутреннимъ оправданіямъ недѣйствительности, предпочтительно занимаясь вопросами, какъ она могла возникнуть и укорениться. Въ огромномъ большинствѣ случаевъ телеологическія объясненія самихъ римлянъ просто воспроизводились, какъ нѣчто положительно-данное и догматически второстепенное, а то и безразличное; анализъ и критика ихъ встрѣчаются лишь изрѣдка. Конечно, нельзя сказать, чтобы новая наука вовсе не интересовалась оправданіемъ недѣйствительности; но въ цѣломъ римскія теоріи

Отношеніе къ ней науки новаго времени

до настоящаго времени, нынче даже въ большей степени, чѣмъ лѣтъ 200 назадъ, остаются ея послѣднимъ словомъ и, стало быть, сырымъ ея матеріаломъ.

Вопросъ о причинахъ и цѣляхъ недѣйствительности

Не поставленъ даже тотъ основной вопросъ, который въ области исторической различно рѣшался съ первыхъ шаговъ изученія предмета. Тамъ сразу, прямо или условно, сказано было, сложилась ли недѣйствительность обычаемъ, или введена закономъ, *νόμῳ ἐγγράφῳ*. Между тѣмъ этотъ вопросъ предопредѣляетъ внутреннее оправданіе недѣйствительности: телеологическія объясненія какого либо учрежденія возможны только въ томъ случаѣ, если оно введено законодательнымъ порядкомъ, и вовсе отпадаютъ, если оно создалось путемъ обычнаго права. Если законодатель вводитъ тѣ или другія нормы ради цѣлей, то обычай возникаетъ и пріобрѣтаетъ обязательную силу вслѣдствіе бытовыхъ или правовыхъ причинъ. Исторія права должна и можетъ отвѣчать только на вопросы почему и какъ, а не зачѣмъ явился тотъ или другой обычай. А римляне, приписывая недѣйствительность обычному праву, подробно отвѣчали на послѣдній вопросъ, но первые два оставляли вовсе безъ отвѣта.

Противорѣчія въ наукѣ на почвѣ вопроса о причинахъ и цѣляхъ.

Это внутреннее противорѣчіе и составляетъ корень затрудненій, которыми занимается настоящая книга. Въ слѣдующей главѣ, попутно съ разборомъ всѣхъ высказывавшихся донынѣ теорій, установлено, что недѣйствительность первоначально возникла въ Римѣ обычно-правовымъ путемъ, судебною практикой и обобщеніями юристовъ на почвѣ древнѣйшей actio rei uxoriae. Наряду съ этимъ отмѣчено, какъ должно было теоретически переродиться учрежденіе, когда недѣйствительность была формулирована юристами въ видѣ запрета, — ибо запреты, по природѣ своей, обычному праву не свойственны. Наконецъ, во всей книгѣ мы надѣемся разъяснить цѣлый рядъ недоразумѣній, оставшихся неодолимыми какъ для самихъ римлянъ, такъ и для науки новаго времени. Выдѣливъ обычаю и закону каждому свое, воздавъ кесарево кесареви, а бытовое народу, мы впервые получимъ отвѣты на множество вѣковыхъ вопросовъ. Въ 3-й главѣ мы увидимъ, какъ ученые, прямо вопреки источникамъ, приписывали введеніе недѣйствительности писаному праву и какъ имъ въ этомъ заблужденіи служили помощью

законодательные доводы дигестъ. Прослѣдивъ въ настоящей главѣ исторію этихъ доводовъ и ихъ значительно позднѣйшее происхожденіе, чѣмъ самой недѣйствительности, мы устранимъ въ корнѣ возможность подобныхъ недоразумѣній.

Задача настоящей главы

Сказаннымъ опредѣляются спеціальныя задачи настоящей главы. Она посвящена вопросу о такъ называемыхъ rationes interdicti, мнимыхъ законодательныхъ доводахъ въ пользу мнимаго запрета дареній между супругами. Хоть у насъ и есть забытые предшественники, главнымъ образомъ Бомеръ, наша попытка все же явится полнымъ новшествомъ во всѣхъ частяхъ. Почти вся античная исторія rationes, въ ея вопросахъ и отвѣтахъ, составлена здѣсь впервые, внѣ литературнаго преемства. Изъ прежнихъ писателей намъ удалось извлечь очень немного. Съ другой стороны и судьба rationes въ новой литературѣ прослѣжена сполна по незатронутой ни однимъ предшественникомъ почвѣ. Между тѣмъ только въ литературной исторіи новой романистики можно найти объясненіе того параличнаго состоянія, въ которомъ находится нынѣ ученіе о rationes.

Прежняя литература

Древняя и новая литература и Corpus iuris.

Настоящая глава охватываетъ, такимъ образомъ, не только науку новаго времени, но углубляется и въ античный міръ, заходя въ древность до времени республиканскаго правовѣдѣнія, т. е. погружаясь въ прошлое за 22—23 столѣтія. Непрерывной связи, однако, между древней и новой исторіею нѣтъ. Непроходимою гранью лежитъ между ними Юстиніаново законодательство. Что до него въ твореніяхъ юристовъ и даже императорскихъ указахъ было теоріею, мнѣніемъ, то, попавъ въ его сводъ, стало закономъ, автентическимъ толкованіемъ. На этой почвѣ зиждится все современное достояніе науки. Изъ писателей новой эпохи, какъ увидимъ дальше, одинъ только рѣшилъ „не спускать парусовъ“ передъ автентическою силою rationes, но и тотъ былъ Менкенъ, да и онъ проявилъ свою отвагу только противъ Севера и Каракаллы (604), забывая, что duplex interpretatio обязываетъ его довести плаваніе до конца, т. е. посягнуть на авторитетъ и Юстиніана, и Corpus iuris. Вполнѣ естественно, поэтому, что мы сперва подвергнемъ обзору литературу новаго времени, начиная съ глоссаторовъ, и лишь тогда, расчистивъ почву, обратимся къ изслѣдованію источниковъ.

Порядокъ изложенія

## II. Глоссаторы.

Характеристика глоссы по вопросу о rationes interdicti.

Толкуя Corpus iuris, какъ положительное дѣйствующее право, субсидіарное по значенію, но основное по объему и цѣнности, глоссаторы главнымъ образомъ руководствовались потребностями и запросами практики. Если они не обошли rationes полнымъ молчаніемъ, то только въ виду пространныхъ текстовъ въ началѣ титула: почти всѣ прочія касающіяся rationes мѣста источниковъ оставлены ими безъ вниманія, даже безъ сопоставленія, даже безъ объясненія хоть однимъ словомъ. Ихъ дѣятельность сводится къ грамматическому толкованію и по мѣрѣ возможности подбору глоссарныхъ матеріаловъ или сопоставленію съ параллельными мѣстами. Ни о какой критикѣ у нихъ нѣтъ ни рѣчи, ни мысли. Ихъ дѣло — примѣнять законъ, сохраняя въ силѣ всѣ тексты отъ буквы до буквы. Средневѣковое толкованіе Corpus iuris было, какъ извѣстно, таково же, какъ толкованіе Св. Писанія: все истинно, все согласно и ни одна іота или черта не прейдетъ въ законѣ. Fides scripta и ratio scripta.

Толкованія легистовъ.

Sedes materiae глоссы, конечно, толкованія къ текстамъ Dig. 24, 1, 1—3. Ne invicem spoliarentur снабжено здѣсь ссылкою на аналогію Cod. 5, 3, 20, 4; facilitate, кажущееся, при традиціонномъ чтеніи, такимъ отрывочнымъ и недоговореннымъ, снабжено прибавкой abutentes или utentes; discuterentur matrimonia переведено separarentur, a conciliari пояснено синонимичнымъ ему въ средневѣковой латыни (см. Дюканжа s. v.) reformari; къ venalicia matrimonia дается, со словами quod esse non debet, аналогія изъ Cod. 8, 38, 2, а слова deterior ditior fieret поясняются: quod esset absurdum, ut Dig. 43, 24, 4. Единственная болѣе пространная глосса относится къ словамъ amorem solis animis aestimantes, но и та ограничивается слѣдующимъ толкованіемъ: Honestus amor pendet ex animo, non ex lucro, sicut dicitur: ad cor respicit Deus. Et facit ad hoc Dig. 45, 1, 111.

Какъ видите, удивительная бѣдность. Глоссаторы лишь отбываютъ формально повинность толкователей, подбирая синонимы къ словамъ и кое что изъ параллельныхъ мѣстъ къ содержанію. Ни одной юридической идеи они отъ себя не вносятъ.

Наряду съ легистами вопроса о rationes коснулись и канонисты. Весьма искуснымъ стилистическимъ пріемомъ они придали текстамъ дигестъ совершенно новый и неожиданный смыслъ. Я имѣю въ виду глоссу къ декреталіи папы Григорія IX-го, Decretal. 4, 20, 8 : Толкованія канонистовъ.

1227—1234 г. г.

Nota quod donatio inter virum et uxorem moribus prohibita est, ne mutuo amore invicem spoliarentur, non temperando a donationibus, sed profusa erga se facilitate utentes. Maiores namque nostri hoc prohibuerunt, amorem honestum solis animis existimantes et ne alter in paupertatem incideret, et alter ditior fieret, nec esset illis studium filios educandi.

На первый взглядъ здѣсь только сокращенное изложеніе дигестъ ихъ же словами, но на самомъ дѣлѣ въ эти старыя слова вложена совершенно новая мысль: moribus получило значеніе bonis moribus, ибо утратило тотъ историко-юридическій смыслъ, въ которомъ имъ воспользовался Ульпіанъ. У римскаго юриста mores обозначаютъ обычное право, у глоссаторовъ канонистовъ — добрые нравы. Римскій юристъ мотивируетъ древній народный обычай, глоссаторъ канонистъ прилаживаетъ древніе доводы къ мотивировкѣ писанаго папскаго велѣнія.

## III. Постглоссаторы.

Это толкованіе можно признать непререкаемо установленнымъ до самаго 16-го столѣтія. Постглоссаторы искали законодательныхъ доводовъ въ пользу недѣйствительности супружескихъ дареній не только въ Юстиніановомъ сводѣ, но и въ Св. Писаніи и христіанскомъ вѣроученіи, т. е. въ соображеніяхъ не только политическихъ, но и чисто моральныхъ, а потому пониманіе mores въ смыслѣ нравовъ было для нихъ неизбѣжно. Удивительно только, что они при этомъ не воспользовались выраженіемъ Африкана moribus improbanda, Dig. 23, 4, 27, по буквѣ вполнѣ подходящимъ подъ ихъ ученіе. Богословіе, съ Ѳомой Аквинскимъ во главѣ, шло имъ со своей стороны навстрѣчу, такъ что не возникало ни разногласій, ни тѣмъ болѣе полемики. Наиболѣе полное и характерное выраженіе этихъ теорій мы находимъ у Бальда въ его толкованіяхъ на Cod. 5, 3, 20. Преобладаніе канонистовъ.

1395 г.

Simplices donationes, говоритъ онъ (157), inter virum et uxorem non sunt propter nuptias, sed propter matrimonium Ученіе Бальда.

constans vetitae inter virum et uxorem. Et ratio est, quia quandoque libido, ut Dig. 44, 7, 61, 1 [1], quandoque est quia propter donationem alter deducitur in egestatem, quandoque propter talem non donationem sequitur indignatio animorum et exinde divortium. Et haec omnia sunt contra bonos mores et contra bona matrimonii: matrimonium enim non est institutum libidinis causa, sed liberorum procreandorum, et istud est illud bonum, quod appellatur proles. Item est institutum, ut sit perpetuum, non ut fiat divortium, et illud appellatur sacramentum. Item est institutum, ut inter eos sit fides, non solum in eo, quod respicit pudorem matrimonii, sed etiam ut in cunctis sit castitas, amor, honestas, contra quod bonum opponitur extorsio seu depauperatio. Et propter hunc textum dicunt Doctores quod talis donatio, cum sit contra bonos mores, non firmatur iuramento.

Болѣе кратко, но зато болѣе категорично выражается Бальдъ въ своихъ толкованіяхъ на Dig. 24, 1, 1—3. Приведя три основные довода противъ дѣйствительности дареній. — взаимное обираніе, пренебреженіе дѣтьми и продажность браковъ, — онъ прибавляетъ: Et istud est contra bonos mores, non tamen necessario, sed contingenter.

## IV. Новые вопросы практики.

Литература постглоссаторовъ.

Такимъ образомъ, въ теченіе цѣлыхъ столѣтій, теорія и практика довольствовались буквой Юстиніанова и каноническаго права. Новыми противъ источниковъ явились только два вопроса, до крайности спорные въ средніе вѣка, — о клятвенномъ подтвержденіи недѣйствительныхъ дареній и о встрѣчныхъ дареніяхъ между супругами. За и противъ допустимости того и другого писалось чрезвычайно много. Вся эта литература, въ значительной степени нравственно богословская, для нашего предмета не интересна; но мы отмѣтимъ въ ней два важныхъ для насъ мнѣнія.

Сомнѣніе Альціати.

Толкуя титулъ декреталій De praescriptionibus, Альціати встрѣтилъ случай, когда положеніе католика по закону ока- 1523 г.

[1] Цитата нѣсколько сомнительна, ибо примѣръ въ указанномъ мѣстѣ дигестъ имѣетъ лишь очень отдаленное касательство къ нашему предмету. Изложеніе Бальда въ цѣломъ ведется по Юстиніану, Cod. 5, 3, 20, 4.

зывалось хуже, чѣмъ положеніе еретика. Для успокоенія совѣсти читателей онъ приводитъ нѣсколько аналогій, гдѣ нравственно низшая сторона оказывается юридически сильнѣе Таковъ, между прочимъ, въ его глазахъ случай, Cod. 5, 16, 2, что дареніе супругѣ запрещено, а дареніе конкубинѣ дозволено, Dig. 39, 5, 5 и 29, 1, 41, 1. Можно бы отвѣтить, разсуждаетъ Альціати, что даренія между супругами запрещаются favore matrimonii et sobolis legitimae, Dig. 24, 1, 2. Однако, favor matrimonii привелъ къ запрещенію дареній съ тою цѣлью, ne maritus ab uxore per blanditias spolietur, а между тѣмъ haec ratio multo magis militat in feminis impudicis, quae solent esse blandiores. Cogita, заканчиваетъ Альціати (III, 953).

1517 г. Еще типичнѣе разсужденіе Пирра д'Англебермé по другому поводу. Разбирая вопросъ о дѣйствительности встрѣчныхъ дареній, онъ рѣшаетъ его въ положительномъ смыслѣ. Даренія между супругами, конечно, запрещены; ratio vero huius regulae, quod donatio mutua et reciproca valet, est, quia mutuo amore se non spoliant: cessat ergo legis prohibitivae ratio [1].

Англебермé объ автентической силѣ rationes

Трудно было бы найти болѣе характерное для всей тогдашней науки сужденіе. Въ словахъ д'Англебермé передъ нами, такъ сказать, обнажается безмолвная предпосылка всѣхъ его современниковъ — автентическая сила rationes, приводимыхъ въ источникахъ.

## V. Плутархъ и Паласіосъ Рубеосъ.

1477 г. Не позже 1477 года появилось первое печатное изданіе, въ латинскомъ переводѣ, Problemata Плутарха и съ этого года начинается новая эпоха въ исторіи нашего ученія.

Появленіе въ печати Плутарха.

Правда, мнѣ не удалось обнаружить ни одного юриста, который до 1503 года воспользовался бы Плутархомъ для толкованія нашихъ источниковъ, и возможно, что первенство въ этомъ отношеніи принадлежитъ автору первой монографіи о дареніяхъ между супругами, Лопецу де Паласіосъ Рубеосъ. Нельзя впрочемъ не оговориться, что онъ цитируетъ (по латыни) Плутарха, какъ нѣчто общеизвѣстное, и во всякомъ случаѣ не подчеркиваетъ своего первенства въ привлеченіи къ дѣлу столь важнаго источника.

1503 г.

[1] Для ссылки см. библіографическій списокъ.

Ученіе Лопеца де Паласіосъ Рубеосъ

Въ остальномъ Паласіосъ Рубеосъ подводитъ тщательный итогъ предшествующей ему литературѣ, но вмѣстѣ съ тѣмъ обогащаетъ ее нѣсколькими лично ему принадлежащими мыслями.

Ознакомимся съ его взглядами, долынѣ сохраняющими авторитетъ въ области каноническаго права.

Sunt et aliae donationes, начинаетъ онъ (55), quae fiunt inter coniuges, constante matrimonio, quae regulariter sunt prohibitae, Dig. 24, 1, 1—3; 24, 1, 5, 8; Cod. 5, 16, 7; 5, 16, 27. De cuius ratione, ut Plutarchus in suis Problematibus dicit, multi dubitarunt antiqui. Затѣмъ не особенно грамотно и точно выписывается въ сокращенномъ видѣ текстъ *Ῥωμαϊκὰ* 7. Съ особеннымъ сочувствіемъ относясь къ заключительному доводу Плутарха о необходимости для супруговъ считать все общимъ между собою, Паласіосъ Рубеосъ подкрѣпляетъ его еще тѣмъ соображеніемъ, что nemo non suis in rebus quam alienis diligentior est, и пространно сѣтуетъ на общую жадность къ приданому, даже со стороны молодежи. Juris tamen consulti, возвращается онъ къ своей темѣ, has rationes parvipenderunt aliasque assignarunt, и вкратцѣ излагаетъ доводы юристовъ: ne coniuges mutuo amore se spolient, et ne impediretur studium educandi filios, et ne matrimonia venalia fierent, quia amor honestus inter coniuges debet constare solo affectu animi et non propter pretium, cuius contrarium videtur fieri, cum aliquid donatur.

Затѣмъ Паласіосъ Рубеосъ въ видѣ аналогій разбираетъ нѣсколько данныхъ изъ римскаго и древне-эллинскаго права, совершенно къ нашему вопросу не относящихся, и обращается къ природѣ брака, усматривая его существо согласно глоссѣ De tribus bonis къ Decretal. 4, 17, 13 и во всемъ примыкая къ разсужденіямъ Бальда о томъ же предметѣ. Отъ этой компиляціи Паласіосъ Рубеосъ обращается къ самой сердцевинѣ своего ученія и заявляетъ: Juste ergo prohibita est donatio inter eos, non ex eo, quod ipsa donatio in se sit mala, imo potius laudabilis, ut traditur in Dig. 39, 5, 1 et c. 1. eod. tit.,[1] sed eo, quod inde potest sequi malum, vel quia

[1] Видимо, здѣсь опечатка или описка, ибо ни Cod. 5, 16, 1, ни Cod. 5, 3, 1, ни Cod. 8, 53, 1; 8, 54, 1; 8, 55, 1; 8, 56, 1, сюда не относятся. Не имѣлъ ли Паласіосъ Рубеосъ въ виду Dig. 50, 16, 214, 1, гдѣ говорится, что даренія похвальны?

malis artibus pervenitur ad ipsas, vel quia ad ipsam non potest verisimiliter perveniri, nisi per malum vel abominabile principium. Въ поясненіе онъ вновь перебираетъ три основные довода, — взаимное обираніе, обогащеніе и раззореніе, наконецъ, ne divortia sint venalia et simoniaca, — но прибавляетъ къ нимъ четвертый, довольно любопытный.

Una donatio inter virum et uxorem, говоритъ онъ, est prohibita vel saltem extra protectionem iuris civilis posita inconvincibili persuasione, cum vir et uxor sint socii divinae et humanae vitae, Dig. 25, 2, 1 и Cod. 9, 32, 4. Pactum inter socios factum, quod in persona unius sapit lucrum praecise et in persona alterius sapit damnum praecise, non valet, quia est contra substantiam societatis, Dig. 24, 3, 22, 8, quia ista societas est lupi cum agno, quem cauda linit, ut comedat eum. Hanc enim societatem lex falsam et leoninam appellat, et intolerabilem, ut Dig. 17, 2, 30.

Въ заключеніи, очень многословномъ и юридически безсодержательномъ, онъ опять повторяетъ иными словами доводы противъ дѣйствительности дареній между супругами, но ничего новаго не прибавляетъ, такъ что изложеннаго вполнѣ достаточно для ознакомленія съ его взглядами.

Механическое усвоеніе Плутарха.

Такимъ образомъ, новый матеріалъ, почерпнутый изъ Плутарха, сперва былъ воспринятъ чисто формально, просто зарегистрованъ безъ какихъ либо выводовъ. Въ литературѣ каноническаго права это такъ прочно усвоено, что еще въ 1673 г. концѣ 17-го вѣка мы встрѣчаемъ нпр. у Пассарелли (73 слл.) Св. Писаніе, отцовъ церкви, Плутарха и римскихъ юристовъ, какъ согласные авторитеты въ пользу недѣйствительности дареній между супругами на почвѣ тѣхъ же воззрѣній, на которыхъ стоятъ Бальдъ и Паласіосъ Рубеосъ. Тѣмъ не менѣе, въ текстахъ Плутарха коренятся зародыши всего дальнѣйшаго движенія науки, которое мы должны прослѣдить.

## VI. Плутархъ и Альціати.

Появленіе въ печати греческаго текста Плутарха.

1509 г. Мы имѣемъ возможность точно установить второй этапъ означеннаго движенія: это 1509 годъ, когда появилось первое изданіе греческаго текста твореній Плутарха, не входящихъ въ составъ его біографій. Въ этой книгѣ, замѣчательной и типографскою красотой, и близостью текста къ рукописямъ,

впервые сталъ достояніемъ ученаго міра греческій текстъ тѣхъ произведеній философа, гдѣ онъ касается дареній между супругами. Къ большой невыгодѣ дѣла далеко не весь матеріалъ Плутарха сталъ сразу и въ должной степени предметомъ юридическаго изученія. Мѣшалъ дѣлу греческій языкъ, искони плохо извѣстный романистамъ; мѣшало философское содержаніе твореній Херонейскаго мудреца, въ которыхъ къ нашему предмету относилось лишь нѣсколько разбросанныхъ мѣстъ, такъ что собрать этотъ матеріалъ для юриста требовало громаднаго и малопроизводительнаго чтенія, а для постоянныхъ читателей Плутарха, какъ не-юристовъ, не представляло ни малѣйшаго интереса; мѣшала наконецъ чрезвычайная рѣдкость и дороговизна всѣхъ греческихъ изданій Плутарха въ XVI вѣкѣ, — а латинскими переводами ученые справедливо пользовались съ величайшей опаскою. Мы въ дальнѣйшемъ увидимъ, какъ медленно и черезъ сколько недоразумѣній и ошибокъ пришлось развиваться литературѣ, чтобы собрать сокровище, до сего времени еще не вполнѣ использованное.

Альціати. Тотъ успѣхъ сравнительно съ глоссою, легистами и канонистами, съ котораго можно начать исторію новой литературы, былъ на почвѣ Плутарха сдѣланъ Альціати въ 3-й книгѣ его Dispunctiones, въ главѣ 14-й, озаглавленной: 1523 г. Cur donatio inter virum et uxorem prohibita sit, Plutarchum novam rationem assignasse: sed et quaedam de libertis vindicta manumissis novusque intellectus constitutioni datus. Эпитетъ nova и далѣе novus прямо свидѣтельствуютъ, и вполнѣ справедливо, о первенствѣ Альціати въ привлеченіи Плутарха въ область нашего предмета.

Antonini principis oratio, говоритъ Альціати (IV, 219—220), cur donatio inter virum et uxorem iure civili prohibita sit, in haec verba ostendit: Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam coniunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari viderentur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret. Ceterum his rationibus aliam addit gravissimus auctor Plutarchus, qui, Traiani principis praeceptor, vir plurimae lectionis, in opere, cui titulum fecit *Γαμικὰ παραγγέλματα*, sic propemodum scripsit: *Καὶ γὰρ ὁ Ῥωμαικὸς νομοθέτης ἐκώλυσε δῶρα διδόναι καὶ λαμβάνειν παρ' ἀλλήλων*

τοὺς γεγαμηκότας, οὐχ ἵνα μηδενὸς μεταλαμβάνωσιν, ἀλλ' ἵνα πάντα κοινὰ νομίζωσιν [1]. Quibus verbis demonstrat, idcirco prohiberi donationem, quod absurdum legislator existimaverit, videri aliquid inter virum et uxorem, quod commune non esset: praesertim cum sint, ut in sacris litteris dicitur, duo in carne una. Cum igitur in sponsis haec ratio locum sibi non venditet (vendicet?), inde a legislatore permissum est, ut quantum velit sponsus sponsae donare possit.

Альціати не сдѣлалъ, какъ видимъ, никакихъ выводовъ изъ своей находки, а только указалъ ученому міру новый матеріалъ; но и это сопоставленіе не осталось безъ послѣдствій.

## VII. Кора.

Кора и его воззрѣнія.

Первый использовалъ и обогатилъ его нѣсколькими данными и выводами Кора. Онъ нѣсколько разъ высказался по нашему вопросу.

1541 г.

Первоначальное сопоставленіе Corpus iuris и Плутарха

Въ 1541 г., въ толкованіяхъ In rubricam Digestorum de rebus creditis, онъ ограничивается простымъ сопоставленіемъ дигестъ, Юстиніана и Плутарха. Даренія между супругами, говоритъ онъ, недѣйствительны, ne, inquit Ulpianus, mutuo amore invicem spolientur coniuges, donationibus non obtemperantes, sed profusa erga se facilitate, et quia saepe futurum esset, ut discuterent (sic) matrimonia, si non daret is qui posset, atque ea ratione eventurum, ut venalia essent matrimonia, Dig. 24, 1, 1—2; vel ob ardentes et incensos amborum affectus, ne concupiscentiae magnitudine victi latenter paulatim coniuges sese privent sua substantia, Nov. 74, 4 pr.; vel quia absurdum lex existimaverit aliquid inter virum et uxorem esse, quod non sit commune, quae fuit ratio Plutarchi (II, 125, 5—6).

1549 г.

Разногласіе между Corpus iuris и Плутархомъ.

Черезъ восемь лѣтъ Кора значительно расширяетъ постановку вопроса, три раза касаясь его въ своихъ Miscellanea, ужъ усматривая разногласіе между Corpus iuris и Плутархомъ, но еще не углубляясь въ сущность противорѣчія, хотя приводитъ и новый матеріалъ.

Merito absurdum veteres putaverunt, говоритъ онъ въ

[1] Plutarch. *Ἰαμικὰ παραγγέλματα*, 34. Греческая цитата явно свидѣтельствуетъ, что Альціати занимствуетъ свой источникъ изъ изданія 1509 г. а не изъ латинскаго 1497 г.

одномъ мѣстѣ (II, 635, 10), aliquid esse, quod non inter virum et uxorem commune sit. Qua ratione virum ab uxore contraque uxorem a viro quicquam accipere vetitum Plutarchus in Problematum libris scribit, iurisconsultis tamen in aliam rationem euntibus.

Колебанія Кора.

Установивъ, однако, здѣсь фактъ разногласія между Плутархомъ и римскими юристами, Кора нѣсколько иначе смотритъ на дѣло въ другомъ мѣстѣ.

Полагаютъ, говоритъ онъ (II, 707--708), что истинная собственность на приданое принадлежитъ мужу, воображаемая — женѣ, и эту двойственность выводятъ изъ совмѣстнаго пользованія имуществомъ и взаимной любви между супругами, quibus societas quaedam divinae et humanae domus coiri putatur, Dig. 23, 2, 1, Cod. 9, 32, 4, et una caro ex duabus personis effici unaque domus et familia constitui, Dig. 29, 5, 1, 15. Nam nec dissimili ratione Paulus filios vivo patre substantiae paternae quodammodo dominos existimavit, Dig 28, 2, 11. A quibus non abhorrent quae Plutarchus in Problematis scribit, virum ab uxore uxoremque a viro aliquid accipere prohiberi, quod absurdum veteribus visum sit, quidquam inter coniuges reperiri, quod commune non esset. Inde et olim factum, ut sponsam introducentes iuberent dicere: ubi tu Gaius, ego Gaia, ut ita cum viro quasi depacisceretur, omnia inter coniuges futura communia ambobusque pariter ius esse imperandi: nec enim aliud his verbis ostendebatur, quam ubi tu dominus ac domus princeps, ibi ego domus domina atque hera.

Здѣсь, какъ видите, Кора, привлекши кстати новое мѣсто Плутарха, *Ῥωμαϊκὰ* 30, устанавливаетъ согласіе Плутарха съ другими текстами Corpus iuris, говорящими вовсе не о дареніяхъ между супругами, и сближаетъ эти юридическіе тексты съ древнѣйшими формами римскаго брака. Вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, онъ не дѣлаетъ вывода, къ которому обязывало его первое мѣсто, — а именно, не признаетъ разногласія между текстами юристовъ о недѣйствительности дареній между супругами и текстами ихъ о единствѣ имущества между супругами. Наряду съ тѣмъ, онъ намѣчаетъ цѣлый рядъ сближеній, которыми, какъ увидимъ въ слѣдующей главѣ, уже черезъ годъ воспользовался Бодуэнъ въ своихъ толкованіяхъ на законы Ромула.

Въ третьемъ мѣстѣ Miscellanea Кора ex professo останавливается на rationes нашего учрежденія (II, 696). Почти дословно выписавъ Dig. 24, 1, 1. и 24, 1, 3 pr., онъ прибавляетъ къ нимъ слова Плутарха, что даренія — самый низменный знакъ расположенія: дарятъ и чужіе, и тѣ, кто не любитъ. Оттого древніе устранили даренія изъ брака, чтобы любовь и отвѣтная любовь были не продажны, а безкорыстны и непосредственны. Nam et absurdum visum est aliquid inter virum et uxorem fuisse, quod non esset commune. Однако существуетъ Oratio Антонина, Dig. 24, 1, 32 pr., qua patrias donationes et coniugales ratas fieri per mortem silentiumque donatoris. Idque contra legem Solonis, qui, ut est in Problematis Plutarchi, eas donationes, quas coactus quis fecisset, ratas esse post mortem etiam donatoris noluit: ita nec quas in uxorem contulisset, ab ea, ut verisimile est, persuasus: necessitatem enim, quasi vim afferentem, iure optimo excepit, voluptatem vero quasi decipientem, sic indicans virorum ac uxorum donationes suspicione non carere.

Дальнѣйшія колебанія.

Здѣсь изложеніе Кора еще разъ пріобрѣтаетъ новый характеръ. Во первыхъ, привлечено третье, главнѣйше мѣсто Плутарха, — *Ῥωμαϊκὰ* 7; откинуто *Ῥωμαϊκὰ* 30; и сохранено *Γαμικὰ παραγγέλματα* 34. Но затѣмъ, противорѣчивые по его собственному мнѣнію, доводы дигестъ и Плутарха выписываются рядомъ, вкупѣ и влюбѣ, безъ какихъ либо оговорокъ, и только преобразованіе Севера и Каракаллы противопоставляется доводу Плутарха изъ Солонова законодательства, но опять таки безо всякихъ выводовъ.

Нельзя сказать, чтобы всѣ эти тексты были согласованы между собою. Читатель получаетъ такое впечатлѣніе, какъ будто самъ Кора за много лѣтъ не пришелъ къ окончательному рѣшенію и, сочувствуя Плутарху, находя въ его доводахъ противорѣчіе доводамъ юристовъ, послѣднихъ однако не отвергъ, а соглашающаго рознь толкованія не создалъ. Онъ съ большимъ основаніемъ, чѣмъ Альціати (см. выше стр. 73), могъ бы заключить свои разсужденія назидательнымъ: „Cogita“!

1550 г. Впрочемъ, и здѣсь Кора не остановился. Занявшись толкованіемъ титула дигестъ De origine iuris и изучая законодательство Ромула, онъ привелъ два его закона, касающіеся правъ женщинъ, изъ этихъ матеріаловъ вскорѣ сдѣлалъ важ-

Законы Ромула.

ные для насъ выводы и допустилъ ставшую исторической ошибку

Cumque Sabinum bellum, пишетъ онъ (I, 29, 16), prudentia raptarum mulierum restinctum videret (scil. Romulus), feminis honorem lege lata detulit, ut mulieri deambulanti prior a viro locus concederetur, Plutar. in Romulo. Uxorem denique, dum per sacras leges viro coniuncta esset, rerum omnium sociam cum marito constituit reciprocamque successionem inter coniuges voluit esse, ut alter alteri videlicet in universum non extantibus liberis, et ubi superessent liberi viritim cum eis, succederet. Halicarn. ubi supr. (т. е. Діонисій, 2, 25).

Окончательный итогъ Кора

Вотъ изъ этихъ данныхъ и сдѣлалъ свои послѣдніе 1553 г. выводы Кора въ толкованіи на Dig. 39, 6, 27, гдѣ даетъ полный сводъ всего, что могъ признать за rationes недѣйствительности супружескихъ дареній.

Prisci Romanorum, пишетъ онъ (I, 917, 10), solis animis honestum amorem aestimantes, Dig. 24, 1, 3 pr., inter virum et uxorem noluerunt donationes consistere, ne concordia coniugalis pretio conciliari videretur ansaque praeberetur divortiis et dissidiis, si non invicem coniuges, praesertim ditiores, liberalitatibus uterentur, Dig. 24, 1, 1—3. Vel ideo, quod, cum sacrosanctum matrimonii vinculum, a Deo institutum, Decret. II, 32, 2, tam arctam mariti et feminae coniunctionem faciat, ut non solum individuum totius vitae consortium, Decret. II, 27, 2, 2, sed etiam iuris omnis divini et humani communicatio inter eos inducatur, Dig. 23, 2, 1; Cod. 9, 32, 4, atque adeo ex duobus unum efficiatur, Decretal. 4, 8, 1, Decret. II, 27, 2, 18, indecens et absurdum veteres merito iudicarunt aliquid inter coniuges videri, quod non esset commune, Plutar. in Problemat. Quasi inter eos utriusque fortunae (ut Theogenes Agathoclis regis uxor dicere solebat), prosperae scilicit et adversae, coita sit societas, Dig. 24, 3, 22, 7, quae alterum rerum alterius quodammodo dominum faciat, Dig. 25, 2, 1. Ut et Romulum lege lata iussisse memoriae proditum est Plutar. in Romulo nosque alibi recensuimus, и ссылается на свое только что приведенное толкованіе титула De origine iuris.

Оцѣнка своднаго ученія Кора.

Въ этомъ сводномъ изложеніи Кора попрежнему противопоставляетъ доводы дигестъ остальнымъ, которые самъ считаетъ вѣрнѣе (vel ideo говоритъ онъ, — merito puta-

verunt), но такъ осторожно и уклончиво, что при бѣгломъ чтеніи легко и не замѣтить его противопоставленія. Характерно, затѣмъ, что въ подкрѣпленіе недѣйствительности онъ привлекаетъ богословскіе и каноническіе доводы, тогда какъ канонисты, глоссируя декреталіи, подкрѣпляютъ авторитетъ папскихъ буллъ языческими доводами римскихъ юристовъ и императоровъ. Во всякомъ случаѣ, недосмотръ Кора очевиденъ, такъ какъ prisci Romanorum никоимъ образомъ не могли руководствоваться ученіями Библіи и Corpus iuris canonici. Наконецъ, заключительная ссылка на Ромула носитъ ярко выраженный характеръ позднѣйшей, спѣшной приписки, сдѣланной на память и потому ошибочной: вмѣсто Діонисія Галикарнасскаго Кора ссылается на Плутарха въ житіи Ромула. Эта ошибка имѣла свою исторію: мы встрѣтимся съ ней у Кюжаса въ главѣ о Mores Хронологически возможно также, что и сдѣлана эта приписка подъ впе-
1550 г. чатлѣніемъ книги Бодуэна, о которой также говорится у насъ въ слѣдующей главѣ.

## VIII. Критическое и догматическое направленіе.

Внутренняя противорѣчивость воззрѣній Кора.

Въ цѣломъ, стало быть, сводъ Кора — Кадмовъ посѣвъ: его доводы не могутъ не вступить въ борьбу не на жизнь, а на смерть. И точно, въ его изложеніи мы встрѣчаемъ въ зародышѣ оба главныхъ и принципіально непримиримыхъ направленія, которыя наблюдаются въ наукѣ въ XVI, XVII и отчасти XVIII столѣтіяхъ: критическое, на почвѣ Плутарха и западноевропейскаго семейно-имущественнаго права отрицательно относившееся къ юридическимъ доводамъ римлянъ, и догматическое, искавшее согласованія всѣхъ доводовъ и либо достигавшее этого чисто механическимъ сопоставленіемъ, либо относившееся отрицательно къ Плутарху, а не къ юридическимъ источникамъ, ибо iurisconsultus sine lege loqui erubescit. Въ представителяхъ перваго проявился тотъ же духъ, который въ современной наукѣ носитъ рекламное названіе германизма, тогда какъ въ сущности долженъ называться національнымъ, а въ представителяхъ второго — духъ такъ называемаго романизма, который опять таки вѣрнѣе было бы называть духомъ рецепціоннымъ, ибо реципированное право рѣзко отличается отъ подлиннаго права

Два направленія въ новой наукѣ до XVIII вѣка, догматическое и критическое.

римскаго. Оба эти направленія наблюдаются вплоть до Бёмера, который попытался ихъ если не согласовать, то сблизить на почвѣ новаго воззрѣнія, и мы прослѣдимъ ихъ каждое въ отдѣльности.

Порядокъ изложенія.

Хотя догматическое, какъ мы видѣли, и старше критическаго, и всегда было и донынѣ осталось господствующимъ, мы начнемъ наше обозрѣніе съ представителей направленія критическаго, ибо оно было движущимъ началомъ въ литературѣ. Если бы не критика, догматическому большинству было бы нечего дѣлать и оно никогда не пошло бы дальше глоссы

## § 2. Критическое направленіе. Бриссонъ, Отманъ, Монтекатини. Практики кутюмнаго права.

### I. Бриссонъ.

Первоисточники критическаго направленія

Въ слѣдующей главѣ мы увидимъ, что основными источниками этого направленія были Topographia Romae Марліани и Leges Romuli Бодуэна, ибо прямымъ послѣдователемъ Бодуэна явился родоначальникъ критическаго направленія, Бриссонъ, которому принадлежитъ главная въ этомъ дѣлѣ заслуга. Его ученіе изложено также въ слѣдующей главѣ, куда ближайшимъ образомъ относится, и здѣсь мы предполагаемъ его воззрѣнія извѣстными, чтобъ уяснить ихъ значеніе для вопроса о rationes недѣйствительности. 1564 г.

Бриссонъ.

Его ученіе.

Онъ первый, буквально первый, ставитъ вопросъ на юридическую почву. Римскіе юристы выводили недѣйствительность супружескихъ дареній изъ бытовыхъ условій, Плутархъ изъ идеалистическихъ моральныхъ воззрѣній на бракъ, новые ученые изъ текстовъ дигестъ и Плутарха, постепенно приближаясь къ мысли, созданной только Бриссономъ. Эта мысль можетъ быть заднимъ числомъ выражена такъ: корней недѣйствительности надо искать въ исторіи и притомъ въ причинахъ юридическихъ, но никакъ не въ легальныхъ доводахъ юристовъ и императоровъ. Объясненія недѣйствительности надо искать не въ цѣляхъ, ради которыхъ она могла бы быть введена, а въ причинахъ, по кото-

рымъ должна была возникнуть. Достаточно найти эти причины, чтобы законодательные доводы нашихъ источниковъ отпали, какъ праздные домыслы заднимъ числомъ. Если же manus mariti была именно тою причиной, изъ которой юридическая логика вывела недѣйствительность супружескихъ дареній, то задачею науки становится выяснить, цѣпью какихъ юридическихъ послѣдствій были связаны исторически отправныя точки съ конечнымъ выводомъ. Смутныя искания Кора, богатые матеріалы Бодуэна, вся эта безформенная масса учености получаетъ творческій центръ, зиждительное слово, и это слово — manus mariti. Ищите ключа къ недѣйствительности исторически, въ началахъ древнѣйшаго права, — вотъ завѣтъ Бриссона дальнѣйшимъ поколѣніямъ.

## II. Ант. и Фр. Отманы.

1585 г. Первымъ становится на эту почву Ант. Ник. Отманъ, прямо заявляющій (I, 1, 560), что отъ Бриссона получилъ и свѣтъ, и руководство, — manum lucemque, — и дающій понять, что его главною цѣлью было развить и дополнить юридическіе элементы изслѣдованія Бриссона. И дѣйствительно, бытовыхъ подробностей онъ касается по возможности кратко и наскоро. Ант Отманъ

Его ученіе, какъ и Бриссона, только краешкомъ задѣваетъ вопросъ о rationes недѣйствительности, относясь въ остальномъ всецѣло къ содержанію слѣдующей главы, гдѣ и изложено полностью; тѣмъ не менѣе и здѣсь оно не безразлично и мы выскажемся о его значеніи для нашего вопроса. Его ученіе.

Историко-юридическимъ назвать нельзя это воззрѣніе, но юридическимъ можно. Исходя изъ догадки Бриссона, что manus mariti была юридическимъ выраженіемъ общности имущества супруговъ въ римскомъ правѣ, установленной Ромуломъ, и что въ томъ же источникѣ надо искать начала недѣйствительности дареній между супругами, Отманъ, видимо пользуясь матеріалами Лопеца де Паласіосъ Рубеосъ и особенно Кора, сочетаетъ воззрѣніе Бриссона съ текстами Плутарха и Діонисія, т. е. ставитъ историческую гипотезу въ связь съ rationes недѣйствительности. Эта связь, какъ показано въ изложеніи воззрѣній Бёмера, и погубила теорію; Manus mariti и rationes interdicti.

но для начала сближеніе Отмана было несомнѣннымъ успѣхомъ, да притомъ соотвѣтствовало, какъ увидимъ въ концѣ настоящей главы, несомнѣнному историко-литературному факту, — родству воззрѣній Діонисія и Плутарха, изъ которыхъ первый былъ источникомъ послѣдняго.

Несогласимость теоріи manus mariti и всѣхъ rationes.

Отманъ старшій не замѣтилъ, далѣе, коренного несоотвѣтствія своей теоріи всѣмъ rationes недѣйствительности. Вѣдь, на самомъ дѣлѣ, или manus mariti можетъ объяснить намъ, какъ явилась недѣйствительность дареній, но тогда отпадаютъ всѣ rationes, какъ праздные вымыслы; или она можетъ объяснить намъ дѣло лишь отчасти, но тогда для объяснимыхъ ею подробностей rationes всетаки отпадаютъ, а остаются въ силѣ только для разности. И хоть этотъ выводъ и напрашивается самъ собой, однако же Отманъ вовсе не объясняетъ, почему недѣйствительны были дареніи въ бракахъ вольныхъ, безъ manus mariti, quae usu fiebant, — въ главѣ объ этихъ бракахъ онъ просто умалчиваетъ о дареніяхъ между супругами...

Зерно отрицательной критики автентическихъ rationes.

Далѣе, Отманъ не довелъ своей мысли до конца въ томъ отношеніи, что, если даже сохранить доводъ Плутарха, истолковавъ его примѣнительно къ manus mariti, о чемъ самъ Плутархъ, конечно, не говоритъ ни слова, то ужъ доводы Corpus iuris должны быть откинуты, какъ совершенно неумѣстные. Нечего и говорить, что это значило бы отрицать обязательную силу искони реципированныхъ юридическихъ нормъ, т. е. было бы равносильно отрицанію самаго принципа рецепціи, а при отсутствіи другого законодательства, кромѣ Юстиніанова, было бы чисто разрушительной, анархическою для юриста мыслью.

Фр. Отманъ. **1599 г.**

И точно, Ант. Ник. Отманъ такъ далеко не пошелъ, а его младшій и несравненно болѣе знаменитый братъ, Фр. Отманъ, сдѣлалъ даже продолжительный „шагъ на мѣстѣ“, сохранивъ антиномическую догматику Кора въ полной неприкосновенности. Quattuor regulis tota haec a nobis doctrina comprehensa est, говоритъ онъ въ трактатѣ De donationibus omnium generum (I, 1, 608). Quarum prima Sabini est, Dig. 24, 1, 1. Moribus, inquit, apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Cuius iuris Paulus et Ulpianus duplicem rationem adferunt: ne coniuges sese inter se spolient, id est, ne alter alterius fortunas exhauriat; item

ne, si ei, qui cuperet, non daretur, facile matrimonium dissolveretur. Potest addi tertia: ne, qui alterius fortunas exhausisset, tum completus nuncium donatrici remitteret. Potest et quarta: ne, si ei, qui liberalior fuisset, gratia referretur, concordia et benevolentia minuerentur. Sed nulla probabilior, quam illa Plutarchi, ut coniuges omnia inter se communia ducerent, quemadmodum lex Romuli iubebat, *γυναῖκα κοινωνὸν ἁπάντων εἶναι χρημάτων τὲ καὶ ἱερῶν*, quemadmodum Dionysius lib. 3 (sic!) testatur. Inde illud Ciceronis in Topicis, 4, 23: Cum mulier viro in manum convenit, omnia, quae mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine. Indeque institutum fuit, ut, si quid mulier e viri bonis subripuisset, in eam soluto matrimonio rerum amotarum formula, non autem furti actio daretur.

Итоги ученій Бриссона и Отмановъ

Каковъ же итогъ? Утѣшительнымъ его назвать нельзя. Плутарху дается предпочтеніе, но всѣ rationes дигестъ выписываются, какъ ни въ чемъ не бывало. Діонисій и Плутархъ сближаются на почвѣ закона Ромула, но manus mariti, какъ ключъ къ возникновенію недѣйствительности, молча отвергнута. Передъ нами вновь антиномическая точка зрѣнія Кора во всей ея безнадежности, съ необходимыми поправками и обогащенная новыми пріобрѣтеніями науки, но тѣмъ болѣе безплодная и косная. Видимо, нужны болѣе сильные удары. И они не заставили себя ждать, только послѣдовали съ той стороны, откуда на нихъ всего менѣе можно было расчитывать: за дѣло взялся философъ, Монтекатини, а за нимъ двинулись практики кутюмнаго права, — Шаронда, Аржантре, Роденбюргъ и другіе.

Новые принципы критики.

## III. Монтекатини.

1587 г.

Монтекатини.

Начнемъ по старшинству съ Монтекатини.

Толкуя Политику Аристотеля, онъ прибѣгаетъ къ примѣрамъ и аналогіямъ изъ римской жизни, въ юридической области пользуясь руководствомъ и помощью двухъ своихъ соотечественниковъ юристовъ, Терцани и Бертаццоли (440). Въ частности, въ ученіи о семьѣ онъ привлекаетъ къ поясненію законы Ромула, подъ явнымъ вліяніемъ Бодуэна, Бриссона и Отмана. Въ числѣ этихъ законовъ онъ приводитъ и два слѣдующихъ, въ такой редакціи:

Законы Ромула.

Uxor, quae in manum viri convenerit, omnium rerum ac

sacrorum illius particeps efficitor et aeque ac ille domus domina esto, quandiu pudica et obsequens ei permanserit (447).

Bona omnia quae mulieris in manum conuenientis antea fuerunt, ex hoc ipso, quod illa convenerit in manum, viri fiunto dotis nomine (448).

Перемѣна нравовъ

Таковъ былъ, пишетъ Монтекатини (449), первоначальный порядокъ. Онъ, однако, не уцѣлѣлъ. Начались разводы и возвращенія приданаго; понадобились cautiones rei uxoriae; сложилось ученіе о приданомъ; появились параферны. Правда, съ одной стороны cautiones, какъ излишнія, были впослѣдствіи отмѣнены императорами; но зато съ другой стороны не только было отмѣнено наслѣдованіе ab intestato жены мужу ex asse и наравнѣ съ дѣтьми и ей отведена послѣдняя очередь передъ фискомъ, но даже для нея по муниципальнымъ правамъ нѣкоторыхъ государствъ было во-

Наслѣдованіе супруговъ и даренія между ними.

все уничтожено право наслѣдовать мужу, eadem ratione, qua donationes inter virum et uxorem ius commune prohibuit. Aut eademque namque, aut proximae causae esse videntur harum trium largitionum: ut vir heredem uxorem suam scribat et ut ei aliquid donet vel constante matrimonio vel propter nuptias, — licet primum et postremum genus, id est heredem scribere et donare propter nuptias, lege communi permittantur, sola simplex donatio inter coniuges interdicta sit. Immo adderet callidus quidam argutator magis fortasse timendum, ne ei donationibus ante vel propter nuptias, quando uxoris potiundae flagrat desiderio, et in testamentis conficiendis, quom aeger ac morti proximus videt eam circa se omnia charitatis munera implentem, erret maritus et amore blanditiisque ad ea adducatur, quae minime deceant, quam in simplicibus donationibus, quae fierent constante iam matrimonio et dum uxore frui ipse

Ссылка на Плутарха.

ut vult potest. Itaque Solon, qui donationes simplices coniugibus non interdixit, iussit tamen pariter ea testamenta irrita esse, quae quis uxoris impulsus blanditiis fecisset et quae fecisset coactus necessitate, ut refert Plutarchus in Romanis Quaestionibus: in necessitate enim magnam vim inesse, at in illecebris dolum et fraudem violentia non minorem.

Предпочтеніе Плутарха

Отлагая затѣмъ до другого случая разборъ дотальныхъ правъ, Монтекатини дѣлаетъ въ заключеніе одну лишь оговорку. Hoc solum dicam, говоритъ онъ (450), veram causam, cur Romulus donationes inter coniuges vetaverit, a solo Plu-

tarcho in Quaestionibus Romanis, 8 (sic!), et in Coniugalibus Praeceptis explicatam, nec Sextum Caecilium, nec Ulpianum, nec Antoninum, nec ullum alium iurisconsultum attigisse, nec attingere quidem potuisse, quippe posterioribus seculis iam sublata erat perfecta illa communitas omnium rerum inter coniuges, quam induxerat Romulus quamque tantopere eos decere ait Plutarchus, ut, in unam omnia congerentes commiscentesque substantiam, utraque pars omnia sua ducat, nihil alienum, non quaedam sua, quaedam aliena. Et sane cui coniugio amor aspiraverit, quod solum est verum coniugium, primum tanquam Platonica civitate eiicit meum et tuum, ut in Amatorio scribit idem Plutarchus, nec modo rerum, sed etiam corporum et animorum, quum neque velint duo esse, neque duo se esse censeant.

Разборъ его ученій.

Воззрѣнія Монтекатини характерны и любопытны во многихъ отношеніяхъ.

Зависимость отъ Бодуэна, Бриссона и Отмановъ.

Съ одной стороны несомнѣнно, что они сложились подъ глубокимъ вліяніемъ Бодуэна, Бриссона и Отмана, хотя бы изъ вторыхъ рукъ. Мы находимъ у него и запрещеніе дареній Ромуломъ, и мотивировку этого запрещенія доводомъ Плутарха, и наконецъ даже дословные отголоски въ изложеніи.

Философская независимость.

Съ другой стороны Монтекатини идетъ дальше, ибо съ независимостью философа свысока смотритъ на юристовъ. Hallucinantur saepenumero iurisconsulti, снисходительно замѣчаетъ онъ (443), pro formis rationibusque veris ac solidis iustitiae umbras eius atque imagines amplectentes, nisi philosophiam in consilium adhibeant. Не связанный авторитетами, онъ рѣшительно и ясно выражаетъ недовольство законодательными доводами древнихъ. Онъ подчеркиваетъ, что нѣтъ внутренняго единства самого учрежденія съ оправдывающими его соображеніями. Будучи послѣдовательными, выходитъ у него, римляне, еслибъ они дѣйствительно руководились этими rationes, a fortiori должны были бы запретить и завѣщательныя распоряженія въ пользу жены, какъ Солонъ, и даренія propter nuptias. А такъ какъ они этого не сдѣлали, то, очевидно, руководились не тѣми соображеніями, которыя высказывали.

Отголоски европейской дѣйствительности.

Съ третьей стороны Монтекатини первый внесъ въ литературу нашего предмета отголоски новаго міра, европейской дѣйствительности. Борьба національнаго права съ рецепціею впервые въ его словахъ вліяетъ на научную теорію.

Какъ добрый философъ предпочитая идеализованный строй древне-римской семьи своему современному, онъ послѣдній всетаки считаетъ послѣдовательнѣй и убѣдительнѣе, чѣмъ порядокъ Юстиніанова права. Словомъ, онъ въ наукѣ пытается выразить то, что̀ жизнь давно выразила въ статутахъ Италіи и кутюмахъ Франціи, и находитъ ей подтвержденіе въ древне-римскихъ rationes. Альтернатива назрѣваетъ: или доводы хороши, но тогда долой римское право и да здравствуютъ статуты и кутюмы, или римское право есть ratio scripta, и тогда долой его rationes.

Судьба его почина.

Конечно, ему трудно было найти много союзниковъ между юристами и въ готической громадѣ реципированнаго права еле слышались голоса дерзкихъ критиковъ; однако послѣдовательность и инстинктивная справедливость были на его сторонѣ и потому болѣе столѣтія не прекращается преемственная критика римской догмы и ея rationes на почвѣ кутюмнаго права. Даже въ XIX вѣкѣ мы встрѣчаемъ ея недолговременное и, надо признаться, безотчетное возрожденіе подъ перомъ Ганса и Гассе.

## IV. Шаронда.

Шаронда и его ученіе.

Хронологически ближайшимъ послѣдователемъ Монтекатини явился Шаронда ле Каронъ. **1595 г.**

Древніе мудро запретили супругамъ во время брака взаимныя дарéнія, говоритъ онъ (II, 136—137), излагая во французскомъ переводѣ доводы дигестъ. Они считали честною любовь, которая должна быть между ними, только за добрую волю, чтобы не казалось, будто согласіе приходится покупать и поддерживать платой и ожиданіемъ выгоды, и чтобъ избѣжать раззоренія сторонъ и ихъ законныхъ наслѣдниковъ: ибо, если бы даренія были дозволены, супругамъ была бы дана возможность обирать другъ друга[1]. Плутархъ приводитъ по этому поводу законъ Солона, аѳинскаго законодателя. Римляне крѣпко держались этого соображенія въ

[1] Нельзя не улыбнуться въ данномъ мѣстѣ на изящество и наивную грацію стариннаго французскаго слога Шаронда: Par ce que s'il leur eust esté loisible de s'entredonner, l'un eust peu par blandices, feintes larmes et mignardises et autres fardées caresses d'amour attirer l'autre à luy donner tous ses biens

дареніяхъ между живыми, Dig. 24, 1, 1—3 и др. Но они напрасно отступили отъ него въ дареніяхъ на случай смерти и завѣщательныхъ распоряженіяхъ, не взирая на то, что въ послѣднихъ имъ бы слѣдовало быть еще заботливѣй, ибо тутъ то умы всего и податливѣе на чужую хитрость, особенно будучи ослаблены тѣлесными недугами, какъ о томъ и писалъ Платонъ. Точно также, допустить, чтобы дареніе между живыми исцѣлялось смертью дарителя, — это было съ ихъ стороны исцѣлять сдѣлку, ничтожную и недозволенную съ самаго начала, несмотря даже на то, что причина ничтожности продолжалась, противъ правилъ и принциповъ права. Вотъ почему, мнѣ кажется, наши предки лучше распорядились, запретивъ всякую наживу между супругами, какъ посредствомъ дарения между живыми, такъ и посредствомъ завѣщанія.

## V. Аржантре.

1608 г. Еще шире и смѣлѣе критика, еще рѣзче слогъ у Аржантре. Можно сказать, что въ его комментаріяхъ на кутюмы Бретани эта критика достигла кульминаціонной точки, — напр. въ слѣдующемъ положеніи: Donationes inter virum et uxorem ius Romanum non recepit, sed tamen morte donatoris confirmabat Insulsum constitutum ius consuetudinarium abrogavit, ne ulla valeret post sponsalia, ne ulla confirmaretur (579). Таково краткое резюме; но основныя разсужденія Аржантре настолько обширны, такъ полны матеріалами изъ постглоссаторской практики и кутюмнаго права, что въ нашей работѣ мы воспроизведемъ лишь существенныя, непосредственно касающіяся нашего предмета, черты его мнѣній. Аржантре и его критика.

Подвергнувъ разбору схоластическія прекания комментаторовъ, изъ которыхъ напр. у Бартола, по его словамъ, больше distinctiones, чѣмъ рукъ у Бріарея, а въ концѣ концовъ тѣмъ не менѣе сказано, что безъ папскаго рѣшенія вопросъ остается всетаки открытымъ, Аржантре признаетъ необходимымъ разобраться въ causae prohibitionis, publicae ne sint, an privatae (943). Его мнѣніе, что мы имѣемъ передъ собою causas iuris privati, хотя haec ipsa dubitatio magnam causam praebuit scholasticis auctoribus pugnandi (944). Въ частности, онъ находитъ четыре рода доводовъ. Анализъ rationes.

1. Rationem adferunt, quia id fecisse, quod lex prohibet, peccasse est et potestati non oboedisse, quod Paulus iubet et e Sacris praeceptis teneamur, — addo: et e iure gentium etiam, Dig. 1, 1, 2; igitur obligationem naturalem impediri per ea, quae notantur Dig. 45, 1, 6.

2. Tum etiam contra bonos mores fieri, Dig. 24, 1, 1—3, non valere igitur, quod ita fiat.

3. Rationem addunt e iurisconsulti scientia, quia coniuges mutuo se amore spolient et deteriorem locupletari, meliorem depauperari.

4. Tum illud, matrimonia ne venalia sint et obsequiis et affectu demerendam mutuo a coniugibus gratiam, non pretio: alioqui futurum, ut divortia consequantur, si non donet is, qui posset.

Ac nisi ab magnis iurisconsultis istae tales rationes adderentur, заключаетъ онъ (944), abunde erat, quod respondere auderemus: sed obest auctoritas et recepti pridem maiestas iuris[1].

Отрицательное отношеніе къ доводамъ богослововъ и каністовъ.

Не будемъ вовсе останавливатся на его разборѣ перваго довода: насъ онъ не касается. Самъ Аржантре подчеркиваетъ, что доводъ принадлежитъ posteriori iurisprudentiae. Таковъ же въ сущности и второй, о которомъ мы говорили въ самомъ началѣ настоящей главы (стр. 71 сл); но всетаки онъ выведенъ изъ римскихъ текстовъ,—изъ moribus receptum est, Dig. 24, 1, 1 pr., и maiores nostri, Dig. 24, 1, 3 pr. Однако, говоритъ Аржантре, эти выраженія касаются римскаго только права, а не добрыхъ нравовъ и не права вообще, слѣдовательно, къ кутюмамъ непримѣнимы. Впрочемъ, и для римскаго права нельзя сказать, чтобы даренія между супругами были сами по себѣ противны добрымъ нравамъ: таковы только тѣ случаи, cum causae prohibitivae in specie concurrunt, hoc est, cum alter pauperior fit et spoliatur liberalitate et nimio affectu. Поэтому, въ концѣ концовъ, ineptissime et inconse-

[1] Это не мѣшаетъ ему, впрочемъ, уже черезъ нѣсколько строкъ заявитъ, что prima ratio .... tam puerilter dicitur, ut mirandum sit, iurisconsultis hominibus tam parum rationis fuisse, cum istam conquirerent, enervem, imbecillam et tam longe ductam, ut in via deficere eam palam sit, antequam deveniat in congressum. Ни auctoritas, видно, ни maiestas iuris не помогли.

quenter colligitur a iure cuiusquam civitatis proprio et singulari inferri prohibitiones posse, quae in universum agent.

Переходя къ третьему, спеціально римскому доводу, Аржантре повторяетъ, что онъ universali constitutioni non convenit, cum ab singularibus causis sumpta et contingens sit. И на самомъ дѣлѣ, развѣ при дареніяхъ между супругами всегда одинъ нищаетъ, а другой наживается? А какъ же, напр., при дареніи чужой вещи, Dig. 41, 6, 3? Съ другой стороны, можно ли упускать изъ виду неимущественныя выгоды, — знатность, родство и т. п.? Наконецъ, если исключить случаи раззоренія, почему же постыдно поддерживать подарками нѣжность и согласіе? Законъ не запрещаетъ товарищества, въ которомъ одинъ вноситъ имущество, другой искусство и трудъ: а супружеское согласіе часто цѣннѣе всякаго искусства и труда и то, что̀ кажется суетными на него расходами, является, въ сущности, самыми производительными издержками. Главное же возраженіе — кутюмная общность имущества супруговъ. При ней совершенно отпадаетъ ratio, in qua tota vis prohibitionis fundata est, — т. е. ne ipsi coniuges egerent. Ясно, стало быть, что смысла нѣтъ говорить о „грабежѣ“ при добровольныхъ дареніяхъ: sitque ea beneficentiae collatio, concordiae coniugalis et obsequiorum fructus et compensatio, si non malis artibus elicita proponatur. Я не говорю, кончаетъ Аржантре, въ защиту безумной расточительности или коварства между супругами, sed prohibitionis rationem oppugno, quae tanti non est, ut in universum valere debeat, et ius nostrum patrium defendo, quod ea de re sapientius multo cavit, quam omnes omnium imperatorum sanctiones et iurisconsultorum responsa; cavitque ea de re consuetudo sapientius, quando heredum quoque in prohibendis donationibus rationem habuit, ultimarum voluntatum intemperiem inhibuit.

Отрицательное отношеніе къ римскимъ rationes.

Четвертый доводъ, по мнѣнію Аржантре, изъ числа тѣхъ, qui in turba pugnant, cum per se non audeant consistere. Во первыхъ, при свободѣ разводовъ онъ имѣлъ еще смыслъ, но въ христіанскомъ мірѣ ему не мѣсто; а во вторыхъ, если считать продажностью все, что̀ дѣлается изъ желанія заслужить дарственную награду, то изъ законовъ и науки права надо изгнать самое понятіе дарения: останутся только возмездные контракты. Цѣлый рядъ аналогій съ подарками за требы, за уроки философіи и за лѣченіе Аржантре

заключаетъ шутливымъ напоминаніемъ поэтическаго „dote libertatem vendidisse“.

Выводъ Аржантре.

Въ итогѣ Аржантре изъ своего разбора выводитъ, что causae prohibitionis супружескихъ дареній не имѣютъ публичнаго характера, что, слѣдовательно, даренія недѣйствительны не потому, что contra bonos mores, а потому, что contra leges fiunt, и что доводы юристовъ non perpetuas ac necessarias habent intentiones aut fines et ab circumstantiis immutantur: оттого и наблюдаются изъятія изъ общаго правила cessante depauperationis causa, in qua iurisconsulti totum fundamentum prohibitionis et nullitatis constituunt (945—948).

## VI. Роденбюргъ.

Роденбюргъ.

Чтобы покончить съ первымъ періодомъ критическаго направленія въ литературѣ о rationes, ознакомимся съ еще однимъ его представителемъ, позднѣйшимъ хронологически, — голландцемъ Роденбюргомъ. Въ итогѣ его мнѣніе таково: Intra donationis prohibitionem romana iurisprudentia stetit. Nostra, progressa ulterius, et ad testationem eandem produxit. Illa coniugum personis consuluisse contenta, famae, concordiae, rebus eorundem prospiciens. Haec ad legitimos coniugum successores sollicitudinem suam extendit, ne et illi spoliarentur hereditate, eblanditis puta vel extorsis donationibus aut legatis (237—238). **1653 г.**

Изъ общихъ разсужденій Роденбюрга къ нашему предмету относятся ставимые имъ вопросы de prohibitae gratificationis ratione и о томъ, должно ли считать недѣйствительность дареній за favorabilis constitutio, an odiosa.

Критика научныхъ доводовъ и теорій.

Въ отвѣтѣ на первый вопросъ онъ мало оригиналенъ, компилируя свое изложеніе по Шаронда, Аржантре и Джентиле. Перечисливъ римскія rationes и указавъ по Джентиле, что недѣйствительность супружескихъ дареній принята по всей почти Европѣ, онъ повторяетъ упреки Шаронда по поводу непослѣдовательности реформы 206 года и общихъ доводовъ юристовъ и, со ссылкою на Аржантре, указываетъ, какъ европейскіе статуты, кутюмы и зерцала разошлись въ этомъ отношеніи съ римскими нормами, находя среди этого разнообразія наилучшимъ свое, голландское право: оно дозволяло даренія и легаты въ предѣлахъ узуфрукта, но въ от-

ношеніи права собственности признавало ихъ недѣйствительными (239—240). Разобравъ затѣмъ доводы въ пользу такого порядка, онъ заканчиваетъ разрѣшеніе перваго вопроса любопытнымъ сужденіемъ. Приводится, говоритъ онъ, и еще одинъ доводъ въ пользу недѣйствительности въ древнѣйшемъ сводѣ отечественныхъ законовъ, откуда большую часть постановленій почерпнули составители современныхъ зерцалъ. Въ немъ есть рубрика: „О супружеской вѣрности, о пожизненномъ владѣніи и о соблюденіи и исполненіи священныхъ заповѣдей", подъ которою находимъ такія слова: „. . . ибо въ теченіе долгаго времени въ Совѣтѣ были старыя и новыя постановленія, чтобы ни мужъ, ни жена другъ другу не дарили и не завѣщали никакого имущества и пользовались бы только пожизненнымъ владѣніемъ. Ибо, если они сожительствуютъ (одинъ столъ и одно ложе), то все у нихъ общее". Eadem hic adfertur prohibitionis ratio, quam Hottomanus adducit ex Plutarcho, quod sacrorum ac bonorum omnium communio sancita esset inter coniuges (241—242).

Недѣйствительность супружескихъ дареній — singularitas odiosa.

По второму вопросу Роденбюргъ высказывается въ пользу признанія недѣйствительности за singularitas odiosa, quod circumscribatur eo liberum, quod cuique de re sua naturaliter competit, moderamen et arbitrium, et quidem dispendio coniugis, personae donanti dilectissimae. Сообразно съ этимъ онъ полагаетъ, что дозволенныя сдѣлки надо толковать распространительно, недозволенныя ограничительно, и притомъ не выходя изъ круга лицъ, указанныхъ запретомъ, лишь бы это не дѣлалось in fraudem legis (243—244).

## VII. Разборъ общихъ идей критическаго направленія.

Соотношеніе теорій Монтекатини, Шаронда, Аржантре и Роденбюрга

Проникнутыя одной общею мыслью воззрѣнія Шаронда, Аржантре и Роденбюрга съ наибольшимъ удобствомъ могутъ быть подтвергнуты совмѣстному разсмотрѣнію. Правда, они не одинаково относятся къ своимъ предшественникамъ: Шаронда несомнѣнно стоитъ на почвѣ Монтекатини и Отмана, Аржантре видимо не знаетъ Монтекатини, молчитъ объ Отманѣ, котораго, конечно, знаетъ, и несомнѣнно знаетъ Шаронда; наконецъ Роденбюргъ знаетъ всѣхъ, только что названныхъ, кромѣ одного Монтекатини. Есть и частныя раз-

личія въ подробностяхъ. Но въ основахъ основъ они вполнѣ совпадаютъ. Притомъ они всѣ юристы практики и не романисты по духу. Отсюда ихъ преимущественно прикладные интересы, передъ которыми историческія данныя для нихъ почти вовсе безразличны. Оттого они такъ равнодушны къ показаніямъ Плутарха, котораго не всѣ даже упоминаютъ, ставя на мѣсто древне-римской manus или идеальнаго единства души, тѣла и хозяйства свою варварскую общность имущества супруговъ, и, напротивъ, такъ чувствительны къ догматической неудовлетворительности Oratio 206 г. съ антиномичнымъ юридическимъ исцѣленіемъ ею ничтожныхъ сдѣлокъ. У Роденбюрга мы даже находимъ прямое сближеніе Плутарха съ голландскими зерцалами, которое еще Шаронда намѣчалъ для французскихъ кутюмовъ. Съ другой стороны Аржантре высказалъ общую для всего критическаго направленія мысль, сведя rationes interdicti къ единственному — устраненію deauperatio, и наиболѣе подробно и убѣдительно развилъ, что ужъ если на это основаніе становиться, то кутюмное право лучше достигаетъ цѣли, чѣмъ римское. Роденбюргъ наименѣе самостоятеленъ изъ всѣхъ, но зато мы у него находимъ до извѣстной степени итогъ всего направленія. Этотъ итогъ состоитъ въ томъ, что Монтекатини, Шаронда, Аржантре и Роденбюргъ съ очевидностью установили полное несоотвѣтствіе римскихъ доводовъ съ оправдываемой ими недѣйствительностью дареній между супругами.

Отрицательный итогъ ихъ критики

Вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, результаты направленія оказались чисто отрицательными. Какъ послѣ неудачнаго анекдота замолчавшаго разскащика съ недоумѣніемъ спрашиваютъ: ну? — такъ и къ нимъ романисты могли бы обратиться съ такимъ же вопросомъ. Вы находите новыя законодательства лучше римскаго? — На здоровье. — Вы считаете, что новыя, болѣе совершенныя, по вашему, законодательства, еще лучше осуществили римскія законодательныя цѣли? — Это похвала идеѣ римскаго права, и во всякомъ случаѣ оно попрежнему остается въ силѣ вездѣ, гдѣ реципировано. — Къ какимъ выводамъ обязываетъ насъ ваша критика? Что мы должны дѣлать? Включить въ Corpus iuris тексты Діонисія и Плутарха? Quicquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia. Перестать примѣнять первый титулъ 24-й книги дигестъ и 16-й титулъ 5-й книги кодекса? Нелѣпость. От-

вергнуть тексты, непосредственно обоснованные на rationes? Но эти тексты останутся вѣрны и при другой мотивировкѣ. Словомъ, догматики поневолѣ оставались при своемъ, — и были правы, скажу отъ себя: критика доводовъ могла бы быть полезна для науки только тѣми историческими выводами, къ которымъ обязывала; она укрѣпляла положеніе гипотезы Бриссона, ибо освобождала отъ необходимости объяснять зарожденіе недѣйствительности канонизованными Юстиніаномъ текстами, и открывала широкій просторъ научному творчеству по исторіи недѣйствительности. Но въ XVII вѣкѣ для этого еще не настало время. А римское право продолжало дѣйствовать и всѣ его рецепированныя нормы примѣняться.

Ихъ непослѣдовательность, показываемая на Роденбюргѣ

Послѣднее было, прибавлю, наиболѣе убійственнымъ для критическаго направленія обстоятельствомъ Теоретически ученые критиковали rationes, но сами ихъ примѣняли, какъ положительное право: къ чему же была ихъ критика? И на самомъ дѣлѣ, возьмемъ напр. Роденбюрга, отвергающаго доводы юристовъ и императоровъ въ пользу довода Плутарха: онъ однако нигдѣ и никогда доводами Плутарха не пользуется, а доводы Corpus iuris кладетъ въ основаніе практическихъ выводовъ. Приведу нѣсколько примѣровъ.

Первый примѣръ.

Въ обсужденіи дѣла Ванъ Димена, говоритъ онъ, одни считали запретъ за statutum reale, другіе за statutum personale. Сторонники персональнаго статута ссылались, между прочимъ, на то, quod statuti ratio eadem apud nos sit, quae apud Romanos prohibendae donationis inter vivos fuit, ne coniugalis amor pretio sit venalis (стр 68). Правда, Роденбюргъ отдаетъ предпочтеніе сторонникамъ реальнаго статута, для которыхъ non oportet inspicere rationem, quae moverit forsan legislatores, — однако въ заключеніе самъ заявляетъ: nec tam personalis illa qualitas in consideratione nostri statuti est, quam favor legitimorum heredum, ne iis profusa coniugum erga se invicem liberalitate hereditas intervertatur (стр. 69).

Второй примѣръ

Въ другомъ мѣстѣ, возвращаясь опять къ дѣлу Ванъ Димена, Роденбюргъ выражается еще категоричнѣе. Certe irritam esse quamlibet coniugum sibi gratificandi reservatoriam clausulam, evincit ipsa prohibitoriae illius legis ratio; sive enim ea sit, ut concordiae ac famae coniunctorum consuleretur, quae

fere iuris romani fuit, sive ea potius, ne profusa coniugum erga se invicem liberalitas nimio heredum legitimorum cederet dispendio: utralibet sane ratio conventioni illi super coniugali donandi facultate interpositae refragatur: secundum quod a Curia nostra pronuntiatum et in revisione concordibus suffragiis conclusum est (стр. 142—143).

Третій примѣръ.

Говоря о разлученіи ложа и имущества между неразведенными супругами, Роденбюргъ опять возвращается къ rationes legis prohibitoriae. Отмѣчая разногласія по вопросу, дѣйствительны ли даренія между разлученными супругами, Роденбюргъ ссылается на утвердительный отвѣтъ Пекка: gratificatio inter coniuges hanc rationem habet, ne minis vel blanditiis adducti coniuges bona sua transferent extra familiam, quae ratio, facta diaetae et thori separatione, cessat. Возражая Пекку и склоняясь къ отвѣту отрицательному, Роденбюргъ, однако, самъ основывается на rationes prohibitivae legis: licet in censu ac geniali thoro disparatis coniugibus, пишетъ онъ, non tanta sit blanditiarum aut metus praesumptio, non tamen ex asse ea evanuit: posset quippe pristinus amor vel in ipso mortis articulo resuscitari, vel, resarcita iam inter valentes gratia, nollent coniuges vel ideo diaetam vel cohabitationem reassumere, quo donationi aut legato constaret efficacia (252 –253).

Четвертый примѣръ

Отстаивая, далѣе, недѣйствительность ремунераторныхъ дареній между супругами, Роденбюргъ въ числѣ доводовъ въ свою пользу приводитъ и соображеніе — nonne vel ob hoc ipsum, ne amor inter eos esset venalis, ne pretio conciliari videretur, donationes prohibuere Romani? (стр. 265).

Такихъ примѣровъ можно привести гораздо больше, — сошлось еще хотя бы на стр. 273—274; но и сказаннаго, надѣюсь, вполнѣ достаточно.

Взаимное несогласіе критиковъ.

Надо замѣтить, наконецъ, что, правые въ своемъ недовольствѣ, критики расходились между собою въ предметахъ своихъ нападокъ. У Аржантре и недѣйствительность insulsum institutum, и доводы pueriles, enerves, imbecillae. У Роденбюрга, напротивъ, недѣйствительность — отсталое учрежденіе, но доводы, особенно Плутарха, хороши и даже лучше воплощены въ зерцалахъ, чѣмъ въ Corpus iuris. Монтекатини, какъ философъ, еще спокойнѣе Роденбюрга, а стоитъ на одной съ нимъ почвѣ.

Непослѣдовательность Шаронда.

Что жѐ касается Шаронда, то онъ всѣхъ примирительнѣй: и доводы римлянъ хороши для pays du droit écrit, и кутюмы хороши для областей кутюмнаго права. „Двухъ становъ не боецъ, а только гость случайный“, Шаронда даже въ не меньшей степени принадлежитъ къ догматической школѣ, чѣмъ къ критической. Въ одномъ̀ изъ своихъ примѣчаній къ Ульпіану, впервые изданныхъ еще въ 1555 г., онъ выражается, хотя лаконично, но вполнѣ въ духѣ догматическаго направленія: Prohibitionis diversas causas et iurisconsulti, et philosophi adferunt, duae vero magis placent, una Ulpiani, ne coniuges ob mutuum amorem se invicem spolient, altera Plutarchi, ne bonorum, quae inter eos communia esse debent, societas levissimi munusculi acceptatione tolleretur (Schulting, Jurisprudentia anteiustinianea ad Ulp. VII, 1, p. 587).

1555 г.

Неудача критическаго направленія.

Итакъ, вся правота критическаго направленія оказалась тщетною. Въ глазахъ каждаго юриста принять это ученіе значило „не быть другомъ Кесарю“; да съ точки зрѣнія реципированнаго Corpus iuris всѣ разсужденія критической школы, даже наиболѣе глубокія и правильныя, должны были казаться только ребяческими выходками любому пошляку, заучившему университетскія тетрадки.

Устойчивость догматическаго воззрѣнія.

1680 г.

Interdictas esse donationes, вѣщаетъ напримѣръ какой нибудь Дейссентдальдерсъ, inter virum et uxorem apud nonnullos magna dubitatio est, rationem ex Plutarcho adducentes, veluti omnium bonorum communionem lege Romuli introductam fuisse inter coniuges[1]. Nos autem huius sanctionis in amplissimis iuris voluminibus nullum vestigium exstare reperimus: iurisconsultus sine lege loqui erubescit (Nov. 18, 5), ideoque illi ex Plutarcho rationi nullam fidem posse adscribi opinor, èсontra ex multis iurisconsultorum textibus tam enucleate multisque verbis contrarium apparere indubitati iuris est: 1, ne coniuges concordiam sicut adulteria conciliare pretioque distrahere viderentur; 2, ne mutuo amore donationibus spolientur, profusa erga se liberalitate, ne ditior in paupertatem

[1] Ясно, что онъ имѣетъ въ виду своего соотечественника Роденбюрга; но мы знаемъ уже, что сближеніе Роденбюргомъ Плутарха и древняго голландскаго зерцала имѣло совсѣмъ не тотъ смыслъ, который нашелъ въ этомъ сопоставленіи Дейссентдальдерсъ. Впрочемъ, и другіе, какъ увидимъ, читали не болѣе вдумчиво.

incidat, pauperior locupletaretur, quae proprie ratio prohibitionis est: et semper haec concurrere debent, ut prohibitioni locus sit, ex qua quidem ratione tota res deducitur, Dig. 24, 1, 5, 6; 3, ut potius liberis procreandis studeant, quam opibus; 4, ne praebeatur occasio divortiis, si non donet is, qui possidet.

Отзвуки критической школы.

Тѣмъ не менѣе, соединеннымъ усиліямъ критиковъ удалось пошатнуть довѣріе къ римскимъ rationes даже среди романистовъ. Еще до Роденбюрга мы находимъ у Бахова 1618 г. знаменателеныя слова, что даренія между супругами недѣйствительны, cuius rei rationes, non tamen usque adeo praegnantes, referuntur in Dig. 24, 1, 1—2 (II, 43).

## § 3. Догматическое направленіе. Французы, итальянцы, испанцы, голландцы.

### I. Коннанъ, Дюаренъ, Феррандо д'Аддуа, Кюжасъ, Фавръ.

Коннанъ и Дюаренъ.

Обратимся теперь къ представителямъ догматическаго направленія. Изъ нихъ непосредственно за Кора слѣдуютъ 1553 г. Коннанъ и Дюаренъ. Оба вкратцѣ пересказываютъ доводы дигестъ, оба ссылаются на Плутарха, но и только. Такъ, Дюаренъ, указавъ три довода дигестъ, — ne ob mutuum amorem se invicem spolient, ne alter ditior, alter pauperior sit, ne concordia maritalis pretio conciliari videatur, — говоритъ, что alia etiam additur ratio ex Plutarchi Problematis: ut omnia inter se communia iudicent (335—336). Коннанъ, въ свою очередь, выписывая тотъ доводъ, который былъ „выбранъ“ въ Oratio 206 г., прибавляетъ, что и Плутархъ superiores omnes fere causas recenset et alias item nonnullas (II, 255-a). Вотъ все, что умѣютъ сначала сказать лучшіе представители догматической группы, касаясь ex professo нашего вопроса.

Нѣкоторымъ успѣхомъ, сравнительно съ ними, надо признать небольшое увеличеніе матеріала, достигнутое благодаря Феррандо д' Аддуа и особенно Кюжасу.

Феррандо д'Аддуа

Феррандо д' Аддуа кромѣ текста Плутарха о дареніяхъ 1561 г. между супругами обратилъ вниманіе на его же текстъ о дареніяхъ между тестемъ и зятемъ и полностью выписалъ оба и по гречески, и въ латинскомъ переводѣ (II, 529 — 530). Кромѣ того, онъ, правда, прибавилъ и разсказъ объ Иксіонѣ по Porph. ad Hor. ad Pis 124, — но это ужъ единственно для красоты слога.

Кюжасъ писалъ уже послѣ Бриссона, но при всей своей колоссальной учености остался на старой точкѣ зрѣнія. Притомъ ссылки его на Плутарха довольно сбивчивы. Кюжасъ.

1569 г. Въ дополненіе къ доводамъ дигестъ онъ, въ примѣчаніи къ Паратитламъ, говоритъ, что къ нимъ adiungenda et haec, quod eiusmodi donationes fraudulosae et plerumque captatoriae essent ac delinimentis et illecebris extorquerentur, quam rationem Plutarchus tangit in Quaestionibus Romanis et Justinianus Nov. 74, 4. Est et haec tertia ex eodem Plutarcho libro *Περὶ γαμικῶν παραγγελμάτων*, quod maritus et uxor existimare debeant omnia inter se communia, quae societas laederetur, si quid post donationem habere invicem crederent, quod ante non habuissent (I, 681—682).

Въ другомъ мѣстѣ, пространнѣй остановясь на rationes interdicti, Кюжасъ указываетъ на опасность дареній между супругами, какъ источника споровъ и тяжбъ, ссылаясь на словечко Варія Гемина „qui non litigat, caelebs est“, Hieron. adv. Jovianum I, 28, и на инвективы Ювенала, 6, 149 и 6, 35—37, о женской жадности и расточительности. Deterior igitur est conditio mariti vel uxoris, quam extranei et penitus ignoti hominis, cui licuit donare, C. 8, 53, 29. Разсмотрѣвъ затѣмъ положеніе о томъ, что даренія конкубинѣ дѣйствительны, Кюжасъ возвращается къ rationes interdicti, спрашивая, почему же конкубинѣ дается такое преимущество, — т. е. подымая вновь поставленный еще Альціати (см. выше стр. 73) вопросъ. Quia scilicet, отвѣчаетъ онъ, nec alia ratio reddi potest, quam quae adfertur in Cod. Theod. 5, 1, 9: quo plenior est affectio et dignitas coniugalis, eo fuit refrenanda magis, alioquin nullum facerent finem donandi invicem et spargendi munera. Scilicet, eleganter veteres arbitrati sunt reprimendum potius, ut in loco ancipiti, quam incitandum esse mutuum favorem inter maritos (IX, 493—494).

Остальныя многочисленныя мѣста Кюжаса, даже когда онъ спеціально касается rationes interdicti, не содержатъ ни новыхъ мыслей, ни новыхъ матеріаловъ. Это или дословныя выписки, или пересказъ своими словами доводовъ дигестъ.

1607 г. Наконецъ, если не хронологически, то по существу, къ этому первому періоду догматическаго направленія принадлежитъ и Фавръ, въ своей Jurisprudentiae Papinianeae scientia положительно отвергнувшій авторитетъ Плутарха. Non Фавръ.

tam placet haec (scil. Plutarchi) ratio, quam quae a iurisconsultis afferuntur Dig. 24, 1, 1—3. Nam procul dubio haec societas vitae inter coniuges non inducit communionem bonorum. Не даромъ супруги взаимно не отвѣчаютъ за долги, Cod. 4, 12, 1 и вообще весь титулъ, и наслѣдуютъ взаимно только послѣ всѣхъ когнатовъ, Cod. 6, 18, — vide Halicarnasseum lib. 2 et Jacobum Cuiacium lib. 3 Observationum cap. 12, лаконично заканчиваетъ Фавръ (422).

## II. Джентиле.

Джентиле. Его значеніе.

Обширное изслѣдованіе Джентиле до сихъ поръ остается единственною полной и всестороннею монографіей о дареніяхъ между супругами. По многимъ вопросамъ наука до сихъ поръ стоитъ на одномъ съ нимъ уровнѣ, а по нѣкоторымъ замѣчается даже значительное пониженіе этого уровня. Впрочемъ, эта трехсотлѣтняя прочность не можетъ быть приписана какимъ нибудь особымъ достоинствамъ книги: Джентиле, конечно, ученый, добросовѣстный, трудолюбивый и серіозный писатель, но вовсе не такой исполинъ, чтобы пережить столько позднѣйшихъ поколѣній. Долговѣчность его заслуги объясняется главнымъ образомъ научною заброшенностью вопроса о дареніяхъ между супругами. Одному не трудно быть единственнымъ. 1604 г.

Судьба его воззрѣній.

Джентиле оказывается первымъ представителемъ догматическаго направленія, который не только продолжалъ подборъ матеріаловъ, но и отозвался на мнѣнія критическаго направленія, высказанныя въ послѣднія десятилѣтія XVI-го вѣка. Впрочемъ, его подборъ матеріаловъ несравненно интереснѣй и полезнѣй его довольно поверхностной полемики. И однако, надо же было случиться, что именно эта полемика пришлась всѣмъ гораздо болѣе по вкусу, во всякомъ случаѣ глубже повліяла на литературу, чѣмъ его цѣнныя сопоставленія источниковъ! По крайней мѣрѣ Бёмеръ, изложивъ полемику Джентиле, прямо говоритъ, что plerique eius vestigia premere solent (746). Затѣмъ, начиная съ монографіи Рихтера, т. е. съ 1759 г., аргументы Джентиле окончательно утверждаются въ литературѣ и остаются господствующимъ мнѣніемъ до настоящаго времени. La raison du plus fort est toujours la meilleure. Надо, впрочемъ, признать и то, что во всей литературѣ предмета до нашихъ дней

никто подробнѣй и внимательнѣе Джентиле не останавливался на rationes interdicti, хотя многіе были гораздо его цѣннѣй и счастливѣе.

Ученіе Джентиле.

Очень много имѣется причинъ къ запрету, говоритъ Джентиле (кн. 1 гл. 5), и почти всѣ онѣ приведены юристами. Но начнемъ съ тѣхъ, которыя выбралъ императоръ Антонинъ въ своей Oratio, Dig. 24, 1, 3 pr. Въ ней Джентиле усматриваетъ три довода, изъ которыхъ останавливается на второмъ и на третьемъ. Prima illa generalis est ratio, говоритъ онъ, quod honestus amor solis animis aestimari debeat: quam et huic rei accomodavit Plutarchus in Quaestionibus Romanis: *ἢ φαυλότατον ἡγούμενοι σημεῖον εὐνοίας τὸ διδόναι· δίδοσι γὰρ καὶ ἀλλότριοι καὶ μὴ φιλοῦντες· ἐκ τοῦ γάμου τὴν τοιαύτην ἀρεσκείαν ἀνεῖλον, ὅπως ἄμισθον ᾖ καὶ προῖκα, καὶ δι' αὐτὸ μὴ δι' ἄλλο τὸ φιλείσθαι καὶ φιλεῖν.*

Первый доводъ.

Второй доводъ — ne concordia maritalis pretio concilietur. Его внушила не только постыдность факта, какъ даютъ понять слова Oratio, sed et publica labes et ruina morum metuenda. Иначе браки часто бы расторгались, если бы не дарилъ тотъ, кто могъ бы дарить, и такимъ образомъ оказывались бы продажными. Павелъ пишетъ, что это соображеніе прибавилъ С. Цецилій, а Ульпіанъ — что оно было выбрано императоромъ. Тѣмъ же руководствуется и Папиніанъ, Dig. 23, 4, 27: veluti venali concordio conventio improbanda est. Сюда же принадлежатъ слова Юстиніана Cod. 5, 3, 20, 4. То, что онъ говоритъ о похоти, libido, можно понимать на двое, т. е. чтобы супруги не торговали ласками ни между собою, ни съ другими. Извѣстно вѣдь изреченіе Катона въ его защитѣ Оппіева закона противъ женской роскоши, Liv. 34, 4: Miserum vero illum virum et qui exoratus erit, et qui non exoratus erit, quum, quod ipse non dederit, datum ab alio videbit. О томъ же говоритъ и Плутархъ: *ἢ ὅτι τῷ λαμβάνειν διαφθειρόμεναι μάλιστα προσίενται τοὺς ἀλλοτρίους, σεμνὸν ἐφάνη τὸ μὴ διδόντας ἀγαπᾶν τοὺς ἰδίους.* Эти два довода, о честной любви и супружескомъ согласіи, изящнѣйшимъ образомъ соединяетъ Апулей въ Апологіи, гдѣ говоритъ: Et maritum habet et multis saepe, et ingentibus dotibus spretis inani nomine tantulae dotis contentum: ceterum propter uxorem suam nihil computantem: omnem supellectilem cunctasque divitias in concordia coniugis et mutuo amore ponentem (p. 112 Van der Vliet).

Второй доводъ.

Третій доводъ.

Третій доводъ — ne alter ditior, alter pauperior fieret. Illa est, говоритъ Джентиле, omnium in hoc tractatu maxime et frequens et notabilis: est enim non, ut aliae, ex honestate et officio coniugali petita, sed in ipsa interdictione donationum posita atque infixa. Однако совершенно неосновательно прибавляетъ Oratio слова melior — deterior, ибо равно недѣйствительны и запрещены даренія худшаго лучшему и лучшаго худшему. Поэтому и Арменопулъ, 4, 2, и составитель Василикъ, 30, 1, 3, откинули эти слова и перевели мѣсто такъ: *καὶ διὰ τὸ μὴ γίνεσθαι τὸν εὔπορον ἄπορον, καὶ τὸν ἄπορον εὔπορον:* quo quid est ineptius? Не лучше ихъ и Бальдъ, который „худшимъ“ здѣсь считаетъ получающаго, ибо лучше давать, чѣмъ получать. Скорѣе слѣдовало бы сказать: ne melior suis bonis spoliatus contemneretur a spoliatore, id est deteriori, — sicut ille olim Laco, quum videret quemdam diis stipem colligentem, *οὐδὲν εἶπε φροντίζειν θεῶν πτωχοτέρων ἑαυτοῦ*. И конечно всегда такъ бываетъ, что худшій набираетъ подарки и надуваетъ простаковъ: вотъ, дабы этого не бывало, древніе и сочли нужнымъ опредѣлить, чтобы худшіе не наживались и не расточали имущество на роскошь и похоти: такъ нѣкогда и гаруспексы указали, ne deterioribus honos augeretur, Cic. de harusp. resp. 26, 56. Съ другой стороны худшимъ здѣсь можно считать и потому, что такія даренія вымогаются либо принужденіемъ и силою, либо лестью, отчего Солонъ и запретилъ только даренія этого рода. Vis in viro, blanditiae in muliere plerumque sunt.

Нравственная неубѣдительность учрежденія.

Таковы доводы Антониновой Oratio. Не довольствуясь ими, древніе юристы изобрѣли и другіе, оттого, какъ думаетъ Джентиле, что понимали, какимъ нелѣпымъ можетъ показаться это римское учрежденіе, въ силу котораго столь близкимъ людямъ запрещены даренія между собой: id quidem et malevolentiae et invidiae plenum multi ducebant[1]). Такихъ доводовъ, изобрѣтенныхъ юристами, Джентиле находитъ два, считая ихъ четвертымъ и пятымъ.

[1] Ср. у него же, стр. 173—174: Cuius tam severi interdicti idcirco tam anxie et tam multas rationes iurisconsulti veteres ipsique imperatores et conquisiverunt et exposuerunt, quod abhorrere non solum a ratione, sed etiam ab humanitate videbatur, in tanta viri et uxoris coniunctione, qua nulla vel maior, vel honestior, vel sanctior inveniri potest, omnem liberalitatis rationem excludere.

Четвертый доводъ, принадлежащій Ульпіану, — ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate. Джентиле своеобразно понимаетъ этотъ текстъ, относя его по буквѣ ко встрѣчнымъ дареніямъ, которыхъ Ульпіанъ здѣсь,. конечно, въ виду не имѣлъ. Дѣло въ томъ, говоритъ Джентиле, что дарепія могли вытекать чисто изъ взаимнаго расположенія и помимо всякой mala libido. Однако, въ этомъ то и видѣли древніе поводъ бороться съ такими дареніями. Можно возразить, что встрѣчныя дарепія, какъ убѣжденъ Джентиле, дозволены, ибо ихъ можно, въ сущности, приравнять къ зачетамъ или мѣнѣ. Но это было бы вѣрно при полномъ равенствѣ дареній или при несущественномъ неравенствѣ; однако, при расточительности очень трудно было бы производить оцѣнки, да и много обмановъ находило бы себѣ въ этомъ прикрытіе. Впрочемъ, возможно, конечно, что Ульпіанъ думалъ не о встрѣчныхъ, а просто о взаимныхъ дареніяхъ. Въ такомъ смыслѣ понималъ это и Проклъ, какъ видно изъ словъ Помпонія Dig 24, 1, 31, 7. Четвертый доводъ.

Пятый доводъ — nec esset eis studium liberos potius educendi — приводитъ Павелъ. Educendi — правильная, только старинная форма вмѣсто educandi. Она встрѣчается у Варрона, Цицерона и другихъ. Ср. Доната къ Теренцію Adelph. 1, 1, 23 (Wessner p. 18, § 48), только съ неудачнымъ примѣромъ изъ Вергилія Aen. 6, 765. Однако, развѣ избытокъ щедрости и дарепія между супругами мѣшаютъ заботамъ о воспитаніи дѣтей? Иной скажетъ, что, напротивъ, эти заботы усиливаются, когда супруги другъ друга взаимно любятъ. Но Павелъ, вѣроятно, хотѣлъ сказать, полагаетъ Джентиле, что при бережливости и трудолюбіи дѣти лучше воспитываются и скромность и чистота лучше сохраняются, чѣмъ при богатствѣ и роскоши. На это указываетъ и Вергилій, Aen. 8, 411 сл., говоря о неусыпной и прилежной матери семейства, что она Пятый доводъ.

famulasque ad lumina longo
Exercet penso, castum ut servare cubile
Coniugis et possit parvos educere natos.

Да другой цѣли и не могли имѣть передъ глазами тѣ „maiores“, которыми создано это право, столь заботившіеся о продолженіи потомства для веденія столькихъ войнъ. Свидѣтель

Афраній in Vopisco (Ribbeck II³, 252, frg. XI читаетъ стихъ нѣсколько иначе):

Maiores nostri incupidiores liberum fuere.

Отсюда покровительствующіе бракамъ законы, внесенные еще Камилломъ, отсюда знаменитая рѣчь Августа въ сенатѣ de prole augenda. Atque haec sunt, резюмируетъ Джентиле, rationes huius interdicti, a veteribus et acute excogitatae, et diligenter explicatae.

Критика воззрѣній Монтекатини и Отмана.

Можетъ иному показаться удивительнымъ, начинаетъ онъ слѣдующую главу, что мною пропущенъ доводъ, приводимый Плутархомъ въ Ῥωμαϊκὰ и въ Γαμικὰ παραγγέλματα и столь понравившійся многимъ, особенно Отману и Монтекатини, что они только его и признаютъ, отвергая всѣ прочіе. Этотъ доводъ заимствуется изъ Ромулова закона, установившаго communio omnium et sacrorum et bonorum между супругами, откуда слѣдуетъ, что между ними нѣтъ мѣста дареніямъ: нашего намъ подарить невозможно. Въ источникахъ права есть много слѣдовъ этого закона, гдѣ жена называется socia rei humanae atque divinae, Cod. 9, 32, 4, Dig. 23, 2, 1. Однако Джентиле, не взирая на всю рѣшительность, съ которою Монтекатини отвергаетъ доводы юристовъ ради довода Плутарха, считаетъ, что тотъ съ Отманомъ ошибается. Если бы существовала такая общность имущества между супругами, при которой каждый изъ нихъ могъ бы считать всякую вещь другого своею, то откуда взялась бы надобность въ такомъ обстоятельномъ запретѣ? Далѣе, можно ли имъ вѣрить, чтобы женщина не могла имѣть или удержать за собою ничего своего послѣ брака, что̀ не входило бы въ приданое, когда древнѣйшіе писатели, въ томъ числѣ Катонъ, говорятъ о рабахъ и другихъ вещахъ, не входящихъ въ приданое, не поступающихъ къ мужу и носившихъ названіе bona recepticia, quia ea sibi mulier recipere, cum nuptum iret, nec marito in dotem dare consueuisset? Если же она не „реципировала“ прямыми словами, все ея имущество поступало мужу какъ приданое, особенно если она выходила замужъ подручнымъ порядкомъ, получая названіе mater familias, по свидѣтельству Боэтія къ Cic. Top. l. 2 и самого Цицерона, Top. 4, 23; наоборотъ бывало, если бракъ былъ заключаемъ вольный. И вотъ, хотя жена поступала подъ

Джентиле противъ Плутарха.

Общность имущества и недѣйствительность дареній

Подручные и вольные браки.

руку мужа, что̀ давало ей право наслѣдовать мужу iure suitatis, а мужу наслѣдовать ей, однако по этой причинѣ не настолько смѣшивались вещи мужа и жены, чтобы не оставалось никакой разницы въ правахъ и собственности на нихъ: общими были possessio, usus и плоды. Это вполнѣ очевидно изъ того, что и въ древнѣйшія даже времена и мужъ въ извѣстныхъ случаяхъ удерживалъ за собою приданое, напр., въ случаѣ прелюбодѣянія жены, и жена, въ случаѣ развода или repudium, получала отъ мужа свое приданое обратно. Отсюда первоначально и народились cautiones вмѣстѣ съ зарожденіемъ разводовъ, какъ разсказываетъ Геллій. Кромѣ того, если замужъ выходила подвластная дочь, то ни она сама не поступала подъ руку мужа, но оставалась во власти отца, ни вещи свои не могла такъ передать мужу, чтобы пересилить права родителей. Даже въ позднѣйшія времена, когда отцовская власть, какъ личная, такъ и имущественная, была очень ослаблена, родители все же удержали то право, чтобъ и дочь была подъ ихъ властью, а не мужа, и приданое, выданное ей, оставалось у нея общимъ съ ними, Dig. 43, 30, 1, 5; 23, 3, 2. Что̀ же касается мѣста Цицерона, Top. 4, 23, то у Отмана оно толкуется совсѣмъ иначе, нежели у Боэтія. Наконецъ, если императоръ Антонинъ и древніе юристы говорятъ, что предки по такимъ то причинамъ провозгласили недѣйствительными даренія между супругами, то, конечно, было бы крайнею нелѣпостью съ ихъ стороны такъ утверждать, будь у нихъ другая причина, притомъ единственная и вѣрная, какъ полагаютъ Отманъ и Монтекатини, особенно въ виду того, что приводимые юристами доводы in primis dignae veterum Romanorum sapientia et severitate videri debeant. Не слѣдуетъ упускать изъ виду еще и того, что послѣ запрещено было дарить мужу не только res recepticias, параферны, но и дотальныя вещи, такъ что въ старину считали невозможнымъ увеличивать приданое во время брака, ибо въ этомъ усматривался скрытый видъ даренія: и однако приданое, какъ въ глубочайшей древности, такъ и въ нашемъ Юстиніановомъ правѣ, достовѣрно поступало въ собственность и распоряженіе мужа. Отсюда ясно, что не перемѣна, въ силу которой въ позднѣйшее время отпала полная общность имущества, была причиною, почему С. Цецилій, Ульпіанъ, Па-

Защита доводовъ Corpus iuris.

велъ и другіе юристы приводили совсѣмъ иныя соображенія въ пользу недѣйствительности супружескихъ даренiй.

Общность имущества супруговъ.

Наконецъ и по теперешнему и по Юстиніанову праву справедливо считается, что жена socia rei humanae своего мужа и что общность имущества наступаетъ въ силу брака, Cod. 9, 32, 4, Dig. 23, 2, 1, такъ что супруги оказываются какъ бы domini alter alterius rerum. Что мужъ собственникъ приданаго по цивильному праву, это вполнѣ достовѣрно: однако и параферны онъ держитъ до извѣстной степени какъ хозяинъ и правильно пользуется ими, какъ своимъ добромъ, если не препятствуетъ жена, Cod. 5, 14, 8. Подобно и жена является какъ бы собственницею вещей мужа или, по словамъ Кассія и Нервы, societas vitae quodammodo dominam eam facit, Dig. 25, 2, 1; притомъ Павелъ порицаетъ не это ихъ мнѣніе, но выводъ, ими дѣлаемый, — будто жена не совершаетъ кражи, — выводъ, въ которомъ они, очевидно, шли далѣе, чѣмъ должно. Конечно, жена не безусловно хозяйка, но до извѣстной степени хозяйка, quodammodo domina, какъ и сынъ не dominus, a quodammodo dominus отцовскаго имущества, Dig. 28, 2, 11. Или, если ее считать вполнѣ хозяйкою, то не единственной и не pro diviso, а какъ бы собственницей общаго имущества, по примѣру общей собственности, возникающей во всякомъ товариществѣ, Dig. 17, 2, 1—2. Притомъ супруги до тѣхъ поръ являются взаимно собственниками своихъ вещей, до какихъ пожелаютъ, какъ и сотоварищи. И нѣтъ разницы въ томъ, что жена считается совершившею кражу, res viri amovendo dolo malo, Dig. 17, 2, 1, ибо и товарищъ отвѣчаетъ по actio furti rei communis nomine, Dig. 17, 2, 45. Отлично у Трифонина, Dig. 42, 1, 52: Si rerum amotarum cum viro agatur, quamquam videatur ea quoque actio praecedentis societatis vitae causam habuisse, in solidum condemnari debet, quoniam ex male contractu et delicto oritur. Итакъ, буде мы захотимъ выражаться вполнѣ точно и согласно съ юридическими правилами, то должны сказать: если между супругами не заключено товарищества по имуществу, то ни вещи мужа не становятся вещами жены, ни вещи жены вещами мужа, хотя бы онѣ не только находились въ одномъ домѣ, но даже въ безраздѣльномъ пользованіи и какъ бы смѣшанно между собой. Объ этомъ такъ выражается Ульпіанъ, Dig. 29, 5, 1, 15: Si vir aut uxor occisi

esse proponantur, de servis eorum quaestio habetur, quamquam neque viri servi proprie uxoris dicantur neque uxoris proprie viri: sed quia commixta familia est et una domus est, ita vindicandum atque in propriis servis senatus censuit. Такъ же выражается и такъ же долженъ быть толкуемъ Цицеронъ, De off. 1, 17, 54, гдѣ говоритъ: Prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia, и Марціалъ, 4, 75, въ стихахъ о Нигринѣ:

Te patrios miscere iuvat cum coniuge census,
Gaudentem socio participique viro.

Недѣйствительность дареній между лицами, связанными съ супругами iure potestatis.

Такъ заканчиваетъ Джентиле свое разсужденіе (13—16); но мы должны остановиться еще на одной главѣ его книги, дополняющей только что изложенное, а именно 11-й, гдѣ онъ говоритъ о rationes interdicti дареній между лицами, которыя связана съ супругами iure potestatis (34—37). Причину этого запрета онъ усматриваетъ въ необходимости оградить запретъ дареній между самими супругами: если бы лицамъ, связаннымъ съ ними iure potestatis, не были также запрещены даренія, via reperta esset, qua vir uxori vel uxor viro contra legum interdicta donaret. Efficit id ratio potestatis, qua istae personae sic coniunguntur viro vel uxori, ut per earum personarum donationem alter ditior, alter pauperior fieret, necesse est, si donatio concederetur (стр. 34). Плутархъ въ *Ῥωμαϊκὰ*, спрашивая, почему тестю запрещено дарить зятю и зятю дарить тестю, видитъ относительно зятя причину въ томъ, что даренія черезъ тестя казались бы поступающими женѣ, — и совершенно вѣрно; относительно же тестя въ томъ, что казалось справедливымъ ничего не получать тому, кто ничего не давалъ, — какъ нельзя болѣе наивно: вѣдь если тесть дарить зятю, то выходитъ, что тому даритъ жена, ибо она становится бѣднѣй отъ отцовскаго дарения (стр. 37).

Общая оцѣнка ученія Джентиле.

Цѣнность его филологическихъ матеріаловъ.

Обращаясь къ оцѣнкѣ воззрѣнія Джентиле, надо прежде всего отдать должное филологической сторонѣ его работы. Съ обширной и разнообразною начитанностью онъ далъ прекрасное литературное освѣщеніе доводамъ юристовъ. Конечно, желательнѣе было бы юридическое освѣщеніе этихъ доводовъ и провѣрка ихъ на практикѣ римскаго права; но этимъ, къ несчастью, никто и до нашихъ дней не счелъ

нужнымъ заняться. Въ цѣломъ, хоть и нельзя сказать, чтобы Джентиле далъ исчерпывающій подборъ, все же по полнотѣ и тщательности собранныхъ матеріаловъ онъ до сихъ поръ никѣмъ не былъ превзойденъ.

Его похвалы доводамъ Corpus iuris.

Зато съ другой стороны похвалы, которыя Джентиле расточаетъ юристамъ за ихъ rationes interdicti, вовсе имъ не обосноганы. Онъ самъ чувствуетъ нравственную несостоятельность учрежденія и однако нигдѣ не показываетъ, чтобы доводы юристовъ укрѣпили съ этой стороны недѣйствительность супружескихъ дареній. Отвѣты, конечно, ими даны по всѣмъ направленіямъ и отвѣты по своему остроумные: промолчать юристы не промолчали; но чтобъ они устранили дальнѣйшую возможность сомнѣній — этого Джентиле не доказалъ, да и не могъ доказать. Отвѣтить, хотя бы остроумно, еще не значитъ возразить.

Полемика противъ критической школы.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, удачно возразить противнику еще не значитъ опровергнуть его мысль. Плохая защита еще не доказываетъ, что плоха защищаемая идея. Оттого и удачная кое въ чемъ полемика Джентиле противъ критическаго направленія въ цѣломъ должна быть признана счастливою защитою неправаго дѣла. Разсмотримъ же ея частности.

Общность имущества и „запретъ“ дареній.

При безусловной общности имущества между супругами, спрашиваетъ Джентиле, откуда взялась бы надобность въ обстоятельномъ запретѣ дареній? Эффектный вопросъ; но эффектъ его держится лишь недоразумѣніемъ. Никто не утверждалъ, что общность была безусловна; напротивъ, Отманъ могъ бы возразить, что несомнѣнно общность не была безусловною, разъ понадобился столь обстоятельный запретъ. Да такъ и отвѣтилъ, въ сущности, Бомеръ, о чемъ сказано далѣе, въ главѣ о mores, какъ источникѣ недѣйствительности. Для подручныхъ браковъ запретъ, конечно, былъ бы нелѣпостью. Но и самъ Джентиле приводитъ цѣлый рядъ доказательствъ, что даже подручные браки рѣдко встрѣчались въ чистомъ видѣ. Съ другой стороны Джентиле смѣшиваетъ „общность“ при подручныхъ бракахъ и при вольныхъ бракахъ. Къ однимъ послѣднимъ могутъ относиться его слова, что въ общность входили только possessio, usus и плоды.

Защита доводовъ

Далѣе, ссылка на то, что странно было бы юристамъ приводить множество невѣрныхъ доводовъ, если бы былъ и

безъ того одинъ единственный и притомъ вѣрный доводъ, — эта ссылка въ сущности лишь увертка, а не возраженіе. Въ скрытой формѣ это голая ссылка на авторитетъ: *αὐτοὶ ἔφησαν*. Однако, вѣдь мы не знаемъ, почему юристы „изобрѣли“ (Dig. 24, 1, 2) или „предпочли“ (Dig. 24, 1, 3 pr.) свои доводы другимъ, которые знали; а что, если въ числѣ отвергнутыхъ и былъ единственный вѣрный? Между тѣмъ разсужденія Монтекатини и Отмана извѣстны. Надо съ ними считаться, возражать по существу. Джентиле этого не дѣлаетъ. Corpus iuris.

Доводы Плутарха и исторія недѣйствительности.

Монтекатини прямо указываетъ, что доводъ Плутарха былъ хорошъ для древней эпохи подручнаго брака, но не годился для императорской эпохи, когда подручныхъ браковъ болѣе не встрѣчалось: оттого, конечно, и „придумывали“ юристы новыя соображенія. Джентиле на это возражаетъ, что, каковы бы ни были перемѣны, онѣ не коснулись главнаго въ нашемъ вопросѣ: 1, запрета, который былъ искони, даже для дотальнаго имущества, и 2, правъ мужа на приданое, которыя остались до конца собственностью, какъ были въ самомъ началѣ. Но каждому ясно, что Джентиле здѣсь доказываетъ неудовлетворительность только формулировки, а не самой теоріи. Въ сущности можно было бъ и здѣсь отвѣтить ему простымъ превращеніемъ вопроса: поскольку мужъ былъ собственникомъ приданаго, постольку даренія были сами по себѣ невозможны; а стало быть запретъ и въ древнѣйшія времена не былъ въ связи съ правами мужа на приданое во время брака и касался чего нибудь иного.

Общность имущества супруговъ.

Всего несостоятельнѣе послѣднее, самое пространное возраженіе Джентиле, — будто общность имущества существуетъ между супругами и по Юстиніанову праву. Это такая явная натяжка, что на ней не стоитъ и останавливаться. Здѣсь явное смѣшеніе бытовыхъ отношеній съ ихъ юридическою подкладкою. Во всякомъ случаѣ, знакомясь съ теоріею Бёмера, мы вспомнимъ главныя соображенія Джентиле.

Сопоставленіе французскихъ, итальянскихъ, испанскихъ, голланд-

Здѣсь мы можемъ покончить съ французскими и итальянскими представителями догматическаго направленія. У нихъ оно сохранилось въ наиболѣе чистомъ видѣ. Нельзя того же сказать о его представителяхъ въ Испаніи и Голландіи: тѣ и другіе замѣтнѣй обнаруживаютъ вліяніе на

скихъ и нѣмецкихъ ученыхъ.

нихъ критическихъ теорій, особенно испанцы. У нѣмецкихъ же ученыхъ мы находимъ механическое компилированіе, затѣмъ посильное согласованіе непримиримыхъ воззрѣній и въ заключеніе, къ концу XVIII-го вѣка, полную, безусловную побѣду направленія догматическаго. Центральная, рѣшающая роль, какъ и по вопросу о mores, принадлежала здѣсь Бёмеру.

## III. Испанцы: Амаія и Ретесъ.

Амаія.

Начнемъ нашъ обзоръ съ испанцевъ. Изъ нихъ Амаія заслуживаетъ упоминанія за то, что привлекъ къ вопросу текстъ Колумеллы, XII praef. 8. Надо впрочемъ замѣтить, что его изложеніе нѣсколько двусмысленно. По ссылкамъ на Альціати, Кора, Дюарена, по отсутствію критики (для него всѣ тексты источниковъ хороши) онъ принадлежитъ къ направленію догматическому; а между тѣмъ доводъ Плутарха изъ *Γαμικὰ παραγγέλματα* 34 ставитъ на первомъ мѣстѣ, излагаетъ его одного, подкрѣпляетъ текстами Dig. 23, 2, 1 и Колумеллы cit. и говоритъ, что ratio Plutarchi plerisque probatur и что Альціати, Кора, Дюаренъ и другіе meliorem eam iudicarunt illa, quae a nostris iurisconsultis tradita est (стр. 200—201). Во всемъ этомъ, очевидно, больше начитанности, чѣмъ продуманности. 1625 г.

Ретесъ.

Совсѣмъ иное дѣло Ретесъ. Его разсужденія весьма серіозны и любопытны, а мѣстами чрезвычайно смѣлы и остроумны. 1664 г.

Обзоръ доводовъ.

Даже философовъ занималъ вопросъ о причинахъ недѣйствительности супружескихъ дареній, начинаетъ онъ. Объ этихъ причинахъ спрашиваетъ Плутархъ, Problem. Rom. 7, и даетъ многосторонній отвѣтъ.

Во первыхъ потому, что щедрость требуетъ полной свободы, которой противоположны уговоры, лесть и просьбы супруговъ. Этотъ доводъ Плутархомъ взятъ у Солона въ томъ смыслѣ, ne mutuo amore invicem se coniuges spolient (Dig. 24, 1, 1).

Во вторыхъ для того, чтобы любовь была безкорыстной. Этотъ доводъ понравился С. Цецилію, Dig. 24, 1, 2. Цецилій препирался съ философомъ Фавориномъ у Геллія, Noct. Att. 20, 1. Фаворинъ былъ слушателемъ и послѣдо-

вателемъ Плутарха. Отсюда Ретесъ убѣждается, что Цецилій могъ заимствовать свой доводъ у Плутарха. Его подкрѣпилъ своей Oratio Каракалла, Dig. 24, 1, 3.

Далѣе, Юстиніанъ, Cod. 5, 3, 20, 4, сообщаетъ, что было и много другихъ причинъ. Прослѣдимъ нѣкоторыя съ Плутархомъ.

Третій доводъ — чтобы не считалось подвигомъ любить бѣднаго мужа. Лучше запретить щедрость, чѣмъ дать обнаружиться корысти. Это вѣскій доводъ: не будь дарения запрещены, жены говорили бы, что купили на деньги, данныя мужемъ, тѣ подарки, которые получили отъ стороннихъ лицъ. Отсюда и презумпція Кв. Муція, Dig. 24, 1, 51, которую приписываетъ вообще древнимъ юристамъ императоръ Александръ, Cod. 5, 16, 6. Nam peculi probam nil habere addecet clam virum, какъ говоритъ Плавтъ, Cas. 199.

Послѣдній доводъ изобрѣлъ Плутархъ въ *Γαμικὰ παραγγέλματα*, 20, — а именно, что въ силу брака все имущество у супруговъ становится общимъ. Этотъ доводъ непримѣнимъ къ римскому праву, кромѣ случая брака per coemptionem. Конечно, при общности имуществъ всякія корыстныя побужденія устраняются между супругами. И такой порядокъ принятъ во многихъ странахъ; но римляне его не приняли; они пожелали только, ut maneret uxor in participatione sacrorum et usus rerum.

Общая характеристика доводовъ.

Впрочемъ, оговаривается Ретесъ, non quaevis ratio debet in civilibus necessario concludere, sed altera per alteram adiuvatur. Omnes istae rationes politicae sunt nec ulla ratio naturalis inhibet inter coniuges donationes ex eo solum, quod inter coniuges fiant: nam si extortae per metum sint, non appello eas illicitas, quia inter coniuges, sed libertati naturali contrarias et naturaliter improbas. Итакъ, дарения, о которыхъ у насъ рѣчь, несправедливы tantum ob rationem civilem, quae quidem iuste eas inhibere potuit, quod non negamus, sed nec potest negari, citra peccatum et citra iniustitiam permitti potuisse. Ergo non sunt iniustae simpliciter seu iure naturali, ut furtum, mendacium, adulterium (стр. 666—667).

Отзвуки критическаго направленія.

Какъ видите, при всемъ своемъ консерватизмѣ Ретесъ не остается въ сторонѣ отъ критическаго движенія; однако и для него пропала обнаруженная Монтекатини рознь между

Плутархомъ и дигестами, — напротивъ, онъ даже устанавливаетъ какое то побочное родство между ними черезъ Фаворина и С. Цецилія. Ретесъ во что́ бы то ни стало старается ихъ согласовать, а гдѣ это невозможно — жертвуетъ Плутархомъ. На частностяхъ его мнѣній мы здѣсь останавливаться не будемъ, а возвратимся къ нимъ въ предѣлахъ надобности.

## IV. Голландцы: Ноодтъ, Вутъ, Бейнкерсгукъ.

Голландскіе ученые.

Поговоримъ теперь о голландскихъ ученыхъ. Старѣйшій изъ нихъ, Роденбюргъ, примыкаетъ къ критическому направленію, хотя непослѣдователенъ до крайности. Но сочувствія въ этомъ отношеніи онъ не встрѣтилъ. Осиновый колъ, который вогналъ ему Дейссентдальдерсъ, изображенъ уже нами выше (стр. 97). Въ духѣ догматическаго направленія высказались главные представители голландской школы, — Ноодтъ, Вутъ и Бейнкерсгукъ, причемъ комментаріи Вута и до сего времени остаются дѣйствующимъ правомъ въ южно-африканскихъ владѣніяхъ Англіи.

Изъ нихъ первымъ высказался о rationes interdicti Вутъ, и тѣмъ не менѣе начать надо съ Ноодта, ибо фундаментъ своего воззрѣнія онъ заложилъ ранѣе, вскорѣ послѣ Роденбюрга, въ 1674 году.

Ноодтъ и его сопоставленіе супружества и дружбы.

Во 2-й книгѣ его Probabilia глава 9-я носитъ длинное заглавіе: Matrimonii cum amicitia, mariti cum patre, uxoris cum filia, comparatio elegans. Tum communio bonorum an inter hos apud veteres fuerit et qualis. Nuptiarum, ut eae definiuntur Dig. 23, 2, 1, explicatio gemina. Эта статейка имѣетъ огромное значеніе и серіозную цѣнность сама по себѣ, въ частности же на ея почвѣ Ноодтъ и не могъ не примкнуть къ догматическому направленію. Въ ней онъ ясно и точно высказывается по вопросу, бывшему самымъ слабымъ мѣстомъ критическаго направленія. 1674 г.

Дружба — родъ, а супружество видъ

То, что́ древніе писали о бракѣ, они большею частью заимствовали отъ дружбы. И не удивительно. Говорить ли о законѣ того и другого, или о послѣдствіяхъ, — ни въ чемъ не найти большой разницы, кромѣ только двухъ отношеній: во первыхъ, бракъ есть согласіе только мущины и женщины, а въ дружбѣ или согласіе мущинъ, или женщинъ,

или мущины и женщины; во вторыхъ, дружба возможна между многими, бракъ только между двумя, и дружба сочетаетъ только души, а бракъ души и тѣла. Впрочемъ, нельзя рѣшить, не выводили ли древніе и этихъ различій изъ однихъ и тѣхъ же началъ, ибо главный законъ дружбы они полагали въ томъ, чтобы не требовать ничего постыднаго или противнаго нравамъ и не дѣлать, если попросятъ. Впрочемъ, это въ сторону; довольно будетъ показать, что во всемъ остальномъ дружба и бракъ относятся между собою, какъ родъ и видъ, а затѣмъ — была ли и какова была у древнихъ общность имущества между мужемъ и женой, о чемъ часто спрашивали ученые, но всетаки не выяснили достаточно.

Законъ дружбы и брака.

Сперва припомнимъ законъ дружбы, который излагаетъ Цицеронъ въ рѣчи за Планція 2, 5: Vetus est lex illa iustae veraeque amicitiae, ut idem amici semper velint, neque est ullum certius amicitiae vinculum, quam consensus et societas consiliorum et voluntatum. Вотъ законъ дружбы; прибавлю: и брака; по свидѣтельству Апулея, Metam. 9, 27 fin.: Et ipse semper cum mea coniuge tam concorditer vixi, ut ex secta prudentium eadem nobis ambobus placerent. То же у Граціана, Decret. 2, 27, 2, 2: Consensus cohabitandi et individuam vitae consuetudinem retinendi interveniens eos coniuges fecit. Individua uero vitae consuetudo est talem se in omnibus exhibere viro, qualis ipsa sibi est, et e converso.

Послѣдствія дружбы и брака.

Теперь о послѣдствіяхъ. Они, за немногими, выше оговоренными, изъятіями, одинаковы въ бракѣ и дружбѣ. И для имущества? Да. Имущество у супруговъ общее: вѣдь Кассій и Нерва не признаютъ, чтобы жена могла совершить кражу у мужа, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret, Dig. 25, 2, 1. Однако дружба дѣлаетъ, что и у друзей почти все становится общимъ. Это вошло даже въ поговорку. Дидона говоритъ у Вергилія, Aen. 1, 577:

> Urbem quam statuo, vestra est. Subducite naves.
> Tros Tyriusque mihi nullo discrimine agetur.

Цицеронъ пишетъ De legib. 1, 12, 34: Quom hanc benevolentiam tam late longeque diffusam vir sapiens in aliquem pari virtute praeditum contulerit, tum illud effici, quod quibusdam incredibile videatur, sit autem necessarium, ut nihilo

sepse plus quam alterum diligat; quid enim est, quod differat, quom sint cuncta paria? Quodsi interesse quippiam tantulum modo potuerit in amicitia, amicitiae nomen iam occiderit, cuius est ea vis, ut simul atque sibi aliquid alter maluerit, nulla sit. Выходитъ, что и у друзей, и у супруговъ было единство и душъ, и имуществъ.

Опредѣленіе дружбы и брака.

Этого мало. Бракъ опредѣляется у Модестина Dig. 23, 2, 1: Coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio. Но и дружба у Цицерона, Lael 6, 20, описывается omnium divinarum humanarumque rerum cum benivolentia et caritate consensio, или въ другомъ мѣстѣ, Lael. 17, 61, omnium rerum, consiliorum, voluntatum, sine ulla exceptione communitas. То же и у Сенеки, Epist. 48 (5, 7), 2: consortium rerum omnium inter nos facit amicitia, — что вполнѣ годится въ опредѣленіе брака.

Общность имущества въ дружбѣ и бракѣ.

Не слѣдуетъ однако обманываться словомъ communio, общность. Во всѣхъ этихъ мѣстахъ идетъ рѣчь не о communio въ юридическомъ смыслѣ, но о той, которая опредѣляется расположеніемъ и привычкою; такъ что она не переноситъ на другого собственности и не охватываетъ тѣхъ, кто ея не желаетъ. Для дружбы объ этомъ свидѣтельствуетъ Сенека, De benef. 7, 12, 5: quidquid habet amicus, commune est nobis, sed illius proprium est, qui tenet; uti iis illo nolente non possum. Для супруговъ то же говоритъ Ульпіанъ, Dig. 29, 5, 1, 15: Quamquam neque viri servi proprie uxoris dicantur neque uxoris proprie viri: sed quia commixta familia est et una domus est. Наконецъ, что можетъ быть яснѣе словъ императоровъ Θеодосія и Валентиніана, Cod 5, 14, 8: Ut vir in his rebus, quas extra dotem mulier habet, quas Graeci parapherna dicunt, nullam uxore prohibente habeat communionem nec aliquam ei necessitatem imponat. И далѣе: quamvis enim bonum erat mulierem, quae se ipsam marito committit, res etiam eiusdem pati arbitrio gubernari, attamen quoniam conditores legum aequitatis convenit esse fautores, nullo modo, ut dictum est, muliere prohibente virum in paraphernis se volumus immiscere.

Но довольно: ясно, что бракъ, если онъ заключенъ nudo consensu ex iure gentium, относится къ дружбѣ, какъ видъ къ роду, если исходить изъ опредѣленія Модестина.

Не обинуюсь однако сказать, что оно приложимо и къ квиритскимъ бракамъ, заключаемымъ usu, farreo, coemptione. Вѣдь этими способами, Gell. Noct. Att. 18, 6; Coll. 16 (Gaius), ср. Dig. 50, 16, 195, 2, materfamilias вступала не только въ супружество, но и in manum et mancipium, т. е. въ семью мужа и въ права suae heredis. Въ отношеніи мужа она считалась тѣмъ же, чѣмъ filiafamilias въ отношеніи отца; по смерти мужа наслѣдовала ему наравнѣ со своими дѣтьми; и какъ дочь при жизни отца ничего своего не имѣетъ, такъ и жена, вступивъ подъ руку мужа, переводитъ все свое на мужа dotis nomine, какъ пишетъ Цицеронъ, Top. 4, 23, ничего не удерживая иначе, какъ на правахъ пекулія, или укравъ у мужа, или добывъ отъ любовниковъ. Плавтъ Cas. 119 слл. Примѣнимость аналогіи къ подручнымъ бракамъ.

Nam peculi probam nil habere addecet
Clam virum et quod habet partum ei haud commodest,
Quin viro aut subtrahat, aut stupro invenerit.
Hoc viri censeo esse omne quicquid tuomst.

Отсюда Сабинъ и Проклъ, Dig. 25, 2, 1, говорятъ, что жена такъ же можетъ украсть у мужа, какъ дочь у отца. Да и Модестинъ могъ опредѣлить бракъ Dig. 23, 2, 1, divini et humani iuris communicatio въ томъ же смыслѣ, какъ Павелъ говоритъ объ отцѣ suus heres, Dig. 28, 2, 11, а раньше Павла Плавтъ. Trin. 2, 2, 47:

Pater,
Bene volo ego illi facere, si tu non nevis. — Nempe de tuo?
De meo, nam quod tuomst meumst omne meumst autem tuom.

Также и Цицеронъ, Verr. II, 1, 44, 113: Homo importunissime, cur tantam iniuriam P. Annio mortuo fecisti? Cur hunc dolorem cineri eius atque ossibus inussisti, ut liberis eius bona patria, voluntate patris, iure, legibus tradita, eripere et, cui tibi esset commodum, condonares? Quibuscum vivi bona nostra partimur, iis praetor adimere nobis mortuis bona fortunasque poterit? Наконецъ, общность какъ ius divinum, такъ и ius humanum между супругами подтверждаетъ и Діонисій, 2, 25, говоря о бракѣ confarreatione:

Lex autem haec erat, mulierem nuptam, quae sacratis legibus[1] in manum mariti convenerit, cum eo omnium et bo-

[1] Теперь, согласно конъектурѣ Зинтениса, читается не *νόμους ἱεροὺς*, а *γάμους ἱεροὺς*, и соотвѣтственно переводится sacratis nuptiis.

norum et sacrorum participem esse. — Uxor enim pudica et marito in omnibus obsequens erat familiae domina, aeque atque ipse vir; et in viri defuncti bona, ut filia in patris, heres succedebat; et si sine liberis et intestatus obiisset, erat omnium bonorum relictorum domina; sin autem liberos habuisset, ex aequo cum liberis particeps erat.

Наконецъ къ общности какъ между отцомъ и дѣтьми, такъ и между супругами, относится изреченіе Цицерона De off. 1, 17, 54: Prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia. Сюда же принадлежатъ слова Памфила у Теренція, Andr. 1, 5, 60 сл. (295 сл.):

> Te isti virum do, amicum, tutorem, patrem.
> Bona nostra haec tibi permitto et tuae mando fide.
> Hanc mi in manum dat.

Здѣсь очевидно подручный бракъ, который дѣлаетъ супругомъ, другомъ, socium vitae, опекуномъ и отцомъ; ei magis bona committi, quam dari; потому, конечно, что Глицеріумъ будетъ въ его potestate mancipioque и его sua heres. Съ этимъ не расходится и Валерій у Ливія 34, 7, 13: Et vos in manu et tutela, non in servitio debetis habere eas et malle patres vos aut viros quam dominos dici. Однако то, что̀ въ этихъ текстахъ говорится объ опекѣ, не совсѣмъ точно и не согласно съ юристами: наоборотъ, выраженіе servire точно въ отношеніи жены, ср. Вергилія Aen. 4, 103:

> liceat Phrygio servire marito
> Dotalesque tuae Tyrios permittere dextrae

и Сервія къ этому стиху[1]. Относительно filius familias

[1] Надо замѣтить, что Сервій не совсѣмъ подходящій для Ноодта свидѣтель, — вотъ его толкованія въ редакціи новѣйшаго издателя: *Phrygio servire marito* eloquenter, *ἐμφατικῶς*, ac si diceret „exuli“. Nonnulli autem per fallaciam Junonis dictum accipiunt. *Liceat* id est non necesse sit, sed in voluntate sit Didonis si velit, ut supra „paribus auspiciis“, non imperio: potest enim imperium par non esse, cum auspicium par sit. Alii invidiose dictum volunt „liceat Phrygio marito“, id est qui victus est: et non dixit „nubere“, sed „servire“. Quidam „servire“ dubitant, utrum Didonem, an Tyrios dixerit. Sane hic coemptionis speciem tangit. Coemptio enim est ubi libra atque aes adhibetur et mulier atque vir inter se quasi emptionem faciunt: quod ait etiam in primo

то же говоритъ Лактанцій, Inst. 4, 3, а о подопечномъ ап. Павелъ, къ Гал. 4, 1 сл. (I, стр. 41—42).

Отзывъ объ изслѣдованіи Ноодта.

Едвали читатели посѣтуютъ на насъ за сообщеніе полностью этого прелестнаго изслѣдованія. Оно такъ цѣльно и стройно, что изъ него невозможно вырвать хоть одно положеніе. Тутъ все связно и все необходимо. Притомъ въ итогѣ вся статья соприкасается съ нашею темою. Главный пробѣлъ ея — отсутствіе текстовъ Плутарха; но и безъ нихъ совершенно ясно, куда клонитъ Ноодтъ.

Общность имущества супруговъ въ Римѣ имѣла чисто нравственный характеръ.

Сущность его мысли состоитъ въ томъ, что communio bonorum между супругами у римлянъ есть явленіе нравственнаго порядка и, если право иногда считается съ нимъ, то не иначе, какъ вообще съ данными фактическими, бытовыми. Сопоставленіе съ дружбою какъ нельзя болѣе полезно и убѣдительно. Послѣ него исчезаетъ всякая возможность сознательно или безсознательно понимать communio источниковъ въ смыслѣ европейской общности супружескаго имущества, все равно, для эпохи ли дотальнаго порядка, или для эпохи подручныхъ браковъ. Эта communio — фактическій результатъ дружбы и близости, и только. Но она возможна всегда, при всякомъ строѣ семьи; юридической же природы не имѣетъ. Понятно, что при такомъ воззрѣніи въ глазахъ Ноодта доводъ Плутарха долженъ былъ оказаться лишеннымъ всякаго юридическаго значенія. При наличности литературы, съ которою мы выше ознакомились, онъ и не могъ прійти къ иному заключенію. Со времени Отмана тексты Плутарха, Діонисія и природа подручнаго брака сочетались неразрывно; еще болѣе скрѣпила

Georgicorum (I, 31): „Teque sibi generum Thetys emat omnibus undis“. Quoniam coemptione facta mulier in potestatem viri cedit atque ita sustinet conditionem liberae servitutis, ait „liceat Phrygio servire marito“ et in Georgicis (I, 30): „tibi serviat ultima Thule“. Quoque omnis iste mos coemptionis et citra nominis nuncupationem dotis datae taxatione expediretur, quae res in manum conventio dicitur, subiunxit „dotalesque tuae Tyrios permittere dextrae“. Quid est enim aliud „permittere dextrae“ quam in manum convenire? Quae conventio eo ritu perficitur, ut aqua et igni adhibitis, duobus maximis elementis, natura coniuncta habeatur: quae res ad farreatas nuptias pertinet, quibus flaminem et flaminicam iure pontificio in matrimonium necesse est convenire. Sciendum tamen in hac conventione Aeneae atque Didonis ubique Vergilium in persona Aeneae flaminem, in Didonis flaminicam praesentare.

ихъ привычка къ европейскому имущественному строю семьи, хотя подъ ея вліяніемъ тексты эти и понимались въ такомъ смыслѣ, какого въ устахъ Плутарха никоимъ образомъ не могли имѣть. Ноодтъ все это разобщилъ.

Ноодтъ о rationes.

Удивительно ли, что, говоря черезъ много лѣтъ ex professo о rationes interdicti (II, 398), онъ даже не упоминаетъ Плутарха и довольствуется почти дословнымъ пересказомъ Dig. 24, 1, 1—3? Весь трудъ многихъ поколѣній, начиная съ Паласіосъ Рубеосъ или Альціати, потерянъ съ его точки зрѣнія даромъ, хоть и для него non levis momenti inquisitio de rationibus interdicti, cum possit durum atque inhumanum putari inter eos impediri liberalitatem, inter quos necessaria et laudabilis sit benignitas (II, 398). Въ этихъ словахъ ясный отголосокъ критической школы; но тѣмъ непреклоннѣе Ноодтъ въ своемъ догматическомъ направленіи. 1724 г.

Вутъ.

Согласный съ нимъ по существу, Вутъ не молчитъ о несогласно мыслящихъ. Сдѣлавъ краткое вступленіе, для нашей темы не интересное, онъ воспроизводитъ своими словами доводы дигестъ, Dig. 24, 1, 1—3, и прямо приступаетъ къ полемикѣ. 1704 г.

Полемика противъ Роденбюрга.

Напрасно, говоритъ онъ, Роденбюргъ по примѣру Аржантре порицаетъ доводы римлянъ за то, что, запретивъ даренія между живыми, они дозволили ихъ mortis causa, тогда какъ, будто бы, должны были оградить и интересы наслѣдниковъ, чего въ римскомъ правѣ нѣтъ. Но такъ заботиться о законныхъ наслѣдникахъ нѣтъ основанія, развѣ только тѣмъ, кто отрицаетъ завѣщательное право: если позволяется завѣщаніемъ обманывать надежды законныхъ наслѣдниковъ, призывая къ преемству совершенно постороннихъ, буде наслѣдодатель считаетъ законныхъ преемниковъ недостойными, то какая же, спрашивается, въ томъ несправедливость, что супругъ въ обходъ ихъ оставляетъ пережившему любимому и достойному супругу наслѣдство или отказы, нисколько не рискуя разссориться, ибо и наслѣдство и отказы достаются по принадлежности только по его кончинѣ? Римляне въ запретѣ дареній заботились не о наслѣдникахъ, не о роднѣ, а о самихъ супругахъ, опасаясь обольщеній и раззоренія, которыя были бы возможны при безповоротныхъ дареніяхъ между живыми, но немыслимы

при сдѣлкахъ на случай смерти. Такъ или иначе оградить интересы законныхъ наслѣдниковъ и родни — дѣло положительнаго права, зависящаго отъ усмотрѣнія законодателя и разнообразнаго, смотря по духу, нравамъ, учрежденіямъ и имущественному строю народовъ. Нельзя же наобумъ объявлять того несправедливымъ, кто въ той или другой области вовсе отвергаетъ что либо завѣдомо для него принятое у ближнихъ или дальнихъ сосѣдей (II, 290—291).

Какъ видимъ, полемика направлена противъ самаго слабаго и притомъ вовсе не существеннаго для критической школы пункта. Въ критической школѣ важны не защита или превознесеніе кутюмныхъ порядковъ, а нападки на римскія rationes. Но объ этихъ нападкахъ и Вутъ не говоритъ ни слова.

1733 г. Не мудрено, что для Бейнкерсгука весь этотъ вопросъ уже покончень и рѣшенъ безповоротно. Si rationem eius iuris quaeris, unam dabit Ulpianus et duas alias Paulus, Dig. 24, 1, 1—3. Atque eas rationes nemo non praeferet omnibus aliis, quas finxit Plutarchus, Quaest. Rom. 7., et ei, quam ipse elegit cum ibidem, tunc libello de Praec. coniug (I, 166). Вотъ все, что онъ находитъ нужнымъ сказать о нашей темѣ. Бейнкерсгукъ.

## § 4. Бёмеръ.

### I. Нѣмецкая школа. Гейнеке.

Обращаемся къ роковому моменту въ исторіи литературы по вопросу о rationes interdicti, — къ возникновенію нѣмецкой школы и ея важнѣйшему для насъ представителю — Бёмеру. Компилятивная ученость, стремленіе согласовать пререканія прежнихъ писателей, детальное приложеніе историческаго метода и педантичная мелочность въ творчествѣ — вотъ ея характерныя черты. Quod dialectica ratio non sanavit, historica ratio sanabit: вотъ что могло бы быть ея девизомъ даже до настоящаго времени. Нѣмецкая школа.

1718 г. Начнемъ, однако, съ Гейнеке. Своими краткими замѣчаніями онъ какъ бы намѣтилъ Бёмеру программу его изслѣдованія. Впрочемъ, онъ очень лакониченъ по нашему вопросу и въ текстѣ (стр. 401) только выписываетъ почти дословно мнѣніе Шаронда, заимствованное изъ Jurisprudentia Гейнеке.

anteiustinianea Скюльтинга. Исторія, такимъ образомъ, начинается сначала: Гейнеке повторяетъ нейтральную замѣтку одного изъ ближайшихъ послѣдователей Альціати, — послѣдователя, позднѣе высказавшагося, хоть и мягко по тону, въ духѣ критическаго направленія. Впрочемъ, въ примѣчаніи мы находимъ и отголоски миновавшихъ двухъ столѣтій. Rationes alias suppeditant Dig. 24, 1, 2—3. Sed nulla tamen harum genuina esse et ad prohibitionis huius originem pertinere videtur, пишетъ Гейнеке и словами Vera causa prohibitionis et q. s. даетъ переработку теоріи Бриссона, — переработку, относящуюся къ содержанію слѣдующей главы и тамъ нами воспроизведенную и разобранную.

Въ цѣломъ, слѣдовательно, точка зрѣнія Гейнеке такова, что всѣ соображенія, какъ юристовъ, такъ и Плутарха, плохи; вѣрна только теорія Бриссона, одна разъясняющая, какъ могла начаться недѣйствительность. Такъ какъ однако Антонинъ распространилъ запретъ на всѣ браки безъ исключенія, то юристы начали изобрѣтать свои доводы. О тѣхъ анахронизмахъ и ошибкахъ, изъ которыхъ сплетена эта теорія, сказано подробно въ слѣдующей главѣ; тамъ же изложены и воззрѣнія его послѣдователей, — Ноодта, Вестенберга, Шуберта, Воорды и Каннегитера; здѣсь отмѣтимъ, по связи дѣла, только то, что по существу Гейнеке въ примѣчаніи высказывается въ самомъ крайнемъ критическомъ духѣ и несообразные римскіе доводы пытается замѣнить, вполнѣ согласно съ мыслію Бриссона, историческими причинами.

## II. Бёмеръ.

Бёмеръ и его ученіе.

Бёмеръ, къ которому приводитъ насъ теперь хронологическій порядокъ, сходится съ Гейнеке въ стремленіи согласовать, по возможности, всѣ теоріи и всѣ источники, все использовать, что̀ только можно. Примыкая къ Бриссону, Бёмеръ естественно склоняется къ критическому направленію, которое, какъ мы видѣли, въ сущности и порождено этою теоріей. Онъ подчеркиваетъ нравственную несостоятельность учрежденія, защищаетъ Отмана отъ возраженій Джентиле, придаетъ очень большое значеніе сообщеніямъ Плутарха. Но съ другой стороны онъ не согла- 1727 г.

сенъ отказаться отъ rationes дигестъ и увѣренъ въ мудрости римскаго права по данному вопросу, — словомъ, не отвергаетъ и главныхъ положеній направленія догматическаго. Близость же его къ Гейнеке всего замѣтнѣе въ томъ, что Бёмеръ ищетъ единства мнѣній путемъ историческихъ гипотезъ. Въ слѣдующей главѣ мы увидимъ, какъ онъ тѣми же пріемами старался слить воедино теорію Бриссона съ теоріей auctoritas prudentium и остаться вѣрнымъ обычно-правовому происхожденію недѣйствительности.

Бомеръ о нравственной загадочности недѣйствительности.

Начавъ съ указанія на разнообразіе людскихъ обычаевъ, въ особенности обычаевъ брачныхъ, Бёмеръ останавливается на недѣйствительности дареній между супругами, какъ характернѣйшей подробности обычнаго брачнаго права римлянъ. Тѣсная близость супруговъ и единство душъ казалось бы должны питать и поощрять взаимную склонность къ дареніямъ. Что̀ больше упрочиваетъ дружбу, роднитъ душу и волю, обнаруживаетъ взаимную склонность, чѣмъ благотвореніе тѣмъ, кого мы любимъ? У грековъ даже вошло въ поговорку, по словамъ Цицерона, De off. 1, 16, 51, что у друзей все общее. Почему же римляне, не препятствуя дареніямъ между друзьями, совершенно устранили ихъ между супругами? Всякій согласится, кто знаетъ, какъ римляне славились и выдающимся практическимъ умомъ, и глубокою мудростью, что не безъ вѣскихъ причинъ государственная необходимость потребовала стѣснить и затруднить между супругами поступки, вообще свято чтимые людьми (719—720).

Источникъ и rationes недѣйствительности.

Высказавшись затѣмъ объ обычно-правовомъ возникновеніи недѣйствительности, Бёмеръ считаетъ нужнымъ вывести ее изъ условій древнѣйшаго брачнаго строя. Neque enim, оговаривается онъ, rationes, quae in Dig. 24, 1, 1—3, occurrunt, originem interdictarum donationum demonstrant, quod alioquin lex scripta existere debuerit, sed magis ad statum illius temporis, quibus Ulpianus et Severus cum Antonino vixerunt, referendae (стр. 725).

Перемѣна нравовъ въ VI вѣкѣ отъ о. г.

Изложивъ потомъ, каковы были способы, заключенія брака въ древнѣйшую эпоху и почему они дѣлали невозможными дарения, Бёмеръ обращается къ перемѣнамъ, произошедшимъ въ VI-мъ вѣкѣ города. Начались разводы, упадокъ женскихъ нравовъ повелъ къ преобладанію воль-

ныхъ браковъ, iuris gentium, что̀ въ свою очередь вліяло на учащеніе разводовъ и обусловило крайнюю непрочность супружескихъ союзовъ (стр. 738—739). При этихъ перемѣнахъ и правило о недѣйствительности дареній должно было бы перемѣниться: однако, оно уцѣлѣло. Этому во-первыхъ помогла вообще устойчивость всѣхъ правилъ, созданныхъ usu forensi et interpretatione; а во вторыхъ непрочность браковъ создавала еще большую нужду въ недѣйствительности, чѣмъ прежде. А такъ какъ usus forensis, по гипотезѣ Бёмера, подчинилъ недѣйствительности даренія во всѣхъ случаяхъ браковъ usu, то ему же не трудно было расширить ее и на новые браки nudo consensu. Verendum enim erat, ne alter alterum nimiis donationibus, blanditiis coniugalibus extortis, spoliaret, postea vero diverteret, quo facto rei familiaris iacturam gravissimam passus fuerit donans, si illi revocationem eius, quod donatum erat constante matrimonio [1], integram non servasset. Кромѣ того, если бы даренія признаны были дѣйствительными, то, по характеру новыхъ браковъ, можно было опасаться, ne ad divortia magis aditus ampliaretur, quem praecludendum esse omnibus modis contendebant sapientiores. Наконецъ, безмѣрная расточительность женщинъ, даже въ бракахъ cum manu, достигла невѣроятныхъ размѣровъ, о которыхъ согласно свидѣтельствуютъ Плавтъ, Mil. 3, 1, 97 sq. и Poen. 1, 2, 1 sq., Катонъ у Ливія, 34, 2, 14, Ювеналъ, 6, 35 слл., Сенека, De benef. 7, 9, 4, наконецъ, весь титулъ Dig. 34, 2.

Вліяніе новыхъ нравовъ на судьбу дареній между супругами.

Итакъ, имѣя свободу разводовъ, женщины были бы склонны къ разрывамъ, если бы мужья воздерживались отъ дареній, и тѣмъ побуждали бы ихъ къ дареніямъ, а получивъ, чего желали, всетаки, въ концѣ концовъ, разоряли бы мужей. Вотъ такія явленія и устраняли древніе законы, какъ то: 1, что даренія считались недѣйствительными и 2, что права поворота приданаго лишались женщины, разводящіяся sine causa probata. При нихъ, если мужъ отказывалъ въ подаркахъ, то ему нечего было бояться развода, ибо жена не имѣла законнаго повода и была подъ страхомъ лишиться приданаго; если же не отказывалъ, то всетаки не рисковалъ разводомъ, ибо жена знала, что въ такомъ случаѣ лишится

[1] Въ подлинникѣ вмѣсто matrimonio опечатка: marito.

всѣхъ дареній мужа. Эти соображенія могли вліять даже на женщинъ невысокой нравственности. Римляне знали, что даренія между супругами не могутъ прекратиться, но они знали и женское корыстолюбіе, знали, какою крѣпкой уздой окажется страхъ лишиться полученныхъ подарковъ. Женщины рѣдко сами дарятъ, но получаютъ подарки очень охотно.

