

98,425

ПРЕДВРАЧНЫЙ ДАРЪ
ВЪ РИМСКОМЪ ПРАВѢ

И

ВЪ ПАМЯТНИКАХЪ ВИЗАНТІЙСКАГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА.

ИЗСЛѢДОВАНІЕ ПРЕДСТАВЛЕННОЕ СЪ РАЗРѢШЕНІЯ
ЮРИДИЧЕСКАГО ФАКУЛЬТЕТА ИМПЕРАТОРСКАГО
ДЕРПТСКАГО УНИВЕРСИТЕТА
НА ПУБЛИЧНЫЙ ДИСПУТЪ ДЛЯ ПОЛУЧЕНІЯ СТЕПЕНИ
МАГИСТРА РИМСКАГО ПРАВА

А. ГУЛЯЕВА.

Библиотечка
Юридическаго

4042

ДЕРПТЪ.
ТИПОГРАФІЯ ШНАКЕНБУРГА.
1891.

Тезисы.

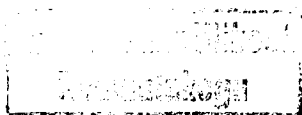
1. Traditio заключаетъ въ себѣ элементъ договорный.
2. Теорія воспріятія (Vernehmungstheorie) имѣетъ за себя показанія источниковъ.
3. Система имущественныхъ отношеній супруговъ въ Римскомъ правѣ не соотвѣтствуетъ легальному опредѣленію брака.
4. Donatio ante (propter) nuptias — институтъ восточнаго происхожденія.
5. Раздѣльность имуществъ супруговъ не есть исконная характеристическая черта имущественныхъ отношеній супруговъ по Русскому праву.
6. Въно Литовскаго Статута аналогично Византійскому *δπὸ βολου*.
7. Сосуществованіе (Coexistenz) субъектовъ завѣщательнаго права не предполагается Русскимъ правомъ.
8. Неравный раздѣлъ наслѣдства между сестрами и братьями долженъ быть уничтоженъ.
9. Рациональной системой преподаванія Римскаго права должна быть признана германская система: исторія, институты, пандекты.
10. Въ системѣ предметовъ Русскихъ юридическихъ факультетовъ должно быть отведено мѣсто спеціальному изученію Византійскаго права.

Печатается съ разрѣшенія Юридическаго Факультета ИМПЕРАТОРСКАГО Дерптскаго Университета.

Дерптъ, 26 Октября 1891 года.

№ 136.

Деканъ: Энгельманъ.



432971

ΠΡΕΔΒΡΑΧΝΥЙ ДАРЪ
ВЪ РИМСКОМЪ ПРАВѢ

II

ВЪ ПАМЯТНИКАХЪ ВИЗАНТІЙСКАГО ЗАΚΟΝΟΔΑΤΕΛЬСТВА.

Изслѣдованіе

А. Г У Л Я Е В А.

Τὰ μὲν αἰεὶ καὶ ὡσαύτως ἔχοντα νόμων οὐ δεῖται ποικίλων, τὸ ἀπλοῦν τε καὶ πάσης ποικιλίας ἀμιγῆς διηγεκῶς κεκτημένα, καὶ χρώμενα νόμοις αἰωνίοις τε καὶ θείοις, καὶ οὐδεμίᾳς ἐπανορθώσεως δεομένοις · τὸ δὲ καὶ ἡμᾶς ἐν τῇ τῆς παλιγγόρας ἀπειλημένον ταραχῇ κυβερνητικῆς δεῖται σφίρας ἐκ τῶν νόμων ἐπιγενναμένης τοῖς πράγμασιν.

Nov. 98 proem.



ДЕРИТЪ.

Типографія Швакенбурга.

1891.

Дозволено Цензурою. — Дерптъ, 13. Сентября 1891 г.

Важнѣйшія опечатки.

Стр. V строка 10 сл. было. — 6, 7 сл. Юстиніана; 5 сл. предбрачною 14, 6 сл. предшественники; 2 сл. права. — 18, 10 сл. позднѣе. — 25, 13 сл. pupilla; 15 сл. abjectaeque. — 26, 5 сл. сретиками. — 27, 6 сл. прикосновенность. — 64, 12 сл. удовлетворенію. — 88, 8 сл. встрѣчается. — 94, 5 сл. облегченный. — 97, 2 сл. сословію. — 115, 4 сл или. — 144, 12 сл. ихъ.

На стр. 109, 10 сл. излишне напечатано этого.

Конструкціи имущественныхъ правоотношеній супруговъ, обусловливаемая культурно - историческимъ развитіемъ общества, взглядами на бракъ и характеромъ отношеній къ женщинѣ, представляютъ въ современномъ гражданскомъ правѣ чрезвычайное разнообразіе.

Крайними предѣлами этого разнообразія являются — съ одной стороны англійское право, по которому имущественная личность жены вполне поглощается личностью мужа, — съ другой стороны русское право, какъ оно выразилось въ ст. 109 I ч. X т.

Между этими двумя крайними предѣлами могутъ быть расположены прочія дѣйствующія системы, съ системою общности имуществъ въ центрѣ.

Всѣмъ современнымъ системамъ гражданского права въ большей или меньшей мѣрѣ свойственъ взглядъ на бракъ, выраженный Модестиномъ въ l. 1 D. de ritu n. 23, 2:

nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et

consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio.

Идеалистическое опредѣленіе Модестина какъ бы проникнуто уже христіанскими взглядами на бракъ и потому легко могло быть усвоено позднѣйшимъ правомъ, развившимся на почвѣ римскаго права. Но римскому браку это опредѣленіе вовсе не соотвѣтствуетъ.

Оставляя въ сторонѣ вопросъ о томъ, въ какой мѣрѣ такое опредѣленіе соотвѣтствовало характеру личныхъ отношеній между супругами, мы обратимъ вниманіе наше только на несоотвѣтствіе взгляда Модестина характеру отношеній супруговъ по имуществамъ.

Если римскій бракъ въ классическую эпоху права и не приводитъ къ всестороннему поглощенію личности жены личностью мужа, какъ то было на первыхъ ступеняхъ развитія римскаго юридическаго быта, то тѣмъ не менѣе и при господствѣ свободной формы брака жена и мужъ далеко не равноправны. Римскій бракъ не можетъ быть названъ *consortium omnis vitae*, ни съ точки зрѣнія своей продолжительности, ни съ точки зрѣнія отношеній имущественныхъ.

Свобода разводовъ и отсутствіе общности имуществъ супруговъ показываютъ въ достаточной

степени ясно все несоотвѣтствіе теоретическаго взгляда Модестина реальнымъ явленіямъ жизни.

Ни римское, ни даже Византійское право, не провели въ ученіи объ имущественныхъ правоотношеніяхъ супруговъ со всею послѣдовательностью взглядъ Модестина. Привести отношенія супруговъ по имуществамъ въ соотвѣтствіе съ римскимъ опредѣленіемъ брака суждено было позднѣйшимъ системамъ права, выросшимъ на почвѣ римскаго права. Только полная общность имуществъ супруговъ въ связи съ *divini et humani juris communicatio* могутъ сообщить браку тотъ характеръ, какой будетъ соотвѣтствовать классическому его опредѣленію.

Съ появленіемъ свободной формы брака жена была освобождена отъ рабскаго подчиненія мужу. Чтобы освободить жену отъ подчиненія мужу въ имущественномъ отношеніи не достаточно было учрежденія приданаго. Для того чтобы бракъ былъ союзомъ свободнымъ, въ смыслѣ его заключенія, нужно было чтобы обѣ стороны — мужъ и жена были равноправны и не зависѣли-бы другъ отъ друга: только изъ такихъ равноправныхъ субъектовъ можетъ образоваться равноправное *consortium omnis vitae*.

Римское право, не достигнувъ въ своемъ развитіи конечной цѣли, намѣченной Модестиномъ,

дѣлаетъ послѣдній шагъ къ фактическому прекращенію имущественной зависимости жены отъ мужа: взаменъ *dos*, которой лишается жена на время брака, мужъ даетъ ей *donatio a. (p.) n.*

Предбрачный даръ является послѣднимъ словомъ римскаго законодательства въ области отношеній супруговъ по имуществамъ. Система имущественныхъ отношеній супруговъ въ Византійскомъ правѣ, унаслѣдованная послѣднимъ отъ права Римскаго, подвергшись вліянію христіанской идеи брака, близко, хотя и не вполне еще, подходитъ къ опредѣленію брака, какъ *consortium omnis vitae*.

Оглавленіе.

Введеніе	стр. 1
Обзоръ исторіи <i>donatio ante (propter) nuptias</i>	4
Обзоръ и характеристика источниковъ для исторіи <i>donatio a. (p.) n.</i>	12

Часть I.

Donatio a. n. до Юстиніана.

Глава I. <i>Donatio a. n.</i> до совершенія брака	19—56
§ 1. Субъекты между которыми совершается <i>Donatio a. n.</i>	19
§ 2. Объекты <i>Donationis a. n.</i>	28
§ 3. Совершеніе <i>Donatio a. n.</i>	34
§ 4. Дѣйствіе установленія <i>Donatio a. n.</i>	41
Глава II. <i>Donatio a. n.</i> во время брака	57—66
§ 5. Права жены на <i>Donatio a. n.</i> во время брака	57
§ 6. Права мужа на <i>Donatio a. n.</i>	61
Глава III. <i>Donatio a. n.</i> по прекращеніи брака	67—76
§ 7. <i>Donatio a. n.</i> по прекращеніи брака смертью одного изъ супруговъ	67
§ 8. <i>Donatio a. n.</i> по прекращеніи брака разводомъ	73
Глава IV. <i>Donatio a. n.</i> въ случаѣ повторительнаго замужества вдовы	77—83
§ 9. Права дѣтей на <i>Donatio a. n.</i>	77

Часть II.

Donatio ante (propter) nuptias въ законодательствѣ Юстиніана и въ памятникахъ Византійскаго права.

Отдѣль I.

Donatio a. (propter) n. въ законодательствѣ Юстиніана.

§ 10.	L. 19 C. de d. a. n. 5, 3. — „Donatio ante n.“ и „Donatio propter n.“	стр. 84
Глава I.	Установленіе donatio a. (propter) n.	90—101
§ 11.	Время установленія donatio a. (p.) n.	90
§ 12.	Субъекты	91
§ 13.	Объекты	93
§ 14.	Форма установленія donatio a. (p.) n.	94
Глава II.	Donatio a. (p.) n. во время брака	102—106
§ 15.	Права жены на предбрачный даръ .	102
Глава III.	Donatio a. (p.) n. по прекращеніи брака	107—114
§ 16.	Donatio a. (p.) n. по прекращеніи брака смертью супруговъ . . .	107
§ 17.	Donatio a. (p.) n. по прекращеніи брака разводомъ	111
Глава IV.	Donatio a. (p.) n. при повторительномъ бракѣ	115—118
§ 18.	Права дѣтей на (пред)брачный даръ	115
Глава V	119—122
§ 19.	Сущность института Donatio ante (propter) nuptias	119

Отдѣль II.

Глава VI.	Donatio a. (p.) n. въ памятникахъ Византійскаго законодательства	123—144
§ 20.	Обзоръ источниковъ	123
§ 21.	Предбрачный даръ по Ἐκλογή . . .	126
§ 22.	Предбрачный даръ въ Πρόχειρος Νόμος	134
§ 23.	Предбрачный даръ въ Ἐπαναγωγή .	137

Введеніе.

Вопросъ о сущности и задачахъ института donatio ante nuptias принадлежитъ къ числу наименѣе разработанныхъ и наиболѣе спорныхъ вопросовъ въ исторіи римскаго права. Это объясняется съ одной стороны тѣмъ, что, какъ уже вполне правильно замѣтилъ Schott¹⁾, писатели, занимавшіеся вопросомъ о donatio ante nuptias, обращали свое преимущественное вниманіе на отдѣльныя свойства или функціи этого института и въ этихъ частныхъ чертахъ готовы были видѣть самую сущность института; съ другой стороны невыясненность вопроса имѣетъ свои причины въ томъ, что до послѣдняго времени институтъ donatio ante nuptias изслѣдовался исключительно догматическимъ путемъ, — между тѣмъ какъ масса матеріала въ источникахъ, относящагося по своему происхожденію къ различнымъ

1) Die Donatio propter nuptias. S. 1.

эпохамъ, дѣлаетъ догматическій методъ менѣе всего пригоднымъ къ изслѣдованію нашего вопроса.

Историческій методъ изученія института *donatio ante nuptias* признанъ въ послѣднее время единственно правильнымъ²⁾. Тѣмъ не менѣе и съ исторической точки зрѣнія вопросъ о *donatio ante nuptias* разработанъ еще очень мало. *Donatio ante (propter) nuptias* не рецепирована въ Германіи; сходные институты Германскаго происхожденія привлекаютъ къ себѣ вниманіе германистовъ, романисты же не обнаруживаютъ особенной склонности къ изслѣдованію *donatio a. n.*³⁾.

2) Schott. Die Donatio p. n. S. 4. Μομφεῤῥάτου Πραγματεία περὶ προγαμίας δωρεᾶς σ 24.

3) Современное ученіе о *Donatio ante (propter) nuptias* основано главнымъ образомъ на изслѣдованіи Löhra „Von der Propter nuptias donatio“ (въ Archiv für die civ. Praxis Bd. XV, SS. 431—460, Bd. XVI, SS. 1—50). Это изслѣдованіе Löhra было вызвано статьями Burchardi („Ueber den Zweck der Donatio propter nuptias“ въ Arch. für die civ. Praxis Bd. IX, SS. 197 ff.) и Warnkönig'a („Kritische Anmerkungen über die neuesten Ansichten von der Donatio propter nuptias“ въ Archiv für die civ. Praxis Bd. XIII, SS. 1—29). Взгляды Löhra подверглись критическому разбору со стороны Francke („Ueber die Donatio propter nuptias“ въ Archiv für die civ. Praxis Bd. XXVI, SS. 63—84); тѣмъ не менѣе и до послѣдняго времени теорія Löhra остается главнымъ матеріаломъ для изложенія института въ пандектныхъ руководствахъ. — Изъ сочиненій старыхъ юристовъ по вопросу о *donatio ante (propter) n.* слѣдуетъ въ особенности указать на взгляды Куяція (Paratitla in IX libros Codicis Justiniani t. II, p. 278; Recitationes solemnes t. IX, p. 405—407) и Донелла (Commentarii de jure civili libri XIV, c. 9, p. 1075—82). Выводами преимущественно этихъ юристовъ воспользовался Glück (Ausführliche Erläuterung der Pandekten Bd. XXV, SS. 274—319). — Систематическое изложеніе взглядовъ всѣхъ изслѣдователей вопроса о *donatio ante*

Изслѣдованіе института *donatio a. (p.) n.* съ исторической точки зрѣнія въ нѣмецкой литературѣ принято было впервые Schott'омъ. Работа его страдаетъ тѣмъ недостаткомъ, что лишена систематичности и общей руководящей идеи: предъ читателемъ проходятъ здѣсь въ чисто хронологическомъ порядкѣ отдѣльные законы, путемъ которыхъ постепенно развивался институтъ *Donatio a. n.* Благодаря этому *donatio a. n.*, въ изображеніи Schott'a, является продуктомъ исключительно положительнаго законодательства; логическаго хода развитія института мы совсѣмъ не видимъ; отдѣльные постановленія императорскаго законодательства представляются случайными и произвольными.

(propter) n. даетъ Schott „Die Donatio propter nuptias“ — Inauguralabhandlung 1867 г. SS. 4—35. Schott стоитъ вполне на точкѣ зрѣнія Löhra и свою задачу усматриваетъ въ томъ, чтобы точнѣе обосновать на показаніяхъ источниковъ взгляды послѣдняго (S. 4). — Вышедшая вслѣдъ за работой Schott'a диссертация Gruessmann'a „De donationibus propter nuptias“ 1869 г. не принесла ничего новаго для уясненія вопроса. — Обстоятельную, но мало самостоятельную (что касается римскаго права) работу представляетъ собою трудъ А. Μομφεῤῥάτου Πραγματεία περὶ προγαμίας δωρεᾶς κατὰ τὸ Ῥωμαϊκὸν καὶ ἰδίως κατὰ τὸ Βυζαντιακὸν δίκαιον 1884 г. Сочиненіе это было удостоено преміи Аонской Академіи наукъ. Представленное на ту же премію сочиненіе Δαμιάνου Βδῆρε Περι προγαμίας δωρεᾶς κατὰ τὸν Ῥωμαϊκὸν καὶ ἰδίως κατὰ τὸν Βυζαντιακὸν Νόμον μελέτη излагаетъ слишкомъ было и поверхностно судьбу брачнаго дара и то лишь въ позднѣйшемъ римско-византийскомъ правѣ. — Особеннаго вниманія заслуживаетъ изложеніе *Donatio p. n.* въ Pandekten Brinz'a (Bd. III, §§ 490, 490a — 1886 г.). — Dernburg Pandekten (Bd. III, § 25 — 1887 г.) стоитъ на точкѣ зрѣнія Löhra хотя и подвергаетъ взгляды его нѣкоторымъ модификаціямъ.

Вполнѣ соглашаясь съ тѣмъ, что историческій методъ изслѣдованія *donatio a. n.* — при массѣ постановленій, между которыми не всегда возможно установить органическую зависимость, — является единственно правильнымъ, мы намѣрены примѣнить этотъ методъ къ систематическому изображенію института, что бы такимъ путемъ уяснить сущность и задачи *donatio a. n.* — Нашъ способъ изученія совершенно противоположенъ способамъ изученія предшествующихъ изслѣдователей *donatio a. n.*: послѣдніе исходили обыкновенно изъ какого либо общаго предвзятаго взгляда на *donatio a. n.* и старались затѣмъ подтвердить свой взглядъ ссылками на отдѣльныя показанія источниковъ, при чемъ мѣста, противорѣчащія предвзятой мысли автора, истолковываются въ смыслъ уклоненій, аномалій, исключеній; мы же попытаемся изслѣдовать *donatio a. n.* путемъ историко-догматической индукции, — результатомъ этого изслѣдованія явится нашъ взглядъ на постепенный ходъ развитія изучаемаго нами института.

Обзоръ исторіи *Donatio ante (propter) nuptias.*

Краткій очеркъ развитія института *donatio a. n.* даетъ намъ Юстиніанъ въ § 3 *J. de donationibus* 2, 7, говоря, что этотъ родъ дареній *inter vivos* вовсе не былъ извѣстенъ древнимъ, а введенъ лишь законодательствомъ позднѣйшихъ императоровъ:

Est et aliud genus inter vivos donationum, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem a junioribus divis principibus introductum est, quod ante nuptias vocabatur. . . .

Это указаніе Юстиніана не точно въ двухъ отношеніяхъ: во первыхъ, не вѣрно утвержденіе, будто бы этотъ родъ дареній вовсе не былъ извѣстенъ древнимъ юристамъ; во вторыхъ, не точно выраженіе — *a junioribus divis principibus introductum.*

Мы должны сказать уже здѣсь, что институтъ *donatio a. (p.) n.* въ той его формѣ, какую онъ имѣетъ въ законодательствѣ Юстиніана, — происхожденія не римскаго, а восточнаго, — хотя впрочемъ (особенно на первой стадіи своего развитія) институтъ имѣетъ нѣкоторыя точки соприкосновенія съ чисто-римскимъ правомъ. — Дальнѣйшее изложеніе покажетъ намъ, насколько правъ Юстиніанъ, утверждая, что *donatio a. n.* изобрѣтена позднѣйшими императорами.

Институтъ *donatio a. n.* въ его историческомъ развитіи проникнуть двумя различными идеями: отправной точкой въ развитіи института была идея даренія; но постепенно эта первоначальная идея уступаетъ мѣсто другой, подъ влияніемъ которой *donatio a. n.* превращается въ институтъ соответствующій *Dos.* Это превращеніе происходитъ постепенно въ теченіе IV и V вѣковъ.

Мы различаемъ въ исторіи развитія *donatio a. n.* слѣдующіе четыре періода:

- I. Время до Константина (*veterum sententia*)⁴⁾
- II. Отъ Константина до 368 г.⁵⁾
- III. Отъ 368 г. до Юстина⁶⁾.
- IV. Реформа Юстина (I. 19 C. de d. a. n. 5, 3) и законодательство Юстиніана (преимущественно его новеллы).

Въ каждомъ изъ этихъ четырехъ періодовъ *donatio a. n.* имѣетъ иное назначеніе и отличается инымъ характеромъ.

I. По *lex Cincia*⁷⁾ дареніе со стороны жениха невѣстѣ (и обратно) признавалось дѣйствительнымъ при всѣхъ условіяхъ, — совершался ли бракъ или нѣтъ. Характеръ невозвратимости, свойственный *donatio a. n.* на этой ступени ея развитія, засвидѣтельствованъ слѣдующими мѣстами источниковъ: I. 1 § 1 D. de donationibus 39, 5 (Юліанъ), I, 66 § 1 D. de donat. inter virum et uxorem 24, 1 (Сцевола), *Fragm. Vatic* § 262 (Папиніанъ). Кроме того о преобрѣтеномъ дареніи говорятъ I. 32 § 7, I. 85 *Dos. don. i. v. et n.* 24, 1 (Лабзонъ), I. 36 § 1 D. eod. (Павель), I. 5 pr., I. 32 § 22 D. eod. (Ульпіанъ), I. 27 D. eod. (Модестинъ). — Изъ перечисленныхъ мѣстъ видно, что дареніе ante

4) I. 2 C. Theod. de sponsalibus 3, 5 = I. 15 C. de d. a. n. 5, 3.

5) I. 9 C. Theod. de spons. 3, 5.

6) I. 19 C. de d. a. n. 5, 3.

7) *Fragm. Vat.* § 302.

nuptias не было вовсе безъизвѣстно древнимъ юристамъ — *veteribus prudentibus*; напротивъ, развившійся позднѣе институтъ *donatio a. n.* имѣлъ уже задатки въ классической римской юриспруденціи. Правда, *donatio a. n.* законодательствѣ Юстиніана имѣетъ мало общаго съ этой первичной формой дареній между женихомъ и невѣстой; тѣмъ не менѣе въ императорскомъ правѣ предбрачное дареніе не является вполне новымъ институтомъ.

Въ теченіе перваго періода дареніе ante nuptias совершается исключительно въ пользу невѣсты; поэтому въ источникахъ оно и называется *sponsalitia largitas* или *sponsalia* (последнее названіе особенно часто встрѣчается въ *Codex Theodosianus*).

II. Законодательствомъ Константина открывается второй періодъ въ исторіи нашего института. Константинъ порицаетъ *veterum sententiam, quae donationes in sponsam nuptiis quoque non secutis decrevit valere*⁸⁾. По его предписанію предбрачное дареніе дѣйствительно только въ томъ случаѣ, если бракъ совершился. Кроме того Константинъ установилъ правила о модифицирующемъ вліяніи *osculum interveniens* на судьбу предбрачнаго дара въ случаѣ неосуществленія брака⁹⁾. — Въ виду этихъ предписаній предбрач-

8) I. C. Theod. de spons. = I. 15 C. de d. a. n. 5, 3.

9) I. 6 C. Theod. de spons. 3, 5 = I. 16 C. de d. a. n. 5, 3.

ное дареніе совершается теперь уже не въ пользу не-
вѣсты какъ таковой, а въ пользу жены.

Приведенныя постановленія не представляютъ собою
продукта законодательнаго творчества Константина, а
являются только признаніемъ дѣйствовавшаго на Востокъ
обычнаго права. Обычай совершать предбрачныя даренія
былъ очень распространенъ на Востокъ. Достоинно внима-
нія, что всѣ конститущіи (рескрипты) до-Константино-
вой эпохи, касающіяся *donatio a. n.*, адресованы къ
лицамъ, — судя по ихъ именамъ — восточнаго проис-
хождения: 1. 1 C. ht. 5, 3 *Imp. Severus et Antoninus-
Metrodoro*; 1. 2 C. eod. *Imp. Alexander-Attalo*; 1. 5
C. eod. *Imp. Valerianus et Gallienus-Theodoraе*; 1. 8
C. eod. *Imp. Diocletianus et Maximianus-Euphrosyno*;
1. 10 C. eod. *idem — Dionysio*; 1. 11 C. eod. *idem —
Neae*; 1. 12 C. eod. *idem — Timocleae et Cleotimae*;
1. 14 C. de *donationibus* 8, 53 — *idem — Idaeae*.

Мы располагаемъ кромѣ того еще двумя косвенными
указаніями на восточное происхождение нашего института.

1) Въ Сирско-Римскомъ законникѣ, древнѣйшая
редакція котораго признается¹⁰⁾ за обычное восточное
право, подвергшееся вліянію римскаго права, содержатся
весьма подробныя постановленія о предбрачномъ дареніи
(Мы раземотримъ ихъ ниже).

10) Syrisch-Römisches Rechtsbuch aus dem fünften Jahrhundert,
herausgegeben von Bruns und Sachau. S. 153 ff.

2) До сихъ поръ еще не было обращено доста-
точно вниманія на тотъ фактъ, что развитіе института
donatio a. n. совершается исключительно на почвѣ за-
конодательства восточныхъ императоровъ. За исклю-
ченіемъ двухъ Новеллъ императоровъ Майоріана и Ли-
бія Севера (*Nov. Maioriani tit. VI* и *Nov. L. Severi
tit. I* — послѣдняя впрочемъ отмѣняетъ первую) всѣ
конститущіи о *donatio a. n.* принадлежатъ императорамъ
Восточной половины имперіи. Законодательная дѣя-
тельность императоровъ въ этомъ случаѣ заключается
въ признаніи дѣйствовавшаго обычнаго права. Въ
этомъ отношеніи *Codex Justinianus* сохраняетъ слѣды
законодательной дѣятельности не только позднѣйшихъ
императоровъ (*juniores divi principes*, но и императоровъ
III и IV вв.¹¹⁾. — Такимъ образомъ заявленіе Юстиніана
о „введеніи“ (*introducunt*) изучаемаго нами института
позднѣйшими императорами совершенно не точно.

III. По закону Константина дѣйствительность *do-
natio a. n.* должна зависѣть отъ совершенія брака.
Разъ бракъ совершился, дареніе остается въ силѣ и
при томъ при всякихъ обстоятельствахъ. Законода-
тельство преемниковъ Константина измѣнило послѣднее
положеніе: предбрачный даръ остается за женою во
время брака и по прекращеніи брака смертью мужа,
но съ прекращеніемъ брака смертью жены *donatio a. n.*

11) См. *Inscriptiones* II, 1—14 C. ht. 5, 3.

не поступаетъ къ наслѣдникамъ жены, а возвращается къ мужу ¹²⁾).

Законодательство 3-го періода имѣетъ свою задачей ограничить принципиальную невозвратимость *donatio a. n.* Важное значеніе въ этомъ отношеніи имѣютъ постановленія о судьбѣ *donatio a. n.* въ случаѣ прекращенія брака разводомъ.

Въ этомъ періодѣ впервые являются предбрачные договоры объ общей судьбѣ *dos* и *donatio a. n.*; на основаніи этихъ договоровъ развивается понятіе о *Lucra nuptialia*. Назначеніе *lucra n.* заключается не только въ обеспеченіи вдовы, но — при наличности извѣстныхъ предположеній — также и дѣтей. Въ этомъ періодѣ впервые указывается параллелизмъ между *donatio a. n.* и *dos*. ¹³⁾

IV. Конституція Юстина — l. 19 C. de d. a. n. 5, 3 — представляетъ собою поворотный пунктъ въ исторіи *donatio a. n.* и является какъ бы введеніемъ къ законодательству Юстиніана. Юстинъ не только допускаетъ возможность, по аналогіи съ *dos*, увеличивать во время брака совершенную до брака *donatio*,

12) Brinz (Pandecten, Bd III § 490a) высказываетъ предположеніе, что это измѣненіе было совершено конституціей императоровъ Валентиніана, Валенса и Граціана 368 г. — l. 9 C. Theod. de spons. 3, 5. Догадка Brinz'a весьма правдоподобна. — Въ Codex Justinianus эта конституція не вошла, да она была бы здѣсь и излишней, въ виду l. 20 C. ht. 5, 3, посредствомъ которой *donatio a. n.* уравниено съ *Dos*.

13) „Altera dos“ въ Nov. Theod. Tit. XIV § 4.

по разрѣшаетъ даже — если дареніе не было совершено до брака — совершать таковое *durante matrimonio*. — Юстиніанъ подтвердилъ ¹⁴⁾ конституцію Юстина и предписалъ, чтобы впредь дареніе совершенное въ время брака носило названіе *donatio propter n.* Позлпѣ онъ предписалъ ¹⁵⁾, чтобы *donatio a. n.* и *dos* устанавлились всегда въ одинаковыхъ размѣрахъ; *donatio a (p.) n.* въ правѣ Юстиніана дается *propter dotem et propter nuptias* и представляетъ собою своеобразный договоръ ¹⁶⁾. Новеллы Юстиніана содержатъ въ себѣ частью дальнѣйшее развитіе высказанныхъ въ l. 20 C. ht. 5, 3 положеній, частью подтвержденіе постановленій предшественниковъ Юстиніана.

Какъ совершаемое *propter dotem et propter nuptias* предбрачное дареніе остается въ силѣ только при наличности обоихъ этихъ предположеній — брака и приданого; какъ только отпадаютъ эти предположенія, то вмѣстѣ съ тѣмъ отпадаетъ основаніе для дальнѣйшаго существованія *donatio a. (p.) n.*: съ прекращеніемъ брака смертью мужа жена — по закону — не удерживаетъ за собою предбрачного дара; сохраненіе предбрачного дара за женою возможно только въ силу особаго предбрачного договора, въ одинаковой мѣрѣ регу-

14) l. 20 C. ht. 5, 30.

15) Nov. 97.

16) Nov. 119 c. 1.

лирующаго отношенія обоихъ супруговъ по приносимому ими обоими для цѣлей брака имуществу.

Въ теченіе двухъ послѣднихъ періодовъ исторіи *donatio a. n.* предбрачное дареніе совершается исключительно въ пользу жены, а не невѣсты или вдовы, какъ то было прежде.

Обзоръ и характеристика источниковъ для исторіи *Donatio a. (p.) n.*

I. Матеріалы для исторіи *donatio a. (p.) n.* заключаются въ слѣдующихъ законодательныхъ источникахъ:

а) *Codex Theodosianus* — tit. de spons. 3, 5¹⁷⁾.

Novellae Theodosii — tit. XII de repudiis; tit. XIV de paternis sive maternis bonis; tit. XXII de bonis decurionum.

Nov. Majoriani — tit. VI de sanctimonialibus.

Nov. Severi — tit. I de abrogatis capitibus injustis legis divi Majoriani.

б) Многія изъ постановленій, содержащихся въ этихъ законахъ были приняты въ *Codex Justinianus* — tit. de donationibus a. n. vel propter n. et sponsaliciis 5, 3 — гдѣ кромѣ того находятся также постановленія предшественниковъ Константина. Важный по

17) Въ изданіи J. Gothofredus' — всего 8 конституцій. Число это было первоначально сохранено и въ изданіи Hanel' я, но потомъ увеличено до 13, на основаніи Туринскаго палимпсеста.

своему значенію для исторіи *donatio a. n.* матеріалъ заключается и въ нѣкоторыхъ другихъ титулахъ Юстиніанова кодекса, въ особенности въ tit. C. de sec. nuptiis 5, 9; tit. C. de jure dotium 5, 12; tit. C. de pactis conv. tam super dote quam super donatione a. n. 5, 14; tit. C. de repudiis 5, 17; tit. C. de natur. liberis 5, 27; tit. C. de bonis maternis 6, 60; tit. C. de bonis quae liberis 6, 61. Изъ Новеллъ Юстиніана представляютъ для насъ интересъ слѣдующія: *Nov. 2* ne mulieres secundo nubentes; *Nov. 12* de incertis et nefariis nuptiis; *Nov. 12* de his qui secundas nuptias contrahunt; *Nov. 38* de decurionibus; *Nov. 39* de restitutionibus; *Nov. 53* de exhibendis et introducendis reis (cap. 6); *Nov. 61* ut res immobiles donationis a. n.; *Nov. 68* ut constitutio; *Nov. 74* qui liberi pro legitimis; *Nov. 87* de mortis causa donatione a curialibus facta; *Nov. 91* quando primae et secundae dotis; *Nov. 97* de aequalitate dotis et donationis p. n.; *Nov. 98* Neque virum quod ex dote; *Nov. 108* de restitutionibus; *Nov. 109* de mulieribus fide haereticis; *Nov. 117* ut liceat matri; *Nov. 119* ut donatio p. n. specialis sit contractus; *Nov. 123* de sanctissimis episcopis (capp. 38—40); *Nov. 127* de fratrum filiis; *Nov. 134* de vicariis et feminis adulteris. — Въ институціяхъ, какъ мы уже замѣтили выше, Юстиніанъ говоритъ о *donatio a. (p.) n.* въ tit. J. de donationibus 2; 7.

Мало изслѣдованный, по чрезвычайно интересный материалъ содержитъ въ себѣ Syrisch-Römisches Rechtsbuch во всѣхъ своихъ редакціяхъ: L. §§ 13, 14, 20, 22, 24, 29, 91; P. §§ 7, 8, 40, 41а, 45, 46а—64; Ar. §§ 44, 51, 52, 55, 56, 63, 64, 84, 85, 86, 90; Arm. §§ 45—58, 63, 64, 81—90.

Для изученія *donatio a. n.* въ первый періодъ, когда институтъ сохраняетъ еще характеръ даренія, должны быть привлечены соответственные §§ *Fragmenta Vaticana* (266—316).

Наконецъ изъ *Cod. Gregorianus* сохранилось одно мѣсто, прямо относящееся къ *donatio a. n.* — l. un. *C. Greg.* 2, 3.

II. До насъ не сохранилось изъ до-Юстиніанова времени цѣльнаго законодательства по вопросу объ имущественныхъ правоотношеніяхъ супруговъ вообще и о *donatio a. n.* въ частности. Только въ законодательствѣ Юстиніана, особенно въ *Nov.* 22, мы имѣемъ полный сводъ постановленій, нормирующихъ взаимныя отношенія супруговъ по имуществамъ. Но мы можемъ утверждать, на основаніи сохранившихся отрывковъ, что уже предшественники Юстиніана, — въ особенности *Θεодосій II* и *Левъ*, пытались свести въ одно цѣлое всѣ постановленія объ имущественныхъ правоотношеніяхъ супруговъ.

Возникши на почвѣ обычнаго права, *donatio a. n.* развивается сначала казуистически, путемъ император-

скихъ рѣшеній отдѣльныхъ процессовъ въ рескриптахъ. Изъ *Inscriptiones* конститущій, относящихся къ времени до Константина мы усматриваемъ что рескрипты о *donatio a. n.* адресованы частнымъ лицамъ (II. 1—14 *C. ht.* 5, 3; l. 1 *C. si adversus donationem* 2, 29 = l. 8 *C. de praediis* 5, 71; l. 12 *C. de donat.* 8, 53; l. 14 *C. eod.*; l. 8 *C. de cond. ob causam dat.* 4, 5; l. un. *C. Greg.* 2, 3). — Напротивъ, законодательство Константина и его преемниковъ имѣетъ общій характеръ, и конститущіи адресуются не частнымъ лицамъ, а сановникамъ. (Правда, впрочемъ и здѣсь встрѣчаются иногда рескриптыя рѣшенія такихъ случаевъ, которые не были предусмотрѣны общими законами, — напр. l. 5 *C. de bonis quae liberis* 6, 61 — содержитъ въ себѣ рескриптное рѣшеніе процесса; равнымъ образомъ и нѣкоторыя новеллы Юстиніана изданы по казуистическому поводу — напр. *Nov.* 2).

Въ *Codex Theodosianus* и *Codex Justinianus* мы имѣемъ отрывки изъ двухъ обширныхъ законодательныхъ актовъ *Θεодосія II* и *Льва*. Въ 428 г. *Θεодосій II* (и *Валентиніанъ III*) издалъ на имя *Hierius PP.* рескриптъ, который, судя по сохранившимся отрывкамъ, долженъ былъ исчерпать все семейственное право и такимъ образомъ, можно догадываться, долженъ былъ лечь въ основаніе этого отдѣла кодификаціонныхъ работъ по изданію *Codex Theodosianus*. Отдѣльные отрывки этого законодательнаго акта — слѣдующіе: l. 13

C. Theod. de spons. 3, 5 (= l. 17 C. h. t. 5, 3); l. 3 C. Theod. de nupt. 3, 7 (= l. 22 C. eod. 5, 4); l. 4. C. Theod. de dotibus 3, 13 (= l. 6 C. de dotis promissione 5, 11); l. 8 C. Theod. de natur. filiis 4, 6; l. 9 C. Theod. de legit. hered. 5, 1 (= l. un. C. unde vir et uxor 6, 18); l. 11 C. de hered. instit. 6, 24; l. 2 C. de bonis quae lib. 6, 61.

Другой обширный законодательный акт о различных вопросах семейственного права представлял собою эдиктъ Льва и Анѳемія, адресованный на имя Erythrius' PP. — въ 472 г. Отъ этого законодательнаго акта сохранились до насъ слѣдующіе отрывки: l. 6 C. de sec. nuptiis 5, 9; l. 17 C. de collationibus 6, 20; l. 4 C. de bonis quae liberis 6, 61.

Что касается разработки отдѣльныхъ вопросовъ о donatio a. n., то въ законодательствѣ императоровъ она идетъ въ такомъ порядкѣ: постановленія о совершеніи предбрачнаго даренія и о вліяніи осуществленія или неосуществленія брака на дѣйствительность совершеннаго даренія принадлежатъ Константину, и въ ихъ первоначальномъ видѣ (за немногими исключеніями) внесены Юстиніаномъ въ его кодексъ въ качествѣ дѣйствующаго права. Преемникамъ Константина принадлежатъ постановленія о судьбѣ donatio a. n. по прекращеніи брака смертью одного изъ супруговъ (Valens) или разводомъ (Theodosius II). Менѣе всего говорятъ источники о взаимныхъ отношеніяхъ супруговъ по

donatio a. n. во время брака: это замѣчается не только въ до-Юстиніановомъ законодательствѣ, но и въ законахъ самого Юстиніана; вѣроятно этотъ вопросъ регулировался неизвѣстнымъ намъ обычаемъ.

Постановленія Юстиніана о donatio a. n. мы имѣемъ въ его кодексѣ и въ Новеллахъ. Конституціи кодекса во многихъ случаяхъ не только измѣнены, но и отмѣнены Новеллами. Постепенно въ теченіе 10—12 лѣтъ¹⁸⁾ старое право donatio a. (p.) n. преобразовано было въ такой степени, что отъ него почти ничего не осталось; весь институтъ былъ построенъ на новыхъ основаніяхъ, — что признаетъ и самъ Юстиніанъ, объявивъ въ Nov. 119 donatio a. (p.) n. за *ὑναλλαγμα ἰδικόν*.

Тѣ измѣненія, которыя внесены были Юстиніаномъ въ конституціи его предшественниковъ, собственныя его конституціи въ кодексѣ и наконецъ его Новеллы указываютъ намъ на постепенный ростъ института, исчезновеніе его прежняго характера (даренія) и воспринятіе новаго — (*ὑναλλαγμα ἰδικόν*). — Окончательное развитіе donatio a. (p.) n. выходитъ уже за предѣлы Юстиніанова законодательства.

Donatio a. n., по опредѣленію Юстиніана¹⁹⁾, есть дареніе совершаемое въ виду предстоящаго брака.

18) l. 20 C. ht. 5, 3 изд. въ 531—33 г. Nov. 119—544 г.

19) § 3 J. de donationibus 2, 7.

Характеръ даренія *donatio a. n.* сохраняетъ въ до-Юстиніанову эпоху своего развитія, гдѣ *Donatio a. n.* является либеральнымъ актомъ со стороны жениха или его родичей въ пользу невѣсты. Свойства предбрачнаго дара *donatio a. n.* теряетъ чрезъ конституцію Юстина — 1. 19 C. ht. 5, 3, которая допускаетъ совершение даренія и во время брака. Юстиніанъ, желая дать институту болѣе соответственное наименование, вводитъ сначала названіе *donatio propter nuptias*, а позднѣе, послѣ того какъ благодаря его реформамъ институтъ утратилъ свой первоначальный характеръ даренія, онъ объявляетъ его за особенный договоръ.

Въ виду нововведеній Юстиніана изслѣдованіе наше естественно распадается на двѣ части: сначала мы изслѣдуемъ судьбу *donatio a. n.* до Юстиніана, а затѣмъ переходимъ къ изученію реформъ Юстиніана и вліянія ихъ на послѣдующую судьбу нашего института.

Часть I.

Donatio a. n. до Юстиніана.

Дѣйствія совершеннаго до заключенія брака даренія могутъ обнаружиться 1) до брака, 2) во время брака и 3) по прекращеніи его. Каждый изъ этихъ моментовъ будетъ изслѣдованъ въ отдѣльности.

Глава I.

Donatio a. n. до совершенія брака.

§ 1.

Субъекты между которыми совершается *Donatio a. n.*

I. *Donatio a. n.* предполагаетъ наличность двухъ сторонъ, намѣреющихся вступить въ бракъ.

Во времени Юстиніана *donatio a. n.* есть дареніе, совершаемое женихомъ (или его родичами) въ пользу невѣсты, — но не наоборотъ.

Даренія между женихомъ и невѣстой изстари допускались римскимъ правомъ и не подлежали запрету

lex Cincia: напротив, этот закон²⁰⁾ въ числѣ excerptae personae называетъ sponsus и sponsa:

Excipiuntur et adfinium personae, ut privignus privigna, noverca vitricus, socer socrus, gener nurus, sponsus sponsa²¹⁾.

Періодъ времени, въ теченіе котораго можетъ быть совершенно Donatio a. n. ограничивается съ одной стороны помолвкой, съ другой стороны — бракомъ. До помолвки женихъ и невѣста — другъ для друга personae extraneae: совершенію дѣйствительнаго между ними даренія мѣшаетъ lex Cincia; лишь съ момента помолвки они становятся въ разрядъ excerptae personae и лишь съ этого момента названный законъ теряетъ свою силу.

Второй предѣлъ — самое совершеніе брака: какъ только бракъ совершенъ — дареніе не можетъ имѣть мѣста: l. 1 D. de don. inter vir. et uxor. 24, 1 Ulpianus libro XXXII ad Sabinum: Moribus apud nos receptum est, ne donationes inter virum et uxorem valerent.

Классическіе юристы — Labeo, Julianus, Q. Cerv. Scaevola, Papinianus, Ulpianus, Paullus и Modestinus,

20) Fragm. Vat. § 302.

21) Burchardi (Arch. f. die Civ. Pr., Bd. IX, S. 219) утверждаетъ, что именно въ виду lex Cincia институтъ donatio a. n. не могъ развиться въ болѣе раннее время. Burchardi исходитъ изъ того положенія, что donatio a. n. приобрѣтается (въ собственность) вдовою, — что, какъ показано будетъ ниже, несправедливо. — Утвержденіе его, будто lex Cincia отмѣнена въ 428 г., не имѣетъ за себя указаній въ источникахъ.

говоря о встрѣчавшихся въ ихъ время случаяхъ предбрачнаго даренія различаютъ очень строго, совершенно ли дареніе до или послѣ заключенія брака: въ первомъ случаѣ дареніе дѣйствительно, во второмъ оно ничтожно.

L. 32 § 27 D. de don. i. v. et u. 24, 1 Ulpianus libro XXXIII ad Sabinum. Si quis sponsam habuerit, deinde eandem uxorem duxerit cum non liceret, an donationes quasi in sponsalibus factae valerent, videamus. Et Julianus tractat hanc quaestionem in minore duodecim annis, si in domum quasi mariti immatura sit deducta: ait enim hanc sponsam esse, etsi uxor non sit, sed est verius quod Labeoni²²⁾ videtur et a nobis et a Papiniano libro decimo quaestionum probatum est, ut, si quidem praecesserint sponsalia, durent, quamvis jam uxorem esse putet qui duxit, si vera non praecesserint, neque sponsalia esse quoniam non fuerunt, neque nuptias, quod nuptiae esse non potuerunt. Ideoque si sponsalia antecesserint, valet donatio; si minus, nulla est, quia non quasi ad extraneam, sed quasi ad uxorem fecit et ideo nec oratio locum habebit.

Deductio in domum mariti равно какъ и tabulae dotis не являются необходимыми предположеніями

22) Упомянутый здѣсь взглядъ Лабона мы находимъ въ l. 9 D. de spons. 23, 1 и въ l. 65 D. de don. i. v. et u. 24, 1.

дѣйствительно совершеннаго брака. Хотя право не предписываетъ вообще какихъ либо формальностей при заключеніи брака, тѣмъ не менѣе въ обычаѣ²³⁾ было смотрѣть на религіозныя церемоніи какъ на вѣншній признакъ событія брака. Во всякомъ случаѣ, дѣйствительно только то дареніе, которое совершено до заключенія брака:

l. 66 D. eod. Scaevola libro IX digestorum. Seja Sempronio cum certa die nuptura esset, antequam domum deduceretur tabulaeque dotis signarentur, donavit tot aureos: quaero an ea donatio rata sit. Non attinuisse tempus, an antequam domum deduceretur, donatio facta esset, aut tabularum consignatarum, quae plerumque et post contractum matrimonium fierent, in quaerendo exprimi: itaque nisi ante matrimonium contractum, quod consensu intelligitur, donatio facta esset, non valere.

То, что здѣсь сказано о дареніи со стороны невѣсты жениху, можетъ быть вполне приложено и къ обратному случаю даренія со стороны жениха невѣстѣ. Впрочемъ Сцевола останавливается и на этомъ послѣднемъ случаѣ:

l. 66 § 1 D. cit. Virgini in hortos deductae ante diem tertium quam ibi nuptiae fierent,

cum in separata diaeta ab eo esset, die nuptiarum priusquam ad eum transiret et priusquam aqua et igni acciperetur, id est nuptiae celebrentur, optulit decem aureos dono: quesitum est post nuptias contractas divortio facto an summa donata repeti possit. Respondit id, quod ante nuptias donatum proponeretur, non posse de dote deduci.

Такого же взгляда держится Ульпіанъ — l. 5 pr. D. eod:

Ulpianus libro XXXII ad Sabinum: Si sponsus sponsae donaturus tradiderit Titio, ut is sponsae daret, deinde Titius tradiderit post nuptias secutas: si quidem eum interposuerit maritus, donationem non valere, quae post contractas nuptias perficiatur: si vero mulier eum interposuerit, jamdudum perfectam donationem, hoc est ante nuptias, atque ideo, quamvis contractis nuptiis Titius tradiderit, donationem valere.

По словамъ Модестина — l. 27 D. eod 24, 1 — предбрачное дареніе не становится ничтожнымъ, если оно совершено даже въ самый день заключенія брака:

Modestinus libro septimo regularum. Inter eos qui matrimonio coituri sunt, ante nuptias donatio facta jure consistit, etiamsi eodem die nuptiae fuerint consecutae.

23) Glück. Bd. XXII, § 1191, S. 396—406.

Такое же точно рѣшеніе мы встрѣчаемъ въ L. 6 C. de d. a. n. 5, 3 императора Аврелиана. Императору былъ предложенъ на рѣшеніе вопросъ, имѣеть ли дареніе, совершонное *die nuptiarum* со стороны жениха невѣсть характеръ даренія между сунругами, или же оно должно быть разсматриваемо какъ дареніе между помолвленными? Императоръ рѣшаетъ этотъ вопросъ согласно взглядамъ классическаго права:

sic distinguendum est, ut si in tua (i. d. sponsae) domo donum acceptum est ante nuptias videatur facta esse donatio, quod si penes se dedit retrahi possit: uxor enim fuisti.

II. Дѣйствительность *donatio a. n.* предполагаетъ возможность заключенія дѣйствительнаго брака между данными лицами. Поэтому, если, въ силу какихъ бы то ни было оснований, между данными лицами бракъ не могъ имѣть мѣста, то между ними не могла быть совершена дѣйствительная *donatio a. n.* Такъ гласить одно рѣшеніе императоровъ Валеріана и Галліена:

1. 5 C. de d. a. n. 5, 3. *Impp. Valerianus et Gallienus-Theodoraе. Ea quae tibi ut sponsae dotarum se repromisit is, qui te ficto coelibatu, cum aliam matrem familias domi reliquisset, sollicitavit ad nuptias, petere cum effectu non potes²⁴⁾, cum tu sponsa uxore domi posita non fuisti.*

24) Составъ казуса, разрѣшоннаго рескриптомъ императоровъ, слѣдующій: нѣкто предлагаетъ Оеодорѣ вступить съ нимъ въ бракъ,

Въ всѣхъ случаяхъ, гдѣ бракъ не возможенъ въ силу абсолютныхъ или относительныхъ причинъ, не могло быть совершаемо дѣйствительное предбрачное дареніе. Для нѣкоторыхъ изъ этихъ случаевъ недопустимость *Donatio a. n.* засвидѣтельствована источниками; для другихъ она можетъ быть выведена изъ общихъ положеній.

Не допускаются въ до-Юстиніановомъ правѣ браки (а слѣдовательно и совершеніе *Donatio a. n.*):

1. между свободными и рабами — 1. 3 C. de inc. et inut. nupt. 5, 5.
2. между близкими родичами. Gaj. I, 58.
3. между tutor и pubilla tit. C. de interd. matrim. 5, 6.
4. между лицами сенаторскаго сословія и *personae humiles objectaeque* 1. 7 C. de inc. et inutil. nupt. 5, 5.

скривъ отъ нея, что онъ уже женатъ; при этомъ онъ промиттируетъ ей — *ut sponsae* — даръ. Оеодора предьявляетъ искъ объ исполненіи даренія. Въ виду того, что отвѣтчикъ, будучи уже женатъ, не можетъ жениться на Оеодорѣ, послѣдняя и не была его невѣстой, а слѣдовательно и не имѣеть права на промиттированный даръ. — Въ такомъ видѣ долженъ быть возстановленъ казусъ, если мы въ 1. 5 C. cit. хотимъ читать „*potes*“ — какъ читаль и Krüger въ своемъ первомъ изданіи кодекса. Въ пользу такого чтенія говорить 1. 18 § 2 C. ad 1. Juliam de adulteriis 9, 9, касающаяся того-же самаго казуса. Чтеніе „*potest*“ (принятое Krüger'омъ въ позднѣйшихъ изданіяхъ) опирается на 1. 5 Basil. περί δωρεῶν μνηστείας 28,3 — οὐ δύναται ἐπαναλαβεῖν, но составъ послѣдняго казуса не тождественъ съ 1. 5 C. cit.: въ Basil сказано не только καὶ τινὰ λόγῳ μνήστρων ἐπαγγελίηται αὐτῇ διδόναι, — но и καὶ δῶ. Если въ 1. 4 C. cit. читать „*potest*“, то къ „*datum se repromisit*“ слѣдуетъ мысленно прибавить „*et tradidit*“, — что вовсе не явствуется изъ текста.

5. между *rector provinciae* или его сыномъ и обывательницами провинціи — I. un. C. *si rector prov.* 5, 2 (I. un C. *Theod.* 3, 6).
6. между христианами и іудеями I. 6 C. *Theod. de judaeis* 16, 8; между православными и еретиками — I. 40 § 4 C. *Theod.* 16, 5 (I. 4 § 3 C. 1, 5); II. 49, 58 § 4 C. *Theod. eod.*; I. 7 C. *Theod. de apost.* 16, 7 (I. 4 C. *eod.* 1,7); I. 65 § 2, 3 C. *Theod. de haeret.* 16, 5.

Если не смотря на эти запреты бракъ тѣмъ не менѣе заключенъ, то такое сопряженіе бракомъ не признается и не можетъ имѣть имущественно-правовыхъ послѣдствій:

I. 4 C. *de inc. et inut. nupt.* 5, 5. *Impp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius ad Andromachum comitem rerum privatarum. Qui contra legum praecepta vel contra mandata constitutionesque principum nuptias forte contraxerit, nihil ex eo matrimonio, sive ante nuptias donatum, sive deinceps quoquo modo datum fuerit, consequatur, idque totum quod ab alterius liberalitate in alterum processerit, ut indigno indignaeve sublatum fisco vindicari sancimus.*

III. *Donatio a. n.* могла быть совершена въ пользу невѣсты не только женихомъ, но и его отцомъ или родичами.

До-Юстиніаново право ничего не знаетъ объ обязанности отца жениха совершить предбрачное дареніе, вмѣсто своего сына, въ пользу будущей невѣстки. — Самнительно, могла ли быть совершена *donatio a. n.* со стороны *persona extranea*. Пока оставалась въ силѣ *Lex Cincia*, такое дареніе встрѣчало препятствія. Во время же Феодосія II, можно думать, предбрачное дареніе въ пользу невѣсты со стороны *persona extranea* имѣло силу:

I. 29 C. *de donat.* 8, 53. *Impp. Theodosius et Valentinianus Hierio PP. In extraneos et saepe ignotos donationem collatam valere receptum est.*

Наши источники впрочемъ говорятъ всегда о родственникахъ жениха, какъ о совершителяхъ предбрачнаго даренія²⁵⁾.

Прикосновенность отца невѣсты къ *donatio a. n.* имѣеть значеніе постольку, поскольку онъ приобрѣтаетъ чрезъ свою дочь права на совершенное въ ея пользу предбрачное дареніе. Но при Феодосіѣ II было признано, что выходящая замужъ дочь приобрѣтаетъ *donatio a. n.* для себя лично, а не для отца²⁶⁾.

25) I. 9 C. *de d. a. n.* 5, 3; I. 17 C. *de collat.* 6, 20; *Nov. Theod. XXII* I. 2 § 15 etc.

26) I. un. C. *Theod. de bonis quae filiis fam.* 8, 19 = I. 1, 2, 5 C. 6, 61.

§ 2.

Объекты Donationis a. n.

Объектомъ предбрачнаго даренія можетъ быть все то, что способно къ отчужденію, къ выдѣленію изъ имущества одного лица и вписанію въ имущественную массу другого. Это явствуетъ изъ характера Donatio a. n. какъ даренія.

Дареніе, какъ извѣстно²⁷⁾, совершается или dando, или obligando или liberando. Съ каждымъ изъ этихъ способовъ даренія сопряжены не одинаковыя права, переходящія отъ дарителя на одаряемаго — или вещныя права, или обязательственныя.

I. Чаще всего источники наши говорятъ о томъ видѣ даренія, который совершается „dando“, слѣдовательно главнымъ образомъ о перенесеніи права собственности. — Каждый предметъ, на который вообще возможно право собственности, можетъ быть объектомъ donatio a. n., поскольку противное не предписывается положительными постановленіями права.

Изъяты изъ круга предметовъ donatio a. n. — вещи находящіяся вообще внѣ оборота — res extra commercium. Кромѣ того не подлежали отчужденію путемъ donatio a. n.

27) Savigny System, Bd. IV, S. 105.

a) Praedia et possessiones resque immobiles, in quibus orthotoxae fidei ecclesiae vel oratoria constituta sunt — но только въ томъ случаѣ, если лицо одаряемое принадлежитъ къ какой либо еретической сектѣ²⁸⁾).

b) Praedia pistorum могли быть подарены только тому, qui pistoris officium sponte susceperit²⁹⁾).

Кромѣ этихъ двухъ сингулярныхъ запрещеній, основанныхъ частью на свойствахъ вещи, частью на особенностяхъ одаряемаго лица, источники не приводятъ другихъ постановленій, которыми ограничивался бы кругъ предметовъ donatio a. n.

Не только движимости³⁰⁾, но и недвижимости³¹⁾ могутъ составлять объектъ предбрачнаго дара. Даритель можетъ подарить всю вещь или только свою часть въ res communis:

1. 12 C. de donat. 8,53. Impp. Diocletianus et Maximianus Aurelio: Portionem propriam rebus necdum divisis nemo prohibetur titulo donationis in alium transferre.