Съ другой стороны, слѣдовало позаботиться и о женахъ. Хотя женщины дарить и не склонны, но въ отношеніи къ мужу это дѣло другое. Если жена богата, то нерѣдко мужъ сильно зарится на ея имущество, ради котораго, быть можетъ, на ней и женился. Если бы даренія не были запрещены, то притворными ласками онъ добивался бы, чтобъ она перевела на него бо̀льшую часть состоянія, и затѣмъ искалъ бы предлога для развода, чтобы въ новомъ бракѣ приняться за то же самое, тогда какъ первая жена, имъ ограбленная, бѣдствовала бы. И вотъ, чтобы даренія не были опасны для женъ, надлежало стѣснить ихъ въ ту эпоху, когда жены могли ихъ дѣлать. Въ подручномъ бракѣ это было невозможно; но въ вольныхъ бракахъ — что̀ ожидало бы женъ, кромѣ развода, если бъ онѣ не дарили, и нищеты, если бы дарили?

Utrique malo occurrebatur per ius antiquum, moribus retentum, quod quidem ob aliam diversamque causam receptum erat, eius tamen usus, introducta divortiorum libertate, desinere non poterat (стр. 739—743). Перемѣна же брачнаго строя вела къ тому, что вдумчивые люди недоумѣвали о причинахъ запрета, понимая древнее право по своимъ современнымъ условіямъ, а не по древнему быту. Еслибъ они этотъ послѣдній приняли во вниманіе, никакихъ сомнѣній о rationes iuris antiqui у нихъ бы не возникало; но такъ какъ онъ болѣе не соотвѣтствовалъ распространеннымъ новымъ формамъ брака, то тѣмъ болѣе недоумѣвали они, чѣмъ защитить продолжающуюся силу древняго права.

Плутархъ, какъ историческій свидѣтель.

Свидѣтель Плутархъ, который жилъ въ самомъ началѣ II-го вѣка и упоминаетъ объ этихъ пререканіяхъ въ *Ῥωμαϊκὰ* Онъ приводитъ разныя причины, почему даренія между супругами запрещены, которыя, несомнѣнно, въ то время не безъ преній приводились юристами.

„Не такъ же ли, какъ Солонъ, предписавъ, чтобы да-

ренія умирающихъ были дѣйствительны, кромѣ только вынужденныхъ насильно или сдѣланныхъ по женскому уговору, принужденіе отвергъ, какъ насиліе, а прельщеніе, какъ обманъ, — не такъ ли и римлянамъ были подозрительны даренія мужей и женъ?“ Очевидно, нѣкоторые юристы думали, что даренія между супругами едвали свободны отъ вымогательства, которое легко могло случаться при свободѣ разводовъ, и стало быть считали, что эти даренія подлежатъ подозрѣнію въ вымогательствѣ.

„Или, можетъ быть“, продолжаетъ Плутархъ, „находя дареніе самымъ плохимъ знакомъ расположенія, ибо дарятъ и чужіе, и не любящіе, устранили изъ брака это угожденіе, чтобы любить и быть любимымъ было безплатно и безкорыстно и само ради себя, а не ради чего другого“? Этотъ доводъ казался общимъ для всякаго рода браковъ, но мало убѣдительнымъ, ибо опытъ учитъ, что щедрость всего болѣе имѣетъ мѣсто между тѣми, кого объединяетъ сліяніе душъ. Оттого Плутархъ и на этомъ доводѣ не останавливается, но выводитъ на сцену новый.

„Или потому, что, болѣе всего будучи развращаемы полученіемъ подарковъ, женщины допускаютъ до себя постороннихъ мущинъ, показалось почтеннымъ любить своихъ мужей, вовсе не дарящихъ?“ Но такъ какъ этотъ доводъ только мущинъ отклоняетъ отъ дареній, женщинъ же вовсе не касается, то, наконецъ, Плутархъ прибавляетъ еще слѣдующій, который болѣе соотвѣтствуетъ строю древнихъ браковъ.

„Или, лучше, причина въ томъ, что имущество мужей должно быть общимъ съ женами и женъ съ мужьями, ибо берущій даримое пріучается считать чужимъ то, что̀ не дано, и оттого, давая немногое, всего другъ друга лишаютъ?“ Повидимому, этотъ доводъ самъ Плутархъ предпочиталъ другимъ, — на то указываетъ слово „лучше“. Конечно, если принять во вниманіе строй римскихъ браковъ, то окажется, что дѣйствительная общность исчезла, и это не было неизвѣстно Плутарху. Однако, по древнимъ обычаямъ, по которымъ браки были подручными, жена до извѣстной степени казалась собственницею вещей мужа, какъ и дочь, и такимъ образомъ оставалась нѣкоторая видимость общности между супругами. Ее то, повидимому, Плутархъ и имѣетъ

въ виду, давая понять, что браки должны быть такъ устроены, чтобы въ нихъ была какъ бы нѣкая общность по примѣру древняго права, ибо въ ней надо искать главнымъ образомъ и прежде всего начала недѣйствительности дареній (стр. 743—745).

Полемика противъ Джентиле.

Затѣмъ Бёмеръ, кратко изложивъ теорію Отмана и возраженія Джентиле[1], опровергаетъ эти возраженія, отмѣчая прежде всего, что Джентиле былъ вовлеченъ въ споръ убѣжденіемъ, будто Плутархъ присвоилъ бракамъ подлинную, юридическую общность всего имущества супруговъ: на самомъ дѣлѣ это невѣрно. Опроверженія Бёмера касаются доводовъ Джентиле не столько самихъ по себѣ, сколько примѣнительно къ собственной теоріи Бёмера. Сужденія Джентиле, говоритъ онъ, совершенно неприложимы къ брачному строю древнѣйшей эпохи и стало быть для нея мысли Отмана вовсе не опровергаютъ; а что они вполнѣ приложимы къ позднѣйшей эпохѣ съ ея вольными браками, такъ это для устойчивости взгядовъ Отмана не имѣетъ никакого значенія. Такова нпр. ссылка на Катона. Равнымъ образомъ поворотъ приданаго при разводѣ можетъ годиться какъ возраженіе только для эпохи начиная съ VI-го вѣка города. До тѣхъ поръ браки подручные были крѣпки. Когда же и въ нихъ стали практиковаться разводы безъ основательнаго повода со стороны жены, то въ этихъ случаяхъ возвратъ приданаго вполнѣ уподоблялся тому, какъ arrogator, impubere emancipato, bona, quae ad eum detulerat, restituere cogebatur. Наконецъ, опять къ новому порядку относятся браки, при которыхъ жена оставалась во власти отца: очевидно, это было возможно только при бракахъ solo consensu (стр. 745—749).

Разногласія между Плутархомъ и юридическими источниками

Остается еще одно возраженіе Джентиле, — что доводы юристовъ и императоровъ, выводящихъ запретъ ex more maiorum, далеко расходятся съ сообщеніемъ Плутарха. Supra vero iam observavi, aliam fuisse rationem huius iuris primitus introducendi et recipiendi, aliam vero illud, mutato etiam matrimoniorum statu, retinendi et conservandi. Императоры и

[1] Тутъ у Бомера небольшое недоразумѣніе. Полемика Джентиле гораздо болѣе направлена противъ Монтекатини, чѣмъ противъ Отмана; но Бомеръ, повидимому, знаетъ только послѣдняго. Книга Монтекатини считалась большою рѣдкостью уже въ концѣ XVII-го столѣтія и весьма вѣроятно, что Бёмеру ее негдѣ было достать.

юристы думали болѣе о доводахъ послѣдняго рода, хотя, впрочемъ, и ихъ можно вполнѣ объяснить только изъ древнѣйшихъ условій. Однако и позднѣйшіе мотивы не такъ ужъ неточно выводятся ex moribus maiorum, Dig. 24, 1, 1; 24, 1, 3; 24, 1, 31, 7, quod quae ante duo vel tria saecula constanter in usu permanserunt, utut matrimoniorum status innovatus esset, maiorum moribus et traditionibus recte adscribi queant (стр 749). Мало того, самые доводы юристовъ Бёмеръ признаетъ возможнымъ согласовать между собой, ибо всѣ ведутъ къ одной цѣли и взаимно другъ друга поясняютъ. Такъ, доводъ Ульпіана, Dig. 24, 1, 1, приводимый и Помпоніемъ изъ Лабеона, Dig. 24, 1, 31, 7, касается новаго строя браковъ, слишкомъ легко расторгаемыхъ, непрочныхъ, и однако не подчиняющихъ жену подъ руку мужа. Эта легкость разводовъ вызывала также величайшія затрудненія въ воспитаніи дѣтей, которое только тогда возможно, когда неразрывный союзъ душъ длится между родителями: таковъ доводъ Павла, Dig. 24, 1, 2. Еще прямѣе выражаетъ то же С. Цецилій, Dig. 24, 1, 2: если бы ссоры прекращались благодаря подаркамъ, то и получалось бы продажное согласіе, Dig. 23, 4, 27. О томъ же опять таки говоритъ и Антонинъ, Dig. 24, 1, 3 pr.; только тутъ, кромѣ „продажнаго согласія“, присоединяется еще соображеніе: Si facilis ditior ad donandum erat, hic, cuius melior antea conditio ob copiam fortunarum erat, in paupertatem incidere, et cuius antea deterior conditio ob defectum bonorum erat, ditior fieri poterat, quod admodum luctuosum postea donanti accidisset, si divortio secuto revocatio donationum integra non fuisset; haec vero ubi donanti reservata sit, rursus divortium magnopere impedivit (стр. 749—751).

Завершеніе Бёмеромъ разногласій догматическаго и критическаго направленія.

Разборъ этихъ воззрѣній займетъ у насъ немного времени Цѣль Бёмера совершенно ясна: онъ хочетъ использовать и согласовать всю предшествующую литературу, но не механически, а посредствомъ положительнаго творчества, новыхъ измышленій, историко-юридическихъ гипотезъ. Насколько цѣнно послѣднее, настолько безплодно первое. Вмѣсто согласованія получается интерференція, согласовываемыя мнѣнія становятся безжизненными, вовсе умираютъ, а собственное творчество автора, игравшее въ этомъ согласованіи служебную роль, гибнетъ вмѣстѣ съ ними. Такъ

оно и случилось. Начиная съ Бёмера можно считать старый споръ критическаго и догматическаго направленія поконченнымъ. Зато его собственныя мысли остались безъ продолжателей и поборниковъ какъ разъ въ наиболѣе цѣнныхъ мѣстахъ.

Основная мысль Бёмера.

Центральная мысль его та, что rationes interdicti въ дигестахъ указываютъ не первоначальныя причины зарожденія недѣйствительности (ratio originis, ratio introducendi et recipiendi), но позднѣйшія соображенія въ пользу сохраненія института (ratio retinendi et conservandi). По существу это безусловно правильно. Сами то юристы своими rationes безспорно хотѣли выяснить rationes introducendi; но, обосновывая недѣйствительность подъ впечатлѣніями нравовъ, понятій и быта, въ которыхъ сами жили, невольно приходили къ доводамъ, ради которыхъ она должна бы и могла бы была быть введена въ ихъ время. Правильно поэтому и то соображеніе, что истинная причина зарожденія недѣйствительности была вполнѣ забыта ко времени, когда юристы начали изобрѣтать свои rationes interdicti.

Оцѣнка Плутарха.

Вторая, не менѣе плодотворная и вѣрная мысль Бёмера та, что Плутархъ, обсуждая доводы въ пользу недѣйствительности, не самъ измышляетъ свои соображенія, но приводитъ мнѣнія и споры юристовъ своего времени, — конечно, прибавимъ отъ себя, излагая ихъ со своей точки зрѣнія философа-моралиста и не гонясь особенно за юридическою точностью передачи. Въ этой мысли несомнѣнно ключъ къ истинному согласованію Плутарха съ дигестами. Однако, то сопоставленіе, которое дѣлаетъ самъ Бёмеръ въ заключеніе своей полемики противъ Джентиле, основательное и цѣнное въ частностяхъ, еще весьма далеко отъ совершенства. Это только проектъ сопоставленія, краткая программа, которую надо еще выполнить. Отмѣтимъ, наконецъ, рѣзкую противоположность вѣрной мысли Бёмера съ остроумною догадкою Ретеса о вліяніи, будто бы, Плутарха на римлянъ черезъ Фаворина и Африкана.

Защита римскихъ rationes.

Остальныя воззрѣнія Бёмера требуютъ уже значительныхъ оговорокъ. Его похвалы практическому уму и мудрости римлянъ вполнѣ справедливы, но къ данному случаю, съ точки зрѣнія законодательныхъ мотивовъ, совершенно непримѣнимы. Какъ ни старается Бёмеръ обнаружить прак-

тичность и мудрость въ rationes interdicti, ничего не выходитъ. Между тѣмъ, эта защита для него тѣмъ важнѣе, что въ сущности онъ выводилъ недѣйствительность супружескихъ дареній ex auctoritate prudentium, — по крайней мѣрѣ, ex usu forensi и на почвѣ историческихъ перемѣнъ in statu conubiorum.

Три періода въ исторіи недѣйствительности.

Основной устой теоріи Бёмера — его ученіе о трехъ періодахъ въ исторіи недѣйствительности супружескихъ дареній: эпоха браковъ cum manu, эпоха браковъ usu, эпоха libera matrimonia. Въ слѣдующей главѣ мы показываемъ, въ чемъ и почему это ученіе неудовлетворительно. Между тѣмъ воззрѣнія Бёмера на исторію rationes interdicti, а еще болѣе вся его полемика противъ Джентиле, являются только приложеніями его исторической гипотезы.

Сближеніе Плутарха и Ромула.

Наконецъ, коренная предпосылка Бёмера — заимствованное имъ у Отмана сближеніе довода Плутарха съ законодательствомъ Ромула — совершенно невѣрна во всѣхъ отношеніяхъ. Въ концѣ настоящей главы показано, что мысль Плутарха была именно такова, какъ думали Отманъ и Бёмеръ, но вмѣстѣ съ тѣмъ показана и ея полная несостоятельность. Съ другой стороны, понимать общность имущества, о которой говоритъ Плутархъ, въ смыслѣ юридической общности, не только невѣрно, но, послѣ Ноодта, и непозволительно. Затѣмъ, теорія Бриссона, принятая Бёмеромъ, отнюдь не обязывала его legum vetustarum interpretationem ab initiis urbis repetere. Въ остальномъ это сближеніе Плутарха и Ромула ближе относится къ предмету слѣдующей главы, гдѣ и получаетъ окончательную цѣнку.

Преемство въ воззрѣніяхъ по вопросу о rationes начинаетъ теряться.

На теоріи Бёмера кончается преемственное развитіе ученія о rationes interdicti въ наукѣ. Послѣ него идетъ мозаика, а потомъ уже просто калейдоскопъ: повтореніе и случайное сочетаніе разрозненныхъ мыслей, ничѣмъ не обогащаемыхъ, непрочное и безплодное. Лишь одинъ полемическій эпизодъ въ XIX вѣкѣ воскресилъ было какой то призракъ жизни, но и этотъ призракъ оказался мнимымъ; да еще нѣкоторое подобіе литературной связи можно прослѣдить отъ Бёмера до Глюкка. Въ остальномъ наша работа по необходимости сведется къ отрывочнымъ замѣчаніямъ по поводу мнѣній отдѣльныхъ ученыхъ. Итакъ, направимся отъ Бёмера до Глюкка. Первымъ намъ встрѣчается Менкенъ.

## III. Менкенъ.

1752 г. У Менкена не только по фамиліи есть литературное родословіе. Онъ одинъ изъ тѣхъ писателей, которые сильны только чужими ошибками и недосмотрами, а умны только тѣмъ, что̀ раньше ихъ сказано другими. По нашему вопросу, впрочемъ, онъ менѣе виновенъ въ плагіатѣ, чѣмъ въ неблагодарности. Онъ весь вышелъ изъ того, что̀ сдѣлано было ранѣе, главнымъ образомъ Бёмеромъ, но также и Гейнеке, и другими. Правда, онъ кое въ чемъ пошелъ дальше, въ иное внесъ вѣрныя поправки; но онъ изслѣдуетъ вопросъ въ постановкѣ Бёмера, одну за другою повторяетъ его̀ мысли, постоянно имъ пользуется, съ нимъ безъимянно споритъ и, щедро ссылаясь на всѣхъ, кого знаетъ, только разъ называетъ по имени Бёмера, и то пренебрежительно, точно мелкаго компилятора (стр. 598). Тамъ, гдѣ онъ присвоиваетъ чужія мысли, онъ вообще безо всякихъ цитатъ говоритъ отъ своего лица, противъ частностей же обокрадываемаго писателя споритъ очень дерзко, хотя мелочно, и притомъ дѣлая ссылки, кромѣ самыхъ опасныхъ для себя случаевъ. Это наѣздничество тѣмъ недостойнѣе, что онъ, во всякомъ случаѣ, писатель не безъ дарованія, и тѣмъ несноснѣе, что собственныя новшества Менкена слабы, вычурны и съ необыкновеннымъ трескомъ выражены.

Характеристика Менкена.

Дареніе — отмѣнный видъ благодѣянія, говоритъ онъ; оно похвально; однако оно же склонно и вырождаться въ порокъ; впрочемъ, отсюда не слѣдуетъ ничего предосудительнаго для самой природы дарения. Parum abest, quin turpe dictu reputem, quod romani inter coniuges, ad mutuum amorem electos, reprobaverint, quod alios inter amicos in honore ponunt. Nec mores, nec leges tale iniquitatis monstrum alunt. Ecquid ergo est, quod tanti nominis iurisconsultos circumdedit, ut virtutem inter virum et uxorem opprobrium fieri putaverint? Errant. Quoad intelligere mihi datum est, uno ex fonte errorum rivuli ducuntur: quod antiqua tempora mediis, media novis immiscuerint (стр. 581); immutata rerum facie, regulam a vetustate oriundam novis, immo novissimis scitis accomodaverint. Factum inde est, ut nec legum interpretationes regulis respondeant (стр. 582).

Нравственная загадочность недѣйствительности.

Manus mariti и Плутархъ.

Начало запрета пошло отъ manus мужа и его отцовской власти надъ женою. Quotquot vero leges romanae enarrant rationes, quibus donationes inter virum et uxorem circumscribuntur, nulla harum conventioni in manum accomodari potest (стр. 590—591). Если же даренія были просто фактически невозможны въ эпоху подручныхъ браковъ, facile est intellectu, Plutarchum rem acu haut tetigisse, quum in 20. Praec. conub. hanc reddit rationem, ut coniuges nullius rei participes fierent, sed omnia communia iudicarent. Конечно, въ Римѣ никогда не было настоящей общности имуществъ. Хотя, разумѣется, супруги могли порою per pacta dotalia учреждать между собою товарищество — Dig. 24, 3, 17, 1; 34, 1, 16, 3, — pessimo autem consilio haec ad conventionem in manum traducuntur. Отцовская власть мужа, quae omnium bonorum uxoris dominium marito vindicat, haut patitur hanc societatam. Dion. 2, 25 и Colum. R. R. XII praef. 8 сюда вовсе не относятся. Если жъ эти мѣста дѣйствительно отзываются старпною, такъ это потому, что авторы имѣли въ виду положеніе sui heredes, въ томъ числѣ и подручной жены, которые, quod nomen ipsum docet, vivente patre iam simul pro dominis rerum paternarum haberentur, Inst. 2, 19, 2, Dig. 28, 2, 11.

Искаженіе идей Бёмера.

Покончивъ съ Плутархомъ, Менкенъ въ безъимянной полемикѣ съ Бёмеромъ, въ которой опять несравненно болѣе воровства у оспариваемаго автора, чѣмъ возраженій обокрадываемому, пытается разъяснить, что moribus receptum дигестъ относится ко всѣмъ эпохамъ, причемъ снова становится на точку зрѣнія Джентиле съ его возраженіями о бракахъ sine manu въ древнѣйшую эпоху (стр. 596—597). Но для насъ важнѣе то, что̀ сказано имъ далѣе о rationes.

Анализъ rationes нашихъ источниковъ.

Общій недостатокъ обычнаго права — его расплывчатость и неопредѣленность — сказался тѣмъ, что истинный источникъ запрета скоро позабылся. Hinc seges rationum. Agmen ducit Plutarchus, Rom. Quaest. 7, semen dubiorum spargens. Series rationum recensitarum uberrime declarat, locorum, temporum, rerumque vicissitudines ita negligi, ut commixta dissimilia omniaque turbata intelligantur (стр. 598). Veras causas supra iam recensui; quoad rationes, a iurisconsultis traditae, conveniant, videamus. Concinna est illa Ulpiani, Dig. 24, 1, 1, versa cogitatione in illas uxores, quae in manum

non convenerant; alias flocci pendet. Ceterae vel temporariae, vel inanes conspiciuntur (стр. 602).

Изъ этихъ остальныхъ подробно разбираются сужденія Африкана и доводы Oratio 206 г.

Доводъ Африкана.

Хотя другіе защищаютъ доводъ С. Цецилія, Dig. 24, 1, 2, tam modicum tempus inveni, quod hanc rationem in romana republica fert, ut ficulneam potius reputem illam rationem. До конца VI-го вѣка города въ Римѣ разводовъ не бывало: стало быть, за это время разводы не могли дать повода къ обычно-правовому запрету дареній между супругами. А въ 762 г. отъ о. г. Августъ поставилъ предѣлъ разводамъ, обложивъ пенями разводы по винѣ той или другой стороны. Чтобы ихъ избѣжать при разводѣ, нужно было привести iustam causam. Iusta causa esse non poterat denegata donatio, quum prohiberetur moribus. Prohibitionem vero non metus divortii excitavit. Poena potius satis comprimebat divertendi libidinem. Insecuta deinde tempora non relaxarunt frena, quin compresserunt. Cerebro igitur Caecilii, non moribus debetur haec ratio. Noli credere, verba Ulpiani, Dig. 24, 1, 3 pr., „haec ratio“ Caecilii rationem stipare, quae potius ad Ulpiani causam, Dig. 24, 1, 1 traditam, referri merentur (стр. 603).

Доводы Oratio 206 г.

Въ то же время Менкенъ „откровенно сознается“, что нагроможденные въ Oratio доводы, кромѣ только самаго послѣдняго, mediocre pondus habeant. Amorem honestum maiores solo animo aestimarunt. Ita erat et erit omni aetate. У истинной любви принципъ общій для всѣхъ смертныхъ, а не особый для однихъ супруговъ. А развѣ дружба, внушенная любовью, осуждаетъ здравую и умѣренную щедрость? Или можно повѣрить, что famae coniunctorum consulitur, si officia amoris inhumane expellantur? An concordia pretio conciliata videbitur, quum liberalitate non dissoluta animus, haut meretricio amore imbutus, ostenderetur? Pellamus a legibus nostris inhumanitatis suspicionem. Nihil valent consarcinatae hae rationes, nisi limitibus arctius circumscribantur. Obmurmurabunt alii, quod Oratio has rationes confirmat. Vela non contraho. Prima enim Orationis pars antiquitatis commemorationem tenet, nihil disponit.

Прочіе доводы

Nauci pariter Paulli rationem, Dig. 24, 1, 2, merito facio, quod ex dictis hucusque constat (стр. 604).

Оцѣнка Менкена.

Съ такимъ трескомъ правитъ Менкенъ подъ всѣми парусами свою литературную ладью, контрабандою нагруженную мыслями и сужденіями Бёмера, Ноодта, Джентиле и другихъ. Разбираться въ этой контрабандѣ не приходится. Для него и Плутархъ ничего не понимаетъ, и юридическіе источники основаны на заблужденіи. Съ этой точки зрѣнія его взгляды можно назвать сверхъ-критическими, по крайней мѣрѣ въ дѣлѣ rationes interdicti. Онъ доводитъ мысль Бёмера до послѣдней крайности и признаетъ только историческое объясненіе недѣйствительности. По существу онъ правъ, но бѣда его въ томъ, что сама теорія Бёмера, имъ присвоенная, невѣрна, а своей собственной создать онъ не съумѣлъ. И дѣйствительно, Менкена скоро забыли, а отъ Бёмера къ потомству перешла только увѣренность въ согласіи римскаго ученія съ доводами Плутарха и юристовъ и всѣхъ этихъ доводовъ между собою.

## IV. Рихтеръ, Кёнигъ, Глюкъ.

Рихтеръ.

Въ этой увѣренности пишетъ Рихтеръ. Онъ стоитъ на той же точкѣ зрѣнія, что Паласіосъ Рубеосъ и Кора. Плутархъ у него упомянутъ между прочимъ въ примѣчаніи, но и только. Бёмера онъ какъ будто и не знаетъ, а компилируетъ свои разсужденія по Отману, Джентиле и Менкену. Rationes недѣйствительности для него являются только отвѣтами на ея нравственную неубѣдительность; ихъ историческое значеніе его не интересуетъ. Выписывая ихъ по Dig. 24, 1, 1—3, онъ снабжаетъ каждый доводъ сочувственно-нравоучительными разсужденіями, частью по Джентиле, частью по Менкену. Въ видѣ заключенія онъ принимаетъ по Менкену сторону Отмана противъ критики Джентиле, не зная и не замѣчая, что эта критика гораздо болѣе направлена противъ Монтекатини, чѣмъ противъ Отмана (стр. 12—17). Разбирать въ его работѣ по нашему вопросу нечего: мы имѣемъ дѣло съ компилятивнымъ вступленіемъ въ избранную для диссертаціи тему. 1759 г.

Кёнигъ.

Я не сталъ бы даже упоминать о Кёнигѣ, который въ данномъ отношеніи только компилируетъ или дословно выписываетъ Рихтера, если бъ этому убогому писакѣ, для котораго и Рихтеръ свѣтило, не досталась своеобразная 1777 г.

судьба — заслонить своимъ плохонькимъ студенческимъ сочиненіемъ прежнюю литературу и черезъ сто лѣтъ удостоиться серіознаго цитированія, чуть не на правахъ авторитета, у Гофманна (стр. 286 прим. ** — въ первую голову; 289 прим. 7, гдѣ сопоставляется съ Савиньи; 296 прим. 24b; 299 прим. 36). Упоминаю объ этомъ для того, чтобы ничего подобнаго болѣе не могло случиться, и обращаюсь къ Глюкку.

Характеристика Глюкка.

Самъ по себѣ онъ тоже не заслуживаетъ вниманія. Изъ компиляторовъ XVIII вѣка онъ, быть можетъ, самый убогій. Но кажущаяся обстоятельность его громадной работы и внѣшнее обиліе въ ней библіографическихъ указаній сдѣлали то, что послѣ открытія новыхъ источниковъ, главнымъ образомъ Гая, на Глюкка стали смотрѣть, какъ на итогъ всего предшествующаго развитія литературы. Конечно, и эта репутація совершенно не заслужена; но съ нею нельзя не считаться. Огромное большинство полагало, да и теперь полагаетъ, что для знакомства съ до-гаевскою („допотопною“) литературою достаточно справиться съ Глюккомъ, у котораго въ ковчегѣ представлена вся прежняя ученость. Увы! Въ глюкковомъ ковчегѣ собрано много, но все собранное стало у него до того пошло, плоско и мелко, такъ безлично и скучно, что геніальные умы вродѣ Кюжаса ничѣмъ не отличаются отъ ученыхъ козявокъ, давшихъ лишь компилятивную диссертацію въ 3—4 десятка страничекъ. Притомъ въ ссылкахъ Глюкъ преимущественно приводитъ новѣйшую (для него) нѣмецкую литературу, т. е. самую жалкую и безцвѣтную въ ту эпоху. А ужъ о неполнотѣ, небрежности и совершенной случайности его литературныхъ указаній нечего и говорить: онѣ рѣжутъ глаза каждому, кто знакомъ съ дѣломъ по собственному чтенію. Своимъ ничтожествомъ Глюкъ гораздо болѣе заслонилъ отъ XIX вѣка, къ великому ущербу для науки, прежнюю литературу, чѣмъ Гай богатствомъ новаго матеріала. И вотъ, въ концѣ концовъ, для того, чтобы найти связь между теоріями XIX вѣка и болѣе ранними, необходимо знакомиться съ Глюккомъ.

Изложеніе Глюкка.

1824 г. По вопросу о rationes interdicti Глюкъ идетъ дальше Рихтера, Кёнига и Менкена даже въ сопоставленіи параллельныхъ мѣстъ (25, стр. 448—458). Такъ, Dig. 24, 1, 1 онъ поясняетъ Dig. 24, 1, 31, 7 и Nov. 74, 4 fin. pr.; Dig. 24, 1, 2, толкуетъ почти дословно по Рихтеру, съ маленькою только

цитатой изъ Тепелля; что же касается С. Цецилія, то тутъ Глюкъ отваживается даже на полемику съ Менкеномъ и доказываетъ ему, что 1, исторія знаетъ и болѣе ранніе разводы, чѣмъ разводъ Карвилія Руги; 2, въ XII таблицахъ есть законы о разводѣ; 3, въ эпоху Цецилія разводы были чудовищно часты и легки; 4, Антонинъ принялъ доводъ Цецилія въ своей Oratio. Если откинуть критическія замѣчанія къ тексту источниковъ, то больше у Глюкка ничего нѣтъ.

## § 5. Девятнадцатое столѣтіе. Историческая школа. Современное состояніе вопроса.

### I. Переломъ въ наукѣ.

Отъ диссертаціи Кёнига до 25-го тома Глюкка протекло почти полвѣка, ничѣмъ серьезнымъ не ознаменованныхъ въ литературѣ нашего вопроса. Однако за это время произошла французская революція, началась и кончилась карьера Наполеона, преобразовалась значительная часть европейскихъ государствъ на конституціонныхъ началахъ, завершилась реставрація, расцвѣла наука римскаго права въ Германіи, появился Нибуръ, за нимъ Савиньи, создалась историческая школа, были найдены Гай и Ватиканскіе отрывки. Первымъ результатомъ всѣхъ этихъ перемѣнъ явился разрывъ литературнаго преемства и пренебрежительный взглядъ на прежнюю науку, а вторымъ — пересмотръ всей сокровищницы римскаго права во всеоружіи новыхъ источниковъ и новыхъ научныхъ принциповъ. На нашемъ вопросѣ переломъ сказался сравнительно позднѣе, чѣмъ на другихъ. Первымъ вѣстникомъ новой эпохи надо считать Ганса, хотя птица оказалось пролетною, которая весны не дѣлаетъ.

### II. Гансъ.

Двойственность римской правовой системы.

Въ первомъ томѣ своего „Наслѣдственнаго права во всемірно-историческомъ развитіи“, характеризуя двойственность всей римской правовой системы, Гансъ коснулся римскаго семейнаго права (стр. 22 слл.), утверждая, что, какъ семья лишь отраженіе государства въ уменьшенномъ видѣ, 1824 г.

такъ семейное право отображаетъ характеръ всей правовой системы.

Двойственность римской семьи и ея сопоставленіе съ „германскою“.

Отмѣчая римскую двойственность и въ семейномъ правѣ въ видѣ застывшей въ своихъ формахъ подручной семьи и подвижной, гибкой и расплывчатой семьи при бракахъ вольныхъ, онъ надѣется придать особенную наглядность своей характеристикѣ сопоставленіемъ римской семьи съ германскою, въ которой видитъ совершеннѣйшее воплощеніе христіански-каноническаго понятія нераздѣльной и нерасторжимой общности, дѣлающей въ бракѣ изъ двухъ лицъ одно, нимало не посягая на индивидуальную независимость каждаго.

Имущественно-супружеское право. Раздѣльность и общность.

Это единство и эта общность въ германской семьѣ выражаются и въ имущественной области, гдѣ общность жизни становится общностью имущества: напротивъ того, въ римскомъ вольномъ бракѣ угловатая обособленность сторонъ и ихъ замкнутость въ самихъ себѣ видна и въ имущественныхъ отношеніяхъ, которыя выражены въ полной раздѣльности и разобщенности. Эти свойства идутъ такъ далеко, что супруги могутъ обоюдно искать одинъ съ другого по actio legis Aquiliae, а наиболѣе острое выраженіе этихъ свойствъ получается въ недѣйствительности дареній между супругами. Если въ подручной семьѣ самостоятельность жены совершенно уничтожалась и ее вовсе поглощало отвлеченнѣйшее понятіе единства семьи, то въ римскомъ вольномъ бракѣ столь же отвлеченно понимается свобода женщины, какъ сама себѣ довлѣющая независимость, которой высшимъ предѣломъ является эта недѣйствительность обоюдныхъ дареній. Даже въ позднѣйшемъ римскомъ наслѣдственномъ правѣ не замѣтно сочетанія и отождествленія подручнаго и вольнаго римскаго брака въ одномъ цѣломъ понятіи, охватывающемъ оба момента.

Опредѣленіе брака.

Правда, римское опредѣленіе брака, Dig. 23, 2, 1, очень смахиваетъ на истинную общность, однако это consortium omnis vitae, расторгавшееся самымъ легкимъ разводомъ именно въ эпоху, когда было составлено указанное опредѣленіе (Ульпіанъ), относится только къ сожительству и не имѣетъ ни малѣйшихъ признаковъ истинной проникновенной общности. Извѣстно, какъ плохо вообще подходятъ опредѣленія римлянъ къ общему содержанію ученій.

Дареніа между супругами.

Но не лучше и поясненія внутреннихъ основаній, которыя они даютъ къ отдѣльнымъ институтамъ. Таковы основанія, приводимыя ими для запрета дареній между супругами, Dig. 24, 1, 1—3. Можетъ быть небезъинтересно разобрать, какъ относятся эти доводы къ тому, что̀ мы сказали о значеніи запрета дареній.

Римскіе доводы въ пользу недѣйствительности.

Римскіе юристы и императоръ Антонинъ измыслили слѣдующіе доводы: 1, чтобы супруги не обирали одинъ другого изъ взаимной любви; 2, чтобы браки не расторгались, если бы той или другой супругъ не желалъ дарить; 3, чтобы браки не были продажны, но любовь была вся единственно въ душѣ, безъ какихъ либо земныхъ побочныхъ расчетовъ; 4, чтобы не повредило доброй славѣ столь тѣсно связанныхъ лицъ подозрѣніе, будто ихъ единство создано корыстью.

Связь недѣйствительности супружескихъ дареній съ сущностью вольнаго брака.

Мы же напротивъ только что указали, какъ запретъ этихъ дареній вытекаетъ изъ понятія вольнаго римскаго брака, даже составляетъ самый крайній и острый выводъ изъ этого ученія. Что сами римляне не съумѣли понять введенный moribus запретъ дареній, какъ необходимый выводъ изъ понятія ихъ вольнаго брака, объясняется тѣмъ, что ни одинъ народъ, живущій еще своею первоначальною жизнью, не въ состояніи самъ себя правильно осмыслить. Внѣшнее же доказательство можно найти въ томъ, что, не умѣя охватить чего либо понятіемъ, народъ ищетъ психологическихъ причинъ, которыя потому именно оказываются очень плоскими, каковы, напр., причины запрета дареній.

Скрытая сущность римскихъ доводовъ.

Какими бы однако плоскими онѣ ни казались, въ нихъ кроется все же, хоть и совершенно безсознательно, глубокая истина. Возвѣщая, что желаютъ избѣжать взаимнаго обиранія, что любовь должна жить всецѣло въ одной душѣ, что надо беречь добрую славу супруговъ и т. п., римляне сами свидѣтельствуютъ, что совсѣмъ еще не поняли существа истиннаго брака, извѣстнаго позднѣйшей христіанско-германской исторіи. Въ то время, какъ въ этомъ послѣднемъ общность имущества и легкость перехода при раздѣльности не только не препятствуютъ истинному единству, а напротивъ является его сильнѣйшимъ выраженіемъ въ области владѣнія и собственности, въ это время пресловутый римскій духъ выражается даже въ

сферѣ собственности полнымъ отчужденіемъ. Что жена ничего не могла дарить мужу, т. е. ничего дѣлать собственностью мужа съ цѣлью обогащенія, это является такимъ же послѣдствіемъ вольнаго римскаго брака, какъ послѣдствіемъ брака подручнаго было то, что все достояніе жены становилось собственностью мужа (I, 22—26 и прим. 21 на стр. 26—29). Такимъ образомъ между супругами запрещено то, что̀ дозволено между другими (II, 289 слл.).

Римскіе доводы и расшатанность римской семьи.

Конечно, при поверхностномъ вниманіи можно было бы въ римскихъ доводахъ усмотрѣть благоговѣйнѣйшее отношеніе къ браку, который они желали, молъ, видѣть чистымъ отъ всякаго своекорыстія. Однако предположенія, что супруги станутъ взаимно обирать другъ друга, что браки станутъ оттого продажными или даже расторжимыми, уже содержатъ въ себѣ предпосылку о такой нравственной слабости брака, при которой малѣйшее соприкосновеніе съ имущественными отношеніями способно вовсе его потрясти. При такой слабости, когда имущество должно считаться для брака чѣмъ то внѣшнимъ и чуждымъ, всегда грозящимъ конфликтами, вмѣсто того, чтобы быть его ближайшею сферою, бракъ, очевидно, находитъ въ имуществѣ внѣшнюю границу, насильственную и господствующую надъ нимъ. При этихъ условіяхъ доводы римскихъ юристовъ пожалуй вполнѣ правильны, даже свидѣтельствуютъ о ихъ чрезвычайной тонкости и деликатности, — только отъ возможности такихъ деликатностей Боже упаси всякій бракъ (II, 291).

## III. Гассе.

Не будемъ пока останавливаться на оцѣнкѣ этихъ мыслей, а познакомимся съ воззрѣніями на ту же тему, которыя черезъ нѣсколько мѣсяцевъ послѣ Ганса обнародовалъ Гассе.

Римское дотальное право и его слабыя стороны.

1824 г. Изобразивъ, какъ постепенно возникали и слагались начатки дотальнаго права въ Римѣ, Гассе отмѣчаетъ, что одной изъ двухъ его слабыхъ сторонъ должно было оказаться, между прочимъ, слѣдующее: при немъ, кромѣ собственно приданаго, большого или малаго по усмотрѣнію, все достояніе супруговъ должно было подлежать полной раздѣльности вопреки природѣ брака, требующей, чтобы все у супруговъ было общимъ.

Юридическая обязательность раздѣльности имуществъ.

Конечно, само по себѣ это еще не бѣда: фактически общность все равно наступаетъ, были бы на лицо должныя нравственныя отношенія; законъ же лишь игнорируетъ всѣ имущественныя послѣдствія брака и гарантируетъ ихъ только въ предѣлѣ приданаго. Однако право не должно оказывать активнаго воздѣйствія въ такомъ направленіи, чтобы внѣшняя раздѣльность превратилась во внутреннюю, чтобы пассивное допущеніе правомъ чего либо превратилось въ активное навязываніе: а между тѣмъ этотъ переходъ изъ пассивнаго допущенія въ активное принужденіе совершается очень легко и самъ собою. Это особенно сказывается въ слѣдующемъ.

Дареніе между супругами.

Если супруги относятся другъ къ другу несогласно съ брачными обязанностями, то это противно добрымъ нравамъ, даже если сказывается вовнѣ только въ отношеніи имущества; правда, добрые нравы нельзя вводить принудительно, такъ какъ они держатся на доброй волѣ; однако закону вполнѣ естественно отказывать въ своей защитѣ сдѣлкамъ, которыя идутъ въ разрѣзъ съ добрыми правами. И вотъ существуетъ сдѣлка, при которой раздѣльность имущества сказывается особенно остро: это дареніе, дѣлающее одну сторону бѣднѣй отъ обогащенія другой стороны. Если приданое увеличивается во время брака, то это конечно очень на руку мужу; однако тутъ его имущество увеличивается только съ тѣмъ, чтобъ увеличивался вкладъ жены въ хозяйство; но вотъ если она ему даритъ, или онъ ей, то увеличеніе имущества одаряемой стороны само является цѣлью. Конечно, если это происходитъ mortis causa. т. е. потому, что даритель предпочитаетъ предоставить данное имущество не наслѣдникамъ, а одаряемому, то раздѣльность проявляется въ такое время, когда брака уже нѣтъ, и въ этомъ случаѣ дареніе скорѣе соотвѣтствуетъ идеѣ супружескаго единенія, чѣмъ противорѣчитъ ей: вѣдь того же можно достигнуть и завѣщаніемъ. Но вотъ если намѣреніе сторонъ клонится къ тому, чтобъ одна изъ нихъ тотчасъ и для себя самой обогащалась на счетъ другой, какъ въ обыкновенныхъ дареніяхъ между живыми, то это эгоизмъ стороны одаряемой, а эгоизмъ долженъ быть чуждъ браку.

Ихъ недѣй-

Оттого при дотальномъ правѣ само собою получается,

что дареніи между супругами лишаются юридической силы, принадлежащей дареніямъ вообще, дабы не поощрять дурные нравы и низости. Однако и при запрещеніи въ этомъ смыслѣ необходима осторожность, какъ бы запретъ не разрушилъ того, что̀ долженъ укрѣпить, ибо многія дареніи по самой природѣ своей возникаютъ изъ тѣсной близости супружескаго общенія въ противоположность обыкновеннымъ дареніямъ, которыя предполагаютъ холодность и корыстолюбіе на сторонѣ одаряемаго, слабость на сторонѣ дарящаго и въ томъ и другомъ безнравственное отрицаніе брачной общности: достаточно, чтобы раздѣльность имущества, вообще допускаемая закономъ, не проявлялась возмутительнымъ образомъ въ отношеніяхъ супруговъ. Отсюда недѣйствительность дареній между супругами по общему правилу и отсюда же многочисленныя изъ него исключенія въ римскомъ правѣ (226—231).

ствительность, какъ логическій выводъ изъ началъ дотальнаго права.

Этой теоріи Гассе находитъ главную опору и подтвержденіе, какъ нетрудно угадать, въ твореніяхъ Плутарха. Уже съ первыхъ строкъ своей книги, говоря о бракѣ, какъ о всецѣломъ, полномъ сочетаніи всей жизни мужа и жены, онъ ссылается (стр. 3 прим. 1) на *Γαμικὰ παραγγέλματα* 34, откуда дѣлаетъ длинную выписку въ латинскомъ переводѣ по изданію Рейске, и на *Ῥωμαϊκὰ* „init.“, — т. е. очевидно *Ῥωμαϊκὰ* 7. Приступая къ имущественнымъ отношеніямъ въ бракѣ, онъ опять съ первыхъ словъ обращается къ Плутарху со ссылкою на *Γαμικὰ παραγγέλματα* 20: ужъ у Плутарха, говоритъ онъ (стр. 14 прим. 15), мы находимъ мнѣніе, что полная общность имущества соотвѣтствуетъ существу брака; только онъ говоритъ о фактической общности и выводитъ ее изъ того нравственнаго принципа, что у супруговъ все безъ изъятій должно быть общимъ; и тутъ очень вѣрно все сказанное имъ со ссылкою на Платона. Наконецъ, излагая свое объясненіе недѣйствительности супружескихъ дареній, Гассе возвращается (стр. 229 прим. 310) къ заключительнымъ словамъ *Γαμικὰ παραγγέλματα* 34, *οὐχ ἵνα μηδενὸς μεταλαμβάνωσιν κτλ.*, говоритъ, что это мѣсто останется совершенно непонятнымъ, если не усвоить мыслей, въ текстѣ развиваемыхъ, и подкрѣпляетъ свою увѣренность ссылкою на заключительный доводъ *Ῥωμαϊκὰ* 7.

Ссылки на Плутарха.

Таково ученіе Гассе, изложенное sine ira et studio въ текстѣ его книги. Когда она, однако, была уже готова, онъ

Полемика съ Гансомъ.

получилъ I-й томъ Ганса, гдѣ въ предисловіи была задѣта историческая школа, и — за крашанку писанка — предпослалъ своей работѣ тоже предисловіе, въ которомъ, не называя Ганса, призналъ полную правоспособность за чистою, свободною теоретической юриспруденціею, но только при условіи большого таланта и зрѣлаго ума, безъ которыхъ она можетъ превратиться въ безсмыслицу и путаницу, а похвальное само по себѣ стремленіе постичь существо очень отдаленныхъ или же чисто человѣческихъ отношеній привести къ тому, что слишкомъ поспѣшный герой обниметъ облако вмѣсто богини (стр. IV—V).

Существо брака, дотальная система и супружескія даренія.

Не довольствуясь этимъ, Гассе вошелъ и въ объясненія о самой природѣ брака, дотальной системѣ и дареніяхъ между супругами, опять таки не называя Ганса, но прямо имѣя его въ виду. Эти объясненія тѣснѣйшимъ образомъ связаны съ нашею темой и потому мы должны на нихъ остановиться. Коснуться существа брака, говоритъ Гассе (VI—IX), тѣмъ легче, что мы имѣемъ глубокомысленныхъ предшественниковъ, глубокомысленнѣйшихъ между римскими юристами. Намъ, разумѣется, не приходится учиться у нихъ, что̀ такое бракъ и его послѣдствія, ибо это ясно выражено въ нашемъ священномъ писаніи и отечественныхъ источникахъ права; однако достойно замѣчанія, что они уже въ полной чистотѣ сознали это для цѣлей ихъ права.

Вольные браки

Правда, не со вчерашняго только дня, утверждали, что сказанное ими о природѣ брака вообще подходитъ только къ ихъ подручнымъ бракамъ, съ характеромъ же вольнаго брака, какъ разъ въ теченіе наиболѣе продолжительнаго времени сплошь преобладавшаго въ ихъ народѣ, совершенно не согласимо. Однако я постарался показать, что это мнѣніе должно разсѣятья, если только строго обособить естественное право брака, которое я назвалъ фактическимъ въ бракѣ, отъ того, что̀ является въ тѣсномъ смыслѣ правомъ брака, принудительнымъ правомъ, и что̀ я назвалъ юридическимъ въ бракѣ, ибо тогда окажется, что эти элементы, правда, состоятъ во взаимодѣйствіи, но никоимъ образомъ не сливаются воедино.

Раздѣльность имуществъ.

Въ частности тогда выяснится, въ особенности въ дѣлѣ имущества, что принципъ раздѣльности, присущій римскому вольному браку, сказывается отрицательно только въ отношеніи принудительнаго права, а не естественныхъ условій

брака и его внутренняго закона, и что въ то же время дача приданаго и полная взаимная свобода совершать между супругами всѣ дозволенныя между посторонними сдѣлки, кромѣ дареній, являются мостомъ, по которому супруги легко дойдутъ по доброй волѣ до того, чего требуетъ отъ нихъ природа.

Недѣйствительность дареній.

Но вотъ, между прочимъ, какъ разъ это только что упомянутое изъятіе, запретъ дареній, было выставлено, какъ чуть ли не дерзкое пренебреженіе закономъ природы и положительное ему противодѣйствіе, а встрѣчаемыя сужденія римскихъ юристовъ по поводу его имѣющими малую цѣну. Однако я, думается, доказалъ, что дѣло обстоитъ какъ разъ наоборотъ, и меня порадовало найти въ этомъ представленіи свидѣтеля и предшественника въ знаменитомъ писателѣ древности: я навѣрное, какъ и другіе, столь же мало понялъ бы краткія замѣчанія, которыя встрѣчаются объ этомъ у Плутарха, если бы заранѣе не пришелъ къ своей мысли; поистинѣ, она ни въ чемъ не обосновывается достовѣрнѣе, чѣмъ въ нѣжномъ и мудромъ освѣщеніи и опредѣленіи римскими юристами особенностей этого запрета и его границъ.

Свидѣтельство Плутарха.

## IV. Возраженія Ганса.

1825 г.

Боже мой, что́ случилось, когда эти дерзновенныя строки дошли до свѣдѣнія Ганса! Десять страницъ предисловія, болѣе двѣнадцати страницъ мелкаго петита въ примѣчаніяхъ, и въ нихъ перлы нѣмецкой профессорской полемики, какъ изъ рога изобилія, немедленно украсили почти законченный печатаніемъ второй томъ его работы. Страшно становится за человѣка, не только за Гассе, когда читаешь его противника: точно невидимый голосъ произноситъ у Байрона зловѣщія заклятія надъ Манфредомъ. Но тема нашей книги обязываетъ насъ ограничиться только юридическими элементами ученаго спора и притомъ спеціально относящимися къ дареніямъ между супругами.

Возраженія Ганса.

По случаю „слабыхъ сторонъ“ дотальной системы, пишетъ Гансъ (II, 295 и сл. въ прим.), Гассе высказывается о дареніяхъ между супругами. Въ выдержкахъ кратко сообщивъ изложенныя нами выше воззрѣнія Гассе, къ словамъ послѣдняго объ эгоизмѣ, который проявляется въ обыкновен-

Раздѣльность имуществъ, супружескія дарения и ихъ недѣйствительность.

ныхъ дареніяхъ, а браку долженъ быть чуждъ, Гансъ побѣдоносно заявляетъ, что именно на это ссылались ужъ и римскіе юристы, а выписавъ затѣмъ мѣсто о „возмутительномъ“ проявленіи раздѣльности, обрушивается на него, какъ на главный криминалъ.

„Что къ чему привѣшено“.

Выше я обнаружилъ, говоритъ онъ, въ запрещеніи дареній между супругами крайнее проявленіе раздѣльности имущества вообще: а здѣсь утверждается, что не въ запретѣ, а въ самомъ дареніи кроется это крайнее проявленіе. Спрашиваю однако каждаго нелицепріятнаго читателя, въ чемъ „возмутительнѣе“ проявляется раздѣльность имущества, разъ она усвоена законодательствомъ, — въ облегченіи перехода имущества изъ рукъ въ руки, или въ затрудненіи, и можно ли сказать о затрудненіи, что оно введено съ цѣлью ослабить проявленіе раздѣльности, тогда какъ раздѣльность именно въ этомъ затрудненіи то и находитъ свое полнѣйшее выраженіе?

Гассе и Плутархъ.

Конечно, отъ фактовъ всемірной исторіи не отдѣлаешься словесными изворотами. Но то, что̀ Гассе хотѣлъ сказать, въ сущности не его воззрѣніе, а Плутарха, который притомъ и высказывается совсѣмъ иначе: онъ именно, *Γαμικὰ παραγγέλματα* 34, усматриваетъ причину запрета дареній между супругами въ томъ, что и безъ того все имущество у нихъ было общимъ, по крайней мѣрѣ они должны были считать его общимъ, а вовсе не въ томъ, что они не должны были имѣть ничего общаго: *οὐχ ἵνα μηδενὸς μεταλαμβάνωσιν, ἀλλ' ἵνα πάντα κοινὰ νομίζωσιν.* Этотъ взглядъ на причины запрета невѣренъ и свидѣтельствуетъ, что Плутархъ плохо зналъ римское право, ибо въ послѣднемъ ничего нѣтъ объ общности имущества; а затѣмъ, ни одному римскому юристу въ голову не пришло хотя бы упомянуть о доводѣ Плутарха среди множества приводимыхъ ими доводовъ. Какъ бы то ни было, мнѣніе Плутарха высказано съ рѣзкой опредѣленностью и каждому ясно, какъ къ нему отнестись. Нельзя поэтому не подивиться на то удовольствіе, съ которымъ Гассе говоритъ о Плутархѣ и въ текстѣ, и въ предисловіи.

Значеніе и цѣнность полемики Ганса и Гассе.

Изложенная полемика является однимъ изъ яркихъ эпизодовъ той борьбы, которую Гансъ, какъ вѣрный ученикъ Тибо, велъ противъ исторической школы. Но для насъ она важна лишь какъ показатель того, до какой степени печальны

были результаты литературнаго разрыва съ прошлымъ. Точно не существовало всей старой литературы. Гассе „открываетъ“ Плутарха, находитъ въ немъ все, чего самому хотѣлось, и возвращается къ антиномической точкѣ зрѣнія Кора. Гансъ, непріятно пораженный этимъ открытіемъ, занимаетъ тотчасъ позицію Аржантре, враждебно относясь и къ Плутарху, и къ доводамъ дигестъ. Оба являются поборниками супружеской общности, т. е. должны бы раздѣлять воззрѣнія критической школы; но — своя своихъ не познаша: Гассе почтительно восхищается и Плутархомъ, и дигестами, т. е. ведетъ линію догматическаго направленія, а Гансъ, не пожелавшій даже бѣгло справиться хотя бы съ Бёмеромъ (Глюкъ тогда еще не выпустилъ своихъ 25-го и 26-го томовъ), толкуетъ о юридическомъ невѣжествѣ Плутарха и о незнакомствѣ съ нимъ римскихъ юристовъ. Словомъ, передъ нами полный хаосъ, не говоря ужъ о томъ, что и самый споръ то является типичною querelle d'Allemands: кто бы ни оказался правъ, наука ничего не проиграетъ и не выиграетъ. И такъ оно и вышло на самомъ дѣлѣ. Побѣдителемъ въ глазахъ господствовавшаго въ то время большинства прослылъ Гассе, но и онъ и его противникъ безслѣдно забыты въ этомъ отношеніи потомствомъ. Зато ихъ курьозная схватка съ одной стороны и Глюкъ съ другой заслонили и заглушили всю старую литературу, которая впервые собрана и возрождена въ настоящей книгѣ.

## V. Пухта.

Савиньи, какъ родоначальникъ идей исторической школы по вопросу о недѣйствительности.

Не можетъ быть никакого сомнѣнія, что въ своихъ общихъ ученіяхъ о бракѣ Гассе явился только вѣрнымъ ученикомъ Савиньи, усвоившимъ ученія послѣдняго. Правда, Савиньи не оставилъ въ печати собственнаго изложенія семейнаго права; однако, при сопоставленіи того, что встрѣчается отрывочно въ его Системѣ, съ воззрѣніями Пухты съ одной стороны и Гассе съ другой, нельзя не прійти къ заключенію о полномъ тождествѣ ихъ исходныхъ теорій и потому считать общаго учителя родоначальникомъ общихъ началъ въ твореніяхъ учениковъ. Да и Гансъ въ предисловіи и полемическихъ примѣчаніяхъ ко второму тому дѣлаетъ нѣсколько колкихъ намековъ въ подтвержде-

ніе этой догадки. Не даромъ поэтому Савиньи и Пухта почетно цитируютъ работу Ганса въ своихъ руководящихъ курсахъ. А эти курсы явились для всѣхъ учебниковъ, курсовъ, системъ и даже большинства монографій 19-го вѣка по брачно-имущественному праву единственнымъ, кромѣ римскихъ текстовъ, первоисточникомъ авторитетной премудрости. Ознакомимся же съ воззрѣніями обоихъ корифеевъ нѣмецкой науки и начнемъ съ Пухты, которому библіографически принадлежитъ старшинство.

Пухта.

Изложеніе въ Пандектахъ.

Совершенно ясно общія съ Гассе идеи высказываетъ Пухта въ §§ 413 и 425 своего учебника Пандектъ, рекомендуя начинающему одно только пособіе — книгу Гассе. Такъ какъ бракъ, говоритъ онъ здѣсь, есть общность всѣхъ житейскихъ потребностей, то мужъ и жена, питающіе истинно супружескія настроенія, будутъ считать общимъ и имущество. Изъ этого, однако, никоимъ образомъ не слѣдуетъ, чтобы право, для соотвѣтствія сущности брака, должно было сообщать этому нравственному требованію характеръ юридической необходимости. Римское право исходитъ изъ того положенія, что бракъ самъ по себѣ ничего не мѣняетъ въ имущественномъ положеніи супруговъ (дотальная система въ противоположность системѣ супружеской общности), однако не доводитъ этой раздѣльности до такихъ послѣдствій, отъ которыхъ пострадало бы самое существо брака (§ 413). И вотъ супругъ, который принялъ бы дареніе юридически въ серіозъ, пожелалъ бы подаренное удержать всецѣло и только для себя самого, столь же всецѣло лишивъ дарителя того же имущества, сдѣлалъ бы изъ юридической раздѣльности, при которой даренія формально возможны, примѣненіе, разрушающее существо брачныхъ отношеній. Этого и не допускаетъ стародавнее правило, что даренія между супругами недѣйствительны (§ 425). 1838 г.

Изложеніе въ Институціяхъ.

Въ римскомъ правѣ, говоритъ Пухта въ своей энциклопедіи [1], предпосланной Институціямъ (I, 53), даренія между супругами запрещены, — сингулярная норма, приписываемая обычному праву. Причина лежитъ въ томъ, что съ нравственною сущностью брака, съ истинно брачнымъ настроеніемъ, по которому супруги должны считать общимъ все, 1841 г.

[1] Въ первомъ, отдѣльно изданномъ очеркѣ энциклопедіи 1825 года ничего нѣтъ по нашему вопросу; приводимые въ текстѣ взгляды высказаны Пухтою въ первомъ изданіи Институцій 1841 года.

что имѣютъ, несогласимо то, чтобъ одинъ изъ нихъ обогащался на счетъ другого. Въ древнѣйшемъ правѣ, гдѣ аналогичная отцовской власть мужа надъ женою вѣроятно всегда была свойственна браку (она даже сама собою возникала, если жена проводила цѣлый годъ въ домѣ мужа), проявленіе несупружескихъ настроеній было невозможно вслѣдствіе этого юридическаго строя брачныхъ отношеній, правда, на очень крутой ладъ: жена не имѣла собственнаго имущества, она ничего не могла пріобрѣтать для себя, все принадлежало мужу въ силу его власти, дареніе между супругами было немыслимо уже чисто юридически. Но вскорѣ возникли, наряду съ этимъ строгимъ бракомъ, браки вольные, — вольные отъ супружеской власти: въ нихъ пали преграды, жена могла имѣть собственное имущество, даренія между супругами стали юридически возможны и съ ними всѣ неблагопріятныя воздѣйствія, которыя они могли оказывать на нравственную природу брака.

Можно было бы подумать, что правовое чувство народа, разъ онъ переросъ эту древнѣйшую форму супружества, найдетъ для брака новую юридическую форму, которая, хоть и будучи менѣе крута, воспримет въ себя это нравственное требованіе и такимъ образомъ отвѣтитъ ему въ предѣлахъ чистаго права, — форму, благодаря которой даренія также станутъ невозможными въ силу чистаго права. Наши правовыя воззрѣнія приводятъ насъ къ вольной общности имущества между супругами, которая могла бы и въ Римѣ разрѣшить задачу и стать на мѣсто первоначальнаго исключительнаго правомочія мужа. Однако это понятіе было чуждо правовому чувству римскаго народа; ему представлялась только альтернатива: или полное поглощеніе имущества жены властью мужа, или полная неприкосновенность имущества бракомъ самимъ по себѣ, полная самостоятельность имуществъ обѣихъ сторонъ, причемъ возможность дареній по чистому праву была неизбѣжна.

Такимъ образомъ и не оставалось ничего другого, какъ сдѣлать проломъ въ этомъ чистомъ правѣ сингулярнымъ изъятіемъ, запретомъ дареній, преодолѣть чистое право индивидуальными соображеніями, вмѣсто того, чтобы дать ему такую форму, въ которой оно восприняло бы указанную выше потребность и тѣмъ удовлетворило бы ее.

Вторичное изложеніе

Тѣ же мысли высказываетъ Пухта въ болѣе краткой и конкретной формѣ, говоря спеціально о дареніяхъ между супругами (II, 412) и подкрѣпляя свое изложеніе текстами дигестъ, но нигдѣ не упоминая Плутарха. Даренія между супругами были невозможны въ подручныхъ бракахъ, но возможны въ вольныхъ. Однако эта возможность могла стать вредною для нравственнаго характера брака. Было бы безнравственно дѣлать изъ супружеской любви промыселъ и положеніе любящаго дѣлалось бы неблагопріятнѣе, чѣмъ равнодушнаго; особенно же опасно было бы это при свободѣ разводовъ. Супругъ, который смотритъ, какъ на свою исключительную собственность, на подарки, полученные отъ другого супруга, чуждъ истиннаго супружескаго настроенія. Отсюда исконный запретъ дареній между супругами. 1847 г.

Изложеніе въ Чтеніяхъ.

Еще болѣе подробно, чѣмъ въ учебникѣ Пандектъ, развиты тѣ же начала въ посмертныхъ чтеніяхъ Пухты, §§ 413 и 425, на которыя достаточно сослаться, ибо по существу тамъ нѣтъ ничего новаго противъ Институцій и Учебника. Любопытно развѣ вступленіе § 425-го, гдѣ имѣется суровое, хотя безъимянное, замѣчаніе по адресу Ганса. Въ высшей степени поверхностное воззрѣніе, говоритъ Пухта, хотѣло поставить недѣйствительность супружескихъ дареній въ упрекъ римскому праву, которому, будто бы, присуща ненависть къ общности имущества, — нелѣпое утвержденіе: точно даренія могутъ создать общность!

## VI. Савиньи.

Молчаніе самого Савиньи.

Что̀ касается воззрѣній Савиньи, то онъ, какъ уже сказано, не далъ въ печати подробнаго разбора rationes interdicti. Запрещеніе дареній, пишетъ онъ (IV, 166), можно разсматривать съ двухъ сторонъ. Одна изъ нихъ принадлежитъ къ ученію о бракѣ. Сюда относится выясненіе причинъ, которыми былъ порожденъ запретъ. Это можетъ быть удовлетворительно предпринято только въ связи съ изложеніемъ брачнаго права и потому въ догмѣ дареній вопросъ о немъ можетъ быть оставленъ открытымъ. 1841 г.

Косвенныя данныя о теоріи Савиньи.

Тѣмъ не менѣе, въ 8 томахъ Системы Савиньи можно найти нѣсколько мѣстъ, дающихъ довольно ясныя указанія, въ чемъ именно состояло бы мнѣніе Савиньи.

При обсужденіи юридическихъ сдѣлокъ, говоритъ онъ, нпр., въ томъ же четвертомъ томѣ (IV, 5 прим. d), надо считать общимъ правиломъ полную свободу индивидуальной воли. Изъ этого правила римское право дѣлало исключенія только въ немногихъ случаяхъ, когда замѣчалась особенная опасность злоупотребленій этою свободою. Сюда относится, между прочимъ, запретъ дареній между супругами, потому что именно при дареніяхъ добродушное, беззаботное легкомыслiе болѣе, чѣмъ при другого рода сдѣлкахъ, можетъ потерпѣть особенный ущербъ отъ обдуманнаго своекорыстія.

1849 г. Цѣль этого запрета, говоритъ онъ въ другомъ мѣстѣ, состоитъ въ охраненіи нравственной чистоты брака (VIII, 335 и 336), въ предотвращеніи вреда, грозящаго этой чистотѣ отъ своекорыстныхъ побужденій (VIII, 527).

## VII. Историческая школа и глоссаторы.

Единство взглядовъ исторической школы.

Мнѣ кажется, этихъ цитатъ достаточно, чтобы признать полное сходство воззрѣній Савиньи, Гассе и Пухты.

Въ цѣломъ можно сказать, что корифеи исторической школы совершенно оставили конкретную почву источниковъ и цѣликомъ ушли въ собственныя обобщенія, сложившіяся на почвѣ положительнаго права ихъ отечества. Въ варварской нѣмецкой общности супружескаго имущества они надѣялись найти ключъ къ несравненно болѣе культурной римской дотальной системѣ и съ наивнѣйшимъ самомнѣніемъ снисходили къ некультурности римскихъ семейныхъ началъ. О продолженіи дѣла Бömера, объ использованіи римскихъ доводовъ для исторіи недѣйствительности имъ и въ голову не приходило и они лишь покровительственно удостоивали тексты Dig. 24, 1, 1—3 перепечатки или упоминанія въ подстрочныхъ примѣчаніяхъ. Плутарха же они даже и не упоминаютъ.

Ихъ совпаденіе со взглядами глоссаторовъ канонистовъ.

Въ итогѣ оказывается, что Пухта уже подходилъ (ср. выше выписки изъ его твореній), а Савиньи дошелъ до точки зрѣнія глоссаторовъ канонистовъ, — т. е. до мысли, что дарения между супругами противны добрымъ нравамъ, — хотя прямыми словами этого взгляда они сами не высказали.

1840 г. Разграничивая въ источникахъ права элементы національные и всеобщіе, Савиньи усматриваетъ посредствен-

н о е проявленіе послѣднихъ 1) въ соблюденіи нравственныхъ принциповъ, лежащихъ внѣ области права, — boni mores, а въ наше время и церковныя цѣли; 2) въ соблюденіи государственныхъ интересовъ, — publica utilitas; 3) въ отеческомъ попеченіи о благѣ каждаго индивидуума, — ratio utilitatis (I, 55—56). Обращаясь затѣмъ къ понятію сингулярнаго права, онъ отмѣчаетъ, что прежде всего оно является чисто положительнымъ правомъ и притомъ, въ большинствѣ случаевъ, сводящимся къ волѣ опредѣленнаго законодателя, а въ случаяхъ болѣе рѣдкихъ оказывающимся порожденіемъ стародавняго національнаго воззрѣнія, такъ сказать безроднымъ: таковъ запретъ дареній между супругами, опирающійся на нравственныя соображенія, а не на правовой принципъ (I, 62—63, ср. кстати прим. g тамъ же и затѣмъ родственныя по содержанію мѣста VIII, 33—36, 335—336 и 526—527).

Мнѣ кажется, что о выводѣ изъ этихъ мѣстъ не можетъ быть двухъ мнѣній: Савиньи несомнѣнно выводилъ недѣйствительность дареній изъ boni mores. Не будемъ распространяться о томъ, до какой степени эта точка зрѣнія не соотвѣтствуетъ ни буквѣ, ни смыслу, ни духу всего римскаго ученія о супружескихъ дареніяхъ и удовольствуемся тѣмъ, что самъ Савиньи всетаки не сдѣлалъ прямыми словами напрашивающагося и неизбѣжнаго вывода. Эта вина досталась на долю другимъ, менѣе осторожнымъ.

## VIII. Франке. Его вліяніе на французовъ.

Франке. 1834 г.

Изъ основныхъ началъ исторической школы исходитъ Франке. Его ученіе ближе касается вопроса объ обычноправовомъ возникновеніи недѣйствительности супружескихъ дареній, гдѣ мы ознакомимся съ нимъ въ подробностяхъ; но оно не чуждо и нашей темы.

Нравы, какъ основаніе недѣйствительности.

Цѣлью запрещенія дареній между супругами, говоритъ онъ (XVIII, 1 слл.), было обезопасить личное имущество каждаго супруга отъ послѣдствій его собственной слабости и отъ корыстолюбія другого супруга. Въ древнѣйшее время, когда святость супружества не была еще развѣнчана необузданною распущенностью, не было повода къ такому запрещенію, особенно въ виду того, что, по мнѣнію самихъ позднѣй-

шихъ римлянъ, первый случай развода произошелъ всего въ началѣ VI-го вѣка города. Пока супружескій союзъ сохранялъ свою чистоту и браки были неразрывны до смерти того или другого изъ супруговъ, корыстные виды между ними были сами по себѣ невозможны. Только тогда, когда римскій народъ началъ проникаться развращенностью нравовъ, для насъ порою невѣроятною, когда умножились разводы и мужчины и женщины расторгали въ короткое время столько же браковъ, сколько прожили лѣтъ, а безграничная расточительность съ необходимостью привела ко всеобщему корыстолюбію и жадности, — да, тогда въ Римѣ и могъ, и долженъ былъ показаться необходимымъ законъ, который сдѣлалъ бы невыполнимыми корыстные виды между супругами, ne mutuato amore, по словамъ Ульпіана, invicem spoliarentur, ne concordia pretio conciliari videretur neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret, Dig. 24, 1, 1—3. Въ особенности же въ злоупотребленіяхъ произвольными разводами должны мы видѣть основную причину запрещенія дареній[1]. Впрочемъ, когда бы именно ни возникъ запретъ, онъ во всякомъ случаѣ существовалъ въ императорскую эпоху съ признанною цѣлью обезопасить каждому супругу его имущество отъ корыстолюбія другого супруга и отъ его собственной слабости.

Франке и французская литература.

Въ слѣдующей главѣ показана связь ученія Франке съ историческими теоріями Дернбурга, Бехманна, Кейссера и др. Но собственно rationes nullitatis ни Дернбургъ, ни Бехманнъ вовсе не касаются. Во франціи взгляды Франке примѣнительно къ законодательнымъ доводамъ были усвоены
1853 г. Пелла (356) и Машеларомъ (236), но они ограничиваются только
1856 г. ссылками на тексты дигестъ и ихъ французскимъ пересказомъ. Позднѣйшая французская литература на этомъ остановилась и только у Лефевра, тоже, правда, стоящаго на одной съ ними почвѣ, можно найти что́ то вродѣ попытки анализа римскихъ доводовъ.

Лефевръ.

1900 г. Нѣкоторые изъ нихъ, говоритъ онъ (93), кажутся на первый взглядъ очень возвышенными и высоко-деликатными, какъ напр. amorem honestum solis animis aestimari, ne mutuo amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes. Я

[1] Эту же мысль вкратцѣ повторилъ Франке и позднѣе, въ своей статьѣ о предбрачныхъ дареніяхъ, Archiv 26, 66.

допускаю, что такія соображенія могли казаться идеальными для философіи Антониновъ или Северовъ въ эпоху нравственной реакціи въ пользу брака. Но и то, — достаточно ли было положить предѣлъ брачнымъ дареніямъ, чтобы разумно отозваться на эти доводы! Однако, если они были основными, то зачѣмъ же дозволять поворотныя даренія, къ которымъ они столь же примѣнимы, какъ и къ безповоротнымъ? Вѣрнѣе, конечно, приписать зарожденіе недѣйствительности другимъ причинамъ, менѣе сентиментальнымъ и болѣе римскимъ, также уцѣлѣвшимъ въ дигестахъ: ne discuterentur matrimonia et venalicia essent, ne concordia pretio conciliari videretur, ne melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret. Вотъ истинныя причины первоначальной эпохи запрета, или по крайней мѣрѣ главныя (94).

Не стоитъ разбирать здѣсь этотъ анализъ: его цѣнность и значеніе сами собой ясны читателю, знакомому съ анализомъ Бёмера, а заключительная часть настоящей главы, надѣемся, покончитъ съ такою критикою навсегда.

## IX. Зейффертъ, Бринцъ и его послѣдователи.

Зейффертъ. Во главѣ писавшихъ послѣ Франке долженъ быть поставленъ Зейффертъ, какъ ни лаконична его теорія. Даренія между супругами считались у римлянъ contra bonos mores, заявляетъ онъ (123) и въ примѣчаніи даже подкрѣпляетъ это изумительное заявленіе ссылкою на Dig. 24, 1, 1. **1868 г.**

Бринцъ. Въ дальнѣйшей литературѣ, спеціальной и общей, можно упомянуть еще Бринца (въ 1-мъ изданіи стр. 1303 слл., во 2-мъ посмертномъ, гдѣ текстъ остался безъ измѣненій, — III, 790 слл.), который своеобразно освѣтилъ и использовалъ rationes interdicti нашихъ источниковъ. Въ слѣдующей главѣ мы познакомимся подробнѣе съ его воззрѣніями; здѣсь скажемъ только, что онъ считаетъ недѣйствительность супружескихъ дареній средствомъ, цѣлью же этого средства — ихъ поворотность, и возможность своей теоріи, а равно и ея вѣроятность, обосновываетъ разными данными, въ томъ числѣ и римскими rationes. **1869 г.**

Rationes. Источники, говоритъ онъ въ указанномъ мѣстѣ, даютъ ненадежное, перемѣнчивое обоснованіе недѣйствительности; Пухта въ учебникѣ пандектъ исходитъ изъ иде-

ата общности; Плутархъ и Солонъ изъ выпрашиванья между супругами и раззоренія того, кто на выпрашиванья поддается; по существу этотъ послѣдній доводъ принимаютъ Проклъ и Ульпіанъ (Dig. 24, 1, 31, 7 и 24, 1, 1), другой — Павелъ по С. Цецилію (Dig. 24, 1, 2); Юстиніанъ говоритъ, Cod. 5, 3, 20, 4, о различныхъ причинахъ; напротивъ, тотъ доводъ, который приписывается Солону и который одинъ, въ сущности, высказывается Прокломъ, Помпоніемъ, Ульпіаномъ и наконецъ Юстиніаномъ Nov. 74, 4 pr. in f., т. е. выпрашиванья и расточеніе имущества, — прямо и рѣшительно говоритъ за поворотность. Послѣдовательно говоритъ Проклъ, что сингулярное право супружескихъ дареній есть помощь дарителю: вѣдь послѣднему дѣйствительно помогаютъ тѣмъ, что даютъ вещное, вначалѣ даже наслѣдственное, право раскаянія и поворота. Отсюда же ясно и то, почему недѣйствительность не касается дареній, отъ которыхъ даритель не бѣднѣетъ, — а это, въ свою очередь, обусловливаетъ, по справедливости, и то, что она не касается дареній, отъ которыхъ одаряемый не становится богаче, да и другія особенности римской догмы.

Градевитцъ.

1887 г.

Послѣ Пухты, Савиньи, Франке, Бехманна, Зейффepта и Бринца мы ни слова новаго не найдемъ у Кейссера (5, 8, 11, 16 и др.), Гофманна (288), Поллака (пр. 10, стр. 10), не говоря ужъ о другихъ. Только Градевитцъ высказывается по нашему вопросу нѣсколько самостоятельнѣе, хотя никакъ не счастливѣе другихъ.

Недѣйствительность супружескихъ дареній и нравы.

Сами римляне, пишетъ онъ (205 слл.), приводятъ въ пользу запрета не историческія причины, а чисто соціально-политическія соображенія; эти послѣднія во всѣхъ мѣстахъ источниковъ почти одинаковы, хотя форма ихъ мѣняется. Ульпіанъ, Павелъ, С. Цецилій, Проклъ, составитель Oratio 206 года, — всѣ указываютъ на опасность отъ дозволенія дареній для чистоты супружескихъ отношеній, какъ на причину, вслѣдствіе которой даренія между супругами были въ Римѣ искони недѣйствительны. Они считаютъ запретъ результатомъ сознательной цѣлесообразности, а не юридической необходимости. Ихъ мысль та, что ничто не должно переходить изъ одного имущества въ другое, ne invicem spoliarentur, а вовсе не историческое воспоминаніе о древнемъ правѣ, когда имущество было одно. Словомъ, супруги не

должны другъ другу дарить, и потому дареніе ничтожно, — а вовсе не то, чтобъ они не могли другъ другу дарить, ибо де имущество жены въ сущности принадлежитъ мужу.

Доводъ Ульпіана.

Въ частности нельзя не остановиться съ нѣкоторымъ сомнѣніемъ на доводѣ Ульпіана ne mutuo amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate. Ибо, допустивъ даже, что во времена maiores римскіе браки отличались столь нѣжною любовью (для эпохи Ульпіана это несомнѣнно невѣрно), все же ничтожность дареній была бы совершенно неподходящимъ средствомъ воспрепятствовать, чтобы взаимная любовь вызывала чрезмѣрныя даренія, роскошь и затѣмъ разореніе супруговъ. Вѣдь при такихъ дареніяхъ преслѣдуется вовсе не перенесеніе права, а только удовольствіе и наслажденія, — а имъ право никакъ не можетъ помѣшать недѣйствительностью соотвѣтствующихъ сдѣлокъ.

Доводъ С. Цецилія.

Поэтому мы отдадимъ предпочтеніе доводу С. Цецилія и заключительнымъ словамъ Oratio въ Dig. 24, 1, 3 pr., гдѣ указываются опасности, весьма реальныя въ Римѣ при свободѣ разводовъ. Одного взгляда на общественные правы въ концѣ республики и началѣ имперіи достаточно, чтобъ ужъ a priori дать этому доводу предпочтеніе передъ другимъ, который предполагаетъ чрезмѣрную супружескую любовь и безкорыстіе.

Во всякомъ случаѣ изъ источниковъ возможно заимствовать только это общее соціально-политическое обоснованіе, и не болѣе (208).

Лотмаръ.

Намъ достаточно теперь лишь отмѣтить мысли Лотмара, чтобъ исчерпать современную литературу по занимающему насъ вопросу. Все остальное въ ней или компиляціи, или игра въ бирюльки съ частностями чужихъ мнѣній, — ср. напр. Асколи, 499, или де Медіо, II, 47 слл. **1896 г.** **1898 г.** **1902 г.**

Его воззрѣніе.

Лотмаръ, разсматривая семейно-имущественныя сдѣлки, отмѣчаетъ (31), что въ дареніи мы замѣчаемъ вліяніе нравственной оцѣнки. Affectionis gratia neque honestae, neque inhonestae donationes sunt prohibitae, говоритъ Ульпіанъ: honestae erga bene merentes amicos vel necessarios, inhonestae circa meretrices. Dig. 39, 5, 5. Не запрещены — т. е. дѣйствительны, въ противоположность дареніямъ между супругами, которыя запрещены и недѣйствительны. Правда, при

созданіи обычнаго права, установившаго эту недѣйствительность, повліяли моральные мотивы, Dig. 24, 1, 1; 24, 1, 2; 24, 1, 3 pr.; 24, 1, 31, 7; Cod. 5, 3, 20, 4; Nov. 74, 4 pr., такъ что нѣкогда то или другое дареніе между мужемъ и женою могло, какъ противное boni mores, почитаться поворотнымъ или негоднымъ; но, когда установилось правило о запрещеніи супружескихъ дареній, таковыя стали недѣйствительными всѣ, независимо отъ ихъ отношенія къ морали, точно такъ же, какъ исцѣленіе, наступающее со смертью супруга дарителя, было родовымъ (32).

## § 6. Достовѣрность текста дигестъ.

Историко-литературный матеріалъ источниковъ.

Покончивъ съ обзоромъ того застоя, который уже почти двѣсти лѣтъ какъ наступилъ въ наукѣ по вопросу о римскихъ доводахъ въ пользу недѣйствительности дареній между супругами, обратимся къ изслѣдованію источниковъ на новыхъ началахъ, пользуясь всѣмъ, что̀ старая наука завѣщала намъ цѣннаго, и постараемся извлечь весь историческій и историко-литературный матеріалъ, который въ источникахъ содержится. Матеріалъ этотъ и обширенъ, и чрезвычайно богатъ.

Текстъ Dig. 24, 1, 1—3.

Прежде всего слѣдуетъ начать съ вопроса о филологической достовѣрности основного текста дигестъ. Въ нѣсколькихъ отношеніяхъ онъ искони останавливаетъ на себѣ вниманіе критиковъ, причемъ и до сихъ поръ нельзя было считать эти трудности побѣжденными.

1870 г. Моммсенъ даетъ эти тексты въ такомъ видѣ:

Hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate: ne cesset eis studium liberos potius educendi.

Принять эту редакцію совершенно невозможно.

### I. Mutitato amore.

Mutuato, mutuo, mutato.

Начать съ того, что флорентійская рукопись даетъ не mutuo amore, a mutuato amore. Perquam varie haec leguntur et corriguntur, воскликнулъ еще Гоффманнъ въ своихъ Meletemata. Издатели частью сохраняли рукописное mutuato, частью читали, вмѣстѣ съ нѣсколькими списками

1734 г.

Вульгаты[1] и Галоандромъ, mutuo, частью предлагали mutato. Но первые два чтенія одинаково безсмысленны. Впрочемъ, „обирать другъ друга вслѣдствіе взаимной любви“ даже болѣе дико, чѣмъ „обирать другъ друга, ссужая любовь взаймы“. Въ пользу послѣдняго говоритъ по крайней мѣрѣ нѣкоторая неясность, оставлявшая надежду на счастливую интерпретацію или поправку въ будущемъ, и рукописное преданіе; въ пользу перваго — ни смыслъ, ни рукопись, а только Моммсенъ. При такихъ условіяхъ его „поправки“ не искупаетъ даже то, что онъ ее не первый предложилъ, а послѣдній принялъ.

Документальность mutuato.

Что̀ касается чтенія mutato, то оно, конечно, нѣсколько лучше mutuato и безусловно лучше mutuo; но лучше послѣдняго всякая другая поправка, а первое имѣетъ за себя флорентійское чтеніе и не противорѣчитъ переводу Дороѳея (Bas. 30, 1, 1 sch. III, 499): ни василики, ни флорентійская рукопись не допускаютъ mutato. Вотъ, для удобства сравненія, переводъ Дороѳея:

*Διὰ τοῦτο δὲ ἐδέχθη, ἵνα μὴ τῷ πρὸς ἀλλήλους ἀμοιβαδὸν ἔρωτι γυμνῶνται, ἀφειδῶς ἀλλήλοις δωρούμενοι καὶ μὴ συγκρίνοντες τὸ πρᾶγμα διὰ τὴν ἐκκεχυμένην περὶ ἀλλήλους εὐχέρειαν, καὶ μηκέτι που σπουδάσωσι παιδοποιεῖν.*

Nihil muto, писалъ поэтому еще Гоффманнъ, neque caussam video, cur mutuato amore ferri non posset. Dixerit forte quis, non inepte coniici, pro mutuato amore legendum esse mutato amore. Et foret sane haec hariolatio menti JCtorum haud inconveniens. Si enim donationes inter coniuges permitterentur, venalis foret concordia, pretio conciliaretur, et amor, qui solis aestimari debet animis, donationibus compararetur. Nempe mutatus amor redimendus esset muneribus, quo fieret, ut vir et uxor invicem spoliarentur. Sed, ut dixi, nihil corrigo. **1734 г.**

Недопустимость mutuato.

Нельзя не согласиться съ Гоффманномъ и въ защитѣ mutato, и въ предпочтеніи рукописнаго mutuato; неправильно только, будто послѣднее ferri possit. Подходящее по смыслу mutato неудовлетворительно не только съ точки зрѣнія рукописнаго преданія и греческаго перевода, но отчасти и формально. Mutato amore по латыни можетъ значить только „перемѣнивъ возлюбленнаго (или:

[1] Въ моемъ спискѣ также читается mutuo.

возлюбленную)“; здѣсь же хотятъ это выраженіе поставить въ смыслѣ „прекратившаяся“ или „уменьшившаяся любовь“: примѣра такой семасіологіи не сыщется во всей латинской письменности. Наконецъ, mutato невозможно и потому, что плохо вяжется съ invicem, ибо обирать при охлажденіи любви можетъ лишь одна сторона другую, охладѣвшая неохладѣвшую; о взаимномъ же обираніи здѣсь говорить было бы странно.

Mutitato.

При этихъ условіяхъ и принявъ во вниманіе, съ какою крайней осторожностью должно прибѣгать къ конъектурамъ въ виду исключительныхъ качествъ флорентійской рукописи и наличности авторитетнаго греческаго перевода, я считаю необходимымъ вмѣсто mutuato amore читать mutitato amore. Съ палеографической точки зрѣнія это даже трудно назвать поправкой, ибо чтеніе u, it и ti бываетъ нерѣдко спорнымъ даже при чтеніи въ лупу одной и той же рукописи. Въ частности во флорентійской рукописи есть типичный примѣръ такой описки: untim вмѣсто unum, въ Dig. 1, 2, 2, 2 fin.: sed quod leges sine ordine latas in unum (Flor: untim) composuit.

Допустимость mutitato съ палеографической точки зрѣнія.

По смыслу предлагаемое чтеніе исчерпываетъ всѣ съ лишкомъ тысячелѣтнія затрудненія.

Слово mutitare извѣстно намъ только изъ Геллія, который въ свою очередь заимствовалъ его, черезъ посредство Капитона, изъ „древняго“ сенатусконсульта C. Fannio M. Valerio Messalla Coss. (Gell. Noct. Att. 2, 24, 2). Второй разъ это слово встрѣчается намъ у него же по поводу тѣхъ же ludi Megalenses, Noct. Att. 18, 2, 11. Наконецъ, документально это слово встрѣчается намъ въ Fasti Praenestini, C. I. L. I, p. 316. Итакъ, mutitare — слово юридическое, древнее (республиканской эпохи) и имѣвшее оттѣнокъ техническаго термина: iubentur principes civitatis, говоритъ Геллій, qui ludis Megalensibus antiquo ritu mutitarent, id est mutua inter sese dominia agitarent, iurare . . . non amplius . . . . sumptus esse facturos, quam etc.

Семасіологія глагола mutitare.

Нечего и распространяться, до какой степени это юридическое, старинное выраженіе подходитъ по смыслу къ исцѣленію нашего текста. Притомъ оно вполнѣ вяжется и съ Дороѳеевымъ ἀμοιβαδὸν (τῷ πρὸς ἀλλήλους ἀμοιβαδὸν ἔρωτι, Bas. 30, 1, 1 sch. III 499), вполнѣ согласующимся съ mutitato

Защита чтенія mutitato по смыслу.

и нѣсколько страннымъ при mutuato, тѣмъ болѣе при mutuo: вѣдь ясно, что Дороѳей относитъ invicem къ amore, а не къ spoliarentur, т. е. понимаетъ оригиналъ mutitato invicem amore spoliarentur.

Mutitato amore и mutitato Amore.

Добавлю, въ заключеніе, что въ христіанской редакціи Юстиніана amor пишется со строчной буквы, въ единственномъ числѣ, и обозначаетъ чувство, страсть; но я увѣренъ, что въ языческой первоначальной редакціи число было множественное, Amores писалось съ прописной буквы и обозначало боговъ любви. Тогда и аналогія съ principes или consules была еще нагляднѣй и полнѣй, особенно въ виду эротической семасіологіи ludere [1] и ритуальной mutitatio во время ludi.

## II. Profusa facilitate и nec esset.

Отрывочность текста profusa facilitate.

Еще болѣе сомнѣній всегда возбуждали отрывочныя слова sed profusa erga se facilitate. Еще глосса приписывала къ нимъ въ видѣ сказуемаго abutentes. Въ свою очередь Дороѳей даетъ намъ очень распространенное толкованіе вмѣсто перевода: *μὴ συγκρίνοντες τὸ πρᾶγμα διὰ τὴν ἐκκεχυμένην περὶ ἀλλήλους εὐχέρειαν* (Bas. 30, 1, 1, sch. III, 499). Очевидно, и для Дороѳея эта фраза казалась отрывочною, была столь же неясна стилистически, сколь ясна по смыслу.

Ne cesset и nec esset

Наконецъ, наиболѣе спорны слова ne cesset eis studium liberos potius educendi. Самъ Моммсенъ признаетъ, что рукопись равно допускаетъ чтеніе nec esset (стр. 696 прим. 7 большого изданія). Судя по фототипическому снимку, чтеніе ne cesset недопустимо: это конъектура, а не разночтеніе. Дороѳей прямо указываетъ на чтеніе nec и не даетъ даже намека на cessare: *καὶ μηκέτι που σπουδάσωσι παιδοποιεῖν*. Притомъ Геймбахъ совершенно справедливо обращаетъ вниманіе на невозможную конструкцію греческаго перевода: unde enim illud *σπουδάσωσι* pendebit? A verbis (antecedentibus) *ἵνα μὴ* minime. Очевидно, стало быть, что загадочный для насъ оборотъ былъ неясенъ и для Дороѳея, который не могъ уловить его связи съ предшествующимъ. 1870 г.

## III. Исцѣленіе текста.

Исцѣленіе спорнаго текста.

Мнѣ кажется, что изо всѣхъ этихъ затрудненій имѣется чрезвычайно простой выходъ, причемъ мы, не мѣняя

[1] (Pierrugues), Glossarium eroticum linguae latinae, p. 293.

ни одной буквы рукописнаго преданія, получаемъ удовлетворительный и по смыслу, и по формѣ текстъ. Я имѣю въ виду простую перемѣну знаковъ препинанія и предлагаю читать:

Hoc autem receptum est, ne mutitato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes. Sed profusa erga se facilitate nec esset eis studium liberos potius educendi.

Двѣ отрывочныя фразы, неясныя каждая сама по себѣ, составляютъ одну, ясную, связную и полную. Конечно, ея начало взято изъ Ульпіана, а конецъ изъ Павла; но этотъ обычный трибоніанизмъ не составляетъ никакого противъ нашей мысли возраженія; компилятивная же фраза построена вполнѣ симметрично на антитезѣ erga se facilitas — liberos educendi studium.

Обращаемся къ литературной исторіи rationes interdicti.

## § 7. Кв. Муцій.

### I. Недѣйствительность супружескихъ дареній извѣстна Кв. Муцію.

Кв. Муцій древнѣйшій изъ юристовъ, завѣдомо для насъ касавшихся вопроса о дареніяхъ между супругами. Онъ же даетъ намъ и нѣкоторые намеки на тѣ доводы, которыми въ его время могли объяснять недѣйствительность этихъ дареній. Кв. Муцій.

Сказанное является новостью въ обѣихъ частяхъ и въ обѣихъ можетъ встрѣтиться съ возраженіями, какъ непредвзятыми, такъ и предвзятыми, — съ послѣдними у сторонниковъ поздняго возникновенія недѣйствительности дареній между супругами. Это вынуждаетъ насъ немедленно дать доказательства обоимъ нашимъ положеніямъ.

Mulieri autem si usus (scil. domus) relictus sit, posse eam et cum marito habitare Quintus Mucius primus admisit, ne ei matrimonio carendum foret, cum uti vult domo. Nam per contrarium quin uxor cum marito possit habitare, nec fuit dubitatum (Dig. 7, 8, 4, 1). Dig. 7, 8, 4, 1.

Cf. Theoph. 2, 5, 2 fin.: *Εἰ δὲ καὶ γυναικὶ ὖσος οἰκίας καταλειφθῇ ἔξεστιν αὐτῇ ἀκωλούτως ἐκεὶ συνοικεῖν τῷ ἀνδρὶ.* Theoph. 2, 5, 2 fin.

Сюда же принадлежатъ и выводы, которые Папиніанъ и Помпоній дѣлаютъ изъ принимаемаго ими положенія Кв. Муція:

Dig. 33, 3, 6. Papinianus libro VII Responsorum. Pater filiae domum legavit eique per domus hereditarias ius transeundi praestari voluit. Si filia domum suam habitet, viro quoque ius transeundi praestabitur: alioquin filiae praestari non videbitur. Quodsi quis non usum transeundi personae datum, sed legatum servitutis esse plenum intellegat, tantundem iuris ad heredem quoque transmittetur: quod hic nequaquam admittendum est, ne, quod affectu filiae datum est, hoc et ad exteros eius heredes transire videatur (Dig. 33, 3, 6).

Dig. 45. 1, 111. Pomponius libro V ad Quintum Mucium. Si stipulatus fuero „per te non fieri, quo minus mihi illa domo uti liceat“, an etiam, si me non prohibeas, uxorem autem meam prohiberes, vel contra uxore mea stipulata me prohibeas, an committatur stipulatio? Et latius est haec verba sic accipi. Nam et si stipulatus fuero „per te non fieri, quo minus mihi via itinere actu uti liceat“, etsi non me, sed alium nomine meo ingredientem prohibeas, sciendum erit committi stipulationem (Dig. 45, 1, 111).

Dig. 7, 4, 22. Pomponius libro VI ad Quintum Mucium. Si mulieri usus domus legatus sit et illa trans mare profecta sit et constituto tempore ad amittendum usum afuerit, maritus vero domo usus fuerit, retinetur nihilo minus usus, quemadmodum si familiam suam in domu reliquisset eaque peregrinaretur. Et hoc magis dicendum est, si uxorem in domu reliquerit maritus, cum ipsi marito usus domus legatus sit (Dig. 7, 4, 22).

На первый взглядъ связь этихъ текстовъ съ нашимъ предметомъ не совсѣмъ ясна; но ее съ очевидностью устанавливаетъ Помпоній:

Dig. 24, 1, 18. Si vir uxoris aut uxor viri servis aut vestimentis usus vel usa fuerit vel in aedibus eius gratis habitaverit, valet donatio (Dig. 24, 1, 18).

Отсюда слѣдуетъ, что gratis habitare in domo coniugis было дареніемъ, но между супругами допускалось, со временъ Кв. Муція — безусловно. Это еще яснѣй изъ сопоставленія Dig. 24, 1, 18 съ нижеслѣдующимъ текстомъ Павла:

Dig. 7, 8, 9 Ceterarum quoque rerum (scil. praeter domum) usu

legato dicendum est uxorem cum viro in promiscuo usu eas res habere posse (Dig. 7, 8, 9).

Къ мотивировкѣ Кв. Муція, ne ei matrimonio carendum foret, cum uti vult domo, мы имѣемъ и дальнѣйшій выводъ у Помпонія и Ульпіана:

Sed si usus aedium mulieri legatus sit ea condicione „si a viro divortisset", remittendam ei condicionem et cum viro habitaturam, quod et Pomponius libro quinto[1] probat (Dig 7, 8, 8, 1). Dig. 7, 8, 8, 1.

Теперь обратимся къ историческимъ выводамъ изъ нашихъ текстовъ.

Кв. Муцій первый призналъ за мужемъ право жить въ домѣ, usus котораго былъ отказанъ женѣ. Напротивъ, за женою всегда такое право признавалось въ отношеніи мужа. Спрашивается, почему могло возникнуть сомнѣніе, которое Кв. Муціемъ было разрѣшено? Очевидно, только на почвѣ недѣйствительности супружескихъ дареній. Usus domus и дарения между супругами.

Мы имѣемъ полную аналогію нашему случаю въ развитомъ классическомъ правѣ. Смерть мужа укрѣпляетъ ex Senatusconsulto, въ качествѣ даренія, annuum, если жена его стипулировала; наоборотъ, если annuum надлежало получить мужу. Почему? Аналогіи. Annuum.

Quia non tam solenne est annuum, quod maritus uxori pendet, et quod uxor marito praestat, immo incongruens est et contra sexus naturam (Dig. 24, 1, 33, 1).

А къ этому необходимо твердо помнить, что in annuo quoque donatio vertitur (Dig. 24, 1, 33 pr.).

Совершенно однородною мыслью проникнуто и различіе, проводимое Константиномъ между дареніями до брака въ зависимости отъ пола дарителя (Cod. 5, 3, 16). Дарения до брака.

A fortiori относительно habitatio можно было сказать то же, что̀ объ annuum. Хотя, правда, въ описанномъ случаѣ у Кв. Муція шла рѣчь о вольномъ бракѣ, ибо при бракѣ cum manu не могло и возникнуть подобнаго сомнѣнія, но все же римскимъ правиломъ было то, что жена жила въ домѣ мужа, не наоборотъ. Самый обрядъ deductio in domum mariti ясно на это указываетъ. Habitatio. Domus mariti.

[1] Весьма вѣроятно, по связи, что рѣчь идетъ о l. 5 ad Q Mucium: оттуда заимствованы Dig 24, 1, 51 и 45, 1, 111.

En tibi domus ut potens
Et beata viri tui,
Quae tibi, sine, serviat,

обращается Катуллъ (61, 149 сл.) къ невѣстѣ, переступающей порогъ дома своего мужа. Конечно, позднѣй это измѣнилось. То, что Кв. Муцій primus admisit рѣшеніе, пригодное для измѣнившихся условій, указываетъ намъ примѣрно и эпоху, когда перемѣна совершилась, новый порядокъ установился вполнѣ прочно и домомъ супруговъ началъ оказываться домъ, принесенный женою въ приданое и даже, какъ въ случаѣ Кв. Муція, параферналъный. Апулей, перечисляя виды приданаго, говоритъ ужъ о домѣ жены, какъ о самомъ обыкновенномъ случаѣ приданаго (Apul. Apol. 66: lucri cupiditate invasisse Pudentillae domum и 92: nam quacumque .... in dotem acceperis, potes ... retribuere: .... domo demigrare, стр. 74 и 102 изд. Helm). Насколько однако проченъ былъ прежній взглядъ, о томъ ярко свидѣтельствуетъ столь поздній памятникъ, какъ указъ императора Авреліана Cod. 5, 3, 6, различающій дареніе ante nuptias и дареніе между супругами, въ случаѣ сомнѣнія, по мѣсту, гдѣ дареніе совершено, — на дому ли у невѣсты, или въ домѣ мужа.

Domus dotalis.

Имѣется ли внутренняя связь съ недѣйствительностью дареній въ рѣшеніи Кв. Муція.

Здѣсь необходимо впрочемъ сдѣлать оговорку. Могутъ сказать, что вопроса о дареніяхъ между супругами совсѣмъ не надо привлекать къ настоящему ученію: вѣдь дарения были въ обоихъ случаяхъ, и при обитаніи мужа у жены, и жены у мужа, — между тѣмъ, по поводу второго nec fuit dubitatum; стало быть, если были сомнѣнія въ первомъ случаѣ, то не въ виду недѣйствительности супружескихъ дареній. Проще объяснить такъ: наслѣдникъ, основываясь на буквѣ завѣщанія и понятіи usus, могъ требовать, чтобы въ отказанномъ въ usus домѣ жила одна жена, безъ ея мужа; но тогда женѣ приходилось отказаться или отъ легата, или отъ мужа на время пользованія легатомъ. Такъ мотивируетъ и самъ Кв. Муцій: ne ei matrimonio carendum foret, cum uti vult domo. Это дѣлало домогательство наслѣдника противнымъ добрымъ правамъ, — cf. Cod. 6, 25, 5, 1; 6, 46, 2; 8, 38, 2; cf. Cod. Theod. 3, 5, 2; Schol. Sin. 4, 5 и 6. Общее правило, что conditio contra bonos mores ничтожна (Dig. 28, 7, 9; 28, 7, 14; 35, 1, 20; Paul. 3, 4-b, 2; Consult. 4, 8; Schol.

Sin. 4), вступало въ силу, — и только. Причемъ дареніе между супругами?

Мнѣ кажется, что самъ вопросъ подсказываетъ отвѣтъ. Ясно, что usus domus въ данномъ казусѣ не былъ приданнымъ и что споръ открылся iam constante matrimonio. Ясно, далѣе, что при этихъ условіяхъ бракъ, individuam vitae consuetudinem continens, самъ собою распространялъ хозяйственныя права одного супруга на другого: относительно мужа въ этомъ никогда и не сомнѣвались, относительно жены это рѣшилъ Квинтъ Муцій. Въ чемъ же былъ пунктъ сомнѣнія? Почему наслѣдники считали себя вправѣ не допускать мужа къ участію въ habitatio жены (таковъ, очевидно, былъ случай, разрѣшенный Кв. Муціемъ)? Если бы дареніе между супругами были въ ту эпоху дѣйствительны, то никакого повода къ сомнѣніямъ бы не было. Напротивъ, сомнѣніе намъ понятно, если допустить, что дареніе между супругами были недѣйствительны. Вѣдь usus есть ius personalissimum; въ приданое usus не былъ включенъ; ничѣмъ инымъ, какъ дареніемъ мужу, нельзя было считать его даровое обитаніе въ домѣ, котораго жена была парафернально узуаріемъ, — и наслѣдники имѣли полное право протестовать противъ расширенія usus praetextu matrimonii. По строгой послѣдовательности, rigore iuris, они были конечно правы; но Кв. Муцій указалъ, что здѣсь rigor iuris привелъ бы къ послѣдствіямъ contra bonos mores, и смѣло съузилъ сферу недѣйствительности супружескихъ дареній. Оттого, замѣчу, и вышло, что для тѣхъ случаевъ, на которые рѣшеніе Кв. Муція не распространялось, — какъ напр. donatio annui, — различіе въ зависимости отъ пола дарителя до конца осталось въ полной силѣ.

Въ чемъ состояла трудность, разрѣшенная Кв. Муціемъ.

Въ окончательномъ выводѣ надо признать, что въ своемъ рѣшеніи Кв. Муцій исходилъ изъ обычно-правовой недѣйствительности супружескихъ дареній, что онъ съузилъ для частнаго случая сферу недѣйствительности и что его доводомъ при этомъ была недопустимость колебанія и выбора между супружескимъ долгомъ и матеріальнымъ расчетомъ. Это, повидимому, намекаетъ на то, что его взглядъ на ratio nullitatis выразился бы приблизительно словами ne consideratione lucri matrimonia corrumpantur, или — еще „литературнѣе“ — cedat lucrum matrimonio. Если же

Кв. Муцій исходилъ изъ принципа недѣйствительности супружескихъ дареній.

Rationes nullitatis Кв. Муція были чисто нравственнаго порядка.

такъ, то его доводы были чисто нравственнаго порядка и исходили изъ идеала, а не изъ несовершенства дѣйствительности.

## II. Praesumptio Muciana.

Тексты. Кромѣ изложеннаго, Кв. Муцій замѣчателенъ въ литературной исторіи нашего вопроса еще однимъ изреченіемъ, требующимъ обстоятельнаго разбора.

Dig. 24, 1, 51. Pomponius libro 5 ad Q. Mucium. Quintus Mucius ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est, quod non demonstratur, unde habeat, existimari a viro, aut qui in potestate eius esset, ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse. Dig. 24, 1, 51.

Cod. 5, 16, 6, 1. Imp. Alexander A. Nepotiano. Nec est ignotum, quod, cum probari non possit, unde uxor matrimonii tempore honeste quaesierit, de mariti bonis eam habuisse veteres iuris auctores merito credidissent. Cod. 5, 16, 6, 1.

Разногласія въ наукѣ. Не будемъ подвергать пересмотру тѣхъ многочисленныхъ разногласій, которыя возникли по поводу приведенныхъ двухъ текстовъ въ области догматической; ограничимся историческими вопросами.

Сомнительность текста Dig. 24, 1, 51. Прежде всего, впрочемъ, скажемъ о самомъ текстѣ дигестъ. Въ немъ двѣ особенности, возбуждающія подозрительность критика, изъ коихъ одна чисто формальная, грамматическая, а другая тѣсно связана съ толкованіемъ.

Грамматическія трудности. Первая. Съ первою легко покончить. Q. Mucius ait, et verius et honestius est: такъ сказать по латыни нельзя. Я не обинуюсь исправить традиціонное чтеніе и предложить Q. Mucius ait et verius et honestius esse. Въ моей рукописи есть намекъ на эту поправку, ибо наше мѣсто читается въ ней такъ:

Quintus mucius (или mutius?) ait eum (eu, причемъ m вынесено въ титло: весьма вѣроятное искаженіе первоначальнаго esse) cum in controversiam veniret, unde ad mulierem quid pervenerit, verius et honestius, quod non demonstratur, unde non habeat, existimari a viro a (повидимому съ выскобленнымъ титломъ, т. е. aut) ab eo qui in potestate eius esset, ad eam pervenisse.

Справщикъ поставилъ точку послѣ ait, eu подчеркнулъ,

какъ излишнее, послѣ honestius вписалъ между строками est, вычеркнулъ non послѣ unde, а неполное a переправилъ въ aut.

Вторая.

Не такъ просто обстоитъ дѣло съ заключительными словами Помпонія. Они настолько странно выражены, что, при полной ясности ихъ смысла, совершенно не поддаются удовлетворительному грамматическому толкованію. Моммсенъ ухватился даже за чтеніе: Evitandae autem turpis quaestus quaestionis gratia etc. Но и оно не помогаетъ дѣлу, ибо quaestio circa aliquem столь же неслыханный оборотъ, какъ и evitare aliquid circa aliquem. Если же буквально перевести evitandi turpis quaestus gratia circa uxorem, соединяя quaestus съ circa uxorem, то получимъ: во избѣжаніе позорной наживы около жены. Между тѣмъ каждому ясно, что юристъ имѣетъ въ виду turpis quaestus жены, а никакъ не lenocinium мужа: какъ могла бы въ послѣднемъ случаѣ помочь praesumptio Muciana?

Защита текста толкованіемъ.

При этихъ условіяхъ и при дознанномъ неизяществѣ слога Помпонія всего лучше, было бы, кажется, допустить, что рукописи вѣрно сберегли нашъ текстъ, но что толкованіе затрудняется какимъ нибудь необычнымъ оборотомъ. Но въ такомъ случаѣ всего цѣлесообразнѣе было бы отнести circa uxorem не къ evitandi и не къ turpis quaestus, а къ probasse. Dicere circa aliquem встрѣчается намъ не только въ серебряной, но даже въ Цицероновской латыни: почему же не могъ Помпоній сказать probare circa aliquem? Между тѣмъ при такомъ пониманіи слова его вполнѣ ясны: повидимому, Квинтъ Муцій одобрилъ это относительно жены во избѣжаніе постыднаго заработка. И потому я, при моемъ толкованіи, предпочитаю сохранить въ полной неприкосновенности рукописное чтеніе.

Презумпція связана съ недѣйствительностью супружескихъ дареній

Первой его трудностью по существу является то, что ни слова donatio въ немъ не встрѣчается, ни о дареніяхъ въ немъ не говорится, — словомъ, презумпція шире, чѣмъ нашъ спеціальный вопросъ. Она видимо расчитана не столько на споръ о дареніяхъ, сколько вообще на actio rei uxoriae, причемъ и высказалъ ее Кв. Муцій по вопросу о легатахъ, — см. палингенезію Ленеля. Однако, если бы дарения не были недѣйствительными, къ чему бы въ спорѣ о приданомъ такая презумпція? Вѣдь юристъ считаетъ для

дѣла безразличнымъ титулъ пріобрѣтенія: весь вопросъ для него рѣшается тѣмъ, что даренія шли отъ мужа или — замѣтьте! — отъ лица, подвластнаго мужу: ясно, что иного пріобрѣтенія отъ мужа, кромѣ безвозмезднаго, юристъ и не предполагаетъ; а если его презумпціею рѣшается споръ о томъ, кому принадлежитъ вещь, полученная безвозмездно, то ясно, что и въ его время даренія между супругами были недѣйствительны и притомъ quoad ius potestatis vertitur.

Кв. Муцій и презумпція.

Изложенной Помпоніемъ презумпціи издавна присвоено названіе praesumptio Muciana. Надо однако замѣтить, что это названіе не римское, а новое, и вовсе не можетъ и не должно обозначать, будто бы Кв. Муцій первый ввелъ эту презумпцію. Ничего подобнаго не говоритъ и Помпоній. Изъ его словъ вытекаетъ только то, что Кв. Муцію принадлежитъ мотивировка презумпціи словами et verius, et honestius; былъ ли Кв. Муцій создателемъ самой презумпціи, Помпоній и не утверждаетъ, и не отрицаетъ. Слова же императора Александра скорѣе клонятся къ отрицанію, такъ какъ Кв. Муція онъ не упоминаетъ, а говоритъ о veteres iuris auctores во множественномъ числѣ.

Презумпція старше Кв. Муція.

По счастью, мы имѣемъ доказательство, что презумпція старше, и много старше Кв. Муція. Въ одной изъ самыхъ веселыхъ комедій Плавта, Casina, 199—202, имѣется слѣдующее мѣсто о собственномъ имуществѣ жены:

Nam peculi probam nil habere addecet
Clam virum et, quando habet, partum ei haud commodest,
Quin viro aut subtrahat, aut stupro invenerit.
Hoc viri censeo esse omne quicquid tuomst.

Казина Плавта.

Casina была поставлена не позже 568 г. отъ о. г., если принять мнѣніе Ричля, Parerga 193 (ср. Шöлля въ предисловіи къ критическому изданію, IV, I, стр. VII), что nunc Bacchae nullae ludunt въ заключительной сценѣ (v. 979) — намекъ на запретъ вакханалій въ 567 г. отъ о. г. Если же согласиться съ прежнимъ мнѣніемъ, уцѣлѣвшимъ у Моммсена, то Казина еще старше (См. Тейффель-Швабе, 1, 152, 1 прим. къ Casina). Между тѣмъ консульство Кв. Муція относится къ 659 г. отъ о. г.

Peculium въ текстѣ Плавта.

Слово peculium въ приведенномъ текстѣ не должно смущать читателя. Peculium могъ быть у сыновей, могъ быть у рабовъ, — какъ могъ онъ не быть у дочерей, тѣмъ болѣе

у жены, равной дочерямъ по юридическому положенію въ подручномъ бракѣ, но несомнѣнно болѣе свободной фактически, какъ хозяйка дома. Между тѣмъ, трудно сомнѣваться, что у Плавта идетъ рѣчь о подручномъ бракѣ. Если же со мною не согласились бы въ этомъ отношеніи и признали, что Плавтъ имѣетъ въ виду бракъ вольный, то опаснымъ для меня это было бы только въ томъ случаѣ, буде одновременно доказано было бы, что даренія между супругами были дѣйствительны въ эпоху Плавта. Если жъ они были недѣйствительны, то все обладаніе жены вещами, полученными отъ мужа, было прекарнымъ. Прекарное имущество подвластнаго и было пекуліемъ. А господство мужа надъ женой явленіе до такой степени естественное, что и безо всякой санкціи закона и правъ наблюдается въ каждой нормальной семьѣ. Вполнѣ естественно, что разговорная рѣчь могла сохранить наименованіе пекулія для имущества неподвластной жены, разъ это имущество было прекарно. Притомъ imitatio подручному браку составляетъ типичную особенность брака вольнаго.

Плавтъ и презумпція юристовъ.

Итакъ, слово peculium не покрываетъ здѣсь ни приданаго, ни параферна (въ подручномъ бракѣ абсолютно невозможныхъ), а есть имущество, мужемъ предоставленное женѣ въ ея личное пользованіе, все равно, изъ ея ли приданаго, или изъ того инвентаря, который носитъ въ источникахъ техническое названіе quae uxoris causa parta comparata sunt. Но въ такомъ случаѣ слова clam virum вполнѣ тождественны съ бытовой точки зрѣнія тому, что юридически, въ случаѣ спора о приданомъ, оказывалось quod non demonstatur, unde uxor habeat. Съ другой стороны слово honestius въ поясненіи Помпонія (ниже сказано, насколько оно вѣрно) о turpis quaestus вполнѣ совпадаетъ со stupro invenerit, тогда какъ слова quod viro subtrahat у Плавта очевидно имѣютъ въ виду объектъ actio rerum amotarum. Заключительный 202 стихъ и есть комическая редакція Муціевой презумпціи за 100 лѣтъ до Муція. Притомъ, можно думать, что выходка комика и относится къ свѣжей новинкѣ, только что проведенной юристами: только въ этомъ случаѣ вполнѣ понятенъ сценическій эффектъ.

Браки подручные,

Повторяю, Плавтъ говоритъ о подручномъ бракѣ; къ вольному браку его шутки не подходятъ; можетъ быть даже

вольные и презумпція.

онъ нарочно избралъ терминологію подручной семьи, чтобы веселѣе насмѣшить зрителей; но если бы выраженную имъ мысль мы серіозно примѣнили къ браку вольному, то получили бы — презумпцію и мотивировку Кв. Муція. Въ его

Quilibet praesumitur bonus.

эпоху несомнѣнно уже былъ признанъ принципъ quilibet praesumitur bonus, donec probetur contrarium. Презумировать безчестные способы пріобрѣтенія нельзя: turpis quaestus долженъ быть доказанъ, — что̀, притомъ, въ actio rei uxoriae вела бы за собой утрату приданаго. Ясно, что каждая mater familias презумировалась proba et pudica, — но въ такомъ случаѣ, откуда же могло бы взяться у нея не входившее въ приданое имущество, если не отъ мужа? Это было и honestius, и verius.

Honestius.

Остановимся въ частности на словѣ honestius. Оно невольно напоминаетъ императорское amorem honestum solis animis aestimantes. Honestius считать полученнымъ отъ мужа (и лишиться полученнаго по правилу о недѣйствительности супружескихъ дареній), чѣмъ отстаивать такое „темное“ имущество, „темныя“ деньги. Быть безкорыстнымъ всегда honestum; напротивъ, avaritia всегда считалась у римлянъ постыдною. Правда, Помпоній иначе истолковалъ honestius Кв. Муція; но догадки Помпонія для насъ не законъ.

Verius.

Слово verius является вполнѣ доблестнымъ дополненіемъ къ благородному воззрѣнію Кв. Муція. Древній юристъ, каковы бы ни были, можетъ быть, его печальныя наблюденія надъ современной ему жизнью, famae coniunctorum consulit. Это своего рода honny soit qui mal y pense. Такъ должно быть *ἐπὶ τὸ πλεῖστον*, если даже въ дѣйствительности *ἐπὶ τὸ πλεῖστον* бываетъ иначе.

Съ другой стороны слово verius какъ нельзя болѣе справедливо и съ юридической точки зрѣнія. Мы знаемъ, что римляне смотрѣли на приданое, какъ на источникъ погашенія onera matrimonii, что собственникомъ приданаго считался мужъ, что доходы съ приданаго безповоротно шли въ его пользу и что на него ложились всѣ расходы на содержаніе жены: какъ не признать при этомъ самымъ вѣроятнымъ предположеніе, что женою получены отъ мужа всѣ вещи, относительно которыхъ она не можетъ доказать, откуда ихъ получила?

[Кв. Муцій

Во всякомъ случаѣ, совершенно очевидно, что самъ

Кв. Муцій ограничился словами verius et honestius, не прибавляя къ нимъ никакихъ поясненій: иначе Помпонію незачѣмъ было бы прибавлять свои комментаріи, да еще вводя ихъ словомъ повидимому, videtur. и Помпоній.

Итакъ, воззрѣнія Кв. Муція вырисовываются намъ съ полной ясностью. Онъ понималъ бракъ только при условіи полнаго безкорыстія супруговъ. Имущественный интересъ, клонящійся къ ущербу прочности брачнаго союза, долженъ быть истолкованъ favore matrimonii; всѣ имущественныя отношенія между супругами должны быть истолкованы въ соотвѣтствіи съ идеею чисто нравственнаго союза. Honestum matrimonium est, quod solis animis consistit. Это та же идеальная точка зрѣнія, которая выразилась и въ принципѣ nuptias consensus facit, non concubitus. Идеальная точка зрѣнія Кв. Муція.

## § 8. Отъ Кв. Муція до Плутарха.

### I. Сабинъ.

Иное слѣдуетъ сказать о ближайшихъ за Кв. Муціемъ юристахъ. Вполнѣ достовѣрно такое сужденіе относительно Прокла, какъ сейчасъ увидимъ; но то же самое можно съ большимъ правдоподобіемъ предположить и относительно Сабина. Проклъ и Сабинъ.

И на самомъ дѣлѣ, всего вѣроятнѣе, что именно изъ него выписалъ Ульпіанъ первый фрагментъ Dig. 24, 1. Относительно словъ Moribus apud nos receptum est ne inter virum et uxorem donationes valerent это категорически утверждалъ, какъ мы уже видѣли (см. выше, стр. 84), еще Фр. Отманъ. Однако, то же предположеніе мы имѣемъ полное право распространить и на доводъ Hoc autem receptum est, ne mutitato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes. Тогда слово Sed, начинающее слѣдующій доводъ, сообщаемый Ульпіаномъ, впервые пріобрѣло бы полный смыслъ, вводя, какъ бы въ видѣ дополненія, неизвѣстный Сабину или неупомянутый имъ мотивъ о потомствѣ. Мы вскорѣ увидимъ, что этотъ мотивъ является отголоскомъ эпохи Августа; слѣдующій доводъ Ульпіана заимствованъ изъ Oratio 206 года; остается заключить, что первый по мѣсту былъ древнѣйшимъ хронологически, создался въ эпоху, наиболѣе раннюю, Сабину принадлежитъ доводъ отъ расточительности.

до Августа, — т. е. взятъ у Сабина, ибо иначе слѣдовало бы доказать, что никакихъ доводовъ въ пользу недѣйствительности у Сабина не приводилось. Между тѣмъ, касающіеся rationes отрывки и Ульпіана, и Павла въ дигестахъ взяты изъ ихъ книгъ къ Сабину и мы должны потому заключить, что Сабинъ говорилъ объ этихъ rationes. Такъ какъ вполнѣ достовѣрно, что ни доводъ о потомствѣ, ни доводъ Oratio 206 года Сабину приписаны быть не могутъ и такъ какъ онъ навѣрное приводилъ какой то доводъ, то мы должны считать этимъ доводомъ тотъ первый по порядку изложенія мотивъ, который никому другому приписать не можемъ.

Авторство Сабина

Я здѣсь далекъ отъ мысли считать Сабина создателемъ или изобрѣтателемъ указываемаго довода; я только хочу отмѣтить, что Сабинъ его приводилъ, т. е. принялъ и раздѣлялъ. А это значитъ, что юристы въ его эпоху объясняли уже недѣйствительность дареній между супругами не результатомъ требованій положительнаго идеала, но считали ее юридическою мѣрою противъ несовершенства дѣйствительности. Зная же идеалистическую мотивировку Кв. Муція, мы должны признать за ней историческое старшинство.

Доводъ отъ расточительности старше Сабина.

Прибавимъ два соображенія, въ силу которыхъ мы должны считать доводъ отъ несовершенствъ дѣйствительности старше, и пожалуй даже значительно старше Сабина.

Mutitare.

Во первыхъ, старинное слово mutitare. Оно дошло до насъ лишь какъ цитата изъ законодательныхъ памятниковъ республиканской эпохи, съ толкованіями Капитона: это даетъ основаніе думать, что редакція довода старше Сабина, не говоря ужъ объ Ульпіанѣ.

Temperatio largitionum.

Во вторыхъ, республиканскою стариной отзываются и доводы ne invicem spoliarentur и donationibus non temperantes. Temperatio largitionum составляетъ руководящую законодательную мысль не только всѣхъ leges sumptuariae, но и lex Cincia, и lex Furia, и lex Falcidia и т. д. Эта мысль отжила свой вѣкъ въ эпоху борьбы за единовластіе и массовыхъ largitiones не только императорской, но и позднѣйшей республиканской эпохи. Даже если бы самъ Сабинъ ввелъ этотъ доводъ, то онъ ввелъ бы его только примѣняясь къ старымъ республиканскимъ понятіямъ о parsimonia и latina frugalitas, т. е. мысленно относя возникновеніе недѣйстви-

тельности супружескихъ дареній къ старой республиканской эпохѣ.

О томъ же говоритъ и вторая половина довода: ne invicem spoliarentur. Она имѣетъ, правда, въ виду уже вольные браки, безъ manus mariti и ея послѣдствій, но еще ревнивое наблюденіе рода за каждымъ агнатомъ или гентиломъ, — какъ бы онъ не вывелъ безъ завѣщанія чего нибудь въ чужой родъ въ обходъ законнымъ правопреемникамъ. Эта эпоха старше, много старше преторскихъ эдиктовъ unde vir et uxor и даже unde cognati, т. е. несравненно старше Сабина. Взаимное раззореніе.

Единственнымъ возраженіемъ противъ древности разбираемаго довода было бы то, что мы не встрѣчаемъ его у Плутарха, т. е., какъ сейчасъ будетъ показано, должны считать его неизвѣстнымъ Варрону или (что̀, въ сущности, то же самое) у Варрона не упомянутымъ. Однако, весьма возможно, что именно этотъ доводъ въ нѣсколько искаженномъ видѣ сохранился у Плутарха въ его туманномъ и неудачномъ сопоставленіи съ Солоновымъ законодательствомъ. Варронъ и Плутархъ.

Словомъ, вѣрнѣе всего думать, что Сабинъ просто воспроизвелъ общепринятое, ходячее въ его время объясненіе. Заключеніе.

## II. Проклъ.

Если относительно Сабина все изложенное только предположенія, болѣе или менѣе прекословныя, то ужъ относительно Прокла все сказанное вполнѣ достовѣрно. Взаимное раззореніе.

> Nihil ex bonis meis deminuitur: in quo maxime maiores donanti succurrisse Proculus ait, ne amore alterius alter spoliaretur, non quasi malivolos, ne alter locupletior fieret (Dig. 24, 1, 31, 7). Dig. 24, 1, 31, 7.

Это мѣсто не допускаетъ двухъ толкованій. Кому бы ни принадлежалъ доводъ ne amore spoliarentur, онъ не принадлежитъ Ульпіану, а старше Прокла, т. е. создался во времена республики, ибо только къ нимъ могутъ относиться maiores Прокла. Замѣтимъ кстати, что изложеніе его обходится безъ mutitato и invicem, и отъ того нѣсколько выигрываетъ въ ясности и точности: „одинъ раззоряется изъ за любви къ другому“, — это вполнѣ просто и понятно. Maiores.

Прибавимъ, что редакція нашего текста напрасно воз- Защита lectio Florentina.
1870 г. буждаетъ подозрительность и недовѣріе ученыхъ, а Мом-

мсена, по стонамъ прежнихъ критиковъ, приводитъ къ ненужной и по смыслу неудачной конъектурѣ malivolo. Очевидно, онъ, не находя грамматической связи въ accus. plur. malivolos, хочетъ согласовать его съ donanti: онъ понимаетъ Прокла въ смыслѣ succurrisse donanti non quasi malivolo. Но это чтеніе не только по смыслу ни съ чѣмъ не сообразно (или donans, или malivolus): оно и по формѣ невозможно. Вмѣсто цѣльной фразы при немъ получается какой то стилистическій обрубокъ: non quasi malivolo, — sed quasi quali? Отвѣта нѣтъ, да и не предполагалось, судя по внѣшней законченности симметрично постронной фразы Прокла. Я настаиваю, что рукописное чтеніе malivolos вполнѣ вѣрно и не требуетъ никакой поправки, ибо несомнѣнно относится къ maiores: Proculus ait, maiores donanti succurrisse, non quasi malivolos ne alter locupletior fieret, sed maxime, ne amore alterius alter despoliaretur. Пожалуй, связующее in quo нѣсколько тяжеловато; но мало ли тяжеловатыхъ съ классической точки зрѣнія мѣстъ и оборотовъ въ произведеніяхъ даже лучшихъ стилистовъ между юристами, не говоря ужъ о возможности пропусковъ, сдѣланныхъ компиляторами дигестъ.

### III. Законодательство Августа.

Доводъ отъ потомства.

Хронологически между Кв. Муціемъ и Прокломъ, но исторически позже приводимаго послѣднимъ довода, приходится законодательство Августа. Трудно сомнѣваться въ томъ, что духомъ этого именно законодательства проникнутъ скомпилированный по изложенію Ульпіана и Павла доводъ Sed profusa erga se facilitate nec esset eis studium liberos potius educendi.

Августъ и дареніе между супругами.

Болѣе того, можно съ большою достовѣрностью полагать, что Августъ коснулся дареній между супругами въ своемъ законодательствѣ. По крайней мѣрѣ Терентій Клементъ въ комментаріи на lex Julia et Papia Poppaea нашелъ нужнымъ не только изложить ученіе о недѣйствительности этихъ дареній, но даже, какъ ясно изъ текста Dig. 24, 1, 25, съ большою подробностью на немъ остановился, входя въ очень мелкія детали. Такое подробное изложеніе было бы совершенно неумѣстно, если бы lex Julia et Papia Poppaea

вовсе не касался нашего вопроса или давалъ только косвенный поводъ завести о немъ рѣчь.

Однако, было бъ ошибочно понимать настоящее ука- Алибранди.
1892 г. заніе въ духѣ Алибранди: его теорія мной отвергается во всѣхъ пунктахъ, какъ изложено въ слѣдующей главѣ. Зато съ другой стороны весьма возможно, что leges decimariae послужили Августу поводомъ коснуться нашего учрежденія. Въ этомъ смыслѣ нѣкоторую близость къ истинѣ надо при-
1749 г. знать не только за Алибранди, но даже за Шубертомъ съ Шубертъ.
его vicesima hereditatum (см. ту же главу).

Съ другой стороны достаточно сравнить доводъ дигестъ, Доводъ дигестъ и рѣчь Августа у Кассія Діона.
даже въ его мозаичной редакціи, съ рѣчью Августа, сохраненной въ изложеніи Кассія Діона, чтобъ усмотрѣть ихъ тѣсное родство. *Καὶ φατὲ μὲν τὸ εὔζωνον δὴ τοῦτον καὶ ἐλεύθερον βίον τὸν ἄγυνον καὶ ἄτεκνον ἐπαινῆσθαι* (56, 6, 6): развѣ это не совпаденіе съ profusa erga se facilitate nec esset studium liberos potius educendi? Даже *εὔζωνος*, по формѣ всего ближе переводимое expeditus, по смыслу нельзя передать точнѣе, чѣмъ facilis. Въ этой рѣчи притомъ есть указаніе и на имущественную сторону отношеній: *Ὥστε ὀρθῶς μὲν ἐποιήσατε τοὺς θεοὺς μιμησάμενοι, ὀρθῶς δὲ καὶ τοὺς πατέρας ζηλωσάντες, ἵν' ὥσπερ . . . καὶ τὰ κτήματα ὅσα αὐτοὶ κτησάμενοι κατέλιπον ὑμῖν, καὶ ὑμεῖς ἑτέροις ἐξ ὑμῶν αὐτῶν γεγονόσι καταλίπετε* (56, 3, 1, 2).

Здѣсь необходимо предусмотрѣть нѣкоторыя возможныя Возможныя возраженія.
возраженія.

Прежде всего, какъ ни очевидно сходство довода ди- Умолчанія въ рѣчи Августа.
гестъ съ доводомъ рѣчи, нельзя не обратить вниманія на то, что рѣчь эту трудно связать съ дареніями между супругами; а въ ней однако есть и такія мѣста, гдѣ упомянуть о недѣйствительности этихъ дареній было бы весьма умѣстно. Нпр. *Οὐ γὰρ δήπου μοναυλία χαίρετε, ἵν' ἄνευ γυναικῶν διάγητε, οὐδὲ ἔστιν ὅστις ὑμῶν ἢ σιτεῖται μόνος ἢ καθεύδει μόνος, ἀλλ' ἐξουσίαν καὶ ὑβρίζειν καὶ ἀσελγαίνειν ἔχειν ἐθέλετε* (56, 7, 1): какъ кстати было бы здѣсь упомянуть о преимуществѣ брачнаго сожительства, недопускающаго дареній, сравнительно съ раззорительнымъ сожительствомъ внѣбрачнымъ!

Однако это не возраженіе намъ. Если мы допустимъ, Отвѣтъ на возраженіе.
что Августъ коснулся дареній между супругами въ своемъ законодательствѣ, если онъ сохранилъ въ силѣ исконную

недѣйствительность этихъ дареній, то, безспорно, его наиболѣе вѣскимъ доводомъ могъ бы быть только доводъ, приводимый въ дигестахъ. Основная мысль этого довода — долгъ гражданина заботиться не о своей собственной привольной жизни, но о нуждахъ государства — есть основная предпосылка всѣхъ семейно-политическихъ мѣропріятій Августа. А къ этому нельзя не добавить, что Кассій Діонъ вовсе не дословно передаетъ намъ рѣчь Августа и легко могъ выпустить въ ней второстепенныя для основной идеи, хоть и драгоцѣнныя для нашего вопроса, подробности.

Исконное римское чадолюбіе.

Другое возраженіе, которое намъ могутъ сдѣлать, то, что нѣтъ надобности относить разбираемый доводъ къ Августовой эпохѣ: онъ могъ сложиться и гораздо ранѣе. Чадолюбіе древнихъ Римлянъ было чрезвычайно и уступало развѣ библейскому отсутствіемъ мессіанизма. На всемъ протяженіи римской литературы мы находимъ типичныя тому доказательства.

Свидѣтельства о немъ римлянъ.

Прежде всего, чадолюбіе римлянъ и ихъ убѣжденіе въ томъ, что потомство съ одной стороны главная цѣль брака, а съ другой — первая обязанность члена рода и гражданина, не подлежатъ сомнѣнію. Безъ опоры въ національномъ воззрѣніи Августъ не могъ бы и начать свои преобразованія брачнаго права. Еще въ 623 г. отъ о. г. цензоръ Кв. Цецилій Метеллъ Македонскій, бывшій въ отношеніи семейнаго права предтечей и образцомъ Августа, ознаменовалъ свою цензуру крайне рѣшительною мѣрой — ut cogerentur omnes ducere uxores liberorum creandorum causa, Liv. Epit. 59, ср. Pauly-Wissowa R. E. III, 1, 1215, 38 слл. Однако, разсмотримъ внимательнѣе данныя нашихъ источниковъ и провѣримъ, къ чему они насъ обязываютъ. Для удобства читателей не-филологовъ я составилъ возможно-полную христоматію этихъ текстовъ, расположивъ ихъ въ хронологическомъ порядкѣ авторовъ. Тексты подобраны частью въ самостоятельномъ чтеніи, частью при помощи Ант. Ник. Отмана (I, 1, 535) и Бриссона De formulis съ дополненіями къ нимъ Фойгта (Lex Maenia de dote, стр. 82, прим. 131; XII Т., II, 244—245, прим. 5 и 6). Сводъ этихъ текстовъ дается въ особомъ приложеніи въ концѣ настоящей главы.

Разборъ свидѣтельствъ.

Всѣ эти тексты надо разбить по содержанію на двѣ группы: до-августовскіе и послѣ-августовскіе. Первые

свидѣтельствуютъ намъ, что семейно-политическіе идеалы Августа были глубоко національны и что только его способы ихъ осуществленія были запоздалы, поверхностны, формальны, да и ненаціональны, какъ самое зло, съ которымъ онъ боролся, было ненаціонально. Вторые сами, иногда прямо, иногда косвенно, отражаютъ идеи Августова законодательства. Къ нашему же вопросу всѣ они не относятся. При чадолюбіи Римлянъ имъ было нечего бояться дареній между супругами, которыя могли бы стать опасными только при изсякновеніи чадолюбія и мѣрахъ къ его возрожденію. А такое изсякновеніе и такія мѣры именно при Августѣ то и наблюдаются.

Можно затѣмъ выдвинуть аналогію, на первый взглядъ весьма убѣдительную, противъ того взгляда, что разбираемый доводъ принадлежитъ Августовой эпохѣ. Я имѣю въ виду правила аррогаціи. Цицеронъ, Геллій и дигесты даютъ эту аналогію и по существу, и по формѣ. Аналогія съ аррогаціею.

> In adrogationibus cognitio vertitur, num forte minor sexaginta annis sit, qui adrogat, quia magis liberorum creationi studere debeat (Dig. 1, 7, 15, 2).
>
> Et primum quidem excutiendum erit, ... qui adoptare ... velit ..., cuius ... aetatis sit, ut aestimetur, an melius sit de liberis procreandis cogitare eum, quam ex aliena familia quemquam redigere in potestatem suam (Dig. 1, 7, 17, 2).
>
> Sed adrogationes non temere nec inexplorate committuntur; nam comitia arbitris potificibus praebentur, ... aetasque eius, qui adrogare vult, an liberis potius gignundis idonea sit, ... consideratur (Gell. Noct. Att. 5, 19, 5—6).
>
> Quod est, pontifices, ius adoptionis? Nempe ut is adoptet, qui neque procreare iam liberos possit et, cum potuerit, sit expertus (Cic. de domo 13, 34).
>
> Causa quaeri solet adoptandi, ut et is adoptet, qui, quod natura iam adsequi non potest, legitimo et pontificio iure quaerat etc. (Cic. de domo 14, 36).

Совпаденія по формѣ и аналогія по существу — поразительны. Между тѣмъ приписать и выраженія и сущность учрежденія Августу нѣтъ никакой возможности.

Такъ. Но есть и существенное различіе. Приведенныя Бездоказа-

тельность этой аналогіи.

правила обусловлены самою цѣлью усыновленія во первыхъ и во вторыхъ вытекаютъ изъ существа сдѣлки, essentialia negotii. Потому о нихъ рѣчь идетъ вездѣ и всегда, когда говорится объ усыновленіи. Совсѣмъ не то въ дѣлѣ дареній между супругами. Доводъ о воспитаніи дѣтей появляется лишь однажды, — въ разбираемыхъ текстахъ, — и не встрѣчается намъ болѣе ни разу въ исторіи нашего учрежденія, даже тамъ, гдѣ авторы видимо ex professo желаютъ подобрать всѣ законодательные доводы въ пользу недѣйствительности, — нпр. у Плутарха, *Ῥωμαϊκὰ* 7. Притомъ и связь этого довода съ нашимъ учрежденіемъ, по правдѣ, нѣсколько отдаленна и сомнительна. Недаромъ тотъ же Плутархъ, очевидно, не найдя довода отъ потомства въ своихъ римскихъ источникахъ, относится съ нѣкоторымъ какъ бы пренебреженіемъ къ идеѣ брака liberorum creandorum causa и отводитъ ему второе мѣсто, наряду съ бракомъ ради приданаго, предоставляя первое браку по любви, *Γαμικὰ παραγγέλματα*, 34.

Заключеніе.

Взвѣсивъ эти соображенія, можно, кажется, съ большой увѣренностью опереться о совпаденіе текста дигестъ съ изложеніемъ Кассія Діона и считать доводъ отъ потомства принадлежащимъ эпохѣ Августа.

## IV. Ливій и рѣчь Катона.

Вопросъ о подлинности рѣчи Катона.

Приблизительно къ эпохѣ между Сабиномъ (или Кв. Муціемъ) и Прокломъ относятся и косвенныя указанія, которыя можно извлечь изъ Тита Ливія, 34, 4. Конечно, эти указанія гораздо старше самого Ливія и могли, точно, быть заимствованы изъ какой нибудь рѣчи Катона; но документальнаго характера они не имѣютъ и приписывать ихъ Катону съ однихъ словъ Ливія было бы весьма неосторожно: напротивъ, мы имѣемъ вѣскія доказательства, что и данная рѣчь сочинена и вложена въ уста Катона Ливіемъ [1]. Іорданъ (M. Catonis quae exstant, p. LXIV) даже заглавія настоящей рѣчи не включилъ въ списокъ рѣчей Катона, и вполнѣ основательно, — ср. примѣчаніе Вейссенборна ad Liv. 34, 4, 19—20. Наконецъ, самая рѣчь идетъ вовсе не о дареніяхъ между супругами, а направлена къ защитѣ Оппіева закона.

[1] Объ этомъ подробнѣе говорится въ главѣ о mores при разборѣ теоріи Алибранди.

И тѣмъ не менѣе, рѣчь сочинена, по справедливому замѣчанію Вейссенборна, настолько въ тонѣ и въ духѣ Катона, высказанныя въ ней мысли находятъ такіе отголоски въ доводахъ за недѣйствительность супружескихъ дареній, что было бы неосторожно оставить ее вовсе безъ разсмотрѣнія. Петеръ (Die geschichtliche Litteratur über die Römische Kaiserzeit, II, 306) совершенно вѣрно отмѣчаетъ историческую правдивость сочиненныхъ рѣчей Ливія, ихъ помѣщеніе только тамъ, гдѣ источники его указывали на фактъ ихъ произнесенія, и, наконецъ, ихъ задачу — перенести читателя въ духъ оратора и его эпохи. Что же говоритъ у Ливія Катонъ? Историческая правдивость рѣчей у Ливія.

> Vultis hoc certamen uxoribus vestris inicere, Quirites, ut divites id habere velint, quod nulla alia possit, pauperes, ne ob hoc ipsum contemnantur, supra vires se extendant? Ne eas simul pudere, quod non oportet, coeperit, quod oportet, non pudebit. Quae de suo poterit, parabit; quae non poterit, virum rogabit. Miserum illum virum, et qui exoratus et qui non exoratus erit, cum, quod ipse non dederit, datum ab alio videbit. Nunc vulgo alienos viros rogant et, quod maius est, legem et suffragia rogant, et a quibusdam impetrant. Adversus te et rem tuam et liberos tuos exorabilis es; simul lex modum sumptibus uxoris tuae facere desierit, tu numquam facies (Liv. 34, 4, 15—18).

Доводы принаровлены къ закону о роскоши; но они вполнѣ пригодны въ нѣкоторыхъ частяхъ и для супружескихъ дареній. Безъ опоры въ законѣ мужу трудно отъ этихъ дареній воздержаться; а тогда его ждутъ опасности со всѣхъ сторонъ: или не будетъ конца расходамъ, или подарки пойдутъ отъ чужихъ Съ этими соображеніями мы встрѣчаемся и у другихъ авторовъ по нашему вопросу. Такъ, Simul lex modum facere desierit, tu numquam facies, встрѣчается намъ у Африкана, Dig. 24, 1, 2, гдѣ говорится объ опасностяхъ, si non donaret is, qui posset; a quod ipse non dederit, ab alio datum videbit мы находимъ ужъ у Плутарха, Ῥωμαϊκὰ 7, ὅτι τῷ λαμβάνειν διαφθειρόμεναι (т. е. γυναῖκες) μάλιστα προσίενται τοὺς ἀλλοτρίους, σεμνὸν ἐφάνη τὸ μὴ διδόντας ἀγαπᾶν τοὺς ἰδίους. Доводы противъ роскоши и доводы противъ супружескихъ дареній.

Эти отголоски весьма поучительны: мы видимъ на нихъ, что указанные доводы принадлежатъ еще эпохѣ Катона, т. е. Охранительный харак-

теръ доводовъ Катона.

относятся ко времени борьбы древней римской frugalitas и безкорыстныхъ героическихъ нравовъ съ корыстью, роскошью и продажностью.

Нельзя также не отмѣтить, что, стало быть, уже въ эпоху Катона политическія объясненія нашего учрежденія пріобрѣли охранительный характеръ, отмѣченный Бёмеромъ, выше, стр. 127), Ratio Catoniana конечно есть ratio conservandi, а не ratio introducendi недѣйствительности супружескихъ дареній.

## § 9. Плутархъ и другіе литературные источники.

### I. Плутархъ.

Главный источникъ внѣ Corpus iuris.

Переходимъ къ интереснѣйшему и пожалуй богатѣйшему изъ нашихъ источниковъ — ко многочисленнымъ свидѣтельствамъ Плутарха, стоящимъ хронологически приблизительно на границѣ между Катономъ, Кв. Муціемъ, Сабиномъ, Августомъ, Ливіемъ и Прокломъ съ одной и Колумеллою, Помпоніемъ, Африканомъ, Апулеемъ и т. д. съ другой стороны.

Сводъ текстовъ Плутарха.

Не взирая на то, что Плутархъ единственный писатель не-юристъ, спеціально коснувшійся нашего вопроса, до сихъ поръ никто еще не позаботился собрать и сопоставить его отрывки, прямо и косвенно относящіеся къ супружескимъ дареніямъ. Между тѣмъ, только при ихъ полномъ сопоставленіи возможно достигнуть сколько нибудь удовлетворительнаго ихъ пониманія. Итакъ, вотъ эти отрывки.

### *Ῥωμαϊκά.*

7. *Διὰ τί δὲ δῶρον λαβεῖν ἀνδρὶ παρὰ γυναικὸς καὶ γυναικὶ παρ' ἀνδρὸς ἀπείρηται; πότερον, ὡς Σόλων γράψας τὰς δόσεις κυρίας εἶναι τῶν τελευτώντων, πλὴν εἰ μή τις ἀνάγκῃ συνεχόμενος ἢ γυναικὶ πειθόμενος τὴν μὲν ἀνάγκην ὡς βιαζομένην ὑπεξείλετο, τὴν δ' ἡδονὴν ὡς παραλογιζομένην, οὕτως ὑπενοήθησαν αἱ γυναικῶν καὶ ανδρῶν δόσεις· ἢ φαυλότατον ἡγούμενοι σημεῖον εὐνοίας τὸ διδόναι (διδόασι γὰρ οἱ ἀλλότριοι καὶ μὴ φιλοῦντες) ἐκ τοῦ γάμου τὴν τοιαύτην ἀρέσκειαν ἀνεῖλον, ὅπως ἄμισθον ᾖ καὶ προῖκα καὶ δι' αὐτὸ μὴ δι' ἄλλο τὸ φιλεῖσθαι καὶ φιλεῖν; ἢ*

ὅτι τῷ λαμβάνειν διαφθειρόμεναι μάλιστα προσίενται τοὺς ἀλλοτρίους, σεμνὸν ἐφάνη τὸ μὴ διδόντας ἀγαπᾶν τοὺς ἰδίους; ἢ μᾶλλον ὅτι δεῖ καὶ γυναιξὶ κοινὰ τὰ ἀνδρῶν εἶναι καὶ ἀνδράσι τὰ γυναικῶν; μανθάνει γὰρ ὁ λαβὼν τὸ δοθὲν ἀλλότριον ἡγεῖσθαι τὸ μὴ δοθέν, ὥστ' ὀλίγον διδόντες ἀλλήλοις τὸ πᾶν ἀφαιροῦνται.

**8.** Διὰ τί δὲ παρὰ γαμβροῦ καὶ παρὰ πενθεροῦ λαβεῖν ἐκείνοις κεκώλυται δῶρον; ἢ παρὰ γαμβροῦ μέν, ἵνα μὴ δόξῃ διὰ τοῦ πατρὸς εἰς τὴν γυναῖκα περιχωρεῖν τὸ δῶρον· παρὰ πενθεροῦ δέ, ὅτι τὸν μὴ διδόντα δίκαιον ἐφάνῃ μηδὲ λαμβάνειν;

**30.** Διὰ τί τὴν νύμφην εἰσάγοντες λέγειν κελεύουσιν „ὅπου σὺ Γαῖος, ἐγὼ Γαΐα"; πότερον ὥσπερ ἐπὶ ῥητοῖς εὐθὺς εἴσεισι τῷ κοινωνεῖν ἁπάντων καὶ συνάρχειν (καὶ τὸ μὲν δηλούμενόν ἐστιν „ὅπου σὺ κύριος καὶ οἰκοδεσπότης, καὶ ἐγὼ κυρία καὶ οἰκοδέσποινα" τοῖς δ' ὀνόμασι τούτοις ἄλλως κέχρηνται κοινοῖς οὖσιν, ὥσπερ οἱ νομικοὶ Γάιον Σήιον καὶ Λούκιον Τίτιον, καὶ οἱ φιλόσοφοι Δίωνα καὶ Θέωνα παραλαμβάνουσιν)· ἢ διὰ Γαΐαν Καικίλιαν καλὴν καὶ ἀγαθὴν γυναῖκα, τῶν Ταρκυνίου παίδων ἑνὶ συνοικήσασαν, ἧς ἐν τῷ τοῦ Σάγκτου ἱερῷ χαλκοῦς ἀνδριὰς ἕστηκεν; ἐκείτο δὲ πάλαι καὶ σανδάλια καὶ ἄτρακτοι, τὸ μὲν οἰκουρίας αὐτῆς, τὸ δ' ἐνεργείας σύμβολον.