Во всякомъ случаѣ, даритель долженъ имѣть право собственности на даримую имъ вещь, иначе donatio a. n. не достигнетъ своей цѣли:

28) 1. 10 pr. C. de haeret. 1, 5.

29) 1. 3 C. Theod. de pist. 14, 3.

30) 1. 10, 1. 14 C. ht. 5, 3.

31) 1. 8. 1. 12 C. ht. 5, 3; 1. 8 C. de praed. 5, 76; 1. 3 C. Theod. de pist. 14, 3.

l. 14 C. de donat. 8, 53 Impp. Diocletanus et Maximianus-Idaеae: si filius tuus res ad te pertinentes sponsae suae te non consentiente donavit, ad eam quod non habuit transferre non potuit.

Источники не упоминают другихъ вещныхъ правъ, кромѣ права собственности, какъ возможныхъ объектовъ предбрачнаго дара.

II. Предметъ даренія, совершаемаго obligando или liberando, — есть устанавливаемое или переносимое или уничтожаемое право требованія. Источники³²⁾ говорятъ только объ устанавливаемомъ правѣ требованія, по мыслима также donatio a. n., совершаемая liberando, такъ какъ и этотъ видъ даренія ведетъ къ обогащенію одаряемаго.

III. Въ качествѣ предбрачнаго дара могутъ быть приносимы не только отдѣльныя вещи изъ имущества жениха, по и все его имущество. Это положеніе подлежитъ ограниченіямъ въ случаѣ повторительнаго брака, въ виду охраненія интересовъ дѣтей отъ предшествующаго брака. Право христіанскихъ императоровъ относится къ повторительнымъ бракамъ вообще неодобрительно и облагаетъ ихъ имущественными пенями въ пользу дѣтей. Такимъ путемъ достигаются двѣ цѣли одновременно — наказаніе вступающаго въ повторительный

32) l. 3, l. 5 C. ht. 5, 3.

бракъ и обезпеченіе дѣтей. Постановленіе этого рода было сдѣлано впервые въ 472 г. императоромъ Львомъ:

l. de 6 C. de sec. nuptiis 5, 9 Impp. Leo et Anthemius — Erythrio PP. Hac edictali lege in perpetuum valitura sancimus, si ex priore matrimonio procreatis liberis pater vel mater ad secunda vel tertia aut ulterius repetiti matrimonii vota migraverit non sit ei licitum novercae seu vitrico testamento vel sine scriptura seu codicillis, hereditatisve jure sive legati vel fideicommissi titulo plus relinquere, nec dotis aut ante nuptias donationis nomine seu mortis causa habita donatione conferre . . . quam filio vel filiae si unus vel una extiterit. Quod si plures liberi fuerint, singulis aequas partes habentibus minime plus, quam ad unumquemque eorum pervenerit, ad eorum liceat vitricum novercamve transferri. Sin vero non aequis portionibus ad eosdem liberos memoratae transierint facultates, tunc quoque non liceat plus eorum novercae vel vitrico testamento relinquere vel donare seu dotis vel ante nuptias donationis titulo conferre, quam filius vel filia habet, cui minor portio ultima voluntate derelicta vel data fuerit vel donata . . .

Къ этому ограниченію размѣра donatio a. n. присоединяется еще другое, признанное въ качествѣ за-

конной нормы, правда, лишь Юстинианомъ, по дѣйствовавшее, въ силу обычая, на Востокѣ еще и до него, именно постепенное уравненіе размѣровъ dos и donatio a. n.

Въ Сирско-Римскомъ законникѣ³³⁾ donatio a. n. и dos находятся между собою въ слѣдующемъ соотношеніи:

P. § 40. Слѣдующимъ образомъ приносятъ жены свои *φερναί*: въ провинціяхъ, городахъ имперіи и во всѣхъ странахъ заходящаго солнца (запада) обычай таковъ, что мужъ приноситъ женѣ въ *δωρεά*, устанавливаемую въ ея пользу, столько же, сколько приноситъ она всякаго рода имущества и животныхъ. Приноситъ жена на 100 денаріевъ, то и онъ отписываетъ ей на 100; приноситъ она болѣе или менѣе, — то и онъ отписываетъ ей въ соответствующемъ размѣрѣ. И такъ приносятъ они въ равной мѣрѣ другъ другу имущество — жена въ *φερνῆ*, мужъ въ *δωρεά*. Въ странахъ Востока иной обычай, состоящій въ томъ, что если жена приноситъ *φερνῆ* въ 100 денаріевъ, то мужъ приноситъ только половину, т. е. 50 денаріевъ.

Въ *Argm.* § 95 прямо сказано³⁴⁾, что въ царственномъ городѣ Константинополь размѣръ предбрачнаго дара равенъ размѣру приданого.

33) Syrisch-Römischer Rechtsbuch. Seite 58.

34) Ibid., S. 127.

Нормы обычного права подвергались колебаніямъ въ императорскомъ законодательствѣ, пока наконецъ Юстинианомъ предписанъ былъ³⁵⁾ равный размѣръ для dos и donatio a. n. Такъ, уже Майоріанъ (въ 458 г.) постановилъ, что donatio a. n. не должна по своимъ размѣрамъ превосходить dos.

Nov. Majoriani tit. VI de sanctimonialibus § 9:
Et quia studiosè tractatur a nobis utilitas filiorum quos et numerosius procreari pro Romani nominis optamus augmento, et procreatis competentia commoda perire non patimur, hoc necessario putavimus praecavendum, ut marem feminamque jungendos copula nuptiali par condicio utrumque constringat, id est ut nunquam minorem, quam exigit futura uxor sponsaliciam largitatem, dotis titulo se noverit collaturam, scituris puellis ac parentibus puellarum vel quibuscunque nupturis, ambos infamiae maculis inurendos, qui fuerint sine dote conjuncti, ita ut nec matrimonium judicetur, nec legitimi ex his filii procreentur.

Постановленія Майоріана не долго впрочемъ оставались въ силѣ; уже въ 463 г. императоръ Либій Северъ подвергнулъ Nov. VI Majoriani самой безпощадной критикѣ и изъ названной новеллы оставилъ въ

35) Nov. 97.

силѣ только то, quod veterum legum commendat auctoritas³⁶⁾; тѣмъ не менѣе предписание Майоріана о равномъ размѣрѣ dos и donatio a. n. не было положительно отмѣнено Северомъ: это было сдѣлано позже императоромъ Львомъ въ 468 г.

l. 9 pr. § 1 C. de pactis couv. tam super dote etc. 5, 14 Imppr. Leo et Anthemius-Nicostrato PP. Ex morte cujuscunque personae sive mariti sive mulieris eandem partem non pecuniae quantitatem tam virum ex dote quam mulierem ex a. n. donatione lucrari decernimus. Veluti si maritus mille solidorum a. n. donationem confecerit, licebit mulieri et minoris et amplioris quantitatis dotem offerre et marito similiter a. n. donationem.

Полное уравненіе размѣровъ dos и donatio a. n. лишило бы нашъ институтъ характера даренія. Къ этому дѣйствительно и пришло развитіе института въ правѣ Юстиніана, гдѣ donatio a. n. — дареніе только по названію.

§ 3.

Совершеніе Donatio a. n.

Форма совершенія предбрачнаго даренія, какъ и всякаго вообще даренія, подвергалась измѣненіямъ въ теченіе развитія института. Сущность этихъ измѣненій

36) Nov. Severi tit. 1.

заключается въ томъ, что первоначальныя строгія формы постепенно были ослабляемы, и наконецъ уступили мѣсто болѣе свободнымъ.

I. Сначала donatio a. n. совершается въ формѣ обыкновеннаго даренія, которое безпрепятственно допускалось между excerptae personae; между послѣдними дареніе совершается посредствомъ mancipatio или promissio:

Fr. Vat. § 310. Paulus libro XXIII ad edictum de brevibus. Perficitur donatio in exceptis personis sola mancipatione vel promissione; quoniam neque Cinciae legis exceptio obstat, neque in factum „si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum“, idque et divus Pius rescripsit.

Установленіе и исполненіе предбрачнаго даренія могутъ совпадать, но могутъ также и относиться къ двумъ различнымъ моментамъ; первое наблюдается при дареніи „dando“, второе — при установленіи, въ качествѣ дара, права требованія.

Наши источники, — даже самыя древнія конституціи³⁷⁾ — говоря объ установленіи предбрачнаго дара, упоминаютъ только о traditio, по никогда о mancipatio. Это можно объяснить или тѣмъ обстоятельствомъ, что компиляторы вообще устранили „mancipatio“ изъ

37) l. 8, l. 11 . . . C. de d. a. n. 5, 3.

сочиненій юристовъ и императорскихъ конституцій, или же тѣмъ, что упоминаемые въ конституціяхъ земельные участки принадлежатъ къ провинціальнымъ, относительно которыхъ *mancipatio* на можетъ имѣть мѣста. — Дареніе *res nec mancipi* совершалось путемъ простой традиціи. Объектъ даренія могъ быть переданъ не только непосредственно женихомъ невѣстѣ, но для этого могъ быть привлеченъ и посредникъ³⁸⁾.

Въ предбрачномъ дареніи, совершаемомъ путемъ *promissio*, моменты установленія и исполненія не совпадаютъ. Возможно, что *promissio* будетъ исполнено еще до совершенія брака; но исполненіе *promittiro* ваннаго дареніе не всегда возможно до совершенія брака, уже потому что часта дареніе устанавливалось въ самый день заключенія брака³⁹⁾. Въ послѣднемъ случаѣ слѣдовательно *promissio* можетъ быть реализована уже только во время брака. Запрещеніе дареній между супругами въ данномъ случаѣ не имѣетъ силы, такъ какъ дареніемъ считается не исполненіе стипуляціи, а самая стипуляція⁴⁰⁾. — Напротивъ подъ это запрещеніе подпадаетъ такое *promittiro* ванное дареніе, которое устанавливается подъ условіемъ *insecutio purtiatum*, ибо въ этомъ случаѣ исполненіе стипуляціи ведетъ къ обогащенію жены какъ таковой; такое

38) l. 5 pr. D. de don. inter v. et u. 24, 1.

39) l. 27, l. 66 D. de don. inter v. et u. 24, 1; l. 6 C. d. a. n. 5, 3.

40) Savigny. System, Bd. IV. SS. 57, 170.

дареніе остается въ силѣ только *si duraverit voluntas (se. donatoris) usque ad mortem*:

l. 32 § 22. D. de don. inter virum et uxorem 24, 1. Ulpianus libro XXXIII ad Sabinum. Si sponsus sponsae donaverit in tempus matrimonii collata donatione, quamvis inter virum et uxorem donatio non videatur facta et verba orationis minus sufficiant, tamen donationem dicendum est ad sententiam orationis pertinere, ut, si duraverit voluntas usque ad, mortem, valeat donatio.

И такъ, *traditio (mancipatio)* и *stipulatio* были формами совершенія каждаго даренія, а слѣдовательно и *donatio a. n.*⁴¹⁾; это продолжалось до Константина В.

II. Константинъ ввелъ новую форму совершенія дареній въ 316 г.; примѣненіе новой формы къ совершенію *donatio a. n.* было предписано Константиномъ въ 319 г.

Новая форма удержала главныя черты прежнихъ способовъ совершенія дареній, скомбинировавъ ихъ такимъ образомъ, что онѣ продолжали существовать какъ составныя новаго способа совершенія даренія⁴²⁾: а именно, была удержана традиція, а изъ стипуляціи было заимствовано составленіе обычнаго документа. — Дальнѣйшее развитіе этой формы, что касается спе-

41) l. 4 C. Theod. de donat. 8, 12.

42) Liebc. Die Stipulation, S. 131 ff.

специально *donatio a. n.*, представляет въ некоторыхъ случаяхъ опущеніе традиціи, въ другихъ — даже опущеніе документа: для дѣйствительности даренія достаточно какого бы то ни было доказательства.

По закону Константина⁴³⁾ для совершенія дѣйствительнаго даренія требуется:

- 1) составленіе документа;
- 2) традиція объекта даренія;
- 3) *insinuatio*.

Конституція Константина — *l. 1 C. Theod. de donat. 8, 12* — содержитъ въ себѣ подробныя предписанія о совершеніи дареній:

l. 1 § 1 C. Theod. 8, 12. J. Constantinus ad Maximum. Pf. U.

In conscribendis autem donationibus nomen donatoris jus ac rem notari oportet, neque it occulte aut per imperitos aut privatim, sed aut tabula, aut quodque aliud materiae tempus dabit, vel ab ipso vel ab eo quem sors ministraverit, scientibus plurimis conscribatur.

§ 2. Et corporalis traditio subsequatur ad excludendam vim atque irreptionem advocata vicinitate, omnibusque arbitris adhibitis, quorum postea fide probabitur, donatam rem, si est mobilis, ex voluntate traditam donatoris, vel

⁴³⁾ *l. 1 C. Theod. de donat. 8, 12 = l. 25 C. eod. 8, 53; ср. Fragm. Vat. § 349.*

si immobilis, abscessu donantis, novo domino patefactam, actis etiam annectendis, quae apud judicem vel magistratum conficienda sunt.

Предписаніе объ инсинуаціи даренія было сдѣлано еще Констанціемъ, отцомъ Константина; послѣдній подтвердилъ предписаніе отна специально для *donatio a. n.*

l. 1 C. Theod. de sponsalibus 3, 5. J. Constantinus ad Rufinum Pf. P. Pater noster nullam voluit liberalitatem valere, si actis inserta non esset. Nos etiam inter sponsos ac sponsas omnesque personas eam solam donationem ex promulgatae legis tempore valere sancimus, quam testificatio actorum secuta est.

Въ силу этихъ предписаній каждое дареніе разлагается на два момента — установленіе даренія (*Conscriptio donationis*) и исполненіе даренія (*corporalis traditio*). Первоначально для дѣйствительности даренія необходимо торжественное совершеніе обоихъ моментовъ. Позже строгое соблюденіе этого положенія не составляетъ непремѣннаго требованія для дѣйствительности даренія. Уже Константинъ призналъ возможнымъ не требовать *testificatio actorum* при совершеніи *donatio a. n.* въ пользу женщины *intra aetatem*⁴⁴⁾. При Феодосіѣ II *instrumentum donationis* имѣетъ вообще важное значеніе, но для даренія *intra 200 solidorum quantitatem* вовсе не требуется *confectio actorum*.

⁴⁴⁾ *l. 3 C. Theod. de sponsal. 3,5 ср. l. 8 C. Theod. eod.*

l. 13 C. Theod. de sponsal. 3, 5 Impp. Theodosius et Valentinianus Hierio Pf. P. Si donationis instrumentum ante nuptias actorum solennitate firmatum sit, de traditione utrum nuptias antecesserit, an secuta sit, an penitus praetermissa, minime perquiratur: in illa donatione, quae in omnibus intra ducentorum solidorum est quantitatem, nec actorum confectione quaerenda. Haec enim commoda nec mariti fraude nec successorum ejus improbitate, nec scrupulositate juris, si et imperite vel callide rerum offerendarum in dotem habeat donatio mentionem denegari uxoribus deceptis patimur vel his, qui in earum jura succedunt, sed a marito vel a heredibus ejus exacta restitui; illa manente lege, quae minoribus aetate feminis etiam actorum testificatione omissa, si patris auxilio destitutae sint, juste consuluit.

III. Установленіе donatio a. n. предполагаетъ дѣеспособность дарителя. Первоначально однако несовершеннолѣтіе дарителя не является препятствіемъ къ дѣйствительности даренія:

l. 1 C. Greg. 2, 3 nam etsi inter minores verti videatur non discrepat ab his, qui legitimae aetatis ad hujuscemodi contractus prodeunt.

Consensus curatoris, повидимому, не требуется

при совершеніи donatio a. n.⁴⁵⁾; но отдавать въ предбрачный даръ praedia несовершеннолѣтній не властенъ даже и при наличности consensus со стороны своего попечителя⁴⁶⁾.

§ 4.

Дѣйствіе установленія Donatio a. n.

Donatio a. n. не является необходимымъ предположеніемъ дѣйствительности брака. Впрочемъ обычай совершать предбрачное дареніе былъ на столько распространенъ, что сложился даже взглядъ, будто бы безъ donatio a. n. бракъ не можетъ считаться дѣйствительнымъ. Феодосій II объявилъ такой взглядъ неправильнымъ въ своемъ рескриптѣ къ Герію:

l. 3 C. Theod. de nuptiis 3,7. Impp. Theodosius et Valentinianus Hierio Pf. P. Si donationum a. n. vel dotis instrumenta defuerint pompa etiam aliaque nuptiarum celebritas omitatur nullus aestimet, ob id deesse alias inito matrimonio firmitatem, vel ex eo natis liberis jura posse legitimorum auferri, si inter pares honestate personas, nulla lege impediante, fiat consortium, quod ipsorum consensu atque amicorum fide firmatur.

45) l. 1 C. si adv. donat. 2, 29.

46) l. 8 C. de praediis 5, 71 cp. l. 1 D. de rebus eorum qui sub tutela 27, 9.

До Юстиніана *donatio a. n.* не зависѣла и не обуславливалась доставленіемъ или установленіемъ приданого; обѣ эти имущественныя массы мыслимы были независимо одна отъ другой.

Установленіе предбрачнаго дара зависитъ исключительно отъ свободнаго произволенія дарителя. Возникаетъ вопросъ, какая цѣль можетъ руководить дарителемъ при установленіи предбрачнаго дара? Разумѣется цѣль эта могла быть названа въ предбрачномъ договорѣ, но она могла быть и не указана, — и для послѣдняго именно случая и важно дать отвѣтъ на поставленный вопросъ. Нѣкоторые изслѣдователи⁴⁷⁾ усматриваютъ руководящую дарителемъ цѣль въ осуществленіи различныхъ функцій, какія *donatio a. n.* можетъ имѣть до совершенія брака, во время его или послѣ его прекращенія. Намъ кажется, что цѣль дарителя заключается исключительно въ желаніи обогатить невѣсту, — ибо дѣйствія *donationis a. n.* во время брака или послѣ прекращенія его, за отсутствіемъ особаго договора, опредѣляются независимо отъ воли дарителя.

47) См. Schott, Die *donatio p. n.* SS. 2—35. Самъ Schott (S. 37) полагаетъ, что цѣли установленія, предбрачнаго дара находились въ зависимости отъ своеобразныхъ имущественныхъ и личныхъ отношеній римскихъ супруговъ. „Жена могла отдать въ приданое мужу все свое имущество; по прекращеніи брака разводомъ она могла очутиться въ невыгодномъ положеніи, какъ разведенная, въ сравненіи съ дѣвницей.“ Очевидно, Schott усматриваетъ сущность и цѣль института въ огдѣльныхъ его функціяхъ въ различные моменты его дѣйствія. По нашему мнѣнію, эти различныя цѣли могли возникнуть только постепенно, по мѣрѣ выработки положительнаго права *Donationis a. n.*

Изстари допускались при установленіи *donatio a. n.* особенныя договоры о судьбѣ предбрачнаго дара на случай неосуществленія предположеннаго брака. За отсутствіемъ такого договора вопросъ о *donatio a. n.* рѣшался на основаніи предписаній положительнаго права. — Въ послѣднемъ отношеніи слѣдуетъ различать время до законодательства Константина и послѣ него.

I. До Константина предбрачное дареніе, совершенное женихомъ въ пользу невѣсты, безъ особаго договора, остается въ силѣ, хотя бы предположенный бракъ и не осуществился. На этой точкѣ зрѣнія стоятъ классическіе юристы Юліанъ и Папиніанъ.

I. 1 § 1 D. de donat. 39, 5. Julianus libro XVII digestorum. Igitur cum dicimus inter sponsum et sponsam donationem valere, propria appellatione utimur et factum demonstramus, quod ab eo proficiscitur, qui liberalitatis gratia aliquid dat, ut confestim faciat accipientis nec umquam ullo factu ad se reverti velit. Cum vero dicimus, si hac mente donat sponsus sponsae, ut nuptiis non secutis res auferatur, posse repeti, non contrarium priori dicimus, sed concedimus inter eas personas fieri donationem, eam quae sub condicione solvatur.

Въ томъ же смыслѣ высказывается и Папиніанъ: Fr. Vatic. § 262. Papinianus libro XII resp. — Sponsae res simpliciter donatae non insecutis

nuptiis non repetuntur. Sed et si adfinitatis contrahendae causa donationes factae sunt et nuntium sponsus culpa sua remiserit aequae non repetuntur. Quod ita intelligi oportet, si revocandis donationibus condicio non comprehendatur non conjuncto matrimonio non perficiendi contractus.

Правило это соблюдалось съ такою строгостью, что даже несовершеннолѣтніе не пользовались льготами относительно установленнаго ими предбрачнаго дара, — что мы видимъ изъ одного сохранившагося въ Cod. Greg. рескриптнаго рѣшенія императоровъ Валеріана и Галліена.

C. Greg. tit. II, 3. Imp. Valerianus et Gallienus et Valerianus Caesar Avinio Octaviano suo salutem. Precibus tuis et juris auctoritas et aequitas assistit; neque anim dubium est, ea, quae sponsae affinitatis contrahendae caussa a minore donantur, repeti non posse, quando hujuscemodi caussas communis voti complendi ratio provocet, propter quae et in integrum restitutio denegatur; nam etsi inter minores verti videatur non discrepat ab his, qui legitimae aetatis ad hujuscemodi contractus procedunt. Quare quaecunque Julius Agrippinus filiae tuae Avinae sponsae donavit, repetere nullo modo poterit; ac si facere hoc tentaverit

opponet auctoritatem suam Julius Donatus V. C. Pf. U., amicus noster, ut tam improba petitio repellatur (a. 259).

Изъ приведенныхъ мѣстъ мы видимъ, что всякій, особенно не оговоренный, предбрачный даръ, въ моментъ своего установленія переходилъ въ имущество невѣсты и ни въ какомъ случаѣ не могъ быть потребованъ обратно; собственность тотчасъ же переходила къ невѣстѣ, возникшее для нея изъ стипуляціи право требованія могло быть во всякое время осуществлено путемъ иска. — Поворотъ дара къ жениху-дарителю могъ имѣть мѣсто въ томъ лишь случаѣ, если между помолвленными былъ заключенъ соотвѣтствующій договоръ⁴⁸⁾. Такой взглядъ на невозвратимость предбрачнаго дара оставался въ силѣ до Константина.

II. Въ 319 г. Константинъ издалъ конституцію⁴⁹⁾ ad Maximum Pf. U., въ которой онъ порицаетъ существовавшій до сего взглядъ о невозвратимости предбрачнаго дара, — veterum sententia, quae donationes in sponsam nuptiis quoque non secutis decrevit valere. Императоръ отмѣняетъ этотъ старый несправедливый взглядъ, сложившійся подъ влияніемъ выдающихся юристовъ, и вводитъ на его мѣсто новыя правила: каждое дареніе между помолвленными должно впредь разсматриваться какъ совершенное подъ условіемъ affinitatis

48) 1. 2, l. 7, l. 12 C. de d. a. n. 5, 3.

49) 1. 2 C. Theod. de sponsal. 3, 5 = l. 15 C. de d. a. n. 5, 3.

coenudae, хотя бы даже это условие и не было высказано; осуществление предположенного брака должно всегда считаться презумирующимся условиемъ предбрачнаго даренія.

l. 2 pr. C. Theod. de sponsal. 3, 5. J. Constantinus ad Maximum Pf. U. Cum veterum sententia displiceat, quae donationes in sponsam nuptiis quoque non secutis decrevit valere, ea quae largiendi animo inter sponsas et sponsas jure celebrantur, redigi ad hujusmodi condiciones jubemus, ut sive in potestate patris degere sive ullo modo proprii videantur esse juris, et tanquam futuri caussa matrimonii aliquid sibi ipsi vel consensu parentum mutuo largiantur, siquidem sponte vir sortiri noluerit uxorem, id quod ab eo donatum fuerit, nec repetatur traditum et si quid apud donatorem resedit ad sponsam summotis ambagibus transferatur.

Въ этомъ случаѣ слѣдовательно къ дарителю примѣняется общее правило — quotiens per eum cujus interest condicionem non impleri fiat quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta condicio esset⁵⁰⁾. Если женихъ измѣнилъ свое прежнее намѣреніе вступить въ бракъ то онъ самъ сдѣлалъ невозможнымъ

50) l. 161 D. de R. J. 50, 17.

осуществленіе условія, — а потому условіе считается какъ бы исполненнымъ. Константинъ удерживаетъ такимъ образомъ veterum sententiam на тотъ случай, когда бракъ не совершился по винѣ дарителя⁵¹⁾.

Если же, продолжаетъ императоръ, невѣста или ея отецъ отказывается отъ заключенія брака, то дары жениха должны быть возвращены ему или его наследникамъ⁵²⁾; эти же правила примѣняются и къ дареніямъ, совершеннымъ невѣстою въ пользу жениха⁵³⁾.

Приведенныя только что постановленія имѣютъ силу въ тѣхъ случаяхъ, когда предположенный бракъ не осуществляется вслѣдствіе mutata animi sententia помолвленныхъ. Но причина неосуществленія брака можетъ быть и объективнаго характера, — она можетъ заключаться въ смерти одной изъ сторонъ. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ вопросъ о судьбѣ предбрачнаго дара рѣшается на основаніи двухъ постановленій Константина — l. 2 § 3, 4 C. Theod. h. t. 3, 5⁵⁴⁾ и l. 6 C. Theod. eod. — изъ коихъ первое выражаетъ принципъ, а второе модификацію этого принципа подъ вліяніемъ osculum intervenicus.

Принципъ таковъ:

51) Ср. приведенное выше мѣсто Папиніана Fr. Vat. § 262.

52) l. 2 § 1 C. Theod. cit.

53) l. 2 § 2 C. Theod. cit.

54) l. 2 C. Theod. 3, 5 (за исключеніемъ § 3, 4) = l. 15 C. de d. a. n. 5, 3.

l. 2 § 3 C. Theod. h. t. 3, 5. Et quoniam fieri potest, ut moriatur alter adhuc incolumi voluntate priusquam nuptiae contrahentur, congruum duximus, eo in quem fuerat facta donatio, ante matrimonii diem functo, quae sponsaliorum titulo vel data vel ullo genere donata sunt, ad eum qui donaverat revocari: eo etiam qui donaverat ante nuptias mortuo, mox infirmari donationem et ad ejus heredes sine aliqua difficultate retrahi res donatas.

(Право на востребование предбрачного дара Константинъ называетъ *beneficium* и предоставляет его ограниченному кругу лицъ — l. 2 § 4 cit.).

Выраженный съдѣсь принципъ остается въ силѣ и позднѣе — ср. l. 3 C. de sponsal. 5, 1 (Gratianus, Valentinianus et Theodosius) и

l. 6. pr. inf. C. Theod. de sponsal. 3, 5 . . .
sive sponsus sive sponsa obierit totam infirmari donationem et donatori sponso vel heredibus ejus restitui.

Послѣдствія неосуществленія брака модифицируются для *donatio a. n.* подѣ влияніемъ *osculum interveniens*.

l. 6 pr. C. Theod. h. t. 3, 5⁵⁵). J. Constantinus ad Tiberianum vicarium Hispaniarum.

55) = l. 16 C. de d. a. n. 5, 3.

Si ab sponso rebus sponsae donatis interveniente osculo⁵⁶) ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, dimidiam partem rerum donatarum ad superstitem pertinere praecipimus, dimidiam ad defuncti vel defunctae heredes, cujuslibet gradus sint et quocunque jure successerint, ut donatio stare pro parte media et

56) Что разумѣть подѣ *osculum interveniens* — объ этомъ до сихъ поръ мнѣнія изслѣдователей расходятся. L. 6 C. Theod. 3, 5 = l. 16 C. de d. a. n. 5, 3 снабжена инскрипціей *ad Tiberianum vicarium Hispaniarum*. Возникаетъ вопросъ, представляетъ ли эта конституція сингулярное постановленіе для Испаніи, или же она должна была имѣть силу для всей имперіи? Если „*osculum*“ является только мѣстнымъ обычаемъ, распространеннымъ въ Испаніи, то конституція l. 6 C. Theod. 3, 5, изданная Константиномъ въ 336 г. не можетъ дерогировать l. 2 C. Theod. eod. изданной въ 319 г. — Мѣстный характеръ l. 6 C. Theod. 3, 5 усматриваютъ, начиная съ J. Gothofredus (Cod. Theod. — Comment. ad l. 5 de spons.), въ этой конституціи въ виду ея *inscriptio* (*ad Tiberianum vicarium Hispaniarum*): Константинъ де, на запросъ Тибериана о распространенномъ въ Испаніи обычаѣ, издалъ рескриптъ, коимъ и санкціонировалъ мѣстный обычай. Будь такое толкованіе — (въ силу котораго постановленіе объ „*osculum*“ должно было имѣть значеніе только для Испаніи) — правильно, то было бы въ высшей степени странно, что Юстиніанъ внесъ въ свой *Codex* постановленіе, отличавшееся исключительно мѣстнымъ характеромъ, и превратилъ такимъ путемъ конституцію Константина въ общеобязательный для всей имперіи законъ! Мы склонны думать, что Константинъ въ l. 6 C. Theod. говоритъ объ общеизвестномъ обычаѣ, который, по его мысли, долженъ быть моментомъ модифицирующимъ принципъ, высказанный въ l. 2 C. Theod. 3, 5. Надписаніе „*ad Tiberianum vicarium Hispaniarum*“ не можетъ противорѣчить такому толкованію. Тиберианъ могъ обратиться къ Константину съ запросомъ о томъ, какъ относиться къ мѣстному обычаю „*osculum*“; императоръ посылаетъ своему на мѣстнику инструкцію, въ силу которой къ „*osculum*“ въ Испаніи должно относиться такъ-же, какъ относятся къ этому обычаю на Востока. Въ пользу такого толкованія говоритъ аналогичныя постановленія Сирско-Римскаго законника, въ которомъ „*osculum*“ придается

solvi pro parte media videatur: osculo vero non interveniente, sive sponsus sive sponsa obierit, totam infirmari donationem et donatori sponso sive heredibus ejus restitui.

Далѣе — § 1 — Константинъ впервые дѣлаетъ различіе между дареніемъ со стороны жениха невѣстѣ и дареніемъ невѣсты — жениху. Подъ donatio a. n. съ этого времени разумѣется одно лишь дареніе жениха (или его родичей) въ пользу невѣсты, и постановленія преемниковъ Константина о donatio a. n. относятся только къ даренію въ пользу невѣсты, но не въ пользу жениха.

также большое значеніе. Во всѣхъ редакціяхъ этого сборника — L. 91. P. 45, Ar. 55, Ar. 57. — говорится объ обычаяхъ поцѣлуя, съ которымъ связываются такія же послѣдствія, какія предписываются Константиномъ въ его рескриптѣ къ Тиберіану. — Что же такое „osculum“? Очевидно I. 6 C. Theod. cit. имѣетъ въ виду не поцѣлуи помолвленныхъ, не поддающіеся контролю, а нѣкоторый обычай, торжественное совершеніе коего и сообщало ему юридическое значеніе: вѣроятно, этотъ поцѣлуй представлялъ одну изъ составныхъ (хотя и не неизбѣжныхъ) частей сговора. Ни Codex Theodosianus, ни Codex Justinianus не говорятъ подробно объ „osculum“, очевидно предполагая этотъ обычай общеизвѣстнымъ. За то Сиреко-Римскій законникъ во всѣхъ своихъ редакціяхъ даетъ намъ болѣе точныя извѣстія объ „osculum“. Здѣсь говорится, что, въ случаѣ неосуществленія брака, невѣста (о женихѣ сборникъ въ этомъ отношеніи не упоминаетъ) тогда только обязана отдать наследникамъ жениха половину полученныхъ ею отъ него подарковъ, „wenn dem Mädchen ein Brautgemach geworden ist und ihr Gatte (Verlobter) sie gesehen und geküsst hat“ L. 91. По мнѣнію Brun's'a (Syrisch-Römisches Rechtsbuch, S. 259—264) здѣсь идетъ рѣчь объ обычаяхъ, сопровождавшихъ сговоръ. Наименованіе сторонъ — Mädchen, Verlobte, Verlobter — не оставляютъ сомнѣнія, что здѣсь имѣется въ виду какой то, ближе неизвѣстный намъ обычай, сопровождающій ритуаль помолвки, или же относящійся ко времени между помолвкой и заключеніемъ брака.

Константинъ примѣняетъ высказанный имъ принципъ только къ дареніямъ жениха, — поэтому.

§ 1. Quod si sponsa interveniente vel non interveniente osculo sponsaliorum titulo, — quod raro accidit — fuerit aliquid sponso largita et ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, omni donatione infirmata ad donatricem sponsam sive ejus successores donatarum rerum dominium transferatur.

По конституціи Константина, какъ и до него, donatio a. n. становится совершившеюся въ моментъ ея установленія, въ который къ невѣстѣ переходятъ со-держашіяся въ дарѣ права: право собственности или установленное стипуляціей право требованія тотчасъ-же принадлежатъ къ имуществу невѣсты. Установленіе donationis a. n. подѣтъ тѣмъ условіемъ, что невѣста пріобрѣтетъ собственность на даръ только лишь по заключеніи брака, уже раньше было объявлено недопустимымъ.

I. 4 C. de d. a. n. 5, 3. Imp. Gordianus Marco. Quod sponsae ea lege donatur, ut tunc dominium ejus adipiscatur, cum nuptiae fuerint secutae, sine effectu est.

Дѣйствительность даренія остается въ зависимости отъ условія осуществленія брака. Если предположенный бракъ не осуществится, то даръ возвращается обратно къ дарителю, — въ этомъ заключается нововведеніе Константина.

Что касается правъ невѣсты на предбрачный даръ, то Константинъ ни въ чемъ не измѣнилъ ихъ. Что право собственности тотчасъ же по установленіи *donatio a. n.* переходитъ къ невѣстѣ (или къ ея отцу — до *Nov. Theod. 14, 1, 8*) это мы видимъ изъ того, что Константинъ въ *l. 15 C. de a. n. 5, 3* даетъ дарителю только *condictio* или *actio in rem utilis*, а въ *l. 6 C. Theod. de sponsal. 3, 5* (*l. 16 C. de d. a. n. 5, 3*) онъ говоритъ:

donatum rerum dominium transferatur,

слѣдовательно право собственности на даръ перешло къ невѣстѣ уже въ моментъ установленія *donatio a. n.*

Въ качествѣ собственницы невѣста пріобрѣтаетъ для себя и плоды подаренной вещи. Если же бракъ не осуществился, то спрашивается, должны ли быть отданы жениху-дарителю и плоды вмѣстѣ съ самимъ даромъ? Прямого отвѣта на этотъ вопросъ въ источникахъ мы не находимъ, но можемъ рѣшить его на основаніи слѣдующихъ соображеній: Даръ составляетъ обогащеніе невѣсты; такъ какъ плоды — *accessio* подареннаго объекта, который можетъ быть кондиционированъ женихомъ⁵⁷⁾, то невѣста должна отвѣчать и за извле-

57) Правда, въ *l. 2 C. Theod. 5, 3 = l. 15 C. h. t. 3, 5* мы не имѣемъ этого точнаго названія иска, которое внесено въ текстъ Константиновой конституціи лишь компиляторами — см. *Ihering Gesam. Aufsätze I S. 67* — но это прибавленіе вполнѣ правильно — ср. *l. 1 C. de donat. quae sub modo 8. 54.*

ченные ею плоды, — точно такъ-же, какъ отвѣчать за плоды *dotis* женихъ, въ случаѣ неосуществленія брака⁵⁸⁾; женихъ въ правѣ кондиционировать плоды *donationis a. n.*, какъ даритель *mortis causa*, который, избѣгнувъ смертельной опасности

fructus quoque donatarum rerum et partus et quod adcrevit rei donatae repetere potest — l. 12 D. de c. c. d. 12, 4.

Право собственности невѣсты на *donatio a. n.* обнаруживается въ особенности еще изъ того, что невѣста можетъ употребить установленный въ ея пользу даръ въ качествѣ приданаго (см. ниже.)

III. Указанныя черты *donationis a. n.* въ періодъ до брака позволяютъ намъ теперь установить различіе между *donatio a. n.* и *arrha sponsalicia*. Нельзя отрицать, что *arrha sponsalicia* имѣетъ много общаго съ *donatio a. n.*; но отсюда еще не слѣдуетъ, — какъ это утверждаетъ *Löh r*, —⁵⁹⁾ что *donatio a. n.* возникла именно изъ *arrha*. Напротивъ, оба института представляютъ собою своеобразныя правовыя фигуры, которыя, при своемъ большомъ сходствѣ, отличаются въ тоже время особенностями, созданными положительнымъ правомъ.

Сходство обоихъ институтовъ заключается въ слѣдующемъ:

58) *l. 7 § 1 D. de c. c. d. 12, 4.*

59) *Archiv f. d. civ. Praxis B. 15, S. 432 — ср. Archiv B. 26 S. 71 (Francke).*

1. какъ *donatio a. n.*, такъ и *arrha sponsalicia* дается въ виду предполагаемаго брака;
2. *arrha sponsalicia*, какъ и *donatio a. n.*, переходитъ въ самый моментъ своего установленія, въ имущество невѣсты (ея отца);
3. при осуществленіи брака *arrha spons.*, какъ и *donatio a. n.*, остается въ имуществѣ жены.

Но различіе между обоими институтами обнаруживается въ случаѣ неосуществленія предполагаемаго брака: между тѣмъ какъ *donatio a. n.* возвращается невѣстою жениху въ томъ самомъ размѣрѣ, въ какомъ была установлена, (а при извѣстныхъ условіяхъ — даже только въ половинномъ) — относительно *arrha sp.* всегда дѣйствовали другія правила: размѣръ возвращаемой *arrha sp.* зависѣлъ отъ возраста и юридическаго положенія невѣсты. Общимъ правиломъ было то, что невѣста въ случаѣ отказа ея отъ вступленія въ бракъ, должна была возмѣстить *arrham* — *in quadruplum*; но это правило не примѣнялось относительно несовершеннолѣтней невѣсты:

1. 11 C. Theod. de sponsal. 3, 5 Impp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius Eutropio Pf. P. — Patri, matri, tutori vel cuicumque ante decimum puellae annum datis sponsalibus quadrupli poenam remittimus, etsi nuptiae non sequantur; et si interea puella decesserit, sponsalia jubemus restitui.

§ 1. Quod si decimo anno vel ultra pater quisve alius ad quem puellae ratio pertinet, ante duodecim annos, id est usque ad undecimi metas, suscepta crediderit pignora esse retinenda deinceps adventante tempore nuptiarum a fide absistens quadrupli fiat obnoxius.

§ 2. Viduae autem ratio diversa est, cui auxilium non suffragatur aetatis, scilicet ut ea matrimonium non implens, ad quadruplum ex veteri constitutione teneatur.

§ 3. Duodecimo autem anno impleto quisquis de nuptiis paciscitur, si quidem pater semetipsum obliget sive mater curatorve aut alii parentes, puella fiat obnoxia.

Позднѣ *poena quadrupli* отмѣняется. Императоры Левъ и Анѳемій (въ 472 г.) уменьшили *quadruplum* до *duplum*⁶⁰⁾ — чѣмъ однако *arrha sponsalicia* не была уравнена съ *donatio a. n.*

Въ Юстиниановомъ, какъ и въ до-Юстиниановомъ правѣ, оба института продолжаютъ существовать рядомъ. *Arrha sp.* сохранила свой характеръ подтвержденія договора и штрафа за невыполненный договоръ; *donatio a. n.* осталось дареніемъ, совершаемымъ подъ условіемъ осуществленія брака. — Возможно, что Константинъ, вводя новыя правила о *donatio a. n.* имѣлъ

60) 1. 5 C. de sponsalibus et arris sp. 5, 1.

въ виду положенія объ *argha sr.*; но ни онъ, ни Юстиніанъ не слили обоихъ институтовъ въ одинъ.

Должно думать, что при установленіи *donatio a. n.* и *argha sr.* всегда точно указывалось, съ какимъ намѣреніемъ дается объектъ: ибо въ противномъ случаѣ для оскорбленной стороны всегда было бы очень сравнительно потребовать обратно *quadruplum* (или *duplum*) вмѣсто *simplum*.

Глава II.

Donatio a. n. во время брака.

Совершеніе брака есть осуществленіе того условія, подъ которымъ было установлено предбрачное дареніе. Съ совершеніемъ брака даръ окончательно переходитъ въ имущество жены. Какъ *donatio perfecta* установленное до брака дареніе уже не можетъ теперь воспринять въ себя новыхъ условій, — ибо

perfecta donatio condiciones postea non capit —
l. 4 C. de d. q. s. m. 8, 54.

Отношенія по предбрачному дару между супругами составляютъ содержаніе слѣдующихъ двухъ §§.

§ 5.

Права жены на *donatio a. n.* во время брака.

Жена можетъ быть или *persona sui juris*, или же она можетъ еще находиться подъ *patria potestas*. Первоначально юридическое положеніе жены имѣло важное значеніе въ вопросѣ о томъ, кому принадлежитъ *donatio a. n.* — женѣ или ея властелину — отцу.

Не состоящая подъ отеческой властью жена, понятно, всегда прибрѣтала *donatio a. n.* для себя.

Права подчиненной (власти отца) жены на *donatio a. n.* были признаны лишь постепенно.

Первоначально подчиненная жена прибрѣтала все, согласно древнему правилу, для своего властелина,

который такимъ образомъ получалъ въ *donatio a. n.* возмѣщеніе за выданное, быть можетъ, имъ приданое. Такое положеніе вещей продолжалось до 426 г., когда императоры Θεодосій II и Валентиніанъ отмѣнили старое правило о приобрѣтеніяхъ дѣтей въ пользу своихъ отцовъ.

l. un. C. Theod. de bonis q. ff. 8, 19⁶¹). *Impp. Theodosius et Valentinianus ad Senatum. Cum venerandae leges vetuerint patribus jure potestatis conquiri, quicquid eorum filiis avus avia, proavus proavia, alio modo a linea materna venientes quocunque titulo contulissent, hoc quoque convenit observari, ut quicquid vel uxor marito, vel maritus uxori in potestate positae quocunque titulo vel jure contulerit sive transmiserit, hoc patri nullatenus acquiritur, atque ideo in ejus tantum cui delatum est jure durabit.*

Однако старое право приобрѣтенія властелина чрезъ своихъ подвластныхъ, особенно чрезъ дочерей, повидимому очень долго не уступало мѣста новымъ принципамъ. По крайней мѣрѣ въ Юстиніановомъ кодексѣ сохранилось нѣсколько конституцій, которыя содержатъ въ себѣ подтвержденіе закона Θεодосія II. — Уже два года спустя послѣ изданія приведенной выше *l. un. C. Theod. 8, 19* Θεодосій II считаетъ нужнымъ подробно

61) = *l. 1 C. de bonis quae lib. 6, 61.*

интерпретировать свою конституцію въ *l. 2 C. de bonis quae liberis 6, 61*; въ 439 г. онъ снова повторяетъ свое постановленіе въ *l. 3 C. eod. 6, 61*. Подтвержденіе основной конституціи Θεодосія II (*l. un. C. Theod. 8, 19*) мы встрѣчаемъ опять въ конституціи императоровъ Льва и Аноемія (472 г.) — *l. 4 C. eod. 6, 61* и въ рескриптѣ названныхъ императоровъ на имя *Nepos, magister militum Dalmatiae* (473 г.) — *l. 5 C. eod. 6, 61*, гдѣ между прочимъ говорится:

sponsaliciam donationem . . . quam sponsus suam sponsam lucrari voluit, non adquiri patri, sed ad eam pervenire benignum esse perspeximus.

Сомнѣнія относительно вопроса о томъ, кому принадлежитъ право собственности на *donatio a. n.* во время брака — мужу или женѣ — вовсе не должны имѣть мѣста для до-Юстиніанова времени. Разъ невѣста приобрѣла въ собственность установленной въ ея пользу предбрачный даръ, она и впредь, ставши уже женою, сохраняетъ за собою право собственности. Правда, мы можемъ указать въ источникахъ очень не много мѣстъ, подтверждающихъ право собственности жены на *donatio a. n.*⁶²); но само это обстоятельство

62) Императоры Аркадіѣ и Гоноріѣ признаютъ за женою преступника (*proscriptus*) право виндцировать ея вещи изъ имущественной массы мужа, между прочимъ и *donatio a. n.* — *l. 15 C. Theod. de bonis proscript. 9, 42* *Ea etiam, si forte cum proscripti bonis mixta sunt, non negentur, quae ab innocuo adhuc marito a. n. titulo donationis acceperit.*

служить лучшимъ доказательствомъ того, что никому не могла придти мысль оспаривать права жены на прибрѣтенную ею, еще въ положеніи невѣсты, собственность на предбрачный даръ. Перешедшее на невѣсту до заключенія брака право остается въ силѣ и для жены: если подарена была собственность, то жена остается собственницей, если даръ состоялъ въ установленномъ въ пользу невѣсты правѣ требованія, то жена можетъ требовать его некомъ, — однимъ словомъ, *donatio a. n.* во время брака принадлежитъ женѣ, а не мужу.

Кредиторы мужа могутъ предъявлять притязанія на установленную въ пользу жены *donatio a. n.* только въ томъ случаѣ, если могутъ доказать, что предметъ дара былъ заложенъ имъ еще до установленія даренія:

l. 13 C. de d. a. n. 5, 3. *Imp. Diocletianus et Maximianus-Alexandro. De rebus in sponsam donationis causa collatis creditores mariti facti, si non prius obligatas sibi probent, eam convenire minime possunt.*

Какъ собственница жена прибрѣтаетъ плоды дара для себя лично, но не для мужа и не для цѣлей брака. Нѣтъ закона, который обязывалъ бы жену нести *onera matris*: тяготы семейной жизни обязанъ нести одинъ только мужъ.

Принадлежитъ-ли женѣ право отчуждать *donatio a. n.* во время брака? Быть можетъ первоначально ей принадлежало такое право; но позже, въ особенности

со времени Осодосіева законодательства, въ конституціяхъ всегда должно предполагать, что *donatio a. n.* не могла быть отчуждаема, — такъ какъ по прекращеніи брака *donatio a. n.* всегда предполагается наличною въ имуществѣ жены⁶³). Однако опредѣленнаго запрещенія отчуждать *donatio a. n.* въ источникахъ мы не встрѣчаемъ.

Ближайшее опредѣленіе того, какъ должна быть употреблена *donatio a. n.* во время брака, въ томъ случаѣ, когда этотъ вопросъ не разрѣшенъ предбрачнымъ договоромъ, зависитъ отъ усмотрѣнія жены. *Donatio a. n.* или обращается въ *parapherna* жены, или же можетъ быть ею отдана въ приданое мужу.

§ 6.

Права мужа на *donatio a. n.*

Относительно *donatio a. n.*, какъ таковой, мужъ не имѣетъ ни какихъ правъ. Только въ томъ случаѣ, если жена отдаетъ установленный въ ея пользу предбрачный даръ въ *dos* мужу, или же если она поручаетъ ему управленіе поступившей въ ея имущество, въ качествѣ *parapherna*, *donatio a. n.*, мужъ прибрѣтаетъ соотвѣтствующія права на объекты предбрачнаго дара.

63) l. 1 C. Theod. de sec. nuptiis 3, 8; l. 2 C. Theod. eod.; l. un C. si sec. nupserit 5, 10; l. 3 C. Theod. 3, 8; l. 2 C. Theod. de repudiis 3, 16; II. 1—4 C. de b. q. l. 6, 61...

I. Изстари существовалъ обычай, что жена (первоначально и ея отецъ) возвращала мужу въ качествѣ приданого установленный въ ея пользу предбрачный даръ. Черезъ это достигались цѣли, лежавшія за предѣлами брака, — именно установленіе права требованія по приданому (*Dotalanspruch*) по прекращеніи брака. Такимъ путемъ жена, не имѣвшая собственнаго приданого (*mulier indodata*), приобрѣтала чрезъ такую передачу предбрачного дара искъ о приданомъ, обезпечивавшій ее на случай развода; равнымъ образомъ такая передача *donatio a. n.* служила къ обезпеченію вдовы. Правда, послѣдняя цѣль могла быть достигнута и инымъ путемъ — чрезъ установленіе *mortis causa donatio*; но для вдовы было выгоднѣе имѣть искъ о *Dos* (т. е. объ обращенномъ ею въ приданое предбрачномъ дарѣ), чѣмъ о *mortis causa donatio*, такъ какъ легко допустить, что *donatio a. n.* по размѣрамъ своимъ бывала больше чѣмъ *mortis causa donatio*, да при томъ же весьма вѣроятно, что предбрачный даръ устанавливался чаще, чѣмъ дареніе на случай смерти — въ пользу жены.

Передача *donatio a. n.* въ приданое совершалась въ формахъ, сообразныхъ съ содержащимся въ предбрачномъ дарѣ правомъ. Такъ какъ право собственности на *donatio a. n.* переносилось на невѣсту чрезъ *traditio* (*mancipatio*), а право требованія устанавливалось въ ея пользу чрезъ *stipulatio*, то для установленія на сторонѣ мужа обязательства по приданному необходимо

было перенесеніе на него вещнаго права или устраненіе права требованія чрезъ *acceptilatio* или *Pactum de non petendo*. Наши источники, говорятъ, правда, всегда о традиціи предбрачного дара при возвращеніи его мужу въ качествѣ *dos*; по приданое можетъ быть установлено и чрезъ отпущеніе долга⁶⁴), — и такъ какъ, стипулировавъ *donatio a. n.*, невѣста приобрѣла право требованія, то для превращенія его въ *dos* надлежало совершить отпущеніе долга.

Обычай возвращать мужу установленный имъ въ пользу невѣсты предбрачный даръ былъ извѣстенъ уже въ классическое время:

l. 1 C. de a. n. Impp. Severus et Antonius — Metrodoro. Multum interest, si ea, quae donat vir futurus tradiderit uxori et postea in dotem acceperit, ut videatur accepisse quod non accepit. Priore enim casu donatio non impeditur, et res quae in ea causa sunt, dotis effectae iudicio de dote peti possunt; posteriore autem nihil actum est donatione et, quod in dotem datum non est, non potest repeti.

При обращеніи *donatio a. n.* въ *dos* она могла быть оцѣнена⁶⁵).

Во время Феодосія II обращеніе предбрачного дара

64) l. 43 D. de j. dotium 23, 3.

65) l. 14 C. h. t. 5, 3.

въ приданое было весьма распространеннымъ обычаемъ, — на что указываетъ Оеодосій въ своей Nov. XIV § 3:

Haec observari praecipimus, licet res ante nuptias donatae, ut assolet fieri, in dotem a muliere redigantur.

Относительно правъ мужа на возвращенный ему въ качествѣ приданого предбрачный даръ примѣняются правила о dos. Donatio a. n., будучи возвращена мужу, утрачиваетъ свой специфическій характеръ, который обнаруживается снова лишь по прекращеніи брака. Какъ dos — и только въ этомъ качествѣ — Donatio a. n. служитъ къ удовлетворенія потребностей семейной жизни.

II. Но donatio a. n. можетъ и не быть отдана въ dos; въ такомъ случаѣ она остается за женою въ качествѣ ея parapherna. При этомъ мужъ принципиально не имѣетъ ни какихъ правъ на parapherna, или же имѣетъ только такія права, какія предоставляетъ ему жена. Императоры Оеодосій II и Валентиніамъ рекомендуютъ женамъ отдавать мужьямъ въ управленіе то имущество, которое онѣ имѣютъ extra dotem:

l. 8 C. de pactis c. tam super dote 5, 14. Imp. Theodosius et Valentinianus-Hormisdæ pp. Hac lege decernimus, ut vir in his bonis, quae extra dotem mulier habet, quae Graeci parapherna dicunt, nullam uxore prohibente habeat

communione nec aliquam ei necessitatem imponat. Quamvis enim bonum erat, mulierem, quae se ipsam marito committit, res etiam ejusdem pari arbitrio gubernari: attamen quoniam conditores legum aequitatis convenit esse fautores, nullo modo, ut dictum est, muliere prohibente, virum in paraphernis se volumus immiscere.

И такъ, мужъ имѣетъ извѣстныя права на parapherna только въ томъ случаѣ, если жена отдала въ его управленіе свое имущество. Мужъ обязанъ отдавать отчетъ въ своемъ управленіи параферналіями⁶⁶⁾. Какъ управляющій онъ не въ правѣ отчуждать отданное ему въ управленіе имущество sine speciali domini (ae) mandatu⁶⁷⁾. Консумированные имъ изъ parapherna объекты долженъ онъ (или его наслѣдники) возмѣстить:

l. 17 C. de don. inter v. et u. 5, 16. Imp. Diocletianus et Maximianus Capitolinae. De his quae extra dotem in domum illata a marito erogata commemoras, siquidem te donante consumpta sunt, intellegis adversus heredes non nisi in quantum locupletior fuit habere te ac-

66) l. 95 D. ad l. Falc. 35, 2.

67) l. 63 D. de procur. et defensoribus 3, 3.

tionem: si vero contra voluntatem tuam, omnia tibi restitui oportere.

Ближайшее опредѣленіе условій объ обезпеченіи жены относительно возвращенія ей ея parapherna зависѣло отъ соглашенія супруговъ, такъ какъ лишь Юстиніанъ далъ женѣ ипотеку на все имущество мужа изъ-за ея parapherna⁶⁸⁾.

68) Glück, Pandecten B. XXV § 1240; B. XIX § 1088.

Глава III.

Donatio a. n. по прекращеніи брака.

Бракъ можетъ быть прекращенъ или смертью (осужденіемъ ad metalla) одного изъ супруговъ или разводомъ. Эти различныя основанія прекращенія брака дѣйствуютъ различно на судьбу предбрачнаго дара.

§ 7.

Donatio a. n. по прекращеніи брака смертью одного изъ супруговъ.

Если бракъ прекращается смертью одного изъ супруговъ, то вопросъ о судьбѣ предбрачнаго дара рѣшается прежде всего на основаніи предбрачнаго договора, буде таковой былъ совершенъ, а за отсутствіемъ договора — предписаніями положительнаго права.

I. Супруги еще до брака могли уговориться относительно того, что должно стать по смерти одного изъ нихъ съ donatio a. n., долженъ ли предбрачный даръ сполна достаться вдовцу или вдовѣ, или къ пережившему супругу должна перейти только извѣстная часть предбрачнаго дара, или же наконецъ долженъ весь даръ, или часть его, быть сохраненъ въ пользу дѣтей.

Удержаніе вдовою предбрачнаго дара на основаніи pactum nuptiale называется *lucrum donationis a. n.*

Такіе предбрачные договоры встрѣчались уже до Диоклетіана, на что указываетъ *l. 7 C. de d. a. n. 5, 3:*

Impp. Carus, Carinus et Numerianus-Juncianaе. Si, cum ante nuptias munera darentur, ita conventum est atque hujusmodi conscripta pactio est, ut, siqua fors extitisset contra voluntatem ejus et matrimonium distraxisset, tunc quae data erant apud eum qui dedisset heredemve ejus remanerent, potest qui ejus hereditatem accepit, cui pacta puella munera supra dicta lege susceperat, eadem jure postulare.