## *Γαμικὰ παραγγέλματα.*

**20.** Ὁ Πλάτων φησὶν εὐδαίμονα καὶ μακαρίαν εἶναι πόλιν, ἐν ᾗ „τὸ ἐμὸν καὶ τὸ οὐκ ἐμὸν" ἥκιστα φθεγγομένων ἀκούουσι διὰ τὸ κοινοῖς ὡς ἐνὶ μάλιστα χρῆσθαι τοῖς ἀξίοις σπουδῆς τοὺς πολίτας. πολὺ δὲ μᾶλλον ἐκ γάμου δεῖ τὴν τοιαύτην φωνὴν ἀνῃρῆσθαι. πλὴν ὥσπερ οἱ ἰατροὶ λέγουσι τὰς τῶν εὐωνύμων πληγὰς τὴν αἴσθησιν ἐν τοῖς δεξιοῖς ἀναφέρειν, οὕτω τὴν γυναῖκα τοῖς τοῦ ἀνδρὸς συμπαθεῖν καλὸν καὶ τὸν ἄνδρα τοῖς τῆς γυναικός, ἵν' ὥσπερ οἱ δεσμοὶ κατὰ τὴν ἐπάλλαξιν ἰσχὺν δι' ἀλλήλων λαμβάνουσιν, οὕτως ἑκατέρου τὴν εὔνοιαν ἀντίστροφον ἀποδιδόντος ἡ κοινωνία σῴζηται δι' ἀμφοῖν. καὶ γὰρ ἡ φύσις μίγνυσι διὰ τῶν σωμάτων ἡμᾶς, ἵν' ἐξ ἑκατέρων μέρος λαβοῦσα καὶ συγχέασα κοινὸν ἀμφοτέροις ἀποδῷ τὸ γεννώμενον, ὥστε μηδέτερον διορίσαι μηδὲ διακρῖναι τὸ ἴδιον ἢ τὸ ἀλλότριον. τοιαύτη τοίνυν καὶ χρημάτων κοινωνία προσήκει μάλιστα τοῖς γαμοῦσιν εἰς μίαν οὐσίαν πάντα καταχεαμένοις καὶ ἀναμίξασι μὴ τὸ μέρος ἴδιον καὶ τὸ μέρος ἀλλότριον ἀλλὰ πᾶν ἴδιον ἡγεῖσθαι καὶ μηδὲν ἀλλότριον. ὥσπερ γὰρ τὸ κρᾶμα καίτοι ὕδατος μετέχον πλείονος οἶνον καλοῦμεν, οὕτω τὴν οὐσίαν

*δεῖ καὶ τὸν οἶκον τοῦ ἀνδρὸς λέγεσθαι, κἂν ἡ γυνὴ πλείονα συμβάλληται.*

**34.** *Τῶν σωμάτων οἱ φιλόσοφοι τὰ μὲν ἐκ διεστώτων λέγουσιν εἶναι καθάπερ στόλον καὶ στρατόπεδον, τὰ δ' ἐκ συναπτομένων ὡς οἰκίαν καὶ ναῦν, τὰ δ' ἡνωμένα καὶ συμφυᾶ καθάπερ ἐστὶ τῶν ζῴων ἕκαστον σχεδὸν οὖν καὶ γάμος ὁ μὲν τῶν ἐρώντων, ἡνωμένος καὶ συμφυής ἐστιν, ὁ δὲ τῶν διὰ προῖκας ἢ τέκνα γαμούντων ἐκ συναπτομένων, ὁ δὲ τῶν οὐ συγκαθευδόντων ἐκ διεστώτων, οὓς συνοικεῖν ἄν τις ἀλλήλοις οὐ συμβιοῦν νομίσειε. δεῖ δέ, ὥσπερ οἱ φυσικοὶ τῶν ὑγρῶν λέγουσι δι' ὅλων γενέσθαι τὴν κρᾶσιν, οὕτω τῶν γαμούντων καὶ σώματα καὶ χρήματα καὶ φίλους καὶ οἰκείους ἀναμιχθῆναι δι' ἀλλήλων. καὶ γὰρ ὁ Ῥωμαῖος νομοθέτης ἐκώλυσε δῶρα διδόναι καὶ λαμβάνειν παρ' ἀλλήλων τοὺς γεγαμηκότας, οὐχ ἵνα μηδενὸς μεταλαμβάνωσιν, ἀλλ' ἵνα πάντα κοινὰ νομίζωσιν.*

Источники Плутарха.

Даже при бѣгломъ чтеніи нельзя не различить въ этихъ текстахъ двоякаго рода элементовъ. Съ одной стороны въ нихъ содержатся разсужденія чисто моралистическаго свойства, самому Плутарху принадлежащія; съ другой стороны въ нихъ имѣются фактическія данныя и свѣдѣнія, служащія основаніемъ собственныхъ разсужденій Плутарха. Если первыя принадлежатъ ему самому, то вторыя онъ долженъ былъ почерпнуть изъ какого нибудь другого источника. Разсмотрѣвъ вопросъ объ этомъ источникѣ, мы ближе подойдемъ къ римской литературной и бытовой почвѣ.

Плутархъ, Юба, Варронъ.

Дѣло облегчается для насъ тѣмъ, что центральнымъ текстомъ между всѣми приведенными является глава 7-я (лишь отчасти 8-я) *Αἴτια Ῥωμαϊκά*. Въ настоящее время довольно прочно установлено, что главнымъ источникомъ Плутарха въ этомъ твореніи былъ Юба, въ свою очередь работавшій цѣликомъ по Варрону (Christ, Geschichte der Griechischen Litteratur, 681; 788—789). Изъ произведеній Юбы для *Ῥωμαϊκά* Плутархъ пользовался, какъ полагаютъ, его 15-ю книгами *Ὁμοιότητες*, гдѣ Юба сближалъ римскіе обычаи со сходными установленіями другихъ народовъ. Впрочемъ, это для насъ не особенно существенно; важно то, что литературная генеалогія приводитъ насъ къ Варрону, какъ первоисточнику свѣдѣній Плутарха: отъ такой родословной эти сообщенія безконечно выигрываютъ въ цѣнности и значеніи. Вмѣстѣ съ тѣмъ мы вносимъ чрезвычайно важную

поправку въ догадку Бёмера (см. выше, стр. 123, 125 и 127): конечно, Плутархъ почерпалъ свои данныя изъ римской науки, но онъ воспроизводилъ не споры и пререканія юристовъ, а догадки и предположенія антикваріевъ. Правда, нашъ вопросъ былъ самъ по себѣ чисто юридическій и Варронъ, глубокій знатокъ правовыхъ древностей и учрежденій, не могъ, въ свою очередь, пользоваться чѣмъ либо инымъ, кромѣ произведеній древнѣйшихъ юристовъ. Конечно, мы не можемъ рѣшить, зародились ли первоначально разномыслія въ средѣ юристовъ или въ средѣ антикваріевъ; но для нашей цѣли этого и не нужно. Достаточно того, что приводимыя Плутархомъ воззрѣнія мы имѣемъ право считать уже высказанными въ литературѣ во времена Варрона. Характерно съ этой точки зрѣнія, что среди нихъ нѣтъ того довода, который нами выше приписанъ эпохѣ Августа: немаловажное обратное подтвержденіе нашей мысли.

Разсмотримъ же внимательно, каковы приводимые Плутархомъ доводы. Первый доводъ Плутарха.

*Πότερον ὡς Σόλων γράψας τὰς δόσεις κυρίας εἶναι τῶν τελευτώντων πλὴν εἰ μή τις ἀνάγκῃ συνεχόμενος ἢ γυναικὶ πειθόμενος τὴν μὲν ἀνάγκην ὡς βιαζομένην ὑπεξείλετο, τὴν δ' ἡδονὴν ὡς παραλογιζομένην, οὕτως ὑπενοήθησαν αἱ γυναικῶν καὶ ἀνδρῶν δόσεις.*

Этотъ первый доводъ Плутарха по всей вѣроятности отражаетъ на себѣ вліяніе Юбы съ его сопоставленіями. Самое же сопоставленіе во всѣхъ отношеніяхъ неудачно, какъ подробно показано въ главѣ о mores. Въ данномъ же случаѣ особенно жаль, что ссылка на Солона совершенно подавила объясненіе, примѣненное къ римскому праву. *Γυναικὶ πειθόμενος, ἡδονὴ παραλογιζομένη, ὑπενοήθησαν*, — всѣ эти важнѣйшія слова столь неопредѣленны и широки, что узнать, какой именно римскій доводъ въ нихъ воспроизведенъ, или слишкомъ трудно, или слишкомъ легко. Подъ нихъ подойдетъ все, что̀ угодно. Конечно, нѣтъ препятствій узнать въ нихъ доводъ ne amore (*ἡδονῇ*) spoliarentur (см. выше, стр. 169); но вѣдь и подъ *ἀνάγκῃ* не трудно подвести аналогически угрозу разводомъ. Зато при сопоставленіи *γυναικὶ πειθόμενος* и *παραλογιζομένη* можно вспомнить fallaces blanditiae Cod. Theod. 8, 16, 1, 2, да пожалуй и adulationibus spoliari C. 5, 16, 2. Его расплывчатость.

Отсутствіе связи съ доводомъ venalis concordia.

Единственное, съ чѣмъ нельзя привести ихъ въ связь, хотя такая мысль и можетъ показаться заманчивой, это — venalis concordia. Дѣло въ томъ, что, имѣй Плутархъ эту именно мысль, онъ выразился бы яснѣе. Доказательствомъ можетъ послужить хотя бы слѣдующее мѣсто въ *Ἐρωτικὸς*, 4, 7—8:

*Ἀκούεις δέ τινος τραγικοῦ γαμέτου λέγοντος πρὸς τὴν γυναῖκα:*

*Μισεῖς; ἐγὼ δὲ ῥᾳδιῶς μισήσομαι*
*Πρὸς κέρδος ὅλκων τὴν ἐμὴν ατιμίαν.*

*Τούτου γὰρ οὐδέν ἐστιν ἐρωτικώτερον, ὁ μὴ διὰ κέρδος, ἀλλ' ἀφροδισίων ἕνεκα καὶ συνουσίας ὑπομένων γυναῖκα μοχθηρὰν καὶ ἄστοργον.*

Несомнѣнно, что, если бы Плутархъ имѣлъ въ виду venalem concordiam, какъ доводъ противъ дѣйствительности супружескихъ дареній, онъ выразился бы въ *Ῥωμαϊκὰ* 7 яснѣе.

Доводъ отъ расточительности

Но, повторяю, все въ его изложеніи такъ расплывчато, что мудрено судить съ достовѣрностью. Одно только ясно: Плутарху самому изъ за Юбы Варрона не видно. Единственное дозволительное предположеніе — что въ разбираемомъ текстѣ Плутархъ по своему воспроизводитъ старый республиканскій доводъ ne amore spoliarentur; по крайней мѣрѣ въ другихъ текстахъ этого довода узнать никакъ нельзя.

Второй доводъ Плутарха.

*Ἢ φαυλότατον ἡγούμενοι σημεῖον εὐνοίας τὸ διδόναι (διδόασι γὰρ καὶ ἀλλότριοι καὶ μὴ φιλοῦντες) ἐκ τοῦ γάμου τὴν τοιαύτην ἀρέσκειαν ἀνεῖλον, ὅπως ἄμισθον ᾖ καὶ προῖκα καὶ δι' αὐτὸ μὴ δι' ἄλλο τὸ φιλεῖσθαι καὶ φιλεῖν.*

Доводъ отъ безкорыстной любви.

Въ этихъ словахъ нельзя не узнать, хотя въ разбавленномъ видѣ, довода amorem honestum solis animis aestimantes, Dig. 24, 1, 3, по принципу oportet lucro praeferre concordiam maritalem, Cod. 6, 25, 5, 1, отмѣченнаго нами у Кв. Муція гораздо раньше, чѣмъ у Плутарха. Послѣднее въ особенности важно. Если у Варрона сохранилось объясненіе недѣйствительности супружескихъ дареній соображеніями нравственно идеалистическими и тѣ же соображенія мы предположили у одного изъ старшихъ юристовъ, то встрѣча съ ними у Варрона съ обратною силою подкрѣпляетъ наше предположеніе: вѣдь Варронъ даетъ намъ тѣ доводы, которые до него были высказываемы въ литературѣ, юриди-

ческой или антикварной. Если мы допустили сначала, что Кв. Муцій могъ высказать такой доводъ, то теперь мы имѣемъ уже право утверждать, что этотъ доводъ несомнѣнно былъ высказанъ ранѣе Варрона.

Здѣсь, быть можетъ, не будетъ некстати отмѣтить и слѣдующую подробность. Если доводы Плутарха были собраны еще Варрономъ и собраны, какъ взаимно спорные или равноцѣнные, то мы должны заключить, что во времена Варрона не было достовѣрно установленнаго объясненія того, почему и какъ сложилась недѣйствительность дареній между супругами. А это обязываетъ насъ заключить, что въ извѣстной Варрону литературѣ не нашлось достовѣрныхъ и точныхъ указаній, когда и какъ она явилась. Очевидно, мы въ ней имѣемъ дѣло съ учрежденіемъ настолько древнимъ, что старѣйшая литература застала его уже сложившимся, дѣйствующимъ правомъ.

Доводы въ пользу недѣйствительности и эпоха ея зарожденія.

*Ἢ ὅτι τὸ λαμβάνειν διαφθειρόμεναι μάλιστα προσίενται τοὺς ἀλλοτρίους, σεμνὸν ἐφάνη τὸ μὴ διδόντας ἀγαπᾶν τοὺς ἰδίους.*

Третій доводъ Плутарха.

Объ этомъ доводѣ намъ не приходится много распространяться: мы видѣли его у Катона и тогда же отмѣтили его, какъ боевой доводъ старой строгости римскихъ нравовъ въ эпоху первоначальнаго упадка и разложенія. Новаго, сравнительно съ Ливіемъ, Плутархъ намъ ничего не даетъ; но съ обратною силой удостовѣряетъ возможность того, что разбираемый доводъ принадлежитъ эпохѣ Катона.

Ratio Catonis.

*Ἢ μᾶλλον ὅτι δεῖ καὶ γυναιξὶ κοινὰ τὰ ἀνδρῶν εἶναι καὶ ἀνδράσι τὰ γυναικῶν; μανθάνει γὰρ ὁ λαβὼν τὸ δοθὲν ἀλλότριον ἡγεῖσθαι τὸ μὴ δοθέν, ὥστ' ὀλίγον διδόντες ἀλλήλοις τὸ πᾶν ἀφαιροῦνται.*

Четвертый доводъ Плутарха.

Настоящій доводъ столь же типиченъ для Плутарха, сколь для Августа доводъ отъ воспитанія дѣтей. Потому здѣсь мы остановимся съ особеннымъ вниманіемъ.

Прежде всего отмѣтимъ, что словечкомъ *μᾶλλον* Плутархъ отдалъ этому доводу предпочтеніе передъ всѣми остальными. Однако, если мы спросимъ, сложилось ли это предпочтеніе въ силу авторитета его источниковъ или убѣдительности приводимыхъ тамъ фактовъ и соображеній, или же съ точки зрѣнія собственныхъ его нравственныхъ идеаловъ и философскихъ воззрѣній, то намъ придется безо всякихъ

Авторство Плутарха.

колебаній высказаться въ пользу второй альтернативы. Достаточно сравнить съ *Γαμικὰ παραγγέλματα* 20 хотя бы слѣдующее мѣсто въ *Ἐρωτικὸς*, гдѣ рѣчь идетъ объ идеальномъ содружествѣ супруговъ, внѣ всякой связи съ вопросомъ о дареніяхъ:

> *Ὦ δ' ἂν Ἔρως ἐπισκήψῃ καὶ ἐπιπνεύσῃ, πρῶτον μὲν ἐκ τῆς Πλατωνικῆς πόλεως τὸ ἐμὸν οὐχ ἕξει καὶ τὸ οὐκ ἐμὸν: οὐ γὰρ ἁπλῶς κοινὰ τὰ φιλῶν ** ἀλλ' ἢ τοῖς σώμασιν ὁριζόμενοι τὰς ψυχὰς βίᾳ συνάγουσι καὶ συντήκουσι, μήτε βουλόμενοι δύο εἶναι, μήτε νομίζοντες* (*Ἐρωτ.* 21, 9. Ср. тамъ же 6, 2; 23, 14; 24, 3; 24, 9).

Скажу болѣе: позволительно сомнѣваться, нашелъ ли Плутархъ этотъ доводъ у Юбы, т. е. у Варрона, и не явился ли онъ его собственнымъ измышленіемъ на почвѣ совершенно другихъ данныхъ.

Вопросъ объ источникѣ четвертаго довода.

Дѣло въ томъ, что, высказавъ въ заключительныхъ словахъ *Γαμικὰ παραγγέλματα* 34 ту же мысль, что въ *Ῥωμαϊκὰ* 7 fin., Плутархъ даетъ ей тамъ гораздо болѣе точное и опредѣленное въ бытовомъ и историческомъ смыслѣ выраженіе. Очевидно, его источникъ въ *Ῥωμαϊκὰ* не давалъ ему столь прямыхъ и ясныхъ указаній, какъ въ *Γαμικὰ παραγγέλματα*. Отсюда мы заключаемъ, что свѣдѣнія въ послѣднихъ заимствованы не отъ Юбы-Варрона, а отъ кого либо другого, и, обратно, что, стало быть, заключительный доводъ *Ῥωμαϊκὰ* 7 дѣйствительно введенъ самимъ Плутархомъ. Это можетъ подтвердиться и тѣмъ, что никакихъ слѣдовъ этого довода мы нигдѣ въ литературѣ дареній между супругами, ни раньше, ни позже Плутарха, не находимъ.

Діонисій Галикарнасскій.

Къ счастью, мы имѣемъ передъ собой источникъ, изъ котораго Плутархъ почерпнулъ матеріалъ для своего предположенія: трудно сомнѣваться, что этимъ источникомъ явился Діонисій. 2, 25, правильно сопоставленный съ Плутархомъ еще Кора и Отманомъ (см. выше, стр. 80—81 и 83—84). Діонисій былъ вообще однимъ изъ главныхъ источниковъ Плутарха для римской исторіи (Christ, Gesch. d. griechischen Litt.[4], 679) и нетрудно понять, какое впечатлѣніе на философа моралиста произвела 25-я глава его второй книги.

Житіе Ромула.

Замѣтимъ, притомъ, что никакихъ отголосковъ этой главы мы не встрѣчаемъ въ житіи Ромула, когда Плутархъ говоритъ о его семейственно-правовыхъ законахъ. И точно,

житіе Ромула составлено при самомъ ограниченномъ пользованіи Діонисіемъ (Schwarz, Pauly-Wissowa Realencyklopädie, V, 1, 943, 54 слл.), — пожалуй, скажу отъ себя, даже вовсе безъ этого пользованія.

Какъ бы то ни было, вотъ нужный намъ текстъ Діонисія: Dion. 2, 25.

*Ὁ δὲ Ῥωμύλος οὔτ' ἀνδρὶ κατὰ γυναικὸς ἐγκλήματα δοὺς φθαρείσης ἢ τὸν οἶκον ἀδίκως ἀπολιπούσης, οὔτε γαμετῇ κατ' ἀνδρὸς αἰτιωμένῃ κάκωσιν ἢ ἄδικον ἀπόλειψιν οὔτε περὶ προικὸς ἀποδόσεως ἢ κομιδῆς νόμους θεὶς, οὔτ' ἄλλο τῶν παραπλησίων τούτοις διορίσας οὐδ' ὁτιοῦν, ἕνα δὲ νόμον ὑπὲρ ἁπάντων εὖ ἔχοντα, ὡς αὐτὰ τὰ ἔργ' ἐδήλωσε, καταστησάμενος, εἰς εὐκοσμίαν καὶ πολλὴν σωφροσύνην ἤγαγε τὰς γυναῖκας. Ἦν δὲ τοιόσδ' ὁ νόμος, γυναῖκα γαμετὴν, τὴν κατὰ γάμους ἱεροὺς συνελθοῦσαν ἀνδρὶ, κοινωνὸν ἁπάντων εἶναι χρημάτων τε καὶ ἱερῶν. Ἐκάλουν δὲ τοὺς ἱεροὺς καὶ νομίμους οἱ παλαιοὶ γάμους, Ῥωμαϊκῇ προσηγορίᾳ περιλαμβάνοντες, φαρραχείους ἐπὶ τῆς κοινωνίας τοῦ φαρροὺς, ὃ καλοῦμεν ἡμεῖς ζέαν· — — — Τὸ δὴ κοινωνοὺς τῆς ἱερωτάτης τε καὶ πρώτης τροφῆς γενέσθαι γυναῖκας ἀνδράσι, καὶ ἐπὶ τῇ ὅλῃ συνελθεῖν τύχῃ, τὴν μὲν ἐπίκλησιν τῆς κοινωνίας τοῦ φαρροὺς εἶχεν, εἰς σύνδεσμον δ' ἀναγκαῖον οἰκειότητος ἔφερεν ἀδιαλύτου, καὶ τὸ διαιρῆσον τοὺς γάμους τούτους οὐδὲν ἦν. Οὗτος ὁ νόμος τάς τε γυναῖκας ἠνάγκασε τὰς γαμετὰς, οἷα δὴ μηδεμίαν ἐχούσας ἑτέραν ἀποστροφὴν, πρὸς ἕνα τὸν τοῦ γεγαμηκότος ζῆν τρόπον, καὶ τοὺς ἄνδρας ὡς ἀναγκαίου τε καὶ ἀναφαιρέτου κτήματος τῆς γυναικὸς κρατεῖν. Σωφρονοῦσα μὲν οὖν καὶ πάντα τῷ γεγαμηκότι πειθομένη γυνὴ κυρία τοῦ οἴκου τὸν αὐτὸν τρόπον ἦν, ὅνπερ καὶ ὁ ἀνήρ· καὶ τελευτήσαντος ἀνδρὸς κληρονόμος ἐγίνετο τῶν χρημάτων, ὡς θυγάτηρ πατρὸς· εἰ μὲν ἄπαις τε καὶ μηδὲν διαθέμενος ἀποθάνοι, πάντων οὖσα κυρία τῶν ἀπολειφθέντων· εἰ δὲ γενεὰν ἔχοι, τοῖς παισὶν ἰσόμοιρος γινομένη. — — — Μάρτυς δὲ τοῦ καλῶς ἔχειν τὸν περὶ τῶν γυναικῶν νόμον ὁ πολὺς χρόνος. Ὁμολογεῖται γὰρ ἐντὸς ἐτῶν εἴκοσι καὶ πεντακοσίων μηδεὶς ἐν Ῥώμῃ λυθῆναι γάμος· κατὰ δὲ τὴν ἑβδομὴν ἐπὶ ταῖς τριάκοντα καὶ ἑκατὸν ὀλυμπιάσιν, ὑπατευόντων Μάρκου Πομπωνίου καὶ Γαΐου Παπιρίου, πρῶτος ἀπολῦσαι λέγεται τὴν ἑλοτοῦ γυναῖκα Σπόριος Καρουΐλιος, ἀνὴρ οὐκ ἀφανὴς, ἀναγκαζόμενος ὑπὸ τῶν τιμητῶν ὀμόσαι τέκνων ἕνεκα γυναικὶ συντυχεῖν· ἦν δ' αὐτῷ στείρα ἡ γυνὴ· ὃς ἐπὶ τῷ ἔργῳ τούτῳ καίτοι δι' ἀνάγκην γενομένῳ μισούμενος ὑπὸ τοῦ δήμου διετέλεσεν.*

Діонисій и Плутархъ.

Мы увидимъ далѣе, какъ, благодаря этому доводу, Плутархъ явился родоначальникомъ въ современной наукѣ теоріи, выводившей недѣйствительность супружескихъ дареній изъ manus mariti. Вмѣстѣ съ тѣмъ, мы получили въ предшествующемъ основанія утверждать, что никто изъ римскихъ юристовъ и даже императоровъ не повиненъ въ этой теоріи.

Вопросъ о Ромулѣ.

Далѣе, надо согласиться съ тѣми, кто подъ *νομοθέτης* въ *Γαμικὰ παραγγέλματα* разумѣлъ Ромула, хотя мы приходимъ къ этому заключенію совсѣмъ другими путями и находимъ эту мысль вѣрною только для толкованія Плутарха, на самомъ же дѣлѣ несообразною. Вмѣстѣ съ тѣмъ Плутарха же надо считать истиннымъ виновникомъ мысли объ исконной, до республиканской древности нашего учрежденія, — мысли совершенно ложной, принесшей много вреда наукѣ вплоть до 19-го столѣтія и несомнѣнно Плутархомъ раздѣлявшейся.

Моралистическія обобщенія Плутарха.

Наконецъ, необходимо раскрыть и корень заблужденія Херонейскаго философа: онъ морально обобщилъ идеализованныя Діонисіемъ юридическія и бытовыя данныя, — грубѣйшая ошибка для историка, тѣмъ болѣе для историка права, хотя вполнѣ извинительная моралисту ради его цѣлей. То деспотическое самовластіе римскаго домовладыки, которое создало и вакханаліи, и заговоръ женъ-отравительницъ, идеализуется въ какое то возвышенное родство душъ по свободному избранію, родство настолько тѣсное, что въ немъ сливается твое и мое мужа и жены. На нашихъ глазахъ въ такую же фальшь впадаютъ т. н. германисты, восхваляя идеальную, будто бы, высоту варварской на самомъ дѣлѣ супружеской общности имуществъ. Еще раньше, какъ мы только что видѣли, въ похвалу этому варварству использовали идеализацію Плутарха представители критическаго направленія, а въ 19-мъ столѣтіи съ той же точки зрѣнія Гассе превознесъ Плутарха до небесъ. И все это совершенно не научно, совершенно ни къ чему.

## II. Колумелла.

Контекстъ Колумеллы.

Наряду съ Плутархомъ въ литературѣ нашего вопроса не разъ обсуждался и текстъ его современника Колумеллы, R. R., 12, praef. 8. Но въ отрывочномъ видѣ этотъ текстъ

оставляетъ совсѣмъ не то впечатлѣніе, какъ въ связи съ предшествующими ему и слѣдующими за нимъ сужденіями. Приведемъ поэтому полную выписку §§ 7—8:

Colum. R. R. 12, praef. 8.

Nam et apud Graecos et mox apud Romanos usque in patrum nostrorum memoriam fere domesticus labor matronalis fuit, tanquam ad requiem forensium exercitationum omni cura deposita patribusfamilias intra domesticos penates se recipientibus. Erat enim summa reverentia cum concordia et diligentia mista flagrabatque mulier pulcherrima aemulatione, studens negotia viri cura sua maiora atque meliora reddere Nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus aut femina proprium esse iuris sui diceret: sed in commune conspirabatur ab utroque, ut cum forensibus negotiis matronalis industria rationem parem faceret. Itaque nec villici quidem aut villicae magna erat opera, cum ipsi domini quotidie negotia sua reviserent atque administrarent.

Разборъ текста Колумеллы.

Если напечатанныя разрядкою слова вырвать изъ контекста, то они могли, дѣйствительно, произвести впечатлѣніе, будто бы Колумелла говоритъ о семейно-имущественныхъ правахъ и, подобно Діонисію и Плутарху, идеализуетъ юридическій строй подручнаго брака. Однако patrum nostrorum memoria для Колумеллы могло обозначать только послѣдній вѣкъ республики: спрашивается, гдѣ же въ эту эпоху идиллическая стройность подручной семьи? Цицеронъ, Саллюстій и другіе даютъ намъ достаточно матеріаловъ для совсѣмъ другихъ обобщеній и заключеній, не говоря ужъ о законодательствѣ Августа, которое, однако, характерно не только для его собственной эпохи, но и для предшествующей, когда и установились тѣ печальные нравы, противъ которыхъ онъ безуспѣшно пробовалъ бороться. На самомъ дѣлѣ, какъ ясно при внимательномъ чтеніи контекста, Колумелла имѣетъ въ виду вовсе не подручные браки и вовсе не юридическій строй семьи, а простой бытъ, деревенскіе нравы и старое натуральное хозяйство. И въ такомъ случаѣ намъ, въ изученіи дареній между супругами, совершенно нечего дѣлать съ его словами, какъ нечего было бы дѣлать со всѣми назидательными разсужденіями Плутарха, если бъ онъ не пріурочилъ ихъ къ нашему учрежденію.

### III. Laudatio Turiae.

Бытовая подкладка доводовъ Плутарха и Колумеллы

Я считалъ бы впрочемъ совершенно непонятою мою мысль, если бы показалось, будто я нахожу моралистическія разсужденія Плутарха и Колумеллы вовсе безпочвенными обобщеніями, сентиментальными вымыслами, не имѣющими никакой реальной подкладки, никакой связи съ юридическою дѣйствительностью. Ничуть не бывало. Достаточно привести хотя бы слѣдующія мѣста изъ Laudatio Turiae (Bruns, Fontes [6], I, 284 и 285):

> Omne tuom patrimonium acceptum ab parentibus communi diligentia conservavimus: neque enim erat acquirendi tibi cura, quod totum mihi tradidisti. Officia ita partiti sumus, ut ego tutelam tuae fortunae gererem, tu meae custodiam sustineres. Multa de hac parte omittam, ne tua propria mecum communicem: satis sit hoc mihi tuis de sensibus indicasse.
>
> ...Adfirmares neque patrimonii nostri, quod adhuc fuerat commune, separationem facturam, sed in eodem arbitrio meo id et, si vellem, tuo ministerio futurum, nihil seiunctum, nihil separatum te habituram, sororis socrusve officia pietatemque mihi deinceps praestituram.

Совпаденія съ Плутархомъ и особенно съ Колумеллою такъ ярки, что избавляютъ меня отъ необходимости долѣе задерживать мое изложеніе. Достаточно сказать, что отъ идеализаціи быта непозволительны никакія заключенія о юридической дѣйствительности.

### IV. Апулей.

Доводъ отъ безкорыстной любви.

Ближе къ нашему предмету, чѣмъ слова Колумеллы, слѣдующее мѣсто Апулея, привлеченное Джентиле и, къ сожалѣнію, съ тѣхъ поръ забытое:

> Pudentilla, locuples femina, trecentis milibus dotis fuit contenta et maritum habet multis saepe et ingentibus dotibus spretis inani nomine tantulae dotis contentum, ceterum praeter uxorem suam nihil computantem, omnem supellectilem cunctasque divitias in concordia coniugii et mutuo amore ponentem (Apol. 92, p. 102 Helm).

Конечно, рѣчь тутъ идетъ о приданомъ, а не о дареніяхъ между супругами; но нравственный элементъ одина-

ковъ для всѣхъ супружескихъ имущественныхъ отношеній. Формулировка же, которую даетъ ему Апулей, очень близка къ позднѣйшему выраженію императоровъ lucro praeferre concordiam coniugalem (Cod. 6, 25, 5, 1).

## § 10. Юристы и императоры.

### I. Помпоній.

Изъ юристовъ, имѣвшихъ случай высказаться по нашему вопросу до Oratio 206 г., Помпоній обращаетъ на себя вниманіе двумя мѣстами. Два текста.

Въ одномъ онъ только воспроизвелъ сужденіе Прокла, Dig. 24, 1, 31, 7. Конечно, это свидѣтельствуетъ, что Помпоній къ нему присоединился; но такое согласіе само показываетъ, что къ его времени въ юридической литературѣ начинаютъ считать вопросъ исчерпаннымъ, канонъ сложившимся, и цитировать rationes interdicti въ изложеніи болѣе новыхъ писателей. Dig. 24, 1, 31, 7.

Впрочемъ, въ другомъ мѣстѣ, Dig. 24, 1, 51, Помпоній сохранилъ намъ драгоцѣнную мотивировку Кв. Муція — honestius et verius. Однако, онъ же и кореннымъ образомъ исказилъ свой источникъ, вложивъ въ слова древняго юриста такой смыслъ, который изъ нихъ самихъ вовсе не вытекаетъ съ необходимостью, какъ показано немного выше (стр. 166). Правда, Помпоній высказался съ оговоркою „videtur“, „повидимому“; но легальная сила юстиніанова свода придала каждой догадкѣ, въ него попавшей, непререкаемую силу закона, обязательную авторитетность, и мы до сихъ поръ идеалиста Кв. Муція понимаемъ невѣрно. Что́ же касается избѣжанія turpis quaestus со стороны замужнихъ женщинъ, то нельзя въ этой законодательной цѣли не узнать довода Катона, сохраненнаго намъ Ливіемъ и Плутархомъ. Dig. 24, 1, 51.

Идеалистъ Кв. Муцій истолковывалъ положительное право, исходя изъ героическихъ образовъ и понятій древности; реалистъ Катонъ отстаивалъ суровые древніе законы, обосновывая ихъ необходимость и спасительность уродливыми явленіями своей современности; маленькій Помпоній компилировалъ сужденія огромныхъ умовъ старины, понимая ихъ въ мѣру своей просвѣщенной благонамѣренности и здраваго осужденія современной ему скандальной хроники. Кв. Муцій, Катонъ и Помпоній.

## II. С. Цецилій Африканъ.

Новая мысль.

Послѣднимъ юристомъ, внесшимъ въ литературу до извѣстной степени новую мысль, явился С. Цецилій Африканъ (Dig. 24, 1, 2). Новизна эта, конечно, имѣетъ чисто внѣшній характеръ: Африканъ далъ болѣе опредѣленную и рѣзкую, чѣмъ прежде, формулировку старымъ республиканскимъ воззрѣніямъ примѣнительно къ тому предѣлу, котораго достигъ при немъ упадокъ семейныхъ нравовъ:

> Sextus Caecilius et illam causam adiiciebat, quia saepe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is, qui posset, atque ea ratione eventurum, ut venalicia essent matrimonia.

Доводъ отъ разводовъ.

Какъ видимъ, оба довода намъ уже знакомы. Первый представляетъ лишь развитіе соображеній Катона. Пока право предписываетъ недѣйствительность, оно обезпечиваетъ возможность отказа на выпрашиванія. Simul lex desierit modum facere, tu numquam facies. Однако Африканъ, какъ сказано, ведетъ аргументацію дальше: недѣйствительность супружескихъ дареній устраняетъ лишній поводъ къ разводу и притомъ поводъ имущественнаго характера. По крайней мѣрѣ, хоть изъ за подарковъ невозможны разводы: вотъ смыслъ его перваго довода.

Venalicia matrimonia

Второй доводъ нѣсколько самостоятельнѣй, особенно своею формулировкой, и этотъ доводъ и произвелъ, повидимому, главное впечатлѣніе на современниковъ: venalicia matrimonia явилось тѣмъ мастерскимъ выраженіемъ, котораго искала давнишняя мысль. По существу это только словесное воплощеніе того воззрѣнія, которое мы предположили у Квинта Муція и которое нашли возможнымъ узнать въ первомъ доводѣ Плутарха.

## III. Папиніанъ.

Подражаніе Африкану.

Мѣткую формулу Африкана еще болѣе заострилъ Папиніанъ:

> Si, liberis sublatis, reversa post iurgium per dissimulationem mulier, veluti venali concordio, ne dotata sit, conveniat, couventio secundum ordinem rei gestae moribus improbanda est (Dig. 23, 4, 27).

Здѣсь еще яснѣе, чѣмъ у Африкана, сказывается стремленіе сблизить недѣйствительность супружескихъ дареній съ общимъ началомъ римскаго права — не допускать имущественныхъ воздѣйствій на прочность или непрочность супружескаго союза, вродѣ неустойки на случай развода, задатка при обрученіи и др.

## IV. Oratio 206 г.

Сомнительный principium legis.

Изложенное даетъ возможность устойчиво растолковать донынѣ спорныя и сомнительныя слова, въ дигестахъ вводящія цитату изъ Oratio 206 г., къ которой насъ приводитъ хронологическій порядокъ. Ульпіанъ говоритъ:

Haec ratio et oratione imperatoris nostri Antonini Augusti electa est (Dig. 24, 1, 3 pr.).

Haec ratio у прежнихъ толкователей.

Къ чему относится haec ratio? По первому взгляду надо отвѣтить: къ словамъ, непосредственно предшествующимъ. Но тутъ методъ duplex interpretatio сыгралъ съ юристами плохую шутку. Въ контекстѣ дигестъ haec ratio несомнѣнно должно относиться только къ causa Sexti Caecilii. Но haec ratio стоитъ въ отрывкѣ изъ Ульпіана, а доводъ Африкана заимствованъ компиляторами у Павла и, стало быть, къ его словамъ относиться не можетъ. Слѣдовательно, заключили толкователи, haec ratio относится къ доводамъ Dig. 24, 1, 1.

Точный смыслъ haec ratio.

Не будемъ говорить о произвольности этой догадки: вѣдь то, что доводъ Африкана приведенъ въ изложеніи Павла, вовсе не доказываетъ, будто бы Ульпіанъ этого довода не зналъ или не коснулся. Выше показано, что Ульпіанъ приводитъ, даже въ теперешнемъ видѣ его перваго отрывка, не одинъ доводъ, а два, или, во всякомъ случаѣ, полтора: доводъ Сабина и доводъ Августа. Между тѣмъ единственное число haec ratio свидѣтельствуетъ, что по мнѣнію Ульпіана въ текстѣ Oratio electa est лишь одна какая нибудь ratio, а не всѣ или нѣсколько. Очевидно, и въ его недошедшемъ до насъ изложеніи haec ratio относилось къ послѣднему по мѣсту доводу. Въ дошедшемъ до насъ видѣ въ его текстѣ уцѣлѣли только доводъ Сабина и доводъ Августа. Послѣдній не воспроизведенъ даже намекомъ въ Oratio. Стало быть, слова haec ratio къ нему не могли относиться и относились только къ какому то иному доводу

компиляторами пропущенному, но стоявшему послѣднимъ у Ульпіана. И такъ какъ доводъ Африкана встрѣчается въ Oratio, хоть и со стилистическими особенностями Папиніана (о чемъ сейчасъ будетъ сказано), то слова Ульпіана haec ratio и могли относиться только къ доводу Секста Цецилія и въ дигестахъ, и у самого Ульпіана.

Electa. Второй напрашивающійся вопросъ — точное значеніе слова electa. Какъ бы мы ни понимали вступительныя слова Oratio, въ нихъ несомнѣнно идетъ рѣчь не объ одномъ доводѣ, а о нѣсколькихъ. Слѣдовательно, соблюдая строгую точность и придерживаясь прямого значенія слова electa, Ульпіанъ долженъ былъ бы сказать hae rationes electae sunt: это вполнѣ соотвѣтствовало бы тому, что не всѣ, извѣстные намъ, доводы упомянуты въ Oratio. При этихъ условіяхъ мы должны, стало быть, понимать выраженіе electa est въ томъ рѣдкомъ значеніи, какъ Плиній Младшій употребляетъ слово eligere въ своихъ письмахъ (напр. 3, 5, 7; 7, 9, 3) въ существительной формѣ electa, — orum: выдержки, выписки, цитаты. „Этотъ доводъ выписанъ“: haec ratio electa est. Словомъ, haec ratio electa est значитъ не то, что доводъ Африкана есть единственный, выбранный императорами, но то, что онъ имѣется въ числѣ ими выбранныхъ. А послѣднее вполнѣ вѣрно. Такое толкованіе подтверждается и свидѣтельствомъ Дороѳея, который electa est передалъ словомъ *ἐδέξατο* (Bas. 30, 1, 1 sch. III, 499).

Защита текста. Обратимся къ тексту Oratio.

> Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam coniunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari viderentur neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret (Dig. 24, 1, 3 pr.).

Въ старину предлагалось немало исправленій и разночтеній настоящаго текста, но я считаю, что въ нихъ нѣтъ ни малѣйшей надобности.

Concordium. Главная особенность слога — слово concordium, приведенное во множественномъ числѣ: concordia viderentur. Эта аномалія не отмѣчена донынѣ не только филологами, но даже филологами-юристами. Concordium не только неизвѣстно Нейе (даже въ послѣднемъ изданіи) и Георгесу (Lexicon der lateinischen Wortformen), но и самъ Кальбъ

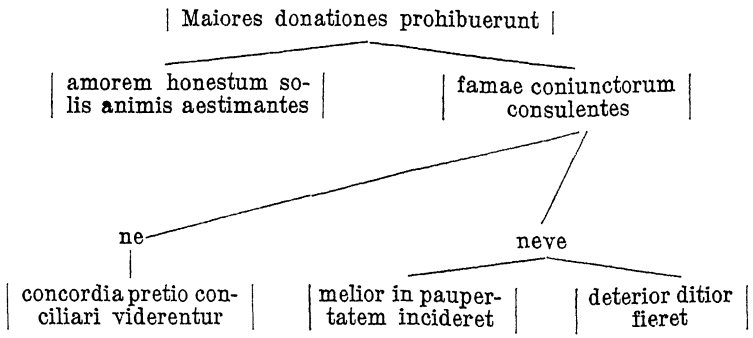
(Rom's Juristen, 114), отмѣтивъ его у Папиніана, Dig. 23, 4, 27, не доглядѣлъ текста Dig. 24, 1, 3 pr.

Папиніанъ авторъ Oratio 206 г.

Въ данномъ случаѣ намъ открываются двѣ возможности: или concordium Папиніанизмъ, и тогда является основаніе считать Папиніана авторомъ Oratio, или concordium есть африканизмъ (Северъ, какъ и Папиніанъ, былъ африканцемъ), и тогда вопросъ объ авторѣ Oratio остается открытымъ. Литературная исторія rationes interdicti даетъ намъ новый доводъ въ пользу авторства Папиніана: доводъ Африкана попалъ въ Oratio въ Папиніановой редакціи. Мы встрѣтимся еще съ этимъ вопросомъ въ главѣ объ Oratio, такъ какъ уже Бодуэнъ высказывалъ предположеніе о роли Папиніана въ преобразованіи Севера.

Oratio только сводъ rationes.

Переходимъ къ самымъ rationes. По содержанію ничего новаго они намъ не даютъ. Oratio просто подводитъ итогъ ранѣе высказанному, подобравъ тѣ доводы, которые кажутся законодателю наиболѣе подходящими къ его цѣлямъ и содержанію новаго закона. Интересна, пожалуй, схема изложенія, сводящая въ одно риторическое цѣлое нѣсколько литературно и исторически разрозненныхъ мыслей. Эта схема можетъ быть изображена графически слѣдующимъ образомъ:




Нововведенія Oratio.

Если ужъ непремѣнно доискиваться чего либо новаго въ Oratio, то нѣкоторую новинку можно усмотрѣть развѣ только въ связующемъ доводы звенѣ — famae coniunctorum consulentes — и болѣе пространной мотивировкѣ mutitato amore invicem spoliarentur: императоры правильно отмѣчаютъ, что нравственная неодобрительность наживы между супругами тѣмъ сильнѣе, что наживается всегда худшій

насчетъ лучшаго. Послѣднее впрочемъ явилось для позднѣйшихъ предлогомъ недоразумѣній, какъ мы вскорѣ увидимъ, можетъ быть отъ чрезвычайной сжатости выраженія (столь свойственной Папиніану), — не даромъ Дороѳей (см. ниже, стр. 200) счелъ нужнымъ распространить текстъ пояснительными вставками.

Усвоеніе доводамъ легальной силы.

Но если по содержанію въ доводахъ Oratio нѣтъ ничего принципіально новаго, то по юридическому значенію и силѣ ихъ они претерпѣли коренное измѣненіе. Бывъ включены въ текстъ закона, они перестали быть мнѣніями, а стали сами нормами, принудительными принципами толкованія. Съ другой стороны, они впервые стали тѣмъ, за что ихъ нѣсколько столѣтій неправильно выдавали: законодательными мотивами. Тамъ чѣмъ бы ни руководствовались создатели недѣйствительности дареній между супругами, отнынѣ стало безразлично: oratione electae sunt rationes, ради которыхъ недѣйствительность должна быть сохранена въ силѣ.

## V. Каракалла.

Мысль императоровъ.

Правда, комментарій Ульпіана даетъ намъ полное основаніе думать, что сами императоры вовсе не имѣли въ виду ни исчерпать высказанные въ литературѣ аргументы, ни объявить отвергнутыми или осудить тѣ, которыхъ въ своей рѣчи не упомянули. Черезъ 7 лѣтъ послѣ Oratio Каракалла даже воспроизвелъ доводъ mutitato amore spoliari, характерно замѣнивъ столь спорныя доселѣ слова другими, болѣе простыми и притомъ напоминающими отчасти и первый доводъ Плутарха:

> Si ancillam nummis tuis comparatam esse praesidi provinciae probaveris donationisque causa focariae tuae nomine instrumentum emptionis esse conscriptum, eam tibi restitui iubebit. Nam licet cessante iure matrimonii donatio perfici potuerit, milites tamen meos a focariis suis hac ratione fictisque adulationibus spoliari nolo. (Cod. 5, 16, 2).

Историческій примѣръ законодательнаго

Въ этомъ указѣ особенно важна еще та подробность, что мы въ немъ имѣемъ единственный въ исторіи нашего учрежденія случай, когда ratio nullitatis было на самомъ дѣлѣ, въ тѣснѣйшемъ смыслѣ слова, законодательнымъ мо-

тивомъ и недѣйствительность, въ силу этой ratio, распространена была iure singulari на цѣлый кругъ дареній, дотолѣ ей не подлежавшихъ. Въ одномъ только данномъ указѣ ratio spoliandi была ratio introducendi, а не ratio conservandi или ratio laxandi iuris rigoris. значенія ratio nullitatis.

Сказанное поясняетъ, почему Павелъ и Ульпіанъ, писавшіе по свѣжимъ слѣдамъ, были послѣдними юристами, касавшимися rationes nullitatis: эти rationes были изъяты изъ науки въ область императорскаго правотворенія. Посмотримъ же, на чемъ остановилась наука въ произведеніяхъ своихъ двухъ корифеевъ. Вліяніе Oratio на исторію rationes.

## VI. Ульпіанъ.

Ульпіанъ только компилируетъ свои источники, судя, по крайней мѣрѣ, по тому, что̀ уцѣлѣло отъ его изложенія въ дигестахъ (Dig. 24, 1, 1, и 24, 1, 3). Напомнимъ только, что, вопреки всеобщему мнѣнію, Ульпіанъ упоминалъ доводъ Африкана. Если же противъ насъ выдвинули бы, какъ возраженіе, вопросъ, — а почему же мнѣніе Африкана приведено въ дигестахъ въ изложеніи Павла, а не Ульпіана? — то лучшимъ отвѣтомъ и вмѣстѣ возраженіемъ было бы сказать: потому же, почему оно приведено въ изложеніи Павла, а не самого Африкана. Сплошная компиляція.

## VII. Павелъ.

Строго говоря, и Павелъ только компилируетъ ходячіе доводы, ничего къ нимъ не прибавляя по существу. Но одинъ оттѣнокъ его изложенія въ другомъ мѣстѣ заслуживаетъ вниманія и обсужденія. Развитіе довода Прокла.

> Et sane non amare nec tamquam inter infestos ius prohibitae donationis tractandum est, sed ut inter coniunctos maximo affectu et s o l a m i n o p i a m t i m e n t e s (Dig. 24, 1, 28, 2).

Павелъ воспроизводитъ здѣсь доводъ Прокла съ его non quasi malivolos, ne alter locupletior fieret. Но онъ придаетъ ему весьма характерный оттѣнокъ словами solam inopiam timentes. Вѣдь если допустить, что дарения недѣйствительны между супругами, ut inter coniunctos maximo affectu, то исчезаетъ и опасеніе ne mutitato amore invicem

spoliarentur, и fictae adulationes, и даже имъ самимъ цитируемый доводъ Африкана. Болѣе того, можно сказать, что съ такой точки зрѣнія вообще пропадаетъ всякій смыслъ въ безусловной недѣйствительности супружескихъ дареній: если они недѣйствительны solius inopiae timore, то справедливо было бы признать ихъ дѣйствительными вездѣ, гдѣ не усматривается основаній къ такому страху. Недѣйствительность становится какою то косвенною предупредительною мѣрою противъ расточительности.

Значеніе словъ Павла

Трудно рѣшить, при нашемъ состояніи источниковъ, имѣемъ ли мы дѣло съ обмолвкою Павла, или съ уцѣлѣвшимъ остаткомъ какой нибудь его личной теоріи, вытравленной компиляторами. Даже догматическое изслѣдованіе не даетъ намъ достовѣрныхъ на этотъ счетъ указаній. Но если бы точно Павелъ отвергъ старый республиканскій доводъ и заботу о нравственной высотѣ брака, то мы этимъ могли бы объяснить какъ отсутствіе этого довода въ Oratio, такъ и ея pauperior ditior: составитель Oratio конечно долженъ былъ собрать лишь наиболѣе непререкаемые доводы въ пользу того учрежденія, которое по существу императоры намѣревались сохранить въ полной силѣ.

## VIII. Константинъ.

Валеріанъ и Галліенъ

Въ дальнѣйшей исторіи законодательныхъ доводовъ мало интереснаго и значительнаго. Прекрасная формула oportet lucro praeferre concordiam maritalem высказана императорами Валеріаномъ и Галліеномъ (Cod. 6, 25, 5, 1) по поводу случая, къ дареніямъ между супругами не относящагося, но ея широкое значеніе дѣлаетъ ее пригодной и для сингулярнаго права супружескихъ дареній.

Сопоставленіе взлядовъ Константина.

Императоръ Константинъ свое сочувствіе недѣйствительности супружескихъ дареній выразилъ похвалою законодательнымъ соображеніямъ въ ея пользу, но къ какому именно доводу его похвала относится, не указалъ, такъ что его мнѣніе намъ становится яснымъ лишь изъ сопоставленія:

> Donatio . . . debet in irritum devocari, siquidem consultissima ratione videatur esse provisum matrimonio constante donationes inter virum et uxorem altrinsecus agitatas nullam firmitatem habere (Vat. Fr. § 273).

Sit . . . omnibus aequa conditio capessendi, quod quisque mereatur. — Verum huius beneficii maritis et uxoribus inter se usurpatio non patebit, quorum fallaces plerumque blanditiae vix etiam opposito iuris rigore cohibentur, sed maneat inter istas personas legum prisca auctoritas (Cod. Theod. 8, 16, 1 pr. и § 2).

Доводъ Каракаллы

Выходитъ, слѣдовательно, что доводъ Каракаллы повторенъ Константиномъ, въ глазахъ котораго fallaces blanditiae (fictae adulationes Cod. 5, 16, 2) перевѣсили другіе доводы, собранные въ Oratio и у юристовъ.

Толкованіе Cod. Theod. 9, 42, 1 и Cod. 5, 16, 24, 1

Воспользуемся случаемъ, чтобъ извлечь изъ выясненнаго нами воззрѣнія Константина устойчивое и точное толкованіе текстовъ Cod. Theod. 9, 42, 1 и Cod 5, 16, 24, 1. Я утверждаю, что слова donatio maritalis въ Cod. Theod. 9, 42, 1 pr. обозначаютъ donatio ante nuptias и что Юстиніанъ совершенно ошибочно придалъ имъ значеніе donatio inter virum et uxorem. Для наглядности выписываю оба текста рядомъ.

Cod. Theod. 9, 42, 1 pr.

Res uxoris, quae vel successione qualibet, vel emptione, vel etiam largitione viri in eam ante reatum iure pervenerant, damnato marito inlibatas esse praecipio nec alieni criminis infortunio stringi uxorem, cum paternis maternisve ac propriis frui eam integro legum stato religiosum sit. Et donatio maritalis ante tempus criminis ac reatus conlata in uxorem, quia pudicitiae praemio cessit, observanda est, tamquam si maritum eius natura, non poena subduxerit, capacitatis privilegio videlicet et modo inspecto, ut consideretur, quid capere potuit.

Cod. 5, 16, 24.

Res uxoris, quae vel successione qualibet, vel emptione, vel etiam largitione viri in eam ante reatum iure pervenerant, damnato ac mortuo ex poena marito, vel in servilem conditionem ex poenae qualitate deducto, illibatas esse praecipio nec alieni criminis infortunio stringi uxorem, cum paternis maternisve ac propriis frui eam integro legum statu religiosum sit. Et donatio maritalis ante tempus criminis ac reatus collata in uxorem, quia pudicitiae praemio cessit, observanda est, tamquam si maritum eius natura, non poena subduxerit. Sin autem aqua et igni ei interdictum erit vel

deportatio illata, non tamen mors ex poena subsecuta, donationes a viro in uxorem collatae adhuc in pendenti maneant, quia nec matrimonium huiusmodi casibus dissolvitur, ita ut, si usque ad vitae suae tempus maritus eas non revocaverit, ex morte eius confirmentur: fisco nostro ad easdem res nullam in posterum communionem habituro.

Рѣчь Константина вполнѣ ясна: сперва онъ говоритъ о параферналіяхъ пріобрѣтеніяхъ жены либо по наслѣдству, либо по возмездному договору, либо въ силу щедрости мужа и приравниваетъ ихъ, въ смыслѣ раздѣльности, къ приданому, res paternae maternaeve vel propriae. Затѣмъ онъ особо оговаривается относительно дареній ante nuptias, что̀ видно изъ словъ quia pudicitae praemio cessit, которыя къ дарению между супругами никоимъ образомъ относиться не могутъ. Особая оговорка была нужна потому, что дарения ante nuptias, подлежа сингулярному праву, не подходили ни подъ параферны, ни подъ приданое. То же значеніе имѣютъ затѣмъ и слова in quantum capere potuit и совершенно неправильно истолковывать ихъ по примѣру Жака Годфруа, in Cod. Theod. h. l., ed Ritteri III, 356*, въ смыслѣ fini decimarum Папиніана, Vat. Fr. § 294, 2, — ср. объ этомъ текстѣ ниже, въ самомъ концѣ главы объ Oratio, хотя дѣйствительно decimae между супругами отмѣнены только въ 410 году, — Cod. Theod. 8, 17, 2, cf. Cod. 8, 57, 2.

Недоразумѣніе составителей Кодекса Юстиніана.

Компиляторы видимо не поняли смысла конституціи, принявъ largitio viri и donatio maritalis за синонимы и забывъ вычеркнуть quia pudicitiae praemio cessit, хотя donatio ante nuptias была уже преобразована въ donatio propter nuptias. Еслибъ они вѣрно поняли Константина, они должны бы были значительно болѣе видоизмѣнить его указъ, сокративъ текстъ такимъ, примѣрно, образомъ:

Res uxoris, quae in eam ex qualibet causa ante reatum viri iure pervenerant, damnato ac mortuo ex poena marito, vel in servilem conditionem ex poenae qualitate deducto, illibatas esse praecipio nec alieni criminis infortunio stringi uxorem, cum paternis maternisve ac propriis frui eam integro legum statu religiosum sit. Et donatio propter nuptias, ante tempus criminis ac reatus collata in uxorem, observanda est tamquam si maritum eius natura, non poena subduxerit. Sin autem aqua et igni etc. до конца.

Donatio maritalis

Виною всему недоразумѣнію послужило, конечно, выраженіе donatio maritalis, бывшее, повидимому, въ устахъ Константина техническимъ терминомъ вмѣсто позднѣйшаго (?) donatio ante nuptias.

Заключеніе.

Не будемъ останавливаться долѣе на выводахъ, къ которымъ насъ обязываетъ сдѣланное разъясненіе для исторіи donatio ante nuptias, но ограничимся утвержденіемъ, что къ даренію между супругами никоимъ образомъ не могутъ относиться слова quia pudicitiae praemio cessit, особенно вспомнивъ воззрѣніе императора, что эти даренія недѣйствительны consultissima ratione, ибо fallaces plerumque blanditiae супруговъ vix opposito iuris rigore cohibentur.

## IX. Θеодосій.

Θеодосій и Валентиніанъ.

Послѣ Константина мы встрѣчаемъ rationes interdicti еще у Θеодосія и Валентиніана.

> Pridem latae constitutionis pars quaedam abroganda est, ne ullis parentibus aut propinquis, quos naturae legisque pariter praerogativa defendit, in capiendis ab intestato hereditatibus praeferantur coniuges vel etiam comparentur, cum, si sanctitas inter eos sit digna foedere coniugali, non ita laboriosa vel sumptuosa est testandi occasio, ut desiderio suo quisquam subvenire differat, quod interdum ita sensu leviore concipitur, ut antiqui nec quod extraneis ac saepe ignotis in donationibus successionibusque tribuitur, coniugibus concesserint, reprimendum inter hos potius, ut in loco ancipiti, quam incitandum favorem mutuum arbitrati (Cod. Theod. 5, 1, 9).

Не стоитъ останавливаться на этой фразѣ, столь же несообразной по смыслу, сколь красивой по формѣ. Впро-

чемъ, послѣдняя взята у Цицерона въ заключительной части его рѣчи въ защиту Целія: Etenim semper magno ingenio adulescentes refrenandi potius a gloria quam incitandi fuerunt (Cic. pro Cael. 31, 76).

Вліяніе Ѳеодосіевой кодификаціи.

Указъ, только что приведенный, — единственный памятникъ, относящійся къ нашему вопросу за двѣсти лѣтъ между Константиномъ и Юстиніаномъ. Въ этомъ нельзя не признать послѣдствія Ѳеодосіевой кодификаціи. Имѣя готовый сводъ, законодатели дополняли и преобразовывали его только согласно потребностямъ практики, а не ради научнаго интереса или исторической полноты. Такимъ образомъ, какъ Oratio изъяла вопросъ о rationes изъ науки и перенесла его въ область императорскаго законодательства, такъ Ѳеодосій изъялъ его изъ императорскаго законодательства, сдѣлавъ достояніемъ только будущихъ кодификаторовъ.

## X. Юстиніанъ.

Компилятивный характеръ Юстиніанова законодательства.

И вотъ, Юстиніаново законодательство, гордое обиліемъ своихъ матеріаловъ, не столько выбираетъ, сколько собираетъ доводы, какъ бы радуясь ихъ количеству и разнообразію и вовсе не заботясь о ихъ согласованіи воедино. Историкъ за это безконечно благодаренъ компиляторамъ; но безпристрастіе побуждаетъ сознаться, что съ юридической точки зрѣнія въ такой мозаикѣ нѣтъ ничего похвальнаго.

Cod. 5, 3, 20, 4.

> Simplices etenim donationes non propter nuptias fiunt, вѣщаетъ Юстиніанъ, sed propter nuptias vetitae sunt, et propter alias causas, et libidines forsitan vel unius partis egestatem, non propter ipsam nuptiarum adfectionem efficiuntur (Cod. 5, 3, 20, 4).

Можно предположить, что этотъ указъ предшествовалъ составленію не только дигестъ, но даже кодекса въ первомъ изданіи. По крайней мѣрѣ въ немъ замѣтно нѣсколько смутное представленіе о rationes interdicti и малое съ ними знакомство. Изъ неодобрительныхъ поводовъ Юстиніанъ въ сущности указываетъ только libidines, но и то весьма благоразумно прибавляетъ „forsitan“: какая связь дареній и libidines въ iustum matrimonium? Не отголосокъ ли это впечатлѣній отъ его собственнаго супружества съ Ѳеодорою? Или можетъ быть онъ имѣлъ въ виду явленія вродѣ опи-

санныхъ Ювеналомъ 1, 2, 58—61, гдѣ puella несомнѣнно означаетъ жену:

Notum est, cur solo tabulas impleverat Hister
Liberto, dederit vivus cur multa puellae:
Dives erit, magno quae dormit tertia lecto.
Tu nube atque tace. donant arcana cylindros.

Нравы Византіи не исключаютъ и такой возможности.

Иной характеръ носитъ новелла 74, изданная значительно позднѣе Кодекса. Она замѣчательна тѣмъ, что Юстиніанъ пользуется имъ же не включенными въ кодексъ (и нелѣпыми, какъ мы только что видѣли) соображеніями Θеодосія, но старается придать имъ нѣкоторый смыслъ сближеніемъ съ императорскими же ссылками на blanditiae (*διὰ κολακείαν*) съ одной и на *ἀκριβὴς φιλοσοφία* съ другой стороны. Въ концѣ концовъ онъ всетаки главное значеніе присваиваетъ доводу ne mutitato amore invicem spoliarentur, придавъ ему лишь нѣсколько другую редакцію, — *κατὰ μικρὸν ἑαυτοὺς τῆς οὐσίας ἀφαιρούμενοι*. Вотъ относящееся къ нашему предмету мѣсто. Nov. 74, 5 pr. fin.

*Ἴσμεν γὰρ, εἰ καὶ σωφροσύνης ἐσμὲν ἐρασταὶ καὶ ταῦτα τοῖς ἡμετέροις νομοθετοῦμεν ὑπηκόοις, ἀλλ' οὐδὲν εἶναι μανίας ἐρωτικῆς σφοδρότερον, ἣν ἐπισχεῖν φιλοσοφίας ἐστὶν ἀκριβοῦς, νουθετούσης τε καὶ πηδῶσαν καὶ σφαδάξουσαν τὴν ἐπιθυμίαν ἐπεχούσης. Ὥστε οἱ τούτῳ κεκρατημένοι τίνος ἂν ἀπόσχοιντο ῥήματος πρὸς τὰς ὧν ἐρῶσιν, ὅπερ αὐταῖς οὐ διὰ κολακείαν προσάγουσι; τοιγαροῦν τοσοῦτον καὶ οἱ πρὸ ἡμῶν νομοθέται τὰς τοιαύτας ἠπίσταντο τῶν ψυχῶν διαθέσεις, ὥστε καὶ τὰς ἐν γάμῳ κωλύουσι δωρεὰς, ἵνα μὴ τῇ τῆς ἐπιθυμίας νικηθέντες ὑπερβολῇ λάθοιεν κατὰ μικρὸν ἑαυτοὺς οἱ συνοικοῦντες τῆς οὐσίας ἀφαιρούμενοι. Ταῦτα οὖν σώφρονι νόμῳ διαθεσμοθετῆσαι καλῶς ἔχειν ᾠήθημεν.*

На Юстиніановомъ законодательствѣ кончается, собственно говоря, литературная исторія rationes. Доводы были окончательно включены въ законъ и стали принудительными нормами. Въ византійскомъ и русскомъ правѣ они влачатъ лишь посмертное существованіе. Для полноты обзора мы окинемъ однако быстрымъ взглядомъ мѣста источниковъ, гдѣ они сохранились. Общій выводъ.

## XI. Византія и Россія.

Дороѳея намъ не разъ приходится добромъ помянуть на протяженіи настоящей работы: такъ и въ данномъ слу- Дороѳей.

чаѣ. Его изложеніе Oratio снабжено весьма дѣльными, хотя на иной взглядъ быть можетъ и лишними, поясненіями въ заключительныхъ словахъ:

*ἵνα μὴ ὁ ἐν αὐτοῖς βελτίων, τουτέστι πλέον ἀγαπῶν τὸν ἕτερον, καὶ ἑτοίμως δωρούμενος, εἰς πενίαν ἐκπίπτει, ὁ δὲ χείρων, τουτέστιν ὁ ὑποκρινόμενος ἀγαπᾷν, καὶ διὰ τοῦτο λαμβάνων τὰς δωρεὰς, πλουσιότερος γένηται* (Bas. 30, 1, 1 sch. III, 499).

Прохиронъ. Вдвойнѣ нелѣпымъ поэтому представляется въ Прохиронѣ резюме легальныхъ доводовъ:

*Μεταξὺ ἀνδρὸς καὶ γυναικὸς οὐκ ἔρρωται δωρεὰ διὰ τὸν ἔρωτα, καὶ τὸ μὴ ἔχειν αὐτοὺς διαζυγίου πρόφασιν ἐκ τοῦ μὴ δωρεῖσθαι, καὶ διὰ τὸ μὴ γίνεσθαι τὸν εὔπορον ἄπορον καὶ τὸν ἄπορον εὔπορον* (Prochir. 10, 1, p. 69 Zachariae).

Василики, Синопсисъ, Арменопулъ. Однако это резюме буквально повторяется въ Василикахъ (30, 1, 1—3, III, 499), въ большомъ Синопсисѣ (*Δ*, 42, 3, Jus Graeco-romanum V, 276 Zachariae) и у Арменопула (4, 14, 1, p. 570—572 Heimb.).

Мѣстные законы Бессарабіи. Въ составѣ послѣдняго источника оно и до сего дня является дѣйствующимъ сепаратнымъ правомъ Бессарабской губерніи и гласитъ въ оффиціальномъ переводѣ (кн. 4 тит. 11):

Даръ между супругами не имѣетъ законной силы: 1-е) ради супружеской любви, 2-е) чтобы не думали разводиться за то, что одинъ не дѣлаетъ другому подарковъ, 3-е) чтобы богатый супругъ не сдѣлался чрезъ сіе бѣднымъ, а бѣдный богатымъ.

Кормчая книга. Съ другой стороны изъ византійскаго права соотвѣтствующая норма перешла въ Кормчую книгу, гдѣ составляетъ начало 10-й грани Закона Градского, т. е. книги 49 (50) Кормчей книги:

**Междоу моужемъ и женою, не твердъ есть даръ похотн ради ею, и не имѣтн има распщенію кнны, по неже не быша дарове междоу има, тогѡ ради, еже бы не бытн богатомъ оубогъ, ни оубогомъ богатъ**[1].

[1] Выписка дана по Іосифовской Кормчей, гдѣ къ словамъ „понеже не быша дарове“ имѣется варіантъ „не вмѣняются“, а къ „еже бы не быти“ варіантъ „яко“.

# Приложеніе

## ко II-й главѣ.

## 1. Плавтъ.

(500—570 отъ о г.)

### Aulularia.

2, 1, 25 сл. (146 сл.).

Megadorus. Quid est id, soror? Eunomia. Quod tibi sempiternum
Salutare sit: liberis procreandis . . .
Meg. Ita di faxint! Eun Volo te uxorem
Domum ducere. Meg. Ei occidi! Eun. Quid ita?

### Captivi.

4, 2, 109 (889)

Liberorum quaerundorum causa ei, credo, uxor datast.

### Miles.

3, 1, 109 сл. (703 сл.)

At illa laus est, magno in genere et in divitiis maxumis
Liberos hominem educare, generi monumentum et sibi.

Cf. 3, 1, 122 сл. (716 сл.):

Nimis bona ratione nimiumque ad tete et tuam vitam habes:
Et tibi sunt gemini et trigemini, si te bene habes, filii.

## 2. Энній.

(515—585 отъ о. г.)

### Andromeda.

II, 96, p. 30 Ribb.[3]; VII, 120, p. 137 Vahlen[2].

Liberum quaesundum causa familiae matrem tuae.

Vahlen[2] ср. VIII, 121, p. 138:

Ut tibi Titanis Trivia dederit stirpem liberum.

Chresphontes.

IV, 120, p. 33 Ribb[3]; II, 129, p. 139 Vahlen[2].

Ducit me uxorem liberorum sibi quaesendum gratia.

### 3. Катонъ.

(520—605 отъ о. г.)

Plutarchus, *Κάτων* 25, 8.

*Πραττομένου δὲ τοῦ γάμου παραλαβὼν τοὺς ἐπιτηδείους ὁ υἱὸς τοῦ Κάτωνος ἠρώτησε τὸν πατέρα, μή τι μεμφόμενος ἢ λελυπημένος ὑπ' αὐτοῦ μητρυιὰν ἐπάγεται. Ὁ δὲ Κάτων ἀναβοήσας: „Εὐφήμησον", εἶπεν, „ὦ παῖ· πάντα γὰρ ἀγαστά μοι τὰ παρὰ σοῦ καὶ μεμπτὸν οὐδέν, ἐπιθυμῶ δὲ πλείονας ἐμαυτῷ τε παῖδας καὶ πολίτας τῇ πατρίδι τοιούτους ἀπολιπεῖν".*

### 4. Поливій.

(522—611 отъ о. г.)

32, 14, 2.

*Ὁ γὰρ Λεύκιος ὑπάρχων ἄτεκνος διὰ τὸ τοὺς μὲν εἰς ἑτέρας οἰκίας ἐκδεδόσθαι, τοὺς δ' ἄλλους υἱούς, οὓς ἔτραφε διαδόχους αὐτοῦ καὶ τοῦ γένους, πάντας μετηλλαχέναι, τούτοις ἀπέλιπε τὴν οὐσίαν.*

### 5. Гай Гракхъ.

(600—633 отъ о. г.)

Oratio de legibus promulgatis.

Фельсбергъ, Братья Гракхи, стр. 66; Schol. Bob., pro P. Sylla, § 26, p. 14 Hildebr.

Si vellem aput vos verba facere et a vobis postulare, cum genere summo ortus essem et cum fratrem propter vos amisissem, nec quisquam de P. Africani et Tiberi Gracchi familia nisi ego et puer restaremus, ut pateremini hoc tempore me quiescere, ne a stirpe genus nostrum interiret et uti aliqua propago generis nostri reliqua esset, haud scio, an lubentibus a vobis impetrassem.

### 6. Л. Афраній.

(600 — ? отъ о. г)

Vopiscus.

XII, 360, p. 252 Ribb.[3].

Antiquitas petenda in principio est mihi:
Maiores vestri incupidioris liberum
Fuere.

### 7. Варронъ.

(628—727 отъ о. г.)

Macrob. Sat. 1, 16, 18.

Mundus cum patet, deorum tristium atque inferum quasi ianua patet. Propterea non modo proelium committi, verum etiam dilectum rei militaris causa habere ac militem proficisci, navim solvere, uxorem liberum quaerendorum causa ducere, religiosum siet.

Lex Maenia.

Riese p. 153.

Si qui patriam, maiorem parentem, extinguit, in eo est culpa, quod facit pro sua parte is qui se eunuchat aut alioqui liberos non producit.

### 8. Цицеронъ.

(638—711 отъ о. г.)

In Verrem.

Act. II, 3, 69, 161.

Quibus in rebus non solum filio, Verres, sed etiam reipublicae fecisti iniuriam. Susceperas enim liberos non solum tibi, sed etiam patriae: qui non modo tibi voluptati, sed etiam qui aliquando usui reipublicae esse possent. Eos instituere atque erudire ad maiorum instituta atque civitatis disciplinam, non ad tua flagitia neque ad tuas turpitudines debuisti. Esset ex inerti atque impuro et improbo parente navus et pudens et probus filius: haberet aliquid abs te respublica muneris.

De officiis.

1, 17, 54.

Nam quum sit hoc natura commune animantium, ut habe-

ant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia. Id autem est principium urbis et quasi seminarium reipublicae.

1, 35, 128.

Latrocinari, fraudare, adulterare re turpe est, sed dicitur non obscene; liberis dare operam re honestum est, nomine obscenum; pluraque in eam sententiam ab eisdem contra uerecundiam disputantur.

De senectute.

11, 37.

Quattuor robustos filios, quinque filias, tantam domum, tantas clientelas Appius regebat et caecus et senex. Intentum enim animum, tamquam arcum, habebat, nec languescens succumbebat senectuti. Tenebat non modo auctoritatem, sed etiam imperium in suos: metuebant servi, uerebantur liberi, carum omnes habebant. Vigebat in illa domo mos patrius et disciplina.

Ad familiam.

9, 22, 3.

„Liberis dare operam“ quam honeste dicitur! Etiam patres rogant filios. Eius operae nomen non audent dicere.

## 9. Діонисій.

(между 650 и 750 отъ о г.)

Antiquitatum Romanarum.

II, 25, 7.

*Κατὰ δὲ τὴν ἑβδομὴν ἐπὶ ταῖς τριάκοντα καὶ ἑκατὸν ὀλυμπιάσιν ὑπατευόντων Μάρκου Πομπωνίου καὶ Γαΐου Παπιρίου πρῶτος ἀπολῦσαι λέγεται τὴν ἑαυτοῦ γυναῖκα Σπόριος Καρουΐλιος ἀνὴρ οὐκ ἀφανής, ἀναγκαζόμενος ὑπὸ τῶν τιμητῶν ὁμόσαι τέκνων ἕνεκα γυναικὶ συνοικεῖν (ἦν δ' αὐτῷ στείρα ἡ γυνή), ὃς ἐπὶ τῷ ἔργῳ τούτῳ καίτοι δι' ἀνάγκην γενομένῳ μισούμενος ὑπὸ τοῦ δήμου διετέλεσεν.*

### 10. Катуллъ.

(667—700 отъ о. г.)

61, 204 sq.

Ludite, ut lubet, et brevi
Liberos date: non decet
Tam vetus sine liberis
Nomen esse, sed indidem
Semper ingenerari.

64, 376 sqq.

Non illam nutrix orienti luce revisens
Hesterno collum poterit circumdare filo
Anxia nec mater discordis maesta puellae
Secubitu caros mittet sperare nepotes.

### 11. Горацій.

(689—746 отъ о. г.)

Epist. 1, 2, 44 сл.

Quaeritur argentum puerisque beata creandis
Uxor et incultae pacantur vomere silvae;
Quod satis est, cui contingit: nihil amplius optet.

### 12. Ливій.

(695—770 отъ о. г.)

Epitomae l. 59.

Q. Metellus censor censuit, ut cogerentur omnes ducere uxores liberorum creandorum causa.

### 13. Валерій Максимъ.

(около 730—785 отъ о. г)

7, 7, 4.

Septicia quoque mater Trachalorum Ariminiensium irata filiis in contumeliam eorum, cum iam parere non posset, Publicio seni admodum nupsit, testamento etiam utroque praeterito. A quibus aditus divus Augustus et nuptias mulieris et suprema iudicia improbavit, nam hereditatem maternam filios habere iussit, dotem, quia non creandorum liberorum causa coniugium intercesserat, virum retinere vetuit.

## 14. Плиній старшій.

(778—834 отъ о. г.)

Nat. Hist. 7, 45, 139—140.

Q. Metellus in ea oratione quam habuit supremis laudibus patris sui L. Metelli pontificis, bis consulis, dictatoris, magistri equitum, quindecimviri agris dandis, qui plurimos elephantos ex primo Punico bello duxit in triumpho, scriptum reliquit decem maximas res optimasque, in quibus quaerendis sapientes aetatem exigerent, consummasse eum: voluisse enim primarium bellatorem esse, optimum oratorem, fortissimum imperatorem, auspicio suo maximas res geri, maximo honore uti, summa sapientia esse, summum senatorem haberi, pecuniam magnam bono modo invenire, multos liberos relinquere et clarissimum in civitate esse. Haec contigisse ei nec ulli alii post Romam conditam.

## 15. Тацитъ.

(808—873 отъ о. г.)

Annales.

11, 27.

Haud sum ignarus fabulosum visum iri tantum ullis mortalium securitatis fuisse in civitate omnium gnara et nihil reticente, nedum consulem designatum cum uxore principis, praedicta die, adhibitis qui obsignarent, velut suscipiendorum liberorum causa convenisse, atque illam audisse auspicum verba, subisse, sacrificasse apud deos, discubitum inter convivas, oscula, complexus, noctem denique actam licentia coniugali.

## 16. Светоній.

(848—913 отъ о. г.)

Divus Iulius.

52.

Helvius Cinna, tribunus plebis, plerisque confessus est habuisse se scriptam paratamque legem, quam Caesar ferre iussisset, cum ipse abesset, uti uxores liberorum quaerendorum causa quas et quot vellet ducere liceret.

## 17. Апулей.

(около 878 — послѣ 914 отъ о. г.)

### Metamorphoseon.

IV, 26.

Tunc me gremio suo mater infelix tolerans mundo nuptiali decenter ornabat mellitisque saviis crebriter ingestis iam spem futuram liberorum votis anxiis propagabat.

V, 11—12.

„Nam et familiam nostram iam propagabimus et hic adhuc infantilis uterus gestat nobis infantem alium, si texeris nostra secreta silentio, divinum, si propagaberis, mortalem“. Nuntio Psyche laeta florebat et divinae subolis solatio plaudebat et futuri pignoris gloria gestiebat et materni nominis dignitate gaudebat.

V, 14.

„Psyche, non ita ut pridem parvula, et ipsa iam mater es. Quantum, putas, boni nobis in ista geris perula; quantis gaudiis totam domum nostram hilarabis. O nos beatas, quas infantis aurei nutrimenta laetabunt. Qui si parentum, ut oportet, pulchritudini responderit, prorsus Cupido nascetur“.

## 18. Геллій.

(883 — ? отъ о. г.)

### Noctium Atticarum.

4, 3, 2.

Servius quoque Sulpicius in libro, quem composuit de dotibus, tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas scripsit, cum Spurius Carvilius, cui Ruga cognomentum fuit, vir nobilis, divortium cum uxore fecerit, quia liberi ex ea corporis vitio non gignerentur, anno urbis conditae quingentesimo vicesimo tertio M. Atilio P. Valerio consulibus. Atque is Carvilius traditur uxorem, quam dimisit, egregie dilexisse carissimamque morum eius gratia habuisse, set iurisiurandi religionem animo atque amori praevertisse, quod iurare a censoribus coactus erat uxorem se liberum quaerundum gratia habiturum.

17, 21, 44.

Anno deinde post Romam conditam quingentesimo undevicesimo Sp. Carvilius Ruga primus Romae de amicorum sententia divortium cum uxore fecit, quod sterila esset iurassetque apud censores uxorem se liberum quaerundorum causa habere.

### 19. Тертулліанъ.

(около 903—983 отъ о. г.)

Apologeticum.

39.

In isto loco consortium solvimus, in quo solo ceteri homines consortium exercent, qui non amicorum solummodo matrimonia usurpant, sed et sua amicis patientissime subministrant: ex illa, credo, maiorum et sapientissimorum disciplina, Graeci Socratis et Romani Catonis, qui uxores suas amicis communicaverunt, quas in matrimonium duxerant liberorum causa et alibi creandorum, nescio quidem an invitas.

### 20. Кассій Діонъ.

(913—988 отъ о. г)

Рѣчь Августа.

56, 1, 2 — 56, 9

*Ἐπειδή τε οἱ ἱππῆς πολλῇ ἐν αὐταῖς σπουδῇ τὸν νόμον τὸν περὶ τῶν μήτε γαμούντων μήτε τεκνούντων καταλυθῆναι ἠξίουν, ἤθροισεν ἐς τὴν ἀγορὰν χωρὶς μὲν τοὺς ἀγυναίους σφῶν χωρὶς δὲ τοὺς γεγαμηκότας ἢ καὶ τέκνα ἔχοντας, καὶ ἰδὼν πολὺ τούτους ἐκείνων ἐλάττους ἤλγησέ τε καὶ διελέξατο αὐτοῖς τοιάδε.*

*„Εἰ καὶ ὀλίγοι παντάπασιν, ὥς γε πρὸς τοσοῦτον ὄγκον πόλεως εἰπεῖν, καὶ πολλῷ καταδεέστεροι τῶν ἑτέρων τῶν μηδὲν τῶν δεόντων πράττειν ἐθελόντων ἐστέ, ἀλλ᾽ ἔγωγε καὶ κατ᾽ αὐτὸ τοῦτο μᾶλλον ὑμᾶς ἐπαινῶ καὶ πολλὴν χάριν ὑμῖν ἔχω, ὅτι καὶ ἐπείσθητε καὶ τὴν πατρίδα συμπληθύετε. Ἐκ γὰρ τῶν οὕτω βιούντων παμπληθεῖς οἱ μετὰ ταῦτα Ῥωμαῖοι γενήσονται· καὶ γὰρ τὸ κατ᾽ ἀρχὰς καὶ πάνυ βραχεῖς ὄντες, ἔπειτα γάμων ἐπιμεληθέντες καὶ τέκνα ποιησάμενοι πάντας ἀνθρώπους οὐκ εὐανδρίᾳ μόνον ἀλλὰ καὶ πολυανθρωπίᾳ ὑπερέφυμεν. Ὧν χρὴ μεμνημένους τὸ θνητὸν τῆς φύσεως ἡμῶν ἀιδίῳ διαδοχῇ γενῶν ὥσπερ τινῶν λαμπαδίων παρα-*

μυθεῖσθαι, ἵν' ἐν ᾧ μόνῳ τῆς θείας εὐδαιμονίας ἡττώμεθα, τοῦτ' ἐξ ἀλλήλων ἀθάνατον καθιστώμεθα. Διὰ γὰρ τοῦτο καὶ τὰ μάλιστα ὁ πρῶτος καὶ μέγιστος ἐκεῖνος θεός, ὁ τεκτηνάμενος ἡμᾶς, διχῇ τε διεῖλε τὸ θνητὸν γένος, καὶ τὸ μὲν ἄρρεν αὐτοῦ τὸ δὲ θῆλυ ἀποδείξας ἔρωτα καὶ ἀνάγκην σφίσι τῆς πρὸς ἀλλήλους συνουσίας ἐνέβαλε, καὶ γόνιμον τὴν ὁμιλίαν αὐτῶν ἐποίησεν, ὅπως ἐκ τῶν ἀεὶ γεννωμένων ἀίδιον τρόπον τινὰ καὶ τὸ θνητὸν ἀπεργάσηται. Καίτοι καὶ αὐτῶν τῶν θεῶν οἱ μὲν ἄρρενες αἱ δὲ θήλειαι νομίζονται, καὶ οἱ μὲν γεγεννηκέναι τινὰς οἱ δ'ἐκ τινῶν γεγεννῆσθαι παραδέδονται· οὕτω καὶ παρ' ἐκείνοις τοῖς μηδὲν τούτων δεομένοις καλὸν εἶναι δέδοκται καὶ γάμος καὶ τέκνωσις. Ὥστε ὀρθῶς μὲν ἐποιήσατε τοὺς θεοὺς μιμησάμενοι, ὀρθῶς δὲ καὶ τοὺς πατέρας ζηλώσαντες, ἵν' ὥσπερ ὑμᾶς ἐκεῖνοι ἐγέννησαν, οὕτω καὶ ὑμεῖς ἄλλους τεκνώσητε, καὶ καθάπερ ἐκείνους ὑμεῖς προγόνους καὶ ἡγεῖσθε καὶ ὀνομάζετε, οὕτω καὶ ὑμᾶς ἕτεροι καὶ νομίσωσι καὶ προσείπωσι, τά τε ἔργα ὅσα ἐκεῖνοι καλῶς πράξαντες ὑμῖν μετ' εὐκλείας παρέδοσαν, καὶ ὑμεῖς ἄλλοις παραδῶτε, καὶ τὰ κτήματα ὅσα αὐτοὶ κτησάμενοι κατέλιπον ὑμῖν, καὶ ὑμεῖς ἑτέροις ἐξ ὑμῶν αὐτῶν γεγονόσι καταλίπητε. Πῶς μὲν γὰρ οὐκ ἄριστον γυνὴ σώφρων οἰκουρὸς οἰκονόμος παιδοτρόφος ὑγιαίνοντά τε εὐφρᾶναι καὶ ἀσθενοῦντα θεραπεῦσαι, εὐτυχοῦντί τε συγγενέσθαι καὶ δυστυχοῦντα παραμυθήσασθαι, τοῦ τε νέου τὴν ἐμμανῆ φύσιν καθείρξαι καὶ τοῦ πρεσβυτέρου τὴν ἔξωρον αὐστηρότητα κεράσαι; Πῶς δ' οὐχ ἡδὺ ἀνελέσθαι τέκνον ἐξ ἀμφοῖν συμπεφυκὸς καί θρέψαι καὶ παιδεῦσαι, εἰκόνα μὲν τοῦ σώματος, εἰκόνα δὲ καὶ τῆς ψυχῆς, ὥστε ἐν ἐκείνῳ αὐξηθέντι ἕτερον αὐτὸν γενέσθαι; Πῶς δ' οὐ μακαριστόν, ἀπαλλαττόμενον ἐκ τοῦ βίου, διάδοχον καὶ κληρονόμον οἰκεῖον ἐξ ἑαυτοῦ γεγονότα καὶ τοῦ γένους καὶ τῆς οὐσίας καταλιπεῖν, καὶ τῇ μὲν φύσει τῇ ἀνθρωπίνῃ διαλυθῆναι τῇ δὲ ἐκείνου διαδοχῇ ζῆσαι, καὶ μήτ' ἐπ' ἀλλοτρίοις ὥσπερ ἐν πολέμῳ γενέσθαι μήτε ἄρδην ὥστε ἐν πολέμῳ γε ἀπολέσθαι; Καὶ ταῦτα μὲν τὰ κέρδη ἴδιά που τοῖς γαμοῦσι καὶ τεκνοποιοῦσιν ὑπάρχει· τῷ δὲ δὴ κοινῷ, οὗπερ ἕνεκα καὶ παρὰ γνώμην πολλὰ ποιεῖν ὀφείλομεν, πῶς μὲν οὐ καλὸν πῶς δ' οὐκ ἀναγκαῖον, εἴπερ αἵ τε πόλεις καὶ οἱ δῆμοι ἔσονται, καὶ ὑμεῖς τε ἑτέρων ἄρξετε καὶ οἱ ἄλλοι ὑμῖν ὑπακούσουσι, πολυπληθία ἔν τῇ εἰρήνῃ γῆν ἐργάσασθαι καὶ ναυτιλίας ναυτίλασθαι τέχνας τε ἀσκῆσαι καὶ δημάυργίας ἐπιτηδεῦσαι, καὶ ἐν πολέμῳ τιο τε ὄντα προθυμότερον διὰ τὰ γένη σῶσαι καὶ ἀντὶ τῶν ἀπολλυμένων ἑτέρους ἀντικατασθῆσαι; Ὑμᾶς μὲν οὖν, ὦ ἄνδρες (μόνοι γὰρ ἂν ἄνδρες δικαίως ὀνομάζοισθε) καὶ ὦ πατέρες (καὶ γὰρ

ταύτην ἄξιοι τὴν ἐπωνυμίαν ὁμοίως ἐμοὶ ἔχειν ἐστέ), καὶ φιλῶ διὰ ταῦτα καὶ ἐπαινῶ, καὶ τούτοις τε οἷς ἔθηκα ἄθλοις ἀγάλλω, καὶ προσέτι καὶ ἄλλαις καὶ τιμαῖς καὶ ἀρχαῖς ἐπιγαυρώσω, ὥστ' αὐτούς τε μεγάλα καρπώσασθαι καὶ τοῖς παισὶ μὴ ἐλάττω καταλιπεῖν. Μεταβήσομαι δὲ δὴ καὶ ἐπὶ τοὺς ἄλλους τοὺς οὔτε τι τῶν ὁμοίων ὑμῖν πεποιηκότας καὶ πάντων διὰ τοῦτο τῶν ἐναντίων τευξομένους, ἵνα μὴ μόνον ἐκ τῶν λόγων ἀλλὰ καὶ ἐκ τῶν ἔργων ἔτι καὶ μᾶλλον καταμάθητε ὅσον αὐτῶν διαφέρετε".

Ταῦτ' εἰπών, καὶ τὰ μὲν παραχρῆμα δούς τισιν αὐτῶν τὰ δ' ὑποσχόμενος, μετῆλθέ τε πρὸς τοὺς ἑτέρους καὶ ἔλεξε καὶ ἐκείνοις τάδε.

„Θαυμαστὸν μέν τι πέπονθα, ὦ τί ἂν ὀνομάσαιμι ὑμᾶς; ἄνδρας; ἀλλ' οὐδὲν ἀνδρῶν ἔργον παρέχεσθε· πολίτας; ἀλλ' ὅσον ἐφ' ὑμῖν, ἡ πόλις ἀπόλλυται. Ῥωμαίους; ἀλλ' ἐπιχειρεῖτε τὸ ὄνομα τοῦτο καταλῦσαι. Οὐ μὲν ἀλλ' ἔγωγε οἵτινές ποτέ ἐστε καὶ ὁτιδήποτε χαίρετε ὀνομαζόμενοι, παράδοξον μέν τι πάθος πέπονθα. Ὑπὲρ γὰρ τῆς πολυανθρωπίας ὑμῶν ἀεί τε πάντα ποιῶν καὶ νῦν ἐπιτιμήσειν ὑμῖν μέλλων, ἀηδῶς ὑμᾶς ὁρῶ πολλοὺς ὄντας, καὶ μᾶλλον ἂν ἠβουλόμην τοσούτους μὲν τοὺς ἑτέρους ἐκείνους, οἷς προδιείλεγμαι, εἶναι, ὅσοι ὑμεῖς ὁρᾶσθε, ὑμὰς δὲ δὴ μάλιστα μὲν σὺν ἐκείνοις τετάχθαι, εἰ δὲ μή, μηδὲ εἶναι· οἵτινες οὔτε τῆς τῶν θεῶν προνοίας οὔτε τῆς τῶν προπατόρων επιμελείας ἐνθυμηθέντες επιθυμεῖτε πᾶν μὲν τὸ γένος ἡμῶν ἀφανίσαι καὶ θνητὸν ὄντως ποιῆσαι, πᾶν δὲ τὸ Ῥωμαίων ἔθνος φθεῖραι καὶ παῦσαι. Τί μὲν γὰρ ἂν ὑπολειφθείη σπέρμα ἀνθρώπινον, ἂν τὰ αὐτὰ ὑμῖν καὶ οἱ ἄλλοι πάντες πράξωσιν ; ὧν ἀρχηγοὶ γεγονότες εὐλόγως ἂν τὴν αἰτίαν τῆς πανωλεθρίας ἔχοιτε. Πῶς δ' οὐ, κἂν μηδένες ἄλλοι ζηλώσωσιν ὑμᾶς, εἰκότως ἂν καὶ δι' αὐτὸ τοῦτο μισοῖσθε, ὅτι παρορᾶτέ τε ἃ μηδεὶς ἂν ἄλλος παρίδοι καὶ ἀμελεῖτε ὧν οὐδεὶς ἂν ἄλλος ἀμελήσειε, καὶ νόμους καὶ ἐπιτηδεύματα τοιαῦτα ἐσφέρετε ἃ ζηλώσαντες μὲν πάντες ἂν ἀπόλοιντο, μισήσαντες δ' ὑμᾶς ἂν δικαιώσειαν. Οὐδὲ γὰρ οὐδὲ τῶν φονέων φειδόμεθα ὅτι μὴ πάντες φονεύουσιν, οὐδὲ τοὺς ἱεροσύλους ἀφίεμεν ὅτι μὴ πάντες ἱεροσυλοῦσιν, ἀλλ' ὅστις ἂν τῶν ἀπειρημένων τι πράττων ἁλῷ, καὶ ὑπὲρ αὐτοῦ τούτου κολάζεται, ὅτι μόνος ἢ καὶ μετ' ὀλίγων ποιεῖ τι τοιοῦτον ὃ μηδεὶς ἕτερος. Καίτοι κἂν τὰ μέγιστά τις ἀδικήματα ὀνομάσῃ, οὐδέν ἐστι τἆλλα πρὸς τοῦτο τὸ νῦν ὑφ' ὑμῶν γιγνόμενον, οὐχ ὅτι ἓν πρὸς ἓν ἐξεταζόμενα, ἀλλ' οὐδὲ ὁμοῦ πάντα πρὸς τοῦτο τὸ ἓν παραβαλλόμενα. Καὶ γὰρ μιαιφονεῖτε, μηδὲ τεκνοῦντες ἀρχὴν τοὺς ἐξ ὑμῶν γεννηθῆναι ὀφείλοντας, καὶ

ἀνοσιουργεῖτε, τά τε ὀνόματα καὶ τὰς τιμὰς τῶν προγόνων παύοντες, καὶ ἀσεβεῖτε, τά τε γένη ὑμῶν τὰ καταδειχθέντα ὑπὸ τῶν θεῶν ἀφανίζοντες, καὶ τὸ μέγιστον τῶν ἀναθημάτων αὐτῶν, τὴν ἀνθρωπίνην φύσιν, ἀπολλύντες, τά τε ἱερὰ διὰ τούτου καὶ τοὺς ναοὺς αὐτῶν ἀνατρέποντες. Καὶ μέντοι καὶ τὴν πολιτείαν καταλύετε, μὴ πειθόμενοι τοῖς νόμοις, καὶ τὴν πατρίδα προδίδοτε, στερίφην τε αὐτὴν καὶ ἄγονον ἀπεργαζόμενοι, μᾶλλον δὲ ἄρδην κατασκάπτετε, ἔρημον τῶν οἰκησόντων ποιοῦντες· ἄνθρωποι γάρ που πόλις ἐστίν, ἀλλ' οὐκ οἰκίαι οὐδὲ στοαὶ οὐδ' ἀγοραὶ ἀνδρῶν κεναί. Ἐνθυμήθητε οὖν, τίνα μὲν οὐκ ἂν ὀργὴν ὁ Ῥωμύλος ἐκεῖνος ὁ ἀρχηγέτης ἡμῶν δικαίως λάβοι, λογισάμενος τά τε καθ' ἑαυτόν, ὅθεν ἐγεννήθη, καὶ τὰ ὑμέτερα, ὅτι οὐδὲ ἐκ νομίμων γάμων παιδοποιεῖσθαι ἐθέλετε· τίνα δ' οὐχ ἂν οἱ μετ' αὐτοῦ Ῥωμαῖοι, ἐννοήσαντες ὅτι αὐτοὶ μὲν καὶ τὰς ἀλλοτρίας κόρας ἥρπασαν, ὑμεῖς δὲ οὐδὲ τὰς οἰκείας ἀγαπᾶτε, καὶ οἱ μὲν καὶ ἐκ τῶν πολεμίων ἐπαιδοποιήσαντο, ὑμεῖς δὲ οὐδὲ ἐκ τῶν πολιτίδων τεκνοῦτε· τίνα ὁ Κούρτιος ὁ καὶ ἀποθανεῖν ὑπομείνας, ἵνα μὴ στερηθῶσι τῶν γυναικῶν οἱ γεγαμηκότες· τίνα Ἑρσιλία ἡ καὶ τῇ θυγατρὶ ἀκολουθήσασα καὶ τὰ γαμικὰ πάνθ' ἡμῖν καταδείξασα. Ἀλλ' οἱ μὲν πατέρες ἡμῶν καὶ ἐπολέμησαν πρὸς Σαβίνους ὑπὲρ τῶν γάμων, καὶ κατελύσαντο τῶν τε γυναικῶν αὐτῶν καὶ τῶν τέκνων συναλλαξάντων σφᾶς, ὅρκους τε ἐπὶ τούτοις ἐπήγαγον καὶ συνθήκας τινὰς ἐποιήσαντο· ὑμεῖς δε καὶ ἐκεῖνα πάντα συγχεῖτε. Διὰ τί; ἢ ἵνα καὶ αὐτοὶ ἀεὶ ἄγυνοι ἦτε, ὥσπερ αἱ ἱέρειαι αἱ ἀειπαρθένοι ἄνανδροί εἰσιν; οὐκοῦν καὶ κολάζεσθε, ἂν ασελγαίνητέ τι, ὥσπερ καὶ ἐκεῖναι.

Πικρῶς εὖ οἶδ' ὅτι καὶ τραχέως δοκῶ ὑμῖν διαλέγεσθαι. Ἀλλὰ πρῶτον μὲν λογίσασθε ὅτι καὶ ἰατροὶ συχνοὺς καὶ καίοντες καὶ τέμνοντες, ὅταν μὴ δύνωνται ἄλλως πως ὑγιεῖς γενέσθαι, θεραπεύουσιν, ἔπειτα δὲ ὅτι οὔτε ἑκὼν οὐθ' ἡδέως αὐτὰ λέγω, ὥστε ἐγὼ μὲν καὶ αὐτὸ τοῦθ' ὑμῖν ἐγκαλῶ ὅτι με ἐς τούτους τοὺς λόγους προηγάγετε, ὑμεῖς δ' εἴπερ ἄχθεσθε τοῖς εἰρημένοις, μὴ ποιεῖτε ταῦτα ἐφ' οἷς ἀναγκαίως κακῶς ἀκούετε. Εἰ γὰρ δὴ δάκνει τινὰς ὑμῶν τὰ ὑπ' ἐμοῦ λεγόμενα, πῶς οὐ πολὺ μᾶλλον καὶ ἐμὲ καὶ τοῦς ἄλλους Ῥωμαίους πάντας τὰ ὑφ' ὑμῶν ποιούμενα; οὐκοῦν εἴπερ ὡς ἀληθῶς ἀσχάλλετε, μεταβάλεσθε, ἵνα καὶ ἐπαινέσω ὑμᾶς καὶ διαμείψωμαι. Ὅτι γὰρ οὔτε τῇ φύσει χαλεπός εἰμι, πάντα τε ὅσα προσῆκον ἦν τὸν ἀγαθὸν νομοθέτην πρᾶξαι ἀνθρωπίνως προκατεστησάμην, οὐδ' αὐτοὶ ἀγνοεῖτε. Ἦν μὲν γὰρ οὐδὲ πρόσθεν ἐξὸν αμελεῖν τισι παιδοποιίας καὶ γάμων· καὶ γὰρ ἀπ' ἀρχῆς εὐθὺς ἅμα τῇ πρώτῃ τῆς πολιτείας καταστάσει ἀκριβῶς

περὶ αὐτῶν ἐνομοθετήθη, καὶ μετὰ τοῦτο πολλὰ καὶ τῇ βουλῇ καὶ τῷ δήμῳ ἔδοξεν, ἃ περιττὸν ἂν εἴη καταλέγειν· ἐγὼ δὲ ἐπηύξησα μὲν τὰ ἐπιτίμια τοῖς ἀπειθοῦσιν, ἵνα φόβῳ τοῦ περιπεσεῖν αὐτοῖς σωφρονίζοισθε, ἔθηκα δὲ καὶ ἆθλα τοῖς πειθαρχοῦσι τοσαῦτα καὶ τηλικαῦτα ἡλίκα καὶ ὅσα ἐπ' οὐδεμιᾷ ἄλλῃ ἀνδραγαθίᾳ δίδονται, ἵν' εἰ καὶ διὰ μηδὲν ἄλλο διά γε ταῦτα καὶ γαμεῖν καὶ παιδοποιεῖν ἀναπείσθοισθε. Ἀλλ' ὑμεῖς οὔτε ἐκείνων τινὸς ὀριγνηθέντες οὔτε τῶν ἐπιτιμίων τι φοβηθέντες πάντα τε αὐτὰ κατεφρονήσατε καὶ πάντα αὐτὰ ὡς οὐδὲ ἐν πόλει τινὶ οἰκοῦντες κατεπατήσατε. Καὶ φατὲ μὲν τὸν εὔζωνον δὴ τοῦτον καὶ ἐλεύθερον βίον τὸν ἄγυνον καὶ ἄτεκνον ἐπανῃρῆσθαι, λῃστῶν δὲ δὴ καὶ θηρίων τῶν ἀγριωτάτων οὐδὲν διαφέρετε. Οὐ γὰρ δὴ δήπου μοναυλία χαίρετε, ἵν' ἄνευ γυναικῶν διάγητε, οὐδὲ ἔστιν ὅστις ὑμῶν ἢ σιτεῖται μόνος ἢ καθεύδει μόνος, ἀλλ' ἐξουσίαν καὶ ὑβρίζειν καὶ ἀσελγαίνειν ἔχειν ἐθέλετε. Καίτοι καὶ μνηστεύειν ὑμῖν ἁπαλὰς ἔτι κόρας καὶ μηδέπω γάμων ὡραίας ἐπέτρεψα, ἵνα τὸ ὄνομα τῶν μελλονυμφίων ἔχοντες οἰκωφελῶς βιῶητε, καὶ ἐξελευθέρας τοῖς γε ἔξω τοῦ βουλευτικοῦ οὖσιν ἄγεσθαι συνεχώρησα, ἵν' εἰ καί τις ἐξ ἔρωτος ἢ καὶ συνηθείας τινὸς ἐς τοῦθ' ὑπαχθείη, ἐννόμως αὐτὸ ποιοίη. Καὶ οὐδὲ ἐς ταῦτα μέντοι κατήπειξα ὑμᾶς, ἀλλὰ τὸ μὲν πρῶτον τρία ἔτη ὅλα πρὸς παρασκευὴν ὑμῖν ἔδωκα, τὸ δὲ δεύτερον δύο. Ἀλλ' οὐδὲν οὐδ' οὕτως οὐτ' ἀπειλῶν οὔτε προτρέπων οὔτ' ἀναβαλλόμενος οὔτε δεόμενός τι πεποίηκα. Ὁρᾶτε γὰρ καὶ αὐτοὶ ὅσῳ πλείους τῶν γεγαμηκότων ἐστέ· οὓς ἐχρῆν ἤδη τοσούτους ἑτέρους, μάλλον δὲ πολλαπλασίους παῖδας ἡμῖν παρεσχηκέναι. Πῶς μὲν γὰρ ἄν ἄλλως τὰ γένη διαμείνειε, πῶς δ' ἂν τὸ κοινὸν διασωθείη μήτε γαμούντων ἡμῶν μήτε παιδοποιουμένων; οὐ γάρ που καὶ ἐκ τῆς γῆς προσδοκᾶτέ τινας ἀναφύσεσθαι τοὺς διαδεξομένους τά τε ὑμέτερα καὶ τὰ δημόσια, ὥσπερ οἱ μῦθοι λέγουσιν. Οὐ μὴν οὐδ' ὅσιον ἦ καὶ καλῶς ἔχον ἐστὶ τὸ μὲν ἡμέτερον γένος παύσασθαι καὶ τὸ ὄνομα τὸ Ῥωμαίων ἐν ἡμῖν ἀποσβῆναι, ἄλλοις δέ τισιν ἀνθρώποις Ἕλλησιν ἢ καὶ βαρβάροις τὴν πόλιν ἐκδοθῆναι. Ἢ τοὺς μὲν δούλους δι' αὐτὰ τοῦτο μάλιστα ἐλευθεροῦμεν, ὅπως ὡς πλείστους ἐξ αὐτῶν πολίτας ποιώμεθα, τοῖς τε συμμάχοις τῆς πολιτείας μεταδίδομεν ὅπως πληθύωμεν· αὐτοὶ δ' ὑμεῖς οἱ ἀπ' ἀρχῆς Ῥωμαῖοι, οἱ τοὺς προγόνους ἐκείνους τοὺς Μαρκίους τοὺς Φαβίους τοὺς Κυιντίους τοὺς Οὐαλερίους τοὺς Ἰούλλους καταλέγοντες, ἐπιθυμεῖτε μεθ' ὑμῶν αὐτῶν καὶ τὰ γένη ἅμα καὶ τὰ ὀνόματα ἀπολέσαι; ἀλλ' ἔγωγε αἰσχύνομαι καὶ ὅτι τοσοῦτον εἰπεῖν προήχθην. Παύσασθε οὖν μαινόμενοι, καὶ λογίσασθε ἤδη ποτὲ ὅτι ἀδύνατόν ἐστι,

πολλῶν μὲν ἐν ταῖς νόσοις πολλῶν δὲ καὶ ἐν τοῖς πολέμοις ἑκάστοτε τελευτώντων, σωθῆναι τὴν πόλιν, ἂν μὴ τὸ πλῆθος αὐτῆς ἐκ τῶν ἀεὶ ἐπιγιγνομένων ἀναπληρῶται. Καὶ μηδεὶς ὑμῶν οἰέσθω με ἀγνοεῖν ὅτι ἔστι τινὰ καὶ ἐν τῷ γάμῳ καὶ ἐν τῇ τεκνοποιίᾳ καὶ δυσχερῆ καὶ λυπηρά· ἀλλ' ἐκεῖνο ἐνθυμεῖσθε, ὅτι οὐδ' ἄλλο τι ἀγαθὸν ἔχομεν ᾧ μὴ καὶ ἀνιαρόν τι παραμέμικται, καὶ τοῖς γε πλείστοις καὶ μεγίστοις αὐτῶν πλεῖστα καὶ μέγιστα συμπέφυκεν. Ὥστ' εἰ ταῦτ' ἐκκλίνετε, μηδὲ ἐκείνων ἐπορέγεσθε. Πᾶσι γὰρ ὡς εἰπεῖν τοῖς ἀρετὴν καὶ ἡδονήν τινα εἰλικρινῆ ἔχουσι καὶ προπονεῖν καὶ συμπονεῖν καὶ ἐπιπονεῖν χρή· τί γὰρ δεῖ καθ' ἕκαστον αὐτῶν ἐπεξιόντα μακρηγορεῖν; οὐκοῦν εἰ καὶ ἐν τῷ γῆμαι καὶ ἐν τῷ τεκνῶσαι ἀνιαρά τινα ἔνεστιν, ἀντιλογίζεσθε καὶ τὰ ἀμείνονα, καὶ πλείω τε καὶ ἀναγκαιότερα αὐτὰ εὑρήσετε. Πρὸς γὰρ δὴ τοῖς ἄλλοις ἀγαθοῖς τοῖς φύσει προσοῦσιν αὐτοῖς καὶ τὰ παρὰ τῶν νόμων ἆθλα, ὧν πολλοστὸν μέρος καὶ ἀποθνήσκειν συχνοὺς ἀναπείθει, πάντα ἄν τινα πειθαρχῆσαί μοι ὑπαγάγοιτο. Καίτοι πῶς οὐκ αἰσχρόν, ὑπὲρ ὧν ἕτεροι καὶ ἑαυτοὺς προΐενται, ὑπὲρ τούτων ὑμᾶς μήτε γυναῖκας ἄγεσθαι μήτε τέκνα τρέφειν βούλεσθαι;

Ἐγὼ μέν, ὦ ἄνδρες πολῖται (νομίζω γὰρ ὑμᾶς νῦν γε πεπεικέναι καὶ ἐν τῷ τῶν πολιτῶν ὀνόματι ἐμμεῖναι καὶ τὴν τῶν ἀνδρῶν τῶν τε πατέρων προσηγορίαν προσλαβεῖν), ταῦθ' ὑμῖν ἐπετίμησα ἀηδῶς μὲν ἀναγκαίως δέ, οὐχ ὡς ἐχθρὸς οὐδ' ὡς μισῶν ὑμᾶς, ἀλλὰ φιλῶν, καὶ ἐπιθυμῶν καὶ ἑτέρους ὁμοίους ὑμῖν πολλοὺς κτήσασθαι, ἵν' ἑστίας ἐννόμους οἰκοῦντες καὶ οἰκίας πλήρεις γενῶν ἔχοντες τοῖς τε θεοῖς μετά τε τῶν γυναικῶν καὶ μετὰ τῶν παίδων προσερχώμεθα, καὶ ἀλλήλοις ὁμιλῶμεν πάντα τε ἐκ τοῦ ἴσου παραβαλλόμενοι καὶ τὰς ἐπ' αὐτοῖς ἐλπίδας ἐκ τοῦ ὁμοίου καρπούμενοι. Ἢ πῶς μὲν ἂν καλῶς ἄρχοιμι ὑμῶν, ἂν ἐλάττους ὑμᾶς ἀεὶ γιγνομένους ὁρῶν ἀνέχωμαι; πῶς δ' ἂν ἔτι πατὴρ ὑμῶν ὀρθῶς ὀνομαζοίμην, ἂν μὴ καὶ παῖδας τρέφητε; ὥστ' εἴπερ ὄντως τά τε ἄλλα ἀγαπᾶτέ με, καὶ ταύτην μοι τὴν προσηγορίαν οὐχ ὡς κολακεύοντες ἀλλ' ὡς τιμῶντες ἐδώκατε, ἐπιθυμήσατε καὶ ἄνδρες καὶ πατέρες γενέσθαι, ἵνα καὶ αὐτοὶ τῆς ἐπωνυμίας ταύτης μεταλάβητε καὶ ἐμὲ φερώνυμον αὐτῆς ποιήσητε."

63, 13.

Ὠνόμασε δὲ Σαβῖναν τὸν Σπόρον οὐ κατὰ τοῦτο μόνον ὅτι διὰ τὴν ὁμοιότητα αὐτῆς ἐξετέτμητο, ἀλλ' ὅτι καὶ ἐγήματο αὐτῷ, ὥσπερ καὶ ἐκείνη, ἐν τῇ Ἑλλάδι κατὰ συμβόλαιον, ἐκδόντος αὐτὸν τοῦ Τιγελλίνου, ὥσπερ ὁ νόμος ἐκέλευε. Καὶ τοὺς τὲ γάμους

*αὐτῶν πάντες οἱ Ἕλληνες ἑώρτασαν, τά τε ἄλλα οἷα εἰκὸς ἦν ἐπιλέγοντες, καὶ γνησίους σφίσι παῖδας γεννηθῆναι εὐχόμενοι. Κἀκ τούτου συνεγίνοντο ἅμα τῷ Νέρωνι Πυθαγόρας μὲν ὡς ἀνήρ, Σπόρος δὲ ὡς γυνή· πρὸς γὰρ τοῖς ἄλλοις καὶ κυρία καὶ βασιλὶς καὶ δέσποινα ὠνομάζετο.*

### 21. Каллистратъ.

(приблизительно 920—970 отъ о. г.)

Quaestionum l. l. II.

Dig. 50, 16, 220, 3.

Praeter haec omnia natura nos quoque docet parentes pios, qui liberorum procreandorum animo et voto uxores ducunt, filiorum appellatione omnes, qui ex nobis descendunt, continere; nec enim dulciore nomine possumus nepotes nostros quam „filii“ appellare. Etenim idcirco filios filiasque concipimus atque edimus, ut ex prole eorum earumve diuturnitatis nobis memoriam in aevum relinquamus.

### 22. Ульпіанъ.

(920 (?) — 981 отъ о. г.).

Liber singularis regularum.

III, 3.

Liberis ius Quiritium consequitur Latinus, qui minor triginta annorum manumissionis tempore fuit. Nam lege Junia cautum est, ut si civem Romanam vel Latinam uxorem duxerit, testatione interposita, quod liberorum quaerendorum causa uxorem duxerit, postea filio filiave nato natave et anniculo facto possit aput praetorem vel praesidem provinciae causam probare et fieri civis Romanus tam ipse, quam filius filiave eius et uxor, scilicet si et ipsa Latina sit: nam si uxor civis Romana sit, partus quoque civis Romanus est ex senatusconsulto, quod auctore divo Hadriano factum est.

### 23. Псевдо-Квинтиліанъ.

(относится къ 3-му вѣку по Р. Х.)

Declamatio 247.

Sermo.

Quomodo ergo ista „societas vitae“ adiecta non quidem mentitur, sed afficit necessarium, ita illud quoque „nuptiis

collocata“ efficit uxorem; sed non hoc solummodo erit. Fingamus enim nuptias quidem fecisse nullas, coisse autem liberorum creandorum gratia: non tamen uxor non erit, quamvis nuptiis non sit collocata.

### 24. Императоръ Провъ.

(царствовалъ 1029—1035 отъ о. г.)

Fortunato.

Cod. 5, 4, 9.

Si vicinis vel aliis scientibus uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti et ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulae neque ad natam filiam pertinentes factae sunt, non ideo minus veritas matrimonii aut susceptae filiae suam habet potestatem.

### 25. Спартіанъ.

(между 1000 и 1100 отъ о. г.)

Pescennius Niger.

6, 6.

Cetera corporis parte candidus (fuit) et magis pinguis, vini avidus, cibi parcus, rei veneriae nisi ad creandos liberos prorsus ignarus.

### 26. Св. Амвросій Медіоланскій.

(около 1093—1150 отъ о. г.)

Commentaria in Epistolam ad Corinthios I.

7, 5.

Si enim causa filiorum creandorum ducitur uxor, non multum tempus concessum videtur ad ipsum usum, quia et dies festi, et dies processionis, et ipsa ratio conceptus et partus iuxta legem cessari temporibus his debere demonstrant.

Expositio Evangelii sec. Lucam l. 1, 43.

Est enim unicuique officio praescripta aetas, et quod tempore decet, tempore non decet, aevique mutatio facti uniuscuisque mutat saepe naturam. Sunt etiam ipsi quaedam tempora praescripta coniugio, quando dare operam liberis sit decorum: dum anni vigent, dum suscipiendorum liberorum spes

est; dum generandi usus est in exemplo, copulae quoque usus in studio est: at vero ubi matura aevi senectus successerit et aetas regendis liberis habilior quam creandis, pudor est legitimi licet coitus indicia gestare et gravari alienae aetatis onere et tumescere alvum non sui temporis fructu.

## 27. Бл. Августинъ.

(1107—1183 отъ о. г.)

### De moribus Manichaeorum.

II, 18, 65.

Nonne vos estis, qui nos solebatis monere, ut, quantum fieri posset, observaremus tempus, quo ad conceptum mulier post genitalium inguinum purgationem apta esset, eoque tempore a concubitu temperaremus, ne carni anima implicaretur? Ex quo illud sequitur, ut non liberorum procreandorum causa, sed satiandae libidinis habere coniugem censeatis. Nuptiae autem, ut ipsae nuptiales tabulae clamant, liberorum procreandorum causa marem feminamque coniungunt. Quisquis ergo procreare liberos, quam concumbere, gravius dicit esse peccatum, prohibet utique nuptias et non iam uxorem, sed meretricem feminam facit, quae donatis sibi certis rebus viro ad explendam eius libidinem iungitur. Si enim uxor est, matrimonium est; non autem matrimonium est, ubi datur opera, ne sit mater: non igitur uxor. Quocirca nuptias prohibetis nec ab hoc crimine, quod olim a Spiritu Sancto de vobis praedictum est, ulla vos ratione defenditis.

### De nuptiis et concupiscentia.

I, 4, 5[1].

Verum, quod dixi, ad naturam pertinere nuptiarum, ut mas et femina generandi societate iungantur et ita invicem non fraudent, sicut omnis societas fraudulentum socium non volt, hoc tam evidens bonum cum infideles habent, quia infideliter utuntur, in malum peccatumque convertunt.

Etiamsi tanta sit observantia, ut secundum matrimonia-

[1] Кромѣ приводимыхъ двухъ текстовъ въ первой книгѣ много однородныхъ матеріаловъ, но они частью окрашены библейскими ученіями, частью евангельскими, и потому для нашей цѣли бездоказательны.

les tabulas nonnisi liberorum procreandorum causa concumbant, non est in eis vera pudicitia coniugalis.

I, 10, 11.

Cuius sacramenti tanta observatio est in civitate Dei nostri, in monte sancto eius, hoc est in ecclesia Christi, quibusque fidelibus coniugatis, qui sine dubio membra sunt Christi, ut, cum filiorum procreandorum causa vel nubant feminae, vel ducantur uxores, nec sterilem coniugem fas sit relinquere, ut alia fecunda ducatur. Quod si quisquam fecerit, non lege huius saeculi, ubi interveniente repudio sine crimine conceditur cum aliis alia copulare conubia, quod etiam sanctum Moysen Dominus propter duritiem cordis illorum Israëlitis permisisse testatur, sed lege Evangelii reus est adulterii.

Contra Julianum.

III, 7, 14.

Quando dixi „fecunditatem esse reprobandam“, cum ad benedictionem pertineat nuptiarum?

III, 7, 16.

Hoc si esset consequens, me non premeret, qui commixtionem nuptialem, id est liberorum procreandorum causa, non solum malam non dico, verum etiam bonam dico.

Contra Faustum.

15, 7.

Ac sic auditores vestros, dum cavent, ne feminae, quibus miscentur, concipiant, etiam uxorum adulteros faciatis. Ducunt enim eas ex lege matrimonii, tabulis proclamantibus, „liberorum procreandorum causa“; et vestra lege, metuentes, ne particulas dei sui sordibus carnis afficiant, ad explendam tantum libidinem feminis impudica coniunctione miscentur, filios autem inviti suscipiunt, — propter quod solum coniugia copulanda sunt.

19, 26.

Matrimonium quippe ex hoc appellatum est, quod non ob aliud debeat femina nubere, quam ut mater fiat.

De civitate Dei.

XIV, 19.

Quid? Concubitus coniugalis, qui, secundum matrimonialium praescripta tabularum, procreandorum fit causa liberorum, nonne et ipse, quamquam sit licitus et honestus, remotum ab arbitris cubile requirit?

Sermones.

51, 13, 22[1].

Ceterum qui uxoris carnem amplius appetit, quam praescribit limes ille „liberorum procreandorum causa“, contra ipsas tabulas facit, quibus eam duxit uxorem. Recitantur tabulae, et recitantur in conspectu omnium attestantium, et recitatur „liberorum procreandorum causa“, et vocantur tabulae matrimoniales. Nisi ad hoc dentur, ad hoc accipiantur uxores, quis sana fronte dat filiam suam libidini alienae? Sed ut non erubescant parentes, cum dant, recitantur tabulae, — ut sint soceri, non lenones. Quid ergo de tabulis recitatur? „Liberorum procreandorum causa“.

9, 11, 18.

In ipsis concessis peccata sunt. Cum ipsa uxore si exceditur concumbendi modus procreandis liberis debitus, iam peccatum est. Ad hoc etenim ducitur uxor, nam id etiam tabulae indicant, ubi scribitur: „liberorum procreandorum causa“.

278, 9, 9.

Quis est autem habens uxorem, qui eo modo utatur uxore, ut non excedat legem liberos procreandi? Ad hoc enim data est: convincunt te tabulae, quae scribuntur in matrimonio. Pactus es, quemadmodum duceres, sonat tibi scriptura pactionis „liberorum procreandorum causa“. Non ergo accedas, si potes, nisi liberorum procreandorum causa. Si modum excesseris, contra illas tabulas facies et contra pactum.

App. 292, 3.

Uxor non propter libidinem, sed propter filiorum procreationem accipitur. Denique et ipsae tabulae matrimoniales hoc

[1] Приводимое мѣсто наиболѣе типично; въ той же проповѣди много разъ говорится на ту же тему.

continent: liberorum, inquit, procreandorum causa. Videte, quia non dixit „libidinis causa“, sed „liberorum procreandorum“.

Confessiones.

6, 12, 22.

Neuter enim nostrum, si quod est, coniugale decus in officio regendi matrimonii et suscipiendorum liberorum ducebat, nisi tenuiter, magna autem ex parte atque vehementer consuetudo satiandae insatiabilis concupiscentiae me captum excruciabat, illum autem admiratio capiendum trahebat.

# III

## ОБЫЧНО-ПРАВОВОЕ

# ВОЗНИКНОВЕНІЕ НЕДѢЙСТВИТЕЛЬНОСТИ

## ДАРЕНІЙ МЕЖДУ СУПРУГАМИ

## § 1. Основная трудность источниковъ. Юристы, императоры, византійцы.

### I. Введеніе.

Прямыя историческія свѣдѣнія.

Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent (Dig. 24, 1, 1 pr.). Cum hic status esset donationum inter virum et uxorem, imperator Antoninus Augustus ante excessum divi Severi patris sui oratione in senatu habita auctor fuit senatui censendi Fulvio Aemiliano et Nummio Albino consulibus, ut aliquid laxaret ex iuris rigore (Dig. 24, 1, 32 pr.).

Историческіе вопросы.

Вотъ единственный источникъ нашихъ прямыхъ историческихъ свѣдѣній о римскомъ правѣ дареній между супругами. Остальныя данныя могутъ пригодиться лишь косвенно. Спрашивается, много ли можно извлечь изъ основного свидѣтельства? Отвѣтъ весьма неутѣшителенъ. Мы узнаемъ что недѣйствительность дареній сложилась moribus, но неизвѣстно, въ какую именно эпоху, и что этотъ установившійся moribus порядокъ былъ отчасти преобразованъ въ 206 г. по Р. Х. императорами Северомъ и Каракаллой. Это все, что̀ можно утверждать съ достовѣрностью.

Сложность историческаго изслѣдованія.

Наша бѣдность, конечно, была бы еще не такъ печальна, если бы рѣчь велась объ установленіи изъ какой нибудь иной области гражданскаго быта: мало ли въ римскомъ правѣ ученій, о которыхъ мы не имѣемъ даже и такихъ показаній источниковъ, но которыхъ исторія намъ, однако же, ясна въ основныхъ чертахъ, благодаря сближеніямъ съ судьбой однородныхъ учрежденій, достовѣрно извѣстною! Бѣда въ томъ, что недѣйствительность дареній между супругами даже по аналогіи не можетъ быть поста-

влена на прочную историческую почву, такъ какъ вообще первоначальную исторію семейно-имущественнаго римскаго права мы знаемъ очень мало и смутно. Начало свободнаго развода, начало дотальнаго права, древнѣйшая судьба брака sine manu, — все это крайне темно или спорно, а между тѣмъ несомнѣнно стоитъ въ тѣсной исторической связи съ недѣйствительностью дареній между супругами.

Условія задачи.

Ученой пытливости и догадливости открывается, такимъ образомъ, столь же широкое, сколь неблагодарное поприще. Самой усиленной изобрѣтательности достаются самыя непрочныя награды и малѣйшій недосмотръ можетъ завести въ дебри произвола. Критическая осмотрительность должна пытливо провѣрять каждый шагъ изслѣдователя, а между тѣмъ почти каждое утвержденіе можетъ быть выведено лишь крайне сложными умозаключеніями отъ очень отдаленныхъ или скудныхъ данныхъ.

Положеніе вопроса въ литературѣ.

Немудрено, что при такихъ условіяхъ въ наукѣ издавна сложилось много разнообразныхъ и противорѣчивыхъ теорій и что лишь очень немногое въ нихъ выдерживаетъ испытаніе въ горнилѣ строгой критики. Между тѣмъ послѣдняя крупная монографія о дареніяхъ между супругами, могущая до извѣстной степени притязать на полноту, — изслѣдованіе Джентиле, — относится къ 1604 году. Правда, послѣ нея появилась цѣлая литература, о количественномъ богатствѣ которой свидѣтельствуетъ нашъ библіографическій списокъ; однако цѣнность и вѣсъ этой литературы достаточно выяснятся въ дальнѣйшемъ, чтобы здѣсь о нихъ распространяться.

Задачи литературнаго обзора.

Безполезно было бы гнаться за статистическою полнотою въ предстоящемъ намъ литературномъ обзорѣ. Полемическая толчея въ наукѣ по нашему вопросу въ продолженіе нѣсколькихъ вѣковъ поистинѣ напоминаетъ вертящійся калейдоскопъ, въ которомъ передъ нами съ неисчерпаемымъ разнообразіемъ размѣщаются въ изложеніи множества писателей немногочисленныя, въ сущности, мнѣнія, къ которымъ прибавить что́ нибудь дѣйствительно новое, или изъ которыхъ окончательно изгнать что́ нибудь удается не каждому столѣтію. Не интересуясь отдѣльными поворотами этого калейдоскопа, мы займемся лишь основными мнѣніями, останавливаясь только на тѣхъ отдѣльныхъ ученыхъ,

которые внесли что́ нибудь самостоятельное въ работу поколѣній, хотя бы ошибочное, заботясь только въ отношеніи къ нимъ объ исчерпывающей полнотѣ и, конечно, сообщая читателямъ только результаты нашихъ био-библіографическихъ изслѣдованій. Но зато въ указанныхъ предѣлахъ такой обзоръ положительно необходимъ: безъ него нѣтъ никакой возможности разобраться даже въ разногласіяхъ современныхъ писателей и уяснить особенности проводимыхъ нынче въ наукѣ воззрѣній. У древнѣйшихъ толкователей приведенныхъ выше двухъ мѣстъ Ульпіана мы находимъ неясности и противорѣчія; у древнѣйшихъ толкователей мы уже встрѣчаемся съ воззрѣніями, въ разныхъ формахъ повторяемыми даже въ XX-мъ вѣкѣ. Считаясь съ первыми толкователями, мы ведемъ въ сущности споръ со своими современниками.

Планъ изложенія

Внѣшней группировкѣ при этомъ обзорѣ и ея большей или меньшей выдержанности мы не придаемъ особеннаго значенія. Да и какая возможна внѣшняя группировка тамъ, гдѣ шатки всѣ границы, гдѣ различныя мнѣнія отстаиваются одновременно, гдѣ одни и тѣ же писатели въ разное время проводятъ разныя ученія, гдѣ одно и то же мнѣніе то преобладаетъ надъ другими, то уступаетъ имъ первенство, то вновь превозмогаетъ ихъ подъ перомъ новыхъ поборниковъ? Основныя же мнѣнія въ дальнѣйшемъ излагаются частью въ хронологическомъ порядкѣ, частью по школамъ ученыхъ, частью по догматическому сходству или въ постепенности полемической разработки, вездѣ поступаясь выдержанностью этихъ внѣшнихъ группировокъ ради удобствъ и наглядности изложенія. Правда, хронологическій порядокъ въ большинствѣ случаевъ преобладаетъ, но въ этомъ естественномъ преобладаніи нѣтъ ничего предвзятаго.

## II. Пониманіе римлянами термина moribus.

Скудость источниковъ.

Такъ какъ слово moribus давало поводъ къ самымъ разнообразнымъ вопросамъ и недоумѣніямъ, то позволительно спросить, какъ же понимали его самъ Ульпіанъ или по крайней мѣрѣ сами римляне. Къ несчастію, на первый вопросъ, вслѣдствіе сокращеній интерполяторовъ, мы должны

отозваться полнымъ незнаніемъ, а на второй отвѣтить лишь догадками, болѣе или менѣе правдоподобными.

Свидѣтельство Павла о зарожденіи недѣйствительности въ неписаномъ правѣ

Вообще говоря, зарожденіе moribus римляне приписывали тѣмъ учрежденіямъ, которыхъ первоначальной исторіи не знали и не могли прямо пріурочить къ какому либо законодательному акту, — иными словами, учрежденіямъ, возникшимъ путемъ неписанаго права. Что именно такъ обстояло дѣло съ недѣйствительностью супружескихъ дареній, можетъ быть установлено съ большою достовѣрностью. Я имѣю въ виду, говоря это, слова Павла, Dig. 1, 3, 36: Immo magnæ auctoritatis hoc ius habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere. Въ дигестахъ они отнесены къ характеристикѣ вообще обычнаго права; но по принципу duplex interpretatio мы не можемъ оставить безъ вниманія заголовокъ отрывка, свидѣтельствующій намъ, что данное мѣсто заимствовано изъ 7-й книги Павла ad Sabinum. А въ этой книгѣ hoc ius могло относиться только къ недѣйствительности дареній между супругами.

Заброшенность текста Dig. 1, 3, 36.

Въ связи съ этимъ нельзя не подивиться, какъ мало использованъ этотъ текстъ и до сихъ поръ: во всей огромной литературѣ предмета я встрѣтился только дважды съ его правильнымъ примѣненіемъ, у Годфруа старшаго и у Пухты. (Mores) tantae auctoritatis sunt, ac leges, писалъ Годфруа въ своихъ примѣчаніяхъ къ Dig. 24, 1, 1 pr., ut Paulus l. 7 ad Sabinum, quo hanc ipsam materiam tractavit, ut ex Dig. 24, 1, 2; 12; 24; 26; 28 constat, scripsit. Пухта также, Gewohnheitsrecht, 1, 75 и пр. 4, отмѣтилъ, что текстъ Dig. 1, 3, 36 не можетъ касаться ничего другого, кромѣ недѣйствительности дареній между супругами. О томъ, до какихъ баснословныхъ теорій договаривались остальные, начиная съ глоссаторовъ, не зная или упуская изъ виду инскрипцію Dig. 1, 3, 36, подробно говорится ниже.

Свидѣтельство Юліана.

Еще яснѣе становится дѣло, если сопоставить слова Павла съ разсужденіями Юліана въ Dig. 1, 3, 32:

De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius quo urbs Roma

utitur servari oportet. Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum.

Дальнѣйшіе вопросы.

Итакъ, римскіе юристы несомнѣнно выводили зарожденіе недѣйствительности супружескихъ дареній изъ неписанаго права; однако, это далеко не исчерпываетъ трудностей. Обычное, неписаное право такъ расплывчато по природѣ своей, такъ неуловимо хронологически, что толковать выраженіе moribus словами iure non scripto иногда, и прежде всего въ нашемъ случаѣ, значитъ разъяснять obscurum per obscurius.

Цицеронъ, какъ свидѣтель о возникновеніи недѣйствительности ex auctoritate prudentium.

Все настоящее изслѣдованіе стоитъ на той точкѣ зрѣнія, подробно обосновываемый въ настоящей главѣ, что недѣйствительность зародилась вмѣстѣ съ actio rei uxoriae. Если это такъ, то для насъ особый смыслъ пріобрѣтаетъ свидѣтельство Цицерона, Top. 17, 65—66, въ частности слова: Iurisconsulti — inprimis in arbitrio rei uxoriae — quid virum uxori, quid uxorem viro (praestare oporteret), tradiderunt. Принявъ нашу основную мысль, нельзя не признать, что Цицеронъ свидѣтельствуетъ о происхожденіи недѣйствительности ex auctoritate prudentium.

Северъ и Каракалла, какъ свидѣтели о томъ же.

Значительно позднѣе мы встрѣчаемъ текстъ, дающій возможность предположить, что такъ же смотрѣли на дѣло Северъ и Каракалла. Ульпіанъ, Dig. 24, 1, 7, 6, приводитъ слѣдующій ихъ рескриптъ:

Si tibi maritus pignora propter dotem et pecuniam creditam data non donationis causa vendidit, quod bona fide gestum est, manebit ratum; at si titulus donationis quæsitus ostenditur atque ideo venditionem irritam esse constabit, iure publico causam pignorum integram obtinebis.

Пониманіе iure publico въ смыслѣ iure communi.

Выраженіе iure publico здѣсь употреблено въ несобственномъ смыслѣ и является, какъ я полагаю, синонимомъ выраженію iure vulgato, Dig. 24, 1, 32, 24. Но при такомъ словоупотребленіи ius publicum обыкновенно обозначаетъ законы въ республиканскомъ смыслѣ, писаное право, и въ другихъ случаяхъ не примѣняется къ ius civile въ смыслѣ права юристовъ, см. Эрлихъ, Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen, I, 184 и особ. 185[1]. Тѣмъ не менѣе, въ виду катего-

[1] Къ сожалѣнію, Эрлихъ упорно закрываетъ глаза на разбираемый текстъ, см. у него стр. 178 сл.; говорю „закрываетъ глаза“ потому,

рическаго свидѣтельства Dig. 1, 3, 36 и несомнѣннаго желанія императоровъ сказать только то, что, благодаря существующему праву, вполнѣ примѣнимому къ случаю, ни въ какомъ распоряженіи съ ихъ стороны нѣтъ надобности, а существующее право есть обычно-правовая недѣйствительность супружескихъ дареній, мы должны признать въ Dig. 24, 1, 7, 6 слова iure publico синонимичными съ iure vulgato, Dig. 24, 1, 32, 21, iure communi и т. п.

Причина словоупотребленія императоровъ.

Спрашивается, однако, чѣмъ объяснить столь необычное словоупотребленіе? Я склоненъ былъ бы допустить, что императоры выразились такъ подъ вліяніемъ мысли о publice respondere, publice tractare и т. п. дѣятельности юристовъ. Эти publicae responsiones и т. д., особенно процвѣтали именно въ эпоху Севера, какъ ясно изъ матеріала, собраннаго у Бремера, Die Rechtslehrer und Rechtsschulen, стр. 19 слл., ср. Dig. 1, 2, 2, 47—49; 3, 1, 1, 3; 40, 15, 1, 4; Cod. 9, 41, 11, 1 и цѣлый рядъ отрывковъ изъ книги Сцеволы Quaestionum publice tractatarum, Lenel, Palingenesia II, 283—286, Scaevola №№ 186—194. Напомню, что Северъ былъ ученикомъ Сцеволы.

Auctoritas prudentium какъ источникъ недѣйствительности въ эпоху классическихъ юристовъ.

Если принять эту догадку, то данный указъ былъ бы свидѣтельствомъ, что императоры сами считали право супружескихъ дареній продуктомъ интерпретаціи юристовъ, и тогда пониманіе слова moribus въ Dig. 24, 1, 1 pr. въ смыслѣ ex auctoritate prudentium оказалось бы принадлежащимъ къ эпохѣ классическаго права, въ особенности если сопоставить разбираемыя мѣста съ Помпоніемъ, Dig. 1, 2, 2, 5, — ius, quod sine scripto venit, compositum a prudentibus, — и Dig. 1, 2, 2, 8, гдѣ ius civile прямо противопоставляется XII таблицамъ, писаному праву и легисакціямъ.

## III. Юстиніанъ и византійцы.

Юстиніаново законодательство.

Толкованіе moribus въ смыслѣ auctoritate prudentium можно считать автентическимъ для юстиніанова законодательства, если выраженіе *νομοθέται* признать равнымъ iurisperiti въ словахъ Nov. 74, 4 pr.: *τοιγαροῦν τοσοῦτον καὶ οἱ πρὸ*

что вѣрное пониманіе напрашивается само собой, а Эрлихъ не въ состояніи дать даже такого толкованія, которое бы хоть ему самому показалось удовлетворительнымъ: см. стр. 178—179.

*ἡμῶν νομοθέται τὰς τοιαύτας ἠπίσταντο τῶν ψυχῶν διαθέσεις, ὥστε καὶ τὰς ἐν γάμῳ κωλύουσι δωρεὰς, ἵνα μὴ κτλ.* Юстиніанъ постоянно употребляетъ не только греческое *νομοθέτης* (кромѣ Nov. 74 cit. ср. еще *Δέδωκεν*, cap. 20), но и латинское legislator — очевидный грецизмъ, какъ и iuris conditor, вмѣсто латинскаго iuris auctor — для обозначенія юристовъ: ср. Cod. 1, 14, 12, 1; 1, 14, 12, 5 (можетъ быть и 1, 14, 12, 4); 1, 17, 2, 20 и 20ª; 4, 18, 2, 1ª; 8, 47, 10, 5. Конечно, въ новеллѣ 74 (кромѣ только ея principium, гдѣ, какъ видно изъ ссылки на Юліана, *οἱ πρὸ ἡμῶν* обозначаетъ юристовъ; къ сожалѣнію слово *νομοθέται* пропущено въ начальныхъ строкахъ новеллы) слова *πρὸ ἡμῶν* какъ будто указываютъ скорѣе на императоровъ, чѣмъ на юристовъ, — ср. Cod. 1, 14, 12, 4 и *Δέδωκεν* 20, — и тогда могутъ считаться намекомъ на Cod. Theod. 5, 1, 9; но вѣроятнѣе здѣсь видѣть ссылку на то, что̀ вошло въ юстиніановъ кодексъ, чѣмъ на то, что̀ въ него не вошло, какъ Cod. Theod. 5, 1, 9 cit., — и тогда мы должны понимать *νομοθέται* въ смыслѣ iuris conditores или iuris auctores.

Весьма вѣроятно, что того же мнѣнія держался и авторъ θеофиловыхъ парафразъ. По крайней мѣрѣ эта догадка напрашивается при сопоставленіи его словъ 2, 7, 3: *Ἔστι καὶ ἕτερον εἶδος τῆς* inter vivos *δωρεᾶς, ὃ τοῖς μὲν νομικοῖς ἄγνωστον ἦν* (стр. 140, 11 сл.), потомъ нѣсколькими строками ниже: *καθόλου γὰρ πᾶσα δωρεὰ ἐν συνεστῶτι τῷ γάμῳ γινομένη μεταξὺ ἀνδρὸς καὶ γυναικὸς ἀπηγόρευται* (стр. 140, 19), и, наконецъ, тамъ же: *ἐκ τῶν παλαιῶν νομικῶν* (стр. 140, 22). Θеофилъ.

Въ общемъ, съ полной опредѣленностью мы встрѣчаемъ пониманіе moribus въ смыслѣ неписанаго права юристовъ только въ Византіи. Дороѳей (Геймбахъ, Manuale Basilicorum, 289) въ схоліяхъ къ василикамъ выводитъ недѣйствительность дареній между супругами *ἐκ τῆς ἀγγάφου συναινέσεως τῶν σοφῶν· τοῦτο γάρ ἐστι τὸ ἐξ μορίβους* (Bas. 30, 1, 1 sch. Heimb. III, 499). Дороѳей.

Отъ сколькихъ заблужденій была бы спасена наука, сколькимъ ученымъ были бы развязаны силы для болѣе нужныхъ изысканій, если бы слова Дороѳея, быть можетъ основанныя на прямыхъ свидѣтельствахъ источниковъ, до насъ не дошедшихъ, съ самаго начала были извѣстны на западѣ! Къ несчастію, западная наука сразу стала на ложъ- Заброшенность свидѣтельства Дороѳея.

ный путь и лишь медленно и трудно, черезъ тысячу лѣтъ, начала возвращаться къ истинѣ, сохранившейся въ Византіи. Впервые — насколько мнѣ удалось прослѣдить — прямыми словами ссылается на византійцевъ по данному вопросу Гоффманнъ въ своихъ Meletemata, diss. 22, § 1. Ни до, ни послѣ него комментаторы и изслѣдователи о нихъ не упоминаютъ до 19-го вѣка, — ср. Kämmerer, Observationes iuris civilis, Rostochii 1827, стр. 103, прим. 4. 1734 г.

Машеларъ о Дороѳеѣ

Надо впрочемъ замѣтить, что еще въ серединѣ 19-го вѣка во французской литературѣ раздался порицающій византійцевъ голосъ: Машеларъ (234) нашелъ, будто они своимъ толкованіемъ смѣшиваютъ обычай или *νόμος ἄγραφος* съ auctoritas prudentium, т. е. частью писанаго права. Однако еще у Раварда (I, 1030 слл.), Кюжаса (VII, 44 in fine; это мѣсто выписано у насъ ниже, стр. 257, въ числѣ доводовъ Кюжаса въ пользу его первой теоріи) и Мюрета (Otto, Thes. IV, 154—155) Машеларъ могъ бы найти удовлетворительное разрѣшеніе своего затрудненія, не говоря ужъ о недопускающемъ двухъ толкованій свидѣтельствѣ Помпонія Dig. 1, 2, 2, 5; 1, 2, 2, 12 и 1, 2, 2, 49: римское право юристовъ можетъ быть причисляемо и къ неписаному праву. Наконецъ, есть основанія думать, что мы имѣемъ дѣло просто съ недосмотромъ Машелара: уже въ 1871 году (659) онъ писалъ, что первый опытъ ввести responsa prudentium въ область писанаго права принадлежитъ Адріану. 1856 г. 1566 г. 1596 г.

Итакъ, прослѣдимъ главные пути тысячелѣтнихъ блужданій западной науки.

## § 2. Глосса.

### I. Глоссаторы и постглоссаторы.

Глоссаторы легисты.

Аккурсіева глосса къ Dig. 24, 1, 1 поясняетъ: moribus, id est iure civili, quod moribus est receptum, со ссылкою на Inst. 1, 2, 10. Этотъ послѣдній текстъ толкуется въ ней въ томъ смыслѣ, что origo iuris civilis есть lex XII tabularum, quæ fuit origo totius iuris civilis et principium, и что децемвиры decem tabulas eburneas retulerunt tam de iure scripto Atheniensium, quam non scripto Lacedæmoniorum. То же воззрѣніе проводится въ глоссѣ и при другихъ однородныхъ случаяхъ: такъ напр. въ текстѣ moribus introductum est, ut

quis liberis impuberibus testamentum facere possit, Dig. 28, 6, 2 pr., слово moribus толкуется: iure Lacedæmoniorum, ut Inst. 1, 2, 10. Та же мысль встрѣчается намъ въ глоссахъ къ Dig. 5, 1, 12, особенно глоссы More: id est consuetudine и Receptum est: scilicet a consuetudine, quae tamen est vallata lege.

Глоссаторы канонисты.

Канонисты, какъ указано въ предшествующей главѣ (см. выше, стр. 71), опять иначе понимали выраженіе moribus: они находили въ немъ не историческій, а нравственный смыслъ. Mores были для нихъ не обычай, какъ источникъ права, но boni mores. Источникомъ права для нихъ были папскія повелѣнія, т. е. право писаное, corpus iuris canonici.

Причины долговѣчности первоначальныхъ толкованій.

Для практическихъ цѣлей этихъ скудныхъ толкованій было, конечно, болѣе чѣмъ достаточно: практика и вовсе могла безъ нихъ обойтись, такъ что даже ихъ правильность или неправильность не имѣла для нея сколько нибудь существеннаго значенія. Титулъ о дареніяхъ между супругами толковался притомъ зачастую не столько ради него самого, сколько ради тѣхъ ученій, съ которыми соприкасался. Историческія детали въ немъ были для практики сущимъ балластомъ. Въ василикахъ вовсе выкинуты даже скудныя историческія подробности юстиніанова свода.

Одофредъ.

1265 г. Съ обычною наивностью прямыми словами высказываетъ изложенную мысль Одофредъ въ своемъ толкованіи Dig. 24, 1, 32 pr.: Signori, iuris consultus in principio huius legis usque ad § 6 valde verbosus et posset dicere tribus verbis quicquid dicit hic tribus columnis. Nam posset dicere: donatio facta inter virum et uxorem non valet, sed confirmatur morte donantis si perseveret in eadem voluntate usque ad supremum vitae (Dig. Vet. II f. 188 recto). Сказано не по вопросу о mores, но достаточно ясно.

Историческая несостоятельность византійцевъ и глоссы.

Другое дѣло — историческое изученіе. Оно, разумѣется, не могло остановиться ни на глоссѣ легистовъ, ни на глоссѣ канонистовъ, вслѣдствіе внутреннихъ ея противорѣчій и тѣхъ нелѣпыхъ выводовъ, къ которымъ она вынуждала. Считая выраженіе moribus равнозначащимъ съ *νόμος ἄγραφος*, глосса въ то же время не сомнѣвается въ томъ, что въ XII таблицахъ было начертано это неписаное право. Говоря о consuetudo, она съ прелестнымъ догматизмомъ прибавляетъ:

quae tamen est vallata lege. Здѣсь ея простодушіе, пользуясь остроумнымъ сравненіемъ Шопенгауера, въ нашъ критическій вѣкъ напоминаетъ душевное состояніе прародителей до грѣхопаденія. Рано или поздно блаженное сосуществованіе противоположностей должно кончиться.

### II. Позднѣйшая судьба ученія глоссы.

Алессандри. 1522 г.

Такъ, конечно, и случилось, хотя живучесть антиноміи оказалась, какъ увидимъ, поразительною: съ нею не покончено, можно сказать, и до сего дня. Не удивительно, если д'Алессандри категорически утверждаетъ: Dona vero et munuscula virum ab uxore vel contra accipere legibus erat et scripto iure vetitum, nefas existimantes, quos legitimus amor coniunxisset donis videri potius allici, quam coniugali amore conciliari (101). Очевидно, въ глоссаторскомъ тезисѣ consuetudo, quae est vallata lege, слово lege имъ отнесено къ Oratio 206 г., а scriptum ius понято въ смыслѣ corpus iuris civilis и corpus iuris canonici.

Монтескье. 1748 г.

Любопытно то сліяніе взглядовъ какъ легистовъ, такъ и канонистовъ, которое много позднѣй и внѣ всякой связи съ литературнымъ преемствомъ получилось у Монтескье въ довольно своеобразномъ истолкованіи moribus и receptum est. Римскій законъ, говоритъ онъ (Кн. 19, гл. 25), давалъ свободу дѣлать подарки до брака; послѣ брака, онъ этого болѣе не позволялъ. Это было основано на правахъ Римлянъ, которыхъ побуждали къ браку только экономія, простота и скромность, но которые могли поддаться обольщеніямъ домашнихъ заботъ, угожденій и счастья цѣлой жизни. — Римляне своими законами устранили нѣкоторыя неудобства самой длительной власти въ мірѣ, то есть власти добродѣтели.

Однако, воззрѣніе Монтескье стоитъ совершенно одиноко и упомянуто здѣсь лишь ради великой славы его автора, вовсе не авторитетнаго въ исторіи римскаго права. Обратимся къ нашей непосредственной задачѣ.

## § 3. Mores какъ auctoritas prudentium.

### I. Бюде.

Его ученіе.

Первый, насколько я могъ прослѣдить, поступательный шагъ послѣ глоссы въ западной наукѣ былъ сдѣланъ на

почвѣ успѣховъ филологіи. Словесное толкованіе источниковъ принесло на ней свои первые лучшіе плоды. Всѣхъ раньше высказался по нашему вопросу Гильомъ Бюде.
1508 г. Въ своихъ Annotationes онъ дважды разъясняетъ выраженіе more, moribus, in mores receptum. Сначала, на основаніи Аристотеля и Платона, онъ отождествляетъ выраженія institutum и mos и въ числѣ другихъ текстовъ приводитъ Quintil. I. O. 5, 10, 13 и Dig. 24, 1, 1 pr. (стр. 30—32). Въ другомъ мѣстѣ, видимо имѣя въ виду слова Квинтиліана, онъ рѣшительно утверждаетъ, толкуя выраженія recipere и receptum: receptum id dicitur, quod a plerisque prudentium approbatum est, и прибавляетъ: inde ius moribus receptum, ut alibi diximus (стр. 184—185). Изъ сопоставленія этихъ мѣстъ ясно вытекаетъ, что Бюде самостоятельно пришелъ къ той же мысли, на которой остановились византійцы. Впрочемъ, его мнѣніе, не пріуроченное непосредственно къ занимающему насъ отрывку изъ Ульпіана, а высказанное примѣнительно къ чуждымъ нашему предмету текстамъ дигестъ, никѣмъ изъ современниковъ Бюде не было привлечено къ толкованію Dig. 24, 1, 1 pr. Лишь въ серединѣ XVIII в. оно было возрождено въ послѣднемъ изданіи De verborum significatione Бриссона, благодаря Гейнеке младшему[1], — но тогда ужъ ученые сами пришли къ той же мысли другими путями.