Въ V. вѣкѣ входитъ въ обычай, что будущіе супруги еще до брака заключаютъ между собою договоръ относительно *lucra dotis* и *lucra donationis a. n.* До времени императоровъ Льва и Анѳеміа такіе договоры не подлежали какимъ либо особеннымъ ограниченіямъ; но названные императоры предписали, чтобы взаимно выговариваемыя *lucra* были равны, если не количественно, то пропорціонально брачнымъ имуществамъ.

l. 9 C. de pactis conv. tam s. dote 5, 14. Impp. Leo et Anthemius Nicostrato pp. Ex morte cujuscunque personae, sive mariti sive mulieris eandem partem non pecuniae quantitatem, tam virum ex dote quam mulierem ex ante nuptias donatione lucrari decerminus. Veluti si ma-

ritus mille solidorum a. n. donationem conferit licebit mulieri et minoris et amplioris quantitatis dotem offerre et marito similiter a. n. donationem: hoc tamen observandum est, ut quantam partem mulier stipuletur sibi lucro cedere ex a. n. donatione, si priorem maritum mori contigerit, tantam et maritus ex dote partem, non pecuniae quantitatem, stipuletur sibi, si constante matrimonio prior mulier in fata collapsa fuerit. Et si pactum contra vetitum fuerit subsecutum, infirmum atque invalidum hoc esse, ut nulla ex eo procedere possit exactio praecipimus.

Въ приведенной конституціи мы въ первый разъ встрѣчаемъ упоминаніе о зависимости *donatio a. n.* отъ *dos.* Въ силу этого постановленія жена можетъ получить *lucra donationis a. n.* только лишь въ томъ случаѣ, если она въ своей стороны принесла мужу приданое. — Предбрачные договоры о судьбѣ *donatio a. n.* сдѣлались особенно необходимы съ того времени, когда прежнія законныя нормы, опредѣлявшія этотъ вопросъ, были отмѣнены.

II. Первоначально дѣйствуетъ правило, что *donatio a. n.* ни при какихъ условіяхъ не возвращается. Даръ принесенный невѣстѣ, поступаетъ въ ея имущество, а послѣ смерти ея переходитъ къ ея наследникамъ. Но уже въ 368 г. императоры Валентиніанъ,

Валенсъ и Граціанъ издали рескриптъ на имя Probus Pf. P., которымъ устранили старый принципъ невозвратимости предбрачнаго дара.

l. 9. C. Theod. de sponsal. 3, 5: — Multa ad nuptias sponsaliorum nomine pro sollemnitate traduntur, quae nequaquam in damnum debent dantis accrescere, sed mortua in matrimonio puella ad dantis commoda revocari, veteri scilicet jure neglecto. Patris igitur explosa persona propinquorumque, his personis, quae ante coeptum matrimonium videntur obtulisse, incunctanter ea redhiberi oportet.

И такъ значить, если до брака не былъ заключенъ особый договоръ, то donatio a. n. по смерти жены должна была быть возвращена ея наследниками мужу.

Другой вопросъ, что должно было стать съ donatio a. n. по смерти мужа, если судьба предбрачнаго дара не была нормирована особымъ брачнымъ договоромъ?

Первоначально donatio a. n. оставалось за вдовою; но изъ позднѣйшихъ конституцій мы усматриваемъ, что вдова не получаетъ lucra donationis a. n. безъ особаго на сей предметъ договора. Приведенная выше⁶⁹⁾ l. 9 C. de p. conv. 5, 14 показываетъ вполне, ясно, что брачныя имущества по прекращеніи брака — за отсутствіемъ предбрачнаго договора — возвращаются къ

69) См. стр. 68.

установителямъ. Въ источникахъ нашихъ мы не находимъ закона, который отмѣнилъ бы прежнюю невозвратимость donatio a. n. въ случаѣ смерти мужа; но что такой законъ — въ соотвѣтствіе l. 9 C. Theod. de sponsal. 3, 5 — долженъ былъ существовать, это мы заключаемъ какъ изъ l. 9 C. de p. conv. 5, 14, такъ равно и изъ l. 18 C. de d. a. n. 5, 3.

Imp. Zeno Sebastiano PP. Si liberis ex priore matrimonio procreatis pater ad secundas migraverit nuptias vel non migraverit, nihil omnino filiis prioris conjugio ex donatione a. n., quam ipse vel alius pro ipso uxori quondam ejus matri communium liberorum donaverat, servare cogatur, quoniam et mater liberis ex priore matrimonio extantibus post secundas nuptias, multoque amplius, si non fuerit alteri marito sociata, nihil isdem filiis ex dote, quam patri eorum ipsa vel alius pro ea optulerit, servare compellitur.

Въ этой конституціи предбрачный даръ предполагается уже возвратившимся, послѣ смерти жены, къ мужу; здѣсь проводится параллель между приданнымъ и предбрачнымъ даромъ: какъ dos должна быть возвращена по смерти мужа — вдовѣ, такъ предбрачный даръ возвращается по смерти жены — вдовцу; равнымъ образомъ, какъ по смерти жены подлежитъ возвращенію

приданое, такъ по смерти мужа долженъ быть возвращенъ предбрачный даръ.

Удерживая за собою предбрачный даръ вдова имѣеть на него право собственности. Правда, источники наши не содержатъ прямого предписанія объ этомъ; но выводъ этотъ о правахъ вдовы на предбрачный даръ мы можемъ сдѣлать косвеннымъ путемъ на основаніи тѣхъ данныхъ, что императоры Граціанъ, Валентиніанъ и Оеодосій⁷⁰⁾ (381 г.) отняли право собственности на *donatio a. n.* у второбрачной матери (*mater binuba*), тогда какъ вдовѣ, не вступившей въ повторительный бракъ, предоставлено даже право отчуждать *donatio a. n.*:

Nov. Theod. XIV § 7 — eo quoque casu, quo lucratur mulier res, quae ad eam a marito perveniunt, vel maritus eas, quae ex bonis mulieris ad eum transeunt (hoc est ubi primum matrimonium alterius morte, dissolvitur, nec superstes ad secundas nuptias venit) si res vel maritus vel uxor (hoc est qui superstes est) non consumpserit vel alienaverit (quod eis ad secundas nuptias non venientibus quasi rerum dominis, concessum esse non dubium est) eis (liberis) liceat res a patre profectas ut paternas, a matre ut maternas accipere.

70) 1. 2 C. Theod. de sec. nupt. 3, 8; 1. 1 C. Theod. eod.

Въ случаѣ повторительнаго брака вдовы постановленія о правахъ ея на *donatio a. n.* модифицируются въ интересахъ дѣтей отъ предшествующаго брака (о чемъ см. гл. IV); если же вступающая въ повторительный бракъ вдова дѣтей не имѣеть, то она сохраняетъ *donatio a. n.* за собою:

1. 2 § 2 C. Theod. de sec. nupt. 3, 8. *Quodsi nullam ex priore matrimonio habuerit successionem, vel natus native decesserint, omne quod quoquo modo percepit, pleni proprietate juris obtineat, atque ex iis nanciscendi dominii et testandi circa quem voluerit, liberam habeat potestatem.*

§ 8.

Donatio a. n. по прекращеніи брака разводомъ.

На случай прекращенія брака разводомъ (равно какъ осужденіемъ одного изъ супруговъ *ad metalla*) всегда имѣють силу только законныя нормы, хотя бы даже судьба предбрачнаго дара была предопредѣлена особымъ брачнымъ договоромъ. Въ виду этого, вѣроятно, нѣкоторые юристы⁷¹⁾ усматриваютъ въ дѣйстви предбрачнаго дара по прекращеніи брака разводомъ главное соціальное значеніе этого института. Взглядъ

71) Dernburg, Pandekten Bd. III, S. 48.

этотъ страдаетъ также односторонностью, — ибо *donatio a. n.* сохраняетъ свое значеніе и помимо случаевъ прекращенія брака разводомъ, который къ тому же и не является нормальнымъ способомъ прекращенія брака.

Первоначально въ случаѣ развода дѣйствуетъ правило что

nuptiis divortio solutis perfecta non dissolvitur donatio — l. 12 C. de d. a. n. 5, 8.

Съ теченіемъ времени это положеніе подвергается ограниченіямъ, а законодательство V^{го} вѣка совсѣмъ отмѣняетъ его.

Въ 421 г. императоры Гонорій, Феодосій и Констанцій издали конституцію на имя *Palladius Pf. P.*⁷²⁾, которая представляетъ собою сводъ подробно разработанныхъ правилъ о судьбѣ предбрачнаго дара въ случаѣ развода. Законъ этотъ различаетъ, принадлежитъ-ли инициатива развода мужу или женѣ, и основательны или неосновательны взаимныя обвиненія.

А) Если инициатива развода принадлежитъ женѣ (*repudium a muliere missum*) то она должна доказать справедливость выставленныхъ ею основаній къ разводу на сторонѣ мужа. (Со времени Константина признаны три основанія къ разводу по инициативѣ жены: именно если мужъ окажется *homicida, medicamentarius* или

72) l. 2 C. Theod. de repudiis 3, 16.

*sepulchrorum dissolutor*⁷³⁾). Если женѣ удастся доказать справедливость приводимыхъ ею основаній, то (*mulier*) *dotis suae compos sponsalem quoque obtineat largitatem.*

Напротивъ, если она не въ состояннн доказать наличность основаній къ разводу, то

abolitis donationibus, quas sponsa perreperat, etiam dote privetur, deportationis addicenda suppliciiis.

Утрата предбрачнаго дара и приданого угрожаетъ женѣ и въ томъ случаѣ, если она въ состояннн была доказать на сторонѣ мужа лишь *modum vitia* и *mediocres culpas*.

В) Въ томъ случаѣ, если инициатива развода принадлежитъ мужу, то на него падаетъ обязанность доказать въ лицѣ жены закономъ признанныя основанія къ разводу (*moecha, medicamentaria, consiliatrix*⁷⁴⁾). Успѣвъ доказать основательность своего обвиненія мужъ получаетъ и *donatio a. n.* и *dos*. Но если вина жены окажется только *culpa modum*, то мужъ получаетъ обратно предбрачный даръ, а жена — свое приданое. Наконецъ, если обвиненіе мужа окажется вполнѣ не основательнымъ, то онъ теряетъ предбрачный даръ, который вмѣстѣ съ приданнымъ поступаетъ къ женѣ.

Эти поставленія были повторены Осодосіемъ II въ

73) l. 1 C. Theod. de repudiis 3, 16.

74) l. 1 C. Theod. cit.

449 г.⁷⁵), при чемъ были ближе опредѣлены поводы къ разводу и было установлено, кому должно принадлежать право собственности на *donatio a. n.* и *dos* въ случаѣ развода: дѣти имѣютъ право собственности на брачныя имущества разведенныхъ родителей только въ томъ случаѣ, если эти имущества обращены въ *lucra nuptialia*, слѣдовательно — на предбрачный даръ, когда онъ достается какъ *lucrum* женѣ, на приданое — когда оно въ качествѣ *lucrum* достается мужу⁷⁶).

Послѣдствіемъ осужденія одного изъ супруговъ является расторженіе брака. По осужденіи мужа жена получаетъ обратно свою *dos* и *donatio a. n.*⁷⁷).

Дѣти государственныхъ преступниковъ не наследуютъ своимъ отцамъ и вообще не могутъ приобрѣтать отъ нихъ ни какихъ имущественныхъ выгодъ. Поэтому, если жена такого преступника имѣетъ только узурруктъ на *donatio a. n.* — въ случаѣ ея повторительнаго замужества или въ силу предбрачнаго договора, — то собственность на *donatio a. n.* принадлежитъ не дѣтямъ, а фиску⁷⁸).

Послѣднее постановленіе принадлежитъ императорамъ Аркадію и Гонорію (397 г.), по сохраняеть свою силу и въ правѣ Юстиніана до Nov. 22.

75) 1. 8 C. de repudiis 5, 17.

76) 1. 8 § 7 C. cit.

77) 1. 15 C. Theod. de bonis proscript. 9, 42 (1. 9 pr. C. eod. 9, 49).

78) 1. 8 C. Theod. od. l. Corn. de sic. 9, 14 (1. 5 C. od. 1. Jul. majest. 9, 8).

Глава IV.

Donatio a. n. въ случаѣ повторительнаго замужества вдовы.

§ 9.

Права дѣтей на *donatio a. n.*

Подобно тому какъ при разводѣ относительно предбрачнаго дара всегда дѣйствуютъ законныя, а не договорныя нормы, такъ точно и послѣдствія повторительнаго брака опредѣляются нормами закона, независимо отъ того, была ли *donatio a. n.* связана съ предбрачнымъ договоромъ или нѣтъ.

Какъ замѣчено уже выше, законодательство христіанскихъ императоровъ относится къ повторительнымъ бракамъ вообще отрицательно и облагаетъ родителей, вступающихъ въ повторительные браки имущественными штрафами въ пользу дѣтей отъ предшествующаго брака.

Принципіально дѣти не имѣютъ ни какихъ правъ на *donatio a. n.*, какъ таковую, такъ же точно, какъ не имѣютъ они ни какихъ правъ на *dos*, — 1. 18 C. de d. a. n. 5, 3⁷⁹).

Только въ томъ случаѣ, если *donatio a. n.* или *dos* обращаются въ *lucra nuptialia* (на основаніи брачнаго

79) См. стр. 71.

договора, или въ качествѣ штрафа за неосновательный разводъ, или наконецъ въ случаѣ осужденія мужа) обнаруживаются притязанія дѣтей на *donatio a. n.* (или *dos*).

Притязанія дѣтей на брачныя имущества родителей тѣсно связаны съ повторительными браками послѣднихъ, и потому наши источники говорятъ объ этихъ двухъ вопросахъ совмѣстно.

Ходъ относящагося сюда законодательства представляется въ слѣдующемъ видѣ:

Въ 381 г. императоръ Граціанъ, Валентиніанъ и Оеодосій конституціей⁸⁰), данной на имя Евтропія, постановили:

Si qua ex feminis perduto marito intra anni spatium alteri festinavit innubere (parvum enim post decem menses servandum adicimus, tametsi id ipsum exiguum esse putemus) probrosis inusta notis honestioris nobilisque personae et decore et jure privetur, atque omnia, quae de prioris mariti bonis vel jure sponsaliorum vel iudicio defuncti conjugis consecuta fuerat, amittat.

Въ слѣдующемъ году тѣже императоры постановили, что не только вдова, нарушившая траурный годъ, но вообще каждая вдова, вступающая въ повторительный

80) 1. 1. C. Theod. de sec. nupt. 3, 8 (1. 2 C. cod. 5, 9).

бракъ, должна отдать дѣтямъ отъ предшествующаго брака все то, что она получила отъ мужа (*quicquid ex facultatibus priorum maritorum sponsaliorum jure, quicquid etiam nuptiarum solemnitate*) и при томъ въ томъ же самомъ видѣ, въ какомъ это имущество поступило къ ней (*id totum ita ut perceiverint integrum*); при этомъ однако вдова властна отдать предбрачный даръ или одному изъ своихъ сыновей по своему выбору, или же раздѣлить это имущество между всѣми своими дѣтьми⁸¹).

Mater binuba, лишаясь собственности на предбрачный даръ, сохраняетъ за собою узуфруктъ:

1. 2 pr. C. Theod. de sec. nupt. 3, 8 — *habeant potestatem possidendi tantum in diem vitae.*

1. 3 § 1 C. eod. 5, 9 — *possidendi tantum ac fruendi in diem vitae.*

Эти постановленія объ узуфруктуарномъ правѣ второбрачной матери на *donatio a. n.* были повторены въ 392 г. императорами Валентиніаномъ, Оеодосіемъ и Аркадіемъ⁸²), а въ 412 г. подтверждены Гоноріемъ и Оеодосіемъ:

1. 3 C. Theod. de s. n. 3, 8. *Impp. Honorius et Theodosius Joanni Pf. P. — Nulli videatur*

81) 1. 2 C. Theod. de s. nupt. 3, 8 (въ 1. 3 C. cod. 5, 9 прибавлено еще, что эти постановленія касаются только тѣхъ вдовъ, которыя вступаютъ въ повторительный бракъ *post tempus luctui statutum*; къ тѣмъ же вдовамъ, которыя вступаютъ въ повторительный бракъ *intra statutum tempus* примѣняются правила 1. 2 C. cod. 5, 9 = 1. 1 C. Theod. 3, 8).

82) 1. un. § 2 C. si sec. nups. 5, 10.

ambiguum, eorum quae nuptiarum tempore mulieres accipiunt, etiamsi ad secundas nuptias, exstantibus ex priore matrimonio liberis, emenso tempore forte migraverint, in diem vitae usum fructum circa eas debere durare, salva iis proprietate, quibus jus integrum post earum obitum leges sacratissimae reservarunt ut manifestum est, quod delatum ex priori conjugio liberis constat⁸³).

Окончательно права дѣтей на lucra nuptialia были опредѣлены Θεодосіемъ II въ 439 г. (Nov. Theod. XIV = l. 5 C. de s. nupt. 5, 9).

Но права дѣтей на donatio a. n. были не прочны въ томъ отношеніи, что мать не только не обязана была доставить обезпеченіе ихъ интересовъ, но кромѣ того властна была по своему усмотрѣнію передать предбрачный даръ любому изъ сыновей.

Императоръ Майоріанъ, желая улучшить положеніе дѣтей предписалъ⁸⁴), чтобы mater binuba въ томъ только случаѣ удерживала за собою узуфруктъ на предбрачный даръ, если она представитъ поручителя; далѣе, Майоріанъ, отнявъ у второбрачной матери право свободнаго по ея усмотрѣнію распредѣленія предбрачнаго дара между дѣтьми⁸⁵). — Это послѣднее нововведеніе

83) Конституція эта не была внесена въ кодексъ Юстиніана.

84) Nov. Majoriani VI, § 6.

85) Nov. Major. VI § 8.

удержалъ и императоръ Либій Северъ; постановленіе же о fidejussio со стороны матери онъ отмѣнилъ, — ибо

filiis abunde vel prioribus constitutis vel praesenti lege prospicitur, quibus et alienatarum vindicatio competit, et ex maternis bonis perditarum redintegratio facultatum⁸⁶).

(Впрочемъ Юстиніанъ возстановилъ право матери распредѣлять предбрачный даръ между дѣтьми какъ ей заблагоразсудится⁸⁷). Приведенное постановленіе снова было отмѣнено императорами Львомъ и Анѳеміемъ: согласно данной ими въ 478 г. конституціи⁸⁸) на имя Erythrius PP. мать (mater binuba) обязана представить поручителя въ обезпеченіе правъ дѣтей на предбрачный даръ; въ противномъ случаѣ дѣти получаютъ всю движимость, принадлежащую къ donatio a. n., но съ своей стороны должны дать матери поручителей въ томъ, quod eidem superstiti pro usufructu earundem rerum mobilium vel pretio, quo taxatae sunt, usurarum nomine centesimae partem tertiam annuis quibusque temporibus praestare non differant.

За отсутствіемъ надежнаго поручительства съ обѣихъ сторонъ, мать удерживаетъ за собою узуфруктъ

86) Nov. Severi pr.

87) l. 5 C. de Sec. nupt. 5, 9.

88) l. 6 C. de S. nupt. 5, 9.

usque in diem vitae suae, но на все отцовское имущество (въ томъ числѣ слѣдовательно и на donatio a. n.) дѣти имѣютъ ипотеку⁸⁹⁾.

Разсмотрѣвъ donatio a. n. во всѣхъ стадіяхъ ея развитія мы сведемъ здѣсь вкратцѣ результаты всего предшествующаго изслѣдованія.

1. Возникши изъ простаго даренія donatio a. n. постепенно превращается въ свободное приношеніе (liberale Zuwendung) со стороны жениха невѣстѣ — на время брака.

2. Рядомъ опредѣленными закономъ дѣйствіями предбрачнаго дара все чаще появляются функціи, основанныя на договорѣ; наконецъ содержаніе института нормируется исключительно путемъ предбрачнаго договора.

3. Установленіе donatio a. n. зависитъ отъ усмотрѣнія жениха и не обусловливается установленіемъ приданого.

4. До Константина donatio a. n. совершается въ пользу невѣсты, послѣ реформы Константина — въ пользу жены и вдовы, съ V-го (?) вѣка исключительно въ пользу жены.

5. Дѣти получаютъ права на donatio a. n. (lucra donationis a. n.) только въ случаѣ повторительнаго брака матери.

89) 1. 6 § 4—10 C. cit.

6. Въ случаѣ развода относительно donatio a. n. дѣйствуютъ всегда только законныя, но не договорныя нормы.

На основаніи всего изложеннаго мы можемъ установить слѣдующее опредѣленіе предбрачнаго даренія въ эпоху до Юстиніана.

Donatio a. n. есть свободное со стороны жениха въ пользу невѣсты приношеніе въ виду предстоящаго брака и на время продолжающагося брачнаго сожитія, приношеніе, которое въ силу договорныхъ (въ извѣстныхъ случаяхъ — и законныхъ) нормъ можетъ поступить въ имущество жены (вдовы) по прекращеніи брака.

Часть II.

Donatio ante (propter) nuptias въ законодательствѣ Юстиніана и въ памятникахъ Византійскаго права.

Отдѣлъ I.

Donatio a. (propter) n. въ законодательствѣ Юстиніана.

§ 10.

L. 19 C. de d. a. n. 5, 3. — „Donatio ante n.“ и „Donatio propter n.“

Поворотнымъ пунктомъ въ исторіи donatio a. n. является l. 19 C. de d. a. n. 5, 3⁹⁰). Эта конституція объявляетъ donatio a. n. допустимою и во время брака, — что изъ точки зрѣнія стараго права было бы совершенно не мыслимо, если бы donatio a. n. давно

90) Время изданія этой конституціи Юстиніана не известно въ точности. Не невѣроятно, что конституція эта издана совместно Юстиномъ и Юстиніаномъ — ср. l. 20 § 9 C. ht. 5, 3 — „ea constitutio (sc. l. 19) quam pro augendis tam dotibus quam a. n. donationibus fecimus.

уже не утратила своего первоначальнаго характера — даренія. Произошло это, какъ мы видѣли выше, въ теченіе IV и V вв., когда предбрачный даръ — за отсутствіемъ особаго предбрачнаго договора — въ случаѣ смерти одного изъ супруговъ сталъ возвращаться къ мужу или его наслѣдникамъ.

Разсматривая ближе l. 19 C. ht. 5, 3 мы находимъ въ этой конституціи два нововведенія, — а именно

1) Установленіе donatio a. n. признано допустимымъ и во время брака;

2) Donatio a. n. можетъ быть установлено, помимо жениха каждымъ третьимъ лицомъ (не только асцендентами жениха). Мужъ въ правѣ теперь или увеличить установленный еще до брака предбрачный даръ въ теченіе брака, или даже установить donatio во время брака. Но во всякомъ случаѣ, увеличеніе предбрачнаго дара во время брака должно быть равно соответствующему увеличенію приданого, точно такъ же какъ установленная во время брака donatio должна быть по своимъ размѣрамъ равна приданому.

Въ чемъ заключается цѣль этого новаго постановленія? Императоръ Юстинъ выражаетъ опасеніе —

ne cum negetur augendae potestas donationis, dotis etiam pigrius constituatur augmentum⁹¹).

91) l. 19 pr. C. de d. a. n. 5, 3.

Цѣль лежитъ слѣдовательно не въ *donatio a. n.*, а въ *dos*. Опасеніе *ne dotis pigrius constituatur augmentum* исполнѣ основательно. Увеличивая свое приданое жена лишаетъ себя того имущества, которое служить къ увеличенію приданого; такимъ путемъ она можетъ быть совершенно лишена средствъ для удовлетворенія личныхъ своихъ потребностей. Мы полагаемъ, что Юстинъ, высказывая въ l. 19 *cit.* свое опасеніе, имѣлъ въ виду не моментъ прекращенія брака, а самое теченіе брачнаго сожительства. Вѣдь вдова, по прекращеніи брака получаетъ обратно свое приданое; слѣдовательно, если у нея возможно предположить не не особенно сильное желаніе (*pigrius!*) увеличить свое приданое, то именно въ виду существующаго, а не прекратившагося брака.

Для обезпеченія вдовы было достаточно сдѣлано уже предшествующими постановленіями о *donatio a. n.* Юстиніанъ частью оставилъ въ силѣ эти постановленія, частью отмѣнилъ ихъ, имѣя въ виду улучшить имущественное положеніе жены во время брака. Все законодательство Юстиніана объ имущественныхъ правоотношеніяхъ супруговъ проникнуто тою мыслью, что *donatio a. (p.) n.* — есть приношеніе, дѣлаемое *propter dotem et propter nuptias*⁹²⁾. Оно можетъ быть совершаемо и въ теченіе самаго брака; но такъ какъ прежнее его

92) l. 20 § 4 C. de d. a. n. 5, 3.

названіе — *donatio ante nuptias* въ этомъ послѣднемъ случаѣ является неумѣстнымъ, то институтъ долженъ впредь именоваться *donatio propter n.*

Однако старыи обычай совершать *donatio* до заключенія брака былъ такъ распространенъ, что самый институтъ и впредь, не смотря на предписаніе Юстиніана сохранилъ свое прежнее названіе *donatio ante nuptias*, и только для того случая, когда *donatio* совершалась въ теченіе брака, вошло въ употребленіе новое названіе — *donatio propter n.* Самъ Юстиніанъ не отказался отъ прежняго названія института, а напротивъ принялъ въ свой кодексъ старыя конституціи о *donatio ante n.*; въ новеллахъ же онъ говоритъ главнымъ образомъ о *προγαμιαία δωρεά*, изрѣдка только упоминая о *διὰ γάμου δωρεά*. Памятники Византийскаго права говорятъ преимущественно о *προγαμιαία δωρεά*, разумѣя подъ этимъ названіемъ и *διὰ γάμου δωρεά*⁹³⁾.

93) Что касается названія института со времени Юстиніана, то, по господствующему мнѣнію, Юстиніанъ превратилъ „*donatio ante n.*“ въ „*donatio propter n.*“ (Windscheid II § 508, Dernburg III § 25, Brinz III § 490, Arndts § 413). Дѣйствительно-ли желалъ Юстиніанъ, дать старому институту новое названіе — это, по нашему мнѣнію, изъ источниковъ не обнаруживается. Зачѣмъ бы въ такомъ случаѣ компиляторы, не стѣснявшіеся вообще съ дошедшими до нихъ текстами, Удержали въ старыхъ конституціяхъ прежнее названіе института, зачѣмъ самъ Юстиніанъ въ новеллахъ почти всегда говоритъ о *πρὸ γάμου δωρεά*? — Мнѣніе, будто бы Юстиніанъ измѣнилъ „*donatio ante n.*“ въ „*donatio propter n.*“ основывается повидимому на § 3 J. de donat. 2, 7 (это — извлеченіе изъ l. 20 C. 5, 3). Юстиніанъ говоритъ здѣсь, что, послѣ того какъ Юстинъ допустилъ совершеніе *donatio* во время брака, старое названіе института перестало уже соотвѣтствовать истинному его характеру:

Подъ этими двумя названіями — соотвѣтственно моменту установленія брачнаго дара — разумѣется одинъ и тотъ-же институтъ.

sed tamen nomen inconueniens remanebat, cum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes et consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus ut tales donationes, non augeantur tantum sed et constante matrimonio initium accipiant, et non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur.