## II. Зейхемъ.

1533 г. Независимо отъ Бюде, черезъ 25 лѣтъ послѣ него, противъ глоссы выступилъ съ интересными разсужденіями знаменитый ванъ-Зейхемъ. Vulgo putant a Lacedaemoniis substituendi consuetudinem emanasse, Gl. Inst. 2, 19 pr. et Dig. 28, 6, 2, пишетъ онъ, толкуя Inst. 2, 19 pr. fin., quoniam moribus dicatur esse introducta: quod perquam absurdum est, quum ubique mores aliqui iure scripto antiquiores fuerint. Nec ideo tamen siquae consuetudo viget, ilico Laconibus est accepto ferenda, quod solis moribus Lacones, ut Athenienses solis legibus rem publicam gubernarint, Inst. 1, 2, 10: quum Romani partim scripto, partim non scripto iure usi sunt. Et si quid

Его ученіе.

[1] Brissonius, De verborum significatione, изд. 1743 г., подъ словомъ Receptus, стр. 1172.

forte ab Lacedaemoniorum moribus Romani acceperunt, id non stetit apud eos in morum appellatione, sed a decemviris in XII tabulas translatum est. Iureconsulti autem cum quid moribus inductum dicunt, significare velle arbitror id ius ante XII tabulas fuisse una cum urbis primordiis observatum, vel postea usu et consensu receptum, cuius interpretationis testis est Theophilus. Nam cum in latinis institutionibus acquisitio per arrogationem eo iure quod consensu receptum est introducta dicatur, Inst. 3, 10 pr., id ipse uberius sic exponit: *Πολιτικὴ δὲ νομοθεσία ἡ ἄγραφος τῶν σοφῶν συναίνεσις, ἡνίκα εὑρεθῇ τι ἀνάρχως εἶτα διὰ τῆς χρήσεως ἐπλατύνθη καὶ τελευταῖον γνόντες οἱ σοφοὶ τοῦτο χρήσιμον ἐβεβαίωσαν οἰκείᾳ συναινέσει* [1]. Sic donatio inter virum et uxorem bonis civium moribus primum est prohibita, Dig. 24, 1, 1. Sic patria potestas instituta, in cuius consequentiam pupillaris substitutio admissa est, quod in simili re Ulpiani comprobatur testimonio, Dig. 27, 10, 1 pr. Сказавъ затѣмъ вкратцѣ о шаткости и непостоянствѣ обычая, Зейхемъ заключаетъ: Quod si autem consuetudo non solo populi tacito consensu recepta, sed principis constitutione vel lege vel senatus consulto vel plebiscito confirmata est, iam in scripti iuris vim et nomen transit et statutum vulgo appellatur; sin nullius ei authoritas praeter tacitum utentium consensum accessit, etsi a quibusdam diligentibus hominibus litteris sit commendata, non ideo tamen non scripti iuris esse desinet. Et sic ego accipio iuris scripti et non scripti differentiam (142).

### III. Коннанъ.

Его ученіе. Послѣ Зейхема высказался Коннанъ, хотя высказался до извѣстной степени скептически, только допуская возможность возникновенія недѣйствительности ex scito aliquo aut consulto, т. е. auctoritate prudentium, но ничего не утверждая. Въ его Commentarii iuris civilis дареніямъ между супругами посвящена цѣлая глава, гдѣ спеціально толкуется выраженіе moribus receptum est, причемъ авторъ видимо направляетъ жало своего разсужденія противъ глоссы. Quum Ulpianus ait moribus receptum esse, говоритъ онъ, hoc videtur notare, 1553 г.

[1] Текстъ у Зейхема читается какъ въ editio princeps, которое онъ же и выпустилъ въ свѣтъ въ 1534 г., и стало быть комментарій 1533 года есть editio princeps для нашей цитаты. Въ текстѣ слова Θеофила приведены по изданію Феррини.

non XII tabulis nec ulla certa lege vetitas unquam huiusmodi donationes, sed quadam consuetudine sensim ab omnibus civibus comprobata. Quod tamen pro certo nolim tradere: veriusque fortasse videatur id dici moribus institutum Romanis, quod illi proprio suo iure constituerunt, non acceptum a Græcis aut ullis omnino aliis gentibus, sive id lege aut scito aut consulto aliquo, sive more tantum et tacite (tacito?) omnium consensu inductum est et receptum. At nihil refert nec ullum habet fructum scire, a scripta lege an a more huic iuri apud Romanos datum fuerit initium (II, 255[a]).

Дополнительный текстъ.

Въ другомъ мѣстѣ Коннанъ даетъ и своеобразное дополненіе къ приведенному отрывку. Разбирая вопросъ о взаимной силѣ закона и обычая, онъ ставитъ положеніе, ut consuetudini sit interpretandæ legis auctoritas, non etiam eius tollendæ et abrogandæ и, между прочимъ, ссылается на слова Каллистрата въ Dig. 1, 3, 38: Quod autem de rebus iudicatis dixit Callistratus, consentit iis quæ Pomponius refert Dig. 1, 2, 2, 5, disputationem fori intelligendis XII tabulis fuisse necessariam Sola tamen sine iudiciis consuetudo multas earum leges interpretata est, ut quæ donationes viri et uxoris inter se improbavit, Dig. 24, 1, 1 pr. Nam ita legem XII tabularum interpretatus est mos civitatis, qua lege cuique potestas datur rei suæ legandæ, id est alienandæ (I, 42[ab]).

Оцѣнка взглядовъ Коннана.

Отрицательная часть теоріи Коннана, повліявшая, повидимому, на Фурнье и Мерилля (см. ниже, стр. 241 и 242), совершенно вѣрна, кромѣ только мнѣнія, будто намъ не къ чему знать источникъ недѣйствительности дареній, мнѣнія, въ которомъ слышится голосъ узкаго практика, вродѣ отмѣченной нами выше, стр. 233, выходки Одофреда. Коннанъ правильно подчеркиваетъ невозможность присвоить писаному праву то, что̀ сами римляне выводятъ изъ mores, и съ вѣрнымъ чутьемъ признаетъ ученіе о супружескихъ дареніяхъ чисто римскимъ, ниоткуда не заимствованнымъ правомъ. Можно только пожалѣть, что онъ высказываетъ эти мысли въ видѣ дилеммы, точно онѣ не согласуются одна съ другою. Напротивъ, положительная часть его теоріи можетъ вызвать только улыбку: какой алхимикъ могъ бы получить недѣйствительность супружескихъ дареній изъ положенія Uti legassit etc. (XII T., V, 1)? Впрочемъ, въ XVI-мъ столѣтіи XII таблицамъ и не то приписывалось.

## IV. Отманъ.

Его ученіе. Иначе разсуждаетъ слѣдующій хронологически ученый, высказавшійся по занимающему насъ вопросу, Отманъ. Толкуя Inst. 1, 2, 9, онъ начинаетъ съ категорическаго положенія, что antiquus usus ius non scriptum constituit. Sed quaeritur ab hominibus eruditis, quam antiquum esse operteat et quantum tempus ad confirmandam illam consuetudinem requiratur, ut legis vim obtineat. Priusquam respondeo, quaero vicissim, ecquid haec iuris non scripti definitio probetur, ut illud sit, quod primum a paucis quibusdam factum, ita multi postea comprobarunt imitatique sunt, ut iam fere non minus quam lex scripta observetur. Nam, si haec probetur definitio, tempus apparet id demum requiri, quo exemplum illud a plerisque omnibus imitatione comprobatum est. Cum igitur ad eum pervenit gradum, ius est. Nisi forte Theophilum sequamur, неожиданно оговаривается Отманъ, qui 3, 10 pr. significare videtur, iurisconsultorum consensu et comprobatione confirmari morem oportere. Atque haec quidem ita se habent, si quis superiorem definitionem adprobet Quod si cui non probetur, продолжаетъ онъ впрочемъ, ei sic respondebo, quod hoc loco dicimus „moribus“, id alibi dici „morem maiorum“, Dig. 2, 1, 5; 1, 21, 1, 1; 48, 9, 9 pr., ac proinde tantum tempus requiri, quantum superstitum hominum nec aetas nec memoria comprehendit, Dig. 39, 3, 1, 23 и 39, 3, 2 pr. Ius autem hoc ἄγραφον aut in faciendo consistit, aut in non faciendo. In non faciendo, veluti ut mulieres et servi civilibus officiis non fungantur, Dig. 5, 1, 12, 1, ut mariti et uxores nihil inter se donent, Dig. 24, 1, 1, etc. (II, 1, 38) 1560 г.

## V. Равардъ.

Его ученіе. Пятый ученый, опять таки независимый отъ византійцевъ, но повидимому и отъ Бюде и Коннана, который напалъ на одинаковую съ ними мысль, — Равардъ. Въ спеціальной главѣ своей книги De auctoritate prudentium онъ богатымъ подборомъ источниковъ доказываетъ, что слово mores постоянно обозначаетъ неписаное право юристовъ (I, 1029—1036), а въ другомъ мѣстѣ спеціально примѣняетъ это къ Dig. 24, 1, 1 pr. (I, 1043). Но и Равардъ, какъ Бюде, высказалъ свою мысль не въ видѣ толкованія на нашъ 1566 г.

текстъ дигестъ, а самостоятельно, внѣ всякой связи съ ученіемъ о дареніяхъ между супругами, и потому не сразу повліялъ на развитіе этого ученія: разрозненная по разнымъ мѣстамъ книги, его теорія въ цѣломъ ускользала отъ другихъ изслѣдователей.

## VI. Кюжасъ.

Перемѣна его взглядовъ.

Кюжасъ былъ шестымъ, остановившимся на той же мысли, перемѣнивъ свои первоначальныя воззрѣнія, о которыхъ сказано въ слѣдующемъ параграфѣ, стр. 253 слл.

Позднѣйшая теорія Кюжаса.

1585 г. Свою новую теорію, въ которой онъ примыкаетъ къ отвергавшимся имъ въ молодости воззрѣніямъ ванъ Зейхема, онъ высказалъ въ толкованіи на титулъ дигестъ De origine iuris. Объясняя Dig. 1, 2, 2, 5, онъ отмѣчаетъ, что въ отличіе отъ lex, plebiscitum и т. д., auctoritas prudentium proprio nomine vacat, со ссылкою на Θеофила 3, 10 pr. Itaque ius civile sive, ut ille loquitur, *νομοθεσία πολιτικὴ*, specialiter accipitur pro auctoritate et interpretatione prudentium, in foro vulgo recepta et introducta tacito illiteratoque consensu omnium. Ac sane maxima pars eorum, quae moribus introducta dicuntur, ex hoc iure descendit, ut in definitione iuris civilis a Papiniano adsumpta auctoritate prudentium, Dig. 1, 1, 7 pr. Dicere quis non improbabiliter possit, ea etiam comprehendi ius non scriptum, morem, aequitatem, rerum iudicatarum constantiam. At post caesares prudentium auctoritas, quibus illi permittebant iura ponere, ordinare, condere, pars coepit esse iuris civilis, et verius est in ea Papiniani definitione contineri tantum partes iuris scripti. Verum pleraque in libris nostris, quae moribus recepta dicuntur, ut Dig. 24, 1, 1 et 23, 4, 27, cum et iuri civili tribuantur, — Dig. 23, 4, 5, 1; Dig. 23, 3, 5, 9; Cod. 5, 16, 4, itemque Dig. 28, 6, 2 pr. adhibita Dig. 26, 8, 43 pr., — ea existimandum est manasse ex disputatione prudentium habita in auditoriis et cognitionibus principum et magistratuum (I, 778).

Мотивировка Кюжасомъ перемѣны своихъ воззрѣній.

Каждому, кто знакомъ съ первоначальными воззрѣніями Кюжаса (см. о нихъ ниже, стр. 256 сл.), совершенно ясно, что словами Dicere quis онъ критикуетъ свои собственные прежніе доводы, не бывшіе правда, напечатанными при его жизни, но пріуроченные именно къ Dig. 1, 1, 7 pr. Поправка, стало быть, состоитъ въ томъ, что онъ признаетъ

теперь перечень Папиніана относящимся только къ ius scriptum, а выраженіе moribus понимаетъ въ смыслѣ *νόμος ἄγραφος*. Соединительнымъ звеномъ между прежнимъ и новымъ воззрѣніемъ для него послужила возможность причислить auctoritas prudentium и къ писаному, и къ неписаному праву. Онъ полагаетъ, что Папиніанъ имѣетъ въ виду письменную дѣятельность юристовъ, получавшихъ ius respondendi, и потому упоминаетъ ихъ въ своемъ перечнѣ; зато тамъ, гдѣ какое нибудь установленіе приписывается и iuri civili, и moribus, тамъ надо имѣть въ виду только устную дѣятельность юристовъ на форумѣ, въ кругу учениковъ и на императорскихъ судбищахъ.

Кюжасъ и его предшественники.

Во всякомъ случаѣ, въ концѣ жизни Кюжаса взгляды его и византійцевъ совпадаютъ. Было ли это совпаденіе случайно? Повидимому, да. При дознанной склонности Кюжаса ссылаться на василики[1] характерно, что въ данномъ случаѣ нѣтъ никакой ссылки, какъ въ парапитлахъ и Комментаріи на титулъ De iustitia et iure нѣтъ никакой полемики, хотя первые законы (а стало быть и схолія Дороѳея) 30-й книги василикъ были ему извѣстны уже съ 1567 года[2]. Съ другой стороны, рѣзкая перемѣна мнѣнія въ 1585 г. и совпаденіе новаго взгляда съ толкованіемъ Дороѳея весьма знаменательны. Вліянію Ѳеофила, на котораго онъ ссылается, трудно приписать эту перемѣну, такъ какъ Ѳеофилъ ему былъ извѣстенъ съ ученическихъ годовъ, а съ Зейхемомъ, основывающимся какъ разъ на Ѳеофилѣ, самъ Кюжасъ полемизировалъ (см. стр. 257 и 259). Ужъ если доискиваться посторонняго вліянія, то вѣрнѣй искать его у Бюде; однако и это вліяніе скорѣе можно было бы признать на болѣе раннемъ произведеніи, комментаріи къ Dig. 1, 1, 7, да и тамъ оно сомнительно, ибо Кюжасъ высказывается въ принципіально несходномъ съ Бюде смыслѣ. Далѣе, можно предположить вліяніе Раварда, литературное первенство котораго во всякомъ случаѣ неоспоримо. Однако проще всего допустить, что геніальный Кюжасъ безо всякаго заимствованія и посторонняго вліянія додумался до того же, до чего раньше его могли самостоятельно додуматься другіе.

[1] Гопфнеръ въ Civilistisches Magazin Гуго, II², 389.

[2] Heimbach, Bas. V₁, 178⁵.

## VII. Фурнье.

1605 г. Теперь обратимся къ седьмому писателю, внесшему свой вкладъ въ наше ученіе, Фурнье. Онъ ближе всего примыкаетъ на ученію ванъ Зейхема, но хронологическое старшинство Кюжаса и Коннана и ихъ высокій авторитетъ допускаютъ мысль о ихъ вліяніи, а нѣкоторыя мелочи изложенія Фурнье эту мысль подтверждаютъ. Литературное родословіе Фурнье.

Упомянувъ о глоссаторскомъ стремленіи вывести отъ лакедемонянъ римскіе обычаи, въ частности пупиллярную субституцію, онъ, имѣя въ виду ванъ Зейхема, прибавляетъ: quae sententia merito iampridem explosa est. Quoties enim moribus aliquid tribuunt iuris auctores, proprios, ut plurimum, hoc est romanos, non aliarum gentium, intelligunt. Et prohibitio donationis inter coniuges, quam romanorum propriam esse testatur Plutarchus in Problematis, pariter moribus recepta dicitur Dig. 24, 1, 1 pr. Denique substitutio pupillaris non laconum, sed romanorum moribus, hoc est iure civili, primum introducta est, Dig. 28, 6, 43 pr. fin., non tamen eo iure civili, quod praecessit leges XII tabularum, ut videtur sensisse Viglius, sed eo potius, quod post leges XII tabularum auctoritate prudentum inductum est, deinde populi romani moribus et consensu receptum, Dig. 1, 2, 2, 5. *Τῶν σοφῶν νομοθεσίαν* appellat Theophilus IV, 17 pr., quod ipsum disertius idem auctor explicat III, 10 pr., ubi ius consensu receptum exponit *νομοθεσίαν πολιτικὴν* sive *ἄγραφον συναίνεσιν τῶν σοφῶν*. — Igitur, inquies, et iurisconsulti iura condebant, quorum tamen munus non tam in constituendo vel abrogando, quam interpretando iure, respondendo, cavendo, formulis ex arte concipiendis versabatur? — Certe non quaelibet iurisconsultorum responsa vel interpretationes vim legis statim habebant, sed paulatim, utilitate suadente, a populo probatae sententiae ac disputationes frequentes in principum aut magistratuum auditoriis habitae atque in foro diu vexatae tandem quasi *κυρίαι δόξαι*, sive, ut Cicero interpretatur, ratae ac firmae sententiae in mores et ius commune transibant, eoque sensu prudentes iura condere, componere, constituere dicebantur (II, 257—258). Его ученіе.

Послѣ Фурнье мысль объ auctoritas prudentium, какъ источникѣ недѣйствительности дареній между супругами,

долго не встрѣчается въ чистомъ видѣ, а сочетается съ другими теоріями, высказывавшимися въ наукѣ. Постепенное упроченіе этого сочетанія можетъ быть отмѣчено тремя именами, — Амаіи, Гейнеке и Бёмера. Въ изложеніи ихъ ученій мы къ ней и будемъ возвращаться.

## VIII. Амаіи.

Механическая компиляція

Прежде всего, и по хронологическимъ соображеніямъ, и по внутренней связи мнѣній, обратимся къ эклектическому воззрѣнію Амаіи. Онъ механически сводитъ въ одно цѣлое теоріи Коннана, Раварда (см. выше, стр. 236 и 238) и Отмана (см. ниже, стр. 253), причемъ отъ послѣдняго заимствуетъ даже нелѣпую опечатку — ссылку на 3-ю книгу Діонисія вмѣсто 2-й. 1625 г.

Moribus primum, говоритъ онъ (поясняя слово moribus сокращенною выпиской изъ Коннана), deinde ipso iure donationis huiusmodi prohibitio introducta est, sicut aliae quae in iure ita recepta sunt (202[6]), non alia ratione, nisi ex prudentium prius habita disputatione et a populo amplexa. Idque comprobari potest ex Dig. 24, 1, 1 pr., ubi moribus dicitur interdicta donatio inter coniuges, et tamen Halicarnasseus lib. 3 legem fuisse scribit, notat Hottomanus (412—413).

На Амаіи остановилось дальнѣйшее развитіе разобранныхъ теорій, пока черезъ столѣтіе ихъ не слилъ въ одно цѣлое съ ученіемъ Бриссона первый нѣмецкій романистъ, достигнувшій международной извѣстности послѣ Тридцатилѣтней войны, старшій Гейнеке. Съ этой точки зрѣнія историческая роль Амаіи сводится къ тому, что онъ подвелъ литературный итогъ первымъ теоріямъ новаго времени.

## IX. Мерилль.

Претвореніе глоссаторской теоріи.

Намъ остается сказать о послѣднемъ хронологически представителѣ мысли объ auctoritas prudentium, независимомъ отъ византійцевъ и вообще стоящемъ особнякомъ въ литературѣ. Этимъ представителемъ является Мерилль. Въ толкованіи институцій 1, 2, 8—10, онъ къ слову Athenarum даетъ слѣдующее поясненіе. 1636 г.

Non tamen putandum est, ius scriptum, quo Romani utebantur, a solis Atheniensibus petitum fuisse, et ius non scriptum a solis Lacedaemoniis; imo utrumque ius ab his et illis

sumptum est; manifesto vero probatur, ius non scriptum petitum non fuisse a solis Lacedaemoniis, quia potissimum venit ex interpretatione prudentium ad leges XII tabularum, Dig. 1, 2, 2, 5 и 1, 2, 2, 12, quo iure non scripto, seu moribus, recepta est patria potestas in ceteris parentibus a patre, Dig. 1, 6, 8 pr., et substitutio pupillaris, Dig. 28, 6, 2 pr. и 28, 6, 43 (? sic!), et donationes inter virum et uxorem moribus seu iure civili prohibitae, Dig. 24, 1, 1 и 23, 4, 5, 1, id est iure non scripto seu interpretatione ad leges XII tabularum (p. 32 nota 10).

Къ сожалѣнію, Мерилль былъ неудачникомъ и никто изъ позднѣйшихъ авторовъ не помянулъ его добрымъ словомъ и по нашему вопросу. Какъ бы то ни было, отмѣтимъ, что византійцевъ онъ видимо не знаетъ, а стремится только осмыслить наивный лепетъ глоссаторовъ.

### X. Заключеніе.

Первоначальная роль разсмотрѣнныхъ ученій.

Таковы были поборники первой самостоятельной теоріи новаго времени. Относительно ихъ авторитета и вліянія можно сказать, что мысль объ auctoritas prudentium, какъ источникѣ недѣйствительности супружескихъ дареній, и о національно-римскомъ характерѣ этого учрежденія была до конца XVIII вѣка мнѣніемъ меньшинства, не взирая на громкій авторитетъ иныхъ ея приверженцевъ.

## § 4. Mores какъ писаное право.

### I. Введеніе.

Господствующее ученіе

Господствующимъ на западѣ явилось и осталось до третьей четверти XVIII вѣка воззрѣніе, намѣченное глоссаторами. Главой этого направленія должно признать Кюжаса, хотя самъ онъ, какъ мы ужъ оговорились, подъ конецъ жизни перемѣнилъ мнѣніе, примкнувъ къ ученію объ auctoritas prudentium.

Его первоисточники.

Однако, будучи главою, Кюжасъ вовсе не былъ иниціаторомъ этой внутренне противорѣчивой и противорѣчащей источникамъ теоріи. Съ другой стороны и въ глоссѣ нельзя видѣть единственнаго ея первоисточника. Она явилась сліяніемъ глоссаторскихъ воззрѣній съ инымъ теченіемъ

мыслей, зародившимся благодаря двумъ замѣчательнымъ книгамъ, Топографіи древняго Рима Марліани и Законамъ Ромула Бодуэна. Ни въ той, ни въ другой нѣтъ ни слова о дареніяхъ между супругами, и тѣмъ не менѣе только въ нихъ мы найдемъ ключъ къ позднѣйшимъ теоріямъ въ ихъ правдѣ и заблужденіяхъ.

## II. Марліани.

Tabula Marliani.

Въ 1534 году Марліани выпустилъ первымъ изданіемъ свою знаменитую Топографію. Девятая глава второй книги ея говоритъ De tabulis et columnis aeneis argenteoque ansere (л. 33 recto) и содержитъ нѣсколько строкъ, которыхъ громкая и прекословная слава до сихъ поръ не увѣнчана вполнѣ опредѣленной оцѣнкой. Я имѣю въ виду такъ называемую Tabula Marliani. 1534 г.

Ея первые критики.

Долгое время эту поддѣлку принимали за подлинный документъ; но уже въ 1696 г. Шубартъ въ своей книгѣ De fatis iurisprudentiae romanae, стр. 64, называетъ ее tabula antiqua ex historiae monumentis haud dubie conficta in speciem veri. Въ 1716 г. Вальхъ въ знаменитой въ свое время Historia critica linguae latinae, стр. 27—28, говоритъ: novi sane viros praestantissimos, Romuli leges... multo nitidiores edidisse, ut saeculo paene aureo scriptae videantur, nihil veritos affirmare, se illas antiquissimis tabulis descripsisse; verum sit earum fides penes ipsos. Въ 1726 г. Бруннквелль (Historia iuris romano-germanici, 2-е изд. 1730 г., стр. 29—30) и въ 1733 Гейнеке (Historia iuris civilis romani ac germanici I, 1, § VIII) излагаютъ мнѣнія Шубарта и Вальха, какъ общепринятыя, а въ 1744 г. д'Арно въ своихъ Variarum coniecturarum libri II, стр. 21 слл., подвергаетъ таблицу Марліани пространной и по выводамъ вѣрной, но мало убѣдительной критикѣ, уже въ 1779 году казавшейся слабою (Фолькмаръ, Variorum, quae ad leges Romuleas et magistratus pertinent, liber singularis, Vratislaviae 1779, стр. 9), въ настоящее же время безнадежно устарѣлой.

Гаубольдъ.

Наконецъ въ первыхъ годахъ 19-го столѣтія Гаубольдъ (Institutiones iuris romani litterariae, 1809, стр. 298) высказался по этому поводу слѣдующими словами: Primus, qui Romuleae legislationis summam ex auctoribus veteribus colligeret, fuit Jo. Barth. Marlianus, cuius auctoritatem minus

caute sequutus est Franc. Balduinus, quamquam nec Marliano in mentem venit priscum aliquod monimentum confingere (quod vulgo putant), nec Balduino tabulam ipsam pro genuina accipere.

Дирксенъ былъ послѣднимъ изъ писавшихъ донынѣ о Марліани. Дирксенъ. Въ своихъ Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Römischen Rechts, 1823, стр. 239—240, указавъ на полную невозможность того, чтобы до насъ документально уцѣлѣли остатки законодательства римскихъ царей, онъ говоритъ, что такой фактъ, однако, былъ положительно допущенъ относительно законовъ Ромула и знаменитую Tabula Marliani многіе сочли за документъ въ означенномъ родѣ. Однако, основательные критики объявили эту таблицу плоскою выдумкою. Приведя затѣмъ ихъ главные доводы, Дирксенъ обращается къ нашему автору. Марліани, говоритъ онъ, который первый опубликовалъ этотъ памятникъ и которой неудовлетворительно и почти загадочно высказывается о его свойствахъ и его открытіи, долженъ быть, однако, оправданъ отъ подозрѣнія въ томъ, что онъ самъ былъ виновникомъ этого плоскаго подлога. Этотъ выводъ Дирксенъ дѣлаетъ, какъ видно изъ предшествующаго, слѣдуя Гаубольду, но ссылается и на текстъ Марліани въ перепечаткѣ Граве въ 3-мъ томѣ Thesaurus antiquitatum romanarum. Однако, и Гаубольдъ, и Дирксенъ въ данномъ случаѣ неправы.

Провѣривъ ссылки Дирксена, я убѣдился, что и онъ самъ, и всѣ его предшественники имѣли дѣло съ топографіею Марліани въ изданіи 1544 года или его перепечаткахъ, совершенно не заглядывая ни въ editio princeps 1534 года, ни въ Ліонскую перепечатку того же года съ предисловіемъ Рабле. Единственный, кто не подлежитъ этому упреку — Гаубольдъ въ приведенномъ выше мѣстѣ; но онъ грѣшитъ въ противоположномъ смыслѣ, ибо не далъ себѣ труда сличить первое изданіе со вторымъ и потому вынесъ незаслуженно-благопріятный Марліани приговоръ. Во всякомъ случаѣ, судить по одному второму изданію было тѣмъ болѣе неосторожно, что самъ Марліани въ предисловіи изданія 1544 года торжественно называетъ hanc secundam editionem non tam de eadem re editionem, quam novum aliquod inventum. Между тѣмъ только сопоставленіе второго изданія съ первымъ, Недоразумѣнія критиковъ.

для многихъ, правда, затруднительное въ виду крайней рѣдкости болѣе ранняго и еще большей рѣдкости Ліонской перепечатки (обѣ эти книги, сколько я знаю, имѣются въ Россіи только въ моей библіотекѣ), даетъ возможность вполнѣ уяснить дѣло.

Восьмая глава во второмъ изданіи Марліани.

Восьмая глава второй книги Топографіи Марліани во второмъ изданіи подъ заглавіемъ De tabulis publicis гласитъ слѣдующее: 1544 г.

Tabulas, quibus leges et publica acta continebantur, in Capitolio fixas ac servatas esse multi testantur, quorum Cicero pro Sex.[1] sic inquit: Inspectantibus vobis toto Capitolio tabulae figebantur. Et paulo post[2]: Sed unum egregium de rege Deiotaro Populo Romano amicissimo decretum in Capitolio fixum. Et rursus Philippica tertia[3]: Falsas leges et falsa decreta in aes incidenda et in Capitolio figenda curaverit. Et aereorum tabularum tria millia, quae cum Capitolio flagraverant, Vespasianum investigatis exemplaribus restituenda curavisse ferunt. Et Plutarchus testatur[4], cum Clodius tabulas, quibus res in tribunatu suo gestae continebantur, in Capitolio affixisset, Ciceronem ab exilio reversum eas vi delevisse. Rursusque Cicero in Catilinam[5] commemorat, aera legum in Capitolio de caelo tacta et liquefacta. Sic et tabula, quae has leges a Romulo promulgatas continebat, servabatur.

Выписавъ затѣмъ текстъ „законовъ Ромула“, Марліани кончаетъ: Curatores autem fuisse huiusmodi tabularum indicat sequens titulus, и воспроизводитъ надпись:

C. Calpetanus Statius
Sex. Metrorius M. Perpenna Lurco
T. Sartius Decianus Curatores
Tabulariorum Publicorum
Fac. Cur.

Къ приведенному отрывку дѣйствительно подходятъ слова Дирксена о неудовлетворительномъ и почти загадочномъ изложеніи; но сильно мѣняется дѣло, если мы сли-

[1] На самомъ дѣлѣ имѣется въ виду Cic. Phil. 2, 36, 92. Вообще ссылки Марліани приводитъ съ небрежностью, граничащею — sit venia verbo — съ нахальствомъ.

[2] На самомъ дѣлѣ Cic. Phil. 2, 37, 93.

[3] Cic. Phil. 3, 12, 30.

[4] Plut. Cic. 34.

[5] Cic. in Cat. 3, 8, 19.

чимъ текстъ второго изданія съ соотвѣтствующимъ ему мѣстомъ, а именно съ девятою главою второй книги, перваго изданія.

1534 г. Кромѣ заглавія (De Tabulis et Columnis aereis argenteoque Ansere) и мелкихъ стилистическихъ частностей начало главы въ обоихъ изданіяхъ тождественно до выписки изъ Cic. Phil. 3, 12, 30, т. е. до словъ et in Capitolio figenda curaverit, включительно; но затѣмъ первое изданіе гласитъ: Девятая глава въ первомъ изданіи.

Polibius tertio[1] scribit foedera, quae inter Romanos et Carthaginienses icta fuerant, perscripta in tabulis aeneis in templo Iovis Capitolini diligentissime ab aedilibus conservata: Vespasianumque aerearum tabularum tria millia, quae cum Capitolio conflagraverant, investigatis exemplaribus restituendi curam suscepisse, in quibus tabulis publica monimenta continerentur; quarum una cernitur adhuc in Lateranensi ecclesia. Clodius etiam tabulas, in quibus res in tribunatu suo gestae continebantur, hic affixit; quas Cicero ab exilio reversus vi delevit, author Plutarchus[2]. Idem Cic. in Cat.[3] commemorat aera legum in Capitolio tacta de coelo et liquefacta. Idem propemodum de diu.[4] his Ennii carminibus:

> Nam pater altitonans stellantis nixus Olympo
> Ipse suos quondam tumulos ac templa petivit
> Et Capitolinis iniecit sedibus ignes.
> Tum species ex aere vetus generataque natae
> Concidit, lapsaeque vetusto numine leges.

Erant et leges a Romulo institutae, продолжаетъ Марліани, quarum argumentum tale est, и затѣмъ выписываетъ 22 закона Ромула. Erant autem apud Romanos curatores eorum locorum, in quibus tabulae publicae servabantur, ut index hic ostendit, заключаетъ онъ, и приводитъ надпись, перепечатанную нами на предшествующей страницѣ.

Затѣмъ Марліани говоритъ о мѣдныхъ колоннахъ и о серебряномъ гусѣ, сооруженномъ на Капитоліи.

Какъ видите, первое изданіе гораздо полнѣй и понятнѣе. Марліани говоритъ въ немъ о мѣдныхъ памятникахъ законамъ, до насъ не дошедшихъ, и повѣствуетъ о причинахъ ихъ гибели, между прочимъ — объ историческихъ случаяхъ Осторожность Марліани въ первомъ изданіи.

[1] Polyb. 3,26.
[2] Plut. Cic. 34.
[3] Рѣчь идетъ о Cic. Cat 3, 8, 19.
[4] Cic. Div. 1, 12, 19.

расплавленія мѣдныхъ таблицъ молніею. Приведя стихъ Цицерона, касающійся такого случая,

lapsaeque vetusto numine leges,

и приписавъ его заодно Эннію, Марліани, видимо, рѣшилъ, что древній поэтъ имѣлъ въ виду законы Ромула, — по крайней мѣрѣ прибавляетъ: Erant et leges a Romulo institutae, quarum argumentum tale est. Этотъ случай показался ему въ первомъ изданіи умѣстнымъ, чтобы напечатать свое собраніе законовъ Ромула, облеченное, какъ тогда дѣлалось, въ форму реституціи, т. е. изложенное архаическою, по понятіямъ его времени, латынью. Словомъ, я хочу сказать, что Марліани былъ первымъ послѣ Ривайля собирателемъ законовъ Ромула и первымъ критикомъ, пытавшимся возстановить ихъ текстъ на образецъ анонимнаго издателя Проба, XII таблицъ и пр., напечатавшаго свой сборникъ въ 1525 году у Такуино въ Венеціи. 1515 г.

Подлогъ во второмъ изданіи.

Эта слава, неотъемлемо ему принадлежащая, омрачена тою недобросовѣстностью, которую онъ проявилъ во второмъ изданіи. Выпустивъ въ немъ много подробностей, между прочимъ драгоцѣнное свѣдѣніе о Латеранской таблицѣ, такъ называвшейся lex regia, выкинувъ и стихи Цицерона, приписанныя Эннію, Марліани предлагаетъ читателю свою реституцію съ несомнѣннымъ намѣреніемъ ввести его въ заблужденіе словами: sic et tabula, quae has leges a Romulo promulgatas continebat, servabatur. Что обманъ былъ сознателенъ, невозможно сомнѣваться: откуда взялась во второмъ изданіи tabula, quae servabatur legesque Romuli continebat? Реституція по шулерски выдается за подлинный памятникъ.

Варіанты текста въ двухъ изданіяхъ.

Дѣло становится совершенно очевиднымъ еще и потому, что редакція мнимыхъ законовъ во второмъ изданіи измѣнена сравнительно съ первымъ, притомъ не только орѳографически. Для наглядности привожу въ параллельныхъ столбцахъ всѣ разночтенія обѣихъ редакцій, кромѣ знаковъ препинанія.

| Оба изданія 1534 г. | Изданіе 1544 г. |
|---|---|
| plebeii | plebei |
| monstrosos | monstruosos |
| moenia | menia |

| | |
|---|---|
| utque domus ille dominus, ita haec domina | ut domusque ille dominus, ita haec domina |
| ut patri | uti patri |
| ut volent | uti volent |
| ut adulteram | uti adulteram |
| parentum in liberos omne ius esto | parentum liberos omne ius esto. |

Итакъ, въ конечномъ выводѣ, счастливый собиратель законовъ Ромула запятналъ себя шулерскою продѣлкою, бросающею печальную тѣнь на его неоспоримыя заслуги. Первою жертвой его подлога оказался Бодуэнъ.

## III. Бодуэнъ.

1550 г. Черезъ 6 лѣтъ онъ въ первомъ изданіи своихъ книгъ ad Leges Romuli Regis Romanorum et Leges XII. Tabularum усмотрѣлъ въ разобранномъ нами текстѣ второго изданія Марліани именно то, что̀ подсказывало двусмысленное изложеніе хитраго итальянца. Занявшись законодательствомъ Ромула, говоритъ Бодуэнъ, я началъ eaɾum quoque, quas edidisse fertur, legum tabulas, si in aliquo forte recessu antiquitatis delitescerent, vehementer expetere, quarumque reliquias in veterum scriptorum monumentis sparsas disiectasque superesse videbam, magna et diligentia et religione pervestigare. Id cum facio, commode incidi in eam, quae harum legum capita continebat, antiquissimam tabellam, multis olim annis (ut a Marliano, viro doctissimo et de memoria romanarum antiquitatum optime merito, accepi) adservatam. Результаты подлога Марліани.

Итакъ, довѣрчивый Бодуэнъ, обрадовавшись находкѣ, попался на удочку Марліани, принялъ его реституцію законовъ Ромула за списокъ съ подлинной древней надписи и принялъ съ тѣмъ большей увѣренностью, что Марліани составилъ свое собраніе по тѣмъ же источникамъ, которые собиралъ самъ Бодуэнъ. Но забудемъ Марліани и обратимся къ ученой жертвѣ его ученаго подлога.

Изъ законовъ Ромула мы находимъ у Бодуэна слѣдующіе два во второй редакціи Марліани: Бодуэнъ и законы Ромула.

XIII. Mulier viro legitime coniuncta fortunarum et sacrorum socia illi esto, utque domus ille dominus, ita haec domina.

XIV. Filia, uti patri, ita defuncto viro heres esto.

Комментарій къ 13-му закону.

Начавъ толкованіе 13-го отрывка краткимъ указаніемъ на confarreatio, какъ на древнѣйшую форму брака, и на употребленіе при брачныхъ обрядахъ огня и воды, Бодуэнъ говоритъ, что Ромулъ предписалъ legitimas nuptias societatem esse et communionem bonorum inter coniuges omnium atque sacrorum. Этотъ законъ особенно восхваляетъ Діонисій, 2, 25, прибавляя слѣдующія слова, могущія быть свидѣтельствомъ, что и жена была госпожею, domina: *Σωφρονοῦσα καὶ πάντα γεγαμηκότι πειθομένη γυνὴ κυρία τοῦ οἴκου τὸν αὐτὸν τρόπον ἦν, ὅνπερ καὶ ἀνήρ.* Тѣ же права получала жена и въ бракѣ per coemptionem. Когда ее вводили въ домъ мужа, ея обрядными словами были: Ubi tu Caius? Ego Caia. И какъ мужъ назывался pater familias, такъ жена mater familias. Даже въ позднѣйшихъ римскихъ законахъ повидимому уцѣлѣли нѣкоторые слѣды древняго товарищества (societatis), хоть и не сохранилась установленная Ромуломъ общность всего имущества между супругами. Таковы тексты Модестина, Dig. 23, 2, 1, и императора Гордіана, Cod, 9, 32, 4. Но Павелъ, Dig. 25, 2, 1, пишетъ, что Нерва и Кассій думали, будто и жена, propter hanc summam vitae societatem, дѣлается какъ бы госпожею надъ имуществомъ мужа, но Сабинъ и Проклъ съ этимъ не согласились. Итакъ, Сабиніанцы отвергли общность всего достоянія между супругами, установленную Ромуломъ, и ихъ мнѣнію послѣдовали остальные юристы. Свидѣтельство Сцеволы, Dig. 34, 1, 16, 3, само служитъ доказательствомъ, что товарищество между супругами наступало не иначе, какъ по ихъ о томъ договору. Даже имущество жены не отвѣчало за долги мужа, Cod. 10, 32, 11; 9, 12, 1 и 4, 12. Однако въ настоящее время въ нѣкоторыхъ частяхъ Франціи по обычаю вызвана снова къ жизни древняя общность. Впрочемъ, и въ Римѣ товарищество жены распространялось на ея права по мѣстожительству, гражданству и подсудности, Dig. 5, 1, 65; 50, 1, 38, 3; 2, 1, 19. Ульпіанъ провозглашаетъ, что домъ одинъ для жены и мужа, Dig. 29, 5, 1, 15; 45, 1, 111; 7, 8, 4, 1; 7, 8, 8, 1. Словомъ, какъ говоритъ Папиніанъ, non videri in hoc genere praestitum esse uxori, quod marito non praestatur eique commune non est: Dig. 33, 3, 6. Наконецъ, почести и достоинства у мужа общія съ женою, Dig. 1, 9, 8; либертъ несетъ въ отношеніи къ женѣ патрона тѣ же личныя обязанности,

что и въ отношеніи къ патрону, Cod. 2, 2, 1, равно какъ либертъ жены не имѣетъ права звать въ судъ ея мужа, хотя въ отношеніи орега либерта принятъ иной порядокъ, Cod. 6, 3, 10. Изъ этого видно, до какого предѣла осталась и сохранилась въ позднѣйшихъ римскихъ законахъ та общность между супругами, которую установилъ Ромулъ.

14-й законъ. Толкованіе 14-го закона, заявляетъ Бодуэнъ, опять со ссылкою на Діонисія 2, 25, зависитъ отъ предшествующаго и съ нимъ можетъ быть соединено. Въ поясненіе онъ только намѣчаетъ исторію наслѣдованія супруговъ по закону (40—42).

Историческое вліяніе Бодуэна. Это ученіе послужило одновременно источникомъ двухъ несходныхъ направленій въ наукѣ. Съ одной стороны на его почвѣ создалось ученіе Бриссона о manus mariti, какъ источникѣ недѣйствительности, а съ другой Бодуэнъ оказывается родоначальникомъ мысли о Ромулѣ, какъ творцѣ римскаго права супружескихъ дареній. Правда, самъ Бодуэнъ не высказалъ ни того, ни другого, но литературное родословіе и хронологія прямо ведутъ къ нему.

## IV. Кора.

Сближеніе Ромула, Плутарха и недѣйствительности. 1553 г. Первымъ, кто подхватилъ его ученіе, былъ Кора. Мы подробно ознакомились съ его воззрѣніями въ предшествующей главѣ и повторять ихъ не будемъ. Здѣсь отмѣтимъ только три ихъ особенности, важныхъ для нашей задачи. онъ первый въ своемъ толкованіи на Dig. 39, 6, 27 сблизилъ одновременно законодательство Ромула, недѣйствительность супружескихъ дареній и тексты Плутарха о доводахъ въ пользу этой недѣйствительности. Его изложеніе, дословно приведенное выше на стр. 80, даетъ даже возможность угадать тотъ логическій путь, которымъ онъ пришелъ къ своему сопоставленію. „Maiores“ Севера и Антонина, Dig. 24, 1, 3 pr., онъ переводитъ „prisci Romanorum“ и этимъ древнѣйшимъ римлянамъ приписываетъ доводы, сообщаемые Ульпіаномъ и Плутархомъ; между тѣмъ эти послѣдніе вполнѣ совпадаютъ съ тѣмъ моралізующимъ толкованіемъ, которое Діонисій даетъ закону Ромула о manus mariti. Выводъ напрашивался самъ собой и былъ дѣйствительно сдѣланъ въ заключительной „припискѣ“ Кора.

Значеніе Плутарха и Діонисія. Эта теорія, независимо отъ ея основательности или неосновательности, рѣшительно расходится съ глоссою во пер-

выхъ, ибо не вяжется ни съ какими заимствованіями отъ аѳинянъ или лакедемонянъ, во вторыхъ съ мыслью о неписаномъ правѣ и въ третьихъ съ выводомъ недѣйствительности изъ auctoritas prudentium. Плутархъ и Діонисій оказываются историческими свидѣтелями, обязывающими къ пересмотру принятыхъ воззрѣній и ставящими вопросъ о критикѣ источниковъ и ихъ возможномъ согласованіи.

## V. Фр. Отманъ.

Его предпосылки.

Прежде чѣмъ изложить, какъ рѣшалась исторически эта задача, приходится остановиться на одномъ промежуточномъ воззрѣніи, являющемся звеномъ между Бодуэномъ и Кора съ одной стороны и дальнѣйшими теоріями съ другой. Я разумѣю мысли, высказанныя Фр. Отманомъ въ его комментаріи на XII таблицъ. 1563 г.

Мнимый законъ XII таблицъ.

Отманъ приписалъ децемвирамъ, между прочимъ (III, 1, 416 слл.), слѣдующій фантастическій законъ:

> Ut quae mulier viro in manum conveniret, ea mulier illi viro materfamilias esset rerumque ipsius omnium ac sacrorum socia suaque ei heres fieret, item ut hic illi.

Caput hoc in XII tabulis fuisse, говоритъ Отманъ, vel ex eo licet existimare, quia cum Dionysius eam legem a Romulo scriptam fuisse testetur, tum vero constat eam regibus exactis stanteque republica viguisse. Quae vero Romuli leges retentae sunt, eas in XII tabulas nostras magna ex parte relatas fuisse satis plane in praefatione docuimus (III, 1, 416). Въ предисловіи же онъ ссылается на Діонисія, 2, 27, 3 и 10, 57, въ доказательство, что децемвиры non tantum peregrinas et adscititias leges adhibuisse, verum etiam patria quoque instituta, sic ut etiam si quae ex regiis legibus idoneae viderentur, eas non repudiarent (III, 1, 374). Затѣмъ Отманъ посвящаетъ текстъ подробнымъ доказательствамъ, что установленія Ромула, изложенныя Діонисіемъ 2, 25, сохранялись въ Римѣ въ республиканскую эпоху, о чемъ свидѣтельствуютъ Cic. Top. 3, 14 и Boeth. in h. l.; Top. 4, 23; Ulp. 11, 13; 22, 14; 29, 1; Dig. 25, 2, 1; Gell. Noct. Att. 18, 6, 9; Cic. p. Fl. 34, 84; Dig. 1, 6, 4; Plut. Qu. Rom. 30; Cic. p. Mur. 12, 27; Dig. 23, 2, 1; Cod. 9, 32, 4 pr. (III, 1, 416—418).

XII таблицъ и недѣй-

Какъ видите, Отманъ еще не говоритъ о дареніяхъ между супругами, но уже предрѣшаетъ сближеніе ихъ съ

XII таблицами, такъ какъ включаетъ въ составъ законодательства децемвировъ тотъ законъ, который Кора привелъ въ связь съ недѣйствительностью супружескихъ дареній. И дѣйствительно, вскорѣ это сближеніе было сдѣлано имъ формально. ствительность.

1573 г. Остановившись въ 3-й книгѣ своихъ Observationes (I, 2, 76) на словахъ Ульпіана въ Dig. 1, 21, 1 pr., онъ доказываетъ, что подъ lex юристъ разумѣетъ не республиканскіе законы, но императорскія конституціи. Ac nimirum, говоритъ Отманъ, hoc illud est, quod in § 1 subiungitur, more maiorum, qui tamen legibus scriptis constitutus est, legibus novis opposuit, quarum legum novarum exempla paucis ante versibus ediderat. Similiter autem donationem inter coniuges moribus interdictam Ulpianus scribit Dig. 24, 1, 1 pr., cum Dionysius lib. 3 (sic!) eam Romuli legem fuisse affirmet: ac meo iudicio in XII tabularum legem relatam. Возникновеніе недѣйствительности.

Нѣтъ ни малѣйшаго сомнѣнія, что здѣсь Отманъ стоитъ цѣликомъ на почвѣ послѣднихъ по времени воззрѣній Кора, когда тотъ привлекалъ уже Ромула къ объясненію недѣйствительности. Курьезно притомъ, что, исправляя ошибку своего источника и правильно ссылаясь не на Плутарха въ житіи Ромула, а на Діонисія, Отманъ однако самъ дѣлаетъ описку и ссылается на 3-ю книгу Діонисія, тогда какъ въ виду имѣетъ несомнѣнно Dionys. 2, 25. Эта опечатка прошла черезъ цѣлый рядъ книгъ: мы ее встрѣчаемъ у самого Отмана въ позднѣйшихъ его трудахъ, у Джентиле, Амаіи и другихъ. Отманъ и Кора.

## § 5. Кюжасъ.

### I. Предпосылки Кюжаса.

Совершенно независимо отъ Бодуэна и его послѣдователей опредѣлились взгляды другого великаго ученаго XVI вѣка, Кюжаса, имѣющаго впрочемъ со своими современниками то общее, что вопреки словамъ Ульпіана о mores, какъ источникѣ недѣйствительности, онъ искалъ зародышей этого ученія въ писаномъ правѣ. Въ цѣломъ его первоначальное воззрѣніе сложилось съ одной стороны на традиціонномъ ученіи глоссаторовъ, съ другой стороны на сближеніяхъ Плутарха въ *Ῥωμαϊκὰ* 7, съ третьей же Источники Кюжаса.

стороны на его собственномъ взглядѣ на законодательные источники децемвировъ.

XII таблицъ. Въ третьей книгѣ своихъ Observationes Кюжасъ останавливается въ 4-ой главѣ на сближеніи текстовъ Ульпіана, Dig. 2, 11, 2, 3, и Феста, v. Reus, 372 (273-a, 13), причемъ въ послѣднемъ еще сохраняетъ безсмысленное чтеніе Numa, въ настоящее время всѣми отвергнутое. Nec me movet, прибавляетъ онъ (III, 80), quod Numae eam legem esse Sextus scribit. Nam ex Dion. 2, 27, 3, et 10, 57, constat, ex legibus regiis et ex moribus populi romani multas decemviros leges in XII tabulas transtulisse, hoc censente populo, *ἅπαντας τοὺς πατρίους ἐθισμούς τε καὶ νόμους ἅμα τοῖς ἐπεισάκτοις*, ut Halicarnasseus ait, in foro proponi. Quam ob rem existimo et illas Numae leges de eo qui sciens hominem liberum morti duit, et de poena pellicis, et de homine fulmine occiso, et de termino exarato, et de opimis spoliis, et de parricida, ab eodem Sexto relatas, XII tabulis adscribendas esse. 1557 г.

Mores, leges regiae и XII таблицъ. Въ этомъ текстѣ Кюжасъ впервые въ новой наукѣ установляетъ положеніе, что царскіе законы вошли въ XII таблицъ, а затѣмъ намѣчаетъ, пользуясь Діонисіемъ, согласованіе текстовъ, приписывающихъ какія нибудь положенія одновременно и moribus, и XII таблицамъ. Это согласованіе, во второй половинѣ несомнѣнно родственное глоссаторскому и содержащее въ цѣломъ нѣкоторую долю истины, грѣшитъ излишней обобщенностью и категоричностью; однако, къ нашему вопросу здѣсь Кюжасъ своей теоріи не примѣняетъ. Это сдѣлано имъ было значительно позже.

## II. Глоссаторская теорія Кюжаса въ Паратитлахъ.

Текстъ Кюжаса. Quod ius (т. е. interdictae donationis inter coniuges), говоритъ онъ въ Паратитлахъ (I, 681—682), est ex Solonis legibus et, ut arbitror, ex XII, ut pleraque alia, quae in his libris (т. е. дигестахъ) moribus tribuuntur, quod ab initio moribus introducta sint, veluti patria potestas et interdicta prodigo bonorum administratio. 1569 г.

Оцѣнка его теоріи. Трудно сомнѣваться, что это воззрѣніе стоитъ въ родословной связи съ ученіемъ глоссаторовъ. Столь же очевидно, что поправки не пошли ему на пользу. Правда, ни о какихъ лакедемонянахъ послѣ ванъ-Зейхема нѣтъ ужъ и помина, но „moribus“ всетаки въ конечномъ выводѣ истол-

ковывается въ смыслѣ iure scripto. Любопытно, однако, что о XII таблицахъ Кюжасъ высказывается лишь предположительно, — ut arbitror, — и, напротивъ, съ полною достовѣрностью говоритъ о Солонѣ. Однако, если даже допустить, что классическіе юристы выводили изъ mores первобытныя римскія учрежденія, письменно закрѣпленныя XII таблицами, то какъ можно было бы имъ изъ mores выводить извнѣ заимствованныя нововведенія децемвировъ? Если первыя входили въ законъ изъ обычая, то вторыя могли войти въ обычай только изъ закона. Такому противорѣчію нисколько не помогаетъ ссылка на аналогичныя выраженія въ Dig. 1, 6, 8 pr. и 27, 10, 1 pr.: тамъ нѣтъ ни признака заимствованія отъ кого бы то ни было. Наконецъ, помимо отсутствія въ Солоновомъ законодательствѣ соотвѣтствующаго правила, самое преданіе о заимствованіяхъ изъ чужихъ правъ въ XII таблицахъ лишь нелѣпая басня, не имѣющая даже тѣни вѣроятія[1].

Мысль Кюжаса была подхвачена Д. Годфруа и доведена до крайности включеніемъ въ текстъ XII таблицъ запрещенія дареній между супругами[2]. Но уже въ изданіи XII таблицъ Ж. Годфруа мы соотвѣтствующаго отрывка не находимъ. Это нанесло сильный ударъ мнѣнію Д. Годфруа и съ нимъ не приходится съ тѣхъ поръ встрѣчаться у изслѣдователей XII таблицъ[3]. Д. Годфруа и XII таблицъ

Тѣмъ не менѣе, Паратитлы были и остались быть можетъ наиболѣе извѣстнымъ и читаемымъ изъ произведеній Кюжаса. Это объясняется ихъ краткостью, прикладными удобствами и въ особенности тѣмъ, что Д. Годфруа принялъ ихъ во всѣ свои изданія Corpus iuris, какъ не-глоссированныя, такъ и глоссированныя, т. е. сдѣлалъ мнѣніе Кюжаса Популярность Паратитлъ.

[1] Никольскій, Система и текстъ XII таблицъ, §§ 20—38.

[2] Tit. 17 l. 8. Онъ тамъ выписываетъ слова Ульпіана Dig. 24, 1, 1 pr. безо всякихъ примѣчаній и поясненій. Ср. Дирксенъ, XII T., 61, прим. 97, и стр 223. Но Дирксенъ въ данномъ мѣстѣ совсѣмъ упускаетъ изъ виду, что и глоссаторы, и Кюжасъ, и Отманъ приписывали XII таблицамъ запрещеніе дареній между супругами ранѣе Д. Годфруа, такъ что несправедливо сваливать на него одного отвѣтственность за эту нелѣпость.

[3] На это обстоятельство впервые ссылается Бомеръ, прямо указывая, что XII таблицъ ничего не говорятъ о дареніяхъ между супругами. См ниже изложеніе его теоріи, стр. 281.

обязательнымъ чтеніемъ всѣхъ романистовъ съ 1583 по 1740 годъ (годы перваго и послѣдняго „готофредовскаго“ изданія). Правда, съ 1590 года онъ включилъ въ свои изданія „съ примѣчаніями“ и текстъ XII таблицъ въ своей редакціи; однако, немногія страницы съ этимъ текстомъ совершенно терялись въ приложеніи къ огромной книгѣ, тогда какъ Паратитлы были размѣщены въ самомъ текстѣ, непосредственно послѣ заголовка каждаго титула. Немудрено, что преобладающее большинство писателей о дареніяхъ между супругами повторяетъ теорію Кюжаса до середины XVIII в., считаясь съ ней именно въ томъ видѣ, какъ она изложена въ Паратитлахъ, т. е. въ видѣ голословнаго утвержденія, ничѣмъ не подкрѣпленнаго.

## III. Мотивировка теоріи Кюжаса.

Доводы Кюжаса въ пользу его теоріи.

Доводы Кюжаса въ пользу его мысли только подразумѣвались и угадывались, да и то рѣдко, и всегда неполно и невѣрно. Между тѣмъ они подробно и тщательно изложены въ посмертномъ толкованіи на Dig. 1, 1, 7 (VII, 40 слл., гл. обр. 43—44)

Когда былъ написанъ комментарій.

Когда былъ написанъ этотъ комментарій, неизвѣстно; судя по содержанію, мнѣ кажется, что онъ предшествовалъ Паратитламъ, такъ какъ въ примѣчаніи къ нимъ уже вѣрно указанъ текстъ Плутарха, Ῥωμαϊκά 7. Правда, въ нихъ въ высшей степени странно цитируются *Γαμικὰ παραγγέλματα*: или Кюжасъ путаетъ ихъ съ Ῥωμαϊκὰ *προβλήματα*, или онъ не знаетъ гл. 34 *Γαμικὰ παραγγέλματα*, или, наконецъ, имѣетъ въ виду главу 20. Во всякомъ случаѣ, ссылка въ Паратитлахъ точнѣе, чѣмъ въ комментаріи.

Mos receptus и mos institutus.

Остановимся на главныхъ основаніяхъ подробной мотивировки Кюжаса. Онъ отрицаетъ, чтобы между mos и consuetudo было какое нибудь различіе по существу, хотя не признаетъ самыхъ словъ безусловно синонимичными. Гораздо важнѣе, говоритъ онъ, установить различіе между mos receptus и mos institutus. Nam mos receptus est is, ut Festus ait, quem sua sponte civitas alienum adscivit, ut (velut?) quod dicitur Dig. 24, 1, 1 pr., moribus esse receptum, ut non valeat donatio inter virum et uxorem, id sumptum est ex alieno, scilicet Solone, ut Plutarchus scribit in Romulo. Et in Inst. 3, 10 pr.

quod dicitur „consensu“ (tacito, scilicet) esse „receptum“, „tacito iure“, ut ait Dig. 1, 7, 15 pr., id est consuetudine, more esse receptum, ut is, qui adoptatur, cum capite omnia bona transferat in adoptatorem, — id etiam a Græcis est. Et ita semper, cum dicitur in libris nostris, ius esse receptum, id putatur sumptum ex alieno et introductum in civitatem. Instituta sunt, quæ cives ipsi adinvenere exigente utilitate. Et ita Tullius semper legibus opponit instituta. Et eleganter Cod. Th. 5, 12, 1.

Писаное и записанное право.

Перейдя затѣмъ къ преторскому праву, Кюжасъ заканчиваетъ изложенное замѣчаніемъ, observandum esse, maximam partem eorum, quæ prætores edicere consueverunt, manare ex consuetudine, ex iure non scripto, ut nominatim scribit Tullius. Ex quo intelligitur ita fieri, ut, quæ sine scripto primum obtinuerunt, quæ more recepta vel instituta sunt, post litteris describantur. Nec dubitandum, quin ius non scriptum, si post scribatur, desinat esse non scriptum, quanquam ex non scripto venerit; qua tamen de re ambigunt doctores et disputant inaniter. Nam et ita constat patriam potestatem receptam fuisse moribus, Dig. 1, 6, 8 pr., consequenter substitutionem pupillarem, quæ pars est patriæ potestatis, neque enim fit nisi liberis, qui sunt in potestate nostra, Dig. 28, 6, 2 pr.: sed tamen hodie hoc tribuitur XII tabulis, quia ex moribus id in XII tabulas transsumptum est. Halicarnasseus scribit ex more populi Romani vel suis vel alienis multa translata in XII tabulas. Et simili modo, quod moribus erat introductum, ut prodigo interdicatur bonorum administratione, hodie tribuimus iuri scripto, id est XII tabulis, Dig. 27, 10, 1 pr. Et auctoritas quoque prudentium, ut constat ex Dig. 1, 2, 2, 49, prius fuit non scripta, deinde scripta, neque enim suas cautiones consulti suamque prudentiam litteris commendabant [1].

Критика доводовъ Кюжаса.

Какъ видите, разсужденіе проведено съ тѣмъ блескомъ и той увлекательностью, которыми вообще славится Кюжасъ; но убѣдительность здѣсь только кажущаяся, и этого не скрыть никакому блеску изложенія.

Mos institutus.

Прежде всего, совершенно произвольно все толкованіе словъ receptus и institutus примѣнительно къ обычаю. Конечно, у Феста сказано, что receptus mos est, quem sua

[1] Ср. къ этому тождественное, но болѣе краткое толкованіе Кюжаса въ томъ же комментаріи по аналогичному случаю, I, 784.

sponte civitas alienum adscivit; но независимо отъ другихъ необходимыхъ оговорокъ, мы встрѣчаемся въ текстѣ Ульпіана не съ выраженіемъ mos receptus, а со словами moribus receptum est apud nos: надо сперва доказать полное тождество обоихъ выраженій, какъ техническихъ терминовъ, чтобъ имѣть право изъ стилистическихъ особенностей текста выводить смѣлую гипотезу о заимствованіи. Далѣе, Кюжасъ въ разсѣянности толкуетъ какъ техническій терминъ выраженіе, сколько мнѣ извѣстно, вообще не встрѣчаемое ни у одного латинскаго писателя, юриста или не-юриста: mos institutus. Римляне знали только выраженіе mos constitutus и существительное institutum, иногда равнозначащее со словомъ mos [1]. Такимъ образомъ противопоставленіе выраженій institutum, какъ техническаго термина для туземныхъ установленій, и mos receptus, какъ техническаго термина для установленій заимствованныхъ, совершенно не выдерживаетъ критики.

Ссылка на Плутарха.

Далѣе, ссылка на Плутарха никуда не годится Во-первыхъ, это ссылка глухая; во-вторыхъ, невѣрная; въ-третьихъ, неумѣстная; и въ четвертыхъ, основанная на чужой опечаткѣ, — а именно, Кюжасъ повторяетъ недосмотръ Кора, отмѣченный нами выше, на стр. 81. Въ житіи Ромула Плутархъ даже не упоминаетъ о дареніяхъ между супругами. Рѣчь несомнѣнно идетъ о *Ῥωμαϊκά*, гл. 7, гдѣ, точно, сопоставляется недѣйствительность дареній между супругами по римскому праву съ законодательствомъ Солона: *Διὰ τί δὲ δῶρον λαβεῖν ἀνδρὶ παρὰ γυναικὸς καὶ γυναικὶ παρὰ ἀνδρὸς ἀπείρηται; πότερον ὡς Σόλων, γράψας τὰς δόσεις κυρίας εἶναι τῶν τελευτώντων, πλὴν εἰ μήτις ἀνάγκῃ συνεχόμενος, ἢ γυναικὶ πειθόμενος, τὴν μὲν ἀνάγκην ὡς βιαζομένην ὑπεξείλετο, τὴν δὲ ἡδονὴν ὡς παραλογιζομένην, οὕτως ὑπενοήθησαν αἱ γυναικῶν καὶ ἀνδρῶν δόσεις.* Однако и данный текстъ не только не подтверждаетъ заимствованія, но даже прямо его опровергаетъ: Плутархъ ничуть не отождествляетъ Солонова закона съ римскимъ обычаемъ, а только проводитъ аналогію между законодательными цѣлями того и дру-

[1] См. выше, стр. 235, толкованіе Бюде. Не его ли разсужденія дали Кюжасу толчокъ къ заблужденію? Глухая ссылка на Цицерона и semper opponit могли явиться смутнымъ отголоскомъ цитатъ изъ Цицерона, особенно обильно собранныхъ у Бюде.

гого. Помимо того, самое сближеніе весьма произвольно, какъ показано въ изложеніи взглядовъ Джентиле (стр. 260).

Mores и XII таблицъ

Не будемъ, затѣмъ, останавливаться на опроверженіи второй выписки, которая, какъ ясно и по содержанію, и по прямымъ намекамъ, является полемикою противъ Зейхема въ приведенномъ нами выше его разсужденіи (стр. 235—236): въ настоящее время никто не можетъ сомнѣваться въ неправильности взгляда Кюжаса. Приписываемыя одновременно и XII таблицамъ, и moribus учрежденія никоимъ образомъ нельзя считать заимствованіями децемвировъ изъ обычнаго права. Напротивъ, они всѣ сложились послѣ XII таблицъ. Свидѣтельство Діонисія, 10, 57, къ нимъ вовсе не относится.

Выводъ.

За исключеніемъ, такимъ образомъ, справедливаго замѣчанія, что auctoritas prudentium равно можетъ причисляться и къ писаному, и къ неписаному праву, приведенное разсужденіе Кюжаса не можетъ быть принято и нисколько не упрочиваетъ согласнаго съ нимъ толкованія въ Паратитлахъ.

## IV. Позднѣйшая теорія Кюжаса.

Перемѣна мнѣнія.

1585 г. Черезъ 16 лѣтъ послѣ Паратитлъ Кюжасъ кореннымъ образомъ измѣнилъ свое первоначальное мнѣніе и, судя по намекамъ въ изложеніи, измѣнилъ совершенно сознательно, въ комментаріи къ титулу De origine iuris. Это новое мнѣніе изложено нами, по связи содержанія, выше, стр. 239 сл. Тамъ его мысли совпадаютъ съ толкованіемъ Дороѳея. Ни о Солонѣ, ни о XII таблицахъ, ни о mos receptus нѣтъ уже ни слова. И такъ какъ въ умѣ ученаго позднѣйшая теорія устраняетъ теорію болѣе раннюю, то съ именемъ Кюжаса и должна быть связана позднѣйшая хронологически.

Судьба теорій Кюжаса.

На дѣлѣ случилось иное. Наиболѣе популярной и всего тѣснѣе связанною съ именемъ Кюжаса оказалась его первая теорія, изложенная въ Паратитлахъ Гораздо меньше остался извѣстенъ комментарій къ титулу De origine iuris, гдѣ Кюжасъ уже сходится съ византійцами. Правда, Джентиле отмѣтилъ противорѣчіе между этими двумя мѣстами; но позднѣйшіе писатели мало на немъ останавливались. Наконецъ, почти совершенно не извѣстно — быть можетъ важнѣйшее — мѣсто въ посмертномъ комментаріи на титулъ De iustitia et iure, гдѣ онъ обосновываетъ свой краткій те-

зисъ, выставленный въ Паратитлахъ. По крайней мѣрѣ единственная ссылка на этотъ комментарій, встрѣченная мною въ литературѣ, и то крайне поверхностно сдѣланная, — де-Медіо, I, 361, прим. 1 въ концѣ, — относится къ 1902 г. Если вспомнить при этомъ, что посмертныя произведенія Кюжаса и меньше обработаны, чѣмъ имъ самимъ изданныя, и много позднѣй обнародованы, и что полный указатель къ его твореніямъ появился лишь въ началѣ XVIII в, когда теоріи Кюжаса по нашему предмету считались ужъ отвергнутыми, а хронологія и библіографія писаній Кюжаса до сихъ поръ остаются въ зачаточномъ состояніи, то сдѣлается понятнымъ, почему въ XVII вѣкѣ вмѣсто перемѣны мнѣнія передъ читателемъ оставалось лишь непримиримое, рѣзкое противорѣчіе двухъ теорій. На немъ и остановился прежде всего первый же изслѣдователь ученія о супружескихъ дареніяхъ послѣ Кюжаса, Сципіонъ Джентиле.

## § 6. Джентиле.

### I. Теорія и полемика Джентиле.

Возраженія противъ теорій Кюжаса.

Почти въ самомъ началѣ своей работы (6 сл.) онъ отмѣчаетъ противорѣчіе двухъ воззрѣній Кюжаса и подвергаетъ разбору оба мнѣнія, предлагая взамѣнъ ихъ свою собственную теорію. Въ первой теоріи Кюжаса (надо имѣть въ виду, что доводы посмертнаго комментарія къ титулу De iustitia et iure въ ея пользу остаются неизвѣстны Джентиле) онъ особенно тщательно подрываетъ мысль о заимствованіи у Солона. Солонъ, говоритъ онъ, по свидѣтельству Плутарха, Ῥωμαϊκὰ 7, допустилъ дарения, сдѣланныя не по принужденію или не вслѣдствіе женскаго улещиванья, но повидимому ничего не постановилъ о дареніяхъ inter vivos. Между тѣмъ римское запрещеніе касается именно дареній послѣдняго рода; напротивъ, дарения mortis causa, хоть и были у нихъ, кажется, вначалѣ недѣйствительны, однако, были позднѣе допущены, — по благожательному ли толкованію юристовъ, какъ намекаетъ Dig. 24, 1, 11, 1[1], или по- 1604 г.

[1] У Джентиле нелѣпая цитата: l. si quum uxori § 1. ff. de donat int. vir. et ux. По смыслу трудно сомнѣваться, что онъ долженъ былъ написать l. sed interim.

тому, что не было повода запрещать ихъ, такъ какъ ихъ результатъ пріуроченъ къ тому времени, когда супруги перестаютъ быть мужемъ и женою (т. е. ко времени смерти), какъ въ Dig. 24, 1, 10. Притомъ въ Римѣ никогда не примѣнялась оговорка Солона о томъ, что̀ жена выманила у мужа въ его завѣщаніи, Cod. 6, 34, 3. Наконецъ и Діонисій свидѣтельствуетъ, 11, 44, что XII таблицъ значительно отличались отъ греческихъ законовъ. Вторую теорію Кюжаса Джентиле отвергаетъ краткимъ замѣчаніемъ, что запрещеніе дареній нельзя приписать классической юриспруденціи, — media illa iurisprudentia, — cum huius interdicti origo ubique ad maiores referatur. Краткость этой критики обусловливается тѣмъ толкованіемъ, которое Джентиле даетъ слову maiores и о которомъ сейчасъ будетъ сказано.

Теорія Джентиле.

Собственная теорія Джентиле по существу является переработкою первоначальнаго мнѣнія Кюжаса. Начавъ съ первой же главы (4) словами, что запрещеніе дареній между супругами принадлежитъ къ древнѣйшимъ римскимъ учрежденіямъ, и выписавъ текстъ Oratio изъ Dig. 24, 1, 3 pr., Джентиле задается вопросомъ, какъ надо понимать слово maiores. Цѣлымъ рядомъ сопоставленій, съ огромною начитанностью, онъ хочетъ привести читателя къ заключенію, что въ рѣчи императоровъ triplex huius appellationis ratio: una, qua omnes romani, altera, qua imperatores, tertia, qua Julii significantur (гл. 2, стр. 4—6). Затѣмъ Джентиле не признаетъ существованія какого либо республиканскаго или царскаго закона о супружескихъ дареніяхъ, nam ius omne generali legum nomine continetur, хотя Плутархъ и другіе говорятъ о римскихъ „законахъ“ и „законодателяхъ“. Вѣрнѣе, по его мнѣнію, причислить запрещеніе дареній къ законамъ (sic) и учрежденіямъ, существовавшимъ у римлянъ еще до XII таблицъ, такъ какъ сами XII таблицъ, по свидѣтельству Діонисія, 10, 57, были во многомъ составлены изъ римскихъ обычаевъ. Но и многое изъ того, что̀ не вошло въ XII таблицъ, осталось въ силѣ, какъ ясно изъ Цицерона, De leg. 2, 10, 23. Въ этомъ смыслѣ запрещеніе дареній называется ius vetus, Dig. 24, 1, 32, 10, и interdictum iuris civilis, Cod. 5, 16, 20. Nec absurdum quis existimaverit, добавляетъ онъ, aliquo senatusconsulto id effectum esse vel severius sancitum atque ex veteribus institutis repe-

Maiores.

Отсутствіе республиканскихъ и царскихъ законовъ.

Недѣйствительность старше XII таблицъ.

Сенатусконсультъ временъ Ромула.

titum, ut alia luxuriae muliebris coercendae. Такъ Тацитъ, Ann. 2, 14, 43, упоминаетъ древній сенатусконсультъ, запрещающій подъ пыткою допрашивать рабовъ о господахъ, а Цицеронъ въ рѣчи за Деіотара приписываетъ это mori maiorum. Senatusconsulta etiam temporibus regum et Romuli, a quo forte huius instituti origo repeti debet, si verum est, quod Plutarchus, Ῥωμαϊκὰ 7, tradidit, rationem interdictae inter coniuges donationis illam esse, ut ii omnia inter se communia ducerent: quae communio lege Romuli introducta, teste Dion. 2, 25[1] (Гл. 3, стр. 6—7). А о томъ, что запрещеніе постоянно сохранялось въ силѣ и тщательно соблюдалось, можно заключить ужъ изъ того, что потребовалось вмѣшательство императора Каракаллы, чтобы хоть нѣсколько смягчить строгость права (8).

## II. Разборъ ученія Джентиле.

Разборъ возраженій Джентиле противъ Кюжаса.

Критика Джентиле вполнѣ справедлива, поскольку направлена противъ первой теоріи Кюжаса, но сомнительна во второй части. Если бы Кюжасъ говорилъ только о классической юриспруденціи, Джентиле былъ бы правъ: несоотвѣтствіе съ нею выраженія mores maiorum очевидно. Однако, Кюжасъ говоритъ о юриспруденціи вообще, не исключая древнѣйшей, скорѣе даже именно о древнѣйшей, какъ ясно изъ контекста и изъ самаго мѣста дигестъ, которое онъ толкуетъ. Впрочемъ, собственная теорія Джентиле не позволяла ему стать на эту безпристрастную точку зрѣнія. Любопытно, что по странному противорѣчію съ самимъ собой это удалось позднѣй Отто (Thes. III, praef. стр. 15), принявшему вторую теорію Кюжаса подъ свою защиту одновременно съ сочувствіемъ теоріи самого Джентиле.

Разборъ теоріи Джентиле.

Эта теорія гораздо менѣе удачна, чѣмъ критика. Начать съ толкованія слова maiores: Джентиле забываетъ, что оно встрѣчается не только у Севера и Каракаллы, но и у Прокла, Dig. 24, 1, 31, 7; а въ устахъ послѣдняго оно тре-

[1] У Джентиле стоитъ Dionysio Halicarnassaeo lib. 3. Antiquitat Изъ невѣрной ссылки остается заключить, что и онъ заимствуетъ данную мысль у Отмана, какъ Амаія, не провѣривъ ея по подлиннику. Замѣчу, кстати, что вся его фраза производитъ впечатлѣніе чего то непродуманнаго по существу и незаконченнаго по формѣ: обратите вниманіе, что въ ней вовсе нѣтъ сказуемаго

буетъ совершенно другихъ объясненій, чѣмъ въ императорской Oratio. Справедливо, конечно, его мнѣніе, что слова „законъ“ и „законодатель“ у Плутарха не должны вводить насъ въ заблужденіе и, довѣряясь выраженію mores, moribus, мы должны понимать его въ смыслѣ *νόμος ἄγραφος;* но голословнаго утвержденія здѣсь не достаточно. Впрочемъ, къ этому вопросу мы еще вернемся ниже, по поводу теоріи Алибранди. Здѣсь мы должны остановиться лишь на чудовищной мысли о введеніи правилъ о супружескихъ дареніяхъ сенатусконсультомъ временъ Ромула.

Общій обзоръ его теоріи.

Окиньте сперва общимъ взглядомъ всю теорію Джентиле. Онъ вѣрно почувствовалъ внутреннее противорѣчіе въ мысляхъ Кужаса, ищущихъ въ писаныхъ памятникахъ неписаное право. Не допустивъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, возникновенія послѣдняго въ эпоху послѣ XII таблицъ, онъ естественно, при помощи Діонисія 10, 57, пріурочилъ его къ эпохѣ болѣе древней. Остановившись на этомъ, онъ остался бы по крайней мѣрѣ послѣдовательнымъ (хоть и не объяснилъ бы намъ, какъ могли возникнуть путемъ обычая правила о супружескихъ дареніяхъ): вполнѣ возможно допустить, что иной обычай не попалъ въ XII таблицъ, но соблюдался до самаго позднѣйшаго времени. Такая догадка напрашивается сама собою. Джентиле пришелъ къ ней — но самъ и погубилъ свою мысль.

Сенатусконсультъ эпохи Ромула.

Бѣда его была въ томъ, что преданіе знаетъ письменные источники права и до XII таблицъ, — такъ называемые царскіе законы, — и свѣдѣніе Діонисія объ одномъ изъ законовъ Ромула, объ имущественныхъ отношеніяхъ супруговъ, совпадало по смыслу съ объясненіемъ, которое Плутархъ даетъ римскимъ правиламъ о дареніяхъ между супругами. Повидимому, обычному происхожденію недѣйствительности дареній грозила смертельная опасность, ибо и царскіе законы были писанымъ правомъ. Вотъ, чтобы спастись отъ этой трудности, и прибѣгъ, повидимому, Джентиле къ своей отчаянной гипотезѣ. Сенатусконсульты при Ромулѣ бывали, но въ число источниковъ писанаго права не годятся; запрещеніе даренія произошло впервые при Ромулѣ и не было писанымъ правомъ; остается думать, что это былъ сенатусконсультъ. Внѣшнимъ образомъ трудность настолько побѣждена, что, несмотря на очевидныя натяжки,

даже черезъ столѣтіе съ лишкомъ встрѣтила сочувствіе Отто (Thes. III, præf., стр. 15), который не далъ себѣ даже труда провѣрить приводимый въ подтвержденіе аналогичный случай: дѣло въ томъ, что въ рѣчи за Деіотара Цицеронъ нигдѣ не говоритъ о допросѣ рабовъ подъ пыткою при обвиненіи господъ и выраженіе more maiorum по всей рѣчи ни разу не встрѣчается. Или можетъ быть Отто не дочиталъ до конца страницы и рѣшилъ, что Джентиле вообще допускаетъ возможность запрету быть подтвержденнымъ въ позднѣйшемъ сенатскомъ постановленіи? Очень возможно. Только тогда зачѣмъ неопредѣленныя догадки? Вѣдь Oratio Каракаллы и есть такой сенатусконсультъ.

Значеніе теоріи Джентиле.

Стоитъ ли опровергать теорію Джентиле? Не думаю. Какъ только что показано, она могла быть создана единственно съ цѣлью очистить отъ внутреннихъ несоотвѣтствій ошибочную теорію Кюжаса. Принципіально устранивъ послѣднюю, мы тѣмъ самымъ устраняемъ и поправки къ ней. Отмѣчу развѣ только то, что понятіе закона и обычая не совпадаютъ съ писанымъ и неписанымъ правомъ: незаписанное постановленіе комицій есть законъ, записанный обычай есть обычай. Въ этомъ смыслѣ сенатское постановленіе, даже временъ Ромула, конечно, не есть обычай.

## III. Ретесъ.

Судьба этой теоріи.

На сто съ лишкомъ лѣтъ литературное развитіе первой теоріи Кюжаса замедлилось на Джентиле. Изъ писателей XVII в. можно развѣ остановиться еще на Ретесѣ, который предложилъ нѣсколько искусныхъ частныхъ поправокъ и вѣрныхъ критическихъ замѣчаній на Джентиле, хотя сравнительно съ послѣднимъ кое въ чемъ возвращается и назадъ. 1664 г.

Ретесъ.

Такъ, Ретесъ признаетъ запрещеніе дареній между супругами весьма древнимъ учрежденіямъ, допускаетъ, что оно заимствовано изъ Солонова законодательства, и не увѣренъ, чтобъ оно попало въ XII таблицъ. Въ то же время у него слышатся отголоски и второй теоріи Кюжаса. Критикуя толкованіе слова maiores, данное у Джентиле, который въ данномъ случаѣ, по его словамъ, разсуждаетъ analogice et subobscure, Ретесъ говоритъ, что словомъ maiores обозначаются auctores illi, tam antiqui, tam obsoletæ memoriæ, ut eorum nomina tempus obliteraverit, nec certo sciri possit,

a quibus initium sumpserit iuris constitutio (666—667). Въ доказательство онъ съ большою, въ свою очередь, начитанностью сопоставляетъ Serv. и Verg. Georg. 3, 306 съ Dig. 18, 1, 1, 1 и Inst. 3, 23, 2 (Gai. 3, 141 тогда еще не былъ извѣстенъ въ подлинникѣ), гдѣ maiores приравниваются къ людямъ до введенія монеты; Геллія Noct. Att. 2, 15, 1, Dig. 50, 6, 6 pr. и Juv. Sat. 13, 54—55, гдѣ maiores Каллистрата сооотвѣтствуютъ antiquissimis romanorum Геллія и допотопному человѣчеству Ювенала; наконецъ Сенеку Dial. 12, 16, 1, говорящаго о maiores, съ достовѣрными нашими свѣдѣніями о томъ, что рѣчь у него идетъ объ эпохѣ Ромула. Выраженія maiores Dig. 24, 1, 3 pr. и 24, 1, 31, 7, moribus Dig. 24, 1, 1 pr. и 23, 4, 7 и ius civile Dig. 23, 3, 5, 9; 23, 4, 5, 1; Cod. 5, 16, 4 и 5, 16, 20, ничуть, по его мнѣнію, не противорѣчатъ одно другому, такъ какъ mores nobilissima pars est iuris civilis по единогласному мнѣнію его предшественниковъ отъ Аккурсія.

## § 7. Mores какъ manus mariti.

### I. Бодуэнъ.

Зародышъ идеи о manus mariti.

Выше упомянуто (стр. 251), что Бодуэнъ былъ предтечею двухъ идей въ области нашего вопроса: о Ромулѣ, какъ создателѣ недѣйствительности дареній между супругами, и о manus mariti, какъ о причинѣ этой недѣйствительности. О Ромулѣ нами сказано и читатель, надѣемся, замѣтилъ, что самъ Бодуэнъ не долженъ нести за эту мысль прямой отвѣтственности; онъ, по выраженію Петра Великаго, „нечаянно нещастенъ“, что его ученіемъ вдохновились Кора, Отманъ, Кюжасъ, Джентиле и др. Напротивъ, мысль о manus mariti прообразована имъ самимъ еще до того, какъ онъ занялся законодательствомъ Ромула.

1545 г. Толкуя Институціи, 1, 2, онъ остановился на понятіи mores и такъ опредѣляетъ его: Morem Latini vocant institutum patrium, proprie quidem pertinens ad religiones caerimoniasque maiorum, sed tamen generaliter significans observationem, quae non aliquo praescripto vel legislatoris iussu constat, sed ipso usu inolevit magisque animis utentium, quam tabulis inscripta est. — Commemorantur autem multa in iure

nostro, quae moribus introducta dicuntur, ut pupillaris substitutio, prohibitio donationis inter coniuges.

Сопоставьте мысли Бодуэна, что mores относятся ad religiones caerimoniasque maiorum, съ тѣмъ, что даренія между супругами запрещены moribus, и вы естественно придете къ умозаключенію: слѣдовательно, начатковъ обычнаго семейно-имущественнаго права надо искать въ религіозныхъ брачныхъ обрядахъ, т. е. въ старинномъ бракѣ cum manu mariti.

## II. Бриссонъ.

Manus mariti.

Какъ бы то ни было, заслуга Бриссона, прямо высказавшаго эту новую мысль, громадна и принадлежитъ ему одному.

Говоря въ своихъ брачныхъ древностяхъ о coemptio и usus, какъ формахъ заключенія брака, Бриссонъ касается и юридическихъ послѣдствій подручнаго брака. Quin etiam, говоритъ онъ, in manum conveniendo mulierem cum capite fortunas quoque suas in familiam ac domum mariti transtulisse dicendum est (301). Vice versa etiam uxor eorumdem et bonorum et sacrorum cum viro socia ac particeps fiebat. Qua communione merito existimavit Romulus inter se arctiori vinculo colligatos coniuges iri. Est enim huius rei origo ab eius legibus arcessenda, quibus hoc comprehensum fuisse Dionysius Halicarnasseus auctor est, 2, 25: *Γυναῖκα γαμετὴν κατὰ νόμους ἱεροὺς συνελθοῦσαν ἀνδρὶ κοινωνὸν ἁπάντων εἶναι χρημάτων τὲ καὶ ἱερῶν.* Hinc quoque, прибавляетъ онъ черезъ нѣсколько строкъ, forte ab initio moribus comparatum (comprobatum?) fuit, ut ne inter coniuges donationes factae valerent (302). 1564 г.

Задачи науки, выдвигаемыя идеею Бриссона.

Изложенная теорія является существеннымъ новшествомъ сравнительно съ толкованіями глоссы и мыслью объ auctoritas prudentium, какъ источникѣ недѣйствительности. У Бриссона болѣе самобытнаго творчества и его ученіе гораздо богаче содержаніемъ. Изъ области экзегетики оно переноситъ рѣшеніе вопроса въ широкую область историческаго изученія права. Бриссонъ намѣчаетъ путь, по которому нельзя идти, руководясь одной ученостью: нужна фантазія, нужно вдохновеніе. Но такъ какъ одна фантазія въ наукѣ ничего прочнаго создать не можетъ и вдохновеніе дается только въ награду медленному и долгому изученію

предмета, то теорія Бриссона возлагала на своихъ поборниковъ неблагодарную и тяжелую задачу. Гораздо легче было ее просто повторять, какъ блистательную догадку смѣлаго французскаго ума, чѣмъ развить, обосновать, снабдить ученой обстановкой и воплотить въ требуемыя научною критикою формы. Для этого нуженъ былъ геній или — педантъ. Исторія дала педанта, да и то черезъ полтора вѣка, въ лицѣ Бёмера.

Безусловная цѣнность мысли Бриссона.

Съ другой стороны мысль Бриссона, по крайней мѣрѣ въ томъ видѣ, какъ онъ самъ ее высказалъ, представляется чреватою неоспоримо истинными выводами. Не его вина, что другіе не съумѣли, а самъ онъ не успѣлъ ею воспользоваться. Эта мысль — вдохновенное наитіе: цѣль указана и путь открытъ для воина на арабскомъ скакунѣ; какъ не сбиться было верблюдамъ, навьюченнымъ громоздкимъ скарбомъ старомодной учености? И вотъ, черезъ 350 лѣтъ всѣ эти ученые верблюды забыты, какъ Обры, а мысль Бриссона все такъ же цѣнна, блестяща и безсмертна. Во второй половинѣ настоящей главы, по поводу Гофманна, мы вернемся къ ней, чтобъ обогатить ею скудный инвентарь современной романистической литературы.

## III. Ант. Отманъ.

Observationes Отмана и ихъ вліяніе.

1585 г. Спустя 12 лѣтъ послѣ того, какъ высказался впервые Бриссонъ, появилась работа его пламеннаго почитателя и послѣдователя, Ант. Ник. Отмана, Observationes ad veterem nuptiarum ritum. Это произведеніе съиграло весьма важную роль въ исторіи литературы о недѣйствительности супружескихъ дареній, — быть можетъ наиболѣе значительную сравнительно со всѣми другими по нашему предмету. Окидывая общимъ взглядомъ эту литературу, я нахожу, что никѣмъ такъ часто, усердно и разнообразно не пользовались позднѣйшіе писатели, никого такъ охотно не цитировали, какъ именно Отмана. Это обязываетъ меня ознакомить читателей съ его ученіемъ въ полномъ объемѣ, съ самыми незначительными сокращеніями и пропусками лишнихъ для насъ подробностей.

Communicatio divini iuris.

Исходя изъ положенія, что vir et uxor divini et humani iuris communicationem habere dicebantur, Dig. 23, 2, 1, Cod. 9, 32, 4, онъ подробно разбираетъ сначала въ гл. 25-й com-

munio sacrorum супруговъ (I, 1, 555—556). Quemadmodum itaque, заканчиваетъ онъ, qui adoptabatur, particeps sacrorum et bonorum fiebat, sic etiam mulier in familiam viri transiens fiebat sacrorum particeps: quod a Romulo institutum fuisse his verbis testatur Dionysius Halicarnasseus lib. 2: *Γυναῖκα γαμετὴν κατὰ νόμοις ἱεροῖς συνελθοῦσαν ἀνδρὶ, κοινωνὸν ἁπάντων εἶναι χρημάτων τε καὶ ἱερῶν*[1].

Communicatio humani iuris.

Sed humani iuris communicatio non facile perspicua est, начинаетъ онъ 26-ю главу (I, 1, 557—558), cum mulier separata a marito bona haberet, quae rei uxoriae nomine continebantur. Изъ имущества жены мужу поступало обыкновенно только приданое; прочее считалось парафернами и не попадало даже въ управленіе мужа, Cod. 5, 14, 8, такъ что онъ не могъ взыскивать по долговымъ требованіямъ жены, Cod. 8, 42, 11; но впрочемъ и приданое поступало не вполнѣ въ собственность мужа, а считалось у него только in bonis, Dig. 23, 3, 75[2], въ собственности же у жены, Cod. 5, 12, 30. Но, въ концѣ концовъ, зачѣмъ было женѣ сказывать свое имущество въ приданое мужу, если оно переходило къ нему solo matrimonii iure?

Подручный бракъ.

Надо такъ различать, разсуждаетъ Отманъ. Если бракъ заключался farreo или coemptione, то, по свидѣтельству Цицерона, Top. 4, 23, omnia, quae mulieris fuerant, viri fiebant dotis nomine. Сюда относится намекъ Лукіана, *Ῥητόρων διδάσκαλος: Πρόσει δὲ σὺ ὁ ἐραστὴς επιθυμῶν δηλάδη, ὅτι τάχιστα γενέσθαι ἐπὶ τῆς ἄκρας, ὡς γαμήσειάς τε αὐτὴν ἀνελθὼν καὶ ἵνα καὶ πάντα ἐκεῖνα ἔχεις, τὸν πλοῦτον, τὴν δόξαν, τοὺς ἐπαίνους· νόμῳ γὰρ ἅπαντα γίγνεται τοῦ γεγαμηκότος*, Св. Макарія Египетскаго, Homil. 32: *Ὥσπερ γὰρ γυνὴ μεμνησθευμένη ἀνδρὶ πάντα τὰ ὑπάρχοντα αὐτῆς καὶ ὅλην τὴν προῖκα ἀποφέρει ἐκ πολλῆς ἀγάπης εἰς τὰς χεῖρας ῥίψασα τοῦ ἀνδρὸς καὶ τοῦτο λέγει· ἐμὸν οὐδὲν ἔγω, τὰ ἐμοὶ ὑπάρχουτα σά ἐστι, καὶ ἡ προῖξ σή ἐστι, καὶ ἡ ἐμὴ ψυχὴ, καὶ τὸ σῶμα τὸ ἐμὸν σόν ἐστιν*, и Цицерона, De off. 1, 17, 54: Prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis,

[1] Я выписываю съ буквальною точностью. Въ настоящее время, не говоря о правописаніи, текстъ читается такъ: *Γυναῖκα γαμετὴν τὴν κατὰ γάμους ἱεροῦς κ. τ. λ.*

[2] Въ подлинникѣ ошибка, которую мнѣ удалось исправить съ величайшимъ трудомъ. Вмѣсто Dig. 23, 3, 75 и Cod. 5, 12, 30, у Отмана во всѣхъ извѣстныхъ мнѣ (пяти) изданіяхъ напечатано: l. quamvis de iure dot. и далѣе: l in reb. eodem.

deinde una domus, communia omnia. Если же бракъ заключался usu, то мужъ становился бонитарнымъ собственникомъ одного приданаго, и только: ему не принадлежалъ даже usus имущества жены, veluti habitationis causa, Dig. 7, 4, 22, ne ei carendum matrimonio aliter foret, Dig. 7, 8, 4, 1 и 7, 8, 8, 1, ut ceterarum rerum, quarum usus promiscuus esse debet, Dig. 7, 8, 9, Columell. R. R. lib. 12. At si non esset promiscuus usus, nulla fit communicatio marito, Dig. 36, 1, 80, 8. Materfamilias itaque sola, non etiam uxor simplex, erat humani iuris particeps. Sane enim huic legi, quae a Romulo lata est, de huiusmodi societate additum est, cum fuit in XII tabulas relata, „Si in manum viri convenisset“, ut refert Dionys. Halicarn. lib. 2. At num ea societas leonina dicetur, quae maritum coemtione facta, non etiam mulierem dominam facit? Ego vero etiam mulierem dominam bonorum mariti fuisse dico. Ait enim Macrobius, Sat. 1, 15, 22 ex Verrio Flacco, postera die nuptiarum mulierem dominium rerum mariti incipere adipisci et existimavit Plutarchus libro de praeceptis connubialibus ideo donationes inter virum et uxorem prohibitas fuisse a Romanis, quod omnia communia iudicarent; ob eamque causam anulos et claves domus ab initio tradi ex supradictis notum est. Sed in eo haec erat differentia, quod maritus tamquam pater administrationem habebat, mulier vero, quae loco filiae erat, non nisi *κατὰ ἐλπίδα* dominium adipiscebatur, ut post mortem viri in eius familia ius bonorum haberet et in sui heredis locum veniret, ut asserit Gell. Noct. Att. 18, 6, 9. Quod Paulus, Dig. 25, 2, 1, sic notat, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret, ideo furtum tantum facere, sicut filia patri faciat: quia, inquit Gai. 3, 3; 3. 14, marito filiae, filiae vero sororis loco erat et est illis in consanguineorum numero; adgnascitur enim heres suus in manum conveniendo, ut ait Ulp. 21, 14; 23, 3, ita ut in illis evidentius appareat continuatio dominii, Dig. 28, 2, 11. Et id eleganter ex Romulo retulit Dionys. Halicarn., заканчиваетъ Отманъ, дѣлая выписку текста *Σοφρωνοῦσα κ. τ. λ.*

Вольный бракъ

Ромулъ и XII таблицъ.

Societas leonina

Плутархъ и даренія.

Роль супруговъ въ communio.

Дионисій.

Окончаніе главы 26-й занято вопросомъ о взаимномъ наслѣдованіи супруговъ и для насъ неинтересно. Въ слѣдующей же 27-й главѣ, говорящей о communio cum uxore usu ducta, важна лишь та отрицательная подробность, что въ ней нѣтъ ни слова о дареніяхъ между супругами.

Communio въ вольномъ бракѣ.

Механическій сводъ чужихъ теорій

Какъ видимъ, Ант. Ник Отманъ въ приведенномъ мѣстѣ даетъ сводъ главныхъ воззрѣній Кора и Фр. Отмана, сочетая ихъ съ ученіемъ Бриссона и полемизируя съ Лопецомъ де Паласіосъ Рубеосъ по вопросу о societas leonina (см. выше, стр. 75). Manus mariti и Ромулъ, Плутархъ и Дюнисій, все сопоставляется у него, — но, должно признаться, чисто механически. Разрозненныя свидѣтельства древности спрыснуты мертвою водой и срослись въ одно тѣло; но живой воды нѣтъ.

## IV. Судьба теоріи Бриссона.

Первоначальная судьба

Какъ бы то ни было, въ своей первоначальной, небрежной и неразработанной, формѣ мысль о manus mariti, какъ причинѣ недѣйствительности дареній между супругами, сохранялась въ литературѣ, но подъ спудомъ. Работы Бриссона и Отмана о брачныхъ и свадебныхъ древностяхъ усердно читались и неоднократно перепечатывались въ XVI и XVII столѣтіяхъ, нерѣдко вмѣстѣ и часто съ добавленіемъ другихъ монографій по тому же предмету; мы въ эту эпоху встрѣчаемъ выдержки изъ нихъ и голыя ссылки въ сочиненіяхъ общаго характера; но ни въ общей, ни въ спеціальной литературѣ по вопросу о дареніяхъ между супругами ихъ отголосковъ незамѣтно. Въ теченіе XVII вѣка римское ученіе о дареніяхъ между супругами вообще находится въ

Голландская школа

упадкѣ и пренебреженіи. Въ это время изученіе римскаго права изъ романскихъ странъ перешло въ Голландію, гдѣ встрѣтилось съ устойчиво держащимся началомъ имущественной общности супруговъ, а съ другой стороны пріобрѣло по преимуществу догматическій характеръ. Мало примѣняемое на практикѣ, не находя изслѣдователей-историковъ, оно естественно остановилось на томъ уровнѣ, на который его подняла французская историческая школа, и, какъ все неподвижное, начало даже приходить во все большій упадокъ.

Груневегенъ.

Hic titulus, пишетъ Груневегенъ о титулѣ Dig. 24, 1, hodie usu non venit, nisi pactis antenuptialibus coniugalis bonorum communio sit exclusa (206), cum scilicet omnino ad ius romanum reditum est (208, ad Dig. 24, 1, 42), и цѣлымъ рядомъ примѣчаній показываетъ, что и въ этихъ предѣлахъ римское право подверглось множеству измѣненій и изъятій. Нельзя не отмѣтить въ ихъ числѣ положенія, приводимаго

1648 г.

Груневегеномъ къ Cod. 5, 16, 1: Caeterum cum moribus nostris, tum propter coniugalem bonorum communionem, tum quia uxor non sui iuris, sed sub mariti cura atque potestate sit, constante matrimonio vera traditio fieri nequeat. Consequens est ut huiusmodi donatio hodie morte non videatur confirmari. Quod tamen de moribus nostris affirmare non ausim (577).

## § 8. Эклектическія теоріи. Mores и императорское законодательство.

### I. Введеніе.

Нѣмецкая школа

Судьба нашего вопроса мѣняется съ укорененіемъ научной обработки римскаго права въ Германіи. Тамъ изученіе сразу было поставлено на историческую почву и главный успѣхъ, выпавшій тогда на долю нѣмецкой учености, достался именно историкамъ права, а между ними — преи-

1719 г. мущественно Гейнеке. И въ его то Antiquitatum Syntagma ученіе о супружескихъ дареніяхъ привилось на новой почвѣ, ожило, зазеленѣло и налилось долговѣчнымъ историческимъ содержаніемъ. Собственно Гейнеке не внесъ по данному вопросу чего либо существенно новаго и особенно прочнаго въ науку; но его заслуга состоитъ въ томъ, что онъ своимъ авторитетомъ надолго заложилъ мысль Бриссона въ основаніе историческаго ученія о дареніяхъ между супругами, намѣтивъ остовъ ея дальнѣйшей разработки примѣнительно къ исторіи дареній между супругами, и безмолвно отвергъ мысль глоссаторовъ и Кюжаса. Послѣдствія не замедлили сказаться.

Скюльтингъ.

Связующимъ звеномъ между голландской и главнымъ образомъ французскою школою съ одной стороны и Гейнеке

1717 г. съ другой является Скюльтингъ въ своей Jurisprudentia anteiustinianea. Значеніе Скюльтинга, конечно, обусловлено не столько его собственными мыслями, сколько тѣми примѣчаніями къ источникамъ до-юстиніановскаго права, которыя онъ скомпилировалъ отовсюду въ модномъ тогда стилѣ notae variorum. Мы сейчасъ увидимъ, какъ его труды повліяли на Гейнеке.

Шаронда.

Дѣло въ томъ, что у Скюльтинга воспроизведены при-

мѣчанія Шаронда къ Ульпіану, въ числѣ которыхъ имѣ- 1555 г.
ются, къ Ulp. 7, 1, слѣдующія слова:

Receptam moribus donationum inter virum et uxorem prohibitionem Antoninus Caracalla Imperator confirmavit. — Sed et is ipse Antoninus voluit donationem ab altero ex coniugibus factam eius morte confirmari, Dig. 24, 1, 3; 24, 1, 32; 24, 1, 34. Durum enim et nimis avarum esset, heredem adversus supremam eius qui donavit voluntatem venire: adeo ut res tradita eius fiat, cui donata est, vel, si stipulatio intercesserit, civilis obligatio competat.

У этого коротенькаго примѣчанія оказалась, какъ сейчасъ увидимъ, очень сложная и продолжительная исторія. Безслѣдно промелькнувшее во Франціи и въ Голландіи, оно было найдено и вновь пущено въ оборотъ Скюльтингомъ, отъ котораго, по всѣмъ признакамъ, его заимствовалъ Гейнеке.

## II. Гейнеке.

Даренія супруговъ и императоры.

Inter virum et uxorem, пишетъ онъ въ Antiquitates 1719 г.
(401 и прим. r), donatio non valebat, nisi certis ex causis, veluti mortis causa, servi manumittendi gratia etc. Eandem prohibitionem constitutione sua confirmavit Antoninus Imperator, Dig. 24, 1, 42. Lex haec est ex Gai Commentariis ad edictum desumpta, adeoque intelligi non potest Antoninus Caracalla, ut existimat Lud. Charondas ad Ulp. 7, 1, cuius ad tempora Gaius non pervenit, sed Antonius Pius.

Rationes.

Подвергнувъ затѣмъ краткому обзору rationes недѣйствительности, о которомъ нами сказано выше, стр. 119 сл., Гейнеке прибавляетъ въ примѣчаніи (401, пр. n; въ 1-мъ изданіи стр. 473, пр. l):

Manus mariti.

Vera causa (prohibitionis) ex principiis iurisprudentiæ veteris derivanda, secundum quæ vir et uxor pro una persona habebantur, non secus ac pater et filiafamilias. Quemadmodum ergo inter hos donatio non valebat, nisi pater donans in ea voluntate perseverans decessisset, ita non magis valida erat donatio inter virum et uxorem, quæ in manum convenerat[1]: Brissonius, De ritu nuptarum p. 214.

Противорѣчіе всѣхъ га-

Первое положеніе не что̀ иное, какъ воспроизведеніе теоріи Бриссона-Отмана, такъ что о немъ не приходится распро-

[1] Въ первомъ изданіи читается in manum venerat.

страняться. Цѣнно въ немъ, однако, что Гейнеке прямо противопоставляетъ всѣмъ rationes нашихъ источниковъ veram causam — теорію Бриссона о manus mariti. Гейнеке, стало быть, ясно сознадъ и понялъ, что надо выбрать или то, или другое. Не рѣшаясь, однако, откинуть доводы дигестъ, Гейнеке искалъ соглашенія всѣхъ этихъ противорѣчій. tiones и теоріи Бриссона.

Второе положеніе представляется либо крупнымъ недосмотромъ, либо грубой опечаткою, т. е. или надо читать etiamsi pater donans etc., или Гейнеке забылъ, что родительскія даренія стали упрочиваться смертью дарителя позднѣе, чѣмъ то же самое правило было введено для дареній супружескихъ Опечатка мнѣ кажется вѣроятнѣе такого недосмотра, хотя всѣ изданія сохраняютъ nisi Самая же аналогія встрѣчена мной у Гейнеке впервые. Ни у Бриссона, ни у Отмана, ни у другихъ нѣтъ ничего подобнаго. Между тѣмъ аналогія дареній между супругами съ одной стороны и дареній между pater familias и подвластными ему дѣтьми и ихъ между собой является богатѣйшею задачею, донынѣ, къ сожалѣнію, не только не рѣшенною, но даже не испытанною въ наукѣ. Даренія между супругами и между отцомъ и дѣтьми.

Недѣйствительность дареній въ вольныхъ бракахъ и императорское законодательство.

Въ такомъ видѣ ученіе Гейнеке вполнѣ опредѣленно
1724 г. и ясно; тѣмъ не менѣе во второмъ изданіи Antiquitates онъ сдѣлалъ еще слѣдующую приписку: Postea, quum raro uxores in manum convenirent et tamen posteriores imperatores ius vetus constitutionibus suis firmarent, iureconsulti alias rationes excogitandas putarunt, quamvis sibi ipsi non satis constent (401, пр. u). Словомъ, Гейнеке, остановившись, очевидно, передъ вопросомъ, почему даренія, невозможныя въ бракахъ подручныхъ, остались и въ свободныхъ бракахъ попрежнему недѣйствительными, приписалъ причину этого факта императорскому законодательству, предоставивъ юристамъ только скромную роль изобрѣтателей къ нему post legem latam законодательныхъ мотивовъ.

Несостоятельность мысли Гейнеке.

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что это крайне слабое рѣше-
1892 г. ніе вопроса, хотя, между прочимъ, къ нему же на нашихъ глазахъ пришелъ другими путями Алибранди. Возражать противъ Гейнеке здѣсь неудобно потому, что Алибранди обладалъ несравненно болѣе обильными источниками и имѣлъ дѣло съ вопросомъ въ новой постановкѣ, а стало быть въ его лицѣ и будетъ удобнѣе всего сосчитаться съ этою мыслью;

но и здѣсь уже можно сказать, что, если мы и имѣемъ конституціи, подтверждающія недѣйствительность дареній между супругами задолго до Ульпіана и Павла, то объ Африканѣ того же нельзя сказать безъ оговорокъ, а ужъ о Проклѣ и Плутархѣ и совсѣмъ нельзя сказать. Притомъ вольные браки развились задолго до императорской эпохи, — стало быть, до императоровъ дарения въ нихъ считались дѣйствительными: это ли хотѣлъ сказать Гейнеке? И если да, то причемъ же въ такомъ случаѣ „moribus receptum“?

Конради. На этотъ вопросъ мы находимъ отвѣтъ по Отману у Конради, въ остальномъ почти дословно выписавшаго Гейнеке (хоть и не ссылаясь на него и вообще его не упоминая): опираясь на цитируемаго у Гейнеке Бриссона, Конради подкрѣпляетъ его мнѣніе тѣмъ, что Ульпіанъ приписываетъ moribus и недѣйствительность супружескихъ дареній Dig. 24, 1, 1 pr., и ius patriae potestatis Dig. 1, 6, 8 pr. Quanta vero ex potestate fictae unitatis vis in donationibus fuerit, cognosce ex eiusdem Ulpiani verbis Dig. 24, 1, 3, 2 (32, прим. 1). 1727 г.

Обостреніе теоріи Гейнеке. Приписка второго изданія, однако, какъ будто свидѣтельствуетъ о склонности Гейнеке высказаться въ самомъ радикальномъ духѣ. Во всякомъ случаѣ эта мысль дѣйствительно вскорѣ въ немъ назрѣла и черезъ три года онъ уже слѣдующимъ образомъ высказывается о дареніяхъ между супругами въ своихъ Elementa iuris civilis secundum ordinem pandectarum. 1727 г.

Ученіе Гейнеке въ Elementa pandectarum Dos et donatio propter nuptias cum ante matrimonium, tum eo constante, constitui possunt: non autem aliae donationes. Cum enim uxores olim in manum convenirent et tunc essent loco filiarum familias, inter eum autem, qui in potestate aliquem habebat, eumque, qui erat in potestate, nulla esset obligatio, consequens erat, ut inter coniuges non magis rata esset donatio, quam inter patrem et filium. Postea, cum rarius in manum conuenirent uxores, mansit tamen prohibitio haec ob varias rationes, partim ne coniuges mutuato amore invicem spoliarentur, partim ne concordia pretio conciliari videretur, partim ne discuterentur matrimonia ac veluti venalia fierent, si non donaret is qui posset, Dig. 24, 1, 1—3. Hinc est quod ante orationem Severi et Antonini Caracallae hoc ius moribus receptum dicitur. At postremo anno u. c. 955 Fulvio Aemiliano et Nummio Albino conss. Severus et Antoninus

imperatores habita in senatu oratione auctores fuere patribus, ut donationes omnes inter virum et uxorem prohiberentur (III, lib. 23, §§ 214—216).

Разногласіе Antiquitates и Elementa.

Данное мѣсто стоитъ въ рѣзкомъ противорѣчіи съ первоначальными взглядами Гейнеке въ 1-мъ изданіи Antiquitates и въ частности съ его примѣчаніемъ объ Антонинѣ Благочестивомъ. Какъ исправилъ бы онъ самъ Antiquitates, неизвѣстно: по свидѣтельству Гаубольда (см. предисловіе къ Antiquitates, стр. X и XI), съ 1726 года, когда было закончено третье изданіе, Гейнеке своей книги не мѣнялъ, если не считать кое какихъ посмертно опубликованныхъ въ 6-мъ изданіи поправокъ и дополненій; между тѣмъ, предисловіе къ Элементамъ подписано 1727 годомъ.

Примирительная теорія Каннегитера.

1777 г. Что же касается Каннегитера, то на почвѣ Ноодта и Воорды онъ пробовалъ исправить это мѣсто слѣдующимъ образомъ (401, пр. r): Antoninus Caracalla prohibitionem donationum quae inter coniuges fierent constitutione sua confirmavit, Dig. 24, 1, 3 pr. и 32 pr. Jam antiquioribus temporibus donatio illa prohibita fuit, hinc moribus illud receptum dicitur ne donationes inter virum et uxorem valerent. Rigorem illum eatenus mitigavit Antoninus Pius sive Philosophus, Dig. 24, 1, 42, ut reciperetur donatio etc.

Двусмысленность ученія Шаронда.

Замѣтимъ, кстати, что смѣна воззрѣній Гейнеке стоитъ въ тѣсной связи съ однимъ недоразумѣніемъ, которое неоднократно приходится наблюдать въ нашей литературѣ. Дѣло въ томъ, что положеніе Шаронда можно считать и вѣрнымъ, и невѣрнымъ. Receptam moribus donationum prohibitionem imperatores confirmarunt можетъ значить и то, что императоры закрѣпили старый обычай, исходя изъ его обязательности въ своихъ указахъ, и то, что они провозгласили его обязательнымъ, претворивъ въ норму писанаго права. Разница только въ оттѣнкахъ, ибо и въ томъ, и въ другомъ случаѣ съ одной стороны авторитетъ обычая замѣнился авторитетомъ императорскаго законодательства, съ другой же стороны дѣйствующее право остается безъ перемѣнъ. Совсѣмъ иное дѣло у Гейнеке: по его ученію выходитъ, что императоры расширили примѣненіе недѣйствительности, распространивъ ее и на даренія въ тѣхъ супружествахъ, которыя прежде не подлежали ея дѣйствію.

Послѣднее ученіе Гейнеке.

## III. Ноодтъ.

Гейнеке и Ноодтъ. Гейнеке принадлежитъ литературное старшинство надъ Ноодтомъ и возможно, что послѣдній находился подъ его вліяніемъ, построивъ все изложеніе нашего титула на Oratio. Прежде всего, съ догматической точки зрѣнія противъ такого пріема возразить ничего нельзя. Я не сомнѣваюсь, что и самъ Ульпіанъ такъ поступилъ бы, если бъ Oratio не застала его комментарій вполнѣ готовымъ въ первомъ изданіи. Вѣдь Oratio была существеннымъ преобразованіемъ стараго права и догматику (не историку[1]) съ нея приходилось начинать и ею кончать. Надлежало только предпослать историческое введеніе и мотивировку своего экзегетическаго пріема. Но этого Ноодтомъ сдѣлано не было и отсюда позволительно заключить, что его воззрѣніе создалось параллельно позднѣйшимъ взглядамъ Гейнеке, имѣя даже еще болѣе радикальный характеръ.

Ученіе Ноодта Даренія между супругами, говоритъ онъ (II, 398), недѣйствительны, Ulpiano auctore, moribus apud nos receptum esse, ne inter virum et uxorem donationes valerent, eosque mores fuisse oratione Imperatoris Antonini in senatu habita confirmatos. 1724 г.

## IV. Воорда.

Вестенбергъ, Шубертъ, Воорда. За Ноодтомъ его и Гейнеке теорію повторилъ Вестенбергъ (388, — о немъ см. въ слѣдующей главѣ), за нимъ Шубертъ, съ которымъ мы сейчасъ познакомимся, а за Шубертомъ Воорда, давшій ей наиболѣе, можетъ быть, законченный видъ. 1732 г. 1748 г. 1763 г.

Manus mariti и Oratio 206 г. Prohibitarum inter coniuges donationum, пишетъ онъ (84—85), vera ratio antiquissimis temporibus fuit in manum conventio, qua uxor instar filiaefamilias subiiciebatur mariti potestati eique sua heres fiebat, quaque fiebat, ut non magis inter coniuges quam inter patrem filiamque familias consistere donatio posset. Conventione vero in manum in desuetudinem abeunte adeoque unica prohibitionis causa cessante vetandis in posterum donationibus hisce opus fuit speciali lege, quam nobis servavit Ulpianus, Dig. 24, 1, 3 pr., eoque magis, ut commune omnibus matrimoniis fieret, quod antea solis in manum conventionibus proprium fuerat. Ceterum rationes prohibendi, quae redduntur in Dig. 24, 1, 1—3 pr., novae sunt et prisca illa haud paullo infirmiores.

## V. Общій обзоръ основныхъ теорій.

Таковы основныя теоріи, сложившіяся въ новой наукѣ.

Если сомкнуть ихъ въ тѣсную формулу немногихъ словъ, то можно сказать, что одна расходится съ прямымъ смысломъ свидѣтельства Ульпіана и присвоиваетъ писаному праву то, что̀ Ульпіанъ выводитъ изъ неписанаго (выше, стр. 243 слл.); другая, не противорѣча прямому смыслу показаній юриста, лишь точнѣй указываетъ факторъ обычнаго права, auctoritas prudentium, который могъ создать ученіе о дареніяхъ между супругами, но зато не объясняетъ, какъ именно слагалось оно подъ воздѣйствіемъ этого фактора (выше, стр. 234 слл.); третья, Кора и Отмана младшаго, грѣшитъ тѣмъ же, чѣмъ и глоссаторская, замѣняя только XII таблицъ закономъ Ромула (выше, стр. 251 слл.); четвертая, Бриссона и Отмана старшаго, указываетъ на бытовыя особенности римской семьи, какъ на ключъ къ историческому пониманію нашего ученія (выше, стр. 266 слл.); наконецъ, теорія Гейнеке-Ноодта, не всегда выдержанная ихъ послѣдователями, считаетъ недѣйствительность первоначально введенною manu mariti, а затѣмъ императорскимъ законодательствомъ (выше, стр. 272 слл.).

Mores и XII таблицъ

Mores и auctoritas prudentium.

Mores и Ромулъ

Mores и manus mariti.

Manus mariti и императорское законодательство

Въ каждой изъ этихъ теорій можно найти извѣстную долю истины, но всѣ онѣ являлись болѣе догадками, чѣмъ теоріями, — болѣе намѣчали путь, чѣмъ его проходили; и, наконецъ, ни одна изъ нихъ не была тщательно сопоставлена съ другими, такъ что положительное достояніе науки было невыяснено. Сопоставленіе, критика и согласованіе становились назрѣвшею потребностью; направленіе, указанное Бриссономъ, должно было быть провѣрено практически. Обѣ эти задачи были выполнены Бёмеромъ въ 1727 г. съ чрезвычайнымъ успѣхомъ, тѣмъ болѣе, что кромѣ итога, подведеннаго основнымъ теоріямъ, онъ далъ въ своей работѣ много самостоятельныхъ и цѣнныхъ вкладовъ въ науку.

Сопоставленіе, критика и согласованіе теорій.

## VI. 1727 годъ.

1727 годъ вообще замѣчателенъ въ исторіи литературы о супружескихъ дареніяхъ: Анкельманъ, Бёмеръ, Гейнеке въ своихъ Элементахъ, Групенъ, Конради, Лейзеръ и Отто коснулись въ этомъ году нашего вопроса и, хоть это бо-

Значеніе этого года.

гатство кое въ чемъ только кажущееся, однако работа Бѣмера является рѣшительнымъ и крупнымъ успѣхомъ, а по моему личному мнѣнію и наиболѣе значительнымъ донынѣ произведеніемъ по исторіи дареній между супругами, не взирая на ея недостатки.

ейзеръ

Прежде всего, устранимъ Лейзера: обѣ его диссертаціи, 312-я и 318-я, преслѣдуютъ чисто практическія цѣли и къ историческому изученію недѣйствительности вовсе не относятся.

Конради.

Относительно Конради рѣчь у насъ будетъ впереди, при разборѣ теоріи Менкена.

Гейнеке.

Относительно Гейнеке мы только что высказались и повторяться нѣтъ надобности.

Групенъ.

Групенъ (69—71), повидимому, только выписываетъ Гейнеке, поскольку тотъ повторяетъ и поясняетъ Бриссона. Слова Групена о томъ, что онъ „слишкомъ поздно“ ознакомился съ Гейнеке, надо, несомнѣнно, понимать не иначе, какъ примѣнительно только къ содержанію предисловія къ его книгѣ (стр. 3 ненумерованная и слл).

Отто.

Отто (Thes. III, præf., 15) въ сущности только выписываетъ по Джентиле вторую теорію Кюжаса и поверхностно согласуетъ ее съ теоріею Бриссона и самого Джентиле. Въ этомъ смыслѣ онъ по своему пытается разрѣшить ту же задачу, что̀ и Бѣмеръ; но силы этихъ двухъ ученыхъ болѣе чѣмъ неравны. Притомъ Отто вспомнилъ о дареніяхъ между супругами лишь по поводу болѣе общаго вопроса, — говоря о случаяхъ, когда римляне приписывали одно и то же учрежденіе одновременно и moribus, и письменному праву, тогда какъ Бѣмеръ спеціально занялся нашимъ вопросомъ.

Его изложеніе.

Etiam donatio inter coniuges moribus vetita esse dicitur in Dig. 24, 1, 1 pr., говоритъ онъ, non quod ea prohibitio ex Solonis legibus in XII tabulas fuerit relata, ut Cuiacius in Paratitlis arbitratur, — nihil enim Solonem de donationibus inter coniuges vivos cavisse legimus, — sed partim quia uxores ex lege Romuli in manum convenientes omnia cum maritis communia habebant eodemque loco erant viris, quo filiæfamilias, quibus pater donare non potest, uti Plutarchus in Quaest. Rom. 7 tradidit, partim etiam quia, hac ratione postea cessante, in disputatione iurisconsultorum, habita in auditoriis principum et cognitionibus magistratuum, eadem prohibitio erat firmata,

quapropter et iuri civili tribuitur in Dig. 23, 4, 5, 1 et Cod 5, 16, 4. Et quamvis non prorsus absurde existimet Scipio Gentilis aliquo senatusconsulto id effectum esse vel severius sancitum atque ex veteribus institutis populi romani, quæ ante XII tabulas fuerant, repetitum, ut alia luxuriæ muliebris coercendæ, malim tamen „maiores“ in Dig. 24, 1, 3, 1 prudentes illos intelligere, a quibus ius non scriptum moribus est introductum, Dig. 1, 2, 2, 5.

Какъ видите, это только итогъ, но чисто механическій, безличный, да притомъ еще неполный и безтолковый. Отто настаиваетъ на обычно-правовомъ возникновеніи недѣйствительности, но въ то же время не отказывается отъ участія въ дѣлѣ писанаго права, только ведетъ его не къ XII таблицамъ, какъ глоссаторы и Кюжасъ, а къ закону Ромула, сочетая съ этою мыслью теорію Бриссона и одновременно мысль Джентиле, профильтрованную черезъ третье положеніе Гейнеке. Въ цѣломъ получается Богъ знаетъ что. Разборъ.

Впрочемъ, отмѣчу здѣсь, что живучесть глоссаторскаго воззрѣнія становится объяснимой, если принять во вниманіе, до какой степени неточныя выраженія римлянъ дѣйствительно давали поводъ иногда относить одно и то же учрежденіе и къ писаному, и къ неписаному праву (не говоря ужъ о mixtum ius Павла, — Paul. 5, 4, 6). Если мы имѣемъ показанія источниковъ, что такая то норма сложилась moribus, а въ другихъ мѣстахъ находимъ, что она введена XII-ю таблицами, то почему не допустить возможности, что до насъ дошло пріуроченіе правилъ о супружескихъ дареніяхъ къ обычному праву и случайно не дошло пріуроченіе ихъ же къ праву писаному? Аналогіи говорили въ пользу такой возможности. Смягчающія обстоятельства.

Вѣроятно, ничуть не самостоятельнѣе компиляцій Отто диссертація Анкельмана[1], съ которою мнѣ не удалось ознакомиться. Анкельманъ.

## § 9. Бёмеръ.

### I. Ученіе Бёмера.

Въ итогѣ у насъ остается только Бёмеръ, къ обстоятельному знакомству съ теоріею котораго мы теперь и обратимся.

[1] См. Kämmerer, Observationes iuris civilis, Rostochii 1827, стр. 103, прим. 4.

Историческій методъ Бомера.

Его ученіе создалось и назрѣло не сразу. Въ своихъ институціяхъ, вышедшихъ въ свѣтъ одновременно съ Antiquitates Гейнеке, онъ не даромъ провозгласилъ научные принципы, которыми позднѣе прославилась нѣмецкая наука права. Hac de causa, пишетъ онъ въ предисловіи (a 2), id egi, id mihi curae cordique fuit, ut textum, ad accuratiores editiones sedulo correctum, non ex vulgaribus Brocardicis, ut loquuntur, sed ex ipsa historia antiqua fori romani statuque civili explicarem et fundamenta iuris prima per haec elementa sitientibus instillarem. 1719 г.

Зачатки теоріи Бомера

Вполнѣ естественно, что въ толкованіи Inst. 2, 7, 3, мы встрѣчаемся у него со слѣдующимъ примѣчаніемъ 000: Constante matrimonio inter coniuges omnis donatio erat invalida, id quod originem suam traxit ex antiquo statu conubiorum, quo uxores in manum mariti conveniebant. Sicuti ergo inter patrem et filias in potestate eius existentes, ita nec inter maritum et matrem familias donatio fieri poterat (стр. 221).

Ея развитіе.

Это краткое исповѣданіе по Бриссону было черезъ 9 лѣтъ развито Бомеромъ въ сложную и богатую теорію. Въ ней онъ начинаетъ съ того, что примыкаетъ къ Джентиле и его мнѣніямъ, но немедленно согласовываетъ ихъ съ теоріею Бриссона-Отмана, а затѣмъ уже начинаетъ въ широкомъ объемѣ выполнять программу, изъ послѣдней вытекающую. Такъ создалась его главная заслуга въ области нашего вопроса: широкое привлеченіе культурно-исторической обстановки къ объясненію возникновенія moribus недѣйствительности дареній между супругами. Это привлеченіе даетъ ему заодно возможность тщательно развить и мысль объ участіи въ созидательной работѣ жизни auctoritas prudentium, т. е. вдохнуть новую жизнь въ старинное толкованіе, идущее, какъ выше высказано, отъ самихъ римлянъ черезъ византійцевъ. 1727 г.

Исходныя положенія Бомера.

Извѣстно, говоритъ онъ, съ первыхъ же словъ откидывая теоріи Гейнеке-Ноодта, что дарения между супругами были запрещены у римлянъ, и притомъ не Северомъ и Каракаллою, но уже въ древности, такъ что эти императоры только смягчили строгость древняго права (§ 6). Джентиле правильно замѣчаетъ, что запрещеніе создалось независимо отъ какого либо царскаго или республиканскаго закона, ср. Dig. 24, 1, 1 pr.: moribus receptum считается у юристовъ

то, что̀ сложилось tacito usu или благодаря интерпретаціи юристовъ, а не писаному закону, — напр., substitutio pupillaris, ср. Dig. 28, 6, 2 и толкованія Дюарена (514), или mandatio iurisdictionis, ср. Dig. 2, 1, 5 и 1, 21, 1, 1 (§ 7). Въ томъ же смыслѣ понимаетъ Бёмеръ выраженіе maiores въ Oratio. По крайней мѣрѣ о дареніяхъ ничего нѣтъ въ XII таблицахъ, а Солоновы законы къ нимъ не относятся, по вѣрному замѣчанію Джентиле, который потому правильно относитъ начало запрещенія, практически уцѣлѣвшаго и послѣ XII таблицъ, къ эпохѣ до децемвировъ. Но тогда остается или вывести запрещеніе изъ царскихъ законовъ, что̀ невозможно по мнѣнію самого Джентиле, или пріурочить его къ неписаному праву, iuri non scripto, ex peculiari ratione et statu matrimoniorum antiquorum tracto. Бёмеръ склоняется къ послѣднему. Haec moribus vulgo tribuuntur, quod lex prohibitiva scripta deficeret (стр. 746—747). Cum enim status conubiorum antiquus per XII tabulas non immutatus fuerit, sed continuatus, quemadmodum status patriae potestatis, consequens fuit, nec iura inde deducta aboleri potuisse. Necesse itaque erit, statum conubiorum antiquorum evolvere et inde interdictas inter coniuges donationes colligere. Neque enim rationes, quae in Dig. 24, 1, 1—3 pr. occurrunt, originem interdictarum donationum demonstrant, quod alioquin lex scripta existere debuerit, sed magis ad statum illius temporis, quo Ulpianus et Severus cum Antonino vixerunt, referendae (§ 8).

Развитіе мысли Бриссона.

И вотъ, Бёмеръ начинаетъ наглядно, учено и очень обстоятельно statum conubiorum antiquorum evolvere. Воспроизводитъ его изложеніе цѣликомъ намъ здѣсь нѣтъ надобности. Описавъ три способа вступленія въ подручный бракъ, confarreatio, coemptio и usus (§§ 9—15), онъ различаетъ два основные типа браковъ, подручный и вольный (§ 16). Въ древнѣйшую эпоху признавались только браки подручные. При нихъ дарения между супругами были невозможны, какъ вообще между властителемъ и подвластными, напр. отцомъ и дѣтьми. Конечно, этотъ доводъ не годится для давностныхъ браковъ до истеченія годичной давности; однако другія причины мѣшали дареніямъ и въ этихъ случаяхъ. Aut enim intra, aut post annum fiebant. Si intra annum, intuitu matrimonii, per usum speratum confirmandi, fiebant et

sic sub modo, quo non subsecuto, forsan quod uxor discederet intra annum a marito, vel maritus moreretur, eae irritae erant; eo vero secuto, adhuc irritae in effectu fiebant quod per anni usum uxor in manum mariti veniret et quaevis uxoris bona, et sic etiam antea donata, mariti fierent. Post annum si fiebat donatio, aut usus erat interruptus, aut non. Hoc casu non valebat donatio, quod uxor iam in manu mariti fuisset; illo vero, si post trinoctii integri absentiam manebat in domo patris vel tutorum nec ad maritum revertebatur, matrimonium cessabat et donatio itidem irrita erat, quod modus speratus non esset secutus; si vero revertebatur ad maritum et cum eo ulterius consuetudinem continuabat, eodem modo donationes ea intentione eumque in finem fieri intelligebantur, ut vinculo adstrictiori secundum leges etiam adhuc fieret uxor, quæ iure gentium tantum talis erat, quo cessante fine in irritum revocanda erat donatio, eo vero secuto vel ideo in effectu pro non facta habebatur, quod omnia marito, in cuius manum iam venerat, essent adquisita, omni proprietate matrifamilias ademta. Ita rationes antiquitus, meo iudicio, subducebant iurisconsulti, заключаетъ Бёмеръ, antequam libertas solo consensu et sic iure gentium contrahendi matrimonium nimium extenderetur, sed ut plurimum, imo per modum regulæ, matrimonia legitima tribus prædictis modis contraherentur, unde etiam solent regulæ iuris confici. Смерть дарителя нисколько не мѣняла дѣла. Si enim in manum mariti uxor pervenerat, mortuo eo ut filia succedebat et sic donatio antea facta in irritum cecidebat (sic!); si non pervenerat, intuitu tamen et sub spe matrimonii legitimi et iusti subsecuturi facta fuisse credebatur et sic heredi integrum erat id repetere, quod sub hoc modo donatum fuisse intelligebatur. Итакъ, his positis principiis nulla opus erat scripta lege, sed per consequentiam necessariam ex statu peculiari matrimoniorum fluebat ius, quod moribus seu per fori interpretationem postea receptum dici cœpit, ne inter coniuges donationes valerent (§ 17).

Согласованіе прежнихъ теорій.

Этотъ порядокъ вещей, продолжаетъ Бёмеръ, сохранялся въ Римѣ въ теченіе пяти столѣтій, т. е. до (перваго, по преданію) развода Карвилія Руги. Съ него началось расшатываніе нравовъ, въ какія нибудь 50 лѣтъ дошедшее до такихъ, по свидѣтельству Плавта, Mil. gl. 679—705, размѣровъ, что многіе не желали вовсе жениться или изъ-за пустяковъ

разводились. Отсюда пошло распространеніе вольныхъ браковъ и вымираніе браковъ подручныхъ (§ 18). Такое измѣненіе брачныхъ условій должно бы было отразиться и на супружескихъ дареніяхъ, ибо древнее право начало уже становиться непримѣнимымъ. Enimvero forensis interpretatio, quæ ius civile dicta, sæpe tales regulas generales generavit moribusque confirmavit, a quibus mutato statu non facile recedi poterat. Притомъ непрочность, корыстный духъ и легкомысліе новыхъ браковъ, процвѣтаніе разводовъ, расточительность и жадность женщинъ, ихъ вымогательства, переходившія въ шантажъ, у любовниковъ и тѣмъ болѣе мужей,— все вело къ тому, чтобы соблюдать установившіяся правила о дареніяхъ и скорѣе всячески отстаивать ихъ in usu forensi, чѣмъ подрывать ихъ. А такъ какъ и раньше они уже примѣнялись къ давностнымъ бракамъ до поступленія жены подъ руку мужа, то практикѣ легко было распространить ихъ и на новые браки, nudo consensu, тѣмъ болѣе, что обособлять послѣдніе въ данномъ отношеніи значило бы еще болѣе поощрять разводы. Остается лишь прибавить, что испорченность нравовъ коснулась мужчинъ въ не меньшей степени чѣмъ женщинъ и такимъ образомъ интересы послѣднихъ въ равной степени ограждались прежними обычаями отъ вымогательства и шантажа мужей и особенно отъ односторонняго развода со стороны послѣднихъ. Понятно, почему при этихъ условіяхъ дарения между супругами по прежнему считались недѣйствительными и права требовать возвращенія приданаго не признавалось за женщинами, разведшимися безъ уважительной причины (§ 19 и 20). Quod ergo moribus vetustis receptum erat ius circa donationes inter virum et uxorem atque interpretatione forensi roboratum, id moribus quoque sub imperatoribus conservatum, statu conubiorum licet admodum mutato (§ 21).

## II. Разборъ ученія Бёмера.

Общая оцѣнка.

Вотъ ученіе Бёмера въ основныхъ чертахъ. Оно изложено здѣсь тѣмъ тщательнѣй и подробнѣе, что, несмотря на нѣкоторыя ошибки и слабости, несмотря на цѣнныя новыя пріобрѣтенія науки, все же до сихъ поръ остается лучшимъ, что было сдѣлано по вопросу объ обычно-правовомъ возникновеніи правила о недѣйствительности супружескихъ

дареній. По существу дѣла наука пока не пошла дальше Бёмера, много драгоцѣнныхъ его мыслей и наблюденій забыла, а кое въ чемъ даже отъ него отстала. Считаться со многими донынѣ весьма распространенными воззрѣніями можно съ успѣхомъ только въ лицѣ Бёмера, ихъ создателя и лучшаго выразителя. Никто съ нимъ не можетъ сравниться по тщательной и всесторонней продуманности основной мысли, по богатству справедливыхъ и тонкихъ частныхъ замѣчаній и сужденій, по внутренней стройности и послѣдовательности и, главное, по самостоятельности. Даже тамъ, гдѣ Бёмеръ неоригиналенъ, онъ цѣннѣе своихъ предшественниковъ. Полное претвореніе чужихъ мыслей въ его теоріи дѣлаетъ его какъ бы ихъ авторомъ въ силу литературной спецификаціи Если же къ этому искусству проведенія основной мысли прибавить, что она содержитъ нѣсколько зеренъ безусловныхъ научныхъ истинъ, то намъ останется лишь признать за Бёмеромъ крупнѣйшую донынѣ историческую заслугу въ области нашего вопроса.

Постановка вопроса на историческую почву.

Въ исходныхъ положеніяхъ, какъ мы видѣли, Бёмеръ примыкаетъ къ Джентиле и Бриссону съ Отманомъ, продолжая согласовывать въ своей теоріи внутреннія противорѣчія всѣхъ этихъ писателей. Онъ прочно укореняетъ изслѣдованіе на новой почвѣ, — а именно исторической. Онъ ясно различаетъ три періода въ развитіи учрежденія: древнѣйшій, до начала VI-го вѣка города, когда недѣйствительность супружескихъ дареній логически вытекала изъ самыхъ условій брачнаго права; средній, отъ начала VI-го до середины X-го вѣка, когда недѣйствительность обычнымъ путемъ упрочилась вопреки измѣнившимся нравамъ, какъ regula iuris; и новый, съ середины X-го вѣка города, когда древній обычай былъ преобразованъ Северомъ и Каракаллою. Къ древнему періоду онъ примѣняетъ теорію Джентиле, къ среднему теорію Бриссона-Отмана, новый оставляетъ безъ разсмотрѣнія, какъ чуждый обычному праву.

Правильное пониманіе mores.

Наряду съ этимъ, въ теоріи Бёмера пониманіе mores въ смыслѣ неписанаго права впервые проведено до конца. По его мнѣнію, слово mores въ устахъ римлянъ имѣетъ главнымъ образомъ отрицательный смыслъ — указываетъ на отсутствіе закона, какъ непосредственнаго источника даннаго учрежденія. Положительные признаки обычая онъ вовсе оставляетъ въ сто-

ронѣ. Чтобъ оцѣнить, насколько Бёмеръ тутъ опередилъ свое время, достаточно вспомнить, что только въ послѣдніе годы XIX-го вѣка эта мысль проведена въ устойчивой формѣ.

Осторожность въ отношеніи къ понятію „запрета“.

Превосходно, далѣе, то чутье къ исторической истинѣ, съ которымъ онъ изображаетъ дареніа въ древнемъ періодѣ — невозможными, а въ среднемъ недѣйствительными, едва ли случайно избѣгая во многихъ случаяхъ для него даже слова „запрещеніе“. Все это искусно и очень умно.

Выполненіе программы Бриссона.

Еще значительнѣй его стремленіе выполнить программу Бриссона и вывести первоначальную недѣйствительность дареній изъ самаго строя древняго римскаго семейнаго права. Здѣсь и главныя достоинства, и главныя слабости Бёмера. Достоинства состоятъ въ томъ, что онъ съ полной ясностью и точностью установилъ совершенную невозможность дареній въ древности независимо отъ какого бы то ни было запрета; слабость состоитъ въ томъ, что изъ этой невозможности ему не удалось вывести ихъ позднѣйшей недѣйствительности. Остановимся внимательнѣе на этомъ вопросѣ, такъ какъ дѣло заслуживаетъ самаго тщательнаго разсмотрѣнія.

Auctoritas prudentium.

Допустимте, что до VI-го вѣка города всѣ дарственныя сдѣлки между супругами, во всякихъ бракахъ, и cum manu, и sine manu, были невозможны или недѣйствительны: могли ли, однако, юристы сохранить то же правило послѣ перемѣны нравовъ? Когда, при императорахъ, возникло ius respondendi, они, конечно, получили нѣкоторое подобіе законодательной власти; но его источникомъ была власть императора. Въ республиканское же время, въ VI-мъ вѣкѣ города, имъ принадлежала только власть личнаго мнѣнія, искусно и логично обоснованнаго на законѣ и притомъ согласнаго съ желаніями общественнаго большинства. А гдѣ былъ тотъ законъ, на которомъ они могли бы обосновать мнѣніе о недѣйствительности дареній между супругами въ вольныхъ бракахъ, sine manu, даже если бы пришли къ такому мнѣнію со всею силой искренняго убѣжденія? Ссылки на обычай были тутъ безсильны, такъ какъ именно въ обходъ обычаевъ и создались тѣ новые браки, на почвѣ которыхъ должна была возникнуть возможность дареній между супругами. Юристы можетъ быть иногда имъ и не сочувствовали во имя прежнихъ нравовъ, и однако съ новыми нравами не могли бороться.

Lex Cincia и auctoritas prudentium.

Далѣе, вѣдь еще со словъ Поливія намъ извѣстно, что дареніи были совершенно не въ обычаяхъ римлянъ, — а между тѣмъ понадобилось изданіе Цинціева закона для того, чтобъ ограничить свободу дареній, не говоря ужъ о многочисленныхъ извѣстныхъ намъ формальныхъ ограниченіяхъ свободы завѣщаній: спрашивается, если понадобилась помощь закона тамъ, гдѣ было всего легче отстаивать выгодную эгоистичность древнихъ нравовъ, то какъ можно было обойтись безъ нея въ самой горячей и трудной борьбѣ? Не слѣдуетъ забывать, что lex Cincia есть lex per saturam lata: изъ словъ Liv. 34, 4, 9 ясно, что цѣлью этого закона было освободить плебеевъ отъ данничества патриціямъ, — стало быть, остальныя нормы его были компенсаціею патриціямъ со стороны плебеевъ. А если даже законы съ трудомъ проводили этого рода ограниченія, если на практикѣ даже законы, ограничивающіе женскую расточительность, оставались мертвою буквой или отмѣнялись, то какъ могли бы юристы безъ опоры въ положительномъ законѣ ограничить свободу римскаго гражданина?

Singularitas odiosa.

Не скажутъ ли мнѣ, что, безсильные бороться съ новыми браками, юристы всетаки могли отстоять недѣйствительность дареній потому, что она, какъ показалъ и Бёмеръ, клонилась къ обоюдному интересу самихъ супруговъ? Но нельзя забывать, что сингулярность права супружескихъ дареній была singularitas odiosa: такъ на нее смотрѣли сами римляне, считая, что положеніе лицъ, не подлежащихъ сингулярному праву, предпочтительнѣе положенія лицъ, ему подлежащихъ (Dig. 24, 1, 3, 1: melior conditio; Dig. 24, 1, 31, 7: succurrisse). Если въ схоліи къ Арменопулу 1, 9, 14, говорится, что недѣйствительность *ἐστι κοινὸν καὶ πᾶσι χρήσιμον* (p. 125 Heimb.), такъ вѣдь это не противорѣчитъ нашему наблюденію во первыхъ и во вторыхъ есть уже не римское изреченіе, а точка зрѣнія схоліаста къ Арменопулу, т. е. мнѣніе, принадлежащее самое раннее XV столѣтію. При этихъ условіяхъ юристы могли бы отстаивать сингулярность только вопреки своимъ собственнымъ лучшимъ нравственнымъ интересамъ, ибо и они вѣдь были римскими гражданами, не изъятыми изъ правилъ о супружескихъ дареніяхъ.

Regula iuris.

Этого мало. Въ своемъ разсужденіи о томъ, какъ so-

lent regulae iuris confici, Бёмеръ, повидимому, безмолвно вспоминаетъ ἐπὶ τὸ πλεῖστον Θеофраста (Dig. 1, 3, 3). Однако это положеніе къ данному случаю вовсе не подходитъ, ибо иначе и склонности къ разводамъ и т. п. можно было бы съ успѣхомъ противопоставить ничтожность ἐπὶ τὸ πλεῖστον разводовъ bona gratia. Бёмеръ оказался бы правъ, если бы доказалъ, что и въ новыхъ бракахъ логика вещей приводила въ большинствѣ случаевъ къ недѣйствительности дареній между супругами; но изъ его собственнаго изложенія вытекаетъ прямо противоположное: даже въ подручныхъ бракахъ, по описанію Плавта, мужьямъ не было въ это время спасенія отъ женскихъ выпрашиваній и вылещиваній.

Даренія sub modo.

Какъ ни вѣски эти доводы противъ Бёмера сами по себѣ, но есть еще болѣе сильныя возраженія. Дѣло въ томъ, что, при всей своей хитроумности, совершенно не годится его доказательство недѣйствительности дареній въ древнемъ давностномъ бракѣ, сдѣланныхъ до истеченія первоначальной или прерванной давности. Не говоря ужъ о забавномъ анахронизмѣ — даренія sub modo въ децемвиральную или царскую эпоху! — Бёмеръ, можно сказать, въ самой крайней формѣ предвосхищаетъ Voraussetzung Виндшейда, такъ какъ, не допустивъ возможности дареній sub modo tacito, нельзя допустить ни одной изъ его альтернативъ[1]. Но какъ допустить сдѣлки sub tacita conditione (не говоря ужъ о модусѣ) въ эпоху правила uti lingua nuncupassit, ita ius esto (XII T., IV, 3)? Если же разсужденіе Бёмера примѣнимо только къ дареніямъ sub conditione expressa, то тѣмъ самымъ оно оказывается непримѣнимымъ къ простымъ дареніямъ, безъ оговорокъ; а тутъ никакое ἐπὶ τὸ πλεῖστον не поможетъ противъ категорическаго постановленія XII таблицъ.

Officium iudicis

Officium iudicis иногда восполняло въ болѣе позднемъ періодѣ исторіи римскаго права волю сторонъ, — напр. примѣнительно ко взысканію процентовъ; но это касалось только bonae fidei iudicia; въ эпоху же XII таблицъ мы знаемъ только nexum, mancipium,

1887 г.

[1] Любопытно, что съ мыслью о tacita conditio nuptiarum примѣнительно къ дареніямъ между супругами мы встрѣчаемся еще разъ въ концѣ XIX столѣтія у Граденвитца (204—205); но у него она только lumen orationis iuridicum

да развѣ зачатки sponsio и stipulatio, подлежавшихъ stricti iuris iudiciis, не говоря ужъ о безраздѣльномъ господствѣ легисакціоннаго процесса.

Вольные браки, какъ камень преткновенія Бомера.

Взгляните теперь, какое роковое значеніе для всей теоріи Бомера имѣетъ неудача этого разсужденія: вѣдь выходитъ, что, не говоря ужъ о среднемъ періодѣ, даже въ древнѣйшемъ недѣйствительность дареній moribus недоказана для браковъ, длившихся sine manu. Притомъ Бомеръ въ своемъ разсужденіи совершенно не оцѣнилъ истиннаго значенія правила о trinoctium usurpandi causa. Онъ все время описываетъ дѣло такъ, будто это trinoctium могло случиться только разъ, только въ первый годъ супружества. Ну, а что, если оно случалось подолгу, по многу разъ? Вѣдь постановленіе о немъ входило въ XII таблицъ, — стало быть, оно было древнѣе децемвировъ, — стало быть, браки sine manu тоже... А гдѣ же до децемвировъ тѣ юристы, которые бы конструировали хитроумную мотивировку Бомера? Притомъ, выходитъ, что для этихъ браковъ даренія не были невозможны: почему жъ они были недѣйствительны? Объясненіе, которымъ Бомеръ отвѣчаетъ на вопросъ для средняго періода, не годится для древняго; то, которое онъ даетъ для древняго, никуда не годится; между тѣмъ, только доказавъ безусловную недѣйствительность дареній въ древнемъ періодѣ для всѣхъ видовъ брака, было бы можно понять ее въ среднемъ, какъ уцѣлѣвшее при новыхъ условіяхъ правило, — уцѣлѣвшее въ силу своей былой непререкаемости. Подорвавъ этотъ пунктъ теоріи Бомера, мы сводимъ на нѣтъ и всю теорію.

### III. Значеніе Бомера.

Вліяніе теоріи Бомера.

Бомеромъ закончилось первоначальное развитіе научныхъ теорій, возникшихъ послѣ вѣка Возрожденія по поводу ученія о супружескихъ дареніяхъ. Осколки его мнѣній въ послѣдній разъ обогатили калейдоскопъ позднѣйшихъ компиляторовъ. И никого это благодарное потомство не обокрадывало такъ часто и не упоминало такъ рѣдко, какъ именно Бомера. За то — Немезида плагіаторовъ! — охотнѣе всего заимствовали изъ него либо тѣ частности, въ которыхъ онъ несамостоятеленъ, либо — изъ оригинальныхъ — самыя слабыя, тогда какъ вся его сила именно въ цѣломъ,

въ искусномъ и стройномъ согласованіи всѣхъ отдѣльныхъ положеній. Какъ въ балладѣ, одинъ бралъ рукавицу, другой доспѣхи, третій щитъ мертваго великана, но никто не находилъ талисмана. Притомъ, многочисленные составители диссертацій обворовывали нерѣдко другъ друга, не подозрѣвая, что крадутъ краденое, и, вслѣдствіе молчанія перваго вора, не зная истиннаго автора. Большинство этихъ витязей слишкомъ основательно забыто, чтобы стоило считаться съ ихъ убогимъ плутовствомъ; но одинъ изъ нихъ не минуетъ черезъ нѣсколько страницъ заслуженнаго возмездія.

## § 10. Шубертъ, Менкенъ и Глюккъ.

### I. Вступленіе.

Хронологическая послѣдовательность требуетъ отъ насъ чтобы мы здѣсь же разсмотрѣли двѣ теоріи, стоящія нѣсколько особнякомъ, болѣе или менѣе въ сторонѣ отъ прямого литературнаго преемства, но, каждая по своему, цѣнныя для историка: теоріи Шуберта и Менкена (поскольку позволительно какую либо теорію называть именемъ послѣдняго). Мы увидимъ позднѣе, что обѣ онѣ во многихъ частностяхъ являются какъ бы предвѣстницами современной
1892 г. намъ теоріи Алибранди, ничего, впрочемъ, не знавшаго ни о Шубертѣ, ни о Менкенѣ.

### II. Шубертъ.

Никому не пришло бы въ голову искать историче- Диссертація Шуберта.
ской гипотезы о супружескихъ дареніяхъ въ тощей диссер-
1748 г. таціи De iustitia transactionis testamenti nondum inspectis tabulis ob sublatam vicesimam hereditatum: тѣмъ не менѣе въ ней-то и высказалъ ее Шубертъ.