Но развѣ этимъ сказано, что прежнее „donatio ante n.“ измѣнено въ „donatio propter n.“? „Donatio a. n.“ продолжаетъ существовать и впредь; только то дареніе, которое совершается во время брака, назначеніе котораго однако не отличается отъ назначенія предбрачнаго дара, — должно впредь именоваться „donatio propter n.“ За институтомъ сохраняется его прежнее названіе, и только для частнаго случая, допущеннаго лишь теперь, вводится новое болѣе подходящее названіе donatio propter n. Что это дѣйствительно такъ — это мы видимъ изъ парафраза Оеофила изъ соотвѣствующихъ мѣсть кодекса, новеллъ и памятниконъ Византійскаго права. Оеофилъ не говоритъ, будто Юстиніанъ далъ институту предбрачнаго даренія новое названіе: Λέγεται (слѣд. еще во время Оеофила) προγαμιαία δωρεά; если же дареніе совершается во время брака, то она должно называться διὰ γάμου δωρεά. — Если бы Юстиніанъ совсемъ отнѣнилъ старое названіе „donatio ante n.“, замѣнивъ его „donatio propter n.“, то какъ объяснить, что въ кодексѣ институтъ систематически носитъ названіе donatio ante nuptias? — Греческія новеллы говорятъ преимущественно о προγαμιαία δωρεά, πρὸ γάμου δωρεά, — напр. Nov. 2 pr. § 1; c. 2, c. 2 § 1; c. 3, c. 3 § 1; c. 4, c. 5; Nov. 38 pr. § 2; Nov. 39 pr. c. 1 pr. § 1, c. 2, c. 2 § 1; Nov. 53 eb. pr. § 2; Nov. 61 c. 1 §§ 3, 4; Nov. 74 c. 4 § 1; Nov. 91 c. 2; Nov. 97 c. 1, c. 2, c. 5; Nov. 98 c. 2 § 1, 2 etc. Въ то же время встрѣчается и названіе ἢ διὰ γάμου δωρεά — см. напр. Nov. 119. Современные переводчики новеллъ безъ различія передаютъ προγαμιαία δωρεά чрезъ donatio propter nuptias. — Prochir. tit. VI — озаглавленъ — „περὶ προγαμιαίας δωρεᾶς“; Epanag. tit. XIX — „περὶ πρὸ γάμου ἢ διὰ γάμου δωρεᾶς“. Содержаніе названныхъ двухъ титуловъ Прохирана и Эпанагоги, равно какъ содержаніе XXVIII и XXIX книгъ Базиликъ, заимствовано главнымъ образомъ изъ соотвѣствующихъ новеллъ Юстиніана. Мы видимъ отсюда,

Чтобы ознакомиться съ нововведеніями Юстиніана намъ кажется болѣе цѣлесообразнымъ прослѣдить ихъ по всѣмъ стадіямъ развитія изучаемаго института, примѣнительно къ распредѣленію матеріала въ I части.

что обычай одарять невѣсту до брака удержался и послѣ того какъ было допущено совершеніе donatio во время брака — Если самъ Юстиніанъ (см. особенно Nov. 61, c. 1) говоритъ о donatio ante n., то нѣтъ основанія вполнѣ игнорировать это названіе.

Глава I.

Установленіе donatio a. (propter) n.

§ 11.

Время установленія donatio a. (p.) n.

Предѣлы того періода, въ теченіе котораго допускается въ Юстиніановомъ правѣ совершеніе (пред)брачнаго даренія, расширены, благодаря тому, что прежній второй предѣлъ — заключеніе брака — теперь не имѣетъ значенія:

l. 20 § 4 C. de d. a. n. 5, 3. Justinianus Johanni PP. Sancimus itaque omnes licentiam habere, sive prinsquam matrimonia contraxerint, sive postea donationes mulieribus dare propter dotis dationem.

Первый же предѣлъ — помолвка — остается въ силѣ и для Юстиніанова права, такъ какъ соответствующія конституціи предшествующихъ императоровъ приняты въ кодексъ.

Если donatio установлена въ теченіе брака, то именуется она не donatio a. p., но donatio propter n. — l. 20 pr. § 1 C. 5, 3.

§ 12.

Субъекты.

Кругъ лицъ, могущихъ совершать donatio a. (p.) n. расширенъ со времени l. 19 C. cit. Не только женихъ или мужъ и его асценденты, но также каждое третье лицо можетъ устанавливать donatio въ пользу невѣсты или жены. — Если не по существу своему, то по крайней мѣрѣ по имени, Юстиніанова donatio a. (p.) n. есть дареніе, и слѣдовательно и къ ней примѣняется.

l. 29 C. de donat. 8, 54. — In extraneos et saepe ignotos donationem collatam valere receptum est.

Кромѣ того возможность установленія donatio a. (p.) n. со стороны extranea persona засвидѣтельствована⁹⁴⁾ приведенными уже выше.

l. 19 pr. Marito quoque liceat seu pro marito cuilibet alio donationem a. n. additamento majorem facere.

l. 20 § 2, — in donationibus, quas mariti faciunt vel pro his alii.

Установленіе donatio a. (p.) n. зависитъ теперь отъ установленія dos. Если невѣста (или жена) при-

94) Ср. также Nov. 22 c. 23: „et non discernimus de dote et ante nuptias donatione, utrum ipsi hanc dederint pro se contrahentes, an aliqui alii pro eis hoc egerint sive ex genere, sive etiam extrinsecus.“ — Nov. 22. c. 44 § 8: „etiamsi non conjuges. . . sed aliquis alius extraneus sive viro sive mulieri sub tali condicione dari quid voluerit.“ — Nov. 61 c. 1 „sive ipse pro se hoc faciens altero scribente, aut patre aut mater aut cognatis aut extraneis forte. . .“

носить приданое, то и женихъ (или мужъ) долженъ установить donatio a. (p.) n.

Подобно тому какъ отцу невесты вмѣняется въ обязанность дать приданое, такъ же точно обязанъ установить donatio a. (p.) n. отецъ жениха. Первоначально эта обязанность дать по сынѣ donatio a. n. была возложена только на отцовъ, принадлежащихъ къ какой либо еретической сектѣ:

l. 12 § 20 C. de haeret. 1, 5. Ἀλλὰ προῖχα ταῖς διὰ τοῦτο λελυπηκυλαῖς θυγατράσι καὶ τὰς πρὸ τῶν γάμων δωρεὰς τοῖς ἄρβρεσιν . . . ἐκ παντὸς ἐπιδιδόντωσαν τρόπου καθάπερ ὁ τῆς οὐσίας αὐτῶν λόγος ἐφίησι . . .

Въ источникахъ нашихъ мы не имѣемъ прямого указанія, когда обязанность установить donatio a. (p.) n. была распространена на всѣхъ отцовъ; но косвенное указаніе на существованіе такого закона сохранилось въ l. 7 § 2 C. de dotis promissione 5, 11:

Neque enim leges incognitae sunt, quibus cautum est omnimodo paternum esse officium dotes vel ante nuptias donationes pro sua dare progenie.

Законы эти, на общеизвѣстность которыхъ указываетъ Юстиніанъ, могутъ быть: что касается dos — l. 19 D. de ritu nupt. 23, 2, что же касается donatio a. n., то въ кодексѣ это можетъ быть только l. 12 § 20 C. de haeret. 1, 5, — если обязанность отца

установить donatio a. n. не выводить изъ признаннаго Юстиніаномъ въ l. 20 C. de d. a. n. 5, 3 параллелизма между dos и donatio a. n. — Въ пользу того, что отецъ обязанъ установить donatio a. n., говорить, на нашъ взглядъ, еще то, что, по l. 25 § 3 C. de nuptiis 5, 4, въ случаѣ сумасшествія отца donatio a. n. устанавливается его кураторомъ, при чемъ размѣръ дара опредѣляется сообразно общественному положенію отца. Въ остальномъ установленіе donatio a. n. въ Юстиніановомъ правѣ связано съ тѣми же предположеніями въ лицѣ дарителя, какъ и до Юстиніана.

§ 13.

Объекты.

При опредѣленіи круга предметовъ до-Юстиніановой donatio a. n. мы исходили изъ того положенія, что donatio a. n. — есть дареніе, и потому въ предбрачный даръ могло быть обращено все то, что вообще могло быть подарено. Хотя въ Юстиніановомъ правѣ donatio a. (p.) n. не есть уже истинное дареніе, а особенный контрактъ⁹⁵⁾, но можно принять, что и теперь въ качествѣ (пред)брачнаго дара можетъ быть дано все то, что способно быть предметамъ даренія.

95) Nov. 38 pr. § 2. Excepimus autem competenter a. n. donationes, eo quod neque donationes omnino sunt, sed contractus species in eis inserta est, et filiorum procreandorum copiam introducunt, quod nobis et maxime in curialibus studii est.

Въ новеллахъ въ качествѣ объектовъ *donatio a. (p.) n.* упоминается только то, что ведетъ къ осязательному обогащенію невѣсты (жены) — *res corporales*⁹⁶⁾ (*mobiles* и *immobiles*) и *ususfructus*⁹⁷⁾; (что касается *res corporales*, то, какъ извѣстно, въ Юстиніановомъ правѣ прежнее раздѣленіе ихъ на *res mancipi* и *res nec mancipi* утратило свое значеніе, и слѣдовательно теперь нѣтъ различія въ способахъ установленія *donatio a. (p.) n.*, обусловленныхъ этимъ раздѣленіемъ).

Что въ *donatio a. (p.) n.* могутъ быть обращены также и *res incorporales* это можно вывести изъ характера *donatio a. (p.) n.*, какъ института, соответствующаго *dos*⁹⁸⁾.

§ 14.

Форма установленія *donatio a. (p.) n.*

Формою установленія *donatio a. (p.) n.* является облеженный и упрощенный способъ совершенія всякаго даренія вообще.

Мы видѣли выше⁹⁹⁾, какъ первоначально строгія формы даренія подверглись постепенному упрощенію, въ особенности въ примѣненіи къ *donatio a. n.* Юсти-

96) Nov. 2 c. 4; Nov. 97 c. 2.

97) Nov. 22 c. 33.

98) I. 44 § 1 D. de j. d. 23, 3; I. 58 § 1 D. eod. *Μομφερράτου Πραγματεία* Σ. 140—147.

99) См. § 3.

ніаново право идетъ еще далѣе. Отъ прежней формы (*insinuatio* и *corporalis traditio*) въ извѣстныхъ случаяхъ не остается ничего, такъ какъ допускается всякій возможный способъ доказательства совершенія даренія¹⁰⁰⁾.

Юстиніанъ объявилъ сначала, что для даренія на сумму менѣе 300 *solidi* вовсе не требуется инсинуаціи:

I. 34 pr. C. de donat. 8, 53 (54). *Sancimus omnem donationem sive communem sive ante nuptias factam ad trecentos solidos cumulatam non indigere monumentis, sed communem fortunam habere et non usque ad ducentorum solidorum summam teneat, sed in hujusmodi observatione similes sint tam communes quam ante nuptias donationes.*

Два года спустя (531 г.) Юстиніанъ увеличилъ сумму даренія, при коемъ не требуется инсинуаціи до 500 *solidi*¹⁰¹⁾.

Впрочемъ даренія, совершенныя безъ инсинуаціи въ пользу несовершеннолѣтнихъ женъ, остаются въ силѣ хотя бы даже они превосходили предписанную сумму¹⁰²⁾.

До Юстиніана установленіе *donatio a. n.* зависѣло отъ свободнаго произволенія установителя. Хотя судьба предбрачнаго дара находилась въ самой тѣсной связи

100) I. 29 C. de donat. 8, 53 (54).

101) I. 36 § 3 C. de donat. 8, 53 (54).

102) I. 34 § 16 C. eod.

съ судьбою dos, однако назначеніе приданого со стороны невѣсты не предполагало учрежденія предбрачнаго дара со стороны жениха. И Юстиніанъ — въ своемъ кодексе — призналъ независимость предбрачнаго дара отъ приданого, по позже — въ Новеллахъ — поставилъ брачныя имущества въ зависимость одно отъ другого.

Независимость (пред)брачнаго дара отъ установленнаго приданого была подтверждена въ II. 19 и 20 C. h. t. 5, 3.

l. 19 § 1 — idemque licere praecipimus etiam in his matrimoniis, in quibus interdum accidit a. n. quidem donationem nullam esse, solam vero dotem marito mulierem obtulisse. . .

l. 20 § 5. Si igitur dote jam praestita maritus nulla ante nuptias facta donatione donare mulieri res maluerit. . .

Источники говорятъ равнымъ образомъ и о томъ случаѣ, когда donatio a. n. установлена, между тѣмъ какъ приданого вовсе нѣтъ.

Nov. 53 cap. 6 § 2. Haec itaque dicimus, si conjunctorum alter dotem vel antenuptialem donationem non faciens, inops aut vir aut mulier inveniatur . . . ¹⁰³⁾.

Установленіе предбрачнаго дара, какъ и приданого, не считается необходимымъ предположеніемъ для дѣй-

103) Ср. Nov. 2 c. 5.

ствительности брака ¹⁰⁴⁾. Только женихъ и невѣста, принадлежащія къ высшему сословию, должны непременно установить приданое и предбрачный даръ:

Nov. 74 cap. 4 § 1. In majoribus dignitatibus usque ad senatores nostros et magnificentissimos illustres . . . sit omnino et dos et ante nuptias donatio, et reliqua omnia, quae honestiora illa nomina decent.

Размѣръ donatio a. (p.) n. — по болѣе раннимъ конституціямъ Юстиніана не зависѣлъ отъ размѣровъ приданого: но послѣдующія увеличенія брачныхъ имуществъ могли совершаться только въ равной мѣрѣ ¹⁰⁵⁾.

Одинаковый размѣръ для dos и donatio a. (p.) n. былъ предписанъ Юстиніаномъ въ Nov. 97 c. 1:

Hoc autem ante omnia corrigimus, ut in dotibus et donationibus propter nuptias ¹⁰⁶⁾ tam in iis quae dantur, quam in stipulationibus pacta aequalia sint, et tantam quantitatem vir scribat, quantam mulier, tantum lucri quoque stipuletur, et pro ea parte quam voluerint, modo aequales sint partes.

Подобнымъ же образомъ увеличеніе и уменьшеніе dos и donatio a. (p.) n. должно совершаться въ одномъ и томъ же размѣрѣ ¹⁰⁷⁾. Назначеніе обоихъ брачныхъ

104) Nov. 53 c. 6 pr.

105) II. 19, 20 C. h. t. 5, 3.

106) Ἐν ταῖς περὶ τὸν γάμον δωρεαῖς.

107) Nov. 97 c. 2.

имущество должно совершаться не только въ одномъ и томъ же размѣрѣ, но даже однимъ и тѣмъ же способомъ:

Nov. 97 cap. 2. Sancimus ut si quis dotem vel donationem propter nuptias augere voluerit, non liceat huic quidem id facere, illi vero in prioribus manere, sed uterque omnino augmentum faciat, neque res in voluntate quemadmodum antea, sed in necessitate consistat; semper tamen quantitas aequalis sit, id quod et patris nostri constitutio discit. Et ne augmentum non revera, sed fecte et maxime ex parte mulieris, hac de causa fiat, ut privilegio utens creditores mariti circumscribat, tum si ab utraque parte res immobiles habeant, melius in immobilibus donatio fiet. . . .

Nov. 97 подтверждаетъ высказанную Юстиніаномъ еще прежде (въ I. 20 C. h. t.) мысль, что donatio a. (p.) n. есть приношеніе, совершаемое propter dotem, и предписание его „ut aequis passibus ambulet tam dos quam donatio“¹⁰⁸).

Въ виду указанной зависимости donatio a. (p.) n. отъ dos институтъ (пред)брачнаго даренія утратилъ свой первоначальный характеръ свободнаго приношенія (liberale Zuwendung). Юстиніанъ замѣтилъ это уже

108) I. 20 § 6 C. h. t. 5, 3.

въ I. 20 § 2 C. h. t. 5, 3 и въ Nov. 38 pr. § 2; но только въ Nov. 119 c. 1 онъ объявилъ donatio a. (p.) n. за своеобразный контрактъ:

Ut donatio propter nuptias specialis contractus sit, nec reliquis donationibus adnumeretur, hac lege sancimus, quoniam pro ea aequalis dos datur. Sive igitur actis insinuetur sive non, jubemus, ut illa per omnia, cum quantum ad mulierem tum etiam quantum ad virum, vim suam habeat, sive ab ipso marito, sive ab alio quodam mulieri detur vel scribatur, sive etiam in virum donatio conferatur, ut illas ipsas res nuptialis donationis loco det. Atque haec obtinere jubemus, cujuscusque quantitatis sit donatio, licet ea, ut dictum est, non insinuata sit.

Тѣмъ не менѣе позднѣе — въ Nov. 127 c. 2. — Юстиніанъ снова предписываетъ инсинуацію для donatio a. (p.) n., которая превосходитъ 500 solidi, съ той оговоркой впрочемъ, что отсутствіе инсинуаціи (пред)брачнаго дара не должно вредить женѣ, — такъ какъ при наличности dos соответствующая donatio a. (p.) n. презумируется.

Предписавъ въ Nov. 97 одинаковый размѣръ dos и donatio a. (p.) n. Юстиніанъ только санкціонировалъ законодательной нормой обычай, распространенный уже до него¹⁰⁹).

109) Syrisch-Römisches Rechtsbuch. P. § 40.

Въ чемъ же заключалась цѣль этого предписанія, и что было имъ достигнуто? Реформируя *donatio a. (p.) n.* Юстиніанъ постоянно имѣетъ въ виду положеніе жены. Цѣль его реформы состоитъ въ томъ, что бы сдѣлать невозможными *circumscriptiones* женъ со стороны мужей. Благодаря уравнию размѣровъ *dos* и *donatio a. (p.) n.* заключеніе имущественно-неравныхъ браковъ если и не стало невозможнымъ явленіемъ, то въ значительной степени было затруднено: брачныя приношенія должны быть сдѣланы съ обѣихъ сторонъ, или ихъ не должно быть вовсе ни съ той ни съ другой стороны. Разумѣется послѣдствія, вытекающія изъ этого положенія были бы чрезвычайно суровы, если бы *dos* и *donatio a. (p.) n.* являлись необходимыми предположеніями для каждаго дѣйствительнаго брака. Едва ли мы ошибемся, думая, что оба института въ своей взаимной зависимости были рассчитаны только на высшіе, богатые классы общества. Юстиніанъ въ особенности заботится о сословіи куріаловъ¹¹⁰⁾, и къ поддержанію ихъ благосостоянія принимаетъ особыя мѣры. Между тѣмъ какъ отчужденіе ихъ имущества подлежитъ особенно строгимъ формальностямъ, установленіе (пред)брачнаго даренія въ интересахъ куріаловъ не связано съ этими ограничительными формами, такъ какъ

in illis (donationibus a. n.) species quaedam contractus est, et copiam precreationis libero-

110) Nov. 38.

rum praebent, quod vel maxime in curialibus magno studio expetimus.

Къ бракамъ куріаловъ законъ относится съ замѣтной благосклонностью. Для женщины, располагающей приданымъ, вступленіе въ бракъ влекло за собою невыгодныя послѣдствія, такъ какъ, отдавъ свое имущество въ *dos*, она лишалась возможности распоряжаться имъ, по крайней мѣрѣ въ теченіе брака. Невыгодныя послѣдствія замужества должны были быть устранены, и средствомъ къ сему явилось установленіе брачнаго дара, который служилъ для жены временнымъ эквивалентомъ за отданное ею въ *dos* имущество. Такимъ путемъ устранялось и опасеніе, *ne dotis pigrius constituatur augmentum.*

Неравные въ имущественномъ отношеніи браки не стали вполнѣ невозможными; но при такихъ бракахъ не могло быть рѣчи о *lucra nuptialia*. Супругамъ оставалось позаботиться какимъ-либо инымъ способомъ объ обезпеченіи пережившей стороны:

Nov. 97 c. 1 inf. Si quis enim altero ditior est, licet illi alio legitimo modo nostrisque legibus probato erga alterum liberalem esse, non autem per inaequalitatem, quae aequalitatem prae se ferat, majus lucrum alteri acquirere.

Глава II.

Donatio a. (p.) n. во время брака.

§ 15.

Права жены на предбрачный даръ.

Дѣйствительность donatio a. n. зависитъ отъ осуществленія условія — „si nuptiae fuerint secutae.“

Если дареніе устанавливается во время брака, то дѣйствіе его обуславливается существованіемъ брака. Судьбу приданого и (пред)брачнаго дара опредѣляютъ instrumenta dotalia; если при увеличеніи dos и donatio a. n. не были составлены новыя instrumenta, то остаются въ силѣ прежнія; если специально для donatio a. n. не было составлено особаго instrumentum, то судьба ея опредѣляется сообразно нормамъ договора о приданомъ, согласно предписанію ut aequis passibus utraque ambulet tam dos quam donatio¹¹¹⁾.

Юстиніанъ, подобно своимъ предшественникамъ говоритъ очень рѣдко о donatio a. (p.) n. во время брака; его конституціи въ кодексѣ и новеллы имѣютъ своимъ содержаніемъ главнымъ образомъ судьбу donatio a. (p.) n. по прекращеніи брака. Для рѣшенія вопросовъ о (пред)брачномъ дарѣ въ время брака остаются

111) I. 20 § 6 C. h. t. 5, 3.

въ силѣ прежнія правила, при чемъ однако не должна быть упущена изъ виду и установленная Юстиніаномъ аналогія между dos и donatio a. (p.) n.

Существующій бракъ есть предположеніе дѣйствія donatio a. (p.) n.; разъ это предположеніе отпадаетъ, то и (пред)брачный даръ утрачиваетъ причину своего существованія, ибо donatio a. (p.) n. есть приношеніе, дѣлаемое propter nuptias et propter dotis dationem.

Установленный Юстиніаномъ параллелизмъ между dos и donatio a. (p.) n. систематически проведенъ Донелломъ¹¹²⁾. Возраженія позднѣйшихъ изслѣдователей не въ состояніи были подорвать автритетность его ясныхъ и послѣдовательныхъ выводовъ.

Исходя изъ того положенія, что et nomine et substantia nihil distat a dote ante nuptias donatio¹¹³⁾. Донелль утверждаетъ, что во время брака 1) право собственности на donatio a. (p.) n. принадлежитъ женѣ, и что 2) равнымъ образомъ женѣ-же принадлежитъ право владѣнія и пользованія (пред)брачнымъ даромъ.

Право собственности жены на предбрачный даръ возникло для нея въ моментъ передачи его; совершеніе брака есть осуществленіе презумировавшагося при установленіи donatio условія. Поэтому мы не усматриваемъ ни какого основанія къ тому, чтобы оспаривать право собственности жены на предбрачный даръ

112) Comment. J. C. I. XIV, c. 9.

113) I. 20 § 3 C. h. t. 5, 3.

во время брака¹¹⁴). Самъ Юстинианъ предоставляет женѣ *vindicatio donationis a. n.*¹¹⁵).

Недвижимости, отданныя въ *donatio a. (p.) n.* не должны быть отчуждаемы мужемъ, а потому каждая сдѣлка направленная къ ихъ отчужденію почитается ничтожною; жена имѣетъ право виндицировать отчужденныя недвижимости¹¹⁶).

Противъ права собственности жены на *donatio a. (p.) n.* вовсе не говоритъ то обстоятельство, что источники предполагаютъ владѣніе (пред)брачнымъ дарамъ во время брака всегда на сторонѣ мужа, ибо въ случаѣ оскудѣнія мужа жена въ правѣ потребовать выдачи *donatio a. n.*

Въ свою очередь и жена лишена права отчуждать *donatio a. n.*¹¹⁷). Изъ-за *donatio a. (p.) n.*, находящейся во владѣніи мужа, жена — если только она

114) *Μομφεῖρράτης* (стр. 165—184) оспариваетъ право собственности жены на *d. a. n.* на томъ основаніи, что въ источникахъ говорится всегда о *conscriptio donationis a. n.*, и никогда не упоминается о передачѣ дара. Но, въ первыхъ, это утверженіе не вѣрно: см. напр. Nov. 97 c. 1: „*Hoc igitur ante alia universa corrigimus, aequalia in dotibus esse et propter nuptias donationibus et ea, quae offeruntur, et ea, quae in stipulationem deducuntur*“ . . .; во вторыхъ, ссылка на „*conscriptio donationis*“ не можетъ служить аргументомъ въ пользу мнѣнія *Μομφεῖρράτης*'а, такъ какъ въ Юстиниановомъ правѣ „*conscribere donationem*“ не значить специально „промиттировать дареніе“, но вообще „совершить дареніе“, ибо кто „*conscripsit*“ дареніе, тотъ и понуждается къ традиціи дара — см. l. 35 § 5 b. C. de donat 8, 53 (54).

115) Nov. 61 c. 1; l. 29 pr. C. de j. d. 5, 12.

116) Nov. 61 c. 1 § 4.

117) l. 29 C. de j. d. 5, 12.

не принадлежитъ къ еретической сектѣ — имѣетъ законную ипотеку на все имущество мужа¹¹⁸).

Какъ собственницѣ женѣ принадлежатъ плоды (пред)брачнаго дара во время брака. Правда, источники не говорятъ о правахъ жены на плоды дара, — но къ этому заключенію приводитъ насъ предписанная Юстинианомъ аналогія между *dos* и *donatio a. (p.) n.* Впрочемъ, это аналогія не должна быть распространяема и на назначеніе плодовъ. Матеріальныя тяготы (*opera*) брака несетъ одинъ мужъ; для облегченія выполненія этой задачи мужемъ со стороны жены дается приданое, плоды коего принадлежатъ мужу¹¹⁹) и назначаются на удовлетвореніе потребностей семейной жизни. Напротивъ, на жену никогда не была возложена обязанность нести *opera matrimonii*; поэтому она приобрѣтаетъ плоды (пред)брачнаго дара для себя лично, а не для семьи, и въ правѣ пользоваться ими для удовлетворенія своихъ личныхъ потребностей.

Подобно тому какъ властенъ мужъ кондицировать извлеченные женою изъ *dos* плоды, такъ точно и за женою должно признать право кондицировать плоды *donationis a. (p.) n.* извлеченные мужемъ¹²⁰), ибо перцепированные мужемъ плоды (пред)брачнаго дара подлежали бы запрету дареній между супругами.

118) Nov. 109 c. 1.

119) l. 7 pr. D. de J. D. 23, 3.

120) l. 20 C. de J. D. 5, 20.

Donatio a. (p.) n. вмѣстѣ съ ея плодами должна служить женѣ возмѣщеніемъ за данное ею мужу приданое; donatio a. (p.) n. есть приношеніе совершаемое propter dotis dationem, и потому-то именно она и должна быть по своимъ размѣрамъ равна проданому¹²¹⁾.

121) Вопросъ о правахъ жены на donatio a. (p.) n. во время брака рѣшается изслѣдователями различно. Одни утверждаютъ, что какъ право собственности, такъ и владѣніе и пользованіе предбрачнымъ даромъ принадлежатъ мужу (Μοιφερόρατης, Glück); другіе, признавая право собственности на сторонѣ мужа, приписываютъ женѣ только право пользованія предбрачнымъ даромъ (Burchardi, Zimmerl); по мнѣнію Löhr'a, право собственности принадлежитъ женѣ, по мужъ имѣетъ usufructъ на donatio a. n. По нашему мнѣнію, вопросъ о правахъ жены на d. a. n. во время брака правильно рѣшенъ Донелломъ (которому изъ новѣйшихъ писателей слѣдуетъ Francke); взглядъ Донелла представляетъ собою послѣдовательный выводъ изъ предписаннаго Юстиніаномъ параллелизма между dos и donatio a. n.

Глава III.

Donatio a. (p.) n. по прекращеніи брака.

На случай прекращенія брака судьба (пред)брачнаго дара опредѣляется предписаніями закона, по сколько они не были замѣнены предбрачнымъ договоромъ. Послѣ того какъ бракъ прекратился, та causa, ради которой была установлена donatio a. (p.) n. отпала, и приношеніе, сдѣланное propter nuptias et propter dotis dationem можетъ быть потребовано теперь обратно.

Принципъ этотъ можетъ быть измѣненъ посредствомъ pacta nuptialia въ томъ смыслѣ, что пережившей женѣ предоставляется возможность получить въ lucrum предбрачный даръ, сполна или часть его.

§ 16.

Donatio a. (p.) n. по прекращеніи брака смертью супруговъ.

Въ силу pacta nuptialia жена по смерти мужа можетъ получить предбрачный даръ въ lucrum.

Постановленіе императоровъ Льва и Апоемія¹²²⁾ о пропорціональномъ равенствѣ lucra nuptialia было сначала дополнено Юстиніаномъ, а затѣмъ вовсе отмѣнено.

122) 1. 9 C. de p. conv. tam super dote 5, 14.