„Доказавъ“, какъ онъ выражается, что insinuatio да- Vicesima hereditatum.
реній требовалась въ интересахъ vicesima hereditatum, Шубертъ озаглавливаетъ § XI[1] словами „Ulterior demonstratio“. Propter vicesimam ergo requirebatur insinuatio, говоритъ онъ, quæ et ipsa causa fuit, cur actis intervenientibus non opus habuerint donationes principi vel a prin-

[1] Въ подлинникѣ опечатка и онъ помѣченъ цифрою IX.

cipe factæ vel pro redemptione captivorum erogatæ pariter ac illæ, quæ ad restituendas ædes incendio vel ruina consumptas factæ erant, Cod. 8, 53, 34; 8, 53, 36, 1; 8, 53, 36, 2, cur quoque absque insinuatione substiterit donatio mobilium rerum militi collata, Cod. 8, 53, 36, 1. His enim liberalitatibus vectigalis onus imponere iniustum et æquitati repugnare videbatur. Vicesimam et prohibitæ donationis inter virum et uxorem occasionem dedisse coniicimus. Moneri quidem posset iam ab antiquissimis iuris Romani temporibus non ratam habitam fuisse istius modi donationem, id quod nec ipsi negamus. Probare tamen possumus, aliam plane tum adfuisse rationem. Quodsi enim venerandæ vetustatis monumenta evolvamus, adparebit, donationem inter virum et uxorem, quæ in manum mariti convenerat, invalidam pronuntiasse Romanos, quia coniux eiusmodi ex Romuli lege non particeps solum sacrorum et bonorum, Dionys. 2, 25, Noodt, Probabil. l. II c. 9 (I, стр. 42), sed in mariti quoque erat potestate, conf. Grupen. 14, sqq. Inter eum vero, qui quempiam in potestate haberet, et eum, qui in potestate huius constitutus erat, nulla subsistere poterat donatio, D. 24, 1, 3, 1, vide laudatus Grupen adl. l. Quum autem hæc matrimonia postea rarius inirentur, donationes etiam inter coniuges fieri potuissent, sed tamen eam (sic) ægrius permiserunt, ratione usi, ne hoc modo matrimonia discuterentur vel amor venalis redderetur, D. 24, 1, 1—3. Severus vero et Antoninus Caracalla illas donationes plane prohibuerunt, D. 24, 1, 3 pr. Cuius prohibitionis nullam aliam invenire possumus rationem, quam ne fraudem pateretur vectigal. Propter vicesimam et transactionem de futuris alimentis a Marco Antonino, cui ob philosophiæ (sic), quam teste Iul. Capitol. in eius vita cap. 1 maxime amabat, philosophi nomen imponebatur, invalidam declaratam esse, censemus, quoniam alias detrimentum capere ærarium facile potuisset. Diiudicandum pariter erit, quare tanto pro servandis fideicommissis, legatis et codicillis imperatores ducti fuerint favore, Dig. 29, 4, 2.

Оцѣнка теоріи Шуберта.

Такова мысль Шуберта. Конечно, ее не стоитъ разбирать подробно: ея несостоятельность слишкомъ очевидна и безъ того, да притомъ самыя существенныя опроверженія этой гипотезы были выдвинуты противъ нея уже черезъ три года по ея выходѣ въ свѣтъ младшимъ представителемъ ученой семьи Менкеновъ, который и самъ по себѣ заслу-

живаетъ вниманія. Но здѣсь мы отмѣтимъ нѣкоторыя частности, цѣнныя для цѣлей нашей работы.

Недѣйствительность и Oratio 206 г

Во-первыхъ, замысловатыя догадки Шуберта цѣликомъ построены изъ матеріаловъ Групена и Гейнеке (только на послѣдняго онъ не ссылается, повторяя его мнѣнія съ большой увѣренностью отъ своего лица), причемъ онъ, какъ мы ужъ указали выше (стр. 276), тоже считаетъ Oratio 206 г. началомъ недѣйствительности.

Недѣйствительность и законодательство Августа.

Отмѣтимъ, что онъ по своему предвосхищаетъ мысль Алибранди, приводя недѣйствительность дареній между супругами въ связь съ законодательствомъ Августа, хотя не черезъ lex Julia et Papia, а съ другой стороны допуская эпоху дѣйствительности супружескихъ дареній для 400 лѣтъ, VI—X вв. города, хоть и съ оговоркой „ægrius“. Трудность вопроса, какъ видимъ, такова, что самыя неправдоподобныя мнѣнія находятъ неоднократно поборниковъ: паутинки, за которыя хватаются діалектически тонущіе умы.

## III. Менкенъ.

Бѳмеръ и Менкенъ.

Выше показано (стр. 284), что Бѳмеръ исчерпывающимъ образомъ разрѣшилъ въ своей теоріи задачу, представлявшуюся его современникамъ. Полнѣе примирить и согласовать теоріи и источники безъ критическаго къ нимъ отношенія было невозможно. Критика, правда, уже зарождалась, какъ мы видѣли въ главѣ о rationes, хотя начиналась косвенно, издалека; но въ самую сердцевину занимающаго насъ вопроса ее перенесъ съ удивительною развязностью хлесткій плагіаторъ Менкенъ. По справедливости, впрочемъ, надо признать, что нѣкоторыя мысли у него и тонки, и цѣнны. Интересно также и совпаденіе съ нимъ во многомъ теоріи
**1902 г.** Алибранди, а въ особенности де-Медіо.

Ноодтъ и Менкенъ.

**1724 г.** Нами выше указано (стр. 276), что Ноодтъ въ своемъ толкованіи на 1-й титулъ 24-й книги дигестъ вовсе устранилъ изъ поля своего зрѣнія хронологію и напр. многіе отрывки Юліана и даже болѣе раннихъ юристовъ толковалъ примѣнительно къ Oratio 206 года. Этотъ непростительный съ исторической
**1727 г.** точки зрѣнія пріемъ былъ немедленно отмѣченъ у Конради. Конради.
Enimvero, прибавляетъ послѣдній, tota enarratio huius tituli, quam Noodtius dedit, diligentem retractationem desiderat, quoniam ille fragmenta iurisconsultorum tantum non omnia,

quae hic extant, pertinere censuit ad interpretationem orationis Antonini, quæ tamen de sola confirmatione donationum inter coniuges per donatoris mortem egit (291—292). Вотъ это замѣчаніе, вполнѣ, конечно, справедливое, и вдохновило Менкена на цѣлый рядъ заимствованій безъ указанія источника.

Главныя положенія.

Основная мысль его выражена въ самомъ заглавіи работы: даренія между супругами не были, по его мнѣнію, недѣйствительны ipso iure, т. е. не были запрещены до Oratio. 1752 г.

Юристы и Oratio 206 г.

Начинаетъ онъ съ заявленія, что его libertas libere sentiendi delectat и съ воровства у Бомера: причину общихъ заблужденій по нашему вопросу онъ (отъ себя) находитъ въ томъ, что ученые antiqua tempora mediis, media novis immiscuerint (581) regulamque a vetustate oriundam novis, imo novissimis, scitis accomodaverint (582). Все это, какъ мы видѣли (выше, стр. 284), впервые выяснилъ именно Бомеръ. Менкенъ разсчитываетъ помочь бѣдѣ хронологическимъ разборомъ юристовъ, выписанныхъ въ титулѣ дигестъ о супружескихъ дареніяхъ: юристы, жившіе до Севера и Каракаллы, могли писать лишь о древнемъ правѣ, до Oratio; современники же и позднѣйшіе считались и съ преобразованіемъ императоровъ (582). Въ свою очередь эта мысль взята у Конради, выдвинувшаго ее въ качествѣ упрека Ноодту.

Плагіаты Менкена.

Посвятивъ затѣмъ §§ 2—6 общимъ разсужденіямъ о дареніи, Менкенъ перечисляетъ въ § 7 своихъ предшественниковъ, — Бриссона, Брувера[1], Отмановъ и Групена, умалчивая вовсе о Бомерѣ и кажется совсѣмъ не зная Роденбюрга (о немъ сказано выше, стр. 92—96). Въ § 8 Менкенъ различаетъ четыре эпохи: эпоха подручнаго брака, эпоха, quæ moribus debetur, эпоха послѣ Oratio и эпоха Юстиніана. И это, какъ мы видѣли, взято у Бомера, который и здѣсь не названъ, хотя § 8 почти весь посвященъ дерзкой и неудачной, притомъ безъимянной полемикѣ съ нимъ. Въ этой полемикѣ Менкенъ только повторяетъ оспариваемые Бомеромъ доводы Джентиле, но и того не называетъ. Положительное содержаніе § состоитъ въ повтореніи общаго мѣста о невозможности дареній въ подручномъ бракѣ.

[1] Брувера онъ упоминаетъ нѣсколько некстати, такъ какъ во всемъ огромномъ томѣ Брувера даже не упомянуто ни разу о дареніяхъ между супругами.

Положительное пониманіе mores.

Въ § 9 Менкенъ переходитъ къ вопросу о mores, съ комплиментами выписываетъ опредѣленіе mores, незадолго до того данное Рихтеромъ, и заявляетъ, что будетъ согласовывать съ этимъ опредѣленіемъ свое толкованіе отрывковъ Ульпіана. Опредѣленіе Рихтера гласитъ, что mores sunt ius populi Romani, quod ex diuturna similium observatione ac institutorum usurpatione ortum erat quodque tacito consensu populi sine scripta lega custodiebatur.

Защита первой теоріи Кюжаса.

Затѣмъ начинается неудачная попытка исправить Бёмера. Эта попытка вводится защитою первой теоріи Кюжаса. Въ своей защитѣ Менкенъ совершенно извращаетъ смыслъ защищаемой теоріи, такъ какъ не знаетъ ея мотивировки, хотя могъ (въ 1752 г.: комментаріи Кюжаса на дигесты были изданы уже въ 1596 г.) и долженъ былъ ее знать. Кромѣ того, основная мысль его защиты не принадлежитъ Менкену, а высказана была уже задолго до него: мы съ нею встрѣтились выше у Конради. Если бы Кюжасъ прямо сказалъ, разсуждаетъ Менкенъ, что даренія были expressim запрещены между супругами въ XII таблицахъ, я согласился бы съ его противниками. Но сжатость Кюжаса допускаетъ возможность другого пониманія. Вѣдь извѣстно, сколько римляне заимствовали у евреевъ или грековъ и разработали заимствованное, нерѣдко къ лучшему, а то и къ худшему. Аѳинянамъ была извѣстна отцовская власть, хоть и въ не такой крайней формѣ, какую придали ей римляне. Отъ аѳинянъ-то стало быть и пошло заимствованіе, а римскія крайности ведутъ свое начало отъ закона Ромула (§ 9) Многіе въ томъ же источникѣ ищутъ начало правила, что подручныя дѣти ничего не имѣютъ своего и все пріобрѣтаютъ отцу. Менкенъ признаетъ только, что оно идетъ издревле, но не берется доводить его до эпохи Ромула; во всякомъ случаѣ, онъ считаетъ достовѣрнымъ, что оно входило въ XII таблицъ, но не было заимствовано у Солона, а развилось у римлянъ, какъ мѣстное правило, еще задолго до децемвировъ. Легко понять, заключаетъ Менкенъ, почему супружескія даренія считаются недозволенными moribus: вѣдь подручная жена поступала подъ отцовскую власть мужа (§ 10). Впрочемъ, онъ готовъ допустить (не подъ вліяніемъ ли Джентиле и Отто? Ср. выше, стр. 261 и 278), что недѣйствительность дареній

идетъ отъ Ромула: вѣдь многое, введенное царскими законами, приписывается moribus.

Браки подручные и sine manu.

Съ этой точки зрѣнія Менкенъ снова безымянно споритъ съ Бомеромъ. Слова Ульпіана, Dig. 24, 1, 1 pr., со ссылкою на mores, относятся не только къ средней эпохѣ, до Oratio, но и къ древней, къ подручнымъ бракамъ. Ошибаются тѣ, кто считаетъ эти mores примѣнимыми только къ новымъ, свободнымъ бракамъ. Даже древнѣйшему времени были извѣстны жены, не поступавшія подъ руку мужа. Какъ же, однако, эти правила, сложившіяся для подручныхъ браковъ, могли быть примѣнены къ бракамъ sine manu? Я пересталъ удивляться, заключаетъ Менкенъ, подумавъ, что обычаи сохраняются даже при перемѣнѣ обстановки и принявъ во вниманіе глубокій упадокъ женскихъ нравовъ, который произошелъ вскорѣ по развитіи вольныхъ браковъ (§ 11).

Хронологія юристовъ.

Оставшись неписанымъ, древнее право сохранилось, хотя забылись причины и обстоятельства его образованія. Отсюда у римскихъ юристовъ множество позднѣйшихъ догадокъ, неточныхъ, путаныхъ и противорѣчивыхъ. Здѣсь упоминается, что ихъ обзоръ даетъ Бомеръ, съ которымъ Менкенъ не согласенъ, но будетъ спорить не съ нимъ, а съ юристами дигестъ. Изъ нихъ онъ отбираетъ 20 главныхъ (§ 13) и дѣлитъ ихъ на два класса: знающихъ только mores и знающихъ Oratio. Лабеонъ, Алфенъ, Прокулъ, Юліанъ, Яволенъ, Нерацій, Цельзъ и Африканъ жили до Антониновъ, Гай, Помпоній, Марцеллъ, Климентъ и Сцевола при Антонинахъ, при Септиміи Северѣ и Каракаллѣ — Папиніанъ и Трифонинъ, при Александрѣ Северѣ и позже — Ульпіанъ, Павелъ, Руфинъ, Модестинъ и Гермогеніанъ. Сердятъ меня, восклицаетъ Менкенъ, тѣ, которые полагаютъ, будто первыя выписки титула, до 31-й включительно, излагаютъ mores, а слѣдующія, съ 32-й до конца, новый порядокъ послѣ Oratio, — и пространно опровергаетъ доводы противъ своей мысли (§§ 14 и 15).

Даренія между супругами искони дѣйствительны.

Подвергнувъ затѣмъ критикѣ rationes interdicti donationum (§§ 16—17), о чемъ у насъ была уже рѣчь въ предшествующей главѣ (выше, стр. 129 слл.), Менкенъ подходитъ къ центральному положенію своей теоріи. Ульпіанъ считаетъ цѣлью обычая ne mutuato amore invicem spoliarentur (Dig. 24, 1, 1, 1) и слово spoliarentur еще тоньше поясняетъ: eam demum dona-

tionem impediri solere, quae et donantem pauperiorem et accipientem facit locupletiorem (Dig. 24, 1, 5, 8); тотъ же смыслъ имѣютъ и слова donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate. Изъ этого всего ясна мысль Ульпіана. Не такъ жестоки нравы, чтобъ искоренять всякую щедрость: sane non amare nec tanquam inter infestos ius prohibitae donationis tractandum est, sed ut inter coniunctos maximo adfectu et solam inopiam timentes (Dig. 24, 1, 28, 2). Итакъ нравы, по соображеніямъ Ульпіана, стѣсняютъ только такія даренія, которыхъ неумѣренность очевидна, такъ что есть основанія бояться разоренія и нищеты дарителя. Колеблющихся принять такое пониманіе должны окончательно укрѣпить Ульпіанъ и Помпоній въ Dig. 24, 1, 15 pr. и 24, 1, 31, 8. Конечно, и задолго до Ульпіана lex Cincia стѣснила даренія, ограничивъ ихъ опредѣленными размѣрами; однако этимъ закономъ, какъ извѣстно, не были признаны недѣйствительными даренія, превышающія установленную норму. Но если бы даже было и такъ, законъ не могъ касаться дареній, не превышавшихъ нормы, хотя бъ они были разорительны для дарителя по его средствамъ (§ 18). Итакъ, провозглашаетъ Менкенъ, даренія между супругами дѣйствительны и не запрещены moribus. Зато, смотря по обстоятельствамъ, недѣйствительны неумѣренныя сдѣлки, если размѣръ даренія обнаруживаетъ расточительность и ведетъ къ разоренію.

Возраженія Шуберту.

Въ заключеніе Менкенъ, прежде чѣмъ перейти къ Oratio, останавливается на трехъ частныхъ вопросахъ, въ которыхъ видитъ внѣшнюю опасность для своей теоріи, и прежде всего на только что изложенной нами теоріи Шуберта. Менкенъ возражаетъ ему, что Северъ и Каракалла ничуть не стѣсняютъ даренія первою, вступительною частью Oratio: послѣдняя въ цѣломъ, напротивъ, смягчаетъ древнее право, подтверждая даренія на случай, что даритель не измѣнитъ своего намѣренія до смерти. Еслибъ императоры заботились о 5% налогѣ, такъ ихъ постановленіе не только не соотвѣтствовало бы, но прямо противорѣчило такой заботѣ. Далѣе, сомнительно, чтобъ этотъ налогъ пристигалъ даренія между живыми. Діонъ Кассій, 55, прямо этому противорѣчитъ, а изъ другихъ писателей никто не подтверждаетъ (§ 19).

Толкова-

Вторая трудность — слова Ульпіана, что въ супруже-

ніе Dig 24, 1, 3, 10

скихъ дареніяхъ ipso iure nihil valeat, quod est actum (Dig. 24, 1, 3, 10) и что эти сдѣлки ipso iure nullius momenti sunt (тамъ же). Во-первыхъ, говоритъ Менкенъ, мы обязаны не созидать противорѣчія, но согласовать эти выраженія съ общимъ правиломъ, установленнымъ Ульпіаномъ; а во-вторыхъ, Ульпіанъ просто неудачно примѣнилъ здѣсь выраженіе ipso iure: надо смотрѣть на смыслъ, а не прилѣпляться къ словамъ.

Толкованіе Dig. 24, 1, 25.

Даренія невозможно считать недѣйствительными ipso iure также и въ силу Dig. 24, 1, 25, ибо въ противномъ случаѣ жена не могла бы пріобрѣтать по давности за неимѣніемъ титула. Правда, Павелъ не допускаетъ давности въ Dig. 41, 6, 1; но у Павла рѣчь идетъ о дареніи собственной вещи дарителя, ибо въ этомъ случаѣ мужъ, очевидно, становится бѣднѣе (чего нѣтъ при дареніи чужой вещи) и чрезмѣрное дареніе не считается дѣйствительнымъ; дареніе же умѣренное конечно valet ipso iure. Ясно выражаетъ эту мысль Помпоній въ Dig. 41, 6, 3. Итакъ, надо различать два случая: 1) мужъ даритъ женѣ вещь bona fide possessam, и тогда жена не пріобрѣтаетъ по давности, такъ какъ иначе мужъ становится бѣднѣе; 2) мужъ даритъ женѣ завѣдомо чужую вещь, и тогда жена пріобрѣтаетъ по давности, ибо мужъ ничего не теряетъ (§ 20).

Толкованіе Dig. 24, 1, 7 pr.

Третья подробность — слова Ульпіана Dig. 24, 1, 7 pr. Юристъ спрашиваетъ, какимъ моментомъ опредѣляется обогащеніе одареннаго, и рѣшаетъ, что моментомъ litis contestatio. Но какой могъ бы тутъ быть вопросъ, если бы дареніе было ipso iure недѣйствительно? Очевидно, сперва надо было выяснить, имѣется ли налицо чрезмѣрность и разорительность даренія, чтобы сдѣлка могла быть опорочена. Отсюда же ясно, почему съ одареннаго супруга не могутъ быть взысканы ни проценты, ни плоды, — Dig. 24, 1, 15 и 24, 1, 17. А возможность виндикаціи со стороны дарителя ничего не доказываетъ: если эмфитевтъ не плотитъ оброка три (или два) года, собственникъ имѣетъ тоже виндикацію, — что́ же, съ самаго начала эмфитевзисъ былъ недѣйствителенъ? Очевидно, нѣтъ, а только съ момента просрочки. Такъ точно и въ супружескихъ дареніяхъ собственность возрождается, когда выяснится чрезмѣрность даренія (§ 21).

Оцѣнка

Нельзя не сказать, что разсужденія Менкена — чрез-

вычайно искусный діалектическій фокусъ. Съ удивительною для своего времени находчивостью онъ извращаетъ прямой смыслъ источниковъ и выводитъ изъ нихъ прямо противоположное тому, что̀ въ нихъ сказано. Съ такимъ способнымъ софистомъ не только необходимо, но и весьма интересно посчитаться. теоріи Менкена

Не будемъ особенно подчеркивать многочисленныхъ мѣстъ, гдѣ несомнѣнный плагіатъ прикрывается возраженіями противъ скрываемаго отъ читателей Бёмера: мы не ведемъ iudicium de moribus. Читателямъ дано достаточно матеріаловъ для собственныхъ выводовъ. Наше дѣло выяснить сравнительную цѣнность теорій. И тутъ перевѣсъ очевидно на сторонѣ Бёмера. Менкенъ совершенно не понялъ его удивительно продуманной гипотезы и въ § 11 съ величайшимъ легкомысліемъ перекроилъ ее на свой ладъ, пренебрежительно поправляя несущественную неточность обокрадываемаго писателя. Бёмеръ отлично знаетъ, что и древности были извѣстны супружескія отношенія безъ manus; но онъ понималъ, что въ древности, до позднѣйшаго упадка нравовъ, не было никакого мотива распространять на нихъ недѣйствительность, свойственную подручнымъ бракамъ; между тѣмъ, не доказавъ, что даренія всегда были недѣйствительны въ древности, онъ не могъ бы убѣдительно выяснить примѣненіе древняго правила къ новымъ бракамъ. Потому то и понадобилась ему теорія дареній sub modo tacito, столь хитро и въ то же время столь наивно придуманная. Ничего этого не понялъ Менкенъ и смѣло внесъ въ дѣло ту путаницу, въ которой другихъ упрекаетъ: смѣшалъ древнюю эпоху съ новою. Ея отношеніе къ теоріи Бомера.

Вкратцѣ отмѣтимъ, какъ рѣшительный шагъ назадъ сравнительно съ Бёмеромъ, попытку Менкена толковать слово moribus въ положительномъ смыслѣ. У Бёмера вопросъ открытъ и mores онъ понимаетъ, какъ отсутствіе писаныхъ источниковъ права. Менкенъ вопроса не разрѣшаетъ, а только его заслоняетъ чужою фразою. Вѣдь вся трудность словъ Ульпіана въ томъ и состоитъ, что ходячими опредѣленіями обычая невозможно объяснить, какъ возникла недѣйствительность дареній между супругами. Если мы знаемъ, что̀ такое mores, тогда намъ не къ чему ссылаться и на бытовую обстановку, вполнѣ цѣлесообразно привлечен- Положительное пониманіе mores.

ную къ дѣлу Бёмеромъ при той постановкѣ вопроса, которую крадетъ у него Менкенъ, самъ ея не понимая. Зачѣмъ намъ auctoritas prudentium, manus mariti, XII таблицъ и т. д, если достаточно растолковать слово mores, чтобы все стало ясно. И вотъ, убогимъ хламомъ чужой диссертаціи отъ глазъ поверхностнаго читателя прикрыта пропасть, безвозвратно поглотившая столько теорій и догадокъ. Мѣщанская пошлость и плоскость и въ наукѣ начинаетъ вытѣснять и заслонять аристократизмъ прежняго изящества и глубокомыслія.

Защита Менкеномъ теоріи Кужаса.

Не стоитъ говорить о его защитѣ Кужаса: не поздоровится отъ этакихъ похвалъ! Зная подлинную мысль Кужаса, мы только можемъ подивиться легкомыслію Менкена. Подчеркивать же ту подробность, что даренія въ подручномъ бракѣ были невозможны не вслѣдствіе супружеской, а вслѣдствіе отцовской власти мужа, значитъ только переливать изъ пустого въ порожнее. При томъ и мысль-то эта не принадлежитъ Менкену, а заимствована изъ подстрочнаго примѣчанія Конради, какъ нами выше указано. Самое же главное то, что отцовская власть римлянъ была ихъ типичнѣйшимъ учрежденіемъ, въ чемъ не сомнѣвались даже крайніе защитники заимствованій въ древнемъ римскомъ правѣ: при чемъ же Солонъ, аѳиняне и XII таблицъ?

Хронологія юристовъ.

Правильна мысль о необходимости различать выписки изъ юристовъ, жившихъ до Oratio, и ея современниковъ; но эта мысль высказана въ Parerga Конради, какъ мы уже сказали, приступая къ знакомству съ Менкеномъ: а изъ безъимянной полемики въ § 15 съ тѣми, кто его „сердитъ“, можно заключить, что и тутъ Менкенъ выдаетъ за свою мысль чье нибудь чужое изобрѣтеніе[1]. Притомъ, какъ ни хвастается своею мнимою заслугою въ этомъ отношеніи Мен- 1727 г.

[1] Не мѣтитъ ли онъ тутъ въ того же Конради, 285, § VI? Тамъ дѣйствительно говорится, что Ульпіанъ, начавъ съ mores, postquam interpretationem huius iuris veteris ex responsis prudentium et rescriptis principum exposuit, ad orationem Caracallæ accedens etc. Но эти слова допускаютъ и болѣе разумное толкованіе: Конради могъ думать не объ отрывкахъ 1-го титула 24-й книги дигестъ, а о 32-й книгѣ Ульпіана ad Sabinum. Въ послѣдней главѣ нашей книги, объ Oratio 206 г., показано, что мысль, противъ которой высказывается Менкенъ, легко могла сложиться на почвѣ глоссаторскихъ воззрѣній. Однако, мнѣ неизвѣстны ея представители въ литературѣ.

кенъ, онъ, однако, не умѣетъ дать украденной мысли никакого примѣненія. Послѣ указателей Лабитта и Вилинга не трудно было прійти къ такой догадкѣ и внести двѣ-три поправки къ Ноодту; цѣнны были бы положительные выводы, — а гдѣ они у Менкена?

Судьба теоріи Менкена.

Итакъ, по занимающему насъ вопросу его значеніе сводится къ нулю, а сравнительно съ Бёмеромъ теорія Менкена является крупнымъ шагомъ назадъ. Но странное дѣло: самъ Менкенъ успѣха не имѣлъ, его теорія была отвергнута, но заслонить Бёмера ему удалось. Быть можетъ, теорія послѣдняго пришлась не по плечу тогдашней нѣмецкой посредственности, заполонившей науку? Отчасти, быть можетъ, оно и такъ; но вѣдь Бёмеръ пользовался широкимъ вліяніемъ громкою славою, да съ другой стороны и самъ не былъ геніемъ. Впрочемъ, къ этому мы еще вернемся. Здѣсь скажемъ о дальнѣйшей судьбѣ Менкена. Подробнаго разбора онъ до сихъ поръ не дождался; но частныя замѣчанія мы встрѣчаемъ еще въ XVIII вѣкѣ.

## IV. Кёнигъ.

Кёнигъ противъ Менкена.

1771 г. Такъ, Кёнигъ разоблачаетъ софизмы Менкена о томъ, что даренія между супругами были запрещены не сами по себѣ, а лишь въ случаѣ чрезмѣрности. Вѣдь изъ правила о недѣйствительности дареній, говоритъ Кёнигъ (29—30), издавна были исключенія, и къ этимъ то исключеніямъ и относились тѣ мѣста изъ дигестъ, которыми фокусничаетъ Менкенъ, сопоставляя ихъ съ общимъ правиломъ. Согласованіе же Dig. 24, 1, 1 pr. и 24, 1, 3, 10 въ духѣ его теоріи еще само должно быть обосновано, а между тѣмъ Менкенъ принимаетъ его, какъ само по себѣ очевидное; но вѣдь послѣднее предполагаетъ неоспоримую правильность того самаго принципа, который долженъ быть доказанъ: очевидное petitio principii.

## V. Глюкъ.

Кромѣ Кёнига еще Глюкъ по своему воспользовался мнѣніями Менкена.

Изложеніе Глюкка.

1824 г. Слова mores maiorum указываютъ, говоритъ онъ (25, 442), на древнѣйшія времена Рима; но спорно, какому источнику слѣдуетъ приписать запрещеніе. Дороѳей приписываетъ его

Mores. auctoritas prudentium и это многими принято, хотя сомнительно, ибо Цицеронъ различаетъ mores maiorum и auctoritas prudentium.

Manus mariti. Во всякомъ случаѣ, вначалѣ никакого запрещенія не требовалось, ибо пока въ Римѣ браки заключались посредствомъ in manum conventio, ни о какихъ дареніяхъ между супругами не могло быть и рѣчи, подобно дареніямъ между родителями и дѣтьми. Такимъ образомъ, даренія между супругами сами по себѣ были недѣйствительны еще задолго до XII таблицъ, во времена царей.

Царскіе законы. А такъ какъ уцѣлѣвшія по изгнаніи царей постановленія обыкновенно приписывались moribus maiorum, то вполнѣ ясны слова Ульпіана въ Dig. 24, 1, 1 pr. Теорія о заимствованіи у Солона несостоятельна.

Вольные браки. Однако были браки и безъ in manum conventio; а такъ какъ въ нихъ жена сохраняла имущественную самостоятельность, то не было и причины для недѣйствительности въ такихъ бракахъ супружескихъ дареній. Однако они всетаки были недозволены.

Юристы. Съ этимъ запрещеніемъ считались всѣ юристы, жившіе до Oratio 206 года. Изъ Dig. 24, 1, 32 pr. нельзя выводить, будто всѣ предшествующіе отрывки титула посвящены только древнему праву: Dig. 24, 1, 23 касается новаго порядка, а многіе отрывки послѣ fr. 32 взяты изъ юристовъ, жившихъ задолго до Севера и Каракаллы. Таковы: Лабеонъ, Алфенъ, Нерацій, Цельзъ, Яволенъ, Юліанъ, Терентій, Помпоній, Гай, Марцеллъ и Сцевола, всего 11; прочіе 7 — Папиніанъ, Трифонинъ, Ульпіанъ, Павелъ, Лициній Руфинъ, Геренній Модестинъ и Гермогеніанъ — застали новое право.

Mores и юристы. Итакъ, запрещеніе основано не на законѣ, а на ius, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit (Cic. De inv. 2. 22) или на tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus, какъ опредѣляетъ mores Ульпіанъ. Однако римскіе юристы, — а ими были первоначально только патриціи, — нашли достаточно основаній, по которымъ даренія между супругами, даже безъ in manum conventio, не могли стать дозволенными, хотя бы форма вольнаго брака и не служила препятствіемъ для такихъ дареній: а это ius moribus receptum (о томъ свидѣтельствуетъ самое слово receptum, — Глюкъ ссылается на Бюде по словарю Бриссона)

несомнѣнно можетъ быть приписано авторитету юристовъ, хотя Цицеронъ и отличаетъ mos отъ iuris peritorum auctoritas. Затѣмъ идетъ обозрѣніе rationes interdicti, которые сохранены въ дигестахъ.

Оцѣнка изложенія Глюкка.

Таково изложеніе Глюкка. Въ немъ, какъ чеканъ на стертомъ грошѣ, сгладилось все характерное, все глубокое и цѣльное, чѣмъ красна старая литература, и получился какой-то наборъ положеній, одно изъ другого не выведенныхъ, ничѣмъ между собою не связанныхъ, ничѣмъ не обоснованныхъ, ничѣмъ не одухотворенныхъ. То, что онъ говоритъ о mores въ началѣ и въ концѣ своего разсужденія, совсѣмъ не вяжется воедино. Даже не разберешь, противорѣчитъ онъ себѣ самому, или только безтолково повторяется. Такъ и видно, какъ усердный тупица по зернышку собираетъ у Менкена, Рихтера, Кёнига и имъ подобныхъ профильтрованныя въ ихъ мозгахъ, да и ими-то полученныя не изъ первоисточниковъ, а изъ третьихъ или четвертыхъ рукъ, глубокія и сильныя мысли Кюжаса, Бриссона, Бёмера. Уцѣлѣли только выводы, позабыты доводы; но и выводы уцѣлѣли не всѣ, а лишь нѣкоторые, да и то далеко не лучшіе. Конечно, такой упадокъ не можетъ быть вѣчнымъ: блестящая старина должна возродиться рано или поздно; бѣда въ томъ, что этотъ упадокъ пришелся какъ разъ на первую четверть XIX вѣка.

## § 11. XIX-й вѣкъ. Ватиканскіе отрывки.

### I. Переломъ въ наукѣ.

XIX вѣкъ.

Начало прошлаго столѣтія ознаменовалось, какъ извѣстно, открытіемъ новыхъ памятниковъ римской юридической литературы, знакомство съ которыми существенно обогатило науку.

Разрывъ научныхъ традицій.

Произошелъ рѣзкій переломъ, совпавшій съ подъемомъ изученія римскаго права въ Германіи. Со времени этого перелома на прежнюю литературу, до 20-хъ годовъ, начинаютъ смотрѣть какъ на архивный матеріалъ, интересный только для любителей, а вообще для ученаго міра — безполезный. Современемъ выяснится, конечно, какъ неосновательно было это самомнѣніе и сколько вреда принесъ на-

укѣ разрывъ историческаго преемства ученыхъ изслѣдованій, — какъ много важнаго, глубокаго и вѣрнаго позабылось, какъ много скороспѣлаго, поверхностнаго и даже вздорнаго привилось вслѣдствіе этой забывчивости.

Послѣдствія разрыва.

Въ частности въ области нашего предмета безотрадныя послѣдствія разрыва сказались съ особенной ясностью. Конечно, новонайденные источники — именно Vaticana Fragmenta — пополнили кое въ чемъ нашъ матеріалъ по вопросу о дареніяхъ между супругами, однако лишь количественно: качественно мы въ нихъ обогатились едва замѣтно. Оставалось бы ввести новыя данныя въ прежнія теоріи и продолжать работу старшихъ поколѣній. Но этого, по общимъ, только что указаннымъ, причинамъ, не случилось. Достигнутое ранѣе было забыто. Старшее поколѣніе — Тибо, Швеппе, Циммернъ, Веннингъ-Ингенхеймъ, Рейнъ, Вальтеръ, — еще ссылаются на стариковъ, но и то чаще только по Глюкку. О младшихъ и говорить нечего: нѣтъ ни малѣйшаго сомнѣнія, что старше Глюкка они ничего не читали. О новыхъ, болѣе или менѣе современныхъ намъ, ученыхъ не можетъ даже и подозрѣнія возникнуть, будто они знакомы съ чѣмъ нибудь изъ до-гаевской литературы. Большинство даже и въ Глюкка-то не считали нужнымъ заглядывать. Какъ куріозы можно отмѣтить, напр., что Гофманнъ 1881 г. изъ до-глюкковскихъ писателей находитъ достойнымъ вниманія только .. Кѳнига (286, прим. 2) и опроверженіе первой теоріи Кюжаса приписываетъ Рихтеру (288, прим, 5 а). Не менѣе куріозна для тѣхъ, кто знаетъ теорію Бѳмера, полемика Граденвитца на стр. 201 слл. Въ своемъ родѣ перлъ 1887 г. нелѣпости — пріемы Стеріо, постоянно ссылающагося, какъ 1895 г. на свой лучшій авторитетъ, на комментарій Вута. Наконецъ, какъ на самое рѣзкое проявленіе столь ненаучной забывчивости можно указать на полемику Савиньи противъ Бурхарди, къ которой мы съ полной обстоятельностью вернемся немного далѣе.

## II. Ватиканскіе отрывки.

Vat. Fr. § 302.

Преувеличенное мнѣніе о цѣнности новыхъ матеріаловъ — естественное подъ свѣжимъ впечатлѣніемъ отъ важной находки — повело въ началѣ XIX вѣка къ умѣнью находить въ нихъ и такія указанія, какихъ тамъ вовсе не было.

Въ титулѣ ad legem Cinciam de donationibus Ватиканскихъ отрывковъ стоитъ цѣлый рядъ выписокъ изъ Павла (Vat. Fr. 298—311), впервые познакомившихъ насъ со многими частностями Цинціева закона, напримѣръ съ перечнемъ personae exceptae. Преувеличеніе цѣнности этихъ отрывковъ сказалось въ томъ, что ученые принимали многія слова и толкованія Павла за подлинный текстъ и прямыя велѣнія самого закона. Въ частности по предмету нашего изслѣдованія §§ 302 и 303 при такомъ распространительномъ пониманіи оказались источникомъ, окрасившимъ всѣ ходячія нынче мнѣнія объ исторіи дареній между супругами.

Lex Cincia и дарения между супругами.

Многіе изъ старшихъ современниковъ обнародованія Ватиканскихъ отрывковъ либо не успѣли ими воспользоваться, либо не усмотрѣли въ нихъ ничего существенно новаго, либо, наконецъ, приняли выжидательное положеніе. Такъ ни у Гассе, ни у Глюкка, ни у Циммерна, ни у Ганса, ни у Швеппе, когда они касаются исторіи дареній между супругами, нѣтъ ничего о lex Cincia. И надо замѣтить, что даже въ настоящее время есть писатели, которые оставляютъ незатронутымъ вопросъ о связи съ этимъ закономъ исторіи супружескихъ дареній, хотя не всегда можно рѣшить, умалчиваютъ они ради краткости изложенія или изъ... осторожности. Изъ нѣмцевъ не высказываются напримѣръ — Марецолль, Шöйрль, Гöльдеръ и Баронъ въ ихъ институціяхъ, Бринцъ[1] въ пандектахъ, изъ итальянцевъ — Коста въ исторіи римскаго права, изъ англичанъ — Мьюргедъ. Изъ русскихъ авторовъ ни Дыдынскій, ни Капустинъ, ни Муромцевъ, ни Ефимовъ, ни Боголѣповъ, ни Митюковъ, ни Загурскій не прерываютъ этого молчанія[2]. Многіе даже вовсе не касаются въ своихъ учебникахъ дареній между супругами.

Обзоръ

Но въ первое время послѣ открытія Ватиканскихъ от-

[1] О Бринцѣ намъ еще придется ниже говорить по этому поводу.

[2] Въ частности Муромцеву, повидимому, даже вовсе было неизвѣстно о недѣйствительности по римскому праву дареній между супругами и о томъ, что источникомъ этой недѣйствительности считаются mores: по его мнѣнію, полноправный римскій гражданинъ дѣлалъ дома подарки своей женѣ — и гражданскій судъ не касался этихъ сдѣлокъ; ихъ охраняло не право, ius, но нравы, mores. Муромцевъ, Гражданское право древняго Рима, М. 1883, стр. 166. Что̀ сей сонъ означаетъ — не бѐремся рѣшить.

теорій XIX вѣка.

рывковъ молчало только меньшинство; остальные обратили вниманіе на связь § 302 съ исторіею дареній между супругами. На этой почвѣ сложились два основныхъ воззрѣнія. Считая лишнимъ слѣдить за всѣми личными взглядами по всей огромной литературѣ XIX вѣка, мы въ дальнѣйшемъ отмѣтимъ зарожденіе, первоначальное развитіе и главные поступательные моменты основныхъ мнѣній, доводя обзоръ судьбы каждаго изъ нихъ до того момента, съ котораго оно можетъ считаться окончательно сложившимся.

### III. Гуго.

Раньше всѣхъ успѣли высказаться Гуго въ 9-мъ изданіи своего учебника исторіи римскаго права и Рудорффъ въ своей диссертаціи о Цинціевомъ законѣ. Но мнѣніе Гуго, какъ вскорѣ будетъ показано, вполнѣ оформилось только подъ вліяніемъ общаго воззрѣнія, котораго первымъ глашатаемъ въ литературѣ выступилъ Рудорффъ. 1824 г.

### IV. Рудорффъ.

Въ своемъ первомъ литературномъ произведеніи онъ остановился прежде всего (10 слл.) на вопросѣ о томъ, насколько открытіе Ватиканскихъ отрывковъ обогатило наши свѣдѣнія о римскомъ правѣ. Подчеркивая, что многое, высказывавшееся прежде только въ видѣ предположеній и догадокъ, шаткихъ и спорныхъ, стало, благодаря новому памятнику, совершенно достовѣрнымъ, начиная съ самаго названія Цинціевымъ закономъ того закона, который касался дареній, и продолжая самымъ его содержаніемъ, Рудорффъ указываетъ въ особенности на §§ 298—309, прибавляя: in quibus exceptarum legis personarum atque inscriptione testante, ipsis legis verbis mentio infertur (11). Этой мысли остался онъ вѣренъ и позднѣе, — см. его Исторію римскаго права 1, 54, и примѣчанія къ Институціямъ Пухты, II, 412, прим. b. 1825 г.

### V. Венкъ.

Венкъ.

Ее раздѣлилъ и ближайшій послѣ него ученый, Венкъ, съ похвалою ссылающійся на диссертацію Рудорффа (XXXVII сл.). Перечисливъ personae exceptae по Ватиканскимъ отрывкамъ, Венкъ находитъ въ итогѣ необходимымъ различать 1825 г.

три группы лицъ: 1) тѣ, между которыми вообще никакое дареніе не было возможно moribus antiquissimis: сюда принадлежатъ отецъ въ отношеніи подвластныхъ дѣтей и мужъ и жена во время брака: этихъ лицъ вовсе не касается Цинціевъ законъ; 2) тѣ, которыя подлежатъ общему праву, то есть Цинціеву закону, такъ что дарить и получать свыше законной нормы имъ не дозволено; 3) изъятыя изъ Цинціева закона, каковы отецъ въ отношеніи дѣтей неподвластныхъ, мать и дѣти и мужъ и жена (послѣ развода, — ибо такъ надо понимать § 302: иначе онъ оказался бы въ противорѣчіи съ достовѣрнѣйшими началами права). Послѣдней категоріи лицъ было дозволено дарить въ неограниченномъ размѣрѣ (§ 304); впрочемъ, въ отношеніи формы они подлежали общему праву (§ 310) (стр. XXXIX—XL). Въ другомъ мѣстѣ, говоря объ Oratio 206 г. и объ упроченіи супружескихъ дареній смертью дарителя, Венкъ прибавляетъ, что Цинціевъ законъ къ нимъ былъ въ такомъ случаѣ непримѣнимъ, во-первыхъ, потому, что мужъ и жена были прямо изъяты въ этомъ законѣ, да и бракъ ужъ оказывался прекратившимся, а во-вторыхъ, Цинціевъ законъ вообще стѣснялъ только дареніе между живыми, а не дареніе умирающихъ (стр. LI).

Ошибки Венка.

Въ этомъ мнѣніи двѣ ошибки: одна изъ нихъ, о которой скажемъ ниже, была немедленно разоблачена Шрадеромъ; другая, не менѣе грубая, о которой мы уже сказали, осталась[1]. Эта вторая ошибка и есть присвоеніе тексту

[1] Вообще Венкъ былъ счастливъ въ ошибкахъ, а особенно по части Ватиканскихъ отрывковъ. Такъ, до сихъ поръ издатели принимаютъ его нелѣпую поправку къ Vat. Fragm. § 298, гдѣ онъ счелъ нужнымъ, на основаніи § 300, дважды замѣнить чтеніе matrimoniove словами manu mancipiove. Конечно, эти слова стоятъ у Павла въ § 300; но незачѣмъ было имъ стоять въ толкованіи, когда бъ они стояли въ толкуемомъ текстѣ; да въ послѣднемъ случаѣ ненужно было бъ и толкованіе. Притомъ, если бы въ lex Cincia стояло manu mancipiove, то, стало быть, по закону изъятіемъ не могли пользоваться лица, связанныя бракомъ sine manu: есть ли въ этомъ смыслъ? Напротивъ, все ясно, если въ lex Cincia было matrimoniove: законъ, стало быть, имѣлъ въ виду современныя ему условія, когда браки sine manu были только переходною къ подручнымъ отношеніямъ стадіею браковъ usu, а вольные браки въ позднѣйшемъ смыслѣ еще не встрѣчались; когда же послѣдніе сложились, то потребовалось

закона того, что̀ намъ даетъ толкованіе Павла, -- прямого упоминанія мужа и жены. Съ нею необходимо тщательно сосчитаться, такъ какъ она постепенно все болѣе упрочивается въ наукѣ. По существу она сводится къ двумъ положеніямъ: 1) что супруги признавались affines inter se и 2) что какъ affines inter se супруги были Цинціевымъ закономъ изъяты изъ ограничительныхъ для дареній нормъ, имъ вводимыхъ. Остановимся сначала на первомъ положеніи, такъ какъ оно отчасти предрѣшаетъ второе, будучи его необходимою предпосылкою.

## § 12. Affinitas viri et uxoris inter sese.

### I. Глосса.

Тексты глоссаторовъ.

Начнемъ съ того, что глосса категорически и многократно объявляетъ супруговъ не состоящими въ отношеніи свойства.

Affinitatis causa dicuntur esse nuptiae, atque ita vir et uxor non sunt affines, sed causa caeterorum affinium, Gl. ex nuptiis in Dig. 38, 10, 4, 3.

Affinis non dicitur uxor, Gl. affinitatis in Inst. 1, 10 6.

Affinitas non est nisi aliqua persona mediante, Gl. 1 in Cod. 6, 59, 7.

Affinitas improprie dicitur esse inter sponsos, quia alias non possent inter eas esse nuptiae, Gl. et affinitas in Dig. 12, 4, 8.

### II. Свидѣтельства источниковъ.

Dig. 38, 10, 4, 3.

Все это совершенно согласно съ тѣмъ мѣстомъ нашихъ источниковъ, гдѣ говорится ex professo объ affinitas, — Dig. 38, 10, 4, 3. Подъ опредѣленіе Модестина: Adfines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur et altera ad alterius cognationis fidem accedit, namque coniungendae affinitatis causa fit ex nuptiis, — подъ это опредѣленіе никакъ не подойдутъ сами супруги.

толкованіе, которое и даетъ намъ Павелъ. Наконецъ еще Бухгольтцъ въ своемъ комментаріи къ данному §, не соглашаясь съ Венкомъ, опровергалъ его аналогіею выраженія matrimoniove въ § 216.

Даже тамъ, гдѣ говорится ex professo объ affinitas, Dig. 38, 10, 4, 4, при подробномъ перечисленіи всѣхъ видовъ affinitatis, ни разу не упоминаются жена и мужъ; между тѣмъ ясно изъ самаго вступленія (Sed quoniam quædam iura inter adfines quoque versantur, non alienum est hoc loco de adfinibus quoque breviter disserere, Dig. 38, 10, 4, 3), что умолчать о нихъ было бы сущею невозможностью въ данномъ мѣстѣ, какъ въ томъ случаѣ, если бы супруги считались несомнѣнно adfines между собою, такъ и въ томъ, если бъ это было сомнительно. Изъ молчанія Модестина мы заключаемъ, что супруги не были adfines inter se. Dig. 38, 10, 4, 4.

Третій доводъ можетъ быть заимствованъ изъ конституціи императора Гордіана: Non ideo minus uxor iure heres videtur instituta, quod non uxor, sed adfinis testamento nominata est, Cod. 6, 24, 5. Изъ этой конституціи ясно, что назвать жену adfinem было ошибкою какъ въ глазахъ челобитчика, такъ и въ глазахъ императора; только челобитчикъ считалъ ошибку существенной, а императоръ несущественною. Точка зрѣнія императора вполнѣ соотвѣтствуетъ юридическому принципу, провозглашаемому Маркелломъ: Non enim in causa testamentorum ad definitionem utique descendendum est, cum plerumque abusive loquantur nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur, Dig. 32, 69, 1 fin. Cod. 6, 24, 5.

Наконецъ, нельзя не считаться съ тѣмъ фактомъ, что нѣтъ ни одного текста, который бы прямыми словами признавалъ мужа и жену affines inter se. Молчаніе источниковъ.

### III. Теоретическая невазможность.

Независимо отъ буквальнаго толкованія источниковъ, мысль объ affinitas между супругами была бы сущею несообразностью съ точки зрѣнія римскаго права.

И прежде всего въ подручномъ бракѣ, при которомъ женщина in familiam viri transibat filiaeque locum obtinebat, Gai. 1, 111, т. е. становилась агнаткою мужа и всей его семьи, affinitas и agnatio совершенно исключали одно другое, — ср. Dig. 38, 10, 4, 10, гдѣ интерполяторы сохранили только in adoptionem datum и emancipatum, но гдѣ первоначально разумѣлась, очевидно, и подручная жена, къ которой, стало Affinitas и agnatio.

быть, относились слова: Adfinis autem ei o m n i n o in ea familia n e m o est.

Affinitas препятствіе къ браку

Affinitas была препятствіемъ къ браку, — какимъ же чудомъ могли бы супруги быть affines inter se? Вѣдь всякое исполненіе ими супружескихъ обязанностей было бы въ такомъ случаѣ nefas и incestus. На этой точкѣ зрѣнія стоитъ и выписанная выше глосса in Dig. 12, 4, 8. Agnatio въ подручномъ бракѣ не возраженіе: agnatio возникало не изъ брака, а изъ conventio in manum, т. е. не изъ essentiale, а изъ naturale nuptiarum; напротивъ, бракъ, независимо отъ формы, создавалъ affinitas.

Affinitas и наслѣдованіе супруговъ.

Cod. 6, 59, 7 торжественно провозглашаетъ, что adfinitatis iure nulla successio promittitur: логика требуетъ заключить, что супруги, наслѣдовавшіе взаимно по преторскому праву, не были affines inter se.

## IV. Семасіологія affinis и affinitas.

Принципъ и языкъ.

Итакъ, глосса вѣрно формулируетъ римскій принципъ, что мужъ и жена не были affines между собой. Однако разговорный и литературный языкъ не придерживался юридической строгости выраженій и нерѣдко подводилъ супруговъ подъ понятіе affines inter se. Ближайшій примѣръ мы имѣемъ именно въ завѣщаніи, котораго касается только что разобранная конституція Cod. 6, 24, 5. Не трудно понять, что и юристы могли поддаваться вліянію такой неточности разговорнаго языка, даже вполнѣ ее усваивать. Къ этому надо прибавить, что разговорный и литературный языкъ придалъ словамъ affinis и affinitas, наряду съ техническимъ, и болѣе широкое значеніе семейной близости и даже родства (а не свойства): отсылаю за длиннымъ наборомъ доказательствъ къ любому спеціально-юридическому или общему словарю, — фонда Савиньи, Дирксена, Геймана, Георгеса, Дыдынскаго. Далѣе, самая очевидная справедливость требовала, чтобы тѣ преимущества, которыми пользовались affines, но не пользовались супруги, какъ супруги, чтобъ эти преимущества были распространены и на супруговъ, подобно тому, какъ преимущества супруговъ бывали распространяемы на обрученныхъ (очень поучительны въ этомъ смыслѣ разсужденія въ указѣ Cod. 6, 61, 5): новый поводъ къ шаткости словоупотребленія. Нако-

нецъ, та эпоха, когда вовсе вымерли подручные браки, не могла довольствоваться выраженіемъ „agnati“, если оно встрѣчалось въ законахъ, эдиктахъ и у юристовъ для обозначенія супруговъ: приходилось подбирать синонимъ, а краткая, хотя бы не совсѣмъ точная, метафора всегда въ такихъ случаяхъ вытѣснитъ длинный описательный оборотъ, хотя бы вполнѣ точный.

Семасіологія affinitas эпохи Константина и Юстиніана

Мы имѣемъ сказанному разительное подтвержденіе въ параллельныхъ текстахъ Cod. Th. 2, 25, 1 и Cod. 3, 38, 11. Въ эпоху Константина, говорившаго притомъ abusive (ибо никакой agnatio между рабами не могло существовать), можно еще было однимъ терминомъ agnatio охватить liberos et parentes, fratres et sorores, viros et coniuges; но уже въ Юстиніанову эпоху признали необходимымъ п о я с н и т ь дѣло прибавкою словъ „vel affinitas“. Для большей наглядности выписываемъ параллельно подлинный и интерполированный тексты:

Possessionum divisiones sic fieri oportet, ut integra apud successorem unumquemque servorum vel colonorum adscriptitiae conditionis seu inquilinorum proxima agnatio vel adfinitas permaneret. Quis enim ferat liberos a parentibus, a fratribus sorores, a viris coniuges segregari? Igitur si qui dissociata in ius diversum mancipia vel colonos traxerint, in unum eadem redigere cogantur. Cod. 3, 38, 11.

In Sardinia fundis patrimonialibus vel enfyteuticariis per diversos nunc dominos distributis oportuit sic possessionum fieri divisiones, ut integra apud possessorem unumquemque servorum agnatio permaneret. Quis enim ferat liberos a parentibus, a fratribus sorores, a viris coniuges segregari? Igitur qui dissociata in ius diversum mancipia traxerunt, in unum redigere eadem cogantur. Cod. Theod. 2, 25, 1.

Древность широкой семасіологіи affinitas.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, въ виду многочисленныхъ примѣровъ, можно считать, что пользованіе словомъ adfinis въ распространительномъ смыслѣ относится еще къ серебряному, а можетъ быть и къ золотому вѣку римской литературы.

### V. Сомнительныя мѣста источниковъ.

Сомнительные тексты.

Замѣтимъ наконецъ, что нерѣдки въ источникахъ случаи, гдѣ рѣчь идетъ о мужѣ и женѣ и въ то же время объ

affinitas: однако, это вовсе не значитъ, будто въ такихъ мѣстахъ мужъ и жена считаются affines inter se; это значитъ только то, что бракъ является copula affinitatis, — очевидно, для третьихъ лицъ. Такихъ мѣстъ мы имѣемъ три: Dig. 22, 1, 38, 1; Dig. 12, 4, 8; Vat. Fr. § 262. Особенный вѣсъ придается первому и третьему тексту. Остановимся на всѣхъ трехъ, поскольку того требуетъ наша задача.

Dig. 22, 1, 38, 1. Si fundus ob rem datus sit, veluti dotis causa, et renuntiata adfinitas, fructus quoque restituendi sunt, utique hi, qui percepti sunt eo tempore, quo sperabatur adfinitas, говоритъ Павелъ, Dig. 22, 1, 38, 1.

Совершенно ясно, что отсюда нельзя заключать, будто Павелъ считалъ мужа и жену adfines inter se и что онъ здѣсь тщательно взвѣшивалъ выраженія: на разстояніи нѣсколькихъ словъ у него affinitas обозначаетъ то отношеніе обрученныхъ (renuntiata adfinitas), то отношеніе супруговъ (sperabatur adfinitas), и притомъ въ обоихъ случаяхъ слово adfinitas поставлено совершенно объективно, а вовсе не примѣнительно только къ самимъ обрученнымъ. Вѣдь рѣчь могла идти объ искѣ, вчиненномъ отцомъ невѣсты, — не всегда жъ она сама искала, — и тогда выраженіе adfinitas было вполнѣ умѣстно: ad finitas sperabatur, adfinitas renuntiata est для родственниковъ жениха и невѣсты. Наконецъ, если истицей и выступала сама женщина, то все же, хоть и давая строгимъ грамматикамъ поводъ къ нареканіямъ, здѣсь позволительно говорить объ adfinitas, не вызывая никакихъ недоразумѣній неточностью слишкомъ широкаго словоупотребленія, ибо это единственное возможное слово: ни о cognatio, ни объ agnatio, ни о consanguineitas въ данномъ случаѣ не могло быть и рѣчи. Если не сказать adfinitas, то какимъ же словомъ выразить отношеніе?

Dig. 12, 4, 8 Donec autem in eodem habitu matrimonii permanent, non magis id repeti potest, quam quod sponsa sponso dotis nomine dederit, donec maneat inter eos adfinitas, Dig. 12, 4, 8.

Но здѣсь несомнѣнно рѣчь идетъ не о супругахъ, а только объ обрученныхъ. Да и примѣнительно къ обрученнымъ пользовались выраженіемъ affinitas только потому, что оно было наименѣе неподходящимъ. Конечно, если обрученные могли считаться affines inter se, то a forti-

orі можно бы, по первому наитію, считать таковыми же и супруговъ. Но вдумавшись, нельзя принять такое заключеніе. Говорить объ affinitas по поводу обрученія можно было только метонимически: но можно ли придавать значеніе дополнительнымъ словамъ тамъ, гдѣ основное слово употреблено въ несобственномъ смыслѣ? Ясно, что Нерацій ставитъ здѣсь выраженія не какъ техническіе термины, а въ ихъ разговорномъ смыслѣ, и глосса права безусловно.

Sed etsi adfinitatis contrahendae causa donationes factae sunt et nuntium sponsus culpa sua remiserit, aeque non repetuntur, выражается Папиніанъ, Vat. Fr. § 262. Vat. Fr. § 262.

Сюда примѣнимо все, что̀ выше сказано къ тексту Павла.

## VI. Признаніе affinitas inter coniuges.

Несмотря на всю очевидность только что сказаннаго, въ литературѣ еще съ очень давняго времени поддерживается мысль, будто супруги могутъ считаться affines inter se. Affinitas coniugum въ наукѣ.

Древнѣйшій случай этого невѣрнаго воззрѣнія, который мнѣ извѣстенъ, относится къ 1552 году, когда Шарль Камю въ своей книжкѣ De iis quae ad tutorum excusationes pertinent ad Herennium Modestinum libellus[1] прямо объявляетъ affinitas основаніемъ къ excusatio для мужа, назначеннаго опекуномъ своей жены, со ссылкою на Inst. 1, 25, 19, и въ цѣлой главѣ подъ названіемъ De affinitate (стр. 6—8) развиваетъ тезисъ: Ac primum impedimento est affinitas ne tutores dentur sponsus sponsae et uxori maritus. Камю.

1664 г. Та же точка зрѣнія несомнѣнно встрѣчалась и позже, такъ что Бруверъ счелъ необходимымъ обстоятельно развить и обосновать на источникахъ и глоссѣ правильное пониманіе вопроса. Опроверженія Брувера.

Dicimus, говоритъ онъ (affinitatem) inter maritum et uxoris, uxorem et mariti cognatos, ut ipsos coniuges excludamus, qui quidem aliquando affines dicuntur, C. 6, 24, 5, ut et ipsum coniugium affinitas, D. 22, 1, 38, 1; 12, 4, 8, sed improprie et in alio significatu, ut postea dicemus. Affinitas inter duos consistit, vir vero cum uxore in unam coalescens carnem unus homo reputatur, Genes 2 v.

[1] Единственное изданіе * Parisiis 1552, 4⁰. У Липена книга упомянута, но годъ невѣрно поставленъ 1582.

24, C. 5. x. de bigam. non ordinand., ut affines sibi invicem esse dici non possint: sed in eorum coniunctione tanquam in fulcro haeret affinitas, ut recte Accursius: Si nuptiae causa affinitatis sint, vir et uxor affines non sunt, sed causa affinium caeterorum, in D. 38, 10, 4, 3. Sponsus et sponsa etiam quandoque affines dicuntur, arg. D. 38, 10, 6, 1; 38, 10, 8, et speratum matrimonium affinitas, D. 12, 4, 8; C. 5, 3, 15. Sed id fit quatenus affine dicitur, quod in procinctu est, et in proxima potentia ad existendum (480—481).

Все изложенное здѣсь такъ ясно и очевидно, что можно лишь подивиться живучести опровергаемой ошибки.

Источники неправильнаго взгляда.

Источникомъ же ея въ XVI вѣкѣ и позже послужили два мѣста Павла, сначала Sent. 5, 12, 2, а послѣ открытія Ватиканскихъ отрывковъ и тотъ § 302, о которомъ идетъ у насъ рѣчь.

Paul. 5, 12, 2.

Ei etiam velut indigno aufertur hereditas, qui adfinem vel cognatum, cui ipse ab intestato successurus erat, testamentum facere prohibuit, aut ne iure subsisteret operam dedit, говоритъ Павелъ Sent. 5, 12, 2.

Кюжасъ

Еще Кюжасъ (I, 435—436) обратилъ вниманіе на то, что наслѣдованія affinium ab intestato не существовало, и потому предлагалъ вычеркнуть слова „adfinem vel“. Однако, ему не вспомнился при этомъ знаменательный текстъ Павла, Dig. 38, 10, 10 pr., гдѣ тоже говорится объ affinitas и successio ab intestato:

> Juris consultus cognatorum gradus et adfinium nosse debet, quia legibus hereditates et tutelae ad proximum quemque adgnatum redire consuerunt: sed et edicto praetor proximo cuique cognato dat bonorum possessionem: praeterea lege iudiciorum publicorum contra adfines et cognatos testimonium inviti dicere non cogimur

Въ этомъ текстѣ характерно и то, что Павелъ говоритъ о gradus adfinium, хотя мы имѣемъ категорическое свидѣтельство Модестина, Dig. 38, 10, 4, 5: gradus autem adfinitati nulli sunt; но всего важнѣе, конечно, его синонимическое употребленіе словъ adfines и agnati. Между тѣмъ ни описки, ни интерполяціи въ Dig. 38, 10, 10 pr. Кюжасъ не предполагалъ, — ср. списокъ Альбертаріо въ Zeitschrift der Savigny-Stiftung, 31, 172.

1717 г. Позднѣе Скюльтингъ въ своей Jurisprudentia vetus anteiustinianea предположилъ тутъ интерполяцію компилятора, поставившаго adfinem вмѣсто agnatum, какъ имъ же сдѣлано въ схоліяхъ къ Paul. 4, 11, 8. Однако и онъ упустилъ изъ виду Dig. 38, 10, 10 pr. Скюльтингъ.

1733 г. Наконецъ въ 1733 г. Бейнкерсгукъ выступилъ съ защитою нашего текста и съ этою цѣлью причислилъ мужа и жену къ adfines inter se, ибо они обоюдно другъ другу наслѣдовали по преторскому праву (I, 149—150). Въ доказательство Бейнкерсгукъ ссылался главнымъ образомъ на разобранную выше конституцію Cod. 6, 24, 5 и на Dig. 12, 4, 8 и 22, 1, 38, 1. Но, какъ выше показано, вторые два текста ничего не доказываютъ, а первый прямо свидѣтельствуетъ противъ Бейнкерсгука. А затѣмъ онъ въ опроверженіе приведеннаго выше опредѣленія Модестина Dig. 38, 10, 4, 4 ссылался на то, что напр. и агнатами названы Dig 38, 10, 10, 2 только тѣ, qui sunt per patrem cognati, а между тѣмъ и сами отецъ и сынъ другъ другу агнаты, — arg. Dig. 38, 16, 12 (хоть опять-таки сынъ постоянно упоминается особо отъ агнатовъ Dig. 26, 4, 1 pr., Paul. 4, 8, 3, Collat. 16, 6 и 7), — и вполнѣ охватываются опредѣленіемъ агнатовъ, Inst. 1, 15, 1 и 3, 2, 1: все это потому, заканчиваетъ Бейнкерсгукъ, quia aliud habent nomen, magis vulgare ipsisque magis proprium; а то же вѣрно, по его мнѣнію, и относительно мужа и жены. Бейнкерсгукъ.

Послѣ всего, сказаннаго выше, не стоитъ опровергать Бейнкерсгука. Отмѣтимъ развѣ только то, что Dig. 38, 10, 10 pr. еще погибельнѣе для него, чѣмъ для Кюжаса или Скюльтинга, ибо слова Павла ясно говорятъ о наслѣдованіи и опекѣ affinium по закону, legibus, относя преторскій эдиктъ только къ когнатамъ. Аналогія же его ничего не доказываетъ уже потому, что источники категорически признаютъ отца и сына агнатами inter se, а для признанія супруговъ affines inter se прямого матеріала не даютъ. Опроверженіе мысли Бейнкерсгука.

## VII. Вѣрное толкованіе сомнительныхъ текстовъ.

Дѣло обстоитъ гораздо проще: намъ нѣтъ никакой надобности принимать въ текстѣ Павла 5, 12, 2 слово affines въ тѣсномъ, техническомъ смыслѣ. Самъ Бейнкерсгукъ Paul. 5, 12, 2.

признаетъ, что Павелъ говоритъ о преторскомъ, а не цивильномъ наслѣдованіи ab intestato; но вѣдь въ bonorum possessio участвовали не только cognati и vir et uxor, а и многіе другіе: не разумнѣе ли поэтому принять, что Павелъ просто обозначаетъ, для краткости, всѣхъ преторскихъ наслѣдниковъ двумя словами, affines и cognati? Тогда понятно и то, почему affines стоитъ раньше, чѣмъ cognati. Мы выше показали, что слово affines часто употреблялось въ такомъ широкомъ смыслѣ, а въ частности формула adfines et cognati, adfines cognative, adfines vel cognati и т. п. весьма часто встрѣчается, — ср. словарь фонда Савиньи, v. adfinis II. Въ итогѣ, стало быть, слова Paul. 5, 12, 2 ничего ровно не доказываютъ, кромѣ его особенной склонности къ пользованію словомъ adfines для обозначенія агнатовъ и вообще родственниковъ и ближнихъ, кромѣ только когнатовъ.

Vat. Fr. § 302.

Остается, такимъ образомъ, нашъ текстъ, т. е. Vat. Fr. § 302. Онъ возродилъ мнѣніе Бейнкерсгука, нѣсколько забывшееся къ началу XIX вѣка, хоть оно и попало въ послѣднее изданіе словаря Бриссона (стр. 24, v. adfinis § 3). На § 302 ссылается Гуго, утверждая, будто супруги affines inter se (146, прим. 5), а за нимъ это повторили и всѣ позднѣйшіе, какъ Шрадеръ (181, ср. 186), Бухгольтцъ (въ комментаріи къ § 302) и т. д., даже всѣ словари, — Дирксена, Геймана и фонда Савиньи, хотя Гейманъ не ссылается на Ватиканскіе отрывки, а Граденвитцъ-Кюблеръ упоминаютъ только Dig. 22, 1, 38, 1 (v. adfinitas, A.), съ ихъ точки зрѣнія едва ли справедливо относя Vat. Fr. § 302 въ другое мѣсто (v. adfinis II). 1824 г. 1826 г. 1828 г.

Истинный смыслъ Vat. Fr. § 302.

Спросимъ, однако, — можетъ ли § 302 самъ по себѣ служить опроверженіемъ всѣмъ доводамъ, нами приведеннымъ? Я думаю, что никоимъ образомъ; самое большее, что онъ далъ бы намъ, это поводъ найти неточное выраженіе въ очень раннюю республиканскую эпоху, но и то только въ одномъ случаѣ: если бъ было доказано, что lex Cincia причисляла супруговъ къ adfines. Но вѣдь это то и надо доказать! Съ другой стороны, если бы мы на основаніи § 302-го признали супруговъ за affines inter se въ эпоху Цинціева закона, то, оставаясь послѣдовательными и вѣрными буквѣ его текста, мы обязаны были бы то же за-

ключеніе примѣнить и къ обрученнымъ. Однако, признаніе affinitatis между женихомъ и невѣстою въ эпоху Цинціева закона до такой степени противорѣчило бы всему извѣстному намъ о позднемъ возникновеніи этой quasi affinitas, что на такое признаніе едва ли кто нибудь отважится. Въ концѣ концовъ, стало быть, признаніе супруговъ за affines inter se не только не можетъ быть предпосылкой общепринятаго пониманія § 302, но даже напротивъ, само предполагаетъ это толкованіе своею предпосылкою: типичный circulus vitiosus.

## § 13. Vat. Fr. § 302 и теоріи XIX-го вѣка.

### I. Толкованіе Vat. Fr. § 302.

Обратимся же къ тщательному анализу § 302. По слогу онъ представляется не подлиннымъ текстомъ закона, но толкованіемъ. Excipiuntur personæ affinium — это слова самого Павла, но не закона: такъ въ § 298 онъ говоритъ excipiuntur personæ cognatorum, что̀ вовсе не совпадаетъ съ приводимымъ тамъ же подлиннымъ текстомъ. Вторая особенность слога — союзъ ut, которымъ вводится перечень affines: этому союзу не мѣсто въ изложеніи закона, онъ ясно свидѣтельствуетъ, что мы имѣемъ дѣло съ комментаріемъ. Послѣднее получаетъ особое доказательство въ томъ, что § 302 включаетъ въ себѣ юридическій плеоназмъ: сперва техническій терминъ родового понятія, потомъ исчерпывающій перечень видовъ. Въ толкованіи этого требуетъ существо задачи; въ текстѣ закона это было бы нелѣпостью.

Vat. Fr. § 302 есть толкованіе Цинціева закона, но не дословная выписка.

Если же § 302 есть толкованіе на текстъ Цинціева закона, то этотъ текстъ долженъ былъ включать или слово adfines, или перечень. Tertium non datur. А такъ какъ въ § 303 повторяется терминъ adfines и притомъ видно, что именно перечень, а не родовое понятіе, устанавливался исторически, посредствомъ императорскихъ рескриптовъ, и такъ какъ въ § 298 тоже данъ терминъ cognati, а не перечень, такъ что потребовались поясненія §§ 299, 300 и 301, то мы имѣемъ достаточно данныхъ, чтобы заключить: Цинціевъ законъ изъялъ affines, а Павелъ, толкуя это выраженіе, далъ отъ себя перечень лицъ, имъ охватываемыхъ.

Перечень § 302-го не входилъ въ Цинціевъ законъ.

Сомнѣнія по поводу слога Павла.

Единственное сомнѣніе, которое можетъ остаться, сводилось бы къ упреку Павлу въ излишней сжатости, въ силу которой онъ какъ будто приписываетъ закону то, чего тамъ нѣтъ. Но это сомнѣніе не серіозно. Вѣдь Павелъ сохранился въ Ватиканскихъ отрывкахъ только въ выдержкахъ; изъ другихъ отрывковъ ясно, что онъ приводилъ текстъ закона и толковалъ его *κατὰ πόδας* и, стало быть, подлинный текстъ его комментарія не оставлялъ мѣста никакимъ сомнѣніямъ. Но я готовъ пойти далѣе: допустимте, что Павелъ напрямикъ приписывалъ закону то, чего въ законѣ не было, — съ римской точки зрѣнія Павла и тогда было бы не въ чемъ упрекнуть. Мы имѣемъ огромное количество примѣровъ, что юристы категорически приписывали опредѣленнымъ законамъ опредѣленныя нормы, которыхъ тамъ не было, но которыя были выведены ex mente legis интерпретаціей или даже императорскимъ указомъ. Типичнѣйшій примѣръ — legitima patronorum tutela, которая даже называлась legitima, но на которую даже намека не было въ XII таблицахъ, откуда она была выведена: Inst. 1, 17, ср. Theoph. 1, 17. Ср. также близкій къ намъ примѣръ: Ульпіанъ, Dig. 24, 1, 32, 16, прямо говоритъ, что Oratio non solum virum et uxorem complectitur, sed etiam ceteros, qui propter matrimonium sibi donare prohibentur, перечисляетъ этихъ ceteros и затѣмъ поясняетъ, что его выводъ полученъ только ex mente Orationis. Ср. еще Dig. 24, 1, 32, 14. Такой способъ выражаться былъ даже возведенъ юристами, а тѣмъ болѣе, въ силу duplex interpretatio, Юстиніаномъ, въ терминологическій принципъ: Verbum: ex legibus, sic accipiendum est: tam ex legum sententia, quam ex verbis, Dig. 50, 16, 6, 1.

Заключеніе.

Въ итогѣ, стало быть, § 302 никоимъ образомъ не можетъ служить основаніемъ общепринятому мнѣнію. Онъ даетъ намъ только право на одно заключеніе: Павелъ по невысказаннымъ у него (или не дошедшимъ до насъ изъ-за трибоніановыхъ сокращеній) основаніямъ призналъ возможнымъ въ своемъ толкованіи подвести мужа и жену подъ опредѣленіе Цинціева закона объ изъятіи affines, не взирая, стало быть, на то, что супруги не были affines въ тѣсномъ, техническомъ смыслѣ слова, въ которомъ, несомнѣнно, оно было поставлено въ lex Cincia. Иными словами, текстъ

Павла свидѣтельствуетъ намъ, что Цинціевъ законъ не имѣлъ въ виду дареній между супругами, но эти даренія были подведены юристами подъ изъятіе для дареній между affines.

## II. Теоріи XIX-го вѣка.

Значеніе Vat. Fr. § 302

Изложеннымъ пониманіемъ § 302 въ корнѣ подрываются почти всѣ безъ исключенія мнѣнія, высказанныя въ XIX вѣкѣ, и, стало быть, обусловливается необходимость возврата къ постановкѣ вопроса объ исторіи супружескихъ дареній, какъ она дѣлалась въ до-гаевской литературѣ. Однако сдѣлать окончательно этотъ шагъ будетъ возможно только подвергнувъ обзору теоріи, выставленныя въ минувшемъ столѣтіи. Къ этому мы теперь и приступаемъ.

Теоріи XIX вѣка.

Всѣ эти теоріи можно разбить на нѣсколько группъ, но въ цѣломъ онѣ выражаютъ только два руководящихъ воззрѣнія: изъ нихъ одно, которое мы назовемъ консервативнымъ, господствовало до 40-хъ годовъ, а другое, которому мы дадимъ названіе радикальнаго, преобладаетъ съ 40-хъ до настоящаго времени, будучи общею предпосылкою всѣхъ современныхъ ученыхъ. Оба руководящія воззрѣнія тѣсно связаны со статьею Шрадера, къ которой мы сейчасъ обратимся; эта статья въ интересной для насъ части примыкаетъ къ работамъ Рудорффа и Венка.

## III. Шрадеръ.

Хронологическое соотношеніе Цинціева закона и недѣйствительности.

**1826 г.** Въ первомъ выпускѣ такъ называемаго „Тюбингенскаго“ критическаго журнала Шрадеръ далъ обзоръ вновь открытыхъ источниковъ римскаго права и очень подробно остановился, между прочимъ, на Ватиканскихъ отрывкахъ и ихъ значеніи для нашихъ свѣдѣній о lex Cincia. Exceptae personae, говоритъ онъ въ этомъ отдѣлѣ, перечисляются въ §§ 298 слл. Удивительно, что между ними оказываются мужъ и жена (§ 302), такъ какъ даренія между супругами по общему правилу были недѣйствительны вслѣд-
**1825 г.** ствіе особой причины, а разъясненіе Венка (стр. XL), будто постановленіе Цинціева закона имѣетъ въ виду бывшихъ супруговъ, несогласимо съ § 303. Слѣдуетъ ли принять, что въ это время запрещеніе дареній между супругами въ

бракѣ sine manu еще не вездѣ[1] состоялось, а позднѣе за этимъ изъятіемъ было сохранено значеніе дѣйствующаго права для случаевъ, не подводившихся подъ запретъ дареній между супругами? Трудно допустить, чтобы ради этихъ послѣднихъ случаевъ, какъ менѣе значительныхъ, могло состояться постановленіе l. Cinciae объ изъятіи (185—186). Немного ранѣе Шрадеръ дѣлаетъ одинаковый съ Гуго выводъ, говоря, что, въ дополненіе къ ученію объ affines, мы узнаемъ изъ Ватиканскихъ отрывковъ, что супруги и обрученные считались affines inter se уже во время Цинціева закона (181).

Старшинство Цинціева закона.

Хотя Шрадеръ выражается сперва вопросительно, однако самъ же отвѣчаетъ на свой вопросъ утвердительно: по его мнѣнію, въ эпоху l. Cincia даренія между супругами въ бракахъ sine manu еще не были запрещены. Предпосылками этого вывода являются двѣ ошибки: будто супруги упоминались въ текстѣ lex Cincia и будто они при этомъ считались за affines inter se. Правда, Шрадеръ устранилъ третью, очевидную ошибку Венка, — будто рѣчь идетъ о разведенныхъ супругахъ; но этотъ успѣхъ слишкомъ незначителенъ, чтобъ искупить основное заблужденіе.

Пониманіе Vat. Fr. § 302 какъ нормы касающейся вольныхъ браковъ.

Еще одной особенностью мнѣнія Шрадера является мысль, которой онъ, правда, не высказываетъ прямыми словами, но которая несомнѣнно ему принадлежитъ: уже Бухгольтцъ въ своемъ комментаріи къ § 302 говоритъ, что 1828 г. Шрадеръ въ данномъ мѣстѣ summo iure animadvertit, de uxore in matrimonio tantummodo, non de ea, quae in manu mariti sit, legem loqui, nam talem nihil viro donare posse constat. Эта мысль, въ видѣ безмолвной предпосылки, присуща также всѣмъ теоріямъ XIX вѣка, и однако столь же ошибочна, какъ и другія, только что разобранныя. Дѣло въ томъ, что даренія считались недѣйствительными не только между самими супругами, но и ихъ властителями или имъ подвластными, quoad ius protestatis vertitur. Между тѣмъ, стоя на общепринятой въ XIX вѣкѣ точкѣ зрѣнія, этого начала невозможно согласовать съ §§ 298—301, гдѣ

[1] Перевожу такъ, какъ въ подлинникѣ: überall. Не опечатка ли это вмѣсто überhaupt? Тогда надо было бы перевести: ... запрещеніе дареній между супругами въ бракѣ sine manu вообще не состоялось еще и т. д.

прямо говорится о matrimonium, и несомнѣнно о подручномъ бракѣ, cum manu. Разъ супруги въ подручномъ бракѣ были personae excepte въ отношеніи дареній для всѣхъ когнатовъ 5-й степени, то, будучи послѣдовательнымъ, должно признать, что въ эпоху Цинціева закона и такія даренія считались, т. е. что вообще были дозволены всякія даренія между всякими супругами и лицами, связанными съ ними manu mancipiove. Къ этому соображенію
1892 г. можно прибавить и мысль Алибранди о мачихѣ и пасынкѣ по поводу § 302, — мысль, изложенную нами ниже, въ связи съ его теоріею.

### IV. Гуго.

1824 г. Противоположное мнѣніе высказалъ Гуго (549). На вопросъ Шрадера онъ даетъ отрицательный отвѣтъ. Даренія между супругами, но въ сущности и вообще propter matrimonium, говоритъ онъ, вѣроятно были недѣйствительны уже теперь[1] (не смотря на то, что по lex Cincia именно супруги, и притомъ, конечно, во время состоянія въ бракѣ, принадлежатъ къ personae excepte), такъ что, повидимому, дѣло дошло уже до неодобрительныхъ намѣреній при такихъ дареніяхъ[2].

Недѣйствительность старше Цинціева закона.

## § 14. Консервативная теорія.

### I. До Савиньи.

Отъ этого отвѣта можно вести начало первому руководящему въ XIX вѣкѣ мнѣнію, которое мы назовемъ кон-

Древность недѣйст-

[1] Т. е. во вторую эпоху исторіи римскаго права по періодизаціи Гуго, отъ XII таблицъ до 650 г. отъ основанія города.

[2] Слова „не смотря на то .. personae excepte“ не заключены у Гуго въ скобки и потому вся фраза выходитъ до крайности двусмы-
1821 г. сленной: по крайней мѣрѣ Шиллингъ затруднился въ ея пониманіи и растолковалъ совсѣмъ невѣрно (I, 180). Сравненіе съ прежними изданіями учебника Гуго, гдѣ еще нѣтъ словъ, поставленныхъ мною въ скобки, вполнѣ выясняетъ, въ чемъ дѣло. Въ 8-мъ изданіи, стр. 404, стоитъ просто лаконическое положеніе: Даренія между супругами недѣйствительны. Въ 9-мъ изданіи, переработанномъ уже при помощи Vaticana Fragmenta, мы находимъ небольшое добавленіе (стр. 454): Даренія между супругами, но въ сущности и вообще propter matrimonium, безъ сомнѣнія уже теперь недѣйствительны. Наконецъ, въ 10-мъ и 11-мъ изданіяхъ читается то, что̀ нами переведено въ текстѣ.

вительности. сервативнымъ и которое осталось мнѣніемъ огромнаго большинства ученыхъ до Савиньи включительно и даже нѣкоторыхъ позднѣйшихъ, а въ концѣ XIX-го вѣка было вновь поддержано Гофманномъ Консервативнымъ это мнѣніе можно считать потому, что оно сохранило изъ прежней литературы взглядъ на недѣйствительность супружескихъ дареній, какъ на очень древнее установленіе (хоть и позднѣйшее, какъ видимъ у Гуго, сравнительно съ XII таблицами), т. е., не взирая на невѣрное толкованіе Vat. Fr. § 302, не вовсе порвало связь съ прежними литературными воззрѣніями.

Гассе. Послѣ Гуго высказался Гассе, который далъ болѣе точную формулировку той же мысли. Affines, говоритъ онъ (L. C. 214—215), пользуются изъятіемъ въ Цинціевомъ законѣ по перечню Vat. Fr. § 302; точно также супруги и обрученные. Послѣднее удивительно, такъ какъ даренія между супругами невозможны. Странно было бы сказано „vir et uxor“, если бы при этомъ подразумѣвалось „post divortium“. Не лучше ли подразумѣвать propter divortium и другіе случаи, поскольку это здѣсь умѣстно, въ которыхъ даренія между супругами считались дозволенными? 1824 г.

Первоначальные сторонники консервативной теоріи. Въ этой формулировкѣ консервативная теорія была принята Унтергольцнеромъ (458), Бухгольтцемъ въ комментаріи 1828 г.
къ § 302, Шиллингомъ (I, 181), Вехтеромъ (115—116) и, 1828 г.
наконецъ, Савиньи (VI, 195, прим. c). Послѣ него въ томъ 1829 г.
же смыслѣ высказывались и другіе[1]. Однако всѣ они по- 1833 г.
забыты въ блескѣ авторитета Савиньи. Всѣ, кажется, позд- 1841 г.
нѣйшіе писатели всегда имѣютъ въ виду главнымъ образомъ или исключительно Савиньи, а не болѣе раннихъ писателей[2]. Потому, чтобы сосчитаться съ консервативною тео-

[1] Напр. Шиллингъ, Lehrbuch der Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrechts III, 877—878; Рудорффъ въ примѣчаніяхъ къ Институціямъ Пухты, 2⁹, 412, прим b; можно набрать и еще нѣсколько именъ и книгъ Кажется, послѣднимъ представителемъ консервативной теоріи въ ея чистомъ видѣ былъ Бремеръ (51, 177—178), — ср. впрочемъ Поллака 10, пр. 10. Во французской литературѣ она принята, сколько знаю, только у Менза. 1868 г. 1886 г. 1845 г.

[2] Спѣшу повторить, что въ видоизмѣненномъ видѣ консервативная теорія жива въ наукѣ до сихъ поръ, какъ мы скоро увидимъ, знакомясь съ теоріею Гофманна. Но Гофманнъ 1881 г.
въ весьма существенныхъ частностяхъ расходится съ Савиньи, примыкая въ основныхъ своихъ воззрѣніяхъ не къ нему, а къ Бринцу. Повторяю, тонкая преемственная связь съ Савиньи у него есть; но

ріею, познакомимся съ нею въ его изложеніи, имѣющемъ, къ тому же, свои характерныя особенности. Но такъ какъ первоначальнымъ поводомъ изложить свое мнѣніе для Савиньи послужила его полемика съ Бурхарди, ужъ отмѣченная нами (ср. выше, стр. 302), то мы съ этой полемики здѣсь и начнемъ.

1837 г. Посвятивъ особую статью вопросу о possessio civilis, Бурхарди долженъ былъ коснуться и положенія uxor res a marito donatas civiliter non possidet. Это положеніе онъ (стр. 36 слл.) считаетъ возможнымъ объяснить такъ же, какъ и другое, столь же общепринятое, но и столь же сомнительное, — filiusfamilias civiliter non possidet. Сначала, полагаетъ онъ, послѣднее правило было безусловно вѣрно, а потомъ, съ ослабленіемъ родительской власти, повторялось въ старой формѣ, не взирая на перемѣну условій. То же можно сказать и относительно владѣнія одареннаго супруга. Мнѣніе Бурхарди.

Недѣйствительность дареній между супругами шла отъ древней conventio in manum, когда и не могло быть иначе, такъ какъ у жены ничего не было, что̀ она могла бы подарить мужу, а если мужъ дарилъ что́ либо женѣ, то всетаки оставался собственникомъ, ибо ему принадлежало все, что̀ пріобрѣтала жена, — да притомъ послѣдняя, какъ persona alieni iuris, цивильно не могла даже и считаться владѣлицею. Такимъ образомъ, въ природѣ вещей было то, что ей доставалось только possessio naturalis, лишенное юридическихъ послѣдствій, и она res donatas civiliter non possidebat. Manus mariti и владѣніе жены подаренною вещью.

Когда же позднѣе недѣйствительность супружескихъ дареній, какъ положительный запретъ, распространилась и на вольные браки, то старое правило всетаки осталось, даже получило такой широкій смыслъ, что охватило и случаи владѣнія мужа подаренными ему женою вещами (Dig. 41, 2, 1, 4; 41, 2, 16; 41, 6, 1, 2; 24, 1, 26 pr.; 24, 1, 46), отчего можетъ быть и отвергнута была узукапія вещей, подаренныхъ между супругами (такъ, по крайней мѣрѣ, намекаетъ Dig. 41, 6, 1, 2: при подручномъ бракѣ, разумѣется, не могло и возникнуть вопроса объ usucapio), хотя для этого Запретъ дареній и владѣніе супруговъ подаренными вещами.

она слишкомъ тонка и второстепенна, чтобы могла разъединить Гофманна съ Бринцемъ. Впрочемъ, окончательное выясненіе слабостей Савиньи мы можемъ дать только по поводу воззрѣній Гофманна.

было и болѣе вѣское основаніе, а именно: требующаяся для узукапіи bona fides могла бы здѣсь имѣться только при ошибочной мысли, будто дареніе дѣйствительно, — но эта мысль, какъ ошибка въ правѣ, не могла обосновать bona fides, ведущей къ узукапіи (Dig. 22, 6, 4; 41, 3, 31, pr.; 41 4, 2, 15—16; Cod. 7, 71, 4). Однако къ вольному браку древнее правило не подходило и сохранялось при немъ, какъ безсмысленный обломокъ старины.

Какъ видите, Бурхарди беретъ (хотя не дѣлая ссылокъ) теорію Бриссона въ постановкѣ Бёмера и въ томъ опошленномъ видѣ, какъ она изложена у Глюкка, и отъ нея, какъ общеизвѣстной, выводитъ свою гипотезу.

## II. Савиньи.

Возраженія Савиньи.

Что же возразилъ ему Савиньи? Бурхарди, говоритъ онъ (169), пробуетъ на новый (sic) ладъ объяснить, какъ возникъ запретъ дареній между супругами, и приложить это новое (sic) ученіе къ possessio civilis. Этотъ запретъ произошелъ, будто бы, отъ древней in manum conventio, при которой жена не обладала имуществомъ и въ частности, какъ persona alieni iuris, не могла имѣть possessio civilis. Однако, тогда запретъ долженъ былъ бы коснуться не однихъ дареній, а всякихъ отчужденій вообще. Да и какъ могли бы здравымъ путемъ дойти до мысли — преобразовать въ запретъ при вольныхъ бракахъ то, что безо всякаго запрета, само собою, какъ чистая невозможность, выходило въ подручныхъ бракахъ, — въ то время какъ во всѣхъ остальныхъ отношеніяхъ имущественное право въ вольномъ бракѣ вырабатывалось совершенно самостоятельно и въ ясно проведенной противоположности браку подручному? 1837 г.

Отношеніе Савиньи къ прежней литературѣ.

Итакъ, для Савиньи не существуетъ вся прежняя литература до Глюкка включительно и теорію Бриссона онъ добродушно приписываетъ, какъ новинку, — Бурхарди! Куріозно, что онъ и позднѣе высказывается въ томъ же смыслѣ: „недавно (sic) выдвинутое воззрѣніе“ — будто запретъ дареній сложился въ строгомъ бракѣ (IV, 166, прим. a). Во всякомъ случаѣ онъ отрицательно отнесся къ до-гаевской литературѣ въ лицѣ Бурхарди: „консервативнымъ“ этого назвать нельзя; но когда Савиньи черезъ пять лѣтъ кос- 1841 г.

нулся нашего вопроса отъ своего собственнаго лица, то примкнулъ по существу именно къ консервативному направленію.

1841 г. Было бъ ошибочно, говоритъ онъ (IV, 197, прим. f, и IV, 277, прим. a), безъимянно возражая на радикальную теорію, было бъ ошибочно принять на основаніи Vat. Fr. § 302, будто запрещеніе супружескихъ дареній возникло позднѣе Цинціева закона. Отдѣльныя изъятія изъ этого запрещенія также не разъясняютъ дѣла, ибо они слишкомъ незначительны, частью и слишкомъ поздно образовались, чтобы привлечь къ себѣ такого рода вниманіе въ очень древнее время. Вѣроятно, данное постановленіе должно было облегчить и поддержать дозволенныя между супругами дарения mortis causa и divortii causa, что̀, конечно, было бы вполнѣ справедливо[1]. Въ подтвержденіе мысли, что въ l. Cincia могло имѣться въ виду изъятіе въ пользу mortis causa donatio, Савиньи ссылается на положеніе morte Cincia removetur, въ которомъ видитъ прообразъ позднѣйшаго закона объ упроченіи супружескихъ дареній смертью дарителя раньше одареннаго. Собственная теорія Савиньи.

Совершенно ясно, что Савиньи ни въ чемъ не отступаетъ отъ своихъ предшественниковъ по существу, хотя въ его изложеніи замѣтно желаніе быть и тутъ оригинальнымъ. Нѣтъ ни малѣйшаго сомнѣнія, что ни Гассе, ни Унтергольцнеръ, ни Шиллингъ не упускали изъ виду дареній divortii causa, такъ что Савиньи напрасно открещивается отъ этихъ ученыхъ; напротивъ, mortis causa donationes Цинціевъ законъ едва ли имѣлъ и могъ имѣть въ виду. Мнимая обособленность Савиньи

Но еще труднѣе, чѣмъ обособиться отъ писателей, съ которыми онъ въ существѣ дѣла согласенъ, было бы для Савиньи сочетать въ одно цѣлое свои взгляды. Едва ли ошибемся мы, если скажемъ, что его собственныя историческія представленія по вопросу о дареніяхъ между супругами не были окончательно выработаны. По крайней мѣрѣ то, что̀ онъ говоритъ въ видѣ общей характеристики нашего ученія, очень смутно. Съ одной стороны онъ не согласенъ съ Несогласованность его воззрѣній.

[1] По поводу этихъ дареній ср. разсужденія Савиньи IV, 171, прим. m и n, и IV, 276. Онъ не считаетъ правильнымъ и возможнымъ признать ихъ изъятіями изъ общаго правила о недѣйствительности дареній между супругами.

позднимъ происхожденіемъ „запрета“ и даже склоненъ пріурочивать его къ „очень древнему“ (см. кромѣ приведеннаго мѣста еще I, 63 — uralte Nationalansicht и VIII, 526, — uraltes Rechtsinstitut) времени, а съ другой — рѣшительно высказывается противъ естественныхъ выводовъ изъ своего взгляда, рѣзко полемизируя съ Бурхарди и обнаруживъ свое незнаніе прежней литературы. Запретъ дареній между супругами, по его словамъ, утверждается на нравственныхъ воззрѣніяхъ, а не на юридическихъ принципахъ (I, 63): но и тутъ зловѣщимъ признакомъ является то, что всѣ такія сингулярныя учрежденія, не вытекающія изъ юридическихъ принциповъ, могутъ, по мнѣнію самого Савиньи, быть сведены какъ положительныя нормы къ волѣ опредѣленнаго законодателя, кромѣ только именно нашего запрета[1]. Если же судить по его соображеніямъ въ § 15-мъ (I, 56), то можно понять его въ томъ смыслѣ, что онъ признавалъ дарения между супругами противными добрымъ нравамъ, boni mores[2]. Видно по всему, что Савиньи не успѣлъ еще выработать положительнаго отвѣта, полагая взяться за него въ послѣднихъ томахъ своей системы. Недаромъ онъ отказывается объяснить, какъ именно вытекаетъ наше ученіе изъ rationes interdicti, и обѣщаетъ это сдѣлать въ общей связи съ изложеніемъ семейнаго права (IV, 166). Во всякомъ случаѣ, это не отвѣтъ, а только обѣщаніе отвѣтить. По моему, Гофманнъ (297, прим. 29 въ концѣ) справедливо сомнѣвался, 1881 г.
чтобы Савиньи смогъ удовлетворительно выполнить свое обѣщаніе.

### III. Значеніе консервативной теоріи.

Мертвая точка.

Оцѣнка консервативной теоріи, если взять ее въ чистомъ видѣ, откинувъ оговорки, которыми усложняетъ ее Савиньи (о нихъ мы вскорѣ еще скажемъ), не можетъ со-

[1] Ср. его же слова, что нормы о недѣйствительности дареній между супругами носятъ строго позитивный характеръ, VIII, 335; также IV, 5.

[2] Ср. опять-таки VIII, 335, гдѣ указано, что ихъ недѣйствительность должна содѣйствовать поддержанію нравственной чистоты брака, а также VIII, 527. Именно такъ, какъ говорится въ текстѣ, его и понялъ Зейффертъ. Можетъ 1868 г.
быть не безъ вліянія Зейфферта сложились и неудачныя воззрѣнія Лотмара, Der unmoralische Vertrag, 1896 г.
Leipzig 1896, стр 31—32. Обо всемъ этомъ, впрочемъ, уже сказано въ предшествующей главѣ, стр. 146—148, 150 и 152—153.

ставить большого труда для того, кто знакомъ въ полномъ объемѣ съ прежнею литературою вопроса. По существу эта теорія должна бы была согласовать прежніе взгляды съ новыми открытіями. Выводъ изъ нея, даже на почвѣ неправильнаго пониманія § 302-го, долженъ бы былъ быть одинъ: Vat. Fr. § 302 ни въ чемъ не мѣняютъ прежней постановки вопроса; недѣйствительность дареній между супругами — исконное, древнее учрежденіе; однако, древни и изъятія изъ общаго правила, такъ какъ уже въ эпоху Цинціева закона законодателю приходилось съ ними считаться. Но такого вывода послѣдователи консервативной теоріи не сдѣлали, а просто на просто забыли всю работу прежнихъ поколѣній, быть можетъ, полагая, что она вся исчерпана въ тѣхъ пошлостяхъ, изъ которыхъ состоитъ изложеніе Глюкка. Получилась какая-то интерференція стараго съ новымъ, пустое мѣсто: сдѣланное ранѣе — начисто забыто, а новаго ничего не сдѣлано; обѣщанія Савиньи остались обѣщаніями. Немудрено, что такая теорія не могла выдержать никакого соперничества и была вытѣснена радикальною теоріею, нынѣ господствующею. Разсказавъ объ этой побѣдѣ, мы еще разъ вернемся къ консервативной теоріи и разъяснимъ ея главную силу, до сихъ поръ отмѣченную вкратцѣ уже Шрадеромъ, но зато только имъ однимъ; покамѣсть посмотримъ, хорошо ли побѣдившее радикальное ученіе.

## § 15. Радикальная теорія.

### I. Франке.

1826 г. Мы видѣли, что его родоначальникомъ, но очень робкимъ и нерѣшительнымъ, былъ Шрадеръ, оставшійся на нѣсколько лѣтъ въ полномъ одиночествѣ. Первымъ, кто примкнулъ къ нему, оказался Франке. Шрадеръ.

1835 г. Предположеніе, говоритъ онъ (XVIII, 1 слл.), будто запрещеніе дареній между супругами существовало въ римскомъ правѣ искони, совершенно недоказуемо. Юридически невозможными такія даренія отнюдь не были, кромѣ случаевъ брака cum manu. Вѣрнѣе можемъ мы приписать возникновеніе запрета лишь позднѣйшему времени республики, когда вообще возникли многія нормы, приписываемыя практикѣ, veteri iurisprudentiæ, moribus. Франке.

Цинціевъ законъ.

Въ данномъ случаѣ даже есть прямое доказательство. Именно, l. Cincia (550 отъ о. г.), вводя, какъ извѣстно, право дареній въ болѣе тѣсныя рамки, причисляетъ и супруговъ къ лицамъ, остающимся соободными отъ юридическихъ ограниченій (Vat. Fr. § 302). При такомъ сопоставленіи супруговъ съ другими лицами, между которыми даренія дозволены, нѣтъ, кажется, возможности считать уже для того времени общимъ правиломъ недѣйствительность дареній между супругами. Правда, этого старались достигнуть тѣмъ, что относили изъятіе закономъ къ тѣмъ немногимъ исключеніямъ, когда даренія между супругами считались дѣйствительными по позднѣйшему праву; однако, эти исключенія были отчасти введены лишь конституціями императоровъ или позднѣйшими юристами. Недѣйствительность дареній тѣмъ менѣе можетъ быть принята для эпохи изданія Цинціева закона, что, по самому тексту послѣдняго, понятіе exceptae personae, а въ ихъ числѣ, стало быть, и супруговъ, опредѣлено тѣмъ, что iis omnibus inter se donare capere liceto.

Перемѣна нравовъ.

Непосредственно вслѣдъ затѣмъ Франке развиваетъ свою мысль о перемѣнѣ нравовъ, какъ бытовой причинѣ, вызвавшей недѣйствительность дареній между супругами. Эта часть его воззрѣній полностью изложена нами въ предшествующей главѣ (стр. 148—149).

## II. Брунсъ.

Совпаденіе съ Франке.

Мы сейчасъ приступимъ къ разбору ученія Франке, но сначала укажемъ, что независимо отъ него, примыкая непосредственно къ Шрадеру, однородную мысль высказалъ Брунсъ въ своей первой, еще студенческой, литературной работѣ. Правда, книга Брунса была издана позже статьи Франке, но написана одновременно съ ея появленіемъ въ Архивѣ, причемъ даже въ позднѣйшей обработкѣ мы ссылокъ на Франке въ ней не встрѣчаемъ, да и въ самомъ изложеніи не замѣтно ни заимствованія, ни даже вліянія; наконецъ, иныя частности несомнѣнно свидѣтельствуютъ о полной самобытности Брунса. 1838 г.

Старшинство Цин-

То, что мужъ и жена изъяты изъ ограниченій Цинціева закона, говоритъ онъ (116), должно казаться удивительнымъ

1829 г. тѣмъ, кто полагаетъ, будто Шиллингъ[1] доказалъ, что уже тогда были запрещены даренія между супругами. Но такъ какъ это мнѣніе и съ другой точки зрѣнія весьма сомнительно, то конечно § 302 подкрѣпляетъ мысль, что такое постановленіе сложилось только послѣ развращенія римскихъ нравовъ. Недѣйствительность этихъ дареній, замѣчаетъ Брунсъ нѣсколько далѣе (141), не была выведена изъ началъ цивильнаго права, но была принята propter utilitatem. Ціева закона.

### III. Оцѣнка и критика радикальной теоріи.

Общая Оцѣнка. Таковы мнѣнія Франке и Брунса. Мы остановимся здѣсь только на первомъ, какъ на обоснованномъ и подробнѣй изложенномъ, тѣмъ болѣе, что по существу возраженія противъ нихъ одинаковы. Но сперва признаемъ, что радикальная теорія несравненно послѣдовательнѣй и убѣдительнѣе, чѣмъ консервативная, если глядѣть съ общей обѣимъ точки зрѣнія, т. е. понимать Vat. Fr. § 302 въ смыслѣ свидѣтельства о подлинномъ текстѣ Цинціева закона. Радикальная теорія — продумана и цѣльна, независимо отъ ея правильности или неправильности. Засимъ, радикальная теорія не требуетъ пересмотра старинной литературы и не обѣщаетъ рѣшенія въ будущемъ, а даетъ его сейчасъ, въ видѣ положительнаго утвержденія. Наконецъ, радикальная теорія по существу нова, сравнительно съ прежними воззрѣніями.

Судьба радикальной теоріи. Всѣмъ этимъ объясняется, что она постепенно, несмотря на громкій авторитетъ приверженцевъ консервативной теоріи, привлекла къ себѣ вниманіе и сочувствіе, сперва немногихъ, потомъ многихъ и, наконецъ, большинства. Правда, уже въ 1840 году ее, хотя не дѣлая ссылокъ на Франке или
1840 г. Брунса, повторилъ Либе (127 прим. 1); но все же можно сказать, что первые успѣхи достались ей на долю во Франціи:
1853 г. сперва ее принялъ Пелла (358), отъ Пелла ее заимство-
1856 г. валъ Машеларъ (236), а за ними она перешла въ качествѣ непререкаемой догмы во всѣ монографіи, учебники и курсы, такъ что во Франціи вотъ уже полвѣка господствуетъ, можно сказать, безраздѣльно. Изъ французской же литературы она

[1] Онъ имѣетъ въ виду цитированныя уже выше Bemerkungen Шиллинга (I, 181—183). Брунсъ не знаетъ, что Шиллингъ только пересказываетъ мысль Гассе, о чемъ также упомянуто выше.

перешла и въ итальянскую, гдѣ донынѣ пользуется безусловнымъ успѣхомъ. Послѣ всѣхъ ее приняли нѣмцы: прежде другихъ Кунтце и Бехманъ, за ними Дернбургъ и 1867 г.
Чиларжъ, затѣмъ Кейссеръ, Гофманнъ, и наконецъ въ на- 1868 г.
стоящее время кажется всѣ, касающіеся вопроса объ отно- 1878 г.
шеніи Цинціева закона къ исторіи дареній между супру- 1881 г.
гами, расходясь, конечно, въ частностяхъ и оттѣнкахъ, но соглашаясь по существу[1].

Критика. При всемъ томъ, теорію Франке никакъ нельзя признать удовлетворительною.

Неправильное пониманіе Vat Fr. § 302. Во-первыхъ, она вся держится только тѣмъ заблужденіемъ, которое нами разоблачено выше, — неправильнымъ пониманіемъ Vat. Fr. § 302. Вѣдь если Цинціевъ законъ не упоминалъ мужа и жену, то у насъ пропадаетъ всякая возможность утверждать, будто недѣйствительность супружескихъ дареній была провозглашена позже его изданія, и мы, даже безъ посредства консервативной теоріи, должны вернуться къ Бёмеру. Съ другой стороны, какъ правильно указалъ Алибранди, если Цинціевъ законъ можетъ служить 1892 г.
доказательствомъ, что въ VI-мъ вѣкѣ города дарения были дѣйствительны, то мы на основаніи lex Julia repetundarum (см. ниже теорію Алибранди) должны то же признать и для VII-го вѣка города. Или дарения были недѣйствительны еще въ эпоху Цинціева закона, или они были дѣйствительны и въ эпоху самовластія Цезаря: радикальной теоріи надо принять или то, или другое.

Анахронизмъ и возраженіе Мензa. Во-вторыхъ, радикальная теорія совершенно не годится въ силу того возраженія, которое было выдвинуто противъ нея Мензомъ. Принимая, что lex Cincia касалась супруговъ, 1845 г.
Мензъ склоняется, хотя нерѣшительно, въ пользу консервативной теоріи. Радикальная, думаетъ онъ, безсильна помочь затрудненію, ибо дарения между супругами во всякомъ случаѣ были недѣйствительны въ эпоху составленія Ватиканскихъ отрывковъ (2, 397, прим. 26). И дѣйствительно, это лаконическое замѣчаніе чрезвычайно вѣско, такъ что большимъ ущербомъ для науки надо считать, что оно до

[1] Въ русской литературѣ Гуляевъ, косвенно затронувшій наше ученіе, высказывается настолько кратко, что его нельзя причислить ни къ поборникамъ консервативной, ни къ поборникамъ радикальной теоріи. 1891 г.

сихъ поръ осталось никѣмъ не замѣченнымъ. Было ли упоминаніе супруговъ недосмотромъ составителя Ватиканскихъ отрывковъ, включившаго въ ихъ текстъ отмѣненное право? Но тогда въ томъ же недосмотрѣ приходится обвинить и Павла: еслибъ онъ оговорилъ, что постановленіе о супругахъ ужъ отмѣнено, то составитель Ватиканскихъ отрывковъ не могъ бы ихъ не вычеркнуть; а разъ онъ ихъ не вычеркнулъ, значитъ у Павла не было никакой оговорки. Кто же, однако, можетъ повѣрить такому вопіющему недосмотру со стороны Павла?

Недостаточность ссылки на mores.

Наконецъ, въ-третьихъ, независимо отъ этой преюдиціальной неудовлетворительности, радикальная теорія страдаетъ тѣми же слабостями, которыя нами обнаружены въ теоріи Бёмера (см. выше, стр. 285 слл.), даже въ гораздо большей, сравнительно съ нею, степени. Ссылка на mores еще менѣе понятна и убѣдительна для поздней республиканской эпохи, чѣмъ для болѣе ранней. По прежнему непонятно, какъ могли юристы (propter utilitatem Брунса; но и Франке не могъ бы обойтись безъ юристовъ) безъ основанія въ законѣ провести такое стѣснительное для гражданской свободы воззрѣніе [1] и какъ, безо всякаго писанаго закона, могли быть объявлены недѣйствительными сдѣлки, не только не содержащія въ себѣ по своей природѣ ничего предосудительнаго, но даже какъ нельзя болѣе похвальныя и естественныя. О злоупотребленіяхъ не можетъ быть и рѣчи, такъ какъ даренія были недѣйствительны независимо отъ корыстныхъ видовъ или безкорыстія и такъ какъ, напр., даренія mortis causa, divortii causa и т. д. были дѣйствительны, хотя бы служили самымъ хищническимъ и безнравственнымъ цѣлямъ; а вѣдь еще Солоново законодательство должно было считаться съ однородными злоупотребленіями именно на почвѣ предсмертныхъ распоряженій. Вѣдь это была не мелочь, не тонкость, которую можно было соблюдать iuris rigore или не соблюдать propter utilitatem; а наряду съ этимъ несомнѣнно правы были императоры, провозглашая, что heredem eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius, qui donaverit, durum et avarum est. Пусть поборники ради-

[1] Эту стѣснительность „запрета“ для гражданской свободы выпукло очертилъ еще Савиньи VIII, 335—336. Ср. также Губера съ его „inter inexpectata iuris civilis“, выше стр. 67.

кальной теоріи укажутъ намъ примѣръ ограниченія гражданской свободы въ Римѣ moribus, или пусть попробуютъ доказать, что недѣйствительность дареній между супругами не посягала на гражданскую свободу: иначе пусть не притязаютъ на признаніе за ихъ воззрѣніемъ научнаго значенія.

Заключеніе. Однимъ словомъ, радикальная теорія ни на шагъ не подвигаетъ насъ впередъ, сравнительно съ Бёмеромъ, по части историческаго пониманія недѣйствительности, а только перемѣщаетъ хронологически, и притомъ невѣрно, ея возникновеніе изъ древнѣйшей эпохи въ очень, сравнительно, позднюю.

## IV. Судьба радикальной теоріи.

Успѣхъ и преобладаніе радикальной теоріи. До 60-хъ годовъ радикальная теорія въ Германіи не имѣла сторонниковъ кромѣ Либе. Отчасти ея заброшенность **1840 г.** объясняется вообще заброшенностью въ ту пору семейнаго римскаго права въ наукѣ[1]. Кромѣ работы Гассе объ иму- **1824 г.** щественныхъ отношеніяхъ супруговъ и Вехтера о разводѣ въ 20-хъ годахъ и антикварной, а не юридической, книги Россбаха въ 50-хъ, что̀ можно признать за это время заслуживающимъ вниманія? Поворотная точка въ данномъ отношеніи падаетъ на изслѣдованіе Дернбурга о компенсаціи. Съ него начинается цѣлый рядъ работъ по дотальному праву, — Фойгта, Бехмана, Шо̀йрля, Чиларжа и друг. Отъ него же приходится выводить, хоть и косвенно, поздній успѣхъ радикальной теоріи и образованіе на почвѣ послѣдней нѣсколькихъ ученыхъ разногласій. Все это вынуждаетъ съ особеннымъ тщаніемъ отнестись къ воззрѣнію Дернбурга и выяснить должное къ нему отношеніе хотя бы по существу.

## V. Кунтце.

Кунтце. Впрочемъ, ранѣе Дернбурга мы должны отмѣтить воз- **1867 г.** зрѣніе Кунтце, самостоятельно примкнувшаго къ радикальной теоріи Франке. Хронологическій порядокъ мы этимъ рѣзко нарушимъ; но внутренняя связь идей цѣннѣе внѣшнихъ признаковъ. Кунтце стоитъ совершенно въ сторонѣ отъ

[1] Ср. кромѣ того правильныя разсужденія Франке о причинахъ слабой разработки римскаго семейнаго права въ нѣмецкой наукѣ: Archiv 26, 64 слл.

Дернбурга. Онъ цѣликомъ повторяетъ основныя положенія Франке и только прибавляетъ къ нимъ лаконическую оговорку, что въ недѣйствительности супружескихъ дареній мы имѣемъ передъ собою порожденіе того, что̀ онъ называетъ mos civitatis (534). Иными словами, онъ полагаетъ, что его объясненіе римскаго понятія mores примѣнимо и къ данному случаю, — и, такимъ образомъ, восполняетъ пробѣлъ, отмѣченный нами у Франке, который, какъ мы сказали, безъ auctoritas prudentium не могъ бы обойтись. Посмотримъ, удовлетворительно ли это восполненіе.

Mores и недѣйствительность.

Кунтце различаетъ mores и auctoritas prudentium (508, 509 и passim), хотя не expressim, а въ видѣ подразумѣваемой предпосылки, напр., когда говоритъ, что auctoritas veterum могла превратиться въ обычное право; съ другой стороны въ этой auctoritas онъ видитъ чуть ли не главный элементъ обычнаго права. Римляне приравнивали mos publicus къ tacita civium conventio. Чѣмъ они въ этомъ руководились? Конечно, не отвлеченною теоріей, а, какъ и всегда въ такихъ общихъ положеніяхъ, сознательными или несознательными воспоминаніями о дѣйствительныхъ историческихъ событіяхъ. Какія же историческія данныя могли они имѣть въ виду въ данномъ случаѣ? Отвѣтъ мы находимъ у Цицерона, когда онъ ставитъ рядомъ lex и mos. Это были bonorum virorum arbitria, изреченія опытныхъ отцовъ семейства, дѣловитыхъ домохозяевъ, извѣстныхъ дѣльцовъ, осмотрительныхъ капиталистовъ, коммерческихъ людей изо всѣхъ отраслей оборота, которыя всѣ привыкли замѣчать и принимать во вниманіе. Boni viri были in iudicio свободными представителями правилъ солиднаго оборота, въ которыхъ отражается naturalis ratio. Bonus vir и bonus iudex стали техническими выраженіями; они играли большую роль въ римскомъ оборотѣ.

Критика взглядовъ Кунтце.

Такова мысль Кунтце въ чистомъ видѣ. Въ ней, конечно, весьма много вѣрнаго и цѣннаго; между прочимъ, она близко совпадаетъ съ тѣми воззрѣніями, на почвѣ которыхъ раньше его В. И. Сергѣевичъ велъ свою полемику противъ теорій исторической школы объ обычномъ правѣ, а еще раньше неизвѣстный ни Кунтце, ни Сергѣевичу Зейхемъ, — см. выше стр. 235 сл.. Но для пониманія римскихъ источниковъ она не пригодна, какъ и всякая теорія, вно-

1533 г.

сящая въ общее понятіе mos какіе нибудь положительные признаки. Mos у римскихъ юристовъ достовѣрно значитъ только sine lege scripta. Чтобы выяснить его положительную природу, необходимъ цѣлый рядъ частныхъ изысканій о всѣхъ учрежденіяхъ, которыя такъ или иначе выводились у римлянъ изъ mores. Однимъ изъ такихъ изслѣдованій является, между прочимъ, и настоящая работа. Пока они всѣ не сдѣланы, всякая положительная характеристика понятія mos была бы преждевременна. А засимъ, примѣнительно къ нашему предмету, теорія Кунтце совершенно непригодна. Всѣ перечисленныя имъ почтенныя личности безсильно были бы лишить юридической силы сдѣлки, не запрещенныя закономъ, а тѣмъ болѣе стѣснить гражданскую свободу лица въ самой интимной части дѣлового оборота, провозгласивъ ничтожными даренія между супругами. Тутъ авторитетная личная иниціатива не поможетъ. Какъ бы авторитетно ни нарушались сдѣлки, онѣ не могутъ лишиться своей законной силы. А правомочія судьи никогда не были свободны отъ авторитета законовъ, обычаевъ, эдикта и т. д. „Всемогущество“ римскаго судьи относительно этихъ силъ выдумано въ концѣ XIX-го столѣтія и является едва ли не самою слабою выдумкой этого вѣка.

## § 16. Дернбургъ.

### I. Дотальный искъ, ретенціи и даренія между супругами.

Ученіе Дернбурга.

Къ сожалѣнію, съ этимъ мнимымъ всемогуществомъ мы встрѣчаемся ужъ у Дернбурга въ тѣхъ мнѣніяхъ, которыя теперь подлежатъ нашему разсмотрѣнію.

Древнее дотальное право.

1854 г.

Говоря о компенсаціи, Дернбургъ не могъ обойти дотальныхъ исковъ и оставить безъ разсмотрѣнія вопросъ о ретенціяхъ. А эта необходимость повлекла для него за собою другую — высказать общій взглядъ на дотальные иски (96—97)[1]. По существу дѣла его мысль, нынѣ принятая большинствомъ ученыхъ, сводится къ слѣдующему. Перво-

[1] Излагая теоріи Дернбурга, слѣдую второму изданію его Компенсаціи. Различать оттѣнки двухъ изданій по такому побочному для насъ предмету было бы ненужнымъ педантизмомъ. Гдѣ встрѣчается надобность, я особо оговариваю нужныя различія. Цифры безъ оговорокъ указываютъ страницы 2-го изданія

начально, говоритъ онъ, дотальное имущество поступало окончательно и безвозвратно въ собственность мужа, былъ ли бракъ подручнымъ или вольнымъ; различіе сводилось къ тому, что въ подручномъ бракѣ все безусловно имущество жены становилось собственностью мужа, но зато она наслѣдовала ему по закону на правахъ дочери, а въ бракѣ вольномъ въ собственность мужа поступало только спеціально указанное приданое и жена не получала права наслѣдованія мужу по закону (97—98). Конечно, въ послѣднемъ случаѣ неизбѣжны были невыгодныя для жены послѣдствія, но фактически шероховатости права сглаживались дѣйствительностью и могли ощутительно сказаться только при разводѣ (98). Но до VI вѣка города разводы были и рѣдки, и стѣснены, благодаря вліянію нравовъ, такъ что съ установившимся порядкомъ было возможно мириться (99).

Возникновеніе дотальныхъ исковъ.

Перемѣна нравовъ пошатнула всѣ прежніе устои. Къ этой эпохѣ Дернбургъ относитъ возникновеніе стипуляцій de reddenda dote, но оговаривается, что онѣ не могли помочь всѣмъ трудностямъ, возникавшимъ при новыхъ условіяхъ. Между тѣмъ, хотя юридически приданое составляло собственность мужа, фактически жена не могла отрѣшиться ото взгляда на него, какъ на свое достояніе (99). Общественное мнѣніе было въ этомъ на ея сторонѣ, а подъ его давленіемъ и юриспруденція должна была создать для женщинъ способъ оградить ихъ интересы. Этимъ историческимъ условіямъ и приписываетъ Дернбургъ возникновеніе actio rei uxoriae, первоначально, по его мнѣнію, вовсе римлянамъ неизвѣстной (99—100).

Природа первоначальнаго иска rei uxoriae.

Не соглашаясь съ учеными, полагавшими, что интересы жены могли быть ограждены кондикціею sine causa, Дернбургъ утверждаетъ, что женщины могли взывать только къ естественной справедливости, чтобъ осуществить свои интересы послѣ развода или смерти мужа. Однако, эта справедливость не что̀ иное, какъ еще слагающееся право, не вполнѣ въ самомъ себѣ устойчивое, опирающееся объ инстинкты потребности, а не о внѣшнія нормы (100). Ею руководствуясь, и принуждалъ преторъ мужа избрать съ женой арбитра, который бы разобрался въ ихъ имущественныхъ отношеніяхъ на основаніи всѣхъ обстоятельствъ

дѣла и по свободному усмотрѣнію. Начало такихъ порядковъ, согласно Геллію, Noct. Att. 4, 3, 1 сл., относится къ концу V-го вѣка города. Этотъ новый искъ, причисленный позднѣе къ bonae fidei iudicia, первоначально отличался отъ нихъ какъ формулою (101), такъ и по существу. Въ bonae fidei iudicium истецъ съ самаго начала основывается на правѣ ex fide bona и требуетъ его признанія; въ actio rei uxoriae истица не могла выступать, взывая къ существующему праву: она должна просить, чтобы ей было создано ея право. Позднѣй это различіе сгладилось; однако первоначальный взглядъ предопредѣлилъ цѣль и развитіе дотальнаго права: на него до Юстиніана никогда не смотрѣли, какъ на прямое имущественное право; усмотрѣнію судьи предоставлялся самый широкій просторъ и оно въ концѣ концовъ оставалось верховною нормою (102—103).

Aequius melius и вычеты изъ приданаго.

Конечно, цѣнность приданаго была вѣскимъ даннымъ при установленіи aequius melius; однако на рѣшеніе судьи вліяли и другія данныя. Встрѣчныя притязанія, которыхъ основанія также коренились въ супружескихъ отношеніяхъ, не могли быть оставлены безъ вниманія и оцѣнки. Отсюда и вытекла своеобразная система, согласно которой отвѣтчикъ получилъ право на опредѣленные вычеты, — то въ наказаніе женѣ, то для зачета имущественныхъ притязаній. Въ толкованіи Боэтія на Cic. Top. 6, 17, Дернбургъ находитъ подтвержденіе этому взгляду для нѣкоторыхъ, по крайней мѣрѣ, дареній (104—105).

Retentiones.

Отсюда и выводитъ Дернбургъ, послѣ подробныхъ частныхъ изысканій, возникновеніе римской аксіомы о томъ, что dos ipso iure minuitur. Въ классической юриспруденціи, по его мнѣнію, эта аксіома означала, что уменьшается самое приданое, а не отдѣльные предметы. Если дотальный искъ содержитъ въ себѣ денежныя требованія, то они сами собой уменьшаются вычетомъ пассива; если же предметомъ иска являются только тѣлесныя вещи, то онѣ остаются дотальными и разность между ними и уменьшенной ipso iure цѣнностью приданаго уравнивается только при помощи удержанія самыхъ вещей, пока жена не возмѣститъ мужу этой разности (140). Съ другой стороны удержаніе propter impensas отличается отъ остальныхъ ретенцій тѣмъ, что причина его кроется въ самомъ существѣ приданаго, а не въ природѣ

дотальнаго иска (141). Противоположное надо сказать объ остальныхъ ретенціяхъ. Онѣ основаны не на той мысли, что приданое внутренно уменьшилось, а на той, что есть причины, по которымъ приданое не подлежитъ возврату цѣликомъ и безъ вычетовъ. Ихъ историческое оправданіе въ томъ, что первоначально приданое вполнѣ оставалось у мужа, а позднѣе жена хоть и могла его требовать обратно, но только по соображеніямъ справедливости: вѣдь эти же соображенія могли иногда вести и къ тому, что та или другая часть оставлялась у мужа. Вначалѣ, такимъ образомъ, эти удержанія въ высокой степени зависѣли отъ усмотрѣнія судьи, но потомъ установились на опредѣленныхъ нормахъ. Въ частности всѣ пять классическихъ видовъ удержанія, сходясь въ томъ, что вытекаютъ, какъ и самый дотальный искъ, изъ супружескихъ отношеній, различаются между собой очень значительно. Между прочимъ, retentio propter res donatas принадлежитъ къ тѣмъ удержаніямъ, въ которыхъ особенно замѣтенъ имущественный характеръ, въ основѣ которыхъ лежатъ истинныя встрѣчныя притязанія, но которыя ведутъ только къ вычету, а не къ иску (142—143).

## II. Критика воззрѣнія Дернбурга.

Связь ученія Дернбурга съ вопросомъ о супружескихъ дареніяхъ.

Остановимся нѣсколько на изложенныхъ исходныхъ воззрѣніяхъ Дернбурга. Они не относятся непосредственно къ предмету нашего изслѣдованія и на насъ не лежитъ, такимъ образомъ, обязанности подвергать ихъ разсмотрѣнію во всемъ ихъ объемѣ. Однако необходимость сосчитаться съ ними хотя бы въ формѣ сжато изложеннаго согласія или несогласія остается и для насъ. Притомъ эти воззрѣнія составляютъ основу почти всѣхъ современныхъ изслѣдованій о дотальномъ правѣ, такъ что значатъ болѣе, чѣмъ личное мнѣніе знаменитаго ученаго. Наконецъ — самое главное — они такъ тѣсно слиты съ ученіемъ Дернбурга и послѣдующихъ писателей объ исторіи дареній между супругами, что это ученіе въ сущности не что̀ иное какъ выводъ изъ только что изложенныхъ положеній, ихъ частное примѣненіе. А считаться съ выводами независимо отъ посылокъ или невозможно, или ненаучно.

Возраже-

Признавая всѣ достоинства теоріи Дернбурга — цѣль-

ніе противъ Дернбурга.

ность, наглядность, объединяющую въ одной концепціи разрозненныя данныя нашихъ источниковъ, и чрезвычайную простоту мысли, — я не могу присоединиться къ ней и признать ее за вполнѣ согласованную съ источниками и вполнѣ доказанную. Несомнѣнно, въ первоначальномъ подручномъ бракѣ все имущество поступало въ собственность мужа и дотальные иски едва-ли были возможны; однако ни того, ни другого нельзя утверждать съ полною достовѣрностью ни для позднѣйшихъ подручныхъ браковъ per coemptionem, — ибо in manicipationibus quodcunque pactum est, id valere manifestissimum est (Dig. 2, 14 48)[1], а стало быть и pacta dotalia должны были въ нихъ valere, — ни для древнѣйшихъ браковъ sine manu. Уже въ XII таблицахъ содержались постановленія о разводѣ и о возвратѣ женѣ ея имущества (XII T., IV, 10). Всѣ данныя гласятъ, что дотальные иски, которые намъ извѣстны, сложились не на почвѣ XII таблицъ; но изъ этого не слѣдуетъ, будто XII таблицъ вовсе не знали никакихъ имущественныхъ исковъ при расторженіи брака. Извѣстные намъ иски сложились примѣнительно къ вольнымъ бракамъ (такъ называемымъ iuris gentium), совершенно непохожимъ на древнія супружества: несходны браки — несходны иски; можно ли изъ непригодности новыхъ исковъ для старыхъ браковъ заключать, будто послѣдніе вовсе не знали дотальнаго права и вовсе не ограждали судебнымъ порядкомъ имущественныхъ интересовъ жены? Текстъ Геллія ничуть не разрѣшаетъ этого вопроса, ибо касается только новыхъ исковъ и cautiones, ни словомъ не упоминая древнихъ исковъ. Значитъ ли это, что таковыхъ и не было? По моему, это значитъ только, что Геллій не видѣлъ надобности говорить о нихъ, и вполнѣ основательно, были они или не были. Далѣе, я совершенно отказываюсь допустить, чтобы преторъ могъ partibus censoriis fungi и безъ юридическихъ основаній создавать самостоятельныя права женѣ. Пресловутое изреченіе Катона (iudex pro censore Gell. Noct. Att. 10, 23, 4) отнюдь этого не доказываетъ, даже если принимать его въ прямомъ смыслѣ, а не въ качествѣ метафоры. Наконецъ, еслибъ оно и значило то, что̀ въ немъ

[1] Въ дигестахъ traditionibus несомнѣнно интерполяція вмѣсто manicipationibus: а coemptio и была однимъ изъ видовъ манципаціи

находятъ ученые, то мы нуждались бы еще въ объясненіи такой странности, а не могли бы довольствоваться ея простымъ констатированіемъ. Правда, нынче не стѣсняются такими затрудненіями; но и самъ Дернбургъ не отважился одобрить тѣхъ выводовъ, къ которымъ съ комичнѣйшею развязностью пришли иные рѣзвые „революціонеры“ современной романистики; однако въ ребяческихъ домыслахъ учениковъ нельзя не видѣть діалектической Немезиды недостаткамъ учителя, хотя бъ онъ отъ такихъ учениковъ и открещивался.

Невозможность принять его выводы.

Не вдаваясь въ дальнѣйшія подробности, можно сказать, что разногласіе съ Дернбургомъ въ изложенныхъ пунктахъ лишаетъ возможности принять и всѣ его выводы. Съ точки зрѣнія Дернбурга ретенціи представляются какъ бы переживаніями первоначальной безусловной и безповоротной собственности мужа на приданое. У него выходитъ, что не ретенціи постепенно стѣснили широкій первоначально объемъ дотальнаго иска, а напротивъ, дотальный искъ ограничилъ постепенно собственность мужа, эвентуально уцѣлѣвшую въ видѣ ретенцій. Съ такимъ взглядомъ я принципіально не согласенъ [1]; а этимъ несогласіемъ предопредѣляется и отношеніе къ ученію Дернбурга объ удержаніяхъ propter res donatas, къ которому теперь намъ предстоитъ обратиться.

## § 17. Бехманъ и Дернбургъ.

### I. Дернбургъ о дареніяхъ между супругами.

1854 г

Retentiones propter res donatas.

Въ первомъ изданіи Дернбургъ стоитъ на слѣдующей точкѣ зрѣнія. Даренія, говоритъ онъ, сдѣланныя мужемъ во время брака, управомочивали къ вычетамъ изъ приданаго. Если жена извлекала пользу изъ его щедрости, то и ей нечего было требовать возврата приданаго полностью: мужъ могъ удержать изъ него равную долю. Возвращеніе приданаго полностью жена могла за собой обез-

[1] Считаю, впрочемъ, необходимымъ оговориться, что вовсе не примыкаю къ воззрѣнію Фойгта съ его „баснословнымъ“ (Дернбургъ, Пандекты[5], 3, 25, 1 fin.) закономъ Менія, хотя нахожу, что Фойгтъ, если откинуть его крайности, гораздо ближе къ истинѣ, чѣмъ Дернбургъ. Дѣло не въ законѣ Менія, а въ принципіальныхъ воззрѣніяхъ.

печить только тѣмъ, что возвращала до произнесенія рѣшенія все подаренное ей за время брака. Это прямо высказано въ Dig. 24, 3, 66, 1, гдѣ только составители дигестъ классическое ex dote retenturum интерполировали словами in dotem compensaturum (153). Другія упоминанія о вычетѣ по поводу дареній и похищеній находятся еще въ Dig. 24, 1, 66, 2, гдѣ Сцевола признаетъ дѣйствительность даренія словами non posse de dote deduci; Dig. 24, 3, 7, 1; 24, 3, 15, 1; 24, 3, 25; 33, 4, 5; 24, 1, 50 pr. (154, прим. 2). Впрочемъ, по поводу своихъ дареній мужъ располагаетъ не только правомъ вычета изъ приданаго: здѣсь онъ можетъ стать и совсѣмъ на другую точку зрѣнія. Несмотря на внѣшнее соблюденіе всѣхъ формальностей, даренія между супругами юридически недѣйствительны по древне-римскому обычному праву. Даритель остается собственникомъ и можетъ прибѣгнуть къ виндикаціи, если подаренный предметъ еще въ наличности, и къ кондикціи, если онъ уже консуммированъ и одаренный обогатился изъ него. Конечно, если онъ воспользовался этими исками, то ужъ ему нечего и думать о вычетѣ изъ приданаго, при которомъ именно подаренное-то и оставляется женѣ, а мужъ ищетъ удовлетворенія въ удержаніи части приданаго (154—155). Весьма интересными, наконецъ, находитъ Дернбургъ слова Павла въ Dig. 24, 1, 55, изъ которыхъ, по его мнѣнію, можно вывести, что и жена могла посредствомъ actio rei uxoriae искать съ мужа паряду съ приданымъ сдѣланныя ему даренія: юристъ допускаетъ обратное взысканіе даренія въ случаѣ несостоятельности и замѣчаетъ, что erit deterior causa viri, si ei pecunia condicatur, quam si dotis iudicio conveniatur (154, прим. 3 fin).

## II. Бехманъ противъ Дернбурга.

Бехманъ и отношеніе къ нему Дернбурга.

1867 г.

На плечахъ Дернбурга стоитъ Бехманъ со своимъ Dotalrecht. Основную теорію Дернбурга онъ всецѣло усвоилъ по существу, но въ частностяхъ обогатилъ и развилъ ее довольно значительно. Многое изъ этихъ новшествъ принялъ позднѣй и самъ Дернбургъ. Потому мы воздержимся покамѣсть отъ разбора его первоначальной теоріи: самъ авторъ произнесъ надъ нею свой судъ; но все жъ отмѣтимъ и здѣсь ея особенности, къ которымъ намъ еще придется вернуться. Дернбургъ строитъ, какъ видимъ, на почвѣ консервативной

теоріи, считая недѣйствительность супружескихъ дареній древнимъ національнымъ юридическимъ порядкомъ римлянъ. Кромѣ того, онъ считаетъ ретенціи позднѣйшимъ, сравнительно съ виндикаціей и кондикціей, образованіемъ, сложившимся въ области дотальныхъ отношеній помимо и независимо отъ этихъ средствъ.

Теперь обратимся къ теоріи Бехмана.

Относительно формы ретенцій Бехманъ полагаетъ, что онѣ не входили въ составъ исковой формулы rei uxoriae; относительно ихъ существа онъ, по примѣру Дернбурга, утверждаетъ, что онѣ — специфически дотальное учрежденіе. Онѣ не формальное только средство, какъ ius retentionis, для достиженія самостоятельной имущественно-правовой цѣли: онѣ и то, и другое, — и средство, и цѣль. Онѣ производятся не для того, чтобы пріостановкой обязательственнаго дѣйствія вынудить жену къ обязательственному же дѣйствію, но для того, чтобы мужъ окончательно удержалъ за собою нѣчто, на что онъ въ остальномъ не имѣлъ бы никакого притязанія. Фактически удержаніе не что иное, какъ только осуществленіе принадлежащаго мужу права дѣлать вычеты изъ приданаго. Это право не имѣетъ самостоятельнаго, внѣ дотальныхъ отношеній лежащаго, основанія. Право мужа дѣлать вычеты основано на томъ, что онъ обязанъ вернуть приданое. Этимъ ретенція и отличается отъ эксцепціи (въ матеріальномъ смыслѣ): всякая эксцепція имѣетъ независимое отъ иска, противъ котораго ее выдвигаютъ, основаніе. Въ ретенціяхъ мы имѣемъ дѣло не съ извнѣ привходящимъ ограниченіемъ дотальнаго притязанія жены (притязанія, въ самомъ себѣ неограниченнаго), какъ при зачетѣ или exceptio doli: нѣтъ, притязаніе жены возможно только съ ретенціями, ибо иначе гдѣ было бъ aequius melius? По этимъ причинамъ соотвѣтственныя права и могутъ быть проведены только въ формѣ ретенцій, и не иначе. Матеріальный смыслъ ретенцій утратился бы, еслибъ огражденныя ими притязанія приняли форму иска или зачета. Изъ дотальнаго отношенія для мужа не возникаетъ никакихъ самостоятельныхъ притязаній къ женѣ, а только правомочіе отказать въ полномъ возвратѣ приданаго. Всѣ самостоятельныя притязанія мужа возникаютъ на какой угодно другой почвѣ, но только не на дотальной. Оттого ретенціи явля-

Дотальная природа ретенцій.

ются ограниченіями вовсе не кондемнаціи, но самаго долга.

Замѣчаемыя исключенія.

Изложивъ эти общія положенія (326—328), Бехманъ признаетъ, что имъ не вполнѣ соотвѣтствуютъ удержанія propter res amotas и propter res donatas, такъ какъ въ обоихъ случаяхъ у мужа по классическому праву имѣются самостоятельные иски, совершенно не зависящіе отъ вопроса о приданомъ, и, стало быть, ретенція здѣсь, не имѣя чисто дотальнаго характера, является лишь одной изъ формъ, въ которыя могутъ облекаться извѣстныя права мужа. Однако онъ въ этомъ несоотвѣтствіи не видитъ опасности для своей теоріи. Прежде всего, вѣдь форму ретенціи такъ легко было распространить и на не-дотальныя притязанія, особенно въ виду ея характерныхъ удобствъ сравнительно, напр., съ компенсаціей. А во-вторыхъ, Бехманъ допускаетъ и иное объясненіе. Онъ полагаетъ, что въ обоихъ случаяхъ ретенціи были древнѣйшей изъ параллельныхъ формъ. Actio rerum amotarum — сравнительно позднее образованіе въ исторіи римскаго права. Она — только развитіе, только формальное и матеріальное расширеніе ретенціи propter res amotas. Было время, когда res amotae могли быть возвращены только при помощи ретенціи, такъ что она имѣла чисто дотальный характеръ (331—333).

Retentio propter res donatas.

Сомнительнѣе дѣло съ ретенціею propter res donatas. Въ ней, конечно, никакъ нельзя признать первоначальнаго зародыша учрежденія тому, кто въ запрещеніи дареній между супругами усматриваетъ древнѣйшее римское обычное право и даже находитъ для него безотносительныя нравственныя основанія[1]. Но именно это воззрѣніе Бехманъ и считаетъ ошибочнымъ. Запрещеніе дареній могло быть порождено только своеобразными нравственными, вѣрнѣе: безнравственными условіями, которыя сложились въ Римѣ въ послѣднее время республики. Этому есть и положительное доказательство: lex Cincia упоминаетъ супруговъ въ перечнѣ personae exceptae. Было бы само по себѣ

[1] Это все — безъимянный выпадъ въ сторону консервативной теоріи, главнымъ образомъ противъ Гассе, Савиньи (см. выше, стр. 137 слл., 320, 322 слл.) и Дернбурга, но отчасти и Пухты. О Пухтѣ у насъ подробно шла рѣчь въ предшествующей главѣ, — см. выше стр. 143 сл.

произвольно считать это постановленіе относящимся къ тѣмъ случаямъ, когда даренія дозволены между супругами; а вѣдь надо еще принять во вниманіе, что всѣ эти изъятія, поскольку они и безъ того не принадлежатъ безспорно къ очень поздней эпохѣ, имѣютъ совсѣмъ второстепенное значеніе. Такъ что не только запретъ былъ еще неизвѣстенъ въ половинѣ VI вѣка города, но даже напротивъ того была въ это время тенденція поощрять даренія между супругами. Если взвѣсить затѣмъ, что запретъ, какъ всѣми признано, возникъ путемъ обычая, то тѣмъ упорнѣе напрашивается мысль о постепенномъ, продолжительномъ его образованіи. Поэтому, заключаетъ Бехманъ, я считаю, хоть еще и не доказаннымъ, однако ничуть не невозможнымъ или невѣроятнымъ, что retentio propter res donatas точно такъ же явилась зародышемъ позднѣйшаго запрета супружескихъ дареній, какъ retentio propter res amotas была зерномъ actio rerum amotarum. Въ классическомъ правѣ, конечно, обѣ онѣ потеряли специфическое матеріально-правовое значеніе (333—334). Мнѣніе Дернбурга, добавляетъ онъ (334 прим. 1), что жена могла искать свои даренія искомъ rei uxoriae, не противорѣчитъ этой теоріи; но оно само стоитъ въ непримиримомъ разногласіи съ положеніемъ Павла въ Vat. Fr. § 103: rei uxoriae titulo id solum peti potest, quod in dotem datum est, ср. Cod. 5, 3, 1. И на самомъ дѣлѣ Dig. 24, 1, 55 допускаетъ и другое, болѣе естественное, чѣмъ у Дернбурга, пониманіе: именно, что beneficium competentiae, принадлежащее мужу при дотальномъ искѣ, отпадаетъ при кондикціи.

Связь Бехмана съ радикальною теоріею.

Такова теорія Бехмана. При ея изложеніи онъ не только по существу, но и формально, ссылаясь на Франке, примыкаетъ къ радикальной теоріи. Примѣнительно къ вопросу о супружескихъ дареніяхъ онъ діаметрально противоположенъ мнѣнію Дернбурга. „Запретъ“ дареній для него позднее исторически учрежденіе, а ретенція propter res donatas болѣе раннее юридическое образованіе, чѣмъ виндикація и кондикція.

Предварительно оцѣнки этой теоріи необходимо еще ознакомиться съ тѣмъ вліяніемъ, которое она оказала на Дернбурга, отступившаго ради взглядовъ Бехмана отъ своего первоначальнаго мнѣнія.

## III. Побѣда радикальной теоріи.

Уступка Дернбурга

Вполнѣ естественно, говоритъ онъ во второмъ изданіи (151—152), что судья принималъ во вниманіе при спорѣ о приданомъ даренія, сдѣланныя женѣ мужемъ за время брака. Преимущество тутъ уравновѣшивалось преимуществомъ, щедрость одной стороны щедростью другой стороны. Первоначально, можетъ быть, судья просто производилъ оцѣнку подареннаго и вычиталъ изъ приданаго эту стоимость. Но уже Лабеонъ призналъ за женою право вернуть вещь такъ, какъ есть. Въ классическую эпоху мужъ не ограниченъ только правомъ удержанія. По обычному праву даренія между супругами недѣйствительны и у дарителя имѣются еще и виндикація, и кондикція. Это право, какъ указалъ Бехманъ, гораздо моложе, чѣмъ право вычета изъ приданаго И точно, съ юридической точки зрѣнія надо признать, что эти способы огражденія права противоположны одно другому. При удержаніи предполагается, что дареніе дѣйствительно, и потому дотальный искъ уменьшается на его стоимость, а при кондикціи и виндикаціи дареніе считается недѣйствительнымъ и потому взыскивается самый предметъ или обогащеніе. Въ частности Дернбургъ не вполнѣ отказывается отъ своего толкованія Dig. 24, 1, 55, такъ какъ Vat Fr. § 103 имѣетъ, по его мнѣнію, спеціальный смыслъ: дотальнымъ искомъ можно получить только то, что̀ было дано женою въ приданое, а не то, что̀ симулятивно обѣщано мужемъ (стр. 152, пр. 3 fin.). 1868 г.

Другіе сторонники Бехмана.

Какъ видите, радикальной теоріи въ лицѣ Бехмана досталась полная побѣда. Дернбургъ уступилъ по существу въ обоихъ основныхъ положеніяхъ. На эту же точку зрѣнія раньше Дернбурга и почти одновременно съ Бехманомъ сталъ Кунтце (533—534), черезъ 2 года Бринцъ, еще черезъ годъ Чиларжъ (Dotalrecht, 352—353) и Виндшейдъ (въ своихъ Пандектахъ, — см. $3^8$, стр 46, прим. 1), а затѣмъ и цѣлый рядъ другихъ нѣмецкихъ писателей. Радикальная теорія стала и въ Германіи господствующимъ мнѣніемъ, хотя приняла новый обликъ. 1867 г. 1869 г.

## IV. Критика теоріи Бехмана.

Ложная предпосылка.

Выиграла ли отъ этого наука? Отвѣтъ не затруднителенъ: не только не выиграла, но много проиграла. Консер-

вативная теорія была, конечно, мертвою точкой: она ничего, въ сущности, не утверждала и лишь пассивно отсрочивала пересмотръ вопроса. Напротивъ, радикальная теорія зиждится на положительномъ утвержденіи, но это утвержденіе — хронологическое соотношеніе lex Cincia и дареній между супругами — есть ошибка. И эта ошибка и была заложена краеугольнымъ камнемъ въ основаніе теоріи Бехмана. Сказаннымъ предрѣшается приговоръ о цѣнности и устойчивости его мнѣнія: вопросъ по прежнему требуетъ коренного пересмотра.

Теорія Бехмана не вяжется со ссылкою на mores.

Во-вторыхъ, Бехманъ даже не возбуждаетъ вопроса о томъ, что̀ значитъ возникновеніе запрета путемъ обычая. Значитъ ли это — „эдиктомъ претора“? Или — obscurum per obscurius — „auctoritate prudentium“? Или — obscurius per obscurissimum — „officio iudicis“? Во всякомъ случаѣ онъ оставляетъ безъ объясненія самое главное въ историческомъ отношеніи: слово moribus у Ульпіана, Dig. 24, 1, 1 pr. Вѣковая загадка и въ новой теоріи продолжаетъ быть загадкою. Мы ни на шагъ не пошли далѣе глоссаторовъ, если примкнули къ Бехману. Печальный итогъ для 500-лѣтнихъ ученыхъ усилій!

Древность ретенцій.

Къ сказанному однако необходимо сдѣлать весьма существенныя оговорки. И прежде всего, не принимая дернбурговской (нынѣ господствующей) гипотезы объ исторіи дотальнаго иска и отвергая поправку Бехмана, построенную на почвѣ радикальной теоріи, я считаю безусловно вѣрною мысль послѣдняго о сравнительно наибольшей древности ретенцій между всѣми способами процессуальнаго проявленія недѣйствительности супружескихъ дареній. Въ дальнѣйшемъ ходѣ нашего изслѣдованія выяснятся частныя доказательства, которыхъ я въ данномъ мѣстѣ не имѣю возможности предвосхищать; но и a priori можно утверждать, что ретенція — чрезвычайно древняя процессуальная форма. Въ ней нельзя не видѣть чего-то вродѣ пассивной pignoris capio. Если же разсматривать ее съ активной точки зрѣнія, то пассивнымъ коррелятивомъ ей оказалась бы похæ deditio. Ретенція во всякомъ случаѣ своего рода легальное самоуправство на почвѣ имущественныхъ отношеній, — а глубокая древность всѣхъ видовъ легальнаго самоуправства не подлежитъ никакимъ сомнѣніямъ.

## V. Возраженія Бехману.

Возраженія Бехману.

Противъ этой мысли Бехмана было, правда, сдѣлано нѣсколько возраженій.

Граденвитцъ.

Прежде другихъ возразилъ Граденвитцъ. Однимъ изъ его возраженій служитъ (206) ссылка на rationes interdicti: но объ этой части его ученія нами уже сказано выше, стр 151 слл. Другое возраженіе Граденвитца (204) касается мысли Бехмана въ той формѣ, въ какой онъ самъ ее высказалъ, и въ этомъ смыслѣ вполнѣ убѣдительно, — см. немного ниже, стр. 346, — но существа мысли нимало не колеблетъ. 1887 г.

Асколи.

Послѣ Граденвитца высказался Асколи (500). Онъ также опирается на rationes interdicti, но главнымъ образомъ съ цѣлью отмѣтить, что запретъ касался и мужа и жены, а retentiones могли бы повліять только на даренія мужа женѣ. Въ концѣ настоящей главы это возраженіе отпадетъ само собой и потому здѣсь мы не будемъ на немъ останавливаться. 1898 г.

Ссылка на систему изложенія Ульпіана.

Другое возраженіе Асколи, повторенное де-Медіо (I, 368), сводится къ тому, что порядокъ изложенія римскихъ юристовъ плохо вяжется съ предположеніемъ о возникновеніи недѣйствительности изъ ретенцій. Такъ, напр., Ульпіанъ сначала говоритъ о ретенціяхъ вообще, въ томъ числѣ и о ретенціяхъ propter res donatas (6, 9), а сразу вслѣдъ затѣмъ о запретѣ дареній между супругами (7, 1). Но и это возраженіе не годится. Ульпіанъ до насъ дошелъ въ сокращенномъ видѣ и связь изложенія въ подлинникѣ намъ неизвѣстна. Но и въ своемъ теперешнемъ видѣ онъ свидѣтельствуетъ прямо противъ Асколи. Ульпіанъ, 6, 9, перечисляетъ виды ретенцій и затѣмъ говоритъ о ретенціи propter liberos (6, 10), propter mores (6, 12—13), propter impensas (6, 14—17), propter res donatas (7, 1), propter res amotas, (7, 2). Только два мѣста, 6, 11, и 7, 3 не вяжутся съ этою послѣдовательностью; но они зато свидѣтельствуютъ намъ объ обиліи сокращеній въ данномъ случаѣ, а съ другой стороны о совершенной произвольности рубрикъ въ сохранившемся до насъ извлеченіи. Напротивъ, всѣ наши свѣдѣнія о римскихъ юридическихъ системахъ свидѣтельствуютъ, что ученіе о дареніяхъ между супругами всегда излагалось въ связи съ удержаніями изъ приданаго. 1902 г.

Помимо наибольшей древности удержанія между другими процессуальными формами проявленія недѣйствительности супружескихъ дареній, я готовъ признать, что оно явилось если не зерномъ, то во всякомъ случаѣ первымъ юридическимъ проявленіемъ самой недѣйствительности. Опять-таки, данная мысль здѣсь можетъ быть только намѣчена, ибо ея полному развитію въ дальнѣйшемъ посвящена не одна страница; но и здѣсь уже ясно изъ изложеннаго, что діалектическій путь, которымъ Бехманъ пришелъ къ вѣрному выводу, представляется мнѣ ложнымъ путемъ Правда, и самый выводъ вѣренъ только въ основѣ своей; но все жъ онъ, по моему, вѣренъ, — а это главное. Зато, съ другой стороны, этотъ выводъ, разъ отвергнутъ ходъ мыслей, который привелъ къ нему Бехмана, послужитъ вѣскимъ возраженіемъ противъ исторической гипотезы Дернбурга. Если даренія между супругами независимы отъ ретенціи, то и ретенція propter res donatas имѣетъ основаніемъ не дотальное отношеніе, а нѣчто другое; между тѣмъ она не одна изъ формъ проявленія недѣйствительности супружескихъ дареній, а (первоначально) единственная существующая форма; слѣдовательно, матеріальное основаніе ретенцій невѣрно понято Дернбургомъ и Бехманомъ, а стало быть неправильно и ихъ пониманіе самой actio rei uxoriae, такъ какъ оно неразрывно связано съ ихъ пониманіемъ удержаній.

Неправильность предпосылокъ Бехмана.

Послѣдняя оговорка въ пользу Дернбурга и Бехмана — признаніе за ними весьма цѣнной научной заслуги. Они впервые сблизили ученіе о дареніяхъ между супругами съ общимъ дотальнымъ правомъ. Конечно, они сдѣлали свое сближеніе не изъ заботы о нашемъ предметѣ, который имъ только мѣшалъ, какъ докучная подробность; но это не можетъ умалить ихъ заслуги. Ихъ сближеніе знаменуетъ собою второй поступательный шагъ, сдѣланный въ направленіи, намѣченномъ геніальною догадкою Бриссона: первый былъ сдѣланъ Бёмеромъ. Правда, Дернбургъ и Бехманъ не создали устойчивой теоріи; но они коснулись реальной исторической почвы обычно-правового происхожденія недѣйствительности супружескихъ дареній. Въ ихъ изслѣдованіяхъ обнажилась неразрывная связь дотальнаго права съ правомъ дареній между супругами. Степень сознательности этого открытія и умѣнья его использовать

Сближеніе ученія о дареніяхъ между супругами съ дотальнымъ правомъ.

ничуть не можетъ повліять на цѣнность самаго открытія: кладъ остается кладомъ, кто бы, гдѣ бы и при какихъ бы условіяхъ его ни нашелъ.

Можно ли вывести недѣйствительность супружескихъ дареній изъ retentio propter res donatas

Съ другой стороны, мнѣ предстоитъ указать и частныя слабости разбираемой теоріи, которыя сами по себѣ грозятъ ей каждая въ отдѣльности смертельной опасностью. Прежде всего, Бехманъ не выяснилъ, какъ могла ретенція повести къ образованію обычно-правовымъ путемъ запрета дареній между супругами. Дернбургъ очень мѣтко нанесъ ударъ, самъ того повидимому не сознавая, какъ разъ въ это больное мѣсто, высказавъ, что удержаніе propter res donatas предполагаетъ дѣйствительность дареній. Совершенно вѣрно; но тогда — откуда же запретъ? Именно противъ Бехмана выдвинулъ эту мысль Дернбурга (правда, на него не ссылаясь) Граденвитцъ. Ретенція по поводу дареній, говоритъ 1887 г.
онъ (202), объясняется гораздо естественнѣй, если признать дарения дѣйствительными, чѣмъ если признать ихъ недѣйствительными при ея возникновеніи. Самое выраженіе res donatæ показываетъ, что она появилась тогда, когда дарения считались дареніями, т. е. еще не признавались вовсе не бывшими, nullæ ipso iure Зато съ другой стороны, если видѣть, какъ самъ Бехманъ, въ ретенціяхъ первое проявленіе недѣйствительности дареній (ибо иначе какъ могла бъ эта ретенція быть зародышемъ позднѣйшаго запрета?), то положеніе надо признать еще безвыходнѣе. Бехманъ находитъ опасною для своей теоріи мысль о глубокой древности взгляда на супружескія дарения, какъ на недѣйствительныя; но еще опаснѣе мысль о сравнительной новизнѣ этого учрежденія. И на самомъ дѣлѣ, допустимъ, что въ ретенціяхъ впервые проявилась недѣйствительность супружескихъ дареній: это обязываетъ насъ допустить, что ретенціи были невозможны въ ту эпоху, до l. Cincia, когда дарения были дѣйствительны, а стало быть, надо принять одно изъ двухъ: или что ретенціи „имманентны“ иску rei uxoriæ, но тогда пришлось бы и этотъ искъ считать возникшимъ позже Цинціева закона; или что ретенціи возникли независимо отъ иска rei uxoriæ, т. е. стоятъ не на основаніи дотальнаго отношенія, а на какомъ-то другомъ, совершенно самодовлѣющемъ. Чтобы спасти свою теорію, Бехманъ долженъ признать actio rei uxoriæ и retentio propter res donatas

одновременно или почти одновременно возникшими учрежденіями. Но тогда ему приходится отказаться отъ радикальной теоріи и отъ своего собственнаго взгляда. Или же онъ долженъ доказать, что ретенціи не могли возникнуть одновременно съ actio rei uxoriæ, такъ какъ она возникла ранѣе, чѣмъ даренія между супругами стали фактически и юридически возможными: но тогда Бехманъ не можетъ допустить вовсе промежуточной эпохи, когда бъ эти даренія были въ силѣ, — однако радикальная теорія вынуждаетъ его допустить такой періодъ для времени Цинціева закона. Если же даренія сначала признавались дѣйствительными, а потомъ стали опорочиваться при помощи retentiones propter res donatas, то надо признать, что основаніе этихъ ретенцій не могло лежать въ самомъ дотальномъ отношеніи, а обрѣталось гдѣ то внѣ его, ибо иначе — гдѣ были ретенціи въ эпоху дѣйствительности супружескихъ дареній? Этой внутренней антиномичности не исцѣлить никакими діалектическими уловками. А вѣдь надо еще признать вполнѣ справедливымъ и то возраженіе, которое Бехману дѣлаетъ Гофманнъ[1]: недѣйствительность дареній между супругами, говоритъ онъ, есть предположеніе, а не послѣдствіе ретенціи propter res donatas (297). Я, правда, сказалъ бы не „предположеніе“, а „коррелятивъ“; но существа дѣла эта поправка не мѣняетъ.

1881 г.

## § 18. Послѣдователи Бехмана.

### I. Вліяніе Бехмана.

1878 г. Чтобы покончить съ теоріею Бехмана, слѣдуетъ еще указать на то развитіе, которое она получила у Кейссера. Кейссеръ совсѣмъ не оригиналенъ и плохо подготовленъ къ своей задачѣ. Вся его ученость почерпнута у Савиньи, Бехмана, Франке и Кёппена. Тѣмъ не менѣе, быть можетъ подъ непосредственнымъ личнымъ вліяніемъ Кёппена или самого Бехмана, Кейссеръ очень недурно обставилъ научными подробностями теорію послѣдняго. Притомъ книга

Кейссеръ.

[1] Къ Дернбургу оно не относится, ибо Гофманнъ упустилъ изъ виду отмѣченную нами (самоубійственную діалектически) оговорку Дернбурга о томъ, что ретенція предполагаетъ дѣйствительность дареній; но къ Бехману это возраженіе относится въ полной мѣрѣ.

Кейссера, какъ единственная за послѣднее время нѣмецкая монографія по нашему предмету, вышедшая отдѣльнымъ изданіемъ, постоянно цитируется наряду со статьей Гофманна и книгою Граденвитца, почему пользуется сравнительной извѣстностью. Все это вмѣстѣ взятое лишаетъ насъ возможности обойти ее молчаніемъ. Впрочемъ, изъ болтливаго историческаго введенія мы отмѣтимъ лишь существенныя мысли, которыя сами засвидѣтельствуютъ нашимъ читателямъ о степени какъ самостоятельности, такъ и научной серіозности Кейссера.

## II. Зейффертъ.

Зейффертъ

Однако, предварительно мы особо должны отмѣтить весьма цѣнную мысль, обогатившую разсужденія Кейссера можетъ быть лучшими ихъ особенностями. Эту мысль вполнѣ самостоятельно высказалъ, мимоходомъ и внѣ связи со своимъ предметомъ, Лотаръ Зейффертъ, самъ едва ли оцѣнивъ въ полной мѣрѣ значеніе своей догадки для нашего вопроса. Коснувшись, по поводу ратигабиціи, дареній между супругами, онъ говоритъ, несомнѣнно подъ вліяніемъ дурно понятыхъ имъ воззрѣній Савиньи, что эти даренія считались у римлянъ contra bonos mores, и, вкратцѣ перебирая rationes недѣйствительности, прибавляетъ (123, прим. 4): мы не ошиблись бы, допустивъ, что въ старину, при запрещеніи дареній между супругами, менѣе руководились назидательными соображеніями этого сорта, чѣмъ просто заботой о сохраненіи имущества въ семьѣ (въ интересѣ агнатовъ). 1868 г.

## III. Кейссеръ.

Начальная исторія учрежденія

Вотъ это краткое, но вѣское, замѣчаніе и усвоилъ къ своей большой литературной выгодѣ и еще большей нравственной невыгодѣ (безмолвно) Кейссеръ. Кейссеръ начинаетъ съ компилятивнаго по Савиньи положенія, что въ подручномъ бракѣ даренія были немыслимы: они были бы все равно, что даренія самому себѣ (5). 1878 г.

Вольные браки.

Но этотъ порядокъ измѣнился съ возникновенія вольныхъ браковъ, — возникновенія, обусловленнаго, вѣроятно, столкновеніемъ интересовъ подручной жены и ея законныхъ опекуновъ агнатовъ: поступая подъ руку мужа, женщина лишала ихъ наслѣдственныхъ правъ въ пользу своего мужа

и своихъ дѣтей. Это столкновеніе могло быть примирено только путемъ вольнаго брака, въ которомъ женщина не мѣняла ни своего семейнаго, ни своего имущественнаго положенія, ни, стало быть, правъ своихъ опекуновъ. Мужу при этомъ доставалась только часть ея имущества въ видѣ приданаго, да и эта часть обыкновенно возвращалась ей путемъ praelegatio dotis, хоть и давалась, конечно, ut semper apud maritum sit (Ulp. 6, 5).

Опека агнатовъ надъ женщиною.

Дареніямъ между супругами первоначально и въ вольныхъ бракахъ не могло быть мѣста: юридически они были возможны, но фактически исключались интересами опекуновъ. Именно, дареніе мужа женѣ шло бы не въ ея пользу, а въ пользу ея опекуновъ, ибо при жизни она могла располагать своимъ парафернальнымъ имуществомъ только съ согласія опекуновъ, а послѣ смерти оно шло имъ же, опекунамъ, а не ея дѣтямъ, ибо вольные браки не создавали агнатической связи между матерью и дѣтьми; дареніе же мужу со стороны жены не могли встрѣчать сочувствія опекуновъ и не принадлежали къ тѣмъ сдѣлкамъ, при которыхъ преторъ ex magna causa принуждалъ опекуновъ къ auctoritatis interpositio (7).

Цинціевъ законъ.

Только послѣ устраненія опеки агнатовъ надъ женщиною стали фактически возможны дареніе между супругами въ вольныхъ бракахъ. И о томъ, что они съ тѣхъ поръ встрѣчались, свидѣтельствуетъ намъ lex Cincia, гдѣ супруги причислены къ personae exceptae (8).

Новые нравы.

Однако при упадкѣ нравовъ въ концѣ республики, когда браки стали заключаться и расторгаться ради прихоти или наживы, мысль о томъ, что въ бракъ не должно вступать по другимъ какимъ либо побужденіямъ, кромѣ взаимной любви, должна была повести къ возникновенію правовыхъ нормъ, стремящихся устранить возможность своекорыстныхъ видовъ въ отношеніяхъ между супругами. Отсюда преторское наслѣдованіе супруговъ послѣ всѣхъ родственниковъ, на послѣднемъ мѣстѣ (9). Отсюда эдиктъ de alterutro. Отсюда, наконецъ, и ретенціи propter impensas, res amotas и res donatas.

Возникновеніе недѣйствительности супру-

Если женщина вступала въ бракъ изъ корыстныхъ видовъ, то въ ея интересѣ было дать все ея имущество мужу въ приданое. Этимъ она исключала для себя возможность

жескихъ дареній

дѣлать подарки мужу, благодаря actio rei uxoriæ, и открывала полный просторъ для выпрашиваній у него въ свою пользу, чтобы развестись по минованіи надобности (10). Чтобы бороться съ такими явленіями, пришлось превратить actio rei uxoriæ въ разбирательство всѣхъ имущественныхъ отношеній, обусловленныхъ бракомъ, — разбирательство, которое исключало бы возможность наживы посредствомъ брачнаго союза и вычитало бы изъ долга мужа всѣ lucra, извлеченныя женой изъ его имущества. По римскимъ воззрѣніямъ, мужъ долженъ былъ возвращать приданое потому, что не долженъ былъ видѣть въ немъ побужденія къ корыстному заключенію брака, разъ оно давалось не въ видѣ дара мужу, а ради интересовъ жены. Потому правовому чувству римлянъ не могла не показаться противною дѣйствительность дареній мужа женѣ, когда эта дѣйствительность вела къ возможности для нея послѣ развода взыскать все приданое, поживившись еще богатыми дареніями. Это были уже не подарки изъ чувства нравственнаго долга, какія имѣлъ въ виду Цинціевъ законъ, это были вымогательства, въ которыхъ сказывался упадокъ нравовъ. Вполнѣ естественно, что въ народѣ сложилось убѣжденіе: мужъ, одарившій жену во время брака, обязанъ вернуть приданое только за вычетомъ своихъ дареній.

Rationes удержанія.

Въ этой retentio propter res donatas былъ implicite высказанъ принципъ: допустимость дареній между супругами предполагаетъ простые и чистые нравы; при упадкѣ нравовъ право должно отказать въ признаніи этимъ дареніямъ. Они или даютъ возможность супругамъ обирать другъ друга при помощи притворной любви (Dig. 24, 1, 1 pr.), или отказъ въ нихъ служитъ предлогомъ къ разводу (Dig. 24, 1, 2), или же (11) они разоряютъ лучшаго изъ супруговъ, обогащая худшаго, и во всякомъ случаѣ роняютъ добрую славу обоихъ, возбуждая подозрѣніе, что ихъ согласіе держится не безкорыстною любовью, но цѣной имущественныхъ выгодъ (Dig. 24, 1, 3 pr.).

Связь съ ними запрета.

Указанные тексты подтверждаютъ, что именно таковы были причины, по которымъ всеобщій запретъ дареній между супругами сталъ обычнымъ римскимъ правомъ. Напротивъ, изъ источниковъ нельзя вывести, что retentio propter res donatas явилась исходнымъ историческимъ пунктомъ запре-

щенія. Однако эта мысль сама собою напрашивается. Дозволенныя даренія прежде всего должны были оспариваться тамъ, гдѣ стояли въ очевидномъ противорѣчіи съ aequitas. Этотъ случай представлялся при требованіи приданаго женою, неосновательно расторгнувшею бракъ или вынудившею своимъ поведеніемъ его расторженіе. Дотальный искъ былъ actio in æquum et bonum concepta. Его ввели на тотъ случай, что справедливость требовала бы возврата приданаго женѣ при неосновательномъ разводѣ со стороны мужа (12). Aequitas была предположеніемъ этого иска и согласно съ нею долженъ былъ судья опредѣлять, на что имѣетъ право жена dotis nomine. Согласно съ нею же долженъ былъ онъ дѣлать и вычеты въ пользу мужа, — а на такіе вычеты мужъ могъ притязать и propter res donatas, когда жена разводомъ доказывала, что не имѣла тѣхъ супружескихъ чувствъ, которыя мужъ предполагалъ въ ней, дѣлая дареніе.

Развитіе запрета.

Отсюда весьма вѣроятно, что общій запретъ супружескихъ дареній постепенно развился изъ удержаній propter res donatas. А когда опытъ показалъ, что и мужья способны обирать женъ при посредствѣ дареній, то естественно отъ ретенціи мужа додумались и до иска о возвратѣ дареній для жены. Этимъ искомъ первоначально былъ, повидимому, искъ rei uxoriae. Однако и онъ, и ретенція не вполнѣ упрочивали порядокъ: ихъ предположеніемъ была дача приданаго. Гдѣ не было приданаго, они были безполезны (13). Помочь дѣлу могъ только всеобщій запретъ дареній. Ratio interdicti уже было дано въ правовомъ убѣжденіи народа, породившемъ ретенціи: стало быть, общій запретъ оставался дѣломъ простого умозаключенія. Поводомъ къ такому умозаключенію и должны были послужить браки безъ приданаго. Такъ шагъ за шагомъ пришло римское право къ запрету дареній между супругами. Упадокъ нравовъ вынудилъ этимъ запретомъ возвести въ правовую норму нравственное требованіе, чтобы браки заключались только по безкорыстной взаимной склонности (14).

Разборъ теоріи Кейссера.

Въ такомъ видѣ излагаетъ Кейссеръ теорію Бехмана. На первый взглядъ все это очень правдоподобно и основательно; однако, первому впечатлѣнію не слѣдуетъ довѣряться. Оно обусловлено только ученой обстановкой, а не научною силой и вѣрностью мысли. Обильныя подробности

только заслоняютъ, а не восполняютъ логическую безсвязность и неустойчивость положеній.

Опека надъ женщинами

Такъ, напр., все разсужденіе о вліяніи опеки надъ женщинами, безъимянно заимствованное, какъ мы только что указали, у Зейффepта, не лишено извѣстной цѣнности; но къ чему оно въ данномъ случаѣ Кейссеру? Для историческаго объясненія нашего учрежденія важно знать не то, почему оно могло возникнуть раньше или позже, а то, почему оно вообще возникло, все равно, рано или поздно. Между тѣмъ вся забота Кейссера направлена именно на первую задачу. Въ отношеніи ко второй онъ стоитъ на почвѣ радикальной теоріи, — стало быть, раздѣляетъ участь всѣхъ стоящихъ на этой почвѣ.

„Имманентность“ ретенцій.

Однако у него невыясненъ и самый существенный исходный пунктъ его собственнаго разсужденія. Его мысль о началѣ ретенцій основана просто на непониманіи всѣхъ разъясненій природы ретенціи Дернбургомъ и Бехманомъ, которымъ онъ принципіально слѣдуетъ. Согласно съ его изложеніемъ на стр. 10—11 actio rei uxoriae первоначально явилась безъ retentio propter res donatas и лишь потомъ обогатилась ею, какъ какою то прибавкою. Гдѣ же тутъ бехмановская „имманентность“ ретенцій иску rei uxoriae? А вѣдь откинувъ эту „имманентность“, мы должны отказаться и ото всей теоріи самого дотальнаго иска, а стало быть и отъ исторической гипотезы Бехмана, которую принимаетъ Кейссеръ.

Зарожденіе ретенцій.

Далѣе, почему до введенія ретенціи и, стало быть, задолго до признанія супружескихъ дареній недѣйствительными жена *исключала* для себя возможность дѣлать даренія мужу, давъ ему въ приданое *все* свое имущество? Мнѣ думается, что тутъ вопіющая непродуманность. Вѣдь если даренія не были „запрещены“, то ихъ совершеніе устраняло примѣненіе actio rei uxoriae въ полномъ объемѣ и уменьшало притязаніе жены на сумму сдѣланныхъ дареній. „Правовое чувство“ и т. п. тутъ ничего не доказываютъ, — напротивъ, ихъ то самихъ и надо еще доказать.

Rationes interdicti.

Далѣе, Кейссеръ объясняетъ недѣйствительность дареній тѣми rationes interdicti, съ которыми мы встрѣчаемся въ дигестахъ. Но изъ предшествующей главы мы знаемъ цѣну и значеніе этихъ rationes. Притомъ, какова бы ни

была ихъ цѣна, историческимъ объясненіямъ они нисколько не помогаютъ

Затѣмъ Кейссеръ подхватываетъ неточную мысль Дернбурга, исправленную Бехманомъ, о томъ, что жена могла взыскивать свои даренія посредствомъ actio rei uxoriae. Дернбургъ правъ, поскольку жена дѣлала даренія изъ приданаго; но Бехманъ правъ потому, что этотъ искъ не годился для поворота дареній изъ парафернальнаго имущества. Правда, за Дернбургомъ осталось послѣднее слово, но неправота его очевидна, особенно въ толкованіи Dig. 24, 1, 55: объясненіе Бехмана не оставляетъ никакихъ сомнѣній. Dig. 24, 1, 55.

Общая неудовлетворительность теоріи Кейссера.

Въ концѣ концовъ остается только прибавить, что, помимо указанныхъ промаховъ, и для Кейссера остаются въ силѣ возраженія, сдѣланныя по существу противъ Дернбурга и Бехмана.

## IV. Карлова.

1892 г

Варіантъ ученія Бехмана.

Въ самое недавнее время теорія Бехмана пережила послѣднюю метаморфозу подъ перомъ Карловы. По внѣшности изложеніе послѣдняго — простой пересказъ того, что̀ раньше говорили Франке и Бехманъ; но на дѣлѣ эта внѣшность обманчива. Карлова, такъ сказать, отрѣшаетъ ихъ мысли отъ того ствола и тѣхъ корней, на которыхъ онѣ выросли и созрѣли. Запретъ дареній, говоритъ онъ (II, 226), сложился, согласно Ульпіану, путемъ обычнаго права. Но какъ же могло юридически проявиться враждебное супружескимъ дареніямъ настроеніе? При этомъ вопросѣ мысль невольно обращается къ ретенціи propter res donatas. Мысль о поворотѣ даренія всего раньше должна была возникать у дарителя при разводѣ и мужу представлялся случай осуществить ее въ iudicium rei uxoriae. Необычайная свобода усмотрѣнія, которая въ немъ была предоставлена арбитру, благодаря aequius melius исковой формулы, открывала ему возможность признавать даренія мужа недѣйствительными и вычитать ихъ стоимость изъ приданаго. А когда ретенціи propter res donatas стали общимъ порядкомъ, то на нихъ нельзя было остановиться. Справедливость требовала предоставить и женѣ право на поворотъ ею сдѣланныхъ дареній. Но тутъ ретенція была невозможна. Тогда и пришли, конечно, не безъ поддержки

со стороны юристовъ, къ общему положенію о томъ, что даренія между супругами имѣютъ только фактическій, прекарный характеръ, — до востребованія (II, 227).

Разборъ теоріи Карловы.

Прежде всего, надо сказать, что въ этой отрѣшенной формѣ теорія Бехмана всего ближе къ истинѣ. Ни то или другое воззрѣніе на природу ретенціи, ни даже принятіе или непринятіе радикальной теоріи (Карлова, спѣшу оговориться, безпрекословно ее принимаетъ) не мѣшаетъ принять мысль о томъ, что ретенція была первымъ проявленіемъ зарождающагося ученія о недѣйствительности супружескихъ дареній. Но зато Карлова на первый планъ выдвинулъ все то же неизбѣжное судейское усмотрѣніе. Вполнѣ естественно, что въ отрѣшенномъ видѣ мысль о ретенціяхъ не имѣетъ никакой почвы; а та, на которой пытается утвердить его Карлова, болѣе чѣмъ неустойчива. Никогда не удастся доказать, будто какая нибудь формула могла дать судьѣ право по усмотрѣнію признавать или не признавать дѣйствительность тѣхъ или другихъ сдѣлокъ. Даже преторскому эдикту не всегда это удавалось; a in integrum restitutio никогда не могло имѣть такого общаго и безусловнаго характера, какъ наше учрежденіе. Кто не вѣруетъ во всемогущество римскаго судьи, для того изложеніе Карловы только наборъ пустыхъ словъ. Даже де-Медіо, не робѣющій идти на самыя невѣроятныя предположенія, смутился въ данномъ случаѣ. По-истинѣ, говоритъ онъ (I, 367), какъ бы широко ни было усмотрѣніе арбитра въ силу aequius melius, кто же станетъ серіозно утверждать, будто онъ могъ объявлять даренія недѣйствительными и въ силу этого распоряжаться вычетомъ ихъ стоимости изъ цѣны приданаго, если они не были самимъ правомъ признаны недѣйствительными? Совершенно вѣрно. Противъ Дернбурга и даже Бехмана это возраженіе можетъ быть не совсѣмъ годится, но противъ Карловы оно неотразимо.

## § 19. Бринцъ и Гофманнъ.

### I. Бринцъ.

Обособленность Бринца.

Здѣсь мы кончаемъ разсмотрѣніе Бехмановской вѣтви радикальной теоріи и обращаемся къ другой группѣ писателей, сошедшихся на той же почвѣ въ одномъ направленіи 1869 г.

и сосредоточившейся около Бринца. Замѣчу, впрочемъ, что самъ Бринцъ стоитъ совсѣмъ особнякомъ въ отношеніи къ нашему вопросу. Онъ не примыкаетъ ни къ радикальной, ни къ консервативной теоріи, и ни однимъ намекомъ не возражаетъ ни противъ той, ни противъ другой. Но, какъ мы сейчасъ выяснимъ, его теорія сложилась на почвѣ ученій Бехмана и кромѣ того послѣдователи Бринца вполнѣ опредѣленно примкнули къ теоріи радикальной; а стало быть именно въ данномъ мѣстѣ намъ всего удобнѣй ознакомиться съ его воззрѣніями.

Догматическія предпосылки Бринца

Мнѣніе Бринца касается исторической стороны ученія, но его исходныя разсужденія вытекаютъ изъ догматическихъ запросовъ. Положеніе, что даренія безповоротны, говоритъ онъ (3, 788 сл.), не имѣетъ мѣста между супругами. Между ними поворотъ дареній возможенъ. Зато съ другой стороны ихъ даренія не только подлежатъ поворотамъ, но еще сверхъ того и запрещены съ силою lex perfecta, т. е. ничтожны, хотя запретъ основанъ только на обычаѣ, такъ что въ сущности здѣсь передъ нами даже вовсе нѣтъ дареній и, стало быть, супруги не то что освобождены, а исключены изъ сферы общаго права, лишены возможности совершать обоюдно даренія.

Недѣйствительность и поворотность.

Однако спрашивается, не была ли все же именно поворотность цѣлью учрежденія, а недѣйствительность только средствомъ къ ея достиженію, такъ что о prohibitio или interdictum заговорили позже, въ нѣкоторомъ родѣ для объясненія принятой недѣйствительности? Съ одной стороны, это вполнѣ возможно: вѣдь недѣйствительность могли провозгласить для того, чтобы вывести поворотъ изъ рамокъ простой кондикціи или иныхъ облигаторныхъ или чисто персональныхъ средствъ. Что же касается съ другой стороны правдоподобія такой мысли, то многое говоритъ скорѣе въ пользу ея, чѣмъ противъ нея.

Rationes недѣйствительности и реквизитъ обогащенія.

Во-первыхъ, при ней намъ яснѣе самая причина недѣйствительности.

Во вторыхъ, отсюда же понятно, почему не взыскиваются даренія, отъ которыхъ даритель не становится бѣднѣе. Правда, реквизитъ обогащенія одареннаго указываетъ какъ будто и еще на что-то, кромѣ помощи дарителю; но при ближайшемъ разсмотрѣніи эта видимость исчезаетъ:

вѣдь если бы взыскивать даренія даже при отсутствіи обогащенія одареннаго, такъ это значило бы дѣлать его бѣднѣе въ интересахъ дарителя. По той же причинѣ требуется и наличность обогащенія не только въ моментъ даренія, но и при litis contestatio (Dig. 24, 1, 5 ult; 24, 1, 57 fin; 24, 1, 1, 7 pr.; Cod. 5, 16, 8; 5, 16, 17), и понятно, почему обогащеніе взыскивается не въ полномъ размѣрѣ, а только до предѣловъ даренія.

Возраженія противъ первичной недѣйствительности.

Напротивъ, если какая нибудь (мудрено сказать, какая именно) неодобрительность супружескихъ дареній послужила зерномъ запрета и недѣйствительности, то не только эти реквизиты обѣдненія и обогащенія оказываются безъ основанія, но и самый ходъ историческаго развитія отъ безусловной недѣйствительности къ частичной дѣйствительности въ силу Oratio 206 г. становится необъяснимымъ. Отчего дареніе, недѣйствительное принципіально или само по себѣ, оживаетъ потому, что умеръ даритель? Иное дѣло, если недѣйствительность была не первичнымъ явленіемъ, а только послѣдствіемъ права poenitentiæ: послѣднее, очевидно, должно было ограничиваться усмотрѣніемъ самого дарителя и, стало быть, предѣлами его жизни.

Обычноправовое происхожденіе.

Наконецъ, заключаетъ Бринцъ, даже какъ продуктъ обычнаго права (Dig 24, 1, 1 pr.) данное сингулярное право понятнѣй, если его началомъ было право поворота, а запретъ только рефлексіей. Ибо именно права, по преимуществу, чѣмъ старше, тѣмъ крѣпче коренятся въ обычаѣ; запреты же бываютъ обыкновенно порожденіями не обычаевъ, но законовъ (3, 795).

## II. Оцѣнка ученія Бринца.

Вліяніе Бехмана и самобытность Бринца.

Бринцу неотъемлемо принадлежитъ та заслуга, что онъ внесъ въ науку дѣйствительно новую мысль; но безпристрастіе требуетъ отъ насъ, чтобы мы признали на этой мысли косвенное вліяніе Бехмана. Сказать, что недѣйствительность явилась только выводомъ изъ поворотности супружескихъ дареній, было нетрудно послѣ того, какъ было сказано, что запретъ выработался на почвѣ ретенцій propter res donatas. Конечно, мысль Бринца отъ этого не менѣе принадлежитъ Бринцу и его заслуга ничего не теряетъ оттого, что онъ имѣлъ предшественниковъ.

Воззрѣніе Бринца повліяло на науку какъ въ догматическомъ, такъ и въ историческомъ отношеніи. Первое мы покамѣсть оставимъ безъ разсмотрѣнія, но тѣмъ внимательнѣе прослѣдимъ второе. Дѣло въ томъ, что Бринцъ не столько разрѣшаетъ, сколько ставитъ вопросъ по новому. Для его догматическихъ цѣлей этого было, пожалуй, и достаточно; но остановиться на одной постановкѣ вопроса было, конечно, невозможно: требовался положительный отвѣтъ, откуда взялась поворотность супружескихъ дареній, какъ превратилась она въ недѣйствительность, откуда взялся, наконецъ, запретъ, несвойственный, по собственному признанію Бринца, нормамъ обычнаго права. Притомъ, такъ какъ Бринцъ не примыкаетъ открыто ни къ консервативной, ни къ радикальной теоріи, то не исключаетъ ни для той, ни для другой возможности быть пріуроченною къ его мысли. И на самомъ дѣлѣ случилось и то, и другое. Консервативную теорію сочеталъ съ воззрѣніями Бринца, какъ мы уже предупредили читателей, Гофманнъ, а радикальную — де-Медіо.

Вліяніе Бринца.

### III. Гофманнъ.

1881 г.

Гофманнъ обнародовалъ свое мнѣніе въ 1881 году, но, какъ самъ заявляетъ (286, прим. *), по рукописи, составленной еще въ самомъ началѣ 70-хъ годовъ, т. е. тогда, когда радикальная теорія только начала завоевывать преобладаніе въ наукѣ. Этимъ въ значительной степени объясняется отношеніе къ ней Гофманна. Какъ бы то ни было, консервативная точка зрѣнія спасла его отъ многихъ ошибокъ и дала возможность высказать нѣсколько безусловно цѣнныхъ мыслей, частью совпадающихъ съ забытыми нынче наблюденіями Бёмера, частью же совершенно новыхъ. Благодаря ей же, Гофманнъ пользуется и до-гаевской, а частью (правда, очень поверхностно и неудачно) и до-глюкковскою литературою.

Консервативный духъ теоріи Гофманна.

Хотя римское право, говоритъ онъ (286 сл.), и запретило дарения между супругами, объявивъ ихъ недѣйствительными, хотя юристы очень настойчиво подчеркивали безусловность этой недѣйствительности въ силу запрета, однако въ жизни онъ сказывался менѣе строго и круто, чѣмъ въ теоріи. Недѣйствительное дареніе не влекло за собою пени, не было

Бытовой характеръ супружескихъ дареній.

turpis, а только iniusta causa, и пока супруги жили въ мирѣ и совѣтѣ, имъ и не нужна была юридическая охрана дареній, да въ сущности не нужны и самыя даренія въ юридическомъ смыслѣ.

Недѣйствительность. Потому даренія, сдѣланныя при отношеніяхъ, когда мое и твое такъ мало различаются, не должны были обязывать юридически. Таково было національное воззрѣніе. А ужъ какъ оно затѣмъ проявится въ области права, было вопросомъ техническимъ, безразличнымъ для народнаго сознанія. Римскіе юристы рѣшительно высказались въ пользу недѣйствительности, тогда какъ для неспеціалистовъ должно было казаться, что рѣчь идетъ только о поворотности. Юристы пришли къ своей мысли, чтобы, какъ говоритъ Бринцъ, освободить поворотъ отъ рамокъ кондикціи или другихъ способовъ взысканія.

Изъятія. Къ этому надо прибавить, что 1) множество дареній не подлежало запрету, а въ частности mortis causa donationes всегда были дозволены, что 2) именно этотъ запретъ и послужилъ для римскихъ юристовъ поводомъ очень тѣсно ограничить самое понятіе дареній, такъ что многія въ бытовомъ смыслѣ даренія не могли подъ него подойти, и что, наконецъ, 3) поворотность отпадала при отсутствіи обогащенія.

Manus mariti. Возникновеніе правилъ о супружескихъ дареніяхъ Гофманнъ, какъ и до-гаевская литература, выводитъ изъ manus mariti (288 сл.). Жена ничего не имѣла и даренія мужа могли самое большее принять характеръ пекулія, но никакъ не выйти изъ его имущества. Когда жъ эти условія отпали въ вольныхъ бракахъ, то римляне уже привыкли придавать дареніямъ между супругами только фактическое значеніе. Это во многихъ случаяхъ должно было даже вліять на animus, съ которымъ даренія совершались (289). А съ упадкомъ нравовъ прибавились и новыя соображенія, въ силу которыхъ народное воззрѣніе, путемъ научной рефлексіи, выразилось въ запретительной юридической нормѣ. Установивъ эти положенія, Гофманнъ пространно подтверждаетъ ихъ аналогіею съ недѣйствительностью дареній между отцомъ и подвластными дѣтьми (290—294), а также вступаетъ въ споръ съ Савиньи (въ защиту Бурхарди), о чемъ мы скажемъ далѣе.

Ходъ исто- Въ связи съ такимъ ходомъ историческаго развитія,

по мнѣнію Гофманна (295), стоитъ и то, что было ужъ отмѣчено Савиньи (IV, 174), — что, хотя правила о недѣйствительности касаются обоихъ супруговъ, однако ихъ вліяніе сказывается глубже при дареніяхъ жены мужу. Далѣе, эта мысль вполнѣ согласна съ предположеніемъ Бринца, что поворотность была первичнымъ, а запретъ вторичнымъ моментомъ развитія. Будь оно иначе, такъ правила о супружескихъ дареніяхъ были бы введены какимъ нибудь закономъ; а между тѣмъ мы совершенно не имѣемъ права допустить, будто дарения между супругами пользовались когда нибудь юридическою защитою (кромѣ, конечно, изъятыхъ изъ общаго правила). рическаго развитія.

Начало и основаніе этихъ правилъ были неизвѣстны римскимъ юристамъ, а потому они и приписали ихъ обычному праву и упражнялись въ опытахъ его мотивировки. Выраженія, въ которыхъ это дѣлаетъ Ульпіанъ, — moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent, — точнѣе, чѣмъ выраженія Oratio 206 г, — maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, — ибо Ульпіанъ 1) только констатируетъ существованіе правила, тогда какъ Oratio говоритъ объ актѣ его введенія, и 2) выдвигаетъ на первый планъ недѣйствительность, а не запретъ (295, прим. 24). Что же касается законодательныхъ мотивовъ у юристовъ, то въ нихъ нельзя не видѣть рефлексій о дѣйствующемъ правѣ, которое хотятъ объяснить, но никакъ не соображеній, которыя бы могли породить это право: для того они слишкомъ шатки. Впрочемъ, возможно, что эти или подобныя соображенія содѣйствовали укорененію мысли о недѣйствительности супружескихъ дареній въ эпоху вольныхъ браковъ, — всего болѣе, надо полагать, слѣдующее: или супруги остаются супругами, но тогда имъ не къ чему дарения въ юридическомъ смыслѣ, кромѣ какъ на случай смерти, — а дарения mortis causa искони считались дѣйствительными; или же они предусматриваютъ разводъ, — но тогда есть всѣ основанія опасаться постыдѣйшихъ злоупотребленій Такія соображенія все болѣе должны были напрашиваться при растущемъ легкомыслiи въ отношеніи брачныхъ союзовъ и все рѣшительнѣй окрашивать non valere оттѣнкомъ prohiberi, — что впрочемъ, вовсе не обязываетъ насъ пріурочивать къ этой эпохѣ зарожденіе самаго правила (296). Обычно-правовое происхожденіе недѣйствительности.

Развитіе недѣйствительности въ исторіи.

Высказавъ затѣмъ свое несогласіе съ Бехманомъ (ужъ отмѣченное нами выше), Гофманнъ отказывается признать, чтобы запретъ, начавшись съ отдѣльныхъ пунктовъ, постепенно расходился все болѣе широкими кругами: напротивъ, говоритъ онъ (297—298), первоначальная всеобщая недѣйствительность дареній между супругами была постепенно все болѣе съуживаема, — частью все болѣе точною выработкою тѣснаго понятія даренія, частью изъятіями и, наконецъ, въ особенности при посредствѣ Oratio 206 г. Между прочимъ къ эпохѣ Oratio относятся и другія важныя перемѣны въ ученіи о дареніяхъ Старѣйшее изъ дошедшихъ до насъ извѣстіе о querela inofficiosae donationis (Dig. 31, 87, 3) немногимъ моложе 206 г.; Северъ приравнялъ mortis causa donationes къ легатамъ въ отношеніи quarta Falcidia (Cod. 8, 56, 2; 6, 50, 5; cf Dig. 5, 2, 8, 6) и притомъ именно какъ нововведеніе (Dig. 39, 6, 42, 1): подобное же теоретическое приравненіе еще Ульпіаномъ высказано безъ особенной увѣренности („credo“, „puto“, Dig. 37, 5, 3 pr.; cf. Dig. 47, 4, 18, 1). Составитель Oratio видимо держалъ въ мысляхъ положеніе morte Cincia removetur: въ историческомъ отношеніи это подтверждаетъ, полагаетъ Гофманнъ, мысль объ отношеніи поворотности къ недѣйствительности.

Гофманнъ о полемикѣ Савиньи противъ Бурхарди.

Кромѣ положительныхъ мнѣній, статья Гофманна замѣчательна еще тѣмъ участіемъ, которое онъ черезъ 45 лѣтъ принялъ въ полемикѣ Савиньи съ Бухарди, ужъ изложенной нами съ полной обстоятельностью. Въ свое время Бурхарди не только не отвѣчалъ Савиньи, за которымъ осталось такимъ образомъ послѣднее слово, но даже сдался своему противнику и смиренно подчинился его авторитету (Burchardi, Lehrbuch des Römischen Rechts, II, 1, 258). Упустивъ изъ виду эту капитуляцію, за него и заступился Гофманнъ, снова примкнувшій, какъ мы увидимъ далѣе, къ поборникамъ теоріи Бриссона, по вѣрному инстинкту поддерживая въ то же время консервативную теорію, которой главнымъ представителемъ въ XIX вѣкѣ являлся именно Савиньи. Антиномичность воззрѣній Савиньи, о которой нами уже сказано, была выяснена Гофманномъ хоть и неполно, но всетаки довольно отчетливо.

Даренія и другія сдѣлки.

На слова Савиньи, что запретъ коснулся бы всѣхъ отчужденій, а не однихъ дареній, Гофманнъ возражаетъ

(289, прим. 7), что о возмездныхъ отчужденіяхъ супруги не могли и думать въ эпоху строгихъ браковъ, но даренія въ фактическомъ смыслѣ этого слова, конечно, и тогда мужья дѣлали своимъ женамъ; притомъ въ эпоху, когда сдѣлки между отцомъ и сыномъ уже признавались въ нѣкоторыхъ случаяхъ дѣйствительными, pater donare non poterat, Vat. Fr. § 294, ср. Mandry, Familiengüterrecht 1,275, и такія даренія были недѣйствительны въ еще большей степени, чѣмъ другія, попрежнему невозможныя, пріобрѣтательныя сдѣлки между отцомъ и сыномъ.

Причины запрета.

Далѣе, на вопросъ Савиньи, какъ могли дойти до мысли — превратить въ запретъ при вольныхъ бракахъ то, что было естественною невозможностью при бракахъ подручныхъ, Гофманнъ отвѣчаетъ, что дошли вслѣдствіе учащающихся разводовъ и вообще упадка нравовъ; да притомъ запретъ не былъ разомъ высказанъ съ самаго начала въ какомъ нибудь законѣ, а первоначальная недѣйствительность была впослѣдствіи претворена въ запретъ путемъ научной догадки.

Параллель между подручными и вольными браками.

Наконецъ, заключительныя слова Савиньи Гофманнъ просто считаетъ устарѣвшими послѣ работъ Бехмана, Шöйрля и другихъ: Шöйрль такъ прямо находитъ, говоритъ онъ, что сквозь все дотальное право красною нитью проходитъ imitatio юридическаго строя подручныхъ браковъ (290, прим. 7).

## IV. Оцѣнка ученія Гофманна.

Литературное преемство.

Вотъ какъ смотритъ на дѣло Гофманнъ. Мы уже сказали, что его теорія только сливаетъ мнѣніе Бринца съ консервативною теоріей и мыслью о manus mariti, какъ первоисточникѣ недѣйствительности. Онъ инстинктивно поворачивается къ до-гаевской литературѣ, хотя, не будучи съ нею знакомъ, не въ силахъ извлечь изъ нея тѣхъ указаній, которыя она даетъ. Напримѣръ, если бы Гофманнъ зналъ Бöмера, несомнѣнно онъ еще точнѣй и содержательнѣй оформилъ бы свою мысль о мотивировкѣ недѣйствительности юристами. Наряду съ этимъ, однако, онъ высказываетъ нѣсколько весьма цѣнныхъ и мѣткихъ замѣчаній.

Недѣйствительность и юристы.

Такова, напр., его, по моему мнѣнію, безусловно правильная, догадка о томъ, что недѣйствительность была про-

возглашена юристами, тогда какъ въ жизни на дѣло смотрѣли, какъ на поворотность.

Запретъ и обычай.

Цѣнно затѣмъ то измѣненіе, которому онъ подвергаетъ мысль Бринца о несвойственности запретительныхъ нормъ обычному праву: Гофманнъ уже прямо говоритъ, что если бы даренія между супругами когда нибудь признавались въ Римѣ, то ихъ недѣйствительность могла бы явиться послѣдствіемъ только закона. Опять совершенно вѣрная мысль, которая наводитъ насъ и на обратное заключеніе: изъ того, что недѣйствительность дареній между супругами была порожденіемъ обычая, а не закона, необходимо слѣдуетъ, что эти даренія никогда не считались дѣйствительными. Съ точки зрѣнія радикальной теоріи принять этого невозможно; но тогда ей остается лишь одинъ исходъ: заподозрить обычноправовое происхожденіе недѣйствительности и пріурочить ея начало къ какому либо законодательному акту. Какъ сейчасъ увидимъ, этого выводъ и не замедлилъ сдѣлать Алибранди, съ другого, такъ сказать, конца вернувшись на точку зрѣнія глоссаторовъ. Наконецъ и въ другихъ замѣчаніяхъ Гофманна, здѣсь особо не разбираемыхъ, но воспроизведенныхъ выше, въ изложеніи его взгляда, много вѣрнаго и цѣннаго, что̀ намъ еще пригодится впослѣдствіи.

## § 20. Итоги консервативной теоріи и мысли Бриссона.

### I. Возраженія противъ Гофманна.

Manus mariti.

Съ другой стороны, очевидная неправота Савиньи въ его спорѣ съ Бурхарди обезпечила Гофманну легкую побѣду. Благодаря его статьѣ, мысль Бриссона получаетъ и въ нынѣшней обстановкѣ характеръ современной теоріи, а обычай недѣйствительности супружескихъ дареній вновь пріурочивается къ древнѣйшимъ временамъ Рима. Въ этомъ смыслѣ Гофманнъ дѣлаетъ первый шагъ къ уплатѣ того долга, для котораго консервативная теорія, какъ мы сказали, явилась лишь отсрочкою. Проведемъ же его мысль до конца и посмотримъ, можетъ ли manus mariti помочь намъ въ толкованіи словъ moribus receptum est.

Возраженія противъ Гофманна.

Разберемъ сначала сдѣланныя противъ него возраженія, поскольку они имѣютъ самостоятельную цѣнность, незави-

симо отъ принадлежности авторовъ къ радикальной теоріи или вообще предвзятыхъ воззрѣній.

## II. Граденвитцъ.

1887 г. Прежде всѣхъ Граденвитцъ выдвинулъ противъ него двойной рядъ доводовъ.

Даренія и другія сдѣлки между супругами.

Гофманнъ, говоритъ онъ, указываетъ, что въ подручномъ бракѣ едва ли были возможны другія сдѣлки между супругами, кромѣ дареній; но если даже съ нимъ согласиться, то мы всетаки не объяснимъ дѣйствительности этихъ другихъ сдѣлокъ въ бракахъ вольныхъ; вѣдь всѣ сдѣлки были ничтожны при бракахъ подручныхъ, — почему же недѣйствительность осталась для однихъ дареній? Притомъ, какъ объяснить намъ съ этой точки зрѣнія недѣйствительность дареній жены мужу? (201, прим. 1). Во всякомъ случаѣ для д а р е н і й выводить ихъ изъ природы подручнаго брака значитъ доказать слишкомъ много: это приводитъ насъ къ выводамъ, которые фактически не соотвѣтствуютъ дѣйствительности. Для объясненія запрета надо найти основаніе, которое было бы примѣнимо только къ дареніямъ и не могло коснуться сдѣлокъ безъ animus donandi (201—202).

Rationes interdicti.

А затѣмъ изъ приводимыхъ римлянами rationes interdicti никакъ не выходитъ, будто юридически супругамъ невозможно (или было невозможно) дарить другъ другу; они смотрятъ на запретъ, какъ на продуктъ цѣлесообразнаго намѣренія, но не юридической необходимости; въ основѣ ихъ воззрѣнія лежитъ цѣль (ne mutuo amore invicem spoliarentur), а вовсе не отголосокъ древняго права. Они говорятъ, что супруги н е д о л ж н ы другъ другу дарить, а вовсе не говорятъ, будто они этого н е м о г у т ъ (205—206).

## III. Де-Медіо.

1902 г. Послѣ Граденвитца высказался въ томъ же духѣ де-Медіо (I, 363—364; II, 7—9), повторивъ въ позднѣйшей редакціи своей работы первое возраженіе Граденвитца (II, 8).

Причинная связь между невозможностью и недѣйствительностью.

Точка зрѣнія Гофманна, по его мнѣнію, предполагаетъ во всякомъ случаѣ причинную связь между невозможностью дареній въ подручномъ бракѣ и ихъ недѣйствительностью въ бракѣ вольномъ. Но этой связи-то и нѣтъ. Недозволенность предполагаетъ матеріально-юридическую воз-

можность запретнаго дѣйствія. Причемъ же тутъ привычка, будто бы, римлянъ считать невозможными дареніе между супругами, о которой говоритъ Гофманнъ? Исчезли подручные браки, исчезла и невозможность, а стало быть, не въ нихъ надо искать причины недѣйствительности въ бракахъ вольныхъ, ибо и сами римляне очевидно не могли этого въ свое время.

Аналогія со сдѣлками между властителями и подвластными.

Второе возраженіе де-Медіо принципіально касается вопроса объ аналогіи сдѣлокъ между супругами въ подручномъ бракѣ и между отцомъ и подвластными дѣтьми. Во-первыхъ, говоритъ онъ (I, 364—365; II, 9), въ вольномъ бракѣ жена не находится in manu мужа, тогда какъ отцовская власть остается, не взирая на пекуліарную имущественную независимость сына. Во-вторыхъ, въ отношеніи къ дѣтямъ существовало правило о пріобрѣтеніи ими для отца ex re patris, а у отца существовалъ узуфруктъ на имущество дѣтей, тогда какъ ни то, ни другое не касается супруговъ. Отношенія здѣсь и тамъ существенно различны, такъ что нечего и говорить объ аналогіи въ развитіи.

## IV. Критика возраженій.

Недоразумѣніе Граденвитца.

Изъ возраженій Граденвитца первое удобнѣе разсмотрѣть въ связи съ возраженіями де-Медіо, гораздо тщательнѣе продуманными и несравненно болѣе основательными; второе же исходитъ изъ предположенія, будто бы запретъ является исконною причиною недѣйствительности; между тѣмъ Гофманнъ совершенно ясно высказался, что запретъ въ его глазахъ явленіе позднѣйшее, ибо нуженъ былъ только для вольныхъ браковъ. Граденвитцъ просто его не понялъ. Съ другой стороны сами rationes interdicti, какъ мы ужъ оговорились, не могутъ и не должны служить доводомъ по нашему вопросу.

Причинная связь.

Напротивъ, очень серіозны доводы де-Медіо, особенно первый: нельзя не признать вполнѣ вѣрнымъ, что между невозможностью дареній въ подручномъ бракѣ и ихъ недѣйствительностью въ бракѣ вольномъ не усматривается никакой причинной связи. Мы въ свое время видѣли, какъ неудачно кончилась попытка Бёмера найти эту связь въ auctoritas prudentium и какъ съ тѣхъ поръ никому не удалось восполнить пустого мѣста между двумя учрежденіями. Въ

частности это отсутствіе причинной связи показываютъ и обнаруженныя Граденвитцемъ несоотвѣтствія: дѣйствительно, is erit mihi magnus Apollo, кто укажетъ, почему, если бы существовала эта связь, недѣйствительность коснулась бы однихъ только дареній, а не всѣхъ сдѣлокъ между супругами? Вѣдь если ссылаться на упадокъ нравовъ, такъ незачѣмъ ссылаться на примѣръ подручнаго брака; а съ другой стороны непонятно, почему упадокъ нравовъ повлекъ за собою недѣйствительность однихъ дареній, а напр. не ингерцессій супруговъ? Безспорно, разгадки должно искать въ чемъ-то иномъ: но тогда ссылка на manus mariti совершенна неумѣстна и ненужна.

Столь же основательно и второе возраженіе де-Медіо. Дѣти подвластны, а жены неподвластны: какая же тутъ аналогія? Дѣти ex re patris пріобрѣтаютъ отцу, а жена ex re mariti, какъ намъ категорически свидѣтельствуютъ юристы (Dig. 24, 1, 44), не мужу, а себѣ: что̀ тутъ общаго? Наконецъ, скажу я, дѣти по закону отцу наслѣдуютъ, а жена только въ самыхъ рѣдкихъ и исключительныхъ случаяхъ, какъ на это указывалъ уже Папиніанъ, Vat. Fr. § 294, 2. Почему это соображеніе кажется Гофманну „не юридическимъ“, не понимаю. Доводы Гофманна ничего ровно не доказываютъ. Аналогія.

Со своей стороны прибавлю, что Гофманнъ проводитъ аналогію совсѣмъ не такъ, какъ его обязывало принятое имъ воззрѣніе Бриссона. Гофманнъ указываетъ, что исцѣленіе дареній въ силу Oratio 206 г. было понемногу распространено и на дѣтей: это совсѣмъ не то, что̀ требуется. У насъ рѣчь идетъ о недѣйствительности, а пока вовсе не объ исцѣлимости. Если недѣйствительность коренилась въ manus mariti, то надо сравнить съ подручной и вольною женою подвластныхъ и неподвластныхъ, эманципированныхъ дѣтей: вотъ это аналогія, точно; зато и гласитъ она безусловно противъ Гофманна: даренія между родителями и неподвластными дѣтьми подлежатъ общимъ правиламъ о дареніяхъ. А вѣдь это насъ обязываетъ и къ дальнѣшимъ выводамъ: во-первыхъ, отсюда слѣдуетъ, что не въ личныхъ отношеніяхъ супруговъ намъ должно искать корней недѣйствительности дареній между ними; а во-вторыхъ, мы, слѣдовательно, должны искать этихъ корней въ отношеніяхъ имуществен- Ея неправильность у Гофманна.

ныхъ и притомъ именно имущественныхъ отношеніяхъ между супругами, такъ какъ аналогія съ родителями и дѣтьми ясно указываетъ, что ни отцовская власть, ни пекуліарное право къ недѣйствительности дареній сами по себѣ не приводили.

Итоги полемики

Однимъ словомъ, если неправъ Савиньи въ своихъ поверхностныхъ возраженіяхъ противъ Бурхарди, то и Гофманну не удалось спасти защищаемой имъ мысли.

## V. Итоги теоріи Бриссона.

Значеніе Бриссона.

Между тѣмъ, догадка Бриссона имѣетъ, по моему, неотъемлемое научное достоинство; только надо ею воспользоваться не съ тою цѣлью, съ какой она была высказана.

Manus marita старше недѣйствительности

Безспорно, что первоначально громадное большинство браковъ были браками подручными; а такъ какъ въ бракахъ подручныхъ даренія между супругами юридически невозможны, то мы можемъ смѣло утверждать, что, стало быть, юридическія даренія супруговъ между собою должны были въ свое время явиться новшествомъ, не имѣющимъ никакихъ корней въ преданіяхъ и бытовой старинѣ. И, конечно, сознаніе новизны ихъ не могло не служить подкрѣпляющимъ доводомъ для тѣхъ, кто нашелъ бы другія положительныя основанія для признанія недѣйствительности супружескихъ дареній. Словомъ, это былъ не законодательный доводъ для введенія недѣйствительности и не историческая причина ея возникновенія, но прекрасное доказательство по аналогіи въ пользу ея провозглашенія въ томъ случаѣ, если бы жизнь давала къ нему бытовые поводы и юридическая теорія или судебная практика испытывали въ немъ потребность.

Апулей

Великолѣпной иллюстраціею къ изложенному можетъ послужить одно мѣсто изъ Апулея, Metam. 5, 29, p. 126 Helm, совершенно никѣмъ не использованное для нашего вопроса. Онъ описываетъ Венеру, обращающуюся съ гнѣвною рѣчью къ сыну:

Velim ergo scias, говоритъ богиня, multo te meliorem filium alium me genituram, immo, ut contumeliam magis sentias, aliquem de meis adoptaturam vernulis eique donaturam istas pinnas et flammas et arcum et ipsas sagittas et omnem meam supellectilem, quam tibi non ad hos usus dederam. Nec enim de patris tui bonis ad instructionem istam quicquam concessum est.

Подарю другому твой пекулій, восклицаетъ гнѣвная мать къ подвластному сыну: въ немъ ничего нѣтъ отцовскаго, все мое. Эта прелестная шутка вполнѣ ясна только на почвѣ римскаго семейно-имущественнаго права съ его дотальною системой и недѣйствительностью дареній между супругами: даренія ничтожны не только между самими супругами, но и между всѣми подвластными агнатами. Даренія Венеры сыну изъ своего имущества нисколько ея не связываютъ: она подарила, она и отниметъ. Другое дѣло, если бы въ ея дарахъ было что́ нибудь отцовское.

Объясненіе нужно только для вольныхъ браковъ.

Вторая безусловная цѣнность мысли Бриссона состоитъ въ томъ, что благодаря ей наша задача весьма упрощается. И точно, вѣдь никто не споритъ (да и нельзя спорить) противъ того, что въ ней вѣрно доказана невозможность дареній между супругами въ подручномъ бракѣ. Слѣдовательно, откуда бы ни взялась позднѣйшая всеобщая недѣйствительность этихъ дареній, мы должны объяснить ее только для браковъ вольныхъ. И это упрощеніе задачи остается во всякомъ случаѣ, будемъ ли мы признавать оспариваемую de-Медіо причинную связь, или не будемъ; въ первомъ случаѣ оно даже нагляднѣе для наблюдателя, чѣмъ во второмъ.

Фактическія даренія въ подручномъ бракѣ.

Третье, что̀ мы можемъ вывести изъ теоріи Бриссона, лишь очень издали касается дареній между супругами; но жаль было бы не исчерпать этотъ предметъ до конца, хотя бы въ краткихъ чертахъ, и потому я прошу еще ненадолго вниманія у моихъ читателей. Недѣйствительность дареній между родителями и подвластными дѣтьми и между супругами въ подручномъ бракѣ нимало не касается и не исключаетъ возможности дареній въ фактическомъ смыслѣ слова. Даже въ настоящее время подарки домашнимъ (кромѣ прислуги и т. п.) юридическаго значенія не имѣютъ. Всякая затрата отца или мужа на дочь или жену фактически несомнѣнно есть дареніе, хотя бы даритель и дарилъ officio patris, officio mariti ductus. Мужъ опредѣляетъ къ женѣ купленныхъ для нея рабынь, покупаетъ ей туалеты, носилки съ носильщиками, обстановку для ея комнаты, модную прялку изъ Карѳагена, — развѣ все это не даренія? Жена собственноручно, de suo, изговила мужу тогу и обшила ее пурпуромъ (см. примѣръ Porph. in Hor. Od. 2, 18, 7), затратила свои карманныя деньги на покупку ему изящнаго кубка, за-

казала ученому чужому рабу переписать на широкомъ папирусѣ съ раскрашенными рубриками и заглавными буквами Трипертиты С. Элія, — развѣ это не даренія? И развѣ все это невозможно въ бракѣ cum manu? Нѣтъ брака, въ которомъ бы это было невозможно, нѣтъ семьи, которая была бы возможна безъ этого.

Юридическая судьба домашнихъ дареній

Спрашивается теперь, какое значеніе могли въ Римѣ имѣть даренія въ этомъ родѣ? Если судить съ точки зрѣнія изучаемаго нами обычнаго права, — никакого. Но совсѣмъ иной отвѣтъ получится, если мы взглянемъ съ точки зрѣнія всей системы римскихъ семейно-имущественныхъ отношеній. Вѣдь юридическая недѣйствительность домашнихъ дареній можетъ обнаружиться только въ трехъ случаяхъ:

1) властитель юридически и фактически сохраняетъ за собою полный произволъ отмѣнить подарокъ, когда, почему и какъ ему заблагоразсудится; юридической защиты у подвластныхъ нѣтъ;

2) въ случаѣ выхода изъ-подъ отцовской[1] руки подвластный не выводитъ изъ-подъ нея ipso facto подареннаго имущества: требуется подтвержденіе властителя и отъ его усмотрѣнія зависитъ ademptio peculii;

3) не отказанный завѣщаніемъ пекулій составляетъ часть наслѣдственной массы, — опять таки, разумѣется, не столько фактически, сколько юридически, т. е. не in natura, а своею цѣнностью.

Смерть и разводъ

Примѣняя къ только что сказанному вопросъ о дареніяхъ между супругами въ подручномъ бракѣ, мы можемъ сказать: эти даренія могли оказаться юридически недѣйствительными при разводѣ и при смерти мужа. Но какіе же могли быть разводы въ древности при строгомъ подручномъ бракѣ? Остается наслѣдованіе ab intestatu жены iure suitatis. Здѣсь даренія женѣ ничѣмъ не отличались отъ дареній дѣтямъ. Остается лишь прибавить, что вѣроятно приданое первоначально по преимуществу бывало предметомъ личнаго управленія и завѣдыванія жены, откуда и могли развиться отказы мужемъ приданаго женѣ и все ученіе о prælegatio dotis. Въ концѣ концовъ ремонтъ приданаго

[1] Говорю „отцовской“, ибо жена была подвластна мужу filiæ loco, т.е. отцовская и супружеская власть ничѣмъ не отличались одна отъ другой.

вѣдь и сводился, съ точки зрѣнія инвентаря, къ тому, что uxoris causa emptum factum comparatum est.

Второе заключеніе само собою напрашивается изъ вышеизложеннаго. Даренія между супругами въ подручномъ бракѣ не могли быть болѣе недѣйствительны, чѣмъ даренія между родителями и дѣтьми, прежде всего уже потому, что у недѣйствительности нѣтъ и не можетъ быть степеней. Но въ такомъ случаѣ нельзя найти причинъ, по которымъ бы на нихъ не могли быть распространены тѣ же послѣдствія, которыя были присвоены дареніямъ перваго рода. Эти юридическія послѣдствія фактическихъ дареній и составили римское ученіе о пекуліи. Если же такъ, то мы даже не можемъ утверждать, чтобы даренія между супругами въ бракѣ cum manu были безусловно лишены всякаго правового значенія Peculium не было безразличнымъ явленіемъ въ юридическомъ отношеніи: naturalis obligatio рабовъ, подвластныхъ между собой, между властителемъ и подвластными, actio de peculio и т. д. Конечно, все это явленія сравнительно позднія; но по существу это нисколько не мѣняетъ дѣла. Если подручные браки вымерли къ тому времени, когда народились нормы пекуліарнаго права, то бытовое зарожденіе пекуліарныхъ отношеній навѣрное было современнымъ эпохѣ подручнаго брака[1].

Домашнія даренія и пекулій жены.

Поканчивая на этомъ разработку блестящей мысли Бриссона и выплачивая, въ предѣлѣ своихъ силъ, долгъ наукѣ, разсроченный на цѣлое столѣтіе консервативною теоріею, мы считаемъ невозможнымъ разстаться на этомъ мѣстѣ съ Гофманномъ. Онъ не только послѣдній въ наукѣ представитель мысли Бриссона въ ея первоначальномъ видѣ, но и послѣдній поборникъ консервативной теоріи. Если онъ раздѣляетъ ея заблужденіе, — неправильное пониманіе Vat Fr. § 302, — то его воззрѣнію свойственны и ея достоинства. А что консервативная теорія въ нашемъ вопросѣ жизнеспособнѣе радикальной, это, полагаю, вполнѣ вытекаетъ изъ

Итоги консервативной теоріи.

[1] Изложеннымъ вполнѣ, полагаю, характеризуется мое отношеніе къ спорному вопросу о пекуліи жены, — см. Wächter, Ehescheidungen, стр. 114, а главнымъ образомъ Mandry, Familiengüterrecht, II, 39 слл. Предметъ моей работы избавляетъ меня отъ необходимости вмѣшиваться въ этотъ споръ и перебирать доводы сторонъ. Ср. также выше, стр. 164—165.

нашего изложенія, не взирая на ту безпощадную критику, которой мы сочли долгомъ научной совѣсти ее подвергнуть. Въ частности здѣсь намъ остается лишь отмѣтить, согласно данному нами обѣщанію (ср. выше, стр. 318 сл.), главную, только Шрадеромъ оцѣненную, силу этого воззрѣнія.

Ея жизнеспособность

Дѣло въ томъ, что радикальная теорія могла заглушить, но не могла убить консервативную своимъ преобладаніемъ. Допустимте, что недѣйствительность была введена позже Цинціева закона: всетаки его изъятіе не могло не быть распространено на тѣ даренія, которыя не были подведены подъ недѣйствительность, — напр. divortii causa. Стало быть, радикальная теорія должна принять въ себя консервативную; разногласіе между ними сводится только къ хронологическому опредѣленію. Съ этой точки зрѣнія даже мое личное возраженіе противъ консервативной теоріи побуждаетъ меня отвергнуть ее лишь формально, а не по существу. Я утверждаю, что excerptio legis Cinciae коснулась супруговъ благодаря интерпретаціи, а не прямому велѣнію закона: это ничуть не мѣшаетъ мнѣ самымъ рѣшительнымъ образомъ утверждать, что эксцепція ихъ коснулась. Да къ тому же приходятъ по необходимости сами сторонники радикальной теоріи, — напр. де-Медіо. Не успѣлъ онъ на стр. I, 372, прим. 2, II, 18, пр. 2, высказать свое несогласіе съ Савиньи, какъ на I, 373, II, 19, утверждаетъ, что существованіе запрета вовсе не уничтожаетъ изъятія Цинціева закона въ отношеніи къ vir et uxor. Но тогда изъ-за чего же ему и спорить!

Теоріи интерполяціонистовъ.

Теперь намъ остается лишь изложить двѣ новѣйшія теоріи, возникшія въ Италіи на почвѣ Бринцъ-Гофманновскихъ воззрѣній и интерполяціоннаго направленія, — теоріи Алибранди и де-Медіо. Изъ нихъ Алибранди примыкаетъ къ Гофманну, де-Медіо — къ Бринцу; но такъ какъ они оба, каждый по своему, интерполяціонисты, оба принимаютъ радикальную теорію, и притомъ Алибранди высказался на 10 лѣтъ раньше, чѣмъ де-Медію, то мы ихъ и разсмотримъ въ хронологическомъ порядкѣ.

Граденвитцъ.

Собственно говоря, хронологически имъ обоимъ предшествуетъ Граденвитцъ; но въ историческомъ отношеніи онъ не даетъ ничего положительнаго. Его отношеніе къ дѣлу чисто скептическое. Изъ источниковъ, говоритъ онъ (208), во всякомъ случаѣ ничего нельзя вывести, кромѣ

1887 г.

общаго соціально-политическаго обоснованія. Поскольку его критическія замѣчанія имѣютъ какое нибудь значеніе для настоящей главы, постольку мы сослались на нихъ въ изложеніи тѣхъ теорій, противъ которыхъ онѣ сдѣланы, — ср. выше, стр. 344 и 363 слл.; а его взгляды на rationes interdicti упомянуты въ предшествующей главѣ, — см. выше, стр. 151—152.

## § 21. Теорія Алибранди.

1892 г.

§ 1. Литературныя теоріи.

Выраженіе moribus receptum est, начинаетъ Алибранди, понималось двояко. Одни пріурочивали обычай къ древнѣйшимъ временамъ Рима и подручнымъ бракамъ, а другіе — къ эпохѣ вольныхъ браковъ, на почвѣ которыхъ и создалась недѣйствительность.

§ 2. Возраженія противъ нихъ.

Первое мнѣніе, какъ онъ думаетъ, встрѣчаетъ непреодолимое затрудненіе въ объясненіи hoc autem receptum est, ne mutuato amore invicem spoliarentur, которое было бы смѣшно, если бы недѣйствительность вытекла изъ власти мужа надъ женою. Впрочемъ, само по себѣ это мнѣніе построено на совершенно правильной мысли; только она непригодна для поясненія тѣхъ теорій супружескихъ дареній, которыя мы находимъ въ юстиніановскихъ и до-юстиніановскихъ источникахъ римскаго права. Второе мнѣніе также встрѣчаетъ много трудностей, которыя приводятъ къ заключенію, что Ульпіанъ не могъ написать словъ, стоящихъ подъ его именемъ въ дигестахъ.

§ 3. Девизъ интерполяціонизма.

Опасеніе прійти къ такому выводу не должно удерживать насъ отъ изслѣдованій о началѣ запрета, какъ онъ отразился въ юстиніановомъ правѣ. Ссылаясь на Гуго, Граденвитца и пресловутый § 10 конституціи *Δέδωκεν*, Алибранди приводитъ нѣсколько типичныхъ интерполированныхъ мѣстъ и заключаетъ: если взять какой нибудь отрывокъ изъ дигестъ, а въ особенности стоящій въ началѣ какого либо титула, то, прежде чѣмъ его содержаніе будетъ подвергнуто тщательной провѣркѣ, вѣроятность, что онъ дошелъ до насъ въ подлинномъ видѣ, для насъ равна вѣроятности, что онъ интерполированъ.

§ 4. Ципціевъ законъ.

Затѣмъ Алибранди примыкаетъ въ рѣшительныхъ выраженіяхъ къ радикальной теоріи, ссылаясь въ отношеніи къ ней, какъ на свой источникъ, на Précis de droit de fa-

mille Ривьера, но даетъ къ ней отъ себя добавленіе, которое мы ужъ имѣли случай упомянуть ранѣе (см. выше, стр. 319). Цинціевъ законъ, говоритъ онъ на основаніи перечня въ Vat. Fr. § 302, дозволялъ неограниченныя даренія и между мачихой и пасынкомъ, тогда какъ согласно праву, которое считается moribus receptum, всякія даренія между этими лицами были запрещены, если пасынокъ былъ подъ отцовскою властью, — случай, который нельзя не считать наиболѣе обыкновеннымъ, Dig. 24, 1, 3, 4.

§ 5. Дѣйствительность дареній въ VI вѣкѣ города.

И дѣйствительно, кто повѣритъ, чтобы въ VI вѣкѣ города возобладалъ въ Римѣ обычай для супруговъ воздерживаться ото всякихъ дареній между собой, если прочтетъ, какъ Плавтъ бичуетъ слабость мужей, доводившихъ себя до долговъ, чтобъ удовлетворять расточительности женъ (Plaut. Aulul. 532—535). А вѣдь замѣтьте, что у насъ идетъ рѣчь объ обычномъ правѣ, которое должно было опираться на всеобщій и постоянный образъ дѣйствій гражданъ. Затѣмъ, если бы римляне VI вѣка, мужья и жены, питали отвращеніе къ обоюднымъ дареніямъ, то совершенно неумѣстна была бы рѣчь Катона, черезъ семь лѣтъ послѣ Цинціева закона, которую намъ сохранилъ Титъ Ливій. Женщины желали отмѣны Оппіева закона, препятствовавшаго ихъ чрезмѣрной роскоши, — и вотъ Катонъ говоритъ: Quæ de suo poterit, parabit; quæ non poterit, virum rogabit. Miserum illum virum, et qui exoratus et qui non exoratus erit, quum, quod ipse non dederit, datum ab alio videbit. Simul lex modum sumptibus uxoris tuæ facere desierit, tu numquam facies (Liv. 34, 4). Оппіевъ законъ былъ отмѣненъ и предсказанія Катона, какъ видно изъ Валерія Максима, 9, 1, 3, сбылись.

§ 6. Дѣйствительность дареній въ VII вѣкѣ города.

Скажутъ, что новый обычай былъ введенъ въ слѣдующемъ вѣкѣ. Однако и въ VII столѣтіи отъ основанія города сохранялись прежніе порядки, когда Квинтъ Муцій установилъ свой критерій по вопросу, откуда взялись вещи замужней женщины, которыхъ происхожденіе неизвѣстно (Dig. 24, 1, 51; Cod. 5, 16, 6). Особенно тутъ важны слова verius et honestius. Первое показываетъ, что фактъ былъ изъ числа обыкновенныхъ (Dig. 50, 17, 114); второе, что въ немъ не видѣли ничего дурного. А вѣдь надо согласиться, что если какое нибудь дѣйствіе отнесено не положительнымъ закономъ, а народнымъ обычаемъ къ числу тѣхъ, отъ

которыхъ каждый долженъ воздерживаться, то причиной этому можетъ быть только осужденіе такого дѣйствія общественнымъ мнѣніемъ, какъ дурного и неприличнаго. Въ концѣ того же VII вѣка, когда Цезарь провелъ legem Juliam repetundarum, дареніе между супругами должно было считаться дозволеннымъ, ибо мы находимъ, что этотъ законъ, запрещая провинціальнымъ магистратамъ принимать подарки, дѣлаетъ исключенія, между прочимъ въ пользу жены (Dig. 48, 11, 1). Такимъ образомъ и тутъ, какъ въ Цинціевомъ законѣ, жена принадлежала къ числу изъятыхъ лицъ и могла дарить мужу безо всякихъ ограниченій (Dig. 48, 11, 7, 1). А разъ изъ Цинціева закона выводятъ, что въ VI вѣкѣ не только былъ неизвѣстенъ запретъ, но даже наблюдается склонность поощрять даренія между супругами, то развѣ можно не сдѣлать того же вывода изъ Юліева закона для конца VII вѣка?

§ 7. Введеніе недѣйствительности Августомъ.

Въ эту эпоху жилъ уже знаменитый юристъ Требацій Теста и былъ юношею, какъ выходитъ изъ письма Цицерона, гдѣ тотъ проситъ Цезаря помочь ему въ военной карьерѣ (Cic. ad fam. 7, 5). Но когда этотъ юристъ былъ уже старъ, возникло дѣло о разводѣ Мецената съ Теренціей (о ихъ супружествѣ см. Suet. Aug. 66) и, приглашенный разрѣшить споръ объ одномъ дареніи Мецената женѣ, Требацій нашелъ, что дареніе недѣйствительно, если только не было сдѣлано divortii causa (Dig. 24, 1, 64). Это навѣрное случилось до 746 г отъ основанія города, когда, какъ мы знаемъ изъ Діона Кассія 55, 7, умеръ Меценатъ. Другое мнѣніе Требація, касающееся запрета дареній между супругами, встрѣчается въ Dig. 41, 6, 3. Отсюда слѣдуетъ заключить, что нашъ запретъ былъ введенъ въ эпоху Октавіана. И дѣйствительно Алфенъ (Dig. 24, 1, 38), Лабеонъ (Dig. 24, 1, 65 и 67) и другіе позднѣйшіе юристы говорятъ о дареніяхъ между супругами, какъ о запрещенныхъ и недѣйствительныхъ. Но кто же повѣритъ, говоритъ Алибранди, чтобы въ эпоху Августа, время самыхъ распущенныхъ нравовъ, сложился народный обычай, который, въ разрѣзъ съ прежними порядками, связалъ бы личную свободу въ домашней жизни и косвенно отмѣнилъ законъ Юлія Цезаря и который бы еще при жизни Мецената сталъ до того всеобщимъ между всѣми cives romani и такъ упрочился долгимъ теченіемъ

лѣтъ, что пріобрѣлъ бы силу, приравниваемую въ нашихъ источникахъ къ inveterata consuetudo (Dig. 1, 3, 32, 1) и auctoritas consuetudinis ususque longævi (Cod. 8, 53, 2)? Только закрывъ глаза, кончаетъ Алибранди, можно не видѣть, что передъ нами положительный законъ, предложенный Августомъ.

§ 8. Плутархъ и имп. Константинъ о законодательномъ происхожденіи недѣйствительности.

И точно, Плутархъ, въ своихъ *Γαμικὰ παραγγέλματα*, 34, пишетъ: *Καὶ γὰρ ὁ Ῥωμαῖος νομοθέτης ἐκώλυσε δῶρα διδόναι καὶ λαμβάνειν παρ' ἀλλήλων τοὺς γεγαμηκότας*, а императоръ Константинъ, Vat. Fr. § 273, выводитъ этотъ запретъ отъ prisca legum æquitate, дѣйствія же въ обходъ его называетъ поступками ad eludendas legum sanctiones. Эти legum sanctiones касались и другихъ лицъ, кромѣ супруговъ (Dig. 24, 1, 3, 5—6), имѣли свои исключенія (Ulp. 7, 1) и, что̀ еще важнѣе, были выражены точными словами, на которыхъ юристы упражняли свой умъ.

Остатки текста.

Потому и писалъ Ульпіанъ, толкуя эти постановленія: verbum potestatis non solum ad liberos trahimus, verum etiam ad servos (Dig. 24, 1, 3 3). Какимъ образомъ слово potestas входило въ legum sanctiones, намъ говоритъ императоръ Александръ, Cod. 5, 16, 4: Nec inter eas quidem personas, quarum iuri subiecti sunt vir et uxor, qui quæve in eorum potestate sunt, donationes iure civili fieri possunt. Нечего и прибавлять, что такое сложное постановленіе не могло быть введено народнымъ обычаемъ. Но, оставляя всѣ подробности, достаточно отмѣтить и то, что слово potestas — текстуально.

§ 9 Значеніе остатковъ текста.

Но не взято ли это слово изъ Oratio 206 года? Алибранди отрицаетъ эту возможность: цѣлью Oratio было смягчить, а не усилить прежнія постановленія (ut aliquid laxaret ex iuris rigore, Dig. 24, 1, 32 pr.), а они то какъ разъ и занимали Ульпіана въ 32 книгѣ ad Sabinum, откуда извлечены слова Dig. 24, 1, 3, 3, ибо къ Oratio онъ обращается только въ 33-й книгѣ: Quum hic status... esset, quem antea rettulimus, imperator etc., Dig. 24, 1, 32 pr., и начинаетъ цитировать и толковать слова Oratio, совсѣмъ отличныя отъ тѣхъ, которыя толковалъ въ книгѣ 32-й. Однако, если постановленія эпохи до Севера были выражены опредѣленными словами, то они должны были заключаться въ положительномъ законѣ.

Да иначе и быть не могло, ибо они содержали прямой запретъ, какъ говорятъ и сами Северъ и Каракалла: maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, Dig. 24, 1, 3 pr. Никакой трудности не могутъ составить слова maiores nostri, такъ какъ они отлично могутъ относиться къ закону, проведенному черезъ комиціи. Далѣе, когда какое нибудь дѣйствіе осуждается народнымъ обычаемъ, это происходитъ не потому, чтобъ имѣлся дѣйствительный запретъ, но потому, что общественное мнѣніе признаетъ это дѣйствіе дурнымъ и неприличнымъ. Справедливо говоритъ Квинтиліанъ о нормахъ обычнаго права, что онѣ persuasione, etsi non omnium, eius tamen civitatis aut gentis, in qua res agitur, in mores recepta sunt (I. O. 5, 10, 13). Такъ что, если бы пожелали пренебречь словомъ prohibuerunt и сказали, что въ первомъ вѣкѣ имперіи всеобщій образъ дѣйствій и общественное мнѣніе высказались противъ дареній между супругами, то не мѣшаетъ замѣтить слѣдующее. Во-первыхъ, на дѣлѣ замѣтна тенденція именно противъ запрета, а не въ его пользу, какъ видно изъ Сенеки, de benef. 7, 9, и Ювенала, 6, 149 слл. Во-вторыхъ, надо прибавить, что обычай не могъ бы сообщить утвердившемуся правилу силы lex perfecta, т. е. способности дѣлать недѣйствительнымъ всякій актъ въ обходъ правила: и однако именно таковъ былъ запретъ, о которомъ идетъ рѣчь, — sciendum est, ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso iure nihil valeat, quod actum est, Dig. 24, 1, 3, 10. Въ-третьихъ, наконецъ, если бы современники Августа считали неприличными дарения мужу или женѣ, то ужъ тѣмъ болѣе должны бъ они были считать неприличными дарения публичнымъ женщинамъ: и однако послѣдняго рода дарения считались дѣйствительными, Dig. 39, 5, 5, по свидѣтельству Ульпіана въ той же 32-й книгѣ ad Sabinum.

§ 10 Невозможность обычноправового возникновения недѣйствительности.

Даже дарения ex causa turpissima не были недѣйствительны и собственность на подаренную вещь переходила къ одаренному; дарителю давался только личный искъ, condictio, Dig. 24, 1, 6 (ср. весь титулъ Dig. 12, 5) Итакъ, ясно, что Августъ хотѣлъ сдѣлать свой законъ lex perfecta, можетъ быть потому, что видѣлъ, какъ Цинціевъ законъ, будучи lex imperfecta, оставался во многихъ случаяхъ безсильнымъ.

§ 11. Недѣйствительность ввелъ законъ, бывшій lex perfecta.

§ 12. Недѣйствительность соотвѣтствуетъ духу Августова законодательства.

Не скажутъ ли, что нѣтъ указаній, будто Августъ относился неодобрительно къ дареніямъ между супругами? Это было бы неточно. Уже Мензъ (1, 277, русск. перев. стр. 153), говоря о lex Papia, отмѣтилъ, что этотъ законъ обнаруживаетъ особенную строгость въ отношеніи къ проявленіямъ щедрости супруговъ между собою Что „lex decimaria“ (выраженіе Ѳалелея, Bas. 45, 5, 2, schol. *Κατὰ τὸ ἀρχαῖον*, IV, 544) и запретъ дареній между супругами внушены однимъ и тѣмъ же духомъ, подтверждается Ѳеодосіемъ II и Валентиніаномъ III въ Cod. Theod. 5, 1, 9, — ср слова antiqui nec quod extraneis ac saepe ignotis in d o n a t i o n i b u s s u c c e s s i o n i b u s q u e tribuatur coniugibus concesserunt, reprimendum inter hos potius, ut in loco ancipiti, quam incitandum favorem mutuum arbitrati, къ которымъ Годфруа дѣлаетъ примѣчаніе: Legem Papiam decimariam indicat, sed et ius moribus receptum donationum inter virum et uxorem prohibitarum[1]. И на самомъ дѣлѣ, если бы супругамъ дана была власть дѣлать при жизни обоюдныя даренія, децимарныя ограниченія завѣщаній оставались бы обыкновенно безплодными. А кромѣ того достойно замѣчанія, что императоры въ Cod. Th. 5, 1, 9 приписываютъ древнимъ относительно дареній и наслѣдованій отказъ супругамъ въ томъ, что̀ дозволено между чужими, отказъ по сознанію необходимости с т ѣ с н и т ь взаимную склонность, которая побуждаетъ супруговъ къ дареніямъ: но вѣдь если бъ обычай, который проявляется rebus ipsis et factis гражданъ (Dig. 1, 3, 32, 1), ввелъ наше суровое правило, то эти facta были бы возможны не для холостыхъ и вдовыхъ, а только для супруговъ, — и они то, стало быть, и создали сами для себя запретъ, считая нужнымъ подавлять въ себѣ склонность, которая такъ естественна въ любящихъ другъ друга? Неужели все это серіозно?

§ 13. Недѣйствительность и lex decimaria.

Связь между lex decimaria и запретомъ сказывается также и въ Oratio 206 г. Въ силу Oratio дарения исчѣлялись не въ полномъ объемѣ, а fini decimarum, какъ выражается Папиніанъ, Vat. Fr. § 294, т. е. въ предѣлѣ не свыше одной десятой части. На эту норму намекаютъ слова fine

[1] Въ Риттеровскомъ изданіи ѳеодосіева кодекса съ толкованіями Годфруа т. I, стр. 475, прим. 1

præstituto Dig. 24, 1, 32, 24 и выраженіе quatenus firmare potuit dominium въ Cod. 5, 16, 14 fin.

§ 14 Ratio interdicti и Августъ.

Мысль, которая побудила Августа издать законы Юлія и Папія, сказывается и въ Dig. 24, 1, 2,—nec esset eis studium liberos potius educendi: расточая свое имущество, супруги не будутъ заботиться о томъ, чтобъ имѣть потомство. Между тѣмъ, какъ всѣмъ извѣстно, законодательство Августа, какъ одну изъ главныхъ цѣлей, преслѣдовало именно поддержаніе такой заботы. Онъ хотѣлъ, чтобы граждане не только давали отечеству законное потомство, но и воспитывали своихъ дѣтей и сберегали для нихъ наслѣдственное достояніе,—ср заключительныя слова его рѣчи у Діона Кассія, 56, 3: *καὶ τὰ κτήματα ὅσα αὐτοὶ κτησάμενοι κατέλιπον ὑμῖν, καὶ ὑμεῖς ἑτέροις ἐξ ὑμῶν αὐτῶν γεγονόσι καταλίπετε.*

§ 15. Lex decimaria и интерполяція Dig. 24, 1, 1 pr.

И вотъ, если допустить, на основаніи изложеннаго, что въ законѣ Юлія de maritandis ordinibus, а послѣ его сліянія съ закономъ Папія—въ основѣ той части, которая получила названіе decimaria, стояло запрещеніе дареній между супругами и что Ульпіанъ упомянулъ объ этихъ законахъ въ текстѣ, помѣщенномъ нынче въ началѣ титула Dig. 24, 1, то станетъ ясно, что слово decimaria не могло быть терпимо составителями дигестъ, разъ въ рубрикѣ Cod. 8, 58 говорилось de decimariis sublatis, и что, согласно ихъ системѣ, они должны были изгладить въ текстѣ Ульпіана упоминаніе о децимарныхъ законахъ, какъ они изъяли изъ классическихъ текстовъ прямое упоминаніе о lex Julia caducaria, причемъ у нихъ patrimonium caducum превратилось даже въ patrimonium cadens (Cod. 10, 10, 5: Cod. Th. 10, 8, 5). Въ концѣ концовъ, что̀ касается Dig. 24, 1, 1 pr., имъ не было и надобности заново изобрѣтать всю фразу, потому что и Ульпіанъ уже могъ написать приблизительно слѣдующее: Moribus antiquis penes nos receptum erat, ne inter virum et uxorem donationes valerent, quum uxores apud viros filiarum familias loco essent. Postea D. Augustus in lege Julia et Papia decimaria eas prohibuit, ne coniuges mutuo amore invicem spoliarentur etc. При этихъ условіяхъ достаточно было вычеркнуть нѣсколько словъ, чтобы придать тексту ту форму, въ которой мы его теперь читаемъ. При такомъ гипотетическомъ возстановленіи текста Ульпіана можно даже понять, почему написано ne donationes inter virum et uxorem v a-

lerent (теперь эти слова являются въ дигестахъ солецизмомъ: должно бы было быть moribus apud nos receptum, ne valeant). Вѣдь если бы Юліанъ вмѣсто Rectissime etiam illud receptum est, ut leges etiam per desuetudinem abrogentur, Dig. 1, 3, 32 fin., написалъ abrogarentur, то не избѣжалъ бы цензуры грамматиковъ.

§ 16. Дальнѣйшія интерполяціи.

Интерполяція въ Dig. 24, 1, 1 pr. повела къ другой, въ Dig. 24, 1, 5, 18, гдѣ сказано: in donationibus autem iure civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo ab eave, cui donatum est, ut, si quidem exstet, res vindicetur, si consumpta sit, condicatur. Во-первыхъ, это стоитъ въ противорѣчіи съ Dig 24, 1, 6, гдѣ исключена возможность виндикаціи. Во-вторыхъ, тутъ нормамъ iuris civilis приписана способность уничтожать дѣйствія, съ ними несогласныя. Но это невѣрно: вѣдь и даренія, несогласныя съ Цинціевымъ закономъ, были iure civili impeditæ, — и однако, если бывали совершены, имѣли силу. Ясно, стало быть, что составители дигестъ поставили родовой терминъ ius civile вмѣсто опредѣленно поименованнаго закона, lex perfecta, касавшагося дареній между супругами. А это усиливаетъ доказательства, которыя приведены выше въ пользу того, что текстъ Dig. 24, 1, 1 pr. попалъ въ пандекты съ нѣкоторыми измѣненіями противъ подлинника: если вполнѣ вѣрно, что текстъ Dig. 24, 1, 5, 17 умѣстенъ, какъ часть Corpus iuris, будучи согласенъ съ конституціею Cod. 1, 14, 5, писанною на два вѣка позже Ульпіана, которая признаетъ ничтожными всѣ и всякія дѣйствія вопреки закону, то, разсматриваемый какъ подлинникъ Ульпіана, онъ не вяжется съ началами, принятыми въ эпоху этого юриста. Итакъ, заключаетъ Алибранди, все сходится къ тому, чтобы признать запретъ дареній между супругами имѣющимъ другой источникъ, чѣмъ тотъ, который намъ навязываютъ составители дигестъ.

## § 22. Разборъ ученія Алибранди.

Общая оцѣнка теоріи Алибранди.

Теорія Алибранди изложена нами съ тою полнотою, которой она безусловно заслуживаетъ. Мы откинули только немногія неидущія къ дѣлу частности и слегка сократили дословныя выписки, а также безъ оговорокъ исправили опечатки въ его ссылкахъ, весьма многочисленныя. Но и кромѣ

невольнаго желанія воспроизвести изящную простоту слога и стройность изложенія подлинника, мы имѣли къ виду, какъ мало распространено въ Россіи знакомство съ итальянскимъ языкомъ вообще и съ произведеніями Алибранди въ частности. Наконецъ, и самая теорія, хотя мы ея не раздѣляемъ, принадлежитъ къ лучшимъ ученымъ концепціямъ въ области нашего вопроса. Прекрасно задуманная, своеобразная съ начала до конца, превосходно проведенная, обставленная съ удивительнымъ искусствомъ всею роскошью обильныхъ научныхъ данныхъ, усыпанная цвѣтами обширной начитанности, она производитъ на читателя неотразимое впечатлѣніе. Сначала она можетъ показаться насильственною, но постепенно это недовѣріе сглаживается и читатель шагъ за шагомъ все болѣе подчиняется діалектическому очарованію. Немудрено, что она провела глубокій слѣдъ въ
1898 г. наукѣ. Такъ, ее всецѣло усвоилъ и воспроизвелъ Асколи (497—505), признавъ догадку Алибранди самою вѣроятною при нашемъ состояніи источниковъ (504), глубокой и геніальною (501). Теперь Киппъ въ 8-мъ изданіи Пандектъ Виндшейда (3, стр. 46, прим. 1) примкнулъ къ „весьма остроумному и вѣрному“ ходу мыслей Алибранди[1]. Даже несогласный съ Алибранди де-Медіо почтилъ его теорію эпитетомъ[2]
1902 г. „впрочемъ, довольно геніальной“ — per altro assai geniale (стр. 361). Не скрою, наконецъ, что и лично я не сразу разглядѣлъ слабыя стороны этой блистательной теоріи, тѣмъ болѣе, что ея обоснованность на множествѣ доказательствъ не даетъ возможности опровергнуть ее однимъ принципіальнымъ возраженіемъ. Какъ нельзя опрокинуть пирамиду, такъ и эту теорію. Необходимо выяснить шаткость всѣхъ ея основаній, разобрать всю ее по камню. Къ этой работѣ мы теперь и обратимся.

[1] Единственный, сколько знаю, кто рѣшительно высказался противъ Алибранди и Киппа, — Эрлихъ, Recht und Prator въ Grünhuts Zeitschrift, 31, 349, пр. 7.

[2] Правда, эпитетъ нѣсколько своеобразенъ; но что онъ приложенъ отъ чистаго сердца, безо всякой иронiи, ясно изъ дальнѣйшаго, гдѣ догадка Алибранди признается поучительною, благодаря тонкости нѣкоторыхъ замѣчаній, заложенныхъ въ основаніе теоріи (368).

## I. Принципіальныя возраженія.

1. Rationes interdicti.

Первое принципіальное возраженіе, которое можно сдѣлать Алибранди, сводится къ тому, что онъ придаетъ совершенно неподобающее значеніе тѣмъ rationes interdicti, которыя приводятся въ источникахъ. Въ предшествующей главѣ ясно обнаружена ихъ истинная цѣнность и потому всѣ доводы, почерпнутые изъ нихъ Алибранди, отпадаютъ сами собою.

2. Крайности интерполяціонизма.

Второе, столь же принципіальное, касается интерполяціоннаго метода толкованія. Самъ по себѣ это вполнѣ законный методъ, которому мы обязаны многими весьма цѣнными научными успѣхами Я готовъ идти дальше и сказать, что ему предстоитъ еще не малое поприще и не мало новыхъ завоеваній. Однако залогомъ прочныхъ успѣховъ его поборникамъ должна быть крайняя осторожность въ его примѣненіи. Никакое предположеніе объ интерполяціи не должно выступать въ наукѣ безъ тщательной оцѣнки всѣхъ доводовъ п р о т и в ъ ея возможности тамъ, гдѣ она предполагается, и никакая заманчивость доводовъ въ п о л ь з у ея не должна обольщать научной совѣсти изслѣдователя. А эти доводы п р о т и в ъ интерполяціи легко обнаруживаются, если начать выводить ея необходимыя послѣдствія и повѣрять ихъ источниками, по возможности — источниками доюстиніановскими, правда, все еще крайне скудными. Однако въ настоящее время не любятъ такой сложной и трудной работы. Многочисленные добровольцы предпочитаютъ искать, точно трюфелей, скрытыхъ интерполяцій въ каждомъ словѣ обширной silva legum iustinianea. Вмѣсто достовѣрнаго юстиніанова и до-юстиніанова права создается какое-то воображаемое классическое право,—что-то вродѣ воображаемаго пространства четырехъ измѣреній. Для удобства при этихъ странныхъ упражненіяхъ гасятъ свѣточъ критики, закрываютъ глаза на очевидность и, точно спиритическихъ стуковъ, добиваются изъ подъ предполагаемыхъ интерполяцій п о т у с т о р о н н и х ъ классическихъ текстовъ. Прискорбно видѣть, какъ это ложное направленіе безплодно поглощаетъ силы ученаго міра, отвлекая ихъ отъ менѣе заманчивыхъ, менѣе легкихъ, но зато истинно-научныхъ задачъ; еще прискорбнѣе, когда къ нему примыкаютъ истинныя, крупныя силы, пропадающія для науки; но самое прискорбное то, что край-

ности направленія дискредитируютъ цѣнный методъ, неповинный въ злоупотребленіяхъ, которыя во имя его совершаются.

Крайности Алибранди.

Къ числу выдающихся ученыхъ, безплодно погубившихъ много драгоцѣнныхъ силъ на „исканьи“ интерполяцій, принадлежалъ, къ несчастью, Алибранди, а блестящимъ примѣромъ, какъ непроизводительно гибнутъ при ложномъ направленіи первоклассныя дарованія, можетъ послужить его разбираемая теорія, когда мы вполнѣ выяснимъ ея дѣйствительную цѣнность. Здѣсь, съ принципіальной точки зрѣнія, ограничимся утвержденіемъ, что девизъ интерполяціонистовъ, выраженный Алибранди, является прямою противоположностью здравымъ требованіямъ научной критики. Вѣроятность того, что каждый данный текстъ дигестъ воспроизводитъ намъ классическій подлинникъ, равна вѣроятности, что онъ интерполированъ, провозглашаетъ Алибранди; какъ разъ наоборотъ: quilibet praesumitur bonus, donec probetur contrarium. Этотъ юридическій принципъ по-своему вѣренъ и для исторической герменевтики.

3. Смѣшеніе понятій.

Въ-третьихъ, съ принципіальной точки зрѣнія слѣдуетъ поставить Алибранди въ упрекъ смѣшеніе понятій, различеніе которыхъ существенно важно для его задачи.

Недѣйствительность, поворотность и запретъ.

Прежде всего, Алибранди совершенно не считаетъ нужнымъ отличать недѣйствительность дареній отъ ихъ поворотности съ одной стороны и ихъ недѣйствительность отъ запрета съ другой. А это влечетъ за собою важныя неточности въ сужденіяхъ и не малую шаткость доводовъ какъ въ положительномъ, такъ и въ отрицательномъ смыслѣ: защищаемыя мнѣнія у него остаются недоказанными, оспариваемыя—неопровергнутыми.

Факторы обычнаго права.

Затѣмъ, Алибранди не беретъ на себя труда хотя бы предположительно выяснить роль факторовъ и формъ обычнаго права въ отношеніи къ ученію о супружескихъ дареніяхъ. Что могли внести юристы, что судебная практика, что преторы, что народныя привычки и обыкновенія (usances), у него остается неизвѣстнымъ. Въ то же время mores онъ все время понимаетъ въ положительномъ смыслѣ, какъ обобщенныя въ юридическую норму народныя привычки и обыкновенія. Я вовсе не говорю, чтобы различать эти частности было всегда и вездѣ существенно важно; нерѣдки случаи, когда эти понятія можно подразумѣвать promiscue

безо всякаго ущерба для изслѣдованія; но по крайней мѣрѣ такое безразличное подразумѣваніе должно быть сознательнымъ и не предрѣшать никакихъ выводовъ: а ни того, ни другого нельзя сказать про Алибранди. Онъ не только не различаетъ, но и смѣшиваетъ, и потому путаетъ понятія. Частные примѣры будутъ приведены въ дальнѣйшемъ.

Дареніе въ бытовомъ и въ юридическомъ смыслѣ

Наконецъ, Алибранди не различаетъ дареній въ фактическомъ и дареній въ юридическомъ смыслѣ. Дача пекулія въ бытовомъ смыслѣ — дареніе сыну или рабу; а въ юридическомъ тутъ нѣтъ никакого даренія. Далѣе, всѣ расходы потребительнаго свойства на жену или дѣтей (столъ, гардеробъ, пріемы, выѣзды, обученіе и проч.) не являются дареніями, такъ какъ исключаютъ возможность обогащенія, а въ бытовомъ смыслѣ всѣ они должны разсматриваться какъ liberalitates, — по-русски приходится также сказать „даренія“, за неимѣніемъ надлежащаго синонима. Между тѣмъ, практика дареній въ бытовомъ смыслѣ не имѣетъ никакого соотношенія съ практикою дареній въ смыслѣ юридическомъ.

## II. Частныя возраженія.

§ 4. Радикальная теорія

Обращаемся къ частнымъ возраженіямъ. Относительно § 4-го эта задача для насъ очень упрощена тѣмъ, что Алибранди примыкаетъ къ радикальной теоріи: все, что̀ сказано въ ея опроверженіе, касается и Алибранди; а въ частности его замѣчаніе касательно мачихи и пасынка нами ужъ использовано именно какъ доводъ противъ раздѣляемаго имъ воззрѣнія, см. выше, стр. 319.

§ 5. Смѣшеніе понятій.

Въ § 5 мы наблюдаемъ цѣлый рядъ недоразумѣній, основанныхъ на тѣхъ промахахъ, которые мы уже выяснили принципіально.

Алибранди подъ обычаемъ все время тутъ разумѣетъ бытовую привычку; но почему не судебную практику и т. п.? „Всеобщій и постоянный образъ дѣйствій гражданъ“: но почему не всеобщій и постоянный образъ дѣйствій присяжныхъ судей? Ср. Paul. 5, 4, 6: iniuriarum actio... more ...introducta est; 5, 4, 7: moribus, quotiens factum pro qualitate sui arbitrio iudicis æstimatur.

Плавтъ.

Обратимся теперь къ Плавту и Катону. Плавтъ бичуетъ мужей, дающихъ женамъ разорять ихъ: но развѣ онъ

говоритъ объ обогащеніи женъ на счетъ мужей? Ничуть не бывало. Онъ имѣетъ въ виду расточительность, которая возможна безо всякихъ дареній въ юридическомъ смыслѣ и, стало быть, равно возможна и тамъ, гдѣ даренія между супругами дѣйствительны, и тамъ, гдѣ они недѣйствительны. Прошу прочесть весь монологъ Мегадора въ той сценѣ, изъ которой Алибранди цитируетъ нѣсколько заключительныхъ строкъ. Плавтъ вовсе не бичуетъ слабость мужей, а издѣвается надъ старческою скаредностью boni patrisfamilias, который тяготится всякимъ расходомъ, брюзжитъ и преувеличиваетъ, а его ровесникъ Эвкліонъ приходитъ въ умиленіе отъ столь разумныхъ рѣчей. Помимо того, гдѣ тутъ обогащеніе жены на счетъ мужа, когда мужъ сѣтуетъ, что жена сама хочетъ жить по средствамъ своего приданаго и мѣшаетъ ему наживаться на счетъ дотальныхъ доходовъ,— сравните слова:

Equidem dotem ad te adtuli
Maiorem multo, quam tibi erat pecunia

Да наконецъ и цитируемыя Алибранди слова говорятъ не о дареніяхъ мужей женамъ, а объ избалованныхъ своимъ богатствомъ женахъ:

Haec sunt atque aliæ multæ in magnis dotibus
Incommoditates sumptusque intolerabiles:
Nam quæ indotatast, ea in potestatest viri;
Dotatæ mactant et malo et damno viros.

Центральное мѣсто всей сцены—это слова:

Hoc si ita fiat, mores meliores sibi
Parent pro dote, quos ferant, quam nunc ferunt.

Неужели при этомъ можно видѣть намекъ на даренія въ брюзжаньи старика, что если бы сыновья богатыхъ женились на безприданницахъ, то все было бы лучше

Et nos minore sumptu simus, quam sumus?

Наконецъ, если бы Плавтъ бичевалъ въ этой сценѣ слабость мужей, разоряющихся на женъ, то какой смыслъ имѣло бы приписывать расточительность богато дотированнымъ женщинамъ и facere verba ad parsimoniam, предпочитая имъ безприданницъ? Неужели въ Римѣ бѣднымъ несвойственно было желаніе обогатиться на счетъ мужа, а богатымъ свойственно? Нѣтъ, шутки Плавта могли сложиться только на почвѣ недѣйствительности дареній между супругами.

Рѣчь Катона.

Переходимъ къ вопросу о рѣчи Катона. Относительно Ливія вполнѣ достовѣрно извѣстно, что приводимыя у него рѣчи почти безъ изъятій сочинены имъ самимъ; болѣе того, въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ зналъ подлинныя рѣчи историческихъ дѣятелей, уцѣлѣвшія до его времени, онъ не включалъ ихъ въ свой разсказъ, а только на нихъ ссылался[1]. Такимъ образомъ, Алибранди могъ бы использовать свой источникъ только какъ свидѣтельство для эпохи Ливія, но никакъ не Катона. Однако признаемъ, что Ливій вѣрно возсоздаетъ намъ подлинныя мысли и сужденія Катона, допустимъ даже, что онъ сохранилъ подлинную рѣчь Катона: вѣдь и въ ней рѣчь идетъ о расходахъ на жену или расходахъ жены, sumptus mulieris, а вовсе не о сбереженіяхъ жены на счетъ мужа, вовсе не о ея наживѣ черезъ его расточительность. Опять, стало быть, если и говорить тутъ о дареніяхъ, то только въ бытовомъ смыслѣ. Замѣчу, притомъ, что правило о недѣйствительности супружескихъ дареній именно должно было явиться побужденіемъ къ расточительности и упадку нравовъ: желающая воспользоваться щедростью мужа или любовника женщина должна была торопиться истратить все, что̀ получила, ибо, при недѣйствительности дареній и prædumptio Muciana, ея сбереженія шли въ чью угодно, только не въ ея пользу. Съ другой стороны эти же правила должны были разлагать семью, покровительствуя распутству изъ корыстолюбія. И точно, древняя литература сохранила намъ картины безпримѣрной продажности женщинъ. При малѣйшей падкости женщины на подарки, любовникъ былъ сильнѣе мужа, такъ какъ не дарилъ только тогда, когда не хотѣлъ, а мужъ, какъ бы пламенно ни желалъ, не имѣлъ возможности подарить женѣ что̀ либо безповоротно. Влагаемыя Ливіемъ въ уста Катону соображенія получаютъ полную силу только на почвѣ недѣйствительности супружескихъ дареній. Оппіевъ законъ и другіе законы о роскоши всетаки до извѣстной степени

[1] Наиболѣе типично мѣсто Liv. 45, 25, 3: Non inseram simulacrum viri copiosi quae dixerit referendo: ipsius oratio exstat, Originum quinto libro inclusa. Ср. примѣчаніе Вейссенборна ad Liv. 34, 4, 19—20; Schanz, Geschichte der romischen Litteratur, 2, 1², 266; тамъ же, стр. 267. То же у Тейффеля, I, 600, прим. 12. О занимающей насъ рѣчи Катона уже сказано у насъ подробно выше, стр. 174—176

уравнивали шансы мужей и любовниковъ, всетаки защищали семью отъ повальной продажности женщинъ. Въ концѣ концовъ, стало быть, § 5-й столь же бездоказателенъ, какъ § 4-й, и мы можемъ сказать, что дѣйствительность супружескихъ дареній въ VI вѣкѣ города не доказана.

Переходимъ къ § 6-му, разбирающему судьбу этихъ дареній въ VII вѣкѣ. Алибранди и въ это время считаетъ ихъ дѣйствительными на основаніи præsumptio Muciana и Юлиева закона repetundarum. Præsumptio Muciana уже была нами подвергнута подробному изученію выше, стр. 162 слл.; но и на почвѣ свѣдѣній Алибранди его утвержденіе не можетъ устоять передъ критикою. Конечно, если исходить изъ предположенія, что въ эпоху Кв. Муція дарения между супругами считались дѣйствительными, то въ словахъ et verius et honestius можно найти смыслъ, влагаемый въ нихъ Алибранди; но если не исходить изъ этого предположенія, то смыслъ ихъ прямо противоположный. Кв. Муцій даетъ, въ сущности, частное развитіе аксіомѣ quilibet præsumitur bonus, donec probetur contrarium. Признавъ сомнительныя вещи дареніемъ мужа, приходилось оставить ихъ за мужемъ. Конечно, это было honestius, чѣмъ оставлять за женою вещи, о которыхъ она не можетъ сказать, откуда ихъ получила; съ другой стороны это было verius, ибо, въ силу приведенной аксіомы, quod est honestius, est verius. А засимъ нѣтъ надобности отвергать и мнѣніе Алибранди: бытовыя дарения между супругами несомнѣнно были дѣломъ весьма обыкновеннымъ и несомнѣнно въ нихъ не было ничего предосудительнаго ни по существу, ни въ глазахъ общественнаго мнѣнія; только это не имѣетъ никакого отношенія къ судьбѣ дареній въ смыслѣ юридическомъ. § 6. Praesumptio Muciana.

Далѣе, вновь наблюдается смѣшеніе недѣйствительности съ поворотностью и съ запретомъ. Самъ Алибранди признаетъ, что запретъ не могъ быть порожденіемъ обычая; стало быть, нельзя говорить, будто обычай призналъ дарения между супругами такими дѣйствіями, отъ которыхъ должно воздерживаться: надо сказать, что бытовыя дарения были поворотны, юридическія недѣйствительны. Во-вторыхъ, Алибранди здѣсь понимаетъ mores въ положительномъ смыслѣ, какъ бытовую привычку. Но вѣдь не подлежитъ сомнѣнію, что singularitas права супружескихъ дареній была singula- Недѣйствительность, поворотность и запретъ. Singularitas odiosa.

ritas odiosa, а никакъ не singularitas benigna (ср. Dig. 24, 1, 3, 1 fin., melior conditio): мыслимо ли добровольное созданіе путемъ бытовой привычки singularitas odiosa? Конечно, примѣры есть, — монашество, столпничество, юродство, скопчество и т. д.; но данный случай не можетъ быть отнесенъ къ ихъ числу, такъ какъ охватываетъ не группу исключительныхъ лицъ, а всю массу нормальныхъ гражданъ. Какой же отсюда выводъ? Да очень простой: недѣйствительность супружескихъ дареній, а тѣмъ болѣе запретъ ихъ, не могли сложиться путемъ бытовой привычки. И только. Конечно, есть и еще выводъ: если недѣйствительность и запретъ не могли сложиться путемъ бытовой привычки и притомъ, какъ ясно изъ выраженія moribus receptum est, не вытекли изъ положительнаго закона, то мы должны заключить, что они возникли либо на почвѣ судебной практики, либо на почвѣ научнаго обобщенія, либо при взаимодѣйствіи этихъ двухъ факторовъ: но Алибранди этого вывода не дѣлаетъ и не признаетъ.

Итакъ, слово honestius отнюдь не свидѣтельствуетъ противъ обычно-правового возникновенія недѣйствительности супружескихъ дареній, а præsumptio Muciana никоимъ образомъ не доказываетъ, что въ эпоху Кв. Муція эти даренія считались дозволенными.

Lex Julia repetundarum

Обратимся къ вопросу о lex Julia repetundarum. Точно, Юліевъ законъ считается съ дареніями между супругами; но это обязываетъ насъ, какъ правильно думаетъ самъ Алибранди, къ тѣмъ же выводамъ, къ какимъ и упоминаніе (мнимое) дареній въ Цинціевомъ законѣ: т. е., мы должны или допустить, что въ эпоху Юліева закона даренія между супругами считались еще дѣйствительными (радикальное пониманіе), или что Юліевъ законъ имѣлъ въ виду изъятія изъ недѣйствительности этихъ дареній (консервативное пониманіе), или, наконецъ, что супруги не были expressim упомянуты Юліевымъ закономъ, но подведены подъ его нормы путемъ интерпретаціи, какъ мы выше признали по поводу Цинціева закона. Въ частности относительно Юліева закона я считаю всего правдоподобнѣе консервативное пониманіе, хоть и не исключаю возможности распространительнаго толкованія; а въ концѣ концовъ остается еще третье предположеніе, не распространена ли эксцепція Юліева закона на

жену позднѣе, путемъ интерпретаціи, какъ я это рѣшительно утверждаю для Цинціева закона: способъ выраженія юриста и здѣсь, и тамъ ничего не говоритъ противъ этой мысли, — напоминаю правило Dig. 50, 16, 6, 1. Почему такое несходство сравнительно съ Цинціевымъ закономъ? Потому, что, какъ я полагаю, за истекшія 150 лѣтъ изъятія изъ правилъ о недѣйствительности успѣли сложиться въ прочную практику и теорію, особенно благодаря mortis causa и divortii causa donationes: какъ можно судить изъ Dig 24, 1, 12 (quandoque futuri), этими изъятіями нерѣдко пользовались съ цѣлью обхода общаго порядка. О томъ, что этотъ обходъ не составлялъ въ сущности затрудненія уже въ началѣ II-го вѣка по Р. Х., достаточно свидѣтельствуетъ Ювеналъ, 1, 2, 58—59 и схоліастъ къ нему (omne patrimonium suum vivus donavit uxori), причемъ нѣтъ даже, по
1733 г. моему, надобности вмѣстѣ съ Бейнкерсгукомъ (I, 166) ограничивать мысль одними только дареніями mortis causa, въ виду хотя бы стиха 61-го[1]. Въ концѣ концовъ, стало быть, Юліевъ законъ столь же мало опровергаетъ недѣйствительность супружескихъ дареній въ VII вѣкѣ, какъ Цинціевъ въ VI-мъ. А стало быть и § 6 у Алибранди ничего ровно не доказываетъ.

§ 7 и его неубѣдительность.

§ 7 въ первой половинѣ не содержитъ никакого матеріала для спора, хотя въ предшествующей главѣ показано, что слѣды недѣйствительности дареній между супругами встрѣчаются и ранѣе Требація; вторая же половина его почти въ тѣхъ же словахъ можетъ быть повторена противъ самого Алибранди (Кто же повѣритъ и пр.), если принять во вниманіе сдѣланныя нами выше разъясненія. Конечно, не въ Августову эпоху могъ сложиться такой обычай. Въ противномъ случаѣ, если принять во вниманіе цитированный нами текстъ Ювенала, почему не пойти дальше и не провозгласить, наравнѣ съ нѣкоторыми писателями XVIII вѣка, въ особенности съ Гейнеке, Воордой и другими, что дарения и запрещены только съ Oratio 206 г. (см. выше, стр 272—276)? Алибранди едва ли бы могъ миновать такого вывода, если

[1] Отсюда же мы имѣемъ право заключить, что въ началѣ II-го вѣка по Р. Х дарения между супругами уже подводились подъ изъятіе Цинціева закона.

бы не упустилъ изъ виду нашъ текстъ Ювенала и Марціала 10, 41, которые, однако, съ нашей точки зрѣнія ничего не доказываютъ. Во всякомъ случаѣ, выводъ § 7 о положительномъ законѣ Августа безусловно неубѣдителенъ; по крайней мѣрѣ ни одинъ изъ доводовъ, на которыхъ Алибранди обосновалъ его, не выдерживаетъ непредвзятой критики.

§ 8. Выраженіе Плутарха.

Теперь намъ предстоитъ разобраться въ тѣхъ соображеніяхъ, которыми Алибранди расчитываетъ подкрѣпить съ обратною силою свою гипотезу. И прежде всего выраженіе *Ῥωμαῖος νομοθέτης* у Плутарха ничего ровно не доказываетъ. Плутархъ не юристъ и пользуется словами не въ техническомъ смыслѣ; да и техническое значеніе слова *νομοθέτης* будетъ номоѳетъ, а вовсе не императоръ: но въ Римѣ номоѳетовъ не было и, стало быть, говоря о римлянахъ, Плутархъ употреблялъ это выраженіе въ общелитературномъ смыслѣ. Какъ и мы теперь нерѣдко говоримъ о „римскомъ законодателѣ“, подразумѣвая вообще нормы римскаго права, такъ и у Плутарха *Ῥωμαῖος νομοθέτης* является иногда синонимомъ для *Ῥωμαικὴ νομοθεσία*. Наконецъ, Плутархъ говоритъ нерѣдко о римскомъ законодателѣ, когда имѣетъ въ виду обычаи древнѣйшей старины. Какъ на типичный примѣръ можно сослаться на *Ῥωμαϊκὰ* 65 ult.: *Καθάπερ ὁ Σόλων ἔγραψε, μήλου κυδωνίου τὴν νύμφην ἐντραγοῦσαν εἰς τὸν θάλαμον βαδίζειν, ὅπως τὸ πρῶτον ἄσπασμα μὴ δυσχερὲς γένηται, μηδ' ἀχάριστον· οὕτως ὁ Ρωμαῖος νομοθέτης, εἴ δή τι προσῆν ἄτοπον τῷ σώματι καὶ δυσχερές, ἔκρυψεν.* Послѣднее, чего не имѣлъ въ виду Алибранди, но что̀ предполагала еще самая старинная литература по нашему вопросу, — это возможность подразумѣвать въ данномъ мѣстѣ Ромула подъ *Ῥωμαῖος νομοθέτης*. Выше, стр. 184, уже показано, что именно такова и была мысль Плутарха. Она невѣрна, но толковать Плутарха надо такъ, какъ онъ на самомъ дѣлѣ думалъ, а не такъ, какъ хочется Алибранди.

Выраженіе имп. Константина.

Не болѣе доказываетъ и слово legum въ конституціи Vat. Fr. § 273. Выпишемъ для удобства этотъ текстъ дословно въ нужной для насъ первой части:

Prisca legum æquitate prolusa[1], variis ambagum versutiis

[1] Испорченный въ данномъ словѣ текстъ крайне слабо исправленъ Моммсеномъ. Рукопись даетъ prisca legum æquitate *provisa*; Моммсенъ читаетъ — крайне тяжело и безсвязно — prisca legum æquitate

exquisita donatio, licet titulum emptionis vel debiti tenorem comprehendere videatur, tamen claris testationibus probata, debet in irritum devocari, si quidem consultissima ratione videatur easse provisum matrimonio constante donationes inter virum et uxorem altrinsecus agitatas nullam firmitatem habere.

Допустимъ сначала, что leges обозначаетъ здѣсь нормы, первоначально провозгласившія недѣйствительность дареній между супругами, и подразумѣваетъ Юліевъ и Папіевъ законъ. Но что̀ намъ тогда дѣлать съ выраженіемъ maiores въ Dig. 24, 1, 3 pr.? Правда, Алибранди, какъ мы видѣли, даетъ ему совсѣмъ своеобразное толкованіе; но ниже показана полная невозможность этого толкованія и досадное слово остается вѣскимъ опроверженіемъ. Если же согласиться, что здѣсь императоры говорятъ не о первоначальномъ законодательствѣ (самъ Алибранди приводитъ, какъ надо помнить, недѣйствительность дареній между супругами въ связь съ первоначальными подручными браками), то почему подъ legum sanctiones понимать непремѣнно Юліевъ и Папіевъ законъ? Почему не другія конституціи императоровъ, изданныя задолго до Константина и даже до Севера? Множественное число legum лучше вяжется съ этимъ пониманіемъ. Вполнѣ аналогично — что̀ также упустилъ изъ виду Алибранди — выражается и Юстиніанъ въ Nov. 74, 4: *οἱ πρὸ ἡμῶν νομοθέται.* Или Алибранди и его привлекъ бы себѣ въ союзники вмѣстѣ съ Константиномъ? Но тогда гдѣ же было бы византійское коварство интерполяторовъ?

§§ 8 и 9. Мнимые остатки легальнаго текста.

Вторая половина § 8-го въ очеркѣ Алибранди также содержитъ два ряда доказательствъ: сложность правилъ о дареніяхъ между супругами и слово potestas въ Dig. 24, 1, 3, 3. Послѣднему самъ Алибранди, какъ видно изъ заключительныхъ словъ, придаетъ главное, рѣшающее значеніе. И дѣйствительно, слово potestas на первый взглядъ производитъ впечатлѣніе толкуемаго юристомъ легальнаго термина. Однако это впечатлѣніе сохраняется только при готовности раздѣлить гипотезу Алибранди. Какъ онъ самъ

*praecluса*. Я полагаю, что, принявъ во вниманіе дальнѣйшее eludendae legum sanctiones, надо читать *prolusa*, относя это не къ donatio, а къ æquitate. Тогда вся конструкція фразы становится и легкой, и стройной, и цѣлесообразною. Въ моей выпискѣ знаки разставлены согласно съ моимъ чтеніемъ

доказываетъ въ § 9-мъ, это слово не могло быть заимствовано Ульпіаномъ изъ Oratio 206 г.; какъ мы только что доказали, у насъ нѣтъ ни малѣйшаго права заподозрѣвать обычно-правовое происхожденіе правилъ о супружескихъ дареніяхъ; остается, стало быть, или приписать это выраженіе эдикту[1], или, какъ предлагаетъ Ленель[2], Сабину, котораго Ульпіанъ въ данномъ текстѣ комментируетъ, или, наконецъ самому Ульпіану, Dig. 24, 1, 3, 2, причемъ только во множественномъ числѣ trahimus надо видѣть просто plurale modestatis. Во всякомъ случаѣ, надо заранѣе принять гипотезу Алибранди, чтобы понять это мѣсто въ желательномъ для него смыслѣ. Что же касается сложности правилъ, охватывающихъ обширный кругъ лицъ и имѣвшихъ множество исключеній, то, пожалуй, это и могло бы свидѣтельствовать противъ возникновенія ихъ изъ бытовой привычки; но противъ возникновенія благодаря научному обобщенію судебной практики эти доводы ничего не доказываютъ. Въ итогѣ, стало быть, §§ 8-й и 9-й отнюдь не могутъ привести къ заключенію, будто источникомъ правилъ о супружескихъ дареніяхъ былъ положительный законъ.

§§ 10 и 11. Неточность выраженія „запретъ“.

Сложнѣе ходъ мыслей, развиваемыхъ въ §§ 10-мъ и 11-мъ. Въ основномъ положеніи, впрочемъ, кроется ужъ отмѣченное нами смѣшеніе понятій. Алибранди подчеркиваетъ, что дарения между супругами были запрещены, prohibitae, ссылаясь на Dig. 24, 1, 3 pr. Дѣйствительно, источники много разъ употребляютъ и это (Dig. 24, 1, 3, 1 prohibitæ donationes; 24, 1, 3, 2 prohibentur sibi donare; 24, 1, 3, 5 prohibetur donare; 24, 1, 3, 6 prohibitum est donare; 24, 1, 3, 7 non est prohibitum; 24, 1, 32, 16 donare prohibentur; Paul. 2, 23, 2 donare non prohibentur), и еще болѣе точныя выраженія: interdicta donatio Dig. 24, 1, 3, 10; impedita donatio Dig. 24, 1, 5, 18; non concessa donatio Dig. 24, 1, 6; interdictæ species donationis Dig. 24, 1, 13, 2; antiqui nec... in donationibus... coniugibus concesserunt, Cod. Th. 5, 1, 9; даже iuris civilis interdictum Cod. 5, 16, 20. Дѣйствительно, скажу далѣе, запреты не

[1] Ср. толкованіе слова potestas примѣнительно къ эдикту у того же Ульпіана, Dig. 15, 1, 1, 5.

[2] Lenel, Das Sabinussystem, 1892, стр. 65.

могутъ быть порожденіемъ обычнаго права въ смыслѣ бытовой привычки: она можетъ состоять или изъ многократныхъ дѣйствій, или изъ отсутствія какихъ либо дѣйствій, но никакъ не изъ запрета. Но если такъ, то намъ остается только признать, согласно съ Бринцемъ и Гофманномъ, ср. выше, стр. 355 и 358, что запретъ явился ученымъ обобщеніемъ обычая, сдѣланнымъ юристами,— и только. Характерно, что наряду съ глаголами interdicere, prohibere, impedire, non concedere и производными отъ нихъ въ источникахъ ни разу не встрѣчается техническое для leges perfectae выраженіе vetare. Контрастъ этихъ выраженій, ясный самъ по себѣ, особенно наглядно сказывается нпр. у Гая, 2,110 и 2,111 въ рядомъ стоящихъ положеніяхъ, — prohibeantur ratione civili въ одномъ случаѣ и lege Julia vetantur въ другомъ. Замѣчу, притомъ, что въ стилистическомъ отношеніи слово „запретъ“ несравненно удобнѣе, чѣмъ „недѣйствительность“ и тѣмъ болѣе „поворотность“, чѣмъ и долженъ быть объясненъ его литературный успѣхъ: вѣдь даже въ настоящей книгѣ „поворотность“ неологизмъ. А практическихъ выводовъ изъ понятія „запретъ“ римскіе юристы никогда и нигдѣ не дѣлали. У нихъ это просто синонимическая формулировка принципа недѣйствительности, — вродѣ нпр. Dig. 16, 1, 1, 1, гдѣ сказано, что moribus civilia officia adempta sunt feminis et pleraque ipso iure non valent, причемъ эта мнимая ademptio рядомъ, Dig. 16, 1, 1, 2, разсматривается, какъ помощь, — mulieribus succurritur, а въ другомъ мѣстѣ ясно указано, что никакой ademptio и не было: moribus (impediuntur, ne iudices sint) feminae et servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur, Dig. 5, 1, 12, 2. Съ другой стороны, недѣйствительность сама по себѣ вовсе не служитъ признакомъ неодобрительности пристигаемыхъ ею дѣйствій предъ судомъ общественнаго мнѣнія: она часто является только послѣдствіемъ невозможности, бытовой или юридической, соотвѣтствующихъ дѣйствій, нерѣдко не только вполнѣ одобрительныхъ, но даже весьма желательныхъ: сошлюсь хотя бы на правило nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Что же касается запретовъ вообще, то они нерѣдко поражаютъ дѣйствія, сами по себѣ не всегда предосудительныя, но лишь опасныя въ общественномъ отношеніи: напомню

„запретъ“ senatusconsultum Macedonianum. И стало быть, въ концѣ концовъ, вся цѣпь умозаключеній Алибранди рвется, какъ паутина. Обычно-правовое происхожденіе недѣйствительности дареній между супругами обязываетъ насъ признать, что эта недѣйствительность возникла не въ формѣ запрета, и вовсе не обязываетъ принять, какъ необходимую предпосылку, будто эти даренія считались предосудительными въ глазахъ общественнаго мнѣнія. Зато въ положительномъ смыслѣ это происхожденіе обязываетъ насъ допустить, что недѣйствительными даренія между супругами оказались не потому, чтобы ихъ лишали какія нибудь причины пріобрѣтенной ими юридической силы, а потому, что они по самому порядку вещей вовсе и не могли пріобрѣсти этой силы. Недѣйствительность, иными словами, являлась не репрессіею, но лишь выраженіемъ невозможности извѣстныхъ бытовыхъ явленій вылиться въ законныя правовыя нормы. А съ этой точки зрѣнія цѣликомъ отпадаетъ и тотъ доводъ Алибранди, что обычай не можетъ сообщить укоренившемуся правилу силы legis perfectæ. Это вѣрно для обычая — поскольку такой обычай возможенъ — репрессивнаго, но вовсе не для обычнаго воззрѣнія на какое либо фактически возможное дѣйствіе, какъ на дѣйствіе невозможное юридически. Такъ, напр., въ древнѣйшую эпоху недѣйствительность сдѣлокъ съ перегриномъ, не имѣвшимъ ius commercii, была послѣдствіемъ не репрессіи, а только невозможности заключить цивильную сдѣлку. Такъ точно и для дареній между супругами. Если мы признаемъ ихъ недѣйствительность послѣдствіемъ запрета, то должны признать за этимъ запретомъ силу legis perfectæ [1]; но мысль о запретѣ совершенно ненужна, разъ мы примемъ, что недѣйствительность была только выраженіемъ цивильной невозможности. Наконецъ, наряду съ другими соображеніями, параллель, проводимая Алибранди между дареніями женѣ и дареніями публичной женщинѣ, а также и дареніями ex turpissima causa въ § 11-мъ, конечно, обязываетъ насъ признать, что римское общество не могло считать предосудительными даренія между супругами, какъ таковыя; но вѣдь

[1] Напомню кстати, что именно эта сила-то и сомнительна; недаромъ уже второе столѣтіе въ наукѣ не прекращаются сомнѣнія въ истинной недѣйствительности супружескихъ дареній.

отсюда мы должны сдѣлать и другой выводъ, — что, стало быть, причиной ихъ недѣйствительности была не ихъ предосудительность, а что̀ нибудь другое, и уже на этомъ одномъ основаніи съ недовѣріемъ отнестись къ rationes interdicti, приводимымъ у римскихъ юристовъ и сводящимся къ усвоенію дареніямъ между супругами свойствъ либо предосудительныхъ, либо общеопасныхъ.

Мнимая тенденція противъ запрета.

Займемся двумя остальными вопросами, которые подымаетъ Алибранди въ § 10-мъ. Именно, онъ утверждаетъ, что въ первомъ вѣкѣ имперіи не только не замѣтно слѣдовъ осужденія общественнымъ мнѣніемъ дареній между супругами, но даже, напротивъ, сказывается тенденція п р о т и в ъ „запрета“ Ея проявленіемъ Алибранди считаетъ тексты Сенеки и Ювенала. Нельзя не признать даннаго соображенія самымъ слабымъ мѣстомъ теоріи. Даже удивительно, какъ могъ Алибранди прибѣгнуть къ такимъ неудовлетворительнымъ доказательствамъ.

Сенека.

Сенека въ указанномъ мѣстѣ говоритъ о томъ, что мудрость даетъ намъ въ обладаніе весь міръ. Мудрецъ владѣетъ всѣмъ, даже будучи нищимъ, и ничего не желаетъ. Воображаемый собесѣдникъ возражаетъ Сенекѣ, что если мудрецъ всѣмъ владѣетъ, то ему ничего нельзя подарить, ибо все, что̀ можно подарить, ему принадлежитъ ужъ и безъ того. Сенека пространно возражаетъ, что обладаніе мудреца не то, что̀ обладаніе въ юридическомъ смыслѣ; притомъ п о д а р и т ь (очевидно, въ бытовомъ или же въ разговорномъ смыслѣ слова) можно даже тому, кто юридически обладаетъ даримымъ предметомъ. Съ другой стороны мудрецъ, въ высшемъ смыслѣ обладая всѣмъ, хотя бы міру казался нищимъ, даже погнушался бы обладать всѣмъ въ томъ смыслѣ, въ какомъ понимаетъ слово собесѣдникъ Сенеки. Такъ, напр., если бы Димитрію (о немъ Сенека говорилъ раньше) res nostras aliquis deorum possidendas velit tradere sub lege certa, ne liceat donare, adfirmaverim repudiaturum dicturumque etc. Затѣмъ идетъ перечисленіе всевозможныхъ предметовъ чудовищной роскоши, въ особенности женской. Въ этихъ словахъ Алибранди находитъ проявленіе „тенденціи“ въ пользу дареній между супругами . .

Ювеналъ.

Не лучше цитата изъ Ювенала. Бичуя нравы, онъ споритъ съ воображаемыми противниками своего мрачнаго

взгляда. „Вѣдь вотъ Ценсеннія нравится мужу“. Еще бы, отвѣчаетъ сатирикъ, когда дала ему[1] милліонъ сестерцій: vidua est, locuples quæ nupsit avaro. „Ну, а Бибула, въ которую влюбленъ ея мужъ?“ Красива. Пусть явятся три морщины, почернѣютъ зубы или завянутъ формы, — exi ocius et propera, услышитъ она мигомъ отъ либерта. А покамѣсть, зато,

> Interea calet et regnat poscitque maritum
> Pastores et ovem Canusinam ulmosque Falernos —
> Quantulum in hoc? — pueros omnes, ergastula tota,
> Quodque domi non est, sed habet vicinus, ematur.

Еслибъ это мѣсто привели въ поясненіе довода ne invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, то ссылку еще можно было бы понять; но гдѣ тутъ слѣды тенденціи къ признанію дѣйствительности дареній между супругами, — „мудрый Эдипъ, разрѣши!“ Говоря словами самого Алибранди, e serio tutto questo? Неужели все это серіозно?

Выраженіе „maiores“ въ Oratio 206 г.

Вторая подробность, привлекающая наше вниманіе, — толкованіе, которое даетъ Алибранди слову maiores въ Oratio 206 г.: оно указываетъ, по его мнѣнію, что запретительный законъ былъ проведенъ черезъ народное собраніе. Пока не даны достовѣрные примѣры такой семасіологіи слова maiores, мнѣніе Алибранди не имѣетъ научнаго значенія и трудность имъ нимало не устранена. Притомъ, замѣчу, она и не единственная: Алибранди забылъ, что слово maiores въ той же связи, какъ Северъ и Каракалла, употребляетъ и Прокулъ, Dig. 24, 1, 31, 7, въ устахъ котораго оно никакъ не можетъ обозначать комицій, принявшихъ законъ Юлія и Папія: это уже было нами указано(выше, стр. 262 сл.) по поводу такой же разсѣянности Джентиле[2]. Не признать ли ужъ и этотъ текстъ интерполированнымъ? Если же стать на положительную почву нашихъ источниковъ, то maiores должно быть растолковано или въ смыслѣ Dig. 38, 10, 10, 2, — т. е. parentes ultra tritavum, qui non habent speciale nomen, — или

[1] Bis quingena dedit понимаютъ: принесла въ приданое. Но вѣрнѣе здѣсь видѣть даренie adipiscendorum honorum causa, какъ свидѣтельствуетъ собранный у самого же Фридлендера ad h. l. матеріалъ.

[2] Куріозно, что слово maiores въ Dig. 24, 1, 31, 7 погибельно для итальянскихъ ученыхъ, которые роковымъ образомъ о немъ забываютъ въ самую нужную для нихъ минуту.

въ смыслѣ Dig. 50, 6, 6 pr., coll. Gell. Noct. Att. 2, 15, 1, — т. е. antiquisimi Romanorum. Нечего и говорить, что оба толкованія погибельны для Алибранди. Вообще, матеріалы Ретеса (см. выше, стр. 264 сл.) достаточно ясно свидѣтельствуютъ, что для римлянъ приписать учрежденіе эпохѣ maiores или признать его существовавшимъ искони, всегда, было почти одно и то же.

### III. Заключительныя возраженія.

Итакъ, дополнительные доводы Алибранди оказываются еще слабѣе, чѣмъ тѣ, которые привели къ его гипотезѣ. Въ сущности можно даже на этомъ мѣстѣ считать вопросъ исчерпаннымъ и споръ съ нимъ рѣшеннымъ тѣмъ, что̀ нами сейчасъ изложено; но обрывать разсужденіе было бы неудобно и мы доведемъ его до конца, чтобы навсегда покончить съ разбираемымъ воззрѣніемъ.

§ 12. Недѣйствительность и духъ Августова законодательства.

Опроверженіе § 12-го уже предрѣшено во многомъ выше данными возраженіями. По поводу Августа намъ даже нѣтъ пищи для спора. Алибранди утверждаетъ, что lex decimaria внушена тѣмъ же духомъ, какимъ и (мнимый) запретъ дареній между супругами. Съ этимъ до извѣстной степени слѣдуетъ согласиться, но только съ поправкою слова „внушена“ на слово „проникнута“. Очень похоже на то, что децимарныя правила, навѣрное стѣснившія обходы недѣйствительности, были направлены, между прочимъ, и къ укрѣпленію правила о недѣйствительности супружескихъ дареній, хоть и оказались, въ концѣ концовъ, судя по текстамъ Ювенала, безсильными достигнуть этой цѣли. Алибранди, правда, полагаетъ, будто даренія между супругами были запрещены Августомъ ради соблюденія децимарныхъ нормъ, такъ какъ послѣднія остались бы непримѣнимыми, если бы существовали даренія между супругами. Но гораздо проще обратное, предложенное нами, объясненіе, какъ потому, что недѣйствительность древнѣй эпохи Августа, что̀ бы ни говорилъ Алибранди, такъ и потому, что децимарныя ограниченія болѣе похожи на дополнительный законъ, чѣмъ на коренное постановленіе. Съ другой стороны можемъ сослаться на вполнѣ вѣрное соображеніе Асколи (503), что цѣль была бы вполнѣ достигнута простымъ подчиненіемъ дареній децимарнымъ нормамъ. Правда, самъ Асколи ду-

1898 г.

маетъ, что запретъ вѣрнѣе достигалъ цѣли, такъ какъ примѣненіе децимарныхъ нормъ приходилось бы отсрочивать до прекращенія супружества. Но ему можно возразить, что и предполагаемый запретъ фактически не примѣнялся иначе. Правильно, поэтому, приводитъ его мысль противъ Алибранди де-Медіо, причемъ даетъ ей самостоятельное дальнѣйшее развитіе. На что́ же было, говоритъ де-Медіо (I, 373—374), вмѣсто такой простой мѣры прибѣгать къ singularitas odiosa полнаго запрета дареній между супругами, идущаго въ разрѣзъ съ чистымъ и святымъ чувствомъ, — съ потребностью выражать подарками любовь и привязанность къ тѣмъ, кто съ нами раздѣляетъ участь всей нашей жизни? Совершенно справедливо. Въ этомъ же смыслѣ, пожалуй, можно примириться и со ссылкой Алибранди на Cod. Theod. 5, 1, 9, или, вѣрнѣе, на комментарій и авторитетъ Годфруа. Возможно, что императоры Ѳеодосій и Валентиніанъ въ данномъ указѣ имѣли въ виду децимарныя нормы и недѣйствительность дареній между супругами, хотя, замѣчу мимоходомъ, самъ Годфруа (что́ также упустилъ изъ виду Алибранди) допускалъ и другую возможность. Ceterum, quos antiquos Theodosius h. l. vocat, videamus, говоритъ онъ (стр. 476, столбецъ 2). Primum ius moribus receptum intelligit, quo scilicet donationes inter virum et uxorem constante matrimonio prohiberi notum est: idque est quod de donationibus h. l. dicitur. Possis tamen et id referre ad Cod. Theod. 2, 21, 2 et 9, 42, 1. Конечно, и это возможно. Наконецъ, Алибранди упустилъ изъ виду тѣ справедливыя соображенія, которыя мы находимъ у Лефевра (несомнѣнно съ Алибранди вовсе незнакомаго). Августъ, говоритъ Лефевръ (123), первый отмѣнилъ всякое поручительство женъ и мужей, Dig. 16, 1, 1 pr., послѣ того какъ обычай уже запретилъ всякое безповоротное дареніе между супругами, обычай, измѣнять который не могло бы ему и на мысль прійти, до такой степени казалось необходимымъ въ эту эпоху основывать нормы брачнаго права на мысли о предосторожностяхъ и недовѣріи. Вотъ съ этимъ сопоставленіемъ Лефевра нельзя не согласиться. Зато оно прямо противоположно догадкамъ Алибранди. Недѣйствительность дареній не только не Августомъ введена, а напротивъ ему-то и внушила аналогичныя съ нею законодательныя мѣры,

1902 г.

1900 г.

въ которыхъ децимарныя нормы совершенно ни при чемъ.

Заключительныя мысли разбираемаго параграфа построены вновь на смѣшеніи понятій, уясненномъ нами въ числѣ принципіальныхъ возраженій. Конечно, еслибъ у насъ имѣлся запретъ, создающій singularitas odiosa, то онъ не могъ бы явиться бытовою привычкою тѣхъ самыхъ лицъ, которымъ невыгоденъ. Но такъ какъ у насъ нѣтъ ни запрета, ни репрессіи, то всѣ сомнѣнія Алибранди разрѣшаются сами собою. Смѣшеніе понятій

Не будемъ останавливаться на вопросѣ о связи lex decimaria съ Oratio 206 г. Вѣдь если Oratio не отмѣняла, ни прямо, ни косвенно, децимарныхъ правилъ, то, конечно, имъ должны были подчиняться даренія въ тѣхъ ея послѣдствіяхъ, которыя подъ эти правила подходили. Ничего болѣе нельзя вывести изъ цитируемыхъ въ § 13 текстовъ. § 13. Lex decimaria и Oratio 206 г

Равнымъ образомъ нельзя не согласиться, что по духу вполнѣ родственна Августову законодательству ratio interdicti у Павла Dig. 24, 1, 2; но изъ этого слѣдуетъ только то, что самый доводъ могъ войти въ обиходъ у юристовъ не ранѣе I-го вѣка имперіи. Если бы мы, какъ, въ сущности, долженъ Алибранди, признали доводъ Павла подлиннымъ зиждительнымъ доводомъ въ пользу запрета, то, по справедливому замѣчанію де-Медіо (I, 374), должны были бы съ нимъ встрѣчаться вездѣ на первомъ мѣстѣ, въ особенности у юристовъ, наиболѣе близкихъ къ вѣку Августа. Отъ себя я прибавлю къ этому, что намъ было бы тогда трудно понять и успѣхъ всѣхъ другихъ доводовъ, и ихъ необыкновенное обиліе и разнообразіе. Съ этой точки зрѣнія совершенно неудовлетворительно подготовляетъ читателей къ теоріи Алибранди мысль Асколи (499), — а именно, что хороши или дурны эти доводы, они всѣ пріурочены къ факту законодательнаго введенія недѣйствительности и совершенно не пригодны для объясненія, на какихъ легальныхъ основаніяхъ могла бы основать юриспруденція признаніе дареній между супругами неимѣющими юридической силы. Для меня эта мысль — сама по себѣ вполнѣ справедливая — является лучшимъ доказательствомъ полной неудовлетворительности всѣхъ этихъ доводовъ; но и только. А возвращаясь къ де-Медіо, не могу не признать очень § 14. Rationes interdicti.

1902 г

1898 г

вѣскимъ отмѣченный имъ фактъ, что самый близкій по времени къ Августу изъ юристовъ, касавшихся rationes interdicti, Прокулъ, высказывается совсѣмъ въ другомъ духѣ, чѣмъ Павелъ, и согласно съ другими юристами, въ Dig. 24, 1, 31, 7.

§ 15 Неправдоподобность интерполяціи, предполагаемой Алибранди

Впрочемъ, можно, пожалуй, примириться съ догадкой Алибранди, изложенной въ § 15-мъ, — что, говоря о rationes interdicti и объ исторіи супружескихъ дареній, юристы упоминали объ Августовомъ законодательствѣ и децимарныхъ правилахъ и что эти упоминанія были вычеркнуты составителями дигестъ. По крайней мѣрѣ такъ всего легче объяснить нѣсколько насильственную стилистически спайку отрывка изъ Павла, Dig. 24, 1, 2, съ отрывкомъ изъ Ульпіана, Dig. 24, 1, 1. Но въ томъ смыслѣ и въ той формѣ, какъ пользуется этою догадкою самъ Алибранди, она, разумѣется, не можетъ быть принята. Противъ нея говоритъ ужъ и то соображеніе, которое совершенно правильно приводитъ де-Медіо. Если бы даже составители дигестъ, говоритъ онъ, и хотѣли устранить упоминаніе о lex decimaria, то какая надобность была имъ изглаживать названіе самого закона? Это не похоже на ихъ обычный образъ дѣйствій. А затѣмъ, кто согласится, будто они, вычеркнувъ упоминаніе о децимарной нормѣ, приписали moribus то, что̀ было постановлено Августомъ? Если жъ они бы хотѣли только устранить лишнія историческія подробности, то имъ достаточно было бы редактировать, напр., такъ: D. Augustus donationes inter virum et uxorem prohibuit, ne coniuges mutitato amore etc. Тогда и отрывокъ былъ бы короче, и упоминаніе о децимарной нормѣ было бъ устранено (I, 371, прим. 1).

Неудовлетворительность грамматической критики текста Dig. 24, 1, 1 pr.

Ссылка Алибранди на синтаксисъ, приводимая въ заключеніе § 15-го, также не оправдывается при ближайшемъ разсмотрѣніи. Выраженіе receptum est можно понимать и какъ perfectum passivi отъ recipere, и какъ præsens отъ sum. Въ первомъ случаѣ ut требуетъ valerent, во второмъ — valeant. Примѣровъ такой шаткости имѣется болѣе, чѣмъ достаточно. Въ разбираемомъ же мѣстѣ не только нѣтъ никакого солецизма, но даже несомнѣнно правильно Ульпіанъ смотритъ на receptum est, какъ на perfectum: вѣдь излагаемый у него въ 32-й книгѣ ad Sabinum status donationum, основанный на mores, былъ прежній status, отмѣненный съ 206 г.

## IV. Пересмотръ текстовъ.

§ 16. Документальное опроверженіе мысли, будто слова ius civile въ Dig. 21, 1, 5, 18 интерполированы.

Намъ остается подвергнуть послѣдней провѣркѣ теорію Алибранди, — прикинуть къ источникамъ тѣ выводы, къ которымъ она обязываетъ. Самъ Алибранди замѣтилъ, что одной интерполяціей ему не отдѣлаться: какъ говорятъ нѣмцы, wer hat A gesagt, muss auch B sagen. Но и двумя интерполяціями нельзя покрыть всѣхъ трудностей, какъ мы сейчасъ увидимъ. Во-первыхъ, Алибранди предполагаетъ, что слова ius civile въ Dig. 24, 1, 5, 18 замѣняютъ legem Juliam et Papiam. Но если такъ, то мы должны допустить, что интерполированы и всѣ другія мѣста, которыя говорятъ о запретѣ[1] ex iure civili; а такихъ мѣстъ не только наберется цѣлый десятокъ, но даже въ ихъ числѣ окажется текстъ изъ Vat. Fr. § 96. На него ссылается уже де-Медіо, какъ на лучшее возраженіе противъ Алибранди (I, 371—372).

Пересмотръ текстовъ.

Но во всякомъ случаѣ пересмотримъ и юстиніановскіе тексты, чтобъ исчерпать окончательно весь вопросъ[2].

1. Dig. 23, 4, 5, 1

*Dig. 23, 4, 5, 1.* Ac ne illa quidem pacta servanda sunt, ne ob res donatas vel amotas ageretur, quia altero pacto ad furandum mulieres invitantur, altero ius civile impugnatur.

Если бъ это была интерполяція, то почему бы не сказать было составителямъ дигестъ просто lex impugnatur? Особенно это важно рядомъ съ publica coercitio въ pr. legis.

2. Dig. 41, 2, 1, 4.

*Dig. 41, 2, 1, 4.* Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari iure civili non potest.

И здѣсь можно сдѣлать то же возраженіе, что̀ въ предъидущемъ случаѣ: почему iure civili, а не iure?

[1] Я подчеркиваю слово запретъ, ибо тамъ, гдѣ изъ ius civile выводится недѣйствительность дареній или возможность кондикціи, теорія Алибранди не обязываетъ еще насъ предполагать интерполяцію: вѣдь онъ согласается пріурочить начало недѣйствительности къ подручнымъ бракамъ и mores и, стало быть, для него ius civile не вяжется только съ запретомъ Потому, напр., противъ него ничего не говоритъ civiliter consiste въ Cod. 4, 50, 1, ибо тамъ рѣчь идетъ о кондикціи. Равнымъ образомъ въ данной связи преждевременно касаться Dig. 23, 4, 27, ибо тамъ говорится не о запретѣ, а о недѣйствительности (слово improbanda)

[2] Большая часть этихъ мѣстъ была собрана одновременно со мною, хотя съ совершенно другою цѣлью, Эрлихомъ, Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen, I. Berlin 1902. Стр. 44—46.