Уже въ 529 г. Юстинианъ рѣшилъ вопросъ о томъ, что должно быть съ *lucra nuptialia*, если женихъ и невѣста заключили между собою неравныя *lucra*: въ этомъ случаѣ для обѣихъ сторонъ имѣеть значеніе меньшее *lucrum*.

l. 10 C. de conv. tam super dote 5, 14¹²³⁾ . . .
*praecipimus, disparibus eis factis majorem lucri
 partem ad minorem deduci, ut eo modo uterque
 minorem partem lucretur.*

Кажущаяся равномерность *lucra nuptialia* въ дѣйствительности могла вести къ невыгодамъ пережившей стороны. Согласно конституціи Льва (l. 9 C. 5, 14) *lucra* обѣихъ сторонъ могли представиться напр. въ слѣдующемъ видѣ: мужъ даетъ женѣ въ предбрачный даръ 2000, жена же приноситъ въ приданое 6000; супруги заключаютъ между собою договоръ, въ силу котораго пережившая сторона получаетъ въ *lucrum* четвертую часть брачнаго имущества умершаго супруга, — слѣдовательно, мужъ 1500, а жена всего только 500; такимъ образомъ *velut in aenigmate una quarta altera major apparet*¹²⁴⁾. — Предписавъ, чтобы брачная имущества обоихъ супруговъ были всегда равны, Юстинианъ уничтожилъ прежнюю „загадочную“ равномерность *lucra*; одинаковый размѣръ брачныхъ иму-

123) Ср. Nov. 22 c. 20.

124) Nov. 97 c. 1.

ществовъ повлекъ за собою дѣйствительную равномерность *lucra*, и прежняя *aequalitas in verbis solis et litteris* превратилась въ *aequalitas in rebus ipsis*.

По смерти мужа жена получаетъ *lucrum donationis a. n.* Каковы же права ея на это *lucrum*? Юстинианово законодательство содержитъ въ себѣ слѣды постоянныхъ колебаній относительно этого вопроса, окончательное рѣшеніе котораго мы находимъ въ Nov. 127 c. 3.

Прежде всего вопросъ о правахъ этого жены на *lucra* рѣшается на основаніи предбрачнаго договора, а за отсутствіемъ таковаго — на основаніи закона. При этомъ слѣдуетъ различать, остается ли овдовѣвшая жена вдовою, или вступаетъ въ новый бракъ. Въ первомъ случаѣ вдова получаетъ на *lucrum* право собственности, можетъ любымъ образомъ пользоваться этимъ имуществомъ и даже властна отчуждать его:

Nov. 22 c. 20 § 1 . . . *felix quidem et beatum est utrique contrahentium perdurare in priore conjugio, et non procreatam sobolem sequentibus matrimoniis forsitan contristare. Et si hoc egerint et in prioribus steterint nuptiis, habebunt quidem proprio, hoc est dotem quidem mulier, sponsaliciam quidem largitatem vir . . . percipient autem lucra vir quidem ex dote, mulier autem ex antenuptiali donatione, et erunt eis haec propria, nihil paene ab alia*

eorum differentia possessione. Unde donec vixerint, omnem licentiam habebunt alienationis super his, sicut in aliis, quae de suo ab initio habuerunt. Si vero etiam moriantur licet eis et legatis et fideicommissis res has in alios migrare: talem quippe alienationem permisimus nos constitutionem pro his conscribentes.

Вступление въ повторительный бракъ разсматривается какъ оскорбленіе дѣтей. Mater binuba обязана передать дѣтямъ право собственности на *lucrum*, сама же пользуется только *узифруктомъ*. Отчужденія *lucra*, совершонныя ею во время вдовства, признаются не дѣйствительными, и дѣти могутъ виндицировать отчужденное имущество, какъ только придуть въ возрастъ¹²⁵⁾.

Эта двойственность правилъ о правахъ вдовы на *lucrum donationis*, обусловливаемая вступленіемъ въ повторительное замужество, была уничтожена Юстинианомъ въ Nov. 98 с. 1, на основаніи которой *lucrum donationis a. n.* во всякомъ случаѣ должно быть сохранено для дѣтей, независимо отъ того, вступила ли ихъ мать въ повторительный бракъ, или нѣтъ:

Sancimus . . . si mortuus fuerit vir mulierem antenuptialis donationis *lucra* propriis filiis servare, usu quidem *lucrorum* ex nuptiis apud eos

125) Nov. 22 с. 24.

constituto, proprietate vero eorum filiis omnimodo servanda.

Однако позднѣе это постановленіе было измѣнено самимъ-же Юстинианомъ въ томъ смыслѣ, что вдова воздерживающаяся отъ вступленія въ повторительный бракъ имѣетъ предъ *mater binuba* то преимущество, что получаетъ кромѣ *узифрукта* на предбрачный даръ еще равную съ каждымъ изъ дѣтей часть дара въ собственность.

Nov. 127 с. 3. Quia vero et mulieres ad secundas nuptias non venientes portione aliqua dignas ultra eas, quae secundo nubunt, esse putamus, si quae amisso viro alterius abstineat nuptiis, habere quidem eam usum antenuptialis donationis, sicut prius, sancimus, habere vero eam et proprietatis tantum, quantum filiorum quantitas facit, ut secundum proprietatis rationem unius et ipsa filii personam obtinere videatur.

§ 17.

Donatio a. (p.) n. по прекращеніи брака разводомъ.

Предшествующія постановленія о разводѣ, (большая часть коихъ принадлежитъ Θεодосію II), были восполнены Юстинианомъ. Подробныя правила о разводѣ и о вліяніи его на *lucra nuptialia* находятся въ

Nov. 22. Въ этой новеллѣ указываются четыре основанія къ прекращенію брака при жизни обоихъ супруговъ¹²⁶⁾:

1. communis consensus,
2. bona gratia (occasio rationabilis),
3. citra omnem causam,
4. cum causa rationali.

1. Communis consensus — какъ основаніе къ прекращенію брака — Юстиніанъ указываетъ въ кодексѣ¹²⁷⁾, а въ Nov. 22. с. 4 онъ подтверждаетъ прежній обычай прекращенія брака по взаимному согласію супруговъ. Въ этомъ случаѣ вопросъ о судьбѣ предбрачнаго дара рѣшается на основаніи договора, заключеннаго при разводѣ.

Однако позднѣе¹²⁸⁾ Юстиніанъ запретилъ разводъ по взаимному согласію супруговъ, исключая только тотъ случай, когда одинъ изъ нихъ желаетъ вступить въ монастырь. Вступленіе въ монастырь разсматривается какъ смерть принимающаго монашество; посему въ этомъ случаѣ относительно брачныхъ имуществъ дѣйствуютъ тѣ-же правила, которыми опредѣляется судьба lucra nuptialia въ случаѣ прекращенія брака смертью одного изъ супруговъ, т. е. жена получаетъ lucrum donationis a. (p.) n. при вступленіи въ мона-

126) Nov. 22 с. 4.

127) l. 9 C. de. repudiis 5. 17.

128) Nov. 117.

стырь мужа, или мужъ получаетъ обратно donatio a. n. когда въ монастырь вступаетъ жена¹²⁹⁾.

2. Прекращеніе брака bona gratia имѣетъ мѣсто въ случаяхъ

- a) импотентности мужа¹³⁰⁾ — и
- b) плѣна одного изъ супруговъ¹³¹⁾.

(Прежнія относящіяся сюда основанія прекращенія брака — damnatio ad metalla, deportatio — въ правѣ Юстиніана утратили свое значеніе¹³²⁾). При разводѣ по импотентности мужа ни для одного изъ супруговъ не возникаютъ lucra nuptialia, а каждый изъ нихъ получаетъ обратно то, что внесъ въ бракъ. — Безвѣстное отечество прекращаетъ бракъ только пять лѣтъ спустя a tempore scientiae. Жена получаетъ donatio a. (p.) n. въ lucrum только тогда, когда станетъ уже извѣстно, что мужъ умеръ. Предварительно она получаетъ обратно свое приданое.

3—4. Большинство случаевъ развода имѣютъ свою causam, которая при ближайшемъ изслѣдованіи можетъ оказаться или justa или injusta. Юстиніанъ составилъ перечень тѣхъ causarum, которыя даютъ супругамъ право объявить другъ другу repudium.

Къ тѣмъ justae causarum къ repudium a marito mulieri missum, которыя были уже указаны Осодо-

129) Nov. 22 с. 5; Nov. 117 с. 10.

130) Nov. 22 с. 6.

131) Nov. 22 с. 7.

132) Nov. 22 сс. 8. 13.

сіемъ II¹³³), Юстиніанъ прибавилъ еще три: a) si mulier abortum faciat, b) si voluptatis occasione cum viris lavetur, c) dum adhuc constat matrimonium ad alias de nuptiis suis loquatur¹³⁴). — Поводы къ разводу со стороны мужа — justae causae repudii a muliere marito missi — остаются у Юстиніана тѣ-же, что и у Θεодосія II¹³⁵).

Если causa repudii, на которую ссылается сторона, окажется по изслѣдованію justa, то бракъ расторгается и невиновный супругъ получаетъ кромѣ своего брачнаго имущества и брачное имущество виновнаго¹³⁶), — послѣднее однако не въ собственность, а лишь въ узуфруктъ, такъ какъ substantia должна быть сохранена для дѣтей¹³⁷).

Но если приведенная causa окажется injusta, то сторона, выступившая съ неосновательнымъ обвиненіемъ, теряетъ свое брачное имущество въ пользу невиновнаго супруга, а обвинитель подвергается заточенію въ монастырь¹³⁸).

Эти постановленія имѣютъ силу во всѣхъ случаяхъ, безразлично была ли donatio a. (p.) n. установлена мужемъ или постороннимъ лицомъ (extraneus¹³⁹).

133) l. 8 C. de repudiis 5, 17.

134) Nov. 22 c. 16 § 1; Nov. 117, c. 8.

135) Nov. 117 c. 9.

136) Nov. 22 c. 16 § 1.

137) Nov. 117 c. 9 § 5.

138) Nov. 117 c. 13; Nov. 134 c. 10,

139) Nov. 22 c. 23.

Глава IV.

Donatio a. (p.) n. при повторительномъ бракѣ.

§ 18.

Права дѣтей на (пред)брачный даръ.

Всѣ новеллы до указанной уже выше Nov. 127 с. 3 признаютъ за вдовою только узуфруктуарное право на donatio a. (p.) n., но не право собственности¹⁴⁰). Собственность на предбрачный даръ со смертію отца переходитъ къ дѣтямъ, и только лишь въ томъ случаѣ когда дѣтей нѣтъ, вдова сохраняетъ за собою право собственности на donatio a. (p.) n. и послѣ смерти мужа.

Право Юстиніана относится къ повторительному замужеству вдовы гораздо снисходительнѣе чѣмъ до — Юстиніанова законодательство, — что касается правъ вдовы на donatio a. (p.) n.

Такъ какъ собственность на donatio a. (p.) n. принадлежитъ послѣ смерти отца дѣтямъ, вдова же имѣетъ только узуфруктъ на lucrum donationis a. (p.) n.¹⁴¹), то, вступивъ въ повторительный бракъ, она ничего не теряетъ: она сохраняетъ за собою узуфруктъ все равно, вступить-ли и не вступить въ повторительное замужество.

Примѣненіе этого принципа Юстиніанъ призналъ несправедливымъ по отношенію къ вдовѣ, воздерживающейся отъ новаго брака: Юстиніанъ предоставилъ

140) Nov. 22, Nov. 98, Nov. 117 . . .

141) Nov. 98.

такой вдовѣ право собственности на равную съ ея дѣтьми часть брачнаго дара ¹⁴²⁾.

Предшествующія колебанія по вопросу о томъ, властна ли *mater binuba* дѣлить *donatio a. (p.) n.* между своими дѣтьми по свободному своему усмотрѣнію или даже отдать весь предбрачный даръ одному изъ своихъ дѣтей, были разрѣшены Юстиніаномъ въ томъ смыслѣ, что всѣ дѣти должны получить равныя части изъ *lucrum donationis a. (p.) n.*

Nov. 22 c. 25. Venient autem talia lucra ad filios omnes ex prioribus nuptiis. Non enim permittimus parentibus non recte introductam electionem in eis, neque alii quidem filiorum dare, alium vero exhonorare; omnes enim secundis similiter exhonorati sunt nuptiis. Sed quemadmodum omnium filiorum similiter heredes existunt parentes, et non alii quidem succedunt, alii vero non, cur non similiter et ipsi omnibus ex aequo, quantum ad hoc, conferant, sed alios quidem eligant, alios vero despiciant? Ideoque secundum portionem unusquisque hoc lucretur, et si habeat filios, ad eos haec transmittat, illi vero haec inter utros partiantur, ipsi quidem secundum mensuram, quanti consistant, non tamen patris transcendentem portionem.

Mater binuba отвѣчаетъ предъ своими дѣтьми

142) *Nov. 127 c. 3.*

отъ предшествующаго брака за возвращеніе имъ находящагося у нея *jure usufructuario* (пред)брачнаго дара всѣмъ своимъ имуществомъ, — на каковое дѣтямъ принадлежитъ законная ипотека ¹⁴³⁾.

Юстиніанъ подтвердилъ прежнія постановленія Оеодосія II ¹⁴⁴⁾, что дѣти отъ предшествующаго брака властны виндицировать изъ оставшагося послѣ матери имущества предбрачный даръ, хотя бы они и не пожелали наследовать въ прочемъ ея имуществѣ ¹⁴⁵⁾.

Въ виду того, что принадлежащая дѣтямъ законная ипотека на имущество матери представляетъ для нихъ достаточное обезпеченіе, по Юстиніанову праву мать не обязана дать имъ еще особую *cautio*: въ правѣ Юстиніана предполагается, что только та мать можетъ получить *donatio a. n.*, которая съ своей стороны располагаетъ имуществомъ, по размѣрамъ своимъ соотвѣтствующимъ предбрачному дару, — такъ какъ размѣры *dos* и *donatio a. n.* должны быть одинаковы, и такъ какъ *donatio a. (p.) n.* мыслима лишь при наличности установленнаго со стороны жены приданаго.

На *donatio a. (p.) n.*, не поступающую въ *lucrum* жены, дѣти по смерти матери не имѣютъ ни какихъ правъ, согласно принятой Юстиніаномъ въ кодексъ конституціи Зенона — *l. 18 C. de d. a. n. 5, 3.*

143) *l. 6 § 9 (2) C. de s. nupt. 5, 9.*

144) *Nov. Theod. 14, 1; l. 5 C. de s. n. 5, 9.*

145) *l. 18 C. de s. n. 5, 9.*

Окидывая однимъ взглядомъ нововведенія Юстиніана, мы замѣтимъ, что они сводятся къ слѣдующему:

1. Установленіе предбрачнаго дара признаю допустимымъ не только до брака, но и *durante matrimonio*; приношеніе, совершаемое въ пользу жены, именуется *donatio propter nuptias*.

2. Форма установленія *donatio a. (p.) n.* упрощена, а въ извѣстныхъ случаяхъ и вовсе не требуется.

3. Устанавливать *donatio a. (p.) n.* могутъ не только родственники мужа, но и *extranei*.

4. *Donatio a. (propter) n.* устанавливается въ пользу жены на время брака, какъ эквивалентъ приданого, — и потому

5. Размѣръ (пред)брачнаго дара долженъ быть равенъ размѣру приданого.

6. *Donatio a. (p.) n.* не есть дареніе, а своеобразный контрактъ.

7. Жена получаетъ (пред)брачный даръ въ собственность и не обязана употреблять доходы съ него на поддержаніе семьи.

8. По прекращеніи брака смертью мужа вдова имѣетъ узурфруктъ на *donatio a. (p.) n.*, а воздерживающаяся отъ повторительнаго брака получаетъ сверхъ того право собственности на равную съ каждымъ изъ дѣтей часть предбрачнаго дара.

9. Собственность на *donatio a. (p.) n.* по смерти отца принадлежитъ всеѣмъ дѣтямъ поровну.

Глава V.

§ 19.

Сущность института *Donatio ante (propter) nuptias*.

Прослѣдивъ содержаніе института въ его историческомъ развитіи и разсмотрѣвъ функціи его, мы должны обратиться теперь къ вопросу о цѣляхъ *donatio a. (p.) n.*

Для чего устанавливается *donatio a. (p.) n.*? — это вопросъ, съ котораго начинаютъ свои изслѣдованія все юристы-историки, занимавшіеся специальнымъ изученіемъ нашего института, и на который даютъ весьма разнообразные отвѣты. Съ точки зрѣнія Юстиніанова права едва ли можно дать на поставленный вопросъ такой исчерпывающій отвѣтъ, который былъ-бы застрахованъ отъ всякихъ возраженій: какъ мы видѣли, матеріаль Юстиніановыхъ источниковъ, разсматриваемыхъ какъ одно цѣлое не проникнуть, что касается нашего института, одною идеей, а напротивъ обнаруживаетъ на себѣ слѣды постепенныхъ наслоеній, отраженіе различныхъ идей. *Donatio a. (p.) n.* въ кодексѣ — не то же, что *donatio a. (p.) n.* въ новеллахъ.

Съ самаго начала своего развитія *donatio a. n.* фактически отличается характеромъ, соответствующимъ характеру *dos*. Но до того момента, когда *donatio*

а. п. развилась вполне, dos имѣеть за собою уже длинную исторію. Институтъ предбрачнаго дара достигъ и выравнился съ институтомъ приданого лишь въ позднѣйшемъ Византійскомъ правѣ, гдѣ оба института слились въ одинъ.

Прежде чѣмъ достигнуть того характера, какой donatio a. (p.) n. имѣеть въ Юстиніановыхъ новеллахъ, институтъ этотъ прошелъ тѣ-же самыя фазы, какія пришлось пройти въ своемъ развитіи институту dos. При этомъ въ каждомъ отдѣльномъ періодѣ своего развитія donatio a. n. проникнута различными идеями. Соединеніе этихъ руководящихъ идей, слѣды отраженія которыхъ несомнѣнно обнаруживаются на принятыхъ Юстиніаномъ въ его кодексъ конституціяхъ, и представляетъ именно тѣ трудности, съ которыми приходится бороться при попыткѣ дать исчерпывающій отвѣтъ на поставленный выше вопросъ о цѣляхъ donatio a. n.

Какъ и dos — donatio a. n. первоначально устанавливается безъ всякаго уговора о послѣдующей ея юридической судьбѣ; какъ нѣкогда dos — donatio a. n. на этой ступени своего развитія считается безвозвратнымъ приношеніемъ. — Позднѣе при установленіи предбрачнаго дара, такъ точно какъ и при установленіи приданого, заключается договоръ о томъ, что должно быть съ donatio a. n. по прекращеніи брака. За отсутствіемъ договора дѣйствуютъ нормы закона.

Однако функціи обонхъ брачныхъ имуществъ еще различны. Юстиніанъ уравнивалъ оба брачныя имущества въ отношеніи ихъ размѣровъ. Тождество функцій обонхъ брачныхъ имуществъ достигается лишь въ Византійскомъ правѣ, гдѣ оба они образуютъ одинъ общій фондъ для удовлетворенія потребностей семейной жизни.

Въ теченіе своего развитія donatio a. n. устанавливается послѣдовательно въ пользу невѣсты, жены и вдовы, пока наконецъ Юстиніанъ призналъ donatio a. (p.) n. за приношеніе совершаемое исключительно въ пользу жены.

Donatio a. (p.) n. является послѣднимъ шагомъ сдѣланнымъ Римскимъ правомъ въ области имущественныхъ правоотношеній супруговъ. Благодаря этому институту фактически достигается полное уравниеніе правъ супруговъ по имуществамъ. Первоначально жена — если она не persona sui juris — не имѣеть никакихъ правъ на имущество, даже на то, которое дается ею въ качествѣ dos, такъ какъ послѣднее становится собственностью мужа и даже по прекращеніи брака смертью мужа не возвращается вдовѣ. Позднѣе, въ силу заключаемой при установленіи dos стипуляціи, по прекращеніи брака приданое возвращается женѣ. Юстиніанъ предписалъ, чтобы такая стипуляція всегда презумировалась, — хотя-бы въ дѣйствительности совершена она и не была — l. un. C. de rei uxoriae

actione 5, 13. — Тѣмъ не менѣе на время брака жена лишена имущества, отданнаго ею въ приданое.

Наконецъ Юстиніанъ сдѣлалъ послѣдній шагъ къ предоставленію женѣ полной имущественной самостоятельности, предписавъ, чтобы женѣ и *durante matrimonio* возвращаемо было ея приданое, — если и не *in specie*, то въ равной суммѣ или въ одинаковыхъ правахъ, — въ формѣ (пред)брачнаго дара. — Въ этомъ, по нашему мнѣнію, и заключается внутренній смыслъ института предбрачнаго даренія.

Отдѣлъ II.

Глава VI.

Donatio a. (p.) n. въ памятникахъ Византійскаго законодательства.

§ 20.

Обзоръ источниковъ.

Новеллы Юстиніана являются звеномъ, связывающимъ предшествующее развитіе римскаго права съ позднѣйшимъ перерожденіемъ его въ право Византійской имперіи.

Кодификаціей Юстиніана завершилась предшествующая эпоха смутнаго состоянія права. Но по смерти Юстиніана наступаетъ снова такое же смутное состояніе, конецъ которому желалъ положить Юстиніанъ.

Обыкновенно объясняютъ¹⁴⁶⁾ наступленіе этой новой смутной эпохи права недоступностью для греческихъ обывателей имперіи латинскихъ источниковъ Юстиніана и накопленіемъ юридической литературы, снова, вопреки

146) Mortreuil, Histoire du droit Byzantin t. I. Heimbach, Basilicorum L. CX. T. VI. Prolegomena.

предписанію Юстиніана¹⁴⁷), ставшей суррогатомъ законодательныхъ источниковъ. — Но кромѣ указанныхъ чисто внѣшнихъ причинъ были причины внутреннія, заставлявшія юридическое сознание отклониться отъ нормъ, предписанныхъ Юстиніаномъ. Дигестами и Кодексомъ Юстиніанъ фиксировалъ предшествующее развитіе права. Повеллы его, часто подрывающія и даже отмѣняющія положенія Дигестовъ и Кодекса, показываютъ намъ, что непрерывная работа правовыхъ идей не прекратилась; сознавалась подробность признанія новыхъ идей, которыя болѣе соответствовали-бы современному состоянію общества. Выраженіемъ этого сознанія и явились повеллы.

Точно такъ-же и по смерти Юстиніана законодательная работа не прекратилась, хотя, судя даже по сохранившимся до насъ остаткамъ, она далеко не была такъ продуктивна, какъ законодательная дѣятельность самого Юстиніана.

На слѣдуетъ упускать изъ вниманія, что законодательство Юстиніана никогда не было отмѣнено или замѣнено какимъ либо инымъ источникомъ права — вплоть до Базиликъ. Теоретически оно сохраняетъ свою силу, не смотря на появленіе новыхъ, правда краткихъ, сборниковъ права. Но практическаго значенія Юстиніанова кодификація, при коллизіи ея съ положеніями новаго права, разумѣется не могла имѣть.

147) Const. Summa § 3.

Торжество новыхъ идей обнаруживается болѣе всего въ тѣхъ частяхъ права, которыя въ законодательствѣ Юстиніана были проникнуты reminiscenciями чисто римскаго права, не соответствовавшего юридическому быту того населенія, среди котораго суждено было дѣйствовать Юстиніановой кодификаціи, — именно въ области права семейственнаго и наследственнаго.

Достаточно уже сравнить ближайшій къ Юстиніанову законодательству законникъ — *Εκλογή* Льва Исаврянина, чтобы замѣтить отклоненіе принциповъ имущественныхъ правоотношеній супруговъ отъ разсмотрѣнныхъ нами выше Юстиніановыхъ нормъ. Въ частности что касается *donatio a. n.*, то институтъ этотъ, не достроенный еще Юстиніаномъ, достигъ въ Византійскомъ правѣ своего завершения.

Постепенный ходъ законодательства о предбрачномъ дарѣ въ Византійскомъ правѣ намъ не извѣстенъ. Мы имѣемъ дѣло только съ готовыми результатами той работы, которая въ теченіе трехъ вѣковъ измѣняла начала и функціи *donatio a. n.* — сперва въ *Εκλογή*, затѣмъ столѣтіе елишкомъ спустя въ *Πρόχειρος Νόμος* и *Ἐπαναγωγή τοῦ νόμου*, пока наконецъ въ Базиликахъ снова были возстановлены принципы Юстиніанова законодательства.

Названными источниками опредѣляется кругъ подлежащаго нашему изслѣдованію матеріала; но мы не будемъ касаться Базиликъ, такъ какъ *titt. Basil. περί*

δωρεῶν μνηστείας 28, 3; περὶ γαμικῶν κερδῶν 28, 12; περὶ δικαίου προικὸς καὶ πρὸ γάμου δωρεᾶς 29, 1; περὶ ἐπαυξήσεως προικὸς καὶ πρὸ γάμου δωρεᾶς 29, 2; ὥστε τὴν διὰ τοὺς γάμους δωρεᾶν ἰδικὸν συνάλλαγμα εἶναι 29, 4 etc. содержать въ себѣ положенія, буквально заимствованныя ихъ соотвѣтствующихъ мѣстъ Дигестовъ, Кодекса и Новеллъ. Мы оставляемъ также въ сторонѣ памятники Византійскаго права позднѣйшаго происхожденія, такъ какъ они представляютъ собою только переработку тѣхъ положеній, которыя уже были признаны въ *Ἐκλογῇ*, *Πρόχειρος Νόμος*, *Ἐπαναγωγῇ* и *Базиликахъ*.

§ 21.

Предбрачный даръ по *Ἐκλογῇ*.

*Ἐκλογῇ*¹⁴⁸⁾, изданная въ 740 г., даетъ самостоятельную, независимую отъ Юстиниановой кодификаціи, систему имущественныхъ отношеній супруговъ. Система *Ἐκлоги* представляетъ собою основаніе всѣхъ послѣдующихъ реформъ въ этой области права.

Ἐκλογῇ не имѣетъ своєю цѣлью отмѣнить Юстинианово законодательство или замѣнить его тѣми сравнительно немногочисленными постановленіями, которыя заключаются въ ней: задача *Ἐκлоги* состоитъ въ томъ, чтобы сдѣлать пользованіе законами (т. е. законами

148) Collectio libr. juris graeco-romani ined. ed. C. E. Zachariae a Lingenthal 1852.

Юстиніана) болѣе общедоступнымъ¹⁴⁹⁾. Слѣдовательно законодательство Юстиніана остается въ силѣ, поскольку постановленія *Ἐκлоги* не дерогируютъ ему.

Уже изъ сравненія объема *Ἐκлоги* съ сводами Юстиніана становится очевиднымъ, что послѣдніе не могли быть экцерпированы хотя бы въ самой сжатой и отвлеченной формѣ въ новомъ законѣ Льва Исаврянина. Въ *Ἐκлогу* вошли только „избранныя“ мѣста изъ предшествовавшаго законодательства, касающіеся только наиболѣе распространенныхъ фигуръ права. Болѣе подробно разработаны здѣсь тѣ институты, характеръ которыхъ отличается отъ сходныхъ институтовъ въ Юстиниановыхъ законахъ. Обстоятельнѣе другихъ изложено отдѣлъ о семейномъ правѣ.

Въ частности что касается интересующаго насъ вопроса, то въ *Ἐκлогѣ* нѣтъ титула, ex professo говорящаго о предбрачномъ дарѣ. Матеріалъ для изложенія ученія *Ἐκлоги* о предбрачномъ дарѣ мы находимъ въ tit. II περὶ γάμων ἐπιτετραμμένων καὶ κηκολυμένων, πρώτου καὶ δευτέρου, ἐγγράφου καὶ ἀγράφου καὶ λύσεως αὐτῶν. Постановленія *Ἐκлоги* о предбрачномъ дарѣ во многомъ отличаются отъ Юстиниановыхъ нормъ.

Бракъ, совершаемый ἐγγράφως, приводитъ къ образованію слѣдующихъ имущественныхъ массъ:

149) Prooem . . . ἐν πολλαῖς βίβλοις τὰ ὑπὸ τῶν προβεβασίλευκόντων νενομοθετημένα ἐγγεγράφθαι γινώσκοντες . . . ἐκελεύσαμεν . . . ἐν τῇδε τῇ βίβλῳ φανερωτέρως τε καὶ λεπτοτέρως ἀναληφθῆναι ἀρμόδιον ἡγησάμεθα . . .