3. Dig. 24, 1, 26 pr.

*Dig. 24, 1, 26 pr.* Si eum, qui mihi vendiderit, iusserim eam rem uxori meae donationis causa dare et is possessionem iussu meo tradiderit, liberatus erit, quia, licet illa iure civili possidere non intelligatur, certe tamen venditor nihil habet, quod tradat.

Опять то же замѣчаніе: къ чему была бы здѣсь интерполяція [1]?

4. Dig. 24, 1, 3, 12.

*Dig. 24, 1, 3, 12.* Sed si (quis) debitorem suum (uxori) solvere iusserit, hic quaeritur, an nummi fiant eius debitorque liberetur. Et Celsus libro 15 digestorum scribit videndum esse, ne dici possit et debitorem liberatum et nummos factos mariti, non uxoris: nam et si donatio iure civili non impediretur, eum rei gestae ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret etc.

Помимо того же замѣчанія, характерно, что Цельзъ выводитъ, какъ и Dig. 24, 1, 5, 18, изъ ius civile полную nullitas negotii, считая ничтожною самую традицію, т е. сохраняя за мужемъ виндикацію на случай, если nummi exstant. Прошу запомнить это слѣдствіе: оно сейчасъ намъ пригодится.

5 Dig. 23, 3, 5, 9.

*Dig. 23, 3, 5, 9.* Si quis certam quantitatem patri donaverit ita, ut hanc pro filia daret, non esse dotem profecticiam Julianus libro 17 digestorum scripsit: obstrictus est enim, ut det, aut, si non dederit, condictione tenetur. Hoc et in matre iuris esse ait, si forte sub ea conditione uxor marito det, ut pro filia genero in dotem daret, nec videri uxorem marito donasse. Rectissime ergo ait [2], ut non sit interdicta donatio iure civili: non enim ad hoc dedit, ut ipse habeat, sed ut

[1] Замѣчу кстати, что этотъ злополучный текстъ много погубилъ ученыхъ досуговъ на непроизводительныхъ толкованіяхъ. Пресловутое ученіе о civiliter possidere все основано на соединеніи словъ possessio и ius civile. Владѣніе всегда и вездѣ одно; если же ius civile и побуждаетъ иногда — въ данномъ случаѣ вслѣдствіе недѣйствительности дареній между супругами — не считаться съ фактомъ владѣнія stricta interpretatione, то все жъ оно rem facti infirmare non potest и владѣніе всетаки остается въ силѣ. Теоретикамъ владѣнія не мѣшало бы принять это къ свѣдѣнію.

[2] У Моммсена другая разстановка, знаковъ: nec videri uxorem marito donasse rectissime ergo ait, ut non etc. Однако, при этой разстановкѣ самъ Моммсенъ требуетъ вычеркнуть ergo. Но и это ни мало не исцѣлитъ топорной конструкціи Перестановка точки спасаетъ ergo, возстановляетъ непринужденность оборота и вполнѣ выясняетъ смыслъ

genero pro filia expendat; denique si non dederit, condictione tenetur. Esse igitur dotem istam adventiciam Julianus ait et ita utimur.

Здѣсь слова iure civili уже безусловно излишни и, если составители дигестъ замѣнили ими что̀ нибудь другое, то почему они просто не вычеркнули ненужныя для нихъ слова подлинника? Или можетъ быть Алибранди сталъ бы самъ защищать ихъ подлинность съ той точки зрѣнія, что здѣсь рѣчь идетъ не о nullitas absoluta, а только о кондикціи? Но вѣдь кондикція здѣсь только потому и дается, что Юліанъ не признаетъ въ данномъ случаѣ даренія между супругами и считаетъ сдѣлку дѣйствительною, какъ между чужими; a quo casu inter exteros condictio nascitur, inter maritos nihil agitur, Dig. 24, 1, 52, 1: стало быть, будь тутъ супружеское дареніе, жена имѣла бы виндикацію.

Этому положенію можно даже найти прямое доказательство въ пресловутомъ текстѣ Vat. Fr. § 269. Безчисленныя разногласія по его поводу заслуживали бы при другихъ обстоятельствахъ подробнаго разбора; но, строго держась своей темы, я здѣсь ограничусь изложеніемъ толкованія, которое считаю правильнымъ. Ульпіанъ говоритъ, что constat, quod utendum filiæ (*scil. a matre*) datum est, non esse donatum; sed etsi donatum esset, æque donatio non valeret (*scil. a matre*) in filiam collata, quæ in patris erat potestate (*quoniam, scilicet, inter virum et uxorem donatio esse videretur, quam non valere constat*). Plane, si in dotem mater filiæ dedisset, valet, quod factum est (*scil. post nuptias*). potest enim (*scil. ad hoc*) donare filiæ, cum, quamvis res mariti (*scil. mariti matris, i. e. patris puellae, qui eam in potestate habet*) fiant (*donec puella nubat*), quandoque filia vel sola (*scil. soluto matrimonio*), si sui iuris fuerit, vel voluntate filiæ pater, habeat rei uxoriae actionem. Merito igitur Sabinus ait, si inscia uxore (*scil. patris, id est, inscia matre puellae*) vel invita (*scil. cum mater filiae rem utendam vel dono dederit*) maritus[1] (*scil. matris, id est pater puellae*) in dotem dedit, rem mariti (*prout quisque volet, utrum patris rem non esse factam propter iuris civilis interdictum ideoque nec genero eam recte tradi a socero in*

Vat. Fr. § 269.

[1] Моммсенъ пропускаетъ стоящее въ подлинникѣ maritus, очевидно вслѣдствіе общепринятаго (съ которымъ я несогласенъ) пониманія даннаго текста.

*dotem potuisse, an generi non esse factam quoniam rem patris non fuisse, quippe quae ab uxore in filiam, in patris potestate constitutam, propter iuris civilis interdictum donationis titulo contuli non potuisset)* non esse factam et ideo vindicari ab herede mulieris *(scil. ab herede matris puellae)* posse; quodsi sciente ea *(scil. muliere, matre)* hoc *(scil. in dotem datio)* factum sit, consequens erit dicere, in dotem conversum esse id, quod *(scil. marito puellae a socero)* datum est *(scil. quoniam tunc non fuisse donationem neque igitur quidqam iure civili infirmari potuisse: non enim, Dig. 23, 3, 5, 9, ad hoc dedit, ut pater ipse habeat, sed ut genero pro filia expendat; denique si non dederit, condictione teneretur: esse igitur dotem istam adventiciam Julianus ait et secundum Ulpianum ita utimur. Cf. denique Dig. 24, 1, 34 fin.).*

6 Dig. 24, 1, 32, 1. *Dig. 24, 1, 32, 1.* Oratio autem imperatoris nostri de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet, quæ nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, ut et ipso iure res fiant eius, cui donatæ sunt, et obligatio sit civilis, et de Falcidia, ubi possit locum habere, tractandum sit.

Намъ безразличны, въ данномъ случаѣ, догматическіе споры по поводу отмѣченнаго выраженія: какъ бы ихъ ни разрѣшать, ясно, что исцѣленіе дареній дѣлаетъ обязательство цивильнымъ, а стало быть оно ранѣе не было цивильнымъ, т. е. non valebat civiliter, iure civili non valebat.

Таковы тексты дигестъ. Менѣе вѣски императорскія постановленія, но и они не лишены доказательной силы. Мы ихъ приведемъ поэтому въ извлеченіяхъ, сохраняя только нужныя для насъ мѣста.

7. Cod. 5. 9, 6 pr. *Cod. 5, 9, 6 pr.* о дареніяхъ между супругами говорится, что они etsi constante matrimonio civili iure interdictæ sint, morte tamen donatoris ex certis causis confirmari solent.

8. Cod. 5, 16, 4. *Cod. 5, 16, 4.* Nec inter eas quidem personas, quarum iuri subiecti sunt vir et uxor, quive in eorum potestate sunt, donationes iure civili fieri possunt. Этотъ текстъ, которымъ пользуется и самъ Алибранди, замѣчателенъ еще тѣмъ, что сказуемое стоитъ въ настоящемъ времени. Будь слова ex lege Julia etc. неудобны для составителей дигестъ, отчего бы имъ не вычеркнуть ихъ, а замѣнять интерполяціей? Изъ желанія досадить современнымъ интерполяціонистамъ?

*Cod. 5, 16, 20.* Tam ea, quae simulate aguntur, quam quæ in uxorem a marito donationis causa tempore matrimonii procedunt, propter iuris civilis interdictum, cum proponas uxorem superstite marito rebus humanis exemptam, pro infectis habeantur. 9. Cod. 5, 16, 20.

Напротивъ, рѣшающее значеніе имѣютъ два текста изъ Ватиканскихъ отрывковъ, исключающіе всякую мысль объ интерполяціи. Одинъ изъ нихъ, Vat. Fr. § 269, только что нами приведенъ и комментированъ по поводу Dig. 23, 3, 5, 9; но и другой ужъ упоминался по поводу возраженія де-Медіо

*Vat. Fr. § 96.* Die nuptiarum virgini[1] optulit munus et duxit eam: quæro de donatione. Paulus respondit: si ante nuptias uxori futuræ situlus argenteus traditus est, donationem perfectam videri; quodsi post nuptias donatio intercessit, ius civile donationem impedisse. 10. Vat Fr. § 96.

Изъ обоихъ текстовъ вытекаетъ, что ius civile обусловливало полную недѣйствительность дареній между супругами, снабжая дарителя не кондикціею только, но и виндикаціею.

Въ заключеніе настоящаго опроверженія замѣчу, что едва ли не бо́льшую трудность, чѣмъ всѣ приведенныя мѣста, вмѣстѣ взятыя, создаютъ для Алибранди слѣдующіе два текста: Несогласимыя съ теоріей Алибранди данныя источниковъ.

*Dig. 23, 4, 27.* Si liberis sublatis reversa post iurgium per dissimulationem mulier veluti venali concordio ne dotata sit conveniat, conventio secundum ordinem rei gestæ moribus improbanda est. Dig. 23, 4, 27.

*Dig. 24, 1, 7, 6.* ...Imperator noster cum patre suo rescripsit: Si tibi maritus pignora propter dotem et pecuniam creditam data non donationis causa vendidit, quod bona fide gestum est, manebit ratum; at si titulus donationis quæsitus ostenditur atque ideo venditionem irritam este constabit, iure publico causam pignorum integram obtinebis. Dig. 24, 1, 7, 6.

Второй изъ этихъ текстовъ, рескриптъ Севера и Кара-

[1] Моммсенъ предлагаетъ читать vir virgini; но такая вставка была бы совершенно произвольною. Гдѣ доказательство, что составитель отрывковъ не сократилъ казусъ, вычеркнувъ имя собственное? Иначе откуда взялся бы situlus argenteus въ отвѣтѣ Павла? Притомъ, если virgo, то sponsus, а не vir.

каллы, несомнѣнно лишь ускользнулъ отъ вниманія Алибранди: конечно, замѣть онъ Dig. 24, 1, 7, 6, онъ счелъ бы данное мѣсто драгоцѣннымъ доказательствомъ въ свою пользу. Однако все его торжество омрачилось бы отъ словъ Папиніана Dig. 23, 4, 27: или слово moribus и тамъ интерполировано, — но тогда почему moribus, а не iure civili? въ противномъ случаѣ наоборотъ: почему въ другихъ мѣстахъ iure civili, а не moribus? — или оно также спаслось отъ интерполяціи по недосмотру составителей, — но тогда гдѣ lex Julia и ius publicum? Сомнѣваюсь, чтобы ему удалось выйти изъ этого затрудненія Со своей же точки зрѣнія не вижу тутъ никакой трудности, благодаря свидѣтельству источниковъ, не только помогающему намъ въ данномъ случаѣ, но и наносящему смертельный ударъ всѣмъ ученіямъ отъ глоссаторовъ до Алибранди, считающимъ слова moribus receptum est или неточными, или интерполированными, и ищущимъ зародышей нашего ученія въ писаномъ правѣ: я имѣю въ виду Dig. 1, 3, 36, подробно разобранный выше, стр. 228. Благодаря этому тексту, столь мало оцѣненному и совершенно неиспользованному, можно считать устраненнымъ всякое сомнѣніе въ обычно-правовомъ происхожденіи недѣйствительности супружескихъ дареній и слова iure publico въ Dig. 24, 1, 7, 6, синонимичными съ iure vulgato Dig. 24, 1, 32, 24, iure communi и т. д., — ср. выше стр. 229—230.

Dig 1, 3, 36

Виндикація и кондикція.

Прежде чѣмъ кончить, мы должны еще выяснить неосновательность сдѣланнаго Алибранди противопоставленія Dig. 24, 1, 5, 18 и Dig. 24, 1, 6. Онъ выражается очень лаконично, однако его мысль вполнѣ ясна. Онъ полагаетъ, что полная недѣйствительность дареній между супругами, въ силу которой даритель сохранялъ за собою виндикацію, началась только со времени Августа; до тѣхъ поръ недѣйствительность могла служить основаніемъ только для кондикціи. Допустимте, что такъ; но, спрашивается, почему же не только составители дигестъ въ Dig. 24, 1, 6, но и самъ Гай сталъ излагать давнымъ давно отмѣненное республиканское право? Притомъ, для такого пониманія надо подъ словомъ quod непремѣнно подразумѣвать corpus (ср. Dig. 24, 1, 3, 11: nihil corporis eius fieri), т. е. quia quod corpus ex non concessa donatione retinetur etc.; но почему же

corpus, а не напр. lucrum, — quia quod lucrum ex non concessa donatione etc.?

Послѣднее, что̀ намъ остается, — это разрѣшить сомнѣніе, возбуждаемое въ Алибранди сопоставленіемъ юридической силы lex Cincia съ опредѣленіемъ Cod. 1, 14, 5. Конечно, если толковать слова Dig. 24, 1, 5, 18 распространительно, то выйдетъ, что дареніа, iure civili impeditae, пристигаетъ полная, безусловная недѣйствительность. Очень можетъ быть, что это распространительное толкованіе совершенно въ духѣ юстиніанова права; но принципы duplex interpretatio лишаютъ насъ возможности толковать распространительно данное мѣсто для эпохи Ульпіана, если оно сохранено дигестами въ подлинномъ видѣ, и, напротивъ, обязываютъ толковать его рестриктивно, т. е только въ примѣненіи къ дареніямъ между супругами. Вѣдь въ предшествующихъ §§ 8—17 Ульпіанъ говоритъ о дѣйствительныхъ дареніяхъ между супругами; въ § 18 онъ переходитъ къ недѣйствительнымъ и характеризуетъ ихъ юридическую ничтожность. Какой смыслъ въ предположеніи, будто онъ тутъ говоритъ о всѣхъ вообще дареніяхъ, iure civili impeditis? Все время рѣчь идетъ только о дареніяхъ между супругами, изъ которыхъ одни дѣйствительны, а другія нѣтъ, и къ этимъ-то послѣднимъ и относится § 18-й. Слѣдовательно, мы не имѣемъ никакого повода сопоставлять его съ Cod. 1, 14, 5 и заподозрѣвать его подлинность. Въ итогѣ мы должны сказать, что lex Cincia и Cod. 1, 14, 5 именно доказываютъ, что Ульпіана нельзя толковать въ данномъ мѣстѣ распространительно, ибо иначе онъ написалъ бы сущую безсмыслицу. Недаромъ онъ прибавляетъ въ концѣ чисто рестриктивную оговорку: ipso enim iure, quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius sunt momenti. Или заподозрить подлинность этихъ словъ? Де-Медіо такъ и сдѣлалъ, особенно неодобрительно взглянувъ на невинное словечко enim (I, 383).

Dig. 24, 1, 5, 18, Cod 1, 14, 5 и lex Cincia.

## § 23. Теорія де-Медіо.

### I. Крайній интерполяціонизмъ.

Мы сочли бы на этомъ мѣстѣ законченнымъ обзоръ теорій, донынѣ высказанныхъ по нашему вопросу въ наукѣ,

Недѣйствительность ipso iure и

виндикація введены компиляторами.

если бы 1902-й годъ не подарилъ насъ еще одною новинкою въ духѣ интерполяціонизма, теоріею де-Медіо. Авторъ ея несогласенъ и споритъ съ Алибранди, но по моему не можетъ быть сомнѣнія, что именно подъ его вліяніемъ пришелъ къ своей догадкѣ, столь же насильственной, сколь произвольной. Де-Медіо утверждаетъ, какъ отчасти и Алибранди, а раньше ихъ Фаврь, Менкенъ и послѣ него цѣлый рядъ нѣмецкихъ догматиковъ, что даренія между супругами не были безусловно недѣйствительны; только де-Медіо прибавляетъ къ этому положенію оговорку: „въ классическомъ правѣ“. Въ его собственной краткой формулировкѣ его теорія можетъ быть сведена къ слѣдующему. Всѣ современные романисты говорятъ объ абсолютной ipso iure недѣйствительности супружескихъ дареній и признаютъ за дарителемъ виндикацію, если вещь на лицо, и кондикцію, если ея нѣтъ на лицо. Это положеніе вполнѣ соотвѣтствуетъ правильному толкованію источниковъ въ томъ видѣ, какъ намъ даетъ ихъ юстиніановъ сводъ. Однако надо примкнуть къ довольно основательному подозрѣнію, что всѣ мѣста, гдѣ говорится о виндикаціи и недѣйствительности ipso iure, принадлежатъ не классическимъ юристамъ, а составителямъ дигестъ (I, 378). Римскіе юристы знали только поворотность супружескихъ дареній для дарителя и предоставляли ему для огражденія своего права кондикцію. Къ полной недѣйствительности дареній и къ предоставленію виндикаціи дарителю пришли уже позднѣе (I, 395—396).

Полная неудовлетворительность теоріи де-Медіо.

Теорія де-Медіо такъ насильственна, что едва ли способна внушить къ себѣ довѣріе; но историческая полнота обзора требуетъ знакомства съ ней и разбора ея. Однако полный разборъ потребовалъ бы значительно болѣе мѣста, чѣмъ критика теоріи Алибранди, причемъ долженъ былъ бы преимущественно касаться догматическихъ вопросовъ. Все это побуждаетъ насъ ограничиться только существенно необходимымъ.

Критическія замѣчанія де-Медіо.

Первая половина очерка де-Медіо (I, 361—376) посвящена обзору и критикѣ — поверхностнымъ и неполнымъ — главныхъ теорій, имѣющихъ представителей въ современной литературѣ. Поскольку критическія замѣчанія де-Медіо имѣютъ какую нибудь цѣну, мы уже воспользовались ими раньше; здѣсь ограничимся указаніемъ, что де-Медіо при-

мыкаетъ къ радикальной теоріи (I, 372) и всего тѣснѣе къ Бринцу (I, 361; 376 слл.), а частью къ Алибранди, какъ нами ужъ отмѣчено немного выше.

Мнимая юридическая ересь.

Бринцъ, по мнѣнію де-Медіо, не углубляясь въ изслѣдованіе источниковъ, какъ они дошли до насъ на протяженіи юстиніанова свода, съумѣлъ уловить истинный ходъ историческаго развитія запрета (I, 361) и высказать, каковъ долженъ былъ быть, согласно юридической и вообще всякой логикѣ, его разумный и нормальный эволюціонный процессъ (I, 377). На первый взглядъ источники наши не даютъ никакого подтвержденія его проницательной и довольно убѣдительной догадкѣ. Изъ нихъ выходитъ, что даренія между супругами были искони недѣйствительны и притомъ недѣйствительны вполнѣ, ipso iure, такъ что собственность не переходила къ одаряемому и за дарителемъ сохранялась виндикація. Но нельзя ли допустить (а повидимому именно такова мысль Бринца), что полная недѣйствительность замѣнила первоначальную поворотность, давъ дарителю вмѣсто простой кондикціи болѣе вѣрное и энергичное средство — виндикацію? И въ такомъ случаѣ, спрашивается, когда могло это произойти? Конечно, раньше Ульпіана, ибо онъ уже говоритъ о безусловной недѣйствительности (Dig. 24, 1, 3, 10). Но тогда какъ объяснить исцѣленіе дареній смертью дарителя въ силу Oratio 206 г.? Вѣдь это было время Ульпіана: неужели тонкіе классическіе юристы допускали возможность исцѣленія сдѣлки безусловно ничтожной, юридически вовсе не существующей? Напротивъ, эта ересь вполнѣ объяснима, если мы пріурочимъ ее къ эпохѣ, когда строгая юридическая логика помутилась и перебилась соображеніями „справедливости“, которыя никто не согласится привести въ связь съ удивительными догматическими конструкціями классиковъ (I, 378). И вотъ, съ этой точки зрѣнія де-Медіо приступаетъ къ анализу источниковъ.

Свидѣтельства источниковъ о кондикціи, какъ о единственномъ искѣ.

Мысль объ интерполяціи, полагаетъ онъ (I, 378), подкрѣпляется нахожденіемъ въ титулѣ Dig. 24, 1 цѣлаго ряда отрывковъ изъ юристовъ, писавшихъ до 206 г., гдѣ говорится въ безусловныхъ выраженіяхъ о кондикціи, исключающей недѣйствительность ipso iure и потому виндикацію. Эти отрывки, по мнѣнію де-Медіо, — Dig. 24, 1, 6; 24, 1, 31, 10; 24, 1, 5, 6; 24, 1, 5, 7 и особенно Paul. 2, 23, 5 (I, 379). Онъ

находитъ невозможнымъ примирить ихъ съ мыслью о виндикаціи (I, 380) и пространно (I, 380—382) возражаетъ по этому поводу Фойгту[1]. Съ другой стороны де-Медіо подчеркиваетъ наличность въ пандектахъ мѣстъ, гдѣ говорится о виндикаціи и гдѣ кондикціи предоставляется только вспомогательная роль. Разногласіе, по его мнѣнію, нельзя считать безнадежнымъ, такъ какъ послѣднія мѣста должны быть признаны интерполированными (I, 382).

Недѣйствительность ipso iure внесена интерполятора ми.

По примѣру Алибранди де-Медіо спрашиваетъ, долженъ ли былъ по классическому праву быть вовсе недѣйствительнымъ, юридически не существующимъ, или только поворотнымъ въ своихъ послѣдствіяхъ юридическій актъ, совершенный въ обходъ закона, и высказывается, со ссылкою на Цинціевъ законъ, не лишавшій дѣйствительности даренія (perfectae donationes), превышавшія норму (I, 382, прим. 1), въ пользу второй альтернативы, подкрѣпляя это ссылкою на Cod. 1, 14, 5, — опять по примѣру Алибранди въ § 16-мъ. А слѣдовательно слова Ульпіана въ Dig. 24, 1, 3, 10 интерполированы вставкой ipso enim iure, quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius sunt momenti. Если не допустить здѣсь интерполяціи, то данное мѣсто немыслимо согласовать съ исцѣленіемъ дареній въ силу Oratio 206 г. (I, 382—384).

Отмѣна ретенцій, какъ причина интерполяцій.

Принявъ интерполяцію въ Dig. 24, 1, 3, 10, мы должны принять таковыя же и въ другихъ текстахъ, гдѣ говорится о виндикаціи (I, 383), какъ-то Dig. 24, 1, 55; 24, 1, 36; 24, 1, 33, 1; 24, 1, 48; 24, 1, 7, 1; 24, 1, 39; 24, 1, 52, 1; 24, 1, 5, 18; 24, 1, 31, 2 и наконецъ 24, 1, 1, 29, 1, — 24, 1, 30 (I, 384—393). Происхожденіе всѣхъ этихъ интерполяцій де-Медіо объясняетъ отмѣной Юстиніаномъ ретенцій (Cod. 5, 13,

[1] Не могу отказать себѣ въ удовольствіи позабавить читателей прелестнымъ полемическимъ выпадомъ, который подсказала де-Медіо его пылкая фантазія южанина. Я полагаю, говоритъ онъ, что не обижу славнаго нѣмецкаго романиста, сказавъ, что — быть можетъ чрезмѣрно влюбленный въ свою догматическую конструкцію — онъ бредитъ (I, 381) Кто зналъ хоть немного Фойгта или хотя бы его произведенія, едва ли раздѣлилъ бы при жизни Фойгта увѣренность де-Медіо, что славный романистъ на него не обидится; но и помимо того спокойный читатель не можетъ не прійти въ умиленіе при мысли о любовномъ бредѣ 70-лѣтняго нѣмецкаго профессора по адресу его собственной догматической конструкціи. Фойгтъ — Пигмаліонъ!

1, 5) и необходимостью замѣнить ихъ виндикаціею. Что же касается мѣстъ, гласящихъ объ одной кондикціи, то составители дигестъ смѣло могли ихъ оставить неприкосновенными, разъ былъ установленъ вспомогательный характеръ кондикціи (на случай, si res consumtpa est) и точно разграничена область примѣненія личнаго и вещнаго иска и разъ въ оставленныхъ неприкосновенными текстахъ кондикція упоминалась въ такой связи, что съ формальной точки зрѣнія не противорѣчила новому порядку, созданному Юстиніаномъ; въ текстѣ же Гая, Dig. 24, 1, 6, они просто прибавили вводное quia (I, 394—395).

Необходимость для де-Медіо допустить еще множество интерполяцій.

Ограничиваясь этимъ сжатымъ изложеніемъ теоріи де-Медіо, прибавлю только, что перечисленныхъ интерполяцій для него самого еще мало, и онъ предполагаетъ цѣлый рядъ другихъ въ прим. на стр. 395; а если бы прибавить незамѣченные имъ тексты, то число интерполяцій возросло бы до невѣроятныхъ размѣровъ. Но самъ де-Медіо откладываетъ разборъ этихъ текстовъ до другого времени. Признаюсь, что эту рѣшимость нахожу лучшею мыслью, которую онъ высказалъ.

## II. Критика теоріи де-Медіо.

„Еретичность“ недѣйствительности.

Намъ нѣтъ надобности въ исторической работѣ подвергать разбору тѣ догматическія предпосылки, изъ которыхъ исходитъ де-Медіо, и доказывать, какъ разрѣшается кажущееся противорѣчіе еретической Oratio 206 года и правовѣрной недѣйствительности дареній между супругами. Впрочемъ, въ слѣдующей главѣ (ниже, стр. 478) мы сами отмѣчаемъ по поводу Oratio 206 г., что „еретичность“ положенія дѣлъ чувствовали даже римскіе юристы, прибавляя къ слову confirmare ограничительную характеристику quodammodo. То, что де-Медіо считаетъ невѣроятной ересью для юристовъ, было дѣйствительно ересью, но ересью самими римлянами *теоретически* замѣченной и *осужденною*. Весьма поучительно для него было бы сравнить очень близкую аналогію исцѣленія post factum ничтожной сдѣлки, бывшую, правда, спорною между юристами, но во всякомъ случаѣ допускавшуюся нѣкоторыми изъ нихъ, и притомъ свободную отъ подозрѣній въ интерполяціи, — Gai. 2, 123. Однако, намъ и не нужно пересматривать всѣ перечисленные выше

тексты и вдаваться въ догматическія построенія для опроверженія де-Медіо. Допустимте, что противорѣчіе неразрѣшимо: это вовсе не значитъ, что теорія де-Медіо хороша. И точно, она воздвигнута на болѣе чѣмъ непрочныхъ основаніяхъ.

Согласіе Dig. 24, 1, 3, 10 и Cod. 1, 14, 5.

Нѣтъ надобности доказывать, что Dig. 24, 1, 3, 10 вовсе не интерполировано и обрѣтается въ полномъ согласіи съ силою Цинціева закона и конституціею Cod. 1, 14, 5: этонами уже сдѣлано въ возраженіяхъ противъ § 16-го Алибранди, — см. выше стр. 405. Такимъ образомъ исходное положеніе де-Медіо сводится на нѣтъ. А засимъ намъ достаточно указать на Vat. Fr § 269, также нами разобранный въ опроверженіи § 16-го Алибранди, — текстъ, въ которомъ мы не можемъ предположить никакой интерполяціи, который вполнѣ вяжется съ заподозрѣнными въ ихъ подлинности мѣстами дигестъ и который непреложно удостовѣряетъ полную недѣйствительность дареній между супругами, сохраняющую за дарителемъ виндикацію, въ классическую эпоху римскаго правовѣдѣнія.

Paul 2, 23, 5.

Единственное, что̀ производитъ впечатлѣніе на читателя въ пользу де-Медіо, — это приводимый имъ отрывокъ изъ Павла, Paul 2, 23, 5:

Superstite eo, qui matrimonii tempore donaverat, ante decedente, cui fuerat donatum, id, quod donatum est, penes donatorem remanet. Quodsi simul tam is, cui donatum est, quam is, qui donavit, decesserit, quæstionis decidendæ gratia magis placuit valere donationem, quod donator non supervivat, qui rem condicere possit.

Дѣйствительно, выраженіе rem condicere кажется весьма вѣскимъ доводомъ въ пользу мысли о томъ, что классическое право знало только кондикцію и не знало виндикаціи: въ противномъ случаѣ какъ было бы Павлу не сказать rem vindicare possit: вѣдь ita donum revocatur, ut, si quidem exstet, res vindicetur, Dig. 24, 1, 5, 18. Значеніе отрывка еще повышается тѣмъ, что текстъ, какъ говоритъ де-Медіо (I, 382), дошелъ до насъ помимо юстиніанова свода. Послѣднее, казалось бы, даже безусловно рѣшаетъ дѣло . . .

Paul. 2, 23 5 = Dig. 34, 5, 8.

Увы, — есть между разбираемыми де-Медіо текстами одинъ, который можно достовѣрно считать интерполирован-

нымъ составителями дигестъ: это именно данный текстъ Павла. Де-Медіо совсѣмъ упустилъ изъ виду, что помимо дигестъ намъ сохранилось только начало текста, до словъ Quodsi simul etc., и что притомъ именно начало то и подверглось усиленной передѣлкѣ въ канцеляріи Трибоніана. Вотъ подлинный текстъ Павла и передѣланный изъ него отрывокъ дигестъ:

*Paul. 2, 23, 5.*

Superstite eo, qui matrimonii tempore donaverat, ante decedente, cui fuerat donatum, id, quod donatum est, penes donatorem remanet.

*Cetera desunt!*

*Dig. 34, 5, 8.*

Si inter virum et uxorem donatio facta fuerit, priore defuncto, cui donatum est, ad eum res redit, qui donaverat. Quodsi simul tam is, cui donatum est, quam is, qui donaverit[1], quæstionis decidendæ gratia magis placuit valere donationem, eo maxime, quod donator non supervivat, qui rem condicere possit.

Полное опроверженіе теоріи де-Медіо.

Такимъ образомъ, рѣшающія слова qui rem condicere possit сохранились до насъ только въ дигестахъ; между тѣмъ, судя по началу, мы ихъ то и должны приписать составителямъ дигестъ: вѣдь въ подлинникѣ Павла сказано res remanet, а въ дигестахъ res redit. Павелъ имѣетъ въ виду матеріально-правовыя послѣдствія, составители дигестъ — процессуальныя. Притомъ слово remanet свидѣтельствуетъ, что Павелъ считалъ передачу или манципацію вполнѣ недѣйствительной, а составители дигестъ, если придираться къ ихъ словамъ, говорили о поворотности даренія. Remanet, остается: значитъ и не выходила изъ собственности; redit, возвращается: значитъ, выходила. Составители дигестъ — o tempora, o mores! — проводятъ „классическую“ теорію, а бѣдный интерполируемый Павелъ придерживается византійскихъ воззрѣній! Что̀ касается

[1] Такъ даетъ Флорентійская рукопись дигестъ; у де-Медіо мѣсто выписано съ поправкою Студемунда qui donavit decesserit, которая, конечно, несравненно лучше, чѣмъ предлагаемая Моммсеномъ вставка quam is, qui donaverit, defunctus erit.

второй половины, то ни языкъ ея не похожъ на языкъ Павла (1, eo maxime: Павелъ сказалъ бы: maxime или eo magis; 2, donatum est и donaverit: странное сочетаніе наклоненій въ одинаковомъ придаточномъ предложеніи; 3, загадочный coniunctivus въ словахъ supervivat и possit), ни конструкція не имѣетъ непринужденной легкости, ни, наконецъ, разсмотрѣніе вопроса съ точки зрѣнія процессуальныхъ послѣдствій нельзя признать правдоподобнымъ, принявъ во вниманіе передѣлку въ этомъ отношеніи первой половины отрывка. Въ итогѣ, стало быть, rem condicere мы смѣло можемъ приписать составителямъ дигестъ. Полагаю, что сказаннаго достаточно и дальнѣйшіе счеты съ теоріею де-Медіо каждый читатель счелъ бы съ моей стороны лишними.

## § 24. Заключеніе.

Общій обзоръ всей литературы.

Оглянемся на четыре столѣтія научныхъ усилій, затраченныхъ человѣчествомъ на истолкованіе нѣсколькихъ словъ Ульпіана. Передъ нами длинною вереницею прошли представители всѣхъ просвѣщенныхъ народовъ, всѣхъ ученыхъ школъ и направленій. Мы видѣли выдающіеся умы безсильными, блестящія догадки разсыпающимися впрахъ, замысловатыя теоріи обусловленными очевиднымъ недосмотромъ. Мы видѣли, какъ одна и та же мысль проводится на множество ладовъ, окончательно теряетъ всякое къ себѣ довѣріе, забывается, — возрождается снова, находитъ поборниковъ, опять опровергается и забывается, — и только для того, чтобы вскорѣ опять возродиться въ новомъ изложеніи. Наконецъ — и это самое главное — ни одной изъ этихъ теорій мы не сочли возможнымъ признать въ цѣломъ удовлетворительной, отмѣчая нерѣдко тонкія мысли, наблюденія и замѣчанія, съ ними связанныя, преклоняясь передъ ученостью, искусствомъ, узорною діалектикой и творческою находчивостью, которыя въ нихъ сказываются. Неужели умъ человѣческій попалъ здѣсь на такое заколдованное мѣсто, съ котораго ему не сойти? Неужели дѣйствительно исчерпано все, что̀ могло быть сдѣлано, и ученой мысли не вырваться изъ калейдоскопическаго круговорота неустойчивыхъ воззрѣній? Не найдется ли въ прежнихъ неудачахъ

такихъ указаній, которыя могутъ вывести насъ на истинный путь?

Положительные выводы изъ разбора прежнихъ теорій.

На послѣдній вопросъ внимательному читателю не трудно уже дать нѣкоторый отвѣтъ. Помимо отрицательнаго вывода — непригодности прежнихъ теорій — мы, при разборѣ отдѣльныхъ ученій, имѣли случай намѣчать и нѣкоторые положительные выводы, разграничивать близкія понятія, запоминать частныя замѣчанія, не находящія возраженій. Съ сознательнымъ умысломъ эти положительные матеріалы собраны преимущественно въ послѣднихъ частяхъ нашего обзора, при анализѣ новѣйшихъ мнѣній, которыя имѣютъ живыхъ представителей или поборниковъ. Свое полное примѣненіе они могутъ получить на всестороннемъ изслѣдованіи римскаго ученія о супружескихъ дареніяхъ; но главный выводъ изъ нихъ можетъ быть сдѣланъ безотлагательно.

Что же удалось намъ установить до сихъ поръ?

Недѣйствительность зародилась на почвѣ дотальнаго иска

Мы удостовѣрили, что недѣйствительность супружескихъ дареній не могла быть послѣдствіемъ писанаго права: она должна была сложиться moribus, обычно-правовымъ путемъ. Отсюда ясно, что зарожденія сингулярнаго права супружескихъ дареній мы должны искать не въ какомъ либо прямомъ запретѣ, но въ правовой невозможности. Недѣйствительность дареній въ бракѣ подручномъ мы признали вполнѣ объяснимою на этой почвѣ и такимъ образомъ съузили свою задачу: объясненіе требуется только для вольныхъ браковъ. Здѣсь мы можемъ еще тѣснѣе провести границы нашего вопроса. Во первыхъ, намъ нечего искать объясненія для случаевъ дарственнаго отчужденія женою res mancipi sine tutoris auctoritate, которые недѣйствительны въ силу ихъ собственнаго порока, независимо отъ спеціальной невозможности между супругами, Gai 2, 80, Vat. Fr. § 1. Такимъ образомъ, объясненіе требуется только для вольныхъ браковъ и притомъ, если даритъ жена, для случаевъ ея свободы отъ опеки, а при ея состояніи подъ опекою для дареній вещей nec mancipi. Недѣйствительность касалась только дареній и только между супругами, а не, напр., дареній между родителями и эманципированными дѣтьми: это приводитъ къ заключенію, что не въ личныхъ, а въ имущественныхъ отношеніяхъ сторонъ должна скрываться раз-

гадка и что изъ этихъ отношеній она можетъ таиться въ природѣ лишь тѣхъ, которыя свойственны только супругамъ. Отдѣливъ, наконецъ, даренія въ юридическомъ смыслѣ отъ дареній фактическихъ, мы имѣли случай убѣдиться, что нашему разсмотрѣнію подлежатъ только первыя и что вопросъ о нихъ можетъ возникнуть только на почвѣ процессуальной нормировки имущественныхъ отношеній супруговъ, т. е. на почвѣ прекращенія брака. Сводя все это воедино, мы получимъ опредѣленное указаніе: недѣйствительность дареній между супругами могла сложиться въ юридическую норму только на почвѣ дотальныхъ исковъ и должна была быть обусловлена самою природой этихъ исковъ и дотальныхъ отношеній, чтобы сложиться помимо закона, moribus.

Недѣйствительность, какъ продуктъ сознанія.

Первый ближайшій отсюда выводъ, предрѣшающій для историка весьма многое, тотъ, что недѣйствительность супружескихъ дареній не была разомъ введена, а только постепенно могла проникать въ общее сознаніе и въ немъ укореняться. Ее требовалось не столько создавать, сколько сознавать. Стало быть, основными факторами ея созиданія были органы познанія права.

Хронологическія данныя.

Съ другой стороны, будучи тѣсно связанъ съ самымъ существомъ имущественныхъ отношеній супруговъ, вопросъ о дареніяхъ между супругами не могъ не возникнуть при первыхъ же случаяхъ дотальнаго иска и, стало быть, долженъ былъ разрѣшиться одновременно съ зарожденіемъ actio rei uxoriæ. Выяснивъ, когда зародился дотальный искъ, мы тѣмъ самымъ установимъ, когда началась недѣйствительность супружескихъ дареній. Но это будетъ только моментъ фактическаго зарожденія нашего сингулярнаго права. Едва ли сознаніе не отстало въ нашемъ случаѣ отъ быта. И во всякомъ случаѣ сознаніе не могло сразу охватить все учрежденіе во всемъ его объемѣ. Отсюда дальнѣйшее заключеніе, — что сингулярное право супружескихъ дареній должно было слагаться постепенно, подъ преимущественнымъ воздѣйствіемъ органовъ правосознанія, т. е. юристовъ, но что его правовая концепція должна была предрѣшиться фактическими условіями его первоначальнаго бытія: т. е., что юристамъ приходилось обобщать, а не создавать; создавала сама жизнь, сами бытовыя условія. Стало быть, мы

болѣе должны вѣрить фактамъ, чѣмъ объясненіямъ; матеріалу, чѣмъ обобщеніямъ; праву, чѣмъ юристамъ. И въ концѣ концовъ, стало быть, даже достовѣрный исторически моментъ обобщенія или установленія той или другой частной нормы въ дѣлѣ дареній между супругами нимало не можетъ служить хронологическимъ показаніемъ о ея возникновеніи.

Стороны въ дотальномъ искѣ.

Итакъ, обратимся къ обсужденію природы дотальнаго иска и особенностей его бытовой обстановки. Прежде всего, нельзя упускать изъ виду, что, говоря о первоначальной actio rei uxoriæ, мы должны считаться съ расцвѣтомъ юридическаго значенія родительской власти. Ранній возрастъ брачной дѣеспособности въ Римѣ и первоначальное нахожденіе женщинъ или во власти родителей, или подъ опекой агнатовъ обусловливали преобладающую роль домовладыкъ въ судьбѣ брачныхъ отношеній. Истцами и отвѣтчиками по дотальнымъ искамъ должны были быть граждане sui iuris и женщина вовсе не могла играть активной роли въ эпоху ея подопечнаго состоянія Если же мы въ дальнѣйшемъ и будемъ говорить, для наглядности и краткости, о самихъ мужѣ и женѣ, то подъ этими выраженіями надо разумѣть не только ихъ самихъ, но и ихъ владыкъ, лицъ sui iuris, между которыми одними въ первоначальную эпоху разыгрывался дотальный искъ по случаю прекращенія брака. Это соображеніе сразу проливаетъ яркій свѣтъ на ту особенность нашего учрежденія, что дарения были недѣйствительны не только между супругами, но и всѣми лицами, связанными съ ними единствомъ семейной власти или подчиненности. Вполнѣ понятно, почему: если наши исходныя положенія правильны, то недѣйствительность дареній могла первоначально сказаться не столько между супругами, сколько между сторонами въ дотальномъ искѣ; этими сторонами могли быть только лица sui iuris, которымъ были подвластны супруги или, во всякомъ случаѣ, жена, до отмѣны опеки надъ женщинами; словомъ, недѣйствительность супружескихъ дареній не съ супруговъ перешла на ихъ властителей и подвластныхъ, а наоборотъ, и, засимъ, не столько подвластность или неподвластность опредѣляла недѣйствительность дареній, сколько причастность или непричастность подлежащихъ третьихъ лицъ къ дотальн-

ному иску: такъ надо объяснить Dig. 24, 1, 3, 7, въ которомъ вѣрно положеніе, но безсмысленна добавка quia hic ius potestatis non vertitur. Не въ potestas дѣло, а въ томъ, что дотальный искъ не могъ коснуться имущественныхъ отношеній свекрови съ невѣсткою.

Положеніе сторонъ.

Чѣмъ обусловливалось положеніе сторонъ въ дотальномъ искѣ? Съ бытовой и юридической точки зрѣнія тѣмъ, что въ немъ роль отвѣтчика всегда принадлежала сторонѣ мужа, роль истца—всегда сторонѣ жены Съ юридической точки зрѣнія это вполнѣ ясно и выраженія исчерпываютъ отношенія; но съ бытовой нужны поясненія.

Бытовая обстановка

Несомнѣнно, первоначальный бытъ требовалъ, чтобы домомъ супруговъ былъ домъ мужа (deductio in domum mariti), чтобы хозяйствомъ супруговъ было хозяйство мужа. Въ римскомъ бракѣ жена входила въ семью мужа, а не мужъ въ семью жены. Если прекращался бракъ, то и уходить надо было женѣ, а не мужу. Repudiare первоначально могъ только мужъ жену, ибо она была въ его домѣ. Подсудность иска опредѣлялась всегда мѣстожительствомъ мужа, Dig. 5, 1, 65 Вспомнимте, что Кв. Муцій primus admisit, mulierem, si ei usus domus relictus sit, posse et cum marito habitare, Dig. 7, 8, 4, 1, и дальше, что обратный случай никогда и сомнѣній не возбуждалъ, — см. выше, стр. 157—162. Такимъ образомъ фактически все имущество жены всегда должно было оказываться во власти мужа. Что въ ней не оказывалось, считалось res amotae. Позднѣй это во многомъ измѣнилось; но мы занимаемся возникновеніемъ ученія о супружескихъ дареніяхъ, современнымъ началу дотальныхъ исковъ, т. е. ихъ древнѣйшему характеру.

Юридическая обстановка

Фактической обстановкѣ вполнѣ соотвѣтствовала юридическая. Приданое непремѣнно выдавалось мужу. Онъ владѣлъ имъ для давности по титулу pro dote. Онъ былъ собственникомъ вещей, кредиторомъ по требованіямъ. Прекращеніе брака этого не мѣняло ipso iure. Искъ о приданомъ былъ искомъ личнымъ. Мужъ оставался и отвѣтчикомъ, и собственникомъ. Даже недотальное имущество жены должно было вначалѣ безо всякаго интердикта оказываться въ его владѣніи.

Onus pro-

Послѣдствія вырисовываются сами собою. Мужъ былъ

ответчикомъ и владѣльцемъ; искать должна была жена. Actore non probante, reus absolvitur: бремя доказыванія ложилось всецѣло на жену. Вполнѣ ясно, что, будучи фактически въ обладаніи мужа, все изъ ея имущества, на что она была не въ состояніи доказать свои права, ipso facto и оставалось въ этомъ обладаніи. Мужу нечего было что либо доказывать. Въ тѣсной связи съ этимъ стоитъ и такъ называемая Муціева презумпція. Она только вывела за предѣлы мужняго дома объемъ его полномочій, какъ отвѣтчика въ actio rei uxoriæ. Словомъ, по дотальному иску жена могла получить только то, на что ей удавалось доказать свои права; то же вѣрно и для параферналнаго имущества, этимъ искомъ не ограждаемаго (Vat. Fr. § 103).

bandi и praesumptio Muciana.

Мы должны однако принять въ соображеніе, что римское брачное право испытало въ исторіи великій, существенный надломъ. Идеалы и понятія пережили эту катастрофу въ полной неприкосновенности, но дѣйствительность разошлась съ ними рѣзко и безповоротно. Древнѣйшій подручный бракъ породилъ, какъ идеалъ, представленіе о consortium totius vitae, divini et humani iuris communicatio. Въ области имущественнаго права эта неразрывность выразилась тѣмъ принципомъ, что dotis causa perpetua est, что приданое дается, ut semper apud maritum sit. Въ дѣйствительности браки расторгались столь же легко, сколь легко заключались, и ius divinum и ius humanum супруговъ оставалось въ полной раздѣльности. Приданое пріобрѣло такую же подвижность, какъ самые браки.

Переломъ въ исторіи римскаго брачнаго права.

Насильственность перемѣны, ея историческое происхожденіе отъ перелома, а не отъ естественнаго измѣненія условій, сказывается въ той юридической двойственности, которою характеризуется римское приданое. Мужъ признается собственникомъ приданаго, и однако долженъ его возвратить при разводѣ. Онъ долженъ возвратить приданое, и однако имѣетъ право дѣлать изъ него удержанія. Онъ долженъ возвратить приданое, и однако требуются cautiones rei uxoriae, stipulationes de reddenda dote и др. remedia.

Юридическая двойственность приданаго, какъ послѣдствіе этого перелома.

Если мы сопоставимъ различіе имущественныхъ отношеній супруговъ въ подручномъ бракѣ и въ бракѣ вольномъ съ различіемъ правъ залогодержателя въ fiducia, pignus и hypotheca, то мы особенно остро почувствуемъ про-

Сопоставленіе трехъ формъ залога и двухъ

формъ брачно-имущественнаго права

тивоестественность собственности мужа на приданое. Вѣдь къ fiducia, дававшей залогодержателю собственность, совершенно неприложима мысль, что causa манципированной вещи perpetua est, что она манципируется, ut semper apud creditorem sit: уплата долга является какъ бы резолютивнымъ условіемъ манципаціи. Еще менѣе примѣнимо что́ либо подобное къ pignus. Третьей же формы, дающей мужу исключительно супружескія права на имущество жены, аналогично ипотекѣ, которая даетъ кредитору только чистое залоговое право, въ римскомъ правѣ не образовалось и собственность попрежнему признавалась безповоротно за мужемъ, если не уподобить фидуціарной нункупаціи cautiones rei uxoriae и stipulationes de reddenda dote. Ясно, что когда то въ брачномъ строѣ произошелъ надломъ, отъ котораго теорія и дѣйствительность разошлись между собою. Юридическая противоестественность правъ мужа на приданое до нашихъ дней смущаетъ и тревожитъ послѣдовательныхъ теоретиковъ.

Связь съ надломомъ недѣйствительности супружескихъ даренія

Недѣйствительность дареній между супругами, столь „неожиданная“ съ точки зрѣнія нравственнаго чувства, столь несогласная съ самымъ существомъ совмѣстной супружеской жизни и съ неизбѣжностью тратъ мужа на жену, родственная притомъ иску о приданомъ, являетъ признаки несомнѣнной связи съ указаннымъ переломомъ въ исторіи брачнаго римскаго права. И приданое, и даренія исключаютъ теоретически поворотность, а фактически ее допускаютъ, причемъ даренія даже въ видѣ полной недѣйствительности: ясно, что приданое было уже конструировано римлянами на предметъ неразрывности брака къ тому времени, когда началась практика его расторженій разводами, и ясно, что непредусмотрѣнная ни бытомъ, ни нравами, ни правомъ необходимость возвращать приданое должна была повлечь за собою столкновеніе со всѣми фактами и сдѣлками, это возвращеніе затруднявшими или сводившими на нѣтъ. Къ числу такихъ фактовъ и сдѣлокъ несомнѣнно принадлежали даренія, какъ фактическія, такъ и юридическія.

Неизбѣжность отрицательнаго отношенія къ безпово-

Не слѣдуетъ при этомъ забывать общеизвѣстной, Поливіемъ удостовѣренной, бытовой несклонности римлянъ къ дареніямъ. Цѣлый рядъ законовъ свидѣтельствуетъ о ихъ неодобрительномъ отношеніи ко всему, что̀, даже не будучи

расточительностью, могло показаться излишнею щедростью. Ротнымъ Дареніямъ между супругами
Еще менѣе позволительно упускать изъ виду, что легкомысленные новые браки и новыя семьи не могли встрѣчать ни одобренія, ни сочувствія цензоровъ, блюстителей строгихъ правовъ достопочтенной старины. Вполнѣ понятно, поэтому, что съ той поры, какъ цензура оказалась безсильною бороться съ новыми браками и свободою разводовъ, а возвраты приданаго могли встрѣтиться съ затрудненіями въ видѣ семейныхъ фактическихъ дареній, судебное разбирательство неизбѣжно должно было отнестись къ этимъ сдѣлкамъ совершенно отрицательно. Бракъ можетъ являться обогащеніемъ мужа или жены, но расторженіе брака ни въ какомъ случаѣ. Разводъ долженъ явиться какъ бы in integrum restitutio, возвращеніемъ супруговъ въ первобытное состояніе. Разумѣется, при этомъ должны были казаться лишенными всякаго значенія всѣ хозяйственныя дѣйствія, расчитанныя на продолжающееся супружество, и только сдѣлки, расчитанныя и на возможность прекращенія брака, хотя бъ и не разводомъ, могли показаться третейскому судьѣ достаточно крѣпкими, чтобы не пострадать и отъ развода

Возстановивъ эту правовую и бытовую картину, по- Прекращеніе брака и actio rei uxoriæ.
смотримъ, какая судьба могла ждать обоюдныя супружескія дареніа. Фактически сліяніе двухъ имущественныхъ массъ, приданаго и хозяйства мужа, нимало не предрѣшало юридической судьбы приданаго: не все дарится, что̀ дается, — ср. Vat. Fr. § 269: constat, quod utendum datum est, non esse donatum. А въ какихъ случаяхъ эта судьба рѣшалась? При томъ или другомъ способѣ прекращенія брака. Разсмотримте же главный случай прекращенія брака для стороны одарившей и для стороны одаренной, а именно разводъ.

I. Дареніа жены. Истецъ вчиняетъ actio rei uxoriæ. Дареніа жены.
Отвѣтчикъ хочетъ иное сохранить за собою, ссылаясь на дареніе. Можетъ ли онъ расчитывать на успѣхъ? Да, если докажетъ основательность своего возраженія. Какъ это доказать? Кромѣ исключительныхъ случаевъ, едвали это было возможно: вѣдь на согласіе опекуна въ дарственныхъ сдѣлкахъ женщинамъ, по справедливому замѣчанію Кейссера, трудно было расчитывать. Для болѣе поздней эпохи дѣло нѣсколько усложняется, — опекуна нѣтъ; но

вопросъ о доказательствѣ все же лежитъ на отвѣтчикѣ, а при неформальныхъ сдѣлкахъ безъ свидѣтелей, при отрицаніи истца, что̀ можно доказать? Иное дѣло, если со стороны истца нѣтъ спора: тогда дареніе дѣйствительно. Такія дарения сложились впослѣдствіи въ особый типъ дѣйствительныхъ дареній, — divortii causa. Или если отвѣтчикъ докажетъ, что дареніе было сдѣлано на случай смерти: опорочитъ такое дареніе очевидно нѣтъ никакой возможности. Отсюда положеніе, что inter virum et uxorem mortis causa donationes receptae sunt, Dig. 24, 1, 9, 2. Впослѣдствіе юристы усматривали въ этихъ случаяхъ изъятія изъ запрета, но на самомъ дѣлѣ въ нихъ дѣйствительность обусловливалось доказуемостью чрезвычайнаго дарения, дарения на случай, или не исключая случая, прекращения брака.

Дарения мужа.

II. Дарения мужа. Прежде всего, такія дарения могли совершаться только мужьями sui iuris, ибо для подвластныхъ шансовъ на согласіе patris familias было еще меньше, чѣмъ у женщинъ на согласіе опекуновъ. Но затѣмъ и здѣсь истцу необходимо было доказать, что передъ судьею дареніе, а не простое супружеское распоряженіе. Да юридическія дарения были бы въ вольномъ бракѣ и не дареніями женѣ, а ея властителямъ или опекунамъ. Позднѣе, конечно, для мужа sui iuris не было никакихъ препятствій по доброй волѣ предоставить женѣ при разводѣ ея прекарное сверхдотальное имущество, на его счетъ пріобрѣтенное: вѣдь и по древнему праву, до Oratio 206 г., въ случаѣ прекращения брака, si maritus uxori donatum volt, valet donatio, Dig. 24, 1, 32, 10; si divortii causa facta sit donatio, valere, Dig. 24, 1, 11, 11, — ср. 24, 1, 60, 1 сл. То же и для capitis deminutio: exilii causa donationes receptæ sunt, Dig. 24, 1, 43, ср. Dig. 24, 1, 13, 1. Однимъ словомъ, можно выставить очень простое положеніе. Дарения между супругами дѣйствительны лишь постольку, поскольку можетъ быть доказана ихъ безповоротность; а такъ какъ доказать юридическую безповоротность простыхъ дареній между супругами никогда невозможно, ибо, не нуждаясь, при нормальныхъ условіяхъ, въ юридическихъ формальностяхъ, супруги всегда довольствуются дареніями фактическими, то и должно было выходить, что въ предѣлахъ

дотальнаго иска простыя даренія между супругами оказывались недѣйствительными. А естественная осторожность и простое благоразуміе должно было удерживать не только властителей, но и сами стороны отъ совершенія дарственныхъ юридическихъ актовъ, предусматривающихъ расторженіе или прекращеніе брака. Завѣщаніе — другое дѣло; но вѣдь даренія между супругами никакого отношенія къ завѣщаніямъ и не имѣютъ.

Послѣдній выводъ.

Поставленная намъ задача рѣшена. Безо всякаго закона, безо всякаго эдикта, безо всякаго запрета, безо всякой недѣйствительности, какъ признаннаго свойства дареній между супругами, словомъ, ipso facto, по логикѣ вещей, moribus, природа дотальнаго иска влекла за собою то послѣдствіе, что simplices donationes между супругами оказывались недѣйствительными въ случаѣ прекращенія брака. Вполнѣ естественно также, что эта недѣйствительность была возможна именно только при actio rei uxoriæ. Гдѣ не было приданаго, мѣнялось положеніе сторонъ и даренія становились возможными, т. е. дѣйствительными въ предѣлахъ оспоримости. При этомъ, конечно, доказуемость была легче въ силу перестановки ролей въ отношеніи onus probandi и возможности интердиктной защиты. Подарки наложницѣ, любовницѣ, будь она незамужней или замужней, публичной женщинѣ, — всѣ сохраняли свою силу, ибо ими владѣли одаренныя и onus probandi ложился на ищущаго дарителя. Ужъ одно это вполнѣ выясняетъ причину рѣзкаго различія дареній между супругами и между родителями и неподвластными дѣтьми. Историческій корень недѣйствительности дареній между супругами — существо дотальнаго иска.

Апріорныя трудности.

Мы однако сочли бы свою обязанность не до конца исполненной, если бы не провели нашу мысль нѣсколько далѣе, до ея ближайшихъ послѣдствій. Въ сущности, мы покамѣсть выяснили только то, какъ первоначально ἐκ νόμου ἀγράφου должна была сложиться склонность игнорировать даренія между супругами въ actio rei uxoriæ и считаться съ ними только въ случаяхъ очевидной доказуемости. Передъ нами еще цѣлый рядъ вопросовъ.

Вопросъ о недѣйствительности.

И прежде всего, можно ли съ установленной точки зрѣнія считать разъясненнымъ, почему даренія между

супругами оказались впослѣдствіи недѣйствительными даже при ихъ доказуемости? Далеко нѣтъ. Въ лучшемъ случаѣ мы только нашли ключъ къ нѣкоторымъ позднѣйшимъ странностямъ ученія, донынѣ мучащимъ догматиковъ, вродѣ, напр, того, что при дареніяхъ между супругами возможно владѣніе voluntate domini, но mala fide, владѣніе pro possessore, снабженное интердиктами, и т. п. Но гораздо ближе этихъ частностей вопросъ, откуда же могла взяться не только недѣйствительность, но хотя бы поворотность, какъ всеобщій принципъ?

Сознаніе непрочности дареній

Такъ; но мы вполнѣ, надѣемся, выяснили, что сама собою, moribus, на судѣ при actio rei uxoriæ должна была всплывать юридическая неустойчивость, фактическая прекарность дареній между супругами. Получить что̀ либо во время брака было нетрудно, но удержать вопреки желанію дарителя послѣ прекращенія брака — невозможно. Само собою разумѣется, что такая прекарность не могла остаться незамѣченною при сколько нибудь образовавшейся практикѣ дотальныхъ исковъ и, бывъ замѣченною, не повести съ одной стороны къ попыткамъ упрочить дареніе, а съ другой — извлечь всѣ представляемыя такою непрочностью выгоды. Пользуясь удобствами своего положенія въ actio rei uxoriæ, практичные мужья не могли не усвоить себѣ той мысли, что даже безповоротныя по существу дареніе нетрудно свести передъ судьею на нѣтъ, особенно въ случаѣ развода, а жены или ихъ опекуны — что нужна большая осторожность въ дареніяхъ мужьямъ, сколько бы тѣ ни дарили женамъ: ср. Dig. 24, 1, 48. Это сознаніе, въ свою очередь, не могло не отразиться и на бытовомъ строѣ семейной жизни. Что̀ же касается попытокъ упрочить однажды полученныя дареніе окольными путями, то тутъ положеніе сторонъ было обратнымъ. Рядный сказъ или рядная запись, instrumenta dotalia, гарантировали женѣ возвратъ ея приданаго; параферны же мужу было не трудно сохранить за собою даже безо всякаго дареніе: beati possidentes Упрочить тутъ было очень мудрено, — развѣ перепискою рядной записи: но такую переписку можно было и оспорить; изъ переписыванія рядныхъ записей и оспариванія такихъ переписанныхъ грамотъ образовалась въ Римѣ, какъ мы знаемъ, значительная масса дошедшаго до насъ ма-

теріала источниковъ по нашему вопросу. Напротивъ, природа actio rei uxoriae сама подсказывала женѣ, какъ упрочить за собою полученныя даренія: достаточно вывести изъ обладанія мужа и припрятать въ надежномъ мѣстѣ то, что̀ поцѣннѣй, а затѣмъ получить сполна по дотальному иску. Наравнѣ съ этимъ денежные подарки или вырученныя отъ продажи подаренныхъ вещей деньги могли быть не только припрятаны, но и затрачены на пріобрѣтенія: формальная принадлежность такого парафернальнаго имущества женѣ безъ труда могла быть доказана въ случаѣ надобности.

Итогъ не трудно подвести. Какъ только непрочность браковъ и дареній между супругами вошла въ общее сознаніе, такъ должны были создаться разныя уловки, направленныя къ упроченію столь ненадежныхъ сдѣлокъ. И природа дотальныхъ отношеній вела къ тому, что мужьямъ такія уловки были безполезны, кромѣ случаевъ расточительности; напротивъ, женамъ онѣ открывали кружный, но вѣрный путь къ наживѣ. Juris rigore по вопросу о дареніяхъ сильнѣе былъ мужъ, а via facti — жена. Одураченнымъ мужьямъ въ случаѣ развода не оставалось даже того утѣшенія, что они хоть и обмануты и осмѣяны, да по крайней мѣрѣ не обобраны; а ихъ наслѣдникамъ приходилось голодными глазами посматривать на благопріобрѣтенные достатки догадливой вдовы и ея родственниковъ. Римляне смотрѣли на вещи очень трезво и такого рода прогрессивныя теченія въ области семейнаго права не могли расчитывать на сочувствіе людей latinae frugalitatis. Обходъ непрочности супружескихъ дареній предполагалъ, что она уже стала дознаннымъ фактомъ: но это же сознаніе должно было повести и къ неодобрительному воззрѣнію на обходныя уловки, а вмѣстѣ съ тѣмъ и послужить опорою для мѣръ борьбы съ ними, придать имъ оттѣнокъ fraudis moribus factae

Неизбѣжность попытокъ ихъ упрочить.

Такъ объясняется, по моему, возникновеніе retentiones propter res donatas. Я въ нихъ вижу не преимущество мужей, а помощь имъ въ виду неравенства сторонъ и перевѣса женщинъ на судѣ. Женщинамъ, благодаря дотальнымъ сказамъ и записямъ, ненужны были аналогичные способы защиты; но интересы мужей требовали огражденія. Далѣе, ретенціи были бы совершенно нелѣпы на почвѣ не-

Возникновеніе ретенцій.

дѣйствительности и едва ли цѣнны на почвѣ поворотности дареній; напротивъ, на почвѣ ихъ непрочности удержанія были незамѣнимы: они ограждали мужа отъ наживы жены на его счетъ посредствомъ ли фактическихъ дареній, посредствомъ ли самовольнаго присвоенія. Наконецъ, какъ вѣрно замѣтили Дернбургъ и Граденвитцъ, возникновеніе ретенціи propter res donatas отнюдь не предполагаетъ ни недѣйствительности, ни поворотности; зато можно ли сказать, что оно не предполагаетъ непрочности этихъ дареній? Цѣль ретенцій и сводится къ тому, чтобы по прекращеніи брака у жены не оказалось болѣе, чѣмъ она могла получить законнымъ путемъ, т. е. свыше предѣловъ дотальнаго иска, — болѣе, чѣмъ она внесла въ домъ мужа, какъ приданое и параферны.

Участіе эдикта

Если мы допустимъ, что дѣло было именно такъ (а не допустить этого можно только доказавъ невозможность намѣчаемаго пути развитія, или возможность по существу иного пути), то мы значительно подвинемся впередъ въ пониманіи нашего загадочнаго ученія. Но прежде всего сдѣлаемъ важную оговорку. Хоть я и думаю, что ретенціи были при ихъ первоначальномъ зарожденіи внѣсудебнымъ средствомъ, что онѣ были не процессуальнымъ актомъ, а контумаціальнымъ пріемомъ, способомъ принудить противника вчинить искъ, — тѣмъ не менѣе мнѣ представляется совершенно невозможнымъ, чтобъ онѣ могли стать правовымъ учрежденіемъ помимо санкцій эдикта Однако, не убиваемъ ли мы обычно-правовой характеръ нашего учрежденія, признавая въ его созиданіи участіе преторовъ и эдикта? По моему, ни въ какомъ случаѣ. Обычай тутъ вовсе не замѣнялся нормою писанаго права: обычай, народное воззрѣніе на супружескія даренія, какъ на юридически-безразличныя сдѣлки, одни могли дать основаніе претору, который ius facere non potest, выставить въ эдиктѣ надлежащія нормы, оформить ретенціи. Писаное право эдикта лишь ограждало отъ обходовъ неписаное право нравовъ.

Послѣдствія ретенцій.

Но зато съ другой стороны я далекъ отъ мысли, будто бъ участіе преторовъ и эдикта не сыграло важной и своеобразной роли въ исторіи нашего ученія. Только благодаря ретенціямъ и эдикту фактъ непрочности дареній между

супругами могъ получить юридическое значеніе. Невозможность дареній стала, при ихъ содѣйствіи, живымъ факторомъ правосудія, а не одного только быта. Ретенціи какъ бы обязывали жену къ тому, къ чему приданое обязывало мужа: по прекращеніи брака сполна сдать на руки полученное при его заключеніи. Безконтрольность жены въ хозяйствѣ мужа ими устранялась юридически. Наконецъ, вся судьба дареній между супругами получала, если такъ можно выразиться, юридическій центръ. Доказуемость или недоказуемость дареній женѣ должна была отнынѣ рѣшаться по поводу допустимости или недопустимости ретенцій, какъ для даренія мужу она рѣшалась по поводу возврата приданаго.

Поворотность дареній.

Итакъ, появленіе ретенціи propter res donatas должно было существенно преобразовать прежнее чисто бытовое явленіе. Разъ можно было юридически обезсилить даренія между супругами, хотя бы посредствомъ ретенціи, то ихъ фактическая непрочность обобщалась въ какое-то правовое понятіе. Конечно, ретенція вынуждала только къ компромиссамъ: непосредственно опорочить самыхъ дареній она не могла. Вещное право совсѣмъ отъ нея не зависѣло. Но и въ предѣлѣ личныхъ правъ она не могла дѣйствовать неограниченно. Мы допустили, что ретенціи создались для борьбы съ обогащеніемъ женъ на счетъ мужей: можно ли сомнѣваться, что тутъ шла и могла идти рѣчь лишь о явномъ, доказуемомъ обогащеніи? А съ другой стороны очевидно, что вопросъ могъ возникнуть только при обогащеніи жены, а вовсе не при обѣднѣніи мужа. Тратясь supra vires dotis, онъ de se quærі debet, suam rem perdit. Вотъ, по моему, зародышъ, изъ самаго существа ретенцій, всего позднѣйшаго ученія о необходимомъ для недѣйствительности экономическомъ составѣ супружескихъ дареній, — обогащеніи одной и въ то же время обѣднѣніи другой стороны.

Принципіальный вопросъ о дѣйствительности дареній между супругами.

Но не это для насъ главное. Самое существенное то, что ретенціи создавали нѣкоторую, частичную, экономическую, но все же—поворотность дареній. Дарственная сдѣлка лишалась юридической силы не столько въ послѣдствіяхъ, сколько въ существѣ, — что̀ очень близко къ праву Цинціева закона, бывшаго только lex imperfecta, — но во всякомъ случаѣ лишалась не такъ, какъ въ эпоху до ретенцій. Для юриста поэтому возникала крайне трудная и

сложная дилемма Если дареніи между супругами дѣйствительны, — о чемъ свидѣтельствуютъ послѣдствія, — то какъ объяснить догматически ретенціи; если недѣйствительны, — на что̀ намекаютъ ретенціи, — то какъ объяснить дѣйствительность послѣдствій; иными словами, въ концѣ концовъ, дѣйствительны дареніи или недѣйствительны?

Послѣдствія поворотности

Мы знаемъ, что дилемма была разрѣшена въ пользу второй альтернативы; мы имѣемъ всѣ данныя приписывать это рѣшеніе толкованіямъ юристовъ; но нѣтъ ли у насъ указаній, что̀ побудило ихъ именно къ этому заключенію? Вѣдь оно должно было діаметрально перемѣстить точку зрѣнія.

Перестановка общаго правила и исключеній.

Дареніи между супругами, какъ мы видѣли, были непрочны фактически, а не по существу: наряду съ дѣйствительностью прочныхъ дареній mortis causa, exilii causa, divortii causa и т. д., непрочность простыхъ дареній должна была казаться исключеніемъ. Однако, провозгласивъ дареніи между супругами непрочными юридически, приходилось признать эти нормальные случаи исключеніями, а исключенія — нормой. Опять-таки мы знаемъ, что именно такъ и случилось; но какимъ путемъ, на какой почвѣ?

Исцѣлимость и недѣйствительность

И это еще не все. Непрочность дареній зависѣла, въ концѣ концовъ, отъ усмотрѣнія стороны подарившей: она могла не оставлять у себя дареній, не искать искомъ ея uxoriæ подареннаго изъ приданаго; примирима ли эта исцѣлимость по усмотрѣнію съ безусловною недѣйствительностью? Вспомните правовѣрное смущеніе де-Медіо передъ такой ересью. Но дѣло въ томъ, что юридически вопросъ о дареніяхъ возникалъ, какъ мы настойчиво оговаривались, только на почвѣ дотальнаго иска, а не матеріальнаго права. Дотальный же искъ былъ возможенъ только подъ условіемъ прекращенія брака. Исходъ открывался самъ собою: признавъ недѣйствительными дареніи между супругами, достаточно было подчеркнуть выраженіе „между супругами“, чтобъ ограничить недѣйствительность дареній предѣлами дѣйствительности брака.

Дѣйствительность дареній при недѣйствительности брака.

Но отсюда логика вела и дальше. Съ одной стороны, приходилось допустить дѣйствительность дареній тамъ, гдѣ бракъ окажется недѣйствительнымъ, — и что логичность этого вывода признавалась римлянами, свидѣтельствуетъ Dig. 24, 1, 3, 1. Съ другой стороны, напрашивалась мысль, что именно б р а к ъ является причиною, препятствующею дѣйст-

вительности дареній между супругами. Такъ логика должна была вести къ полному извращенію въ догмѣ подлинной исторической природы нашего учрежденія.

Кондикція, какъ начало недѣйствительности.

Но спрашивается, все-таки, откуда могло возникнуть представленіе о недѣйствительности. Я полагаю, что на почвѣ однихъ ретенцій оно не могло бы сложиться. Дѣло въ томъ, что дотальный искъ не исчерпывалъ имущественныхъ отношеній между супругами Ретенціи ограждали интересы мужа только тамъ, гдѣ приданое было не меньше сдѣланныхъ дареній, а тѣмъ меньше ограждали тамъ, гдѣ приданаго совсѣмъ не было. Но если практика ретенцій не могла не укоренить въ общемъ сознаніи вытекающаго изъ нихъ принципа, что неодобрительны съ точки зрѣнія нравовъ обременительныя для мужа обогащенія жены на его счетъ изъ дарственныхъ сдѣлокъ, то не могло быть признано допустимымъ неравенство сторонъ и преобладаніе на судѣ интересовъ жены. Между тѣмъ, можно ли отрицать это преобладаніе въ указанныхъ выше случаяхъ? Жена имѣетъ искъ rei uxoriæ, активное средство; мужъ имѣетъ только ретенцію, пассивное. Его обогащеніе на счетъ жены невозможно; а ея обогащеніе на счетъ мужа возможно; съ точки же зрѣнія нравовъ всякое обогащеніе на счетъ супруга неодобрительно. Всеобщая недѣйствительность супружескихъ дареній не могла не напрашиваться мысли юристовъ, какъ прямое обобщеніе дѣйствительнаго порядка вещей. Ясно, что рано или поздно жизнь должна была повести къ предоставленію мужу кондикціи; но разъ дана была кондикція, вопросъ оказался предрѣшеннымъ.

Понятіе запрета.

Достигнувъ этихъ итоговъ, мы безъ труда уяснимъ себѣ дальнѣйшее развитіе ученія. Какъ только было установлено, что бракъ служитъ причиною недѣйствительности дареній между супругами, нетрудно было заключить, что даренія въ бракѣ запрещены. Съ точки зрѣнія слога послѣднее выраженіе гораздо предпочтительнѣе въ виду краткости и большей — синтаксически — гибкости Donationes sunt interdictæ или prohibitæ, interdictum donationum, donationibus interdictum est и т. д. гораздо выразительнѣй и легче, нежели громоздкое, длинное и трудно согласуемое синтаксически receptum est, ne donationes valerent. А по содержанію (догматически) никакихъ неудобствъ отъ такой замѣны выраженій не получалось: и то, и другое равно выражало, что даренія

недѣйствительны. Lex perfecta est, quæ vetat aliquid fieri et, si contra factum sit, rescindit; donationes inter virum et uxorem rescinduntur: quin vetitæ sunt! Нечего ссылаться на то, что не всѣ республиканскіе законы были leges perfectæ; имѣло бы смыслъ возражать только въ томъ случая, когда бы въ ихъ числѣ вовсе не было leges perfectæ. А притомъ въ данномъ выраженіи была еще бо́льшая неточность: вѣдь mores не могутъ имѣть запретительной силы, какъ мы показали.

Виндикація.

Второе послѣдствіе должно было коснуться послѣдствій дареній между супругами въ области вещнаго права. Провозгласивъ недѣйствительность дареній, логика требовала признать недѣйствительными и ихъ послѣдствія. Это проведеніе принципа недѣйствительности наблюдается даже въ классическую эпоху, судя по текстамъ, дошедшимъ до насъ въ дигестахъ и кодексѣ. Оно тѣмъ болѣе бросается въ глаза, что идетъ одновременно съ развитіемъ противоположнаго теченія, замѣченнаго нами ужъ у Кв. Муція и преимущественно свойственнаго императорскому законодательству, которое постепенно съуживало кругъ примѣненія недѣйствительности. Oratio 206 г. довела движеніе этого законодательства до точки пресѣченія съ влеченіемъ къ послѣдовательному проведенію недѣйствительности и преградила ему дальнѣйшій путь. Во всякомъ случаѣ, трудно сомнѣваться, что предоставленіе дарителю виндикаціи могло возникнуть только на почвѣ признанной и укоренившейся въ умахъ мысли о недѣйствительности супружескихъ дареній.

Древность недѣйствительности.

О томъ, что все это совершилось еще задолго до классическихъ юристовъ и даже задолго до имперіи, свидѣтельствуютъ намъ rationes interdicti. Всѣ онѣ предполагаютъ не только полную достовѣрность безусловной недѣйствительности дареній между супругами, но и значительную древность такого на нихъ воззрѣнія, такъ какъ въ этихъ rationes очень смутно сказались слѣды дѣйствительнаго историческаго хода дѣлъ. Притомъ, всѣ эти доводы — гипотезы, да еще, какъ выражается Ретесъ, mere politicæ. Онѣ отвѣчаютъ не на вопросъ „почему“ или „какъ“, а на вопросъ „зачѣмъ“. Ясно, что истинная обстановка дѣла совершенно забылась къ тому времени, когда начали слагаться столь превратныя догадки о ней.

# IV

# ORATIO 206 r.

## § 1. Dig. 24, 1, 23 и 24, 1, 32, 1. Глоссаторы.

### I. Исходная трудность.

Древнее право было преобразовано въ 206 г. по Р. Х. Для вѣрнаго сужденія о промежуточныхъ моментахъ развитія необходимо выяснить объемъ и формы преобразованія. Между тѣмъ, несмотря на кажущуюся простоту дѣла, его историческое изученіе представляется крайне трудной и сложною задачею. Преобразованіе 206 года.

Начиная съ глоссаторовъ и до нашихъ дней, оно производилось почти исключительно ради догматическихъ цѣлей, для разрѣшенія задачъ, лежащихъ, строго говоря, внѣ прямыхъ интересовъ историка. Исходною точкою для всѣхъ теорій служило знаменитое разногласіе двухъ мѣстъ Ульпіана: Разногласіе источниковъ

*Ulpianus l. 6 ad Sabinum.* Papinianus recte putabat Orationem divi Severi ad rerum donationem pertinere; denique, si stipulanti spopondisset uxori suæ, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit (Dig. 24, 1, 23). Dig. 24, 1, 23.

*Ulpianus l. 33 ad Sabinum.* Oratio autem imperatoris nostri de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet, quæ nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, ut et ipso iure res fiant eius, cui donatæ sunt, et obligatio sit civilis, et de Falcidia, ubi possit locum habere, tractandum sit: cui locum ita fore opinor, quasi testamento sit confirmatum, quod donatum est (Dig. 24, 1, 32, 1). Dig. 24, 1, 32, 1

Въ одномъ случаѣ Ульпіанъ, одобряя Папиніана, не допускаетъ исцѣленія дареній obligando въ случаѣ смерти дарителя, въ другомъ заявляетъ, что исцѣляются всѣ дарения, не исключая дареній obligando.

## II. Ацо и глосса.

Историческія согласованія.

Противорѣчіе не поддавалось согласованію догматическимъ путемъ и уже глоссаторы пытались помочь бѣдѣ историческими гипотезами. Правда, всѣ считаютъ родоначальникомъ этого пріема Дюарена, но не трудно доказать, что онъ только усовершенствовалъ теорію глоссаторовъ по данному вопросу, какъ Кюжасъ въ отношеніи mores (см. выше, стр. 253). Со своей стороны glossa ordinaria Аккурсія имѣетъ родоначальникомъ еще Ацо, такъ что историческую гипотезу приходится датировать концомъ XII-го или самымъ началомъ XIII-го столѣтія. 1553 г.

Ацо.

Въ видѣ прибавленія къ своему конспекту 16-го титула 5-й книги Кодекса Ацо говоритъ: 1200 г.

Illud notandum puto, quod licet dixerim confirmari donationes coniugum inter se vel parentum in liberos, videtur tamen quod locum habeat in donatione completa per traditionem. Nam si stipulatio steterit in finibus suis nec eam est secuta traditio, non putavit Papinianus convenire posse donatoris heredem, licet durante voluntate donator decesserit, nisi vir promiserit uxori quid annuum in sui sustentationem, ut Dig. 24, 1, 33. Sed forte opinio Papiniani corrigitur per Orationem divi Severi, quæ ait donationis obligationem esse civilem præmortuo donatore, ut Dig. 24, 1, 32, 1 (520).

Аккурсій.

Эта догадка была всецѣло усвоена, какъ непреложная истина, вѣрнымъ ученикомъ Ацо, Аккурсіемъ. Къ словамъ Papinianus recte putabat онъ даетъ примѣчаніе: Et male secundum quosdam, ut statim dices; слова rerum donationem поясняются: id est traditionem, quasi non ad promissionem; слова non putabat снабжены замѣткою: scilicet Papinianus. Слова же posse heredem mariti снабжены болѣе пространнымъ примѣчаніемъ, въ которомъ намъ особенно интересно начало: Hodie Papinianus per divi Severi et Antonini Orationem corrigitur, ut Dig. 24, 1, 32, 1; 24, 1, 32, 22 in fin.; 24, 1, 32, 23; 24, 1, 33 pr. et 24, 1, 33, 2. Contra in Dig. 24, 1, 32 pr. in fin., ut Dig. 24, 1, 33, cum promissum est

annuatim, petitur ex præterito tempore. Et in Dig. 24, 1, 32 fuit facta traditio et de evictione promissum, pro quo potest esse civilis obligatio: quod verius est. In 24, 1, 32, 22 fuit liberatio, non promissio[1].

Вивіанъ.

Еще яснѣе та же мысль высказана въ казусѣ Вивіана[2] къ Dig. 24, 1, 32 pr: Dicit supra 24, 1, 1 pr. donationes inter coniuges non valere. Et in hoc statu exstiterunt usque adhuc. Nunc autem imperator vocans senatores suasit eis oratione, ut statuerent, et ipse cum eis, ut in aliquo relaxentur donationes, — ut scilicet morte confirmentur donantis, nisi prius pœnituerit. Et hoc factum est.

Аккурсій.

Остается лишь указать еще на глоссу къ словамъ a viro comparata sunt Dig. 24, 1, 32, 1, принадлежащую Аккурсію: de quibus specialiter locutus est imperator.

Историческія теоріи глоссаторовъ.

Если тщательно вдуматься въ приведенныя толкованія, то не трудно различить въ нихъ двѣ основныя теоріи, изъ которыхъ одну можно назвать Аккурсіевой, а другую — особымъ мнѣніемъ. Общимъ въ обѣихъ теоріяхъ надо признать историческую гипотезу Ацо; различны же въ нихъ догматическія частности.

Общая основа и выводы изъ нея.

Историческая гипотеза Ацо состоитъ въ томъ, что мнѣніе Папиніана считается отмѣненнымъ посредствомъ Oratio 206 года. Глоссаторы не дѣлаютъ необходимыхъ отсюда выводовъ, — но не трудно понять, почему: послѣдовательное проведеніе этой мысли непремѣнно дастъ въ итогѣ безсмыслицу. Въ самомъ дѣлѣ, попробуемте дойти до крайнихъ послѣдствій, къ которымъ насъ обязываетъ ученіе Ацо.

1. Два указа.

Ближайшій выводъ будетъ тотъ, что Папиніанъ въ Dig. 24, 1, 23 говоритъ не объ Oratio 206 года, такъ какъ иначе его мнѣніе не могло бы быть исправлено при ея помощи, а о какой то другой, очевидно болѣе ранней и, стало быть, съ 206 года отмѣненной. Этотъ именно выводъ
**1553 г.** и былъ позднѣе сдѣланъ Дюареномъ, а послѣ него повто-

[1] Настоящее чтеніе съ трудомъ возстановлено изъ разнородныхъ опечатокъ и описокъ моей рукописи и изданій: Corpus iuris — Lugd. 1589 г. и Digestum Vetus — Venetiis 1489 г.

[2] Согласно Савиньи, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, V, 339, Вивіанъ жилъ приблизительно въ 1259 г. Ср. тамъ же стр. 346—347, причемъ списокъ изданій Digestum Vetus, въ которыхъ имѣются казусы Вивіана, долженъ быть пополненъ изд. 1589 г. Lugd F°.

рялся множествомъ другихъ писателей, такъ что мысль о двухъ Orationes и до XIX-го столѣтія не вымерла въ наукѣ. Ея подробнымъ разборомъ занята значительная часть настоящей главы

2. Историческій планъ изложенія титула Dig. 24, 1.

Другой выводъ, независимый отъ предшествующаго, будетъ тотъ, что въ титулѣ дигестъ о дареніяхъ между супругами составители пандектъ слѣдовали историческому порядку и помѣщали не только дѣйствующее, но частью и отмѣненное право, ибо 23-й отрывокъ приходится исправлять 32-мъ. Сдѣлавшему этотъ выводъ недалеко и до заключенія, что первая половина титула, до 32-го отрывка, излагаетъ прежнее право, введенное moribus, а вторая — новое, преобразованное императорами. И на самомъ дѣлѣ, въ предшествующей главѣ (см. выше стр. 294), излагая статью Менкена, мы встрѣтились со слѣдами этой мысли, высказывавшейся, стало быть, еще въ серединѣ XVIII вѣка. 1752 г.

Критика Бейнкерсгука

Въ частности на полную несостоятельность теоріи Ацо кратко и мѣтко указалъ уже Бейнкерсгукъ: никакъ не могло мнѣніе Папиніана быть отмѣнено посредствомъ Oratio Севера, говоритъ онъ (I, 167), nam post Orationem vixit et scripsit Papinianus, ad eam ipse disputat, et eius opinionem, tanquam in re certa, probat Ulpianus. 1733 г.

Историческая несостоятельность глоссаторовъ

Замѣтьте, притомъ, что ни первый, ни второй выводъ, ни ихъ соединеніе въ одну теорію не могли бы или, во всякомъ случаѣ, не должны бы были удовлетворить никого уже съ XVI вѣка, послѣ первыхъ же изданій дигестъ, сверенныхъ съ флорентійскою рукописью, и особенно послѣ Лабиттова указателя. Зная заголовки отрывковъ, мы видимъ, что оба противорѣчивыя мѣста взяты изъ одного и того же произведенія одного и того же писателя — Ульпіана, причемъ онъ одобряетъ въ одномъ случаѣ мысль Папиніана, а въ другомъ кореннымъ образомъ съ нею расходится, и стало быть трудность не устранена для насъ, какой бы мы ни приняли изъ предложенныхъ выводовъ. Приходится мирить не разнорѣчіе Папиніана съ Ульпіаномъ или съ Oratio 206 г., но разнорѣчіе Ульпіана съ самимъ собою.

„Recte“.

Впрочемъ и независимо отъ заголовка глоссаторамъ мѣшало одобрительное словечко recte. Вотъ въ отношеніи къ нему и можно различить между ними двоякое направленіе.

Первая теорія.

Одни, по свидѣтельству Аккурсія, считали неправиль-

нымъ мнѣніе Папиніана: male putabat, говоритъ онъ, secundum quosdam. Какъ же поступали эти quidam со словомъ recte? Мы этого не знаемъ. Можно было бы a priori допустить, или что они его вычеркивали, или что просто считали ошибкою; но на самомъ дѣлѣ надо прійти только ко второму предположенію. Противъ перваго говоритъ то, что слово recte не пропущено ни въ одной изъ донынѣ извѣстныхъ рукописей, и разночтеніе моей рукописи, о которомъ см. ниже стр. 439 сл. Но какъ доказывали при этомъ ошибочность текста, неизвѣстно. Судя по лаконизму Аккурсія, ея вовсе не доказывали, а просто подразумѣвали въ своемъ „male“. Въ эпоху научной наивности глоссаторовъ подобные пріемы были отнюдь не рѣдки.

Вторая теорія.

Другой взглядъ былъ принятъ Аккурсіемъ. Насколько можно судить по его глоссамъ, онъ или читалъ или понималъ recte=recto и приводилъ его въ связь не съ putabat, но съ pertinere. При этомъ условіи текстъ получалъ, конечно, болѣе удобный смыслъ: Папиніанъ думалъ, что законъ прямо (по Аккурсію даже исключительно, specialiter) относится къ даренію вещей. Конечно, и такое пониманіе безусловно невозможно ни съ точки зрѣнія рукописнаго преданія, ни съ точки зрѣнія словаря и грамматики; но вѣдь и Аккурсій въ случаѣ крайности не стѣснялся такими мелочами[1].

Догматическая теорія.

Глоссаторами была намѣчена еще 3-я теорія, весьма близкая къ истинѣ; но она имѣла чисто догматическій характеръ и потому здѣсь можетъ быть оставлена безъ разсмотрѣнія. Покамѣсть мы можемъ удовлетвориться тѣмъ, что̀ выяснено въ предшествующемъ, и прослѣдить литературную судьбу историческихъ гипотезъ глоссы.

## § 2. Теорія Дюарена о двухъ законахъ.

### I. Дюаренъ.

1553 г.

Два указа.

Какъ уже сказано, первый шагъ далѣе глоссаторовъ былъ сдѣланъ Дюареномъ въ его толкованіи на титулъ Dig. 24, 3. Установивъ положеніе, что Oratio 206 г. равно

[1] Я настаиваю на томъ, что именно таково было воззрѣніе Аккурсія. Иначе его глоссы либо вовсе были бы нелѣпы, особенно глосса comparata Dig. 24, 1, 32, 1, либо вынуждали бы насъ къ завѣдомо ложнымъ предположеніямъ, — ср. немного ниже, стр. 439, мысль Фавра, принятую у Савиньи, о пробѣлѣ въ глоссаторскихъ рукописяхъ дигестъ.

примѣнима ко всѣмъ дареніямъ, въ томъ числѣ и къ дареніямъ promittendo, и устранивъ ожидаемыя возраженія со ссылкою на Dig. 24, 1, 32 и 33, Дюаренъ продолжаетъ: Fuerat quidem alia ante hanc, de qua loquimur, oratio Severi, qui Antonini huius pater fuit, de confirmandis donationibus inter virum et uxorem. Quam orationem recte putavit Papinianus ad rerum sive corporum donationem tantum pertinere, D. 24, 1, 23, non etiam ad stipulationes, quæ donationis causa contrahuntur. Nam de his tantum locutus fuerat Severus, quæ uxoris causa sunt comparata, ut ex Ulpiani verbis colligitur Dig. 24, 1, 32, 1. Sed plenior est posterior oratio, nempe Antonini, et ad omnia, quæ donationis causa geruntur, pertinet. И притомъ, продолжаетъ Дюаренъ, если бы Трибоніанъ помѣстилъ текстъ объ Oratio Каракаллы сразу послѣ отрывка изъ Папиніана, никакой бы тутъ не вышло трудности, какъ и въ нѣкоторыхъ другихъ мѣстахъ, напр. Dig. 1, 8, 6, 5 и 1, 8, 7. Да и то, — какое неудобство въ томъ, что въ одномъ мѣстѣ приводится мнѣніе Папиніана объ Oratio Севера, а потомъ въ другомъ мѣстѣ — Oratio Каракаллы, гдѣ первая нѣсколько дополняется и исправляется? Весьма вѣроятно къ тому же, заключаетъ Дюаренъ, что Папиніанъ, который былъ умерщвленъ Каракаллою, написалъ свое мнѣніе ранѣе, чѣмъ позднѣйшая рѣчь была произнесена въ сенатѣ и утверждена сенатскимъ постановленіемъ (336—337).

Успѣхъ теоріи Дюарена.

Я не вижу возможности сомнѣваться въ томъ, что Дюаренъ пришелъ къ своей догадкѣ при помощи глоссы, но признаю вполнѣ очевиднымъ, что его теорія гораздо стройнѣй и законченнѣе. Немудрено, поэтому, что ей немедленно достался на долю великій успѣхъ, даже въ средѣ смертельныхъ враговъ Дюарена: Бодуэнъ, умалчивая о немъ, принимаетъ, однако же, его мнѣніе въ своемъ Justinianus (1150), хотя, правда, въ нѣсколько нерѣшительной формѣ, но зато и съ весьма существеннымъ дополненіемъ: Dig. 24, 1, 23 онъ считаетъ недосмотромъ составителей дигестъ, — Tribonianus illam Papiniani annotationem recte expunxisset. Или онъ самъ пришелъ къ той же мысли, благодаря изученію глоссы и не зная Дюарена? Однако послѣдній высказался семью годами ранѣе Бодуэна. Во всякомъ случаѣ, несмотря на свой успѣхъ и позднѣйшую 1560 г.

живучесть, эта теорія несогласима съ источниками, на что̀ и было черезъ нѣсколько десятилѣтій указано Фавромъ во
1591 г. второй книгѣ его Конъектуръ, а затѣмъ повторено имъ же
1604 г. во 2-мъ томѣ De erroribus pragmaticorum, 42, 5 (II, 837).

## II. Отманъ.

Скептическая критика теоріи Дюарена.

1599 г. Одновременно съ Фавромъ, а можетъ быть и раньше его[1], къ теоріи Дюарена отнесся отрицательно и Отманъ, коснувшись противорѣчія текстовъ Dig. 24, 1, 23 и 24, 1, 32, 1.

Olim ergo, высказывается онъ, ex stipulatione, inter coniuges donationis causa facta, civilis et efficax obligatio non nascebatur; post Senatusconsultum autem nasci coepit. Sed ecce grave certamen exoritur ex Dig. 24, 1, 23, cui certe suffragari verba illa orationis videntur: Heredem eripere durum et avarum est. Quomodo enim heres quae tradita non erant eriperet? Duarenus existimavit aliam Severi, aliam Antonini orationem fuisse, quod probari non potest, и ссылается на тексты Cod. 5, 16, 10 и 5, 16, 3. Mihi sane, ut uere dicam, заканчиваетъ онъ, hoc loco aqua haeret neque probabilior ulla sententia videtur, quam quae ab Azone et Accursio tradita est, — ut Papiniani sententia improbata ab Ulpiano fuerit, et illo loco et rursus Dig 24, 1, 33, — tametsi scrupulus ex verbo recte superest, a quo satis me commode nondum expedire potui. Какъ бы то ни было, не сомнѣнія Отмана, но энергичныя возраженія Фавра повліяли рѣшающимъ образомъ на дальнѣйшую судьбу гипотезы Дюарена.

## III. Фавръ.

Критика Дюарена.

1591 г. Прежде всего, возражаетъ Фавръ (I, 62), нигдѣ въ источникахъ нѣтъ указаній на двукратную рѣчь; а затѣмъ, невозможно согласовать мнѣніе Дюарена съ Dig. 24, 1, 32 pr., гдѣ Ульпіанъ говоритъ, что Каракалла до кончины

[1] Выражаюсь предположительно, такъ какъ годъ первоначальнаго изданія трактата De donationibus omnium generum мнѣ неизвѣстенъ, — см. въ первой главѣ настоящей книги примѣчаніе на стр. 43—44. Однако, принимая во вниманіе, что въ началѣ гл. 6 своего трактата (I, 1, 608) Отманъ ссылается на свою Disputatio de dotibus, а мнѣ извѣстно изданіе этой Disputatio, едвали первое, въ сборникѣ Tractatus de dote IV clarissimorum iurisconsultorum, Coloniae Agrippinae 1591 года, трактатъ De donationibus omnium generum долженъ быть отнесенъ къ той же или болѣе ранней эпохѣ Отманъ Фавра не упоминаетъ, но и Фавръ не упоминаетъ Отмана.

своего отца внесъ въ сенатъ предложеніе, чтобы супружескія даренія, дотолѣ и недѣйствительныя съ начала, и не утверждавшіяся смертью дарителя, признаны были въ послѣднемъ случаѣ дѣйствительными. Отсюда ясно, что Oratio была произнесена еще при жизни Папиніана[1]. Не помогло бы дѣлу даже, если бы мы допустили, что обѣ рѣчи принадлежали Каракаллѣ, такъ какъ Ульпіанъ толкуетъ именно рѣчь, произнесенную при жизни Севера, говоря, что она утвердила всѣ безъ исключенія даренія, прежде бывшія недѣйствительными. Несогласны съ мыслію Дюарена и слова Ульпіана, что Oratio Каракаллы относилась non solum ad ea, quæ nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, хотя Дюаренъ и выводитъ изъ нихъ, будто первая рѣчь (Севера) касалась лишь того, что̀ uxoris causa comparatum esset: вѣдь если бъ это было такъ (а изъ Cod. 5, 16, 3 и 5, 16, 10 ясно, что это вовсе не такъ), то Папиніанъ не особенно вѣрно (recte) считалъ бы рѣчь Севера относящейся къ rerum donationes. Подъ rerum donationes онъ очевидно подразумѣвалъ не всѣ тѣ случаи, когда дарится какая нибудь вещь (вѣдь всякое дареніе непремѣнно есть дареніе какой нибудь вещи), а только тѣ, когда сдѣлка заключается традиціей, а не стипуляціей, и, стало быть, считалъ Oratio не касающеюся вещей, uxoris causa comparatas, еще не переданныхъ ей мужемъ. Итакъ, ясно, что была лишь одна рѣчь Севера и Каракаллы, которая только приписывается то одному изъ нихъ, то другому, то обоимъ вмѣстѣ, такъ какъ была произнесена при жизни и во время царствованія обоихъ (I, 63).

[1] Изъ этого возраженія несомнѣнно, что Фавръ придалъ словамъ Дюарена смыслъ, котораго они вовсе не имѣли. Дюаренъ вовсе не говоритъ, будто Папиніанъ былъ убитъ ранѣе, чѣмъ Каракалла произнесъ Oratio 206 г.: онъ говоритъ только, что Папиніанъ написалъ приводимое Ульпіаномъ мнѣніе раньше этого срока. Правда, Дюаренъ упомянулъ, что Папиніанъ былъ умерщвленъ по волѣ Каракаллы; но онъ очевидно сдѣлалъ это съ цѣлью напомнить, что дѣятельность Папиніана должна быть съ большею вѣроятностью пріурочена къ эпохѣ до Oratio 206 г., чѣмъ ко времени послѣ ея изданія. По крайней мѣрѣ мнѣ трудно допустить, чтобы такой крупный ученый, какъ Дюаренъ, могъ не знать, или не понять, или забыть Dig. 24, 1, 32 pr. Прошу сравнить нѣсколько ниже, стр. 446, теорію Бренкмана, именно въ этомъ смыслѣ излагающую мысль Дюарена.

1604 г Собственная теорія Фавра имѣетъ чисто догматическій характеръ и потому можетъ быть оставлена безъ разсмотрѣнія, кромѣ двухъ частныхъ ея подробностей. По существу его мнѣніе состоитъ въ томъ, что онъ признаетъ разногласіе между Папиніаномъ съ одной и Ульпіаномъ съ другой стороны, отдавая предпочтеніе послѣднему; слово же recte въ Dig. 24, 1, 23, несогласное съ этою мыслью, считаетъ вросшею въ текстъ нелѣпою глоссою. Verissimum autem esse quod dicimus, прибавляетъ онъ, manifeste apparet ex glossa Accursii, qui ad verba illa „Papinianus recte putabat“ sic notat: et male secundum quosdam. Quæ interpretatio nimium impudentis et temerarii interpretis esset, si Ulpianus Papinianum recte putasse scripsisset; sed et interpres ita notasset: Immo male, non: Et male. Quod evidens argumentum est in Accursii et veterum libris dictionem illam in textu defuisse (Coniect. II, 8, стр. 63). Эта догадка Фавра уцѣ- 1841 г. лѣла, можно сказать, до сихъ поръ, такъ какъ еще Савиньи (IV, 189 и прим. u) допускалъ на томъ же основаніи, не смотря на полное противорѣчіе всѣхъ безъ исключенія рукописей, что въ иныхъ глоссаторскихъ спискахъ могло и не хватать слова recte, и на это утвержденіе до сихъ поръ не получилъ опроверженія. Однако догадка Фавра столь же ошибочна, сколь (не спорю) остроумна[1]: вѣдь Аккурсій, какъ выше показано, приводилъ recte въ связь не съ putabat, а съ pertinere, а потому и могъ, и долженъ былъ поставить et male, а не immo male.

Собственная теорія Фавра.

Здѣсь умѣстно будетъ отмѣтить, что въ принадлежащей мнѣ рукописи Digestum vetus, упомянутой въ предисловіи, текстъ глоссы имѣетъ именно ту редакцію, которую Фавръ находилъ необходимой, — именно, читается immo male, а не et male, причемъ словечко recte изображено во всей не-

Документальное опроверженіе Фавра и Савиньи.

[1] Замѣчу, впрочемъ, что послѣднее качество не всѣми за нею признается: Abesse (Faber) voluit τὸ recte, говоритъ Бейнкерсгукъ (I, 1733 г. 167), lepida coniectura ex Accursio sumpta, ad quam si non rideas, Catone severior ipso es Miror eum simili audacia recte sive bene non mutasse in male. Насмѣшка очень забавна, но несправедлива. Зато вполнѣ правильно возраженіе, которое онъ дѣлаетъ нѣсколькими строками раньше. Фавръ, говоритъ онъ, велитъ вычеркнуть слово recte. Ну, а что, еслибъ этого слова и вовсе не было? Ideone minus auctoritatis haberet Papiniani sententia, non alio fine in Pandectas relata, quam ut valeret et censeretur auctoritate iuris?

прикосновенности. Конечно, это не исключало бы возможности вросшей въ текстъ глоссы, но въ смыслѣ мотивировки моя рукопись бьетъ идею Фавра на голову.

Перестановка трудности Фавромъ

Второе замѣчаніе Фавра, которое должно быть упомянуто, не касается ни глоссы, ни Дюарена, хотя могло бы быть выдвинуто какъ очень сильное возраженіе противъ обоихъ. Дѣло было бъ очень просто, говоритъ Фавръ, если бы текстъ Dig. 24, 1, 23 не принадлежалъ Ульпіану: dici enim posset, dissensisse Papinianum a ceteris, neque tam de conciliatione quæreretur, quam de illo, quæ sententia probabilior videretur. Sed cum Ulpianus Papiniani sententiam probat, vix aliud dici potest, quam Ulpianum variasse et Papiniani sententiam, quam prius probaverat, postea improbasse (I, 62). 1591 г.

## IV. Джентиле.

Фавръ и Джентиле.

Критика Фавра нанесла жестокій ударъ теоріи Дюарена, но не смогла убить основную мысль этой теоріи. Такъ напр Джентиле примыкаетъ къ Фавру до такой степени, что не считаетъ даже нужнымъ воспроизводить его доводы противъ Дюарена, повидимому находя ихъ достаточно исчерпывающими предметъ (450). Но въ то же время онъ со своей стороны на совершенно новыхъ основаніяхъ склоняется, хоть и не безусловно, къ мысли о двукратномъ преобразованіи. Sed de hac quidem re, говоритъ онъ, quisque ut volet: parum enim in eo momenti situm est, nisi quod ea ratione Duarenus difficillimum Papiniani responsum explicare conatus fuerit (9). Конечно, для догматическихъ цѣлей — parum momenti; но съ исторической точки зрѣнія любезное quisque ut volet совершенно недопустимо. 1604 г.

Каковы же основанія и догадки Джентиле?

Теорія Джентиле.

Я не сомнѣваюсь, начинаетъ онъ (8), что Dig. 24, 1, 32 pr. и 24, 1, 3 pr. говорятъ объ одной и той же Oratio; это ясно изъ инскрипцій данныхъ отрывковъ; но сомнительнѣе, не произнесъ ли ранѣе въ сенатѣ Северъ другую рѣчь объ этомъ предметѣ, правда, не въ томъ смыслѣ, чтобъ исцѣлялись вообще всѣ даренія, тѣмъ менѣе какія нибудь особенныя въ частности, а только въ томъ, чтобъ исцѣлялись даренія вещей, quæ a marito uxoris causa parata essent: оттого Ульпіанъ и прибавляетъ въ Dig. 24, 1, 32, 1: oratio autem imperatoris nostri ad omnes donationes inter

virum et uxorem factas pertinet. Этому не противорѣчитъ, что въ Cod. 5, 16, 10 объявляются исцѣлимыми по Oratio Severi даренія совсѣмъ другихъ вещей, чѣмъ uxoris causa paratarum, такъ какъ здѣсь Oratio Каракаллы приписана Северу: вѣдь вторая рѣчь была произнесена при жизни Севера, который никогда не отрекался отъ власти въ пользу сына. Такъ точно Юстиніанъ, Cod. 5, 3, 20, 9, называетъ своею конституцію, которая принадлежитъ его отцу согласно Cod. 5, 3, 19. Наконецъ, кромѣ другихъ примѣровъ, всѣ распоряженія дѣлались и утверждались отъ имени обоихъ, Севера и Антонина. Но зато когда, Cod. 5, 16, 3, Каракалла по поводу рабовъ, подаренныхъ женою мужу, говоритъ et ex mea et ex divi Severi patris mei constitutione confirmata est donatio, онъ повидимому говоритъ о двухъ Orationes, одной — своей, другой—своего отца: такъ императоръ Александръ несомнѣнно говоритъ о двухъ конституціяхъ въ словахъ et quæ a divo Antonino patre meo, et quæ a me rescripta sunt, Cod. 2, 1, 8, такъ какъ обѣ онѣ имѣются въ томъ же титулѣ: Cod. 2, 1, 1 и 2, 1, 5. Однако съ другой стороны, такъ какъ о рабахъ, подаренныхъ мужу женою, нельзя сказать, что они uxoris causa parati sunt, то надо думать, что Северъ коснулся и другихъ дареній, кромѣ вещей uxoris causa paratarum. Трудно, стало быть, рѣшить, была ли одна лишь Oratio, которая впрочемъ приписывалась то Северу, то Каракаллѣ, то обоимъ вмѣстѣ, или ихъ было двѣ, но цитировались онѣ за одну потому, что первая рѣчь, Севера, была включена во вторую, Каракаллы, какъ lex Julia de maritandis ordinibus въ lex Papia Poppæa, почему и говорится то о lex Julia, то о lex Papia, то о lex Julia Papia, и то же постановленіе въ одномъ мѣстѣ приписывается lex Julia, въ другомъ lex Papia: Dig. 23, 2, 23 и 23, 2, 44 и т. п. (8—9).

Шаткость теоріи Джентиле.

Такъ какъ въ концѣ концовъ Джентиле здѣсь ничего не утверждаетъ, а только сомнѣвается, то мы отложимъ покамѣсть разборъ его доводовъ, ибо ниже встрѣтимся съ ними жъ у Пухты, хотя въ менѣе ученомъ и убѣдительномъ, но зато въ болѣе рѣшительномъ изложеніи. Можно только замѣтить, что если бы Пухта зналъ разсужденія Джентиле, то едва ли опустилъ бы тѣ яркія и благодарныя аналогіи, которыми послѣдній пользуется.

1834 г.

## V. Шифордеггеръ.

Защита Фавра.

Вскорѣ послѣ Джентиле по тому же вопросу высказался пламенный нѣмецкій почитатель Фавра, написавшій цѣлые фоліанты въ истолкованіе и защиту мнѣній послѣдняго, давно забытый Шифордеггеръ. Нашему вопросу имъ посвящена 11-я глава 1-й книги Ad Antonium Fabrum. Пространно и витіевато изложенная, почти сплошь догматическаго содержанія, эта глава въ значительной степени посвящена полемикѣ противъ Джентиле, какъ противника Фавра, хотя Шифордеггеръ и отдаетъ ему должную дань похвалъ и уваженія. Между прочимъ въ qu. 8ª Шифордеггеръ касается вопроса о Dig. 24, 1, 23. Перебравъ догматическія и историческія попытки къ согласованію этого текста съ другими мѣстами дигестъ въ теоріяхъ Кора, Дюарена, Бодуэна и Тирако, Шифордеггеръ подвергаетъ самостоятельной переработкѣ теорію Фавра. Unus Faber, говоритъ онъ (стр. 83), in tantis tenebris oculos aperuisse videtur, cui, si non veritate lectionis offensus fuisset, civicam deberemus conservatæ sententiæ. Quamvis hoc gratiæ ipsi habendae sunt, quod digitum ad fontem intenderit. Non ego iturus sim, si non præcesserit ille, sed bene, secuturus. 1610 г.

Теорія Шифордеггера.

До какихъ же выводовъ дошелъ Шифордеггеръ? Papiniani sententiam Dig. 24, 1, 23 ab Ulpiano referri tantummodo, non etiam probari: вотъ его главное положеніе, въ защиту котораго онъ въ концѣ главы пространно полемизируетъ противъ отрицающихъ, чтобы въ Corpus iuris мнѣнія юристовъ могли proponi tantum narrative a iureconsultis, non etiam approbari. Кому не видно, восклицаетъ онъ, что Ульпіанъ сообщаетъ два мнѣнія Папиніана: первое касается donationes rerum, — и его Ульпіанъ одобряетъ, говоря, что Papinianus recte putabat, Orationem divi Severi ad rerum donationem pertinere; второе касается дареній promittendo, — и его Ульпіанъ только приводитъ, но не одобряетъ словами denique si stipulanti spopondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit. Еслибъ онъ одобрялъ и второе мнѣніе, то онъ или повторилъ бы выраженіе recte, или не отдѣлилъ бы его отъ перваго частицею denique, или, наконецъ, сказалъ бы не ad rerum donationem pertinere, а напр. ad rerum donationem dumtaxat pertinere. Однако ни того, ни другого,

ни третьяго предъ нами нѣтъ: placuit illi ita loqui, ut Papiniani divideret sententias, in quarum unam itum fuit, altera autem explosa. Немного далѣе, послѣ кроткихъ увѣщаній Джентиле, чтобъ онъ не боялся перемѣнить свое ложное мнѣніе, Шифордеггеръ объясняетъ и помѣщеніе въ дигестахъ отвергнутаго мнѣнія Папиніана. Quapropter, заключаетъ онъ, debito testimonio non est privandus Tribonianus, qui, Justiniano obsequens et necessarium Papiniani effectum perspiciens, hanc in Digestis posuit legem, ut doceamus aliorum sententiam Papinianeæ prævaluisse.

Такова теорія Шифордеггера. Ея содержаніе сводится къ тому, что передъ нами не разногласіе императоровъ, но разногласіе юристовъ, причемъ отвергнутое мнѣніе попало въ дигесты только въ виду великаго авторитета Папиніана, чтобы засвидѣтельствовать о неудовлетворительности его сообщаемаго взгляда. Въ настоящей главѣ не мѣсто разбирать ее подробно и она помѣщена только для полноты обзора; ограничусь поэтому краткимъ утвержденіемъ, что, будучи несогласенъ съ нею въ томъ видѣ, какъ она выражена, я считаю ее наиболѣе близкою къ истинѣ изо всѣхъ литературныхъ попытокъ раскрыть точный смыслъ загадочнаго текста. Впрочемъ, мнѣніе Шифордеггера еще встрѣтится намъ въ нѣсколько иномъ видѣ въ изложенныхъ немного ниже теоріяхъ Рихтера и Савиньи[1]. Оцѣнка этой теоріи.

1759 г.
1841 г.

## § 3. Первое возрожденіе теоріи Дюарена.

### I. Упадокъ теоріи Дюарена.

Послѣ Фавра теорія Дюарена надолго оказалась какъ бы подъ спудомъ и текстъ Dig. 24, 1, 23 согласовывали съ другими изреченіями Ульпіана при помощи догматическихъ конструкцій, весьма сложныхъ, сомнительныхъ и неубѣдительныхъ. Немудрено, что неудовлетворенные умы склонны были возвращаться къ заманчивой исторической гипотезѣ блестящаго француза и что мысль о двухъ указахъ нѣсколько разъ возрождалась въ литературѣ. Съ другой стороны, такъ какъ стать на историческую почву въ данномъ Слабости и живучесть теоріи Дюарена.

[1] Отмѣчу и здѣсь пренебрежительный и насмѣшливый, но несправедливый отзывъ Бейнкерсгука: Alias ... sententias. . sciens praetermitto. Ne quidem Schifordegherum tango, quia totum ulcus est (I, 167.)

1733 г.

случаѣ значитъ признать наличность противорѣчія въ дигестахъ, т. е. обнаружить законодательный промахъ Трибоніана, то мы a priori должны ожидать склонности къ исторической гипотезѣ со стороны исконныхъ хулителей знаменитаго византійца — интерполяціонистовъ. И точно, въ произведеніи одного изъ первыхъ представителей этого направленія, Виссенбаха, мы встрѣчаемъ возрожденіе гипотезы Дюарена ровно черезъ сто лѣтъ послѣ ея обнародованія.

### II. Виссенбахъ.

Виссенбахъ не даетъ своему положенію никакой мотивировки: онъ только слилъ мысль Дюарена съ оговоркою Бодуэна о недосмотрѣ Трибоніана. Дареніе stipulando, говоритъ онъ, morte mariti confirmatur, danda actione in heredem eius, Dig. 24, 1, 32, 1; 24, 1, 32, 23; 24, 1, 33; Cod. 5, 15, 2; Nov. 162, 2. Graviter obstat Dig. 24, 1, 23. Resp. Discrimen est constituendum inter Orationem Severi, Dig. 24, 1, 23, et Orationem Antonini (filii Severi, Cod. 5, 16, 3), quæ fuit plenior, Dig. 24, 1, 32 pr. iunct. 24, 1, 32, 1 et 24, 1, 32, 23. Rectius autem fecisset Tribonianus, si illam Papiniani annotationem expunxisset. Затѣмъ Виссенбахъ тщательными ссылками перечисляетъ прежнюю литературу (Disp. 47, § 11, стр. 484—485). Возрожденіе, такимъ образомъ, объясняется направленіемъ Виссенбаха, одного изъ первыхъ интерполяціонистовъ, склоннаго вездѣ „ловить“ emblemata Triboniani. 1653 г.

### III. Греве.

Однако, и независимо отъ направленія, оно не прошло безслѣдно. Не ссылаясь, правда, на Виссенбаха, но конечно подъ его вліяніемъ, ту же мысль повторяетъ черезъ 7 лѣтъ послѣ него другой голландскій ученый, Греве. Oratio quidem Severi, говоритъ онъ (422), ad rerum sive corporum donationes pertinebat, Dig. 24, 1, 23. Sed postea pleniore Oratione Antonini adiectum est, ut illa confirmatio ad omnes donationes porrigeretur atque donatario contra donantis defuncti heredem actio concederetur, Dig. 24, 1, 33, 1; Cod. 5, 15, 2. 1660 г.

### IV. Вутъ.

Теорія Вута.

Черезъ полвѣка послѣ Виссенбаха мы находимъ гипотезу Дюарена принятой у другого знаменитаго голландскаго 1704 г.

ученаго, у Вута въ его толкованіяхъ на дигесты. Онъ точно также признаетъ два закона, Oratio Severi и Oratio 206 года. Первый, по его мнѣнію, не касался дареній obligando et convenienter isti Orationi a Papiniano, qui sub Severo floruit, id quoque recte fuerit comprobatum, teste Ulpiano Dig. 24, 1, 23. Tamen, cum iura increscere soleant, aliud ex Oratione Antonini inductum fuit, quippe qua Oratione confirmatio extensa est ad omnes donationes inter virum et uxorem, auctore eodem Ulpiano Dig. 24, 1, 32 pr. et 1. Nec est, quod quempiam turbet, Ulpianum in Dig. 24, 1, 23 non addidisse, placitum illud Papiniani mutatum fuisse. Cum enim l. 23 desumpta sit ex Ulpiani libro 6 ad Sabinum, probabile est, eo tempore, quo hæc scripsit Ulpianus, nondum inductam fuisse mutationem, si modo consideres ab eodem Ulpiano demum in libro 33 ad Sabinum inchoari explicationem eorum, quæ Oratione Antonini mutata fuerant. Quæ et ratio est, quod Ulpianus libro 36 ad Sabinum proposuit confirmationem donationis per stipulationem factæ, Dig. 24, 1, 33, cum eius mentionem obscurius iniecisset 24, 1, 32, 1 (IV, 295—296, — замѣчу, что пагинація тутъ искажена опечатками: я цитирую въ сокращенномъ видѣ 5-ю главу комментарія Вута къ Dig. 24, 1).

Разборъ мнѣнія Вута.

Теорія Вута — сплавъ мысли Дюарена съ наблюденіями Фавра. Вутъ допускаетъ, какъ и Фавръ, Ulpianum variasse, но объясняетъ это тѣмъ, что 6-я книга ad Sabinum, гдѣ упомянуто мнѣніе Папиніана, старше 33-й книги, гдѣ излагается собственное воззрѣніе Ульпіана, относящееся, стало быть, къ какой нибудь иной Oratio Взятая сама по себѣ, эта мысль всего лучше обосновываетъ гипотезу о двухъ конституціяхъ; но, при сопоставленіи съ источниками, и она не можетъ устоять. Не говоримъ ужъ о томъ, что самый заголовокъ Dig. 24, 1, 23 сомнителенъ и признанъ сомнительнымъ еще у Лабитта въ его Usus indicis (Wieling, 119): Вутомъ совсѣмъ не выяснено, съ какой стати могли составители дигестъ включить въ свою работу отмѣненное положеніе права, внѣ всякой связи и безъ прямыхъ оговорокъ, т. е. съ усвоеніемъ ему обязательной силы. Недосмотръ съ ихъ стороны въ данномъ случаѣ совершенно невѣроятенъ: въ титулѣ, гдѣ заключается sedes materiæ, въ видѣ рѣшительнаго утвержденія, самостоятельнаго и отдѣльнаго, нельзя помѣстить по недосмотру отмѣненной нормы.

## V. Бренкманъ.

Теорія Бренкмана.

Черезъ годъ послѣ Вута, но, по всѣмъ признакамъ, независимо отъ него и во всякомъ случаѣ слабѣй и неискуснѣе, примѣнилъ тотъ же методъ къ обоснованію той же гипотезы Бренкманъ въ своемъ изслѣдованіи объ inscriptiones въ Corpus iuris. Онъ обстоятельно указываетъ на значеніе заголовковъ для исторіи права и, при ея содѣйствіи, для согласованія многихъ догматическихъ противорѣчій. Приводя примѣры послѣдняго, онъ останавливается и на Dig. 24, 1, 23. Observa, говоритъ онъ, legem hanc Papinıani esse ac proin optime cum Dig. 24, 1, 32, 1 et 24, 1, 33 pr. conciliari, si dicamus, duplicem fuisse Orationem de liberalitatibus coniugum: alteram solius Severi, quæ minus plena fuerit, et ad hanc Papinianum in Dig. 24, 1, 23 respexisse, alteram vero pleniorem Severi et Antonini, et ad eam Dig. 24, 1, 32 et 33 referendas esse Adstipulatur autem huic coniecturæ, quod, cum posterior illa Oratio prope excessum Severi in senatu habita sit per Dig. 24, 1, 32 pr, Papinianus in eam vix commentari potuisse videatur, cum proxime post mortem illius a Caracalla interemtus sit, quoniam, ut notum, prius de vita, quam de bona sententia decedere malebat (168—169). 1705 г.

Разборъ мнѣнія Бренкмана.

Какъ видите, Бренкманъ забылъ какъ разъ о заголовкѣ Dig. 24, 1, 23, гдѣ стоитъ имя Ульпіана, непримиримое съ recte въ текстѣ. Съ другой стороны, однако, онъ не примыкаетъ ни къ Дюарену, ни къ Фавру, ни къ Виссенбаху, Греве и Вуту и даже не упоминаетъ ихъ, хотя по всѣмъ примѣтамъ знаетъ Фавра (стало быть и Дюарена — по крайней мѣрѣ изъ вторыхъ рукъ), а вѣроятно и другихъ. Старая теорія, стало быть, излагается внѣ тѣснаго историческаго преемства и на новыхъ основахъ. Правда, съ методологической точки зрѣнія привлеченіе къ дѣлу заголовка — новость сравнительно съ Дюареномъ и отчасти съ Фавромъ и въ этомъ смыслѣ замѣтенъ принципіальный успѣхъ; но только въ этомъ. Свой методъ Бренкманъ примѣняетъ совсѣмъ неумѣло, а его гипотеза не выдерживаетъ ни малѣйшей провѣрки источниками: онъ точно не знаетъ года произнесенія Oratio и года смерти Папиніана[1].

[1] Эту ошибку отмѣтилъ и опровергъ уже Менкенъ, § 24, стр. 612. 1752 г.

## VI. Вестенбергъ.

1732 г. Послѣдній поборникъ Дюарена.

Въ послѣдній разъ мысль о двухъ указахъ была высказана въ Голландіи Вестенбергомъ. Онъ, какъ уже сказано въ предшествующей главѣ (см. выше, стр. 276), исходитъ изъ теоріи Гейнеке о введеніи всеобщей недѣйствительности дареній между супругами императорскимъ законодательствомъ. Даренія между супругами во время брака запрещены, говоритъ онъ (387). Et primum quidem moribus receptum, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Quod postea in ius abiit et Oratione Antonini (Caracallæ scil.) Augusti confirmatum est, cuius fragmentum exhibet Ulpianus Dig. 24, 1, 3 pr. Non tamen omnes donationes prohibentur, sed et admissa est donatio (388), si morte donatoris confirmata est: idem enim imperator Antoninus Caracalla, ante excessum divi Severi patris sui (qui etiam iam de ea re caverat, Dig. 24, 1, 23), auctor fuit senatui censendi, ut aliquid laxaret ex iuris rigore (389).

Судьба теоріи Вестенберга.

Мнѣніе Вестенберга, только воспроизводящее въ послѣдній разъ въ XVIII вѣкѣ мысль о двухъ указахъ, заслуживаетъ еще вниманія въ виду несправедливыхъ возраженій, которыя достались ему на долю. Дѣло въ томъ, что нѣсколько неловкое изложеніе, разбитое притомъ на много мелкихъ §§, могло оставить впечатлѣніе, будто Вестенбергъ признаетъ не два, но три указа: 1) Каракаллы о недѣйствительности дареній; 2) Севера о дѣйствительности; 3) Каракаллы о болѣе полной дѣйствительности. Но это
1824 г. впечатлѣніе несомнѣнно ошибочно. Между тѣмъ Гуго (791) иронически отмѣтилъ, вѣроятно по случаю послѣдняго изданія Principia iuris въ 1823 г., будто Вестенбергъ дѣлаетъ изъ Oratio 206 г. три различныхъ законодательныхъ акта Северовой династіи.

## VII. Ноодтъ.

1724 г. Единство oratio 206 г.

Послѣ почти столѣтняго возрожденія въ Голландіи теорія Дюарена тамъ же была вновь отвергнута Ноодтомъ, хотя ни въ какую полемику онъ не вступилъ, а ограничился сводомъ соображеній и доводовъ, вполнѣ удовлетворительно устанавливающихъ, что во всѣхъ текстахъ нашихъ источниковъ говорится объ одной и той же oratio Севера и Кара-

каллы, прочитанной въ сенатѣ и закрѣпленной сенатусконсультомъ (II, 398). О его воззрѣніяхъ подробно сказано ниже, стр. 469 сл., и потому здѣсь на нихъ не будемъ останавливаться.

## VIII. Гейнеке.

Полемика на почвѣ Ноодта

Полемическіе выводы изъ воззрѣній Ноодта сдѣлалъ expressis verbis Гейнеке. Haec oratio, пишетъ онъ (404—405), 1727 г.
modo Severo tribuitur, modo Antonino, modo utrique. Adeoque non diversa exstiterunt senatusconsulta Severi et Antonini, nec ipse Antoninus primum de prohibitione donationum inter coniuges, ac postea de donationibus morte donatoris confirmatis, egit, sed unum fuit senatusconsultum, quo utrumque cautum. Denique nec ab hoc senatusconsulto differt constitutio Severi Cod. 5, 16, 2.

## IX. Бейнкерсгукъ.

Бейнкерсгукъ противъ Дюарена.

Вскорѣ послѣ Гейнеке высказался и знаменитый соотечественникъ Ноодта, Бейнкерсгукъ. Его собственные взгляды 1733 г.
не подлежатъ нашему разсмотрѣнію и разбору, такъ какъ имѣютъ чисто догматическій характеръ. Онъ считаетъ истинною точку зрѣнія Папиніана въ томъ смыслѣ, что полагаетъ, Orationem non pertinere nisi ad eas donationes, quæ subsecuta traditione in donatarium transiverunt (I, 166). Прекословныя Папиніану мѣста Ульпіана онъ считаетъ сингулярнымъ правомъ, касающимся annuum, коего natura не допускаетъ традиціи (I, 167). Изложивъ свою точку зрѣнія, Бейнкерсгукъ разсматриваетъ теоріи Дюарена и Фавра. Онъ удивляется живучести первой изъ нихъ. Кого убѣдитъ Дюаренъ, спрашиваетъ онъ, будто Папиніанъ написалъ свое мнѣніе, Dig. 24, 1, 23, ранѣе, чѣмъ вторая Oratio была произнесена въ сенатѣ и утверждена сенатусконсультомъ? Извѣстно, что рѣчь Каракаллы была произнесена ранѣе кончины Севера, и вполнѣ достовѣрно, что Папиніанъ пережилъ Севера. Притомъ, какъ быть съ Ульпіаномъ, цитирующимъ и одобряющимъ мнѣніе Папиніана даже послѣ второй, какъ полагалъ Дюаренъ, Oratio? (I, 167).

Вторичный упадокъ теоріи Дюарена.

Авторитетъ Бейнкерсгука, поддержанный и Отто во 2-мъ изданіи его Папиніана (421), окончательно превозмогъ въ 1718 г.
этомъ спорѣ и теорія Дюарена вновь сочтена была сданною въ архивъ. Такъ на нее смотритъ Менкенъ (611), хотя, по 1752 г.

всѣмъ примѣтамъ, судитъ только съ голоса Гейнеке или Отто, но не Бейнкерсгука. За Менкеномъ въ отрицательномъ смыслѣ высказывается и Рихтеръ, который, въ свою очередь, какъ будто не знаетъ ни критики Фавра, ни позднѣйшихъ поборниковъ теоріи двукратнаго преобразованія. Критика эта весьма слаба; но она заслонила въ глазахъ позднѣйшихъ поколѣній предшествующую, неизмѣримо болѣе глубокую и значительную, литературу, такъ что въ настоящее время именно съ ней и приходится считаться.

1759 г.

## X. Рихтеръ.

Первое возраженіе Рихтера (27), — будто Дюаренъ самъ себѣ противорѣчитъ, ибо сперва говоритъ, что Oratio Севера была писана не о дареніяхъ между супругами, а лишь о вещахъ, uxoris causa comparatis, т. е. просто данныхъ женѣ въ пользованіе, — простое недоразумѣніе. У Дюарена я нигдѣ не нашелъ ничего подобнаго и до сихъ поръ не понимаю, чѣмъ былъ Рихтеръ введенъ въ заблужденіе.

Первое возраженіе Дюарену.

Второе возраженіе состоитъ въ томъ, что мысль Дюарена, будто Oratio Севера касалась только вещей, quæ uxoris causa comparatæ sunt, ни на чемъ не основана, ибо соотвѣтствующія слова въ Dig. 24, 1, 32, 1 подразумѣваютъ тѣ дареніе, которыя признавались дѣйствительными между супругами еще до Oratio ex benigna iureconsultorum interpretatione (27). Очевидная произвольность такого толкованія и несостоятельность возраженія не нуждаются въ доказательствахъ.

Второе возраженіе.

1604 г.

Что̀ касается ссылки Джентиле на Cod. 5, 16, 3, являвшейся до самаго недавняго времени лучшимъ аргументомъ въ пользу двухъ конституцій (см. ниже, стр. 452 и 459, разборъ теоріи Пухты), то ея Рихтеръ не понялъ, — такъ таки просто взялъ и не понялъ: argumentum, quo hanc sententiam probaret, говоритъ онъ, ne ullum quidem reperi (28). Въ итогѣ его главный доводъ, что можно обойтись безъ мысли о двухъ законахъ: но этого то онъ и не доказалъ. Надо впрочемъ замѣтить, что выписка его изъ кодекса невѣрна: вмѣсто et ex mea et ex divi Severi etc., онъ цитируетъ et ex mea et divi Severi etc. Недосмотръ этотъ былъ бы неизвинителенъ даже въ томъ случаѣ, если бы Рихтеръ пользовался какимъ нибудь изданіемъ кодекса съ такимъ разночтеніемъ (не

Cod. 5, 16, 3.

знаю, было ли такое?), — такъ какъ у Джентиле выписка вѣрна, да и самъ Рихтеръ даетъ ее вѣрно нѣсколькими строками ниже.

Два указа

Остается только прибавить, что Рихтеръ не считаетъ вполнѣ невѣроятною догадку Джентиле, по аналогіи lex Julia et Papia, что Oratio Севера вошла въ Oratio Антонина, и даже отъ себя допускаетъ другую, совершенно нелѣпую: будто Oratio Севера была подтверждена (renovata) Антониномъ (на протяженіи не болѣе 13 лѣтъ и при жизни самого Севера!), какъ senatusconsultum Macedonianum Веспасіаномъ. Впрочемъ, онъ всетаки подъ конецъ отказывается отъ теоріи Дюарена и настаиваетъ на единствѣ Oratio, пользуясь доводами Бейнкерсгука въ изложеніи Отто.

### XI. Глюкъ.

Какъ ни слабо, какъ ни поверхностно и мелко все это разсужденіе, за Рихтеромъ осталось послѣднее слово. Подъ этимъ впечатлѣніемъ Глюкъ до того расхрабрился, что 1824 г. провозгласилъ мнѣніе о двухъ законодательныхъ актахъ глупымъ, thöricht (26, 97). Съ такимъ эпитетомъ вмѣсто эпитафіи мысль Дюарена заглохла до второй четверти XIX столѣтія, если не считать упомянутой уже перепечатки Principia iuris Вестенберга въ 1823 г.

## § 4. Второе возрожденіе теоріи Дюарена.

### I. Пухта.

Послѣднее возрожденіе теоріи въ XIX вѣкѣ.

Въ эту эпоху ей суждено было дождаться послѣдняго возрожденія; но оно было недолговременно и нѣсколько капель чернилъ съ пера Пухты не оживили упыря. Можно даже сказать, что съ такими безнадежными оговорками, какъ у него, эта гипотеза еще ни разу не являлась въ литературѣ.

Dig. 24, 1, 23.

Пересматривая вопросъ о томъ, исцѣляются ли смертью 1834 г. одарившаго супружескія даренія promittendo и отвѣчая на него утвердительно, Пухта провѣряетъ всѣ доводы, приводимые въ пользу отрицательнаго отвѣта. Всѣ они, по его мнѣнію, таковы, что никто и не подумалъ бы считать ихъ доказательствами, если бы не было въ дигестахъ 23-го отрывка нашего титула.

Трудности текста.

Ту трудность, что въ немъ Ульпіанъ согласенъ съ Папиніаномъ, Пухта считаетъ не единственною.

Во-первыхъ, онъ находитъ страннымъ, что Ульпіанъ въ царствованіе Каракаллы (онъ названъ царствующимъ Dig. 24, 1, 32 pr.) принадлежащую Каракаллѣ рѣчь приписываетъ Северу: естественнѣе было бы встрѣтиться съ чѣмъ нибудь противоположнымъ, въ смыслѣ комплимента или лести. Oratio приписана Северу несомнѣнно Ульпіаномъ, такъ какъ Папиніанъ слишкомъ мало пережилъ Севера, чтобы говорить о немъ, какъ объ умершемъ. Первая трудность.

Во-вторыхъ, изложеніе отрывка носитъ явно историческій характеръ. Putabat — non putabat — эти выраженія гораздо умѣстнѣе въ отношеніи къ правилу, прежде дѣйствовавшему, а теперь отмѣненному, чѣмъ въ отношеніи къ правилу, нынѣ дѣйствующему. Вторая трудность.

Въ-третьихъ, если бы мы допустили, что Ульпіанъ здѣсь излагаетъ дѣйствующее право, то его мнѣніе противорѣчило бы не только исцѣленію дареній obligando, но и всякихъ дареній, кромѣ только rerum donationes (343); а развѣ напр. дареніе акцептиляціею, делегаціей, адстипуляціею можно считать за rerum donatio? Rei donatio есть donatio, совершаемое дачею res, вещи: а при акцептиляціи или делегаціи точно также не дается никакой вещи, какъ и при всякой другой стипуляціи. Третья трудность.

Такимъ образомъ Dig. 24, 1, 23 противорѣчитъ не только теоріи, признающей исцѣленіе дареній obligando, но и всякой другой теоріи, въ частности подлиннымъ мнѣніямъ самого Ульпіана съ его obligatio remissa и universæ donationes. Споряція стороны должны видѣть въ этомъ текстѣ общаго врага. Значеніе Dig. 24, 1, 23.

Я, заканчиваетъ Пухта, не вижу другого средства къ устраненію трудности, кромѣ какъ выяснить и доказать историческій смыслъ текста. Рѣшеніе Фавра было слишкомъ произвольно — и вотъ пришли къ мысли, что упомянутая здѣсь Oratio Severi совсѣмъ не та Oratio Antonini, о которой вообще говоритъ Ульпіанъ[1]. Глюкъ называетъ это мнѣніе глупымъ; но эпитета болѣе заслуживаютъ доводы, которыми Глюкъ расчитываетъ опровергнуть его. Согласно жъ этому предположенію, Северъ сначала ввелъ исцѣленіе въ очень Историческое объясненіе какъ единственный исходъ.

[1] Изъ этой фразы безспорно, что Пухта не справлялся съ подлинными текстами Фавра и Дюарена: въ противномъ случаѣ онъ зналъ бы, что мнѣніе Дюарена на нѣсколько десятилѣтій старше, чѣмъ мнѣніе Фавра

ограниченномъ размѣрѣ, а за четыре года до его смерти оно было по новому закону распространено на всѣ даренія (344—345).

Доказательства Пухты.

Принявъ, такимъ образомъ, мысль о двухъ законахъ, Пухта подкрѣпляетъ ее двойнымъ рядомъ доказательствъ. Первый рядъ почти весь до мелочей совпадаетъ съ доводами Джентиле, изложенными выше, стр. 440 сл., хотя Пухта, повидимому, самъ додумался до мыслей, уже высказанныхъ за 200 съ лишкомъ до того лѣтъ: если бъ онъ зналъ Джентиле, онъ не могъ бы не заимствовать у него нѣсколькихъ удачныхъ доводовъ и соображеній, съ которыми у Пухты мы не встрѣчаемся.

1. Dig. 24, 1, 32, 1 и однородные тексты.

Слова Ульпіана, что Oratio non solum ad ea pertinet, quæ nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes etc. (Dig. 24, 1, 32, 1), а также и неоднократныя подтвержденія, что по этой Oratio исцѣляются всѣ даренія, получаютъ, говоритъ Пухта, гораздо болѣе опредѣленный смыслъ, если ранѣе былъ законъ, исцѣлявшій только rerum donationes.

2 Vat. Fr. § 276.

Параллельно съ этимъ и рескриптъ Діоклетіана, Vat. Fr. § 276, ссылается на Oratio Severi при исцѣленіи даренія передачею недвижимости. И на самомъ дѣлѣ, если законодатель распространилъ исцѣленіе не на всѣ даренія, то ужъ менѣе всего могъ онъ обойти вещи, которыя были нарочно пріобрѣтены однимъ супругомъ для другого и которыя въ такихъ случаяхъ вообще принято было отказывать дестинатару въ завѣщаніи.

3 Стилистическія особенности Dig. 24, 1, 23.

Далѣе, съ принятіемъ данной гипотезы устраняются всѣ трудности нашего мѣста. Папиніанъ вѣрно говорилъ, что законъ касается только rerum donationes, что вещь должна быть пріобрѣтена и дѣйствительно передана женѣ.

4. Cod. 5, 16, 3.

Есть наконецъ и еще болѣе опредѣленное подтвержденіе. О случаѣ даренія рабовъ и другихъ вещей Каракалла говоритъ Cod. 5, 16, 3, что donatio et ex mea et ex D. Severi patris mei constitutione confirmata est: оборотъ, всего естественнѣе предполагающій два различныхъ закона (345—346).

Опроверженіе возраженій противъ

Противъ этой теоріи возражали, продолжаетъ Пухта, что Папиніанъ пережилъ Севера и стало быть зналъ Oratio Каракаллы. Въ этомъ возраженіи, правда, нуждался Дюа-

ренъ, который думалъ, будто Папиніанъ умеръ ранѣе Севера[1]; но засимъ оно требуетъ, какъ предпосылки, чтобы мы допустили, будто Папиніанъ всѣ свои произведенія написалъ въ теченіе послѣднихъ пяти лѣтъ своей жизни. Весьма вѣроятно, разумѣется, что онъ писалъ и въ эти годы, такъ что въ 12 книгѣ своихъ Responsa могъ имѣть въ виду вторую Oratio (Vat. Fr. § 294, 1), но на этомъ основаніи никто не сочтетъ невѣроятнымъ, что наибольшая часть его произведеній появилась до этихъ послѣднихъ пяти лѣтъ. Скорѣе можно было бы сослаться на Dig. 24, 1, 32 pr., какъ на доводъ противъ болѣе ранняго закона; однако и это мѣсто не вовсе исключаетъ возможность его существованія. исторической гипотезы.

Какъ бы то ни было, заключаетъ Пухта, моею цѣлью было показать, что отношеніе доводовъ за и противъ исцѣленія дареній promittendo совсѣмъ другое, чѣмъ многіе думаютъ. Ясны, опредѣленны, недвусмысленны тѣ мѣста, которыя свидѣтельствуютъ за; единственное мѣсто, свидѣтельствующее противъ, неясно и приводитъ, если придать ему рѣшающее значеніе, къ отрицанію исцѣлимости не только дареній promittendo, но и всѣхъ другихъ, кромѣ только rerum donationes. Итогъ: мы должны держаться смысла этихъ ясныхъ мѣстъ, а на Dig. 24, 1, 23 смотрѣть, какъ на загадку, въ рѣшеніи которой можетъ упражняться тотъ, кого не удовлетворяетъ затронутая выше гипотеза (346). Оговорки Пухты.

## II. Савиньи.

1841 г. Уже черезъ восемь лѣтъ противъ Пухты выступилъ Савиньи. Правда, его возраженія во многомъ только повторяютъ и развиваютъ Фавра и Шифордеггера, какъ доводы Пухты — Дюарена; но въ нихъ есть и кое что самостоятельное. Протестъ Савиньи.

Едва-ли, говоритъ Савиньи, о такомъ обособленномъ вопросѣ могли состояться два сенатскихъ постановленія въ теченіе немногихъ лѣтъ: Oratio Каракаллы относится къ 206 г., а Oratio Севера, изданная уже во время двоевластія (Vat. Fr. § 294), не можетъ быть старше 198 г. 1. Невѣроятность двухъ указовъ.

[1] На самомъ дѣлѣ Дюаренъ вовсе не думалъ такой глупости, о чемъ уже сказано выше, стр. 438 пр., по поводу критики Фавра на его мнѣнія. И это вновь свидѣтельствуетъ, что Пухта былъ незнакомъ съ подлинными словами Дюарена и только повторилъ — да и то, пожалуй, не изъ первыхъ рукъ — основанное на недоразумѣніи возраженіе противъ нихъ Фавра.

2. Отсутствіе слѣдовъ въ источникахъ.

Далѣе, въ тѣхъ немалочисленныхъ мѣстахъ, которыя сюда относятся, долженъ же былъ бы сохраниться хоть какой нибудь слѣдъ того, что было два закона: на самомъ дѣлѣ не только его не встрѣчается, но даже напротивъ, императоры и юристы совершенно произвольно и безъ оговорокъ пользуются самыми различными наименованіями, что можно было дѣлать только при наличности одного лишь соотвѣтствующаго постановленія. Въ особенности же важно вступленіе въ Dig. 24, 1, 32 pr.: здѣсь противопоставляется древній status дареній по ius civile и Oratio — „ut aliquid laxaret ex iuris rigore“. Если же здѣсь разумѣется вторая Oratio, 206 г., какъ думаетъ Пухта, то невозможно было бы считать ея особенностью смягченіе древняго права, разъ это смягченіе, хотя бъ и въ меньшей степени, было уже предпринято ранѣе (IV, 189—190).

### III. Рудорффъ.

Двѣ рѣчи, одинъ сенатусконсультъ.

Единственный защитникъ Пухты противъ Савиньи, котораго мнѣ удалось найти въ литературѣ, это Рудорффъ въ примѣчаніи 5 къ § 425 посмертныхъ Чтеній Пухты. Однако его защита, при всей категоричности тона, такъ неудачна, что вполнѣ понятенъ ея неуспѣхъ. Наличности двухъ Orationes, говоритъ Рудорффъ, нельзя отрицать, и ссылается на Cod. 5, 16, 3, принимая, конечно, чтеніе et ex mea et ex divi Severi etc. Однако изъ этого факта по его мнѣнію не вытекаетъ еще, какъ полагалъ Пухта, историческая преемственность этихъ двухъ актовъ: напротивъ, все приводитъ къ мысли о двухъ Orationes, о которыхъ состоялся одновременно одинъ единственный сенатусконсультъ. Эта гипотеза, скромно заключаетъ Рудорффъ, разрѣшаетъ затрудненія Савиньи.

Вмѣсто разбора изложенной мысли, достаточно сказать, что она держится только неправильнымъ и нынѣ отвергнутымъ чтеніемъ Cod. 5, 16, 3, — см. ниже, стр. 459.

## § 5. Несостоятельность теоріи Дюарена.

### I. Пересмотръ критиковъ Дюарена.

Побѣда Савиньи.

Послѣднее слово въ разногласіи осталось за Савиньи и это, въ связи съ его авторитетомъ, исчерпало споръ въ глазахъ господствующаго мнѣнія. При томъ вѣдь и самъ

Пухта принялъ гипотезу глоссаторовъ безъ полнаго убѣжденія въ ея правотѣ. Для него самого она была крайностью, на которую онъ рѣшился только за неимѣніемъ другого исхода. Однако монографическій характеръ настоящей работы вынуждаетъ насъ еще разъ пересмотрѣть доводы сторонъ, подвергнуть послѣдней провѣркѣ безпокойную теорію и окончательно признать ее живой или забить ей осиновый колъ.

Разберемъ сначала мнѣніе Пухты. Наиболѣе характерны въ немъ оговорки, равносильныя смертному приговору главной мысли. Онъ самъ даетъ понять, что въ гипотезѣ о двухъ законахъ не было бы надобности, если бы не догматическое разногласіе: не по хорошу, стало быть, милъ, а по милу хорошъ. Разборъ мнѣнія Пухты.

Однако, если гипотеза держится не собственной убѣдительностью, а только тѣмъ, что она нужна, то ея существованіе предрѣшается вопросомъ, нужна ли она, — т. е., точно ли нельзя безъ нея обойтись. Лично я полагаю, что можно и что гипотеза ненужна; однако, ее можно и здѣсь обезсилить критически, даже допустивъ, что она — единственный исходъ изъ затрудненія. Raison d'être исторической гипотезы.

## II. Затрудненія Пухты.

Сперва разсмотримъ тѣ три новыя трудности, которыя Пухта находитъ въ Dig. 24, 1, 23. Первая трудность вся держится предположеніемъ, что Ульпіанъ въ данномъ мѣстѣ воспроизводитъ письменный отрывокъ Папиніана или, во всякомъ случаѣ, придерживается подлинной формулировки послѣдняго; если бъ это было такъ, то все, чего не могъ сказать Папиніанъ, должно было идти отъ Ульпіана; Папиніанъ едва ли могъ назвать Севера покойнымъ, — стало быть, не могъ приписать oratio покойному Северу, — стало быть, это сдѣлано Ульпіаномъ. Спрашивается, однако, гдѣ доказательства? Слово putabat, особенно imperfectum, указываетъ, по моему, скорѣе на устный отзывъ или отзывы, чѣмъ на письменное изреченіе. Разборъ главной трудности. Ея предпосылка.

Затѣмъ, почему не могъ Папиніанъ высказать своего мнѣнія послѣ смерти Севера? Послѣ этой смерти Каракалла и Гета царствовали вмѣстѣ, — правда, не болѣе года и нѣсколькихъ дней, но зато и не менѣе 10 мѣсяцевъ 12 Разборъ первой трудности.

дней[1]: срокъ, во всякомъ случаѣ, вполнѣ достаточный не только для того, чтобы высказать или написать мнѣніе въ нѣсколько строкъ, но и для созданія нѣсколькихъ теорій и сочиненія книги въ значительное число печатныхъ листовъ: достаточно вспомнить, что Савиньи свое изслѣдованіе о владѣніи написалъ въ теченіе трехъ или четырехъ мѣсяцевъ. И если даже Папиніанъ не былъ, вопреки разсказу Діона, сразу же отставленъ послѣ смерти Севера, т. е. не пользовался полнымъ досугомъ въ послѣдній годъ своей жизни, то все же едва ли принималъ по прежнему особенно дѣятельное участіе въ дѣлахъ правленія. Притомъ, добро бъ онъ умеръ отъ старости или продолжительной болѣзни, а то вѣдь онъ былъ убитъ — по иниціативѣ ли самого Каракаллы или самихъ преторіанцевъ, въ данномъ случаѣ безразлично[2] — а слѣдовательно могъ работать до послѣднихъ часовъ своей жизни. Но и это не все: если даже Папиніанъ не могъ сказать divus Severus, то почему оба эти слова должны принадлежать Ульпіану? А что, если Папиніанъ сказалъ Severus, а Ульпіанъ, передавая его слова, прибавилъ эпитетъ divus? Если мы прочтемъ гдѣ нибудь: „Гладстонъ вѣрно толковалъ слова блаженной памяти королевы Викторіи“, то неужели мы поймемъ, будто Гладстонъ говорилъ, какъ объ умершей, о пережившей его королевѣ Викторіи? — Словомъ, какъ ни повернуть, а всетаки первая странность нашего отрывка существуетъ только въ воображеніи Пухты.

Разборъ второй трудности

То же можно сказать и о второй странности. Putabat — non putabat — имѣютъ историческій характеръ... Это вѣрно, хотя точнѣе было бы сказать „повѣствовательный“ характеръ. Однако, этимъ не предрѣшается вопросъ о томъ, чего касалось это повѣствованіе. Пухта находитъ мысль Папиніана непримѣнимою къ „дѣйствующему“ праву: когда дѣйствующему, — когда Папиніанъ думалъ, или когда Ульпіанъ передавалъ его мнѣніе? Возможно и то, и другое. Однако Пухта имѣлъ въ виду второе. Но онъ и тутъ произволенъ въ своемъ заключеніи. Изложеніе Ульпіана даетъ поводъ

[1] Prosopographia imperii romani III, 207—208. Pauly-Wissowa, Realencyklopädie II, 2, 2443 слл.

[2] Prosopographia imperii romani I, 34; Schiller, Geschichte der romischen Kaiserzeit I, 2, 741[3]; Pauly-Wissowa, Realencyklopadie II, 2, 2446.

предполагать перемѣну какъ въ законодательствѣ, такъ и во мнѣніяхъ самого Папиніана: онъ могъ позднѣй измѣнить свое мнѣніе, но не встрѣтить въ этомъ сочувствія Ульпіана (recte putabat вначалѣ, а не потомъ). А могло быть и такъ (ср. объ этомъ нѣсколько далѣе, стр 464), что Папиніанъ думалъ вѣрно, но съ нимъ спорили; а потомъ какой нибудь императорскій декретъ рѣшилъ дѣло согласно съ его мнѣніемъ. Словомъ, предположеніе Пухты не болѣе правдоподобно, чѣмъ много другихъ возможныхъ предположеній, вовсе съ нимъ не сходныхъ.

Разборъ третьей трудности.

Третья и главная странность всего менѣе достовѣрна, хотя въ ней Пухта вполнѣ послѣдователенъ и согласенъ съ общимъ мнѣніемъ. Если понимать Папиніана такъ, какъ всѣ его понимаютъ, то несомнѣнно Dig. 24, 1, 23 не допускаетъ исцѣленія никакихъ дареній, кромѣ rerum donationes. Однако дѣло въ томъ, что всѣ его понимаютъ невѣрно, слѣпо придерживаясь буквы текста, а не явнаго его смысла. Вѣдь у Папиніана (или Ульпіана) вовсе не сказано ad rerum tantum donationem [1], — сказано ad rerum donationem. А при этомъ условіи рестриктивному толкованію подлежитъ не первая, но вторая половина текста. Т. е., мы должны сказать, что по мнѣнію Папиніана не одни дарения вещей исцѣляются ex oratione divi Severi, но всѣ, кромѣ только тѣхъ, которыхъ исцѣленіе возможно лишь признаніемъ за одареннымъ иска къ наслѣднику. А вѣдь ни акцептиляція, ни делегація такого иска не требовали: онъ могъ понадобиться только при непосредственной стипуляціи между супругами. Съ этой точки зрѣнія мы скорѣе можемъ подвергнуть критикѣ выраженіе rerum donationes, какъ не совсѣмъ соотвѣтствующее буквою смыслу изреченія. Однако и такая критика была бы слишкомъ поспѣшна. Я готовъ согласиться, что выраженіе здѣсь не безусловно точно; но я, признаюсь, не знаю, какъ можно было бы сказать точнѣе. Критика здѣсь позволительна только тому, кто покажетъ, какъ долженъ былъ выразиться Папиніанъ; пока этого не сдѣлано, нельзя считать доказаннымъ, что онъ не долженъ былъ такъ выразиться, какъ выразился. Вѣдь онъ вѣрно думалъ, что Oratio относится къ вещамъ (замѣтьте, не „только къ вещамъ“, а „къ вещамъ“ просто): развѣ невѣрно, что Oratio къ нимъ относится? Затѣмъ, онъ

[1] Или, какъ сказано у Шифордеггера, rerum dumtaxat donationem.

думалъ, что Oratio не относится къ тѣмъ случаямъ, гдѣ стипуляція должна быть взыскана пережившимъ супругомъ съ наслѣдника умершаго супруга: спрашивается, развѣ изъ этого слѣдуетъ, что Папиніанъ не допускалъ исцѣленія тѣхъ дареній, которыя должны были быть взысканы помимо наслѣдника? Отнюдь нѣтъ. Предлагаю примѣръ: подаренная вещь украдена при жизни дарителя; послѣ его смерти найденъ воръ; кому принадлежитъ actio furti и виндикація, — одаренному супругу или наслѣднику? Я думаю, что по мнѣнію Папиніана — первому. Но то же надо сказать и о взысканіи одареннымъ съ делегированнаго должника (при акцептиляціи одаренному ненужно никакого иска).

Трудность, неразъясненная Пухтою.

Итакъ, тѣ странности, которыя открылъ Пухта въ Dig. 24, 1, 23, на самомъ дѣлѣ не существуютъ. Зато незамѣченной осталась у Пухты главная, дѣйствительная странность текста, которой ничуть не объясняетъ историческая гипотеза, —именно, какъ попало въ дигесты такое рѣзкое противорѣчіе.

## III. Доводы Пухты.

Разборъ доказательствъ Пухты.

Перейдемте къ соображеніямъ, которыми Пухта подкрѣпляетъ историческую гипотезу. Первый рядъ состоитъ изъ трехъ доводовъ.

1. Dig 24, 1, 32, 1 и однородные тексты.

Первый доводъ самъ по себѣ ничего не доказываетъ; онъ пригоденъ только на случай, что мы примемъ гипотезу о двухъ законахъ: тогда, дѣйствительно, многія мѣста Ульпіана пріобрѣтаютъ болѣе опредѣленный смыслъ. Однако эти мѣста и теперь не страдаютъ недостаткомъ опредѣленности: что́ же мы выигрываемъ? Только то, что при новой гипотезѣ и старые тексты порою получаютъ новый смыслъ. Фактъ безспорный, но ничего ровно не доказывающій.

2. Vat. Fr. § 276.

Что́ же касается рескрипта Діоклетіана въ Vat. Fr. § 276, то Пухта очень неудачно ссылается на него, какъ на доказательство. Вѣдь по его собственной теоріи выходитъ, что Oratio 206 г. отмѣнила первую Oratio; какъ же могъ Діоклетіанъ ссылаться на эту послѣднюю? Если же — случай маловѣроятный самъ по себѣ — Oratio 206 г. лишь дополнила, но не отмѣнила Oratio Severi, то какимъ образомъ послѣдняя не попала въ дигесты?

3. Dig. 24, 1, 23.

Второй доводъ никуда не годится потому, что историческая гипотеза, пожалуй, объясняетъ текстъ Ульпіана, но

вовсе не объясняетъ, какимъ чудомъ этотъ текстъ попалъ въ дигесты.

Всего заманчивѣе на первый взглядъ, но зато и всего слабѣе третій доводъ, — слова Каракаллы et ex mea et ex divi Severi patris mei constitutione въ Cod. 5, 16, 3. Дѣйствительно, такъ читался текстъ еще во время Пухты и въ такомъ видѣ онъ весьма благопріятенъ исторической гипотезѣ. Однако мы знаемъ, что это искаженная редакція, основанная на опискѣ, и съ 1877 года Крюгеромъ возстановлено подлинное чтеніе ex mea et divi Severi patris mei constitutione. 4. Cod. 5, 16, 3.

Второй рядъ доводовъ Пухты еще менѣе доказываетъ, чѣмъ первый, хотя входящія въ него мысли совершенно вѣрны сами по себѣ. Отмѣтимъ кстати, что послѣдняя мысль выражена слишкомъ лаконично. Несомнѣнно, Пухта признаетъ, что Dig. 24, 1, 32 pr. неблагопріятенъ мысли о двухъ законахъ; но онъ, очевидно, имѣетъ въ виду слова Cum hic status esset, quem antea rettulimus: они, дѣйствительно, не исключаютъ возможности предположить, что первая Oratio была изложена antea, тѣмъ болѣе, что и при ней оставалась надобность aliquid laxare ex iuris rigore. Разборъ опроверженій Пухты.

## IV. Савиньи.

Обращаемся къ возраженіямъ Савиньи. Дѣйствительно, трудно допустить, чтобы за промежутокъ не болѣе 8 лѣтъ понадобилось два принципіальныхъ постановленія о такомъ обособленномъ предметѣ. Добро бы за это время произошла смѣна правленій, хотя въ данномъ случаѣ и перемѣна не имѣла бы значенія, ибо Каракалла вообще продолжалъ традиціи своего отца и слѣдовалъ его принципамъ[1]: однако обѣ Orationes (если допустить, что ихъ было двѣ) были изданы еще при жизни Севера. Но зато съ другой стороны есть всѣ основанія думать, что исцѣленіе супружескихъ дареній отвѣчало дѣйствительной потребности и могло быть встрѣчено съ большимъ сочувствіемъ; а въ такомъ случаѣ — почему было не продолжить удачнаго начинанія, ради достиженія еще большей популярности? Невѣроятно ли изданіе двухъ указовъ.

Болѣе стойко второе возраженіе Савиньи: дѣйствительно, пестрота наименованій — вѣскій аргументъ въ пользу Пестрота наименованій.

[1] Schiller, Geschichte der römischen Kaiserzeit, I, 2, 742, 740.

того, что мы имѣемъ дѣло съ однимъ закономъ. Однако, оно не рѣшаетъ спора, такъ какъ именно пестроты наименованій можетъ и не оказаться, если принять, что законовъ было два, а не одинъ. Для Пухты этотъ доводъ былъ бы лишь petitio principii.

Отсутствіе слѣдовъ въ источникахъ.

Съ другой стороны, если Савиньи правъ послѣ Крюгера, то въ 1841 году онъ могъ отрицать „всякіе слѣды“ двойственности конституцій, лишь проглядѣвъ или промолчавъ ссылку на Cod. 5, 16, 3: самъ Савиньи читаетъ такъ же, какъ и Пухта, — IV, 181, прим. *c*. Прибавимъ, что и Пухта не исчерпалъ всѣхъ аргументовъ въ этомъ отношеніи въ свою пользу, о чемъ подробнѣе сказано нѣсколькими строками ниже.

Наконецъ, третье возраженіе Савиньи сводится къ недоразумѣнію: онъ просто не вникъ въ истинный смыслъ черезчуръ лаконичнаго положенія Пухты, заключающаго второй рядъ его доводовъ, который мною только что былъ выше, стр. 459, выясненъ.

## § 6. Текстъ источниковъ, однородный съ Dig. 24, 1, 23.

### I. Vat. Fr. § 267.

Заключеніе о спорѣ Пухты и Савиньи.

Изложенное, мнѣ кажется, вполнѣ обосновываетъ отрицательное отношеніе къ гипотезѣ о двукратной Oratio. Сама по себѣ она не напрашивается, понадобилась же ученымъ только въ виду неумѣнія согласовать Dig. 24, 1, 23 съ прочими текстами.

„Новый фактъ“.

Не скрою однакоже, что Пухта не досмотрѣлъ одного текста, который могъ бы съ большимъ внѣшнимъ правдоподобіемъ обратить въ свою пользу. Этотъ никѣмъ до сихъ поръ еще не использованный текстъ — Vat. Fr. § 267:

Vat. Fr § 267

Impp. Severus et Antoninus Augg. Cosoniae Hilarae. Actio nova ex promissione, quæ donationis causa facta sit, dari non solet. Proposita prid. Kal. Jan. Romæ Antonino II conss.

Данный рескриптъ остается до сихъ поръ загадкою. Не будучи въ состояніи растолковать его, ученые пробовали считать текстъ испорченнымъ.

## II. Конъектуры Венка, Гассе и Бухгольца.

1825 г. Венкъ (стр. LIII) предлагалъ читать professione вмѣсто promissione, думая, что въ § 267 идетъ рѣчь объ ad acta publica professio, но и онъ предлагалъ неувѣренно, болѣе въ надеждѣ, что это поможетъ кому нибудь другому понять трудный текстъ, чѣмъ самъ будучи въ состояніи растолковать его при помощи своей поправки. Разночтеніе Венка

1827 г. Гассе, напротивъ, оставлялъ promissione, но зато читалъ actio nuda вмѣсто nova, полагая, что въ § 267 идетъ рѣчь о нарушеніяхъ l. Cincia. Поправка совершенно произвольная и насильственная; но она ничто въ сравненіи съ тѣмъ диковиннымъ разсужденіемъ, которое сопровождаетъ. Если maximum l. Cinciæ былъ превышенъ, говоритъ Гассе (L. C. 194 и прим. 11), то стипуляція не имѣла силы, такъ какъ противъ нея давалась excepti perpetua. Кажется даже, что, въ виду всеобщности и силы эксцепціи, вовсе не давалось никакой actio, коль скоро отвѣтчикъ дѣлалъ передъ преторомъ соотвѣтствующее возраженіе, и тогда рѣшеніе касалось только суммы даренія: по крайней мѣрѣ этимъ должно было ограничиваться дѣло, если читать actio nuda вмѣсто nova въ Vat. Fr. § 267. Изъ этого еще не слѣдовало бы, что обязательство недѣйствительно ipso iure: только въ искѣ отказывалось, такъ какъ напередъ было ясно, что безполезно его давать въ виду эксцепціи, т. е. обременять судью тяжбою. Разночтеніе Гассе.

Не думаю, чтобы читатели ждали отъ меня разбора этой чепухи: я привелъ мнѣніе Гассе только для того, чтобы показать, въ какія дебри забирались ученые въ тщетныхъ попыткахъ сладить съ мудренымъ рескриптомъ.

1828 г. Бухгольцу принадлежитъ послѣднее толкованіе, но и оно снабжено 1) чтеніемъ expromissione вмѣсто ex promissione (недопустимымъ грамматически) и 2) оговоркой о его собственной неувѣренности: argumentum huius rescripti hocce esse v i d e t u r. Все его пониманіе сложилось, повидимому, на выраженіи actio nova. Mulier donandi animo pro aliquo expromisit seu intercessit, говоритъ онъ въ своемъ комментаріи къ нашему тексту. Postea vero, cum creditor eam, ut solveret, interpellasset, ad senatusconsultum Velleianum confugere voluit. Hoc beneficium ei competere rescri- Разночтеніе и толкованіе Бухгольца.

bunt imperatores nec adversum eam creditori novam actionem dari, sed pristinam actionem in debitorem creditori restitui. Сомнительно, чтобы такое толкованіе могло „показаться“ вѣрнымъ кому нибудь, кромѣ самого автора. Чтеніе expromissione безусловно невозможно, a causa intercessionis была совершенно безразлична для senatusconsultum Velleianum. Если бы требовалось подчеркнуть именно это послѣднее обстоятельство, то какъ могъ бы рескриптъ умолчать о senatusconsultum — наприм. Actio nova. . . facta sit, c o n t r a s e n a t u s c o n s u l t u m dari non solet? Въ сущности Бухгольтца навело на мысль о senatusconsultum Velleianum выраженіе actio nova Dig. 16, 1, 13, 1. Но Гай пользуется тамъ этимъ выраженіемъ при совершенно другихъ условіяхъ: онъ говоритъ, что senatusconsultum не примѣняется тогда, когда женщина хоть и поручилась по обезпеченному залогомъ обязательству, но въ сущности rem suam gerens; однако и въ этомъ случаѣ обязанность поручительницы платить не уничтожаетъ до самой уплаты залогового права кредитора и онъ сохраняетъ utilem Servianam, не нуждаясь въ nova actio. Скажите на милость, что̀ тутъ общаго съ actio nova нашего рескрипта?

### III. Защита текста.

Толкованіе Vat. Fr. § 267.

Первое правило толкованія — не пренебрегать ни однимъ словомъ труднаго текста и не дополнять его никакими подразумѣваемыми оговорками или подробностями, поскольку то или другое само не является логически доказанною необходимостью. Слѣдуя этому правилу, мы должны считать, что текстъ § 267-го вполнѣ исчерпываетъ его содержаніе и что всѣ выраженія въ немъ существенно необходимы. При этихъ условіяхъ, о какой же donatio, какой promissio, какой actio здѣсь идетъ рѣчь? Вѣдь очевидно не о томъ, что nuda promissio actionem non parit: слово n o v a имѣло бы при этихъ условіяхъ оттѣнокъ игривой насмѣшливости, болѣе чѣмъ неидущей къ gravitas императорскихъ постановленій. Nova actio здѣсь надо понимать буквально: новый искъ, т. е. основанный на какомъ нибудь новомъ законѣ. Правда, Бухгольтцъ ссылался на то, что терминъ actio nova встрѣчается въ дигестахъ только два

раза и оба раза не имѣетъ этого смысла. Но я сошлюсь на то, что дигесты знаютъ выраженіе actio antiqua для иска, основаннаго на XII таблицахъ (Dig. 6, 1, 23, 3), и novæ hereditates, vel ex lege vel ex senatusconsultis delatæ, которымъ противопоставляется vetus hereditas, quæ lege XII tabularum defertur, Dig. 38, 17, 1, 8. Такъ точно можно было сказать actio nova о такомъ искѣ, котораго vetus ius не знало, но который казался (dari non solet) вытекающимъ изъ какого нибудь новаго закона. Итакъ, Косонніи казалось, что у ней есть новый искъ для даренія promittendo, неизвѣстный прежде; императоры ей отвѣтили, что этотъ искъ dari non solet. Можно ли сомнѣваться при этихъ условіяхъ относительно истиннаго значенія рескрипта? Онъ имѣетъ въ виду дареніе promittendo между супругами и рѣшаетъ вопросъ о немъ въ полномъ согласіи съ Папиніаномъ въ Dig. 24, 1, 23. Наша Косоннія очевидно вдова, желавшая взыскать съ наслѣдниковъ мужа по дарственной стипуляціи, исцѣленной, по ея мнѣнію, смертью мужа благодаря реформѣ древняго права. Actio была бы nova потому, что тутъ veteri iuri non staretur; эта actio dari non solet, — т. е. отказъ былъ уже не первымъ, былъ уже скрѣпленъ предшествующею практикою

## IV. Субскрипція.

Загадочность субскрипціи.

Принявъ это толкованіе, — а оно единственное возможное, — взглянемъ на субскрипцію: она гласитъ Antonino II conss. Который это годъ? 205-й Къ какому году относится наша Oratio? Къ 206-му. Вопросъ, повидимому, рѣшенъ: Oratio 206 г. была не единственной, ибо законъ 206 года нельзя толковать, со ссылкою на прежнюю практику, въ 205 году. Повидимому — да; но эта видимость обманчива.

Пробѣлъ въ субскрипціи.

Дѣло въ томъ, что субскрипція дошла до насъ въ сокращенномъ видѣ: изъ двухъ консуловъ названъ только одинъ. Согласно заголовку, рескриптъ не можетъ быть позже смерти Севера, т. е. 211 года. При жизни отца Каракалла былъ консуломъ 3 раза: въ 202, 205 и 208 году, въ первый разъ съ отцомъ, а во второй и въ третій — съ братомъ, причемъ въ 205 г. Гета былъ консуломъ впервые,

а въ 208 г. вторично. По совершенно правильной догадкѣ Моммсена, въ субскрипціи вычеркнуто имя Геты оттого, что въ эпоху составленія Vaticana Fragmenta была еще въ силѣ damnatio memoriæ Геты. Что оно только вычеркнуто, безъ какихъ либо передѣлокъ въ субскрипціи, т. е. довольно небрежно, это ясно изъ уцѣлѣвшаго множественнаго числа conss. вмѣсто cons. При этихъ условіяхъ намъ и оставалось бы принять рескриптъ, какъ до сихъ поръ всѣми и дѣлалось, относящимся къ 205 г., т. е. ко второму консульству Каракаллы и первому Геты, если бы въ рукописи пробѣлъ не раздѣлялъ имя Антонина и цифру II. На самомъ дѣлѣ наблюдается обратное: имя и цифра раздѣлены пробѣломъ. Единственное заключеніе, на которое мы имѣемъ поэтому право, будетъ то, что цифра II принадлежала не къ имени Каракаллы, но къ вычеркнутому имени Геты, и что, стало быть, рескриптъ относится къ 208 году. Полная субскрипція, слѣдовательно, гласила: Antonino III Geta II conss. При этихъ условіяхъ ясно, что actio nova dari non solebat на основаніи Oratio 206 года и мысль о двухъ законахъ должна быть окончательно сдана въ архивъ. Зато recte въ Dig. 24, 1, 23 получаетъ неопровержимое удостовѣреніе и старая контроверза обостряется съ небывалою силою.

## § 7. Историческое изученіе Oratio 206 г. въ литературѣ.

Обзоръ литературы.

Теперь мы расчистили почву для разрѣшенія нашей задачи и можемъ приступить къ историческому изученію Oratio 206 года. Какъ и въ предшествующихъ отдѣлахъ, начнемъ съ обзора того, что до сихъ поръ уже сдѣлано въ наукѣ по данному вопросу, тѣмъ болѣе, что нашъ обзоръ окажется непродолжителенъ.

### I. Ривайль.

Honoris causa nominatio.

Honoris causa можно начать его съ указанія на то, что Oratio 206 г., вѣрнѣе выписка изъ Ульпіана Dig. 24, 1, 32 pr., приведена ужъ у перваго историка римскаго права, Эмара дю Ривайля (207). Но у него только голая выписка изъ Ульпіана. 1515 г.

## II. Бодуэнъ.

Отрывочность его замѣчаній.

Если не считать теорій двукратной реформы, Бодуэнъ былъ первымъ, сдѣлавшимъ нѣсколько историческихъ замѣчаній объ Oratio 206 г. Къ несчастію, эти отрывочныя замѣчанія были разбросаны въ различныхъ его произведеніяхъ, рано ставшихъ рѣдкостью и не переизданныхъ почти въ теченіе 200 лѣтъ, а потому остались мертвымъ капиталомъ науки, можно сказать, до той минуты, какъ пишутся настоящія строки. Между тѣмъ эти замѣчанія несравненно значительнѣй и содержательнѣе, чѣмъ многое, за ними послѣдовавшее, такъ что и до сихъ поръ не утратили значенія[1]. Особенно характерно то, что Бодуэнъ вообще былъ сознательнымъ поборникомъ историческаго метода въ изученіи права, какъ свидѣтельствуетъ его спеціальная рѣчь по этому предмету и нерѣдкія въ его работахъ отдѣльныя оговорки.

Теорія Бодуэна.

1560 г. Выше, стр. 436, мы указали на его согласіе съ Дюареномъ; однако это согласіе не помѣшало ему черезъ годъ пойти нѣ-
1561 г. сколько далѣе. Въ біографіи Папиніана онъ его вліянію на Севера приписываетъ, между прочимъ, и самое изданіе Oratio 206 г., хотя не вдается въ доказательства, требующія, по его мнѣнію, цѣлой особой монографіи (926—927). Тамъ же, говоря о Британской войнѣ и ея трудностяхъ, Бодуэнъ отмѣчаетъ, что Северъ не прерывалъ и законодательной дѣятельности за всѣ три года своего пребыванія въ Британніи. И вотъ тутъ то Dig. 24, 1, 32 pr. и даетъ ему матеріалъ для предположенія, что Северъ, вопреки показаніямъ историковъ, провелъ въ Британіи болѣе трехъ лѣтъ. Такъ какъ исторія и имена консуловъ доказываютъ, что Oratio была произнесена за пять лѣтъ до смерти Севера, говоритъ онъ (930), то я толкую слово excessus въ смыслѣ отправленія въ Британнію[2].

[1] Ср. согласную съ этими словами характеристику произведенія Бодуэна у Косты, Papiniano I, 4, пр. 6.

[2] Бодуэнъ не досказываетъ своей мысли, но она вполнѣ ясна: онъ не признаетъ словъ ante excessum обозначающими смерть Севера, ибо, приведя точную дату Oratio, поясняетъ ее хронологически неопредѣленнымъ указаніемъ на событіе, отдѣленное 5-лѣтнимъ промежуткомъ времени, не имѣло бы никакого рѣшительно смысла. Отсюда Бодуэнъ и заключаетъ, что excessus обозначаетъ здѣсь не „кончину“, какъ толковали еще глоссаторы, но что̀ нибудь другое. Отсюда и выводъ. Мы здѣсь его не разбираемъ, такъ какъ удобнѣе сдѣлать это немного ниже, — ср. также стр. 485—486.

## III. Джентиле.

Послѣ Бодуэна, вовсе его, кажется, не зная, Джентиле собралъ небольшой историческій матеріалъ, надѣлавъ грубыхъ хронологическихъ ошибокъ и предложивъ нѣсколько очень слабыхъ гипотезъ. 1604 г.

Пестрота наименованій.

Достовѣрно, говоритъ онъ (9—10), что эта рѣчь была произнесена императоромъ въ сенатѣ и, по обычаю, утверждена сенатомъ, почему и называется сенатусконсультомъ и decretum senatus, Dig. 24, 1, 32, 24 и 33, 4, 1, 3.

„Ante excessum“

Затѣмъ, въ другомъ мѣстѣ (314 слл.), выписавъ Dig. 24, 1, 32 pr., онъ продолжаетъ: слова ante excessum patris sui обозначаютъ послѣднее время жизни Севера, когда онъ, вѣроятно, велъ войну въ Британніи, гдѣ и умеръ. Сомнительно въ данномъ случаѣ то, что Антонинъ былъ вмѣстѣ съ отцомъ на войнѣ, а между тѣмъ Ульпіанъ говоритъ, что онъ то и держалъ эту рѣчь въ сенатѣ. Впрочемъ, возможно думать, что Антонинъ это сдѣлалъ черезъ чье нибудь посредство, напр. черезъ квестора или кандидата, отдавъ приказаніе въ Британніи, подобно тому, какъ въ ней и другихъ заморскихъ областяхъ были писаны и другія конституціи: такъ что этой конституціи мы можемъ дать названіе „Заморской“[1]. Къ этой догадкѣ Джентиле присоединяетъ съ блестящею литературною начитанностью составленное толкованіе къ выраженію excessus въ смыслѣ „кончины“ (315 слл.).

„Смягченіе“ древняго права.

Немного дальше (320 сл.) онъ отмѣчаетъ, что императорское законодательство вообще было склонно преобразовывать слишкомъ утонченное ius civile въ духѣ естественной справедливости, взывая для этого даже къ XII таблицамъ. Такъ и къ Северу и Антонину Тертулліанъ обращается въ своей Апологіи: Nonne et vos quotidie experimentis illuminantibus tenebras antiquitatis totam illam veterem et squalentem silvam legum novis principalium rescriptorum et edictorum securibus truncatis et cæditis? Nonne vanissimas Papias leges, — et quae sequuntur, прибавляетъ Джентиле[2]. Въ этомъ то

[1] То же самое, но болѣе приподнятымъ слогомъ, Джентиле излагаетъ въ посвященіи своей книги королю Іакову англійскому; только тамъ онъ вмѣсто Заморской называетъ конституцію Британскою.

[2] Онъ очень не кстати прервалъ выписку на этомъ мѣстѣ. Дальше

смыслѣ и говоритъ Ульпіанъ, что Антонинъ возбудилъ въ сенатѣ вопросъ, ut aliquid laxaret de iuris rigore, т. е. древнихъ правилъ о супружескихъ дареніяхъ (321), хотя Каракалла не отмѣнилъ и не осудилъ древнѣйшаго и полезнѣйшаго запрещенія этихъ дареній, а только смягчилъ его (323), и не безъ важнаго основанія (322), выраженнаго въ Dig. 24, 1, 32, 2.

Критика мнѣнія. Джентиле.

Вотъ все, что̀ можно собрать у Джентиле. Первый рядъ его замѣчаній — лишь пересказъ Ульпіана; зато второй — наивный домыселъ, основанный на пренебреженіи хронологическимъ указаніемъ, — именами консуловъ. Oratio была произнесена въ 206 г., а Северъ со своимъ семействомъ отправился въ Британнію въ 208 г.[1]. Замѣчу здѣсь же, чтобы къ этому болѣе не возвращаться, что въ XVII в. немного колебались, относить ли Oratio къ 206 или къ 205 году; но эти сомнѣнія были неизвѣстны Джентиле, а въ наше время уже вполѣ устранены [2]. Наконецъ, третій рядъ замѣчаній Джентиле содержитъ самостоятельно подобранный и цѣнный историческій матеріалъ, который намъ еще пригодится въ дальнѣйшемъ.

## IV. Ретесъ.

1664 г.

Реституція Oratio 206 г.

Дополненіемъ къ Джентиле можетъ отчасти служить ссылающійся на него Ретесъ (690). Онъ ничего не возражаетъ Джентиле, но изъ отнесенія (689) Oratio къ 955 г. отъ о. г. со ссылкою на fastographi ясно, что онъ не можетъ принять гипотезы о британскомъ ея происхожденіи. Затѣмъ онъ дѣлаетъ первую послѣ Одофреда попытку возстановить, насколько можно, текстъ, вѣрнѣе — планъ рѣчи, на основаніи отрывковъ Ульпіана въ нашемъ титулѣ дигестъ. Ретесъ начинаетъ съ его словъ Cum hic status esset donationum inter virum et uxorem, quem antea rettulimus. Такъ какъ antea, въ 32-й книгѣ ad Sabinum, Dig. 24, 1,

идетъ: quæ ante liberos suscipi coguut, quam Juliæ matrimonium contrahi, post tantæ auctoritatis senectutem heri Severus, constantissimus principum, exclusit? (Tert. Apol. c. 4).

[1] Schiller, Geschichte der römischen Kaiserzeit, I, 2, 724. Pauly-Wissowa, Realencyclopädie, II, 2, 2443.

[2] Опроверженія Джентиле по этому вопросу были даны Рихтеромъ (32) правильно по существу, но съ весьма неудовлетворительными доказательствами и собственными ошибками. По поводу датированія Oratio 955 годомъ отъ о. г., т. е. 202 г. по Р. Х., сейчасъ будетъ сказано. 1759 г.

3 pr., Ульпіанъ rettulerat часть нашей Oratio, одобряющую rationes prohibitionis, то онъ предполагаетъ — suspicor, Antoninum prius stabilisse veterem interdictionem, postea auctorem fuisse, ut aliquid relaxaretur de illius iuris rigore, more recepto in novis constitutionibus, quæ vetus ius recoquebant ut de illo aliquid immutarent vel derogarent. Затѣмъ, на основаніи Dig. 24, 1, 32, Ретесъ возстановляетъ планъ Oratio. Первая часть ея дозволяетъ раскаяваться и отбирать обратно подаренное. Сюда относятся слова fas est eum, qui donavit, pœnitere, Dig 24, 1, 32, 2. Вторая часть ограничиваетъ это дозволеніе случаями обогащенія одареннаго: отъ этой части уцѣлѣло только слово consumpsisse Dig. 24, 1, 32, 9. Третья часть вводитъ исцѣленіе дареній смертью дарителя, если воля его оставалась неизмѣнною до конца: сюда принадлежатъ слова durum et avarum esse etc. Dig. 24, 1, 32, 2. Четвертая часть не допускаетъ исцѣленія, si prior vita decesserit, qui donatum accepерit, и тогда вступаетъ въ силу порядокъ вещей, бывшій до Oratio: на эту часть указываетъ Dig. 24, 1, 32, 14 (689—690).

Критика взглядовъ Ретеса

О попыткѣ Ретеса возстановить Oratio или ея планъ не стоитъ распространяться: тутъ нельзя признать никакой заслуги, какъ выяснится само собою немного далѣе; что же касается первой половины его замѣчаній, то мнѣ не удалось прослѣдить, откуда заимствовалъ Ретесъ свое странное хронологическое указаніе. О немъ, какъ о неудачномъ, упоминаетъ Менкенъ, 610. Любопытно, что оно всплываетъ еще во второй половинѣ XIX вѣка у Зейффферта (124, ср. прим. 7), едва ли не отъ Ретеса, тоже получившаго это свѣдѣніе, быть можетъ, черезъ вторыя или третьи руки. 1752 г. 1868 г.

## V. Отто.

Критика Джентиле.

Нѣкоторые промахи Джентиле исправилъ также и Отто въ своемъ Папиніанѣ, полемизируя противъ теоріи Дюарена. Извѣстно, говоритъ онъ (419—420), что была лишь одна Oratio, которая приписывается то Северу, то Антонину, то обоимъ, такъ какъ оба они въ 958 г. внесли въ сенатъ предложеніе, ut aliquid de iuris rigore laxaret. Ульпіанъ же приписалъ ее одному Каракаллѣ или потому, что Каракалла одинъ царствовалъ, когда Ульпіанъ писалъ книги ad Sabi- 1718 г.

num, или потому, что онъ одинъ говорилъ въ сенатѣ по причинѣ отсутствія или нездоровья отца. Окончательно выясняетъ дѣло прибавка ante excessum divi Severi patris sui: Северъ умеръ черезъ пять лѣтъ послѣ Oratio въ 963 г. отъ о. г. въ Британніи, давъ оттуда незадолго до того рескриптъ Cod. 3, 32, 1. Джентиле въ своихъ разсужденіяхъ о „Заморской“ конституціи совсѣмъ упустилъ изъ виду, что тутъ былъ такой значительный промежутокъ времени. Гораздо вѣроятнѣе, чѣмъ его предположенія, принять, что самъ Каракалла держалъ рѣчь въ сенатѣ или приказалъ другому ее прочесть, въ отсутствіе отца по случаю войны или болѣзни ногъ. Однако это не могло помѣшать ей называться Oratio Severi, такъ какъ по власти онъ былъ первымъ, а Каракалла, какъ сынъ, только вторымъ. Притомъ извѣстно, что въ царствованіе нѣсколькихъ императоровъ, даже послѣ раздѣла имперіи, законы и мандаты вносились и публиковались отъ ихъ общаго имени, хотя бы шли отъ одного только изъ нихъ.

## VI. Ноодтъ.

**1724 г.** Наконецъ, послѣ Отто, Ноодту удалось кое въ чемъ подвинуть впередъ историческое изученіе Oratio, хотя задачи его были главнымъ образомъ догматическаго свойства.

Пестрота наименованій.

Именно, онъ обстоятельно выяснилъ причины кажущейся пестроты въ наименованіяхъ этого законодательнаго акта. Oratio, говоритъ онъ, то приписывается Антонину (Dig. 24, 1, 3 pr. и 24, 1, 32 pr.), то Северу (Dig. 24, 1, 23 и Cod. 5, 16, 10), то обоимъ (Cod. 5, 16, 3; въ настоящее время можно прибавить ссылку на Vat Fr. § 294, 2): она же называется constitutio въ Cod. 5, 16, 3, senatus decretum Dig. 24, 1, 32, 24 и senatusconsultum Dig. 33, 4, 1, 3, наряду съ обычнымъ Oratio. Второе разнообразіе вполнѣ понятно, ибо императорскія orationes обыкновенно подтверждались, какъ извѣстно, постановленіемъ (decretum) сената; а изъ Dig. 24, 1, 32 pr. вытекаетъ, что это въ данномъ случаѣ произошло въ личномъ присутствіи Каракаллы. Первое же объясняется отъ имени обоихъ, ибо достаточно извѣстно, patrem, quamdiu vixit, de principatu nunquam abdicasse, licet hunc cum filio communicaverit (II, 398). Въ доказательство Ноодтъ приводитъ обильныя аналогіи: императорское посланіе къ

Фабію Хилону приписывается Северу Dig. 1, 12, 1 pr. и § 4 и 48, 22, 6, 1[1], а между тѣмъ принадлежало Северу и Антонину, Dig. 32, 1, 4[2]; инскрипція Cod. 6, 54, 2, гласитъ: divus Marcus Stratonicæ, а изъ Cod. 7, 54, 7 ясно, что это былъ рескриптъ Марка и Коммода (II, 33—34); наоборотъ, принадлежащая согласно инскрипціи Dig. 23, 2, 60 Марку и Коммоду Oratio приписывается одному Марку Dig 23, 2, 67, 3 (II, 387).

Анахронизмы въ изложеніи Ноодта

Наряду съ этою заслугою Ноодтъ, однако же, допустилъ въ своемъ изложеніи цѣлый рядъ грубѣйшихъ историческихъ неловкостей, разоблаченіе которыхъ дало впослѣдствіи обильную пищу тѣмъ насѣкомымъ науки, которыя живутъ только недосмотрами и промахами крупныхъ умовъ и нерѣдко только благодаря этой пищѣ двигаютъ науку впередъ. Именно, Ноодтъ всѣ отрывки нашего титула пріурочилъ въ своемъ толкованіи къ объясненію Oratio, даже отрывки, взятые изъ Юліана, Помпонія, Гая, т. е. авторовъ, умершихъ задолго до Севера и Каракаллы. Эти неловкости уже Конради въ его Парергахъ дали поводъ замѣтить, что tota enarratio huius tituli, quam Noodtius dedit, diligentem retractationem desiderat (292), а Менкенъ, благодаря имъ, додумался и до хронологической классификаціи юристовъ нашего титула, о чемъ упомянуто въ предшествующей главѣ, стр. 291 и 298. Наконецъ, пространная полемика съ Ноодтомъ составляетъ одну изъ главныхъ задачъ диссертаціи Рихтера, къ которой мы и обратимся.

1727 г.

1752 г.

## § 8. Рихтеръ и его монографія объ Oratio 206 года.

### I. Общая оцѣнка диссертаціи Рихтера.

Рихтеръ и его монографія.

Въ этой диссертаціи, получившей особенную извѣстность и переписанной почти во всѣхъ, за нею послѣдовав-

1759 г.

[1] Можно еще прибавить Dig. 48, 19, 8, 5, а можетъ быть и Dig. 1, 12, 1, §§ 8 и 14. Ср. Haenel, Corpus legum etc. II, 139 b наверху.

[2] Въ свою очередь этотъ текстъ Генель обособляетъ отъ предшествующихъ, — см. Corpus legum, II, 145 b наверху, — но не знаю, основательно ли. Съ другой стороны Рихтера (31—32) ввела въ заблужденіе навѣрно прочитанная цитата (вмѣсто l. 1 § 4 de legat. lib. 3, т. е. Dig. 30, 1, 4, онъ прочелъ l. 4 § 1 de legationib., т. е. Dig. 50, 7, 4, 1) и онъ пространно излагалъ свое сомнѣніе въ основательности сближенія, сдѣланнаго, будто бы, Ноодтомъ.

шихъ, Рихтеръ впервые занялся въ полномъ объемѣ вопросомъ объ историческихъ судьбахъ Oratio 206 г. Въ значительной части его работа лишь разборъ толкованій Ноодта, во многомъ вполнѣ справедливый, но для насъ въ данномъ случаѣ вовсе не интересный. Въ еще болѣе значительной части она лишь компиляція по Джентиле и Ноодту, съ немногочисленными заимствованіями изъ другихъ источниковъ. Рѣдкими и небольшими крупинками разбросаны его собственныя, большею частью до-нельзя слабыя, замѣчанія. Такимъ образомъ, за нимъ остается лишь та заслуга, что онъ впервые занялся спеціально нашей Oratio, скомпилировалъ кое-какой матеріалъ для ея исторіи и попытался возстановить ея текстъ. Въ послѣднемъ онъ не имѣлъ, кромѣ Одофреда (см. ниже, стр. 489) и Ретеса (см. выше, стр. 468), предшественниковъ, но зато и послѣдователей, кромѣ Глюкка, передѣлавшаго, впрочемъ, его слабую попытку значительно къ худшему. Къ сказанному остается только прибавить, что въ немногихъ мѣстахъ, гдѣ Рихтеръ пробуетъ быть самостоятельнымъ, онъ нерѣдко ломится въ открытыя двери, доказывая, наприм., на цѣлыхъ 2 страницахъ (24—26), что подъ Антониномъ, произнесшимъ нашу Oratio, слѣдуетъ подразумѣвать не иного кого, какъ Каракаллу, хоть это и ясно само собой и ни въ комъ никогда не возбуждало никакихъ сомнѣній. Полагаемъ, что теперь читателямъ вполнѣ ясна цѣнность его диссертаціи. И тѣмъ не менѣе промолчать о ней невозможно, такъ какъ эта жиденькая тетрадочка до того пришлась по вкусу нѣмецкой публикѣ, что заслонила въ ея глазахъ почти всю прежнюю литературу и чуть не до нашихъ дней осталась послѣднимъ словомъ науки по
1824 г. вопросу объ Oratio: Глюккъ компилируетъ свое изложеніе почти исключительно по Рихтеру, а дальше Глюкка XIX-й вѣкъ по вопросу объ Oratio и не оглядывался на прежнюю литературу. Такимъ образомъ, желая подвести итогъ, естественнѣй остановиться на Рихтерѣ, чѣмъ на его компиляторѣ Глюккѣ.

Историческіе матеріалы Рихтера.

Первые шесть параграфовъ Рихтеръ посвящаетъ историческому обзору права до Oratio и только съ седьмого, растянуто и многословно, берется за свою тему, начиная разборомъ Dig. 24, 1, 32 pr. и толкованіемъ словъ antea, excessus (по Джентиле), iuris rigor (по Ноодту) и особенно

aliquid laxaret. Смыслъ его пространнаго разсужденія тотъ, что послѣднія слова вовсе не значатъ, будто съ Oratio началось отступленіе отъ безусловной недѣйствительности супружескихъ дареній: напротивъ, отступленія начались гораздо раньше; но разумѣется объ исцѣленіи дареній ipso iure смертью дарителя до Oratio не могло быть и рѣчи, такъ что въ этомъ смыслѣ iuris rigor несомнѣнно былъ ею laxatus (22—24). Затѣмъ доказывается, что Antoninus обозначаетъ въ устахъ Ульпіана Каракаллу (24—26), и по поводу того, что Oratio приписана Dig. 24, 1, 3 pr. и 24, 1, 32 pr. Антонину, а Dig. 24, 1, 23 и Cod. 5, 16, 10 Северу, даются возраженія противъ теоріи Дюарена и доводовъ Джентиле въ пользу двукратной Oratio (26—28). О томъ и о другомъ уже сказано выше, стр. 449 и 471. Что же касается самаго разнорѣчія, то Рихтеръ для его согласованія почти буквально выписываетъ Отто и Ноодта, разбавляя только свою выписку проявленіями студенческой учености, — совершенно излишними анекдотами по Элію Спартіану, Светонію и Діону Кассію, — и возражаетъ въ заключеніе противъ догадки Джентиле о „Заморской“ Oratio (29—32). „Доказавъ“ затѣмъ ссылкою на Панвини, что Oratio относится къ 959 г. отъ о. г. (но затративъ на это почти двѣ страницы, 32—34), Рихтеръ по Ноодту объясняетъ различіе наименованій Oratio, Senatusconsultum и. т. д., и компилятивно по разнымъ учебникамъ, преимущественно по Гейнеке, дополняетъ свой источникъ объясненіемъ, что, начиная съ Тиверія, сенатъ занялъ мѣсто народныхъ собраній, хотя съ утратою своего республиканскаго значенія: чего не одобрялъ императоръ, не имѣло никакой силы, а сенатъ ничего не могъ постановить иначе, какъ на основаніи рѣчи или посланія императора, прочитанныхъ самимъ императоромъ или его квесторомъ. Если же сенатъ отъ себя дѣлалъ какое нибудь постановленіе, то оно должно было быть доложено императору и имъ одобрено, чтобы получить надлежащую силу. Итакъ, consultum senatus слѣдовало за рѣчью императора, откуда и безразличное употребленіе выраженій Oratio и Senatusconsultum (34—35).

## II. Oratio 206 г. у Рихтера.

Вопросъ о содержа-

Только теперь обращается Рихтеръ къ своей основной задачѣ, — выясненію подлиннаго содержанія Oratio. Ма-

теріаломъ для этого онъ признаетъ отрывки изъ Ульпіана, взятые изъ 33-й книги къ Сабину, и другихъ юристовъ, а также и подлинные отрывки текста, ими сохраненные. Начавъ выпискою Dig. 24, 1, 3 pr., Рихтеръ пространно полемизируетъ съ Ноодтомъ (35—39). Но эта полемика посвящена не возстановленію утраченнаго текста Oratio, а неправильному пониманію Ноодтомъ уцѣлѣвшихъ подлинныхъ отрывковъ изъ нея, и потому здѣсь можетъ быть оставлена безъ разсмотрѣнія. Правильный выводъ Рихтера тотъ, что Oratio исцѣляла тѣ даренія, которыя не были до нея признаны дѣйствительными, тогда какъ Ноодтъ думалъ, будто Oratio подтвердила недѣйствительность дареній, но дозволила тѣ, которыя не обогащаютъ одареннаго или не обѣдняютъ дарителя. Слѣдующій § 12 (39—41) посвященъ Рихтеромъ вопросу о предварительной смерти дарителя, какъ о введенномъ императорами первомъ условіи дѣйствительности дареній, и толкованію этого условія примѣнительно къ гражданской смерти. Далѣе Рихтеръ (41—43) толкуетъ второе условіе, — fas esse eum, qui donavit, pœnitere, — и затѣмъ въ § 14 возвращается къ содержанію § 11-го, но развиваетъ его въ новомъ направленіи, гораздо болѣе для насъ интереснымъ. ніи Oratio 206 г.

По древнему праву недѣйствительны были только тѣ даренія, отъ которыхъ одинъ становился богаче, а другой бѣднѣе, причемъ „бѣднѣе“ понималось (еще до Oratio, вопреки Ноодту, ибо Dig. 24, 1, 5, 13 заимствовано изъ 32-й книги Ульпіана ad Sabinum, т. е. той, гдѣ излагается status donationum до Oratio, и основано на авторитетѣ Юліана) въ смыслѣ уменьшенія имѣющагося, а не лишенія возможности пріобрѣсти. Напротивъ, Oratio признала способными къ дѣйствительности даже тѣ даренія, при которыхъ одаренный обогащался, arg. Dig. 24, 1, 32, 8. Но эта часть Oratio не сохранилась. Рихтеръ пробуетъ ее возстановить. Слово consumpsisse, стоявшее въ Oratio, приводитъ его къ заключенію, что въ ней говорилось о revocatio donationis. Дѣло въ томъ, что при недѣйствительности дареній всегда было возможно востребованіе подареннаго, наличнаго — виндикаціею, консуммированнаго — кондикціею, Dig. 24, 1, 5, 18: очевидно, по поводу послѣдняго случая и встрѣчалось въ Oratio выраженіе consumpsisse. Какъ должны мы его пони- „Consumpsisse“.

мать? Ульпіанъ толкуетъ: ne is, qui donationem accepit, locupletior factus sit; но этими словами, онъ, повидимому, указываетъ на древнее право, дѣйствовавшее до Oratio, ибо тотчасъ же прибавляетъ: ceterum, si factus est, Orationis beneficium locum habebit. Слѣдовательно, на основаніи Oratio не давалось кондикціи даже при обогащеніи послѣ консумпціи дара. Для ея примѣненія было не важно, сталъ ли кто богаче или бѣднѣй, а требовалось только, чтобы даритель умеръ раньше одареннаго и не востребовавъ даренія до своей смерти (43—47).

Дареніяpromittendoи Oratio206 г

Въ трехъ слѣдующихъ §§ безо всякой надобности развивается, что societas и emptio venditio donandi causa были недѣйствительны между супругами какъ до, такъ и послѣ Oratio (§ 15), вопреки мнѣнію Ноодта, будто купля-продажа этого рода недѣйствительна въ силу Oratio (§ 16), и разсматривается по Джентиле вопросъ о дареніяхъ promittendo (§ 17). Изъ послѣдняго параграфа намъ важны лишь нѣсколько словъ на 55 страницѣ: Oratio nostra, si eius verba consideraveris, proprie de donationibus traditione consummatis locuta esse easque confirmasse videtur, sed donationes verborum, hoc est promissas sed non traditas, neque confirmavit, neque prohibuit, quia de iis nihil diserte sanxit. Ex mente autem Orationis eiusque benigna interpretatione confirmari possunt etiam stipulatione perfectæ donationes. Хоть эти слова только воспроизводятъ Ноодта (II, 405), но 1724 г. у Рихтера получаютъ особенный смыслъ, ибо даютъ матеріалъ къ возстановленію текста Oratio, о чемъ Ноодтъ вовсе и не думалъ.

### III. Реституціи Рихтера и Глюкка.

ВозстановленіетекстаOratio206 г.

Подъ конецъ Рихтеръ предлагаетъ свою попытку возстановить Oratio и послѣдовавшій за нею сенатусконсультъ, главнымъ образомъ при помощи сенатусконсульта въ Dig. 5, 3, 20 и 22 и Senatusconsultum de Bacchanalibus съ толкованіями Бейнкерсгука. Эта попытка, правда, неудачная, но до сихъ поръ лучшая, составляетъ главную заслугу Рихтера. Его планъ и соображенія нами только что изложены; къ нимъ можно еще прибавить дополнительное примѣчаніе на стр. 58: Ульпіанъ прямо говоритъ, что Антонинъ auctor fuit senatui censendi, ut aliquid laxaret ex iuris rigore, т. е. древ-

няго права о недѣйствительности дареній; слѣдовательно, разъ рѣчи было предпослано изложеніе начала и причинъ древняго права, необходимо было прибавить, всякія ли даренія между супругами впредь должны считаться дѣйствительными и прежнія правила вовсе отмѣненными, или только тѣ, которыя соотвѣтствуютъ опредѣленнымъ условіямъ.

Теперь намъ остается только привести возстановленный Рихтеромъ текстъ, не вдаваясь въ критическій пересмотръ изложеннаго нами содержанія его диссертаціи, такъ какъ читатели, надѣюсь, согласятся со мною, что оно не поддается никакой критикѣ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, для большей наглядности, я помѣщаю рядомъ съ текстомъ Рихтера и его переработку Глюккомъ, ибо послѣдняго не только разбирать, но даже излагать нечего послѣ Рихтера.

Текстъ Рихтера.

I. Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, patres conscripti, amorem honestum solis animis æstimantes, famæ coniunctorum etiam consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.

II. Sed dispicite, nunquid sit æquius aliquid ex istius iuris rigore relaxare et donationes inter virum et uxorem quodammodo confirmare.

III. Placet ergo, priorem decedere oportere eum, qui donavit, quam cui donatum est, neque ullius momenti donationem esse, si prior vita discesserit, qui donatum accepit.

Текстъ Глюкка.

I. Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, patres conscripti, amorem honestum solis animis æstimantes, famæ etiam coniunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.

II. Sed dispicite, patres conscripti, nunquid sit æquius, aliquid ex istius iuris rigore relaxare et donationes inter virum et uxorem quodammodo confirmare.

III. Placet igitur, donationes inter virum et uxorem, et quidem non solum, quod ad ea pertinet, quæ nomine uxoris a viro comparata sunt, sed omnes omnino donationes

inter virum et uxorem factas, quas a maioribus nostris impediri diximus, ita confirmare, ut, si donator prior decesserit et in eadem voluntate donationis usque ad ultimum diem vitæ perseveraverit, ipso iure res fiant eius, cui donatae sunt, et obligatio sit civilis.

IV. Item fas esse eum quidem, qui donavit, pœnitere; heredem vero eripere, forsitan adversus voluntatem supremam eius, qui donaverit, durum et avarum esse.

IV. Fas enim esse eum quidem, qui donavit, pœnitere; heredem vero eripere, forsitan adversus voluntatem supremam eius, qui donaverit, durum et avarum esse.

V. Præterea cum veteri iure hoc obtineret in donationibus, ut revocata donatio ab eo eave, cui donatum esset, si quidem res extaret, vindicaretur, si consumpta esset, condiceretur hactenus, quatenus quis eorum locupletior factus esset tempore litis contestatæ, hanc subtilitatem[1] iuris tollendam esse censemus, patres conscripti, atque in posterum hoc observandum, ut quamvis is, qui rem donatam accepit, eam consumpsisse reperiatur, tamen donatio valeat, si modo is, qui donavit, rem donatam vivus non revocaverit et in hac voluntate ante eum, cui donavit, mortuus sit.

V. Sed ubi semel donatorem pœnituit, etiam heredi revocandi potestatem tribuimus, si appareat defunctum evidenter revocasse voluntatem. Revocandi autem potestatem eatenus solum concedimus, quatenus is, qui donum accepit, id haud consumpsisse reperiatur.

VI. Quodsi prior vita decesserit is, qui donatum accepit, nullius momenti donationem esse volumus. Et ita quoque, si divortium post donationem intercessit, veteri iuri standum, sic tamen, ut si maritus uxori donatum velit, valeat donatio, quodsi non velit, exstinguatur.

Реституція сенатусконсульта.

Рихтеръ къ своему тексту прибавилъ еще и возстановленіе того сенатусконсульта, который послѣдовалъ за императорской Oratio.

[1] У Рихтера sublimitatem, но это несомнѣнно лишь опечатка.

...Fulvius Aemilianus et Nummius Albinus consules verba fecerunt de his, quæ Cæsares Augusti Imperatores et Collegæ L. Septimius Severus Parthicus et M. Aurelius Antoninus principes maximi... oratione complexi essent, quid de donationibus inter virum et uxorem in posterum fieri placeat. De qua re ita censuerunt: cum maioribus nostris donationes inter virum et uxorem ipso iure plane nullæ essent, placere istas valere debere, si is eave qui quæve donavit ante eam eamve qui quæve rem donatam accepit mortuus mortuave sit atque in eadem voluntate usque ad finem vitæ perseveraverit. Idem placere, res donata quamvis consumpta isque eave, cui donatum sit, locupletior factus factave sit.

## IV. Разборъ реституцій Рихтера и Глюкка.

I и IV части.

Помѣченныя мною цифрами I и IV части — подлинные отрывки Oratio (слова patres conscripti въ счетъ не идутъ). По поводу нихъ можно бы возбудить развѣ только вопросъ, на мѣстѣ ль они поставлены и удовлетворительны ли тѣ изданія дигестъ, изъ которыхъ Рихтеръ и Глюкъ выписывали свои тексты; но мы отложимъ это до конца настоящей главы, а покамѣсть обратимся къ остальнымъ частямъ возстановленной Oratio.

II часть.

II. Sed dispicite nunquid sit aequius. Эти слова взяты Рихтеромъ изъ Oratio Адріана, Dig. 5, 3, 22, очевидно потому, что тогда не было извѣстно ни одного подходящаго оборота изъ какой нибудь подлинной Oratio Севера. Теперь мы богаче благодаря Vat. Fr. § 158. Но и помимо того, оборотъ выбранъ весьма неудачно: стиль Адріана въ его обращеніяхъ къ сенату, сохраняющій формы республиканской учтивости, рѣзко мѣняется къ эпоху Се-
1845 г. вера. Мензъ (1, 281, прим. 5) именно стилемъ императорскихъ обращеній характеризуетъ (и прекрасно) перемѣну отношеній принцепса къ сенату въ эпоху Севера сравнительно съ эпохой Адріана, сопоставляя какъ разъ nunquid sit aequius послѣдняго съ præterea, patres conscripti, interdicam etc. Севера въ Dig. 27, 9, 1, 2.

aliquid ex istius etc. Весь этотъ отрывокъ включенъ въ текстъ Oratio совершенно произвольно. Во-первыхъ, онъ ни къ чему не нуженъ, вопреки приведенному выше

доказательству Рихтера, а во-вторыхъ, онъ является сущимъ плеоназмомъ: aliquid ex iuris rigore laxare и есть donationes inter virum et uxorem quodammodo confirmare. Потому и употребляетъ Ульпіанъ эти два оборота синонимически въ Dig. 24, 1, 32 pr. и § 1. Если же думать непремѣнно, что одинъ изъ нихъ автентиченъ, то я предпочелъ бы выраженіе donationes confirmare, ибо этими словами Ульпіанъ озаглавливаетъ Oratio, а первыми только описываетъ ея историческое значеніе Замѣчу, однако, что къ самому выраженію donationes inter virum et uxorem quodammodo confirmari надо относиться съ осторожностью: это ходячая фраза между юристами Мы еще у Юліана встрѣчаемъ ее буквально въ этой же редакціи, хотя по совершенно другому поводу, въ Dig. 23, 4, 22. Выше, стр. 409, я ужъ отмѣтилъ по поводу интерполяціонной теоріи де-Медіо, что въ этомъ словѣ сказался тонкій научный вкусъ римскихъ юристовъ, понимавшихъ, какъ неудобно говорить о confirmatio дареній, признаваемыхъ вполнѣ недѣйствительными iure civili. Грубый солдатъ Северъ привыкъ на престолѣ не стѣсняться преданіями научной школы, которую прошелъ, какъ частный человѣкъ, и по военному приказалъ donationes confirmari. Quodammodo несомнѣнно оговорка, и притомъ оговорка теоретика, безсильнаго передъ ненаучностью закона; трудно допустить, чтобы такая оговорка могла входить въ подлинный текстъ Oratio.

III часть. III. Здѣсь у Рихтера вполнѣ вѣрно воспроизведены по Dig. 24, 1, 32, 14 подлинныя слова Oratio si prior vita decesserit qui donatum accepit[1], съ непостижимымъ легкомысліемъ искаженныя Глюкомъ. Въ остальномъ placet является у Рихтера голою диспозиціею, къ которой не прибавлено никакой санкціи: недосмотръ это или недомысліе? Во всякомъ случаѣ недостатокъ. Что̀ касается Глюка, то о его чтеніи не стоитъ и говорить. Оно ни съ чѣмъ несообразно. Единственное, что въ немъ правильно, — это включеніе въ текстъ Oratio словъ et in eadem voluntate donationis usque ad ultimum diem vitae perseveraverit, но и ихъ редакція безграмотна.

[1] Если не считать discesserit: но это разночтеніе старыхъ изданій дигестъ.

Впрочемъ, они введены и Рихтеромъ въ концѣ части V, но тоже въ неудачной редакціи.

V. Вся эта часть (и соотвѣтствующія ей у Глюкка) такъ очевидно произвольна, что опять таки нельзя ее серіозно критиковать. Какъ опровергать то, что̀ не обосновано ни на какихъ доводахъ? Намъ даютъ очень плохой и притомъ ошибочный экстрактъ изъ толкованій Ульпіана и говорятъ, что это подлинный текстъ толкуемой Oratio. Удобный и легкій способъ „возстановлять“ утраченные памятники! De mortuis aut bene, aut nihil. V часть.

## § 9. Историческая обстановка и значеніе Oratio 206 года.

### I. Задачи историка.

Послѣ компиляціи Глюкка изъ компиляціи Рихтера, т. е. въ теченіе всего XIX вѣка, Oratio 206 г. ни разу не была предметомъ мало-мальски тщательнаго изученія. Въ огромной литературѣ можно найти кое-какія случайныя замѣчанія, но они сплошь безцвѣтны и не заслуживаютъ особаго разсмотрѣнія. Въ такомъ равнодушіи большой бѣды бы не было, если бы намъ все было ясно въ отношеніи нашей Oratio, если бы вообще наука не сдѣлала значительныхъ успѣховъ или если бы существовалъ какой нибудь сводъ научныхъ пріобрѣтеній примѣнительно къ нашему предмету. На самомъ дѣлѣ нѣтъ ни того, ни другого, ни третьяго. Современное положеніе вопроса.

Такимъ образомъ историку дареній между супругами остаются всѣ три задачи: прослѣдить главные успѣхи науки, собрать изъ нихъ все примѣнимое къ Oratio и освѣтить ее этимъ матеріаломъ. Не говоримъ о главномъ, четвертомъ: личными улучшеніями подвинуть ея изученіе. Очередныя задачи.

206 г. по Р. Х. былъ тринадцатымъ годомъ царствованія Севера и восьмымъ со времени участія Каракаллы въ дѣлахъ правленія. Отсюда слѣдуетъ заключить, что преобразованіе супружескихъ дареній не было мѣрою, заранѣе намѣченною, характерною для того или другого изъ нихъ, лично которому нибудь изъ нихъ особенно желательною: во всѣхъ этихъ случаяхъ она была бъ осуществлена го- Историческая обстановка въ 206 г.

раздо раньше, ибо времени для этого прошло достаточно. Въ біографіи императоровъ ни до, ни послѣ я не нашелъ никакихъ событій, которыя лично кого нибудь изъ нихъ могли бы побудить къ такому преобразованію. То же самое надо сказать и вообще объ историческихъ событіяхъ. 206-й годъ былъ сравнительно спокоенъ, хотя въ 205 г. и обострились неурядицы въ Британніи, потребовавшія въ 208 г. личнаго присутствія императора, и принадлежитъ къ числу тѣхъ шести лѣтъ, 202—208 по Р. Х., которыя Шиллеръ считаетъ посвященными внутренней организаціи имперіи [1], причемъ и тутъ преобразованіе дареній произошло во второй половинѣ этихъ шести лѣтъ Однимъ словомъ, по всему видно, что преобразованіе супружескихъ дареній было второстепеннымъ законодательнымъ актомъ, несущественнымъ съ точки зрѣнія высшей политики и состоявшимся въ связи съ бытовыми условіями и запросами судебной практики, а не въ связи съ болѣе широкими причинами. Съ этой точки зрѣнія вовсе не насильственно само по себѣ предположеніе Бодуэна, см. выше, стр. 465, что иниціатива преобразованія могла идти отъ Папиніана, который во всякомъ случаѣ ближе императоровъ стоялъ къ судебной практикѣ. 1561 г.

## II. Северъ.

Северъ, какъ законодатель и авторъ Oratio 206 г

Не видя, какъ сказано, особенныхъ причинъ считать преобразованіе личною мѣрою Севера или Каракаллы, мы все же должны Северу приписать главную роль въ этомъ дѣлѣ. Вообще онъ не былъ склоненъ къ преобразованіямъ широкаго захвата, всего менѣе въ области гражданскаго права, не взирая на свою провинціальную свободу отъ римскихъ традицій и признанное историками равнодушіе къ нимъ сравнительно съ династическими и вообще утилитарно-политическими соображеніями. Северъ былъ смѣлый и твердый воинъ, рѣшительный правитель, съ судейскими наклонностями и интересами, но не творецъ и никакъ не теоретикъ и ужъ ни въ какомъ случаѣ не воспитатель своихъ народовъ, какъ онъ не сумѣлъ быть воспитателемъ своихъ дѣтей даже въ предѣлахъ государственныхъ потребностей. Онъ крѣпко правилъ, строго судилъ и не находилъ нуж-

[1] Schiller, Geschichte der romischen Kaiserzeit, I, 2, 723.

нымъ вносить перемѣны, кромѣ тѣхъ, которыхъ требовало непосредственное, ближайшее удобство правленія и суда. Наконецъ, какъ ученикъ Сцеволы, котораго слушалъ вмѣстѣ съ Папиніаномъ, — Сцеволы, столь тщательно устранявшаго съ поля своего юридическаго разсмотрѣнія всѣ вопросы факта, а не права, — Северъ долженъ былъ проникнуться консервативнымъ отношеніемъ къ праву и больше полагаться на толкованіе законовъ, чѣмъ на законодательную дѣятельность. Но при всемъ томъ, ставъ монархомъ изъ сановника, онъ склоненъ былъ помогать законами затрудненіямъ сановниковъ и не идти на перемѣну законовъ тамъ, гдѣ можно было помочь дѣлу ихъ обходомъ. Отсюда его ясно выраженная готовность къ административному вмѣшательству въ законодательство и къ законодательному въ административную практику, его пристрастіе къ мелкимъ законодательнымъ мѣрамъ, сводящимся къ компромиссамъ и очень похожимъ на самодержавныя sententiæ неважнаго юриста, одареннаго iure respondendi Онъ счелъ себя на престолѣ ipso facto снабженнымъ этимъ правомъ и далъ волю своимъ судейскимъ наклонностямъ. Онъ какъ бы возвелъ ius respondendi на престолъ, сдѣлалъ respondere функціею монарха. Калигула грозилъ когда то юристамъ, se mehercule effecturum, ne quid respondere possint praeter eum, Suet. Calig. 34 in fine: Северъ уже не какъ угрозу, но какъ доброжелательный трудъ правителя выполнилъ эту программу. Свободное юридическое творчество римскаго юриста превратилось въ милостивое попеченіе монарха о затрудненіяхъ судебной практики. Послѣ недолгой реакціи со стороны Опилія Макрина, Jul. Capitol. 13, 1, воззрѣніе Севера вполнѣ упрочилось и у императора Константина мы встрѣчаемъ его, какъ истину самоочевидную, и притомъ, куріозное дѣло, въ полномъ согласіи со взглядами Опилія Макрина:

Ubi rigorem iuris placare aut lenire specialiter exoramur, id observetur, ut rescripta ante edictum propositum impetrata suam habeant firmitatem, nec rescripto posteriore derogetur priori. Quae vero postea sunt elicita, nullum robur habeant, nisi consentanea sint legibus publicis, maxime, cum inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis et oporteat et liceat inspicere. Cod. Theod. 1, 2, 3.

Немудрено, что дѣло кончилось принципомъ Юстиніана interpres legum solus imperator existimabitur, Cod. 1, 14, 12, 5 (ср вообще всю эту конституцію), и полнымъ запретомъ частнаго толкованія законовъ (*Δέδωκεν* § 21, — Cod. 1, 17, 2, 21).

Практическое значеніе преобразованія 206 г.

Северъ былъ особенно склоненъ къ законодательному вмѣшательству въ строй семейнаго права. Въ этой области сосредоточились почти всѣ его нововведенія, мелкія, частныя, но въ мѣрѣ своей незначительности всетаки принесшія больше вреда, чѣмъ пользы. Особой связи семейно-правовыхъ нововведеній Севера именно съ вопросомъ о супружескихъ дареніяхъ, правда, не замѣчается, но и самъ то этотъ вопросъ всегда стоялъ и донынѣ стоитъ такимъ особнякомъ, что не сразу удается выслѣдить нити, связывающія его съ другими юридическими установленіями. Что же касается внутренняго историческаго значенія реформы, то, безспорно, ею только завершился, вполнѣ послѣдовательно и естественно, довольно долгій путь историческаго развитія. Мы знаемъ, что фактически было принято отказывать въ завѣщаніяхъ даренія, сдѣланныя при жизни супругами (чаще, конечно, мужемъ женѣ; но бывали и обратные случаи: ampla legata ab uxore, Dig. 24, 1, 48), такъ что во многихъ случаяхъ недѣйствительными дарения фактически оказывались только inter vivos. Съ другой стороны какъ императорскія конституціи, такъ и юристы, тщательно выясняя составъ недѣйствительныхъ дареній, вырабатывали множество какъ бы исключеній изъ общаго правила. Число этихъ кажущихся изъятій все росло: даренія mortis causa, exilii causa, divortii causa, processus causa, даренія consumptae, даренія безъ обѣднѣнія дарителя и т. д., и т. д. Такимъ образомъ, если вычесть изъ общей массы супружескихъ дареній тѣ, которыя закрѣплялись завѣщаніемъ, и тѣ, которыя признавались дѣйствительными, то въ эпоху Севера недѣйствительность поражала едва ли не меньшинство всѣхъ дарственныхъ сдѣлокъ; да еще и для этого меньшинства при отсутствіи завѣщанія могло имѣть силу сомнѣніе, не пожелалъ ли бы умершій сообщить имъ силу отказомъ. Словомъ, фактически — преобразованіе Севера измѣнило въ сущности немногое количественно и если и было преобразованіемъ, то во всякомъ

случаѣ не кореннымъ нововведеніемъ, а лишь напрашивающимся исторически законодательнымъ шагомъ въ данномъ заранѣе направленіи. Въ частности самъ Северъ на практикѣ и раньше Oratio 206 г. былъ склоненъ къ отступленіямъ отъ древняго права: ср. Dig. 24, 1, 3, 1 fin.; 24, 1, 32, 28; вѣроятно сюда жъ относится Dig. 24, 1, 7, 5.

## III. Наименованія Oratio 206 г.

Пестрота наименованій Oratio.

Здѣсь ходъ изслѣдованія самъ собою приводитъ насъ къ вопросу о пестротѣ наименованій Oratio 206 года, съ формальной точки зрѣнія, въ противность гипотезѣ о двухъ преобразовательныхъ актахъ, удовлетворительно разрѣшенному еще Ноодтомъ, но смущавшему позднѣй и Пухту, и Савиньи. Въ настоящее время изслѣдованія Фиттинга, Моммсена и отчасти Кальба внесли совершенно новыя воззрѣнія въ науку по вопросамъ, близко соприкасающимся съ этою пестротою наименованій, и мы используемъ матеріалъ источниковъ во всеоружіи новыхъ данныхъ для устраненія на будущее время какихъ либо лишнихъ сомнѣній.

1834 г.

1841 г.

Возможность классификаціи.

Прежде всего, разнообразіе источниковъ дѣйствительно очень велико, хотя подавляющее преобладаніе принадлежитъ выраженію Oratio, которое почти исключительно встрѣчается тамъ, гдѣ по связи рѣчи ясно, о какомъ законоподательномъ актѣ въ данномъ случаѣ говорится. Однако, вся эта пестрота поддается нѣкоторой классификаціи. Мы можемъ различить разнообразіе въ именахъ императоровъ и разнообразіе въ наименованіи самаго памятника.

Наименованія памятника

Памятникъ носитъ въ основныхъ текстахъ источниковъ слѣдующія наименованія:

Oratio: Dig. 24, 1, 3 pr.; 24, 1, 32, 1; 24, 1, 23; Cod. 5, 16, 10; Vat. Fr. § 276.

Constitutio: Dig. 39, 5, 15; Cod. 5, 16, 3 pr.

Senatusconsultum: Dig. 24, 1, 26; 33, 4, 1, 3; Cod. 5, 16, 14, 1.

Decretum senatus: Dig. 24, 1, 32, 24.

Къ этимъ текстамъ надо прибавить два, въ которыхъ памятникъ наименованъ описательно, т. е. не пользуясь ни однимъ изъ выше приведенныхъ терминовъ:

Maximi principes nostri suaserunt et ita senatus censuit, Vat. Fr. § 294, 2.

Imperator noster Antoninus Augustus ante excessum divi Severi patris sui oratione in senatu habita auctor fuit senatui censendi Fulvio Aemiliano et Nummio Albino consulibus, ut aliquid laxaret ex iuris rigore, Dig. 24, 1, 32 pr.

Имена императоровъ.

Имена императоровъ встрѣчаются намъ въ слѣдующихъ комбинаціяхъ:

Imperator noster Antoninus Augustus Dig. 24, 1, 3 pr. и 24, 1, 32 pr.

Imperator noster Dig. 24, 1, 32, 1.

Maximi principes nostri Vat. Fr. § 294, 2.

Mea et divi Severi patris mei constitutio Cod. 5, 16, 3.

Divi Severus et Antoninus Dig 39, 5, 15.

Divus Severus Dig 24, 1, 23; Cod 5, 16, 10; Vat. Fr. § 276.

Хронологія

Хронологія нашихъ источниковъ не вноситъ никакихъ данныхъ, сколько нибудь разъясняющихъ эту пестроту:

206—211 г г.: Maximi principes nostri suaserunt et ita senatus censuit, Papinianus 12 Responsorum, Vat. Fr. § 294, 2.

211—217 г. г.: Oratio divi Severi, Ulpianus 6 ad Sabinum (Papinianus), Dig 24, 1, 23.

Oratio imperatoris nostri Antonini Augusti, Ulpianus 32 ad Sabinum, Dig 24, 1, 3 pr.

Imperator noster Antoninus Augustus ante excessum divi Severi patris sui, Ulpianus 33 ad Sabinum, Dig. 24, 1, 32 pr.

Oratio imperatoris nostri de confirmandis donationibus, Ulpianus 33 ad Sabinum, Dig. 24, 1, 32, 1.

Admittemus donationem valere ad senatusconsultum, Ulpianus 33 ad Sabinum, Dig. 24, 1, 32, 26.

213 г. Ex mea et divi Severi patris mei constitutione, Imp. Antoninus, Cod. 5, 16, 3.

217 г. Ex constitutione divorum Severi et Antonini, Marcianus 3 Institutionum, Dig. 39, 5, 15.

239 г. Ex oratione divi Severi, Imp. Gordianus, Cod. 5, 16, 10.

290 г. Oratione divi Severi, Diocletianus et Maximianus, Vat. Fr § 276.

Ex senatusconsulti auctoritate, Diocletianus et Maximianus, Cod. 5, 16, 14, 1.

Колебанія тѣхъ же авторовъ въ терминологіи.

Наконецъ, у одного и того же автора мы не находимъ однообразія. Папиніанъ выражается и Oratio, Dig 24, 1, 32, 16, и Oratio divi Severi, Dig. 24, 1, 23, и описательно, Vat. Fr. § 294; Ульпіанъ говоритъ и объ Oratio imperatoris nostri Antonini Augusti, и объ Oratio divi Severi въ цитатѣ изъ Папиніана, Dig. 24, 1, 23, и о senatusconsultum, Dig. 24, 1, 32, 26, Dig. 33, 4, 1, 3, и о decretum senatus, Dig 24, 1, 32, 24; Діоклетіанъ и объ oratio divi Severi, Vat. Fr. § 276, и о senatusconsultum, Cod. 5, 16, 14, 1.

Разъясненія Фиттинга и Моммсена.

Нѣкоторое упрощеніе въ наши источники можетъ, правда, быть внесено, благодаря изслѣдованіямъ Фиттинга[1] и Моммсена[2], установившихъ, съ небольшими лишь разногласіями, для насъ въ данномъ случаѣ несущественными, что тексты, говорящіе divi Severus et Antoninus, должны принадлежать эпохѣ послѣ смерти обоихъ соправителей; тексты, говорящіе о divus Severus, эпохѣ послѣ смерти Севера, независимо отъ того, живъ ли Каракалла, или нѣтъ; тексты, говорящіе imperator noster и imperator noster Antoninus Augustus, эпохѣ единовластія Каракаллы и, наконецъ, текстъ, гдѣ мы читаемъ maximi principes nostri, эпохѣ соправительства Севера и Каракаллы

Офиціальный и придворный слогъ.

Это обстоятельство дѣлаетъ намъ понятнымъ, почему Oratio приписывается ближайшими современниками то Северу и Антонину, то — въ большинствѣ случаевъ — одному Антонину. Придворная учтивость — тѣмъ болѣе въ атмосферѣ лести императорскаго Рима — склонна по своему соблюдать формулу le roi est mort, vive le roi: все сдѣлано царствующимъ монархомъ, что̀ онъ засталъ и не успѣлъ испортить. Его предшественники должны даже стилистически оставаться въ тѣни. Вмѣсто того, чтобы назвать Oratio принадлежащею двумъ императорамъ, какъ изданную въ эпоху двоевластія, Ульпіанъ въ Dig. 24, 1, 32 pr. прямую ссылку на усопшаго соправителя замѣняетъ хронологиче-

[1] Fitting, Alter und Folge der Schriften Romischer Juristen von Hadrian bis Alexander, 2-te Bearbeitung Halle 1908. Главнымъ образомъ стр. 1—21, особенно 13—14.

[2] Mommsen, Die Kaiserbezeichnung bei den Romischen Juristen, 1870. Перепечатано въ Gesammelte Schriften II, 155—171.

скимъ указаніемъ и уклончивымъ оборотомъ ante excessum divi Severi, patris sui. Ясно, что это лишь lumen orationis aulicæ. Совершенно также говоритъ Гай, Dig. 38, 17, 9, о sacratissimi principis nostri Oratio, хотя рѣчь идетъ о Senatusconsultum Orphitianum, изданномъ двумя соправительствовавшими императорами. Одному Каракаллѣ Oratio 206 г. приписана только у Ульпіана, Dig. 24, 1, 3 pr. и 24, 1, 32 pr., Папиніанъ Vat. Fr. § 294, 2, самъ Каракалла, Cod. 5, 16, 3, и Маркіанъ, Dig 39, 5, 15 ясно указываютъ, что рѣчь была произнесена отъ лица обоихъ соправителей; а преобладающая роль Севера въ преобразованіи отразилась у Папиніана Dig. 24, 1, 23. Изъ наименованія здѣсь одного Севера ясно слѣдуетъ, по моему, что мнѣніе Папиніана было высказано еще до единовластія Каракаллы.

Преобладающая роль Севера.

Такимъ образомъ мы получаемъ совершенно удовлетворительное объясненіе внѣшней пестроты нѣсколькихъ текстовъ; изъ сопоставленія же остальныхъ, Cod. 5, 16, 10 и Vat. Fr. § 276, гдѣ говорится объ одномъ только Северѣ, съ Dig. 24, 1, 23, намъ остается прійти къ заключенію о преобладающей роли Севера въ изданіи Oratio 206 года. Выше мы уже говорили объ этомъ, стр. 480, и о томъ, что Каракалла былъ болѣе чѣмъ равнодушенъ къ законодательной работѣ, хоть отецъ и старался, повидимому, привлечь его къ этой дѣятельности. А между тѣмъ, при поверхностномъ чтеніи, Dig. 24, 1, 32 pr. даетъ поводъ думать, что роль Каракаллы въ Oratio 206 года была преобладающей. Этотъ текстъ Ульпіана давалъ даже поводъ ученымъ — напр., Джентиле, см. выше, стр. 466, — утверждать, будто Oratio 206 г. была произнесена лично Каракаллою въ засѣданіи сената, т. е. при исключительно торжественной обстановкѣ.

Oratio, constitutio, senatusconsultum, decretum senatus.

Чтобы исчерпать вопросъ, намъ достаточно только прибавить нѣсколько словъ о наименованіяхъ самого памятника. Автентическаго названія онъ не имѣлъ, — о томъ свидѣтельствуетъ самая пестрота, здѣсь разбираемая, и выраженіе Ульпіана, Dig. 24, 1, 32, 1, Oratio de confirmandis donationibus. Съ другой стороны онъ долженъ былъ, какъ вѣрно отмѣтилъ Рихтеръ въ своей реституціи, ср. выше, стр. 474 сл., состоять изъ двухъ актовъ, императорской рѣчи и сенатусконсульта, причемъ именно сенатусконсультъ долженъ почитаться резолютивною частью закона, Oratio же

служитъ только законодательнымъ матеріаломъ въ качествѣ автентическаго толкованія. Вполнѣ справедливо поэтому говорили и писали юристы и императоры то объ Oratio, то о constitutio, то о senatusconsultum, то о decretum senatus.

## IV. Преобразованіе Севера.

Принципіальное значеніе преобразованія

Итакъ, мы остановились на томъ, что фактически преобразованіе 206 г не было кореннымъ нововведеніемъ. Зато съ принципіальной точки зрѣнія картина рѣзко мѣняется. До преобразованія супружескія даренія были недѣйствительны кромѣ тѣхъ, которыя спеціально пожелалъ бы закрѣпить даритель; послѣ преобразованія однажды сдѣланныя даренія между супругами оставались дѣйствительными, кромѣ тѣхъ, которыя спеціально пожелалъ бы отмѣнить даритель. Если прежде презумировалась pœnitentia дарителя, то теперь презумировалась ratihabitio съ его стороны. Прежде приходилось доказывать, что даритель подтвердилъ дареніе, и onus probandi лежало на одаренномъ; теперь требовалось доказать, что даритель отмѣнилъ дареніе, такъ что onus probandi было снято съ одареннаго. Однимъ словомъ преобразованіе Севера было не творческимъ измѣненіемъ быта согласно высшему принципу, а напротивъ, возведеніемъ новой дѣйствительности въ принципъ, отмѣняющій прежніе принципы, на основаніи которыхъ она сложилась. Реформа, типичная для эпохи упадка. Вырождающемуся, вянущему племени не жаль идеаловъ и традицій, оно равнодушно къ принципамъ и цинично провозглашаетъ своимъ принципомъ свою безпринципность, возводя въ общее правило измѣну общему правилу.

Законодательная форма преобразованія.

Итакъ, фактически преобразованіе было несущественно, а въ принципіальномъ отношеніи сообразно духу вѣка; но тѣмъ не менѣе это было преобразованіе и притомъ коренное преобразованіе вѣковыхъ правилъ древняго права, хоть и примѣнительно къ частному вопросу. Не сознавать этой принципіальности не могъ человѣкъ, прошедшій школу римскаго правовѣдѣнія, — и, думается, этимъ сознаніемъ и былъ побужденъ Северъ избрать для преобразованія торжественную форму сенатскаго постановленія. Въ болѣе раннюю эпоху для такого преобразованія потребовался бы

законъ; но въ III вѣкѣ по Р. Х. не только не было рѣчи о народныхъ собраніяхъ, но и сенатъ игралъ роль не только не законодательнаго, но даже не законосовѣщательнаго учрежденія: онъ былъ уже, если можно такъ выразиться, законооповѣщательнымъ собраніемъ, хотя въ формахъ производства и сказывалась его прежняя законодательная роль. Императоръ произносилъ свое мнѣніе или оно прочитывалось въ сенатѣ кандидатомъ и затѣмъ принималось сенатомъ безо всякихъ измѣненій; но оно имѣло видъ сенаторскаго предложенія, а принятіе имѣло видъ самостоятельнаго постановленія. И однако эта формальность придавала принятому рѣшенію нѣчто особо отличительное, такъ что коренныя преобразованія гражданскаго права производились преимущественно въ этой формѣ въ ту эпоху, о которой идетъ рѣчь.

Успѣшныя послѣдствія

Во всякомъ случаѣ, хотя преобразованіе касалось частнаго и обособленно стоящаго учрежденія, оно видимо отвѣчало дѣйствительной жизненной потребности, такъ что его принципіальная неудовлетворительность совсѣмъ была заслонена для современниковъ его практичностью. Мы видимъ цѣлый рядъ императорскихъ разъясненій и толкованій новаго права; мы видимъ слѣды усиленной научной его разработки; мы замѣчаемъ удивительную живучесть его въ позднѣйшихъ законодательствахъ. Все это вмѣстѣ взятое дѣлаетъ Oratio 206 г. дѣйствительно замѣчательнымъ памятникомъ, во всѣхъ отношеніяхъ достойнымъ интереса и изученія.

## § 10. Планъ Oratio.

### I. Реституція.

Утрата подлиннаго текста.

И тѣмъ чувствительнѣе для насъ неполнота нашихъ свѣдѣній о немъ, до-нельзя скудныхъ. Невольно хочется обогатить ихъ и напрашивается вопросъ, исчерпаны ли въ этомъ направленіи наши источники? Нельзя ль извлечь изъ нихъ кажихъ нибудь болѣе обильныхъ свѣдѣній, чѣмъ уцѣлѣвшіе до насъ отрывки подлиннаго текста?

Возстановленіе памятника.

Смѣшно было бы говорить о возстановленіи памятника. Что пропало, то пропало. Какъ искусно мы ни сочинили

бы свою собственную рѣчь, она не замѣнитъ намъ подлинной Oratio.

Литература нашего вопроса знаетъ такія попытки съ первыхъ шаговъ своего существованія. Не говоря ужъ о Рихтерѣ и Глюккѣ, еще Одофредъ оставилъ намъ слѣдующій восхитительный образчикъ „реституціи“ нашего памятника (In Dig Vet. II, 188 verso). „Реституція“ Одофреда. 1265 г.

Verum quia post ius antiquum aliqua supervenerunt, imperator Antoninus recitavit orationem in senatu, de qua fuit factum unum senatusconsultum. Dixit enim imperator consulibus romanis: faciatis pulsare concilium, et volo ibi orare et quaedam oratio ibi legatur et, si placet senatoribus, ibi confirmetur. Unde consules congregaverunt romanum consilium et imperator Antoninus concionatus est ibi: Jure antiquo prohibitae sunt donationes inter virum et uxorem. Vellem quod istae donationes interdum confirmarentur. Puta si donet vir uxori vel econtra et donans perseveret in eadem voluntate usque ad supremum suae vitae: vellem quod illa donatio confirmaretur tanquam legatum. Nam sicut vir potest uxori legare et mortis causa donare, sic et ista donatio morte donantis confirmetur et obtineat vim legati: et sicut in legato habet locum lex Falcidia, ita in ista donatione, et ea confirmata transeat dominium, et habet locum in omni donatione. Sic ergo ait oratio etc.

Изъ сказаннаго, однако, вовсе не слѣдуетъ, будто бы мы должны были отказаться ото всякой попытки извлечь косвеннымъ путемъ болѣе обильныя свѣдѣнія о нашемъ памятникѣ, чѣмъ голый текстъ подлинныхъ отрывковъ. Такъ, напр., получивъ какія нибудь указанія на руководящую мысль цѣлаго, планъ его изложенія и въ нихъ на роль сохранившихся клочковъ текста, мы безспорно сдѣлаемъ крупное и цѣнное научное пріобрѣтеніе. Въ этомъ смыслѣ возстановленіе памятника не только законная, но и неотложная задача науки, обойти которую было бы либо малодушіемъ и лѣнью, либо равнодушіемъ къ истинѣ. Предѣлы задачи.

Единственнымъ нашимъ пособіемъ, но зато довольно богатымъ, является то, что̀ уцѣлѣло въ дигестахъ отъ 32-й и 33-й книги Ульпіана ad Sabinum. Однако надо умѣть воспользоваться этимъ матеріаломъ. Исходнымъ моимъ положеніемъ будетъ то, что Ульпіанъ долженъ былъ слѣдо- Отрывки Ульпіана, какъ главное пособіе.

вать въ своемъ изложеніи какому нибудь сознательному порядку, излагая ли право даренія до преобразованія или послѣ него. Но право послѣ преобразованія всего удобнѣе было изложить по схемѣ самой Oratio; напротивъ, для древняго права схема должна была бы быть чисто теоретическою, построенною на отвлеченныхъ основаніяхъ Отсюда мы выводимъ первое методологическое указаніе: надо сравнить — въ предѣлѣ возможнаго и съ критической осторожностью — порядокъ изложенія 32-й книги съ порядкомъ изложенія 33-й. Если они вполнѣ совпадутъ, наше дѣло пропало. Если они вовсе не совпадутъ, то мы выиграемъ очень мало, ибо получимъ вмѣсто одного неизвѣстнаго двѣ возможности, но вполнѣ бездоказательныя. Напротивъ, самымъ цѣннымъ результатомъ сравненія было бы для насъ частичное совпаденіе и частичное несовпаденіе порядка изложенія. Къ счастью, мы имѣемъ именно послѣднее. Разсмотримъ внимательнѣй отрывки 32-й и 33-й книгъ Ульпіана ad Sabinum.

## II. 32-я книга Ульпіана ad Sabinum.

32-я книга Ульпіана. Изъ 32-й книги заимствованы отрывки 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15, 17, 19 и 21-й перваго титула 24-й книги дигестъ. Правда, заголовокъ отрывка 7-го относитъ его къ 31-й книгѣ, но, уже начиная съ Гофмана (Галоандра) и до сихъ поръ, никто не сомнѣвается въ ошибочности этого заголовка. Мы не имѣемъ никакихъ основаній думать, чтобы компиляторы нарушили въ дигестахъ порядокъ, въ которомъ выдержки стояли въ подлинномъ текстѣ Ульпіана. Попробуемъ же посмотрѣть, нельзя ли разгадать внутренній смыслъ этого порядка.

Порядокъ изложенія. Вступленіе Ульпіана (Dig. 24, 1, 1 и 3 pr.) посвящено законодательнымъ доводамъ въ пользу недѣйствительности, а стало быть безразлично для порядка изложенія.

1. Personae. Напротивъ, Dig. 24, 1, 3, 1, начинается знаменательными словами: Videamus, inter quos sunt prohibitæ donationes. И дѣйствительно, дальнѣйшіе параграфы до 9-го включительно посвящены вопросу о лицахъ. Тутъ ходъ мыслей рѣзко обрывается, причемъ есть основаніе думать, что § 9-й не безъ интерполяцій дошелъ до насъ. Внутри перваго отдѣла замѣтенъ такой порядокъ мыслей: 1) супруги

въ законномъ бракѣ (§ 1); 2) лица in eiusdem potestate: liberi (§ 2), servi (§ 3), подвластные cum peculio castrensi (§ 4), nurus, gener, socer, socrus etc. (§§ 5- 7); 3) servus putativus (§ 8); 4) interposita persona вообще (§ 9).

2 Res. Отъ вопроса о лицахъ Ульпіанъ переходитъ къ вопросу о силѣ сдѣлки и начинаетъ съ ея предмета, — si corpus sit, quod donatur, et si stipulanti promissum (§ 10). Точно также о предметѣ сдѣлки идетъ рѣчь и въ дальнѣйшихъ трехъ параграфахъ: 1) corpus вообще (§ 10), 2) nummi (§ 11), 3) debitor delegatus, solvens nummos (§ 12) и solvens rem (§ 13). На первый взглядъ неопредѣленное впечатлѣніе производятъ pr. и § 1 пятаго отрывка; однако ихъ систематическая роль нѣсколько выясняется, какъ только мы доходимъ до § 2-го, и вполнѣ становится ясна, когда мы достигаемъ § 6-го. Именно, §§ 6 и 7 говорятъ о предметѣ сдѣлки, когда имъ оказывается сервитутъ (§ 6) и эксцепція (§ 7). Напротивъ §§ 3 и 4 тѣсно примыкаютъ къ §§ 12 и 13 отрывка 3-го. Отсюда ясна промежуточная роль текста до § 3-го: говоря о дарственной делегаціи, Ульпіанъ вполнѣ естественно коснулся и сосѣднихъ съ нею вопросовъ о пріобрѣтеніи владѣнія черезъ третьихъ лицъ (fr. 5 pr.) и случая корреальности (§ 1), что̀ и привело его къ выставленію общаго принципа на тотъ случай, когда предметомъ дарения окажутся дѣйствія третьихъ лицъ (§ 2). Остается, такимъ образомъ, § 5-ый; но его промежуточная роль вполнѣ ясна, благодаря только что сказанному. Подведемъ итогъ: послѣ лицъ, Ульпіанъ подвергаетъ разсмотрѣнію предметы сдѣлки, соблюдая такой порядокъ:

I. corpora (§ 10)
II. nummi (§ 11)
III. debitores
  1. delegati solventes
    a) nummos (§ 12)
    b) rem (§ 13)
  2. tradendo
  3. promittendo
    a) a parte mariti
    b) a parte uxoris

4. in negotiis mixtis cum donatione
IV. servitutes (§ 6)
V. exceptiones (§ 7).

Дѣйствительность дареній.

Параграфомъ восьмымъ начинается отдѣлъ о дѣйствительности дареній по древнему праву и продолжается до § 17-го включительно. Сначала рѣчь идетъ о дареніяхъ sepulturæ causa (§§ 8—11), ad oblationem Dei (§ 12), отсутствіе обѣднѣнія (§§ 13—15), переходъ (§ 16) и отсутствіе обогащенія (§ 17).

3. Actiones.

Оставляя здѣсь вопросъ о недѣйствительности дареній и объ изъятіяхъ изъ этого правила, Ульпіанъ переходитъ къ actiones (§ 18 и fr. 7 pr.) и, установивъ виды исковъ, пересматриваетъ условія ихъ судебнаго осуществленія, т. е. вновь возвращается къ вопросу объ обогащеніи, но уже съ процессуальной точки зрѣнія (§§ 1 слл.), въ частности разбирая вопросъ о manumissio, экономически равной консумпціи, по крайней мѣрѣ не допускающей мысли объ обогащеніи освободившаго [1].

4. Дарения mortis causa.

Покончивъ съ этимъ предметомъ, Ульпіанъ считаетъ вопросъ о простыхъ дареніяхъ исчерпаннымъ и обращается къ дареніямъ mortis causa (9 § 2). Мы не будемъ за нимъ слѣдовать, вполнѣ довольствуясь достигнутыми результатами.

Институціонный порядокъ Ульпіана.

Какъ видимъ, Ульпіанъ въ 32-й книгѣ слѣдуетъ общему институціонному порядку изложенія, начиная съ лицъ, переходя къ вещамъ и сдѣлкамъ и заканчивая исками, причемъ весь свой матеріалъ располагаетъ по этимъ рубрикамъ. Совершенно такъ же поступаетъ онъ и въ другихъ случаяхъ, — напр. въ 35-й книгѣ ad Edictum, Dig. 17, 2, 63, 10 и 17, 2, 65, говоря о прекращеніи товарищества:

Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. Ideoque sive homines, sive res, sive voluntas, sive actio interierit, distrahi videtur societas. Intereunt autem homines quidem maxima aut media capitis deminutione aut morte; res vero, cum aut nullae relinquantur aut condicionem mutaverint: neque enim eius rei, quae iam nulla sit, quisquam socius est, neque eius, quae consecrata publicatave sit; voluntate distrahitur societas renuntiatione; actione distrahitur, cum aut stipulatione aut iudicio mutata sit causa societatis.

[1] По поводу opera libertorum сошлюсь на Dig. 24, 1, 9, 1.

Эта схема вполнѣ примѣнима и къ порядку изложенія 32-й книги ad Sabinum, причемъ отмѣченный нами переходный между res и actiones отдѣлъ о дѣйствительности дареній на стр. 492 соотвѣтствуетъ рубрикѣ voluntas.

Посмотримъ теперь, замѣтенъ этотъ порядокъ въ 33-й книгѣ, или нѣтъ.

### III. 33-я книга Ульпіана ad Sabinum.

Начальные параграфы.

Никакихъ слѣдовъ институціоннаго порядка не замѣтно въ 32-мъ отрывкѣ до § 16-го, хотя связь мыслей все время сохраняется. Напротивъ, съ § 16-го изложеніе Ульпіана идетъ по только что нами выясненной схемѣ:

Слѣды институціоннаго порядка.

I. Personæ: socer, gener, nurus, consoceri и т. д. (§ 16); подвластные cum peculio castrensi (§ 17); вліяніе на дареніа между этими лицами прекращенія брака смертью (§ 18) и разводомъ (§§ 19—20) и другіе частные случаи, сомнительные по новому праву (§§ 21—22).

II. Res: corpora et obligationes (§ 23), причемъ является прямая ссылка на прежнее изложеніе: universæ donationes, quas impediri diximus. Затѣмъ однако разбираются на почвѣ новаго права частные случаи сдѣлокъ, смѣшанныхъ съ дареніемъ (§§ 24 слл.).

Сопоставленіе 32-й и 33-й книги.

Совпаденіе схемы до того очевидно, что нѣтъ никакой надобности прослѣживать его далѣе. Мы можемъ прямо обратиться къ выводамъ. Ясно, что въ 33-й книгѣ Ульпіанъ сперва изложилъ Oratio и присоединилъ къ ней толкованіе *κατὰ πόδας*, а затѣмъ подвергъ пересмотру прежній порядокъ вещей примѣнительно къ Oratio, но сохраняя институціонную схему изложенія. Такимъ образомъ 33-я книга является какъ бы надстройкою въ отношеніи 32-й книги, повторяя въ сокращенномъ видѣ ея внутреннее расположеніе съ необходимыми измѣненіями и дополненія въ частностяхъ. Соединительною же частью, лѣстницею въ верхній этажъ, является Oratio и ея построчное толкованіе. Такъ какъ мы знаемъ, съ какого мѣста планъ изложенія двухъ книгъ начинаетъ совпадать, то мы смѣло можемъ заключить, что первые 15 параграфовъ 32-го отрывка нашего титула въ общемъ отражаютъ порядокъ изложенія, по крайней мѣрѣ ходъ мыслей Oratio и, слѣдовательно, могутъ служить намъ косвеннымъ матеріаломъ къ возста-

новленію того плана, по которому она построена Изложеніе того или другого ученія въ видѣ комментарія *κατὰ πόδας* къ какому либо важному памятнику права столь же привычно Ульпіану, какъ и порядокъ институціонный Очень типичный примѣръ мы имѣемъ въ 15-й книгѣ ad Edictum, Dig. 5, 3, 20, 6 слл., 5, 3, 23; 5, 3, 25 и далѣе. De quibus, начинаетъ онъ Dig 5, 3, 20, 6, cum forma senatusconsulto sit data, optimum est ipsius senatusconsulti interpretationem facere, verbis eius relatis.

### IV. Планъ Oratio по 33-й книгѣ Ульпіана.

Начало fr. 32.

Самое начало fr. 32, — т. е. pr. и § 1 — для насъ въ данномъ случаѣ вовсе безполезны: это остатки введенія въ 33-ю книгу Ульпіана ad Sabinum, введенія, какъ надо полагать, бывшаго довольно пространнымъ въ подлинномъ видѣ.

Dig. 24, 1, 32, 2.

Слѣды Oratio становятся замѣтными только съ § 2-го. Однако приведенный въ немъ отрывокъ выхваченъ изъ середины текста: какъ синтаксическій оборотъ (accusativus cum infinitivo), такъ и содержаніе не оставляютъ въ томъ ни малѣйшаго сомнѣнія. Напротивъ, какъ содержаніе, такъ и характеръ изложенія дѣлаютъ чрезвычайно правдоподобнымъ, что текстъ Maiores nostri etc. Dig. 24, 1, 3 pr. стоялъ въ самомъ началѣ Oratio, былъ ея первыми словами. Но въ такомъ случаѣ нельзя сомнѣваться въ томъ, что Oratio была посвящена не только нововведенію, но и прямому подтвержденію древняго принципа недѣйствительности супружескихъ дареній: она начиналась торжественнымъ изложеніемъ доводовъ въ пользу недѣйствительности, а затѣмъ признавала справедливой эту недѣйствительность (fas esse, Dig. 24, 1, 32, 2, — ср. nullius momenti esse voluit Dig. 24, 1, 32, 14). Вмѣстѣ съ тѣмъ однако Ульпіанъ словами hæc ratio electa est даетъ намъ понять, что доводы были упомянуты въ Oratio съ извѣстнымъ выборомъ. И дѣйствительно, эти доводы вовсе не расходятся съ заключительными словами § 2-го, такъ какъ примѣнимы только къ случаямъ прекращенія брака между живыми. Весьма характерно также и то, что въ разбираемой нами первой части отрывка 32-го, посвященной наиболѣе близко тексту

Oratio, чуть ли не больше говорится о недѣйствительности, чѣмъ объ исцѣленіи дареній. Если мы далѣе прибавимъ къ этому, что самый объемъ и предѣлъ нововведенія потребовалъ многочисленныхъ разъясненій со стороны современниковъ-юристовъ и донынѣ оставался не вполнѣ выясненнымъ, то мы получимъ всѣ данныя для предположенія, что Oratio была въ значительной мѣрѣ посвящена изложенію сохраняемаго status quo ante и затѣмъ въ видѣ заключительнаго тезиса излагала предлагаемое нововведеніе (ср объ этомъ выше дословную, выписку изъ Ретеса, стр. 468).

Вдумаемтесь возможно тщательнѣе въ ходъ мыслей Ульпіана. Параграфы 3—5 безспорно посвящены вопросу, quando donator intelligatur revocasse voluntatem: pœnitentia должна быть suprema; при ея наличности исцѣленіе невозможно; при сомнѣніи исцѣленіе предпочтительнѣй; отдача дарителемъ дара въ залогъ не всегда есть признакъ отмѣны даренія Dig. 24, 1, 32, 3—5.

До сихъ поръ все ясно. Новая мысль сказывается въ § 6-мъ: въ немъ говорится о впаденіи дарителя въ рабство. Затѣмъ идетъ рѣчь о самоубійствѣ дарителя послѣ преступленія и о damnatio дарителя-солдата. Общаго въ этихъ послѣднихъ трехъ случаяхъ то, что Ульпіанъ обсуждаетъ возможность приравнять эти случаи къ смерти дарителя. Запомнимъ это наблюденіе, изъ котораго покамѣсть трудно было бы сдѣлать какой нибудь устойчивый выводъ, и перейдемъ къ весьма трудному § 9-му. Dig 24, 1, 32, 6—8.

Для удобства читателей мы начнемъ съ дословной выписки подлежащаго нашимъ изслѣдованіямъ текста. Dig. 24, 1, 32, 9.

Quod ait Oratio: consumpsisse, sic accipere debemus: ne is, qui donationem accepit, locupletior factus sit. Ceterum, si factus est, Orationis beneficium locum habebit. Sed et si non sit factus locupletior, dederit tamen tantam quantitatem eaque exstet, dicendum est, si is decessit, qui factus est locupletior, posse repetere id, quod dedit, nec compensare id, quod consumpsit, quamvis divortio secuto haec compensatio locum habeat. *Dig. 24, 1, 32, 9.*

Несомнѣнно, что составители дигестъ, въ своей заботѣ о краткости, такъ урѣзали эту выдержку, что внѣ связи мыслей, пояснявшей ее въ подлинникѣ, сильно затемнился

точный первоначальный смыслъ отрывка. Вполнѣ возстановить его можно лишь посредствомъ тщательнаго изслѣдованія. Установимъ сначала, что̀ можно извлечь изъ отрывка путемъ прямыхъ умозаключеній.

Первая половина § 9.

Прежде всего, изъ первой половины текста, до словъ sed et si non sit, ясно, что въ Oratio встрѣчалось слово consumpsisse: ait oratio consumpsisse. Далѣе, это слово должно было (debemus accipere) обозначать въ ней отсутствіе обогащенія: ne locupletior factus sit. Кромѣ того, Oratio имѣла въ виду отсутствіе обогащенія на сторонѣ одареннаго: qui donationem accepit. Наконецъ, тамъ, гдѣ стояло слово consumpsisse,шла рѣчь объ условіяхъ, при которыхъ льгота на основаніи Oratio не могла имѣть мѣста: ne factus sit locupletior; si factus est, Orationis beneficium locum habebit. Послѣднія слова даютъ намъ первый ключъ къ пониманію сомнительнаго текста.

Отсутствіе обогащенія.

Исцѣленіе даренія по общему правилу наступало въ силу Oratio при обогащеніи одареннаго въ томъ случаѣ, если онъ переживалъ дарителя; въ нашемъ же отрывкѣ идетъ рѣчь объ обратномъ случаѣ, т. е. стало быть объ отсутствіи обогащенія при тѣхъ же условіяхъ. Однако мы знаемъ, что недѣйствительность и до 206 г. не распространялась на тѣ дарственныя сдѣлки, при которыхъ не имѣлось налицо обогащенія одареннаго.

„Consumpsisse“

Въ этомъ затрудненіи нѣсколько помогаетъ намъ слово consumpsisse. Оно само по себѣ вовсе не имѣетъ того значенія, которое въ нашемъ текстѣ находитъ въ немъ Ульпіанъ, — т е. „отсутствіе обогащенія“. Его прямой юридическій смыслъ — потребить, израсходовать, отчудить. А въ этомъ смыслѣ возможна была consumptio и съ обогащеніемъ одареннаго, которая хоть и устраняла по̀праву до Oratio виндикацію дарителя, однако не препятствовала ему кондицировать обогащеніе.

Обогащеніе и консумпція.

Благодаря изложенному, мы значительно подвинулись впередъ: въ Oratio сказано „consumpsisse“; Ульпіанъ оговаривается, что здѣсь надо имѣть въ виду только тотъ случай, когда при консумпціи нѣтъ обогащенія одареннаго; а изъ этой оговорки ясно, что въ ней нуждался текстъ Oratio и, стало быть, по буквѣ текста consumpsisse было въ ней поставлено безотносительно къ обогащенію одареннаго, т. е.,

стало быть, безотносительно и къ тѣмъ искамъ, которые могъ противъ него вчинить даритель (или преемникъ дарителя) по древнему праву (iuris rigore nondum laxato). Отсюда, между прочимъ, намъ уже вполнѣ ясно, насколько былъ правъ и насколько неправъ Рихтеръ въ пониманіи § 9-го, — ср. выше стр. 473.

§ 9-й и содержаніе Oratio.

Теперь мы можемъ нѣсколько точнѣе выяснить, чего касалось Oratio: въ ней шла рѣчь 1) о консумпціи дара одареннымъ, пережившимъ дарителя, и 2) о непримѣнимости Oratio къ этому случаю; причемъ текстъ былъ составленъ въ такихъ общихъ выраженіяхъ, что Ульпіанъ счелъ нужнымъ снабдить ихъ рестриктивнымъ толкованіемъ. Однако, съ какой стати могли тутъ императоры заговорить о непримѣнимости вводимой ими льготы? Можно было бы предположить или 1) что они сами ограничили область примѣненія, или 2) что имъ пришлось коснуться въ рѣчи такихъ случаевъ, къ которымъ льгота непримѣнима. Однако и то и другое невѣроятно. Ни о какихъ ограниченіяхъ льготы самими императорами мы ничего не знаемъ ни по прямымъ свидѣтельствамъ источниковъ, ни по какимъ либо косвеннымъ примѣтамъ. А съ другой стороны мы только что выяснили, что рѣчь шла именно объ условіяхъ примѣнимости льготы, — о случаѣ смерти дарителя раньше одареннаго.

Еще разъ „consumpsisse“.

При этихъ условіяхъ остается лишь одинъ исходъ, подсказываемый притомъ и отрицательною редакціею, принятой Ульпіаномъ при толкованіи consumpsisse (ne locupletior factus sit): приходится думать, что consumpsisse было поставлено въ Oratio тамъ, гдѣ говорилось о примѣнимости льготы, но предусматривалась необходимость о т с у т с т в і я консумпціи. И точно, умѣстна ли была льгота при консумпціи? Только въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ Ульпіаномъ, такъ какъ иначе въ ней не было никакой надобности еще и по древнему праву. Однако мы видѣли, что императорами именно и не были предусмотрѣны случаи, разобранные Ульпіаномъ: а стало быть, если они ихъ не предусмотрѣли, они могли упомянуть о консумпціи, какъ о такомъ обстоятельствѣ, которое очевидно исключаетъ самое примѣненіе льготы. Словомъ, мы можемъ заключить, что о консумпціи упоминалось въ видѣ (не совсѣмъ удачной съ точки зрѣнія строгаго толкованія) оговорки, вставленной посредствомъ отрицательнаго

союза — напр. такъ: nisi (или: si non и т. п.) prior vita decesserit is, qui donatum accepit, vel consumpsisse reperiatur.

Вторая половина § 9-го

Вторая половина § 9-го, какъ ясно изъ словъ sed et si non sit etc., даетъ оговорку къ первой, только что нами разобранной, и стало быть посвящена случаю исцѣлимости даренія даже при отсутствіи обогащенія. Но вѣдь тутъ и по старому праву не нужно исцѣленія, такъ какъ нѣтъ даренія между супругами, гдѣ нѣтъ обогащенія одареннаго? Да, правило таково: но Ульпіанъ находитъ условія, при которыхъ льгота Oratio небезполезна. Что, если одаренный консуммировалъ полученный даръ, а между тѣмъ самъ подарилъ что нибудь дарителю и даритель умеръ? По старому праву одаренный имѣетъ виндикацію, если его даръ налицо, но зато наслѣдникъ дарителя можетъ противопоставить ретенцію на размѣръ консуммированнаго даренія. А по новому? По новому, благодаря льготѣ Oratio, виндикація сохраняется въ полной силѣ, если res exstat, такъ какъ остается недѣйствительнымъ отвѣтное дареніе пережившаго одареннаго, и не парализуется ретенціей, ибо вслѣдствіе смерти перваго дарителя исцѣляется дареніе пережившему одаренному. Оттого то и непримѣнимо сказанное къ случаю развода, такъ какъ разводъ не подходитъ подъ Oratio и ею созданное новое право. Рѣшеніе превосходно и дѣлаетъ честь Ульпіану. Съ другой стороны мы получаемъ въ немъ небольшое подтвержденіе нашей прежней догадкѣ, хотя само по себѣ безполезное для возстановленія Oratio: именно, мы убѣждаемся, что слово consumpsisse встрѣчалось по поводу пережитія дарителя одареннымъ. Но въ остальномъ вторая половина параграфа покамѣсть намъ безполезна.

Значеніе Dig. 24, 1, 32, 6—8.

Оглянемся ненадолго назадъ, чтобъ удобнѣе было закончить нашу работу. Изъ § 9 мы вывели, что въ немъ Ульпіанъ толковалъ текстъ Oratio, гдѣ предусматривались условія примѣненія новой льготы, съ оговоркой о ея неумѣстности при консумпціи дара одареннымъ. А этими условіями были, какъ мы знаемъ, смерть дарителя раньше одареннаго и безъ отмѣны даренія. Объ отмѣнѣ даренія говорилось въ §§ 3, 4 и 5 отрывка 32-го примѣнительно къ словамъ Oratio: fas esse eum quidem, qui donavit, pœnitere. Въ § 9 говорилось о смерти дарителя, которая въ Oratio предусматривалась очевидно въ связи съ переходнымъ по-

ложеніемъ heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius qui donaverit durum et avarum esse. Но тогда становится яснымъ и значеніе §§ 6, 7 и 8: какъ мы запомнили выше, въ нихъ говорится о случаяхъ, могущихъ быть приравненными къ смерти дарителя.

Дальнѣйшее изслѣдованіе не встрѣчаетъ затрудненій. Первыя слова § 10 я считаю близкимъ пересказомъ Oratio, въ виду словъ hoc est, удостовѣряющихъ подлинность выраженія veteri iuri statur (оно и вообще напоминаетъ манеру изложенія въ orationes Севера: ср. nihil novandum въ Dig. 27, 9, 1, 2 fin.) и подтвержденія въ § 14 подлинности выраженія si prior vita decesserit, qui donatum accepit, лишь немного измѣненнаго Ульпіаномъ въ § 10. Нѣсколько сомнительнѣй упоминаніе развода; но въ дальнѣйшихъ §§ 11, 12 и 13 такъ подробно разбираются случаи, касающіеся развода, а въ § 14 случай, аналогичный смерти сторонъ, т. е. соблюдается порядокъ изложенія § 10-го, что эту сомнительность можно считать устраненной. Если бъ Oratio не упоминала развода, а Ульпіанъ ввелъ бы его въ свое изложеніе, какъ необходимое дополненіе ex mente Orationis, то очевидно объ этомъ дополненіи онъ сказалъ бы послѣ другихъ случаевъ, предусмотрѣнныхъ прямыми словами закона. Наконецъ § 15 видимо является остаткомъ объясненій о признакахъ perseverantia voluntatis дарителя; но, вообще говоря, его связь съ предшествующимъ и послѣдующимъ мнѣ совершенно темна. Правдоподобно только то, что онъ стоитъ вполнѣ особнякомъ, уцѣлѣвъ между большими пропусками раньше и послѣ него, сдѣланными въ подлинникѣ при составленіи дигестъ. Dig. 24, 1, 32, 10—15.

Подведемъ итогъ достигнутымъ нами результатамъ. Тщательнымъ разборомъ того отрывка Ульпіана, который мы сочли извлеченіемъ изъ его толкованія *κατὰ πόδας* на текстъ Oratio, мы выяснили послѣдовательность мыслей въ этомъ толкованіи: Ульпіанъ сперва говорилъ о пожизненномъ правѣ дарителя отмѣнять дареніе, затѣмъ о несправедливости предоставлять это право наслѣдникамъ дарителя, потомъ о смерти дарителя съ оговоркой о консумпціи дара и наконецъ о случаяхъ непримѣнимости Oratio. Слѣдовательно, заключаемъ мы, таковъ же былъ ходъ мыслей въ самой Oratio. Заключеніе.

## § 11. Содержаніе Oratio.

### I. Планъ Oratio и ея отрывки.

Сопоставленіе плана съ уцѣлѣвшими отрывками Oratio 206 г.

Если же мы сопоставимъ эту схему съ подлинными ея отрывками, до насъ уцѣлѣвшими, то и еще болѣе расширимъ наши свѣдѣнія, такъ какъ намъ выяснятся новые пробѣлы, а благодаря сохранившимся отрывкамъ и тѣ мысли, которыя стояли, вѣроятно, на мѣстѣ этихъ предполагаемыхъ пробѣловъ. И на самомъ дѣлѣ, сопоставимъ нашу схему съ подлинными отрывками.

I. Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis æstimantes, famæ etiam coniunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari viderentur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.

II. Fas esse eum quidem, qui donavit, pœnitere, heredem vero eripere, forsitan adversus voluntatem supremam eius, qui donaverit, durum et avarum esse.

III. si ante mors contigerit ei, qui donavit,

IV. neque is, cui donavit, consumpsisse reperiatur...

V. Si divortium post donationem intercesserit aut prior decesserit, qui donatum accepit, veteri iuri statur.

### II. Выводы изъ сопоставленія.

Пробѣлъ нашихъ свѣдѣній

Прежде всего безспорно, что II-ой отрывокъ не вытекаетъ непосредственно изъ I-го. Между ними несомнѣнно чувствуется пробѣлъ. II-й отрывокъ имѣетъ характеръ вывода, заключенія, тогда какъ I-й очевидно является вступленіемъ. Разумѣется, промежутокъ подготовлялъ выводъ; а такъ какъ выводъ противорѣчитъ по смыслу вступленію, — вступленіе восхваляетъ поводы къ недѣйствительности, а выводъ клеймитъ ея несправедливость въ нѣкоторыхъ случаяхъ, — то въ этомъ промежуткѣ, надо полагать, и находился общій обзоръ послѣдствій недѣйствительности и нѣкоторыя изъ нихъ одобрялись, другія порицались. И такъ какъ II-й отрывокъ, подготовляющій слушателей къ нововведенію, начинаясь похвалою, заканчивался порицаніемъ, то остается думать, что въ утраченной части Oratio соблюдался тотъ же порядокъ, т. е. что послѣ введенія говори-

лось, какъ цѣлесообразна недѣйствительность между живыми, но какъ она утрачиваетъ смыслъ, когда кого либо изъ супруговъ постигаетъ смерть. Возможно, что здѣсь императоры ссылались и на принятое обыкновеніе отказывать пережившему супругу то, что̀ ему было подарено при жизни, подтверждающее ихъ мысль[1], и затѣмъ переходили къ случаямъ наслѣдованія ab intestato, когда недѣйствительность дареній, безполезная послѣ смерти, сказывалась съ несравненно большею силою, чѣмъ при жизни: супругъ подарилъ, а наслѣдникъ отнялъ. Какъ не сказать при этомъ: fas esse eum quidem etc.? И при такомъ изложеніи вполнѣ понятна возможность разногласія между толкователями, изъ которыхъ одни могли ограничивать — по буквѣ — льготу Oratio случаями rerum donationes, а другіе — по духу — примѣнять ее къ omnes omnino donationes.

Общая мысль плана.

Второй выводъ, который намъ удается сдѣлать на основаніи нашихъ критическихъ построеній, касается отрывковъ II-го и III-го. Дѣло въ томъ, что II-й отрывокъ, какъ мнѣ уже приходилось отмѣчать въ этой главѣ, не является санкціею закона, ибо санкціей еще не можетъ быть нравственное сужденіе о тѣхъ или другихъ случаяхъ, встрѣчаемыхъ на практикѣ. „Это — хорошо, а это — худо“, — такъ; но что̀ же запрещено и что̀ дозволено? Судя по ходу мыслей Ульпіана, объ этомъ говорилось дальше и при томъ такъ, что сперва излагалось нововведеніе (III и IV), а затѣмъ упоминались случаи, на которые льгота не распространяется (V). Словомъ, закончивъ вступленіе (I) порицаніемъ (II), императоры предлагали remedium противъ осуждаемаго зла (III), съ оговоркой о случаяхъ безполезности remedium (IV), и переходили къ случаямъ, въ улучшеніяхъ не нуждающимся (V). Помимо естественности такого порядка изложенія, знаменательно, что ему вполнѣ подобно было построеніе другой дошедшей до насъ Oratio Севера, de potioribus nominandis, Vat. Fr. § 158, по крайней мѣрѣ въ уцѣлѣвшей ея части: и тамъ сперва описывается зло, отъ котораго желательно помочь, и непосредственно затѣмъ, со словами cui

[1] Я говорю „возможно“ потому, что намеками на такую мысль кажутся мнѣ выраженія Ульпіана и др. quæ eius causa comparata, nomine uxoris a viro comparata sunt, Dig. 24, 1, 32, 1, etc.

rei obviam ibitur, patres conscripti, si censueritis, ut etc, предлагается remedium противъ этого зла.

Окончательный итогъ.

Въ итогѣ мы можемъ предположить, что планъ Oratio приблизительно имѣлъ слѣдующій видъ:

I. Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famæ etiam coniunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari viderentur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.

II. Эти доводы вполнѣ примѣнимы къ дареніямъ, пока супруги остаются въ живыхъ, продолжается ли бракъ, или прекратится; но другое дѣло, когда который нибудь изъ нихъ умретъ.

III. Мы ежедневно видимъ также, что въ завѣщаніи мужъ отказываетъ женѣ даренія и вообще все, что̀ было заказано, сдѣлано и куплено для нея или на ея имя.

IV. Зато если мужъ умретъ ab intestato, недѣйствительность дареній особенно тягостно сказывается на вдовѣ, которая лишается не только мужа, но и того имущества, котораго не лишалась до конца его жизни.

V. Итакъ, placet, fas esse eum quidem, qui donavit, poenitere, heredem vero eripere, forsitan adversus voluntatem supremam eius, qui donaverit, durum et avarum esse.

VI. Cui rei obviam ibitur, patres conscripti, si censueritis, ut donationes inter virum et uxorem factae,

VII. si ei, qui donaverit et in eadem voluntate usque ad ultimum diem vitae perseveraverit,

VIII. ante mors contigerit,

XI. quam ei, qui donatum accepit

X. neque consumpsisse reperiatur,

XI. confirmentur;

XII. quodsi divortium post donationem intercesserit aut prior decesserit, qui donatum accepit, veteri iuri stetur.

Намъ остается только снабдить этотъ планъ поясненіями, дополненіями и подтвержденіями изъ источниковъ, чтобы считать задачу настоящей главы вполнѣ исчерпанною. Всего лучше сдѣлать это по частямъ, помѣченнымъ римскими цифрами.

## III. Толкованія къ реституціи.

I. Послѣ всего, что̀ было выше сказано, поясненій сюда болѣе не требуется. 1 часть.

II. Помимо данныхъ уже нами поясненій, въ источникахъ есть мѣста, дающія поводъ предполагать, что въ Oratio заключалась такая или приблизительно такая мысль. Въ этомъ отношеніи главный текстъ — Dig. 24, 1, 32, 14, а именно слова an neutram, quia vivis eis finitum est matrimonium. Сюда же можно прибавить constante matrimonio Dig. 24, 1, 32, 20, ср. 24, 1, 32, 19, manente matrimonio Dig. 24, 1, 33 pr. и опять constante matrimonio Dig. 24, 1, 33, 2. Я вовсе не считаю этихъ мѣстъ рѣшающими доказательствами и не исключаю безусловно возможности, что въ нихъ отразился лишь отрицательный выводъ юристовъ изъ подлинныхъ словъ si prior vita decesserit; но я думаю, что они не лишены значенія, если принять наше удостовѣреніе пробѣла между I и V и выводы, къ которымъ оно обязываетъ. II часть.

III. Я почти убѣжденъ, что эта мысль и въ этихъ приблизительно выраженіяхъ заключалась въ Oratio Прежде всего, не характерно ли, что огромное большинство мѣстъ, толкующихъ Oratio, такъ прямо и говоритъ о дареніяхъ мужа женѣ, а не обратно и не вообще о дареніяхъ между супругами? См. напр. Vat. Fr. § 276; Dig. 24, 1, 23; 24, 1, 32, §§ 1, 3, 5—8, 10, 11 (?), 15, 17; Cod. 5, 16, 1; 5, 16, 2; 5, 16, 10; 5, 16, 14. Еще болѣе важно, что юристы даже подчеркиваютъ болѣе широкое примѣненіе льготы Oratio, чѣмъ въ предѣлѣ дареній мужемъ женѣ (особенно Dig. 24, 1, 32, 1): очевидно, текстъ давалъ поводъ къ такому недоразумѣнію. Въ особенности же характерно выраженіе uxoris nomine comparare, Vat. Fr. § 276; Dig. 24, 1, 32, 1; Cod. 4, 50, 1, и 5, 16, 2. Если мы примемъ во вниманіе, что оно было общепринятымъ для отказовъ женамъ дареній, сдѣланныхъ при жизни[1], то наше предположеніе достигнетъ высокой степени вѣроятности. Но еще болѣе повышаетъ ее то соображеніе, что подлинныя слова санкціи и диспозиціи Oratio говорили не о мужѣ и женѣ, но отвлеченно, qui donatum acceрit и т. п. Слѣдовательно, прямыми словами о мужѣ и III часть.

[1] Обзоръ текстовъ см. Бриссона De formulis, изд. 1754 г., стр. 612—613.

женѣ могло говориться только во вступленіи. Отсюда и понятно, что по буквѣ закона возможно было узкое его толкованіе и что гораздо вѣрнѣе духу было широкое, принятое Ульпіаномъ. Другое дѣло вопросъ о mortis causa donationes. Нѣтъ ничего невозможнаго, что для подкрѣпленія II пункта императоры сослались на исконную дѣйствительность дареній mortis causa; но этого еще мало для предположенія о томъ, что они дѣйствительно сдѣлали такую ссылку, хоть и напрашивающуюся по связи мыслей.

IV часть. IV. Съ такою же, или немногимъ большею, вѣроятностью, какъ по поводу § II-го, можно считать отголосками настоящаго § IV-го текстъ Dig. 24, 1, 32, 6 и выраженіе fini decimarum въ Vat. Fr. § 294, 2. И на самомъ дѣлѣ, отчего бы считать Ульпіану дареніе non impletam, sed peremptam въ случаѣ впаденія дарителя въ рабство (самъ же онъ говоритъ, что servitus morti comparatur), если бы въ текстѣ Oratio не было препятствій къ такому заключенію? Ссылка на выраженія si prior vita decesserit и т. п. здѣсь неумѣстна: весь пространный текстъ Dig. 24, 1, 32, 14 свидѣтельствуетъ, что рабство вліяло на льготу Oratio только при условіи смерти кого либо изъ супруговъ. Если же препятствіе лежало не въ диспозиціи и санкціи, то очевидно слѣдуетъ искать его въ прологѣ.

Еще важнѣе выраженіе fini decimarum у Папиніана Vat. Fr § 294, 2: по моему мнѣнію оно намекаетъ на случай наслѣдованія ab intestato Даренія супружескія не отнимаются по образцу decimarum; а когда не отнимаются decimæ? При наслѣдованіи ab intestato. Итакъ, если даренія исцѣлялись при смерти intestato, становится весьма вѣроятнымъ, что объ этомъ случаѣ шла рѣчь въ Oratio; а идти она могла только въ прологѣ. Замѣтьте въ особенности, что именно Папиніанъ, дѣлающій уподобленіе decimis, придавалъ особенное значеніе прологу Oratio, проводя свою теорію рестриктивнаго толкованія.

V часть. V. Здѣсь нужно лишь одно поясненіе: слово placet, по моему, весьма счастливо привлечено Рихтеромъ для поясненія accusativus cum infinitivo, если не считать этотъ оборотъ принадлежащимъ Ульпіану, Dig. 24, 1, 32, 2, въ зависимости отъ его словъ ait oratio. Пожалуй, отмѣчу еще, что сюда же принадлежитъ толкованіе Dig. 50, 16, 170. Нако-

нецъ, слово eripere и вообще вся фраза не является ли въ стилистическомъ отношеніи отголоскомъ Цицерона, Verr. 2, 1, 44, 113: liberis eius bona patria, voluntate patris . . . tradita, eripere s? Тогда къ отрывкамъ II, III и IV подошли бы и дальнѣйшія слова Цицерона: Quibuscum vivi bona nostra partimur etc.

VI. Переходная фраза мною заимствована изъ другой Oratio Севера, какъ уже было сказано; но я вовсе не держусь ея: напротивъ, именно надо думать, что стилистически оборотъ былъ другой, такъ какъ шаблонныя повторенія неправдоподобны въ Oratio, носящей всѣ признаки заботливой литературной обработки; я только полагаю, что смыслъ перехода былъ именно таковъ, какова бы ни была редакція. Зато Dig. 24, 1, 32, 22 неопровержимо свидѣтельствуетъ, что слова donatio inter virum et uxorem встрѣчались не только въ прологѣ Oratio, но и въ ея диспозиціи или санкціи. Тамъ ли и въ той ли связи, какъ я здѣсь ихъ поставилъ? Утверждать и отрицать было бы равно трудно. VI часть.

VII. Твердо убѣжденъ, что и эта мысль, и почти этими самыми словами была выражена въ Oratio. Если сравнить Vat. Fr. § 294, Dig. 24, 1, 32, §§ 3 fin., 18 и 22 и Cod. 5, 16, 1; 5, 16, 3 pr. и 5, 16, 10, то мы увидимъ нѣкоторое разнообразіе, но почти вездѣ встрѣтимъ слова usque, eadem voluntas, perseveravit. Характерно въ особенности то, что всего ближе другъ къ другу редакціи въ рескриптахъ Каракаллы, Cod. 5, 16, 1 и 5, 16, 3, и Гордіана, Cod 5, 16, 10: а это свидѣтельствуетъ въ пользу ихъ большей близости къ подлиннику и тѣмъ болѣе о томъ, что въ подлинникѣ находились именно эти слова. VII часть.

VIII. Слова взяты изъ Ульпіана, Dig. 24, 1, 32, 14. Изъ его текста можно заключить, что они заимствованы изъ подлинной Oratio: но можно этого и не заключать, считая ихъ пересказомъ юриста. Я рѣшаюсь на первое предположеніе потому, что въ литературно обработанномъ памятникѣ невѣроятно повтореніе того же самаго оборота въ нѣсколько словъ почти рядомъ, на протяженіи немногихъ строкъ. Правдоподобнѣе предположить, что та же мысль была выражена синонимически, но не въ видѣ тяжелаго плеоназма. А разъ Ульпіанъ даетъ намъ поводъ считать подлинными выраженіями Oratio два синонимическихъ VIII часть.

оборота, то было бы противно всѣмъ принципамъ филологической критики не воспользоваться его указаніемъ.

IX часть. IX. Къ несчастью, Ульпіанъ не даетъ намъ такого же матеріала въ данномъ случаѣ, какъ въ предыдущемъ, и потому слова qui donatum asserit повторены мной и въ § XII.

X часть. X. Въ отношеніи смысла новыхъ объясненій не требуется; въ отношеніи редакціи могу повторить примѣчаніе къ § V: снова спасибо Рихтеру.

XI часть XI. Слово confirmare считаю подлиннымъ выраженіемъ Oratio на основаніи Vat. Fr. § 276, Cod. 5, 16, 3 и 10, Dig. 24, 1, 33 pr. и особенно Dig. 24, 1, 32, 1: если бы confirmare не было легальнымъ (въ данномъ случаѣ) терминомъ, какъ могъ бы воспользоваться имъ Ульпіанъ для названія Oratio? Въ остальномъ прошу сравнить немного выше примѣчаніе къ III пункту Oratio, какъ она возстановлена у Рихтера на стр. 478, и еще ранѣе по поводу теоріи де-Медіо, выше стр. 409.

XII часть. XII. Поскольку объясненія могутъ потребоваться, они уже даны въ предшествующемъ изложеніи.

# V

# УКАЗАТЕЛИ

# УКАЗАТЕЛЬ ИСТОЧНИКОВЪ.


**Afranius.**
Vopiscus. 104. **205.**
**Ambrosius.**
In Epist. ad Cor.
**1, 7, 5. 217.**
Exp. Evang. sec. Luc.
**1, 4, 3. 217 сл.**
**Apuleius.**
Apologia.
**66.** 160.
**92.** 101. 160. **186.**
Metamorphoses.
**4, 26. 209.**
**5, 11—12. 209.**
**5, 14. 209.**
**5, 29. 366 сл.**
**9, 27 fin.** 113.
**Augustinus.**
Confessiones.
**6, 12, 22. 221.**
Contra Faustum.
**15, 7. 219.**
**19, 26. 219.**
Contra Julianum.
**3, 7, 14. 219.**
**3, 7, 16. 219.**
De civitate Dei.
**14, 19. 220.**
De moribus Manich.
**2, 18, 65. 218.**
De nuptiis et concup.
**1, 4, 5, 218.**
**1, 10, 11. 219.**
Sermones.
**9, 11, 18. 220.**
**51, 13, 22. 220.**
**278, 9, 9. 220.**
**App. 292, 3. 220.**
**Basilica.**
**30, 1, 1 sch.** 154. 155. 156. 190. **200.** 231.
**30, 1, 3.** 102.
**45, 5, 2 sch.** 376.
**Boethius.**
Comm. in Top.
**3, 14.** 252.
**4, 23.** 104.
**6, 17.** 334.
**Cassius Dio.**
**55.** 295.
**55, 7.** 373.
**56, 1, 2 слл. 210—215.**
**56, 3, 1, 2.** 171.
**56, 3.** 377.
**56, 6, 6.** 171.
**56, 7, 1.** 171.
**63, 13. 215.**
**Catullus.**
**61, 149 сл.** 160.
**61, 204 сл. 207.**
**64, 376 сл. 207.**
**Cicero.**
Ad familiares.
**7, 5.** 373.
**9, 22, 3. 206.**
Catilinariae.
**3, 8, 19.** 246. 247.
De divinatione.
**1, 12, 19.** 247.
De domo.
**13, 34.** 173.
**14, 36.** 173.
De harusp. resp.
**25, 56.** 102.
De inventione.
**2, 22.** 300.
De legibus.
**1, 12, 34.** 113.
**2, 10, 23.** 261.
De officiis.
**1, 16, 51.** 121.
**1, 17, 54.** 107. 116. **205 сл.** 268.
**1, 35, 128. 206.**
De senectute.
**11, 37. 206.**
Laelius.
**6, 20.** 114.
**17, 61.** 114.
Philippicae.
**2, 36, 92.** 246 пр. 1.
**2, 37, 93.** 246.
**3, 12, 30.** 246. 247.
pro Caelio.
**31, 76.** 198.
pro Flacco.
**34, 84.** 252.
pro Murrena.
**12, 27.** 252.
**13, 28.** V.
pro Planco.
**2, 5.** 113.

Topica.
**3, 14.** 252.
**4, 23.** 85. 104. 105. 115. 252. 268.
**6, 17.** 334.
**17, 65—66.** 229.
Verrinae.
**II, 1, 44, 113.** 115. 505.
**II, 3, 69, 161. 205.**
**Codex Theodosianus.**
**1, 2, 3. 481.**
**2, 21, 2.** 396.
**2, 25, 1.** 309.
**3, 5, 2.** 160.
**5, 1, 9.** 99. **197 сл.** 231. 376. 390. 396.
**5, 12, 1.** 257.
**8, 16, 1 pr.** 195.
**8, 16, 1, 2.** 179. 195.
**8, 17, 2.** 196.
**8, 57, 2.** 196.
**9, 42, 1. 195 сл.** 396.
**10, 8, 5.** 377.
**Collatio.**
**16.** 115.
**16, 6.** 313.
**16, 7.** 313.
**Columella.**
**XII praef. 8.** 110. 130. **184—185.** 269.
**Consultatio.**
**4, 8.** 160.
**Corpus iuris canonici.**
Decretum.
**II, 27, 2, 2.** 80. 113.
**II, 27, 2, 18.** 80.
**II, 32, 2.** 80.
Decretales.
**1, 21, 5.** 312.
**4, 8, 1.** 80.
**4, 17, 13.** 74.
**4, 20, 8.** 71.
*Δέδωκεν* см. **Justinianus,** Codex 1, 17, 2
**Dionysius Halicarn.**
**2, 25.** 80. 85. 100. 115. 130. **182—183.** 242. 250. 251. 253. 262. 266. 268. 269. 290.
**2, 25, 7. 206.**
**2, 27, 3.** 252. 254.
**10, 57.** 252. 254. 259. 261. 263.
**11, 44.** 261.
**Donatus.**
Ad. Ter. Adelph.
**1, 1, 23.** 103.
**Ennius.**
Andromeda. **203.**
Chresphontes. **204.**
**Festus.**
Receptus mos. 257.
Reus. 254.
**Gaius.**
**1, 111.** 307.
**2, 80.** 413.
**2, 110.** 391.
**2, 111.** 391.
**2, 123.** 409.
**3, 3.** 269.
**3, 14.** 269.
**3, 141.** 265.
**Gellius.**
Noctes Atticae.
**2, 15, 1.** 265. 395.
**2, 24, 2.** 155.
**4, 3, 1 сл.** 334.
**4, 3, 2. 209.**
**5, 19, 5—6.** 173.
**10, 23, 4.** 336.
**17, 21, 44. 210.**
**18, 2, 11.** 155.
**18, 6.** 115.
**18, 6, 9.** 252. 269.
**20, 1.** 110.
**Harmenopulos.**
**1, 9, 14.** 286.
**4, 2.** 102.
**4, 14, 1.** 200.
**Hieronymus.**
Adv. Jovianum.
**1, 28.** 99.
Epistolae.
**1, 2, 44 сл.** 207.
**Horatius.**
Epist. **1, 2, 44 сл. 207.**
**Julius Capitolinus.**
Marcus Antoninus.
**1.** 290,
Opilius Macrinus.
**13, 1.** 481.
**Justinianus.**
**Codex.**
**1, 14, 5.** 378. **405.** 408. 410.
**1, 14, 12, 1.** 231.
**1, 14, 12, 4.** 231.
**1, 14, 12, 5.** 231. 482.
**1, 17, 2, 10.** 371.
**1, 17, 2, 20.** 231.
**1, 17, 2, 20a.** 231.
**1, 17, 2, 21.** 482.
**2, 1, 1.** 441.
**2, 1, 5.** 441.
**2, 1, 8.** 441.
**2, 2, 1.** 253.
**3, 32, 1. 469.**
**3, 38, 11. 309.**
**4, 12. 250.**
**4, 12, 1.** 100.
**4, 18, 2, 1a.** 231.
**4, 50, 1.** 399. 503.
**5, 3, 1.** 74. 341.
**5, 3, 6.** 160.
**5, 3, 15.** 312.
**5, 3, 16.** 159.
**5, 3, 19.** 441.
**5, 3, 20.** 71.
**5, 3, 20, 4.** 70. 72 пр. 1. 101. 111. 151. 153. **198.**
**5, 3, 20, 9.** 441.
**5, 3, 22.** 477.
**5, 4, 9. 217.**
**5, 9, 6 pr 402.**
**5, 12, 30.** 268.
**5, 13, 1, 5.** 408 сл.
**5, 14, 8.** 106. 114. 268.
**5, 15, 2. 444.**
**5, 16. 94.**
**5, 16, 1.** 74 пр. 1. 271. 503. 505.

**5, 16, 2.** 73. 179. **192.** 195. 448. 503.
**5, 16, 3.** 437. 441. 444. 449. **452.** 454. **459. 460.** 469. 483. 484. 486. 505. 506.
**5, 16, 4.** 239. 265. 279. 374. **402.**
**5, 16, 6.** 111, 372.
**5, 16, 6, 1.** 162.
**5, 16, 7.** 74.
**5, 16, 8.** 356.
**5, 16, 10.** 437. 441. 469. 472. 483. 484. 486. 503. 505. 506.
**5, 16, 14.** 503.
**5, 16, 14, 1.** 483. 485.
**5, 16, 14 fin.** 377.
**5, 16, 17.** 356.
**5, 16, 20.** 261. 265. 390. **403.**
**5, 16, 24, 1. 195 сл.**
**5, 16, 27.** 74.
**6, 3, 10.** 251.
**6, 18.** 100.
**6, 24, 5.** 307. 311. 313.
**6, 25, 5, 1.** 160. 180. 187. 194.
**6, 34, 3.** 261.
**6, 46, 2.** 160.
**6, 50, 5.** 360.
**6, 54, 2.** 470.
**6, 59, 7.** 306. 308.
**6, 61, 5.** 308.
**7, 54, 7.** 470.
**7, 71, 4.** 322.
**8, 38, 2.** 70. 160.
**8, 42, 11.** 268.
**8, 47, 10, 5.** 231.
**8, 53, 1.** 74.
**8, 53, 2.** 374.
**8, 53, 29.** 99.
**8, 53, 34.** 290.
**8, 53, 36, 1.** 290.
**8, 53, 36, 2.** 290.
**8, 54, 1.** 74 пр. 1.
**8, 55, 1.** 74 пр. 1.
**8, 56, 1.** 74 пр. 1.
**8, 56, 2.** 360.
**8, 58.** 377.
**9, 12, 1.** 250.
**9, 32, 4.** 75. 78. 80. 104. 106. 250. 252. 267.
**9, 41, 11, 1.** 230.
**10, 10, 5.** 377.
**10, 32, 11.** 250.

**Digesta.**

**1, 1, 2.** 90.
**1, 1, 7.** 240. 256.
**1, 1, 7 pr.** 239.
**1, 2, 2, 2 fin.** 155.
**1, 2, 2, 5.** 230. 232. 237. 239. 241. 243. 279.
**1, 2, 2, 8.** 230.
**1, 2, 2, 12.** 232. 243.
**1, 2, 2, 47—49.** 230.
**1, 2, 2, 49.** 232. 257.
**1, 3, 3.** 287.
**1, 3, 32.** 228. 378.
**1, 3, 32, 1.** 374. 376
**1, 3, 36. 228.** 230. 404.
**1, 3, 38.** 237.
**1, 6, 4.** 252.
**1, 6, 8 pr.** 243. 255. 257. 274.
**1, 7, 15 pr.** 257.
**1, 7, 15, 2.** 173.
**1, 7, 17, 2.** 173.
**1, 8, 6, 5.** 436.
**1, 8, 7.** 436.
**1, 9, 8.** 250.
**1, 12, 1 pr.** 470.
**1, 12, 1, 4.** 470.
**1, 12, 1, 8.** 470 пр. 1.
**1, 12, 1, 14.** 470 пр. 1.
**1, 21, 1 pr.** 253.
**1, 21, 1, 1.** 238. 281.
**2, 1, 5.** 238. 281.
**2, 1, 19.** 250.
**2, 11, 2, 3.** 254.
**2, 14, 48.** 336.
**3, 1, 1, 3.** 230.
**5, 1, 12.** 233.
**5, 1, 12, 1.** 238.
**5, 1, 12, 2.** 391.
**5, 1, 65.** 250. 416.
**5, 2, 8, 6.** 360.
**5, 3, 20.** 474.
**5, 3, 20, 6.** 494.
**5, 3, 22.** 474.
**5, 3, 23.** 494.
**5, 3, 25.** 494.
**6, 1, 23, 3.** 463.
**7, 4, 22.** 158. 269.
**7, 8, 4, 1.** 157. 250. 269. 416.
**7, 8, 8, 1.** 159. 250. 269.
**7, 8, 9.** 158. 269.
**12, 4, 8.** 306. **310.** 311. 312. 313.
**12, 5.** 375.
**15, 1, 1, 5.** 390 пр. 1.
**16, 1, 1 pr.** 396.
**16, 1, 1, 1.** 391.
**16, 1, 1, 2.** 391.
**16, 1, 13, 1.** 462.
**17, 2, 1.** 106.
**17, 2, 1—2.** 106.
**17, 2, 30.** 75.
**17, 2, 45.** 106.
**17, 2, 63, 10.** 492.
**17, 2, 65.** 492.
**18, 1, 1, 1.** 265.
**22, 1, 38. 310.**
**22, 1, 38, 1.** 311. 313.
**22, 6, 4.** 322.
**23, 2, 1.** 78. 80. 104. 106. 110. 112. 114. 115. 135. 250. 252. 267.
**23, 2, 23.** 441.
**23, 2, 44.** 441.
**23, 2, 60.** 470.
**23, 2, 67, 3.** 470.
**23, 3, 2.** 105.
**23, 3, 5, 9.** 239. 265. **400 сл.** 402. 403.

**23, 3, 75.** 268 и пр. 2.
**23, 4, 5 pr.** 399.
**23, 4, 5, 1.** 239. 243. 265. 279. **399.**
**23, 4, 7.** 265.
**23, 4, 22.** 478.
**23, 4, 27.** 71. 101. 126. **188.** 191. 239. 399. 403 сл.
**24, 1.** 67. 94. 270. 291. 407.
**24, 1, 1.** 70. 72. 74. 77. 79. 80. 84. 89. 90. 98. 100. 110. 118. 119. 121. 126. 130. 131. 132. 133. 136. 147. 149. 150. 151. 153. **153—157.** 167. 189. 193. 232. 236. 238. 239. 243. 281. 398. 490 сл.
**24, 1, 1 pr.** 90. 225. 228. 230. 235. 237. 238. 241. 242. 253. 256. 265. 274. 278. 280. 294. 299. 300. 343. 350. 356. 371. 377. 378. 398. 433.
**24, 1, 1, 1.** 294.
**24, 1, 2.** 70. 72. 73. 74. 77. 80. 84. 89. 90. 98. 100. 109. 110. 118. 119. 120. 121. 126. 131. 132. 133. 136. 147. 149. 151. **153—157.** 175. **188.** 228. 281. 350. 377. 397. 398.
**24, 1, 3.** 70. 72. 89. 90. 100. 111. 118. 119. 120. 121. 126. 132. 136. 147. 149. **153—157.** 180. 193. 272. 281. 409 сл.
**24, 1, 3 pr.** 76. 79. 80. 84. 90. 101. 109. 126. 131. 152. 153. **189 сл.** 191. 251. 261. 265. 275. 276. 290. 350. 375. 389. 390. 447. 468. 469. 472. 473. 483. 484. 486. 490. 494.
**24, 1, 3, 1.** 279. 286. 290. 386. 390. 426. 483. 490 сл.
**24, 1, 3, 2.** 274. 290.
**24, 1, 3, 3.** 374. 389.
**24, 1, 3, 5.** 374. 390.
**24, 1, 3, 6.** 374. 390.
**24, 1, 3, 7.** 390. **416.**
**24, 1, 3, 10. 296.** 299. 375. 390. 407. 408. 410. 491.
**24, 1, 3, 11.** 404. 491.
**24, 1, 3, 12. 400.** 491.
**24, 1, 3, 13,** 491.
**24, 1, 5 pr. слл.** 490. 491.
**24, 1, 5, 6.** 98. 407. 491.
**24, 1, 5, 7.** 407. 490. 491.
**24, 1, 5, 8.** 74. 295. 378. 492.
**24, 1, 5, 9.** 492.
**24, 1, 5, 10.** 492.
**24, 1, 5, 11.** 492.
**24, 1, 5, 12.** 492.
**24, 1, 5, 13.** 473. 492.
**24, 1, 5, 14.** 492.
**24, 1, 5, 15.** 492.
**24, 1, 5, 16.** 492.
**24, 1, 5, 17.** 378. 492.
**24, 1, 5, 18.** 390. 399. 400. 404. 405. 408. 410. 473. 492.
**24, 1, 5 ult.** 356.
**24, 1, 6.** 375. 378. 390. 404. 407. 409.
**24, 1, 7 pr. 296.** 356. 490. 492.
**24, 1, 7, 1.** 408.
**24, 1, 7, 5.** 483.
**24, 1, 7, 6.** 229. 230. 403 сл.
**24, 1, 9.** 490 сл.
**24, 1, 9, 1.** 492 пр. 1.
**24, 1, 9, 2.** 420. 492.
**24, 1, 10.** 261.
**24, 1, 11.** 490 сл.
**24, 1, 11, 1.** 260.
**24, 1, 11, 11.** 420.
**24, 1, 12.** 228. 387.
**24, 1, 13.** 490 сл.
**24, 1, 13, 1.** 420.
**24, 1, 13, 2.** 390.
**24, 1, 15.** 296. 490 сл.
**24, 1, 15 pr.** 295.
**24, 1, 17.** 296. 490 сл.
**24, 1, 18.** 158.
**24, 1, 19.** 490 сл.
**24, 1, 21.** 490 сл.
**24, 1, 23.** 300. **431—443.** 450—453. 455. 457. **458 сл.** 460. 463. 464. 469. 472. 483—486. 503.
**24, 1, 24.** 228.
**24, 1, 25.** 170. **296.**
**24, 1, 26.** 228. 483.
**24, 1, 26 pr.** 321. **400.**
**24, 1, 28, 2. 193.** 295.
**24, 1, 28.** 228.
**24, 1, 29, 1.** 408.
**24, 1, 30.** 408.
**24, 1, 31, 2.** 408.
**24, 1, 31, 7.** 103. 126. 133. 151. 153. 169. **187.** 262. 265. 286. **394 и пр. 2.** 398.
**24, 1, 31, 8.** 295.
**24, 1, 31, 10.** 407.
**24, 1, 32.** 272. 436. 468.
**24, 1, 32 pr.** 79. 225. 233. 275. 300. 374.