1) массы, состоящей изъ приданого (προῖξ) и имущества, даваемого мужемъ для восполненія приданого (ἢ ὡς εἰκὸς παρ' αὐτοῦ ἐν ἐπαυξήσει ἀποχαρισθεῖσα ποσότης, προγαμιαία δωρεά) ¹⁵⁰). Эта послѣдняя ποσότης, вопреки Nov. 97, вовсе не должна быть непременно равна приданому:

καὶ μὴ ἐπερωτᾶσθαι ἢ καταγράφεσθαι παρὰ τοῦ ἀνδρὸς ἰσόμετρον τῆς εἰσαγομένης αὐτῷ προικὸς προγαμιαίαν δωρεάν.

предбрачный даръ можетъ быть, по Эклогѣ, и больше и меньше приданого, такъ какъ онъ служитъ восполненіемъ, а не замѣной приносимому женой приданому.

2) Имущества жены, не принадлежащаго къ приданому — τὰ ἐξῴπροικα ¹⁵¹);

3) собственнаго имущества мужа, остающагося у него за вычетомъ предбрачнаго дара.

Только первая сложная имущественная масса имѣеть своимъ назначеніемъ служить цѣлямъ семейной жизни, двѣ послѣднія составляютъ личное достояніе каждаго изъ супруговъ.

Ἐκλογή говоритъ объ одновременномъ установленіи приданого и предбрачнаго дара въ моментъ совершенія самаго брака. Установленіе προγαμιαία δωρεά совершается въ присутствіи трехъ свидѣтелей въ особѣи

150) Ecl. tit. II § γ'.

151) Ecl. tit. II § ε'.

записи о приданомъ — προικῶν συμβόλαιον, въ которой предбрачный даръ является только восполненіемъ приданого ¹⁵²)

Проῖξ и προγαμιαία δωρεά составляютъ необходимый элементъ въ письменной формѣ совершенія брака; προικῶν συμβόλαιον, какъ запись о взаимно приносимыхъ супругами для цѣлей брака имуществахъ, въ то-же время служитъ доказательствомъ событія брака. При неформальномъ заключеніи брака (ἀγράφως) προγαμιαία δωρεά какъ и προῖξ не предполагаются ¹⁵³).

Такъ какъ προγαμιαία δωρεά служитъ восполненіемъ приданому, то безъ послѣдняго она и мыслима быть не можетъ; она дается не только propter dotis dationem, но и ἐν ἐπαυξήσει τῆς προικὸς. Составляетъ приданымъ нѣчто цѣлое предбрачный даръ и раздѣляетъ юридическую судьбу его.

I. Во время брака мужу принадлежитъ ἐντελής τῆς προικὸς οἰκείωσις, καὶ ἀδιάπτωτος καὶ ἀμείωτος αὐτῆς παραφυλακὴ καὶ συντήρησις μετὰ καὶ τῆς ὡς εἰκὸς παρ' αὐτοῦ ἐν ἐπαυξήσει ἀποχαρισθείσης αὐτῇ ποσότητος ¹⁵⁴).

II. Ἐκλογή, какъ и источники Юстиніана, подробно всего говоритъ о судьбѣ брачныхъ имуществъ въ случаѣ прекращенія брака — смертью одного изъ супруговъ или разводомъ. Судьба предбрачнаго дара

152) Ecl. tit. II § γ'.

153) Ecl. tit. II § δ'.

154) Ecl. tit. II § γ'.

подлежитъ модификаціямъ въ зависимости отъ того обстоятельства, былъ-ли прекратившійся бракъ бездѣтнымъ или небездѣтнымъ ¹⁵⁵).

1. А. Въ случаѣ прекращенія бездѣтнаго брака

а) смертью жены — мужъ получаетъ четвертую часть приданого, увеличеннаго предбрачнымъ даромъ, въ собственность, а остальные $\frac{3}{4}$ сложнаго брачнаго имущества вмѣстѣ съ *ἐξὀπρῶκα* переходятъ къ наследникамъ жены, призываемымъ закономъ или завѣщаніемъ ¹⁵⁶).

б) Въ случаѣ смерти мужа жена бездѣтная получаетъ обратно свое приданое, увеличенное предбрачнымъ даромъ, а изъ прочаго имущества мужа сумму равную четвертой части брачнаго имущества; остальное имущество мужа обращается къ его наследникамъ ¹⁵⁷).

В. Прекращеніе брака небездѣтнаго влечетъ за собою слѣдующія послѣдствія для брачной имущественной массы:

а) Если умираетъ мужъ, то жена, получивъ обратно свое приданое вмѣстѣ съ предбрачнымъ даромъ, владѣетъ и пользуется и всѣмъ имуществомъ мужа. Она обязана только составить публично засвидѣтельство-

155) Придерживаемся терминологіи III-го т. Свода Остзейскихъ узаконеній.

156) Ecl. tit. II § 6'.

157) Ecl. ibid.

ванную опись всего имущества, какъ принадлежащаго ей лично, такъ и составляющаго достояніе мужа. Дѣти не властны требовать отъ матери выдачи имъ отцовскаго имущества, пока мать не пожелаетъ вступить въ повторительное замужество: въ послѣднемъ случаѣ дѣти получаютъ отцовское имущество, а второбрачная мать беретъ только свое приданое, увеличенное предбрачнымъ даромъ ¹⁵⁸).

б) Если небездѣтный бракъ прекращается смертью жены, то мужъ удерживаетъ за собою все имущество жены — ея *ἐξὀπρῶκα*, *προῖξ* и восполняющій приданое даръ, пока не вступитъ въ повторительный бракъ: въ этомъ послѣднемъ случаѣ — при малолѣтствѣ дѣтей — онъ сохраняетъ для нихъ все материнское имущество, а по достиженіи ими совершеннолѣтія онъ обязанъ, по ихъ требованію, выдать имъ имущество матери ¹⁵⁹).

Пережившій супругъ, вступая въ монастырь — что онъ можетъ сдѣлать только по достиженіи всѣми дѣтьми совершеннолѣтія — кромѣ своего имущества получаетъ еще четвертую часть изъ имущества умершаго супруга ¹⁶⁰).

Повторительный бракъ имѣетъ своимъ послѣдствіемъ то, что *parens binubus* не въ правѣ принести

158) Ecl. tit. II § 6'.

159) Ecl. tit. II § 6'.

160) Ecl. tit. II § 7'.

новому супругу болѣ имущества, чѣмъ сколько получило отъ него каждое изъ дѣтей отъ перваго брака; этимъ положеніемъ ограничивается размѣръ *προγαμία δωρεά*, приносимой новой женой ¹⁶¹).

Mater vincula получаетъ кромѣ своего приданаго и предбрачный даръ только въ томъ случаѣ, если вступаетъ въ повторительное замужество по прошествіи не менѣе 12 мѣсяцевъ со времени смерти перваго мужа; въ противномъ случаѣ ей предоставляется взять одно только приданое, а предбрачный даръ переходитъ къ дѣтямъ ¹⁶²).

Вступающая въ повторительный бракъ мать обязана не просить для дѣтей отъ предшествующаго брака опекуновъ, иначе дѣти имѣютъ ипотеку на все имущество матери и новаго ея супруга ¹⁶³).

2. Прекращеніе брака разводомъ возможно только при наличности поводовъ, точно указанныхъ въ законѣ ¹⁶⁴); разводъ *bona gratia* вовсе не допускается. Имущественно-правовыя послѣдствія развода не указаны въ Эклогѣ; — для нихъ остаются въ силѣ нормы Юстиніана.

Если мы сравнимъ изложенную систему имущественныхъ супружескихъ правоотношеній въ Эклогѣ съ таковою же системой въ законодательствѣ Юсти-

161) Ecl. tit. II § 1.

162) Ecl. ibid.

163) Ecl. tit. II § 14.

164) Ecl. tit. II § 13.

ніана, то мы замѣтимъ между ними значительную разницу. Параллелизмъ между приданымъ и предбрачнымъ даромъ, установленный Юстиніаномъ, снова отмѣненъ, а потому нѣтъ болѣе основаній требовать отъ предбрачнаго дара одинаковаго съ приданымъ размѣра; предбрачный даръ и приданое не суть болѣе двѣ отдѣльныя и самостоятельныя массы, *προγαμία δωρεά* является только дополненіемъ къ *προίξ*: поэтому устанавливаются оба брачныя имущества въ одно и то-же время, однимъ и тѣмъ-же способомъ, поэтому предбрачный даръ, тѣсно связанный съ приданымъ, во всѣхъ стадіяхъ дѣйствія приданаго, раздѣляетъ юридическую судьбу послѣдняго. Если *durante matrimonio προίξ* вмѣстѣ съ *προγαμία δωρεά* въ рукахъ мужа служить цѣлямъ брачной жизни, то по прекращеніи брака *προγαμία δωρεά*, какъ составная часть приданаго, вмѣстѣ съ послѣднимъ должна быть возвращена женѣ. Собственность на *προγαμία δωρεά* какъ и на *προίξ* принадлежитъ женѣ ¹⁶⁵).

Такимъ образомъ Эклога уничтожаетъ установленную Юстиніаномъ фактическую независимость супружескихъ имущественныхъ правъ. Система имущественныхъ отношеній супруговъ по Эклогѣ ближе подходитъ къ христіанской идеѣ брака, какъ *ἡνωμένη μᾶ ἐν ὁσάδι προσώπων σάρξ* ¹⁶⁶). Правда, и здѣсь еще не наблю-

165) Ecl. tit. III § 3.

166) Ecl. tit. II § 13.

дается полное слияние имущества обоих супругов, но оно уже возможно здесь *in casu*.

Дети, по Эклоге какъ и по праву Юстиниана, не имѣютъ никакихъ правъ на брачное имущество родителей при жизни послѣднихъ. При повторительномъ бракѣ отна они властны требовать отъ него выдачи приданого матери совокупно съ предбрачнымъ даромъ, тогда какъ по Юстинианову праву, они имѣли притязанія на одно только приданое.

По Эклоге *προγαμία δωρεά*, помимо выполнения функций приданого, имѣеть своимъ назначеніемъ служить обезпеченіемъ вдовы. Въ этомъ отношеніи развитіе института предбрачнаго даренія отклонилось опять въ сторону отъ направленія, намѣченнаго Юстинианомъ.

§ 22.

Предбрачный даръ въ *Πρόχειρος Νόμος*.

Въ глазахъ императоровъ Василія, Константина и Льва, издавшихъ *ὁ Πρόχειρος Νόμος*¹⁶⁷⁾, Эклога Льва Цесварянина представляла собою извращеніе законовъ Юстиниана:

Εἰδέναι χρὴ, ὡς οὐκ ἐκλογὴ μᾶλλον ἢ ἀνατροπὴ ὁ καλούμενος ἐγγχειρίδιος καθίστατο τῶν καλῶς νομοθετηθέντων κατὰ βούλησιν τοῦ συλλεξαμένου, ἔπερ

167) *Ὁ Πρόχειρος Νόμος* изд. С. Е. Zachariae 1837 г.

τῇ πολιτείᾳ ἢν ἀλοσιτελεῖς καὶ τὸ φυλάττειν παράλογον¹⁶⁸⁾.

Поэтому названные императоры, приступивъ къ изданію Базаликъ, отмѣнили Эклогу и поставили своей задачей возстановленіе Юстинианова законодательства съ выключеніемъ изъ него тѣхъ мѣсть, которыя оказывались уже устарѣвшими по прошествіи трехъ столѣтій со времени ихъ обнародованія.

Выше мы уже замѣтили, что новаторство Византійскихъ законодателей проявлялось главнымъ образомъ въ области права семейственнаго и наследственнаго. Съ отмѣною Эклоги снова было возстановлено семейственное право Юстиниана, что и видно изъ Базиликъ, буквально заимствовавшихъ всѣ соотвѣтствующія мѣста изъ Юстиниановыхъ законовъ, и изъ Прохирона.

Прохиронъ содержитъ въ себѣ особый титулъ (VI) *περὶ προγαμίας δωρεᾶς*. Въ 6 §§ этого титула вкратцѣ и съ большими пробѣлами изложено ученіе о предбрачномъ дарѣ. Здѣсь мы не находимъ ни опредѣленія *προγαμία δωρεά*, ни правилъ о ея установленіи, ни указаній на назначеніе этого имущества и на права супруговъ во время брака. Прохиронъ содержитъ преимущественно нормы, опредѣляющія судьбу предбрачнаго дара по прекращеніи брака: § 1 *Προχ. VI* — говорить о судьбѣ *προγαμία δωρεά* по смерти мужа, излагая

168) *Prooem.* § 2.

положенія Nov. 117 с. 5; § 2 — о *προγαμιαία δωρεά* въ случаѣ повторительнаго брака вдовы, примѣнительно къ Nov. 2 с. 1, 2; § 3 — о правахъ дѣтей на *προγαμιαία δωρεά* — повторяетъ Nov. 2 с. 3; § 4 и 5 — о несоблюденіи вдовою траурнаго года и о вліяніи сего на судьбу предбрачнаго дара, — согласно Nov. 22 с. 22 и 23; § 6 — объ общихъ штрафахъ второбрачныхъ супруговъ — по Nov. 22 с. 23, 24, 25.

Выбранныя составителями Прохирона мѣста Новелль не могутъ похвалиться удачной редакціей. Отдѣльныя положенія Прохирона выписаны буквально изъ Новелль съ опущеніемъ вступительныхъ замѣчаний Юстиніана; составители не потрудились придать положеніямъ Прохирона болѣе обобщенную форму, заботясь, какъ видно, главнымъ образомъ о точномъ воспроизведеніи законовъ Юстиніана: такъ напр. § 2 *Прох.* VI, заимствованный изъ Nov. 2 с. 1, 2, повторяетъ рѣшеніе Юстиніана, данное имъ по поводу частнаго случая, удерживая изъ текста повеллы то, что касалось въ данномъ случаѣ дочери, хотя, по смыслу § 2 *Прох.* VI, сказанное въ новеллѣ должно относиться одинаковымъ образомъ ко всѣмъ дѣтямъ.

Составители Прохирона имѣли въ виду прежде всего изъять изъ употребленія Эклогу; занявъ мѣсто Эклоги Прохиронъ долженъ былъ быть руководствомъ къ имѣвшему еще въ то время быть составленнымъ „очищенному“ своду законовъ (*Ἀνακρίθαρσις*) Юстиніана.

Ученіе Эклоги о *προγαμιαία δωρεά* вовсе не соответствовало законамъ Юстиніана. Составители Прохирона, не полемизируя съ Эклогой, вносятъ въ Прохиронъ только тѣ положенія, которыя основаны на новеллахъ и находятся въ явномъ противорѣчій съ Эклогой. Такимъ образомъ въ Прохиронѣ и получилось отрывочное и далеко не полное изображеніе института предбрачнаго дара. Подробности предполагалось очевидно изложить въ Базиликахъ. Дѣйствительно въ реставрированной дошедшей до насъ второй редакціи этого свода, всѣ постановленія Юстиніана, разбросанныя у него по разнымъ частямъ свода, приведены въ систему. Но и Базилики (*Lib.* 28, 3 и *Lib.* 29) какъ и Прохиронъ, воспроизводя исключительно ученіе Юстиніановыхъ источниковъ о предбрачныхъ дарѣ, не даютъ ничего новаго для изученія дальнѣйшаго развитія института *προγαμιαία δωρεά*.

§ 23.

Предбрачный даръ въ *Ἐπιναχωρή*.

Инымъ характеромъ, въ сравненіи съ Прохирономъ, отличается *Ἐπιναχωρή τῶν νόμων*¹⁶⁹⁾. Хотя въ общемъ она основывается также на Юстиніановыхъ новеллахъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ она содержитъ въ себѣ

¹⁶⁹⁾ Издана С. Е. Zachariae a Lingenthal въ *Collectio librorum juris graeco-romani*.

и материалъ позднѣйшаго происхожденія. Изъ Юстиниановыхъ законовъ въ XIX титулѣ Эпанагоги — *Περὶ δωρεῶν μνηστείας* — экскерпированы слѣдующіе: Nov. 91 с. 2 (β'), Nov. 61 с. 1 (γ'), I. 29 C. de j. d. 5, 12 (δ'), Nov. 22 с. 22 (ζ'), Nov. 117 с. 5 (θ'). Кромѣ этихъ замѣтованныхъ изъ повелѣй мѣсть *Ἐπαναγωγή* содержитъ въ себѣ постановленія прямо противоположныя повелѣямъ и почерпнутыя очевидно изъ отъвергаемой императорами *Ἐκλογή*. Опытъ цѣлаго столѣтія, протекшаго отъ изданія Эклоги до изданія Эпанагоги, не прошелъ даромъ и отразился въ этомъ послѣднемъ помятннкѣ.

Постановленія Эпанагоги о предбрачномъ дарѣ представляются въ слѣдующемъ видѣ:

1. Предбрачный даръ именуется въ *Ἐπαναγωγή* — *ἡ πρὸ γάμου ἢ διὰ γάμου δωρεά* или просто *ἡ προγαμία δωρεά*.

Какъ и по Эклогѣ, *προγαμία δωρεά* дается въ исполненіе приданого, въ совокупности съ которымъ она составляетъ одну имущественную массу, именуемую *προικοῦπέβολον*¹⁷⁰).

Что касается размѣра предбрачнаго дара, то *Ἐπαναγωγή* категорически запрещаетъ устанавливать даръ, который превосходилъ бы приданое; *προγαμία δωρεά* можетъ быть равна приданому, можетъ быть менѣе его, но

170) Epan. tit. XIX, § ε'.

*τὸ ὑπερέχειν τὴν προγαμίαν δωρεάν τῆς προικὸς ἀναγκαίως ἀναιρούμεν*¹⁷¹).

Законъ смотритъ на излишекъ предбрачнаго дара какъ на дѣйствительное дареніе, которое между супругами запрещено по причинамъ, изложеннымъ въ tit. Epan. XX α.

Ближайшихъ подробностей о формѣ установленія предбрачнаго дара въ *Ἐπαναγωγή* мы не имѣемъ, а находимъ ихъ въ *Βασιλικαῖς*¹⁷²), гдѣ собраны впрочемъ постановленія tit. C. de d. a. n. 5, 3.

Приданое и предбрачный даръ состоятъ во взаимной зависимости: жена только въ томъ случаѣ можетъ предъявлять притязанія на предбрачный даръ, если съ своей стороны доставила приданое¹⁷³).

II. Составленная изъ *προῖξ* и *προγαμία δωρεά* имущественная масса — *προικοῦπέβολον* — назначеніемъ своимъ имѣетъ удовлетвореніе потребностей семейной жизни.

Правоотношенія супруговъ по этому сложному имуществу во время брака опредѣляются въ § δ' Epan. XVIII и § κ' Epan. eod:

§ δ'. *Ὅπου τὰ βάρη τοῦ γάμου ἐκεῖ καὶ ἡ προῖξ ὀφείλει εἶναι.*

§ κ'. *Ἐὶ καὶ ἐν τῇ ἐξουσίᾳ τοῦ ἀνδρός ἐστὶν ἡ προῖξ, ὅμως τῆς γυναίκος ἐστὶν.*

Хотя здѣсь ничего не говорится о *προγαμία δωρεά*,

171) Epan. tit. XIX, § α'.

172) Lib. 28, tit. 3.

173) Epan. tit. XIX § β'.

но одинаковая съ *προῖξ* судьба предбрачнаго дара во время брака вытекаетъ изъ того положенія, что *προγαμία δωρεά* является только приращеніемъ приданого.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, точно указанныхъ въ *Ἐπιναγωγῆ* 174), жена и во время брака можетъ виндицировать *προγαμία δωρεά* вмѣстѣ со своимъ приданымъ.

III. По прекращеніи брака смертью или разводомъ для *προικοῦπέβολον* наступаютъ слѣдующія послѣдствія:

A. Въ случаѣ прекращенія брака смертью мужа судьба *προικοῦπέβολον* представляется въ разныхъ видахъ, въ зависимости отъ того, былъ-ли бракъ бездѣтный или небездѣтный, остается-ли вдова таковою, или же вступаетъ въ повторительный бракъ.

1. а) Бездѣтная вдова, остающаяся таковою, получаетъ въ собственность предбрачный даръ (вмѣстѣ съ возвращаемымъ ей приданымъ) и кромѣ того въ собственность - же получаетъ изъ всего имущества умершаго своего мужа сумму, равную четвертой части *προικοῦπέβολον* 175).

б) Небездѣтная вдова, получивъ *προικοῦπέβολον*, по совершеннолѣтіи младшаго изъ ея дѣтей имѣеть выборъ между узурфруктомъ на все имущество мужа и собственностью на равную со всѣми дѣтьми часть отцовскаго ихъ имущества 176).

174) *Επαν. tit. XIX § δ'*, *tit. XVIII § ιγ'*.

175) *Επαν. tit. XIX § ε'*.

176) *Επαν. tit. XIX § ε'*.

2. При повторительномъ бракѣ вдовы различается, вступаетъ ли она въ новый бракъ до или послѣ истеченія траурнаго года:

а) вступившая въ новый бракъ *πρὸ τοῦ πενθίμου χρόνου* лишается предбрачнаго дара (удерживая только приданое) и не получаетъ ничего изъ прочаго имущества перваго мужа; равнымъ образомъ не можетъ она ничего получить и отъ дѣтей 177).

б) второбрачная мать, не нарушившая траурнаго года своимъ вступленіемъ въ новый бракъ, не имѣя дѣтей отъ перваго брака получаетъ весь *προικοῦπέβολον*, но не имѣеть никакихъ правъ на прочее имущество мужа; небездѣтная второбрачная мать получаетъ не полный *προικοῦπέβολον*, а только приданое свое и лишь половину *προγαμία δωρεά* 178).

B. Вліяніе развода на судьбу *προικοῦπέβολον* различно, въ зависимости отъ различныхъ новодовъ къ разводу. *Προικοῦπέβολον* или можетъ быть разложено на свои составныя части — *προῖξ* и *προγαμία δωρεά*, или же остается нераздѣльнымъ и переходитъ къ одному изъ супруговъ.

1. Разлагается *προικοῦπέβολον* на приданое и предбрачный даръ —

а) въ случаѣ развода по неспособности мужа къ брачному сожителству; при этомъ жена получаетъ

177) *Επαν. tit. XIX § ζ'*, *ep. Nov. 22 c. 22.*

178) *Επαν. tit. XIX § ζ'*.

обратно свое приданое, мужъ удерживаетъ за собою предбрачный даръ ¹⁷⁹⁾);

б) когда послѣ взятія въ плѣнъ одного ихъ супруговъ прошло 5 лѣтъ, въ теченіе которыхъ не стало извѣстнымъ, находится ли взятый въ плѣнъ еще въ живыхъ, а свободный вступать въ новый бракъ ¹⁸⁰⁾.

2) *Προικοῦπέβολον* остается цѣльной массой и переходитъ къ тому или другому супругу, когда бракъ расторгается по винѣ одного изъ нихъ. Законъ ¹⁸¹⁾ указываетъ 7 поводовъ къ разводу по винѣ жены и 5 по винѣ мужа. Поводы эти частью извѣстны намъ по Юстиціанову законодательству, частью новы. Если по изслѣдованію жена оказывается дѣйствительно виновною, то она теряетъ и приданое и предбрачный даръ въ пользу мужа и дѣтей.

Сравнивая систему *Ἐπαναγωγῆ* съ одной стороны въ Прохирономъ, а съ другой стороны съ Эклогой мы замѣтимъ, что постановленія Эпанагоги о предбрачномъ дарѣ или прямо заимствованы изъ Эклоги, или составлены подъ ея вліяніемъ, и имѣютъ очень мало общаго съ Прохирономъ, повторяющимъ постановленія Юстиніана.

Система Эклоги является такимъ образомъ основой супружескихъ правоотношеній въ Византійскомъ правѣ. Вліяніе Эклоги сказывается не только въ *Ἐπαναγωγῆ*,

179) Epan. tit. XXI § β'.

180) Epan. tit. XXI § γ'.

181) Epan. tit. XXI § ε', ζ'.

но и въ позднѣйшихъ продуктахъ Византійскаго права — въ новеллахъ Льва, въ обработкахъ Эклоги ¹⁸²⁾, Эпанагоги ¹⁸³⁾, Прохирона ¹⁸⁴⁾, въ *Πεῖρα* ¹⁸⁵⁾ и наконецъ въ *Ἐξάβιβλος* Гарменопула ¹⁸⁶⁾.

Оставляя въ сторонѣ всеъ названныя компіляции, какъ не представляющія никакихъ новыхъ данныхъ для изученія развитія занимающаго насъ института, мы обратимъ вниманіе только на три Новеллы Льва Мудраго — Nov. 20, 22 и 85 ¹⁸⁷⁾. Этими новеллами возстановляются постановленія Эклоги о *προικοῦπέβολον*. Хотя Эклога и была отмѣнена изданіемъ Прохирона, но выраженныя ею идеи продолжали жить и дѣйствовали въ качествѣ нормъ обычнаго права. Императору Льву Мудрому оставалось только признать обычай и облечь его въ форму закона.

Въ Nov. 20 императоръ даетъ краткій обзоръ колебаній предшествующаго законодательства по вопросу о *πέβολον* (*προγαμιαία δωρεά*), порицаетъ дѣйствующія, какъ обычай, постановленія Эклоги, и тѣмъ не менѣе признаетъ ихъ, съ однимъ впрочемъ ограниченіемъ:

ἐπειδήπερ ἅπαξ κρατεῖν ἔδοξε μὴ ἐξ ἴσου τὰς ἐν τῇ συστάσει τῶν γάμων γίνεσθαι συντελείας, ἀλλ'

182) *Ἐκλογα pravata aucta*, tit. β'; *Ecloga ad Prochiron mutata*, tit. β', γ' (J. G.-R. IV).

183) *Epanagoge aucta*, tit. ιζ' (J. G.-R. IV).

184) *Prochiron auctum* tit. ζ' (J. G.-R. VI).

185) *Practica ex actis Eustathii Romani* tit. κδ' (J. G.-R. I).

186) lib. IV, tit σ 13.

187) J. G.-R. III, Collatio II.

εἶναι τοῦ ὑποβόλου ἐπιπλέον τὴν προῖκα, τοῦτο ἔστω πολιτευόμενον. θανάτου δὲ φέροντος λύσιν τῷ γάμῳ, εἰ μὲν δ' ἀνὴρ ἄτεκνος ἀπίοι καὶ σύμφωνον μὴ παρῆ, ἀνακομιζέτω ἡ γυνὴ τὴν τε προῖκα καὶ τὸ ὑπόβολον, καὶ μηδὲν ἔτι πλέον· εἰ δὲ τὴν γυναῖκα δ' θάνατος διασπάσῃ, τῆς μὲν οἱ κληρονόμοι τὴν προῖκα λαμβανέτωσαν, τῷ ἀνδρὶ δὲ μὴ γινέσθω τῶν ἰδίων ἡ στέρησις, μηδὲ τὰ ἐκείνου ἕτεροι ἀλλ' αὐτὸς ἐχέτω.

Такъ-же точно и въ Nov. 22 Левъ придаетъ силу закона дѣйствовавшему въ качествѣ обычнаго права постановленію Эклоги¹⁸⁸⁾ о правѣ вдовы на равную съ дѣтьми часть имущества изъ отца.

Таύτην οὖν τὴν συνθήθειαν . . . νόμου τιμῶμεν ἀξιῶματι, καὶ ἔστω γε ἀπὸ τοῦ νῦν νόμον ἰσχὺν ἀλλ' οὐ συνηθείας κεκτημένη.

Nov. 85 περὶ τοῦ τοὺς μὴ διγαμήσαντας πατέρας λαμβάνειν μοῖραν подтверждаетъ Ecl. tit. II 1.

Благодаря Эклогѣ, легкой въ основаніе позднѣйшаго Византійскаго права, была признана частичная общность супружескихъ имуществъ. Съ образованіемъ понятія о проικοῦπόβολον бракъ съ точки зрѣнія возникающихъ изъ него имущественныхъ правоотношеній приблизился къ опредѣленію Модестина, повторяемому всеми памятниками Византійскаго права.

188) Ecl. tit. II § 1.